

الرحمن الرحيم



فصلنامه علمی

# مجله حقوقی

دوره هشتاد و پنجم / شماره یکصد و شانزدهم / زمستان ۱۴۰۰

**این نشریه به موجب گواهی « کمیسیون نشریات علمی » دارای رتبه علمی است.**

این نشریه در پایگاه‌های استنادی زیر نمایه‌سازی می‌شود:

پایگاه استنادی علوم جهان اسلام (ISC) ..... [www.isc.gov.ir](http://www.isc.gov.ir)  
پایگاه مرکز اطلاعات علمی جهاد دانشگاهی (SID) ..... [www.sid.ir](http://www.sid.ir)  
بانک اطلاعات نشریات کشور ..... [www.magiran.com](http://www.magiran.com)  
پایگاه مجلات تخصصی نور ..... [www.noormags.ir](http://www.noormags.ir)  
پرتال جامع علوم انسانی ..... [www.ensani.ir](http://www.ensani.ir)  
سامانه نشریات علمی ایران (کتابخانه ملی) ..... [iranjournals.nlai.ir](http://iranjournals.nlai.ir)

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

شاپا چاپی: ۱۷۳۵-۴۳۵۸  
شاپا برخط: ۷۱۹۸-۲۶۷۶  
قیمت: ۱۲۰۰۰۰۰ ریال  
صندوق پستی: ۱۱۱۵۵-۳۵۱۵  
نشانی پست الکترونیک: [Law.journal1316@gmail.com](mailto:Law.journal1316@gmail.com)

آدرس سامانه مجله: [www.jlj.ir](http://www.jlj.ir)





## صاحب امتیاز: قوه قضائیه

مدیر مسئول: علیرضا امینی (مشاور رئیس قوه قضائیه)

سرمدبیر: محمدحسن صادقی مقدم (استاد دانشگاه تهران)

مدیر اجرایی: رسول احمدزاده (قاضی دادگستری)

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

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

ویراستار فارسی و صفحه‌آرا: زهرا مشایخی

مترجم و ویراستار انگلیسی: مهدی ابراهیمی

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



## مشاوران و ارزیابان علمی مقالات شماره ۱۱۶ مجله حقوقی دادگستری

(به ترتیب حروف الفبا)

مصطفی‌السان (دانشیار گروه حقوق تجارت بین‌الملل و حقوق مالکیت فکری و فضای مجازی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی)، فرهاد پروین (دانشیار گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه علامه طباطبائی)، بهرام نقی‌پور (استادیار گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه خوارزمی)، محمد جلالی (استادیار گروه حقوق عمومی و حقوق اقتصادی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی)، فیض‌الله جعفری (استادیار گروه حقوق، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه بوعلی سینا)، سیدحمید حسینی (قاضی دادگستری و مدرس دانشگاه)، محمود حکمت‌نیا (استاد گروه فقه و حقوق، پژوهشکده نظام‌های اسلامی، پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی)، علی‌عباس حیاتی (استادیار گروه حقوق، دانشکده ادبیات و علوم انسانی، دانشگاه رازی)، مهدی خاقانی اصفهانی (استادیار گروه حقوق، پژوهشکده تحقیق و توسعه کتب علوم انسانی، سازمان سمت)، سکینه خانعلی‌پور واجارگاه (استادیار گروه حقوق، دانشکده علوم اجتماعی، دانشگاه بین‌المللی امام خمینی (ره))، مهرباب داراب‌پور (استاد گروه حقوق تجارت بین‌الملل و حقوق مالکیت فکری و فضای مجازی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی)، داور درخشان (پژوهشگر و مدرس دانشگاه)، ولی رستمی (استاد گروه حقوق عمومی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران)، زینب ریاضت (استادیار گروه حقوق، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران شمال)، امین‌اله زمانی (استادیار گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق قضایی، دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری)، سیدحمید شاهچراغ (قاضی دادگستری و مدرس دانشگاه)، فریده شکری (مستشار قضایی اداره کل حقوقی قوه قضائیه و مدرس دانشگاه)، مجید صادق‌نژادنائینی (استادیار گروه حقوق، دانشکده الهیات و معارف اسلامی دانشگاه حکیم سبزواری)، جواد طهماسبی (قاضی دیوان عالی کشور و مدرس دانشگاه)، زهرا عامری (استادیار گروه حقوق، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه بجنورد)، مریم عباچی (استادیار گروه حقوق، دانشگاه آزاد اسلامی واحد بندر انزلی)، امیرحسین علیزاده (قاضی دادگستری و مدرس دانشگاه)، محمدهادی فضلعلی (قاضی دادگستری و مدرس دانشگاه)، سیدمحسن قائم‌فرد (استادیار گروه حقوق، دانشکده علوم اداری و اقتصاد، دانشگاه اصفهان)، همایون مافی (استاد گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق قضایی، دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری)، حسن محسنی (دانشیار گروه حقوق خصوصی و اسلامی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران)، مهدی مهدوی‌زاهد (پژوهشگر و مدرس دانشگاه)، عباس میرشکاری (استادیار گروه حقوق خصوصی و اسلامی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران)، اقبال‌علی میرزائی (استادیار گروه حقوق، دانشکده علوم انسانی و اجتماعی، دانشگاه کردستان)، مرتضی نجابت‌خواه (دانشیار گروه حقوق عمومی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه مازندران)، علی‌حسین نجفی ابرندآبادی (استاد گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی)





## منشور اخلاقی مجله حقوقی دادگستری

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

### ۱. تکالیف سردبیر و اعضای هیئت تحریریه

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

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

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

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

### ۲. تکالیف داوران

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

۲-۱. **سرعت عمل:** به‌منظور حفظ حقوق نویسندگان، داوران مجله متعهد می‌شوند که موارد ارجاعی را در سریع‌ترین زمان ممکن پاسخ دهند و چنانچه این امکان برای ایشان مهیا نیست، مجله را در جریان

خواهند گذاشت تا نسبت به تعیین داور دیگر اقدام شود.

۲-۲. **محرمانگی:** داوران مجله، مقالاتی را که برای ارزیابی در اختیار آن‌ها قرار می‌گیرد، محرمانه تلقی کرده و در مورد محتوای آن‌ها هیچ‌گونه اطلاعاتی در اختیار دیگران قرار نخواهند داد.

۲-۳. **بی‌طرفی:** داورها باید به‌نحو بی‌طرفانه صورت گیرد. برای تأمین این هدف، نظرات داوران باید مستظهر به استدلال‌های ایشان باشد.

۲-۴. **دقت در ذکر منابع:** داوران دقت نظر کافی به عمل خواهند آورد تا هر گونه مطلبی که در مقاله درج شده و از منبعی دیگر اقتباس یا نقل شده است، با رعایت دقیق ضوابط ارجاع، مشخص گردد و منبع مورد استفاده در مقاله درج گردد.

### ۳. تکالیف نویسندگان

شیوه عملکرد نویسندگان مقالات، به‌عنوان تأمین‌کنندگان اصلی محتوای مجله، اهمیت فراوانی برای مجله حقوقی دادگستری دارد.

۳-۱. **اصالت مطالب:** نویسندگان تضمین می‌کنند که مطالب ارسالی آن‌ها برای مجله از اصالت برخوردار است و قبلاً به هیچ‌زبانی، در هیچ‌نشریه‌ای، اعم از داخلی و خارجی، منتشر نشده است.

۳-۲. **اصالت نویسندگان:** ثبت‌کننده مقاله در مجله متعهد می‌شود که تنها نام کسانی را در مقاله به‌عنوان نویسنده درج کند که مشارکت قابل‌توجهی در نگارش مقاله داشته است. نام تمامی کسانی که در نگارش مقاله چنین نقشی داشته‌اند، باید در مقاله به‌عنوان نویسنده درج شود.

۳-۳. **رعایت ضوابط ارجاع:** هرگونه استفاده از منابع دیگر، دقیقاً و با ذکر مشخصات کامل منبع مورد استفاده، در مقاله مشخص می‌شود. در مواردی که از مطالب دارای کپی‌رایت استفاده می‌شود (مانند جداول، عکس‌ها یا نقل‌قول‌های گسترده) نویسندگان متعهد هستند که قبلاً رضایت مکتوب و صریح صاحب‌حق را اخذ کنند و در مقاله خود نیز آن را تصدیق نمایند.

۳-۴. **هم‌زمانی:** نویسندگان تعهد می‌نمایند که مقالات ارسالی به مجله را تا پیش از تعیین تکلیف نهایی آن‌ها، برای مجله دیگری ارسال ننمایند. ارائه مقاله به بیش از یک نشریه به‌طور هم‌زمان تخلف محسوب می‌شود و مجله حقوقی دادگستری در صورت اطلاع از این امر در هر یک از مراحل بررسی مقالات، ادامه روند بررسی را متوقف خواهد کرد.

۳-۵. **تعارض منافع:** چنانچه نویسندگان در انجام پژوهش خود از منابع مالی مؤسسه یا دستگاه خاصی استفاده کرده‌اند، لازم است که آن را در مقاله خود مورد تصریح قرار دهند.

## شیوه‌نامه نگارش مقالات مجله حقوقی دادگستری

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

### ۱. راهنمای نگارش مقاله

مقاله باید دارای بخش‌های زیر باشد:

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

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

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

ت) فهرست تمام منابع مورد استفاده.

• حجم مقاله کمتر از ۱۰ هزار واژه باشد.

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

• روش تحقیق، موضوع تحقیق، اهداف تحقیق، فرضیه‌ها و سؤالات تحقیق، پیشینه، نوآوری و

ادبیات موضوع به صورت مختصر ولی روشن و در حد امکان در مقدمه مقاله ارائه شود.

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

• عناوین (تیترها) با روش شماره‌گذاری عددی و ترتیب اعداد در عناوین فرعی مثل حروف از

راست به چپ تنظیم شود:

مقدمه

۱. ساختار حقوقی کنوانسیون برن

۱-۱. چيستی معاهده

۱-۱-۱. تعهدات ناشی از معاهده

۱-۱-۲. اقسام نقض در معاهده

۱-۲. اقسام معاهده

۲. اصول حاکم بر معاهده

۲-۱. موضوعات مورد حمایت

۲-۲. مصادیق مورد حمایت

نتیجه

### ۲. راهنمای روش ارجاع‌دهی

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

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

داخل پرانتز ذکر می‌گردد:

**نمونه:** (میرمحمدصادقی، ۱۳۹۶: ۲۵۱)

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

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

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

**نمونه:** (غلامی و دیگران، ۱۳۸۹: ۲۳)

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

**نمونه:** (حسینی، ۱۳۹۲/۲: ۱۴۲)

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

**نمونه:** (حسینی، ۱۳۹۲ [الف]: ۱۴۲)

• در ارجاع درون متنی در صورت تکرار منبع، به جای استفاده از op.cit، Ibid، همان یا پیشین، منبع عیناً ذکر شود.

• علائم نگارشی مثل کاما (،)، نقطه‌کاما (؛)، دونقطه‌کاما (:)، نقطه (.) حتماً بعد از پرانتز گذارده شود.

### ۳. راهنمای تنظیم اندازه و قلم مقاله

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

#### ۴. راهنمای تنظیم فهرست منابع

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

**Sample: Lang, Jon, The Protection of Commercial Trade Secrets, Jon Lang Mediation, available at:**

<<http://www.jonlang.com/pdf/EIPR%20Vol%2025%20Issue%2010.pdf>> (last visited on 10/10/ 2015).

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

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

## ۵. راهنمای ارسال مقالات

- مقالات ارسالی می‌بایست در قالب برنامه Word با فرمت DOC یا DOCX باشد و از طریق ثبت‌نام در سایت مطابق راهنمای مندرج در آن ارسال شوند. همچنین لازم است که فرم تعارض منافع نویسندگان و موافقت با کپی‌رایت را در یک صفحه A4 چاپ و به امضای تمام نویسندگان رسیده و تصویر یا اسکن آن در سایت بارگزاری شود.
  - میزان تحصیلات، رتبه و پایه علمی، محل کار دانشگاهی، شماره تلفن همراه، پست الکترونیک و نویسنده مسئول (Corresponding Author) (فارسی و انگلیسی) را در فایل مجزا در سامانه ارسال نموده و مطابق با آن اطلاعات سامانه تکمیل گردد.
- نمونه:** دکتر نجادعلی الماسی (استاد گروه حقوق خصوصی و اسلامی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران).

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

- ترجمه انگلیسی عنوان مقاله، چکیده و کلیدواژه‌ها همراه مقاله ارسال گردد.
- مقاله ارسالی نباید در هیچ نشریه داخلی یا خارجی چاپ شده باشد و به طور هم‌زمان نباید به سایر نشریات فرستاده شده باشد. در این صورت مقاله از فرآیند ارزیابی و انتشار خارج خواهد شد.
- مسئولیت صحت مطالب و منابع مندرج در مقاله به عهده نویسنده مسئول است.
- نشریه در اصلاح، تلخیص و ویرایش مقاله آزاد است.
- نظرات و ارزیابی داوران به معنای پذیرش نهایی مقاله نیست، بلکه پذیرش نهایی مقاله منوط به تأیید هیئت تحریریه نشریه می‌باشد.
- کلیه حقوق مادی برای مجله حقوقی دادگستری محفوظ است و آن دسته از نویسندگان که درصدد انتشار مقاله منتشره خود در این نشریه، در مجموعه مقالات یا بخشی از یک کتاب هستند، لازم است با ارائه درخواست کتبی، موافقت نشریه را اخذ نمایند.

## فهرست مقالات

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

- مطالعه تطبیقی حقوق وضعیت اضطراری با نگاهی به مدیریت بیماری کووید ۱۹؛ از مبانی قانونی تا تجویز مداخلهٔ کیفری..... ۱  
حسین آقابابایی
- مفهوم و قلمرو تلف حکمی موضوع عقد با نگاهی به نظام حقوقی انگلستان ..... ۳۳  
ابوالفضل آقاخانی
- امکان‌پذیری نظارت قضایی بر شورای انتظامی سازمان نظام مهندسی ساختمان با نگاهی به رویهٔ قضایی..... ۵۹  
مینا اکبری، فاطمه افشاری
- تعامل استاندارد حمایت کامل و امنیت (FPS) با استثناء بهداشت عمومی در حقوق سرمایه‌گذاری بین‌المللی با تأکید بر کووید ۱۹..... ۸۱  
گودرز افتخار جهرمی، احمد حیدری
- بررسی مصادیق ایراد عدم احراز سمت در دادرسی مدنی با تأکید بر رویهٔ قضایی..... ۱۰۹  
مصطفی‌السان، پیام خنجری کاکاوندی
- مراجع صالح به رسیدگی به جرایم اطفال و نوجوانان با تأکید بر جرایم در صلاحیت دادگاه کیفری یک..... ۱۳۱  
امین فلاح، حسن حاجی‌تبار فیروزجانی
- هزینهٔ دادرسی در دعاوی مربوط به نقض مقررات رقابت..... ۱۵۵  
مینا حسینی، بهنام غفاری فارسانی
- اصل منع استناد به عمل خلاف قانون خود در ادعا و دفاع..... ۱۸۵  
حسن محسنی، حسین داودی
- تحلیل مفهوم و مصادیق تعارض منافع در حقوق خصوصی..... ۲۰۹  
حسن بادینی، سعید سیاه‌بیدی کرمانشاهی
- رهیافتی بر اساسی سازی قضایی حقوق خانواده در نظام حقوقی ایران..... ۲۳۳  
محسن صفری، زهرا مشایخی
- پیشگیری از جرم در سازمان با حمایت از افشاگران..... ۲۵۷  
فرید محسنی

- اراده قانون گذار و نقش قاضی در اثربخشی به مفاد تراضی ..... ۲۸۳  
قاسم محمدی، غلامعلی سیفی زیناب، مهدی کریمیان راوندی
- وظایف و اختیارات ناجا در پرتو دکترین امنیت انسانی ..... ۳۰۹  
امین محمدی جوبنی، حسین شریفی طرازکوهی، محمد بارانی
- بررسی صلاحیت دادگاه صادرکننده رأی در فرایند شناسایی و اجرای آرای خارجی ..... ۳۳۵  
رضا مقصودی پاشاکی
- گفتمان سیاست جنایی قوه قضائیه در «دستورالعمل نحوه مشارکت و تعامل نهادهای مردمی با قوه قضائیه» ..... ۳۵۹  
امیرحسین نیازپور
- عدم تحقق مطلوب نظارت بر اعمال حکومت در چهارچوب حقوق عمومی ایران به مثابه نوعی هستی اجتماعی ..... ۳۸۹  
محمدجواد جاوید، زین العابدین یزدان پناه



## مطالعه تطبیقی حقوق وضعیت اضطراری با نگاهی به مدیریت بیماری کووید ۱۹؛ از مبانی قانونی تا تجویز مداخله کیفری

حسین آقابابایی\*

### چکیده

با توجه به اینکه یکی از کارویژه‌های اصلی نظام سیاسی حمایت از شهروندان و تضمین امنیت ایشان در مواجهه با حوادث و خطرات مختلف است، تنظیم سازوکار اداره جامعه در شرایط اضطراری، حق و تکلیفی برای دولت تلقی می‌شود. شرایط اضطراری، جریان عادی زندگی را تغییر داده و اقدامات متناسب با خود را می‌طلبد. با این حال، اقدامات دولت در شرایط اضطراری نیز لازم است مقید به قانون و رویه‌هایی باشد که برای مدیریت این وضعیت طراحی شده است. حقوق وضعیت اضطراری، متکفل مقررات، ساختار مدیریتی و رویه‌ها و نحوه اجرای قانون در شرایط اضطراری است. در این مقاله با روش تحلیلی و تفسیری، به این پرسش پرداخته‌ایم که با توجه به مدل‌های مواجهه با وضعیت اضطراری در حقوق کشورهای مورد مطالعه، سامانه حقوقی کارآمدی در حقوق ایران برای مدیریت شرایط اضطراری وجود دارد؟ یافته‌های تحقیق حاکی است که هرچند وجود سازوکار شورای عالی امنیت ملی مشکل‌گشای مقررات تجویزی و شرایط پیش‌بینی نشده بوده و تشکیل ستاد ملی کرونا و اجرای مصوبات آن با همین منطق توجیه می‌شود، اما با توجه به اصل ۷۹ قانون اساسی، و بهره‌مندی از تجربه کشورهای مختلف، تدوین حقوق وضعیت اضطراری ضروری است. مقررات جامع و کارآمدی که با اجرای خودکار خود، ضمن مدیریت امور کشور در وضعیت اضطراری، مجوز وضع مقررات خاص متناسب با وضعیت اضطراری را داشته باشد و تنظیم پاسخ‌های نقض مقررات و تعیین دستگاه متولی جهت تضمین حتمیت و قطعیت اجرای قانون را عهده‌دار باشد.

واژگان کلیدی: همه‌گیری کرونا، وضعیت اضطراری، تعلیق حقوق، مداخله کیفری

## مقدمه

زیربنا بودن امنیت و این واقعیت که دستیابی به حقوق و آزادی‌ها در سایه امنیت قابل تحقق است و دولت یا ساختار سیاسی حاکم عرضه‌کننده اصلی کالای امنیت و تضمین‌کننده آن است، این زمینه را ایجاد کرده است که گاه به صورت واقعی و به ضرورت، و گاه به صورت موهوم و ساختگی، تأمین یا تضمین امنیت، توجیه یا محملی برای مداخله دولت و محدودسازی و یا تعلیق حقوق به صورت کلی شود. بدین ترتیب دو تأسیس «محدودسازی حقوق» و «تعلیق حقوق» و حقوق تنظیم‌کننده و مدیریت اجرای آن از موضوع‌های مهم و اساسی است. سابقه طرح موضوع محدودسازی حقوق، یا تعلیق حقوق و اعلام وضعیت اضطراری در کشورها، حاکی از آن است که اولین توجه به این مسئله با نگاه سیاسی بوده است. بدین معنی که هر زمان پایه‌های قدرت در جامعه‌ای به لرزه درمی‌آید، مسئله اعلام وضعیت فوق‌العاده یا اضطراری از سوی حکومت‌ها به خصوص در شکل حکومت‌های نظامی و... جلوه می‌کند. در دوره گسترش نظام‌های سیاسی دموکراتیک و امکان تغییرات بنیادین سیاسی با کارزارهای انتخاباتی، توسل به وضعیت فوق‌العاده و یا حکومت نظامی جهت حفظ ساختار سیاسی در این نظام‌ها موقعیت کمتری داشته و پاسخ قهرآمیز یا کیفری در برابر اقدامات یا حرکت‌های ساختارشکنانه معمولاً به‌عنوان مقابله با جرایم علیه نظم عمومی یا جرایم علیه آسایش عمومی داده شده است.

با این حال، یکی از مواردی که در سال‌های آغازین قرن بیست و یکم پای مقرره‌گذاری و تصویب و اعمال پاسخ‌های کیفری سخت‌گیرانه و مداخله دولت با عنوان وضعیت اضطراری را به بسیاری کشورها به خصوص کشورهای دارای نظام سیاسی دموکراتیک باز کرد، حوادث وحشت‌آفرین تروریستی بود. بسیاری کشورها با توصیف شرایط به‌عنوان جنگ با تروریسم، و اعلام وضعیت اضطراری، مداخله‌های سرکوبگرانه گسترده‌ای را با بهره‌مندی از سامانه کیفری به انجام رساندند.

امروزه در آغاز دهه سوم قرن بیست و یکم، تهدید زیستی یا بهداشتی گسترش ویروس کووید ۱۹ (کرونا) که تاکنون جان انسان‌های زیادی را در بیش از دویست کشور گرفته و جان‌های بی‌شماری را در معرض تهدید بی‌محابای خود قرار داده است، شرایط اضطراری و فوق‌العاده‌ای را رقم زده که با توجه به ناشناخته بودن زوایای بیماری و سرعت بالای سرایت و انتقال آن، بلادرنگ نظام‌های سیاسی و دولت‌ها را به بهره‌مندی از سازوکارهای سخت‌گیرانه موجود در سامانه حقوقی در شرایط اضطراری و فوق‌العاده، برای مدیریت و کنترل بیماری رهنمون شده است.

اعلام وضعیت اضطراری، چه به صورت عمومی و گسترده، و چه به صورت محدود و در بخشی از یک کشور، به لحاظ بر هم زدن چهارچوب جاری (عادی) صلاحیت‌ها و نظام‌های قانونی

مربوطه، نیازمند پیش‌بینی و امکان‌سنجی آن در قانون اساسی و به تبع آن قوانین عادی و مقررات دولتی است تا علاوه بر امکان آموزش و تمرین در شرایط عادی، در زمان حدوث وضعیت اضطراری، همه دستگاه‌های متولی، بلادرنگ مأموریت‌های بخشی یا بینابخشی را به انجام رسانند. به‌طور طبیعی، و به دلیل اینکه حقوق کیفری بازوی قهرآمیز دولت برای تأمین و تضمین امنیت است، برای اجرای قوانین محدودکننده و یا ضمانت‌اجرای تصمیم‌ها در شرایط اضطراری، نیاز به حمایت سامانه الزام‌کننده و قهرآمیز عدالت کیفری احساس می‌شود. به تعبیر دیگر، نیازمند یک «سامانه حقوقی وضعیت اضطراری» هستیم که مبتنی بر چهارچوب‌های قانونی، توسط مقام صلاحیت‌دار فعال شده و با بهره‌مندی از امکان‌ها و ابزارهای سخت‌افزاری و نرم‌افزاری از قبل تدارک شده، اقدام‌های قانونی لازم جهت تضمین نظم، امنیت، سلامت و سایر کارویژه‌های ساختار سیاسی را انجام دهد.

از سوی دیگر، به جهت اقناع افکار عمومی و مشارکت شهروندان در شرایط اضطراری که شرط لازم موفقیت هر گونه اقدام دولت در شرایط اضطراری است و رعایت اصول بنیادین حقوق بشر بین‌المللی، مقررگذاری کیفری (جرمانگاری) هر گونه رفتاری که انجام یا ترک آن حتی در شرایط اضطراری دارای ضمانت‌اجرای کیفری است، مستلزم تصویب و ابلاغ قانونی است. امری که چه بسا به جهت ناگهانی بودن وضعیت اضطراری و عدم وجود فرصت یا عدم امکان طی شدن فرایند قانون‌گذاری، لازم است در شرایط عادی تدبیر شود تا در شرایط اضطراری هر کس از جمله مقامات اجرایی و قضایی و شهروندان نسبت به وظایف خود واقف باشند.

بررسی سوابق موضوع در حقوق ایران حاکی از این است که عمده توجه قانون‌گذار به مقررات وضعیت اضطراری، در جهت تضمین نظم سیاسی مستقر و با استفاده از ابزار سرکوب دادگاه‌های نظامی بوده است که در مقررات قبل از انقلاب اسلامی انعکاس یافته و در مقررات بعد از انقلاب، با نسخ مقررات مذکور، در سامانه حقوق کیفری ترتیبات جایگزینی برای مدیریت وضعیت اضطراری طراحی نشده است. اشاره به پیشینه تقنینی ایران در این خصوص، و بررسی اجمالی مقررات برخی کشورها، به‌منظور درک ضرورت و لزوم اتخاذ راهبرد متناسب با مقتضیات و مبانی حقوقی کشور در وضعیت اضطراری است.

با توجه به چالش‌های موجود در بهره‌گیری از سازوکارهای قانونی در تدبیر وضعیت خاص و فوق‌العاده ناشی از همه‌گیری کرونا، در پاسخ این پرسش که آیا با توجه به مدل‌های مواجهه با وضعیت اضطراری در حقوق کشورهای مورد بررسی در این تحقیق، سامانه حقوقی کارآمدی در حقوق ایران برای مدیریت شرایط اضطراری و مواردی مانند آنچه در خصوص وضعیت خاص ناشی

از شیوع بیماری کووید ۱۹ حادث شد وجود دارد؟ فرضیه تحقیق این است که با وجود سازوکارهای حقوق اساسی ایران برای مدیریت شرایط فوق العاده، عدم تدوین «حقوق وضعیت فوق العاده» تجویز بهره‌گیری از ابزارهای حقوق کیفری در تضمین امنیت، سلامت و... در وضعیت اضطراری را دچار ابهام نموده است و قوانین یا رویه‌های قانونی برخی کشورهای بررسی شده در این مطالعه می‌تواند در اصلاح قوانین یا وضع مقررات مناسب جهت بهره‌گیری از ابزارهای حقوق کیفری در وضعیت اضطراری مورد توجه قرار گیرد.

در این مطالعه پس از بررسی نظریه اضطرار و تعلیق موقت حقوق در شرایط اضطراری، به پیشینه و سازوکارهای قانونی برخی کشورها برای شرایط اضطراری اشاره و در نهایت با توجه به شرایط اضطراری بهداشتی حادث شده در اثر همه‌گیری جهانی (Pandemic)<sup>۱</sup> و ویروس کرونا، ضمن اشاره به برخی چالش‌ها در تصمیم‌های «ستاد ملی کرونا» در ایران، لزوم جانمایی سامانه «حقوق وضعیت اضطراری» با اختیارات تجویزی جهت پیش‌بینی پاسخ‌های متناسب برای شرایط اضطراری بررسی می‌شود.

### ۱. نظریه اضطرار و تعلیق موقت حقوق

#### ۱-۱. مفهوم تعلیق حقوق و تفاوت آن با محدودسازی

با توجه به طبیعت زندگی جمعی، گاه ممکن است حق‌های فردی در مقابل یکدیگر و یا در تراحم با دغدغه‌ها یا مصلحت‌های اجتماعی قرار گیرند. در این‌گونه موارد می‌توان از تعارض حق‌ها با یکدیگر و یا تعارض حق‌ها با هنجارها و مصالح اجتماعی سخن گفت. عوامل متعددی همچون امنیت ملی، تمامیت ارضی، نظم عمومی، اخلاق حسنه، بهداشت عمومی و حقوق و آزادی‌های دیگران می‌توانند محدود ساختن حق‌ها را سبب گردند.

تعلیق حقوق به این معنا است که دولت‌ها می‌توانند در مواقعی که یک خطر عمومی و استثنایی موجودیت کشور را تهدید نماید، برخی از حقوق و آزادی‌های شهروندان را موقتاً معلق نمایند.

۱. دنیاگیری یا دنیاگیر به حالتی از همه‌گیری یک بیماری گفته می‌شود که از مرز چند قاره فراتر رفته باشد. بیماری‌هایی مثل ایدز و کووید ۱۹، نمونه‌هایی از دنیاگیری بیماری در سال‌های گذشته هستند. به این حالت همه‌گیری جهانی نیز گفته می‌شود. در زبان فرانسوی به آن پاندمی (به فرانسوی: Pandémie) و در زبان انگلیسی به آن پاندمیک (به انگلیسی: Pandemic) گفته می‌شود. در گذر تاریخ چند دنیاگیری رخ داده است که از شناخته‌شده‌ترین آن‌ها می‌توان آبله و سل و وبا را نام برد. یکی از دهشت‌بارترین دنیاگیری‌ها بیماری مرگ سیاه بود که در سده چهاردهم، ۷۵ تا ۲۰۰ میلیون تن را کشت. پیش از دنیاگیری ۲۰۱۹-۲۰ کروناویروس، یکی از دنیاگیری‌ها در دوران معاصر، دنیاگیری ۲۰۰۹ آنفلوآنزای خوک بود (fa.wikipedia.org/wiki).

محدودیت حقوق، با تعلیق حقوق شباهت‌های زیادی دارند زیرا که هر دوی آن‌ها به محدود شدن حقوق و آزادی‌ها منجر می‌شوند. اما این دو چند تفاوت اساسی با یکدیگر دارند:

الف) محدودیت‌ها در شرایط عادی اعمال شده و به صورت دائمی می‌باشند اما تعلیق حقوق در شرایط بسیار استثنایی اعمال شده و به صورت موقتی می‌باشند. به عنوان مثال، هنگامی که یک کشور در معرض یک خطر داخلی یا خارجی باشد، به طوری که تمامیت ارضی آن مورد خدشه قرار گیرد، در این حالت می‌توان به طور موقت آزادی بیان و مطبوعات را معلق نمود. اما چنانچه این کشور در معرض خطرهای فوق نباشد و کشور در شرایط عادی باشد، آزادی بیان و مطبوعات پا برجا می‌باشد و فقط می‌توان نسبت به اجرای این حقوق قائل به محدودیت‌هایی شد.

ب) در محدودیت‌ها، وقتی یک حق مورد تحدید واقع شود، به تمامیت این حق نمی‌توان لطمه‌ای وارد نمود. بلکه اجرای آن به طور جزئی محدود می‌گردد، حال آنکه با تعلیق یک حق، این حق به صورت موقت و به طور کامل، قابلیت اجرایی خود را از دست می‌دهد. همچنین برخی از حقوق قابل تعلیق هستند اما نمی‌توانند مورد محدودیت قرار گیرند. مثلاً حق برخورداری از محاکمه منصفانه یا حق شرکت در انتخابات آزاد یا حق دسترسی به دادگستری، که در هنگام جنگ می‌توان این حقوق را معلق کرد، اما در شرایط عادی نمی‌توان آن‌ها را محدود نمود. برخی حقوق هستند که هم قابل تعلیق بوده و هم قابل محدودیت‌اند. از جمله این حقوق می‌توان به حق آزادی، حق امنیت، حق برخورداری از دادرسی دو مرحله‌ای در زمینه کیفری، حق مالکیت، حق آزادی تجمع و آزادی بیان اشاره کرد. اما در مورد برخی حقوق امکان هیچ گونه محدودیتی نیست که به حقوق غیرقابل نقض مشهورند و عبارتند از: حق حیات، ممنوعیت شکنجه یا مجازات‌های بی‌رحمانه و ترذیلی، منع بردگی، منع عطف قوانین کیفری بماسبق. این حقوق تحت هیچ شرایط یا اوضاع و احوالی قابل تعلیق نیستند (برای مطالعه بیشتر نک: کوچ نژاد، ۱۳۸۳: ۱۷۲؛ قربان‌نیا، ۱۳۸۶: ۴۲-۳۸، آقابابایی، ۱۳۸۹: ۳۱۸-۲۹۱، شاملو و یوسفی، ۱۳۹۵: ۱۲۳-۱۰۵).

در مجموع می‌توان گفت برخلاف حالت فوق‌العاده و تعلیق که در شرایط استثنایی یا ضرورت مطرح می‌شود، محدودیت حقوق همواره و حتی در شرایط عادی برای تعادل جامعه و امکان برخورداری از حداقل حقوق و آزادی‌ها برای همه شهروندان امری گریزناپذیر است. بنابراین، تفاوت نظام‌های حقوقی مختلف، مطلق‌گرا بودن یکی و محدودیت‌گرا بودن دیگری نیست؛ ماده نزاع به ترسیم قلمروی نسبی و حد و مرز محدودیت‌های وارد بر آزادی‌ها و حقوق بنیادین و مهم‌تر از آن؛ به روش تعیین این محدودیت‌ها مربوط می‌شود. به عنوان مثال، در حال حاضر شاید به سختی بتوان یک قانون اساسی را مشخص کرد که در آن، حق آزادی بیان به رسمیت شناخته نشده

باشد، اما تمام اختلاف‌ها در میزان و روش تعیین محدودیت‌های وارد بر این آزادی‌ها است. اختلاف در این است که آیا جهت‌گیری کلی یک نظام حقوقی به سمت توسعه قلمرو آزادی‌ها است، یا بر عکس تمام هم‌وغم آن مصروف قید و بندهای گوناگون است.

## ۱-۲. مشروعیت تعلیق موقت حقوق

همان گونه که شکل گرفتن یک ساختار سیاسی و دولت مبتنی بر یک فلسفه سیاسی یا ایدئولوژی است، حق قانون‌گذاری و به‌طور خاص تعلیق حقوق نیز که با توجه به تعریف بالا، در مقام سلب حق استیفای موقتی برخی حقوق هستند و ممکن است برای نقض محدودیت‌ها، ضمانت‌اجرا هم تعیین نمایند، تابع فلسفه یا ایدئولوژی تأسیس دولت است. بدون تعرض به این مبانی مشروعیت‌ساز (نک: آقابابایی، ۱۳۸۹: ۲۰۰-۱۱۵)، به‌صورت اجمالی برخی نظریاتی که می‌تواند مشروعیت تعلیق موقت حقوق را توضیح دهد مورد اشاره قرار می‌گیرد.

### ۱-۲-۱. حق دولت / حاکمیت

آموزه حق دولت بر این نظر است که سلب حق، خودش یک حق است و صاحب این حق دولت است که بر پایه تضمین حیات ملت آن را استیفا کند. این نظریه که از جمله به «هیگینز» نسبت داده شده است، بر این پایه استوار است که در برابر هر حقی، تکلیفی قرار دارد (معرفت، ۱۳۸۰: ۸۳) و به نوعی حق افراد را تکلیف دولت و حق دولت را تکلیف افراد جامعه می‌پندارد. به تعبیر دیگر، بر اساس این دیدگاه، دولت حقوقی دارد و از جمله آن سلب حق شهروندان در شرایط اضطرار است. وقتی تکلیف یا وظیفه حفظ منافع عمومی را بر عهده دولت می‌گذاریم، باید به دولت، حقی جهت انجام تکالیف وی داده شود. این نظریه با توجه به دیدگاه قرارداد اجتماعی به‌خصوص «قرارداد اجتماعی واگذاری» که از نظر «توماس هابز» منشأ مشروعیت سیاسی است قابل تبیین است.

در توضیح نظریه حکمروایی مورد نظر هابز گفته شده است: انسان‌ها برای حفظ زندگی خود و برای رسیدن به زندگی راحت جوامع سیاسی را خلق و حفظ کرده‌اند. او معتقد است یگانه شکل جامعه سیاسی کارآمد که می‌تواند به این اهداف نایل شود، جامعه‌ای است که تحت حاکمیت فرمانفرمایی باشد که قدرت مطلق بر مردم داشته باشد (همپتن، ۱۳۸۵: ۸۵). از نظر هابز، فرمانفرما باید از طریق فرایندی خلق شود که در آن مردم با یکدیگر قرارداد می‌بندند که چه کسی باید فرمانفرما باشد و بعد فرد فرد به آن شخص «فرمانروایی» می‌بخشند به‌نحوی که آنان را برای همیشه در برابر او مکلف و مقید می‌کند (همپتن، ۱۳۸۵: ۹۶). هابز از زبانی استفاده می‌کند که متناسب با نظریه قرارداد اجتماعی واگذاری است زیرا او اصرار دارد که این نوع سپردن، نوعی از سپردن است که در آن شخص قدرت یا حق هدایت و راهبری زندگی خویش را وامی‌گذارد. از نظر

ایشان، سپردن مقام را نمی‌توان چنان تفسیر کرد که به معنای به امانت‌گذاردن فرمانروایی از طرف اتباع نزد حاکم باشد زیرا چنین درکی از فرمانروایی تلویحاً به معنای وجود قرارداد کارگزاری میان شخص فرمانروا و افراد تحت حاکمیت اوست که به نظر هابز فقط کشمکش و نزاع را تسریع خواهد کرد و موجب صلح نمی‌شود. هابز می‌گوید فقط در صورتی به صلح می‌رسیم که افراد در حالت طبیعی بپذیرند که نیاز به حاکمی دارند که به معنای واقعی کلمه ارباب آنان باشد پس حال فرمانفرما می‌تواند به حق بر هر یک از آنان فرمان براند چون «صاحب» این حقوق حاکمیت و فرمانرانی است (همپتن، ۱۳۸۵: ۹۷ و ۹۹).

صرف‌نظر از شرایط سیاسی اجتماعی جامعه‌ای که هابز در آن می‌زیست و انتقادات و ارزیابی که برخی از جمله جان برمهل در این خصوص مطرح کرده‌اند (همپتن، ۱۳۸۵: ۱۰۱)، در مجموع می‌توان هابز را از قائلان به این نظر دانست که طبعاً حاکم با اقتدار مورد نظر هابز علاوه بر اینکه حق حکمرانی دارد، حق تعیین ضمانت‌اجرا و اجرای کیفر نسبت به تابعانی که مقررات وضع شده را نقض کنند خواهد داشت.

این دیدگاه در آموزه‌های اسلامی در تبیین حقوق متقابل حاکم و زمامدار که ملازمه با تکلیف افراد جامعه در احترام و اطاعت از حاکم دارد متجلی می‌شود. شایان ذکر اینکه این امر در تفکر سیاسی شیعه و اهل سنت به‌گونه‌های متفاوتی تبلور یافته است. در دیدگاه شیعیان، با توجه به اینکه با دلایل عقلی و نقلی شأن خاصی برای امام (حاکم) به‌ویژه با توجه به صفات و شرایط عدالت و عصمت قائل هستند، اطاعت از امام معصوم و تبعیت از دستورات حکومتی او امری واجب و از حقوق حاکم محسوب می‌شود. سخنان حضرت علی (ع) در خصوص حقوق متقابل مردم و حاکم با این برداشت تفسیر می‌شود. در کلام ایشان، آنجا که تکالیف چهارگانه هدایت‌گرایی، فقرزدایی، جهل‌زدایی و قانون‌گرایی برای مردم و شهروندان، مورد تأکید قرار می‌گیرد، در حقیقت به حقوق شهروندان اشاره کرده است، و وقتی تکالیف چهارگانه‌ای هم برای مردم با عنوان‌های وفاداری به پیمان، خیرخواهی برای حاکمان، آمادگی در موقع فراخوانی و اطاعت کامل ذکر می‌کند در حقیقت به حقوق دولت بر مردم اشاره می‌کند.<sup>۱</sup> در اردوگاه فقهی اهل سنت نیز با وجود اینکه شأن معنوی مورد اشاره را برای حاکم قائل نیستند، با توجه به اهمیت نظم و امنیت، اطاعت از

۱. أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّ لِي عَلَيْكُمْ حَقًّا وَ لَكُمْ عَلَيَّ حَقٌّ فَأَمَّا حَقُّكُمْ عَلَيَّ «۴» فَالْنَّصِيحَةُ لَكُمْ وَ تَوْفِيْرُ فِينَكُمْ عَلَيَّكُمْ وَ تَعْلِيْمُكُمْ كَيْلًا تَجْهَلُوْا وَ تَأْدِيْبُكُمْ كَيْمًا تَعْلَمُوْا وَ أَمَّا حَقِّيْ عَلَيْكُمْ فَالْوَفَاءُ بِالْبَيْعَةِ وَ النَّصِيحَةُ فِي الْمَشْهَدِ وَ الْمَغِيْبِ وَ الْإِجَابَةُ حِيْنَ أَدْعُوْكُمْ وَ الطَّاعَةُ حِيْنَ أَمُرُكُمْ. (سیدرضی، ۱۴۱۴: ۴۴)

حاکم و حتی صبر بر ظلم و جورش را واجب می‌دانند (مغنیه، ۱۴۰۵: ۳۰). در بیان یکی از پیشوایان اهل سنت تصریح شده:

«اطاعت از حکام و امیرالمومنین و کسی که به خلافت رسیده و مردم بر او جمع شده و به او رضایت دهند لازم است و کسی که خروج کند بر امامی از امام مسلمانان... شق عصای مسلمانان و مخالفت با آثار پیامبر کرده است» (ابوزهره، ۱۵۵، به نقل از مغنیه، ۱۴۰۵: ۲۵).

در مجموع می‌توان گفت دیدگاه حق دولت، هرچند از نظر ماهیت و منطق قابل دفاع است، اما ایرادی که برخی به آن وارد دانسته‌اند این است که حق، تنها به انسان که امری حقیقی است تعلق می‌گیرد و تعبیر «حق دولت» به دلیل انتزاعی بودن مفهوم دولت قابل اطلاق نیست (مومنی‌راد و دیگران، ۱۳۹۶: ۲۰۷). تعبیر صحیح در اینجا این است که گفته شود نهاد دولت با توجه به دلایل ایجاد آن، دارای اختیاراتی است و یا حق اعمال قدرت مشروع دارد و شهروندانی که نهاد دولت را پذیرفته‌اند یا مشروعیت او را قبول دارند این اختیار را برای او قائل می‌شوند که در چهارچوب دلایل مشروعیت‌بخش خود، برای شرایط خاص و اضطراری قانون وضع نموده و برای تضمین اجرای آن به کیفر نیز متوسل شود.

## ۲-۱- حفظ دولت / حاکمیت

حفظ حاکمیت یا دولت و نظم موجود یکی دیگر از نظریاتی است که در توجیه وضعیت اضطراری مورد توجه قرار گرفته است. نظریه‌پردازان این آموزه، تضمین عملی حقوق شهروندان را در گرو حفظ حاکمیت می‌دانند و اطاعت از تصمیمات دولت را هرچند موقتاً موجب سلب حق افراد شود، لازم می‌دانند. لذا در مقابله با بحران پدیدآمده، مهم‌ترین مسئله را حفظ قوام دولت می‌دانند تا به یک بحران شدیدتر منجر نشود. این نظریه که قرابت زیادی با نظریه قبلی دارد و به تعبیری می‌توان گفت الهام‌گرفته از آموزه حق حاکمیت است (مومنی‌راد و دیگران، ۱۳۹۶: ۲۰۹)، بر این پیش‌فرض مبتنی است که تن دادن شهروندان به قدرت فائقه و بی‌رقیبی به نام حاکمیت یا دولت، به‌منظور برخورداری از کالا یا خدماتی انحصاری به نام امنیت در کلیه وجوه آن است. البته این نظریه، رقیب نظریه‌ای است که منشأ بسیاری از ناامنی‌ها یا تحدید حقوق را دولت یا نظام سیاسی می‌داند. آن گونه که «باری بوزان» در اثر معروف، «مردم، دولت‌ها و هراس» گفته است، با افزایش قدرت دولت، خود دولت به منشأ ناامنی و تهدید علیه فرد تبدیل می‌شود. تهدیدهای ناشی از وضع و اجرای قوانین داخلی، تهدیدهای ناشی از اقدام سیاسی یا اداری مستقیم دولت علیه افراد یا گروه‌ها، تهدیدهای ناشی از تلاش‌های مربوط به کنترل دستگاه دولت و تهدیدهای ناشی از سیاست خارجی دولت در زمره مهم‌ترین ناامنی یا تهدیدی است که از قدرت



دولت منشأ می‌گیرد (بوزان، ۱۳۷۸: ۶۱). در مجموع با اذعان به این موضوع که شرایطی که در شورش یا تعارضات داخلی، یا حتی تحمیل جنگ خارجی منجر به ضرورت اعلام وضع اضطراری شده چه بسا ناشی از عمل یا تحریکات نسنجیده حکومت مستقر باشد، با این حال، می‌توان گفت حفظ حکومت فی‌ذاته ارزشی نیست که برای آن وضعیت اضطراری اعلام شود و حداکثر می‌توان گفت حفظ نظم و ایجاد زمینه برای اعمال حق تعیین سرنوشت، ضرورتی است که می‌تواند ایجاد شرایط اضطراری را توجیه کند و در صورت بروز اضطرار بهداشتی و یا تهدیدات شدید اعمال تروریستی یا استفاده از سلاح‌های نامتعارف، چه بسا بتوان به شرایط اضطراری اعلام شده از طرف یک حکومت غیردموکراتیک نیز مشروعیت داد.

### ۳-۲-۱. مصلحت / منفعت عمومی

تقریباً در همه متون سیاسی و اجتماعی سخن از خدمت دولت و حکومت به خیر عمومی یا مصلحت عمومی بوده و بسیاری از نویسندگان و متفکران، رعایت مصلحت یا خیر عمومی را به منزله معیار حکومت و قانون عادلانه مطرح کرده‌اند. در عین حال همواره یک نگاه بدبینانه نسبت به موضوع نیز مطرح است که این مفهوم، سرپوشی زیرکانه برای پنهان کردن صورت واقعی تصمیم‌های حاکمان و سیاست‌مداران برای تحکیم مبانی قدرت و کسب بیشترین منافع شخصی یا حفظ نظام سیاسی مستقر تلقی می‌شود.

در خصوص مفهوم مصلحت عمومی، متناسب با فلسفه سیاسی و پیش‌فرض‌های نویسندگان تعریف‌های متفاوتی ارائه شده که «جمع عددی مصلحت‌های فردی»، «مصلحت حکومت» و «مصلحت حیات جمعی» تلاش‌هایی است که در این رابطه انجام شده است (راسخ و بیات کمیتکی، ۱۳۹۳: ۵۵۷). در مقام اشاره می‌توان دیدگاه‌های جرمی بنتام را با مفهوم اول مطابق دانست. از نظر ایشان، مصلحت عمومی چیزی جز حاصل جمع منافع فردی و خصوصی اعضای جامعه نیست. توماس هابز، از اندیشمندانی است که از مصلحت عمومی در مفهوم مصلحت حکومت دفاع می‌کند چراکه معتقد است تنها راه تأسیس قدرت عمومی که بتواند آدمیان را از هجوم بیگانگان و از آسیب‌های یکدیگر محفوظ داشته و اعمال‌شان را به سوی مصلحت عمومی رهنمون کند این است که آنان تمام قدرت و توان خود را به یک تن یا مجمعی از کسان واگذار کنند که نماینده ایشان باشد (هابز، ۱۳۸۱: ۱۹۲). حاکم مورد نظر هابز، از چنان قدرت غیرقابل انتقال و تجربه‌ناپذیری برخوردار است که صلح و امنیت و رفاه همگانی به تشخیص و صلاح‌دید او وابسته

است (راسخ و کمیتکی، ۱۳۹۳: ۵۶۳).

معنای سوم مصلحت عمومی، که از جمله در تألیفات «باری»<sup>۱</sup> تبلور یافته است، منظور موضوع و مسائلی است که بر همه اعضای جامعه اثر می‌گذارد. این مفهوم مصلحت عمومی، دارای دو وجه سلبی و ایجابی است. از یک سو، مصلحت عمومی مستلزم خودداری همه اشخاص از انجام اعمالی است که اصل و امکان حیات جمعی آنان را قطعاً به مخاطره می‌اندازد مانند خودداری کردن از آلوده کردن محیط زیست. از دیگر سو، مصلحت یادشده مستلزم انجام پاره‌ای از امور از سوی همگان است که برای حفظ حیات جمعی ضروری است مانند برقراری نظم و امنیت عمومی (راسخ و کمیتکی، ۱۳۹۳: ۵۶۴).

نمونه‌هایی از تصمیم‌های مصلحتی یا به حسب اضطرار در حقوق اسلامی نیز قابل‌رصد است که گاه امر مباحی را ممنوع کرده است چنانچه به نوشته شیخ حر عاملی، پیامبر اسلام به دلیل مصالح حکومتی، ضرار بن ازور را به قبیله بنی‌اسد فرستاد تا آن‌ها را از شکار حیوانات بازدارد یا در جنگ خیبر از خوردن حیوانات حلال گوشت منع فرمود تا در نقل و انتقال و جابه‌جایی نیروهای جنگی اختلالی پیش نیاید و در موردی دیگر، به دلیل نیاز شدید مردم به تقویت بنیه اقتصادی از راه توسعه کشاورزی، مردم مدینه را از ارائه مجانی آب مازاد بر نیاز آبیاری خود نهی کرد (نقل از: سروش، ۱۳۷۸: ۵۹۳). در مواردی مصلحت حتی ممکن است به تعطیلی یا تأخیر مهم‌ترین الزامات دین که اجرای حدود الهی است منجر شود کما اینکه صاحب جواهر در کتاب حدود، نفرت پیدا کردن از اسلام و کوچ از سرزمین اسلامی را دلیلی بر عدم اجرای حد بر مرتکب می‌داند (نجفی، ۴۱/۱۴۰۴: ۳۴۴).

قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در اصول متعدد خود با عبارات گوناگونی همچون مصالح کشور، مصلحت جامعه، مصالح عمومی، منافع ملی و مصلحت نظام به این موضوع اشاره کرده است.<sup>۲</sup> در دیدگاه‌های فقهی و عمل‌گرایانه رهبری انقلاب اسلامی نیز این موضوع انعکاس یافته است. نامه مشهور امام به آیت‌الله خامنه‌ای که ضمن رد «محدودیت اختیارات حکومت در چهارچوب احکام فرعی الهیه»، تأکید می‌شود: «حاکم می‌تواند مسجد یا منزلی را که در مسیر خیابان است خراب و پول منزل را به صاحبش رد کند. همچنین حاکم می‌تواند مساجد را در موقع لزوم تعطیل کند و مسجدی که ضرار باشد تخریب کند حکومت می‌تواند قراردادهای شرعی که

1. Barry

۲. برای نمونه: اصول ۲۸، ۴، ۶۷، ۱۱۲، ۱۶۴ و ۱۷۵ قانون اساسی

خود با مردم بسته است، در مواقعی که آن قرارداد مخالف مصالح کشور و اسلام باشد یک‌جانبه لغو کند و...» (صحیفه نور، ۱۳۷۱/۲۰: ۱۷۰-۱۷۱) در همین چهارچوب قابل تفسیر است. در مجموع می‌توان گفت: از منظر اسلامی نیز سلب حق افراد در شرایط اضطراری با توجه به تقدم مصلحت عمومی بر مصلحت فردی و بنا به اذن و فرمان حاکم اسلامی صورت می‌گیرد و با توجه به تصریح قانون اساسی جمهوری اسلامی به ولایت مطلقه فقیه، تشخیص شرایط اضطرار و مصلحت عمومی و تأیید محدودیت‌های ضروری مقرر در اصل ۷۹ قانون اساسی توسط مجلس، در عین اینکه با نظارت ولی فقیه انجام می‌شود، حصری هم نخواهد بود و چنانچه دولت بنا به ضرورت و اضطرار پدیدآمده قصد برقراری محدودیت‌های موقتی را داشته باشد - تا به دلیل منافع و مصالح عمومی حق برخی از شهروندان را سلب کند - می‌تواند با اذن و نظر موافق رهبری این کار را بکند و در ادامه خواهیم دید که با توجه به سازوکار مذکور اصولاً امور اضطراری چه در حوزه مدیریت مسائل امنیتی و چه مورد اضطرار بهداشتی از همین طریق انجام شده است.

## ۲. حقوق وضعیت اضطراری از منظر تطبیقی

به لحاظ کارکرد حقوق به‌عنوان یک پدیده جهانی، مقررات‌گذاری و ابزارهای تعبیه‌شده در سامانه حقوقی کشورها در مواجهه با شرایط اضطراری می‌تواند به‌عنوان راه‌حل‌های مختلف برای پاسخ‌گویی به یک نیاز قابل بهره‌برداری باشد. با وجود اینکه رویکرد کلی سازوکارهای پیش‌بینی‌شده برای مواجهه با شرایط اضطراری یا فوق‌العاده، امنیتی و در راستای حفظ نظام سیاسی مستقر بوده است، در عین حال، در دوره معاصر مقابله با تروریسم یکی از حوزه‌های اعلام وضعیت اضطراری بوده و اقدام‌های کشورها در مقابله با گسترش ویروس کرونا نیز از جدیدترین موارد در این زمینه است. در این گفتار به‌صورت گزینشی، مقررات اضطراری در موضوعات مورد اشاره در کشور ایتالیا، ایالات متحده آمریکا و ترکیه مورد اشاره قرار گرفته است.

### ۲-۱. مقررات اضطراری ناشی از بیماری کووید ۱۹ در ایتالیا

در کشور ایتالیا، به جز اصل ۷۸ قانون اساسی این کشور که مقرر داشته است: «مجلسین درخصوص وضعیت جنگی تصمیم‌گیری نموده و اختیارات لازم را به دولت محول می‌نمایند»، مقررات واضح و صریحی درباره اعلام وضعیت اضطراری و تعلیق حقوق پیش‌بینی نشده است. با این حال، اصول ۷۶ و ۷۷ قانون اساسی ایتالیا اشاره‌ای به شرایط اتخاذ تصمیم در وضعیت خاص توسط دولت دارند. بر اساس اصل ۷۶، «امر قانون‌گذاری را نمی‌توان به دولت محول نمود مگر با تعیین اصول و قواعد معین و فقط برای مدتی محدود و برای موضوعات مشخص» و مطابق اصل ۷۷ دولت نمی‌تواند اقدام به قانون‌گذاری کند مگر اینکه چنین اختیاری به‌طور صریح توسط

مجلس به دولت تفویض شده باشد. لذا هر گاه دولت در موارد ضروری مقررات موقت هم‌سطح قوانین عادی تصویب کند، مکلف است مصوبات خود را در همان روز جهت تأیید به مجلس نمایندگان و مجلس سنا تقدیم نماید (جلالی و ابوعطا، ۱۳۹۹: ۵۰).

با وجود این، برخی بررسی‌ها حاکی از این است که در گذر زمان، دولت ایتالیا برای عبور از دیوان‌سالاری و تشریفات تصویب قوانین در مجالس نمایندگان و سنا، استفاده از ابزارهای حقوقی برای پیشبرد امور خود را افزایش داده است و بخش وسیعی از مقرره‌گذاری در ایتالیا توسط صلاحیت خاص قانون‌گذاری دولت صورت می‌گیرد و عملاً مصوبات و احکام قانونی از حالت استثنایی و اضطراری به قاعده‌ای ثابت تبدیل شده‌اند.

بازرترین نمونه در این زمینه، اقدامات دولت ایتالیا در خصوص مدیریت همه‌گیری کرونا در این کشور در سال ۲۰۲۰ است. اولین حکم در این زمینه، اعلام وضعیت اضطراری توسط دولت در ژانویه ۲۰۲۰ بود. در متن مقررۀ مذکور، به مصوبۀ قانونی شماره ۱ سال ۲۰۱۸ اشاره شده است که تحت عنوان «پدافند غیرعامل» شناخته شده است. مادۀ ۷ مصوبه مذکور مقرر می‌دارد که در صورت بروز حوادث خطرناک که به دست بشر یا به‌صورت طبیعی اتفاق افتاده، سازمان پدافند غیرعامل که زیر نظر دفتر نخست وزیر فعالیت می‌کند، تصمیمات مقتضی در جهت رفع خطر را به عمل می‌آورد. بر اساس مادۀ ۲۵ مصوبه مربوط به پدافند غیرعامل، پس از اعلام وضعیت اضطراری توسط حکم قانونی هیئت وزیران، این سازمان صلاحیت صدور دستورالعمل‌های ویژه پیدا می‌کند که به سبب آن‌ها مقررات موضوعۀ موجود را به حالت تعلیق در می‌آورد. البته این اقدامات باید قابل تطبیق با حکم قانونی هیئت وزیران، اصول کلی نظام حقوقی ایتالیا و مقررات اتحادیه اروپا باشد. این مقررات برای یک سال قابل وضع بوده و تا یک سال هم قابل تمدید هستند (جلالی و ابوعطا، ۱۳۹۹: ۵۰).

برابر حکم قانونی مقابله با شیوع کرونا که در ژانویه و فوریه ۲۰۲۰ توسط هیئت وزیران ایتالیا صادر شد، در شهرهایی که حتی یک مورد ابتلا به ویروس کرونا ثبت شده بود، اقداماتی از قبیل ممنوعیت ورود و خروج از محدوده شهر، تعلیق فعالیت‌های عمومی مانند مسابقات ورزشی، برنامه‌های فرهنگی، آیین‌های مذهبی، تعطیلی مدارس و دانشگاه‌ها، فعالیت‌های اقتصادی، تعلیق آزمون‌ها و روند استخدام کارکنان بخش عمومی، اعمال قرنطینه برای افرادی که با مبتلایان در تماس بوده‌اند اعمال گردید. در صورت عدم رعایت محدودیت‌های بیان‌شده، شهروندان تحت پیگرد کیفری قرار می‌گیرند و اگر تخلف موضوع جرم سنگین‌تری نباشد، افراد بر اساس مادۀ ۶۵۰

قانون کیفری محاکمه می‌شوند.<sup>۱</sup> بررسی اجمالی مقررات اضطراری مصوب شده در ایتالیا حاکی از این است که حقوق بنیادین متعددی از جمله آزادی تردد، حق اجتماع، حق دسترسی همگانی به آموزش و پرورش و حق فعالیت اقتصادی که در قانون اساسی این کشور تضمین شده است، به دلیل شرایط اضطراری بهداشتی، با تصمیم هیئت وزیران تعلیق و این تصمیمات مورد تأیید مرجع قانون گذاری این کشور قرار گرفته است (جلالی و ابوعطا: ۱۳۹۹: ۵۷-۵۴).

## ۲-۲. مقررات اضطراری برای مقابله با تروریسم (آمریکا)

با وجود شرایط ناگوار گسترش بیماری و آمار ابتلا و فوت ناشی از همه‌گیری کرونا در آمریکا، به دلیل جنجال‌های سیاسی مقارن با انتخابات ریاست جمهوری ۲۰۲۰ آمریکا، دولت حاکم در ایالات متحده تا زمان نگارش این سطور، اعتقادی به ضرورت اعلام فوق‌العاده در خصوص این موضوع نداشته است. یکی از موارد مهم اعلام حالت فوق‌العاده و استفاده از مقررات اضطراری در آمریکا به حوادث تروریستی سال ۲۰۰۱ باز می‌گردد. بعد از حادثه ۱۱ سپتامبر، دولت وقت آمریکا در واکنش به این حادثه، از دو مکانیزم برای اعلام و اجرای مقررات اضطراری بهره‌برداری کرد: نخست درخواست قدرت اجرایی گسترده به‌عنوان رئیس جمهور و فرمانده کل قوا و دوم، درخواست تصویب فوری قانون میهن‌پرستی (پاتریوت).

### ۲-۲-۱. قدرت اجرایی اضطراری

تلاش دولت برای گسترش قدرت اجرایی به دلیل شرایط اضطراری سبب شد تا وضعیت ایجاد شده را جنگ بنامند و دستور کار اصلی دولت، شناسایی و کنترل افراد، سازمان‌ها و احیاناً دولت‌هایی بود که در این حادثه دخالت داشته‌اند.

بنا بر اطلاعاتی که توسط نویسندگان و یا مقامات رسمی آمریکا انتشار یافته است، دولت بیش از ۱۲۰۰ نفر خارجی مقیم آمریکا را که اکثراً هم مسلمان بودند در رابطه با اقداماتش برای تحقیق در مورد حادثه ۱۱ سپتامبر دستگیر کرد (تعداد افرادی که در این خصوص مورد بازجویی و سؤال قرار گرفتند بیش از ۵۰۰۰ نفر ذکر شده است). بیشتر این افراد حداقل برای چند ماه در زندان بودند و تنها یکی از این‌ها در ارتباط با جرایم تروریستی ۱۱ سپتامبر متهم شده است (Thomas E. Baker and John F. Stack, Jr, 2006: 32).

۱. این ماده تحت عنوان بی‌توجهی نسبت به دستورات مقامات مقرر می‌دارد: «هر کس نسبت به دستورات قانونی مقامات بنا به دلایل امنیت عمومی، عدالت، نظم عمومی یا بهداشت بی‌توجهی کند، اگر تخلف وی موضوع جرم سنگین‌تری نباشد، تا سه سال حبس یا جریمه تا ۲۰۶ یورو محکوم خواهد شد».

برخی از این زندانی‌ها در سلول‌های انفرادی<sup>۱</sup> نگهداری شده‌اند که ۲۳ ساعت از روز را در سلول بوده‌اند. هفته‌ای یک‌بار به ایشان اجازه تماس تلفنی داده شده و از زندانی به زندان دیگر منتقل شده‌اند تا از تماس با وکلای، دوستان یا خانواده‌هایشان جلوگیری شود. دولت از افشای نام این بازداشتی‌ها سر باز زده است. سیاستی که دادستان کل این چنین توجیه کرد: «وقتی ایالات متحده در جنگ است، من با دشمن مبادله اطلاعات نخواهم کرد» (Thomas E. Baker and John F. Stack, Jr, 2006: 32).

در حالی که قانون پاتریوت<sup>۲</sup> مقرر می‌داشت که در صورت وجود دلایل متعارف، دادستان کل می‌تواند یک غیرشهروند را برای ۷ روز بدون اینکه متهم به جرمی باشد بازداشت کند، دولت، برای اقدام خود به این قانون استناد نکرده و برای دستگیری حدود ۱۰۰۰ غیرشهروند به یک سری مقررات اضطراری موقتی که توسط دادستان کل در ۱۷ سپتامبر ۲۰۰۱ اعلام شد استناد نموده است. مقررات موقت زمان اضطرار یا شرایط فوق‌العاده اجازه می‌دهد وقتی دلایلی برای اعتقاد به انجام عمل خلاف قانون توسط یک فرد خارجی وجود دارد، وی برای یک زمان متعارف و تا زمانی که تحقیقات ادامه دارد بازداشت شود. در حالی که این مقررات با مقررات قانون پاتریوت آمریکا مغایرت دارد که فقط نگهداری تا هفت روز را در این موارد اجازه می‌دهد. با این حال دولت وقت آمریکا آن مقررات را که مغایر قانون بود، لغو نکرد و افراد زیادی برای هفته‌ها بازداشت شده‌اند بدون اینکه اتهامی به آن‌ها تفهیم شود.

شاید بهترین مثال برای عمل حاکی از اضطرار، که به صورت نامشخصی آزادی‌های مدنی را تهدید می‌کند، دستور ۱۳ نوامبر ۲۰۰۱ جرج بوش رئیس جمهور وقت آمریکا با عنوان «امریه نظامی»<sup>۳</sup> است که بازداشت نامشخص هر غیرشهروندی را که متهم به دخالت در عملیات تروریستی باشد و رسیدگی به اتهام این افراد در یک دادگاه نظامی با پروسه‌های محدود و بدون بررسی قضایی را اجازه می‌دهد (Thomas E. Baker and John F. Stack, Jr, 2006: 34).

تشکیل این کمیسیون‌های نظامی، بر این اصل بنا شد که جنگ با تروریسم نوعی از جنگ است که به وسیله دشمنانی طراحی شده که استحقاق این را دارند که نه با قوانین جنگ پاسخ داده شوند و نه قوانین صلح و بر این اساس، نیروهای طالبان و القاعده بدون در نظر گرفتن حقوق اسیران جنگی در گوانتانامو نگهداری و درخواست‌های بین‌المللی که زندانیان باید در دادگاه‌های

1. Solitary confinement
2. Patriot Act
3. Military order

صالح محاکمه شوند با بی‌اعتنایی مواجه شد.

## ۲-۲-۲. محدودیت‌های ناشی از قانون میهن‌پرستی (پاتریوت)

در ۲۵ اکتبر ۲۰۰۱ کنگره «قانون پاتریوت آمریکا»<sup>۱</sup> را تصویب کرد. مراحل تصویب این قانون، شرایط اضطراری را که در کشور حاکم بود، نشان می‌دهد. سنای آمریکا، این قانون را تنها با یک رأی مخالف تصویب کرد. در مجلس نمایندگان، این لایحه که حمایت هر دو حزب را داشت و کمیته قضایی<sup>۲</sup> به اتفاق آرا تأیید کرده بود، با سرعتی تصویب شد که برخی اعضای کنگره شاکی بودند که حتی کپی کاملی از چیزی که به آن رأی داده‌اند ندیده‌اند (Thomas E. Baker and John F. Stack, Jr, 2006: 37).

این قانون، تهدید به احیای بسیاری از سوءاستفاده‌های دوران جنگ سرد است. در سال ۱۹۹۱ «قانون مک کاران- والتر»<sup>۳</sup> که به دولت اجازه می‌داد صرفاً به دلیل نوشتن یا گفتن مطلبی در حمایت از کمونیسم مانع ورود هر مهاجری شود توسط کنگره لغو شد. ماده ۴۱۱ قانون پاتریوت، احیای همین مقررات است؛ منتهی به جای کمونیسم، تروریسم گذاشته شده است. بر اساس این ماده، دولت می‌تواند مانع ورود هر غیرشهروندی شود که وزارت خارجه تأیید کند موافقت عمومی نسبت به عملیات یا فعالیت‌های تروریستی داشته است؛ یا که از مقام و شهرت خویش در کشوری که حامی یا تأییدکننده تروریسم است استفاده نموده و این کار فعالیت‌های ایالات متحده برای مبارزه با تروریسم را تحت الشعاع قرار داده است.

این قانون، همچنین به رویه دیگری که خصوصیت دوران جنگ سرد بود جان تازه‌ای می‌بخشد. یعنی اجازه می‌دهد سرویس‌های امنیتی نسبت به اصلاحیه چهارم قانون اساسی آمریکا مرتکب حيله و نیرنگ شده و جاسوسی داخلی نسبت به گروه‌های محلی را بر اساس قانون جمع‌آوری اطلاعات خارجیان از سر بگیرند. در ۱۹۷۵ یک کمیته ویژه سنا «کمیته چرچ»<sup>۴</sup> مشاهده کرد که اف بی ای (FBI) میدان گسترده‌ای از نظارت بر گروه‌های سیاسی از هم پاشیده ایجاد کرده که به فعالیت‌های غیرقانونی هم مشغول نبودند. یکی از سوءاستفاده‌های مهم که کمیته چرچ گزارش کرد، این بود که آژانس‌های اطلاعاتی از طریق قدرت اجرایی، استفاده از نظارت الکترونیکی و دیگر تکنیک‌های جمع‌آوری اطلاعات برای مقاصد امنیت ملی به حریم خصوصی افراد تجاوز

1. USA PATRIOT Act
2. Judiciary Committee
3. McCarran- Walter Act
4. Church Committee

کرده‌اند. کمیته موصوف پیشنهاد داد که همه نظارت‌های الکترونیکی به مانیتورینگ اف‌بی‌آی محدود شود که با نظارت قضایی انجام می‌شود. در نتیجه، «قانون نظارت بر اطلاعات خارجی»<sup>۱</sup> در ۱۹۷۸ تصویب شد.

این قانون، استثنایی مطرح کرد که استراق‌سمع تنها در صورتی مجاز است که دلایل متعارفی وجود داشته باشد که جرمی ارتکاب یافته و تحت نظر قاضی انجام گیرد. در عین حال، این قانون متضمن محدودیتی بود که جمع‌آوری اطلاعات، محدود به جاهایی بود که هدف، جاسوسی اطلاعات خارجی باشد. ماده ۲۱۸ قانون پاتریوت، این قانون را اصلاح می‌کند تا با استانداردهای پایین قانون مذکور، حتی اگر هدف اولیه نظارت، تحقیقات جنایی است، اجازه استراق‌سمع بدهد (Thomas E. Baker and John F. Stack, Jr, 2006: 38).

در مجموع به نظر می‌رسد شرایط خاص حاکم بعد از حادثه ۱۱ سپتامبر، فرصت بسیار مناسبی در اختیار قدرت اجرایی و تقنینی ایالات متحده قرار داد تا با اعلام وضعیت فوق‌العاده امنیتی، مداخله‌هایی که در طول سال‌های متمادی در چهارچوبی قانونی تجویز شده بود به صورت گسترده و بی‌محاسبه نسبت به شهروندان و ساکنان این کشور اعمال شود.

### ۲-۳. مقررات اضطراری در ترکیه

بررسی قانون اساسی ترکیه حاکی از جایگاه حقوق وضعیت اضطراری در آن کشور است. در ماده ۱۵ قانون اساسی این کشور با عنوان «توقف اجرای حقوق و آزادی‌های اساسی» آمده است: در شرایط جنگ، حالت آماده‌باش، حکومت نظامی و شرایط فوق‌العاده، با رعایت نظامات ناشی از حقوق بین‌الملل می‌توان حقوق و آزادی‌های اشخاص را کلاً یا جزئاً متوقف ساخت یا در این شرایط در مورد اصول مرتبط مقرر در قانون اساسی تدابیر دیگری اتخاذ نمود. در قانون وضعیت اضطراری ترکیه، قانون‌گذار هدف قانون را تبیین و اعلام وضعیت اضطراری را منحصر در وقوع چهارگونه حادثه دانسته است:

۱. بلایای طبیعی، ۲. شیوع بیماری خطرناک، ۳. بحران اقتصادی جدی، ۴. اقدام جدی علیه نظم عمومی و یا حقوق و آزادی‌های اساسی (فغان نژاد و نوری، ۱۳۹۱: ۷۷).

در موارد حدوث هر کدام از موارد، شورای وزیران با ریاست رئیس‌جمهور، وضعیت اضطراری را اعلام خواهد نمود. پس از تصویب موضوع در هیئت وزیران، موضوع با فوریت برای تصویب به مجلس ملی ترکیه ارسال می‌شود. مجلس قادر به تغییر دوره یا اصلاح هست و در هر حال دوره

1. Foreign Intelligence Surveillance Act (FISA)



اضطراری محدود به شش ماه است و تمدید آن با درخواست هیئت وزیران و تصویب مجلس برای ۴ ماه امکان پذیر است. در دوره اضطراری، هیئت وزیران می تواند در موضوع های مرتبط با حالت اضطراری تصویب نامه هایی با الزام قانونی بدون تشریفات رسمی صادر نموده و با انتشار در روزنامه رسمی، جهت تأیید آن ها را به مجلس ملی تقدیم کند (ابدی، ۱۳۸۶: ۳۴۳).

از جمله محدودیت های مقرر می توان به ممنوعیت از اقامت در مناطق معین مرتبط با ناحیه اعلام وضعیت اضطراری، ممنوعیت ورود یا عزیمت از نواحی معین، تعلیق آموزش در همه سطوح اعم از دولتی و خصوصی، کنترل و محدودسازی زمان شروع و خاتمه کار اماکن تفریحی و خدماتی، وضع مقررات در خصوص کالاهای اساسی، کنترل رفت و آمد زمینی، هوایی و دریایی و مواردی از این دست اشاره کرد (ابدی، ۱۳۸۹: ۳۴۵).

در قسمت آیین دادرسی و مقررات جزایی در شرایط اضطراری، به علت شیوع بیماری، حوادث یا موضوع های مرتبط با نظم عمومی در قانون ترکیه پیش بینی های مهمی صورت گرفته است. در باب صلاحیت، به جز جرایمی که در صلاحیت دادگاه های نظامی است، تمامی جرایم در دادگاه های عمومی و به صورت علنی رسیدگی می شود.

در خصوص رفتاری که موجب نقض اختیارات یا اقدامات فرماندار ایالتی گردد یا سرپیچی از دستورات یا گواهی دروغ، علاوه بر مجازات رفتار در شرایط عادی، مجازات حبس اضافه، به مدت سه ماه مقرر شده است. همچنین هر کس اخبار و اطلاعات اغواکننده ای را به قصد ایجاد هراس بین مردم نقل یا پخش کند، به صورت مشابه مسئولیت داشته و به مجازات اضافه حبس برای سه ماه تا یک سال و جریمه حداقل پنج هزار لیر ترکیه محکوم خواهد شد. ارتکاب این جرم در صورت استفاده از رسانه های گروهی دو برابر می شود.

در زمینه اقدام های اداری و قضایی دولت ترکیه و شرایطی که پس از شیوع بیماری کووید ۱۹ در این کشور حاکم شده است، علاوه بر اقدام های اداری و محدودیت های مربوط به جابه جایی و سفر و غیره، تصمیم های حقوقی و قضایی مهمی نیز با استناد به مقررات اضطراری موجود در قوانین این کشور جهت اجرا توسط رئیس جمهور ابلاغ شده است. به عنوان نمونه، در ۲۲ مارس ۲۰۲۰، روزنامه رسمی تصمیم ریاست جمهوری ترکیه را منتشر کرد که در آن دستور تعلیق کلیه مراحل رسیدگی به بدهی و ورشکستگی، ممنوعیت شروع کلیه مراحل جدید اجرای بدهی یا ورشکستگی (به استثنای دعاوی نفقه) و ممنوعیت اجرای توقیف های موقت تا تاریخ ۳۰ آوریل ۲۰۲۰ را اعلام

کرد. تصمیم ریاست جمهوری بر اساس ماده ۳۳۰ قانون توقف و ورشکستگی شماره ۲۰۰۴ است<sup>۱</sup> که به رئیس جمهور اجازه می‌دهد دستور تعلیق مراحل اجرای حکم را برای مدت معینی در موارد اپیدمی، بلایای عمومی یا جنگ صادر کند. در ۲۴ مارس ۲۰۲۰، وزارت دادگستری جزئیات نحوه اجرای مراحل توقف را با توجه به تصمیم ریاست جمهوری، به‌ویژه در مورد نفقه، انتقال حضانت کودک و معوق بودن مراحل اجرای آن، توضیح داد.<sup>۲</sup> در مجموع به نظر می‌رسد وجود مقررات خاص برای شرایط اضطراری با اختیارات تجویزی مقام صلاحیت‌دار، کشور ترکیه را از لحاظ حقوق وضعیت اضطراری در جایگاه مناسبی قرار داده است. با توجه به اینکه از نظر اجتماعی و فرهنگی و مواجهه بودن با بلایای طبیعی و حوادث مرتبط با نظم و امنیت، قرابت زیادی بین ایران و ترکیه هست و با توجه به اینکه در قوانین و رویه‌های مرتبط با شرایط اضطراری در این کشور متناسب با نوع بحران، محدودیت‌های خاصی تنظیم و به حمایت‌های اداری، قضایی و رفاهی در دوران اضطراری هم توجه شده است، به نظر می‌رسد قوانین کشور ترکیه می‌تواند الگوی مناسبی جهت روزآمدسازی قوانین یا تنظیم مقررات هماهنگ‌کننده میان قوای حاکمیت و هم‌افزایی جهت مدیریت بحران و حمایت از شهروندان در شرایط بحرانی و جلب مشارکت ایشان باشد.

### ۳. حقوق وضعیت اضطراری در ایران

بررسی سوابق موجود در سامانه حقوقی ایران حاکی از این است که موارد وضع و استفاده از مقررات اضطراری، عمدتاً برای تضمین امنیت سیاسی و حفظ نظام حاکم بوده است. وضعیت اضطراری در حقوق ایران، در اصل ۷۹ قانون اساسی مصوب ۱۳۵۸ مورد نظر قرار گرفته است و در نظام حقوقی قبل از انقلاب اسلامی هرچند در قانون اساسی مورد اشاره قرار نگرفته بود، در قوانین عادی و رویه‌های حکومتی مورد توجه قرار گرفته بود. بنابراین در مقررات قبل و بعد از انقلاب اسلامی ۱۳۵۷ از منظر قانونی و مدیریت وضعیت اضطراری شاهد رویکرد متفاوتی هستیم. با وجود جایگاه وضعیت اضطراری در قانون اساسی و انتظار طبیعی تبیین مصادیق، تعیین دستگاه متولی و نحوه مدیریت و ضمانت‌اجراهای نقض مقررات در وضعیت اضطراری در قوانین عادی، و تصویب برخی قوانین مانند «قانون مدیریت بحران کشور مصوب ۱۳۹۸»، و یا تشکیل سازمانی با عنوان پدافند غیرعامل، جهت مواجهه با شرایط اضطراری بهداشتی ناشی از گسترش ویروس کرونا، شاهد تصمیم ناگهانی و ایجاد سازوکاری ملی به‌عنوان «ستاد ملی مقابله با کرونا»

1. Law on Execution and Bankruptcy No. 2004.

2. [www.loc.gov/law/foreign-news/article/turkey-government-takes-extraordinary-administrative-measures-for-the-coronavirus-pandemic](http://www.loc.gov/law/foreign-news/article/turkey-government-takes-extraordinary-administrative-measures-for-the-coronavirus-pandemic), Last seen: 9/11/20.

با مصوبه شورای عالی امنیت ملی هستیم.<sup>۱</sup> در این گفتار ضمن اشاره به پیشینه وضعیت اضطراری در ایران، چالش‌های موجود بررسی و بایسته‌ها یا ضرورت‌های ایجاد سامانه حقوق وضعیت اضطراری بررسی می‌شود.

### ۳-۱. قوانین قبل از انقلاب اسلامی

با توجه به اینکه در قانون اساسی مشروطه مقررۀ خاصی در خصوص شرایط اضطراری پیش‌بینی نشده بود، به نظر می‌رسد قانون مربوط به مقررات اعلان حکومت نظامی مصوب سوم بهمن ۱۳۲۹ اولین مصوبۀ قانونی در این خصوص است. بر اساس این ماده واحده، به دولت اجازه اعلان حکومت نظامی در مواقع فوق‌العاده داده شده است ولی مقرر گردیده که دولت موظف است ظرف یک هفته پیشنهاد آن را با ذکر علت به مجلس شورا و سنا بدهد و البته باید مدت حکومت نظامی هم در اعلان دولت ذکر شود.

متعاقب قانون مذکور، قانون حکومت نظامی مصوب ۴/۲۷/۱۳۹۰، به‌نحوۀ اعلام حکومت نظامی و بیان وظایف دستگاه‌ها و ایجاد دادگاه نظامی برای رسیدگی به جرایم مشمول قانون یا ناقضان مقررات حکومت نظامی پرداخته است. بر اساس ماده یک این قانون: «از وقتی که اعلان حکومت نظامی شود اموری که راجع به امنیت و آسایش عمومی است با تصویب هیئت وزرا به توسط وزارت جنگ اجرا خواهد شد». بر اساس ماده ۲ این قانون: «باید محاکم نظامی موقتی تشکیل داده شود که با سرعت و شدت در تقصیرات و اقداماتی که بر ضد امنیت و آسایش عمومی است رسیدگی نمایند».

بر اساس ماده ۵، «اشخاصی که سوءظن مخالفت با دولت مشروطه و امنیت و انتظام عمومی در حق آن‌ها بشود، قوه مجریه حق توقیف آن‌ها را خواهد داشت و پس از توقیف، به استنطاق آنان شروع می‌شود. هر گاه در استنطاق، سوءظن به کلی رفع نشود، شخص مظنون در توقیف باقی و بعد از اختتام حکومت نظامی به عدلیه تسلیم خواهد شد». در این ماده اولاً صرف سوءظن برای دستگیری و توقیف اشخاص کافی است و زمان تسلیم این افراد به دادگاه‌های دادگستری برای رسیدگی به سوءظن هم بعد از پایان یافتن دوره حکومت نظامی است.

بر اساس ماده ۷، هر گونه سوءظن مأمورینی که تأمین شهر به‌عهده آنان واگذار شده است مجوزی برای داخل شدن به منازل و اجرای تحقیقات خواهد بود در صورت مقاومت و مخالفت،

۱. نک: مجموعه مصوبات ستاد ملی کرونا مندرج در cabinet.office.ir تاریخ مراجعه: ۱۳۹۹/۱۰/۳۰.

جبراً می‌توانند داخل شوند و مخالف و مقاوم قهراً دستگیر و موافق حکم محکمه نظامی قویاً سیاست خواهد شد. بر اساس این ماده، حریم خصوصی و حرمت و احترام منزل و مسکن افراد، با ظن مأموران نظامی، قابل نقض شدن است.

در ماده ۱۰ این قانون، «اجتماعات و انجمن‌ها در مدت حکومت نظامی باید به کلی موقوف و متروک باشد اگر اجتماعی منعقد شود به مجرد اخطار اولی پلیس باید متفرق شوند و در صورت مقاومت یا مخالفت مقاوم یا مخالف جلب به محکمه نظامی و محکوم به مجازات خواهد شد».

بررسی سوابق تقنینی و اجرایی در دوره زمانی ۱۳۲۹ تا ۱۳۵۷ حاکی است که سازوکار قانونی تعبیه شده و اعلام حکومت نظامی به صورت مکرر و در مناطق مختلف کشور مورد استفاده قرار گرفته است.<sup>۱</sup> مجوزهای صادر شده از سوی مجلس شورای ملی سابق نشان می‌دهد تا قبل از سال ۱۳۴۲، دولت قبل از برقراری حکومت نظامی از مجلس تقاضای انجام این امر را نموده ولی از سال ۴۲ به بعد، معمولاً مجلس، تأییدکننده عمل دولت در برقراری حکومت نظامی بوده است. علاوه بر این که، برخلاف دستور قانون حکومت نظامی و حالت فوق‌العاده سال ۱۳۲۹، در هیچ‌کدام از تقاضاهای دولت در برقراری حکومت نظامی، بیان علت و توجیه ضرورت این کار دیده نمی‌شود. ضمن اینکه موارد استفاده شده از این ظرفیت قانونی، صرفاً جهت سرکوب مخالفان سیاسی و کنترل اعتراضات و اعتصابات عمومی بوده و استفاده از این ظرفیت در حوادث و بلایای طبیعی یا بیماری‌ها گزارش نشده است.

۱. سال ۱۳۳۰ در مناطقی از خوزستان، که حداقل برای دو مرتبه با اجازه مجلس تمدید شده است، سال ۱۳۳۳ به مدت ۳ ماه در مناطقی از خوزستان، سال ۱۳۳۳ برای مدت ۳ ماه در شهرستان تهران، همچنین در سراسر مسیر راه‌آهن تا شعاع ۶ کیلومتری، و در شهرها و قصباتی که مسیر عبور راه‌آهن بوده است، همچنین در همین سال به مدت ۳ ماه در پالایشگاه کرمانشاه، در سال ۱۳۴۲ در ماده واحده‌ای مجلس عمل دولت در برقراری حکومت نظامی از تاریخ ۱۵ خرداد تا پایان مهرماه را تأیید کرده است، همچنین در همین سال حکومت نظامی در شیراز که در تاریخ‌های آبان ۴۱ تا بهمن و خرداد ۴۲ تا شهریور ۴۲ برقرار گردیده مورد تأیید مجلس واقع شده است. موج دیگری از حکومت نظامی‌ها مقارن با پیروزی انقلاب سال ۵۷ بوده است. به عنوان نمونه، دولت آموزگار تقاضای یک ماه حکومت نظامی در مرداد ۵۷ در منطقه اصفهان نموده که با ۱۷۵ رأی مجلس موافقت شده، همچنین در تاریخ ۱۳۵۷/۶/۲۶، دولت تقاضای برقراری حکومت نظامی در ۱۲ شهر نموده که غالباً از مراکز استان‌ها و شهرهای مهم کشور همچون تهران، قم، مشهد، شیراز، اصفهان، تبریز، آهواز، آبادان، قزوین، کازرون و جهرم هستند؛ این تقاضا در جلسه فوق‌العاده ۲۶ شهریور ماه ۱۳۵۷ مورد بررسی قرار گرفته تا عمل دولت مبنی بر اعلام حکومت نظامی از تاریخ ۱۷ شهریور ۵۷ و به مدت شش ماه مورد تأیید قرار گیرد.

### ۲-۳. قوانین بعد از انقلاب اسلامی

نقض بسیار گسترده حقوق و آزادی‌های سیاسی و مدنی، از طریق اعلام حکومت نظامی مکرر و مستمر، تأثیر غیرقابل انکاری در نارضایتی مردم و نخبگان جامعه و شکل گرفتن انقلاب اسلامی با اندیشه‌های آزادی‌خواهانه و استقلال‌طلبانه در سال ۱۳۵۷ داشته است. آزادی و استقلال و حکومتی مردم‌سالار و مقید به حقوق و آزادی‌های سیاسی و مدنی در عین حفظ وحدت و تمامیت ارضی کشور، از مطالبات اساسی بود که در اصل ۹ قانون اساسی جلوه نموده است. در قانون اساسی برای وضعیت جنگی یا شرایط اضطراری نظیر آن ترتیبات خاصی تدارک شده که در ذیل مورد بررسی قرار می‌دهیم.

### ۲-۳-۱. حقوق وضعیت اضطراری قبل از بازنگری قانون اساسی (دهه اول انقلاب)

قانون اساسی سال ۱۳۵۸ با وجود پیش‌بینی شرایط جنگی و سایر موارد اضطراری، در واکنش به توسل افراطی رژیم سابق به حکومت نظامی در اصل ۷۹، برقراری حکومت نظامی را به کلی ممنوع اعلام کرده است. در عین حال، «در حالت جنگ و شرایط اضطراری نظیر آن، دولت حق دارد با تصویب مجلس شورای اسلامی موقتاً محدودیت‌های ضروری را برقرار نماید، ولی مدت آن به هر حال نمی‌تواند بیش از سی روز باشد و در صورتی که ضرورت همچنان باقی باشد، دولت موظف است مجدداً از مجلس کسب مجوز کند».

در این اصل قانون اساسی، به دولت اجازه برقراری محدودیت‌های ضروری در حالت جنگ و شرایط اضطراری نظیر جنگ داده شده است ولی با وجود حوادث و اتفاقات سیاسی، امنیتی و طبیعی بسیار بزرگ در دهه اول انقلاب از جمله جنگ تحمیلی ۸ ساله، تعارضات داخلی و توسل به خشونت از طرفی برخی گروه‌های سیاسی در آغازین ماه‌های پیروزی انقلاب و به خصوص در سال ۱۳۶۰ و موارد مشابه، موردی از تقاضای دولت از مجلس یا تصویب قانونی توسط مجلس شورای اسلامی که متضمن محدودیت‌ها یا تعلیق حقوق و یا اعلام وضعیت اضطراری باشد مشاهده نمی‌گردد. ولی معمولاً با انعکاس تقاضای رئیس‌جمهور یا نخست‌وزیر یا مقامات دیگر به رهبری انقلاب، محدودیت‌ها یا اختیارات فوق‌العاده متناسب با موضوعات درخواست و تأیید شده است.<sup>۱</sup> به نظر می‌رسد با توجه به شرایط انقلابی و همراهی و مشارکت مردم و اعتماد به جایگاه رهبری انقلاب، در دهه اول انقلاب و دوران جنگ هشت‌ساله عراق علیه ایران یا موارد فوق‌العاده

۱. به عنوان نمونه برای مشاهده درخواست تشکیل شورای عالی پشتیبانی جنگ با اختیارات فوق‌العاده و در حکم قانون بودن مصوبات شورای رجوع شود به: [http://www.imam-khomeini.ir/fa/c78\\_123153](http://www.imam-khomeini.ir/fa/c78_123153)

دیگر، تعلیق حقوق یا اعمال محدودیت‌هایی که نسبت به آزادی‌ها و حقوق وجود داشته است، بدون اینکه در قالب اصل ۷۹ قانون اساسی به قانون تبدیل شود با تصویب یا اجازه رهبری اجرا و یا توسط شهروندان ایرانی تحمل گردیده است.

### ۲-۳. حقوق وضعیت اضطراری بعد از بازنگری قانون اساسی (سال ۱۳۶۸ تاکنون)

قانون اساسی جمهوری اسلامی با توجه به نیازها و واقعیت‌های حکمرانی در حوزه‌های مختلف در سال ۱۳۶۸ مورد بازنگری و اصلاح و تکمیل قرار گرفت. یکی از تأسیسات ایجادشده در قانون اساسی در بازنگری، پیش‌بینی شورای عالی امنیت ملی در اصل ۱۷۶ این قانون بود که مصوبات آن بعد از تأیید رهبری لازم‌الاجراست.

این شورا به‌عنوان مرجع عالی سیاسی و امنیتی تا حد زیادی جایگزین فرایندهای پیش‌بینی شده در اصل ۷۹ قانون اساسی شده است. این شورا که به ریاست رئیس‌جمهور به‌عنوان رئیس قوه مجریه و با حضور رؤسای قوای مقننه و قضائیه و مقامات ارشد نظامی و امنیتی تشکیل و مصوبات آن با تأیید مقام رهبری برای همه لازم‌الاجراست، تا حد زیادی توانسته است در هنگام تصمیمات سخت در مسائل امنیتی و یا مدیریت حوادثی که نیازمند اعلام وضعیت اضطراری است، پتانسیل و انسجام لازم و فوری جهت اقدامات مورد نظر حاکمیت را در حوادث و بلاایا فراهم نماید<sup>۱</sup> و به نظر می‌رسد بعد از بازنگری قانون اساسی نیز استفاده از ظرفیت اصل ۱۷۶، در عمل تقاضای تصویب مقررات اضطراری مطابق اصل ۷۹ قانون اساسی را به حاشیه برده و شاهد اجرای ترتیبات موضوع اصل مذکور نبوده‌ایم.

شایان توجه اینکه در «قانون مدیریت بحران» مصوب ۱۳۹۸ که با لایحه دولت با عنوان «لایحه مدیریت حوادث غیرمترقبه» مورد بررسی و تصویب نهایی قرار گرفته است، با وجود اشاره مکرر به وضعیت اضطراری یا شرایط اضطراری، نه در مقدمه توجیهی و نه در گزارش‌های مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی و سند مصوب نهایی، ارتباطی با اصل ۷۹ قانون اساسی برقرار نکرده و توجه قانون‌گذار عمدتاً معطوف به اقدامات پیشگیرانه و وظایف دستگاه‌ها در مدیریت حوادث است و با وجود اینکه شیوع بیماری کرونا در فاصله کوتاهی بعد از ابلاغ این قانون اتفاق افتاد، مدیریت سیاسی و اجرایی کشور استفاده از ظرفیت آن قانون را برای مدیریت این بیماری کافی ندیده و با تصمیم شورای عالی امنیت ملی، ستادی با عنوان «ستاد ملی مقابله با بیماری کرونا» ایجاد شد که در عمل

۱. برای مطالعه بیشتر در خصوص جایگاه مصوبات شورای عالی امنیت ملی نک: مقدسی و اکبری، ۱۳۹۶: ۸۷۳-

بدون توجه به فرایندهای پیش‌بینی شده در اصل ۷۹ قانون اساسی و تصویب مجلس، با اعلام وضعیت خاص یا فوق‌العاده در کنترل و مدیریت همه‌گیری کرونا، اقدامات متنوعی انجام داد که از جنس مقرره‌گذاری برای کل کشور و تمام نهادها و حتی تصویب پروتکل برای تشکیل جلسات مجلس شورای اسلامی یا نحوه برگزاری جلسات دادگاه‌ها و یا مرخصی زندانیان و... است که فقط از منظر جایگاه مصوبات شورای عالی امنیت ملی و تأیید رهبری قابل توضیح است.<sup>۱</sup> تشکیل ستاد و اعلام تصمیمات آن هرچند در مدیریت بیماری خطرناک و کشنده کرونا تا حد زیادی مؤثر بوده است، ولی چالش‌هایی هم در این زمینه وجود دارد که بیش از آنکه به تصمیمات ستاد بازگشت کند، به ساختار آن و نبود ضمانت اجرای قانونی برای نقض تصمیم‌های آن باز می‌گردد.

### ۲-۳. چالش اجرای وضعیت اضطراری در تصمیم‌های ستاد ملی مقابله با کرونا

یکی از مواردی که در کشورهایی که به‌عنوان نمونه در این تحقیق مورد بررسی قرار گرفت به‌صورت روشن قابل‌رصد است و در سامانه حقوقی ایران خلأ آن احساس می‌شود، سیاست جنایی و حقوق حاکم در شرایط اضطراری است. این خلأ هم از لحاظ ساختار و سازمان مدیریت وضعیت اضطراری و آیین تصمیم‌گیری و هم نوع ضمانت اجرای محدودیت‌های ناشی از وضعیت اضطراری و هم نحوه حمایت از شهروندان درگیر در بحران جهت تأمین نیازهای ضروری ایشان و جلب مشارکت در اجرای برنامه‌های حاکمیت در دوره بحران یا وضعیت اضطراری است. درخصوص ساختار یا سازمان متولی، در موضوع مقابله با کرونا، ابتدا به‌صورت کلی مدیریت به وزارت بهداشت واگذار و بعد از مدتی شخص رئیس‌جمهور مدیریت ستاد را بر عهده گرفت. در خصوص افراد و اعضای تشکیل‌دهنده ستاد، علاوه بر اینکه برای حضور برخی اعضا توضیحی برای افکار عمومی داده نشده، برخی مطالبات مطرح شده برای عضویت در ستاد و مشارکت در تصمیم‌سازی نیز حاکی از این است که تشکیل ستاد و انتخاب اعضا از پشتوانه قانونی خاصی بهره‌مند نبوده است.

ابهام در مبنای قانونی «ستاد ملی مقابله با کرونا» موجب آن شده که دستگاه‌های حاکمیتی به‌جای هم‌افزایی در اجرای مصوبات ستاد، هر کدام به‌نحوی تصمیم‌های اتخاذ شده را به چالش کشیده و از اجرای آن طفره بروند. به‌عنوان نمونه، با وجود حضور دادستان کل کشور در ستاد ملی، آنگاه که درخصوص الزام موجران به تمدید قراردادهای اجاره تصمیمی اتخاذ شده است، اجرای آن

۱. جهت بررسی دیدگاه‌ها در خصوص اداره صلاحیت‌دار در وضعیت اضطراری نک: نجاززاده هنجی، ۱۳۹۹:

به‌عنوان جایگزین توافق قراردادی موجر و مستأجر در محاکم قضایی مورد تردید قرار می‌گیرد. یا وقتی تصمیمی برای حمایت معیشتی افراد آسیب‌پذیر اتخاذ می‌شود، برخی نمایندگان مجلس اختیار تصمیم اقتصادی ستاد را به چالش می‌کشند.<sup>۱</sup> و یا مرتباً گلایه‌ها و شکوه‌های وزیر بهداشت از جهت بی‌توجهی به مصوبات ستاد ملی در کنترل مرزها یا سفرها و غیره شنیده می‌شود. از همه عجیب‌تر این است که رئیس‌جمهور و رئیس ستاد ملی کرونا به علت رعایت مصوبه ستاد و عدم حضور فیزیکی در برخی جلسات مورد سؤال قرار می‌گیرد<sup>۲</sup> و برخی از برنامه‌ها یا آیین‌های رسمی با حضور برخی مقامات بدون رعایت مصوبات و یا پروتکل‌های مربوط به انجام می‌رسد و به راحتی مورد تحمل قرار می‌گیرد.<sup>۳</sup>

در این زمینه به نظر می‌رسد با توجه به اینکه موضوعات مستلزم تصمیم‌های اضطراری اعم از حوادث و بلاای طبیعی و یا بیماری‌های همه‌گیر یا حتی موارد سیاسی و امنیتی، مسائلی علمی و تخصصی هستند که نیازمند بهره‌مندی از خرد جمعی و توان کارشناسی قوای حاکمیت و حتی جامعه مدنی است، اصل وجود شورا یا نهاد عالی تصمیم‌ساز در شرایط اضطراری اقدام درستی است که در قانون مدیریت بحران مصوب ۱۳۹۸ نیز در قالب «شورای عالی مدیریت بحران کشور» پیش‌بینی شده است. در این زمینه شایان ذکر است که با وجود اینکه واژگان شرایط اضطراری یا اضطرار و بحران از الفاظ پربسامد قانون مذکور است، در لایحه پیشنهادی دولت یا مصوبه نهایی مجلس، هیچ اشاره‌ای به اصل ۷۹ قانون اساسی به‌عنوان مبنای ایجاد سازوکار قانونی برای مدیریت وضعیت اضطراری نشده و با وجود اینکه قانون موصوف چند ماه قبل از پاندمی کرونا تصویب شده است، در مدیریت پاندمی مورد استناد قرار نگرفته و از سازوکار اصل ۱۷۶ و تصمیم شورای عالی امنیت ملی برای تشکیل ستاد ملی مقابله با کرونا استفاده شده است. به نظر می‌رسد با توجه به وجود زیرساخت قانونی مذکور و تجربیات ناشی از نبود سازوکار قانونی فراگیر و الزام‌کننده در مدیریت پاندمی کرونا می‌توان از طریق تکمیل و روزآمدی قانون مذکور و استفاده از ظرفیت اصل ۷۹ قانون اساسی، شورای عالی مدیریت وضعیت اضطراری را قانونمند کرد.

از طرف دیگر با توجه به اصل مهم حقوقی که جرم‌انگاری یا ایجاد ممنوعیت قانونی بدون

۱. به عنوان نمونه بنگرید به توضیحات سخنگوی دولت در پاسخ به چالش قانونی بودن مصوبات ستاد کرونا در

تاریخ ۱۳۹۹/۶/۴: <https://www.mehrnews.com/news/5008002>

۲. به عنوان نمونه بنگرید به: <https://www.hamshahronline.ir/news/553146>

۳. به عنوان نمونه بنگرید به: <https://www.borna.news> در تاریخ ۹۹/۸/۴ با کد خبر: 1077783.



تعیین ضمانت اجرای نقض را بی اثر می داند، نمی توان اجرای تصمیمات در وضعیت اضطراری آن هم در جایی که از دست رفتن جان انسان ها مطرح است را صرفاً به همکاری و احساس مسئولیت اجتماعی شهروندان واگذار کرد. عدم وجود قانون یا آیین نامه از قبل ابلاغ شده برای تضمین اجرای تصمیم ها به عنوان چالش اصلی در این زمینه مطرح است که با وجود ارتباط موضوع با جان شهروندان، گزارش های متعدد از نوسان شیوع بیماری به علت عدم رعایت پروتکل های بهداشتی حکایت دارد. همان گونه که در خصوص کشور ترکیه یا ایتالیا بحث شد و یا در مقررات قبل از انقلاب اسلامی در قانون اعلام حکومت نظامی مصوب ۱۲۹۰ مشاهده کردیم، برای زمان حکومت نظامی یا شرایط فوق العاده، ضمانت اجرا تعیین یا به صورت موسع در اختیار محاکم نظامی قرار گرفته بود. در صورتی که حداکثر ضمانت اجرایی که بر نقض تصمیم های مهم ستاد ملی کرونا مترتب شد، جرایم نقدی آن هم توسط افسران پلیس راهنمایی و رانندگی یا دوربین های نظارتی ثبت تخلف تردد بوده است! بررسی مواد مختلف قانون مدیریت بحران نیز حاکی از این است که در ذهنیت قانون گذار، جایگاه عدم تمکین شهروندان از تصمیم های مراجع تصمیم گیر در شرایط اضطراری مورد توجه قرار نگرفته و حداکثر به عدم همکاری یا تخلف مدیران یا کارکنان دستگاه های متولی یا همکار توجه شده است.

بنابراین عدم پیش بینی ضمانت اجرای از قبل تعیین شده برای نقض مقررات وضعیت اضطراری اعم از اینکه از طرف مقامات یا مسئولان و یا آحاد شهروندان انجام شود، یکی از چالش های اساسی است. در این زمینه به نظر می رسد با توجه به اصل ۷۹ قانون اساسی که امکان اعلام وضعیت فوق العاده در شرایط خاص را پیش بینی کرده است، با وجود کارآمدی و مؤثر بودن سازوکار مبتنی بر اصل ۱۷۶ قانون اساسی و استفاده از ظرفیت شورای عالی امنیت ملی در مدیریت حوادث مختلف امنیتی یا طبیعی که نوعاً اقدامات فوری و کوتاه مدت را پشتیبانی می کند، تجربه دوران طولانی مدیریت مبارزه با کرونا و ضرورت وجود مقررات لازم الاجرا برای همه بخش های جامعه و قابل اعمال و اجرا از طریق محاکم دادگستری، تصویب قانون مربوط به شرایط اضطراری که علاوه بر اینکه مرجع قانونی صلاحیت دار در این وضعیت را مشخص می کند، نسبت به جرم انگاری و تعیین ضمانت اجرای عدم تمکین از تصمیم های آن مرجع و همچنین اختیارات تجویزی جهت ایجاد ممنوعیت برخی فعل ها یا ترک فعل ها در شرایط اضطراری بهداشتی یا سایر موارد اقدام نماید ضروری است. به نظر می رسد تجربه کشورهایمانند ترکیه و ایتالیا که در فصل قبل مطرح شد و سابقه تقنینی ایران در این زمینه می تواند با مشارکت قوه مقننه و قضائیه و اختیاراتی که به رئیس جمهور و مجری قوانین می دهد، زیرساخت های حقوق وضعیت اضطراری در نظام

حقوقی را ترمیم و تکمیل نماید. بدیهی است که وقتی صحبت از حقوق وضعیت اضطراری است، توجه به مبانی مورد اشاره در فصل نخست که به ایجاد محدودیت‌های قانونی و موقت و تعلیق برخی حقوق و آزادی‌ها به منظور حفظ مصلحت یا ارزش برتر که سلامت عمومی یا امنیت و انسجام کشور اشاره دارند مورد نظر خواهند بود. تحدید حقوق و نه سلب آن، موقتی بودن محدودیت‌ها و لزوم اذن قوه مقننه در تمدید یا استمرار وضعیت اضطراری، از موارد مورد تأکید در اصل ۷۹ قانون اساسی است که در مقایسه با اصل ۱۷۶ به نحو مناسب‌تری می‌تواند تضمین‌کننده عدم تعدی حاکمیت به حقوق و آزادی‌های شهروندان به بهانه اعلام وضعیت اضطراری باشد.

چالش مهم دیگری که در مدیریت بیماری کرونا مانع تصمیمات بهنگام و قاطع ستاد ملی و یا عدم مشارکت شهروندان در اجرای دقیق تصمیم‌ها می‌گردید، عدم پیش‌بینی سازوکار حمایتی از شهروندان از منظر اقتصادی و رفاهی حتی تربیتی و آموزشی است. این در حالی است که با توجه به طبیعت محدودیت‌های ناشی از وضعیت اضطراری، زندگی عادی شهروندان و از جمله تأمین معاش یا اقتصاد خانواده‌ها یا بنگاه‌ها گاه با خطرات غیرقابل‌تحملی مواجه می‌شود. یا عدم تدبیر مناسب برای افراد نیازمند حمایت اجتماعی و یا تحت حضانت (روشن، ۱۳۹۹: ۱۰۷) و یا زندانیان یا کسانی که در کانون‌های اصلاح و تربیت یا سایر کمپ‌ها و اردوگاه‌های تأمینی و تربیتی به جهت تحمل کیفر یا تربیت و درمان نگهداری می‌شوند، موجبات تشدید بحران درخصوص ایشان یا کل جامعه شود (نیازپور، ۱۳۹۹: ۲۹۸). شایان ذکر اینکه سازوکارهای حمایتی، نه فقط باید برای بعد از حدوث وضعیت اضطراری، بلکه حتی قبل از وضعیت اضطراری و در حین جریان یا فرایند تدبیر شرایط اضطراری هم مورد نظر باشد که اقدامات آموزشی و اطلاع‌رسانی در خصوص سازمان‌های حمایت‌کننده یا نحوه و نوع حمایت‌های قابل‌دریافت در این زمینه از اهمیت برخوردارند (حبیب‌نژاد و عامری، ۱۳۹۹: ۲۲).

در قوانین جاری با وجود پیش‌بینی اعتبارات سالانه برای مدیریت حوادث غیرمترقبه و یا اقدام به ارزیابی خسارات حوادث بعد از وقوع آن، توجه کمی به حمایت‌های اجتماعی و اقتصادی از افراد یا اقشار درگیر در وضعیت اضطراری صورت گرفته است. امری که در دوران طولانی ایجاد محدودیت برای مدیریت بیماری کرونا در کسب‌وکارها، حمل‌ونقل و... اتفاق افتاد. با توجه به اهمیت حمایت‌های اقتصادی و اجتماعی در مدیریت وضعیت اضطراری با هزینه کمتر و جلب مشارکت شهروندان در تمکین از مقررات و محدودیت‌ها، ترتیبات پیش‌بینی شده در قوانین اضطراری برخی کشورها از جمله کشور ترکیه که در فصل قبل مورد اشاره قرار گرفت، قابل‌اقتباس و بهره‌برداری است.

این اشکالها و چالشها در بومزیست ایران که به صورت مداوم حوادث طبیعی سهمگین مانند سیل و زلزله یا حوادث امنیتی یا سیاسی ناشی از التهابهای اقتصادی و فشار دشمن خارجی دارد، ترتیب سامانه‌ای کارآمد برای شرایط اضطراری که می‌توان از آن به «حقوق وضعیت اضطراری» یاد کرد، ضروری ساخته است که به‌عنوان پیشنهادهای سیاستی این تحقیق در قسمت نتیجه‌گیری و مورد اشاره قرار می‌گیرند.

### نتیجه

دغدغه اصلی نگارنده برای ورود به مطالعه جاری، چالش‌های متعاقب گسترش همه‌گیری کرونا در ایران و بسیاری از کشورها بود که به‌صورت هم‌زمان درگیر این ویروس کشنده شدند. در کنار مسائلی که به دلایل اقتصادی و تحریم‌های بین‌المللی هم‌زمان با گسترش و همه‌گیری کرونا پیش پای شهروندان ایرانی بود، عدم وجود مقررات لازم‌الاجرا و یا رویه‌های تعریف‌شده برای تبیین حقوق و تکالیف دولت - ملت در شرایط فوق‌العاده و اضطرار ناشی از گسترش ویروس و یا موارد مشابه و اقدامات همراه با آزمون و خطا در اجرا و الزام مقرراتی که عدم اجرای آن‌ها جان انسان‌های زیادی را به خطر می‌انداخت از چالش‌های اساسی بود. با وجود چاره‌جویی ساختاری در قانون اساسی جمهوری اسلامی برای مدیریت جامعه در شرایط جنگی یا وضعیت اضطراری، در قوانین عادی، ساختار قانونی و تعریف‌شده که تصمیم‌های آن دارای ضمانت‌اجرا باشند طراحی نشده است.

بررسی‌های نگارنده نشان می‌دهد در بسیاری از نظام‌های سیاسی به‌پشتوانه قانون اساسی، در قوانین عادی و رویه‌های حکومتی سازوکار اجرای قانون در شرایط اضطراری پیش‌بینی شده و قانون‌گذار سازوکاری را طراحی نموده که همانند جریان برق اضطراری، در زمانی که جریان عادی زندگی قابل‌تداوم نیست، به‌صورت خودکار، مدیریت وضعیت اضطراری را بر عهده گرفته و علاوه بر تدبیر امور کشور، برای اجرای قانون در وضعیت اضطراری و ضمانت‌اجرای نقض مقررات و مرجع دارای اختیارات و تجویزهای متناسب با شرایط اضطراری نیز تدبیر کرده اند که مجموعه این سازوکار را «حقوق وضعیت اضطراری» نامیدیم.

از طرف دیگر، بررسی‌های انجام شده در این تحقیق نشان می‌دهد که با توجه به قابل‌پیش‌بینی نبودن حوادث یا پیشامدهایی که منجر به اعلام حالت فوق‌العاده بهداشتی یا امنیتی و... می‌شود، تجهیز سامانه حقوقی به ساختاری با اختیارات تجویزی امر دیگری است که در حقوق وضعیت اضطراری باید مورد توجه قرار گیرد. همان‌گونه که در حقوق آمریکا، دستورات اجرایی رئیس‌جمهور در شرایط اضطراری راهگشا است یا در مقررات اضطراری کشور ترکیه، اختیارات

تجویزی مقام صلاحیت‌دار در شرایط اضطراری می‌تواند توان روزآمدسازی و کارآمدی مقررات اضطراری را تضمین و نیاز به اصلاح مکرر قوانین موجود یا وضع قوانین جدید را کاهش دهد. در حقوق ایران هرچند وجود سازوکار شورای عالی امنیت ملی و تأیید مصوبات شورا توسط رهبری مشکل‌گشای مقررات تجویزی و شرایط پیش‌بینی نشده بوده و تشکیل ستاد ملی کرونا و اجرای مصوبات آن با همین منطق انجام شد، اما با توجه به اصل ۷۹ قانون اساسی، می‌توان قانون جامع و کارآمدی برای وضعیت اضطراری تصویب کرد که با اجرای خودکار خود، ضمن مدیریت امور کشور در وضعیت اضطراری، ضمانت‌اجرای نقض مقررات و دستگاه متولی آن جهت تضمین حتمیت و قطعیت اجرای قانون را عهده‌دار باشد. با توجه به جمیع موارد و با بهره‌گیری و اقتباس منطقی از قوانین کشورهای مورد بررسی پیشنهادات زیر ارائه می‌شود:

۱. پیشنهاد می‌شود با الگوگیری از برخی کشورها و با مطالعه تطبیقی و متناسب با شرایط سیاسی، اجتماعی و اقلیمی کشور، قانونی با عنوان قانون شرایط اضطراری که علاوه بر مشخص کردن ساختار مدیریت وضعیت اضطراری، مجازات‌ها یا تنبیهات نقض مقررات شرایط اضطراری را مشخص و مرجع صالح برای رسیدگی به موارد نقض را مشخص کند در دستور تصویب قرار گیرد. در این زمینه با توجه به زیرساخت حقوق اساسی موجود در اصول ۷۹ و ۱۷۶، قانون مدیریت بحران مصوب سال ۱۳۹۸ هم می‌تواند مورد توجه قرار گیرد.

۲. با توجه به قابل پیش‌بینی نبودن حوادث، بلایا یا شرایط اضطراری و ضرورت اتخاذ تصمیم‌های فوری و متناسب، پیشنهاد می‌شود مرجع قانونی که مدیریت وضعیت اضطراری را بر عهده دارد، از سازوکار و اختیارات تجویزی الزام‌آور برای تمام ارکان حاکمیت و نیروهای مسلح برخوردار باشد.

۳. با توجه به اینکه در سامانه کیفری جاری، برای عدم تمکین از تصمیم مقامات یا مراجع قانونی در شرایط اضطراری ضمانت‌اجرایی پیش‌بینی نشده است، ماده ۶۰۷ قانون مجازات اسلامی که تمرد نسبت به مأمورین دولتی را پیش‌بینی کرده است، با اصلاح یا افزودن تبصره‌ای می‌تواند تا حد زیادی نقض تصمیمات مقامات و تمرد نسبت به آن‌ها را حل کند و یا اصلاح و روزآمدسازی ماده ۶۸۸ قانون مجازات اسلامی می‌تواند عدم رعایت پروتکل‌های بهداشتی یا نقض قرنطینه و برگزاری همایش و سخنرانی و مجلس عزا و عروسی و... را که به مرگ دسته‌جمعی شرکت‌کنندگان منجر می‌شود از مصادیق تمثیلی اقدام علیه بهداشت عمومی تلقی نماید.

۴. با توجه به اهمیت مقوله پیشگیری در مخاطرات بهداشتی و حوادث غیرمترقبه، و ضرورت وجود پیوست آموزشی، فرهنگی و اقتصادی و حمایتی برای تصمیمات در وضعیت اضطراری،

ساختار مدیریت وضعیت اضطراری باید اختیارات و تجویزهای لازم در حوزه‌های مورد اشاره را داشته باشد تا امکان اجرای تصمیمات دوره اضطرار فراهم و از ایجاد دوگانه‌های کاذب در این زمینه جلوگیری شود. در این زمینه ضوابط مقرر در قانون مدیریت بحران مصوب ۱۳۹۸ که عمده توجه آن به پیشگیری از بحران‌های ناشی از حوادث طبیعی و مخاطرات آن است می‌تواند الگوی مناسبی جهت تکمیل سیاست جنایی تقنینی در زمینه وضعیت اضطراری باشد. ضمن اینکه با توجه به ساختار قانونی تصمیم‌گیری در شورای عالی پیشگیری از وقوع جرم، و با توجه به تأثیرات مهم قوانین اضطراری بر نحوه عملکرد همه اجزای حکومت از آموزش و پرورش و بهداشت و درمان گرفته تا قوه قضائیه و سازمان زندان‌ها و... مشارکت در تصمیم‌سازی همه این نهادها اهمیت دارد.

۵. با توجه به محدودیت‌های حقوق بنیادین در دوران تعلیق حقوق یا اعلام وضعیت فوق‌العاده یا اضطراری، توجه به لزوم تصویب موضوع در مجلس شورای اسلامی و تجدید اذن قوه مقننه در این خصوص منعکس در اصل ۷۹ مورد توجه قرار گیرد.

۶. به لحاظ اهمیت حمایت اقتصادی و اجتماعی از شهروندانی که تحت تأثیر شرایط اضطراری قرار گرفته‌اند و جهت فراهم نمودن زمینه مشارکت و همراهی شهروندان در کنترل و مدیریت وضعیت اضطراری، پیش‌بینی سامانه حمایتی با اختیارات تفویضی به دستگاه‌های محلی و ملی مجری محدودیت‌ها ضروری است.

## منابع

## فارسی

- آقابابایی، حسین (۱۳۸۹)، *قلمرو امنیت در حقوق کیفری*، چاپ نخست، تهران: سازمان انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.
- ابدی، سعیدرضا (۱۳۸۶)، «نگاهی به مقررات اضطراری ترکیه، مصوب ۲۵ اکتبر ۱۹۸۳»، *نشریه حقوق اساسی*، شماره ۸، سال چهارم.
- بوزان، باری (۱۳۷۸)، *مردم، دولت‌ها و هراس*، ترجمه پژوهشگاه مطالعات راهبردی، چاپ اول، تهران: پژوهشگاه مطالعات راهبردی.
- جلالی، علی‌رضا و محمد ابوعطا (۱۳۹۹)، «وضعیت اضطراری و محدودیت حقوق بنیادین: بررسی اقدامات حکومت ایتالیا در مقابله با بیماری کرونا»، *پژوهش حقوق عمومی*، شماره ۶۷.
- حبیب‌نژاد، احمد و زهرا عامری (۱۳۹۹)، «نظام مداخلات حمایتی دولت از گروه‌های آسیب‌پذیر در وضعیت‌های بحرانی و اضطراری»، *نشریه حقوق اسلامی*، شماره ۶۴.
- راسخ، محمد و مهناز بیات‌کمیته‌کی (۱۳۹۳)، «مفهوم مصلحت عمومی»، *حق و مصلحت: مقالاتی در فلسفه حقوق و فلسفه ارزش*، چاپ سوم، تهران: نشر نی.
- جزایی، محدثه (۱۳۹۵)، «هوموساکرهای نوین، بررسی وضعیت فوق‌العاده در ترکیه بر اساس نظریه اشمیت و آگامبن»، *فصلنامه تحقیقات سیاسی بین‌المللی*، شماره ۲۹.
- روشن، محمد (۱۳۹۹)، «نقش اضطرار در رفع تکلیف قانونی حضانت کودکان و حق ملاقات در شرایط پاندمی کووید ۱۹»، *تحقیقات حقوقی*، شماره ۹۰ (ویژه‌نامه).
- سروش محلاتی، محمد (۱۳۷۸)، *دین و دولت در اندیشه اسلامی*، چاپ اول، قم: دفتر تبلیغات اسلامی.
- شاملو، باقر و ابوالفضل یوسفی (۱۳۹۲)، «ضوابط حاکم بر اعلام وضعیت اضطراری و اعمال محدودیت‌های کیفری فوق‌العاده»، *حقوق تطبیقی*، ویژه‌نامه شماره ۱۴.
- شیخ‌زاده، حسین (۱۳۹۸)، «نحوه مواجهه دولت با پاندمی کووید ۱۹ و تاثیر این بحران بر بازتعریف حیطة اختیارات و مسئولیت‌های دولت»، *دوفصلنامه علمی قدرت نرم*، شماره ۲۱.
- *صحیفه نور (مجموعه سخنرانی‌ها و رهنمودهای امام خمینی)* (۱۳۷۱)، چاپ دوم، تهران: سازمان مدارک فرهنگی انقلاب اسلامی.
- کوچ‌نژاد، عباس (۱۳۸۳)، «محدودیت‌های حقوق بشر در اسناد بین‌المللی»، *نشریه حقوق اساسی*، سال دوم، شماره سوم.
- قربان‌نیا، ناصر (۱۳۸۶)، «تعلیق اجرای حقوق بشر در شرایط اضطراری»، *فصلنامه حقوق اسلامی*، سال سوم، شماره ۱۲.
- قربان‌نیا، ناصر (۱۳۸۵)، «تحدید حقوق و آزادی‌ها»، *فصلنامه حقوق اسلامی*، شماره ۱۰.
- فغان‌نژاد، سعدالله و مهدی نوری (۱۳۹۱)، «بررسی حقوقی شهروندی در وضعیت بحران: مطالعه تطبیقی حقوق ایران، فرانسه و آمریکا»، *مجله مدیریت بحران*، سال اول شماره ۱.

- مؤمنی‌راد، احمد، آرین پتفت و مهدی ثابتی (۱۳۹۶)، «چرایی و دامنه سلب اجباری حق بر اساس نظریه اضطرار»، فصلنامه مطالعات حقوق عمومی، دوره ۴۷، شماره ۱.
- معرفت، محمدهادی (۱۳۸۰)، «امام علی (ع) و حقوق متقابل مردم و حکومت»، کتاب نقد، شماره ۱۸.
- نجارزاده هنجنی، مجید (۱۳۹۹)، «تحلیل حقوقی وضع محدودیت های ناشی از همه‌گیری کرونا در ایران؛ در جست‌وجوی اداره صلاحیت‌دار»، نشریه حقوق اداری، شماره ۲۳.
- نیازپور، امیرحسین (۱۳۹۹)، «اصول اجراء کیفر پس از شیوع ویروس کووید ۱۹ (کرونا)»، تحقیقات حقوقی، شماره ۹۰ (ویژه نامه).
- هابز، توماس (۱۳۸۱)، لویاتان، با ویرایش و مقدمه سی. بی. مکفرسون، ترجمه حسین بشیریه، چاپ دوم، تهران: نشر نی.
- همپتن، جین (۱۳۸۵)، فلسفه سیاسی، ترجمه: خشایار دیهیمی، چاپ دوم، تهران: طرح نو.

### عربی

- مغنیه، محمدجواد (۱۴۳۰ق)، الشیعه و الحاکمون، بیروت: دارالکتاب الاسلامی.
- نجفی، محمدحسن (۱۴۰۴ق)، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، چاپ هفتم، بیروت: دار احیاء التراث العربی.

### انگلیسی

- Cyprus v. Turkey, Appl. 6780/74 and 6950/75, 1975, 4 European Human Rights Reports, PP. 482-556; Mcveigh v. UK, Appl, 8022/77.
- Lines, Rick, 2008, The right to health of prisoners in international human rights law, **International Journal of prisoners health**, Volume 4.
- Thomas E. Baker and John F. Stack, Jr., 2006, *At War with Civil Rights and Civil Liberties: An Introduction*, in **AT WAR WITH CIVIL RIGHTS AND CIVIL LIBERTIES**, (Thomas E. Baker and John F. Stack, Jr., eds., Rowman & Littlefield Publishers.
- [www.loc.gov/law/foreign-news/article/turkey-government-takes-extraordinary-administrative-measures-for-the-coronavirus-pandemic](http://www.loc.gov/law/foreign-news/article/turkey-government-takes-extraordinary-administrative-measures-for-the-coronavirus-pandemic). Last seen, 9/11/20.





## مفهوم و قلمرو تلف حکمی موضوع عقد با نگاهی به نظام حقوقی انگلستان

ابوالفضل آقاخانی\*

### چکیده

هر طرف قرارداد انتظار دارد تا در صورت فسخ، انفساخ یا اقاله قرارداد به عین عوض یا معوضی که در قرارداد به طرف دیگر منتقل کرده است، برسد تا به زعم خود هدف از انحلال قرارداد فراهم آید. اما در بسیاری از موارد پیش می‌آید که به‌رغم وجود و بقای اصل مال امکان استرداد آن وجود نخواهد داشت. در صورت تحقق انفساخ یا اقاله عقد قبل از اینکه مال موضوع قرارداد توسط خریدار (واگذارشونده) به ثالث منتقل شود، بی‌تردید مالکیت به فروشنده (واگذارکننده) اعاده شده و حقی برای انتقال مال به ثالث وجود ندارد. اگر حق فسخی از آغاز انعقاد عقد برای فروشنده و به‌موجب شرط قراردادی، وجود داشته باشد، خریدار حق انتقال مال را تا انقضای مدت خیار فروشنده ندارد. ولیکن اگر حق فسخ بالقوه برای فروشنده در قرارداد محتمل باشد و قبل از ایجاد حق فسخ، مال توسط خریدار به ثالث منتقل شود و همچنین اگر انفساخ یا اقاله عقد بعد از انتقال مال به شخص ثالث واقع شود، عین مال قابل استرداد نبوده و در حکم تلف است. سؤال اساسی آن است که وجود حق فسخ برای فروشنده تا چه حد می‌تواند مالکیت خریدار را تحدید کند؟ اگر مال به ثالث منتقل و قرارداد فسخ شود، مبیع در حکم تلف محسوب است، مگر اینکه شرط خلاف (صریح یا ضمنی) شده باشد و خریدار حق تصرف منافی با خیار را نداشته باشد. ولی، در مورد بیع شرط مقنن این موضوع را مفروض می‌داند که حق فسخ درج شده حاوی این تعهد ضمنی است که مورد معامله می‌بایست آماده‌اعاده به مالک اولیه باشد و به همین جهت تصرف منافی با خیار را ممنوع اعلام کرده است.

واژگان کلیدی: تلف حکمی، استرداد مبیع، فسخ، انفساخ، اقاله

\* قاضی دادگستری، دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشگاه تهران (پردیس کیش)، تهران، ایران

## مقدمه

اتلاف و تسبیب و مبحث مربوط به تلف و ضمان ناشی از آن از مفاهیم سنتی حقوق است و تلف حکمی نیز از موضوعاتی به شمار می‌آیند که بحث پیرامون آن شده است. لیکن در حقوق به‌طور سنتی و نیز دیدگاه‌های فقها تا جایی که استرداد عین ممکن باشد نظر به تلف حکمی وجود ندارد. تلف حکمی را برخی از حقوق‌دانان این‌گونه تعریف کرده‌اند که اگر مالی حقیقتاً هلاک نشود لکن از نظر قانون‌گذار همان حکم را داشته باشد که تلف حقیقی آن حکم را دارد در این صورت این تلف را تلف حکمی نامند. (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸ [ج: ۸۸۵] به عبارت دیگر گاهی اصل و عین مال موجود است اما کسی که حق استرداد عین را دارد بنا به حکم مقنن (شارع) صرفاً می‌تواند به مثل یا قیمت آن مراجعه کند یعنی حق مطالبه عین مال را نخواهد داشت. در جامعه امروزی و با ایجاد ثبت عمومی برای اموال خصوصاً اموال غیر منقول و پیچیده‌تر شدن روابط اقتصادی و حقوقی در جوامع گرچه حکم کلی تغییری نداشته است، اما مصادیق و قلمرو آنچه در حکم تلف قرار می‌گیرد با آنچه به‌طور معمول در نظر تنورسین‌های فقهی و حقوقی بوده تمایز آشکار دارد. با توجه به استقرا در آرا و اقوال حقوق‌دانان و فقها می‌توان دو دسته کلی را برای تلف حکمی در نظر گرفت. دسته اول مربوط به وضعیتی است که مالی به‌موجب یکی از عقود ناقله به‌طور صحیح به دیگری منتقل می‌شود و پس از تحقق عقد، به‌جهت فسخ، انفساخ یا اقاله منحل می‌گردد. دسته دوم مبتنی بر باطل بودن یا فقدان رابطه قراردادی است که خود منقسم بر دو صورت می‌شود. صورت اول آن است که مالی در تصرف غاصب یا آنچه در حکم غصب است، قرار بگیرد و تغییراتی در آن ایجاد نگردد و یا حتی محتمل است دچار تغییر و دگرگونی نیز (نظیر غصب زمین خالی و احداث آپارتمان در آن) شده باشد و صورت دوم وضعیتی است که قراردادی بین دو طرف واقع شده و متعاقباً بطلان آن عقد معلوم و مبرهن گردد.

حال به دسته‌بندی‌های پیش‌گفته شده باز گردیم. در دسته اول رابطه حقوقی به شکل صحیح و کامل محقق شده و عقد آثار خود را ایجاد کرده است (نظیر انتقال مالکیت در عقد بیع) ولی پس از تشکیل عقد، رابطه حقوقی بین طرفین از بین می‌رود ولی در دسته دوم صحبت از بطلان عقد یا فقدان هر گونه قرارداد بین طرفین است به این معنا که کشف می‌شود که از اساس هیچ رابطه حقوقی صحیح و کامل بین طرفین شکل نگرفته است. نگارنده با توجه به تمایز بنیادین بین دو دسته موصوف تصمیم

بر تفکیک آن‌ها اتخاذ نموده و صرفاً به بررسی دسته اول خواهد پرداخت.<sup>۱</sup> در این مقاله تلاش داریم تا در یک موضوع و عنوان کلی بحث کنیم که اگر در عقود و قراردادها مالی به دیگری واگذار شده و سپس به جهت فسخ یا انفساخ یا اقاله رابطه حقوقی پیشین منحل شد در هر صورت عین مال می‌بایست به مالک پیشین اعاده شود؟ و یا اینکه فرضی متصور است که با وجود بقای فیزیکی مال در عالم خارج، مالک پیشین حق مطالبه عین را نخواهد داشت. در این راستا ابتدا به بررسی تأثیر وجود حق فسخ بر انتقال مال به شخص ثالث از دیدگاه فقها و حقوق داخلی پرداخته و با توجه به نزدیکی اثر حقوقی انفساخ و اقاله، با فسخ قرارداد، این دو نهاد حقوقی نیز مورد توجه قرار گرفته و سپس موضوع را از منظر رویه قضایی و حقوق انگلیس مورد مذاقه قرار خواهیم قرار داد.

### ۱. فسخ رابطه قراردادی

اگر مالی به دیگری فروخته شود و در قرارداد حق فسخ برای یکی از طرفین وجود داشته باشد و

۱. با توضیح داده شده، مواردی که در اجرای رأی دادگاه و برای وصول محکوم‌به، با رعایت قانون اجرای احکام مدنی مالی به محکوم‌له یا ثالث فروخته می‌شود و بعد از این اقدامات اجرایی، حکمی که به موقع اجرا گذارده شده بر اثر فسخ یا نقض یا اعاده دادرسی بلااثر شود و نوبت به اعمال ماده ۳۹ قانون اجرای احکام مدنی برسد چون مزایده صورت گرفته و انتقال انجام شده و یا حتی انتقالات بعدی باطل بوده و ملحق به احکام معامله فضولی است. (شمس: ۵۸۵ تا ۵۸۹) از موضوع مقاله خارج است. در این خصوص گروهی از حقوق‌دانان معتقد هستند با انتقال اجرایی مال به برنده مزایده، عملیات اجرایی خاتمه می‌یابد و اگر برنده مزایده مال را به اشخاص دیگر انتقال دهد، در مقام اعمال ماده ۳۹ نمی‌توان بدون اقامه دعوی مستقل آن اسناد را ابطال کرد، زیرا که «اعاده عملیات اجرایی» صرفاً تا امضای سند انتقال اجرایی معنا دارد و انتقالات بعدی از قلمرو «عملیات اجرایی» خارج است و حتماً باید دعوی مستقل طرح گردد (شمس، پیشین). البته مصادیق دیگری نیز برای تلف حکمی در غیر موارد قراردادی وجود دارد نظیر مالی که توسط اداره منابع طبیعی ملی اعلام شده است، یا توسط اداره راه و شهرسازی موات اعلام گردیده و یا مالی که به سود ستاد اجرایی فرمان حضرت امام (ره) مصادره شده و توسط آن مراجع به فروش می‌رسد و لیکن ذی‌نفع با طرح دعوی و ادعای حق در دادگاه صالح، حقانیت خود مبنی بر غیرملی یا غیرموات بودن ملک و یا خارج از شمول مصادره بودن مال خود را ثابت می‌کند و لیکن زمانی که قصد استرداد مال را دارد با این مانع مواجه می‌شود که مال پیشتر منتقل شده است. در این خصوص تبصره ۱ ماده ۹ قانون افزایش بهره‌وری بخش کشاورزی و منابع طبیعی و قانون تعیین تکلیف اراضی واگذاری دولت و نهادها و تبصره ۲ ماده ۲۶ اصلاحیه آیین‌نامه نحوه رسیدگی به پرونده‌های موضوع اصل ۴۹ قانون اساسی مصوب ۷۹/۳/۱۰ رئیس قوه قضاییه که در اجرای بند ۵ حکم مورخ ۷۹/۲/۳ مقام معظم رهبری به ایشان به تصویب رسیده (البته مصادیق بیش از این موارد است) احکامی را مقرر کرده‌اند که تخصصاً از عنوان مقاله خارج است و نگارنده امید دارد تا مقاله دیگر در مورد مطالب ذکر شده به مرحله انتشار برساند.

ذوالخيار با شرایط قانونی و یا قراردادی نسبت به اعمال حق خود اقدام کند، آیا عوضین می‌بایست به مالک پیشین برگردد؟ مانند آنکه در قراردادی شرط کنند که بخشی از ثمن معامله در فاصله زمانی معین و در تاریخ مشخصی پرداخت نشود؛ فروشنده حق فسخ معامله را داشته باشد. فرض شود الف خودروی خود را به ب واگذار کرده است و شرط شده است که تا یک ماه برای فروشنده حق فسخ وجود داشته باشد و یا اینکه این‌گونه شرط کنند که بخشی از ثمن که مؤجل است به وسیله یک فقره چک پرداخت شود و اگر چک موصوف منتهی به وصول نشد، فروشنده حق فسخ قرارداد را داشته باشد. البته امکان دارد که تراضی کنند در صورت عدم وصول چک، قرارداد منفسخ گردد. یعنی اینکه به نوعی شرط فاسخ درج می‌کنند و بدون اینکه احتیاج به اعلام اراده فسخ باشد قرارداد خاتمه یابد. حال با حصول شرط و عدم وصول وجه چک و اعمال حق فسخ، یا احراز انفساخ که قهراً حادث می‌شود توسط فروشنده، مبیع نیز می‌بایست تحت هر شرایطی به فروشنده مسترد گردد؟

#### ۱-۱. انواع حق فسخ

همان‌طور که در مثال‌ها قابل مشاهده است حق فسخ یا هر نوع شرطی دال بر انفساخ قهری ممکن است در دو دسته کلی جای گیرد. گاهی بالفعل در قرارداد چنین حقی وجود دارد به این معنی که از ابتدای عقد با درج حق فسخ مثل وجود خيار شرط از ابتدای انعقاد عقد برای مدت یک ماه این حق محفوظ می‌شود و یا اینکه یکی از اختیارات قانونی از ابتدای عقد موجود است مانند خيار حیوان یا خيار مجلس که از زمان به وجود آمدن عقد و تشکیل آن وجود دارد. نوع دوم آن است که خيار شرط بالقوه است، به این توضیح که ممکن است حق فسخ برای فروشنده در آینده به وجود آید و یا اینکه هرگز چنین حق فسخی برای وی ایجاد نشود یعنی یک امر احتمالی است و بستگی به شروط بین طرفین یا اوضاع و احوال قرارداد دارد (شیخ انصاری، ۶/۱۴۲۲: ۱۵۹).

همین موضوع در خصوص انفساخ نیز وجود دارد، یعنی ممکن است به جای ایجاد حق فسخ در قرارداد شرط فاسخ درج گردد. نهاد حقوقی فسخ، انفساخ و تفاسخ (اقاله) در یک نقطه مشترک هستند و آن هم، لحظه از هم گسیخته شدن یک قرارداد است. در فسخ از لحظه اعمال حق فسخ و در انفساخ از لحظه تحقق شرط فاسخ و در اقاله از لحظه تراضی دو اراده در انحلال یک رابطه حقوقی، قرارداد، از بین رفته تلقی می‌گردد. ولی آنچه مهم و حائز اهمیت است آن می‌باشد که تا قبل از آنکه قرارداد منحل شود یک رابطه حقوقی صحیح و معتبر بین طرفین وجود داشته و این است که بر پیچیدگی موضوع می‌افزاید. باید دید که آیا در آن زمان که رابطه حقوقی صحیح وجود داشته حق تصرف در مبیع برای مالک آن وجود دارد یا خیر؟ مانند آنچه ذکر شد و گفته شد که ایجاد حق فسخ منوط و مشروط به عدم پرداخت وجه چک موضوع قرارداد است که اگر این چک

برگشت شود، حق فسخ برای فروشنده حاصل است وگرنه با وصول وجه چک، هیچ‌گاه حق فسخی برای فروشنده ایجاد نمی‌گردد. فقط چالش بحث آنجاست که اگر مال توسط الف به ب فروخته شود و در آن قرارداد حق فسخ بالفعل یا بالقوه برای فروشنده درج شده باشد و قبل از اعمال خیار توسط ذوالخیار، ب اقدام به تصرف ناقل در مبیع نماید (مانند آنکه مبیع را به ج بفروشد یا هبه کند یا صلح کند) و سپس الف به اعمال حق خود، نسبت به فسخ قرارداد اقدام کند، تکلیف مال موضوع قرارداد چیست؟ آیا الف حق دارد تا اصل مال خود را مطالبه نماید یا خیر؟ تکلیف ج چه می‌شود؟ مال می‌بایست از ج گرفته و به الف داده شود؟

#### ۱-۱-۱. موضع فقها

در اینکه اصل بر استرداد اصل مال است هیچ تردیدی نیست. نه در بین حقوق‌دانان و نه در میان فقها، مخالف وجود ندارد که نفی‌کننده این اصل باشد. فلذا با این مقدمه می‌خواهیم به بررسی اقوال و آراء فقها و استثنائات احتمالی وارد بر قاعده بپردازیم.

#### ۱-۱-۱-۱. منع مطلق از تصرف در مال

غیر ذوالخیار حق هیچ‌گونه تصرف در مبیع را ندارد چراکه مانع از استرداد عین مال در صورت فسخ از سوی فروشنده است. در واقع این دیدگاه به‌طور مطلق و بدون هیچ تفکیکی بین نوع خیار، خریدار را ممنوع از تصرف در مبیع از حیث نقل و انتقالات می‌نماید (شیخ طوسی، ۱۳۸۷/۲: ۸۳ و ۸۴).<sup>۱</sup> در واقع نظر مستتر در عقیده آن‌ها، آن است که چون فروشنده برای خود خیار فسخ معامله را شرط کرده، پس هرگونه نقل و انتقال بعدی نسبت به مال با رعایت یا ملحوظ کردن این شرط قراردادی است و حتی اگر مبیع منتقل شده باشد و خریدار آن را واگذار کرده باشد، در صورتی که فروشنده اول نسبت به اعلام اراده خود مبنی بر فسخ بیع اقدام کند، می‌تواند عین مال را برگرداند. این نظر به‌طور مطلق بیان شده و رعایت وضعیت فروشنده بیش از هر چیز دیگری در آن هویداست. شاید از دیدگاه عرفی مردم نیز همین‌طور باشد، وقتی طرفین نسبت به انجام معامله‌ای با یکدیگر اقدام می‌کنند و سپس یکی از آن‌ها اقدام به فسخ معامله بر طبق یکی از شروط قراردادی می‌نماید، انتظار اولیه آن است که عین مال به فروشنده مسترد شود و اصولاً داعی و انگیزه جعل حق فسخ آن است که فروشنده بتواند عنداللزوم اصل مال خود را پس بگیرد. فلذا به‌طور خلاصه، دیدگاه اول بیشتر مبتنی بر حقوق فروشنده است. در واقع هیچ اعتقادی به تلف حکمی با

۱. عقیده شیخ طوسی بر آن است که در بیع خیاری مالکیت پس از انقضای مدت خیار به خریدار منتقل می‌شود فلذا این نظر ایشان با این پیش فرض ابراز می‌شود.

وجود اصل مال در این دیدگاه نیست.

### ۲-۱-۱-۱. جواز مطلق تصرف در مال

این گروه در مقابل گروه اول قرار دارند و هر تصرفی را در زمان خیار جایز و صحیح می‌دانند. علامه حلی در خصوص رهن می‌فرماید: که رهن در زمان خیار جایز و صحیح است چه خیار برای بایع باشد و چه مشتری و یا اینکه برای هر دو آنها باشد، زیرا که با وقوع عقد بیع مالکیت مبیع به خریدار انتقال یافته است (محقق حلی، ۲/۱۴۰۸: ۶۸ و شهید اول، ۳/۱۴۱۷: ۲۷۱). در واقع استدلال صورت گرفته برای صحت معاملات بعدی، ماهیت عقد بیع است. گرچه در فقه در خصوص زمان مالکیت مبیع در بیع خیار اختلاف نظر است که البته فی الحال مجال طرح آنها نیست و همان طور که قانون مدنی در مواد ۳۳۸ و ۳۳۹ زمان انتقال مالکیت را حین العقد دانسته و صرف ایجاب و قبول را کافی می‌داند، این گروه از فقها نیز چنین عقیده‌ای داشته و چون به صرف ایجاب و قبول مالکیت مبیع به خریدار منتقل می‌گردد، هیچ منعی را برای تصرف در مبیع نمی‌دانند. در واقع نظر گروه اول با تکیه بر عرف حاکم بر معاملات در بستر تئوری خود تکوین یافته است، اما نظر دوم بیشتر از عرف حاکم بر معاملات، بر مبانی‌های پذیرفته شده در عقد بیع و زمان ایجاد مالکیت استوار شده است و دقیقاً در مقابل نظر اول قرار می‌گیرد که شاید به نوعی پذیرش تلف حکمی مال باشد.

### ۳-۱-۱-۱. جواز تصرف ناقله در مال و عدم امکان تلف عمدی

تلف عمدی مال (اتلاف) در زمان خیار جایز نیست، اما تصرف ناقله مجاز می‌باشد. اگر فروشنده نسبت به فسخ معامله اول اقدام کرده، معامله دوم هم منفسخ می‌شود، لیکن اثر این انفساخ در خصوص معامله دوم از زمان انعقاد عقد دوم است. به عبارت دیگر، اگر الف مال را به ب بفروشد و برای خود برای مدتی خیار فسخ در نظر بگیرد و در زمان خیار فسخ، ب، مال موصوف را به ج بفروشد و سپس الف اخذ به خیار کرده و معامله خود با ب را فسخ کند، این نظریه قائل به این است که اولاً ب حق واگذاری به ج را داشته و ثانیاً با اخذ به خیار توسط الف، معامله بین ب و ج هم منفسخ شده و این انفساخ اثری قهقرایی داشته و به قبل سرایت کرده و از زمان معامله بین ب و ج، اثر حقوقی را زایل می‌کند تا الف بتواند نسبت به استرداد اصل مال خود اقدام کند (تستری، بی تا: ۲۰۰). در این نظریه، جمع بین دو تئوری قبل انجام شده است. در واقع از یک طرف با توجه به اثر تملیکی آنی عقد بیع، مشتری را جایزالتصرف دانسته‌اند و از طرف دیگر خیار فروشنده را نیز مؤثر دانسته‌اند. اما جمع این دو مورد شاید از نظر اثر حقوقی آنکه پیشنهاد شده، با تعاریف آثار عقد بیع که به‌طور کلاسیک در فقه بحث شده است، دشوار باشد و نتیجه‌ای که

حاصل شده را با سختی بتوان توجیه کرد. اما از این ظاهر باید دست شست. شاید فقهای قائل به این نظر، قصد داشته‌اند تا این نظر را تعمیم دهند که در معامله دوم نوعی شرط ضمنی وجود دارد که با فسخ معامله اول، معامله دوم خود به خود منفسخ می‌گردد و این انفساخ از حین عقد دوم مؤثر باشد و اگر بیع اول فسخ شود با وجود شرط بنایی و ضمنی مفروض، بیع دوم آن نیز منفسخ شده و مبیع بر مالکیت فروشنده اول اعاده می‌شود. در اصل این شرط بنایی نیز شاید قابل احراز باشد زیرا که مبنای مالکیت فروشنده دوم بیعی است که با الف انجام داده است. این امر مبنای تراضی طرفین معامله دوم است و از دیگر سو، ب نیز در معامله اول ملتزم شده تا رعایت حقوق الف از حیث حق فسخ وی را بنماید. با این توضیح بدیهی است که اتلاف عمدی مال در این نظریه به طریق اولی از سوی ب غیر مجاز است. با توجه به آنچه گفته شد قائلین این دسته، اعتقادی به تلف حکمی در حالتی که عین مبیع موجود است، ندارند.

#### ۴-۱-۱-۱. تفکیک بین خیار بالفعل و بالقوه

با توجه به نظرات ابراز شده قبل و از طرفی جمع بین حق فسخ فروشنده و مالکیت خریدار و به منظور در نظر داشتن تعریف پذیرفته شده مشهور در باب اثر بیع (ایجاد مالکیت به محض ایجاب و قبول) و همچنین بی توجه نبودن به عرف معاملات، برخی فقهای متأخر، بین اختیارات قائل به تفکیک شده و دسته‌بندی‌هایی را انجام داده که از آن جمله می‌توان به نظرات ذیل اشاره کرد:

ابتدا نظر شیخ انصاری بیان می‌گردد. ایشان اختیارات را به دو نوع بالفعل و بالقوه تقسیم می‌کنند. برخی اختیارات حین العقد موجود است مانند اینکه الف مال را به ب می‌فروشد و به مدت سه ماه برای خود حق فسخ در نظر می‌گیرد. به عبارت دیگر شرط خیار متصل به زمان عقد است و از زمان تشکیل عقد تا سه ماه می‌تواند معامله را فسخ کند و هم‌اکنون و بالفعل برای فروشنده خیار فسخ وجود دارد. نوع دوم خیار بالقوه است. یعنی اینکه ممکن است برای فروشنده در آینده حق فسخ به وجود آید و یا اینکه هرگز چنین حقی ایجاد نشود. مثلاً الف به ب مال را می‌فروشد و بخشی از ثمن نقد و بخش دیگر طی چند فقره چک پرداخت می‌گردد و طرفین توافق می‌کنند که اگر هر کدام از چک‌ها منتهی به گواهی عدم پرداخت شد، فروشنده حق فسخ معامله را داشته باشد. بدیهی است اگر تمام چک‌ها منتهی به پرداخت شود، هیچ‌گاه فروشنده حق برهم زدن معامله را پیدا نخواهد کرد. اما تمام اختلاف و بحث سر آن است که اگر در زمان خیار بالفعل یا خیار بالقوه (قبل از اینکه حق فسخ ایجاد شود) خریدار اقدام به انتقال مبیع به شخص ثالث نماید، اعمال حق فسخ از سوی الف چه تأثیری بر معامله صورت گرفته با شخص ثالث دارد. شیخ انصاری اظهار عقیده می‌کنند که در زمان خیار بالفعل، مشتری حق ندارد مبیع را منتقل نماید. ولی

در زمان خیار بالقوه مشتری حق دارد مبیع را به دیگری منتقل نماید و اگر فروشنده اول نسبت به اعمال حق فسخ اقدام کرد تأثیری در معامله دوم نداشته و عین مبیع به فروشنده اول اعاده نمی‌گردد بلکه تلف حکمی مال صورت گرفته و فروشنده می‌بایست مطالبه مثل یا قیمت مال خود را بنماید (شیخ انصاری، ۶/۱۴۲۲: ۱۵۲). ایشان در تعلیل نظر خود اشاره به اثر عقد بیع دارند که همانا مالکیت حین العقد است و از طرفی هیچ مانعی نیز برای انتقال وجود ندارد و به صرف احتمال انحلال معامله، نمی‌توان در خیار بالقوه نظر به عدم حق تصرف داشت، از سوی دیگر، شخص ثالث که مبیع را با حسن نیت خریداری کرده نباید تحت تأثیر معامله قبل باشد، در نتیجه مال متعلق به خریدار جدید (شخص ثالث) بوده و انحلال معامله پیشین با این پیش فرض که مبیع تلف حکمی شده اثری در قرارداد ندارد (شیخ انصاری، ۶/۱۴۲۲: ۱۵۹)

پس از بررسی نظر شیخ انصاری به نظر آیت‌الله موسوی خویی اشاره می‌گردد که عقیده ایشان نیز شباهت زیادی به نظر شیخ انصاری دارد. ایشان سه دسته برای اختیارات قائل هستند:

دسته اول اختیاراتی که بالفعل از زمان تشکیل عقد موجود هستند مانند خیار مجلس و خیار حیوان. دسته دوم اختیاراتی هستند که بالفعل موجود هستند اما سبب ایجاد آن‌ها در زمان متأخر از زمان ایجاد عقد است. مانند خیار تفلیس، یعنی اگر الف مالی را به ب بفروشد که حین العقد هیچ کدام مفلس نیستند و برای پرداخت عین نیز اجلی معین گردد اما پیش از رسیدن موعد پرداخت آن، ب اقدام به انتقال مال نماید و سپس ب دچار افلاس گردد، اینجا گرچه الف خیار تفلیس دارد، می‌تواند نسبت به فسخ معامله اقدام کند ولی اولاً خیار او خیار بالفعل است که سبب ایجاد آن متأخر زمان عقد است و ثانیاً چالش اصلی صحت یا عدم صحت معامله دوم و یا به عبارتی اثرگذاری اعمال خیار الف بر معامله دوم است که آیا حق استرداد عین مبیع به الف وجود دارد؟ دسته سوم اختیاراتی هستند که منشأ خیار در زمان عقد است اما نفس خیار در زمان متأخر بر زمان عقد ایجاد می‌شود. مانند خیار تخلف از شروط صریح یا ضمنی مذکور در عقد. در واقع اگر تخلف از شرط واقع شود خیار ثابت است و گرنه خیار ثابت نخواهد بود (خویی، بی تا/ ۷ [الف]: ۴۷۷ تا ۴۷۹).

ایشان در دسته اول قائل به این هستند که من علیه الخیار حق انتقال مبیع را به جهت رعایت خیار

۱. خیار تفلیس به عنوان یکی از اختیارات در ماده ۳۹۶ به بعد قانون مدنی ذکر نشده است. اینکه آیا امکان استناد به این خیار در حقوق ایران وجود دارد یا خیر اختلاف عقیده وجود دارد که مجال بررسی آن از موضوع مقاله خارج است.



فعلی فروشنده ندارد، اما در دسته دوم و سوم چنین منعی وجود ندارد و در صورت انتقال مبیع از سوی ب به ج و سپس اخذ به خیار الف، مبیع در حکم تلف تلقی می‌گردد و به مثل یا قیمت آن مراجعه می‌گردد (پیشین). ایشان در جای دیگر با صراحت بیشتری ابراز نظر کرده و خروج مبیع از مالکیت به بیع یا هبه یا امثال آن را به منزله تلف (در حکم تلف) می‌دانند (خویی، ۱۴۱۰: ۲/۷۱). اگرچه برخی از محققین (نک: رضا سکوتی نسیمی، ۱۳۹۳: ۱۶۴-۱۳۳) آنچه به مرحوم آیت‌الله خویی نسبت داده‌اند، چیزی است که به گروه اول نزدیک است، یعنی با فسخ معامله اول، معامله دوم نیز باطل می‌گردد و درخصوص اجاره نقل قول کرده‌اند. ولی نگارش متن به کیفیتی است که استنباط اولیه خواننده مقاله<sup>۱</sup> همین بوده است ولی همچنان که ملاحظه شد آقای خویی در دو کتاب خود تحت شرایطی به تلف حکمی اعتقاد دارند.

#### ۵-۱-۱. عدم اظهار نظر در خصوص جواز یا عدم جواز انتقال مال

برخی از فقها نیز در موضوع تأمل کرده و برخی از فروض را چنان مغلق دانسته که در لحظه‌ای اظهار کرده‌اند فعلاً نظری ندارند. به‌عنوان مثال از مرحوم محقق قمی سؤال شده که منافع بیع شرطی را در ایام خیار، بالاجاره یا بالمصالحه منتقل می‌توان ساخت (بدون آنکه شرط اسقاط خیار بشود در تمام مدت الی روز آخر مثلاً) آیا این شرط انتقال بالاجاره یا بالمصالحه صحیح است و بدون این شرط نه؟ این شرط با اصل بیع، منافی و مخل و مفسد هست یا خیر؟ ایشان پاسخ داده‌اند که اگر در بیع شرط، زمان خیار منفصل باشد مانند آنکه بگوید این مال را به تو فروختم و بعد از یک سال به مدت ۵ روز حق فسخ معامله و رد آن ثمن را دارم، اجاره دادن و مصالحه در این مدت یک سال اشکال ندارد و مخل مفسد عقد نیست.

اما اگر زمان خیار متصل به زمان عقد باشد مثل اینکه بگوید فروختم این زمین را به یک تومان و شرط کردم با تو از حال الی انقضای یک سال تمام خیار از برای من باشد که هرگاه ثمن را رد کنم مسلط باشم بر فسخ بیع. پس در اینجا در صحت اجاره بلکه مصالحه اشکال است و چنان‌که صحت آن بر حقیر ظاهر نیست، بطلان آن نیز معلوم نیست، بلکه صحت آن خالی از قوت نیست اما تفصیل می‌خواهد که وقت، اقتضای بیان آن را نمی‌کند. لهذا در این صورت الحال توقف دارم (میرزای قمی، ۱۴۱۳: ۲/۸). گرچه موضوع سؤال درخصوص اجاره است لیکن مطلق تصرفات درخصوص خیار در نظر پاسخ‌دهنده اهمیت دارد که در فرض خیار متصل به عقد، صریحاً ابراز

۱. مقصود مقاله اخیرالذکر است که به آن ارجاع شده است.

نظر نکرده‌اند.

به‌طور خلاصه دیدگاه اول و سوم هیچ اعتقادی به تلف حکمی نداشته و در صورت فسخ معامله اول، در هر صورت، عقیده به استرداد عین مال به فروشنده اول دارند. در دیدگاه دوم که به‌طور مطلق تصرفات ناقله را جایز دانسته، نه صریحاً و بلکه ضمناً به تلف حکمی مبیع اعتقاد دارند. دیدگاه چهارم قائل به تفکیک بین اختیارات هستند که البته به نظر می‌رسد دیدگاه شیخ انصاری و آیت‌الله خویی در واقع گویای یک امر باشد و در عمل و در نتیجه موضوع، هیچ تفاوتی بین هر دو عقیده وجود نخواهد داشت. برخی از فقها نیز توقف کرده و در موضوع اظهار نظر نکرده‌اند.

### ۱-۱-۲. نظرات حقوق دانان

آنچه در بین فقها بیان شد به معنای تکمیل جریان فکری و تطبیق نظرات تئوری محض با عرف حاکم به معاملات بین مردم از سویی و توجه به اثر بیع که همانا تملیک به محض ایجاب و قبول است، می‌باشد. قانون مدنی نیز متأثر از نظر مشهور فقهای امامیه و محمول بر آن است. در مواد ۴۵۴ و ۴۵۵ و ۴۶۰ قانون مدنی سخن از موضوع ما نحن فیه شده است.

در دو ماده اول که ذیل احکام اختیارات به‌طور کلی آمده است و ناظر به کلیه اختیارات است مقرر می‌کند: اگر مشتری مبیع را اجاره دهد و بیع فسخ شود اجاره باطل نمی‌شود مگر اینکه عدم تصرفات ناقله در عین و منفعت بر مشتری شرط شده باشد که در این صورت اجاره باطل است و همچنین اگر پس از عقد بیع مشتری تمام یا قسمتی از مبیع را متعلق حق غیر قرار دهد، مثل اینکه نزد کسی رهن گذارد، فسخ معامله موجب زوال حق شخص مزبور نخواهد شد مگر اینکه شرط خلاف شده باشد. این متون نزدیک با نظر چهارم فقهاست که بیان شد. اما در ماده ۴۶۰ در خصوص بیع شرط، اندکی مقنن تغییر لحن داده و مشتری را از هر نوع تصرف منافی با اختیار از قبیل نقل و انتقال منع می‌کند که با این موضع خود را به نظر چهارم متمایل می‌نماید و تصرف مطلق در مبیع را در زمان اختیار قابل پذیرش نمی‌داند.

در تحلیل و بررسی مواد موصوف برخی از حقوق دانان قائل به این هستند که مشتری در مدت اختیار (به جز اختیار شرط) حق دارد همه گونه تصرفات متلف یا ناقل در مبیع نماید، زیرا در اختیار شرط و بیع اختیاری ملکیت مزبور به انقضای اختیار مستقر می‌شود و مشتری می‌تواند هرگونه تصرفی در مبیع بنماید. و تفصیلاً بیان می‌کنند که عقد بیع سبب قانونی برای پیدایش ملکیت مشتری می‌باشد ولی رابطه مالکیت مشتری نسبت به مبیع در تمامی اقسام بیع یکسان نیست، چنان‌که در بیع مطلق، خواه یکی از اختیارات (غیر از اختیار شرط) موجود باشد و خواه نباشد، ملکیت مشتری نسبت به مبیع مستقر است و مشتری می‌تواند با علم به وجود اختیار بایع، هرگونه تصرف متلف یا

ناقل در مبیع بنماید. مثلاً در مورد خیار مجلس و یا پس از عقد در مورد خیار تأخیر ثمن و همچنین در مواردی که برای بایع خیار غبن موجود است، مشتری می‌تواند مبیع را به شخص ثالث انتقال دهد و یا آن را تلف بنماید. در بیع خیاری ملکیت مشتری نسبت به مبیع در دوران خیار متزلزل است، بدین جهت به دستور ماده ۴۶۰ قانون مدنی در بیع شرط مشتری نمی‌تواند در مبیع تصرفی که منافی خیار باشد از قبیل نقل و انتقال و غیره بنماید (امامی، ۱/۱۳۸۷: ۵۱۱ و ۵۱۲). ایشان تفاوتی بین انواع خیار شرط نگذارده‌اند. البته ماده ۴۶۰ نیز اجازه چنین تفسیری را نمی‌دهد و هم‌سویی با نظر چهارم فقها که پیش‌تر گفته شد، قابل مشاهده است. باز هم تأکید می‌گردد که خیار شرط با خیار تخلف از شرط نباید اشتباه گرفته شود. اینکه فروشنده شرط کند در صورت عدم وصول چک، حق فسخ برای وی ایجاد گردد یا به‌نحو این چنین شرط واقع شود، در مانحن فیه، خیار تخلف از شرط است.

برخی دیگر از اساتید در جمع بین مواد ۴۵۵ و ۴۶۰ قانون مدنی اظهار کرده‌اند: «در خیار شرط دو طرف تراضی می‌کنند که خریدار ملک را آماده بازگرداندن به فروشنده نگاه دارد» و لازمه مفاد تراضی این است که از تصرف منافی با اعمال خیار بپرهیزد. پس خیار شرط را باید در زمره مواردی آورد که عدم تصرفات ناقله در عین و منفعت بر مشتری به‌طور ضمنی شرط شده است (کاتوزیان، ۵/۱۳۸۷: ۷۷ و ۱۵۴). نظر ایشان نیز با مرحوم دکتر امامی در یک سمت و سو قرار دارد و ایشان به تفصیل اقدام به تفکیک اقسام خیار پرداخته و در نهایت به نظر چهارم فقها هم نزدیک می‌گردند. اما تفاوت دیدگاه غالب حقوق‌دانان با نظر چهارم فقهی آن است که از قانون مدنی استنباط می‌شود که صرفاً در مورد خیار شرط، وجود خیار مانع از تصرف مالک است و قانون‌گذار چنین فرض می‌کند شرط همراه با این تعهد ضمنی است که موضوع معامله تا پایان مدت خیار آماده بازگرداندن به مالک اصلی باشد و همین قید مالکیت را محدود می‌کند ولی، در خیارات قانونی، چون وجود خیار مانع از انتقال نیست، مالک جدید حق تصرف در ملک خود را دارد، مگر اینکه در قرارداد شرط خلاف شده باشد (کاتوزیان، ۵/۱۳۸۷، ۹۱). از کلام بسیاری از نویسندگان و صاحب نظران نیز، همین عقیده برداشت می‌شود (قاسم‌زاده، ۱۳۸۶: ۲۵۲ و نه‌رینی، ۱۳۹۵: ۳۰۲ به بعد).

گروه دیگر از حقوق‌دانان صریحاً اعلام کرده‌اند که اگر کسی خانه‌ای را با حق خیار برای خود بفروشد و مشتری در ایام خیار بایع، آن را به ثالث انتقال دهد و بعد از آن بایع اخذ به خیار کند با تلف حکمی مبیع روبه‌رو می‌شود معامله مشتری با ثالث درست است و باید بدل مبیع را به بایع بدهد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸ [ب]: ۱۴۰۸). این اظهار عقیده به گروه دوم فقها نزدیک است و هیچ تفکیکی بین خیارات نکرده و هنگامی که ایشان در خیار بالفعل به‌صراحت عقیده به تلف

حکمی مبیع دارند به طریق اولی در اختیارات بالقوه مبیع را به منزله تلف می دانند. در جمع بندی مطالب گفته شده به نظر می رسد از مواد ۴۵۴، ۴۵۵، ۴۶۰ قانون مدنی استنباط می گردد که خریدار به موجب عقد بیع مالک مبیع شده و ماده ۳۶۴ قانون مدنی نیز مالکیت خریدار را از حین عقد ملحوظ می داند نه انقضای مدت اختیار، و تنها استثناً صرفاً در اختیار شرط است چرا که در غیر از آن، مقنن تصرفات قبل از فسخ را درست و صحیح دانسته اما در بیع شرط، رعایت حق ذوالخيار را ضروری دانسته است.

## ۲. شرط فاسخ

گاهی اوقات طرفین قصد دیگری می کنند و این گونه تراضی را بنا می نهند که اگر امری حادث گردید عقد خودبه خود منحل گردد، این شرط را شرط فاسخ نامند. تفاوت عمده با مطالب پیشین ذکر شده این است در جایی که حق فسخ برای ذوالخيار ایجاد می شود، عقد کماکان پابرجاست و صاحب حق فسخ، می بایست حق خود را اعمال کند اما در شرط فاسخ به محض تحقق شرط، عقد منفسخ می شود مانند آنکه شرط شود اگر چک موضوع قرارداد که به عنوان بخشی از ثمن معامله تبادل شده منتهی به گواهی عدم پرداخت شود، عقد منفسخ گردد.

در خصوص نفوذ شرط فاسخ در فقه تردیدهایی شده است و عده ای آن را باطل و مبطل عقد و گروهی با تطبیق موضوع با شرط نتیجه آن را صحیح دانسته و دسته ای نیز به عدم مشروعیت و عدم صحت آن اظهار نظر کرده اند<sup>۱</sup> (برای مطالعه بیشتر نک: جباری گلباغی ماسوله، ۱۳۹۱؛ ابهری و افچنگی ۱۳۹۴؛ صدیقیان و جعفری ندوشن، ۱۳۹۴). اما در بین حقوق دانان و رویه قضایی کمتر تردیدی در نفوذ شرط فاسخ با توجه به عموماً اصل آزادی اراده و اصل صحت قراردادها شده است. در واقع دیدگاه غالب مبتنی بر تلقی کردن شرط فاسخ به عنوان شرط نتیجه است و در نهایت عقیده به صحیح بودن این شرط شده است (کاتوزیان، ۱۳۸۷/۵: ۳۴۸).

۱. برخی از فقها شرط فاسخ را باطل و مبطل عقد دانسته اند و اشکالی که بر آن وارد کرده اند انفساخ عقد بدون انشا و یا سببیت وجود عقد برای عدم آن، ایراد مقدری است که باطل و مبطل عقد بودن را در پی دارد. در شرح آن گفته اند که چون انحلال عقد و منتقل شدن مالکیت مبیع از خریدار به فروشنده بدون هیچ قصد انشا و بدون سبب شرعی قابل تصور نیست پس شرط فاسخ مخالف با کتاب خدا و باطل است. و از سوی دیگر اگر منظور از شرط فاسخ، انشای فسخ معلق باشد، پس در نتیجه دیگر عقدی وجود ندارد تا منفسخ شود (نائینی، ۱۳۷۷/۲: ۴۴). عده ای دیگر اعتقاد دارند که شرط فاسخ صحیح است زیرا که سبب انفساخ عقد، اراده طرفین هنگام ایجاب و قبول است و دلیلی برای اعلام اراده در خصوص فسخ مجدد وجود ندارد. به عبارت دیگر با یک انشا دو منشأ در دو زمان مختلف به وجود می آید (اصفهانى، ۱۴۱۸/۴: ۱۹۰).

مجال بحث در خصوص صحت شرط فاسخ در این پژوهش نیست ولی با این پیش فرض که این شرط یک شرط صحیح می باشد، باید گفت که شرایط ایجاد آن متفاوت از شرط فسخ است اما نتیجه آن با نتیجه فسخ قرارداد یکسان است. یعنی در هر دو، عقد نسبت به آتیه منحل می شود و تا زمان تحقق معلق علیه، عقد تمام ارکان خود را به نحو صحیح دارا می باشد. تمام بحث در خصوص تعارض انفساخ با حق شخص ثالث ثمره خود را نشان می دهد. همان طور که گفته شد اثر انفساخ به آینده است اما اگر طرفین شرط کنند که در صورت تحقق معلق علیه عقد از ابتدا منفسخ گردد آیا این شرط صحیح است؟

برخی نویسندگان در این خصوص ابراز عقیده کرده اند. انحلال قرارداد در گذشته امری است خلاف ظاهر و استثنائی. شرط انحلال قرارداد اگر منوط به وقوع حادثه ای باشد به آینده توجه دارد و از زمان تحقق آن رویداد مؤثر است. اثر قهقرایی لازمه طبیعت تعلیق است ناشی از اراده مفروض دو طرف و فقط زمان اعتبار آن مطرح می شود که درباره آن به طور قاطع تصمیم گرفته شده باشد. همچنین واژه انفساخ اصطلاحی است پا گرفته و روشن به معنای انحلال عقد نافذ نسبت به آینده به کار می رود. بنابراین شرطی که انحلال عقد را از آغاز وجود مقرر دارد نباید شرط فاسخ نامید، چراکه عقد را ابطال می کند. پس مفاد شرط به معنایی که ما در نظر داریم ابطال معلق عقد است و باید شرط مبطل نامیده شود نه فاسخ (کاتوزیان، ۵/۱۳۸۷: ۳۴۹).

اداره حقوقی قوه قضائیه در نظریه مشورتی شماره ۷/۹۹/۹۹۱ مورخ ۱۳۹۹/۸/۲۰ اظهار نظر نموده: «۱- بین شرط فاسخ و شرط فسخ، در صورت اعمال حق فسخ توسط ذی حق، از حیث آثار تفاوتی وجود ندارد و هر دو موجب انحلال عقد از زمان تحقق شرط فاسخ یا اعمال حق فسخ است و متعاقباً استرداد عین عوضین در صورت وجود و مثل یا قیمت آن ها در صورت تلف در هر دو مورد ضروری است. ۲ و ۳- با توجه به ماده ۴۵۴ قانون مدنی مبنی بر این که «هرگاه مشتری مبیع را اجاره داده باشد و بیع فسخ شود اجاره باطل نمی شود...» و ماده ۴۵۵ همان قانون که مقرر می دارد: «اگر پس از عقد بیع مشتری تمام یا قسمتی از بیع را متعلق حق غیر قرار دهد مثل اینکه نزد کسی رهن گذارد، فسخ معامله موجب زوال حق شخص مزبور نخواهد شد...» و دیگر مواد قانون مدنی مانند مواد ۲۸۷، ۳۶۳ و ۳۶۴ این قانون، تصرف طرفی که در اثر عقد مالک شده است، در موضوع تملیک نافذ بوده و انفساخ بعدی به آن صدمه نمی زند؛ مگر اینکه برخلاف آن به طور ضمنی یا صریح تراضی شده باشد. توضیح آنکه، بیع شرط موضوع ماده ۴۶۰ قانون مدنی با توجه به وضع خاص آن، استثنا بر این قاعده تلقی می شود؛ زیرا دو طرف تراضی می کنند که خریدار مبیع را آماده بازگرداندن به فروشنده نگاه دارد یا به عبارت دیگر، بیع شرط در زمره مواردی است که

عدم تصرفات ناقله در عین و منفعت به طور ضمنی بر مشتری شرط شده است. بنابراین در فرض پرسش که پس از انتقال بعدی مورد معامله توسط خریدار، معامله اول منفسخ شده است، از آنجایی که این امر موجب فسخ معامله دوم نمی‌شود، در خصوص استرداد مورد معامله، مانند تلف مورد معامله است (تلف حکمی) و خریدار مکلف است حسب مورد مثل یا قیمت مورد معامله را به فروشنده مسترد کند. ۴- در فرض سؤال که مورد معامله ملکی بوده که متعاقباً خریدار در آن تغییراتی ایجاد و احداث بنا کرده است، صرف احداث بنا تلف حکمی مال محسوب نمی‌شود؛ مگر آنکه تغییرات و مستحدثات ملک به گونه‌ای باشد که حکم بر استرداد آن موجب ضرر جبران ناپذیر بر خریداری شود که به اعتبار مالکیت در ملک، تصرفات مالکانه داشته است.<sup>۱</sup>

همان طور که مشاهده می‌شود اصل بر آن است که انفساخ نسبت به آینده اثرگذار است و استثنائاً ممکن است بنا بر قولی به گذشته نیز سرایت داشته باشد. حال اگر اثر انفساخ قهقرایی باشد بی‌گمان معاملات دوران انعقاد عقد تا تحقق شرط فاسخ باطل است. اما اگر از قرارداد اثر قهقرایی استنباط نگردد اثر انفساخ مانند اعمال فسخ است و همان طور که در فسخ عقیده به تلف حکمی مبیع داده شد در تمام فروض در انفساخ این امر قابل تصور است و موضوع حاوی مطلب نوین دیگری نخواهد بود.

### ۳. اقاله

در اقاله نیز ماده ۲۸۶ قانون مدنی صراحتاً تلف یکی از عوضین را مانع اقاله ندانسته و در فرضی که یکی از دو عوض یا هر دو از بین رفته باشند (خواه تلف واقعی باشد یا در نتیجه انتقال به دیگری، امکان بازگشت مال به مالک نخستین از بین برود) ممکن است دو راه حل مورد توجه قرار گیرد:

۱. اقاله ممکن نیست، زیرا موضوعی باقی نمانده که به جای خود بازگردد.
۲. به جای آنچه تلف شده است بدل آن (مثل یا قیمت) پرداخته شود و بدین گونه مفاد تراضی تحقق یابد.

قانون مدنی در ماده ۲۸۶ راه حل دوم را انتخاب کرده است (کاتوزیان، ۱۳۸۷/۵: ۳۷). در این فرض اختلافی در بین حقوق‌دانان دیده نمی‌شود (امامی، ۱۳۸۷/۱: ۳۲۷ و ۳۲۸). اگر پس از عقد لازم مورد انتقال حقیقتاً یا حکماً تلف شود (مقصود از تلف حکمی انتقال مال مورد عقد لازم، به ثالث است) این وضع مانع اقاله نمی‌شود (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸ [ج: ۲۰۶]). یعنی باید اعتقاد

۱. بدیهی است خسارت قراردادی و معیار ارزیابی آن موضوع مستقلی از فرض این مقاله بوده که خارج از حیطه بررسی فعلی است. البته پژوهش‌هایی در این زمینه انجام گردیده است (نک: امینی و پیری، ۱۳۹۹: ۱۳۵ تا ۱۵۸).

داشت که اگر بعد از انتقال مبیع توسط خریدار به ثالث، معامله بین طرفین اقاله گردد هیچ تأثیری در حقوق شخص ثالث ندارد و مبیع تلف شده محسوب می‌گردد که می‌بایست مثل یا قیمت آن مراجعه کرد.<sup>۱</sup>

#### ۴. بررسی رویه قضایی ایران

متأسفانه دسته‌بندی‌های منظمی در آراء قضایی و انتشار منظم تمام آراء از محاکم کشور وجود ندارد و لذا نمی‌توان به ضرس قاطع گفت که دیدگاه قضایی در کشور ما به کدام سمت و سواست. اما آنچه مهم است، تأثیر نظر مشهور فقهای امامیه و ظاهر مواد ۴۵۴، ۴۵۵، ۴۶۰ قانون مدنی و نیز نظریه غالب دکترین در آراء قضایی است که سمت و سویی را مشخص کرده است.

به‌عنوان مثال در پرونده کلاسه ۹۵۰۱۳۷ شعبه سوم دادگاه عمومی حقوقی کرج این موضوع مطرح شده بود. الف یک واحد آپارتمان را به ب می‌فروشد و در آن قرارداد، شرط می‌کند که بخشی از ثمن به‌صورت مؤجل پرداخت شود و اگر ثمن موضوع قرارداد پرداخت نشود، فروشنده حق فسخ قرارداد را داشته باشد. قبل از موعد موصوف، خریدار آپارتمان، اقدام به انتقال آپارتمان به ج می‌نماید و از طرفی در موعد مقرر الباقی ثمن پرداخت نمی‌شود.

الف علیه ب طرح دعوی تأیید فسخ می‌کند و دادگاه با احراز شرایط قراردادی، حکم به تنفیذ و تأیید فسخ قرارداد بین الف و ب صادر می‌کند. از طرفی ج هم به‌جهت اینکه سند رسمی به وی انتقال نیافته، دعوی الزام به تنظیم سند رسمی انتقال علیه الف و ب طرح می‌کند.

الف در دادگاه به فسخ قرارداد خود استناد می‌کند، لیکن دادگاه از توجه به دو مطلب این دفاع وی را وارد نمی‌داند. اول اینکه ذیل قرارداد بین ب و ج توسط الف به‌عنوان شاهد امضاء شده است و دوم اینکه فسخ معامله بین الف و ب بعد از معامله بین ب و ج بوده و مبیع قابل استرداد به الف

۱. در موردی که تلف حکمی باشد، مثل یا قیمت آن به عنوان بدل داده می‌شود. در این صورت اگر انتقال بدل مورد تراضی قرار گیرد (مانند اینکه توافق شود به جای گوسفند گم شده، گوسفند دیگری با همان وزن داده شود) قرارداد قطعی است و اگر گوسفند پیدا شود نمی‌توان درخواست بازگرداندن آن در برابر پس دادن بدل را بکنند. این فرض با بدل حیلوله قابل قیاس نیست، زیرا مبادله به تراضی صورت گرفته و مشمول نیروی الزام آور عقد است. همچنین در صورتی که مورد معامله ناقص یا معیوب شده باشد، با همان وضع موجود بازگردانده می‌شود، ولی تفاوت بین بهای صحیح و معیوب نیز به عنوان مکمل (ارش) داده می‌شود. اگر بهای موضوع تلف شده تا زمان اقاله تغییر کرده باشد، بهای زمان اقاله باید معیار تعیین بدل باشد، زیرا در آن تاریخ است که دو طرف به بازگرداندن آثار عقد تراضی می‌کنند و ظاهر این است که به وضع همان لحظه نظر دارند (کاتوزیان، پیشین: ۳۷ تا ۴۰؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷ [الف]: ۲۳۴).

نبوده و تلف حکمی است و با این استدلال حکم به الزام الف به تنظیم سند رسمی انتقال به نام ج صادر و اعلام می‌نماید.<sup>۱</sup>

در پرونده دیگری آقای ق دعوایی علیه آقای م به خواسته تأیید انفساخ قرارداد صلح دعوایی مطرح می‌نماید و در مقابل شرکت خ دعوای ورود ثالث علیه اصحاب دعوای اصلی را در پرونده اقامه نمود. ماحصل اختلاف طرفین آن است که آقای ق به موجب تاریخ چهارم دی ماه سال ۹۶ شش دانگ عرصه و اعیان یک قطعه زمین تحت پلاک ثبتی معلوم را که تعداد ۲۵ واحد آپارتمان در آن احداث شده بود به آقای م صلح می‌کند و مال‌الصلح نیز مبلغ ۶۰ میلیارد ریال تعیین می‌شود. در قرارداد ۱۰ فقره چک مشخص و معلوم و مورد توافق قرار می‌گیرد که در موارد معین می‌بایست پرداخت می‌گردید و در یکی از بندهای قرارداد این چنین نوشته شده بود که متصالح یک فقره چک به میزان ۴۰ میلیارد ریال به‌عنوان امانت نزد متصالح می‌سپارد که چنانچه چک‌های متصالح منتهی به وصول نگردید، بتواند که خسارات وارده را از محل چک تضمینی فوق‌الذکر برداشت نماید و در صورت عدم وصول چک‌ها معامله منفسخ می‌باشد.

تعدادی از چک‌ها منتهی به پرداخت نمی‌شود و خواهان دعوای اصلی ادعای انفساخ قرارداد را می‌نماید و در مقابل وکیل وارد ثالث اظهار و ادعا می‌کند که قبل از صدور گواهی عدم پرداخت و قبل از تحقق شرط انفساخ مال به موکل او منتقل شده است و تقاضای رد ادعای خواهان دعوای اصلی پیرامون انفساخ قرارداد را می‌نماید.

دادگاه پس از رسیدگی در نهایت به موجب دادنامه صادرشده اولاً انفساخ را با توجه به عدم وصول تعدادی از چک‌ها قابل تحقق دانسته و ثانیاً با توجه به اینکه هیچ دلیلی مبنی بر اثر قهقرایی انفساخ در قرارداد قابل احراز نبوده و اثر شرط فاسخ را ناظر به آینده تلقی نموده و مال موضوع معامله را در بین خریدار و فروشنده اول در حکم تلف دانسته؛ از دیگر سو وارد ثالث را ذی‌نفع درخصوص ادعای اختلاف طرفین درخصوص انفساخ نمی‌داند زیرا که قرارداد اول با توجه به اصل

۱. دادنامه شماره ۹۶۰۹۹۷۲۶۱۰۳۰۱۳۳۴ مورخ ۲۶ بهمن ۹۶، شعبه سوم دادگاه عمومی حقوقی کرج که عیناً در شعبه دهم دادگاه تجدیدنظر استان البرز و به موجب دادنامه شماره ۹۷۰۹۹۷۲۶۲۵۷۰۰۵۷۵ مورخ ۹۷/۵/۳ تأیید شده است. نسبت به این رأی درخواست اعمال ماده ۴۷۷ قانون آیین دادرسی کیفری انجام شد و به‌رغم پذیرش این درخواست و تجویز اعاده دادرسی توسط رئیس قوه قضائیه، نهایتاً شعبه دوم دیوان عالی کشور به موجب دادنامه شماره ۹۹۰۹۹۷۰۹۰۰۲۷۵ مورخ ۶ اردیبهشت ماه سال ۹۹ اعاده دادرسی را مردود و آراء بدوی و تجدیدنظر را منطبق با قانون تشخیص داد.



نسی بودن توافقات صرفاً بین آنها نافذ و معتبر بوده و شخص دیگری نمی‌تواند ادعا نماید که معامله بین آنها منفسخ نشده و خصوصاً که مبیع با توجه به تلف حکمی در مالکیت وارد ثالث قرار دارد؛ لذا قرار رد دعوی ورود ثالث ضمن تأیید انفساخ قرارداد صادر کرده است.<sup>۱</sup>

### ۵. موضع حقوق انگلیس

در حقوق انگلیس الغاء قرارداد یا فسخ آن به تعبیری که در حقوق ایران است، وجود ندارد.<sup>۲</sup> از نقطه نظر کامن‌لو<sup>۳</sup> و انصاف<sup>۴</sup> دو جایگاه برای فسخ قرارداد قائل هستند. در کامن‌لو معتقد هستند که یک قرارداد می‌تواند صرفاً بر مبنای اظهار خلاف واقع<sup>۵</sup> متقلبانه<sup>۶</sup> فسخ شود. ولی انصاف توسعه بیشتری دارد و قلب واقعیت غیر عمدی<sup>۷</sup> را نیز از اسباب فسخ می‌داند (treitel, 2018: 450). اما در هر حال عنصر اظهار خلاف واقع مهم‌ترین رکن فسخ است. باید گفت که عنصر تقلب هم در شبه‌جرم<sup>۸</sup> (مسئولیت مدنی) و هم در بخش قراردادها مورد بحث قرار می‌گیرد.<sup>۹</sup> اصل مهم و اساسی در باب اثر اظهار خلاف واقع آن است که قرارداد را قابل ابطال<sup>۱۰</sup> می‌کند و نه اینکه آن را باطل<sup>۱۱</sup> کند. به این معنا که قرارداد تا زمانی دارای اعتبار است که به وسیله کسی که متضرر شده فسخ نشود و البته ممکن است که قرارداد مورد تنفیذ وی قرار بگیرد و هیچ‌گاه نوبت به فسخ آن نرسد (Cheshire, 2012: 359; treitel, 2018: 450) و اگر قرارداد فسخ شود مانند آن است که از ابتدا چنین چیزی وجود نداشته است (Cheshire, 2012: 359). بنابراین ملاحظه می‌گردد که اثر فسخ در حقوق انگلیس با اثر فسخ طبق نظر مشهور فقهای امامیه و قانون مدنی تفاوت دارد. به سؤال اساسی این پژوهش برمی‌گردیم که اگر الف مالی را به ب منتقل کند و سپس ب نیز

۱. دادنامه شماره ۹۷۰۹۹۷۲۶۱۰۳۰۱۶۹۰ شعبه سوم دادگاه عمومی حقوقی کرج

۲. اصطلاح Rescission ناظر به الغاء قرارداد است که به فسخ نیز ترجمه شده است.

3. Common law

4. equity

5. misrepresentation

6. fraud

7. Innocent misrepresentation

8. tort

۹. در حقوق انگلیس اظهار خلاف واقع misrepresentation و اظهار خلاف واقع صرف mere misrepresentation دو مفهوم است که پیرامون آن و آثار و تبعات آن و اینکه کدام اظهار خلاف واقع اعطای حق فسخ می‌کند، بحث شده است. لکن چون از موضوع بحث مقاله خارج است به آن نپرداخته‌ایم. (Cheshire, 2012: 339).

10. voidable

11. void

اقدام به انتقال مبیع به ج بنماید و بعد از این عمل حقوقی، الف معامله خود را با ب فسخ کند، این اتفاق چه تأثیری بر حقوق ج خواهد گذاشت؟ آیا مال در هر حال به الف مسترد خواهد شد یا خیر؟ در آن نظام حقوقی گفته شد که حق فسخ قرارداد ممکن است به جهت مداخله شخص ثالث با محدودیت مواجه شود که به عنوان مثال اگر شخصی به وسیله عمل متقلبانه ترغیب به فروش کالا شده است و آن مال به شخص ثالث با حسن نیت<sup>۱</sup> فروخته شده باشد، نمی تواند معامله خود را فسخ کند (treitel, 2018: 459).

به عنوان مثال در یکی از دعاوی اقامه شده در انگلستان<sup>۲</sup>، بخش مدنی دادگاه استیناف در خصوص اختلاف حاصله در تاریخ ۱۱ آگوست ۱۹۹۷ چنین تصمیم گرفته است که ذکر خواهد شد. در آن پرونده برای پرداخت حق بیمه اتکایی کمتر، چندین شرکت تشکیل یک Equitas را دادند که یکی از این شرکتها تحت عنوان Names بود. بعد از مدتی شرکت دیگری به نام Society مدعی شده که تمام مسئولیت های بالقوه و بالفعل پس از سال ۱۹۹۲ را به دست آورده است. بر این مبنا Equitas اقدام به تخصیص حق بیمه به شرکت Society نمود اما مدتی بعد Names ادعای فسخ در خصوص عضویت در Equitas را نمود. بر این مبنا که به جهت یک اظهار خلاف واقع متقلبانه وارد این توافق شده است.<sup>۳</sup> لیکن اگرچه اثر فسخ اعاده وضعیت طرفین عقد به پیش از آن است، اما دادگاه در مقام بررسی این ادعا به حقوق اشخاص ثالث صدمه نخواهد زد. زیرا که اگر این قرارداد فسخ شود، عضویت شرکت Society از ابتدا ملغی خواهد شد و این اقدام که برخلاف حقوق شخص ثالث است نمی تواند صورت بگیرد. در پرونده دیگری<sup>۴</sup> Mr.Dowie به عنوان مدیر برای تیم فوتبال کریستال پالاس انتخاب گردید و در شرایط قرارداد استخدام وی قید شد که اگر پیش از موعد قصد ترک تیم را داشته باشد می بایست یک میلیون پوند به تیم کریستال پالاس پرداخت کند. زمانی که تیم نتوانست به موفقیتی دست پیدا کند، آقای Dowie با تیم صحبت کرد و گفت برای اینکه قصد دارد به خانواده اش نزدیک تر باشد، قصد ترک تیم را دارد. به همین جهت طرفین طی تراضی و با توافق یکدیگر به قرارداد خاتمه دادند و او هم هیچ غرامتی

1. Innocent third party

2. Society of Lloyds v Lyon; Same v Leighs; Same v Wilkinson, [www.uniset.ca/lloyddata/wilkinson\\_CA\\_lex.htm](http://www.uniset.ca/lloyddata/wilkinson_CA_lex.htm).

۳. البته ادعاهای متعدد و مختلفی در آن موضوع مطرح شد که یکی از مباحث مطروحه فسخ است که صرفاً به بحث

ما مربوط است

4. Crystal Palace Football Club (2000) Ltd v Dowie [2007]

پرداخت نکرد. اما پس از مدتی معلوم شد که ایشان اظهار خلاف واقع داشته و به تیم دیگری پیوسته است و مشخص شد که دلیل ایشان برای اینکه قصدش از جدایی نزدیک تر شدن به خانواده است، دلیل واقعی نبوده است. به همین جهت تیم فوتبال کریستال پالاس تقاضای فسخ توافقی را کرد که بر مبنای آن راضی به جدایی Dowie از تیم خودشان شده بود. اما دادگاه این ادعای فسخ را نپذیرفت. دادگاه نظر داد گرچه اظهار خلاف واقع متقلبانه قابل احراز است، اما فسخ قرارداد به آن معنی است که دو قرارداد استخدام وجود داشته باشد و باید قرارداد اول (قرارداد کریستال پالاس) معتبر باشد اما نسبت به باشگاه جدید این موضوع غیر عادلانه<sup>۱</sup> است. فلذا دادگاه عقیده دارد که آقای Dowie می بایست غرامت به باشگاه کریستال پالاس بپردازد و نه اینکه توافق وی فسخ شود.<sup>۲</sup>

ملاحظه می شود که در این مورد دادگاه توجه کرد که چون با فسخ توافق خواننده با باشگاه کریستال پالاس، ممکن است حق شخص ثالث با حسن نیت لطمه ببیند، رأی به عدم امکان فسخ داد و اظهار عقیده کرد که خواننده می بایست غرامت پرداخت کند. بدیهی است این موضوع بسیار گسترده تر از موضوع تلف حکمی مبیع مادی است و در واقع هر نوع حق مالی یا موضوع قراردادی که متعلق حق شخص ثالث با حسن نیت قرار بگیرد، مانع از اعمال فسخ قرارداد قبل است.

مثال ملموس تر به بحث ما مربوط به دعوی White v. Garden است که در آن Parker اقدام به خرید ۵۰ تن آهن از Garden می نماید و پارکر این گونه گاردن را ترغیب به انجام معامله می کند که براتی بابت ثمن معامله به او بدهد که توسط شخصی به نام Tomas of Rochester قبول شده باشد و سپس پارکر اقدام به فروش آهن به وایت (White) می کند. در حالی که وایت فردی با حسن نیت بود. گاردن نیز اقدام به تحویل کالا به وایت می نماید. اما بعداً مشخص شد که برات، مشخصات وعده داده شده را ندارد و شخصی به نام Tomas of Rochester آن را امضا نکرده است. با آشکار شدن این مطلب، گاردن که آهن آلات را در کشتی وایت بار زده بود اقدام به تخلیه محموله کرد، اما دادگاه حکم علیه گاردن صادر کرد و او را مسئول شناخت تا نسبت به استرداد آهن آلات به وایت اقدام کند و این گونه استدلال کرد که مالکیت آهن آلات به موجب قرارداد به پارکر منتقل شد و در زمانی که قرارداد معتبر بود، پارکر نیز آهن آلات را به شخص ثالث با

1. unfair

2. <https://www.lawteacher.net/cases/crystal-palace-v-dowie.php>

این پرونده نشان از آن دارد که حتی در خصوص تعهدات نیز گستردگی و نفوذ اندیشه تلف حکمی سرایت کرده است. گرچه موضوع اختلاف طرفین مال مادی نبوده اما دادگاه متأثر از موضوع تلف حکمی مال مادی اظهار نظر کرده است.

حسن نیت منتقل کرد و این قرارداد، یک قرارداد صحیح است (Cheshire, 2012: 396). همان طور که ملاحظه شد در واقع در حقوق انگلیس نیز تلف حکمی در قراردادها پذیرفته شده و مفهوم آن به نظرات فقهای که مطلق تصرفات در مبیع در زمان خیار فسخ را پذیرفته اند نزدیک تر بوده و حتی گامی فراتر نهاده و جایی که موضوع قرارداد خارجی نیست نیز عقیده به تلف حکمی دارند. امری که نشانگر آن است که با توجه به تفاوت بنیادین بین نظام حقوقی آن کشور با کشور ما، شاید بیشتر به جهت منطق معاملی و عقلی چنین رویه ای در کامن لا شکل گرفته است. در واقع یک تفاوت بنیادین بین کامن لا و حقوق ایران وجود دارد که در حقوق ایران انتقال مبیع به شخص ثالث حتی اگر آن شخص با حسن نیت باشد نافی حق فسخ ذوالخیار نمی باشد؛ اما در کامن لو اگر چنین اتفاقی افتاده باشد و مبیع به شخص ثالث با حسن نیت منتقل شده باشد، هیچ حق فسخی برای ذوالخیار قائل نبوده و صرفاً به مطالبه خسارت بسنده می کنند که البته این اختلاف به تمایزات ریشه ای و بنیادین بین دو نظام حقوقی برمی گردد که مجال بررسی آن در این مقاله نیست.

#### ۶. دیدگاه مختار

با توجه به آنچه گفته شد و نظر به اینکه دادگاه هنگام اخذ تصمیم می بایست عرف حاکم بر معاملات را با مواد قانون مدنی یکی در نظر گرفته و اقدام به تفسیر مواد قانونی کند؛ به نظر می رسد آنچه شیخ انصاری و آیت الله خویی ابراز کرده اند از جهت تفسیری، نه به طور کامل، اما در بین نظرات فقهی با قانون مدنی دارای قرابت بیشتری است. در مواد ۳۳۸ و ۳۳۹ قانون مدنی بیع را تملیکی دانسته که به محض ایجاب و قبول باعث انتقال مالکیت می گردد و مواد ۳۶۴ و ۴۵۴ و ۴۵۵ نیز مانعی برای انتقال مبیع در دوران خیار قائل نشده است. تنها استثنائی که قانون قائل است بیع شرط، در جایی که شرط عدم انتقال یا سلب حق انتقال به طور صریح یا ضمنی<sup>۱</sup> بر خریدار

۱. در خصوص شرط عدم انتقال یا سلب حق انتقال در بین فقهای امامیه اتفاق نظر وجود ندارد. عده ای از فقها شرط عدم فروش مبیع را به علت خلاف مقتضای ذات عقد بودن، باطل و مبطل عقد می دانند (حلی، ۱۰/۱۴۱۴: ۲۴۷). عده ای دیگر شرط را باطل اما عقد را صحیح می دانند (طوسی، ۳/۱۴۰۷: ۱۵۷) و دسته سوم عقد و شرط را صحیح می دانند (نجفی، ۲۳/۱۴۰۴: ۲۰۱). اما در بین حقوق دانان تردیدها کمتر است و بسیاری از بزرگان حقوق مدنی عقد و شرط را صحیح می دانند (صفایی، ۱۳۸۹: ۳۱۰ و کاتوزیان، ۵/۱۳۸۷: ۷۷ و ۹۰). در بین حقوق دانان عده ای معتقد هستند که باید بین شرط فعل و شرط نتیجه قائل به تفکیک شد و با در نظر گرفتن ماده ۹۵۹ قانون مدنی ابراز کرد اگر سلب حق فروش برای مدت نامحدود باشد، سلب حق به طور کلی است و شرط باطل است. ولی اگر سلب حق برای مدت محدود و معین باشد، شرط صحیح و دارای اثر حقوقی است. از دیگر سو اگر شرط درج شده در قرارداد از نوع شرط فعل باشد، ضمانت اجرای عدم رعایت شرط فعل، بطلان معامله انجام شده با ثالث نیست و معامله

شرط شده باشد، است.

اگر در غیر از این موارد استثنا و در دورانی که به تفصیل بیان کردیم که مشتری حق انتقال مبیع را دارد؛ مبیع به ثالث منتقل شد و سپس فروشنده اقدام به فسخ معامله کرد تکلیف استرداد عوضین چه می‌شود؟ فروشنده که معامله را فسخ کرده است به چه مالی می‌رسد. پاسخ با وحدت ملاک از ماده ۲۶۸ قابل دریافت است. اقاله در صورتی که عوضین یا یکی از آن‌ها تلف شده باشد، صحیح است و در این صورت مثل مال در صورت مثلی بودن و یا قیمت مال در صورت قیمی بودن رد می‌شود. اقاله خصوصیتی در این مورد ندارد و در صورت فسخ معامله و احراز تلف حکمی مبیع، به مثل یا قیمت مبیع مراجعه می‌شود (شهیدی، ۱۳۸۸: ۱۲۴ و کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۷۸-۷۷). نکته مهم در تفاوت بین نظام حقوق ایران و انگلیس در اصل اعمال حق فسخ است. در حقوق داخلی در هر صورت می‌توان گفت فروشنده حق دارد نسبت به فسخ معامله اقدام کند و در این صورت یا عین مال را مسترد می‌کند و یا اینکه با موضوع تلف حکمی مواجه شده و مثل یا قیمت را مطالبه می‌کند. اما در حقوق انگلیس اصل حق فسخ را معتبر نمی‌دانند. به عبارتی اگر مبیع به طریق شناخته شده در کامن‌لو به ثالث منتقل شده باشد، فروشنده حق فسخ نخواهد داشت. گرچه از حیث آثار (وجود حق فسخ یا عدم وجود آن) تفاوت‌هایی در رابطه بین اشخاص درگیر در مسئله وجود دارد؛ اما از یک منظر وحدت نظر در دو نظام حقوقی وجود دارد که مبیع منتقل شده به ثالث قابل استرداد به مالک اولیه (فروشنده اول) نیست. به طور خلاصه کامن‌لو از نظر اینکه تلف حکمی را صرفاً ناظر به مبیع خارجی نمی‌داند و به هر موضوع قراردادی تسری می‌دهد، تفسیری وسیع‌تر از حقوق داخلی دارد و از منظر دیگر که حق فسخ را زایل شده تلقی می‌کند تفسیری مضیق‌تر از حقوق ایران دارد ولی با یک نقطه مشترک که همان عدم استرداد مبیع است.

#### نتیجه

اگر مالی بین طرفین به موجب عقدی از عقود مورد تبادل قرار گیرد سپس عقد، فسخ، انفساخ یا

انجام شده با ثالث که برخلاف شرط فعل است، صحیح تلقی می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۹۸: ۱۰۰-۹۲). از دیدگاه برخی دیگر از حقوق‌دانان دیدگاهی نزدیک به عدم نفوذ استنباط می‌شود (صفایی، پیشین) بحث در خصوص شرط عدم انتقال، تخصصاً از موضوع مقاله حاضر خارج است و طرداً للباب و به صورت مختصر، ضرورت داشت تا دیدگاه‌های موجود در خصوص این شرط مختصراً ابراز گردد و البته پوشیده نیست که تعلیق در التزام بحثی متفاوت از مطالب مذکور است که می‌بایست در جای خود مورد بررسی قرار گیرد (نک: کوچکی پهنه‌کلایی و دیگران، ۱۳۹۹: ۱۵۶).

اقاله گردد می‌بایست مال به مالک قبلی اعاده شود. اما هنگامی که قبل از این اعمال یا وقایع حقوقی مال توسط خریدار به شخص سوم انتقال یافته باشد موضوع دشوارتر است. از یک طرف فروشنده اول انتظار دریافت عین مال خود را دارد و از دیگر سو شخص ثالث با حسن نیت مالی را خریداری کرده که در لحظه فروش، فروشنده مالک آن بوده است. در دیدگاه فقها پنج عقیده وجود دارد. عده‌ای به عدم امکان استرداد مطلق و گروهی به استرداد مطلق مال نظر داشتند و دسته‌ای به سکوت و عدم اتخاذ موضع صریح تمایل نشان دادند. تعدادی دیگر از فقیهان نظر بر آن داشتند که تلف عمدی مال جایز نبوده اما تصرفات ناقله مجاز است و گروه دیگر تفکیک بین خیارات بالفعل و بالقوه نهاده بودند و هرگونه تصرف در دوران خیار بالفعل را بی اعتبار و بالعکس تصرف در دوران خیار بالقوه را صحیح اعلام کرده بودند که در صورت فسخ، انفساخ یا اقاله قرارداد پس از انتقال در دوران خیار بالقوه تلف حکمی حاصل شده و این مال قابل استرداد نمی‌باشد.

در خصوص موضع حقوق مدنی باید گفت از جمع بین مواد ۳۶۴ و ۴۵۴ و ۴۵۵ و ۴۶۰ قانون مدنی، قانون‌گذار در نظر دارد تا در خصوص بیع شرط، خریدار تا انقضای مدت خیار حق تصرف مادی یا حقوقی در مبیع نداشته باشد. همچنین در جایی که شرط صریح یا ضمنی بر خریدار شود که حق نقل و انتقال نداشته باشد و یا اینکه حق انتقال از خریدار به‌طور صریح یا ضمنی سلب شود (چه صریح باشد و چه ضمنی)، مفاد شرط واجب‌الوفا است و در این حالت هم خریدار نمی‌تواند مبیع را به دیگری منتقل نماید. ولی، در سایر موارد که ممکن است برای فروشنده خیارات قانونی وجود داشته باشد، انتقال مبیع از سوی خریدار با هیچ مانعی مواجه نبوده و در صورت فسخ معامله، مبیع در حکم تلف محسوب است.

گاهی اوقات نیز خیار تخلف از شرط برای یکی از طرفین در قرارداد درج می‌شود. در واقع در این حالت اگر آنچه در قرارداد برای طرفین حائز اهمیت بوده که به‌عنوان شرط در قرارداد گنجانده شده و ضمانت‌اجرای آن را حق فسخ برای فروشنده قرار داده باشند، از سوی مشروط‌علیه انجام نگیرد، حق فسخ برای فروشنده ایجاد می‌شود ولی چنانچه شرط از سوی مشروط‌علیه، اجرا گردد هیچ‌گاه حق فسخ برای فروشنده محقق نخواهد شد. (مانند اینکه مالی فروخته شود و برای پرداخت ثمن چندین فقره چک صادر و شرط شود که اگر هر یک از چک‌ها منتهی به وصول نگردد فروشنده حق فسخ پیدا خواهد کرد)، حال اگر قبل از اینکه موعد اجرای شرط برسد، تا مشخص گردد که مشروط‌علیه به تعهد خود عمل می‌کند یا خیر، مبیع به ثالث منتقل گردد، با توجه به مواد ۳۶۴، ۴۵۴، ۴۵۵ و ۴۶۰ قانون مدنی، این انتقال صحیح است و در صورت ایجاد و اعمال حق فسخ از سوی فروشنده، مبیع در حکم تلف محسوب و متعلق به ثالث است. ذوالخیاری هم که

قرارداد را فسخ نموده است صرفاً حق رجوع به مثل یا قیمت مبیع را خواهد داشت. بر تمام مطالب باید افزود و تأکید کرد که در تمام فروض، مالک جدید (خریدار) حق همه گونه تصرف در ملک خود را دارد مگر اینکه به طور صریح یا ضمنی شرط خلاف شده باشد و این شرط می‌بایست از سوی متعاقدين محترم شمرده شده و عمل به آن، ضرورت قانونی است.

## منابع

## فارسی

- ابهری، حمید و زینب افچنگی (۱۳۹۴)، «مفهوم، ماهیت و آثار شرط انفساخ در حقوق ایران»، مجله فقه و مبانی حقوق اسلامی، شماره ۱.
- امامی، سیدحسین (۱۳۸۷)، حقوق مدنی، جلد اول، چاپ ۲۸، تهران: انتشارات اسلامیه.
- امینی، منصور و جواد پیری (۱۳۹۹)، «ضابطه ارزیابی خسارات ناشی از نقض تعهد در نظام‌های حقوقی و اسناد بین‌المللی»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۵، شماره ۱۱۴.
- جباری گل‌باغی ماسوله (۱۳۹۱)، «مبانی مشروعیت شرط فاسخ در فقه شیعه»، مجله فقه و اصول، شماره ۹۱.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۷)، مجموعه محشی قانون مدنی، چاپ سوم، تهران: انتشارات گنج دانش.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۸)، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، جلد ۲، چاپ چهارم، تهران: انتشارات گنج دانش.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۸)، دائرةالمعارف حقوق مدنی و تجارت، چاپ اول، تهران: انتشارات گنج دانش.
- سکوتی نسیمی، رضا (۱۳۹۳)، «شرط عدم تصرفات ناقل در مبیع و ثمن (تحلیل ماده ۴۵۴ ق.م.ا)»، فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی، شماره ۶۷.
- شمس، عبدالله (۱۳۹۷)، اجرای احکام مدنی، جلد اول، چاپ دوم، تهران: انتشارات دراک.
- شهیدی، مهدی (۱۳۸۸)، سقوط تعهدات، چاپ نهم (پنجم مجدد)، تهران: انتشارات مجد.
- صدیقیان، عبدالله و جعفر جعفری ندوشن (۱۳۹۴)، «قلمرو نفوذ شرط فاسخ»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۸۹.
- صفایی، سیدحسین (۱۳۸۹)، قواعد عمومی قراردادها، چاپ ۱۱، تهران: نشر میزان.
- قاسم زاده، سیدمرتضی (۱۳۸۶)، اصول قراردادها و تعهدات، چاپ هفتم، تهران: نشر دادگستر.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۷)، قواعد عمومی قراردادها، جلد پنجم، چاپ هفتم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۸)، اموال و مالکیت، چاپ ۵۲، تهران: نشر میزان.
- کوچکی پهنه کلایی، عظیم، حکمت‌اله عسکری و محمدحسین انصاری حقیقی (۱۳۹۹)، «تأملی نوین بر ماهیت تعلیق اراده با رویکرد به چالش‌های عملی»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۴، شماره ۱۰۹.
- نهرینی، فریدون (۱۳۹۵)، فسخ قرارداد با نگاهی به رویه قضایی، چاپ اول، تهران: انتشارات گنج دانش.

## عربی

- اصفهانی، محمد حسین کمپانی (۱۴۱۸ق)، حاشیه کتاب المکاسب، جلد ۴، چاپ اول، انوار الهدی.
- انصاری، شیخ مرتضی (۱۴۲۲ق)، المکاسب، جلد ۶، چاپ دوم، مجمع الفکر الاسلامی.
- تستری، اسدالله کاظمی (بی‌تا)، مقایس الانوار و و نفائس الاسرار فی احکام النبی المختار و عترته الاطهار، چاپ اول، قم: مؤسسه آل‌البيت عليهم السلام.



- حلی، محقق، نجم الدین، جعفر بن حسن (۱۴۰۸ق)، شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، جلد ۲، چاپ دوم، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
- حلی، علامه، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی (۱۴۱۴ق)، تذکره الفقهاء، جلد ۱۰، چاپ اول، قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام.
- طوسی، محمد بن حسن، ابوجعفر (۱۴۰۷ق)، الخلاف، جلد ۳، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه حوزه علمیه مدرسین قم.
- طوسی، محمد بن حسن، ابو جعفر (۱۳۸۷ق)، المبسوط فی الفقه الامامیه، جلد ۲، چاپ سوم، تهران: المکتبه المرتضویه الاحیاء الآثار الجعفریه.
- عاملی، شهید اول، محمد بن مکی (۱۴۱۷ق)، الدروس الشرعیه فی الفقه الامامیه، جلد ۳، چاپ دوم، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین قم.
- گیلانی، میرزای قمی، ابوالقاسم بن محمد حسن (۱۴۱۳ق)، جامع الشتات فی اجوبه السؤالات، جلد ۲، چاپ اول، تهران: مؤسسه کیهان.
- موسوی خویی، سید ابوالقاسم (بی تا)، مصباح الفقاهه-المکاسب، جلد ۷، مقرر محمد علی توحیدی.
- موسوی خویی، سید ابوالقاسم (۱۴۱۰ق)، منهاج الصالحین، جلد ۲، چاپ ۲۸، قم: نشر مدینه العلم.
- نائینی، میرزا محمد حسین غروی (۱۳۷۳ق)، منیه الطالب فی حاشیه المکاسب، جلد ۲، چاپ اول، تهران: المکتبه المحمديه.
- نجفی، محمد حسن (۱۴۰۴ق)، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، جلد ۲۳، چاپ ۷، بیروت: نشر دار احیاء التراث العربی.

### انگلیسی

- Cheshire, Fifot & furmston's (2012), Law of Contract, Oxford, 16th Edition.
- Treitel by Edwin Peel (2018), The Law of Contract, Seewt & Maxwell, 14th Edition.
- <https://www.lawteacher.net/cases/crystal-palace-v-dowie.php>
- [www.uniset.ca/lloydata/wilkinson\\_CA\\_lex.htm](http://www.uniset.ca/lloydata/wilkinson_CA_lex.htm).



## امکان‌پذیری نظارت قضایی بر شورای انتظامی سازمان مهندسی ساختمان با نگاهی به رویه قضایی<sup>۱</sup>

مینا اکبری\*، فاطمه افشاری\*\*

### چکیده

به منظور رسیدگی به تخلفات صنفی مهندسان ساختمان و اعمال ضمانت اجرا، قانون‌گذار مرجعی با نام شورای انتظامی سازمان مهندسی را پیش‌بینی نموده است. از آنجا که شورای انتظامی سازمان نظام مهندسی به‌طور اختصاصی اختلافات ناشی از اجرای قواعد مربوط به صنف مهندسی را حل و فصل می‌کند و در واقع، سطحی از حاکمیت را بدون وجود ماهیت دولتی و ذیل قوه قضائیه بودن، در یک حوزه مشخص اعمال می‌کند، نظارت قضایی بر این شورا از منظر اصول حقوق عمومی، قانون اساسی و همچنین نظرات شورای نگهبان ضروری است؛ اما قانون‌گذار صراحتاً دادگاهی را به‌عنوان مرجع نظارت قضایی بر شورای انتظامی سازمان مهندسی، صالح ندانسته است. در عرصه قضایی نیز، هیئت عمومی دیوان عدالت اداری با استدلال غیردولتی بودن سازمان نظام مهندسی ساختمان، دیوان عدالت را در زمینه رسیدگی به آراء شورای انتظامی این سازمان صالح ندانسته است. هیئت عمومی دیوان عالی کشور نیز آراء شورای انتظامی سازمان مهندسی را با استناد به واژه «قطعیت» مصرح در ماده ۲۴ قانون نظام مهندسی قابل شکایت در دادگاه‌های عمومی ندانسته است. حال مسئله، چیستی راهکار حقوقی جهت حل این چالش قانونی و قضایی است؟ با توجه به شرایط ایجادشده و نظارت‌ناپذیری این مرجع، پیشنهاد این است که در گام نخست، هیئت عمومی دیوان عالی کشور در آراء وحدت‌رویه جدید، رویکرد پیشین

۱. این مقاله برگرفته از گزارش پژوهشی «نظارت قضایی بر آراء شورای انتظامی سازمان نظام مهندسی ساختمان: نقدی بر رویه قضایی» است که در سال ۱۳۹۹ در پژوهشگاه قوه قضائیه انجام شده است.

\* پژوهشگر گروه حقوق اداری، پژوهشکده قوه قضائیه، تهران، ایران (نویسنده مسئول) minaakbari@jri.ac.ir  
\*\* استادیار گروه حقوق اداری، پژوهشکده قوه قضائیه، تهران، ایران Afshari399@jri.ac.ir

خود نسبت به «قطعیت آراء این مرجع اختصاصی اداری» را اصلاح نماید؛ زیرا این رویکرد با شرع، قانون اساسی و حتی قوانین عادی در تعارض است. در گام دوم و در برنامه‌ای بلندمدت لازم است که طرح دعوا از آراء تمام مراجع اختصاصی اداری در صلاحیت دیوان عدالت اداری قرار گیرد، زیرا با فلسفه دادرسی اداری سازگارتر است؛ بنابراین لازم است در جریان اصلاح قوانین، مرجعیت دیوان عدالت اداری در زمینه نظارت بر آراء تمام مراجع اختصاصی اداری و حتی مراجعی که درون نظام‌های صنفی تشکیل شده‌اند، شناسایی شود.

**واژگان کلیدی:** شورای انتظامی سازمان نظام مهندسی، دیوان عدالت اداری، دیوان عالی کشور، نظارت قضایی، مراجع اختصاصی اداری، رویه قضایی

### مقدمه

در راستای اطمینان از ایمنی و بهره‌دهی مناسب ساختمان‌ها و با هدف حمایت از حقوق مردم، مهندسان ساختمان ملزم به رعایت مجموعه وظایفی هستند که قوانین عادی و مقررات بر عهده آن‌ها گذارده‌اند و عدم رعایت آن‌ها تخلف محسوب می‌شود. به‌عنوان نمونه عدم ارائه به‌موقع گزارش روند کار پروژه توسط مهندس ناظر به مرجع صدور پروانه یا نادیده انگاشتن برخی تخلفات ساختمانی توسط مهندسان ناظر ساختمان از جمله تخلفاتی محسوب می‌شوند که می‌توانند برای مالکین ساختمان و کلیه شهروندان خسارات قابل توجهی را به همراه داشته باشند.

به‌منظور حصول اطمینان از رعایت قوانین و مقررات توسط مهندسان، طرق نظارت مختلفی پیش‌بینی شده است. یکی از این شیوه‌ها، شناسایی حق طرح دعوا علیه مهندسان توسط اشخاص ذی‌نفع است. طبق «قانون سازمان نظام مهندسی و کنترل ساختمان» (مصوب ۱۳۷۴)، شورای انتظامی سازمان نظام مهندسی ساختمان در درون سازمان نظام مهندسی تشکیل شده و مرجع رسیدگی به این دسته از شکایات از مهندسان است.

شورای انتظامی سازمان نظام مهندسی ساختمان همچون یک مرجع شبه‌کیفری به شکایات و دعاوی علیه مهندسان ساختمان رسیدگی کرده و در صورت احراز وقوع تخلف، حکم بر اعمال مجازات‌های انتظامی می‌دهد. با توجه به اینکه این نهاد و مراجع مشابه آن، در درون قوه قضائیه و متشکل از قضات نیستند اما همچون یک دادگاه کیفری عمل قضایی انجام می‌دهند، بر اساس نظرات شورای نگهبان<sup>۱</sup> و با توجه به تصریح قانون اساسی به مرجعیت عام دادگستری در اصول ۶۱

۱. در ادامه به این نظرات اشاره خواهد شد.

و ۱۵۹، پیش‌شرط فعالیت این مراجع، وجود نظارت قضایی بر فعالیت آن‌هاست. نحوه نظارت قضایی بر برخی از این مراجع به‌صراحت در قوانین پیش‌بینی شده است، اما عدم صراحت قوانین درخصوص شورای انتظامی نظام مهندسی، منشأ بروز تفاسیر مختلف و صدور آراء قضایی متفاوت و دو رأی وحدت‌رویه از سوی دیوان عدالت اداری و دیوان عالی کشور درخصوص مرجع قضایی صالح برای رسیدگی به دعاوی اقامه شده از آراء صادره توسط شورای انتظامی سازمان نظام مهندسی شده است؛ لذا مسئله اصلی در پژوهش حاضر آن است که اگر شخصی شکایتی از آراء شورای انتظامی سازمان نظام مهندسی ساختمان داشته باشد، تظلم خود را در کجا مطرح نماید؟ به عبارت دیگر عدم امکان نظارت قضایی بر آراء شورای انتظامی سازمان نظام مهندسی را چگونه می‌توان تحلیل نمود و راهکار چیست؟

برای پاسخ به این پرسش با مطالعه منابع کتابخانه‌ای و رویه قضایی با روش توصیفی - تحلیلی، ابتدا ماهیت، ساختار و صلاحیت شورای انتظامی سازمان نظام مهندسی ساختمان و اصول، قوانین و مقررات مرتبط با صلاحیت این مرجع را بررسی نموده و سپس به تحلیل و بررسی آراء هیئت عمومی دیوان عدالت اداری و دیوان عالی کشور و نحوه نظارت قضایی بر این شورا می‌پردازیم تا بتوان به یک برداشت دقیق و روشن رسید و پیشنهادهایی را ارائه نمود.

لازم به توضیح است که در زمینه رسیدگی به تخلفات مهندسان ساختمان کتابی با عنوان «نظام حقوقی رسیدگی به تخلفات مهندسين ساختمان» در سال ۱۳۹۰ توسط دکتر مهدی هداوند و آقای محمد احمدی تألیف شده است. نویسندگان در این پژوهش به بررسی تخلفات مهندسان ساختمان و مرجع صالح برای رسیدگی به این تخلفات پرداخته‌اند. درخصوص نظارت بر آراء شورای انتظامی سازمان نظام مهندسی نیز، مقاله‌ای در شماره ۳۱ فصلنامه رأی با عنوان «دادخواهی از آراء شورای انتظامی نظام مهندسی؛ از نفی صلاحیت دیوان عدالت اداری تا بن‌بست دیوان عالی کشور» با قلم دکتر حامد نیکونهاد و خانم ژاله غنی به چاپ رسیده است که نویسندگان در این مقاله به نقد رأی وحدت‌رویه دیوان عدالت اداری و دیوان عالی کشور در این زمینه پرداخته‌اند. در مقاله حاضر در کنار استفاده از دستاوردهای پژوهش‌های ذکر شده سعی می‌شود تا ضمن طرح مبانی تشکیل مراجع اختصاصی اداری و همچنین لزوم نظارت قضایی بر آن‌ها به بررسی انطباق رویه قضایی موجود با این مبانی پرداخته شود و اشکالات وارد بر این رویه احصا گردد.

#### ۱. ماهیت، ساختار و صلاحیت شورای انتظامی سازمان نظام مهندسی ساختمان

مهندسان ساختمان در انجام وظایف تخصصی خود در مراحل مختلف طراحی، نظارت و اجرا، ملزم به رعایت مقررات ملی ساختمان هستند. مقررات ملی ساختمان به معنای «مجموعه‌ای

از ضوابط فنی، اجرایی و حقوقی لازم در طراحی، نظارت و اجرای عملیات ساختمانی اعم از تخریب، نوسازی، توسعه بنا، تعمیر و مرمت اساسی، تغییر کاربری و بهره‌برداری از ساختمان است که به‌منظور تأمین ایمنی، بهره‌دهی مناسب، آسایش، بهداشت و صرفه اقتصادی فرد و جامعه وضع می‌شود» (نیکزاد، ۱۳۹۲: پ). عدم رعایت این مقررات از سوی مهندسان، از جمله تخلفات این صنف محسوب می‌شود.

تخلفات انضباطی و حرفه‌ای مهندسان در ماده ۹۱ آیین‌نامه اجرایی قانون نظام مهندسی و کنترل ساختمان (مصوب ۱۳۷۵) مشخص شده‌اند. حال چنانچه مهندسی یک یا چند مورد از تخلفات احصاشده در ماده ۹۱ را مرتکب شود، به‌منظور رسیدگی به تخلفات صنفی مهندسان ساختمان و اعمال ضمانت اجرا بر تخلفات آن‌ها، قانون‌گذار مرجعی با نام شورای انتظامی سازمان مهندسی ساختمان را پیش‌بینی نموده است که در ذیل به بررسی ماهیت و ساختار و صلاحیت آن می‌پردازیم:

#### ۱-۱. ماهیت و صلاحیت شورای انتظامی سازمان نظام مهندسی

شورای انتظامی سازمان نظام مهندسی ساختمان یک مرجع اختصاصی اداری رسیدگی به تخلفات صنفی است و با صدور حکم، ضمانت اجرا بر عمل متخلف بار می‌نماید؛ اما چرا این مرجع را یک مرجع اختصاصی اداری می‌دانیم؟ مراجع اختصاصی اداری که گاهی تحت عناوین دیگری مانند مراجع شبه قضایی، دیوان‌های اداری و دادگاه‌های اختصاصی اداری به کار برده می‌شوند، مراجعی اداری با صلاحیت ترافیعی اختصاصی هستند که به موجب قوانین خاص در خارج از سازمان رسمی قضایی و محاکم دادگستری و عموماً به‌عنوان واحدهای کم‌بیش مستقل ولی مرتبط با ادارات عمومی تشکیل شده‌اند و صلاحیت آن‌ها منحصر به رسیدگی و تصمیم‌گیری در مورد اختلافات، شکایات و دعاوی اختصاصی اداری از قبیل دعاوی استخدامی، انضباطی، مالی، اراضی و ساختمانی است که معمولاً به هنگام اجرای قوانین خاص مرتبط با ارائه خدمات عمومی و فعالیت‌های دولت، میان سازمان‌های دولتی، مؤسسات عمومی (اشخاص حقوقی عمومی) و افراد (اشخاص حقوق خصوصی) به وجود می‌آیند (هداوند و آقایی طوق، ۱۳۸۹: ۳۱). این مراجع از محاکم دادگستری مجزا و قابل تفکیک از سازمان رسمی قضایی هستند؛ اما از آنجا که صلاحیت ترافیعی دارند و به دعاوی، شکایات و اختلافات رسیدگی و فصل خصومت می‌نمایند، شبه‌دادگاه محسوب می‌شوند.

شورای انتظامی سازمان نظام مهندسی ساختمان طبق قانون نظام مهندسی و کنترل ساختمان مصوب ۱۳۷۴ ایجاد شده و آیین رسیدگی و اجرای احکام در این شورا به‌موجب آیین‌نامه اجرایی قانون نظام مهندسی و کنترل ساختمان که در سال ۱۳۷۵ به تصویب هیئت وزیران رسیده است،

مشخص شده است. این شورا از جمله هیئت‌های رسیدگی به شمار می‌رود که در کنار یک صنف و حرفه خاص (سازمان نظام مهندسی که به منزله نظام صنفی مهندسان محسوب می‌شود) تشکیل شده و با وجود مرجع قضایی نبودن، صلاحیت ترافعی و حل اختلاف دارد؛<sup>۱</sup> این شورا بخشی از مراجع قضایی نیست، زیرا درون مجموعه اداره و در کنار نظام مهندسی ساختمان (نظام صنفی) قرار دارد؛ اعضای شورا قاضی نیستند و رأی قضایی انشا نمی‌کنند؛ برخلاف داوری میان افراد، این شورا، ترافع میان افراد و شاغلین در یک صنف را انجام می‌دهد و از قواعد خاص حقوق عمومی در رسیدگی خود بهره می‌برد و حتی توان صدور حکم مجازات اداری را دارد و همچنین رسیدگی در این مرجع تشریفات رسیدگی در محاکم قضایی را ندارد. این مرجع همچون سایر مراجع اختصاصی اداری، صلاحیت خاص و اختصاصی دارد یعنی تنها در رابطه با موضوع تخلفات انتظامی مهندسان صلاحیت رسیدگی دارد و ثانیاً تا زمانی که این مراجع رأی قطعی صادر نکنند دادگاه‌ها وارد موضوع رسیدگی در مورد ذیل صلاحیت آن‌ها نمی‌شوند (نجابت‌خواه و دیگران، ۱۳۹۶: ۲۱۵-۲۰۳)؛ لذا با توجه به وجود تمام اوصاف مراجع اختصاصی اداری در شورای انتظامی می‌توانیم بگوییم شورا، یک مرجع اختصاصی اداری است.

## ۱-۲. ساختار شورای انتظامی نظام مهندسی ساختمان

شورای انتظامی سازمان نظام مهندسی ساختمان مرکب از دو بخش است: شورای انتظامی استان به‌عنوان مرجع بدوی و شورای انتظامی نظام مهندسی به‌عنوان مرجع تجدیدنظرخواهی از آراء شورای انتظامی استان.

از نظر ساختاری، طبق ماده ۱۷ قانون نظام مهندسی و کنترل ساختمان (مصوب ۱۳۷۴)، «هر سازمان استان دارای یک شورای انتظامی متشکل از یک نفر حقوق‌دان به معرفی رئیس دادگستری استان و دو یا چهار نفر مهندس خوش‌نام که به معرفی هیئت مدیره و با حکم شورای مرکزی سازمان نظام مهندسان ساختمان برای مدت سه سال منصوب می‌شوند، خواهد بود و انتخاب مجدد آنان بلامانع است. رسیدگی بدوی به شکایات اشخاص حقیقی و حقوقی درخصوص تخلفات حرفه‌ای و انضباطی و انتظامی مهندسان و کاردان‌های فنی به‌عهده شورای یاد شده است.» طبق ماده ۸۵ آیین‌نامه اجرایی این قانون کلیه اشخاص حقیقی و حقوقی، اعم از صاحب‌کار، زیان‌دیده از تخلف، دستگاه‌ها و سازمان‌های دولتی و وابسته به دولت یا غیردولتی یا نهادهای

۱. ترافع به معنای دعوا است و دعوا، به منازعه در حق معین اطلاق می‌شود (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸: ۲۹۰ و ۱۴۶).

انقلاب اسلامی، شهرداری‌ها و مؤسسات عمومی و به‌طورکلی هر شخصی که در مورد هر یک از اعضای نظام مهندسی استان یا دارنده پروانه اشتغال شکایتی در مورد تخلفات انضباطی، انتظامی و یا حرفه‌ای وی داشته باشد می‌تواند شکایت خود را به‌طور کتبی و با درج مشخصات و شرح تخلف مورد ادعا به انضمام اسناد و مدارک مربوط به دبیرخانه نظام مهندسی استان ارسال یا تحویل نماید.<sup>۱</sup>

مرجع تجدیدنظر نیز شورای انتظامی نظام مهندسی است که در مرکز مستقر است. طبق ماده ۲۴ قانون نظام مهندسی و کنترل ساختمان، این شورا «... از چهار نفر عضو سازمان که دو نفر با معرفی وزیر مسکن و شهرسازی و دو نفر دیگر با معرفی شورای مرکزی سازمان و یک حقوق‌دان با معرفی ریاست قوه قضائیه تشکیل می‌شود. نظرات شورای انتظامی نظام مهندسی با اکثریت سه رأی موافق قطعی و لازم‌الاجرا است.»

هرگاه کسی از اعضای شورای انتظامی استان به‌لحاظ عدم انجام وظایف قانونی شکایتی داشته باشد می‌تواند شکایت خود را به دبیرخانه شورای انتظامی نظام مهندسی تسلیم نماید.<sup>۲</sup> قسمت «د» و فصل ششم آیین‌نامه اجرایی قانون نظام مهندسی و کنترل ساختمان در راستای عملی نمودن مواد ۱۷ و ۲۴ قانون مذکور به موضوع «شورای انتظامی رسیدگی به تخلفات مهندسان ساختمان» اختصاص یافته است.

## ۲. نظارت قضایی بر شورای انتظامی نظام مهندسی ساختمان

نظارت قضایی<sup>۳</sup> به فرایندی اطلاق می‌شود که دادگاه‌ها به‌وسیله آن صلاحیت نظارت خود را بر فعالیت نهادهای عمومی در حوزه حقوق عمومی اعمال نموده و قانونی بودن یک عمل دولتی یا اجرای آن را بر اساس شرایط ویژه مشخص می‌سازند (آرایی و ملک‌محمدی، ۱۳۹۳: ۱۵۷). نظارت قضایی در این مفهوم نظارت دادگاه‌ها بر قانونی بودن اقدامات و تصمیمات دولت است که از آن به «بازنگری قضایی» نیز تعبیر می‌شود (هداوند، ۱۳۸۷: ۱۶). در بخش دوم این مقاله، ابتدا نظارت قضایی بر مراجع اختصاصی اداری را بررسی کرده و سپس نحوه نظارت بر یکی از این مراجع، یعنی شورای انتظامی نظام مهندسی ساختمان و رویه قضایی موجود در خصوص آن را مورد مطالعه قرار خواهیم داد:

۱. مواد ۸۵ الی ۹۴ آیین‌نامه اجرایی قانون نظام مهندسی و کنترل ساختمان.

۲. ماده ۹۸ آیین‌نامه اجرایی قانون نظام مهندسی و کنترل ساختمان.



## ۲-۱. نظارت قضایی بر مراجع اختصاصی اداری

در خصوص نظارت قضایی بر مراجع اختصاصی اداری در ایران، مبتنی بر اصول کلی حقوقی و به موجب بند ۲ ماده ۱۰ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری، اغلب این مراجع باید تحت نظارت دیوان عدالت اداری قرار گیرند مگر آنکه بر صلاحیت محکمه صالح دیگری در قانون تصریح شده باشد. رسیدگی دیوان بر این مراجع، از حیث نقض قوانین و مقررات یا مخالفت با آنها صورت می‌پذیرد. گرچه با توجه به حکم مقرر در ماده ۶۳ و همچنین قسمت ذیل ماده ۶۴ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری، در حال حاضر صلاحیت دیوان از جهت نوع رسیدگی به اعتراض از آراء مراجع اختصاصی افزایش یافته و صراحتاً علاوه بر رسیدگی شکلی، در برخی موارد شامل رسیدگی ماهوی نیز می‌شود (مولایی، ۱۳۹۴: ۷۶).

وظیفه دیوان در این قسمت از باب نظارت قضایی عالی بر مراجع اختصاصی اداری است.<sup>۱</sup> این رسیدگی به آرای محدود می‌شود که «در چهارچوب سازمان اداری وضع‌کننده، دیگر قابل تجدیدنظر نبوده و بدون نیاز به سایر تشریفات، می‌توان آن را اجرا نمود» (واعظی، ۱۳۸۸: ۱۷۳)؛ لذا آراء قطعی مراجع اختصاصی اداری، اعم از رأی ذاتاً قطعی، آراء بدوی قابل اعتراضی که در مهلت مقرر مورد اعتراض واقع نشده و قطعی شده و آرای قطعی صادره در مرحله تجدیدنظر می‌توانند مورد اعتراض در دیوان عدالت قرار گیرند و طرح شکایت نسبت به آراء غیرقطعی مراجع مزبور قابل استماع در دیوان عدالت اداری نخواهد بود (رستمی، ۱۳۸۸: ۶۸).

در خصوص مصادیق بند ۲ ماده ۱۰، رویه دیوان عدالت اداری نشان می‌دهد، مراجع اختصاصی اداری ذکر شده در این بند را حصری ندانسته و در آراء بسیاری به شکایت علیه نهادها و مراجع اختصاصی اداری ذکر نشده در آن مقرره، رسیدگی کرده است.<sup>۲</sup> این موارد، نشان‌دهنده عدم

۱. البته به موجب نظریه شماره ۷/۴۸۸۳ مورخ ۱۳۸۱/۶/۳ اداره کل حقوقی و تدوین قوانین قوه قضاییه، قانون‌گذار در مواردی که مصلحت تشخیص داده، رسیدگی به آراء مراجع اختصاصی اداری را به دادگاه‌های عمومی محول نموده است که در این موارد، «هم اشخاص خصوصی و هم سازمان‌ها و مراجع دولتی حق اعتراض به رأی صادره را در دادگاه‌ها دارند.» و دستگاه دولتی یا مقام اداری طبق اصل می‌تواند نزد دادگاه عمومی از رأی صادره علیه وی در مراجع اختصاصی اداری شکایت نماید؛ اما در مواردی حق شکایت مقام دولتی نزد دادگاه عمومی نیز مخدوش شده است؛ طبق نظریه مشورتی اداره کل حقوقی قوه قضاییه، به شماره ۷/۵۵۱ مورخ ۱۳۸۱/۱/۲۵ امکان اعتراض ارگان‌های دولتی به محاکم دادگستری، در صورت صدور رأی از سوی مراجع حل اختلاف مربوط به قانون کار به زیان مشارالیه، ممکن نیست.

۲. برای نمونه، شورای عالی ثبت در مواردی که به مسائل ثبتی مبادرت می‌کند، یک مرجع اختصاصی اداری است

گرایش به رویکرد صلاحیت خاص دیوان است؛ اما در کنار این مصادیق، مواردی نیز وجود دارد که نشان می‌دهد رویه قضایی هنوز با وضعیت ایده‌آل فاصله دارد. عدم صلاحیت دیوان نسبت به آراء مراجع اختصاصی اداری، در مواردی که قانون، «محکمه صالح» را به‌عنوان مرجع تجدیدنظرخواهی از آراء این مراجع معرفی کرده است؛ نشان می‌دهد محدودنگری به حوزه صلاحیت دیوان، در میان قضات دیوان نفوذ دارد و به اتخاذ چنین رویه‌هایی منجر شده است (امامی و سلیمانی، ۱۳۹۲: ۲۵-۲۴). گرچه در طرح اصلاح قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری که در حال حاضر در مجلس شورای اسلامی مطرح است، این نکته مطرح شده است که: «در مواردی که به‌موجب قوانین، مرجع رسیدگی به اعتراضات و شکایات از تصمیمات اداری، اجرایی و یا آرای مراجع اختصاصی اداری صادره از سوی کلیه دستگاه‌های موضوع این ماده، تحت عناوینی از قبیل مرجع صالح قضایی یا دادگاه صالح یا محکمه صالح تعیین شده است، موضوع در صلاحیت شعب دیوان است» (تبصره الحاقی به ماده ۱۰).<sup>۱</sup>

با توجه به آنچه گفته شد، سه نوع مرجع نظارت قضایی بر مراجع اختصاصی اداری وجود دارد: ۱. مرجع نظارت قضایی بر مراجع اختصاصی اداری، علی‌الاصول دیوان عدالت اداری به‌عنوان عالی‌ترین مرجع قضایی در حوزه دادرسی اداری است، نظیر نظارت قضایی بر هیئت‌های رسیدگی به تخلفات اداری، هیئت‌های حل اختلاف مالیاتی، هیئت‌های حل اختلاف کارگر و کارفرما، کمیسیون موضوع ماده ۱۰۰ قانون شهرداری و همچنین آراء دادگاه انتظامی مرکز وکلا، کارشناسان رسمی و مشاوران خانواده قوه قضائیه و تصمیمات دادگاه انتظامی سردفتران و دفتراران.

۲. در برخی مراجع نیز دادگاه‌های عمومی مرجع نظارت هستند، مانند رسیدگی به شکایات اشخاص ذی‌نفع از آراء هیئت حل اختلاف سازمان ثبت احوال<sup>۲</sup> که در دادگاه‌های عمومی انجام

که البته در بند ۲ ماده ۱۱ به آن اشاره نشده است؛ اما در رأی که به شماره دادنامه ۱۴ به تاریخ ۱۳۷۴/۲/۹ صادر شده است؛ این شورا در زمره دادگاه‌های اداری موضوع بند ۲ ماده ۱۱ در نظر گرفته شده است. همچنین رأی درباره صلاحیت دیوان عدالت اداری نسبت به آراء صادر شده از شعب تعزیرات حکومتی صادر شده است. در متن رأی به صلاحیت مطلق دیوان در رابطه با مراجع اختصاصی اداری اشاره شده است. این رأی به شماره دادنامه ۲۵۲ به تاریخ ۱۳۸۰/۸/۱۳ صادر شده است.

۱. برای مطالعه بیشتر در این زمینه نک: افشاری، ۱۳۹۹.

۲. ماده ۳ قانون ثبت احوال، مصوب (۱۳۵۵): «در مقر هر اداره ثبت احوال هیئتی به نام هیئت حل اختلاف مرکب از رئیس اداره ثبت احوال و مسئول بایگانی یا معاونین و یا نمایندگان آنان و یکی از کارمندان مطلع اداره مزبور به انتخاب رئیس اداره ثبت احوال استان تشکیل می‌شود».

می‌شود و یا رسیدگی به شکایات علیه هیئت مرکزی رسیدگی به تخلفات صنفی و حرفه‌ای سازمان نظام روان‌شناسی که در دادگاه‌های عمومی صورت می‌گیرد.<sup>۱</sup> همچنین بر اساس تبصره الحاقی به ماده ۴۰ قانون نظام پزشکی جمهوری اسلامی ایران (مصوب ۱۳۸۴)<sup>۲</sup>، آراء قطعی هیئت‌های بدوی، تجدیدنظر و هیئت عالی نظام پزشکی قابل تجدیدنظر در دادگاه تجدیدنظر استان قلمداد شده‌اند.

۳. برخی از مراجع اختصاصی اداری نیز که وابسته به اتحادیه‌های صنفی و مؤسسات عمومی غیردولتی هستند دارای مرجع تجدیدنظر خاص خود می‌باشند، مانند دادگاه انتظامی وکلا که مرجع تجدیدنظر آراء آن دادگاه عالی انتظامی قضات<sup>۳</sup> است.

حال این پرسش مطرح می‌شود که نظارت قضایی بر آراء شورای انتظامی سازمان نظام مهندسی چگونه و توسط چه نهادی صورت می‌گیرد؟ که در قسمت بعد به آن خواهیم پرداخت:

## ۲-۲. نظارت قضایی بر آراء شورای انتظامی سازمان نظام مهندسی

در خصوص آراء صادر شده از شورای انتظامی سازمان نظام مهندسی ساختمان به‌عنوان مرجع تجدیدنظرخواه، قانون‌گذار به‌صراحت نه دیوان عدالت اداری و نه دادگاه‌های عمومی دادگستری را به‌عنوان مرجع فرجامی آراء مذکور معرفی نکرده است (هداوند و احمدی، ۱۳۹۰: ۱۰۱) و ماده ۲۴ با ذکر این عبارت که «آراء شورای انتظامی قطعی و قابل اجراست» منشأ تفاسیر مختلفی از سوی قضات و دادگاه‌ها شده است که در ذیل به بررسی و نقد رویه قضایی دیوان عدالت اداری و دیوان عالی کشور در این خصوص خواهیم پرداخت:

ماده ۴ قانون ثبت احوال، مصوب (۱۳۵۵): «رسیدگی به شکایات اشخاص ذی‌نفع از تصمیمات هیئت حل اختلاف و همچنین رسیدگی به سایر دعاوی راجع به اسناد ثبت احوال با دادگاه شهرستان یا دادگاه بخش مستقل محل اقامت خواهان به عمل می‌آید و رأی دادگاه فقط پژوهش‌پذیر است. مهلت شکایت از تصمیم هیئت حل اختلاف ده روز از تاریخ ابلاغ است».

۱. دادنامه شماره ۱۶۹۹۰۱۶۹۷۰۹۰۵۶۰۹۹۷۰۹۰۵۶۰، شعبه تجدیدنظر دیوان عدالت اداری، مورخ ۱۳۹۳/۳/۱۶.

۲. تبصره: «آراء قطعی هیئت‌های بدوی، تجدیدنظر و هیئت عالی انتظامی نظام پزشکی طرف یک ماه از تاریخ ابلاغ، قابل تجدیدنظر در دادگاه تجدیدنظر استان می‌باشد.»

۳. ماده ۷۵ آیین‌نامه لایحه قانونی استقلال کانون وکلا دادگستری (مصوب ۱۳۳۴): «نسبت به احکام دادگاه انتظامی وکلا، رئیس کانون و دادستان و سایر اشخاص و مقامات مذکور در ماده ۱۵ و ۱۶ لایحه استقلال کانون و نسبت به احکام مجازات از درجه ۴ به بالا محکوم‌علیه در ظرف ده روز از تاریخ ابلاغ با رعایت مسافت طبق آیین دادرسی مدنی می‌توانند از دادگاه عالی انتظامی قضات درخواست تجدیدنظر نمایند و دادگاه مزبور رسیدگی کرده در صورت عدم ورود اعتراض حکم را استوار والا حکمی را که به نظر خود مقتضی می‌دانند صادر می‌نمایند.»

## ۲-۲-۱. نقد و بررسی رویه دیوان عدالت اداری در نظارت قضایی بر شورای انتظامی سازمان نظام مهندسی

در سال‌های ۱۳۸۶ الی ۱۳۸۷ شکایاتی از آراء شورای انتظامی سازمان نظام مهندسی در شعب دیوان عدالت اداری مطرح شده بود و برخی شعب با چند استدلال به شرح زیر، دیوان عدالت اداری را صالح به رسیدگی ندانسته بود: <sup>۱</sup> نخست اینکه، سازمان نظام مهندسی ساختمان حسب ماده ۳ قانون نظام مهندسی و کنترل ساختمان، سازمانی غیرانتفاعی بوده و تابع قوانین و مقررات عمومی حاکم بر این مؤسسات است و این سازمان از مصادیق ماده ۱۳ قانون دیوان عدالت اداری (مصوب ۱۳۸۵) محسوب نمی‌شود؛ ثانیاً، سازمان نظام مهندسی، در زمره مؤسسات عمومی غیردولتی موضوع قانون فهرست نهادها و مؤسسات عمومی غیردولتی نیز نیست؛ ثالثاً بر اساس ماده ۲۴ قانون نظام مهندسی و کنترل ساختمان، آراء شورای انتظامی سازمان نظام مهندسی قطعی و لازم‌الاجراست؛ بدین معنی که این آرا قابل تجدیدنظر نیست و نظریه اداره حقوقی <sup>۲</sup> نیز مؤید این امر است.

۱. آراء شعبه هشتم دیوان عدالت اداری، مورخ ۱۳۸۹/۲/۱۱، مورخ ۱۳۸۷/۱۱/۱، مورخ ۱۳۸۷/۱۱/۵ (کلاس پرونده ۱۳۱/۸۹/۸ و ۳۰۵۶/۲/۸/۸۷ و ۳۰۴۶/۲/۸/۸۷، شماره دادنامه ۲۵۲، ۴۲۳۱ و ۴۲۵۱) و آراء شعبه سی و سه مورخ ۱۳۸۷/۹/۳۰ (کلاس پرونده ۲۰۵۶/۳۳/۸۶، شماره دادنامه ۱۰۷۹)، شعبه ششم، مورخ ۱۳۸۶/۱۲/۲۲ (کلاس پرونده ۱۵۵۸/۶/۸۵، شماره دادنامه ۲۶۷۹) و شعبه هفتم دیوان عدالت اداری، مورخ ۱۳۸۷/۷/۳ (کلاس پرونده ۳۰۴/۷/۸۷، شماره دادنامه ۲۴۴۹، مورخ ۱۳۸۷/۷/۳).

۲. نظریه شماره ۷/۱۵۷۴ مورخ ۱۳۸۲/۲/۲۴ اداره کل حقوقی قوه قضائیه: «نظر به اینکه سازمان نظام مهندسی ساختمان، سازمانی است غیرانتفاعی و جزء مؤسسات عمومی غیردولتی احصاء نشده و در زمره مجامع حرفه‌ای است، آراء قطعی شورای انتظامی نظام مهندسی لازم‌الاجرا است و به استناد بند ۲ ماده ۱۱ قانون دیوان عدالت اداری و قانون تفسیر ماده ۱۱ قانون مزبور در دیوان عدالت اداری قابل شکایت نیست و در مرجع دیگری هم قابل شکایت شناخته نشده است».

بند ۲ ماده ۱۱: «... رسیدگی به اعتراضات و شکایات از آراء و تصمیمات قطعی دادگاه‌های اداری هیئت‌های بازرسی و کمیسیون‌هایی مانند کمیسیون‌های مالیاتی، شورای کارگاه، هیئت حل اختلاف کارگر و کارفرما، کمیسیون موضوع ماده ۱۰۰ قانون شهرداری‌ها، کمیسیون موضوع ماده ۵۶ قانون حفاظت و بهره‌برداری از جنگل‌ها و مراتع منحصرأ از حیث نقض قوانین و مقررات یا مخالفت با آن‌ها. ...»

قانون تفسیر ماده ۱۱ قانون دیوان عدالت اداری در رابطه با قانون فهرست نهادها و مؤسسات عمومی غیردولتی (مصوب ۱۳۷۴): ماده واحده: با توجه به ماده ۱۱ قانون دیوان عدالت اداری رسیدگی به شکایات علیه نهادهای عمومی احصاء شده در قانون فهرست نهادها و مؤسسات عمومی غیردولتی نیز در صلاحیت دیوان عدالت اداری می‌باشد.

اما شعبه هفتم دیوان عدالت اداری با استدلال‌های دیگری، دیوان عدالت اداری را در این زمینه صالح دانسته بود و رأی شورای انتظامی را نقض نموده و جهت رسیدگی مجدد مقرر کرده بود که در شورای هم‌عرض مطرح شود.<sup>۱</sup> شعبه هفتم این‌گونه استدلال نموده بود: نخست، رأی شورای انتظامی سازمان نظام مهندسی با حضور نمایندگان قوه قضائیه و کارکنان دولتی مورد امضاء قرار گرفته است و معمولاً نماینده دادگستری در شوراهایی شرکت می‌کند و اصولاً معرفی می‌شود که وابستگی آن به دولت مسلم باشد؛ دوم، اظهار نظر اداره حقوقی جنبه مشورتی داشته و لازم‌الاتباع نیست.

نهایتاً هیئت عمومی دیوان عدالت اداری تشکیل جلسه داده و پس از بحث و بررسی به شرح زیر اقدام به صدور رأی وحدت‌رویه نمود<sup>۲</sup>:

«مطابق ماده ۳ قانون نظام مهندسی و کنترل ساختمان مصوب ۱۳۷۴/۱۲/۲۲ مقرر شده است «برای تأمین مشارکت هرچه وسیع‌تر مهندسان در انتظام امور حرفه‌ای خود و تحقق اهداف این قانون در سطح کشور سازمان نظام مهندسی ساختمان که از این پس در این قانون به اختصار سازمان خوانده می‌شود و در هر استان یک سازمان به نام سازمان نظام مهندسی ساختمان استان که از این پس به اختصار سازمان استان نامیده می‌شود، طبق شرایط یاد شده در این قانون و آیین‌نامه اجرایی آن تأسیس می‌شود. سازمان‌های یاد شده غیرانتفاعی بوده و تابع قوانین و مقررات عمومی حاکم بر مؤسسات غیرانتفاعی می‌باشند.» نظر به این که رسیدگی به اعتراض از آراء شورای انتظامی سازمان نظام مهندسی ساختمان از حدود صلاحیت و اختیارات دیوان عدالت اداری مصرح در ماده ۱۳ قانون دیوان عدالت اداری خارج می‌باشد، آراء شعب دیوان عدالت اداری به رد شکایت به شرح مندرج در گردش کار صحیح و موافق مقررات تشخیص داده می‌شود. (بدیهی است مطابق اصل ۱۵۹ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران مرجع رسمی تظلمات و شکایات دادگستری است). این رأی به استناد بند ۲ ماده ۱۹ و ماده ۴۳ قانون دیوان عدالت اداری برای شعب دیوان و سایر مراجع اداری مربوط در موارد مشابه لازم‌الاتباع است.»

همان‌طور که مشخص است هیئت عمومی دیوان عدالت اداری با این ادعا که سازمان نظام مهندسی یک سازمان غیرانتفاعی است و از مصادیق واحدهای موضوع ماده ۱۳ قانون دیوان (مصوب ۱۳۸۵) محسوب نمی‌شود، رأی به عدم صلاحیت دیوان عدالت اداری در نظارت بر آراء

۱. آراء شعبه هفتم دیوان عدالت اداری، مورخ ۱۳۸۹/۲/۲۱ (کلاسۀ پرونده، ۱۰۹۲/۸۸/۷، شماره دادنامه ۲۰۹)، مورخ ۱۳۸۹/۲/۲۹ (کلاسۀ پرونده ۱۵۳۶/۸۸/۷ و ۲۱۴۱ و ۱۶۹۸، شماره دادنامه ۲۶۹، ۲۷۰ و ۲۷۱).  
 ۲. رأی وحدت‌رویه شماره ۳۲۲ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری، مورخ ۱۳۹۰/۸/۲.

شورای انتظامی سازمان مهندسی می‌دهد و رسیدگی به اعتراض از آراء شورای انتظامی سازمان نظام مهندسی ساختمان را خارج از حدود صلاحیت و اختیارات دیوان عدالت اداری مصرح در ماده ۱۳ قانون دیوان عدالت اداری (مصوب ۱۳۸۵) می‌داند. در این زمینه چند نکته قابل ذکر است: نخست، هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در بخشی از رأی خود اظهار می‌دارد: «اعتراض از آراء شورای انتظامی سازمان نظام مهندسی ساختمان از حدود صلاحیت و اختیارات دیوان عدالت اداری مصرح در ماده ۱۳ قانون دیوان عدالت اداری خارج می‌باشد»؛ اما هیچ دلیلی برای اثبات این ادعا نمی‌آورد. در واقع رأی دیوان عدالت اداری خود یک ادعای اثبات نشده است. به چه دلیل اعتراض از آراء شورای انتظامی سازمان نظام مهندسی ساختمان از صلاحیت دیوان عدالت اداری خارج است؟ هیئت عمومی دیوان نتوانسته است هیچ ارتباط منطقی و روشنی بین مقدمه رأی و نتیجه رأی برقرار نماید و البته این خود نشان از وجود ابهام در تعریف شخصیت حقوقی، دستگاه‌های اجرایی و عمل اداری حتی برای قضات دارد. این مفاهیم در نظام حقوقی کشور تعریف نشده‌اند و حدود و ثغور مشخصی ندارند و خود منشأ تشتت نظرات، تحلیل‌ها و صدور آرای شده است که محل تأمل هستند و این مسئله را در ذهن ایجاد می‌کند که اگر یک مؤسسه حتی غیردولتی از برخی امتیازات قدرت عمومی استفاده نماید، آیا دیوان عدالت اداری صلاحیت رسیدگی ندارد؟

دوم، رأی وحدت رویه شماره ۲۵۲ مورخ ۱۳۸۰/۸/۱۳ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری درخصوص صلاحیت دیوان برای رسیدگی به آراء مراجع اختصاصی اداری و استثنا بودن رسیدگی در سایر مراجع بیان می‌دارد: «حکم مقرر در بند ۲ ماده ۱۱ قانون دیوان عدالت اداری، مفید صلاحیت دیوان در رسیدگی به آرای قطعی مطلق مراجع اختصاصی اداری از حیث نقض قوانین و مقررات و یا مخالفت با آن‌ها است مگر در مواردی که به موجب قانون مستثنا شده باشد»؛ این رأی وحدت رویه هیئت عمومی دیوان را صالح در رسیدگی به مطلق آراء مراجع اختصاصی اداری دانسته است؛ اما باید توجه نمود اساساً دیوان صلاحیت خود را ناظر بر شکایت از دستگاه‌های دولتی می‌داند و بر این اساس اگر مرجع اختصاصی اداری در درون یک دستگاه دولتی نبوده و در یک دستگاه ولو عمومی ولی غیردولتی باشد، رسیدگی به شکایات از آراء آن‌ها را در صلاحیت دیوان نمی‌داند؛ بنابراین این رأی وحدت رویه را نمی‌توان درخصوص موضوع حاضر مؤثر دانست.

۱. نک: رأی وحدت رویه ۳۷، ۳۸ و ۳۹ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری مورخ ۱۳۶۸/۷/۱۰: «نظر به اینکه در

در واقع مشکل اصلی از آنجا ناشی می‌شود که هیئت عمومی دیوان به دلیل اینکه سازمان نظام مهندسی ساختمان یک نهاد غیرانتفاعی است و جزء نظام‌های صنفی محسوب می‌شود، شورای انتظامی را نیز جزئی از آن دانسته و آراء آن را غیرقابل‌رسیدگی در دیوان عدالت اداری دانسته است که این اشکال از تفسیر اصل ۱۷۳ قانون اساسی و مضیق کردن دامنه‌ی واژه دولت ناشی می‌شود. بدین ترتیب دیوان عدالت اداری در سال ۱۳۹۰ با صدور یک رأی وحدت‌رویه، صلاحیت نظارت بر آراء شورای انتظامی سازمان نظام مهندسی را از خود سلب کرد و آن را در صلاحیت دادگاه‌های عمومی دانست؛ اما با وجود این رأی وحدت‌رویه ابهامات به‌طورکلی از میان نرفت و در سال ۱۳۹۸ هیئت عمومی دیوان عالی کشور نیز در همین زمینه مبادرت به صدور یک رأی وحدت‌رویه می‌نماید که جزییات و علت صدور رأی وحدت‌رویه دیوان عالی کشور در عنوان بعد به تفصیل بررسی می‌شود.

## ۲-۲-۲. نقد و بررسی رأی وحدت‌رویه دیوان عالی کشور در نظارت قضایی بر شورای انتظامی سازمان نظام مهندسی

همان‌طور که می‌دانیم هیئت عمومی دیوان عالی کشور در مواد تعارض آراء دادگاه‌ها، بنا به تجویز قانون‌گذار (ماده ۴۷۱ قانون آیین دادرسی کیفری) صلاحیت صدور آراء وحدت‌رویه را دارد که این آراء برای مراجع قضایی و غیرقضایی لازم‌الاتباع است (رفیعی، ۱۴۰۰: ۲۲۴). به‌طور کلی از ماده ۲۴ قانون سازمان نظام مهندسی ساختمان مصوب سال ۱۳۷۴ دو استنباط متفاوت از سوی دادگاه‌ها صورت گرفته بود و منجر به صدور آراء مختلف شده بود؛ لذا طرح آن در هیئت عمومی دیوان عالی کشور جهت صدور رأی وحدت‌رویه پیشنهاد شد. آراء صادره به شرح زیر بودند:

شعبه ۲۵ دادگاه تجدیدنظر تهران<sup>۱</sup> با پذیرش قابلیت تجدیدنظرخواهی از آراء شورای انتظامی سازمان نظام مهندسی در دادگاه‌های عمومی، حکم به تأیید دادنامه<sup>۲</sup> شعبه ۸۶ دادگاه عمومی

اصل یک‌صد و هفتاد و سوم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، منظور از تأسیس، دیوان عدالت اداری، رسیدگی به شکایات، تظلمات و اعتراضات مردم نسبت به مأمورین یا واحدهای دولتی تصریح گردیده، و با توجه به معنی لغوی و عرفی کلمه مردم واحدهای دولتی از شمول مردم خارج، و به اشخاص حقیقی یا حقوقی حقوق خصوصی اطلاق می‌شود. و مستفاد از بند یک ماده ۱۱ دیوان نیز اشخاص حقیقی و حقوقی حقوق خصوصی می‌باشد. علی‌هذا، شکایات و اعتراضات واحدهای دولتی، در هیچ مورد قابل طرح و رسیدگی در شعب دیوان عدالت اداری، نمی‌باشد.

۱. رأی شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۳۳۵۰۱۰۱۹، مورخ ۱۳۹۲/۷/۳۰

۲. رأی شماره ۹۰۰۹۹۷۲۱۶۱۸۰۰۹۲۸، مورخ ۱۳۹۰/۹/۳۰

حقوقی تهران صادر نموده بود. توضیح اینکه دادنامه اخیر، ضمن پذیرش قابلیت تجدیدنظر آراء شورای مزبور، وارد ماهیت شده و رأی مقتضی صادر کرده بود که دادگاه تجدیدنظر نیز آن رأی را تأیید نموده بود. نتیجه اینکه به موجب این آراء، رأی شورای انتظامی سازمان نظام مهندسی ساختمان، قابل شکایت در محاکم عمومی تهران محسوب می‌شد. پس از صدور این رأی، شعبه ۲۸ دادگاه تجدیدنظر استان تهران<sup>۱</sup> آرای شورای انتظامی سازمان نظام مهندسی را غیر قابل تجدیدنظر دانست. با این استدلال که به موجب ماده ۲۴ قانون نظام مهندسی ساختمان آراء صادره از شورای نظام مهندسی قطعی و لازم‌الاجرا اعلام شده است، بنابراین شکایت از آراء این مراجع در دادگاه‌ها قابلیت استماع ندارد و قابل اعتراض دانستن چنین آرای در محاکم، اجتهاد در مقابل نص است؛ لذا قرار رد دعوا صادر شد.

نهایتاً به دلیل صدور آراء متعارض در این زمینه، رأی وحدت‌رویه توسط هیئت عمومی دیوان عالی کشور<sup>۲</sup> به این شرح صادر شد: «مطابق قسمت اخیر اصل یکصد و پنجاه و نهم قانون اساسی، «تشکیل دادگاه‌ها و تعیین صلاحیت آن‌ها منوط به حکم قانون است» و طبق ماده ۲۴ قانون سازمان نظام مهندسی و کنترل ساختمان مصوب ۱۳۷۴، «نظرات شورای انتظامی نظام مهندسی با اکثریت سه رأی موافق، قطعی و لازم‌الاجرا است» و قطعیت موردنظر مقرر در ماده مذکور، اطلاق دارد؛ بنابراین، به نظر اکثریت اعضای هیئت عمومی، رأی شعبه ۲۸ دادگاه تجدیدنظر استان تهران که نظر صادره از شورای انتظامی نظام مهندسی را قابل اعتراض در مرجع قضایی ندانسته، صحیح و مطابق با موازین قانونی است. این رأی بر اساس ماده ۴۷۱ قانون آیین دادرسی کیفری، در موارد مشابه برای شعب دیوان عالی کشور، دادگاه‌ها و سایر مراجع، اعم از قضایی و غیر آن، لازم‌الاتباع است».

پیش از صدور رأی وحدت‌رویه قضایی توسط دیوان عالی کشور و در جریان طرح این موضوع در دیوان، نماینده دادستان نیز به نمایندگی از دادستان کل کشور با ارائه استدلال‌هایی<sup>۳</sup>، موضوع را درخور صدور رأی وحدت‌رویه قضایی دانسته بود.

در ارتباط با رأی اخیر هیئت عمومی دیوان عالی کشور و نظر نماینده دادستان کل کشور توجه به چند نکته اساسی حائز اهمیت است:

۱. رأی شماره ۹۳/۱۰۱۰۲۲۸۰۲۲۹۷۰۹۳۰ مورخ ۱۳۹۳.
۲. رأی شماره ۷۸۶ هیئت عمومی دیوان عالی کشور، مورخ ۱۳۹۸/۱۰/۲۴.
۳. نک: نیکونهاد و غنی، ۱۳۹۹: ۳۸-۳۵.



نخست، رعایت اصل حاکمیت قانون، مقتضی پذیرش ضرورت نظارت قضایی بر کلیه اعمال اداری است. تحقق ایده حاکمیت قانون، باید در همه سطوح حاکمیت جریان داشته باشد و نظارت قضایی بخش مهمی از این وظیفه را بر عهده دارد (هداوند، ۱۳۸۷: ۱۶). درست است که شورای انتظامی سازمان نظام مهندسی در بدنه یک نظام صنفی و حرفه‌ای تشکیل شده است و این نظام‌ها جزء اشخاص حقوق خصوصی محسوب می‌شوند، اما از جمله اشخاص حقوق خصوصی به شمار می‌رود که از امتیازات قدرت عمومی استفاده می‌کنند و هر جا که شخص از این امتیازات ویژه برخوردار است، فلسفه جلوگیری سوءاستفاده از قدرت، ضرورت نظارت قضایی را روشن می‌نماید؛ بنابراین، از آنجا که این شورا در حال اعمال سطحی از حاکمیت است، لازم است قائل به ضرورت نظارت قضایی بر آراء این مرجع بود. همان طور که می‌دانیم، در جمهوری اسلامی ایران، مطابق اصل ۱۵۶ قانون اساسی، قوه قضائیه پشتیبان حقوق فردی و اجتماعی و مسئول تحقق بخشیدن به عدالت شده است و احیای حقوق عامه و گسترش عدل و آزادی‌های مشروع بر عهده این قوه قرار گرفته است. قوه قضائیه از طریق تعقیب، محاکمه و مجازات متجاوزین به حقوق مردم، عهده‌دار این پشتیبانی است. حال با توجه به هدف قوه قضائیه مبنی بر احقاق حقوق عامه و رسیدگی و صدور حکم در مورد تظلمات، تعدیات، شکایات و حل و فصل دعاوی، حق تظلم خواهی افراد به‌عنوان یکی از حقوق بنیادین ایجاد می‌کند که نظارت بر آراء این شورا توسط قوه قضائیه پذیرفته شود.

دوم، با حکم اصل ۶۱ قانون اساسی، «اعمال قوه قضائیه از طریق دادگستری» است و اصل ۱۵۹ مقرر می‌دارد: «مرجع رسمی تظلمات و شکایات دادگستری است. تشکیل دادگاه‌ها و تعیین صلاحیت آن‌ها منوط به حکم قانون است»؛ بنابراین چنانچه رسیدگی در موضوع خاصی را طبق قوانین عادی به یک مرجع اختصاصی اداری واگذار کنیم، به معنای نفی کلی صلاحیت دادگاه‌ها نیست، زیرا مغایر نص صریح قانون اساسی است. نمی‌توان به‌صرف پیش‌بینی مرجع اختصاصی اداری در موضوعی، حق طرح دعوا در مراجع قضایی را از مردم گرفت. نظریه مشورتی شماره ۱۵۵۱/۷/۳-۱۳۹۵/۷/۳ اداره کل حقوقی قوه قضائیه نیز مبتنی بر اصل ۱۵۹، نفی صلاحیت توسط دیوان عدالت اداری را نافی نظارت قضایی دادگستری ندانسته و با تصریح بر مرجع عام تظلم‌خواهی بودن دادگستری بیان نموده: «عدم تجویز رسیدگی به اعتراضات نسبت به آرای آن دسته از مراجع شبه قضایی که از جمله واحدهای دولتی محسوب نمی‌گردند، در دیوان عدالت اداری مسقط و نافی صلاحیت رسیدگی دادگاه‌های عمومی در رسیدگی به اعتراضات نسبت به آرای این مراجع نیست و مطابق اصل ۱۵۹ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، مرجع رسمی رسیدگی

به تظلمات و شکایات، «دادگستری» است که با لحاظ ماده ۱۰ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹، رسیدگی به اعتراض نسبت به آرای قطعی شوراهای انتظامی (بدوی و تجدیدنظر) سازمان‌های نظام مهندسی (مذکور در مواد ۱۷ و ۲۴ قانون نظام مهندسی و کنترل ساختمان مصوب ۱۳۷۴/۱۲/۲۲)، در صلاحیت دادگاه عمومی حقوقی ذی‌ربط است و قید قطعیت آرای مراجع یادشده، مانع از رسیدگی به اعتراض نسبت به آرای مزبور توسط دادگاه عمومی حقوقی نیست. ضمناً دیوان عدالت اداری نیز در رأی وحدت‌رویه هیئت عمومی دیوان عدالت اداری به شماره دادنامه ۳۲۲ مورخ ۱۳۹۰/۱/۲ ضمن نفی صلاحیت خود در خصوص رسیدگی به اعتراض نسبت به آرای قطعی شورای انتظامی سازمان نظام مهندسی ساختمان، صراحتاً تأکید بر صلاحیت دادگستری به‌عنوان مرجع عام رسیدگی به تظلمات و شکایات نموده است.»

علاوه بر این، بنا بر اصل ۶۱ قانون اساسی که مقرر کرده «اعمال قوه قضائیه به‌وسیله دادگاه‌های دادگستری است که باید طبق موازین اسلامی تشکیل شود و به حل و فصل دعاوی و حفظ حقوق عمومی و گسترش و اجرای عدالت و اقامه حدود الهی پردازد»، یگانه وظیفه قوه قضائیه، فصل خصومت نیست بلکه حفظ حقوق عمومی و اجرای عدالت به‌مراتب می‌تواند مهم‌تر از فصل خصومت باشد. مطابق اصل ۶۱، وظیفه گسترش عدالت به قوه قضائیه واگذار شده که باید در همه زمینه‌ها بسترسازی شود. حال با سلب حق دادخواهی و ممنوعیت افراد برای رجوع به دادگاه‌های صالح چگونه می‌توان رابطه گسترش عدالت با عملکرد شورای انتظامی سازمان نظام مهندسی ساختمان که اتفاقاً نظراتی قطعی و لازم‌الاجرا دارند را تبیین کرد؟ زیرا طبق اصل سی و چهارم قانون اساسی، تظلم خواهی و دادخواهی حق مسلم همه افراد و ایجاد دستگاه قضایی صالح برای تضمین امنیت شهروندان تکلیف جامعه و حکومت است؛ بنابراین با وجود پیش‌بینی مراجع اختصاصی اداری جهت رسیدگی به برخی موضوعات ما نمی‌توانیم صلاحیت دادگاه‌ها را در رسیدگی به آن موضوع به‌طور کامل از بین ببریم؛ زیرا نقض صریح قانون اساسی است.

سوم، با ملاحظه ترکیب و تخصص اعضای شورای انتظامی سازمان نظام مهندسی ساختمان در مواد ۱۷ و ۲۴ قانون نظام مهندسی و کنترل ساختمان مشخص می‌شود که در این ترکیب یک عضو حقوق‌دان و نه قاضی وجود دارد. اگر در ترکیب اعضای شورا یک قاضی مأذون وجود داشت و انشای رأی می‌نمود، عدم امکان تجدیدنظرخواهی از آراء این مرجع در دادگاه‌ها شاید قابل قبول می‌نمود؛ اما با ترکیب فعلی پذیرش عدم امکان تجدیدنظرخواهی از آراء شورای انتظامی سازمان نظام مهندسی در دادگاه‌ها خلاف اصول دادرسی عادلانه و اصول قانون اساسی است. علاوه بر

این، ملاک صدور رأی در این شورا، اکثریت آرای موافق است و حال ممکن است که اصلاً رأی عضو حقوق‌دان جزء این اکثریت نباشد. بنا بر مطالب گفته شده چند ایراد اساسی روشن می‌شود:

۱. عضو حقوق‌دان ممکن است قاضی نباشد؛ ۲. رأی حقوق‌دان ممکن است جزء رأی اکثریت نباشد؛ ۳. انشای رأی بر عهده عضو حقوق‌دان نیست. در حالی که شورای نگهبان در صورتی عدم امکان تجدیدنظرخواهی از آراء مراجع اختصاصی اداری در دادگاه‌ها را می‌پذیرد که یک عضو قاضی در ترکیب اعضا باشد و رأی نیز توسط قاضی انشا شود. به‌عنوان نمونه، شورای نگهبان در سال ۱۳۶۸ در پاسخ به نامه وزیر کشاورزی که درخصوص اعتبار آراء کمیسیون ماده ۵۶ قانون حفاظت و بهره‌برداری از جنگل‌ها و مراتع کشور به شورای نگهبان ارسال شده بود، بیان داشت: «ماده ۵۶ قانون حفاظت و بهره‌برداری از جنگل‌ها و مراتع کشور در جلسات رسمی شورای نگهبان مطرح و به شرح زیر اظهار نظر شد: ۱- نظر به اینکه اتخاذ تصمیمات قضایی شرعاً با مقامات صالح قضایی است و در ماده ۵۶ هر چند عضویت یک نفر قاضی پیش‌بینی شده از جهت اینکه حکم قاضی را مستقلاً معتبر قرار نمی‌دهد و حکم اکثریت را که فاقد اعتبار قضایی شرعی است ملاک قرار داده است با موازین قضایی شرعی مغایرت دارد. ۲- ذیل بند ج تبصره یک که تشخیص وزارت منابع طبیعی را در صورت عدم اعتراض ظرف مدت تعیین شده قابل اجرا مقرر نموده است با موازین شرعی مغایرت دارد؛ بنابراین شورای نگهبان اولاً مراجع قضایی را مرجع صالح صدور تصمیمات قضایی می‌داند و ثانیاً اگر در مرجعی غیرقضایی عضو قاضی مأذون حضور داشته باشد و او انشای رأی نماید؛ تنها در این صورت است که رأی دارای اعتبار قضایی شرعی است.

در مورد دیگری، شورای نگهبان در مقام احراز عدم مغایرت قانون مصوب مجلس شورای اسلامی با شرع و اصول قانون اساسی طی نظر شماره ۴۱۳۹ مورخ ۱۳۷۱/۱۰/۳۰ درخصوص «طرح قانونی غیرقابل تجدیدنظر بودن احکام صادره هیئت‌های هفت نفره و ستاد مرکزی آن در مورد اراضی کشت موقت در مراجع قضایی و ملغی شدن احکام صادره مصوب ۱۳۷۱/۱۰/۳۰ مجلس شورای اسلامی»<sup>۲</sup> اعلام داشت «ماده واحده از این جهت که با بند ۱۴ از اصل سوم و

۱. عطف به نامه ۱۳۳۷۷- ۱۰۳/۲۸/۳۲۲۹/۶۷۰ مورخ ۱۳۶۳/۶/۲۰.

۲. متن ماده واحده: آراء ستاد مرکزی و هیئت‌های هفت نفره زمین که طبق قانون خاص کشت موقت و تبصره‌های آن که به حکم ضرورت به تصویب مجلس شورای اسلامی و مجمع تشخیص مصلحت نظام رسیده است، قطعی و لازم‌الاجرا محسوب و غیرقابل تجدیدنظر توسط محاکم قضایی می‌باشد و کلیه آراء صادره مربوط به قانون کشت موقت و آیین‌نامه اجرایی آن توسط مراجع مختلف قضایی از جمله دیوان عدالت اداری علیه آراء هیئت‌های هفت نفره

اصول ۳۴، ۵۷، ۶۱، ۱۵۶، ۱۵۹ و ۱۷۳ قانون اساسی مغایر است، به تأیید شورای نگهبان نرسید». بدین ترتیب با شواهد ارائه شده از نظرات شورای نگهبان روشن می‌شود که شورای نگهبان بر اساس تفسیری که از اصول مختلف قانون اساسی دارد، غیرقابل تجدیدنظر بودن آراء مراجع اختصاصی اداری در دادگاه‌ها را خلاف صریح قانون اساسی می‌داند.

چهارم، باید توجه داشت که قطعیت مورد اشاره در ماده ۲۴ قانون نظام مهندسی نه به معنای غیرقابل اعتراض بودن رأی، بلکه به معنای آن است که رأی صادره لازم‌الاجرا بوده، فارغ از آنکه قابل اعتراض در مرجع بالاتر باشد یا خیر و طرفین شکایت، ملزم به حکم صادره و نهادهای مسئول نیز مکلف به اجرای آن هستند؛ لذا این امر منافاتی با قابل شکایت بودن رأی در مرجع قضایی ندارد. چنان‌که در قوانین متعدد نیز این امر مورد تصریح قانون‌گذار بوده؛ اما قابلیت فرجام‌خواهی آن نیز پیش‌بینی شده است. به‌طور مثال، ماده ۳ قانون رسیدگی به تخلفات اداری (مصوب ۱۳۷۱)، آراء هیئت‌های تجدیدنظر را «قطعی» اعلام می‌کند، حال آنکه آراء این هیئت به موجب بند ۲ ماده ۱۰ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری، قابل اعتراض در شعب دیوان عدالت اداری است؛ یا طبق ماده ۱۵۹ قانون کار (مصوب ۱۳۶۹) رأی هیئت حل اختلاف کارگر و کارفرما، پس از صدور قطعی و لازم‌الاجرا خواهد بود، اما قابل شکایت در دیوان عدالت اداری است. چنین نمونه‌هایی در قوانین فراوان یافت می‌شود. حتی در خود ماده ۱۰ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری (مصوب ۱۳۹۲) به قطعی بودن آرا اشاره شده است. در این بند آمده است «رسیدگی به اعتراضات و شکایات از آراء و تصمیمات قطعی هیئت‌های رسیدگی به تخلفات اداری و... منحصرأ از حیث نقض قوانین و مقررات یا مخالفت با آن‌ها» از صلاحیت‌های شعب دیوان عدالت اداری است؛ لذا استنباط صورت گرفته از واژه «قطعی» از سوی هیئت عمومی دیوان عالی کشور در مغایرت با نظم حقوقی موجود و اصول دادرسی عادلانه بوده و به نوعی بیراهه رفتن قضات هیئت عمومی دیوان عالی کشور در صدور رأی وحدت‌رویه مورد بحث است. در این رأی، قطعیت رأی، مانع از اعتراض اعلام شده که اتفاقاً بر عکس مفاد رأی، قطعیت رأی شرط اعتراض به آن در مراجع قضایی است؛ بنابراین عبارت قطعیت در این قوانین به معنای قطعیت در مرحله اداری و اجرایی است و به قطعیت قضایی تعمیم نمی‌یابد.

پنجم، با توجه به تصریح اصل ۱۷۳ قانون اساسی در رسیدگی به شکایات، تظلمات و اعتراضات مردم نسبت به مأمورین یا واحدها یا آیین‌نامه‌های دولتی و احقاق حقوق آن‌ها، به نظر

واگذاری زمین و ستاد مرکزی آن در خصوص اجرای قانون مزبور بلااثر و کأن لم یکن تلقی می‌شود.

می‌رسد اقتضای احقاق حق مصرح در اصل ۱۷۳ در شکایت مردم از دولت و همچنین تصریح قانون عادی (بند ۲ ماده ۱۰ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری) در خصوص حق نظارت قضایی دیوان عدالت اداری بر آراء مراجع اختصاصی اداری و اثبات این نکته که شورای انتظامی از مراجع اختصاصی اداری است و موارد مذکور در بند ۲ نیز مصداقی بوده نه حصری؛ لذا ایجاب می‌کند که نظرات شورای انتظامی سازمان نظام مهندسی ساختمان که ماهیتی اداری دارند در دیوان عدالت اداری قابل نظارت باشند و رأی وحدت‌رویه دیوان عدالت اداری در این زمینه، مغایر قانون اساسی است.

در واقع، مشکل مبنايي و اصلي از جايي آغاز می‌شود که دیوان عدالت اداری مرجع اختصاصی و دادگاه دادگستری مرجع عام تظلم‌خواهی اعلام می‌شود. در حالی که طبق اصل ۱۷۳، دیوان عدالت اداری، مرجع عام رسیدگی به شکایت از امور و اعمال اداری است و هرگونه تصمیمی که از ناحیه دولت به معنی عام اعم از دولتی و مؤسسات و نهادهای عمومی و به‌طور کلی هر شخصی که به‌نحوی از آنها از امتیازات قدرت عمومی استفاده می‌کند، در صلاحیت دیوان است. اگر این نگاه مضیق نبود و اطلاق اصل ۱۷۳ که مطلق شکایات و تظلمات از تصمیمات و اقدامات را در صلاحیت دیوان عدالت اداری می‌داند، اعمال می‌شد؛ لزومی نداشت دیوان عالی کشور در اموری مانند رأی شورای نظام مهندسی و امثال آن یا در شکایت دستگاه‌های دولتی از آرای مراجع اختصاصی این‌گونه آرای وحدت‌رویه صادر نماید چراکه با این تفسیر، صلاحیت دیوان عدالت اداری، در کنار صلاحیت مراجع حقوقی و کیفری باید یک صلاحیت عام ذاتی برای امور اداری باشد. همان‌طور که بیان شد در حال حاضر از یک‌سو، نظارت قضایی بر آراء شورای انتظامی سازمان نظام مهندسی ساختمان بر اساس رأی وحدت‌رویه هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در این دیوان امکان‌پذیر نیست و از سوی دیگر بر اساس رأی وحدت‌رویه هیئت عمومی دیوان عالی کشور، نظارت قضایی توسط دادگاه‌های عمومی نیز امکان‌پذیر نیست؛ نتیجه اینکه با یک مرجع اداری اختصاصی به نام شورای انتظامی سازمان نظام مهندسی ساختمان با اختیارات گسترده روبه‌رو هستیم که امکان تجدیدنظرخواهی از آراء آن در مراجع قضایی وجود ندارد؛ لذا انتظار آن است به‌جای استناد به ظاهر قانون، با توجه به مبانی وجود نهادهای قضایی، تأسیسات حقوقی درک شوند و آراء دقیق‌تری صادر شوند.

### نتیجه

۱. در قانون نظام مهندسی و کنترل ساختمان دو مرجع «بدوی» و «تجدیدنظر» تحت عنوان «شورای انتظامی استان» و «شورای انتظامی نظام مهندسی»، جهت رسیدگی به شکایات از

تخلفات حرفه‌ای مهندسان پیش‌بینی شده است. این شوراهاى انتظامى از مصادیق مراجع اختصاصى ادارى محسوب مى‌شوند؛ اما در قوانین موجود صراحتاً مرجعى جهت نظارت قضایى بر آرای شورای انتظامى تعیین نشده است.

۲. سکوت قانون‌گذار در تعیین صریح مرجع نظارت قضایى، منشأ تفاسیر مختلف قضات شده است که نهایتاً منجر به صدور دو رأی وحدت‌رویه از جانب هیئت عمومى دیوان عدالت ادارى و هیئت عمومى دیوان عالی کشور شده است. هیئت عمومى دیوان عدالت ادارى با استناد به غیردولتى بودن شورای انتظامى سازمان نظام مهندسى به عدم صلاحیت خود رأی داده و محاکم عمومى را در این زمینه صالح دانسته اما هیئت عمومى دیوان عالی کشور، آراء شورای انتظامى سازمان نظام مهندسى ساختمان را با استناد به عبارت ماده ۲۴ قانون نظام مهندسى که آراء شورای انتظامى را قطعى دانسته، این آرا را حتى قابل نظارت قضایى در محاکم عمومى ندانسته است.

۳. با توجه به اصل ۱۵۹ قانون اساسى که دادگستری را مرجع رسمى رسیدگی به شکایات و تظلمات در نظر گرفته و همچنین لزوم نظارت قضایى بر اعمال و تصمیمات مراجع ادارى در راستای تضمین امنیت شهروندان و برقرارى عدالت و صلح در جامعه، پیش‌بینى مرجع نظارت قضایى بر انواع اعمال ادارى همراه با تعیین صلاحیت‌ها و اختیارات لازم جهت اعمال نظارت الزامى است.

۴. عدم وجود مرجع نظارت قضایى به‌منظور رسیدگی به آراء صادرشده از شورای انتظامى سازمان نظام مهندسى ساختمان مغایر با یکى از حقوق بنیادین و ابتدایى افراد یعنى حق تظلم و دادخواهى است و نقض صریح اصول ۳۴، ۶۱، ۱۵۶، ۱۵۹ و ۱۷۳ قانون اساسى و به عبارتى نقض فلسفه وضع محاکم دادگستری در احقاق حق و تأمین عدالت، احیای حقوق عامه و تظلم‌خواهى از طریق سلب ناروای حق تجدیدنظرخواهى از آراء شورای انتظامى سازمان نظام مهندسى است.

۵. رأی وحدت‌رویه دیوان عالی کشور، با نظرات شرعى شورای نگهبان در تعارض است. شورای نگهبان در صورتى اجازه مى‌دهد که مراجعى غیر از دادگستری به موضوع مجازات ولو مجازات انتظامى پردازند که آراء آنها قابل اعتراض نزد یک مرجع قضایى باشد و یا اینکه قاضى مأذون در ترکیب هیئت باشد و شخصاً رأی را صادر کرده باشد. همان طور که مى‌دانیم در شورای انتظامى سازمان نظام مهندسى ساختمان، عضو حقوق‌دان انشای رأی نمى‌کند و صدور رأی مبتنى بر اکثریت آراء اعضا است لذا ممکن است رأی عضو حقوق‌دان متفاوت از اکثریت آرا باشد؛ لذا حکمى صادر مى‌شود که هیچ شخص حقوق‌دانی در صدور آن دخیل نبوده است. علاوه بر این، مشکل اصلى عدم حضور عضو قاضى و نه حقوق‌دان در ترکیب شورا است تا به‌واسطه حضور

قاضی مأذون و انشا رأی توسط او، ضرورت نظارت قضایی توسط دادگاه‌ها را منتفی بدانیم؛ بنابراین با استناد به نظر شورای نگهبان، رأی وحدت‌رویه دیوان عالی کشور دارای اشکال شرعی نیز هست.

۶. قطعیت ذکر شده در ماده ۲۴ قانون نظام مهندسی، مانع از اعتراض در مرجع قضایی نیست؛ بلکه قطعیت رأی شرط اعتراض به آن نزد مراجع قضایی است. در واقع عبارت قطعیت در این قوانین به معنای قطعیت در مرحله اداری و اجرایی است و به قطعیت قضایی تعمیم نمی‌یابد.

بر اساس رویه قضایی فعلی، پذیرش صلاحیت برای دیوان عدالت اداری در خصوص نظارت بر آراء شورای انتظامی سازمان نظام مهندسی دشوار است؛ زیرا دیوان عدالت اداری صرفاً به بررسی آراء آن دسته از مراجع اختصاصی اداری می‌پردازد که در بدنه دولت تشکیل شده باشند و مراجع اختصاصی اداری که در داخل نظام‌های صنفی تشکیل می‌شوند را خارج از حدود اختیارات خود می‌داند. در واقع، رویه قضایی هنوز با وضعیت ایده‌آل فاصله دارد، وضعیتی که در آن، به تصمیمات کلیه واحدهای متصدی امر عمومی رسیدگی کند؛ لذا با توجه به شرایط ایجاد شده، پیشنهاد این است که در گام نخست، هیئت عمومی دیوان عالی کشور در آراء وحدت‌رویه جدید، رویکرد پیشین خود نسبت به «قطعیت آراء این مرجع اختصاصی اداری» را اصلاح نماید زیرا این رویکرد با شرع، قانون اساسی و حتی قوانین عادی در تعارض است.

## منابع

## فارسی

- آرای، وحید و حمیدرضا ملک محمدی (۱۳۹۳)، «بررسی تطبیقی مبانی نظارت قضایی بر اعمال دستگاه‌های اداری و ارزیابی الگوهای نظارتی در نظام‌های حقوقی ایران، انگلیس، فرانسه و آلمان»، فصلنامه حقوق تطبیقی، شماره ۱.
- افشاری، فاطمه (تدوین و تحقیق)، (۱۳۹۹)، گزارش نشست علمی «بررسی نظارت قضایی بر مراجع اختصاصی اداری در آیین قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری و طرح اصلاح آن»، تهران: پژوهشگاه قوه قضائیه.
- امامی، محمد و مهستی سلیمانی (۱۳۹۲)، «ضوابط تشخیص دعاوی قابل طرح در دیوان عدالت اداری»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۸۲.
- رستمی، ولی و همکاران، (۱۳۸۸)، دادرسی عادلانه در مراجع اختصاصی اداری ایران، تهران: دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران.
- رفیعی، محمدرضا (۱۴۰۰)، «چالش‌های نهاد آراء وحدت رویه»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۱۱۴.
- مولایی، غلامرضا (۱۳۹۴)، صلاحیت و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری، چ دوم، تهران: معاونت آموزش، پژوهش و پیشگیری دیوان عدالت اداری، جنگل و جاودانه.
- نجابت‌خواه، مرتضی، فاطمه افشاری و سیدشهاب‌الدین موسوی زاده (۱۳۹۶)، «بررسی تحلیلی و نقد ساختار و صلاحیت‌های مراجع اختصاصی اداری در حقوق اداری ایران»، مجله دیدگاه‌های حقوق قضایی، شماره ۷۷ و ۷۸.
- نیکونهاد، حامد و ژاله غنی (۱۳۹۹)، «دادخواهی از آراء شورای انتظامی نظام مهندسی؛ از نفی صلاحیت دیوان عدالت اداری تا بن‌بست دیوان عالی کشور»، رأی: مطالعات آرای قضایی، شماره ۳۱.
- واعظی، سیدمجتبی (۱۳۸۸)، «نقش دیوان عدالت اداری در دادرسی شرعی مقررات اداری»، مطالعات حقوقی دانشگاه شیراز، شماره ۳.
- هداوند، مهدی (۱۳۸۷)، «نظارت قضایی: تحلیل مفهومی تحولات اساسی (طرحی برای توسعه حقوق اداری و ارتقاء نظارت قضایی)»، حقوق اساسی، شماره ۹.
- هداوند، مهدی و محمد احمدی (۱۳۹۰)، نظام حقوقی رسیدگی به تخلفات مهندسی ساختمان، چاپ نخست، تهران: جنگل.
- هداوند، مهدی و مسلم آقایی طوق (۱۳۸۹)، دادگاه‌های اختصاصی اداری در پرتو اصول و آیین‌های دادرسی منصفانه، چاپ نخست، تهران: خرسندی.



## تعامل استاندارد حمایت کامل و امنیت (FPS) با استثناء بهداشت عمومی در حقوق سرمایه‌گذاری بین‌المللی با تأکید بر کووید ۱۹

گودرز افتخار جهرمی\*، احمد حیدری\*\*

### چکیده

ساماندهی رابطه میان استاندارد حمایت کامل و امنیت (FPS) و بهداشت عمومی یکی از چالش‌های دیرینه در حقوق سرمایه‌گذاری بین‌المللی است. چه آنکه پاسداشت بدون ضابطه بهداشت عمومی از سوی دولت میزبان، امکان ایجاد آسیب برای سرمایه‌گذاری خارجی، و حمایت مطلق از سرمایه‌گذاری خارجی، احتمال از بین رفتن منافع عمومی و اساسی کشور میزبان به دنبال دارد؛ در این نوشتار کوشش شده است که نظام حقوقی حاکم بر این موضوع در حقوق سرمایه‌گذاری بین‌المللی مورد بررسی قرار بگیرد. اینکه دولت‌های میزبان چگونه می‌توانند ضمن پاسداشت بهداشت عمومی، از نقض استاندارد حمایت کامل و امنیت (FPS)، و ایجاد مسئولیت بین‌المللی برای خود، جلوگیری نمایند، مسئله اصلی مقاله است. این مطالعه نشان می‌دهد که حقوق سرمایه‌گذاری بین‌المللی در ساماندهی رابطه میان حفظ بهداشت عمومی، و اجرای استاندارد یاد شده، نه تنها رویکرد روشن و مشخصی ندارد، بلکه در برخی موارد دچار یک رویه متناقض گشته است. به عنوان مثال، با آنکه مبارزه با کووید ۱۹، به عنوان یکی از مصادیق بهداشت عمومی از طریق برقراری قرنطینه، ایجاد محدودیت‌ها و تعیین ممنوعیت‌ها، ذیل حق حاکمیتی

۱. این مقاله برگرفته از رساله دوره دکتری تخصصی احمد حیدری تحت عنوان «استاندارد حمایت کامل و امنیت در نظام کنونی حقوق سرمایه‌گذاری بین‌المللی»، با راهنمایی نویسنده مسئول و مشاوره آقای دکتر سیدمصطفی محقق داماد و آقای دکتر محمدحسین زارعی در دانشگاه شهید بهشتی است.

\* استاد گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران (نویسنده مسئول)

g\_etekhar@sbu.ac.ir

\*\* دانشجوی دکتری حقوق تجارت و سرمایه‌گذاری بین‌المللی دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران

a\_hydari@sbu.ac.ir

کشور میزبان به رسمیت می‌شناسد، اما در این حالت ممکن است که برای آن‌ها مسئولیت بین‌المللی داشته باشد.

**واژگان کلیدی:** سرمایه‌گذاری خارجی، استاندارد حمایت کامل و امنیت، کشور میزبان، بهداشت عمومی، کووید ۱۹

### مقدمه

دغدغه برقراری «بهداشت عمومی»<sup>۱</sup> از آغاز زندگی اجتماعی بشر وجود داشته، و به‌عنوان یکی از اهداف تشکیل دولت‌ها نیز به‌شمار می‌رود. اما دغدغه دیگری که بعدها دارای اهمیت شد، رشد و توسعه اقتصادی از طریق جذب سرمایه‌گذاری خارجی بود. موضوعی که موجب شد که کشورهای میزبان حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی را تعهد نمایند. مرور سوابق تاریخی حکایت از آن دارد که در رابطه میان برقراری بهداشت عمومی و حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی، هیچ‌گاه جانب اعتدال رعایت نشده است؛ بدین معنا که گاه با دستاویز قرار دادن بهداشت عمومی، استاندارد حمایت و امنیت کامل نقض، و گاه به‌دلیل وابستگی به سرمایه‌گذاری خارجی، یا نگرانی از محکومیت و مسئولیت بین‌المللی، بهداشت عمومی دچار خدشه شده است. این در حالی است که وجود حق بر برقراری بهداشت عمومی برای دولت‌های میزبان، به‌معنای نفی مسئولیت وی و حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی با طغیان علیه بهداشت عمومی یکسان نیست؛ بلکه می‌بایست میان اقتضانات مربوط به بهداشت عمومی، و حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی تعادلی صحیح ایجاد نمود.

به تجربه ثابت شده است که بیشتر دعاوی سرمایه‌گذاری بین‌المللی، با آسیب‌های مادی و غیرمادی موجود در سرزمین میزبان مرتبط بوده، و سرمایه‌گذاری خارجی از همین مجاری در دیوان‌های داوری در برابر دولت‌های میزبان پیروز شده‌اند. این در حالی است که دولت‌های میزبان به‌منظور حفظ بهداشت عمومی مجبورند با رخدادهای بهداشتی به‌مانند آنچه امروزه بیماری کووید ۱۹ ایجاد کرده، اقداماتی انجام بدهند که ممکن است ناقض تعهدات آن دولت‌ها در حمایت از سرمایه‌گذاری بین‌المللی باشد. اکنون این پرسش مطرح می‌شود که در تزامن میان حق دولت‌های میزبان در حفظ بهداشت عمومی و تعهد آن‌ها بر حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی کدام یک دارای تقدم رتبی است؟ در پاسخ می‌توان به چند نکته اشاره نمود؛ اول اینکه بهداشت عمومی به‌مثابه یک

حق بنیادین، مصلحت دولت میزبان و سرمایه‌گذاری بین‌المللی را به صورت هم‌زمان تأمین می‌نماید، اما حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی که در استاندارد حمایت کامل و امنیت (FPS)<sup>۱</sup> پیش‌بینی شده، بیشتر به نفع آن سرمایه‌گذاری است. دوم اینکه استفاده از حق بر حفظ بهداشت عمومی از سوی دولت میزبان، می‌باید بر پایه اصول و قواعد حقوقی باشد. با این رویکرد، گاه دولت‌های میزبان با توجه ضرورت‌های مرتبط با بهداشت عمومی، اقدام به تحدید و تعلیق حقوق و امتیازات سرمایه‌گذاری خارجی، به‌ویژه حقوق و امتیازات مرتبط با حمایت از آن سرمایه‌گذاری می‌نمایند. برای نمونه، در حال حاضر، مشاهده می‌شود که کشورهای جهان به‌منظور مبارزه با بیماری کووید ۱۹، تدابیری را اتخاذ، و یک‌سری اقدامات اضطراری به‌کار گرفتند، که فعالیت‌های اقتصادی سرمایه‌گذاری خارجی را تحت تأثیر قرار می‌دهد، و ممکن است که ادامه قرارداد سرمایه‌گذاری خارجی هم با مشکل مواجه نماید. اقداماتی که غالباً با وفای به استاندارد FPS<sup>۲</sup> جمع نمی‌شود.

در این نوشتار سعی شده است که با روش توصیفی - تحلیلی و با استفاده از منابع کتابخانه‌ای (اسنادی) نظیر کتب حقوقی، نشریه‌های علمی، رساله‌ها، پایان‌نامه‌ها، قوانین و مقررات و رویه‌ها، ضمن بیان نظام حقوقی حاکم بر موضوع، رویکرد حقوق سرمایه‌گذاری بین‌المللی نسبت به اقدامات دولت‌های میزبان در مبارزه با بیماری کووید ۱۹ مورد بررسی قرار بگیرد؛ لذا، نوشتار حاضر با انگیزه ساماندهی رابطه میان بهداشت عمومی و حمایت از سرمایه‌گذاری بین‌المللی و تبیین پیوندها و گسست‌های پیدا و پنهان آن در اقدامات دولت‌ها در مبارزه با بیماری کووید ۱۹ نگارش یافته، و نگارنده کوشیده است، به‌منظور دستیابی به بهداشت عمومی پایدار و تضمین حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی، رویه دولت‌ها در حفظ بهداشت عمومی را مورد واکاوی قرار دهد تا از رهگذر آن به‌مثابه رهیافتی مناسب برای قانون‌گذار در تصویب قوانین مناسب، و دولت‌ها برای انعقاد معاهدات مطلوب سرمایه‌گذاری بین‌المللی، و همچنین صدور آراء مناسب از سوی دیوان‌های داوری بین‌المللی مورد بهره‌برداری لازم قرار بگیرد.

### ۱. استاندارد حمایت کامل و امنیت

استاندارد حمایت کامل و امنیت یکی از استانداردهای مهمی است که در معاهدات سرمایه‌گذاری بین‌المللی،<sup>۳</sup> و موافقت‌نامه‌های سرمایه‌گذاری<sup>۴</sup> بین کشورها ذکر می‌شود. بسیاری از

1. Full protection and security (FPS).

۲. در این نوشته، استاندارد (FPS) به جای استاندارد حمایت کامل و امنیت به کار گرفته می‌شود.

3. Bilateral investment treaty (BIT)

4. International Investment Agreements (IIA)

این معاهدات و موافقت‌نامه‌ها صرفاً به ذکر استاندارد بسنده می‌کنند، و به جزئیات بیشتر آن وارد نمی‌شوند. این مشکل را معاهدات مدرن‌تر آمریکایی تا حد زیادی حل کرده‌اند، و به بسیاری از تعهدات و تضامین این استاندارد اشاره می‌کنند. با توجه به این نکته، اکنون سؤال این است که استاندارد FPS متضمن چه تعهداتی برای کشور میزبان است، که می‌تواند در اثر اقدامات اضطراری بهداشت عمومی نقض شود؟ برای تشخیص آن دسته تعهداتی که استاندارد FPS بر کشور میزبان تحمیل می‌کند، و به احتمال زیاد در اثر اقدامات اضطراری دولت میزبان مخدوش می‌شوند، ضرورت دارد که در ابتدا پیشینه و نظریات موجود در زمینه استاندارد FPS مطالعه و بررسی شود.

### ۱-۱. شکل‌گیری استاندارد FPS

قرن هیجدهم شاهد یک بحث علمی در باب ریشه تعهد دولت‌ها در حمایت از شهروندان خارجی بود. در این رابطه، جدالی متعصبانه<sup>۱</sup> بین دو رویکرد طبیعی‌گرایان<sup>۲</sup> (ابدالی، ۱۳۸۹: ۵) و وضعی‌گرایان<sup>۳</sup> (ابدالی، ۱۳۸۹: ۵) نسبت به حقوق ملت‌ها شکل گرفت (Blanco, 2019: 145). هرچند که امروزه این اختلافات تا حدی زیادی مرتفع شده، لکن رویه فعلی برخی کشورهای میزبان نشان می‌دهد که حمایت از بیگانگان به یک ساختار عرفی بین‌المللی تبدیل شده است، و از آن به‌عنوان یک استاندارد حداقل رفتار بین‌المللی یاد می‌کنند، در حالی که برخی نیز معتقدند که این استاندارد یک ماهیت مستقل و جدای از استاندارد حداقل رفتار بین‌المللی دارد (Junngan, 2018: 26). این اختلاف‌نظرها نشان می‌دهد که مطالعه تعهدات استاندارد FPS، هنوز هم به تاریخ حقوق این پدیده حقوقی نیازمند است.

حمایت از بیگانگان ریشه طولانی دارد. رگه‌های بارزی مرتبط با این پدیده حقوقی در اسلام، یونان باستان، روم قدیم، قرون وسطی، رنسانس تا جنگ جهانی اول، و تا حال حاضر دیده می‌شود. از منظر اسلام، افراد غیرمسلم متبوع یک کشور دوست، و غیرمسلم یک کشور دشمن اصولاً برابر می‌باشند، و چنین بیگانگانی «مستأمن» نامیده می‌شوند (محقق داماد، ۱۳۹۳: ۲۹۴). حکومت اسلامی بر اساس «اصل منع رکون» می‌تواند اجازه ورود و خروج بیگانگان، تجارت و سرمایه‌گذاری به افراد غیرمسلم اعطا کند. در صورتی که بیگانه‌ای بدین صورت وارد قلمرو حکومت اسلامی شود، دولت اسلامی ملزم است که از او حمایت کند، و مانع ظلم و تعدی به او

۱. محور اصلی مجادله بین این دو مکتب، مسئله اعتبار حقوقی است.

2. Natural law

3. Legal Positivism

شود (سرخسی، ۱۳۷۶: ۱۰۸). در یونان، خارجیان شامل یونانیان سایر ایالاتها و بربرها (کسانی که یونانی نبودند) می‌شد. یونانیان به علت ضرورت‌های تجاری، دشمنی اولیه را با بیگانگان کنار گذاشتند و به انعقاد پیمان‌های مسالمت‌آمیز با آنان روی آوردند (Junngan, 2018: 8). این پیمان‌ها، آزادی شخصی و حمایت از اموال بیگانگان را تضمین می‌کرد (Junngan, 2018: 8). وضعیت رومیان کمی متفاوت‌تر بود، و با توجه به اینکه آنان در مقایسه با یونانیان حس نژادپرستانه کمتری داشتند، خارجیان به‌طور قانونی تحت حمایت رومیان قرار داشتند. حتی برخی از آنان از وجود یک نظام دادرسی مستقل و یا وابسته بهره می‌بردند (Junngan, 2018: 11).

در قرون وسطی، کشورهای مختلف رفتارهای متفاوت با خارجیان تجربه کردند. در بعضی از کشورها، از جان و مال فرد بیگانه حمایت می‌شد، و بیگانه از حق حضور در دادگاه کشور میزبان بهره می‌برد (Junngan, 2018: 13). در فاصله زمانی بین رنسانس تا جنگ جهانی اول، حمایت از خارجیان و اموال آنان از طریق معاهدات، عرف و حقوق داخلی به‌صورت مستمر بهبود یافت (Junngan, 2018: 16).

در قرن شانزدهم این معاهدات در قالب کاپیتولاسیون منعقد می‌شد (Junngan, 2018: 16). از نیمه دوم قرن هیجدهم تا قرن نوزدهم، حمایت از بیگانگان در قالب معاهدات مودت، بازرگانی و دریانوردی مطرح شد (Junngan, 2018: 16). نوع حمایت‌ها شامل حمایت‌های فیزیکی و غیرفیزیکی بود.

در دوره زمانی قرن نوزدهم تا جنگ جهانی اول، استاندارد FPS جایگاه خود را در معاهدات تضمین کرد (Junngan, 2018: 21). همین امر موجب شد که پای دیوان‌های داوری از طریق دعاوی سرمایه‌گذاری و معاهداتی به این موضوع باز شود، و تعهدات این استاندارد را به‌صورت کاربردی پردازش کنند. در این دوره زمانی اندیشمندان حقوقی نیز به بحث حمایت از بیگانگان وارد شدند و آن را تقویت کردند. در این زمینه، لاسا اپنهایم در سال ۱۹۰۵ بیان کرد: «به فرد بیگانه در خاک کشور میزبان می‌باید همان حمایتی اعطا شود، که شهروند آن کشور از آن برخوردار است» (Oppenheim, 1905: 376).

به‌دنبال این نگاه، در سال ۱۹۱۰ الیهو روت وزیر خارجه اسبق ایالات متحده آمریکا بیان داشت: «کشور میزبان مکلف است، به‌صورت دقیق، همان ضوابط، اصول، رفتار، امکانات، تسهیلات و امکانات جبران‌غرامات برای بیگانگان مستقر در خاک خود به‌کار گیرد که برای شهروندان خود ارائه می‌دهد، نه بیشتر و نه کمتر؛ البته مشروط به اینکه حمایت‌ها و رفتارهای کشور متبوع آن بیگانه با شهروندان کشور میزبان، مطابق با اصول و ضوابط پیشرفته و سازمان‌یافته باشد»

(Root, 1910: 517, 521).

شرایط استاندارد FPS در انتهای جنگ جهانی اول بهبود یافت. در این بین می‌توان به مواد ۲۷۷ پیمان ورسای ۱۹۱۹ و ۲۲ جامعه ملل اشاره کرد.<sup>۱</sup> در نهایت این استاندارد در قالب یک بند با توضیحات بیشتر به‌عنوان یک قسمت دائمی معاهدات باقی ماند، و در سال ۱۹۵۹ در نخستین معاهده سرمایه‌گذاری به کار گرفته شد.<sup>۲</sup> البته بعد از جنگ جهانی دوم، علاوه بر معاهدات سرمایه‌گذاری، اسناد حقوق بشری به تعهدات آن استاندارد قدرت بیشتری بخشیدند.<sup>۳</sup> ملاحظه می‌شود که از همان ابتدای شکل‌گیری، توجه همه منابع موجود در زمینه حمایت از بیگانگان به حمایت‌های فیزیکی؛ یعنی حمایت از جان و اموال، و حمایت‌های غیرفیزیکی؛ به مانند حق دسترسی به دادگاه، آزادی رفت‌وآمد، برابری و... بوده است.

## ۲-۱. تحلیل نظری

آنچه در رابطه با استاندارد FPS قابل ذکر است این است که هیچ معیاری برای شناخت آن بهتر از «تهدیدات و خطراتی» که تحت پوشش این استاندارد قرار می‌گیرد، وجود ندارد. از این نظر، در باب استاندارد FPS، چند سؤال اساسی مطرح می‌شود. نخست، منبع و منشأ تهدیدات و خطرات است. منظور، آن عامل یا پدیده‌ای است که به موجب آن سرمایه‌گذاری تهدید می‌شود. در این رابطه، مسئله میزان خطر نیز مطرح می‌باشد. منظور آن است که استاندارد FPS، چه مقدار و میزانی از خطرات را تحت پوشش قرار می‌دهد؛ یعنی نسبت این استاندارد با خطرات عمومی و غیرعمومی

۱. ماده ۲۷۷ پیمان ورسای: «اشخاص، اموال، حقوق و منافع تبعه متعاقد و قدرت‌های وابسته به آن‌ها می‌باید در سرزمین آلمان از حمایت‌های دایمی برخوردار باشند، به‌علاوه این افراد می‌باید به دادگاه‌ها دسترسی آزاد داشته باشند».

ماده ۲۲ جامعه ملل: «هر یک از دول (عضو) موظفند برای کلیه اتباع کشورهای عضو جامعه ملل، حقوق مشابه با حقوق داخلی از حیث ورود و اقامت در کشور، حمایت، تملک دارایی، اشتغال به حرفه، تجارت و عبور و مرور فراهم کنند. به‌علاوه کشورهای عضو باید زمینه لازم برای برابری کامل اقتصادی، تجاری، و صنعتی ایجاد کنند».

۲. این معاهده بین جمهوری فدرال آلمان و پاکستان برای ارتقاء و حمایت از سرمایه‌گذاری منعقد شد. در ماده ۳ این معاهده آمده است: «سرمایه‌گذاری‌های اتباع و یا شرکت‌های هریک از طرفین در قلمرو طرف دیگر باید از حمایت و امنیت برخوردار باشد».

۳. اعلامیه جهانی حقوق بشر ۱۹۴۸، کنوانسیون حمایت از حقوق بشر و آزادی‌های اساسی ۱۹۵۲، میثاق‌های بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی و حقوق مدنی و سیاسی ۱۹۶۶، نمونه‌های بارزی در این زمینه می‌باشند.

چگونه می‌باشد. سؤال دوم که یکی از مباحث چالش‌برانگیز در باب موضوع استاندارد FPS است، مربوط به نوع آسیب‌های تحت شمول استاندارد FPS است. در این قسمت آسیب‌های فیزیکی، یا غیرفیزیکی، که ماهیت تهدید را تشکیل می‌دهند، مطرح می‌باشد. در اینجا نکته مهم آنست که با توجه به تحولات امروزی، قلمرو این استاندارد نسبت به سرمایه‌گذاری‌های دیجیتال و خطراتی از جنس سایبر چگونه است. سؤال سومی که پیش می‌آید آن است که آیا این استاندارد، فقط ناظر به مرحله قبل از حدوث خطر و تهدید است یا خیر. در صورتی که پاسخ منفی باشد، نقش آن در قبال مرحله بعد از ورود آسیب به سرمایه‌گذاری خارجی به چه نحو می‌باشد. این سؤال به قلمرو زمانی تعهدات استاندارد FPS مرتبط می‌شود.

بر اساس سؤالات یاد شده که هر یک مباحث گسترده را می‌طلبد، آنچه مربوط به این بحث می‌شود، آن است که استاندارد FPS در زمینه شخصی (اشخاص مورد حمایت، یا ذی‌نفعان استاندارد) و در زمینه موضوعی (سرمایه‌ها و منافع)، کاربرد دارد (Mantilla Blanco, 2019: 154). همه این موضوعات حول یک محور اصلی قرار می‌گیرد، و آن نوع آسیب‌ها و خطراتی است که تحت شمول قلمرو استاندارد FPS قرار می‌گیرد.

این آسیب‌ها و خطرات به سه دسته‌بندی کلی؛ یعنی آسیب‌های فیزیکی، غیرفیزیکی، و دیجیتالی تقسیم می‌شوند. به‌منظور جلوگیری از بروز هر یک از آن آسیب‌ها، کشورهای میزبان متعهدند که اقدامات لازم را انجام بدهند، که ممکن است با اقدامات اضطراری کشور میزبان که در جهت حفظ بهداشت عمومی جامعه و جلوگیری از بیماری‌های فراگیری به‌مانند کووید ۱۹، به‌کار گرفته می‌شود، در تعارض قرار بگیرند.

### ۳-۱. آسیب‌های فیزیکی، غیرفیزیکی و دیجیتالی

موافقت‌نامه‌های سرمایه‌گذاری بین‌المللی، و معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری بین‌المللی، بدون آنکه به جزئیات استاندارد FPS اشاره نمایند، به صورت کلی بیان می‌کنند که کشور میزبان به حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی متعهد می‌باشد.<sup>۱</sup> هرچند که برخی از معاهدات در رابطه با نوع تعهدات کشورهای میزبان ساکت می‌باشند، اما «کنوانسیون وین راجع به حقوق معاهدات» که بر معاهدات سرمایه‌گذاری نیز حاکمیت دارد، و در دعاوی سرمایه‌گذاری متعددی مورد استفاده قرار گرفته، در ماده ۳۱ که ناظر به قواعد مربوط به تفسیر معاهدات است، بیان داشته که در تفسیر مفاد یک معاهده، باید به قواعد مرتبط حقوق بین‌الملل که در رابطه طرفین متعاقد قابل اعمال است نیز توجه نمود.

1. United States-Chile Free Trade Agreement, 2004, 19 AU ILR 679, Article 10.4.

مطابق این ماده، در دعاوی سرمایه‌گذاری علاوه بر مفاد معاهدات سرمایه‌گذاری، طرفین دعوا و همچنین دیوان داوری می‌توانند به قواعد حقوق بین‌الملل عرفی و سایر منابع حقوق بین‌الملل که در ماده ۳۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری ذکر شده استناد نمایند (بهمنی و شهبازیان، ۱۳۹۹: ۲۵۰). بنابراین، بر اساس این تفسیر و لحاظ حقوق بین‌الملل عرفی و استاندارد حداقل رفتار بین‌المللی می‌توان گفت که از منظر معاهدات ساکت، کشورهای میزبان برای رفع آسیب‌های فیزیکی و غیرفیزیکی سرزمین خود که سرمایه‌گذار خارجی را تهدید می‌نماید، متعهد می‌باشند.

برخی از معاهدات هم دیده می‌شود که به «نوع آسیب» اشاره می‌کنند. به‌عنوان نمونه، ماده ۱ معاهده ۱۹۲۳ آمریکا و آلمان به حق دسترسی آزاد اتباع هر یک از کشورهای متعاقد به دادگاه، در خاک کشور متعاقد دیگر اشاره دارد.<sup>۱</sup> و یا معاهده منشور انرژی که مقرر می‌نماید که استاندارد FPS با هدف حمایت‌های فراتر از آسیب‌های فیزیکی است، این نتیجه را می‌رساند که این معاهده، علاوه بر حمایت از جان و اموال، حمایت‌های تجاری، قانونی و نظارتی را هم شامل می‌شود.<sup>۲</sup>

این وضعیت مربوط به معاهدات سرمایه‌گذاری امروزی نیست و در معاهدات پیشین هم دیده می‌شود.<sup>۳</sup> به‌علاوه کشورهای میزبان علاوه بر آسیب‌های فیزیکی و غیرفیزیکی، در برابر اموال و دارایی‌های دیجیتال، به‌ویژه هنگامی که بندی در ارتباط با حق اختراع، علائم تجاری و طرح‌های صنعتی در معاهده وجود داشته باشد، نیز مسئول می‌باشند.<sup>۴</sup> در حال حاضر، تقریباً همه معاهدات تجاری آمریکا در باب حمایت از بیگانگان ماده دارد که جزئیات مرتبط با استاندارد FPS را تشریح می‌نماید (Wilson, 1951: 83) و این مشکلات را تا حدودی حل نموده است.

آنچه مهم است در این جا ذکر شود آن است که تمامی اقداماتی که دولت‌های میزبان متعهدند در جهت رفع آسیب‌های موجود در سرزمین خود به‌کار بگیرند؛ اعم از آنکه جنبه فیزیکی، یا غیرفیزیکی داشته باشد، ممکن است که با اقدامات اضطراری آن کشورها که به‌منظور حفظ بهداشت عمومی انجام می‌شود، در تعارض قرار بگیرد. به‌عنوان مثال، یکی از اقدامات مهمی که دولت‌ها در مبارزه با کووید ۱۹ به‌کار گرفتند و هنوز هم ادامه دارد، و برخی از کارشناسان معتقدند تنها، و در عین حال اساسی‌ترین شیوه مبارزه با این بیماری است، آن می‌باشد که از تردد و

1. Treaty of Friendship, Commerce, and Consular Rights, U.S. – Germany., Art 1. 1923.
2. Energy Charter Treaty – based Investment, 2004.
3. General Convention of peace, Amity, Navigation and Commerce, U.S.- Colum, 1824, Art: 10.
4. Treaty of Commerce and Navigation, U.S.- Japan, 1894, Art 1.



رفت و آمدها جلوگیری شود، و مرزها بسته شوند. بدون شک این راهکار بر فعالیت مادی سرمایه‌گذاری اثر می‌گذارد و موجب تعطیلی آن خواهد شد (بیگزاده و دیگران، ۱۳۹۹: ۱۴)، و خود نیز اساساً نقض حق بر آزادی تردد و عبور و مرور می‌باشد.

#### ۴-۱. تقابل استاندارد FPS و اقدامات اضطراری دولت‌ها در تصمیمات داوری بین‌المللی

هنگامی که یک سرمایه‌گذاری خارجی بر اساس یک معاهده سرمایه‌گذاری بین‌المللی، علیه کشور میزبان طرح دعوی می‌کند، و ادعا می‌نماید که آن کشور، استاندارد FPS را نقض کرده، کشور میزبان می‌تواند در دفاع، به حق خود در حفظ منافع عمومی، مدیریت کشور، یا اختیارات حاکمیتی خود استناد نماید (رضایی، ۱۴۰۰: ۱۳۵) پرونده‌های زیادی وجود دارد که این تقابل در آن مطرح شده، و مورد رسیدگی واقع شده است.

در پرونده «سالوکا علیه جمهوری چک»، خواهان اعلام کرد که اقدام دولت چک در تغییر قوانین داخلی، فعالیت تجاری سالوکا را از بین برده، و به‌منزله سلب مالکیت است، و بر این اساس استاندارد FPS نقض شده است.<sup>۱</sup> دیوان مقرر داشت که چنانچه اقدامات دولت میزبان با حسن نیت و غیرتبعیض‌آمیز، و همچنین برای رفاه عمومی باشد، اگر موجب ورود خسارت به سرمایه‌گذاری خارجی شود، سلب مالکیت نیست و نیازی به جبران خسارت نمی‌باشد.<sup>۲</sup>

در پرونده «فلدمن علیه مکزیک»، خواهان ادعا کرد که اقدامات زیست‌محیطی دولت مکزیک با تعهدات حمایتی آن کشور مغایرت دارد. دیوان داوری اعلام کرد: «دولت‌ها می‌باید در جهت حفظ منافع اساسی جامعه، از جمله حفاظت از محیط‌زیست مجاز باشند. در صورتی که این اقدامات بر سرمایه‌گذاری خارجی تأثیر منفی داشته باشد، خواهان مستحق دریافت غرامت نیست. این موضوعی است که قطعاً مورد تأیید حقوق بین‌المللی سنتی نیز می‌باشد».<sup>۳</sup>

اختیارات دولت‌ها در اتخاذ اقدامات اضطراری برای حفظ منافع اساسی جامعه به‌ویژه حفاظت از محیط‌زیست، یا بهداشت عمومی به وجود یک رابطه حقوقی مرتبط با سرمایه‌گذاری خارجی محدود نمی‌شود. به‌عنوان نمونه اقدام غیرموجه شرکت چند ملیتی نفت شل بی‌پی موجب نشت نفت در نزدیکی سواحل آمریکا در خلیج مکزیک در سال ۲۰۱۰ شد. اوباما این شرکت را مجبور

1. Saluka Investment BV v Czech Republic, UNCITRAL, Partial Award, 17 March 2006, para 203-207.

2. Saluka Investment BV v Czech Republic, UNCITRAL, Partial Award, 17 March 2006, para 262.

3. Marvin Feldman v Mexico, ICSID Case No. ARB (AF)/99/1, 16 December 2002, para. 103.

به پاک‌سازی نفت کرد، و به همین اندازه او را به پرداخت مبلغ غرامت سنگین به آمریکا ملزم نمود، یا در دعوی «چمتورا علیه کانادا» که از مهم‌ترین آراء دیوان‌های داوری در زمینه سلامت عمومی است. دولت آمریکا بر اساس نفع بهداشت عمومی، اجازه نداد که حشره‌کش تولیدی چمتورا به نام «لیندین»<sup>۱</sup> به آمریکا وارد شود. دیوان داوری مقرر کرد که این اقدام ضروری بوده، و مصادره محسوب نمی‌شود.<sup>۲</sup>

مشابه با پرونده‌های فوق؛ در پرونده «تکمد علیه مکزیک»، دولت مکزیک به دلیل بهداشت عمومی، مجوز دفن زباله را تمدید نکرد. تکمد ادعا کرد که عدم تمدید مجوز دفن زباله به معنای نقض استاندارد FPS، و به منزله مصادره اموال او می‌باشد. آن سرمایه‌گذاری بر این اساس و همچنین بر پایه این ادعا که دولت مکزیک از سرمایه‌گذاری در مقابل اشخاص ثالث معترض حمایت نکرده، مدعی خسارات شد. دیوان داوری اعلام کرد که دولت مکزیک استاندارد FPS مندرج در BIT بین اسپانیا و مکزیک را نقض نکرده است.<sup>۳</sup>

در پرونده نشنال گرید علیه آرژانتین، به مانند موارد بسیار دیگری، وقایع پرونده با اقدامات کشور آرژانتین در سال ۲۰۰۲، هنگامی که آن کشور با بحران مالی مواجه بود، ارتباط دارد. آرژانتین در جهت منافع و سلامت عمومی قوانینی را در رابطه با خصوصی‌سازی تصویب کرد. نشنال گرید ادعا کرد که این اصلاحات موجب از بین رفتن ساختار حقوقی دعاوی و نظارتی شده است.<sup>۴</sup> ادعایی که ناظر به یک آسیب غیرفیزیکی در کشور میزبان است. بدین خاطر مدعی نقض استاندارد FPS مندرج در BIT انگلستان و آرژانتین شد، و نزد آنسیترال اقامه دعوی کرد. دیوان اعلام کرد که «حمایت کامل و امنیت» که در آن معاهده دیده می‌شود، به آسیب فیزیکی محدود نمی‌شود. این بدین معناست که هر دو آسیب‌های فیزیکی و غیرفیزیکی را شامل می‌شود. در این پرونده دیوان نتیجه گرفت که دولت آرژانتین تعهدات موضوع استاندارد FPS را در تاریخ ۲۵ ژوئن ۲۰۰۵ نقض کرده است.<sup>۵</sup>

1. Lindane

2. Chemtura Corporation v. Government of Canada, (formerly Crompton Corporation v. Government of Canada), UNCITRAL, Award, 2010, paras. 7, 254.

3. Tecnicas Medioambientales TECMED SA v United Mexican States, ICSID Case No. ARB (AF)/00/2, Award, 29 May, 2003, para 176.

4. National Grid Plc v Argentina Republic, UNCITRAL, Award, 3 November 2008, Para 189.

5. National Grid Plc v Argentina Republic, UNCITRAL, Award, 3 November 2008, Para 190.

رویه داوری بین‌المللی نشان می‌دهد که استاندارد FPS آسیب‌های فیزیکی و غیرفیزیکی را شامل می‌شود، و اقدامات دولت‌های میزبان در جهت جلوگیری از آن آسیب‌ها در درجه بعد از حق دولت‌های میزبان به منظور حفظ منافع عمومی و اساسی کشور میزبان قرار می‌گیرد. (رضایی، ۱۴۰۰: ۱۳۴). بر این اساس می‌باید گفت که اقدامات دولت‌های میزبان در مبارزه با بیماری کووید ۱۹ که یکی از مصادیق بهداشت عمومی ملی و بین‌المللی است، بر اقدامات آن دولت‌ها در حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی برتری دارد.

فرای از این برتری که به ذات حقوق سرمایه‌گذاری بین‌المللی برمی‌گردد، و می‌توان از آن به‌عنوان یکی از اصول آن نظام حقوقی یاد کرد؛ کشورهای میزبان به منظور تضمین حق خود و جلوگیری از محکومیت و مسئولیت، به این موضوع تحت عنوان شرط «اقدامات منع‌نشده» در معاهدات سرمایه‌گذاری بین‌المللی اشاره می‌کنند (رضایی، ۱۴۰۰: ۱۳۴)، که اقدامات ناظر بر حفظ بهداشت عمومی، یکی از مصادیق آن می‌باشد.

اصولاً به این شرط در صدر و مقدمه اشاره می‌شود. به‌عنوان مثال، در مقدمه معاهده سرمایه‌گذاری ایران و آلمان ذکر می‌شود که این معاهده در جهت تأمین منافع هر دو کشور منعقد می‌شود.<sup>۱</sup>

## ۲. استثناء بهداشت عمومی

گفته شد که کشورهای میزبان بر پایه استاندارد FPS متعهدند که حمایت‌های لازم از سرمایه‌گذاری خارجی به‌عمل آورده، و از هر اقدامی که مغایر با آن حمایت‌ها باشد، خودداری نمایند. با وجود این، یک قاعده کلی در حقوق سرمایه‌گذاری بین‌المللی تحت عنوان «استثنائات عمومی و امنیتی»<sup>۲</sup> دیده می‌شود، که بر پایه آن کشورهای میزبان می‌توانند در جهت منافع عمومی جامعه خود اقدامات مشخصی را هرچند که با تعهدات بین‌المللی آن کشور هم‌سو نباشد، انجام بدهند (رضایی، ۱۴۰۰: ۱۳۵). یکی از مواردی که به‌موجب آن کشورهای میزبان می‌توانند به‌منظور حفاظت از آن از تعهدات خود عبور کنند، بهداشت عمومی است.

برقراری این حق به‌مانند سایر مصادیق استثنائات عمومی و امنیتی، به‌صورت کلی مانع مسئولیت دولت‌های میزبان می‌شود، و یا ممکن است که فقط به برخی از استانداردهای معاهده اختصاص یابد.<sup>۳</sup> بنابراین، این شروط، به‌مانند شروط مندرج در معاهده منشور انرژی ممکن است

1. <https://rc.majlis.ir/fa/law/show/94034>

2. public and security Exceptions

3. The Belgium-Luxembourg Economic Union-China BIT includes at Art: 4(2) a national

که لزوماً دولت را از تعهد پرداخت غرامت به سرمایه‌گذار خارجی مستثنا ننماید،<sup>۱</sup> و یا ممکن است که مانعی برای طرح ادعاهای مرتبط با اصل عدم تبعیض بشوند.<sup>۲</sup> بر این اساس، معاهدات سرمایه‌گذاری بین‌المللی و دیوان‌های داوری بین‌المللی نباید این مانع را برای دولت میزبان ایجاد نماید که نتواند اقدامات لازم را در جهت حفاظت از بهداشت عمومی جامعه خود، یا حتی جامعه بین‌المللی انجام دهد (رضایی، ۱۴۰۰: ۱۳۴).

### ۲-۱. استثناء بهداشت عمومی در معاهدات سرمایه‌گذاری بین‌المللی

از استثناء بهداشت عمومی در معاهدات سرمایه‌گذاری بین‌المللی تحت عنوان شرط اقدامات منع‌نشده که به شروط استثنای عام<sup>۳</sup> نیز موسوم است، یاد می‌شود (رضایی، ۱۴۰۰: ۱۳۴). نمونه کامل این شرط را می‌توان در بند ۳ ماده ۲ معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری بین‌المللی بین دولت جمهوری مجارستان و دولت فدراسیون روسیه دید. این بند بیان می‌کند: «این معاهده مانع از اقدامات ضروری هر یک طرفین در جهت دفاع، امنیت ملی، نظم عمومی، حفاظت از محیط زیست، اخلاق و بهداشت عمومی نخواهد شد».

این حق در معاهدات FCN نیز وجود داشته است. در این زمینه می‌توان به بند ۳ ماده ۱ عهدنامه مودت ایران و آمریکا اشاره کرد که مقرر می‌دارد: «مقررات بند ۱ و ۲ این ماده متفرع بر حق هر یک از متعاهدین است که برای حفاظت نظم و امنیت عمومی و حفظ بهداشت و اخلاق، اقدامات لازم به عمل آورد و همچنین به دلایل مزبور، اتباع خارجی را اخراج کند و به آن‌ها اجازه ورود ندهد، یا مسافرت آن‌ها را در داخل خود محدود سازد».<sup>۴</sup>

برخی از معاهدات سرمایه‌گذاری مهم، موضوعات مرتبط با منافع عمومی و امنیت ملی را به مواد XXI در GATT، و ماده XIVBIS در GATS ارجاع می‌دهند. یکی از ضوابط این مواد، بهداشت عمومی است. البته شیوه ارجاع این مواد به موضوعات امنیتی یکسان نیست. بر همین اساس است که می‌توان گفت که حق دولت میزبان در حفظ منافع عمومی و امنیتی بیش از آنکه

and essential security clause that relates only to the provisions on expropriation, and the Japan-China BIT contains in its Protocol a national and essential security clause that relates only to the provisions on non-discrimination.

1. Energy Charter Treaty, Art. 24(1), and Art. 12.

2. Article 8 of the Framework Agreement for Comprehensive Economic Partnership between Japan

3. General Exception Clause

۴. عهدنامه مودت و روابط اقتصادی و حقوق کنسولی بین ایران و دول متحده آمریکا تاریخ ۱۳۳۴ هجری شمسی و مطابق با ۱۹۵۵ میلادی.

خاصیت معاهده‌ای داشته باشد، جنبه اصولی دارد.

## ۲-۲. استثناء بهداشت عمومی در تصمیمات دیوان‌های داوری سرمایه‌گذاری

رویه دیوان‌های داوری سرمایه‌گذاری به صورت عام و خاص، حق کشور میزان به منظور برقراری نظم، امنیت و منافع عمومی به رسمیت شناخته است. دیوان داوری در پرونده ATM به صورت عام اظهار نظر کرد و اعلام نمود که استثنائاتی به مانند جنگ، استاندارد FPS را تخصیص می‌زند، و کشور میزبان بر اساس آن می‌تواند از تعهدات بین‌المللی خود شانه خالی نماید. دلیل اصلی این نوع از استثنائات هم اختلال در امنیت ملی کشور میزبان است.<sup>۱</sup> استدلال این دیوان داوری تا حدی کلی است که شامل حفاظت از بهداشت عمومی نیز می‌شود.

تصمیمی که به صورت خاص در رابطه با بهداشت عمومی قابل ذکر است؛ تصمیم دیوان داوری در دعوی فلیپ موریس در مقابل اروگوئه است. این دیوان اظهار داشت که اقدامات دولت اروگوئه برای تنظیم محصولات دخانیات، یک تصمیم غیرقابل تبعیض آمیز است، که دولت‌ها برای تنظیم ضوابط بهداشت عمومی اتخاذ می‌کنند.<sup>۲</sup> دیوان داوری فلیپ موریس اختیارات و قدرت دولت‌ها را در برقراری شرایط اضطراری مورد تأیید قرار داد و تأکید کرد: «دیوان‌های داوری می‌باید به تصمیمات دولت‌ها در باب ضرورت‌های ملی به مانند حمایت از بهداشت عمومی احترام بگذارند.<sup>۳</sup> در این اختلاف، سازمان بهداشت جهانی به عنوان یک نهاد حقوقی در حمایت از اقدامات بهداشت عمومی که توسط دولت اروگوئه تصویب شده بود، دخالت کرد و حق کشور میزبان را تأیید نمود.<sup>۴</sup>

دیوان‌های داوری دیگری از جمله Chemtura v. Canada and Apotex v. United States،<sup>۵</sup> صلاحیت وسیعی برای دولت‌های در باب تدوین و تصویب و ضوابط مرتبط با بهداشت و منافع عمومی مورد تأیید قرار دادند. این مسئله در دیوان داوری دعوای ایران و آمریکا متفاوت بود. این

1. ATM v. Democratic Republic of Congo, ICSID Case No: ARB/93/1, 1997.

2. Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7, Award (July 8, 2016), 306, 420, 434.

3. Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7, Award (July 8, 2016), 399.

4. Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7, Award (July 8, 2016), 399.

5. Crompton (Chemtura) Corp. v. Government of Canada, UNCITRAL, Award (Aug. 2, 2010), 266; Apotex Holdings Inc. and Apotex Inc. v. United States of America, ICSID Case No. ARB(AF)/12/1, Award (Aug. 25, 2014), 8.75.

مرجع با آنکه می‌پذیرد که کشورها در شرایط بحرانی می‌توانند تدابیر اضطراری خاصی را اتخاذ کنند و خارجیانی که از چنین تدابیری متضرر می‌شوند، مستحق دریافت غرامت نیستند، اما در پرونده‌های استارت هاوزینگ کورپوریشن<sup>۱</sup>، پرونده ارل پین<sup>۲</sup> و سی لند و تپیت<sup>۳</sup> به این حق ایران توجهی نمی‌نماید.

حق دولت‌های میزبان در کنترل سرمایه‌گذاری‌های خارجی در شرایط حاد و اضطراری اقتصادی، اجتماعی و بهداشتی در آراء مرتبط با حقوق بین‌المللی سنتی نیز دیده می‌شود. به‌عنوان نمونه، کمیسیون عمومی دعاوی مکزیک - ایالات متحده آمریکا در پرونده کارویل کامپنی اعلام کرد: «دولت‌ها به‌منظور حفظ خود از خطرات قریب‌الوقوع، همواره به اقدامات فوق‌العاده‌ای دست زده‌اند، و ایراد صدمه به خارجیان در اثر چنان اقداماتی، نمی‌تواند مبنای دعاوی قرار گیرد». این کمیسیون در ادامه می‌گوید: «بیگانه مقیم کشوری که در آن به‌دلیل مصائب طبیعی، اجتماعی یا بین‌المللی، از باب ضرورت اقداماتی انجام می‌دهد، می‌باید بدون چشم‌داشت هیچ‌گونه غرامتی، لطمات طبیعی ناشی از آن اقدامات را بپذیرد».<sup>۴</sup>

نکته مهمی که در اینجا لازم است به آن اشاره شود آن است که هیچ‌گونه چالشی در رابطه با وجود این حق برای کشورهای میزبان دیده نمی‌شود؛ زیرا که در حقوق سرمایه‌گذاری بین‌المللی، و هم حقوق بین‌الملل به رسمیت شناخته شده است (بهمنی و شهبازیان، ۱۳۹۹: ۲۵۰). چالش آن است که تشخیص مصادیق استثنائات عمومی توسط کدام مرجع و بر پایه چه ضوابطی انجام می‌شود. اهمیت این مسئله تا آنجایی است که در صورتی که اتفاق خاصی جزء مصادیق امنیتی و منافع عمومی کشور میزبان نباشد، آن کشور نمی‌تواند با استناد به آن استاندارد FPS را نادیده بگیرد.

### ۳-۲. حق بر تشخیص مصادیق بهداشت عمومی؛ ضابطه و شرایط

به‌نظر می‌رسد که تمام امورات مرتبط با موضوعات عمومی و امنیتی یک کشور از جمله موضوعات نظارتی و قانونی است، و تصمیم‌گیری در مورد آن‌ها منحصرأ در اختیار دولت حاکم می‌باشد (رضایی، ۱۴۰۰: ۱۳۹). از این‌رو، تشخیص مصادیق منافع عمومی و امنیت ملی توسط

1. Starrett Housing Corporation

2. Earl Payne

3. Sea - Land Services

۴. رأی این کمیسیون در پرونده سی‌لند مورد استناد قرار گرفته است. (Iran - U.S.C.R., Vol:6, 1984-11, )

دولت میزبان انجام می‌شود، و این حق دولت میزبان است که موضوعی را با توجه به شرایط و اوضاع احوال داخلی کشور، مرتبط با منافع عمومی، و از مصادیق امنیت ملی تعریف کند. معمولاً این مسئله در قانون اساسی کشورها ذکر می‌شود، و به تبع آن به معاهدات بین‌المللی آن کشورها هم وارد می‌شود. به عنوان نمونه، بخش سرمایه‌گذاری موافقت‌نامه اخیر حمایت از سرمایه‌گذاری سنگاپور و اتحادیه اروپا، به صراحت بیان می‌دارد که طرفین حق دارند برای رسیدن به اهداف سیاسی مشروع، به مانند حمایت از بهداشت عمومی، و ایمنی اقدامات ضروری برقرار کنند<sup>۱</sup>. این معاهده در ادامه مقرر می‌دارد که پیامدهای منفی اقدامات ضروری و امنیتی دولت میزان بر سرمایه‌گذاری موجود، یا ایجاد اختلال در انتظارات سرمایه‌گذار، به معنای نقض تعهدات معاهده نیست<sup>۱</sup>.

جزئیات این حق، و شاخصه آن معمولاً در معاهدات بین‌المللی ذکر می‌شود. برخی از معاهدات از «ضابطه عینی»<sup>۲</sup> می‌گویند. برای مثال، قسمت «الف» ماده ۷۶ معاهده همکاری اقتصادی بین نیوزلند و سنگاپور سال ۲۰۰۰ بیان می‌کند: «هیچ چیزی در این معاهده بر موارد ذیل حاکم نخواهد شد: (الف) ممانعت از هر یک متعاهدین جهت هرگونه تصمیم و اقدامی که برای حمایت از منافع امنیتی ضروری خود، آن را لازم و ضروری می‌داند؛ شامل، اقدامات مرتبط با حمل و نقل تسلیحات، مهمات و ابزارهای جنگی و حمل و نقل دیگر کالاها، و موادی که به صورت مستقیم، یا غیرمستقیم به منظور تأمین نیازهای یک سازمان نظامی حمل می‌شوند، و همچنین هر نوع اقدامی که انجام آن در زمان جنگ، یا سایر موارد اضطراری داخلی یا خارجی ضرورت دارد، که البته محدود به این موارد هم نیست».

معاهداتی هم وجود دارد که به جای ضوابط عینی به قصد و هدف کشور میزبان اشاره می‌کنند. در قسمت (a) ماده ۱ ضمیمه چهارم موافقت‌نامه جامع همکاری بین جمهوری هندوستان و جمهوری سنگاپور تاریخ ۲۹ ژوئن ۲۰۰۵ به این ضابطه اشاره شده است.<sup>۳</sup> ضابطه قصد و هدف یک «معیار ذهنی»<sup>۴</sup> است که می‌تواند به صورت پوششی، مورد استفاده کشورها واقع شود. با وجود این، ضابطه عینی کاربرد بیشتری دارد.

آراء داوری بین‌المللی در این زمینه یکسان نیست. به عنوان مثال، در رأی پرونده ( Enron

1. Article 2.2. EU-Singapore Investment Protection Agreement (2018)

2. Objective criteria

3. Art: 24(3) Energy Charter Treaty

4. Subjective criteria

(Corporation, L.P. v. Argentine) که به ماده XI معاهده تشویق و حمایت از سرمایه‌گذاری بین ایالات متحده آمریکا و جمهوری آرژانتین در سال ۲۰۰۱، استناد می‌کند، می‌پذیرد که: «شروط مرتبط با استثنائات واقعی و غیرعادی، یک ضابطه مبتنی بر نظر شخصی است، و اصولاً می‌باید به صورت روشن، به گونه‌ای درج شود که مبین قصد اقدام‌کننده باشد، در غیر این صورت، ممکن است فرضی مطرح شود که با ماهیت آن استثناء، هم معنا نباشد». این در حالی است که دیوان داوری در پرونده شرکت انرژی بین‌المللی سمپرا علیه جمهوری آرژانتین از این نظر پیروی نمی‌کند. این مرجع معتقد است که حتی بر اساس ماده XXI گات، این مسئله یک موضوع مبتنی بر نظر شخصی در نظر گرفته نمی‌شود، و در ادامه گفت که پذیرش ضابطه شخصی، با مقصود و هدف معاهده ناسازگار است و در واقع معاهده از هر نوع حمایت ماهوی محروم خواهد شد.<sup>۲</sup> همین راه‌حل در رأی پرونده شرکت آنران و پوندروسال پی علیه جمهوری آرژانتین ۲۰۰۷، اتخاذ می‌شود.<sup>۳</sup> در حکم این دیوان مقرر می‌شود: «در حالی که هیچ منعی در اینکه شرایط اضطراری اقتصادی بر اساس ماده XI تجویز می‌شود، وجود ندارد؛ این تفسیر که این تجویز ماهیتاً شخصی است، مطمئناً با هدف و مقصود معاهده ناسازگار است. با پذیرش این نظریه، در واقع، معاهده از هر نوع حمایت ماهوی خالی می‌شود».<sup>۴</sup>

فرای از آنکه کشورهای میزبان برای تشخیص مصادیق بهداشت عمومی صاحب صلاحیت می‌باشند، و بر اساس معیارهای عینی، یا شخصی مندرج در معاهدات سرمایه‌گذاری می‌توانند تدابیر لازم و اقدامات ضروری را اتخاذ کنند، ولی این تدابیر و اقدامات می‌باید «قانونی»،<sup>۵</sup> «متناسب»،<sup>۶</sup> و «بدون تبعیض»<sup>۷</sup> باشد. بند ۲ ماده ۲ معاهده حمایت و تقویت سرمایه‌گذاری بین جمهوری مجارستان و جمهوری هندوستان سال ۲۰۰۳ در این خصوص مقرر می‌دارد: «بدون توجه به بند اول این ماده، هیچ چیزی در این معاهده، کشور میزبان را از اتخاذ تصمیمات مرتبط با منافع امنیتی ضروری، یا شرایط اضطراری شدید که بر اساس قوانین آن کشور باشد، و به صورت متعارف و منطقی و بدون تبعیض انجام شود، منع نمی‌کند». این مقررات نمونه‌هایی از ضوابط

1. Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic, para 335 at p 105.
2. Sempra Energy International v. Argentine Republic, para 384 at p 113.
3. Sempra Energy International v. Argentine Republic, para 374 at p 110.
4. Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic, para 332 at p 104.
5. lawful
6. proportional
7. No discrimination



عادی هستند که برای دلایلی غیر از امنیت ملی هم به کار گرفته می‌شوند،<sup>۱</sup> و به جای اشاره به «ضرورت اقدام»،<sup>۲</sup> به «متناسب بودن»<sup>۳</sup> و یا «مناسب بودن»<sup>۴</sup> آن اشاره دارند.

بسیاری از موافقت‌نامه‌های سرمایه‌گذاری دوجانبه (IIA) هم تلاش می‌نمایند که این موضوع را شفاف‌سازی کنند که ضابطه امنیت ملی، هنگامی اعمال شود که در عالم واقع برای حمایت از منافع امنیتی کشور میزبان، ضرورت داشته باشد.<sup>۵</sup> منظور آن است که اقدامات دولت میزبان نمی‌باید به دلخواه آن کشور و بدون دلیل، و یا برای یک هدف پنهانی باشد.<sup>۶</sup> از این رو است که برخی معاهدات این مسئله را مدیریت کرده‌اند. به عنوان نمونه، قسمت (a) بند ۳ ماده XVII معاهده حمایت و تقویت سرمایه‌گذاری بین دولت کانادا و دولت جمهوری ارمنستان ۱۹۹۷ مقرر می‌کند: «هیچ چیزی در این معاهده نسبت به اقدامات هریک از متعاهدین برای حمایت از موضوعاتی به مانند محیط زیست، حاکم نخواهد شد، به شرطی که چنین اقداماتی به صورت دلخواه و توجیه ناپذیر انجام نشود، یا برای یک محدودیت پنهانی برای سرمایه‌گذاری، و تجارت بین‌الملل نباشد، مشروط به اینکه؛ (۱) اجرای آن‌ها بر اساس قوانین و مقرراتی که با ضوابط این معاهده در تضاد نیست، ضروری باشد؛ (۲) برای حفاظت از زندگی، یا بهداشت انسان‌ها، حیوانات یا گیاهان؛ یا؛ (۳) مرتبط با منابع طبیعی تجدیدناپذیر زنده، یا غیرزنده باشد، به شرطی که از محدودیت‌های اعمال شده بر تولید، یا مصرف داخلی، مؤثرتر باشد».<sup>۷</sup>

1. Art. 16(1)(d) Agreement between the Government of the Republic of Korea and the Government of Japan for the Liberalisation, Promotion and Protection of Investment of 2002).

2. Necessity of action

3. Art: VIII Colombian Model Bilateral Investment Treaty of 2007.

4. Art: 22(2) Investment Agreement for the COMESA Common Investment Area of 2007.

5. Art: 15 Agreement between the Government of Australia and the Government of the Republic of India on the Promotion and Protection of Investments, of 26.02.1999; Art. X(1) Treaty between the United States of America and the Republic of Bulgaria concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment, of 23.09.1992, and United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD) (2019), pp 92-94.

6. Art. 10(7)(3)(c) Free Trade Agreement between Singapore and Peru, of 29.05.2008; Art. 10. (1) Agreement between Canada and the Hashemite Kingdom of Jordan for the Promotion and Protection of Investments, of 28.06.2009; Art. 2201(3) Canada-Peru Free Trade Agreement, of 29.05.2008; Art. 83(1)(a)(b) and (c) Japan-Singapore Economic Partnership Agreement, of 13.01.2002. Art. 17(1) 2009 ASEAN Comprehensive Investment Agreement. United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD) (2019), pp 81-84.

7. Agreement between the Government of Canada and the Government of the Republic of Armenia for the promotion and protection of investments, 8 May 1997, 2468 U.N.T.S. 381

بررسی فوق نشان داد که در این زمینه رویه ثابتی دیده نمی‌شود، و اما راهکار عملی آن است که هر دعوی، به‌صورت جداگانه و با توجه به وقایع آن، و کاملاً شفاف به‌کار گرفته شود، و برای اینکه ملاک شخصی بودن، در راستای اهداف سرمایه‌گذاری به‌صورت پوششی مورد استفاده واقع نشود، معیار «حسن‌نیت»<sup>۱</sup> کشور میزبان برای ارزیابی اقدامات و تصمیمات امنیتی آن کشور، مناسب خواهد بود<sup>۲</sup> و چنانچه در این خصوص اختلافی ایجاد شود، این کشور میزبان است که می‌باید اثبات کند که اقدامات او منطبق با ضوابط امنیتی مقرر در معاهده است.<sup>۳</sup> این قاعده در رأی دیوان داوری توتال علیه آرژانتین نیز به‌کار گرفته شد، و مقرر کرد که برای بررسی اقدامات آن دولت در زمینه بحران اقتصادی، توجه به انعطاف‌پذیری ذاتی استاندارد عادلانه و منصفانه ضرورت دارد، و نتیجه گرفت که اقدامات دولت میزبان، می‌باید با توجه به تأثیرات عینی آن اقدامات، و همچنین بر اساس دلایلی که منجر به اتخاذ آن‌ها می‌شود، ارزیابی شود.<sup>۴</sup> دیوان داوری در پرونده نشنال گرید علیه آرژانتین همین رویکرد را دنبال کرد. این دیوان مقرر کرد که آنچه در شرایط عادی ناعادلانه و غیرمنصفانه است، ممکن است در شرایط بحرانی اقتصادی و اجتماعی عادلانه و منصفانه باشد.<sup>۵</sup>

### ۳. کووید-۱۹؛ مصداقی از استثناء بهداشت عمومی

#### ۳-۱. تحلیل نظری

با شیوع بیماری کووید-۱۹، تعدادی از کشورهای جهان، اعلامیه وضعیت اضطرار ملی یا ضرورت‌های اپیدمیولوژیک صادر کردند.<sup>۶</sup> وضعیت کووید-۱۹ در مقایسه با سایر بحران‌های بهداشت عمومی به‌گونه‌ای بود که این اختیار گسترده را به دولت‌ها داد که بتواند به بهانه حمایت از بهداشت عمومی اقدامات اضطراری برقرار نمایند.

(entered into force 29 March 1999). This document is available on the United Nations Treaty Collection website at:

<http://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%202468/v2468.pdf>

1. good faith

2. LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International, Inc. v. Argentine Republic, para 214 at p 64.

3. LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International, Inc. v. Argentine Republic, para 214 at p 64.

4. Total S.A. v Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/04/1, Decision on Liability (Dec. 27, 2010), 164.

5. National Grid plc v. Argentine Republic, UNCITRAL, Award, Nov. 3, 2008, 180.

6. LOI n 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19 (1).

Available at:

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000041746313&categorieLien=id>

جنس این بیماری، به همراه حساسیت‌های جهانی نسبت به آن موجب شد که کشورهای جهان، آن را به‌عنوان یک بحران بهداشت عمومی تلقی کنند، و همه راهکارهای مبارزه با آن به‌صورت توأمان به‌کار گیرند. اقداماتی که بسیاری از آن‌ها با تعهدات بین‌المللی کشورها سنخیت ندارد. به‌عنوان مثال، یک سرمایه‌گذاری خارجی تبعه کشور فرانسه را تصور نمایید که در زمینه تولید قطعات خودرو در ایران برای شرکت ایران خودرو فعالیت می‌کند. با شیوع بیماری کرونا، به‌دلیل محدودیتی که این بیماری ایجاد نموده است، نمی‌تواند تعهد اصلی خود را ظرف موعد تعیین شده در قرارداد ایفا نماید؛ چراکه بیماری مزبور اجازه حضور و تجمع کارگران در محل پروژه را نمی‌دهد، یا با محدودیت مواجه می‌کند. شرکت‌های حمل‌ونقل، قطعات تولیدشده را جابه‌جا نمی‌کنند. انبارها از تولیدات مملو می‌گردد. فروش کم می‌شود، درآمد کاهش می‌یابد، دستمزدها پرداخت نمی‌شود، و در نهایت کارگران اعتصاب می‌کنند. با این حال، دولت میزبانی که بر اساس استاندارد FPS متعهد است از این سرمایه‌گذاری حمایت کند، و در رفع مشکلات او تلاش لازم نماید<sup>۱</sup>، ممکن است هم‌چنان مبارزه خود را با کووید ۱۹ در قالب اقدامات اضطراری مقابله با آن بیماری ادامه بدهد.

### ۲-۳. اقدامات اضطراری مقابله با کووید ۱۹

کرونا یک بیماری است که در شیوع سرعت بالایی داشته، و ابعاد کاملاً پیچیده‌ای دارد، تا حدی که تمام کشورهای جهان و نهادهای بین‌المللی را مجبور به واکنش نمود. اقدامات دولت‌ها در مبارزه با آن بیماری معمولاً شامل؛ قرنطینه، بستن مرزها، تعلیق پرداخت وام، تعلیق پرداخت بهای خدمات عمومی، تعطیلی کسب‌وکارها، کنترل صادرات، و ممانعت از ادامه برخی فعالیت‌های اقتصادی می‌باشد (بهمنی و شهبازیان، ۱۳۹۹: ۲۴۷). این اقدامات چند ماهیت حقوقی مرتبط با سرمایه‌گذاری خارجی را تحت تاثیر قرار می‌دهد: نخست، قرارداد سرمایه‌گذاری است؛ بدین صورت که بسیاری از تعهدات قراردادهای سرمایه‌گذاری، یا تماماً اجرا نشده، یا اجرای آن‌ها ناقص و به‌گونه‌ای نامطلوب انجام شده، و یا اینکه با تأخیر قابل توجهی اجرا می‌شود (نیازآبادی و انصاری، ۱۳۹۹: ۴۷۶)، که می‌توان آن را ذیل عنوان قوه قاهره مطالعه کرد (جوهری محمدی، ۱۴۰۰: ۱۷۱ و ۱۷۹). این موضوع به‌شرحی که در ادامه به آن اشاره می‌شود، جزء بحث ما نیست.

دومین موردی که تحت تاثیر قرار می‌گیرد؛ تعهدات معاهداتی کشور میزبان است. در این باره فوقاً اشاره شد که استاندارد FPS تعهدات متعددی بر کشور میزبان تحمیل می‌کند. این تعهدات

1. due diligence

ممکن است بر اثر اقدامات اضطراری عمومی و امنیتی کشور میزبان نقض شود. کووید ۱۹ نیز همان طور که در تصمیمات مقامات و مراجع ملی و بین‌المللی، از جمله شورای امنیت سازمان ملل متحد منعکس شده، یک موضوع امنیتی است (D. Gaver and Perera, 2020: 112). اکنون بحث آن است که آیا کشور میزبان برای مبارزه با کووید ۱۹، به منظور رعایت استاندارد FPS قدرت سیاسی و قانونی خود را در زمینه اقتصاد، سلامت و ایمنی، حقوق بشر، محیط‌زیست، و بهداشت عمومی از دست می‌دهد (Spears, 2010: 1037, 1039, 1040).

آنچه مسلم است آن است که دولت میزبان برای مبارزه با کووید ۱۹ این حق را دارد که تمام اختیارات و قدرت قانونی و نظارتی خود را به‌کار ببرد؛ زیرا که اقدام در جهت حفظ بهداشت عمومی برتر از اجرا و رعایت استاندارد FPS می‌باشد، و چنانچه آن اقدام منجر به خسارتی برای سرمایه‌گذاری خارجی شود، دولت اقدام‌کننده مسئول نیست. این معافیت بر مبنای نظریاتی به‌مانند قوه قاهره، یا هاردشیب توجیه نمی‌شود، بلکه بر مبنای اصول و قواعد حقوق سرمایه‌گذاری بین‌المللی است که به‌صورت ضمنی، یا صریح جنبه رضایی دارد.

معضلی که در رابطه با مبارزه با کووید ۱۹ وجود دارد، تعدد اقدامات است. به‌منظور مقابله با این بیماری، کشورها و اتحادیه‌ها به فراخور شرایط و اوضاع و احوال خود، اقدامات تقریباً مشابهی پیشه کردند. یکی از اقدامات، محدودیت در ورود و پذیرش سرمایه‌گذاری خارجی است. به‌عنوان مثال، اتحادیه اروپا به‌عنوان یکی از بزرگ‌ترین حوزه‌های فعال در زمینه سرمایه‌گذاری خارجی در همان ابتدای شیوع این بیماری، به کشورهای عضو در زمینه ورود سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی، به‌منظور جلوگیری از تسلط شرکت‌های سرمایه‌گذار بر بخش‌های کلیدی به‌مانند بهداشت، تحقیقات پزشکی، بیوتکنولوژی و زیرساخت‌هایی که برای امنیت و نظم عمومی ضروری هستند، اعلام کرد تا از پذیرش سرمایه‌گذاری خارجی جدید که بر تأمین تجهیزات یا مواد بهداشتی مورد نیاز شهروندان اثر منفی می‌گذارد، خودداری نمایند.<sup>۱</sup> برقراری محدودیت در ورود و پذیرش سرمایه‌گذاری خارجی، مرحله «پیش از استقرار»<sup>۲</sup> را تحت تأثیر قرار می‌دهد. در بیشتر معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری، ورود و پذیرش سرمایه‌گذاری خارجی بر مبنای قوانین و مقررات موجود

1. European Commission, "Guidance to the Member States concerning foreign direct investment and free movement of capital from third countries, and the protection of Europe's strategic assets, ahead of the application of Regulation (EU) 2019/452 (FDI Screening Regulation)", 2020.

2. pre-establishment

کشور میزبان صورت می‌گیرد. با وجود این، بسیاری از معاهدات و موافقت‌نامه‌ها، با توسعه اصل رفتار ملی،<sup>۱</sup> مرحله ورود و پذیرش سرمایه‌گذاری خارجی را هم تحت پوشش قرار می‌دهند. موافقت‌نامه تجارت آزاد آمریکای شمالی (نفتا)، معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری اخیر ایالات متحده و برخی اسناد «حقوق نرم»<sup>۲</sup> نمونه‌های بارزی از این تغییر رویکرد می‌باشند.<sup>۳</sup> با این وصف، برقراری محدودیت در ورود و پذیرش سرمایه‌گذاری، تعهدات معاهداتی آن دسته از متعاهدینی را تحت تأثیر قرار می‌دهد که معاهده بین آنان، حمایت از مرحله ورود و پذیرش سرمایه‌گذاری خارجی پوشش می‌دهد.

برقراری این قسم از محدودیت توسط دولت ایران بر تعهدات بین‌المللی کشور اثر ندارد؛ زیرا بر اساس ماده ۲ قانون تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری خارجی، پذیرش سرمایه‌گذاری خارجی (به‌طور مستقیم یا سرمایه‌گذاری غیرمستقیم) باید مطابق قوانین ایران صورت پذیرد. درخواست پذیرش باید به تصویب هیئت سرمایه‌گذاری خارجی برسد، که با تأیید وزیر امور اقتصادی، مجوز پذیرش صادر می‌گردد.<sup>۴</sup> بنابراین، نظام حقوقی ایران، مرحله پس از استقرار سرمایه‌گذاری را پوشش می‌دهد، و مرحله ورود و پذیرش سرمایه‌گذاری خارجی تحت حاکمیت دولت می‌باشد (قنبری جهرمی و علیخانی کردشامی، ۱۳۹۵: ۱۱۳).

یکی دیگر از اقدامات مهم کشورها در مبارزه با کووید-۱۹، توقیف تجهیزات پزشکی تولیدی سرمایه‌گذاری خارجی جهت مصرف داخلی است. به‌عنوان مثال، دولت ایالات متحده آمریکا طبق قانون تولیدات دفاعی، تجهیزات بهداشتی که توسط سرمایه‌گذاران خارجی تولید شده را به نفع دولت توقیف کرد.<sup>۵</sup> این قسم از اقدامات برابر با سلب مالکیت است، که در صورت تحقق سلب مالکیت، تعهدات استاندارد FPS نقض می‌شود (Junngan, 2018: 83). دیوان داوری در قضیه vesty Group Ltd علیه ونزولا تأکید کرد که سلب مالکیت برابر با نقض تعهدات

1. national treatment

2. Soft law

3. UNCTAD, "MOST-FAVOURED-NATION TREATMENT: A SEQUEL", UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, UNITED NATIONS, New York and Geneva, 2010, p 38.

۴. قانون تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری خارجی، مصوب ۱۳۸۱/۱۲/۱۹، ماده ۶.

5. Lauren P. Carboni Jessica E. Joseph Lawrence M. Kraus "Government Seizure of Medical Supplies from Health Care Providers- Is It Legal?", Foley and Lardner LLP, (2020).

استاندارد FPS است.<sup>۱</sup> تا آنجایی که بررسی شد، همهٔ معاهدات سرمایه‌گذاری بین‌المللی از جمله معاهدات ایران، از سرمایه‌گذاری خارجی در مقابل سلب مالکیت حمایت می‌کنند. در نتیجهٔ متوسل شدن به راهکار توقیف تولیدات سرمایه‌گذاری خارجی، منجر به نقض تعهدات دو استاندارد FPS و سلب مالکیت<sup>۲</sup> خواهد شد.

ایجاد محدودیت و ممنوعیت در واردات و صادرات تولیدات داوری و تجهیزات پزشکی، یکی از اقدامات اولیهٔ کشورها بود. در این شرایط حساس، برخی کشورها از جمله هند<sup>۳</sup> و فرانسه<sup>۴</sup> صادرات تجهیزات پزشکی و دارو را ممنوع کردند. در این شرایط سرمایه‌گذاری خارجی ممکن است از ملی شدن سرمایهٔ خود نگران شود،<sup>۵</sup> یا اینکه ممکن است که اقدامات دولت میزبان متضمن تبعیض علیه سرمایه‌گذاری خارجی باشد.<sup>۶</sup> این اقدامات می‌تواند به نقض استانداردهای رفتار ملی،<sup>۷</sup> رفتار عادلانه و منصفانه،<sup>۸</sup> رفتار دولت کاملاً الوداد،<sup>۹</sup> و حمایت کامل و امنیت منجر شود. استانداردهایی که اصولاً در موافقت‌نامه‌های سرمایه‌گذاری IIAs، معاهدات دوجانبه، و چندجانبهٔ سرمایه‌گذاری از جمله معاهدهٔ منشور انرژی (ECT) وجود دارد.<sup>۱۰</sup>

1. ICSID Case No. ARB/06/4, Award, 1-5, at 6 (Apr. 15, 2016), Para 207, 317 & 318. <https://www.ita.law.com/sites/default/files/case-documents/italaw7230.pdf>.

2. Expropriation.

3. Rajesh Kumar, Singh, India bans all exports of virus drug often touted by Trump, Bloomberg, 2020.

4. Javier, Espinoza, European Commission Warns Member States on Mask Export Ban, Financial Times, (2020).

5. LOI n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19 (1) Available at:

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000041746313&categorieLien=id> and Royal Decree 463/2020 (Mar. 14, 2020), Official State Gazette of the Kingdom of Spain, Art. 8(1). Available at:

[https://www.garrigues.com/en\\_GB/new/covid-19-royal-decree-declaring-situation-emergency-published](https://www.garrigues.com/en_GB/new/covid-19-royal-decree-declaring-situation-emergency-published).

6. LOI n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19 (1) Available at:

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000041746313&categorieLien=id> and Royal Decree 463/2020 (Mar. 14, 2020), Official State Gazette of the Kingdom of Spain, Art. 8(1). Available at:

[https://www.garrigues.com/en\\_GB/new/covid-19-royal-decree-declaring-situation-emergency-published](https://www.garrigues.com/en_GB/new/covid-19-royal-decree-declaring-situation-emergency-published).

7. national treatment (NT).

8. fair and equitable treatment (FET).

9. Most-Favored-Nation.

10. "The Energy Charter Treaty (ECT) Remains the Most Frequently Invoked IIA" International Energy Charter, (Jan. 11, 2019). According to data from UNCTAD

سایر اقدامات مبارزه با کووید ۱۹ به مانند الزام به تولید خاص، الزام به فروش در داخل، منع رفت و آمد، قرنطینه و ناتوانی دولت میزبان در کنترل بیماری، فضای کسب و کار سرمایه‌گذاری را متلاطم و ناامن می‌کند. ناامن شدن فضای کسب و کار از ویژگی‌های حمایتی استاندارد رفتار عادلانه و منصفانه است، ولی ممکن است ادامه این روند موجب آسیب به سرمایه‌گذاری شود، یا اینکه سرمایه‌گذاری، جهت طرح دعوی به دادگاه عادلانه نیاز داشته باشد. این‌ها از خصوصیات حمایتی استاندارد حمایت کامل و امنیت است.<sup>۱</sup>

### نتیجه

لذا به عنوان نتیجه‌گیری کلی باید گفت؛ اولاً رابطه بین بهداشت عمومی و استاندارد حمایت کامل و امنیت اگرچه به ظاهر متضاد و متباین به نظر می‌رسد، اما در باطن و ماهیت وابسته به یکدیگرند، چه آنکه حفظ بهداشت عمومی تأمین‌کننده توأمان منافع کشور میزبان و سرمایه‌گذاری خارجی مستقر در سرزمین آن کشور، و استاندارد حمایت کامل و امنیت تأمین‌کننده محض منافع سرمایه‌گذاری خارجی است؛ بنابراین هرگاه حفظ بهداشت عمومی به‌ویژه در شرایط اضطراری ناشی از بیماری کرونا ایجاب نماید، هیچ دولتی در برقراری محدودیت‌ها و ممنوعیت‌ها، حتی اگر در تضاد با استاندارد حمایت کامل و امنیت باشد، تردیدی نخواهد کرد؛ زیرا حفظ بهداشت عمومی خود بزرگ‌ترین قدم در رفع آسیب‌های مادی و غیرمادی سرمایه‌گذاری خارجی محسوب می‌گردد. در ثانی رویکرد حقوق سرمایه‌گذاری بین‌المللی در ساماندهی رابطه میان بهداشت عمومی و استاندارد حمایت کامل و امنیت، نه تنها روشن و مشخص نیست، بلکه دچار رویه متناقض گشته است؛ بدین معنا که برای نمونه در برخی موارد، اقدام دولت میزبان در حفظ بهداشت عمومی را به صورت مطلق نافی مسئولیت آن دولت به جهت نقض استاندارد حمایت کامل و امنیت تلقی، و گاه نیز بنابر شرایط مشخص، و اوضاع و احوال معینی نافی مسئولیت وی نمی‌داند. همچنین می‌توان فواید حاصل از پژوهش را به اختصار به شرح ذیل برشمرد:

Investment Policy Hub, as at December 31, 2019, 128 investment arbitrations had been commenced under the Energy Charter Treaty. United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), Investment Policy Hub, Investment Dispute Settlement Navigator (data correct as at December 31, 2019). Available at:

<https://www.energycharter.org/media/news/article/the-energy-charter-treaty-ect-remains-the-most-frequently-invoked-iiia/>

1. Suez, Sociedad Gen. de Aguas de Barcelona S.A. v. Arg., ICSID Case No.

ARB/03/19, Decision on Liability, 170-71 (July 30, 2010), para 171 & 172  
<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0826.pdf>.

۱. حفظ بهداشت عمومی جزئی از تکالیف دولت و مقامات عمومی کشور میزبان است، و استاندارد حمایت کامل و امنیت، جزئی از تعهدات معاهداتی آن کشور و حق سرمایه‌گذاری خارجی مستقر در سرزمین کشور میزبان نسبت به آن کشور است. بدین جهت، پاسداشت بهداشت عمومی نسبت به تعهدات دولت میزبان در حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی از درجه بالاتری برخوردار است.

۲. واکاوی اقدامات دولت‌ها در مبارزه با کووید ۱۹ ما را به این نتیجه رهنمون می‌سازد که نقض استاندارد حمایت کامل و امنیت در جهت حفظ بهداشت عمومی همواره مورد اتفاق حقوق سرمایه‌گذاری بین‌المللی بوده، اما می‌بایست میان بهداشت عمومی و استاندارد حمایت کامل و امنیت، تعادل و سازگاری ایجاد کرد.

۳. بدیهی است که چنانچه فضای مناسب، شفاف و ایمن برای حفظ بهداشت عمومی فراهم گردد، زمینه نقض بی‌مورد استاندارد حمایت کامل و امنیت از میان خواهد رفت، یا به حداقل ممکن خواهد رسید.

۴. پیش‌بینی می‌شود که اقدامات کشور ما در مبارزه با کووید ۱۹ منجر به دعاوی متعددی در دیوان‌های داوری شود، و چه بسا محکومیت ما را به دنبال داشته، و محکوم له برای اجرای آن آراء به دادگاه‌های ما مراجعه نماید. در این صورت، واحد اجرای احکام دادگاه‌ها می‌تواند بدین دلیل که رأی مورد تقاضا با نظم عمومی مغایرت دارد، از شناسایی و اجرای آن خودداری کنند.



## منابع

### فارسی

- ابدالی، مهرداد (۱۳۸۹)، «تحلیل مفاهیم اعتبار حقوقی و هنجار حقوقی»، دانشگاه تربیت مدرس، مدرس علوم انسانی - پژوهش‌های حقوق تطبیقی، دوره ۱۴، شماره ۲.
- اعتمادی، فرهاد (۱۳۸۴)، دادگاه داوری دعاوی ایران و آمریکا، تهران: گنج دانش.
- بهمنی، محمدعلی و علی شهبازیان (۱۳۹۹)، «حمایت از حق بر سلامت در دعاوی سرمایه‌گذاری ناشی از بیماری‌های فراگیر جهانی با تکیه بر کووید-۱۹»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، ویژه‌نامه حقوق و کرونا، دوره ۲۳.
- بیگزاده، ابراهیم و دیگران (۱۳۹۹)، «معضل کرونا در آیین حقوق بین‌الملل معاصر»، مجله تحقیقات حقوقی، ویژه‌نامه حقوق و کرونا، دوره ۲۳.
- جواهری محمدی، حسین (۱۴۰۰)، «امکان سنجی تطبیق قوه قاهره بر شرایط حاصل از شیوع کرونا با تأکید بر رویه قضایی»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۱۱۴.
- رضایی، علی (۱۴۰۰)، «شرط اقدامات منع‌نشده» در معاهدات سرمایه‌گذاری خارجی؛ مفهوم، مبانی و چالش‌ها»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۵، شماره ۱۱۳.
- رودلف دالزر، کریستف شروتر (۱۳۸۹)، اصول حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری، ترجمه سید قاسم زمانی و به آذین حسینی، تهران: انتشارات شهر دانش.
- قنبری جهرمی، محمدجعفر و حمیدرضا علیخانی کردشامی (۱۳۹۵)، «حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی در معاهده منشور انرژی»، مجله تحقیقات حقوقی، دوره ۱۹، شماره ۷۴.
- ماتياس هردگن (۱۳۹۷)، اصول حقوق بین‌الملل اقتصادی، ترجمه محمد ضیایی بیگدلی و صادق ضیایی بیگدلی، تهران: گنج دانش.
- محقق داماد، سیدمصطفی (۱۳۹۳)، حقوق بین‌الملل اسلامی، رهیافتی اسلامی، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
- نیازآبادی، مهدی و نرگس انصاری (۱۳۹۹)، «تحلیل وضعیت ناشی از شیوع ویروس کرونا ذیل معاذیر عدم اجرای تعهدات قراردادی»، مجله تحقیقات حقوقی، ویژه‌نامه حقوق و کرونا، دوره ۲۳.

### عربی

- سرخسی، شمس‌الدین (بی‌تا)، شرح السیر الکبیر، جلد چهارم.

### انگلیسی

- Bungenberg, M., Herrmann, C., Krajewski, M., Terhechte, J.P., Ziegler, A.R (2019). EYIEL Monographs, **Studies in European and International Economic Law**, Volume 8, Springer Nature Switzerland.
- J. Vandeveld, Kenneth (2010), **Bilateral Investment Treaties: History, Policy, and Interpretation**, New York: Oxford University Press.
- Mantilla.Blanco, Sebastian (2019), **Full Protection and Security in International investment Law**, Springer.

- Oppenheim, L (1905), **International Law**. 1st edition. London, New York, Toronto: Longmans, Green, and Co.
- Root, Elihu (1910), **The basis of Protection to Citizens Residing Abroad**, Vol. 4, 4AJIL.
- W. Salacuse, Jeswald (2013), **The Three Laws of International Investment. National, Contractual and International Frameworks for Foreign Capital**, 1st edition, Oxford University Press.

#### Articles

- C. Thomas, J (2002), “Reflections on Article 1105 of NAFTA: History, State Practice and the Influence of Commentators”, **ICSID Review - Foreign Investment Law Journal**, 17:1.
- Ha 'berli. C, Smith. F (2014), “Food Security and Agri-Foreign Direct Investment in Weak States: Finding the Governance Gap to Avoid “Land Grab””. **The Modern Law Review**, 77:2: p 189, 222.
- Junngan, Nartnirun (2018), “The Full Protection and Security standard in International Investment Law: What and Who is Investment Fully Protected and secured From?”, **American University business law review**, Vol. 7:1, p 26.
- Mills, Alex (2011) ‘Antinomies of Public and Private at the Foundations of International Investment Law and Arbitration’. **Journal of International Economic Law**, 14:2, pp 469, 470.
- Paulssons, Jan (2005), “**Denial of Justice in International Law**”. London: Cambridge University Press.
- R. Wilson, Robert (1951), ‘Property-Protection Provisions in United States Commercial Treaties’, 45 **AM. J. INT'L L.** No. 1.
- Spears, S.A (2010), ‘The Quest for Policy Space in a New Generation of International Investment Agreements’, **Journal of International Economic Law**, 13:4, pp1037, 1039–1040.
- Thjoernelund, M.C.Hoelck (2009), ‘State of Necessity as an Exemption from State Responsibility for Investments’, **Max Planck Yearbook of United Nations Law**, 13 ,pp 423, 432–44.

#### Cases

- **AMT v Democratic Republic of Congo**, ICSID Case No. ARB/93/1, Award, 21 February 1997.
- **Apotex Holdings Inc. and Apotex Inc. v. United States of America**, ICSID Case No. ARB (AF)/12/1, Award (Aug.25,2014).
- **Crompton (Chemtura) Corp. v. Government of Canada**, UNCITRAL, Award (Aug. 2, 2010).
- **Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic**, ICSID Case No. ARB/01/3.
- **LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International, Inc. v. Argentine Republic**, ICSID Case No. ARB/02/1, para 214 at p 64.
- **Marvin Feldman v Mexico**, ICSID Case No. ARB (AF)/99/1, (16 December 2002).
- **National Grid plc v. Argentine Republic**, UNCITRAL, Award (Nov. 3, 2008).

- Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7, Award (July 8, 2016).
- Sempras Energy International v Republic of Argentina, ICSID Case No. ARB/02/16, Award, (28 September 2007).
- Tecnicas Medioambientale TECMED SA v United Mexican States, ICSID Case No. ARB (AF)/00/2, Award, (29 May, 2003).
- Total S.A. v Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/04/1, Decision on Liability, (Dec. 27, 2010).

### Internet Sites

- Alert, Spain (15mars 2020), “COVID-19: Royal Decree declaring situation of emergency published”, (21 Jul 2020).  
[https://www.garrigues.com/en\\_GB/new/covid-19-royal-decree-declaring-situation-emergency-published](https://www.garrigues.com/en_GB/new/covid-19-royal-decree-declaring-situation-emergency-published)
- Allen & Overy, (17 July 2020), “Covid-19 coronavirus update: global application of foreign investment control rules”, (21 Jul 2020).  
<https://www.allenoverly.com/en-gb/global/news-and-insights/publications/covid-19-coronavirus-update-global-application-of-foreign-investment-control-rules>.
- Craig D. Gaver & Nishadee Perera (4April 2020), “Covid-19 symposium: Will the Un Security Council Act on Covid-19? in: Covid-19 and international law, opinion juris symposium”, <http://opiniojuris.org/2020/04/04/covid-19-symposium-will-the-un-security-council-act-on-covid-19>.
- ICSID Case No. ARB/06/4, Award, 1-5, at 6 (Apr. 15, 2016), Para 207, 317 & 318.  
<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7230.pdf>.
- Investment, (11 January 2019), “The Energy Charter Treaty (ECT) Remains the Most Frequently Invoked IIA”, (21 Jul 2020),  
<https://www.energycharter.org/media/news/article/the-energy-charter-treaty-ect-remains-the-most-frequently-invoked-iiia>.
- Javier, Espinoza, European Commission Warns Member States on Mask Export Ban, Financial Times (2020).  
<https://www.ft.com/content/1bbdfbd0-5fbc-11ea-b0ab-339c2307bcd4>
- Paris Senate Rules, (24mars 2020), “LOI n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid19 (1)” (21Jul2020),  
<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000041746313&categorieLien=id>.
- Rajesh Kumar, Singh, India bans all exports of virus drug often touted by Trump, Bloomberg, 2020.  
<https://news.bloomberglaw.com/health-law-and-business/india-bans-all-exports-of-virus-drug-often-touted-by-trump-2>
- Suez, Sociedad Gen. de Aguas de Barcelona S.A. v. Arg., ICSID Case No. ARB/03/19, Decision on Liability, 170-71 (July 30, 2010), para 171 & 172  
<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0826.pdf>.

- United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD) (2019), 'Investment Dispute Settlement Navigator', Investment Policy Hub, (21 Jul 2020). <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement>.
- <https://rc.majlis.ir/fa/law/show/94034>.

## بررسی مصادیق ایراد عدم احراز سمت در دادرسی مدنی با تأکید بر رویه قضایی

مصطفی السان\*، پیام خنجری کاکاوندی\*\*

### چکیده

ایراد فاقد سمت بودن نماینده خواهان در زمان تقدیم دادخواست، یکی از ایراداتی است که طبق بند ۸۴ و ماده ۸۹ قانون آیین دادرسی مدنی موجب صدور قرار رد دعوا می‌شود. در صورتی که دادخواست را اصیل تقدیم کند، این ایراد صدق نمی‌کند؛ زیرا سمت، موضوعی است که تنها در مورد نماینده مطرح می‌شود. به علاوه، آثار فقدان یا از دست دادن سمت در جریان دادرسی، متفاوت از نبود سمت برای نماینده خواهان در زمان اقامه دعوا می‌باشد. در این مقاله، ضمن پرداختن به مفهوم نمایندگی و برخی از مصادیق آن در رویه قضایی، موضوع فقدان سمت و آثار آن در دادرسی مدنی ایران مورد بررسی قرار می‌گیرد. پرسش اصلی این است که ایراد عدم احراز سمت به چه معناست و هرگاه این ایراد در روند دادرسی وارد تشخیص داده شود، دادگاه در مورد آن چه تصمیمی باید اتخاذ نماید؟ دلایل متعددی می‌تواند موجب غیرقانونی بودن سمت شخصی باشد که مدعی نمایندگی است؛ در هر حال، دادگاه باید با احراز این امر در جریان دادرسی، از مداخله شخص فاقد سمت در روند دادرسی ممانعت به عمل آورد.

واژگان کلیدی: سمت، نمایندگی، قرار رد دعوا، طرح ایراد

\* دانشیار گروه حقوق خصوصی و اسلامی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهیدبهشتی، تهران، ایران (نویسنده مسئول)  
m\_elsan@sbu.ac.ir

\*\* دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشگاه آزاد اسلامی (واحد زنجان)، زنجان، ایران

### مقدمه

در صورتی که ذی‌نفع اهلیت قانونی برای طرف دعوا واقع شدن را نداشته باشد یا با وجود داشتن اهلیت، نخواهد شخصاً در دعوایی که یکی از اصحاب آن است مداخله نماید، حسب مورد به‌طور قهری یا ارادی از نماینده برای وی استفاده خواهد شد. بنابراین، نمایندگی در دعوا ممکن است ارادی باشد، مانند وکیل دادگستری که به‌موجب قرارداد وکالت، نمایندگی هریک از اصحاب دعوا را در هر مرحله از دادرسی عهده‌دار می‌شود؛ یا قهری باشد، مانند ولی قهری یا قیم یا مدیر تصفیه که به حکم قانون، نمایندگی شخص تحت سرپرستی یا تحت اداره خویش را عهده‌دار است. در هر حال، تنها شخصی می‌تواند به نمایندگی از ذی‌نفع در دعوا مداخله کند که سمت وی به‌عنوان «نماینده» در «قانون» به رسمیت شناخته شده باشد (افتخارجهرمی و السان، ۱/۱۳۹۹: ۵۵). دادگاه نمی‌تواند دادخواست را از شخصی که سمت وی قانوناً معتبر و محرز نیست، بپذیرد و باید به استناد بند (۵) ماده ۸۴، ماده ۸۹ و ماده ۳۵۰ قرار رد دعوا صادر کند (کریمی، ۱۳۸۶: ۱۰۲). در نتیجه و برای مثال، هرگاه باغ شخصی که در خارج از کشور اقامت دارد، غصب شده باشد؛ برادر وی نمی‌تواند به نمایندگی از او علیه غاصب دعوی خلع ید طرح کند یا حتی برای برادر مقیم خارج خود وکیل بگیرد. زیرا برای طرح دعوا قانوناً سمت ندارد و برای گرفتن وکیل فاقد اختیار قانونی است. به همین ترتیب، «فقط موجر که طرف اجاره بوده است، ذی‌حق در اقامه دعوی بوده و شخص ثالث بدون ارائه وکالت‌نامه از او و یا مدرکی که دلالت کند بر اینکه مال‌الاجاره به او انتقال یافته حق اقامه این دعوا را نداشته»<sup>۱</sup> است.

چالش مقاله، مصادیقی از ایراد عدم احراز سمت می‌باشد که میان حقوق‌دانان و اغلب در رویه قضایی محل اختلاف است. مقاله، ضمن بررسی دیدگاه‌های مختلف راهکارهای مبتنی بر تحلیل و منطقی برای مصادیق مختلف ارائه می‌نماید. در این مقاله، ضمن پنج گفتار بدین شرح موضوع «ایراد عدم احراز سمت در دادرسی مدنی با تأکید بر رویه قضایی» مورد بررسی قرار می‌گیرد: مفهوم ایراد عدم احراز سمت (گفتار اول)، نمایندگی از شرکت‌ها و مؤسسات (گفتار دوم)، مقررات و قواعد مرتبط با سمت وکیل دادگستری (گفتار سوم)، مصادیق خاص نمایندگی (گفتار چهارم) و آثار سمت نداشتن نماینده (گفتار پنجم)، بررسی شده و در پایان نتیجه و پیشنهادهاى مرتبط ارائه می‌شود.

### ۱. مفهوم ایراد عدم احراز سمت

در مرحله اقامه دعوا، ایراد عدم احراز سمت به این معناست که شخصی به نمایندگی از خواهان

۱. رأی شماره ۱۳۳۹-۱۳۱۲/۱۲/۲۲-محکمه عالی انتظامی قضات

دادخواست داده، اما قانوناً چنین امکان یا اختیاری نداشته باشد. سمت نداشتن در دعوا، ویژه حالتی است که نماینده در دادرسی مداخله کرده باشد و تقدیم دادخواست به اصالت نیازی به اثبات سمت دادخواست‌دهنده ندارد.<sup>۱</sup> آنچه در مورد اصیل اهمیت دارد، «ذی‌نفعی» وی در دعواست (نک: محسنی، ۱۳۸۸). به عبارت دیگر، فقد سمت اصیل در دعوا تنها می‌تواند ناشی از بی‌نفعی وی باشد و حالت دیگری ندارد. برای مثال، اگر شخصی که در زمان اقامه دعوی که فرع بر مالکیت اوست، مالک نباشد<sup>۲</sup>، یا وارث در حالی که مورث زنده است، دعوی در حدود اختیارات و حقوق مورث طرح کند، دعوی او به جهت بی‌نفعی مردود است و بحث عدم سمت مطرح نمی‌شود.

معیار تشخیص اصالت یا سمت، کارت ملی و شناسنامه یا سایر مدارک احراز سمت (قرارداد وکالت (وکالتنامه) منعقد شده میان وکیل و موکل) و مدارکی مانند پروانه وکالت یا قیم‌نامه می‌باشد. بنابراین اگر شخصی واقعاً پدر صغیر باشد، اما در شناسنامه صغیر مشخصات شخص دیگری به‌عنوان پدر وی ذکر شده و او فوت نموده باشد، تا زمانی که پدر واقعی ادعای نسب خود را اثبات نکرده، نمی‌تواند به‌عنوان ولی قهری از جانب صغیر اقدام نماید (نظریه مشورتی اداره حقوقی وزارت دادگستری، مندرج در شماره ۱۸ هفته دادگستری: ۲۷۲).

باید توجه داشت که عدم اهلیت تمتع هر یک از طرفین در زمان اقامه دعوا می‌تواند به‌عنوان مانع ماهوی در مسیر استماع دعوا تلقی گردد. در حالی که بند ۳ ماده ۸۴ قانون آیین دادرسی مدنی میان عدم اهلیت تمتع و استیفا - به غلط - تفکیک قائل نشده است (محسنی، ۱۳۹۳: ۱۴۹).

در صورتی که قانون خاص، به‌طور استثنایی برای شخصی سمت نمایندگی قائل شده باشد، ایراد عدم احراز سمت صدق نخواهد کرد. برای مثال، به‌موجب ماده ۶ قانون حمایت خانواده (مصوب ۱۳۹۱/۱۲/۰۱)، «مادر یا هر شخصی که حضانت طفل یا نگهداری شخص محجور را به اقتضای ضرورت برعهده دارد، حق اقامه دعوا برای مطالبه نفقه طفل یا محجور را نیز دارد». از این‌رو، زوجه می‌تواند برای مطالبه نفقه فرزند مشترک که تحت حضانت اوست، به طرفیت زوج طرح دعوا نماید و ایراد فقدان سمت وارد نیست.<sup>۳</sup> این موضوع در ماده ۴۷ قانون حمایت خانواده مصوب (۱۳۹۱/۱۲/۰۱) نیز به‌طور ضمنی مقرر شده است.

بنابراین یک تحلیل دیگر وظیفه مادر در چنین دعوایی، بازی کردن نقش طرف دعوا در رابطه

۱. رأی شماره ۱۲/۴۰-۱۲/۱۶-۱۳۳۰/شعبه ۴ دیوان عالی کشور

۲. رأی شماره ۱۲۲۳-۱۳۸۲/۰۹/۰۹-شعبه ۱۲ دادگاه تجدیدنظر استان تهران

۳. رأی شماره ۹۲۰۶۰۷ مورخ ۱۳۹۲/۰۴/۲۵ شعبه ۲ دادگاه تجدیدنظر استان تهران

آیین دادرسی به‌عنوان دوست دادگاه است که در اصل ۱۳ از اصول آیین دادرسی مدنی فراملی نیز بدان پرداخته شده است (محسنی، ۱۳۹۸: ۲۵۷).

## ۲. نمایندگی از شرکت‌ها و مؤسسات

نمایندگی قانونی مدیر یا مدیران شرکت‌ها و مؤسسات از سازمان متبوع خود را نمی‌توان با نمایندگی قراردادی یا وکالت مقایسه کرد و خلط نمود. این دو، مبنای متفاوتی دارند. در مورد شخص حقوقی، از آن جهت که این اشخاص ذاتاً نمی‌توانند اقدام کنند، اساسنامه یا سند مؤسس سازمان، با تابعیت از قانون، جایگاه و شرایط شخص یا اشخاص دارنده حق امضای مجاز - از جمله برای اقامه دعوا و توكیل به وکیل دادگستری، در صورت صلاحدید - مشخص می‌نماید. دارنده حق امضای شرکت‌ها و مؤسسات غیردولتی می‌تواند به نمایندگی از شرکت دادخواست داده یا به‌عنوان نماینده خواهان یا خوانده در دادرسی مداخله کند. همچنین دارنده حق امضا می‌تواند برای شرکت (در مفهوم عام شامل هر مؤسسه یا نهاد دارای شخصیت حقوقی) وکیل دادگستری بگیرد.

ابهامی که در این خصوص وجود دارد مربوط به تعارض ماده ۱۲۵ قانون تجارت و مفاد اساسنامه شرکت‌هاست. به این معنا که طبق ماده مذکور، «مدیرعامل شرکت در حدود اختیاراتی که توسط هیئت‌مدیره به او تفویض شده است، نماینده شرکت محسوب و از طرف شرکت حق امضاء دارد». حال آنکه امکان دارد طبق اساسنامه یا شرکت‌نامه، امضای اسناد تعهدآور شرکت توسط شخص مدیرعامل به تنهایی کافی نباشد و امضای یکی از اعضای هیئت‌مدیره به همراه مهر شرکت لازم باشد. در چنین فرضی، ممکن است چنین تلقی شود که حضور مدیرعامل (به‌تنهایی) در دادگاه یا اعطای وکالت به وکیل، نمی‌تواند برای شرکت تعهدی ایجاد کند. در واقع، چنین مدیری به‌تنهایی نماینده شرکت محسوب نمی‌گردد تا در نتیجه به تنهایی دادخواست تقدیمی را امضا کرده یا منفرداً به وکیل دادگستری، از جانب شرکت وکالت دهد (رای شماره ۴۰۳ مورخ ۱۳۷۰/۰۷/۰۴ شعبه هفدهم دیوان عالی کشور). در فرض فوق، اگر اعضای هیئت‌مدیره، حق انتخاب وکیل دادگستری یا انجام برخی از اعمال شرکت را به مدیرعامل تفویض کرده باشند، اقدام انفرادی مدیرعامل دارای اعتبار است. زیرا با وجود تفویض اختیار و مهر شرکت در ذیل دادخواست تقدیمی یا وکالت‌نامه، تخلفی از اساسنامه شرکت صورت نگرفته است و «عدم امضای یکی از اعضای هیئت‌مدیره در تنظیم قرارداد وکالت مؤثر در مقام نبوده و نافی سمت و اختیار مدیرعامل شرکت در انتخاب وکیل دادگستری به‌منظور اقامه دعوا در مراجع قضایی نمی‌باشد» (رای شماره ۲۵۰ مورخ ۱۳۸۰/۰۸/۰۶ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری).



اما در فرضی که طبق اساسنامه و آنچه در روزنامه رسمی آگهی شده، امضای حداقل دو نفر از اعضای هیئت مدیره و مهر شرکت، لازمه اعتبار اسناد تعهدآور شرکت باشد؛ مدیری که به تنهایی دادخواست را امضا کرده، فاقد سمت است. همچنین وکیلی که او به تنهایی انتخاب می‌کند نیز قانوناً فاقد سمت می‌باشد. زیرا دادخواست و وکالت‌نامه، از اسنادی است که می‌تواند برای شرکت تعهدآور باشد و در مورد حد نصاب امضا و مهر لازم برای انجام و انعقاد آن‌ها، نمی‌توان برخلاف اساسنامه عمل نمود.

باید توجه داشت رویه دادگاه‌ها در سال‌های اخیر بر این قرار گرفته که اختیار اقامه دعوا و امضای دادخواست و وکالت‌نامه را متفاوت از سایر امضاها و مدیران شرکت می‌بینند. هنگامی که در اساسنامه شرکت، اقامه دعوا در زمره اختیارات هیئت مدیره شرکت نوشته شده باشد، ولی در روزنامه رسمی شرکت، اختیار اقامه دعوا به صورت جداگانه به صاحب یا صاحبان مجاز امضا تفویض نشده باشد، صرف وجود امضای مجاز در ذیل دادخواست و یا وکالت‌نامه را برای احراز سمت کافی نمی‌دانند و امضای اکثریت اعضا یا مصوبه خاص هیئت مدیره را لازم می‌دانند. به نظر می‌رسد این رویه قابل تأیید است. زیرا آنچه در روزنامه رسمی آگهی می‌شود، ملاک اطلاع و تحقق حقوق اشخاص ثالث قرار می‌گیرد و نمی‌توان اشخاص ثالث را به توافقات پنهانی که در داخل یک شرکت صورت گرفته، پایبند دانست.

در مورد شرکت در حال تصفیه، این شرکت تا پایان کار تصفیه دارای شخصیت حقوقی است. نماینده این شرکت در محاکم دادگستری، مدیر یا مدیران تصفیه می‌باشد (رأی شماره ۱۳۴۰/۰۶/۰۴ شعبه ۴ دادگاه بخش تهران)، که می‌تواند برای شرکت وکیل دادگستری بگیرد. مواد ۱۰۷ و ۱۲۰ لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت (مصوب ۱۳۴۷/۱۲/۲۴) و مواد ۲۰۲، ۲۰۹، ۲۱۳ و ۲۱۴ قانون تجارت بر این امر دلالت دارد (رأی شماره ۱۵۱ مورخ ۱۳۷۲/۰۳/۲۹ شعبه ۱۲ دیوان عالی کشور). شرکت پس از تصفیه، به طور کامل منحل شده و فاقد شخصیت حقوقی می‌شود. در چنین فرضی، قرارداد وکالت منعقد با وکیل دادگستری نیز منفسخ می‌گردد. مفهوم مخالف ماده ۲۰۸ قانون تجارت نیز بر همین امر دلالت دارد. در عین حال، پرسشی که مطرح می‌شود این است که اگر شخصی ادعایی علیه شرکت منحل داشته باشد، آیا این ادعا قابلیت طرح دارد و بر فرض مثبت بودن پاسخ، طرف دعوا چه شخصی خواهد بود؟

به جز در مورد شرکت‌های اشخاص (تضامنی و نسبی) که قانون، تحت شرایطی، امکان اقامه دعوا یا پیگیری اجرا به طرفیت شرکای پس از انحلال شرکت را پیش‌بینی کرده است (مواد ۱۲۶، ۱۲۹ و ۱۸۹ قانون تجارت)؛ در شرکت‌های سرمایه، مسئولیت شرکا یا سهام‌داران به میزان

سهام‌الشرکه یا سهام آن‌ها می‌باشد. جدایی شخصیت شرکت و شرکا نیز بر این امر دلالت دارد که نمی‌توان شرکا را به‌جای شرکت منحل طرف دعوا قرار داد.

با وجود تمام قواعد ماهوی فوق، تبصره ۳ ماده ۷۶ قانون آیین دادرسی مدنی، امکان ابلاغ به شرکت منحل را پیش‌بینی کرده است. به‌موجب این تبصره، «در دعاوی مربوط به شرکت‌های منحل شده که دارای مدیر تصفیه نباشند، اوراق اخطاریه و ضمایم آن به آخرین مدیر قبل از انحلال در آخرین محلی که به اداره ثبت شرکت‌ها معرفی شده است، ابلاغ خواهد شد».

در مورد اقامه دعوا له یا علیه شرکت‌های منحل و شرکای آن‌ها، تفاوتی بین شرکت‌های سرمایه و اشخاص نیست. مادامی که شرکت منحل نشده، دعوا به طرفیت شرکت و با نمایندگی مدیران آن اقامه می‌شود. هنگامی که شرکت منحل شده، لیکن عملیات تصفیه خاتمه نیافته، به‌دلیل بقای شخصیت حقوقی شرکت، باز هم وضعیت مانند حالت قبل از انحلال است. پس از خاتمه امر تصفیه، دیگر شرکت و شخصیت حقوقی باقی نیست تا بتوان علیه آن و یا به نفع آن طرح دعوا نمود. در عین حال، تبصره فوق، حداقل این معنا را می‌رساند که احتمال طرح دعوا به طرفیت شرکتی که منحل و کاملاً تصفیه شده، منتفی نمی‌باشد. در این خصوص، به نظر می‌رسد که با توجه به مواد ۲۰۵ و ۲۰۸ قانون تجارت، هرگاه دعوایی علیه شرکت منحل و تصفیه شده قابل طرح باشد، در واقع کاشف از این است که مدیر تصفیه به وظیفه خود در مورد تصفیه کامل شرکت عمل نکرده است؛ لذا باید با درخواست لغو نامه ختم تصفیه (تنظیمی از سوی مدیر تصفیه)<sup>۱</sup> امکان طرح دعوی اصلی را بر علیه شرکت منحل فراهم ساخت. هر راهکار دیگری در این خصوص، مانند طرح دعوا علیه دادستان یا آخرین مدیران پیش از انحلال و... با مانع منطقی (از جمله مغایرت با اصول و قواعد دادرسی) روبه‌رو خواهد شد.

در مقام جمع میان دو نظریه (امکان یا عدم امکان طرح دعوا علیه شرکت کاملاً منحل و تصفیه شده)، باید از حیث منشأ دعوا قائل به تفکیک شد: اگر دعوا مربوط به فعالیت‌های شرکت در دوران تصفیه و به‌طور مستقیم مرتبط با تصفیه و اعمالی همچون سوء اقدام یا سوء استفاده مدیر یا مدیران تصفیه باشد، قابل طرح است؛ در غیر این صورت، اصل بر عدم امکان طرح دعوا بر علیه

۱. ماده ۲۲۷ لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت (مصوب ۱۳۴۷/۱۲/۲۴ کمیسیون خاص مشترک مجلسین): «مدیران تصفیه مکلفند ظرف یک ماه پس از ختم تصفیه مراتب را به مرجع ثبت شرکت‌ها اعلام دارند تا به ثبت رسیده و در روزنامه رسمی و روزنامه کثیرالانتشاری که اطلاعیه‌ها و آگهی‌های مربوط به شرکت در آن درج می‌گردد، آگهی شود و نام شرکت از دفتر ثبت شرکت‌ها و دفتر ثبت تجاری حذف گردد».

شرکتی است که منحل شده و شخصیت حقوقی ندارد.

در خصوص دعاوی بین مالکین آپارتمان‌ها نسبت به مشاعات یا عدم پرداخت هزینه‌های مشترکات، «انجمن مالکین مجتمع آپارتمانی» از آن جهت که شخصیت حقوقی و در نتیجه وجود حقوقی ندارد، نمی‌تواند خواهان دعاوی مانند مطالبات شارژ معوقه علیه یکی از مالکین مجتمع مسکونی قرار گیرد. زیرا حتی اگر این انجمن به ثبت رسیده باشد، قانوناً نماینده مالکین نیست و «متصدی و ذی‌سمت در دعاوی موضوع قانون تملک آپارتمان‌ها که دارای بیش از سه مالک است، مدیر و هیئت‌مدیره انتخابی از جانب مالکین آپارتمان‌ها می‌باشد» (رای شماره ۹۱۰۱۷۲ مورخ ۱۳۹۱/۰۹/۲۲ شعبه ۵ دادگاه حقوقی تهران)؛ در این فرض، با توجه به تبصره ۲ ماده ۱۰ مکرر قانون تملک آپارتمان‌ها، ذکر نام و مشخصات کلیه مالکین مجتمع آپارتمانی توسط مدیر و هیئت‌مدیره انتخابی لازم نیست و نامبردگان به نمایندگی از مالکین (با توجه به مجوز استثنایی مذکور در قانون یاد شده)، طرح دعوا خواهند کرد. با این وصف، در مقررات فوق به‌طور استثنایی، امکان طرح دعوا راجع به ملک مشاعی توسط نماینده مالکین یا متصرفین مشاعی داده شده است.

### ۳. مقررات و قواعد مرتبط با سمت وکیل دادگستری

در مورد وکیل دادگستری، داشتن یا نداشتن سمت، به عوامل متعددی از جمله سمت و سن و عقل موکل، مندرجات وکالت‌نامه، اعتبار پروانه وکالت وکیل و... بستگی دارد. مقررات و قواعد مرتبط با سمت وکیل دادگستری در زیر بررسی می‌شود.

#### ۳-۱. فرض تعدد وکلا

در صورتی که خواهان دو نفر وکیل داشته باشد، چون اصل بر اقدام جمعی آنهاست (ماده ۶۶۹ قانون مدنی)، دادخواست باید به امضای هر دو وکیل رسیده باشد، مگر اینکه اختیار اقدام مستقل هر یک از وکلا در وکالت‌نامه پیش‌بینی شده باشد، در فرض اجتماع وکلا یا عدم پیش‌بینی استقلال وکلا در وکالت‌نامه، وکیلی که به تنهایی دادخواست داده، فاقد سمت بوده و نتیجه این امر طبق بند ۵ ماده ۸۴ و ماده ۸۹ قانون آیین دادرسی مدنی، قرار رد دعواست.

بر فرض تعدد وکلا، وقت رسیدگی و نیز رأی دادگاه باید به همه آنها ابلاغ شود (رای شماره ۷۹۵ مورخ ۱۳۳۰/۰۷/۰۹ شعبه ۴ دیوان عالی کشور). مهلت شکایت از رأی نیز در مورد هر یک از وکلای متعدد جداگانه محاسبه می‌شود. در این مورد، تفاوتی میان شرط اجتماع یا استقلال وکلا در وکالت‌نامه وجود ندارد. لذا اگر رأی بدوی به وکیلی دیرتر ابلاغ شده باشد، نمی‌توان حق

تجدیدنظرخواهی پیش‌بینی شده برای آن وکیل را با این استدلال که به وکیل دیگر زودتر ابلاغ شده و وی در مهلت تجدیدنظرخواهی نکرده است، نادیده گرفت.<sup>۱</sup> زیرا با توجه به اصل حاکمیت اصحاب دعوی مدنی، موکل اراده خویش را به هریک از وکلا به‌طور مستقل تفویض نموده و ماده ۵۷ قانون آیین دادرسی مدنی و تبصره آن نیز دلالتی بر این ندارد که ابلاغ به یکی از وکلا کفایت می‌کند. در عین حال، «با وجود وکیل، ابلاغ اوراق قضایی به موکل اعتبار ندارد و هرگونه اخطار از جمله اخطار رفع نقص، می‌بایست به وکیل ابلاغ شود» (رای شماره ۹۲۰۶۹۶ مورخ ۱۳۹۲/۰۷/۱۴ شعبه ۱۲ دیوان عالی کشور). مفهوم مخالف ماده ۴۶ قانون آیین دادرسی مدنی نیز بر همین امر دلالت دارد.

نظریه مشورتی شماره ۷/۹۳/۱۱۹۴ مورخ ۱۳۹۳/۰۵/۲۱ استدلال فوق را تأیید می‌کند. طبق این نظریه: «در فرضی که یکی از اصحاب دعوا دو وکیل معرفی نموده و در وکالتنامه به هر کدام حق اقدام انفرادی داده است، مبدأ احتساب مهلت تجدیدنظر یا فرجام‌خواهی از رأی هر کدام از وکلا به‌طور انفرادی تاریخ ابلاغ رأی به خود آن وکیل خواهد بود. ولی در مورد وکلایی که مجتمعاً حق تجدیدنظرخواهی یا فرجام‌خواهی دارند، ملاک تاریخ آخرین ابلاغ خواهد بود».

### ۲-۳. عدم امکان وکالت دادگستری از جانب وکیل مدنی

اگر ذی‌نفع به شخص دیگری درخصوص خواسته، وکالت مدنی (رسمی) داده و به وی حق هرگونه اقدامی از جمله اختیار طرح دعوا و مراجعه به دادگستری را اعطا کرده باشد، آن وکیل رسمی، اگر وکیل دادگستری نباشد، نمی‌تواند شخصاً اقدام به طرح دعوا نماید؛<sup>۲</sup> بلکه در صورت پیش‌بینی

۱. «در صورتی که شخصی دارای دو وکیل باشد، ملاک محاسبه شروع مهلت تجدیدنظرخواهی، تاریخ ابلاغ به وکیل دوم است»؛ (رای شماره ۹۲۰۵۸۴ مورخ ۱۳۹۲/۰۵/۱۲ شعبه ۴۹ دادگاه تجدیدنظر استان تهران). نظر مخالف: «چنانچه دو نفر وکیل در پرونده دخالت داشته باشند مهلت اعتراض از روز ابلاغ به وکیل اول آغاز می‌شود؛ بنابراین وکیلی که ابتدائاً دادنامه به وی ابلاغ شده در جهت حفظ حقوق موکل خود تکلیف قانونی دارد تا با اختیار حاصل از وکالت‌نامه منفرداً یا با وکیل دیگر مجتمعاً، مبادرت به اعتراض نسبت به رأی (فرجام‌خواهی) در مهلت مقرر نماید تا حقوق قانونی موکلش از حیث عدم استفاده از مهلت فرجام‌خواهی در مخاطره قرار نگیرد»؛ (رای شماره ۹۲۰۵۰۵ مورخ ۱۳۹۲/۰۸/۱۴ شعبه ۱۰ دیوان عالی کشور).

۲. رأی شماره ۱۳۷۶/۰۷/۲۸-۱۰۳۵ شعبه ۴ دادگاه تجدیدنظر استان تهران؛ ماده ۲۶ قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب، اشخاصی را که حق مداخله در دادرسی دارند، مشخص کرده است. به موجب ماده ۱۷۴ قوانین موقتی اصول محاکمات حقوقی (مصوب مورخ ۱۹ ذی‌القعدة ۱۳۲۹ قمری، ۱۲۹۰/۰۸/۱۹ شمسی کمیسیون قوانین عدلیه)، «وکلائی متداعیین باید دارای شرایط و اوصافی باشند که در مواد (۲۳۶ الی ۲۳۸) قانون تشکیلات عدلیه

امکان استفاده از وکیل دادگستری در وکالت‌نامه رسمی، می‌تواند مع‌الواسطه برای اصیل، اقدام به انعقاد قرارداد با وکیل دادگستری نماید. در واقع، به‌موجب ماده ۵۵ قانون وکالت، وکیل رسمی برای طرح دعوا از جانب اصیل، فاقد سمت قانونی بوده و اگر طرح دعوا کند، قرار رد دعوا صادر می‌گردد. اعطای وکالت در انتخاب وکیل دادگستری باید به‌موجب سند رسمی باشد، در غیر این صورت چون احتمال انکار، تردید یا جعل نسبت به آن از سوی اصیل یا طرف دعوا وجود دارد، نمی‌تواند مبنای تنظیم وکالت‌نامه با وکیل دادگستری قرار گیرد.

برای مثال، بانک دولتی ملک تحت اجاره‌ای را به‌عنوان وثیقه وام قبول کرده و سپس آن را به‌جهت بازپرداخت نشدن تسهیلات بانکی، با طی تشریفات قانونی تملک می‌کند. بانک مذکور برای تخلیه ید مستأجر، طی سند عادی به موجر (مالک قبلی) اختیار می‌دهد که به نمایندگی از بانک (مالک فعلی) اقدام به طرح دعوا علیه مستأجر و در صورت نیاز، استفاده از وکیل دادگستری برای تخلیه و تحویل ملک نماید. در این مورد، نسبت به دعوایی که موجر یا وکیل دادگستری منتخب از جانب وی به نمایندگی از بانک دولتی طرح می‌شود، ایراد عدم سمت قانونی صدق می‌کند. ازجمله به این دلیل که تفویض اختیار به شهروندان عادی از سوی نهادها و شرکت‌های دولتی، موجب ایجاد نمایندگی حقوقی آن گونه که ماده ۳۲ قانون آیین دادرسی مدنی مقرر داشته نمی‌شود. به‌علاوه، سند تفویض نمایندگی باید مسلم‌الصدور باشد.

در این خصوص باید توجه داشت که «قرارداد بانکی، قرارداد رسمی محسوب نمی‌شود. این موضوع را متن صریح ماده ۷ قانون تسهیل اعطای تسهیلات بانکی تأیید می‌کند. به‌واقع، هرچند به نظر می‌رسد قراردادهای تنظیم شده در بانک‌های دولتی هر سه شرط سند رسمی مذکور در ماده ۱۲۸۷ قانون مدنی (تنظیم توسط مأمور صالح، مطابق با قانون و در حدود صلاحیت) را دارا هستند؛ ماده ۱۵ قانون عملیات بانکی بدون ربا و ماده ۷ قانون فوق‌الذکر، در مقام بیان، این قراردادها را سند رسمی محسوب نکرده‌اند» (السان، ۱۳۹۹: ۲۶۴).

مقرر است. در ماده ۲۳۶ قانون اصول تشکیلات عدلیه و محاضر شرعیه و حکام صلحیه (مصوب مورخ ۲۱ رجب ۱۳۲۹، ۱۳۹۰/۰۴/۲۴ قمری کمیسیون عدلیه)، نیز تصریح شده بود: «وکلائی عدلیه بر دو قسم‌اند: رسمی و غیررسمی. وکلای رسمی اشخاصی هستند که شغل خودشان را وکالت در محاکم قرار داده و بدین‌صفت معرفی شده‌اند. وکلای غیررسمی کسانی هستند که عمل به وکالت را شغل خود قرار نداده و اگر وکالتی را می‌کنند بر سیل اتفاق می‌باشد».

### ۳-۳. انقضای اعتبار پروانه وکالت وکیل دادگستری

اگر مدت اعتبار پروانه وکالت وکیل دادگستری منقضی شده و وکیل (به هر دلیل) نسبت به تمدید اعتبار آن اقدام ننماید، از تاریخ انقضای اعتبار پروانه، فاقد سمت تلقی می‌شود (رای شماره ۶۱۳ مورخ ۱۳۷۲/۰۹/۰۶ شعبه ۲۴ دیوان عالی کشور). زیرا پروانه وکالت، مجوز سمت وکیل بوده و با توجه به مقید بودن اعتبار آن به زمان، در فرض عدم تمدید، وکیل فاقد مجوز برای اقامه دعوا یا مداخله در دادرسی از طرف خواهان یا خوانده می‌باشد.

### ۳-۴. اثر توکیل در بقای وکالت اصلی

در صورتی که به موجب وکالت‌نامه، وکیل حق توکیل داشته و بر همین اساس، به وکیل دادگستری دیگری اعطای وکالت نماید، سمت وکیل (اصلی) با این اقدام از بین نمی‌رود. زیرا توکیل به غیر از وکیل اصلی سلب اختیار نمی‌کند؛ کما اینکه موکل نیز اگر موضوع وکالت را شخصاً انجام دهد، صحیح و قانونی است (رای شماره ۵۷۳ مورخ ۱۳۷۳/۰۸/۲۴ شعبه ۶۵ دادگاه حقوقی تهران)؛ به علاوه، موکل (اصیل) می‌تواند، وکیل اصلی یا وکیل مع‌الواسطه را عزل کند. در فرض عزل وکیل اصلی، وکیل منتخب آن وکیل نیز منعزل می‌شود. زیرا اراده وی وابسته به وکیل اول می‌باشد و موکل (اصیل) با وی رابطه قراردادی مستقیمی ندارد که بتوان وکالت او را باقی دانست.

### ۳-۵. اثر اقدامات وکیل پس از عزل یا استعفا

قاعده عمومی این است که اقدامات وکیل قبل از اطلاع وی نسبت به عزل خود در حق موکل مؤثر است (رای شماره ۴۴۸ مورخ ۱۳۷۲/۰۵/۰۴ شعبه ۲۵ دادگاه حقوقی یک تهران؛ ماده ۶۸۰ قانون مدنی: «تمام اموری که وکیل قبل از رسیدن خبر عزل به او در حدود وکالت خود بنماید، نسبت به موکل نافذ است»). عزل وکیل ممکن است ضمن عقد لازمی از موکل سلب شده باشد که در این صورت، وکالت وکیل تا فوت هر یک از وکیل یا موکل به اعتبار خود باقی خواهد بود (نظریه مشورتی مورخ ۱۳۵۳/۰۳/۰۵ کمیسیون مشورتی آیین دادرسی مدنی اداره حقوقی وزارت دادگستری). اگر موکل، مراتب عزل وکیل را به دادگاه اعلام کرده باشد، طبق ماده ۳۸ قانون آیین دادرسی مدنی، از آن پس، دادگاه دیگر هیچ اقدامی را از طرف وکیل (سابق) در حق موکل (سابق) اجازه نخواهد داد. زیرا دادگاه از عزل وی آگاه شده و قانوناً نمی‌تواند با علم به عزل وکیل، اقدامات وی را به رسمیت بشناسد.

در مورد استعفای وکیل، «مادامی که معلوم است موکل به اذن خود باقی است وکیل می‌تواند در

آنچه وکالت داشته اقدام کند»<sup>۱</sup>. در این فرض، با استعفای وکیل، عقد وکالت از بین می‌رود و اقدامات بعدی وکیل، صرفاً در راستای اذن یک‌جانبه موکل و توجه قانون به مصالح وی قابل تحلیل و توجیه است. البته وفق مفهوم ماده ۳۹ قانون آیین دادرسی مدنی، وقتی مراتب استعفای وکیل، کتباً به دادگاه اعلام گردد، پس از آن، وکیل دادگستری در آن پرونده فاقد سمت گردیده و حق اقدام ندارد؛ در واقع قانون شکلی از گسترش این استثنا که بتوان بقای اذن موکل را پس از پایان عقد وکالت استصحاب کرد، به وکالت در دادگستری، خودداری کرده است؛ زیرا دادگاهی که کتباً از عزل یا استعفای وکیل آگاه شده، بنابر قاعده ظاهر نمی‌تواند به اقدامات آن وکیل ترتیب اثر بدهد.

#### ۳-۶. عدم پیش‌بینی اختیار شکایت برای وکیل در وکالت‌نامه

در حقوق فرانسه، وکیل دادگستری معاف از ارائه دلیل توجیه نمایندگی خود در دادگاه می‌باشد (ماده ۴۲۳ قانون آیین دادرسی مدنی فرانسه). بدین معنا که وکیل دارای تمام اختیارات انجام اعمال و اقدامات آیین دادرسی به نام موکل فرض می‌شود (مواد ۴۲۱ و ۴۲۲ همان قانون)؛ (محسنی، ۱۳۹۳: ۱۵۱). برعکس در حقوق ایران، اگر در وکالت‌نامه، حق اعتراض یا شکایت برای وکیل پیش‌بینی نشده باشد، از یک سو، دادگاه نمی‌تواند رأی قابل شکایت را به چنین وکیلی ابلاغ کند (ماده ۴۶ قانون آیین دادرسی مدنی، رأی شماره ۲۳۶۷ مورخ ۱۳۲۵/۱۲/۲۰ شعبه ۳ دیوان عالی کشور). از سوی دیگر، چنین وکیلی در شکایت از رأی، فاقد سمت قانونی است و در صورت شکایت، باید به دلالت بند ۵ ماده ۸۴، ماده ۸۹ و ملاک ماده ۳۵۰ قانون آیین دادرسی مدنی، قرار رد دعوا نسبت به شکایت مطروحه صادر گردد. در این فرض، صدور قرار رد دادخواست در مورد شکایت (برای مثال، تجدیدنظرخواهی)، مجوز قانونی ندارد. زیرا نقصی به دادخواست تقدیمی وارد نیست؛ بلکه دعوای تجدیدنظر به عمل آمده، به جهت عدم احراز سمت قانونی برای دادخواست‌دهنده (وکیلی که طبق وکالت‌نامه اختیار تجدیدنظرخواهی نداشته)، مردود می‌باشد. همچنین کارآموز وکالت که طبق مقررات حق مداخله در مقطع فرجام را ندارد، نمی‌تواند اختیار فرجام‌خواهی را در وکالت‌نامه خود قید یا حق فرجام‌خواهی موکل را به وکالت از وی اسقاط نماید. در چنین فرضی، مهلت فرجام‌خواهی از تاریخ ابلاغ مجدد رأی قابل فرجام به موکل شروع می‌شود. زیرا وکیل اختیار اسقاط حق فرجام را نداشته و دادگاه صادرکننده رأی فرجام‌خواسته نباید به این اسقاط ترتیب اثر دهد (ملاک مواد ۶۶۲ و ۶۶۷ قانون مدنی و ملاک ماده ۴۶ قانون آیین دادرسی مدنی).

۱. رأی شماره ۵۶۳۹ مورخ ۱۳۶۴/۰۷/۲۴ شعبه ۲۴ دیوان عالی کشور؛ ماده ۶۸۱ قانون مدنی: «بعد از اینکه وکیل استعفا داد مادامی که معلوم است موکل به اذن خود باقی است، می‌تواند در آنچه وکالت داشته اقدام کند».

### ۳-۷. قبول وکالت با وجود سبق اظهار نظر ماهوی در خصوص همان موضوع

با توجه به ماده ۴۰ قانون وکالت، بند د ماده ۹۱ قانون آیین دادرسی مدنی و بند ت ماده ۴۲۱ قانون آیین دادرسی کیفری، هرگاه وکیل سابقاً به عنوان دادرس یا شاهد یا کارشناس در موضوعی اظهار نظر کتبی و ماهوی کرده باشد، از قبول وکالت در همان موضوع دائماً ممنوع می‌باشد؛ هرچند که قبول وکالت در دعاوی مربوط به متفرعات و مشتقات آن، از این جهت که با دعاوی سابق تفاوت دارد، با مانع قانونی روبه‌رو نیست (نظریه مشورتی مورخ ۱۳۴۵/۰۲/۲۲ اداره حقوقی وزارت دادگستری).

### ۳-۸. وکالت قاضی بازنشسته در محل خدمت سابق خود

بهموجب ماده ۶ قانون متمم سازمان دادگستری و اصلاح قسمتی از لایحه قانونی اصول تشکیلات دادگستری و استخدام قضات<sup>۱</sup> پروانه وکالت قاضی (سابق) دادگستری باید برای محل دیگری غیر از آخرین محل خدمت سابق وی صادر گردد. با وجود این، اگر قاضی سابق که پروانه وکالت وی برای محل دیگری غیر از آخرین محل خدمت وی صادر شده، وکالت پرونده‌ای را در آن محل بپذیرد، نمی‌توان سمت وی را غیرقانونی دانست؛ زیرا حوزه فعالیت وکلا و کارشناسان رسمی دادگستری سراسر ایران است و دایر کردن پروانه در حوزه جغرافیایی خاص، منافاتی با امکان وکالت در سراسر کشور ندارد (نظریه مشورتی مورخ ۱۳۵۴/۰۲/۲۱ کمیسیون مشورتی آیین دادرسی مدنی اداره حقوقی وزارت دادگستری).

### ۳-۹. اثر تودیع پروانه وکالت، در وکالت بعد از خروج از حالت اشتغال

در صورتی که وکیل دادگستری، به عنوان کارمند دولت یا قاضی استخدام شود، دیگر نمی‌تواند به عنوان وکیل ادامه فعالیت دهد و باید پروانه وکالت خود را ظرف ۱۰ روز نزد کانون وکلا تودیع نماید. مطابق با ماده ۵۵ قانون وکالت (مصوب ۱۳۱۵/۱۱/۲۵) و ماده ۶ قانون تشکیل صندوق تعاون وکلا و تأمین هزینه‌های کانون وکلای دادگستری<sup>۲</sup>، وکیل مزبور تا زمانی که دوباره پروانه

۱. ماده ۶ قانون متمم سازمان دادگستری و اصلاح قسمتی از لایحه قانونی اصول تشکیلات دادگستری و استخدام قضات (مصوب ۱۳۳۵/۰۶/۱۷ کمیسیون مشترک دادگستری مجلسین): «صاحبان رتبه‌های قضایی دادگستری که به تقاضای خود بازنشسته یا منتظر خدمت می‌شوند، در آخرین حوزه که قبل از بازنشسته شدن یا انتظار خدمت انجام وظیفه می‌نموده‌اند تا سه سال حق اشتغال به وکالت دادگستری را نخواهند داشت».

۲. ماده ۶ قانون تشکیل صندوق تعاون وکلا و تأمین هزینه‌های کانون وکلای دادگستری (مصوب ۱۳۵۰/۰۳/۳۱): «صدور پروانه وکلای دادگستری و کارگشایان و ثبت و تمدید مدت اعتبار آن موکول به پرداخت وجوه مذکور در این قانون است و هیچ‌یک قبل از تمدید مدت اعتبار پروانه خود حق وکالت ندارد».



وکالت دریافت نکرده است، از مداخله در امر وکالت ممنوع می‌باشد (نظریه مشورتی شماره ۷/۵۳۵۵ مورخ ۱۳۶۱/۱۱/۰۵ اداره حقوقی).

### ۱۰-۳. اثر عدم پرداخت مالیات وکلا در سمت وکیل دادگستری

در مورد اثر نپرداختن کل یا قسمتی از مالیات حق الوکاله در سمت وکیل دادگستری، دو نظریه مطرح است. مطابق با دیدگاه اول، «نظر به اینکه طبق ماده ۱۰۳ قانون مالیات‌های مستقیم وکیل دادگستری موظف است در این مرحله از رسیدگی پنج درصد حق الوکاله خود را به‌عنوان علی‌الحساب تمبر مالیاتی (تمبر متفرقه تمبر دادگستری) در وکالت‌نامه الصاق و ابطال نماید و چون در وکالت‌نامه مطابق ماده ۱۰۳ تمبر مالیاتی متفرقه الصاق نگردیده وکالت‌نامه سمت وکیل طبق تبصره ۱ ماده ۱۰۳ قبول نبوده و مردود است» (رای شماره ۴۲۲ مورخ ۱۳۷۹/۰۳/۰۷ شعبه ۲۱ دادگاه تجدیدنظر استان تهران).

دیدگاه دوم و رویه معتدلی که می‌تواند مبنای عمل و زمینه‌ساز اصلاحات بعدی در روند بازبینی قانون آیین دادرسی مدنی باشد، دادن اخطار رفع نقص است. بدین معنا که به وکیلی که تمبر مالیاتی وی به‌طور کامل الصاق نشده، اخطار شود تا این نقص را برطرف نماید (قاعده عمومی مندرج در ماده ۵۴ قانون آیین دادرسی مدنی).<sup>۱</sup> به‌طور خلاصه: «پرواضح است که نقض تعهد مالیاتی نقص عمل آیین دادرسی به شمار نمی‌آید» (محسنی و صاحبی، ۱۳۹۷: ۲۶۱).

رای مورخ ۱۳۹۵/۰۹/۳۰ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری نیز بر همین امر دلالت دارد که وکلا مکلفند رقم حق الوکاله را در وکالت‌نامه خود درج نمایند و عدم انجام تکلیف مذکور موجب صدور «اخطار رفع نقص» به وکیل خواهد بود. در این رای، ضمن تصریح به ماده ۱۰۳ قانون مالیات‌های مستقیم، از صدور «اخطار رفع نقص» به‌عنوان ضمانت اجرای عدم ذکر رقم حق الوکاله در وکالت‌نامه نام برده شده و ضمانت اجرای سنگین «صدور قرار رد شکایت»، پذیرفته نشده است. همچنین در رای وحدت رویه شماره ۷۸۰ مورخ ۱۳۹۸/۰۷/۰۲ هیئت عمومی دیوان عالی کشور تصریح شده: «مطابق ماده ۱۰۳ قانون مالیات‌های مستقیم و تبصره یک بند «د» آن و مقررات مواد ۵۳، ۵۴ و ۵۹ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی، وکلای دادگستری موظفند وکالت‌نامه خود را پس از الصاق و ابطال تمبر مالیاتی به میزان مقرر در قانون،

۱. «در صورتی که وکیل دادگستری نسبت به ابطال تمبر مالیاتی به میزان مقرر قانونی اقدام ننماید، دفتر دادگاه باید اخطار رفع نقص موضوع ماده ۵۳ [ق.آ.د.م] را به وکیل مرقوم ابلاغ نماید»؛ (رای شماره ۹۲۰۰۱۹ مورخ ۱۳۷۹/۰۱/۱۹ شعبه ۵۹ دادگاه تجدیدنظر استان تهران).

پیوست دادخواست به دادگاه تسلیم نمایند. در صورت عدم انجام این امر، دادخواست توسط دفتر دادگاه پذیرفته می‌شود، لکن برای به جریان انداختن آن مدیر دفتر نقایص دادخواست را به خواهان اطلاع داده و طبق قانون رفتار خواهد کرد».

در تأیید همین رویکرد ماده ۴ آیین‌نامه تعرفه حق الوکاله، حق المشاوره و هزینه سفر وکلای دادگستری (بخشنامه شماره ۹۰۰۰/۱۴۷۲/۱۰۰ مورخ ۱۳۹۹/۱/۹ رئیس قوه قضائیه)، تصریح دارد: «در صورتی که وکیل کسری تمبر مالیاتی داشته باشد، دفتر شعبه مکلف به قبول وکالتنامه وی است و در اجرای ماده ۵۴ قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹ بدو جهت ابطال تمبر مالیاتی به وکیل اخطار صادر می‌گردد تا زمان تکمیل تمبر مالیاتی، کلیه اخطاریه‌ها (به جز نقص تمبر مالیاتی) به موکل به عمل می‌آید».

البته باید ملاحظات قانونی مربوط به پرداخت هزینه‌های وکالت توسط قبلی و عدم امکان مطالبه مجدد آن از وکیل بعدی در همان دعوا با توجه به دسترسی ارزان به دادگستری مدنظر قرار گیرد. تبصره ماده ۶ آیین‌نامه تعرفه حق الوکاله، حق المشاوره و هزینه سفر وکلای دادگستری در این مورد تصریح دارد: «در اجرای تبصره ۳ ماده ۱۰۳ قانون مالیات‌ها، چنانچه پس از ابطال تمبر تعقیب دعوا به وکیل دیگری توکیل شود، وکیل جدید مکلف به ابطال تمبر بر روی وکالتنامه و پرداخت سهم کانون، مرکز و صندوق نمی‌باشد». (در خصوص مفهوم اصل دسترسی ارزان به دادگستری و جلوه‌های آن نک: حبیبی درگاه، ۱۳۹۹).

### ۱۱-۳. نمایندگی حقوقی وکیل دادگستری

قانون آیین دادرسی مدنی برای استفاده از وکیل دادگستری به‌عنوان نماینده حقوقی منعی مقرر نکرده است. با این وصف، وکیل دادگستری می‌تواند در قالب قرارداد مشاوره با نهادهای موضوع ماده ۳۲ قانون آیین دادرسی مدنی، خدمات مقرر در این ماده را به این نهادها ارائه نموده و در قالب آن حق مشاوره دریافت نماید. بدیهی است مالیات مشاوره، باید مطابق مقررات مربوط پرداخت گردد.

تدقیق در ماده ۳۲ مؤید استدلال فوق است؛ زیرا این ماده، به «وزارتخانه‌ها، مؤسسات دولتی و وابسته به دولت، شرکت‌های دولتی، نهادهای انقلاب اسلامی و مؤسسات عمومی غیردولتی، شهرداری‌ها و بانک‌ها» اجازه داده «برای طرح هرگونه دعوا یا دفاع و تعقیب دعوی مربوط از اداره حقوقی خود یا کارمندان رسمی خود» به شرط داشتن شرایط مندرج در این ماده استفاده کنند. چنان‌که ملاحظه می‌گردد، این ماده علاوه بر «کارمندان رسمی» اجازه می‌دهد که نهادهای فوق از همکاران «اداره حقوقی خود» به‌عنوان نماینده حقوقی استفاده کنند. البته طبق بند ۲ همین ماده،

استفاده از وکیل دادگستری منوط به آن است که «دو سال سابقه وکالت» داشته و «محروریت از اشتغال به وکالت» نداشته باشد. در این ماده، تودیع پروانه وکالت، برای معرفی آن شخص به عنوان نماینده حقوقی شرط نشده است.

قاعده عمومی هم این است که طرف دعوا نمی‌تواند به سمت نماینده حقوقی ایراد بگیرد (افتخار جهرمی و السان، ۱۳۹۹: ۶۴)، زیرا احراز سمت نماینده حقوقی با بالاترین مقام سازمان موضوع ماده ۳۲ قانون آیین دادرسی مدنی می‌باشد. به موجب نظریه مشورتی مورخ ۱۳۶۵/۱۲/۲۱ اداره حقوقی، «چنانچه نماینده قضایی از طرف اداره یا نهاد دولتی به دادگاه معرفی شود، خوانده نمی‌تواند به سمت او ایراد کند چه قانوناً در این مورد احراز سمت و شرایط نماینده قضایی با اداره دولتی است و صرف معرفی او کافی برای پذیرش دادگاه است» (به نقل از: نوبخت، ۱۳۷۰).

### ۱۲-۳. ضرورت ارائه وکالت‌نامه وکیل معاضدتی و وکیل تسخیری

در صورتی که وکیل معاضدتی صرفاً به استناد نامه‌ای که به موجب آن کانون وکلا وی را به عنوان وکیل معاضدتی به دادگاه معرفی کرده، در پرونده مداخله کند و وکالت‌نامه‌ای در رابطه وی و موکل ارائه نشود، دادگاه او را به عنوان ذی‌سمت در پرونده نمی‌شناسد.<sup>۱</sup> از آن جهت که احتمال دارد موکل نخواهد تمام اختیارات موضوع مواد ۳۵ و ۳۶ قانون آیین دادرسی مدنی را به چنین وکیلی تفویض نماید. در چنین مواردی عدم ارائه وکالت‌نامه امری مربوط به قصور وکیل و یا موکل بوده و ارتباطی به دادگاه یا کانون وکلا ندارد.

در مورد وکیل تسخیری، نیازی به انعقاد قرارداد میان وکیل و موکل وجود ندارد و وکیل به درخواست دادگاه مربوطه، طی نامه‌ای از سوی کانون وکلا معرفی می‌شود. شخصی که از وکیل تسخیری استفاده می‌کند، می‌تواند با معرفی وکیل انتخابی، وکیل تسخیری را عزل نماید. البته در ماده ۸ آیین‌نامه تعرفه حق الوکاله و هزینه سفر وکلای دادگستری (مصوب ۱۳۹۹) تصریح شده: «تنظیم و ارائه وکالت‌نامه توسط وکیل تسخیری یا معاضدتی الزامی است؛ هرچند توسط مرجع قضایی و به نمایندگی از موکل امضاء شده باشد». آنچه به امضای مرجع قضایی می‌رسد را در واقع نمی‌توان «قرارداد» دانست؛ زیرا داشتن وکیل حق است و وکیل تسخیری به حکم قانون برای متهمین واجد شرایط خاص، به نوعی تعیین (تحمیل) می‌شود و امضای قرارداد توسط مرجع قضایی، ماهیت این حکم قانونی را به یک عقد مبتنی بر تراضی تبدیل نمی‌کند.

۱. به موجب قسمت اول ماده ۴۳ نظام‌نامه قانون وکالت (مصوب ۱۳۱۶): «وکیل [معاضدتی] منتخب مکلف است قرارداد حق الوکاله تنظیم نموده، نسخه دوم آن را با رسید وکالت به دبیرخانه معاضدت قضایی بفرستد».

### ۱۴-۳. تشریفات قانونی تنظیم وکالت‌نامه در خارج از کشور

هرگاه یک ایرانی مقیم خارج از کشور که دارای پناهندگی سیاسی یا اجتماعی در خارج می‌باشد یا یک شهروند یا شرکتی که تابعیت خارجی دارد، بخواهد برای طرح دعوا یا دفاع از حقوق خود به‌عنوان طرف دعوا در ایران وکیل دادگستری بگیرد، در خارج از کشور باید تشریفات خاصی را طی کند. ماده ۳۴ قانون آیین دادرسی مدنی، تصریح دارد: «در صورتی که وکالت در خارج از ایران داده شده باشد، باید به گواهی یکی از مأمورین سیاسی یا کنسولی جمهوری اسلامی ایران برسد». در عمل اجرای مفاد ماده فوق، همواره امکان‌پذیر نیست. برای مثال، در مورد پناهندگان مسئله این است که هرچند بنابر ظواهر قوانین و مقررات منعی برای حضور این دسته از اتباع ایران در سفارت یا کنسولگری ایران یا سایر ادارات و واحدهای تابعه وزارت خارجه جمهوری اسلامی ایران وجود ندارد،<sup>۱</sup> اما عملاً ممکن است آن‌ها دارای معذوریت برای حضور در اماکن فوق باشند. برای مثال، فرض کنید یک ایرانی‌الاصیل که سال‌ها پیش به تابعیت کانادا درآمده، به‌عنوان وابسته به رژیم شاهنشاهی یا مفسد اقتصادی در ایران تحت تعقیب بوده یا در دادگاه انقلاب محکوم شده باشد. مثال دیگر، شخصی است که تابعیت ایرانی داشته و مقیم یکی از کشورهای باشد که با ایران موافقت‌نامه دوجانبه همکاری (تعاون) قضایی دارد؛ این شخص امکان دارد به‌دلیل بدهکاری و محکومیت‌های مالی متعدد در ایران، از حضور در سفارت ایران به‌جهت احتمال دستگیری در بیرون سفارت، ترس داشته باشد.

با این وصف، وجود ماده ۳۴ می‌تواند به مانعی در برابر حق دادخواهی یا حق بنیادین دفاع در برابر دعوا تبدیل شود. زیرا ظاهر ماده مذکور دلالت بر آن دارد که اگر وکالت‌نامه دادگستری (رسمی یا عادی) تنظیم شده در خارج از کشور به تأیید اداره یا واحد تابعه وزارت خارجه در آن کشور نرسیده باشد، اعتباری ندارد و در نتیجه، وکیل انتخابی فاقد سمت است.

این تحلیل برخلاف ماده ۸ اعلامیه جهانی حقوق بشر و بند (د-۳) از ماده ۴ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی می‌باشد که به‌عنوان قانون در کشورمان تصویب شده و اکنون بخشی از

۱. سامانه مدیریت یکپارچه خدمات کنسولی (میخک/ تارنمای <https://mikhak.mfa.gov.ir>) وابسته به وزارت امور خارجه، سامانه‌ای برای ارائه کلیه خدمات کنسولی به شهروندان ایرانی در حوزه‌های گوناگون شامل امور گذرنامه، امور سجلی، امور اجتماعی، تنظیم وکالت‌نامه، تأیید اسناد و... می‌باشد. هر شهروندی پس از ثبت‌نام و تکمیل فرم‌های مربوط و بارگزاری مدارک مورد نیاز در این سامانه، می‌تواند از خدمات آن از جمله در زمینه تنظیم وکالت‌نامه و تأیید اسناد استفاده نماید.

حقوق داخلی به شمار می‌آید (قانون اجازه الحاق دولت ایران به میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی، مصوب ۱۳۵۴/۰۲/۱۷). بنابراین باید قبول کرد که اصالت امضای موکلی را که امکان حضور در ادارات و واحدهای موضوع ماده ۳۴ قانون آیین دادرسی مدنی را ندارد، می‌توان با ادله دیگر، از جمله ارائه شاهد در دادگاه ایران، اثبات کرد و وکالت‌نامه تنظیمی میان وکیل دادگستری و چنین موکلی را معتبر دانست (افتخار جهرمی و السان، ۱۳۹۹: ۷۷).

#### ۴. مصادیق خاص نمایندگی

در این گفتار، مصادیق خاص نمایندگی شامل نمایندگی ولی قهری در اقامه دعوی طلاق نابالغ و نمایندگی ولی قهری در اقامه دعوی طلاق از سوی مجنون که قوانین و مقررات در مورد آن روشن نبوده و در عین حال، مباحث حقوقی متعددی را موجب می‌شوند، مورد بررسی قرار می‌گیرد. علت بررسی این موارد، بحث و تحلیل فقهی مفصل در خصوص آن‌ها و نیز وجود مصادیق و شرایطی است که احتمال صدق ایراد عدم احراز سمت وجود دارد.

#### ۴-۱. نمایندگی ولی قهری در اقامه دعوی طلاق نابالغ

در فرضی که ولی قهری از اختیار مندرج در ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی (اصلاحی مصوب ۱۳۸۱) استفاده کرده و با رعایت مصلحت مولی علیه و تشخیص دادگاه اقدام به انعقاد عقد نکاح برای کودک تحت سرپرستی خود نماید، این پرسش مطرح می‌شود که آیا ولی قهری همچون انعقاد عقد نکاح برای کودک، اختیار اقامه دعوا به منظور طلاق برای مولی علیه را قبل از رسیدن به سن بلوغ دارد یا خیر؟<sup>۱</sup> در فقه امامیه، به رغم اختیارات گسترده‌ای که برای ولی قهری در نظر گرفته‌اند اما همه فقیهان پذیرفته‌اند که ولی قهری طفل قبل از بلوغ حق ندارد زن او را طلاق دهد (شهید ثانی، ۱۴۲۳ و نجفی، ۱۴۲۱). در حقوق ایران، در بادی امر شاید این پاسخ به ذهن متبادر شود که داشتن اهلیت برای طلاق از لوازم قانونی آن بشمار نمی‌رود، بنابراین ولی قهری می‌تواند با تقدیم دادخواست، حسب مورد صدور گواهی عدم امکان سازش یا الزام زوج به طلاق را بخواهد و اما باید از این توهّم دست شست؛ چراکه قانون‌گذار در ماده ۱۱۳۶ قانون مدنی اشاره می‌دارد: «طلاق

۱. با وحدت ملاک از ماده ۲۶ قانون حمایت از خانواده مصوب سال ۱۳۹۱ می‌توان گفت: «در صورتی که طلاق توافقی یا به درخواست زوج یا نماینده‌ی او باشد، خواهان باید در دادخواست و در ستون خواسته، عبارت صدور گواهی عدم امکان سازش را قید نماید. در مقابل ذر صورتی که طلاق به تقاضای زوجه باشد در قسمت سوم خواسته صدور حکم مبنی بر الزام زوج به طلاق قید می‌گردد». در خصوص «اختیار خواهان در تعیین عنوان دعوی مدنی» (نک: صفیان و مقدادی، ۱۴۰۰).

دهنده باید بالغ، عاقل و قاصد و مختار باشد». بنابر منطوق صریح این ماده برای وقوع طلاق بلوغ قانونی مرد شرط می‌باشد و مقنن هیچ استثنایی را برای آن در نظر نگرفته است (امامی، ۱۳۸۶: ۷؛ صفایی، ۱۳۹۱: ش ۲۳۴؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶: ۲۳۶).

با وجود این، نباید تصور نمود که عدم اهلیت صغیر در مورد طلاق، از نوع عدم اهلیت تمتع می‌باشد. زیرا به حکم دادگاه می‌توان او را اجبار به طلاق کرد. اگر همسر کودک، به یکی از دلایل موجه در قانون، حق درخواست طلاق را داشته باشد، می‌تواند به طرفیت ولی شوهر در دادگاه اقامه دعوا کند. دادگاه نیز می‌تواند صغیر را به طلاق مجبور سازد و اگر ولی برای اجرای صیغه طلاق حاضر شوند؛ به وسیله صاحب دفتر، طلاق را واقع سازد. در فرضی هم که زوجه صغیر باشد، ولی قهری می‌تواند به جهتی مانند عسر و حرج و سایر موارد قانونی، به نمایندگی از زوجه و طبق قواعد عمومی، دعوای طلاق یا حتی فسخ نکاح زوجه را اقامه نماید.

#### ۲-۴. نمایندگی ولی قهری در اقامه دعوی طلاق از سوی مجنون

به علت فقدان اراده انشایی، کلیه دعوی که علیه مجنون اقامه می‌شود باید به طرفیت مجنون و نماینده او طرح شود؛ همچنین ولی قهری به مصلحت خویش هر دعوایی را که لازم بداند به طرفیت مجنون طرح می‌کند، یکی از دعوی معمولی که امکان طرح آن نسبت به مجنون وجود دارد، دعوای طلاق می‌باشد.

طلاق از اموری است که زن و شوهر شخصاً باید درخصوص آن تصمیم بگیرند؛ استثنائاً مقنن درخصوص مجنون دائمی، به ولی قهری یا قیم او اجازه داده است که با رعایت شرایط قانونی، تقاضای طلاق زوجه مجنون دائمی را بنماید.

در صورتی که سرپرست مجنون ولی قهری باشد (مجنون متصل به صغر باشد)، ولی به نمایندگی از مجنون، با مراجعه به دادگاه، تقاضای صدور گواهی عدم امکان سازش را تقدیم می‌نماید، در این حالت اذن دادستان یا اجازه دادگاه ضرورتی ندارد؛ ماده ۱۱۳۷ قانون مدنی در این خصوص مقرر می‌دارد: «ولی مجنون دائمی می‌تواند در صورت مصلحت مولی علیه زن او را طلاق دهد». اما در صورتی که مجنون پس از زمان بلوغ حادث شود، قیم نماینده محجور بوده و مطابق ماده ۸۸ قانون امور حسبی، در این فرض پیشنهاد دادستان و تصویب دادگاه ضرورت دارد (کاتوزیان، ۱۳۹۸: ۲۵۹؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶: ۲۳۶؛ صفایی، ۱۳۹۱: ۲۴۳).

در صورتی که شوهر مبتلا به جنون ادواری باشد، یعنی در بعضی اوقات جنون او زائل و حالت طبیعی پیدا کند، ولی نمی‌تواند در زمان جنون زن او را طلاق دهد، زیرا زیان فوری که دفع آن منحصر به طلاق زن مجنون باشد متصور نیست و وضعیت مجنون ادواری دوام ندارد و پس از

افاقه می‌تواند شخصاً زن خود را طلاق دهد.

##### ۵. آثار سمت نداشتن نماینده

ایراد به سمت نماینده، یکی از ایرادات آمره است (رای شماره ۱۲۴ مورخ ۱۳۷۴/۰۸/۰۷ شعبه اول دادگاه عالی انتظامی قضات) و هرگاه از سوی خواهان یا خوانده در مورد نماینده طرف دیگر طرح شود، دادگاه باید به آن توجه نماید. زیرا شخصی که سمت وی قانوناً محرز نیست (قسمت دوم ماده ۳۵۰ قانون آیین دادرسی مدنی)؛ یعنی قانون مداخله وی را در دادرسی به‌عنوان نماینده خواهان یا خوانده به رسمیت نشناخته است، نمی‌تواند نمایندگی هریک از اصحاب دعوا را در دادرسی عهده‌دار شود.

اگر شخصی به نمایندگی از خواهان دادخواست داده و نمایندگی وی غیرقانونی باشد، طبق بند ۵ ماده ۸۴ و ماده ۸۹ قرار رد دعوا صادر می‌شود. مانند اینکه دادخواست را وکیل رسمی از جانب ذی‌نفع داده در حالی که دارای پروانه وکالت دادگستری یا وکالت اتفاقی نیست.<sup>۱</sup> به همین قیاس، اگر چنین شخصی، دادخواست تجدیدنظر یا فرجام بدهد، حسب مورد قرار رد دعوی تجدیدنظر یا فرجام توسط مرجع تجدیدنظر یا فرجام صادر می‌شود (رای شماره ۱۱/۳۲ مورخ ۱۳۲۰/۱۱/۱۷ شعبه ۳ دیوان عالی کشور).

دلیل غیرقانونی بودن سمت نماینده می‌تواند متفاوت باشد؛ مانند اینکه از جانب صغیری که ولی قهری ندارد، مادر صغیر اقدام به طرح دعوا نموده یا برای طرح دعوا وکیل دادگستری بگیرد، در حالی که در زمان اقامه دعوا مادر به‌عنوان قیم صغیر انتخاب نشده (رای شماره ۱ مورخ ۱۳۰۶/۰۳/۰۷ محکمه عالی انتظامی قضات) و اصطلاحاً سمت قیمومیت وی محرز نیست.

اگر نماینده غیرقانونی بخواهد در جریان دادرسی از طرف خواهان یا خوانده مداخله نماید، دادگاه علی‌القاعده نباید به نمایندگی وی ترتیب اثر بدهد. لذا رسیدگی بدون توجه به دفاعیات و اظهارات چنین نماینده‌ای ادامه می‌یابد. دادگاه حتی در صورت اقتضا می‌تواند این شخص را از جلسه اخراج یا دستور بازداشت وی را در صورت ایجاد اختلال در نظم دادگاه صادر نماید (ماده

۱. رای شماره ۲۴۵۸ مورخ ۱۳۱۷/۰۸/۰۳ محکمه عالی انتظامی قضات؛ ماده ۵۵ قانون وکالت: «وکالی معلق و اشخاص ممنوع‌الوکاله و به طور کلی هر شخصی که دارای پروانه وکالت نباشد، از هرگونه تظاهر و مداخله در عمل وکالت ممنوع است؛ اعم از اینکه عناوین تدلیس از قبیل مشاور حقوقی و غیره اختیار کند یا اینکه به وسیله شرکت و سایر عقود یا عضویت در مؤسسات خود را اصیل در دعوا قلمداد نماید. متخلف از یک الی شش ماه حبس تأدیبی محکوم خواهد شد».

۱۰۱ قانون آیین دادرسی مدنی). البته به دلالت قسمتی از ماده ۹۶ قانون آیین دادرسی مدنی، می‌توان صرفاً برای ارائه اسناد و مدارک به دادگاه نماینده معرفی کرد. چنین نماینده‌ای لازم نیست شرایط نمایندگی قانونی، قضایی، قراردادی یا حقوقی را داشته باشد (برای دیدن انواع نمایندگی در دادگاه، نک: افتخارچهرمی و السان، ۱/۱۳۹۹: ۶۶-۵۶).

### نتیجه

پیش‌شرط اولیه برای اقامه دعوا از ناحیه خواهان، ذی‌نفعی وی در دعوا می‌باشد. این عنوان در مفهوم عام، سایر شرایط اقامه دعوا از جمله اهلیت و سمت را در بر می‌گیرد. به‌علاوه، داشتن سمت قانونی، شرط مطالبه نماینده ذی‌نفع به شمار می‌آید. بدین معنا که هیچ‌شخصی نمی‌تواند به نمایندگی از خواهان یا خواننده در جریان دادرسی مداخله کند، مگر اینکه یکی از اقسام قانونی مقرر برای نمایندگی در مورد وی صدق کند.

ایراد عدم احراز سمت، متفاوت از وضعیتی است که نماینده خواهان یا خواننده در واقع سمت دارد، اما مدرک سمت وی ارائه نشده است. در حالت اخیر، دادگاه باید حسب مورد به اصیل و یا نماینده اخطار نماید تا مدرک احراز سمت را به دادگاه ارائه کند. گاهی در رویه قضایی گفته شده، ضمانت‌اجرای عدم ارائه مستندات سمت خواهان، منوط به ایراد خواننده دعواست و دادگاه نمی‌تواند رأساً به این امر استناد نماید. در حالی که دادگاه نیز رأساً می‌تواند طی اخطار به‌ای ارائه مدرک سمت نماینده هر یک از اصحاب دعوا را درخواست کند. زیرا چه بسا چنین مدرکی وجود نداشته و در نتیجه، شخص قانوناً نمایندگی نداشته باشد که در این صورت، مورد از موارد ایراد به سمت و صدور قرار رد دعوا خواهد بود.

اینکه خواهان محجور نتواند مستقیماً طرح دعوا نماید، در بسیاری از موارد به نفع او و در راستای حفظ حقوق وی قابل‌توجه است؛ اما در برخی موارد، به‌ویژه دعوی غیرمالی مانند طلاق یا دعوی که عدم طرح به موقع آن زیان جبران‌ناپذیری را به خواهان وارد می‌سازد، پیشنهاد می‌شود که مقنن دعوای مطروحه از جانب چنین خواهانی را استماع نماید. فایده این امر، احترام به حق دادخواهی شهروندان و نیز فراهم کردن زمینه تعیین یا معرفی قیم برای چنین محجوری است. امری که در ماده ۱۰۵ قانون آیین دادرسی مدنی نیز بدان پرداخته شده است.



## منابع

### فارسی

- افتخارجهرمی، گودرز و مصطفی السان (۱۳۹۹)، آیین دادرسی مدنی، جلد اول، چاپ دوم، تهران: نشر میزان.
- افتخارجهرمی، گودرز و مصطفی السان (۱۳۹۹)، آیین دادرسی مدنی، جلد سوم، چاپ اول، تهران: نشر میزان.
- السان، مصطفی (۱۳۹۹)، حقوق بانکی، چاپ هشتم، تهران: انتشارات سمت.
- امامی، سیدحسن (۱۳۸۶)، حقوق مدنی، جلد پنجم، تهران: نشر گنج دانش.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۶)، حقوق خانواده، تهران: نشر گنج دانش.
- حبیبی درگاه، بهنام (۱۳۹۹)، «مفهوم اصل دسترسی ارزان به دادگستری و جلوه‌های آن»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۴، شماره ۱۰۹.
- صفایی، سیدحسن و اسدالله امامی (۱۳۹۱)، حقوق خانواده، چاپ ۱۲، تهران: مؤسسه چاپ و انتشارات دانشگاه تهران.
- صفیان، سعید و محمدمهدی مقدادی (۱۴۰۰)، «اصل اختیار خواهان در تعیین عنوان دعوی مدنی»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۵، شماره ۱۱۳.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۸)، حقوق خانواده، جلد اول، تهران: نشر گنج دانش.
- کریمی، علی اصغر (۱۳۸۶)، «بررسی ایراد عدم احراز سمت دادخواست‌دهنده در قانون آیین دادرسی مدنی»، فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی، شماره ۴۲ و ۴۳.
- محسنی، حسن (۱۳۹۳)، «نقص شکلی و ماهوی در دادرسی مدنی»، پژوهش حقوق خصوصی، دوره ۲، شماره ۶، بهار.
- محسنی، حسن (۱۳۹۸)، «نفع در دادخواهی‌ها: بررسی دکترین حقوقی و رویه قضایی ایران و فرانسه»، فصلنامه مطالعات حقوقی دانشگاه شیراز، شماره ۱، دوره ۱۱.
- محسنی، حسن و مهدی صاحبی (۱۳۹۷)، «استقلال حقوق دادرسی از حقوق مالیاتی (بررسی ضمانت‌اجرای نقض تکلیف مالیاتی وکیل دادگستری)»، فصلنامه تحقیقات حقوقی دانشگاه شهید بهشتی، دوره ۲۱، شماره ۸۱.
- نوبخت، یوسف (۱۳۷۰)، اندیشه‌های قضایی، چاپ سوم، تهران: انتشارات سازمان انتشارات کیهان.

### عربی

- شهیدثانی، زین‌الدین بن علی عاملی (۱۴۲۳ق)، مسالک الافهام فی شرح شرائع الاسلام، ج ۲، کتاب طلاق، قم: الناشر مؤسسه المعارف الاسلامیه.
- نجفی، محمدحسن (۱۴۲۱ق)، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، جلد نکاح، بیروت: دار احیاء التراث العربی.



## مراجع صالح به رسیدگی به جرایم اطفال و نوجوانان با تأکید بر جرایم در صلاحیت دادگاه کیفری یک

امین فلاح\*، حسن حاجی تبار فیروزجائی\*\*

### چکیده

قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ با اصلاحات و الحاقات بعدی، در غیر از جرایمی که در صلاحیت سازمان قضایی نیروهای مسلح است، تحقیقات مقدماتی جرایم افراد کمتر از ۱۵ سال را در صلاحیت دادگاه اطفال و نوجوانان و تحقیقات مقدماتی جرایم افراد ۱۵ تا ۱۸ سال تمام شمسی، به جز جرایم منافی عفت و جرایم تعزیری درجه ۷ و ۸ ایشان را در صلاحیت شعبه‌ای از دادرسی عمومی و انقلاب شهرستان با عنوان دادرسی ویژه نوجوانان دانسته است. لیکن، به دلالت ماده ۳۱۵ این قانون جرایم مشمول صلاحیت دادگاه کیفری یک و همچنین انقلاب در مواردی که با تعدد قاضی رسیدگی می‌شود، اگر توسط افراد بالغ زیر ۱۸ سال تمام شمسی ارتکاب یابد، در دادگاه کیفری یک ویژه رسیدگی به جرایم نوجوانان رسیدگی می‌شود. اما این قانون از حیث مراجع صالح انجام تحقیقات مقدماتی و محاکمه راجع به جرایم موضوع ماده ۳۰۲ ارتكابی توسط افراد نابالغ و بالغ کمتر از ۱۵ سال دارای ابهام است که نگارندگان، در این نوشتار با تکیه بر موازین قانونی و اصول کلی حقوق جزا به این نتیجه رسیدند که در مورد افراد زیر پانزده سال چنانچه فرد نابالغ باشد، انجام تحقیقات مقدماتی و محاکمه نسبت به جرایم عمومی یا انقلاب مشمول ماده ۳۰۲ این قانون توسط دادگاه اطفال و نوجوانان انجام می‌گیرد، ولی اگر فرد مرتکب بالغ زیر ۱۵ سال باشد، مرجع انجام تحقیقات مقدماتی و محاکمه، دادگاه کیفری یک ویژه رسیدگی به جرایم نوجوانان است.

واژگان کلیدی: طفل، نوجوان، جرایم، صلاحیت، دادرسی، دادگاه

\* قاضی دادگستری، دانشجوی دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دانشگاه آزاد اسلامی (واحد ساری)، ساری،  
fallahamin@yahoo.com ایران

\*\* استادیار گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه آزاد اسلامی (واحد قائم‌شهر)، قائم‌شهر،  
hajitabar@yahoo.com ایران (نویسنده مسئول)

## مقدمه

از نیمه دوم قرن بیستم میلادی به بعد، یکی از دغدغه‌های جدی سیاست‌گذاران بین‌المللی و داخلی، لزوم اختصاصی و یا تخصصی کردن برخی از مراجع و تشکیلات قضایی و ترتیبات دادرسی حاکم بر آنها به جهت رعایت برخی مصالح و ضرورت‌های اجتماعی و فردی بوده است. از جمله ضرورت ایجاد تشکیلات قضایی و دادرسی به صورت اختصاصی و یا تخصصی، مسئله مراجع صالح به رسیدگی به جرایم اطفال و نوجوانان و دادرسی حاکم بر آنها است که در قانون‌گذاری ایران نیز این موضوع در حدود نیم قرن اخیر به‌ویژه در دهه اخیر مورد توجه قانون‌گذار قرار گرفته است. قانون‌گذار ایران با اتخاذ یک رویکرد افتراقی در قلمرو رسیدگی به جرایم اطفال و نوجوانان بزهکار، مبادرت به تصویب قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ با اصلاحات و الحاقات بعدی نموده است که در این قانون شاهد تحولات و نوآوری‌های زیادی از حیث پیش‌بینی مراجع اختصاصی یا تخصصی، مقامات دخیل در امر تحقیق و دادرسی و شرایط و ویژگی‌های آنان، نحوه و چگونگی و ترتیب انجام تحقیقات مقدماتی و دادرسی در تثبیت دادرسی افتراقی اطفال و نوجوانان بزهکار هستیم. اما با وجود این، برخی ابهام، اجمال و سکوت قانونی در این باره از جمله در خصوص تعیین صلاحیت مراجع ذیصلاح جهت انجام تحقیقات مقدماتی و رسیدگی به جرایم اطفال و نوجوانان به‌ویژه جرایم موضوع ماده ۳۰۲ قانون آیین دادرسی کیفری عبارتند از: الف) مرجع صالح انجام تحقیقات مقدماتی جرایم موضوع ماده ۳۰۲ قانون آیین دادرسی کیفری ارتكابی توسط افراد بالغ زیر ۱۵ سال، ب) مرجع صالح رسیدگی به جرایم موضوع ماده ۳۰۲ قانون آیین دادرسی کیفری ارتكابی توسط افراد نابالغ زیر ۱۵ سال<sup>۱</sup> وجود دارد که باعث ایجاد سردرگمی و اختلاف سلیقه در رویه قضایی نیز شده است.

در این نوشتار با استفاده از روش کتابخانه‌ای و با هدف ارائه یک تفسیر منطقی و غایی در پاسخ به ابهامات پیرامون موضوع و به منظور ایجاد وحدت رویه قضایی در تشخیص مرجع صالح، به بیان تعریف طفل و نوجوان، انواع مراجع ذیصلاح در رسیدگی به جرایم اطفال و نوجوانان و ماهیت آنها، قاعده کلی درباره صلاحیت مراجع رسیدگی به جرایم اطفال و نوجوانان در حقوق ایران و

۱. لازم به ذکر است که افراد نابالغ علی‌القاعده کمتر از ۱۵ سال سن دارند. چون در مناطق سردسیر ممکن است پسری ۱۴ سال تمام شمسی داشته باشد و وارد ۱۵ سالگی شمسی هم شده باشد ولی نابالغ باشد و اینکه ۱۵ سال تمام قمری هم برابر با ۱۴ سال تمام شمسی به علاوه ۷ ماه شمسی می‌شود. یعنی ۵ ماه کمتر از ۱۵ سال تمام شمسی است. لذا افراد نابالغ علی‌الاصول کمتر از ۱۵ سال محسوب می‌شوند.

استثنائات آن، و تعیین مرجع ذیصلاح جهت انجام تحقیقات مقدماتی جرایم عمومی یا انقلاب مشمول ماده ۳۰۲ قانون آیین دادرسی کیفری ارتكابی توسط افراد بالغ زیر ۱۵ سال و نیز تعیین مرجع صالح رسیدگی به جرایم عمومی یا انقلاب مشمول ماده ۳۰۲ این قانون ارتكابی توسط افراد نابالغ زیر ۱۵ سال و همچنین، جرایم ارتكابی در حوزه قضایی بخش، می‌پردازیم.

### ۱. تعریف طفل و نوجوان در قوانین جزایی ایران

در خصوص کلمه طفل در لغت‌نامه‌های فارسی معانی متفاوت و مشابه بیان گردیده است. البته در زبان فارسی به‌جای این طفل، کلماتی مانند صغیر، کودک، خردسال، نابالغ و بچه نیز به کار می‌رود. لازم به ذکر است در فقه اسلامی و نظام حقوقی ایران کلمه طفل با واژه‌هایی مثل نابالغ، صغیر و کودک بیان شده است و این واژه‌ها با کلمه طفل مشابه و دارای وجه اشتراک بوده و گاه در معنای طفل به کار برده شده است. طفل در لغت به معنای: بچه، کودک، نوزاد، پسر یا دختر خردسال، فرزندی که به حد بلوغ نرسیده بیان شده و جمع آن اطفال است (معین، ۱۳۸۶: ۱۸۳۱) و نیز بیان شده است که طفل اسم عربی، کوچک از هر چیز، کودک، بچه، نوزاد، بچه کوچک انسان و جمع آن‌ها اطفال می‌باشد (عمید، ۱۳۷۸: ۶۷۲). لذا با توجه به مراتب فوق‌الذکر می‌توان گفت که طفل از نظر لغوی به معنای عرفی آن یعنی صغیر، خردسال و کودک می‌باشد.

اصطلاح حقوقی، «طفل» به کسی اطلاق می‌شود که به سن بلوغ نرسیده و کبیر نشده است (صفایی و قاسم زاده، ۱۳۸۱: ۲۰۴ و جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸: ۴۰۶ و ۴۳۰). در اصطلاح فقهی نیز طفل کسی است که به حد بلوغ شرعی نرسیده است: الصغیر هو الذی لم یبلغ حد البلوغ محجور علیه شرعاً لا تنفذ تصرفاته فی امواله (خمینی، ۱۳۸۳: ۲۰).

در حقوق جزای موضوعه ایران، بر اساس صراحت تبصره ۱ ماده ۳۰۴ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ با اصلاحات بعدی، «طفل، کسی است که به حد بلوغ شرعی نرسیده است». بنابراین افراد نابالغ، طفل محسوب و فاقد مسئولیت کیفری هستند. سن بلوغ، به تفکیک جنس در دختران و پسران به ترتیب نه و پانزده سال تمام قمری است (مواد ۱۴۶ و ۱۴۷ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲). لذا می‌توان گفت در این تعریف قانون‌گذار به حد بلوغ شرعی اشاره نموده است بدون اینکه مفهوم و معیار تشخیص آن را بیان نماید که مستلزم شناخت مفهوم بلوغ است که از موضوعات چالش‌برانگیز در دادرسی جرایم اطفال و نوجوانان بزه‌کار است چراکه روشن شدن این مفاهیم در نوع مرجع رسیدگی‌کننده، مؤثر خواهد بود. در منابع فقهی تعریف خاصی از بلوغ بیان نشده و فقط به بیان شرایط و نشانه‌هایی بیان شده که مطابق نظر مشهور فقهای امامیه عبارتند از: رویدن موی خشن روی عانه (چه در مرد و چه در زن)، خروج منی از مرد و زن، داشتن ۹ سال تمام قمری در دختران و

۱۵ سال تمام قمری در پسران (مرعشی شوشتری، ۱۳۷۶: ۱۵).

در تعریف بلوغ بیان شده است: «بلوغ مصدری است از ریشه بلغ یعنی رسیدن، کمال نمو تمام و منظور کنایه از رسیدن کودک به رشد قوای جنسی است و بالغ کسی است که قدرت به مباشرت با جنس مخالف خود را داشته باشد» (اردبیلی، ۱۳۹۳/۲: ۱۹۶). گفته شده است که معنی اصطلاحی بلوغ، همان بلوغ جنسی است که از آن به‌عنوان سن نکاح یا سن احتلام نام می‌برند (مرعشی شوشتری، ۱۳۷۶: ۱۵). لذا بنا به مراتب فوق‌الاشعار می‌توان گفت در اصطلاح فقهی و حقوقی، بلوغ رسیدن به پایان دوره طفولیت و آغاز دوره مسئولیت و تکلیف است.

اگرچه قانون‌گذار ایران واژه «نوجوان» را در کنار واژه «طفل» در قوانین جزایی از جمله قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ به کار برده است لیکن این دو واژه از همدیگر متفاوت می‌باشند. قانون‌گذار تعریفی از واژه «نوجوان» بیان ننموده است؛ اما با توجه به تعریف طفل در قوانین به شرح فوق‌الذکر، می‌توان گفت تا زمانی که شخص به حد بلوغ شرعی نرسیده باشد، طفل محسوب می‌شود و نوجوانی با پدیده‌ای به نام «بلوغ» شروع می‌شود. به عبارت دیگر، در حقوق جزای ایران نوجوانی دوره‌ای بین طفولیت و بزرگسالی است که با توجه مواد قانونی فوق‌الذکر و نیز مواد ۸۸، ۸۹ و ۹۱ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ شروع آن از دوره بلوغ (سن نه و پانزده سال تمام قمری به ترتیب نسبت به دختران و پسران) و پایان آن سن ۱۸ سال تمام شمسی در دختران و پسران است. بنابراین بر اساس حقوق جزای ایران، نوجوان به دختر و پسر بالغ زیر ۱۸ سال تمام شمسی اطلاق می‌شود. به عبارت دیگر، دختر بین ۹ سال تمام قمری تا ۱۸ سال تمام شمسی و پسر بین ۱۵ سال تمام قمری تا ۱۸ سال تمام شمسی اصولاً نوجوان محسوب می‌شود مگر اینکه از طریقی از جمله آزمایشگاه‌های پزشکی توسط پزشکی قانونی ثابت شود که به‌رغم رسیدن به سن بلوغ، به حد بلوغ نرسیده است. به عبارت دیگر، سن به‌عنوان اماره بلوغ است نه به‌عنوان دلیل قطعی بلوغ. زیرا اولاً قانون‌گذار هرچند صراحتاً در این خصوص اظهارنظر ننموده لیکن در تبصره ۱ ماده ۳۰۴ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ با اصلاحات و الحاقات بعدی بلوغ را ملاک و مبنا در نظر گرفته و اشاره به حد بلوغ شرعی نموده و از سویی دیگر در ماده ۱۴۰ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، بالغ بودن شخص مرتکب را حین ارتکاب جرم از شرایط تحقق مسئولیت کیفری دانسته که نشان از پذیرش این دیدگاه از سوی قانون‌گذار است. به‌ویژه اینکه مؤخر بودن قانون آیین دادرسی کیفری نسبت به قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ قرینه‌ای است برای بالغ دانستن مرتکب که باید به شرع مراجعه نمود. همچنین، در ماده ۱۴۶ نیز افراد نابالغ را مبری از مسئولیت کیفری دانسته است و اشاره قانون‌گذار در ماده ۱۴۷ به یک علامت بلوغ، نافی وجود سایر علامت

بلوغ نیست (الهام و برهانی، ۱۳۹۴: ۲۵۳). چراکه مفهوم بلوغ در قانون تعریف نشده است، ناگزیر با مراجعه به آراء فقهی در آغاز باید دید بلوغ به چه معنی است و بالغ چه کسی را می‌گویند تا معنی نابالغ در قانون مجازات اسلامی مترادف طفل به‌کاررفته روشن شود چراکه افزون بر نشانه‌های طبیعی، سن به‌عنوان معیاری قراردادی اماره بلوغ شناخته شده است (اردبیلی، ۱۳۹۳: ۲/۱۹۵ و ۱۹۶). ثانیاً، هرچند قانون‌گذار در ماده ۱۴۷ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، سن بلوغ را مشخص نموده لیکن این تعیین سن، حد سن بلوغ است و موضوعیت ندارد که نظریه اداره حقوقی به شماره ۱۵۱۳/۷ مورخ ۱۳۸۰/۲/۱۶ مؤید این استدلال است.<sup>۱</sup> از سویی قانون‌گذار هرچند در ماده ۱۴۷ نسبت به تعیین سن بلوغ اقدام نموده است، لیکن در ماده ۳۰۸ قانون‌گذار تردید در بلوغ را پذیرفته لذا باید ماده ۱۴۷ را در کنار ماده ۳۰۸ مدنظر قرار داد و مفاد آن را تفسیر نمود و اگر تنها معیار در تشخیص بلوغ سن تعیینی از سوی مقنن مدنظر مقنن بود، اساساً امکان ایجاد و حدوث تردید مطرح نمی‌گردد و حکم مندرج در قسمت نخست ماده ۳۰۸ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ نیز مورد اتفاق فقها است (مصدق، ۱۳۹۷: ۱۵۵). بنابراین، به کار بردن اصطلاح بلوغ شرعی و یا بلوغ از سوی قانون‌گذار نشان از رویکرد مقنن در پذیرش این دیدگاه دارد و با توجه به مواد ۳۰۴ و ۳۱۵ قانون آیین دادرسی کیفری و تبصره ماده ۳۱۵ و تبصره ۱ ماده ۳۱۴ آن قانون، صرف سن شناسنامه‌ای نمی‌تواند بلوغ یا عدم بلوغ و سن واقعی را به‌طور مطلق اثبات کند و مستلزم احراز بلوغ یا عدم بلوغ است.

## ۲. مراجع خاص و ویژه رسیدگی به جرایم اطفال و نوجوانان

هرچند ممکن است این امر به ذهن متبادر شود که از یک‌سو، تشکیل مراجع رسیدگی به جرایم اطفال و نوجوانان بزهکار مخالف با اصل تساوی افراد در برابر قانون باشد و از سوی دیگر اینکه اطفال مبری از مسئولیت کیفری هستند اما این بدان معنا نیست که نتوان هیچ واکنش اجتماعی را در قبال رفتار مجرمانه ارتكابی از سوی این اشخاص تعیین و اعمال کرد بلکه آنچه باید به آن توجه داشت این است که در رسیدگی به جرایم اطفال و نوجوانان بزهکار باید یک نظام دادرسی با رویکرد افتراقی در جهت اصلاح، حمایت و بازاجتماعی کردن آنان حاکم باشد که این

۱. نظریه شماره ۱۵۱۳/۷ مورخ ۱۳۸۰/۲/۱۶ اداره کل حقوقی قوه قضائیه: «با توجه به فتاوی معتبر فقهای اسلامی، خصوصاً نظر حضرت امام(ره) در تحریرالوسیله رویدن موی زهار از امارات بلوغ است و کسی که این امار در او دیده شود بالغ است هرچند به سن ۱۵ سال نرسیده باشد زیرا سن در امر بلوغ موضوعیت ندارد و آن هم از امارات است» (ایرانی ارباطی، ۱۳۸۴: ۴۱۲).

امر یعنی ایجاد و برقراری یک نظام دادرسی با رویکرد افتراقی در جهت حفظ منافع و مصالح این اشخاص مستلزم ایجاد ساختار، تشکیلات و مراجع قضایی خاص در رسیدگی به جرایم این اشخاص می‌باشد.

به همین دلیل، یکی از مؤلفه‌های دادرسی اطفال و نوجوانان، ایجاد تشکیلات ویژه از جمله دادگاه اختصاصی برای رسیدگی به جرایم این افراد است که در اسناد بین‌المللی و حقوق داخلی کشورها بر ایجاد آن تصریح شده است (طهماسبی، ۱۳۹۶: ۹۸). در اسناد بین‌المللی از جمله بند ۳ ماده ۴۰ کنوانسیون حقوق کودک بر این امر تأکید و بیان گردیده است که کشورهای عضو در جهت افزایش وضع قوانین، مقررات، مقامات و مؤسساتی که خصوصاً مربوط به کودکان متهم یا مجرم به نقض قانون کیفری تلاش خواهند کرد (طهماسبی، ۱۳۹۶: ۹۹ و معاونت حقوقی قوه قضائیه، ۱۳۹۷: ۴۷). همچنین، به موجب بند «د» ماده ۱۴ راهنمای عمل درباره کودکان در نظام عدالت کیفری (رهنمودهای وین) مقرر شده است: دولت باید دادگاه نوجوانان با صلاحیت اولیه درباره نوجوانان مرتکب اعمال جزایی ایجاد نموده و آیین دادرسی خاصی تدوین نماید که نیازهای کودکان در آن لحاظ گردد (طهماسبی، ۱۳۹۶: ۹۹ و معاونت حقوقی قوه قضائیه، ۱۳۹۷: ۲۸۵). قانون‌گذار ایران نیز در آخرین اراده خود در قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ با اصلاحات و الحاقات بعدی نسبت به پیش‌بینی دادرسی ویژه نوجوانان (ماده ۲۸۵)، دادگاه اطفال و نوجوانان (ماده ۲۹۸)، دادگاه کیفری یک ویژه رسیدگی به جرایم نوجوانان (ماده ۳۱۵)، دادگاه تجدیدنظر ویژه جرایم اطفال و نوجوانان (ماده ۴۴۴) اقدام نموده است. به عبارت دیگر، قانون‌گذار ایران در قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ با اصلاحات و الحاقات بعدی با توجه به نوع جرم و میزان مجازات آن و نیز سن مرتکب جرم، مراجع خاص و ویژه‌ای را در رسیدگی به جرایم اطفال و نوجوانان بزهکار پیش‌بینی نمود که برخی از آن‌ها در نظام حقوقی ایران فاقد سابقه هستند که ذیلاً به بیان آن‌ها می‌پردازیم.

## ۲-۱. دادرسی ویژه نوجوانان

ماده ۲۸۵ قانون آیین دادرسی کیفری، مقرر می‌دارد: «در معیت دادگاه اطفال و نوجوانان و در محل آن، شعبه‌ای از دادرسی عمومی و انقلاب با عنوان دادرسی ویژه نوجوانان به سرپرستی یکی از معاونان دادستان و با حضور یک یا چند بازپرس تشکیل می‌شود. تحقیقات مقدماتی جرایم افراد ۱۵ تا ۱۸ سال به جزء جرایم موضوع مواد (۳۰۶) و (۳۴۰) این قانون که به‌طور مستقیم از سوی دادگاه صورت می‌گیرد، در این دادرسی به عمل می‌آید.»

تبصره ۱ ماده ۲۸۵ مقرر می‌دارد: «تحقیقات مقدماتی جرایم افراد زیر ۱۵ سال به‌طور مستقیم



در دادگاه اطفال و نوجوانان به عمل می‌آید و دادگاه مذکور کلیه وظایفی را که طبق قانون بر عهده ضابطان دادگستری و دادرسان است انجام می‌دهد...».

از این مقرر قانونی چنین استنباط می‌شود که دادرسان ویژه نوجوانان، مرجعی ویژه، با تشکیلات و ساختار تخصصی محسوب می‌شود که برای انجام تحقیقات مقدماتی جرایم افراد ۱۵ تا ۱۸ سال، به جز جرایم موضوع مواد ۳۰۶ (جرایم منافی عفت)، ۳۴۰ (جرایم تعزیری درجه ۷ و ۸) و ۵۹۹ (جرم نظامی)، اختصاص داده شده است.

## ۲-۲. دادگاه اطفال و نوجوانان

دادگاه اطفال و نوجوانان از نهادهای قضایی نسبتاً اولیه در رسیدگی به جرایم اطفال و نوجوانان می‌باشد. مطابق ماده ۲۹۴ قانون آیین دادرسی کیفری، دادگاه اطفال و نوجوانان به‌عنوان یک نهاد قضایی اختصاصی و مستقل در رسیدگی به جرایم اطفال و نوجوانان، در کنار سایر دادگاه‌های کیفری، است. دادگاه اطفال و نوجوانان یک دادگاه اختصاصی است. زیرا اولاً، در ماده ۲۹۴ قانون آیین دادرسی کیفری، این دادگاه در کنار دادگاه‌های دیگر مانند انقلاب و نظامی، به‌طور مستقل پیش‌بینی شده است و به دلالت ماده ۳۰۴ صالح به رسیدگی به کلیه جرایم اطفال و نوجوانان، به جز جرایم موضوع ماده ۳۱۵ و جرایم نظامی موضوع ماده ۵۹۹ این قانون می‌باشد. ثانیاً، در هیچ‌یک از مواد قانونی این دادگاه شعبه‌ای از دادگاه دیگر معرفی نشده است. ثالثاً، با توجه به تبصره ماده ۲۹۸ این قانون چنانچه در حوزه قضایی دادگاه اطفال و نوجوانان تشکیل شود دادگاه کیفری دو صالح به رسیدگی نیست و اینکه دادگاه اطفال و نوجوانان صلاحیت رسیدگی به جرایم اشخاص بالای ۱۸ سال را ندارد. در مقابل دیدگاه دیگری وجود دارد که با توجه به تبصره یک ماده ۳۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری، که بیان می‌دارد: «هر گاه شخصی متهم به ارتکاب جرایم متعددی باشد که رسیدگی به بعضی از آنها در صلاحیت دادگاه کیفری یک و رسیدگی به بعضی دیگر در صلاحیت دادگاه کیفری دو یا اطفال و نوجوانان است به تمام جرایم او در دادگاه کیفری یک رسیدگی می‌شود»، این نظر در ذهن مطرح می‌شود که دادگاه اطفال و نوجوانان یک دادگاه اختصاصی نیست بلکه یک دادگاه عمومی تخصصی همراه با برخی ویژگی‌های ارفاق‌آمیز برای مرتکبین کمتر از ۱۸ سال می‌باشد (جوانمرد، ۱۳۹۴: ۵۵). لیکن این امر صحیح به نظر نمی‌رسد چراکه اساساً در فرض قائل شدن صلاحیت اضافی برای یک دادگاه دیگر در رسیدگی به جرایم اطفال و نوجوانان در صورت تعدد جرم نمی‌توان قائل به اختصاصی نبودن دادگاه اطفال و نوجوانان شد.

بر اساس ماده ۲۹۸ قانون آیین دادرسی کیفری، دادگاه اطفال و نوجوانان با حضور یک قاضی و یک مشاور تشکیل می‌شود و به دلالت تبصره ماده ۲۹۸ و ماده ۳۰۴ این قانون، در هر حوزه

قضایی شهرستان یک یا چند دادگاه اطفال و نوجوانان بر حسب نیاز تشکیل می‌شود. این دادگاه به کلیه جرایم اطفال و افراد کمتر از ۱۸ سال تمام شمسی، به جز جرایم مشمول ماده ۳۱۵ و جرایم نظامی موضوع ماده ۵۹۹ این قانون رسیدگی می‌نماید و تا زمانی که دادگاه اطفال و نوجوانان در محلی تشکیل نشده به کلیه جرایم اطفال و نوجوانان به جز جرایم مشمول ماده ۳۱۵ این قانون در شعبه دادگاه کیفری دو یا دادگاهی که وظایف آن را انجام می‌دهد رسیدگی می‌شود. بنابراین هرچند این دادگاه اختصاصی است لیکن صالح به رسیدگی به کلیه جرایم اطفال و نوجوانان یعنی جرایم موضوع ماده ۳۰۲ (جرایم مشمول صلاحیت دادگاه کیفری یک و دادگاه انقلاب در موارد تعدد قاضی) ارتكابی توسط افراد بالغ زیر ۱۸ سال تمام شمسی نبوده و این جرایم در صلاحیت دادگاه کیفری یک ویژه رسیدگی به جرایم نوجوانان است.

لازم به ذکر است قانون‌گذار در ماده ۴۰۹ این قانون برای قضات دادگاه اطفال و نوجوانان شرایطی را در نظر گرفته و بیان می‌دارد: «قضات دادگاه و دادرای اطفال و نوجوانان را رئیس قوه قضائیه از بین قضاتی که حداقل پنج سال سابقه خدمت قضایی دارند و شایستگی آنان را برای این امر با رعایت سن و جهات دیگر از قبیل تأهل، گذراندن دوره آموزشی و ترجیحاً داشتن فرزند محرز بداند، انتخاب می‌کند».

### ۳-۲. دادگاه کیفری یک ویژه رسیدگی به جرایم نوجوانان

قانون‌گذار ایران در ماده ۲۹۴ قانون آیین دادرسی کیفری، دادگاه‌های کیفری را به دادگاه کیفری یک، دادگاه کیفری دو، دادگاه انقلاب، دادگاه اطفال و نوجوانان و دادگاه‌های نظامی تقسیم کرده است. دادگاه کیفری یک، یکی از دادگاه‌های کیفری است که به دلالت ماده ۳۰۲ قانون آیین دادرسی کیفری، صلاحیت این دادگاه عبارتند از: الف) جرایم موجب مجازات سلب حیات، ب) جرایم موجب حبس ابد، پ) جرایم موجب قطع عضو یا جنایت عمدی علیه تمامیت جسمانی با میزان نصف دیه کامل یا بیش از آن، ت) جرایم موجب مجازات تعزیری درجه سه و بالاتر، ث)

۱. البته، با توجه به تبصره ذیل ماده ۳ قانون کاهش مجازات حبس تعزیری که مقرر می‌دارد: «تمام حبس‌های ابد غیرحدی مقرر در قانون به حبس درجه یک تبدیل می‌شود». باید گفت که بند «ب» ماده ۳۰۲ قانون آیین دادرسی کیفری درباره حبس‌های ابد تعزیری هیچ کاربردی ندارد. چراکه به موجب مقرره قانونی مزبور کلیه حبس‌های ابد تعزیری منسوخ شده‌اند اما از حیث کاربرد آن در خصوص جرائم حدی (سرقت حدی) ابهام وجود دارد. با کمی تأمل می‌توان گفت که در قوانین موضوعه ایران هیچ جرمی اعم از حدی و غیرحدی که «مجازات قانونی و اولیه آن جرم»، حبس ابد باشد صرف نظر از کیفیات مخففه و مشدده مرتکب جرم (مثلاً سرقت حدی در مرتبه سوم)، وجود ندارد.

جرایم سیاسی و مطبوعاتی. این دادگاه به دلالت ماده ۲۹۶ این قانون، دارای یک رئیس و دو مستشار است که با حضور دو عضو نیز رسمیت می‌یابد و به موجب تبصره ۱ ماده ۲۹۶ در مرکز استان و به تشخیص رئیس قوه قضائیه در حوزه شهرستان‌ها تشکیل می‌شود. در حوزه‌هایی که این دادگاه تشکیل نشده است، به جرایم موضوع صلاحیت آن در نزدیک‌ترین دادگاه کیفری یک در حوزه قضایی آن استان رسیدگی می‌شود.

هرچند به جرایم اشخاص زیر ۱۸ سال در دادگاه اطفال و نوجوانان رسیدگی می‌گردد، لیکن از نظر سن و نیز نوع جرم حسب مورد استثنائاتی وجود دارد که به جرایم این اشخاص در دادگاه اطفال و نوجوانان رسیدگی نشود؛ از جمله آن پیش‌بینی دادگاه کیفری یک ویژه رسیدگی به جرایم نوجوانان است که قانون‌گذار در ماده ۳۱۵ قانون آیین دادرسی کیفری آن را وضع نموده است. این دادگاه از حیث تشکیلاتی یک دادگاه تخصصی است چرا که تبصره ۱ ماده ۳۱۵ بیان شده است: «تخصصی بودن این دادگاه مانع از ارجاع سایر پرونده‌ها به آن‌ها نیست». این دادگاه شعبه‌ای از دادگاه کیفری یک بوده و دارای یک رئیس و دو مستشار بوده و با دو عضو رسمیت می‌یابد و به دلالت تبصره ۲ ماده ۳۱۵ حضور مشاور برای رسیدگی به جرایم نوجوانان الزامی است و این دادگاه به جرایم مشمول صلاحیت دادگاه کیفری یک و دادگاه انقلاب در موارد تعدد قاضی، اگر توسط افراد بالغ زیر ۱۸ سال تمام شمسی ارتکاب یابد، رسیدگی می‌کند. متهم در این دادگاه اصولاً از کلیه امتیازاتی که در دادگاه اطفال و نوجوانان اعمال می‌شود، بهره‌مند می‌گردد.

#### ۴-۲. دادگاه تجدیدنظر ویژه جرایم اطفال و نوجوانان

قانون‌گذار ایران در جهت رسیدگی تخصصی به جرایم اطفال و نوجوانان به پیش‌بینی و تعیین شعبه‌ای از دادگاه تجدیدنظر استان به‌عنوان مرجع رسیدگی به درخواست تجدیدنظر از آراء و تصمیمات دادگاه اطفال و نوجوانان با ابلاغ رئیس قوه قضائیه اقدام نموده است. ماده ۴۴۴ قانون آیین دادرسی کیفری بیان می‌دارد: «مرجع رسیدگی به درخواست تجدیدنظر از آراء و تصمیمات دادگاه اطفال و نوجوانان شعبه‌ای از دادگاه تجدیدنظر استان که مطابق با شرایط مقرر در این قانون با ابلاغ رئیس قوه قضائیه تعیین می‌گردد...».

لذا دادگاه تجدیدنظر ویژه جرایم اطفال و نوجوانان نیز همانند دادرسی ویژه نوجوانان موضوع ماده ۲۸۵ و دادگاه کیفری یک ویژه رسیدگی به جرایم نوجوانان موضوع ماده ۳۱۵ این قانون، از حیث تشکیلاتی یک مرجع تخصصی است که به درخواست تجدیدنظرخواهی از آراء و تصمیمات دادگاه اطفال و نوجوانان رسیدگی می‌نماید. البته تخصصی بودن این دادگاه، مانع از ارجاع سایر پرونده‌ها به این شعبه نیست و همانند شعب دیگر دادگاه تجدیدنظر، به دلالت ماده ۴۲۶ قانون

آیین دادرسی کیفری دارای رئیس و دو مستشار بوده و با دو عضو نیز رسمیت می‌یابد که نشان از پذیرش یک نوع نظام دادرسی افتراقی در رسیدگی به جرایم این اشخاص می‌باشد؛<sup>۱</sup> لیکن قانون‌گذار ایران در ماده ۴۴۴ مرجع فرجام‌خواهی از آراء و تصمیمات محاکم دادگاه کیفری یک ویژه رسیدگی به جرایم نوجوانان را در دیوان عالی کشور دانسته است. هرچند قانون‌گذار در این ماده از عنوان دادگاه کیفری ویژه رسیدگی به جرایم اطفال و نوجوانان استفاده نموده است لیکن به نظر می‌رسد در زمان اصلاح قانون آیین دادرسی کیفری در مورخ ۹۴/۳/۲۴ قبل از لازم‌الاجرا شدن قانون و در زمان تغییر نام این دادگاه به دادگاه کیفری یک ویژه رسیدگی به جرایم نوجوانان، اگرچه در موارد دیگر این تغییر صورت گرفته، لیکن در این ماده سهواً اقدام به اصلاح این مقررۀ قانونی ننموده است که باید اصلاح شود.

لازم به ذکر است که قانون‌گذار در خصوص اشخاص زیر ۱۸ سال، برخلاف سایر اشخاص که ملاک جهت تعیین مرجع تجدیدنظرخواهی یا فرجام‌خواهی را مجازات قانونی قرار داده است، دادگاه صادرکننده حکم را، صرف‌نظر از مجازات قانونی و قضایی جرم ملاک قرار داده و به دلالت مواد ۴۴۴ و ۴۴۵ کلیه آراء صادره از این محاکم را قابل تجدیدنظرخواهی دانسته و مرجع اعتراض به آراء و تصمیمات دادگاه اطفال و نوجوانان را دادگاه تجدیدنظر استان (در شعب اختصاص یافته) و مرجع اعتراض به آراء و تصمیمات دادگاه کیفری یک ویژه رسیدگی به جرایم نوجوانان را در دیوان عالی کشور دانسته است و برخلاف دادگاه تجدیدنظر، قانون‌گذار اقدام به پیش‌بینی شعبه‌ای از دیوان عالی کشور از حیث تشکیلاتی به‌عنوان یک مرجع تخصصی و با صلاحیت اختصاصی به‌عنوان شعبه خاص رسیدگی به اعتراض از آراء و تصمیمات ننموده است لیکن به دلالت ماده ۵۶۶ قانون آیین دادرسی کیفری، امکان تخصیص شعبه یا شعبی از مراجع قضایی برای رسیدگی تخصصی وجود دارد. قانون‌گذار در ماده ۴۰۹ قانون آیین دادرسی کیفری، برای قضات دادرسی دادگاه اطفال و نوجوانان، ویژگی‌های خاصی پیش‌بینی نموده است که این امر به دلالت مواد ۴۰۲ و ۴۰۹ این قانون، برای قضات دادگاه کیفری یک ویژه رسیدگی به جرایم نوجوانان و همچنین شعب دادگاه تجدیدنظر جهت رسیدگی به آراء و تصمیمات دادگاه اطفال و نوجوانان، با توجه به نوع جرایم مورد رسیدگی در دادگاه کیفری یک که از جرایم مهم بوده و با توجه به فلسفه تشکیل

۱. اندیشه زیربنایی که پیش‌بینی اختصاص چنین شعبی را تشکیل می‌دهد آن است که قضات دادگاه تجدیدنظر نیز همان دیدگاه افتراقی نسبت به بزهکاری اطفال را داشته و با دیدگاهی صرفاً حقوقی آراء و تصمیمات اتخاذ شده توسط دادگاه‌های اطفال را مورد تجدیدنظر قرار ندهند (جمشیدی، ۱۳۸۲: ۸۸).

دادگاه‌های تخصصی، به طریق اولی باید مدنظر قرار گیرد.

### ۳. قاعده کلی در صلاحیت رسیدگی به جرایم اطفال و نوجوانان و استثنائات آن

#### ۳-۱. قاعده کلی صلاحیت رسیدگی به جرایم اطفال و نوجوانان

قاعده کلی از لحاظ صلاحیت رسیدگی به جرایم اطفال و نوجوانان بزهکار اعم از تحقیقات مقدماتی و رسیدگی بدین ترتیب است:

الف) چنانچه شخص نابالغ باشد، انجام تحقیقات مقدماتی و محاکمه توسط دادگاه اطفال و نوجوانان انجام می‌گیرد هرچند درخصوص مرجع صالح جهت انجام تحقیقات مقدماتی و محاکمه در جرایم موضوع ماده ۳۰۲ اختلاف نظر وجود دارد که در ادامه به آن پرداخته می‌شود.

ب) چنانچه شخص بالغ باشد دو حالت متصور است:

۱. شخص مرتکب بالغ بین ۱۵ تا ۱۸ سال باشد:

۱-۱. اگر مرتکب جرایم موضوع ماده ۳۰۲ گردد، انجام تحقیقات مقدماتی آن اگر جزء جرایم منفی عفت باشد در دادگاه کیفری یک ویژه نوجوانان و در سایر جرایم موضوع ماده ۳۰۲ در دادرسی ویژه نوجوانان و انجام محاکمه در دادگاه کیفری یک ویژه رسیدگی به جرایم نوجوانان به عمل می‌آید.

۱-۲. در غیر جرایم موضوع ماده ۳۰۲، اگر جزء جرایم منفی عفت و جرایم تعزیری درجه ۷ و ۸ باشد، دادگاه اطفال و نوجوانان مرجع صالح جهت انجام تحقیقات مقدماتی و محاکمه می‌باشد و در غیر جرایم اخیرالذکر انجام تحقیقات مقدماتی آن‌ها در دادرسی ویژه نوجوانان و محاکمه در دادگاه اطفال و نوجوانان صورت می‌گیرد.

۲. شخص مرتکب بالغ زیر ۱۵ سال باشد، مثلاً دختر ۱۴ ساله:

۲-۱. اگر مرتکب جرایم غیر از موضوع ماده ۳۰۲ گردد دادگاه اطفال و نوجوانان مرجع صالح جهت انجام تحقیقات مقدماتی و محاکمه می‌باشد.

۲-۲. اگر مرتکب جرایم موضوع ماده ۳۰۲ گردد، در این صورت انجام تحقیقات مقدماتی و محاکمه در دادگاه کیفری یک ویژه رسیدگی به جرایم نوجوانان صورت می‌گیرد، هر چند در خصوص مرجع صالح جهت انجام تحقیقات مقدماتی در جرایم موضوع ماده ۳۰۲ که قابلیت طرح مستقیم در دادگاه کیفری یک را ندارد (به غیر از جرایم منفی عفت که به‌طور مستقیم در دادگاه کیفری یک مطرح می‌گردد) اختلاف نظر وجود دارد که برخی آن را در صلاحیت دادگاه کیفری یک ویژه نوجوانان و برخی آن را در صلاحیت دادگاه اطفال و نوجوانان می‌دانند که در ادامه به آن نیز می‌پردازیم.

### ۲-۳. استثنائات صلاحیت دادگاه اطفال و نوجوانان

هرچند به دلالت ماده ۳۰۴ قانون آیین دادرسی کیفری دادگاه اطفال و نوجوانان صلاحیت رسیدگی به کلیه جرایم ارتكابی از سوی اشخاص اطفال و نوجوانان را دارد. اما استثنائاتی نیز وجود دارد که عبارتند از:

۱. به جرایم نظامیان کمتر از ۱۸ سال تمام شمسی که در صلاحیت سازمان قضایی است با رعایت مقررات مربوط به رسیدگی به جرایم اطفال و نوجوانان در دادسرا و دادگاه‌های نظامی رسیدگی می‌گردد (ماده ۵۹۹ قانون آیین دادرسی کیفری) یعنی؛ در تعارض صلاحیت دادگاه‌های نظامی نسبت به دادگاه اطفال و نوجوانان در خصوص رسیدگی به جرایم ارتكابی توسط نظامیان کمتر از ۱۸ سال تمام شمسی، قانون‌گذار اولویت را به صلاحیت دادگاه‌های نظامی داده است. این اقدام قانون‌گذار را می‌توان این‌گونه توجیه کرد که بخشی از صلاحیت دادگاه نظامی یعنی جرایم مربوط به وظایف خاص نظامی و انتظامی به‌موجب قانون اساسی به‌صورت مطلق اعم از اینکه مرتکب نوجوان باشد یا بزرگ‌سال به دادگاه نظامی محول شده است و قانون عادی نیز نمی‌تواند مغایر قانون اساسی حکمی وضع کند (طهماسبی، ۱۳۹۶: ۱۲۴).

۲. به جرایم شخص روحانی که سن وی کمتر از ۱۸ سال تمام شمسی باشد، در دادسرا و دادگاه ویژه روحانیت رسیدگی می‌گردد (ماده ۱۳ آیین‌نامه دادرسی و دادگاه‌های ویژه روحانیت اصلاحی ۱۳۸۴/۹/۲).

۳. چنانچه سن متهم قبل از شروع به رسیدگی از ۱۸ سال تمام شمسی تمام تجاوز کند هرچند شخص در زمان ارتكاب جرم زیر ۱۸ سال بوده باشد، در این صورت رسیدگی به اتهام وی حسب مورد در دادگاه کیفری صالح صورت می‌گیرد (تبصره ۲ ماده ۳۰۴ قانون آیین دادرسی کیفری).

۴. چنانچه یکی از جرایم ارتكابی متهم بالغ زیر ۱۸ سال در صلاحیت دادگاه کیفری یک باشد، به همه جرایم در دادگاه کیفری یک ویژه نوجوانان رسیدگی می‌گردد (تبصره ۲ ماده ۳۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری).

۵. به دلالت ماده ۳۱۵ قانون آیین دادرسی کیفری، جرایم مشمول صلاحیت دادگاه کیفری یک و همچنین دادگاه انقلاب در مواردی که با تعدد قاضی رسیدگی می‌گردد، اگر توسط افراد بالغ زیر ۱۸ سال تمام شمسی ارتكاب یابد، در دادگاه کیفری یک ویژه رسیدگی به جرایم نوجوانان رسیدگی می‌گردد.

۴. ابهامات تعیین صلاحیت رسیدگی به جرایم ماده ۳۰۲ ارتكابی توسط اطفال و نوجوانان  
قانون‌گذار ایران در آخرین اراده خود در قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ تحولات و

نوآوری‌های زیادی از حیث پیش‌بینی مراجع اختصاصی یا تخصصی، مقامات دخیل در امر تحقیق و دادرسی و شرایط و ویژگی‌های آنان، نحوه و چگونگی و ترتیب انجام تحقیقات مقدماتی و دادرسی پیش‌بینی و گامی اساسی در برقراری دادرسی افتراقی برداشته است؛ لیکن از حیث تقنینی جامع و کامل نبوده و گاه دارای ابهام، اجمال و سکوت بوده که این امر در برخی از موضوعات از جمله در قلمرو تعیین صلاحیت مراجع جهت انجام تحقیقات مقدماتی و رسیدگی و صدور حکم پیرامون جرایم موضوع ماده ۳۰۲ قانون آیین دادرسی کیفری ارتكابی توسط اطفال و نوجوانان قابل توجه و بررسی است که باعث ایجاد سردرگمی و اختلاف سلیقه در رویه قضایی می‌شود. ذیلاً به بررسی و تعیین تکلیف دو ابهام اساسی از حیث الف) مرجع صالح انجام تحقیقات مقدماتی جرایم موضوع ماده ۳۰۲ قانون آیین دادرسی کیفری ارتكابی توسط افراد بالغ زیر ۱۵ سال و ب) مرجع صالح رسیدگی به جرایم موضوع ماده ۳۰۲ قانون آیین دادرسی کیفری ارتكابی توسط افراد نابالغ به صورت جداگانه می‌پردازیم.

#### ۱-۴. مرجع تحقیقات مقدماتی جرایم موضوع ماده ۳۰۲ ارتكابی توسط بالغ زیر ۱۵ سال

قانون‌گذار در تبصره ۱ ماده ۲۸۵ قانون آیین دادرسی کیفری مقرر داشته است: «تحقیقات مقدماتی تمامی جرایم افراد زیر ۱۵ سال به طور مستقیم در دادگاه اطفال و نوجوانان به عمل می‌آید و دادگاه مذکور کلیه وظایفی را که طبق قانون بر عهده ضابطان دادگستری و داسرا است انجام می‌دهد». مطابق ماده ۳۱۵ این قانون، جرایم مشمول صلاحیت دادگاه کیفری یک و همچنین، دادگاه انقلاب در مواردی که با تعدد قاضی رسیدگی می‌شود، اگر توسط افراد بالغ زیر ۱۸ سال تمام شمسی ارتكاب یابد در دادگاه کیفری ویژه رسیدگی به جرایم نوجوانان، رسیدگی و متهم از کلیه امتیازاتی که در دادگاه اطفال و نوجوانان اعمال می‌شود بهره‌مند می‌گردد.

با توجه به اینکه به دلالت ماده ۲۸۵ این قانون تحقیقات مقدماتی جرایم افراد ۱۵ تا ۱۸ سال تمام شمسی، به جز جرایم موضوع مواد ۳۰۶ (جرایم منافی عفت) و ۳۴۰ (جرایم تعزیری درجه ۷ و ۸) این قانون که مستقیم از سوی دادگاه صورت می‌گیرد، در شعبه‌ای از دادرسی عمومی و انقلاب با عنوان دادرسی ویژه نوجوانان انجام می‌شود لذا این سؤال به ذهن متبادر می‌شود چنانچه فرد بالغ زیر ۱۵ سال مرتکب یکی از جرایم موضوع ماده ۳۰۲ گردد، مرجع انجام تحقیقات مقدماتی دادگاه کیفری یک ویژه رسیدگی به جرایم نوجوانان است یا دادگاه اطفال و نوجوانان، همین امر باعث اختلاف نظر و برداشت‌های گوناگون شده است.

به طور کلی، درباره این چالش و ابهام اساسی حقوقی و قضایی دو برداشت وجود دارد که ذیلاً به بیان آن به طور جداگانه خواهیم پرداخت.

دیدگاه اول: مرجع صالح جهت انجام تحقیقات مقدماتی، دادگاه کیفری یک ویژه رسیدگی به جرایم نوجوانان می‌باشد. زیرا اولاً، به دلالت ماده ۲۸۵ قانون آیین دادرسی کیفری، تحقیقات مقدماتی افراد کمتر از ۱۵ سال به‌طور مستقیم بر عهده دادگاه گذاشته شده و اساساً هدف قانون‌گذار از وضع این ماده حذف دادرسی از انجام تحقیقات مقدماتی در جرایم افراد کمتر از ۱۵ سال می‌باشد و با توجه به نوع جرم، تحقیقات مقدماتی افراد کمتر از ۱۵ سال حسب مورد می‌توانند در دادگاه اطفال و نوجوانان یا دادگاه کیفری یک ویژه رسیدگی به جرایم نوجوانان انجام گیرد و با توجه به نوع جرم (جرایم موضوع ماده ۳۰۲ قانون آیین دادرسی کیفری) که در صلاحیت دادگاه کیفری یک است و اینکه قسمت اخیر ماده ۳۱۵ قانون اخیرالذکر بیان می‌دارد: «... متهم در دادگاه کیفری یک ویژه نوجوانان از کلیه امتیازاتی که در دادگاه اطفال و نوجوانان اعمال می‌شود بهره‌مند می‌گردد»، مستنداً به مواد مرقوم دادگاه کیفری یک ویژه رسیدگی به جرایم نوجوانان، مرجع انجام تحقیقات مقدماتی و دادرسی آن هم به‌صورت مستقیم می‌باشد که نظریه اکثریت قضات شهر خور استان فارس در نشست قضایی مورخ ۱۳۹۴/۱۱/۱۵ منتشر شده در سامانه نشست قضایی مؤید این استدلال است.<sup>۱</sup>

ثانیاً، مراد قانون‌گذار از دادگاه اطفال و نوجوانان، در ماده ۲۸۵ فقط دادگاه اطفال و نوجوانان به معنی خاص نمی‌باشد بلکه دادگاهی است که به جرایم اطفال و نوجوانان رسیدگی می‌کند و بر حسب نوع اتهام ممکن است دادگاه کیفری یک ویژه رسیدگی به جرایم نوجوانان یا دادگاه جانشین باشد چراکه دادرسی و محاکمه جرایم اشخاص بالغ زیر ۱۵ سال، در جرایم موضوع ماده ۳۰۲ در دادگاه کیفری یک رسیدگی می‌گردد و اگر قائل به این باشیم که تحقیقات مقدماتی توسط دادگاه اطفال و نوجوانان انجام گیرد امکان صدور کیفرخواست و جانشینی از دادستان برای دادگاه اطفال و

۱. نظر اکثریت نشست قضایی چنین است: «با توجه به اینکه در تبصره یک ماده ۲۸۵ قانون آیین دادرسی کیفری تحقیقات مقدماتی تمامی جرائم افراد زیر پانزده سال به‌طور مستقیم به‌عهده دادگاه قرار داده شده است بنابراین هدف، حذف دادرسی از انجام تحقیقات مقدماتی می‌باشد ولی با توجه به نوع جرم ارتكابی می‌تواند تحقیقات در دادگاه اطفال و نوجوانان یا دادگاه کیفری یک ویژه نوجوانان صورت گیرد که با توجه به نوع جرم و اینکه رسیدگی در دادگاه کیفری یک با تعدد قاضی می‌باشد و مستنداً به ماده ۳۱۵ قانون آیین دادرسی کیفری تحقیقات مقدماتی و رسیدگی مستقیماً با دادگاه کیفری یک می‌باشد که قسمت انتهایی ماده ۳۱۵ که بیان کرده متهم در دادگاه کیفری یک از کلیه امتیازاتی که در دادگاه اطفال و نوجوانان اعمال می‌شود بهره‌مند می‌گردد، مؤید این نظریه می‌باشد با این توضیح که رسیدگی مستقیم در دادگاه یکی از امتیازات می‌باشد تا رسیدگی به اتهام کودک دوماه‌ای نباشد» (برگرفته از پایگاه اینترنتی: <https://www.neshast.org> تاریخ ملاحظه: ۱۳۹۸/۱۰/۲۰).



نوجوانان در قانون پیش‌بینی نشده است و صلاحیت این دادگاه برای تحقیقات مقدماتی در جرایمی است که مستقیم به آن رسیدگی می‌کند و در رسیدگی مستقیم، صدور کیفرخواست معنا ندارد و از سویی رویه جاری محاکم نیز نشان از صحت این دیدگاه می‌باشد (عابدی، ۱۳۹۸: ۴۳).<sup>۱</sup>

دیدگاه دوم: مرجع صالح جهت انجام تحقیقات مقدماتی دادگاه اطفال و نوجوانان می‌باشد. زیرا اولاً، تبصره ۱ ماده ۲۸۵ قانون آیین دادرسی کیفری که بیان می‌دارد: «تحقیقات مقدماتی کلیه جرایم افراد زیر ۱۵ سال به‌طور مستقیم به‌عهده دادگاه اطفال و نوجوانان می‌باشد» و اساساً دادگاه اطفال و نوجوانان به‌موجب نص صریح قانون وظایف دادرسی را بر عهده دارد که نظریه اقلیت قضات شهر خور استان فارس در نشست قضایی مورخ ۱۳۹۴/۱۱/۱۵ منتشر شده در سامانه نشست قضایی مؤید این استدلال است.<sup>۲</sup>

ثانیاً، با توجه به اطلاق تبصره ۱ ماده ۲۸۵ تحقیقات مقدماتی باید در دادگاه اطفال و نوجوانان انجام گیرد و با توجه به اینکه این دادگاه کلیه وظایف دادرسی را داراست با صدور کیفرخواست یا فقط با صدور قرار جلب به دادرسی پرونده را به دادگاه کیفری یک ویژه نوجوانان ارسال نماید و اساساً ماده ۳۱۵ و استفاده از عبارت «رسیدگی» در این ماده ظهور در مرحله دادگاه دارد و شامل مرحله تحقیقات مقدماتی نمی‌شود (عابدی، ۱۳۹۸: ۴۳).

به نظر نگارندگان استدلال دیدگاه اول، منطقی و موجه‌تر است. در تقویت این دیدگاه می‌توان گفت که این برداشت با روح حاکم بر قانون آیین دادرسی کیفری سازگاری بیشتری دارد و اساساً متن ماده ۲۸۵ قانون آیین دادرسی کیفری که تشکیل دادرسی ویژه نوجوانان را در معیت دادگاه اطفال و نوجوانان پیش‌بینی کرده؛ لیکن این دادرسی در معیت دادگاه کیفری یک ویژه رسیدگی به

۱. از جمله پرونده به شماره بایگانی ۹۶۰۱۵۶ شعبه اول دادگاه کیفری یک ویژه رسیدگی به جرایم نوجوانان استان مازندران نیز مؤید این استدلال است.

۲. نظر اقلیت نشست قضایی چنین است: «با توجه به اینکه در تبصره یک ماده ۲۸۵ قانون آیین دادرسی کیفری تحقیقات مقدماتی کلیه جرائم افراد زیر پانزده سال را به‌طور مستقیم به‌عهده دادگاه قرار داده شده است لذا کار تحقیقات مقدماتی می‌بایست توسط دادگاه اطفال با یک نفر قاضی انجام شود و چون طبق ماده ۳۱۵ قانون آیین دادرسی کیفری رسیدگی به جرائم افراد بالغ زیر هجده سال در دادگاه کیفری یک می‌باشد لذا رسیدگی به این اتهام برای صدور حکم می‌بایست در دادگاه کیفری یک انجام شود و به نظر می‌رسد دادگاه کیفری دو با توجه به قسمت انتهایی تبصره یک ماده ۲۸۵ که دارای وظایف دادرسی است می‌بایست پس از پایان تحقیقات با صدور قرار جلب به دادرسی پرونده را به دادگاه کیفری یک ارسال تا رأی مقتضی توسط این دادگاه صادر گردد» (برگرفته از پایگاه اینترنتی: <https://www.neshast.org> تاریخ ملاحظه: ۱۳۹۸/۱۰/۲۰).

جرائم نوجوانان در جرایم موضوع ماده ۳۰۲ نیز می‌باشد و از سویی دیگر، تفسیر به نفع متهم نیز این دیدگاه را تقویت می‌کند از آن حیث که رسیدگی در دادگاه کیفری یک، به لحاظ اینکه با تعدد قاضی و با قضات باتجربه و صاحب نظر بهتر انجام می‌گیرد، و این با عدالت سازگارتر است. وانگهی، در صورت عدم صراحت قانون‌گذار و تردید بین دو نظر باید دیدگاهی را پذیرفت که بیشتر به نفع متهم می‌باشد و اساساً دیدگاه دوم هر چند با ظاهر ماده ۲۸۵ سازگاری بیشتری دارد، لیکن امکان عملی آن وجود ندارد و بر حسب رویه جاری محاکم پذیرفتنی نیست.

#### ۲-۴. مرجع صالح رسیدگی به جرایم موضوع ماده ۳۰۲ ارتكابی توسط افراد نابالغ

قانون‌گذار در ماده ۳۰۲ قانون آیین دادرسی کیفری رسیدگی به جرایم خاصی را در صلاحیت دادگاه کیفری یک قرار داده و در ماده ۳۱۵ این قانون، جرایم مشمول صلاحیت دادگاه کیفری یک و همچنین، انقلاب در مواردی که با تعدد قاضی رسیدگی می‌شود چنانچه توسط فرد بالغ زیر ۱۸ سال تمام شمسی ارتکاب یابد در دادگاه کیفری یک ویژه رسیدگی به جرایم نوجوانان رسیدگی می‌شود. سؤالی که به ذهن متبادر می‌شود این است که اگر شخص نابالغی مرتکب یکی از جرایم موضوع ماده ۳۰۲ گردد مرجع صالح جهت شروع به تعقیب، تحقیق و محاکمه و صدور حکم کدام است؟ و همین امر باعث اختلاف نظر و برداشت‌های گوناگون گردیده است. به طور کلی، درباره این چالش و ابهام اساسی حقوقی و قضایی دو برداشت و دیدگاه وجود دارد که ذیلاً به بیان آن به طور جداگانه خواهیم پرداخت.

دیدگاه اول: طبق یک دیدگاه، دادگاه اطفال و نوجوانان مرجع صالح جهت رسیدگی به جرایم موضوع ماده ۳۰۲ ارتكابی توسط اشخاص نابالغ است. زیرا:

اولاً، به دلالت تبصره ماده ۲۹۸ و ماده ۳۰۴ قانون آیین دادرسی کیفری، اصل بر صلاحیت دادگاه اطفال و نوجوانان است و اینکه در صورت عدم تشکیل این دادگاه اختصاصی، دادگاه کیفری دو آن شهرستان یا دادگاه جانشین، صلاحیت رسیدگی به کلیه جرایم اطفال و نوجوانان، به جز جرایم مشمول ماده ۳۱۵ این قانون، را دارد و اساساً با توجه به اطلاق ماده ۳۰۴ قانون آیین دادرسی کیفری بدون استثنا به کلیه جرایم اطفال در دادگاه اطفال و نوجوانان رسیدگی می‌گردد (ساولانی، ۱۳۹۷/۲: ۵۴ و مصدق، ۱۳۹۴: ۴۳۷).

ثانیاً، جرایم مشمول ماده ۳۱۵ نیز به دلالت این ماده، جرایم موضوع ماده ۳۰۲ در صورتی که از سوی شخص بالغ زیر ۱۸ سال ارتکاب یابد می‌باشد؛ حال آنکه در فرض سؤال مرتکب جرم یک فرد نابالغ است و اساساً صلاحیت دادگاه کیفری یک ویژه رسیدگی به جرایم نوجوانان در پی اصلاح ۱۳۹۴/۰۳/۲۴ به روشنی منحصر به متهمان بالغ زیر هجده سال شده است. هدف از این

اصلاح خارج ساختن افراد نابالغ از صلاحیت دادگاه مذکور بوده و می‌توان نتیجه گرفت که از آنجا که این اشخاص اصولاً فاقد مسئولیت کیفری بوده و قابل مجازات نیستند<sup>۱</sup> قانون‌گذار آن‌ها را در این دادگاه قابل محاکمه ندانسته و در نتیجه در مورد این افراد با توجه به عموم عبارت صدر ماده ۳۰۴ باید قائل به صلاحیت دادگاه اطفال و نوجوانان شد (خالقی، ۱۳۹۷: ۴۱۶ و ۴۱۷).

ثالثاً، ضرورت دقت در رسیدگی به جرایم اشخاص بالغ زیر هجده سال اقتضا می‌کند که پرونده او در دادگاه کیفری یک مطرح شود اما این قضیه در خصوص اشخاص نابالغ منتفی است چراکه معمولاً این اشخاص مجازات نخواهند شد (مصدق، ۱۳۹۴: ۴۳۶ و ۴۳۷). اساساً مجازات جرایم ارتكابی از سوی اشخاص نابالغ مشمول مجازات‌های مقرر در ماده ۳۰۲ قانون آیین دادرسی کیفری نمی‌گردد که دادنامه شماره ۹۵۰۹۹۷۲۰۶۳۱۰۰۰۳۴ مورخ ۹۵/۴/۵ شعبه اول دادگاه کیفری یک ویژه رسیدگی به جرایم نوجوانان استان مازندران و دادنامه شماره ۹۵۰۹۹۷۰۹۰۷۱۰۰۸۶۶ مورخ ۹۵/۵/۶ شعبه یازدهم دیوان عالی کشور مؤید این دیدگاه می‌باشد. همچنین، نظریه اکثریت قضات شهر قروه استان کردستان با کد نشست ۶۴۹۰ - ۱۳۹۸ مورخ ۹۷/۹/۱۵ نیز مؤید این استدلال است.<sup>۲</sup>

رابعاً، نظر به اینکه مواد ۱۴۶ و ۱۴۸ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ که ملاک مسئولیت را بلوغ دانسته و نابالغ را فاقد مسئولیت کیفری می‌داند و برابر مواد مذکور اقدامات تأمینی نسبت به نابالغ اعمال می‌شود و برابر تبصره ۲ و بندهای «ت» و «ث» ماده ۸۸ قانون فوق‌الذکر و ماده ۳۰۲ قانون آیین دادرسی کیفری رسیدگی به اتهامات انتسابی مذکور در ماده اخیرالذکر نسبت به نابالغ در صلاحیت دادگاه کیفری یک نبوده و در صلاحیت دادگاه اطفال و نوجوانان و در صورت عدم تشکیل دادگاه اطفال و نوجوانان در صلاحیت محاکم کیفری دو شهرستان می‌باشد که دادنامه شماره ۹۶۰۹۹۷۱۲۱۲۰۰۰۱۳۵ مورخ ۹۶/۰۶/۰۵ شعبه پنجم کیفری یک (مستقر در)

۱. کودکی که کمتر از ۹ سال سن دارد، نمی‌تواند موضوع هیچ‌گونه تصمیمی در نظام عدالت کیفری حتی تصمیمات اصلاحی و مراقبتی قرار گیرد. به بیان دیگر، قابل محاکمه کیفری نیست (ابوذری، ۱۳۹۸: ۱۵).

۲. نظریه اکثریت نشست قضایی چنین است: «دادگاه کیفری دو (دادگاه اطفال و نوجوانان در صورت عدم تشکیل دادگاه کیفری دو) صالح به رسیدگی است از آنجائی که مرتکب در هنگام ارتکاب جرم زیر ۱۵ سال بوده لذا مجازات وی مشمول مجازات‌های مورد اشاره در ماده ۳۰۲ قانون آیین دادرسی کیفری نمی‌باشد» (برگرفته از پایگاه اینترنتی: <https://www.neshast.org> تاریخ ملاحظه: ۱۳۹۸/۱۰/۲۰).

شهرستان آمل<sup>۱</sup> مؤید این استدلال است.

خامساً، نظر به اینکه به دلالت ماده ۲۸۵ قانون آیین دادرسی کیفری، رسیدگی به جرایم اطفال مستقیماً در دادگاه اطفال و نوجوانان صورت می‌گیرد و با توجه به ملاک ماده ۳۰۲ قانون مذکور که صلاحیت محاکم کیفری یک را احصا کرده و اطفال نیز از مسئولیت کیفری مبرا بوده و عمد طفل یا نابالغ نیز در حکم خطای محض بوده و لذا رسیدگی به جرایم اشخاص نابالغ در صلاحیت دادگاه اطفال و نوجوانان و در صورت عدم تشکیل آن در صلاحیت دادگاه کیفری دو شهرستان محل وقوع جرم خواهد بود که دادنامه شماره ۹۶۰۹۹۷۱۵۱۵۵۰۰۷۱۲ مورخ ۱۳۹۶/۰۶/۲۵ شعبه دوم دادگاه تجدیدنظر استان مازندران مؤید این استدلال است.

سادساً، صلاحیت دادگاه اطفال و نوجوانان در رسیدگی به جرایم اطفال و اشخاص کمتر از هجده سال صلاحیت شخصی است و در این نوع صلاحیت موضوع اتهام تعیین‌کننده صلاحیت ذاتی نبوده بلکه صلاحیت ذاتی بر پایه شخصیت متهم تعیین می‌گردد (خالقی، ۲۷: ۲/۱۳۹۴).

دیدگاه دوم: دادگاه کیفری یک ویژه رسیدگی به جرایم نوجوانان و در صورت عدم تشکیل، دادگاه کیفری یک مرجع صالح جهت رسیدگی به جرایم موضوع ماده ۳۰۲ ارتكابی توسط اشخاص نابالغ می‌باشد. زیرا

اولاً، رسیدگی به جرایم موضوع ماده ۳۰۲ با توجه به نوع جرم و شدت مجازات آن، به استناد همین ماده در صلاحیت دادگاه کیفری یک است که به دادنامه شماره ۹۵۰۹۹۷۱۵۹۵۷۰۰۰۷۶ مورخ ۹۵/۱/۲۸ شعبه ۱۰۱ دادگاه کیفری دو شهرستان نکا و همچنین، دادنامه شماره ۹۶۰۹۹۷۱۵۹۵۸۰۱۰۳۸ مورخ ۱۳۹۶/۰۶/۱۱ شعبه ۱۰۲ دادگاه کیفری دو نکا مؤید این دیدگاه است.

ثانیاً، با توجه به اهمیت جرایم موضوع ماده ۳۰۲ به لحاظ نوع و شدت مجازات قانونی جرم و لزوم اعمال دقت بیشتر از حیث آثار اجتماعی آن، رسیدگی در دادگاه کیفری یک با تعدد قاضی و با قضات با تجربه و صاحب‌نظر و به‌ویژه فلسفه تشکیل دادگاه کیفری یک و وضع ماده ۳۱۵ به جهت اهمیت جرم ارتكابی، رسیدگی در این دادگاه را توجیه می‌نماید که نظریه اقلیت قضات شهر قروه استان کردستان با کد نشست ۶۴۹۰-۱۳۹۸ مورخ ۱۳۹۷/۹/۱۵ مؤید این استدلال است.<sup>۲</sup>

۱. اگرچه عنوان این دادگاه در عمل شعبه ۵ کیفری یک استان مازندران مستقر در آمل است، ولی قانوناً طبق ماده ۲۹۶ قانون آیین دادرسی کیفری عنوان قانونی و صحیح آن، «دادگاه کیفری یک شهرستان آمل» باید باشد.

۲. نظریه اقلیت نشست قضایی چنین است: «دادگاه کیفری یک صالح رسیدگی است: از آنجائیکه جرائم موضوع

ثالثاً، با توجه به تقسیم‌بندی محاکم کیفری به کیفری یک و دو و تعیین صلاحیت آن‌ها در راستای مواد ۳۰۲ و ۳۰۳ قانون آیین دادرسی کیفری قابل‌سنجش بوده است. بنابراین رسیدگی به جرایم موجب سلب حیات در صلاحیت ذاتی محاکم کیفری یک بوده که رسیدگی به آن با تعدد قاضی و با تشریفات خاص می‌باشد که دادنامه شماره ۹۶۰۹۹۷۱۲۱۱۱۰۰۶۶۰ مورخ ۱۳۹۶/۰۶/۱۲ شعبه ۱۰۱ دادگاه کیفری دو شهرستان آمل مؤید این استدلال است.

رابعاً، ملاک صلاحیت هر یک از دادگاه‌های کیفری یک و دو مجازات قانونی آن جرم ارتكابی بدون در نظر گرفتن خصوصیت و وضعیت خاص شخص متهم می‌باشد و میرا بودن افراد نابالغ از مسئولیت کیفری به دلالت ماده ۱۴۶ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ به معنی عدم صلاحیت دادگاه کیفری یک نمی‌باشد چراکه با توجه به ماده ۳۰۴ و ۳۱۵ قانون آیین دادرسی کیفری و تبصره ۱ ماده ۳۱۴ آن و اینکه ادعای قتل عمدی توسط اولیا دم مقتول مستلزم احراز بلوغ یا عدم بلوغ و رشد یا عدم رشد عقلی و حرمت یا ماهیت جرم ارتكابی متهم، موضوع ماده ۹۱ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ و تبصره آن و اینکه صرف سن شناسنامه‌ای نمی‌تواند بلوغ یا عدم بلوغ و سن واقعی را به طور مطلق اثبات کند و نیز اهمیت جرم قتل عمدی که مجازات قصاص نفس را در صورت وجود شرایط و ادله اثباتی در پی دارد و به منظور احتیاط در جرایم مهم موضوع ماده ۳۰۲ قانون آیین دادرسی کیفری به صرف این استدلال که عمد صبی خطا محسوب می‌گردد و به‌ویژه به نوع واکنش اجتماعی تعزیری و تأدیبی اطفال نابالغ نمی‌توان محاکم کیفری دو و سپس محاکم تجدیدنظر را در این قبیل جرایم صالح به رسیدگی دانست. زیرا احتمال اشتباه در تشخیص بلوغ و رشد کمال عقلی و قصاص نفس و یا سقوط آن ایجاب می‌کند که موضوع در محاکم کیفری یک ویژه رسیدگی به جرایم نوجوانان مورد رسیدگی تخصصی قرار گیرد که دادنامه شماره ۹۷۰۹۹۷۰۹۲۵۱۰۰۹۶۳ مورخ ۱۳۹۷/۰۴/۰۲ شعبه سی و ششم دیوان عالی کشور مؤید این استدلال است.

به نظر نگارندگان استدلال دیدگاه اول، منطقی‌تر است. در تقویت این دیدگاه می‌توان گفت که این دیدگاه با روح حاکم بر قانون آیین دادرسی کیفری سازگاری بیشتری دارد و قابلیت دفاع بیشتری

ماده ۳۰۲ قانون آیین دادرسی کیفری از اهمیت خاصی برخوردار است هر چند که نابالغ دارای مجازات نباشد و اقدامات تأمینی و تربیتی مطابق ماده ۸۸ و ۸۹ قانون مجازات اسلامی بر روی وی صورت می‌گیرد ولی با توجه به فلسفه وضع ماده ۳۱۵ قانون آیین دادرسی کیفری و به جهت اهمیت جرم ارتكابی، لذا دادگاه کیفری یک صالح به رسیدگی می‌باشد» (برگرفته از پایگاه اینترنتی: <https://www.neshast.org> تاریخ ملاحظه: ۱۳۹۸/۱۰/۲۰).

دارد؛ هرچند دیدگاه دوم نیز قابل تأمل است.

### ۳-۴. صلاحیت رسیدگی به جرایم اطفال و نوجوانان در حوزه قضایی بخش

یکی از ابهامات دیگر پیرامون تعیین مرجع صلاحیت‌دار رسیدگی به جرایم ارتكابی توسط اطفال و نوجوانان، مسئله جرایم ارتكابی از سوی آنان در حوزه قضایی بخش در موارد خاص می‌باشد. نخستین ابهام در این خصوص مربوط به شرط ایجاد صلاحیت دادگاه بخش در رسیدگی به جرایم اطفال و نوجوانان می‌باشد که شاید در یک نگاه بتوان چنین اظهار نمود که طبق قاعده، چنانچه در حوزه قضایی بخش، طفل یا نوجوانی مرتکب جرم شود، رسیدگی به جرایم این اشخاص نیز به موجب مواد ۲۹۸ و ۲۹۹ قانون آیین دادرسی کیفری، در دادگاه بخش انجام می‌گیرد چراکه به دلالت تبصره ماده ۲۹۸ چنانچه در محل وقوع جرم، دادگاه اطفال و نوجوانان تشکیل نشده باشد به جرایم اطفال و نوجوانان، به جز جرایم موضوع ماده ۳۱۵، در دادگاه کیفری دو یا دادگاهی که وظایف آن را انجام می‌دهد رسیدگی می‌شود و بر اساس ماده ۲۹۹ این قانون در حوزه قضایی بخش دادگاه عمومی بخش تشکیل و به تمامی جرایم در صلاحیت دادگاه کیفری دو رسیدگی می‌نماید اعم از اینکه دادگاه اطفال و نوجوانان در حوزه قضایی شهرستان تشکیل شده و یا نشده باشد. در تأیید این نظر، اداره کل حقوقی قوه قضائیه نیز در نظریه مشورتی شماره ۷/۹۴/۳۳۵۳ مورخ ۹۴/۱۲/۲ چنین بیان داشته است: «با توجه به تبصره ماده ۲۹۸ و ماده ۲۹۹ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ با اصلاحات و الحاقات بعدی و لحاظ اینکه دادگاه اطفال و نوجوانان در حوزه قضایی بخش تشکیل نمی‌گردد و دادگاه عمومی بخش صلاحیت رسیدگی به تمام جرایم در صلاحیت دادگاه کیفری دو را دارا می‌باشد. بنابراین با در نظر گرفتن اینکه مطابق ماده ۳۱۰ قانون فوق‌الذکر، اصولاً متهم در دادگاهی محاکمه می‌شود که جرم در حوزه آن واقع شده است در نتیجه دادگاه عمومی بخش صلاحیت رسیدگی به تمام جرایم اطفال و نوجوانان را که در صلاحیت دادگاه کیفری دو است دارا می‌باشد، بدیهی است که در خصوص سایر جرایم اطفال و نوجوانان مطابق ماده ۳۱۵ این قانون رفتار خواهد شد» (شاه حیدری پور و رفیعی، ۱۳۹۶: ۱۳۱).

اما در مقابل برداشت دیگری نیز وجود دارد بدین شرح که بر اساس ماده ۲۹۹ قانون آیین دادرسی کیفری، در حوزه قضایی بخش دادگاه عمومی بخش تشکیل و به تمامی جرایم در صلاحیت دادگاه کیفری دو رسیدگی می‌نماید و با توجه به امکان تشکیل دادگاه اطفال و نوجوانان در هر حوزه قضایی شهرستان، تا زمانی که دادگاه اطفال و نوجوانان در محل تشکیل نشده است، در حوزه قضایی بخش، به جرایم این اشخاص به جز جرایم موضوع ماده ۳۱۵، در دادگاه کیفری دو یا دادگاهی که وظایف آن را انجام می‌دهد رسیدگی می‌شود که مصداق عبارت دادگاهی که وظایف

آن را انجام می‌دهد، در این تبصره، دادگاه بخش است (طهماسبی، ۱۳۹۶: ۹۳).  
به نظر نگارندگان برداشت اول، با روح حاکم بر قانون آیین دادرسی کیفری سازگاری بیشتری دارد و تفسیر به نفع متهم نیز این دیدگاه را تقویت می‌کند، لیکن برداشت دوم نیز قابل تأمل است. البته، در دادگاهی که به‌عنوان دادگاه جانشین دادگاه اطفال و نوجوانان اقدام می‌نماید، مثل دادگاه بخش یا دادگاه کیفری دو شهرستان، متهم اصولاً از امتیازاتی که به‌موجب قانون دارد باید برخوردار باشد.

به‌طور کلی، درخصوص صلاحیت دادگاه بخش در رسیدگی به جرایم اطفال و نوجوانان با عنایت به مراتب فوق‌الذکر می‌توان گفت:

الف) اگر مرتکب جرم شخص نابالغ باشد: به دلالت تبصره ماده ۲۹۸ و ماده ۲۹۹ قانون آیین دادرسی کیفری دادگاه بخش صلاحیت انجام تحقیقات مقدماتی و رسیدگی را دارد و تمام مراحل دادرسی از جمله محاکمه در این دادگاه انجام می‌گیرد.

ب) اگر مرتکب جرم افراد بالغ ۱۵ تا ۱۸ سال باشد:

۱) جرایم مشمول مجازات مقرر در ماده ۳۰۲ (به جز جرایم موضوع ماده ۳۰۶ «جرایم منافی عفت»): دادگاه عمومی بخش به جانشینی از بازپرس تحقیقات مقدماتی را انجام می‌دهد و در صورت صدور قرار جلب به دادرسی پرونده را برای اظهارنظر نزد دادستان شهرستان مربوط ارسال و در صورت موافقت دادستان از سوی دادستان کیفرخواست صادر و برای رسیدگی به دادگاه کیفری یک ویژه رسیدگی به جرایم نوجوانان ارسال می‌گردد.<sup>۱</sup> لازم به ذکر است جرایم موضوع ماده ۳۰۶ مستوجب مجازات مقرر در ماده ۳۰۲ به‌طور مستقیم در دادگاه کیفری یک ویژه رسیدگی به جرایم نوجوانان مطرح و در آن دادگاه تمام مراحل دادرسی کیفری انجام می‌گیرد.

۲) سایر جرایم: در دادگاه عمومی بخش تمام مراحل دادرسی کیفری در این دادگاه انجام می‌گیرد با این قید که بدون آنکه نیازی به صدور قرار جلب به دادرسی و کیفرخواست باشد.

پ) اگر مرتکب بالغ زیر ۱۵ سال باشد:

۱) چنانچه مرتکب جرایمی که مستوجب مجازات مقرر در ماده ۳۰۲ است، نگردد؛ دادگاه بخش صلاحیت رسیدگی به همه جرایم حتی جرایم در صلاحیت دادگاه انقلاب را به جانشینی از دادگاه اطفال و نوجوانان را دارد.

۲) چنانچه مرتکب جرایمی که مستوجب مجازات مقرر در ماده ۳۰۲ است، گردد؛ حتی در جرایم صلاحیتی دادگاه انقلاب، دادگاه بخش صلاحیت رسیدگی ندارد و باید قرار عدم صلاحیت به اعتبار صلاحیت دادگاه کیفری یک ویژه رسیدگی به جرایم نوجوانان صادر نماید چراکه دادگاه بخش صلاحیت انجام تحقیقات مقدماتی و محاکمه را ندارد.

### نتیجه

قانونگذار ایران به منظور حمایت و بازپروری اطفال و نوجوانان بزهکار و در راستای هم‌سویی با اسناد بین‌المللی، در قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ با اصلاحات و الحاقات بعدی، اقدام به وضع یک نظام دادرسی افتراقی از جمله ایجاد ساختار، تشکیلات و مراجع قضایی خاص در رسیدگی به جرایم آنان نموده است. به طور کلی، این مراجع خاص با توجه به نوع جرم و میزان مجازات آن و نیز سن مرتکب جرم، شامل الف) دادرسی ویژه نوجوانان (جهت انجام تحقیقات مقدماتی جرایم افراد ۱۵ تا ۱۸ سال به جز جرایم موضوع مواد (۳۰۶) و (۳۴۰) و (۵۹۹) این قانون؛ ب) دادگاه اطفال و نوجوانان (جهت انجام تحقیقات مقدماتی و رسیدگی به کلیه جرایم اطفال و افراد کمتر از ۱۸ سال تمام شمسی، به جز جرایم مشمول ماده ۳۱۵ و ۵۹۹؛ پ) دادگاه کیفری یک ویژه رسیدگی به جرایم نوجوانان (جهت رسیدگی به جرایم مشمول صلاحیت دادگاه کیفری یک و دادگاه انقلاب در موارد تعدد قاضی، ارتكابی توسط افراد بالغ زیر ۱۸ سال تمام شمسی؛ ت) شعبه‌ای از دادگاه تجدیدنظر استان (جهت رسیدگی به اعتراض از آراء و تصمیمات دادگاه اطفال و نوجوانان) می‌شود.

هرچند طبق قاعده کلی، صلاحیت رسیدگی به جرایم اطفال و نوجوانان بزهکار اعم از تحقیقات مقدماتی و رسیدگی و صدور حکم با مراجع خاص فوق‌الذکر حسب مورد می‌باشد اما استثنائاً در موارد خاص صلاحیت رسیدگی به جرایم این افراد با دادگاه اطفال و نوجوانان و یا مراجع دیگر فوق‌الذکر نیست، که در صلاحیت مراجع دیگر یعنی: الف) دادرسی و دادگاه‌های نظامی (جرایم نظامیان کمتر از ۱۸ سال تمام شمسی؛ ب) دادرسی و دادگاه‌های ویژه روحانیت (جرایم روحانیون کمتر از ۱۸ سال تمام شمسی؛ پ) دادگاه کیفری صالح (چنانچه سن متهم قبل از شروع به رسیدگی از ۱۸ سال تمام شمسی تمام تجاوز کند؛ ت) دادگاه کیفری یک ویژه رسیدگی به جرایم نوجوانان (جرایم مشمول صلاحیت دادگاه کیفری یک و همچنین انقلاب که با تعدد قاضی رسیدگی می‌گردد، اگر توسط افراد بالغ زیر ۱۸ سال تمام شمسی ارتکاب یابد) می‌باشد. با وجود این، دو ابهام اساسی در تعیین صلاحیت مراجع انجام تحقیقات مقدماتی و رسیدگی پیرامون جرایم موضوع ماده ۳۰۲ قانون آیین دادرسی کیفری ارتكابی توسط اطفال و نوجوانان وجود دارد:



الف) در خصوص مرجع صالح انجام تحقیقات مقدماتی جرایم موضوع ماده ۳۰۲ قانون آیین دادرسی کیفری ارتكابی توسط افراد بالغ زیر ۱۵ سال اختلاف نظر وجود دارد که به اعتقاد برخی، دادگاه کیفری یک ویژه رسیدگی به جرایم نوجوانان و به اعتقاد برخی دیگر، دادگاه اطفال و نوجوانان صالح است. اما به اعتقاد نگارندگان، دادگاه کیفری یک ویژه رسیدگی به جرایم نوجوانان صالح است که دلایل آن فوقاً در متن بیان شده است.

ب) در خصوص مرجع صالح انجام رسیدگی به جرایم موضوع ماده ۳۰۲ قانون آیین دادرسی کیفری ارتكابی توسط افراد نابالغ نیز اختلاف نظر وجود دارد که به اعتقاد برخی، دادگاه اطفال و نوجوانان و به اعتقاد برخی دیگر، دادگاه کیفری یک ویژه رسیدگی به جرایم نوجوانان صالح به رسیدگی است. اما به اعتقاد نگارندگان، دادگاه اطفال و نوجوانان صالح است که دلایل آن نیز فوقاً در متن بیان شده است.

علاوه بر آن، یکی دیگر از ابهامات پیرامون تعیین مرجع صلاحیت‌دار نسبت به جرایم ارتكابی توسط اطفال و نوجوانان، جرایم ارتكابی آنان در حوزه قضایی بخش در موارد خاص است. طبق قاعده، چنانچه در حوزه قضایی بخش، طفل یا نوجوانی مرتکب جرم شود، رسیدگی به جرایم این افراد نیز به موجب مواد ۲۹۸ و ۲۹۹ قانون آیین دادرسی کیفری در دادگاه بخش انجام می‌گیرد مگر در موارد خاص که تحقیقات مقدماتی و یا رسیدگی با دادگاه عمومی بخش نیست. در پایان، پیشنهاد می‌شود که قانون‌گذار با الحاق چند تبصره یا ماده در متون قانونی، صراحتاً به نحو ذیل پیش‌بینی نماید:

۱) مرجع صالح انجام تحقیقات مقدماتی جرایم عمومی و انقلاب مستوجب مجازات‌های مقرر در ماده ۳۰۲، توسط افراد بالغ زیر ۱۵ سال، دادگاه کیفری یک ویژه رسیدگی به جرایم نوجوانان می‌باشد.

۲) مرجع صالح انجام تحقیقات مقدماتی جرایم مشمول ماده ۳۰۲ اعم از عمومی یا انقلاب، ارتكابی توسط اطفال (یعنی افراد نابالغ که عموماً و غالباً زیر ۱۵ سال سن دارند)، دادگاه اطفال و نوجوانان می‌باشد.

با توجه به ارجاع ماده ۵۹۹ به مقررات دادرسی اطفال، تحقیقات مقدماتی جرایم نظامی افراد نظامی کمتر از ۱۵ سال هم مستقیم در دادگاه‌های نظامی رسیدگی می‌شود.

## منابع

## فارسی

- ابوذری، مهرانوش (۱۳۹۸)، «نگرش فازی در حوزه سن مسئولیت کیفری»، *مجله حقوقی دادگستری*، دوره ۸۳، شماره ۱۰۸.
- اردبیلی، محمدعلی (۱۳۹۳)، *حقوق جزای عمومی*، جلد دوم، چاپ سی و سوم، تهران: نشر میزان.
- الهام، غلامحسین و محسن برهانی (۱۳۹۴)، *درآمدی بر حقوق جزای عمومی*، جلد اول، چاپ اول، تهران: نشر میزان.
- ایرانی ارباطی، بابک (۱۳۸۴)، *مجموعه نظرهای مشورتی جزایی*، چاپ اول، تهران: انتشارات مجد.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۸)، *ترمینولوژی حقوق*، چاپ دهم، تهران: کتابخانه گنج دانش.
- جمشیدی، علیرضا (۱۳۸۲)، «گفتمان سیاست جنایی در لایحه قضایی قانون تشکیل دادگاه اطفال و نوجوان»، *مجله حقوقی دادگستری*، شماره ۴۵.
- جوانمرد، بهروز (۱۳۹۴)، *آیین دادرسی کیفری*، جلد دوم، چاپ دوم، تهران: انتشارات جنگل.
- خالقی، علی (۱۳۹۴)، *آیین دادرسی کیفری*، جلد دوم، چاپ بیست و هفتم، تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهشهای حقوقی شهر دانش.
- خالقی، علی (۱۳۹۷)، *نکته‌ها در قانون آیین دادرسی کیفری*، چاپ دوازدهم، تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهشهای حقوقی شهر دانش.
- خمینی، سیدروح الله (۱۳۸۳)، *تحریرالوسیله*، ترجمه: علی اسلامی، جلد سوم، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- ساولانی، اسماعیل (۱۳۹۷)، *آیین دادرسی کیفری*، جلد دوم، چاپ هشتم، تهران: مؤسسه مشاهیر دادآفرین.
- شاه حیدری پور، محمدعلی و احمد رفیعی (۱۳۹۶)، *قانون آیین دادرسی کیفری و نظریه مشورتی اداره کل حقوقی قوه قضائیه*، چاپ دوم، تهران: روزنامه رسمی کشور.
- صفایی، سیدحسین و سیدمرتضی قاسم‌زاده (۱۳۸۱)، *حقوق مدنی (اشخاص و محجورین)*، چاپ هفتم، تهران: سمت.
- طهماسبی، جواد (۱۳۹۶)، *آیین دادرسی کیفری*، جلد سوم، چاپ اول، تهران: نشر میزان.
- عابدی، احمدرضا (۱۳۹۸)، *آیین دادرسی کیفری*، چاپ اول، تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضائیه.
- عمید، حسن (۱۳۷۸)، *فرهنگ عمید*، سه جلدی، چاپ ششم، تهران: چاپخانه سپهر.
- مرعشی، سیدمحمدحسین (۱۳۷۶)، *دیدگاههای نو در حقوق کیفری اسلام*، چاپ دوم، تهران: نشر میزان.
- مصدق، محمد (۱۳۹۴)، *آیین دادرسی کیفری*، چاپ ششم، تهران: انتشارات جنگل.
- معاونت حقوقی قوه قضائیه (۱۳۹۷)، *مجموعه تنقیح شده اسناد بین‌المللی مربوط به حقوق اطفال و نوجوانان*، چاپ اول، تهران: انتشارات روزنامه رسمی جمهوری اسلامی ایران.
- معین، محمد (۱۳۸۶)، *فرهنگ فارسی*، جلد سوم، چاپ دوم، تهران: انتشارات زرین.

## هزینه دادرسی در دعاوی مربوط به نقض مقررات رقابت

مینا حسینی\*، بهنام غفاری فارسانی\*\*

### چکیده

یکی از مسائلی که در رسیدگی به دعاوی مربوط به نقض مقررات رقابت در نظام حقوقی ما کمتر به آن توجه شده، هزینه دادرسی است. شورای رقابت به موجب «قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی» (۱۳۸۷) وظایف متعددی بر عهده دارد که انجام بهینه این وظایف، مستلزم صرف هزینه‌های بسیار است. در حال حاضر این هزینه‌ها توسط دولت تأمین می‌شود اما در شرایط فعلی اقتصاد کشور و با توجه به رویکرد سایر کشورها در تأمین این هزینه‌ها بهتر است حداقل بخشی از منابع مالی مورد نیاز شورا از محل‌های دیگر همانند دریافت وجوهی از متقاضیان خصوصی دریافت خدمات شورا تأمین شود. در این پژوهش تجارب نظام‌های حقوقی ایالات متحده، کانادا، ژاپن، ترکیه، دانمارک، انگلستان، سوئیس، ایرلند، آفریقای جنوبی، و هنگ کنگ در تأمین هزینه‌های دادرسی دعاوی رقابتی مورد مطالعه قرار گرفته است. این مقاله با روشی تحلیلی، با بررسی دلایل توجیهی اخذ هزینه دادرسی در دعاوی و با استفاده از تجارب سایر نظام‌های حقوقی، نظام دریافت هزینه دادرسی در دعاوی رقابتی و ادغام‌ها در حقوق ایران را با پیشنهاد چند ماده قانونی طراحی می‌کند تا پیش‌زمینه‌ای برای اصلاح قانون و بهینه‌سازی نظام رقابت ایران فراهم شود.

**واژگان کلیدی:** رقابت، حقوق رقابت، هزینه دادرسی، شورای رقابت، نظام رقابت

\* استادیار گروه حقوق، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه علم و فرهنگ، تهران، ایران (نویسنده مسئول)

mina.hosseini@usc.ac.ir

\*\* قاضی دادگستری، دکتری حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران

bghaffary@ut.ac.ir

## مقدمه

حقوق رقابت شاخه‌ی میان رشته‌ای نسبتاً نوینی میان دو علم حقوق و اقتصاد محسوب می‌شود که در نظام حقوقی ایران نوپا بوده و از پیدایش آن مدت زیادی نمی‌گذرد؛ اگرچه پیدایش حقوق رقابت سنتی ریشه در تاریخ بشر دارد اما نقطه‌ی تمایز نظام سنتی و نظام مدرن رقابت در جهان را تصویب قانون شرمن<sup>۱</sup> در آمریکا می‌دانند (Motta, 2004: 2-4). قانون شرمن که ریشه در تحولات تاریخی و اقتصادی آمریکا داشت، تبدیل به یکی از الگوهای تقنینی قانون رقابت در جهان شد (see: Bork, 1966: 7-48; Thorelli, 1955).

امروزه عمر حقوق رقابت در ژاپن<sup>۲</sup>، اتحادیه‌ی اروپا<sup>۳</sup> و کشورهای عضو آن از ۶۰ سال گذشته است و در بسیاری از نظام‌های حقوقی دنیا جایگاه ویژه‌ای یافته است. اهمیت قوانین حمایت از رقابت در بازارها و اهتمام جدی نظام‌های رقابت موفق در اجرای مطلوب مقررات مذکور از این منظر روشن اقتصادی نشئت می‌گیرد که معتقد است رقابت، فعالان عرصه‌ی تولید و توزیع انواع کالاها و خدمات را وادار می‌کند تا پیوسته به فکر حفظ بقای خود در بازار باشند و برای ارتقای جایگاه خود در بازار و پیشی گرفتن از رقبای یا حداقل عقب نماندن از قافله‌ی آنان طراحی و برنامه‌ریزی کنند. رقابت هم رفاه تولیدکننده و هم رفاه مصرف‌کننده و در نتیجه رفاه کل جامعه را ارتقا می‌بخشد و از این حیث اقتصاددانان در اهمیت رقابت و ترجیح آن بر انحصار در اکثر موارد تردیدی ندارند و رقابت را خون جاری در رگ‌های اقتصاد یک کشور به‌شمار می‌آورند (Fernández-Ordoñez and Ocana, 2002: 68-70).

از آنجا که رقابت ارزشی اجتماعی و منفعتی عمومی پنداشته می‌شود مکاتب اقتصادی مختلف وظیفه‌ی حراست از آن را از تکالیف دولت‌ها می‌دانند. دولت‌ها این وظیفه را از طریق وضع قوانین حمایت از رقابت به انجام می‌رسانند. هدف اصلی این قوانین ارتقای کارایی اقتصادی و افزایش رفاه مصرف‌کنندگان است (صادقی مقدم و غفاری فارسانی، ۱۳۹۰: ۱۳۳-۱۳۴). به‌منظور اجرای مقررات رقابت، نوعاً نهادی حاکمیتی، مستقل و تخصصی برای اجرای مقررات رقابت و کشف و

1. The Sherman Antitrust Act of 1890

2. Act on Prohibition of Private Monopolization and Maintenance of Fair Trade (Act No. 54 of April 14, 1947).

۳. به تعبیر نویسنده‌ی «حقوق رقابت بیش از پنجاه سال است که در قلب حقوق اتحادیه‌ی اروپا قرار دارد»: (Patel and Schweitzer, 2013: 1).

مقابله با رویه‌های ضدرقابتی بنگاه‌های اقتصادی پیش‌بینی می‌گردد که مقام رقابتی خوانده می‌شود. اگرچه می‌توان تاریخ رسمی تصویب قانون رقابت و پیش‌بینی نهاد ناظر بر اجرای قواعد حقوق رقابت در نظام حقوقی ایران را تاریخ تصویب «قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل چهل و چهارم قانون اساسی» (۱۳۸۶) (قانون اصل ۴۴) تلقی کرد، اما قبل از تصویب این قانون نیز مواد پراکنده‌ای در قوانین مختلف به قواعد حقوق رقابت اشاره داشتند.

وفق ماده ۵۳ قانون اصل ۴۴، برای نیل به اهداف فصل نهم، شورایی تحت عنوان «شورای رقابت» تشکیل می‌شود. بر این اساس شورای رقابت، مقام رقابتی در ایران است که با توجه به ترکیب اعضای صاحب رأی آن از جمله حضور دو نفر از قضات دیوان عالی کشور در کنار نمایندگان دولت و بخش خصوصی می‌توان آن را مرجعی قضایی غیردادگستری (غفاری، ۱۳۹۷: ۲۶۲) قلمداد نمود. لازم به ذکر است که پیرامون تشکیل، ماهیت، اختیارات، استقلال و کارایی این شورا ابهامات جدی وجود دارد که این ابهامات حتی در مرحله تصویب قانون اصل ۴۴ نیز وجود داشت (مشروح مذاکرات مجلس شورای اسلامی، اجلاسیه سوم، ۱۳۸۹).

به حکم ماده ۶۳ قانون، شورای رقابت تنها مرجع احراز و رسیدگی به رویه‌های ضدرقابتی در کلیه بازارهای کشور است و مکلف است رأساً و یا بر اساس شکایت هر شخصی اعم از حقیقی یا حقوقی (از جمله مقامات مندرج در قانون) بررسی و تحقیق در خصوص رویه‌های ضدرقابتی را آغاز و در چهارچوب ماده ۶۱ قانون تصمیم بگیرد. ضمناً شورا مکلف است برای رسیدگی به موضوع شکایات، وقت رسیدگی تعیین و آن را به طرفین ابلاغ نماید. بنابراین کشف و احراز رویه‌هایی که موجب اخلال در رقابت می‌شوند (موضوع مواد ۴۴ تا ۴۸ قانون) مستلزم «رسیدگی» شورای رقابت به دعوا و تشکیل جلسه با حضور طرفین است. به همین منظور نیز شورا اختیار تحقیق و بازرسی را دارد (ماده ۶۰). این امر خود بدان معنا است که در رسیدگی شورا رعایت حداقلی از تشریفات و اصول آیین دادرسی ضروری است. وفق ماده ۱۸ «آیین‌نامه اجرایی نحوه تحقیق و بازرسی، رسیدگی به شکایات و اجرای آرای شورای رقابت» مصوب ۹۵/۶/۱۴ هیئت وزیران (از این پس: آیین‌نامه) نیز رسیدگی شورا علی‌الاصول تابع قانون آیین دادرسی مدنی است مگر آنکه در آیین‌نامه و یا قانون ترتیب دیگری مقرر شده باشد. در رسیدگی‌های رقابتی نیز رعایت

۱. برای دیدن سایر نظرات در خصوص ماهیت شورای رقابت رجوع کنید به: (خشنودی و حسینی، ۱۳۹۵: ۲۰۱-۲۲۵).

اصول دادرسی منصفانه مانند حق دسترسی به پرونده، حق دفاع، حق استماع، حق برخورداری از نماینده قانونی، اصل تناظر، حق رسیدگی به پرونده در مهلت منطقی و ارائه دلیل تصمیم توسط نهاد رقابتی ضروری است (خشنودی و حسینی، ۱۳۹۷: ۹۲-۹۱).

یقیناً انجام مطلوب و بهینه چنین وظیفه خطیری که شمایی کلی از آن ترسیم شد مستلزم صرف هزینه‌های معتابیهی است. حال سؤال اینجاست چگونه می‌توان بخشی از این هزینه‌ها را از راه پرداخت هزینه دادرسی توسط بنگاه‌های اقتصادی تأمین کرد؟ وضع نهادهای ناظر بر رقابت در سایر کشورها از منظر تأمین این هزینه‌ها چگونه است؟ در این پژوهش مختصر بنا داریم برای سؤالات مذکور با تکیه بر مطالعه تطبیقی پاسخ‌هایی شایسته یابیم.

### ۱. بررسی دلایل توجیهی اخذ هزینه دادرسی در دعاوی نقض مقررات رقابت

در خصوص دریافت هزینه دادرسی (به‌طور عام) بین حقوق‌دانان و فقها اتفاق نظری وجود ندارد. در این خصوص نظریات مختلفی از طرف فقها و حقوق‌دانان در قبول یا رد دریافت هزینه دادرسی بیان شده است. اکثریت فقها معتقدند انجام قضاوت، واجب کفایی است و تنها در موارد خاصی به واجب عینی تبدیل می‌شود (مکارم شیرازی، ۱۴۲۷: ۴۲۷). در نتیجه گروهی معتقدند به دلیل کفایی بودن عمل قضاوت و وابسته بودن این عمل به مصالح و ضروریات حفظ جامعه اسلامی، نمی‌توان در مقابل انجام این واجب، مالی دریافت کرد. در مقابل، برخی فقها بین قاضی فقیر و غنی تفکیک قائل شده‌اند و قاضی غنی را از ارتزاق در بیت‌المال منع کرده‌اند؛ در حالی که بسیاری از فقها چنین تفکیکی را به رسمیت نمی‌شمارند و مطلقاً قاضی را مجاز به ارتزاق از بیت‌المال می‌دانند. تعدادی نیز مطلقاً به عدم جواز ارتزاق قاضی از بیت‌المال رأی داده‌اند (علامه حلی، ۱۴۱۳: ۱۸). برای حل مشکل، برخی از فقها به جواز ارتزاق قاضی از بیت‌المال رأی داده‌اند. از جمله دلایل طرفداران این نظر این است که مالی که پرداخت شده در مقابل عمل قضاوت قرار نمی‌گیرد چون نفس عمل قضاوت واجب است و مال پرداخت شده در برابر ثبت، تحقیقات و امور اداری مربوط به صدور حکم قرار می‌گیرد (حسینی پویا، ۱۳۹۰: ۸۵). همچنین گفته شده که «جواز اخذ اجرت بر واجبات وجیه است و اگر قضات را صرفاً کارشناس حقوق و تطبیق دهنده پرونده‌های محوله بر مواد قانونی تلقی کنیم باز هم اجرت‌خواهی آن‌ها موجه به نظر می‌رسد زیرا عملی غیرواجب را انجام می‌دهند و طبق قاعده احترام عمل مسلمان بدان اجرت تعلق می‌گیرد» (محمدحسین زاده و دیگران، ۱۳۹۷: ۱۴۵).

لازم به ذکر است، امروزه در باب لزوم اخذ هزینه دادرسی در اکثر نظام‌های حقوقی، اختلاف نظر

چندانی وجود ندارد و تنها اختلاف نظر در خصوص طرفی است که باید این هزینه‌ها را پرداخت کند. نظریه «انتقال هزینه‌ها» به معنای این است که در نهایت کدام طرف باید متحمل پرداخت هزینه‌های نهایی دادرسی شود. در این خصوص دو الگو وجود دارد: به موجب الگوی آمریکایی، هر کس باید هزینه‌های مربوط به پیشروی دفاع خود را متقبل شود. بر اساس الگوی اروپایی - انگلیسی نیز طرف بازنده ملزم به پرداخت هزینه‌های دادرسی است (الماسی و حبیبی درگاه، ۱۳۹۱: ۶۵). البته در بسیاری از نظام‌های حقوقی، بر وجود سیستم معاضدت قضایی تأکید شده است و بسیاری، دارا بودن این سیستم را، یکی از شاخص‌های دسترسی به عدالت می‌دانند (حبیبی درگاه، ۱۳۹۹: ۶۱).

برخی از استدلال‌ات و دلایل که اصل مطالبه هزینه دادرسی را در دعاوی که با ادعای بروز رویه‌های ضدرقابتی نزد شورای رقابت مطرح می‌شوند همان دلایل و براهینی است که اخذ هزینه دادرسی در سایر دعاوی (سنتی) را موجه می‌گردانند.

به‌ویژه اگر مراتب زیر را نیز مطمئن نظر قرار دهیم صحت این مدعا به روشنی قابل تصدیق است: الف) شورای رقابت دارای گستره وظایف و اختیارات وسیعی است. حسب مقررات قانون صدرالذکر این شورا سه وظیفه مهم و حساس برعهده دارد. این وظایف عبارتند از: ۱) تنظیم بازارهای انحصاری (رگولاتوری) و ۲) کشف و مبارزه با رویه‌های تجاری مختل‌کننده رقابت ۳) رسیدگی به موارد عدم صدور جواز کسب‌وکار به بهانه اشباع بازار. هر دو مورد، طیف بسیار وسیعی از موضوعات را چه از حیث نوع بازارهای مشمول و چه از حیث دامنه جغرافیایی بازارها شامل می‌شود. اولاً انجام هیچ‌یک از این وظایف محدود به بازار خاصی نشده است لذا تمامی عرضه‌کنندگان اعم از تولیدکننده، توزیع‌کننده و فروشنده (به‌جز خرده‌فروشان به استناد ماده ۵۰ قانون اصل ۴۴) در کلیه بازارهای ارائه خدمات و کالاها اعم از وارداتی یا تولید داخل با تمامی تنوعی که دارند مشمول مقررات رقابت و نظارت شورای رقابت هستند (ماده ۴۳) (زارعی، شکوهیان و ادریسیان، ۱۳۹۹: ۲۳). بنابراین، بازارهای ارائه خدمات بیمه، بانکی، خدمات درمانی، دارو، خودرو، انواع لوازم خانگی، انواع لوازم الکتریکی، مصالح ساختمانی، لبنیات، مواد غذایی و بهداشتی مختلف و... تنها بخش کوچکی از این دسته‌اند. ثانیاً تمامی بازارها در سرتاسر کشور مدنظر می‌باشند یعنی دامنه نظارت و حوزه صلاحیتی شورای رقابت به گستره تمام کشور می‌باشد. وانگهی در حیطه وظیفه دوم که شورای رقابت به‌عنوان مقام رقابتی و مجری قوانین این حوزه عمل می‌کند هم مرجع کشف و احراز رویه‌های ضدرقابتی در تمام بازارهای کشور است و هم مرجع جمع‌آوری ادله، تحقیق و تعقیب و هم نهاد تصمیم‌گیرنده در خصوص نحوه برخورد با متخلف (ماده ۶۱) می‌باشد. این در حالی است که در برخی از کشورها مقام رقابتی با وجود

برخورداری از بودجه هنگفت تنها مرجع کشف و جمع‌آوری ادله و تحقیق است و صدور رأی برعهده نهادهای دیگر به‌ویژه مراجع قضایی قرار دارد.

ب) رویه‌های ضدرقابتی از تنوع بسیار بالایی برخوردار هستند. کافی است تا به مواد ۴۴ الی ۴۸ قانون نگاه‌های اجمالی شود تا صحت این مدعا به اثبات رسد. تنها ماده ۴۴ شامل ۷ نوع تبانی و ماده ۴۵ مشتمل بر حدود ۲۷ عمل است که می‌توانند در هر یک از بازارهای مرتبط در ایران آثار ضدرقابتی برجای گذارند. ماده ۷ و موارد مذکور در مواد ۴۶ تا ۴۹ و ۵۱ و ۵۲ قانون اصل ۴۴ نیز موارد متعددی را برعهده شورای رقابت گذاشته است.

احراز همه این موارد و رسیدگی به شکایاتی که در خصوص هر یک از اعمال مذکور طرح می‌گردند جملگی و صرفاً برعهده شورای رقابت است که رسیدگی دقیق، مطلوب و به موقع به هر یک از آنها صرف هزینه‌های هنگفتی را ایجاب می‌کند.

ج) نباید از نظر دور داشت که احراز و تشخیص بسیاری از موضوعات و مفاهیم مطرح در حقوق رقابت گاه با پیچیدگی‌های غامضی روبه‌رو بوده و مستلزم برخورداری از اطلاعات دقیق و آمار کاملی از بازار موردنظر و استفاده از نظریات کارشناسان خبره است. برای مثال، تشخیص محدوده بازار مرتبط که از دو مؤلفه محصول مرتبط و محدوده جغرافیایی مرتبط تشکیل می‌شود مقدمه ورود و رسیدگی به بسیاری از دعاوی رقابت است که خود نیازمند مطالعه و گردآوری داده‌های جزئی و کاملی از بازار کالاهای مشابه یا جانشین نزدیک و تحلیل این داده‌ها است (Ferro, 2019: 384-385). درخصوص احراز مفهوم پیچیده اخلاص در رقابت (بند ۲۰ ماده ۱ و مواد ۴۴ تا ۴۷ قانون)، تعیین موقعیت‌های مسلط (بند (ط) ماده ۴۵ و بند ۱۵ ماده ۱ قانون)، تشخیص دامنه تمرکز شدید در بازار موردنظر (تبصره ۱ ماده ۴۸) و لطمه جدی (بند (د) ماده ۴۵ قانون) و ادغام‌های ضدرقابتی (ماده ۴۸) نیز وضع به همین منوال است. بی‌تردید انجام چنین ارزیابی‌های علمی و مهمی که حقیقتاً بدون آن امکان رسیدگی به دعاوی حقوق رقابت و تشخیص رویه‌های ضدرقابتی متعسر است مستلزم به‌کارگیری نیروهای انسانی کارآمد و متخصص در این زمینه و البته به تعداد کافی است که باید مرتباً و دائماً تمامی بازارهای کشور را رصد کرده، مورد مطالعه قرار دهند و اطلاعات لازم را برای بهره‌برداری در زمان مقتضی جمع‌آوری کنند. به همین دلیل است که ماده ۵۴ قانون به‌منظور انجام امور کارشناسی و اجرایی و فعالیت‌های دبیرخانه‌ای شورای رقابت حکم به تشکیل «مرکز ملی رقابت» در قالب مؤسسه‌ای دولتی مستقل زیر نظر رئیس جمهور و رئیس شورای رقابت داده است.

اصولاً تحقیق پیرامون رویه‌های ضد رقابتی‌ای که احتمال می‌رود در بازار مرتبط معینی رخ داده



باشد و احراز این اعمال، فرایندی پیچیده، زمان‌بر، هزینه‌بر و امری کاملاً تخصصی و فنی است که نوعاً نیاز به تحقیقات، اطلاعات و آمار جزئی و دقیقی از تک‌تک مؤلفه‌های مؤثر بر سطح رقابت در آن بازار (چه در گذشته و چه در حال) نظیر قیمت، تنوع محصول، میزان و ظرفیت تولید، کیفیت، تعداد رقبا (اعم از تولیدکننده یا واردکننده) و سهم بازاری آن‌ها، میزان فروش، قیمت مواد اولیه، میزان دسترسی به بازار و موانع ورودی و غیره دارد. ضمن آنکه این داده‌ها نیز به شیوه علمی مورد تحلیل و تجزیه قرار گیرند.

د) شورای رقابت دارای ۱۵ عضو می‌باشد که از این تعداد ۱۲ نفر دارای حق رأی می‌باشند و سه نفر دیگر یعنی نمایندگان مجلس شورای اسلامی از اعضای ناظر آن هستند. هیئت تجدیدنظر نیز که وظیفه رسیدگی به اعتراض اشخاص ذی‌نفع از تصمیمات موضوع ماده ۶۱ شورای رقابت را دارد طبق ماده ۶۴ قانون اصل ۴۴، از ۷ عضو تشکیل یافته است. این هیئت نیز همانند شورای رقابت جهت رسیدگی به دعاوی مطروحه با دعوت از طرفین تشکیل جلسه داده و تحقیق و بازرسی و اخذ نظریه کارشناسی به عمل می‌آورد. تشکیل جلسات و تهیه و ابلاغ اوراق این دو مرجع با تعداد اعضای نسبتاً زیادی که دارند و همچنین، انجام بهینه وظایف و اختیارات قانونی آن‌ها مجدداً مستلزم تأمین مالی و برخورداری از بودجه کافی است که مطمئناً اندک نخواهد بود.

ه) همان گونه که پیش از این گفته شد، هدف اصلی از وضع مقررات حمایت از رقابت در همه کشورها - که هم‌اکنون کمتر کشوری را می‌توان یافت که برخوردار از چنین قوانینی نباشد - افزایش بهره‌وری و کارایی اقتصادی و حمایت از منافع مصرف‌کنندگان در برابر زیاده‌خواهی گاه و بی‌گاه بنگاه‌های اقتصادی است. به همین دلیل، بی‌شک نهادی که مسئول اجرای این مقررات قرار می‌گیرد خود باید از نهایت کارآمدی بهره‌مند باشد. انتظار افزایش حداکثری کارایی اقتصادی در بازارهای داخلی از نهادی که خود ناکارآمد است و از توانمندی کافی برخوردار نیست انتظاری بیهوده و نقض غرض از وضع مقررات رقابت است. از آنجا که انتساب عمل بیهوده و نقض غرض به قانون‌گذار زینده نیست شورای رقابت و هیئت تجدیدنظر پیش‌بینی شده در فصل نهم قانون برای انجام بهینه وظایف قانونی خود و اجرای کافی و مطلوب مقررات رقابت لاجرم باید منابع مالی متناسب جهت به‌کارگیری تجهیزات و ملزومات اداری کافی و نیروی انسانی متخصص و بانگیزه به تعداد لازم در اختیار داشته باشند.

و) صرف‌نظر از وظایفی که در بالا اشاره شد، قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی تکالیف دیگری نیز برعهده شورای رقابت قرار داده است که از جمله می‌توان به موارد زیر اشاره داشت:

- فراهم کردن امکان دسترسی عموم به ضوابط، آیین نامه‌ها و دستورالعمل‌های مرتبط با فصل نهم قانون (ماده ۶۹)؛
  - تنظیم و انتشار گزارش عملکرد سالیانه اجرای فصل نهم قانون برای عموم (ماده ۶۹)؛
  - عهده‌دار بودن سمت شاکی در کلیه جرایم موضوع فصل نهم قانون و درخواست رسیدگی از دادگاه صلاحیت‌دار برای جبران خسارت وارد شده به منافع عمومی (ماده ۶۷)؛
  - انتشار تصمیمات قطعی واجد جنبه عمومی در جرایم کثیرالتشعار و ارائه گواهی شمول تصمیم مذکور بر اشخاص ثالث ذی‌نفع به درخواست آن‌ها (تبصره ماده ۶۶)؛
  - تعیین مصادیق و تشخیص مصادیق رویه‌های ضدرقابتی و معافیت‌های موضوع قانون اصل ۴۴ (ماده ۵۸)؛
  - ارزیابی وضعیت و تعیین محدوده بازار کالاها و خدمات مرتبط با مواد ۴۴ تا ۴۸ (ماده ۵۸)؛
  - تدوین و ابلاغ راهنماها و دستورالعمل‌های لازم به منظور اجرای فصل نهم قانون و دستورالعمل‌های داخلی شورا (ماده ۵۸)؛
  - ارائه نظرات مشورتی به دولت برای تنظیم لوایح مورد نیاز (ماده ۵۸)؛
  - تصویب دستورالعمل تنظیم قیمت، مقدار و شرایط دسترسی به بازار کالاها و خدمات انحصاری در هر مورد با رعایت مقررات مربوط (ماده ۵۸)؛
  - رسیدگی به موارد مربوط به امتناع از پذیرش مدارک و درخواست مجوز و تأخیر بیش از ظرف زمانی تعیین شده در پایگاه اطلاع‌رسانی موضوع ماده ۷ (ماده ۷ قانون اصل ۴۴)؛
  - رسیدگی به تصدی سمت در شرکت یا بنگاهی مرتبط یا دارای فعالیت مشابه با هدف ایجاد محدودیت یا اختلال در رقابت در یک و یا چند بازار (ماده ۴۶)؛
  - تملک سرمایه یا سهام شرکت‌ها به گونه‌ای که موجب اختلال در رقابت شود (ماده ۴۷)؛
  - رسیدگی به ادغام‌ها (مواد ۴۸ و ۴۹)؛
  - رسیدگی به سوءاستفاده از حقوق و امتیازات انحصاری ناشی از مالکیت فکری (ماده ۵۱)؛
  - رسیدگی به موارد مربوط به کمک و اعطای امتیاز دولتی (ماده ۵۲)؛
- ناگفته پیداست که انجام تکالیف مذکور علاوه بر وجود نیروی انسانی متخصص نیازمند به‌کارگیری و تجهیزات و نیروی اداری (کارمندان) کافی است.

ح) هرچند به حکم ماده ۶۴ قانون محل استقرار هیئت تجدیدنظر لزوماً در تهران خواهد بود با این‌همه، به لحاظ تنوع و گستردگی وظایف شورای رقابت قانون‌گذار به درستی محل استقرار این شورا را محدود به پایتخت نکرده است. بلکه از آنجا که ممکن است رویه‌های ضدرقابتی در هر گوشه از کشور و در بازار هر یک از استان‌ها به وقوع بپیوندد لذا همواره این احتمال نیز وجود دارد که بازرسی و تحقیق از شرکت‌ها یا بنگاه‌های مستقر در استان مورد نظر (مثلاً استان‌های مرزی یا جنوبی) ضرورت یابد و برای دستیابی سریع‌تر و ساده‌تر به اطلاعات و آمارهای صحیح بازار هدف، استقرار ولو موقتی کارشناسان مرکز ملی رقابت یا اعضای شورای رقابت را در محل وقوع رویه ضدرقابتی اجتناب‌ناپذیر سازد. روشن است که انجام چنین مأموریت‌هایی هزینه‌های قابل توجهی در بر خواهد داشت.

ت) اگرچه گفته شد که سود حاصل از حفظ رقابت در نهایت عاید همه جامعه خواهد شد و از همین رو، رقابت واجد ارزش اجتماعی است. با این‌همه، برخی از شرکت‌ها و بنگاه‌ها دارای نفع مستقیم و بیشتر در اجرای مقررات رقابت هستند. برای مثال، اگر بنگاهی در نتیجه سوءاستفاده بنگاه رقیب دارای موقعیت مسلط، خود متضرر شده و در وضع خروج از بازار قرار گرفته باشد در صورت مقابله شورای رقابت با بنگاه متخلف مزبور و متوقف کردن رویه ضدرقابتی او مستقیماً ذی‌نفع است و بیشترین منفعت را می‌برد. هرچند، عموم مردم نیز به‌طور غیرمستقیم از این خدمت شورای رقابت منتفع شده و سود حاصل در میان آن‌ها پخش می‌شود. بر این مبنای، به حکم این قاعده منصفانه فقهی که هر کس از مال یا خدمتی بیشترین نفع را می‌برد باید هزینه‌های آن را نیز بپردازد (من له الغنم فعلیه الغرم) (طوسی، ۱۴۰۷: ۱۲۶). بنابراین، هرگاه بنگاه متضرر از رویه ضدرقابتی بنگاه رقیب خود شکایتی را نزد شورای رقابت می‌برد و تقاضای رسیدگی می‌کند باید دست‌کم بخشی از هزینه‌های رسیدگی شورا را نیز تقبل کند.

در واقع، اگر بنا باشد تمام هزینه‌های ارائه این خدمت شورا تنها به عموم مردم و مالیات‌دهندگان تحمیل شود برخلاف عدالت خواهد بود و منجر به پدیده نامطلوبی خواهد شد که در اقتصاد از آن به «رایگان‌سواری»<sup>۱</sup> یاد می‌کنند (see: Kim and Walker, 1984: 3-24). خوشایند عدالت آن است که هر کس به همان نسبتی که از آرایه‌ی یک خدمت عمومی سود می‌برد به همان نسبت در تأمین هزینه‌های آن خدمت نیز مشارکت داشته باشد.

ی) در صورتی که بنا باشد رسیدگی شورا به شکایات اشخاص خصوصی که در راستای اعمال

ماده ۶۲ قانون صورت می‌پذیرند بدون اخذ هرگونه هزینه‌ای (هزینه دادرسی) باشد با در نظر گرفتن مراتب صدرالذکر، گذشته از اینکه به لحاظ محدود بودن بودجه دولتی تکلیف مالایطاقی برعهده شورا قرار می‌گیرد امکان اجرای مطلوب مقررات رقابت و کشف همه موارد بروز رویه‌های ضدرقابتهی متعسر می‌گردد. هزینه در برنداشتن طرح شکایات مذکور موجب خواهد شد تا شورا با حجم زیادی از شکایات مواجه شود که ممکن است بخشی از آن‌ها بدون دلیل، ایدایی و یا واهی باشند. شکایات اخیر ممکن است به غفلت از موارد مهم بروز رویه‌های ضد رقابتهی و آسیب به حقوق عامه بینجامد. ضمن آنکه باعث خواهند شد تا شورا مداخله‌ی بی‌موردی در بازارها و یا رفتارهای شرکتها و بنگاه‌ها داشته باشد و آن‌ها را نابجا مورد تحقیق و بازرسی قرار دهد. امری که صرف‌نظر از توالی فساد آن، از دیدگاه اقتصادی اعمال بیش از حد مقررات رقابت (بازدارندگی بیش از حد) خوانده شده و نامطلوب و ناکارآمد تلقی می‌شود. الزام شرکتها یا بنگاه‌ها به پرداخت حداقل بخشی از هزینه‌های رسیدگی شورا یقیناً مانع از طرح بخش عمده‌ای از شکایات ایدایی و واهی خواهد شد. در حال حاضر شکایات فراوانی در شورا مطرح می‌شود و بخش عمده‌ای از این شکایات مربوط به مجوزهای کسب‌وکار بوده است.

ک) پرداخت این هزینه‌ها از سوی شکات خصوصی موجب خواهد شد تا آن‌ها انگیزه‌ی بیشتری در پیگیری موضوع داشته باشند و تلاش مؤثرتری در فراهم آوردن ادله و ارائه‌ی اطلاعات مربوط به بروز رفتار ضدرقابتهی به شورای رقابت صرف کنند. اشخاص خصوصی که چنین شکایاتی را در گام اول نزد شورا مطرح می‌کنند به علت حرفه‌ای بودن و نزدیک‌تر بودن به بازار تحت تاثیر عمل ضدرقابتهی، دسترسی ساده‌تری به اطلاعات دارند. بنابراین، اخذ این هزینه‌ها می‌تواند به کشف موارد بیشتری از رویه‌های ضدرقابتهی منجر شود؛

ل) پرداخت این هزینه از سوی متقاضیان موجب می‌شود تا به راحتی با طرف دیگر مصالحه نکنند و از پیگیری شکایت خود منصرف نشوند. بی‌هزینه بودن طرح شکایات نزد شورای رقابت این توالی فساد را دارد که ممکن است شکایات مزبور به ابزاری برای اخاذی یا سودجویی بنگاه‌های فرصت‌طلب بدل شود؛

م) اگر شکایت شاکی مستند بوده و بروز رویه ضدرقابتهی از ناحیه مشتکی عنه به اثبات رسد این امکان وجود دارد که بنگاه متخلف به پرداخت هزینه‌های پرداخت شده از ناحیه شاکی محکوم شود و علاوه بر اینکه شاکی اطلاع‌دهنده متحمل هزینه‌ای نشود، به متخلف نیز هزینه‌های بیشتری تحمیل شود و از این طریق، بازدارندگی بیشتری در ارتکاب تخلفات بالقوه پدید آید. مطالعه نظام حقوق رقابت سایر کشورها که مقررات این گرایش حقوقی از سابقه‌ای دیرینه در

آن‌ها برخوردار است - به‌ویژه در کشورهای صنعتی و توسعه‌یافته - نشان‌دهنده آن است که دست‌کم بخشی از منابع مالی مورد نیاز مقامات رقابتی خود را از طریق وصول هزینه رسیدگی از متقاضیان مستقیم دریافت خدمات آن‌ها تأمین می‌کنند. حتی بررسی‌ها بیانگر آن است که اگرچه، در برخی از این کشورها در ابتدا بابت رسیدگی مقام رقابتی هزینه‌ای از درخواست‌کنندگان دریافت نمی‌شد اما پس از گذشت مدتی با توجه به دلایل روشن فوق، ضمن اصلاح قوانین خود حداقل در پاره‌ای از موضوعات، پرداخت مبلغی از سوی متقاضیان را به‌عنوان هزینه رسیدگی مقام رقابتی الزامی دانسته‌اند.

## ۲. ملاحظات ضروری در اخذ هزینه دادرسی در دعاوی رقابتی

اگرچه به دلایل پیش‌گفته، اخذ هزینه دادرسی در دعاوی رقابتی قابل‌توجیه است، اما در اخذ این هزینه باید ملاحظاتی به شرح ذیل صورت پذیرد:

الف) رقابت منفعت و کالایی عمومی محسوب شده و مراقبت از آن دربردارنده مصالح عمومی است. به عبارت دیگر، مبارزه با رویه‌های محل رقابت با نظم عمومی اقتصادی و منافع جامعه در ارتباط است. به دلیل جنبه عمومی قوانین حمایت از رقابت، اجرای این مقررات از وظایف ذاتی و حاکمیتی دولت‌ها است و از آن‌ها قابل‌انتزاع نیست. بر این مبنا، نمی‌توان تمام هزینه‌های شورای رقابت را برعهده متقاضیان دریافت خدمات آن نهاد و ضرورتاً بخش عمده‌ای از این هزینه‌ها باید از محل بودجه عمومی کشور تأمین شود (تبصره ۳ ماده ۵۴ قانون و ماده ۴ آیین‌نامه تشویق اعضای شورای رقابت و کارکنان مرکز ملی رقابت مصوب ۱۳۸۹ هیئت وزیران). به همین ترتیب نمی‌توان رسیدگی شورا را منوط به طرح شکایت اشخاص خصوصی متضرر (ماده ۶۲ قانون) و پرداخت هزینه‌های رسیدگی از سوی آنان دانست و بدون پرداخت این هزینه‌ها یا اعلام انصراف اشخاص یادشده رسیدگی شورا را متوقف کرد؛

ب) بعضی از اشخاص یا مقاماتی که وفق ماده ۶۲ اختیار طرح شکایت بابت ارتکاب رویه‌های ضدرقابتی دارند در زمره سازمان‌ها یا مقامات دولتی یا عمومی غیردولتی هستند که در راستای انجام وظایف حاکمیتی یا قانونی خود با اطلاع از بروز یک رویه ضدرقابتی موضوع را در شورای رقابت طرح می‌کنند. بی‌تردید لزوم اخذ هزینه‌های رسیدگی شورا در قبال شکایات مقامات یا نهادهای مذکور موضوعاً منتفی است. با این‌همه، دیگر سازمان‌ها و شرکتهای دولتی که فعالیت اقتصادی داشته و به تصدی‌گری اشتغال دارند از این امر مستثنا بوده و برابر با دیگر اشخاص خصوصی باید با آن‌ها رفتار شود (ماده ۴۳ قانون اصل ۴۴)؛

ج) برخی نهادهای مردمی غیردولتی را نیز نظیر انجمن‌های حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان

که در نتیجه اجرای مقررات رقابت نفعی غیرمستقیم عاید اعضای آن‌ها می‌شود و ماهیتی حمایتی و غیرانتفاعی دارند باید معاف از پرداخت حداقل بخشی از هزینه رسیدگی به شکایات ناشی از نقض مقررات رقابت دانست تا انگیزه آنان در طرح چنین شکایاتی و ارائه اطلاعات به شورای رقابت از بین نرود؛

د) در تعیین هزینه رسیدگی‌ای که اشخاص خصوصی باید بابت شکایات خود به شورای رقابت بپردازند نهایت دقت را باید ملحوظ داشت. از یک‌سو، در نظر داشتن واقعیات بازار و رکود یا رونق اقتصادی ضروری است و از سوی دیگر، نه آن‌قدر این هزینه باید ناچیز در نظر گرفته شود که هر شخص با هر هدف یا بهانه‌ای به خود اجازه دهد وقت و منابع مالی شورا را صرف شکایات بی‌پایه خود کند و او را از انجام وظایف مهم‌تر و حساس‌تر خود بازدارد و نه هزینه رسیدگی شورا آن‌قدر زیاد تعیین گردد که اشخاص خصوصی ذی‌نفع و مطلع از وقوع رویه‌های ضدرقابتی عطای طرح شکایت را به لقایش ببخشند و با پدیده متروک شدن مقررات رقابت و اجرای کمتر از حد آن‌ها مواجه شویم.

### ۳. مطالعه تطبیقی رویکرد کشورها به اخذ هزینه‌های دادرسی در دعاوی رقابتی

در این بخش به مطالعه پیرامون هزینه رسیدگی به دعاوی نقض مقررات رقابت در چند کشور منتخب می‌پردازیم و همان‌گونه که در ادامه نشان داده خواهد شد باید اذعان داشت اخذ هزینه‌های مذکور از متقاضیان خدمات مقامات رقابتی در کشورهای صاحب سبک یا پیشینه در حقوق رقابت امری معمول و مسبوق به سابقه می‌باشد و از این طریق بخشی از منابع مالی مورد نیاز این مراجع در کنار بودجه‌ای که سالانه از طرف دولت به آن‌ها تزریق می‌شود تأمین می‌گردد. البته باید توجه داشت هزینه دادرسی در دعاوی مدنی که در مراجع قضایی در ارتباط با رویه‌های ضدرقابتی مانند مطالبه خسارت مطرح می‌گردد تابع عموماً آیین دادرسی مدنی است و از دایره شمول این مطالعه خارج‌اند.

#### ۳-۱. ایالات متحده

ایالات متحده آمریکا دارای قدیمی‌ترین و سختگیرانه‌ترین مقررات حمایت از رقابت (ضدتراست) در جهان است. ارتکاب رویه‌های ضدرقابتی در این کشور با ضمانت‌اجراهای سنگینی مواجه می‌باشد به‌نحوی که مرتکب، جنایت‌کار فرض شده و اگر شخص حقوقی باشد تا ۱۰۰ میلیون دلار و در مورد سایر اشخاص تا ۱ میلیون دلار یا ۱۰ سال حبس و یا هر دو بنا به صلاحدید دادگاه مجازات خواهد شد (Blair and Sokol, 2015: 258). همچنین، مرتکب به پرداخت سه برابر خسارت زیان‌دیدگان از رویه‌های ضدرقابتی وی محکوم خواهد شد. به همین

دلیل، سنگین‌ترین محکوم‌به‌ها در رویه قضایی دادگاه‌های آمریکایی به آرائی تعلق دارد که در دعاوی نقض مقررات رقابت صادر شده‌اند. وظیفه اجرای مقررات رقابت فدرال در این کشور بر عهده دو مرجع وزارت دادگستری (دایره ضدتراست)<sup>۱</sup> و کمیسیون تجارت فدرال<sup>۲</sup> است. این دو نهاد صرفاً وظیفه کشف و تحقیق در مورد رویه‌های ضدرقابتی را برعهده دارند و در صورت احراز باید اقدام به طرح دعوا در دادگاه‌های فدرال کنند و این قضات محاکم هستند که در خصوص موضوع از طریق صدور رأی اتخاذ تصمیم می‌نمایند.<sup>۳</sup>

درخصوص هزینه‌های طرح موضوعات مرتبط با حقوق رقابت از طرف اشخاص خصوصی نزد دو مرجع تخصصی فوق باید خاطرنشان کرد وزارت دادگستری از زمانی که عهده‌دار مسئولیت اجرای مقررات رقابت فدرال در سال ۱۹۰۳ گردید تا پیش از سال ۱۹۹۰ تنها از بودجه عمومی کشور ارتزاق می‌کرد. اما طی اصلاحاتی که در سال ۱۹۸۹ به عمل آمد مقرر گردید، کمیسیون تجارت فدرال بابت ثبت و رسیدگی به اطلاعاتی بنگاه‌هایی که قصد ادغام یا تملک سهام دارای حق رأی یا دارایی یکدیگر را دارند و بررسی و اعلام نظر درخصوص رقابتی یا ضدرقابتی بودن اقدام خود را تقاضا می‌کنند، وجوهی را از متقاضیان دریافت کند. این وجوه به‌طور مساوی میان کمیسیون مذکور و دایره ضدتراست وزارت دادگستری تقسیم و در ردیف بودجه آن‌ها منظور خواهد شد. بررسی درخواست بنگاه‌ها در این خصوص منوط به پرداخت تعرفه فوق می‌باشد. ماده ۷ قانون کلایتون در واقع مبنای قانونی کنترل ادغام‌ها و تملک‌ها در حقوق آمریکا است. ماده ۱ قانون شرم‌من که قراردادها، توافقات یا تبانی بین بنگاه‌ها درخصوص ممانعت از تجارت را ممنوع می‌کند، ماده ۲ قانون اخیرالذکر که انحصارات و تلاش برای ایجاد انحصار و تبانی بر انحصار را ممنوع می‌کند و ماده ۵ قانون کمیسیون تجارت فدرال که روش‌های غیرمنصفانه رقابت را ممنوع می‌کند نیز بخشی از نظام حمایت از رقابت در حقوق آمریکا را تشکیل می‌دهند. به‌موجب بند الف ماده ۷ قانون کلایتون (اصلاح‌شده به‌موجب قانون ضدانحصار هارت-اسکات-رودینو<sup>۴</sup>)، در صورتی که ادغام بنگاه‌های اقتصادی از مبلغ خاصی بیشتری باشد، تعهداتی بر عهده آن‌ها قرار می‌گیرد. این افراد ملزم‌اند که ادغام‌های خود را به نهاد رقابتی (کمیسیون تجارت فدرال) اطلاع بدهند.

1. Department of Justice (DOJ), Antitrust division

2. Federal Trade Commission (FTC)

۳. برای دیدن تشریفات رسیدگی ضدانحصار در کمیسیون تجارت فدرال و بخش ضدانحصار وزارت دادگستری آمریکا رجوع کنید به: حسینی، ۱۳۹۶: ۴۵۳-۴۴۸.

4. Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvement Act of 1976.

رویه عملی نهادهای ناظر بر رقابت آمریکا بدین صورت است که ابتدا سه آزمایش تجاری بودن، حجم معامله و حجم بنگاه اقتصادی را انجام می‌دهند.<sup>۱</sup> در صورتی که این سه شرط در مورد بنگاه‌های مورد ادغام وجود داشت، لزوم ارسال اعلامیه قبل از ادغام، توسط شرکت‌های تحت ادغام ضروری است. تنها در صورتی که کمیسیون عدم مغایرت، اقدام بنگاه‌ها را با موازین رقابتی تأیید کند یا مهلت زمانی بررسی کمیسیون منقضی شود و مرجع مذکور اعلام نظر نکند توافق آن‌ها نافذ بوده و قابلیت اجرایی خواهد یافت.

لازم به ذکر است که مطابق ماده ۷ (الف) قانون کلایتون شرکت‌ها و بنگاه‌های آمریکایی هرگاه قصد انجام ادغام یا تملک سهام یا دارایی میان خود را دارند در صورتی که ارزش معاملاتی آن‌ها به حدنصاب‌های مقرر در قانون برسد مکلفند پیش از اجرای توافق خود مراتب را به کمیسیون اطلاع دهند. این در حالی است که برابر ماده ۴۹ قانون اصل ۴۴، در نظام حقوق رقابت ایران اساساً بنگاه‌ها و شرکت‌ها ملزم نیستند که به شورای رقابت در مورد ادغام یا تملکی که قصد اجرای آن را میان خود دارند اطلاع‌رسانی کنند. در واقع با توجه به اختیاری بودن نظام کنترل ادغام‌ها که از کلمه «می‌توانند» برداشت می‌شود، الزامی مبنی بر کسب تکلیف بنگاه‌ها و شرکت‌ها از شورای رقابت وجود ندارد (Hosseini, 2015: 9-10) پذیرفتن اختیاری بودن نظام ادغام‌ها به معنای این است که تملک و ادغام مورد نظر از لحظه وقوع، واجد آثار صحیح قانونی اند و دستور شورای رقابت مطابق ماده ۴۹، اثر خاصی ندارد (حقیقت جو، ۱۳۹۸: ۶۵۴).

تعرفه ثبت<sup>۲</sup> و رسیدگی به درخواست‌های یادشده (که از سوی کنگره همه‌ساله تعیین می‌شود) در سال ۲۰۱۹ به شرح زیر است:

در صورتی که ارزش مبادلاتی (قیمت دارایی یا سهام تملک شده) بیشتر از ۹۰ میلیون دلار و

۱. آزمایش تجاری بودن یعنی یکی از طرفین باید در فعالیتی تجاری یا فعالیتی که تجارت را تحت تأثیر قرار می‌دهد، مداخله داشته باشد. آزمایش حجم معامله بدین معنی است که در نتیجه ادغام یا تملک، بنگاه تملک شده باید میزان متوسطی از سهام دارای رأی، منافع غیرشرکتی و یا منافع تحصیل شده‌ای بیش‌تر از ۹۰ میلیون دلار آمریکا به دست آمده باشد. آزمایش حجم بنگاه نیز به معنای آن است که اگر حجم معامله بیش از ۹۰ میلیون دلار باشد اما به ۳۵۹/۹ میلیون دلار نرسد، حداقل یکی از طرفین درگیر در معامله باید فروش سالیانه خالص یا دارایی کلی حداقل به میزان ۱۸۰ میلیون دلار داشته باشد و بنگاه دیگر باید فروش سالیانه خالص یا دارایی کلی معادل حداقل ۱۸ میلیون دلار داشته باشد (ارقام یاد شده مربوط به سال ۲۰۱۹ هستند):

<https://www.ftc.gov/news-events/media-resources/mergers-and-competition/merger-review> (last visited: 2020-5-24)

2. Filing Fees



کمتر از ۱۸۰ میلیون دلار باشد هزینه ثبت و رسیدگی به هر درخواست ۴۵ هزار دلار خواهد بود. چنانچه ارزش مبادلاتی بیشتر از ۱۸۰ میلیون دلار و کمتر از ۸۹۹/۸ میلیون دلار باشد هزینه ثبت و رسیدگی به هر درخواست ۱۲۵ هزار دلار خواهد بود. در صورتی که ارزش مبادلاتی بیش از ۸۹۹/۸ میلیون دلار باشد هزینه ثبت و رسیدگی به هر درخواست ۲۸۰ هزار دلار خواهد بود.<sup>۱</sup>

آن گونه که اشاره شد هزینه‌هایی که به این ترتیب توسط کمیسیون دریافت و جمع‌آوری می‌شود میان نهاد مزبور و دایره ضدتراست وزارت دادگستری به‌طور مساوی تقسیم و در بودجه سالانه آن‌ها لحاظ می‌شود.<sup>۲</sup> بررسی داده‌های مربوط به بودجه سالانه دایره ضدتراست وزارت دادگستری از سال ۱۹۸۹ تاکنون نشان می‌دهد در حالی که در سال ۱۹۸۹ بودجه مرجع فوق، ۴۴ میلیون و ۹۳۷ هزار دلار بوده که تماماً از طریق بودجه عمومی دولت و مالیات‌دهندگان تأمین شده است در سال بعد، با اضافه شدن نیمی از منابعی که به طریق بالا از ذی‌نفعان مستقیم دریافت گردید (معادل ۱۳ میلیون و ۵۱۹ هزار دلار) دولت ۱۰ میلیون دلار از بودجه اختصاص‌یافته خود کاست ولی با این حال، حدود ۳ میلیون دلار بر بودجه کل این اداره اضافه شد. این روند به‌گونه‌ای ادامه یافت که در سال ۱۹۹۵ منابعی که از محل دریافت حق‌الزحمه مورد بحث عاید دایره ضدتراست گردید از بودجه عمومی دولت نیز پیشی گرفت. به عبارت دیگر، دولت تنها حدود ۴۰٪ بودجه کل سالانه این مقام رقابتی را تأمین کرده است. همچنین، بررسی داده‌ها در حدفصل سال‌های ۲۰۰۱ تا ۲۰۱۲ نیز نشان می‌دهد که طی این سال‌ها، ۸۸٪ بودجه مورد نیاز دایره ضدتراست از محل تعرفه‌ها فراهم شده است (USA: American Bar Association, 2012: 12). لازم به ذکر است که دایره ضدتراست وزارت دادگستری ظاهراً بابت خدمات خود در کشف و تحقیق پیرامون دیگر موضوعات مشمول قوانین حمایت از رقابت هزینه‌ای از متقاضیان دریافت نمی‌کند.

### ۲-۳. کانادا

در کانادا وظیفه اجرای قانون رقابت این کشور برعهده اداره رقابت<sup>۳</sup> است. همانند حقوق رقابت آمریکا در این کشور نیز با رعایت حدنصاب‌های مقرر در قانون، شرکت‌ها و بنگاه‌ها در صورتی که قصد ادغام یا تملک سهام یا دارایی یکدیگر را دارند باید از پیش مراتب را جهت بررسی و تطبیق

1. [https://www.ftc.gov/enforcement/premerger-notification-program/Filing Fee Information](https://www.ftc.gov/enforcement/premerger-notification-program/Filing_Fee_Information), (last visited: 2019-07-14)

2. <http://www.justice.gov/atr/appropriation-figures-antitrust-division>

3. Competition Bureau

موضوع با مقررات رقابت به اداره فوق اعلام نمایند ( Goldman and Bodrug, 2013: section 10.1). در این موارد، اداره رقابت اعم از آنکه موضوع مطروحه ساده یا پیچیده باشد و صرف نظر از ارزش مبادلاتی قرارداد، مبلغ ثابت ۷۵ هزار دلار به عنوان تعرفه این خدمت خود دریافت می‌کند.<sup>۱</sup> اداره رقابت کانادا علاوه بر این هزینه، برخلاف مقامات رقابتی آمریکا برای انجام سایر وظایف خود وجوه دیگری را نیز از متقاضیان دریافت می‌کند که تعرفه آن‌ها به شرح ذیل است:

رسیدگی به شکایات پیرامون تبانی‌های ضدرقابتی، سوءاستفاده از موقعیت مسلط و رویه‌های تجاری غیرقانونی (تقریباً شبیه موضوعات مقرر در ماده ۴۴ و بند (ط) ماده ۴۵ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل (۴۴): ۱۵ هزار دلار؛

رسیدگی به شکایات پیرامون رویه‌های ضدرقابتی منصفانه نظیر اظهارات گمراه‌کننده، متقلبانه و خلاف واقع یا جوایز موهوم (تا حدودی شبیه موضوعات مقرر در ماده ۴۵ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل (۴۴): یک هزار دلار؛

سایر موارد: ۵ هزار دلار؛

سازمان‌ها و نهادهای دولتی همانند دیگر اشخاص مکلف به پرداخت کل هزینه‌های فوق می‌باشند، منتها تعرفه ارائه خدمات فوق به مؤسسات خیریه ۵۰ دلار می‌باشد؛

هزینه ارائه رونوشت از اوراق و اسناد: ۰/۲۵ دلار؛

ضمناً در صورتی که متقاضیان ظرف دو روز از تاریخ درخواست انصراف خود را اعلام نمایند هزینه پرداخت شده به آن‌ها مسترد می‌شود.<sup>۲</sup>

### ۳-۳. ژاپن

در ژاپن تقاضای صدور دستور توقف رویه ضدرقابتی هزینه‌ای معادل دعاوی غیرمالی در برداشته و از متقاضی ۸ هزار ین دریافت می‌شود. همچنین، در صورتی که دعوا جنبه مالی داشته باشد ارزش مالی مورد درخواست ملاک احتساب هزینه خواهد بود و هزینه بر مبنای یک دویستم ارزش خواسته احتساب می‌گردد. درخصوص ادغام‌ها نیز هر دو شرکتی که قصد ادغام را دارند مسئول پرداخت هزینه‌های مندرج در قوانین هستند. درخصوص تملک نیز شرکت خریدار پرداخت این هزینه‌ها را برعهده می‌گیرد و نهاد رقابتی ژاپن «کمیسیون تجارت منصفانه»<sup>۳</sup> هیچ

1. <https://www.canada.ca/en/competition-bureau/news/2018/04/new-filing-fee-for-competition-bureau-merger-reviews-coming-into-effect.html> (last visited:2020-05-26)

2. <http://www.competitionbureau.gc.ca/> (last visited: 2020-5-24)

3. Japan Fair Trade Commission (JFTC)

گونه هزینه اداری را در این خصوص متقبل نمی‌شود. عدم اعلام ادغامی که مطابق قانون و حدنصاب‌های مندرج در آن اجباری بوده، جریمه‌ای تا ۲۰ میلیون ین را به همراه دارد (Duns et al, 2015: 427-430).

شایان توجه است که در سال ۲۰۱۲ تعداد کارمندان «کمیسیون تجارت منصفانه» این کشور به‌عنوان مقام رقابتی ژاپن، ۷۹۹ کارمند و ۸/۷۴ میلیارد ین بودجه سالانه آن بوده است.<sup>۱</sup>

#### ۳-۴. ترکیه

بر اساس قانون شماره ۴/۰۵۴ درخصوص حمایت از رقابت و دستور شماره ۲۰۱۰/۴ (با آخرین اصلاحات ۲۰۱۷) درخصوص ادغام‌ها و تملک‌ها «نهاد رقابت ترکیه<sup>۲</sup>» مسئولیت بررسی و رسیدگی به رویه‌های ضدرقابتی و ادغام و تملک را برعهده دارد (see: Kanable Gotts, 2018: chapter 42).

در ترکیه نیز در صورتی که ادغام یا تملک میان شرکت‌ها به حدنصاب‌های مقرر در قانون برسد، شرکت تملک‌کننده یا حاصل از ادغام مکلف به اعلام مراتب و تقاضای بررسی از نهاد رقابت ترکیه است. در صورتی که ادغام مغایر با قانون رقابت تشخیص داده نشود، شرکتی که در نتیجه ادغام یا تملک سرمایه او افزایش می‌یابد باید ۰/۰۴ درصد سرمایه خود را به‌عنوان تعرفه همکاری به اداره رقابت بپردازد.<sup>۳</sup>

#### ۳-۵. دانمارک

در دانمارک، «قانون رقابت دانمارک<sup>۴</sup>»، که بر اساس نظام رقابت اتحادیه اروپا طراحی شده است، موارد مربوط به کنترل ادغام‌ها و هزینه‌های مربوط به آن را معین کرده است.

مطابق قانون رقابت دانمارک، در صورتی که ادغام یا تملک میان شرکت‌ها به حد نصاب‌های مقرر در قانون برسد، شرکت تملک‌کننده یا حاصل از ادغام مکلف به اعلام مراتب و تقاضای بررسی از اداره رقابت و مصرف‌کننده دانمارک<sup>۵</sup> است. در این صورت، برابر ماده ۱۲ (ح) قانون رقابت این کشور اگر بررسی درخواست مزبور ساده و بدون پیچیدگی خاصی در مرحله اول بررسی قابل انجام باشد باید مبلغ ۵۰ هزار کرون دانمارک به اداره فوق بپردازد. در غیر این صورت و بر

1. [http://www.jftc.go.jp/en/about\\_jftc/statistics.html](http://www.jftc.go.jp/en/about_jftc/statistics.html) (last visited: 2020-5-24)

2. Turkish Competition Authority

3. <http://www.morogluarseven.com/news/overview-mergers-acquisitions-turkey-2015> (last visited: 2020-05-26)

4. the Danish Competition Act (Consolidated Competition Act No. 155 of 1 March 2018)

5. Danish Competition and Consumer Authority (DCCA).

فرض نیاز به بررسی کامل، تعرفه رسیدگی اداره رقابت و مصرف‌کننده برابر با ۰/۰۱۵ درصد کل گردش مالی سالانه بنگاه‌های ذی‌نفع خواهد بود. در هر حال، این رقم از یک میلیون و پانصد هزار کرون بیشتر نخواهد شد.<sup>۱</sup>

### ۳-۶. انگلستان

در انگلستان هرگاه در مرحله نخست بررسی، اداره رقابت و بازارها<sup>۲</sup> عدم مغایرت ادغام یا تملک مورد نظر را تشخیص دهد (نوعاً زمانی که شرکت‌های ذی‌ربط کوچک و دارای سهم بازاری اندکی باشند و یا ادغام یا تملک اعلامی افقی نباشد) رسیدگی اداره مذکور هزینه‌ای برای شرکت‌های مرتبط ندارد. اما هرگاه نیاز به بررسی دقیق‌تر باشد و رسیدگی وارد مرحله دوم شود، شرکت‌های مربوطه باید مبلغی را به‌عنوان تعرفه بررسی به اداره رقابت و بازارها پرداخت کنند. در صورتی که ارزش گردش مالی شرکت تملک‌شده ۲۰ میلیون پوند یا کمتر باشد، این تعرفه برابر با ۴۰ هزار پوند خواهد بود. در صورتی که ارزش گردش مالی شرکت تملک‌شده بیشتر از ۲۰ میلیون پوند و کمتر از ۷۰ میلیون پوند باشد، تعرفه ۸۰ هزار پوند است. در فرضی که گردش مالی شرکت تملک‌شده بیشتر از ۷۰ میلیون پوند و کمتر از ۱۲۰ میلیون پوند باشد، تعرفه ۱۲۰ هزار پوند می‌باشد و نهایتاً در جایی که گردش مالی شرکت تملک‌شده بیشتر از ۱۲۰ میلیون پوند باشد، تعرفه اداره فوق برابر با ۱۶۰ هزار پوند خواهد بود.<sup>۳</sup>

### ۳-۷. ایرلند

در ایرلند از ترکیب مقام رقابتی و نهاد ملی مصرف‌کنندگان، در سال ۲۰۱۴، «کمسیون حمایت از رقابت و مصرف‌کننده»<sup>۴</sup> ایجاد شد.

در این کشور نیز بررسی ادغام‌ها یا تملک‌های میان شرکت‌ها و بنگاه‌ها در مواردی که اعلام آن‌ها به مقام رقابتی این کشور برابر بند ۸ ماده ۱۸ قانون رقابت ایرلند<sup>۵</sup> الزامی است متوقف بر

1. <https://www.en.kfst.dk/competition/merger-control/> (last visited:2020-5-5)  
 ۲. Competition and Markets Authority (CMA)؛ سابق بر این، وظیفه اجرای قانون رقابت انگلستان برعهده اداره تجارت منصفانه (Office of Fair Trading (OFT)) بود که از اول آوریل ۲۰۱۴ جای خود را به مقام رقابتی فوق داده است.  
 ۳. شایان ذکر است که مطابق با گزارشی، مقام رقابتی انگلستان بابت بررسی ۱۲ پرونده مرتبط با ادغام در سال ۲۰۰۲ برای هر مورد بین ۲۶۲ هزار تا ۵۲۴ هزار پوند هزینه صرف کرده است (International Competition Network, 2005: 5).

4. The Competition and Consumer Protection Commission (CCPC)  
 5. the Competition and Consumer Protection Act 2014.

پرداخت تعرفه ثابت ۸ هزار یورپی می‌باشد. وظیفه تعیین این مبلغ را قانون در اختیار وزیر بازرگانی، تجارت و کار این کشور قرار داده است.<sup>۱</sup>

### ۸-۳. سوئیس

در این کشور مطابق با ماده ۵۲ (الف) قانون فدرال راجع به کارتل‌ها و سایر محدودیت‌های بر رقابت<sup>۲</sup>، کمیسیون رقابت<sup>۳</sup> مجاز است تا برای انجام وظایف خود اعم از تحقیق و اتخاذ تصمیم پیرامون انواع محدودیت‌های بر رقابت و تمرکز میان بنگاه‌ها (ادغام و تملک)، گزارش‌های کارشناسی و سایر خدمات تعرفه اخذ کند. این تعرفه باید بر اساس میزان وقتی که اداره رقابت صرف موضوع می‌کند، تعیین شود. تعیین تعرفه‌های اداره رقابت برعهده شورای فدرال<sup>۴</sup> است. برای مثال، درخصوص بررسی ادغام یا تملک‌هایی که بنگاه‌های ذی‌نفع مکلف به اعلام آن‌ها به کمیسیون رقابت می‌باشند در صورتی که بررسی کمیسیون در مرحله اول به اتمام برسد تعرفه تعیین شده مبلغ ۵ هزار فرانک سوئیس (حدود ۵ هزار و ۴۰۰ دلار) است. اما اگر بررسی وارد مرحله دوم شود که نیاز به گردآوری جزییات بیشتر و صرف وقت زیادتر است، تعرفه بر مبنای وقت صرف شده کارشناسان کمیسیون رقابت و بسته به پیچیدگی موضوع از ساعتی ۱۰۰ تا ۴۰۰ فرانک سوئیس محاسبه خواهد شد.<sup>۵</sup>

### ۹-۳. آفریقای جنوبی

در آفریقای جنوبی بررسی ادغام‌های کوچک توسط کمیسیون رقابت<sup>۶</sup> این کشور هزینه‌ای برای شرکت‌های ذی‌نفع ندارد اما بررسی ادغام‌های متوسط تعرفه‌ای معادل ۱۶۵ هزار راند و بررسی ادغام‌های بزرگ ۵۵۰ هزار راند هزینه در بردارد.<sup>۷</sup> در مواردی که شرکت یا بنگاهی تقاضای معاف شدن خود از محدودیت‌های مقرر در قانون رقابت<sup>۸</sup> این کشور را از کمیسیون دارد، تعرفه اولیه درخواست او ۵ هزار راند است که در ۵۰۰ برابر تعداد سال‌هایی که تقاضای معافیت می‌شود ضرب می‌شود. در صورت تقاضای معافیت جمعی و گروهی تعرفه اولیه این درخواست ۱۰۰ هزار

1. <https://gettingthedealthrough.com/area/20/jurisdiction/14/merger-control-ireland/> (last visited: 2020-5-25)

2. the Federal Act on Cartels and Other Restrictions of Competition

3. the Competition Commission

4. the Federal Council

5. <https://gettingthedealthrough.com/area/20/jurisdiction/29/merger-control-switzerland/> / (last visited/2020-5-24).

6. The Competition Commission

7. <http://www.compcom.co.za/notification-fees/> (last visited: 2020-05-25)

8. the Competition Act, 89 of 1998

راند است که در ۱۰۰۰ برابر تعداد سال‌هایی که تقاضای معافیت می‌شود ضرب می‌شود. تعرفه تقاضای نظر مشورتی از کمیسیون رقابت نیز ۲۵۰۰ راند محاسبه شده است.<sup>۱</sup>

### ۱۰-۳. هنگ کنگ

مطابق با ماده ۱۶۴ قانون رقابت هنگ‌کنگ مصوب ۲۰۱۲ که از جدیدترین قوانین داخلی حوزه حقوق رقابت در بین کشورهای جهان محسوب می‌شود، کمیسیون رقابت<sup>۲</sup> این کشور می‌تواند برای موارد زیر تعرفه تعیین کند: (۱) رسیدگی به درخواست‌هایی که بر اساس این قانون به کمیسیون داده می‌شود و (۲) ارائه هرگونه خدمات.

تعیین میزان تعرفه‌های فوق برعهده رئیس کمیسیون رقابت می‌باشد و باید آن‌ها را با انتشار دستورالعملی اعلام نماید. در ماده مرقوم اشاره گردیده است که وضع این تعرفه‌ها صرفاً محدود به میزان هزینه‌های اداری و یا سایر هزینه‌هایی که کمیسیون در ارتباط با درخواست واصله یا ارائه خدمت خود متحمل می‌شود نخواهد بود و بنابراین، مقنن این کشور تلویحاً اجازه داده است تا کمیسیون نیز نظیر یک واحد اقتصادی به فکر کسب سود از محل ارائه وظایف قانونی خود باشد. حسب ماده فوق، تعرفه‌ای که بدین ترتیب باید پرداخت شود حکم یک دین مدنی به کمیسیون را خواهد داشت. همچنین، در مقرراتی که رئیس کمیسیون در ارتباط با این ماده تهیه خواهد کرد باید در مورد میزان تعرفه، معیارهای تعیین تعرفه، فرد پرداخت‌کننده و تعرفه متفاوت قابل پرداخت از سوی اشخاص مختلف، تخفیف، معافیت یا استرداد کلی یا جزئی تعرفه و نحوه پرداخت آن تعیین تکلیف کند.<sup>۳</sup>

### ۴. پیشنهاد اصلاح قانون رقابت با رویکرد اخذ هزینه در دعاوی رقابتی در حقوق ایران

همان‌طور که مشاهده شد، دلایل توجیهی برای اخذ هزینه در دعاوی مربوط به نقض مقررات رقابت در حقوق ایران، بسیار زیادند. در حقوق سایر کشورها (به‌ویژه در خصوص ادغام‌ها)، تعرفه‌های بالایی از متقاضیان اخذ می‌شود و استفاده از تجارب سایر نظام‌های حقوقی در این خصوص می‌تواند در جهت اصلاح نظام حقوقی ایران به کار آید. برای رفع کاستی‌های مورد اشاره

1. <http://www.compcom.co.za/notification-fees/> (last visited: 2020-05-29)

2. The Competition Commission

۳. برای دیدن توضیحات بیشتر:

[https://www.compcomm.hk/en/legislation\\_guidance/guidance/other/files/](https://www.compcomm.hk/en/legislation_guidance/guidance/other/files/)

CC\_Fees\_Making\_Application\_Eng.pdf; see also:

[http://www.legislation.gov.hk/blis\\_pdf.nsf/CurAllEngDoc/](http://www.legislation.gov.hk/blis_pdf.nsf/CurAllEngDoc/)

633BF9BCB94F218C48257E8500126FF1/\$FILE/CAP\_619G\_e\_b5.pdf. (last visited: 2020-05-25)

در مقررات فعلی حاکم بر رقابت، پیشنهاد می‌شود مواد ذیل در قالب اصلاح قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی پیش‌بینی و مصوب شود:

الف) ماده ۴۹ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل چهل و چهارم قانون اساسی به همراه پیش‌بینی دو تبصره به شرح ذیل اصلاح شود:

ماده ۴۹ اصلاحی: «بنگاه‌ها و شرکت‌ها مکلفند در مواردی که به موجب آیین‌نامه اجرایی این ماده مشخص می‌گردد، در مورد شمول یا عدم شمول هر یک از اقدامات موضوع مواد (۴۶) تا (۴۸) این قانون که قصد اجرای آن را در میان خود دارند پیش از انجام، از شورای رقابت کسب تکلیف کنند. شورای رقابت مکلف است حداکثر ظرف دو ماه از تاریخ وصول تقاضا، آن را بررسی و نتیجه را به‌طور کتبی یا به وسیله دادن پیام مطمئن به متقاضی اعلام کند. این مدت پیش از انقضای آن، با ذکر علت برای یک نوبت از سوی شورا قابل تمدید می‌باشد و به طرفین ابلاغ می‌گردد. در صورت اعلام عدم شمول ممنوعیت مواد فوق در مورد اقدام موردنظر یا عدم ارسال پاسخ از سوی شورا ظرف مدت مقرر، آن اقدام صحیح فرض می‌شود. در مواردی که اخذ مجوز از شورای رقابت الزامی است، ادغام تا تعیین تکلیف و یا انقضای مواعد مقرر در این ماده معلق بوده و اداره ثبت شرکتها مجاز به ثبت آن نخواهد بود. آیین‌نامه موضوع این ماده به پیشنهاد شورای رقابت سه ماه پس از لازم‌الاجرا شدن این قانون به تصویب هیئت وزیران می‌رسد».

تبصره ۱: «عدم رعایت تکلیف موضوع ماده قبل از سوی هر یک از بنگاه‌ها یا شرکت‌های مکلف ظرف ۱۵ روز از تاریخ انعقاد توافق مربوطه یا اجرای عملی هر یک از اقدامات موضوع مواد ۴۶ تا ۴۸ این قانون بدون رعایت تکلیف مزبور حسب تصمیم شورا موجب محکومیت به جریمه نقدی مقرر در بند ۱۲ ماده ۶۱ خواهد شد.»

تبصره ۲: «شرکت یا بنگاه‌های مذکور موظف به ارائه اطلاعات خواسته شده شورا به‌نحو صحیح و مطابق با واقع ظرف مدت مقرر از طرف شورا می‌باشند. در غیر این صورت، حسب تصمیم شورا به حداکثر جریمه مقرر در بند ۱۲ ماده ۶۱ این قانون محکوم و شخص حقیقی مرتکب نیز وفق مقررات به مجازات مقرر در ماده ۷۲ این قانون محکوم خواهد شد.»

ب) بند ۱۲ ماده ۶۱ قانون صدرالذکر به شرح ذیل اصلاح شود:

«ماده (۴۵) در متن بند ۱۲ ماده ۶۱ حذف و به جای آن «مواد ۴۴ تا ۴۸» جایگزین می‌شود.»

ج) مفاد زیر به‌عنوان تبصره‌های ۲ الی ۱۰ به ماده ۶۲ قانون فوق اضافه و تبصره آن، «تبصره ۱» محسوب گردد (این امکان نیز وجود دارد که تبصره ۲ ذیل به‌عنوان مفاد ماده ۶۲ مکرر به قانون اضافه و متناسب با این پیشنهاد شماره سایر تبصره‌ها را تغییر داد):

تبصره ۲: «شورای رقابت می‌تواند به هنگام طرح شکایات موضوع این ماده در صورتی که موضوع شکایت به تشخیص حداقل یکی از قضات عضو شورا جنبه‌ی مالی داشته و برای شاکی منفعت مستقیم داشته باشد همچنین، در موارد بررسی اقدامات موضوع ماده ۴۹ این قانون، حداکثر تا ۳ درصد بهای خواسته یا مال موضوع رویه‌ی ضدرقابتی یا منفعت قابل‌پیش‌بینی برای شاکی یا متقاضی و یا حداکثر تا ده درصد فروش ناخالص سال مالی قبل شاکی یا شرکت یا بنگاه بزرگ‌تر طرف اقدامات موضوع ماده ۴۹ این قانون هر کدام که بیشتر باشد را به‌عنوان هزینه‌ی رسیدگی از شاکی یا متقاضی دریافت کند. در صورتی که موضوع شکایت جنبه‌ی مالی یا برای شاکی منفعت مستقیم نداشته باشد یا میزان بهای خواسته، مال مورد رویه‌ی ضدرقابتی موضوع شکایت یا منفعت عایدی برای شاکی در زمان طرح شکایت قابل‌تشخیص نباشد تا زمان قابلیت تشخیص همچنین، در موارد درخواست از شورا جهت انجام وظیفه مقرر در بند ۵ ماده ۵۸ این قانون، با توجه به اهمیت موضوع و پیچیدگی آن و اندازه و وضعیت مالی شاکی یا متقاضی از X میلیون ریال تا حداکثر Y میلیون ریال از شاکی یا متقاضی به‌عنوان هزینه رسیدگی دریافت خواهد شد. در هر حال، تعیین میزان دقیق هزینه‌ی رسیدگی حسب مورد، با تصمیم رئیس شورا و حداقل یکی از قضات عضو در جلسه‌ی اداری که ظرف سه روز پس از تقدیم شکایت یا تقاضا بدین منظور تشکیل خواهد شد تعیین و از طریق احضاریه یا ارسال داده پیام مطمئن به شاکی یا متقاضی ابلاغ می‌گردد.»

تبصره ۳: «در صورت عدم پرداخت کامل هزینه‌ی مذکور از سوی شاکی یا متقاضی در مهلت مقرر، موضوع در جلسه‌ی شورا که به همین منظور وفق ماده ۵۷ این قانون ظرف پانزده روز تشکیل خواهد شد طرح و با توجه به میزان اهمیت و ضرورت بررسی موضوع شورا مطابق با عقیده اکثریت حاوی نظر مثبت حداقل یکی از قضات عضو تصمیم خواهد گرفت که به بررسی و رسیدگی به موضوع حسب مورد وفق مواد ۶۲ یا ۵۸ این قانون بپردازد یا خیر. در صورتی که تصمیم بر رسیدگی به موضوع باشد شاکی یا متقاضی مزبور، ذی‌نفع و طرف دعوا محسوب نشده و از حقوق مربوطه از جمله حضور در جلسات رسیدگی، استماع اظهارات و اعتراض به تصمیمات شورا برخوردار نخواهد بود مگر آنکه به تشخیص شورا در تصمیمی که به شرح فوق اتخاذ می‌شود کل یا بخشی از حقوق طرف دعوا برای وی پذیرفته شود. در هر حال، از شاکی مذکور یا شاکی که مطابق با تبصره ۶ این ماده هزینه‌ی واریزی خود را مسترد می‌دارد دعوای مطالبه‌ی خسارت موضوع ماده ۶۶ این قانون مسموع نخواهد بود.»

تبصره ۴: «در موارد طرح شکایت وفق ماده ۶۲ این قانون، شاکی مکلف است در شکواییه



خود قید کند که آیا موضوع برای وی جنبه‌ی مالی و نفع مستقیم دارد یا خیر. در صورت مثبت بودن، همچنین در موارد اعلام تملک یا ادغام مقرر در ماده ۴۹ این قانون، اعلام ارزش روز مال موضوع شکواییه یا سهام یا دارایی مورد تملک یا ادغام به وجه رایج مملکتی الزامی است. در صورت پرداخت هزینه‌ی رسیدگی وفق تبصره ۲ این ماده، پرداخت‌کننده از تأدیه‌ی هزینه‌ی دادرسی دعوای مطالبه خسارت موضوع ماده ۶۶ این قانون معاف می‌باشد. در دعوایی که ممکن است در همین ارتباط یا با منشا واحد در مراجع قضایی از سوی شاکی مطرح گردد مطالبه مال یا بهای خواسته‌ای بیش از میزان اعلام شده در شکواییه‌ای که به طریق فوق تقدیم شورا می‌گردد مسموع نیست.»

تبصره ۵: «مقامات رسمی موضوع ماده ۶۲ این قانون و نهادها و سازمان‌های دولتی یا عمومی غیردولتی که به تشخیص یکی از قضات عضو شورا در راستای انجام وظایف حاکمیتی خود مطابق این ماده طرح شکایت می‌کنند از پرداخت هزینه‌ی رسیدگی شورا معاف هستند. انجمن‌های حمایت از مصرف‌کنندگان و سایر نهادهای رسمی مردم نهاد که مطابق با اساسنامه در محدوده انجام وظایف خود اقدام می‌کنند به تشخیص رئیس شورا به همراه یکی از قضات عضو تا حداکثر نصف از پرداخت هزینه‌ی رسیدگی موضوع تبصره ۲ این ماده معاف می‌باشند.»

تبصره ۶: «در صورتی که حداکثر ظرف ده روز از تاریخ پرداخت هزینه‌ی رسیدگی، شاکی یا متقاضی کتباً انصراف خود را به شورا تقدیم نمایند مطابق با تصمیم رئیس شورا و یکی از قضات عضو در جلسه‌ی اداری که ظرف ده روز به همین منظور تشکیل خواهد شد حداقل تا ۶۰ درصد و حداکثر تا ۹۰ درصد وجه واریزی به پرداخت‌کننده مسترد و درخصوص رسیدگی یا عدم رسیدگی به موضوع وفق تبصره ۳ این ماده عمل خواهد شد.»

تبصره ۷: «درخصوص ارائه سایر خدمات شورا از جمله صدور گواهی موضوع تبصره ماده ۶۶ این قانون شورا می‌تواند با تصمیم رئیس شورا به همراه یکی از قضات عضو که حداکثر ظرف یک هفته اتخاذ خواهد شد حداکثر تا مبلغ X میلیون ریال از متقاضی به‌عنوان هزینه‌ی ارایه‌ی خدمات درخواست شده دریافت کند. عدم پرداخت هزینه مذکور ظرف یک هفته پس از ابلاغ از طرف متقاضی موجب رد تقاضا بنا به تصمیم قطعی رئیس شورا خواهد شد. در این موارد، طرح مجدد تقاضا بلا مانع می‌باشد.»

تبصره ۸: «رسیدگی هیئت تجدیدنظر به اعتراض به تصمیمات شورای رقابت که وفق ماده ۶۳ این قانون صورت می‌پذیرد منوط به پرداخت هزینه‌ی رسیدگی مرحله تجدیدنظرخواهی از ناحیه معترض است که معادل ۱/۵ برابر هزینه اخذشده توسط شورا یا ۴٪ بهای محکوم‌به هر کدام که

بیشتر باشد تعیین می‌گردد. در صورت عدم پرداخت کامل هزینه مذکور ظرف مهلتی که معترض از حق اعتراض برخوردار است، موجب رد اعتراض وی از طرف هیئت تجدیدنظر شورا می‌شود.»

تبصره ۹: «کلیه وجوهی که در اجرای این ماده و تبصره‌های فوق دریافت می‌گردد به حساب خزانه‌داری کل نزد بانک مرکزی که حسابی به همین منظور افتتاح خواهد کرد واریز می‌گردد و ۱۰٪ معادل آن در پایان هر سال در بودجه سال بعد شورای رقابت منظور می‌گردد تا در جهت اجرای بهینه‌ی وظایف شورای رقابت، استخدام نیروهای انسانی اداری و متخصص و تدارک تجهیزات مورد نیاز شورا و هیئت تجدیدنظر و اجرای آیین‌نامه تشویق اعضای شورای رقابت و کارکنان مرکز ملی رقابت هزینه گردد.»

تبصره ۱۰: «در صورت احراز ارتکاب رویه‌های ضدرقابتی موضوع مواد ۴۴ تا ۴۸ این قانون با تصمیم قطعی شورای رقابت یا هیئت تجدیدنظر شاکی می‌تواند وفق ماده ۶۶ کلیه هزینه‌هایی که مطابق این ماده و تبصره‌های آن پرداخت کرده است به‌علاوه سایر هزینه‌های خود را از قبیل حق‌الزحمه کارشناسی و وکیل دادگستری (مطابق تعرفه) از مرتکب یا مرتکبین به‌نحو تضامنی مطالبه کند.»

د) جهت جلوگیری از طرح شکایات واهی و ایدایی و هدر دادن وقت و منابع مالی شورا می‌توان مفاد زیر را به‌عنوان یک تبصره به ماده ۷۴ قانون اضافه کرد:

تبصره: «در موارد مذکور، شاکی مکلف است سه برابر هزینه رسیدگی موضوع ماده ۶۲ این قانون را نیز به شورا پرداخت کند. این تصمیم وفق ماده ۷۰ این قانون اجرا خواهد شد.»

ه) نهایتاً پیشنهاد می‌شود ماده ۸۲ قانون به شرح ذیل اصلاح و تبصره زیر نیز به آن اضافه شود:

«در ماده ۸۲، عبارت «دادگاه‌های کیفری دو» جایگزین «دادگاه‌های عمومی» می‌شود.»

تبصره: «رسیدگی به جرایم و اختلافات موضوع این ماده و مواد ۶۰ (تبصره ۱)، ۶۲، ۶۶، ۶۷ و ۷۰ این قانون حسب مورد، در صلاحیت شعبه یا شعب ویژه‌ای در دادسرا و دادگاه‌های حقوقی و کیفری دو تهران است که ظرف سه ماه توسط رئیس قوه قضائیه تعیین می‌گردند.»

### نتیجه

از مجموع مطالبی که در این پژوهش مورد مطالعه قرار گرفت نتایج ذیل قابل استنباط است:

الف) در برخی از کشورهایی که مقرراتی به‌منظور حمایت از رقابت در بازارهای داخلی خود وضع کرده‌اند به‌ویژه آن‌ها که دارای حقوق رقابت قدیمی‌تری از کشور ما بوده و از تجربه بیشتری در این مقوله بهره‌مند هستند عمدتاً با هدف تأمین بخشی از بودجه هنگفت مورد نیاز مقامات رقابتی

خود تعرفه‌ها یا هزینه‌هایی را معین و دریافت‌کنندگان خدمات این نهادها را پیش از رسیدگی به درخواست خود مکلف به پرداخت تعرفه‌های مزبور کرده‌اند. علاوه بر این، انصاف نیز این‌گونه داوری می‌کند آن‌ها که بیشترین منفعت و سودی مستقیم از ارائه یک خدمت دولتی می‌برند باید سهم بیشتری در پرداخت هزینه‌های ارائه آن خدمت داشته باشند و انگهی تعیین این تعرفه‌ها به مقامات رقابتی در انجام بهینه وظایف خود و به‌کارگیری نیروهای انسانی شایسته، متخصص و کارآمد کمک شایانی می‌کند و از آن‌ها در برابر شکایات واهی و ایدایی حمایت می‌کند. همچنین، الزام شکات به پرداخت این هزینه‌ها هم در کشف بیشتر موارد تخلف و ارتکاب رویه‌های ضدرقابتی کمک بیشتری می‌کند و هم موجب بازدارندگی بیشتر می‌شود. البته، باید توجه داشت نباید رقم این تعرفه‌ها به اندازه‌ای زیاد در نظر گرفته شود که عملاً موجب انصراف اشخاص از طرح شکایات و ارائه اطلاعات خود شود.

ب) آنچه که از مطالعه تطبیقی صورت‌گرفته برمی‌آید این است که کشورهای مورد مطالعه در بسیاری از موارد اخذ این تعرفه را محدود به مواردی دانسته‌اند که شرکت‌ها یا بنگاه‌ها قصد انجام ادغام یا تملک سهام یا دارایی میان خود را دارند. در این موارد، اولاً با رعایت حدنصاب‌هایی اطلاع‌رسانی به مقامات رقابتی از سوی شرکت‌های طرف ادغام یا تملک الزامی است و عدم رعایت این تکلیف با جریمه یا دیگر ضمانت‌اجراه‌های کیفری بعضاً سنگینی مواجه است. ضمن آنکه تا پیش از بررسی این اقدام توسط مقام رقابتی و اعلام عدم مغایرت آن با موازین رقابتی اجرا و تکمیل ادغام یا تملک موردنظر ممنوع و معلق است. ثانیاً جهت انجام این خدمت تعرفه‌هایی در نظر گرفته شده است که بنگاه‌های ذی‌نفع پیش از رسیدگی به درخواست خود موظف به پرداخت آن به مقام رقابتی هستند. با توجه به هزینه‌بر بودن فرایند بررسی، گاه تعرفه‌های مذکور بالغ بر وجوه قابل توجهی است که نمونه‌هایی از آن مورد مطالعه قرار گرفت. حسب گزارشی که از طرف یک نهاد بین‌المللی در سال ۲۰۰۵ تهیه شده است، ۳۱ کشور از ۷۳ کشوری که اطلاع‌رسانی در مورد ادغام یا تملک در میان شرکت‌های خود را الزامی دانسته‌اند، پرداخت تعرفه‌ای به مقام رقابتی جهت تعیین تکلیف این اقدام را نیز مقرر کرده‌اند.

ج) در کشور ما که عمر قوانین رقابت (مندرج در فصل نهم قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل چهل و چهارم قانون اساسی) تنها ۱۲ سال است هیچ‌کدام از استلزامات فوق رعایت نشده است. اول اینکه تمام بودجه مقرر برای شورای رقابت برعهده دولت و در حقیقت، بر دوش عموم مردم و مالیات‌دهندگان است و ذی‌نفعان مستقیم که گاه منافع هنگفتی از محل اجرای مقررات رقابت عاید آن‌ها می‌شود چیزی بیش از این نمی‌پردازند. در واقع، همان منطق روشن اقتصادی که

در ورای قانون هدفمند کردن یارانه‌ها قرار داشت و موجب تصویب این قانون شد در اینجا نیز وجود دارد لذا به لحاظ دلایل و مزایایی که در این پژوهش مورد اشاره قرار گرفتند این تقصیه باید از طرف قانون‌گذار مرتفع گردد. دوم اینکه برخلاف بسیاری از نظام‌های پیشرفته و صاحب سابقه در حقوق رقابت در قانون پیش‌گفت تکلیفی برای بنگاه‌ها یا شرکت‌ها برای اعلام ادغام‌ها یا تملک‌های میان خود به شورای رقابت پیش‌بینی نشده است و ماده ۴۹ قانون اصل ۴۴، رویکرد اختیاری به اعلام ادغام‌ها دارد. به نظر می‌رسد نگاه دستورالعمل اجرایی مواد ۴۷، ۴۸ و ۴۹ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ (مصوب ۱۳۹۷) چنین نگاهی باشد. در حالی که اشاره شد در کشورهای مذکور برای نظارت بهتر بر ساختار بازار و جلوگیری از کاهش شدید رقابت شرکت‌ها و بنگاه‌ها با رعایت حدنصاب‌هایی که توسط قانون یا مقام رقابتی تعیین می‌شود ملزم به اطلاع مراتب و علاوه بر آن، پرداخت تعرفه مصوب هستند.

## منابع

### فارسی

- الماسی، نجادعلی و بهنام حبیبی درگاه (۱۳۹۱)، «درآمدی بر کیفیت دادرسی در فرایند دادرسی کامل»، فصلنامه دیدگاه‌های قضایی، دوره ۱۷، شماره ۵۸.
- حبیبی درگاه، بهنام (۱۳۹۹)، «مفهوم اصل دسترسی ارزان به دادگستری و جلوه‌های آن»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۴، شماره ۱۰۹.
- حسینی پویا، سیدمحمسن (۱۳۹۰)، «بایسته‌های تفسیر مقررات مرتبط با هزینه دادرسی»، فصلنامه وکیل مدافع، شماره ۲.
- حسینی، مینا (۱۳۹۶)، حقوق رقابت در آینه‌ی ساختار و تصمیمات شورای رقابت، چاپ اول، تهران: نشر مجد.
- حقیقت‌جو، مهدی (۱۳۹۸)، حقوق رقابت و توسعه خارجی شرکت‌های تجاری، چاپ دوم، تهران: نشر میزان.
- خشنودی رضا و مینا حسینی (۱۳۹۷)، «دادرسی منصفانه در رسیدگی به رویه‌های ضد رقابتی در پرتو مقررات خارجی»، پژوهش‌های حقوق تطبیقی، دوره ۲۲، شماره ۲.
- خشنودی، رضا و مینا حسینی (۱۳۹۵)، «ماهیت حقوقی شورای رقابت و تجدیدنظر از آرای آن»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۱۹، شماره ۸۰۸.
- زارعی، محمدحسین، علیرضا شکوهیان و حامد ادریسیان (۱۳۹۹)، «شورای رقابت و کسب‌وکارهای اینترنتی؛ تحلیل تصمیم جلسه ۳۰۶ شورای رقابت درخصوص بررسی ادعای قیمت‌گذاری تهاجمی سامانه‌های درخواست اینترنتی خودرو»، فصلنامه پژوهشنامه بازرگانی، شماره ۹۵.
- صادقی‌مقدم، محمدحسن و بهنام غفاری فارسانی (۱۳۹۰)، «روح حقوق رقابت (مطالعه تطبیقی در اهداف حقوق رقابت)»، مجله حقوقی دادگستری، سال هفتاد و پنجم، شماره ۷۳.
- غفاری فارسانی، بهنام (۱۳۹۷)، حقوق رقابت و ضمانت‌اجراهای مدنی آن، چاپ دوم، تهران: نشر میزان.
- مشروح مذاکرات مجلس شورای اسلامی (۱۳۸۹)، دوره هشتم، اجلاسیه سوم، جلسه دویست و هفتاد و پنجم.
- محمدحسین‌زاده، عبدالرضا، حجت عزیزاللهی و محمدرضا رضوان‌طلب (۱۳۹۷)، «حقوق رسمی قضات دادگستری و قاعده حرمت اخذ اجرت بر واجبات»، فصلنامه پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی، سال پانزدهم، شماره پنجاه و چهارم.

### عربی

- علامه حلی (۱۴۱۳ق)، قواعد الاحکام فی معرفه الحلال و الحرام، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه.
- طوسی، ابوجعفر، محمدبن‌حسن (۱۳۸۷ق)، المبسوط فی فقه الامامیه، جلد ۲، سیدمحمدتقی کشفی (حاشیه نویسنده)، محمد باقر بهبودی (محقق)، تهران: المکتبه المرتضویه لاحیاء الآثار الجعفریه.

- مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۷ق)، دایرةالمعارف فقه مقارن، چاپ اول، قم: مدرسه الامام علی ابن ابی طالب علیه السلام.

### انگلیسی

- ABA Section of Antitrust Law (2012), **Controlling Costs of Antitrust Enforcement and Litigation**. USA: American Bar Association.
- Bork, Robert H. (1966): "Legislative intent and the policy of the Sherman Act," **Journal of Law and Economics**, 7-48.
- Blair, R. D., & Sokol, D. D. (Eds.). (2015). **The Oxford handbook of international antitrust economics** (Vol. 2). Oxford University Press, USA.
- Duns, John, Arlen Duke, and Brendan Sweeney, eds (2015). **Comparative competition law**, UK: Edward Elgar Publishing.
- Ferro, M. S. (2019). **Market definition method in EU competition law: general issues**. Edward Elgar Publishing.
- Goldman, Calvin S., and J. D. Bodrug, eds (2013), **Competition law of Canada**, USA: Juris Publishing, Inc.
- Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvement Act of 1976 (USA).
- Hosseini, Mina (2015), "An introduction to Iranian competition law and policy", **Competition Policy International Antitrust Chronicle**: 1-15.
- International Competition Network (April 2005). **Merger Notification Filing Fees; A Report of the International Competition Network**, International Competition Network publication.
- Kim, Oliver, and Mark Walker. (1984), "The free-rider problem: Experimental evidence." **Public choice** 43, no. 1 3-24.
- Knable Gotts, Ilene (2018), **Merger Control Review**, Law Business Research Ltd Law Ninth Ed., chapter 42 (Turkey).
- Motta, Massimo (2004), **Competition policy: theory and practice**, UK: Cambridge University Press.
- Patel, Kiran Klausand Heike Schweitzer, eds. (2013), **The historical foundations of EU competition law.**, UK: Oxford University Press.
- Fernández-Ordoñez, M.A. and Ocana, C. (2002), **A fiscal approach to liberalization policy**. In *Fiscal Policy and Economic Reforms* (pp. 68-82), UK: Routledge.
- **The Act on Prohibition of Private Monopolization and Maintenance of Fair Trade** (Act No. 54 of April 14, 1947) (Japan).
- **The Competition Act**, 89 of 1998 (South Africa).
- **The Competition and Consumer Protection Act 2014** (Ireland).
- **The Danish Competition Act** (Consolidated Competition Act No. 155 of 1 March 2018) (Denmark).
- **The Federal Act on Cartels and Other Restrictions of Competition** (Switzerland)
- **The Sherman Antitrust Act of 1890** (USA).
- Thorelli, Hans Birger (1955), **The Federal antitrust policy: origination of an American tradition.**, US: Johns Hopkins Press.

**سایت‌های اینترنتی**

- <http://www.compcom.co.za/notification-fees/> (Last visited: 2020-05-25)
- <http://www.competitionbureau.gc.ca/> (Last visited: 2020-05-25)
- [http://www.jftc.go.jp/en/about\\_jftc/statistics.html](http://www.jftc.go.jp/en/about_jftc/statistics.html) (Last visited: 2020-05-25)
- <http://www.justice.gov/atr/appropriation-figures-antitrust-division> (last visited: 2020-05-25)
- [http://www.legislation.gov.hk/blis\\_pdf.nsf/CurAllEngDoc/25\)633BF9BCB94F218C48257E8500126FF1/\\$FILE/CAP\\_619G\\_e\\_b5.pdf](http://www.legislation.gov.hk/blis_pdf.nsf/CurAllEngDoc/25)633BF9BCB94F218C48257E8500126FF1/$FILE/CAP_619G_e_b5.pdf). (Last visited: 2020-05-25)
- <http://www.morogluarseven.com/news/overview-mergers-acquisitions-turkey-2015> (Last visited: 2020-05-25)
- <https://gettingthedealthrough.com/area/20/jurisdiction/14/merger-control-ireland> (Last visited: 2020-05-25)
- <https://gettingthedealthrough.com/area/20/jurisdiction/29/merger-control-switzerland/> (Last visited: 2020-05-25)
- <https://www.canada.ca/en/competition-bureau/news/2018/04/new-filing-fee-for-competition-bureau-merger-reviews-coming-into-effect.html> (last visited: 2020-05-25)
- [https://www.compcomm.hk/en/legislation\\_guidance/guidance/other/files/CC\\_Fees\\_Making\\_Application\\_Eng.pdf](https://www.compcomm.hk/en/legislation_guidance/guidance/other/files/CC_Fees_Making_Application_Eng.pdf); (last visited: 2020-05-25)
- <https://www.en.kfst.dk/competition/merger-control/> (Last visited: 2020-05-25)
- [https://www.ftc.gov/enforcement/premerger-notification-program/Filing Fee Information](https://www.ftc.gov/enforcement/premerger-notification-program/Filing_Fee_Information) (Last visited: 2020-05-25)
- <https://www.ftc.gov/news-events/media-resources/mergers-and-competition/merger-review> (Last visited: 2020-05-25)





## اصل منع استناد به عمل خلاف قانون خود در ادعا و دفاع

حسن محسنی\*، حسین داودی\*\*

### چکیده

اطراف دعوا گاه عمل خلاف خود را مستند قرار داده و از دادگاهها انتظار صدور رأی به نفع خویش دارند. در فرض پذیرش چنین دعاوی یا دفاعیاتی عدالت محقق نشده و باید دنبال چاره‌ای برای حل این معضل حقوقی بود. در این رابطه اصل رومی «ممنوعیت انتفاع از عمل خلاف قانون خود» در نظام‌های حقوقی و رویه دادرسی آنها مورد استناد قرار می‌گیرد که مهم‌ترین مسئله در مورد آن اصل، مفهوم و دامنه کاربرد و کارکرد آن است؛ بنابراین مفهوم و گستره این اصل در برخی نظام‌های حقوقی و مخصوصاً نظام حقوقی کامن‌لا مورد تتبع قرار گرفت و برخی از مصادیق آن کنکاش شد. در این مقاله به شیوه تحلیلی و توصیفی مشخص گردید در اکثر نظام‌های حقوقی این اصل، یک اصل حقوقی مسلم تلقی می‌شود. این اصل در حقوق خارجه در سه بخش قراردادهای، مسئولیت مدنی و تراست مورد استناد قرار می‌گیرد. مفهوم و قواعد اعمال این اصل در حقوق خارجی چندان روشن نیست؛ اما برای اعمال آن مبانی و سیاست‌های حقوقی و روش‌هایی پیشنهاد شده است و مصادیقی چون معامله نامشروع، استرداد رشوه، محرومیت از ارث به جهت قتل مورث و مسئولیت مدیران متخلف در قبال شرکت دارد که بعضاً مورد انتقاد قرار گرفته و از آن عدول شده است. این اصل، مبنایی اخلاقی دارد و اقتضای عدالت تلقی می‌شود، با این حال در رویه عملی برای احتراز از اعمال مکانیکی آن، اعمال آن به تشخیص قاضی بوده و این کار با موازنه اهمیت تخلف و میزان ضرر و با لحاظ قواعدی چون ممنوعیت دارا شدن بلاجهت صورت می‌گیرد. فقه اسلامی و حقوق ایران نیز به مانند هر نظام حقوقی کاملی آن را در درون خود دارد. این اصل می‌تواند در رسیدگی به

\* دانشیار گروه حقوق خصوصی و اسلامی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران

hmohseny@ut.ac.ir

\*\* استادیار گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه خوارزمی، تهران، ایران (نویسنده)

hoseindavoodi@khu.ac.ir

(مسئول)

دعاوی نیز مورد توجه قرار گرفته و چون قاعده‌ای شکلی مانع از استناد طرفین به تخلفات خود شده و استماع دعاوی یا دفاعیاتی که مستند آن تخلفات شخص خواهان یا خواننده است را ممنوع سازد. واژگان کلیدی: اصل حقوقی، استناد به عمل خلاف خود، قاعده دست‌های پاک، میوه درخت سمی، دفاع غیرقانونی

### مقدمه

یکی از لوازم تحقق عدالت این است که اشخاص نتوانند با استناد به افعال غیرقانونی و نامشروع خود در دعاوی منتفع شده و یا از بار تعهدات خود شانه خالی کنند، اما این یک حکم کلی بوده و فهم آن ساده و عاری از دشواری است؛ لذا باید در احراز شرایط آن و در جزئیات و در مقام بیان مصادیق و در عمل قلمرو و شرایط اعمال و آثار آن مورد بررسی قرار گیرد. در این راستا سؤالاتی قابل طرح است از جمله اینکه مفهوم و گستره این اصل چیست؟ مصادیق اصل مذکور در حقوق خارجی و حقوق ایران کدام‌اند؟ فضات در مواجهه با چنین دفاعیاتی که در حقوق خارجی به دفاع خلاف قانون<sup>۱</sup> معروف شده است چه رویه‌ای دارند؟ آیا این اصل کارکردی آیینیک<sup>۲</sup> دارد یا تأثیری ماهیتی در دعوا دارد؟

در خصوص مفهوم و گستره این اصل رویه‌های متفاوتی دیده می‌شود و برخی از مفاهیم آن چالش برانگیز است. این قاعده علاوه بر حقوق داخلی در حقوق بین‌الملل نیز به‌عنوان یک اصل کلی حقوق مورد استناد قرار می‌گیرد. در حقوق ما مصادیق فراوانی از امکان اعمال این قاعده را می‌توان ذکر کرد؛ به‌عنوان مثال اشخاص به‌رغم اطلاع از وجود شرایط خاص برای معامله در موارد خاصی مانند انتقال سهام شرکت‌ها با تخلف از مقررات موجود اقدام به انتقال سهام خود نموده و سپس مدعی بطلان معامله به استناد تخلفات مذکور می‌شوند. در نظام‌های حقوقی اجازه نمی‌دهند که افراد به تخلف خود استناد کنند و از تعهدات قراردادی خود سر باز زنند (شیروی، ۱۳۹۱: ۸۹). این اصل گاه کارکردی آیینیک و گاه تأثیری ماهوی در دعوا دارد؛ به نظر می‌رسد قاضی ایرانی نیز در این موارد باید دعاوی یا دفاعیات خلاف قانون یا مستند به تخلف شخص را

1. (Illegality defence), the illegality defence in tort, p14, A Consultation Paper, London: The Stationery Office, Consultation Paper No 160, 2001, available on the Internet at: [http://www.lawcom.gov.uk\(7/31/2014\)](http://www.lawcom.gov.uk(7/31/2014))

۲. آیینیک اخیراً در برابر Procedural به کار برده شده است، چرا که در پارسی «ایک» همچون نزدیک و تاریک صفت‌ساز است و آیینیک یعنی منسوب به آیین دادرسی (برای نمونه بنگرید به: تروفو میکله، ۱۳۹۸: ۲۶؛ کاپلتی و جی گارث، ۱/۱۳۹۸).

البته با لحاظ نوع و میزان تخلف و موازنه آن با خسارات محرومیت از استناد به آن و با در نظر داشتن دارا شدن بلاجهت، اعمال نماید. در این مقاله مفهوم قاعده، شرایط و قلمرو اعمال و آثار قاعده در دعاوی و برخی از مصادیق قاعده مورد بحث قرار می‌گیرد.

### ۱. مفهوم و ابهامات اصل منع استناد به عمل خلاف قانون خود

این اصل با اصطلاحات حقوقی متعددی در نظام‌های حقوقی مورد استناد قرار می‌گیرد و معنای وسیعی نیز دارد که در حقوق ماهوی و آیینیک قابل استناد و اعمال است، به این معنی که در برخی از موارد به‌عنوان یک قاعده‌ای دادگاه را از استماع دعوی منع می‌کند و همچنین ممکن است مانع از صدور حکم به نفع خواهان یا خواننده شود. این قاعده با اصطلاحاتی بیان شده است که معروف‌ترین آن‌ها اصطلاح؛ «سبب دعوا از امری نامشروع حاصل نمی‌شود»<sup>۱</sup> است. معادل فارسی این اصل نیز با عباراتی مشابه بیان می‌شوند، دست‌های ناپاک، میوه درخت سمی، هیچ‌کس نمی‌تواند از شرارت خود نفع ببرد.

در معنای این قاعده آمده است: «هیچ دعوی نمی‌تواند به استناد سببی بدنام (نامشروعی)<sup>۲</sup> اقامه شود» (Martin, 2003: 195)، در جای دیگری نیز در معنایی مشابه آمده است: «با سبب غیراخلاقی و نامشروع نمی‌تواند دعوی قانونی اقامه شود» (Black, 1910: 454)<sup>۳</sup>. همچنین اصطلاحات حقوقی دیگری نیز در بردارنده همین معنا هستند و یاری دادگاه را نسبت به عمل خلاف اخلاق یا قانون منع می‌کنند و اشخاص را از اینکه به عمل خلاف خود استناد کنند باز می‌دارند. سایر اصطلاحات بیانگر این اصل عبارت‌اند از:

۱. دعوی قانونی بر اساس سبب غیراخلاقی یا خلاف قانون نمی‌تواند اقامه شود.<sup>۴</sup>

۲. «هیچ‌کس نمی‌تواند از شرارت خود استفاده کند».<sup>۵</sup>

۳. قانون به شخصی که خارج از قانون خطر می‌کند کمکی نمی‌کند.<sup>۶</sup>

۴. «حق نمی‌تواند از یک خطا برآید».<sup>۷</sup>

۵. خطاکار نمی‌تواند از عمل خطای خود منتفع گردد.<sup>۸</sup>

1 Ex turpi causa non oritur action

2. No action can be based on a disreputable cause

3. Out of a base [illegal, or immoral] consideration, an action does [can] not arise

4. Ex dolo malo non oritur action

5. Nemo auditur propriam turpitudinem allegans

6. Dirty dog will get no dinner from the Courts

7. Ex injuria jus non oritur "ex injuria" - "a right cannot stem from a wrong

8. Commodum ex injuriis sua nemo habere debet

۶. مال تحصیل شده در نتیجه جرم فاسد و ناپاک است.<sup>۱</sup>

۷. نامشروع بودن دفاع<sup>۲</sup> (worster, 2013: 5).

بنابراین اصطلاح مذکور بیانگر یک نظریه حقوقی است که می‌گوید شخص نمی‌تواند بر اساس سببی طرح دعوی نماید که سبب مذکور ناشی از عمل غیرقانونی خود اوست ( Lord Sumption, 2012: 2). با این مفهوم این اصل کارکردی آیینیک می‌یابد.

در نظام حقوقی انگلستان ضمن وجود این اصل به جهت ابهام در آن انتقاداتی وارد شده است و در این انتقادات آمده است: «... علی‌رغم اینکه این قاعده از نظر دربردارندگی بیشترین مفهوم در کمترین لغت مفید است، اما به‌مانند بسیاری از گزاره‌های صریح قانون به‌جای ارائه پاسخ‌های روشن، سؤالات زیادی ایجاد می‌نماید. مثلاً معنای پستی<sup>۳</sup> روشن نیست. معلوم نیست چه نوع ارتباطی با آن و با چه نتایجی مانع تنفیذ یک تعهد قانونی خواهد شد. پاسخ‌های این سؤالات باید در دو قرن سابقه قضایی انگلیس یافت شود که کمیسیون قانونی یک دهه پیش آن را پیچیده، غیرمسلم و ناعادلانه توصیف نموده و اخیراً پیشنهاد شده است کم‌وبیش دست‌نخورده باقی بماند...» (Lord Sumption, 2012: 6).

فلاکس جی در دعوی سیف وی در برابر توئیگر<sup>۴</sup> در بیان مفهوم «پستی» اظهار داشته است که پست عبارت از آن چیزی است که اخلاقاً سزاوار سرزنش باشد. همین پاسخ نیز به‌نوبه خود سؤالات دیگری مطرح ساخته است؛ از جمله اینکه آیا عملی که عرفاً غیراخلاقی تلقی می‌شود ولی خلاف قانون نیست تحت شمول این اصل قرار می‌گیرد؟ چه نوع شبه جرمی در این دسته می‌گنجد؟ بی‌احتیاطی از چه نقطه‌ای در امر کیفری اخلاقاً قابل سرزنش می‌شود؟ ( Lord Sumption, 2012: 6). قانون در بسیاری از موارد مبنای اخلاقی روشن و یکسانی ندارد و چه بسا قانون‌گذار مبانی متفاوتی در قواعد متنوع مدنظر داشته باشد. قانون اخلاق را در قلمروهای مختلف حقوق چون حقوق اموال، حقوق قراردادهای، حقوق خانواده و حقوق کیفری یکسان نمی‌پندارد، گاه قانون‌گذار مفری برای شخص قرار می‌دهد که اخلاقاً چندان موجه نیست! به نظر برخی، این انتقاد وارد است که قانون اساس قانع‌کننده‌ای برای تمایز بین درجات پستی و مجرمیت ارائه ننموده است (Lord Sumption, 2012: 2,3).

1. Crimen omnia ex se nata vitiate
2. Illegality defence
3. Turpitude
4. Safeway v. Twigg

این قاعده دارای دو مفهوم مضیق و موسع است. در مفهوم موسع شخص نمی‌تواند خساراتی که در نتیجه عمل مجرمانه خود متحمل شده است را مطالبه نماید. در مفهوم مضیق شخص نمی‌تواند خسارات ناشی از عدم جواز یعنی جریمه یا مجازات قانونی دیگری که به جهت فعل غیرقانونی خود شخص بر او بار شده است را مطالبه کند (Morfeý and Patton, 2011: 58).

سؤال قابل طرح این است که شدت عمل خلاف قانون یا اخلاق باید به چه اندازه‌ای باشد تا موجبات این دفاع را فراهم سازد؟ در دعوی سیف وی به طرفیت توینگر، فلاکس جی اظهار داشت عمل ضدرقابت در نقض فصل ۱ عنصر لازم «پستی و قابلیت سرزنش اخلاقی»<sup>۱</sup> را در خود داشته و به اندازه کافی برای استناد به اصل عدم امکان استناد به تخلف خود صراحت دارد. در این مورد سه دلیل بیان شده است.

اول اینکه محرز است توافق در نقض فصل ۱ ممنوعیت موضوع ماده ۱۰۱ پیمان عملکرد اتحادیه اروپا<sup>۲</sup> (ممنوعیت هرگونه توافق تجاری برای محدودیت یا از بین بردن رقابت در اتحادیه اروپا) توافقی غیرقانونی بوده و طرف قرارداد نمی‌توانسته جبران خسارات ناشی از مشارکت در قرارداد غیرقانونی را بخواهد.

دوم: هرچند رسیدگی اداره آزادی تجارت<sup>۳</sup>، درخصوص نقض رقابت، ماهیت کیفری ندارد، اما دلیل این امر مباحث حقوقی سیاسی مربوط به حاکمیت دولت‌ها است که اتحادیه در این موارد به جهت احترام به حاکمیت دولت‌ها امکان وضع قاعده کیفری ندارد.

سوم جریمه‌ای که اداره آزادی تجارت می‌تواند اعمال نماید، بسیاری از ویژگی‌های جریمه‌های اعمال شده از طرف مراجع کیفری از جمله هدف بازدارندگی را دارد (Morfeý and Patton, 2011: 59).

در حقوق ما نیز برخی قواعد کلی همچون قاعده حرمت اعانه بر ظلم وجود دارد که قابل قیاس با این اصل است. بر اساس قاعده مذکور، معاونت در گناه و ظلم حرام است. فقها درخصوص حرمت فروش انگور به کسی که از آن شراب درست می‌کند، گاه به این قاعده استناد نموده‌اند و برخی از فقها این قاعده را اصل کلی اسلامی دانسته‌اند که سراسر مسائل اجتماعی، حقوقی و اخلاقی و سیاسی را در بر می‌گیرد (بجنوردی، ۱۳۸۳: ۲۳۴). دادگستری به‌عنوان مرجعی برای ارائه خدماتی اجتماعی و حاکمیتی در صورتی که توجهی به نتیجه رسیدگی‌ها نکند ممکن است در

1. 'Moral Reprehensibility or Turpitude'

2. Chapter I prohibition or Art 101 TFEU (Treaty on the Functioning of the EU)

3. Office of Fair Trading (OFT)

دام اعانه بر ظلم بیفتد؛ بنابراین در دعاوی که شخصی به تخلف خود استناد می‌نماید، پذیرفتن آن مصداق اعانه بر ظلم و عدوان است.

در دادرسی از تکلیفی برای طرفین دعوا سخن به میان رفته است که آن‌ها را مکلف به رعایت اصل صداقت<sup>۱</sup> در اثبات موضوعات می‌نماید (محسنی، ۱۳۹۳: ۱۸۰). به موجب این تکلیف طرفین باید در رفتارهای خود در تمام مقاطع و مراحل دادرسی و به‌ویژه در اثبات موضوعات صداقت را رعایت نموده و دادرس نیز علاوه بر اینکه حافظ و پاسدار این تعهد است، باید آن را در دستورهایی که صادر می‌نماید مراعی بدارد. همچنین دادرس مکلف است اخلاقی‌ترین تفسیر را برای رعایت عدل در قضاوت برگزیند و فلاسفه حقوقی پذیرفته‌اند که قاضی می‌تواند در موارد اجمال و سکوت قانون به معیارهای اخلاقی متوسل شود. یکی از مصادیق اعمال اصل رعایت قانون و اخلاق در تحصیل دلیل است (محسنی و رضایی‌نژاد، ۱۳۹۰: ۷۱).

انصاف و عدالت قضایی هم در سال‌های اخیر مستمسکی برای نادیده گرفتن وجه التزام گزاف قراردادی شده است، حتی چنین شروطی را نامشروع قلمداد نموده‌اند؛ زیرا شرط مذکور، شرطی غیراخلاقی تلقی شده است و بدین طریق پای اخلاق به دادرسی و احقاق باز شده است (محقق داماد و اسفندیاری‌فر، ۱۳۹۸: ۳۸).

قاعده دیگر در فقه و حقوق ایران قاعده «عرق ظالم» است. این قاعده مستند به روایات منسوب به پیامبر اکرم (ص) و امام صادق (ع) است بر این مضمون که «لیس لعرق الظالم حق»<sup>۲</sup> (ریشه ظالم حقی ندارد) بخشی از این قاعده متضمن این معنی است که اگر شخصی بنا یا زرعی بدون حق در زمین دیگری انجام دهد و خسارتی به اموال او وارد شود، حقی برای او از این بابت ایجاد نمی‌شود. ظاهراً این قاعده از سوی علمای سنی و شیعه نقل شده است (تولایی، ۱۳۹۲: ۱۰۰)، این قاعده نیز نشانگر بی‌اعتباری عمل متخلف و عدم ایجاد حق برای متخلف است.

## ۲. شرایط اعمال اصل منع استناد به عمل خلاف قانون خود

همان‌گونه که بیان شد، مفهوم این اصل بسیار مبهم است و حتی در برخی از نظام‌های حقوقی از نتایج بارشده بر آن انتقاد شده است، در نتیجه شرایط و قلمرو آن نیز مبهم است. بیشتر از اینکه در نظام‌های حقوقی به شرایط این اصل پرداخته شود، به مصادیق آن پرداخته شده و به تعریف اصطلاحی آن اکتفا شده است؛ در بعضی موارد سعی شده است موارد اعمال اصل به‌صورت

1. Le Principe de Loyaute

۲. شیخ طوسی، ۶/۱۴۰۷: ۲۹۴، همچنین ذکر شده در علامه حلی، ۱۸/۱۴۳۱: ۴۱۶ و فقه‌الصادق، بی‌تا/۱۹: ۴۲۵.

قاعده مندی بیان شود. کمیسیون حقوقی انگلیس<sup>۱</sup> این اصل را طی دهه گذشته (۲۰۱۰-۲۰۰۰) دو بار بررسی کرده و متوجه شده است که این اصل از نظر دامنه و کاربرد نامشخص است و در مقالات مشاوره‌ای<sup>۲</sup> که ظاهراً در پی دو تصمیم مجلس اعیان در دعوی گری علیه تامس تراینس<sup>۳</sup> و دعوی مور استفنس به طرفیت شرکت با مسئولیت محدود استون رولز<sup>۴</sup> برای راهنمایی دادگاه‌ها صادر کرده است، معیارها و شروط ذیل را برای اعمال آن ارائه نموده است:

- خواهان دعوی خود را بر سبب نامشروع اقامه نموده باشد.<sup>۵</sup>
- خواهان دعوی خود را بر مبنای سبب نامشروع اقامه ننموده باشد، اما سبب نامشروع با سبب دعوی ارتباط نزدیک داشته باشد.<sup>۶</sup>
- مجرم نباید از جرم خود منتفع گردد.<sup>۷</sup>
- در تقسیم مسئولیت در برخی موارد امکان اعمال این اصل وجود دارد.<sup>۸</sup>
- توجه به اینکه آیا در اوضاع و احوال موجود وجدان عمومی اجازه جبران می‌دهد اهمیت دارد.<sup>۹</sup>
- توجه به سیاست‌های قانون‌گذاری لازم است<sup>۱۰</sup> (Law Commission No 160, 2001; Law Commission, No 189, 2009).

در برخی از اسناد حقوقی سعی شده اعمال این قاعده روشمند و هدف‌مند شود و بر اساس اقتضای سیاست‌های خاصی که مدنظر قانون است، اعمال گردد. گزارش ۲۰۱۰ کمیسیون حقوقی انگلیس ممنوعیت استناد به عمل خلاف را مربوط به زمانی می‌داند که: «خواننده در یک دعوی مربوط به حقوق خصوصی ادعا نماید خواهان نمی‌تواند مستحق حقوق یا خسارات معمول گردد؛ به این دلیل که او عمل غیرقانونی مرتبط با ادعایش را مرتکب شده است». یکی از پیشنهاد‌های کلیدی در گزارش ۲۰۰۹ این است که استناد به نامشروع بودن دفاع باید در مواردی که سیاست‌های توجیه‌کننده مقررات آن را مجاز می‌سازد، اجازه داده شود. از جمله این سیاست‌های حقوقی: توسعه هدف قاعده‌ای که رفتار خلاف قانون آن را نقض نموده است، ثبات و هماهنگی بین قواعد، اینکه

1. The Law Commission (England and Wales)
2. Consultation Paper
3. Gray v Thames Trains [2009] 3 WLR 167 Case summary
4. Moore Stephens v Stone Rolls Ltd [2009] UKHL 39 Case summary
5. The reliance test
6. Inextricably linked
7. No benefit principle
8. Proportionality test
9. The public conscience test
10. Statutory influence

خواهان نباید از عمل خطای خود منتفع شود، بازدارندگی و حفظ اقتدار نظام حقوقی است (Lim, 2010: 1). در حقوق شرکت‌ها نظر بر این داده شده است که در تأیید نامشروع بودن دفاع ملاحظات و مبانی حقوق شرکت‌ها مدنظر قرار گیرد، ملاحظاتی چون استقلال شخصیت حقوقی و اختیار شرکت، عملیات شرکت، قانون شرکت‌های مصوب ۲۰۰۶ (Lim, 2010: 5).

به نظر برخی از نویسندگان خارجی به مرور زمان این اصل به اصل صلاح‌دید (به تشخیص قاضی) تبدیل شده است و به موجب آن دادگاه می‌تواند با محاسبه عناصر چندگانه دعوی را رد نماید؛ اما مکلف به آن نیست: شدت جرم، میزان هم‌دستی بین قربانی و بزه‌کار، ماهیت ارتباط آن‌ها، شدت نقض حقوق خواهان، در زمینه استرداد میزان سهم جرم در دارا شدن، از عوامل مؤثر در اعمال این اصل است (Cohen, 2012: 806). کلمه کلیدی، تعادل منافع متعارض است. برای مثال چگونه می‌توان در مورد انتشار کتابی که جانی در مورد قتل‌ی که انجام داده نوشته به تعادل رسید. چگونه می‌توان بین دغدغه مشروعیت، منافع قربانی، آزادی بیان و نفع جامعه در اصلاح مجرمان هماهنگی برقرار کرد؟ (Cohen, 2012: 806). اعمال این اصل به حقوق خصوصی محدود نمی‌شود. این اصل در مورد قابلیت پذیرش ادله‌ای که به‌طور غیرقانونی توسط پلیس به‌دست آمده است نیز مطرح می‌شود (Cohen, 2012: 806).

در حقوق ما و فقه اسلامی گاه به قاعده اقدام استناد می‌شود و دادگاه‌ها و برخی قواعد دامنه و کارکرد آن را مشخص نموده‌اند. از نظر فقها اقدام قاعده‌ای است که طبق آن اگر کسی در مال خود اقدامی کند که به ضررش باشد، کس دیگری نسبت به این اقدام و به نفع او هیچ مسئولیت قهری یا مسئولیت مدنی نخواهد داشت (بجنوردی، ۱۳۸۳: ۹۲). هرچند فقها و حقوق‌دانان کشور ما از قاعده اقدام بیشتر در حقوق مسئولیت مدنی و ضمان قهری استفاده می‌کنند، اما قاعده اقدام تنها منحصر به بحث مسئولیت مدنی قراردادی و غیرقراردادی نیست و گاه اقدام شخص حقوق مقرر برای وی را ساقط می‌کند. مصادیقی که فقها برای قاعده اقدام آورده‌اند در خصوص معاملات است از جمله:

۱. عالم بودن خریدار به فضولی بودن معامله و سقوط حق او نسبت به مطالبه گرامات.
۲. اقدام خریدار با علم به معیوب بودن مبیع که مسقط ضمان بایع است.
۳. ارتداد و اسلام زوجه که موجب اسقاط حق مهر در مواردی است.
۴. سپردن مال از سوی مالک به سفیه و مجنون.



۵. ناشزه شدن زن که اقدامی بر اسقاط نفقه است.
۶. اعراض از اموال که اگر آن را دیگری تملک نماید و تلف گردد، به لحاظ اقدام مال مالکش ضامن نیست.
۷. قلع و قمع بنای غاصب در ملک مغضوب بدون پرداخت غرامتی به وی.
۹. هزینه‌هایی که غاصب در مال غصبی می‌کند فاقد احترام و عوض است.
۱۰. هزینه‌های اشخاصی چون ظالم و غاصب و سارق و مانند ایشان به مناسبت عمل ایشان و... (عبدالفتاح الحسینی، ۱۴۱۷: ۴۸۸).

صاحب عناوین در اولین عنوان ذیل قاعده اقدام، آن‌ها را از مسقطات ضمان دانسته است و معنای آن را اسقاط احترام مال از سوی مالک می‌داند. به نظر ایشان سبب ضمان، احترام مال مسلمان است و جایی که خود مالک آن را ساقط نماید، ضمان نیز ساقط می‌شود (عبدالفتاح الحسینی، ۱۴۱۷: ۴۸۸-۴۸۷). در بسیاری از موارد نیز که خواهان یا خواننده با تخلف از قواعد و مقررات اقدام به معامله‌ای می‌کند، علیه خود اقدام کرده و در واقع احترام مال خود را اسقاط می‌نماید و در نتیجه شایسته حمایت قانونی نخواهد بود. روشن است که با اسقاط ضمان به‌عنوان ضمانت‌اجرایی قانونی و حمایتی که از سوی قانون‌گذار در قواعد ماهوی پیش‌بینی شده است، اعمال شکلی آن نیز منتفی می‌شود.

### ۳. آثار اصل منع استناد به عمل خلاف قانون خود

نظام‌های حقوقی بر این اصل آثار متفاوتی بار کرده‌اند، به‌گونه‌ای که نمی‌توان در مورد اثر اصل، حکم واحدی نمود و در هر مصداقی اثر متفاوتی جاری شده است.

در حقوق انگلیس یک معامله نامشروع از سوی دادگاه الزام نمی‌شود، اما در عین حال تا جایی که طرفین نسبت به اجرای آن اقدام کرده‌اند، دادگاه بر آن، اثر بطلان اعمال نمی‌کند و اصلاً وارد بررسی آن نمی‌شود. در مقابل در برخی از نظام‌های حقوقی مثل فرانسه و ایران استرداد نتایج ناشی از معامله نامشروع پیش‌بینی شده و منافع و مالکیت ناشی از قرارداد مذکور که طرفین تا به حال به آن اثر بار نموده‌اند را باطل می‌نماید. دیدگاه دوم به دنبال اعلام قواعد آثار معامله نامشروع است که طرفین معامله را تا حد مقدور به حالت قبل از وقوع قرارداد برمی‌گرداند. دیدگاه اول ضمانت‌های قانونی را منع نموده و خسارات وارده را در همان حالت باقی می‌گذارد.

از نظر تاریخی دلیل این گرایش خاص حقوق انگلیس این است که مطالبه خواهان از دادگاه بر

اساس رفتار نامشروع خود، توهین‌آمیز تلقی می‌شده و چنین دعوایی با شأن قضات والامقام انگلیس در تناقض بوده است. در پرونده اورت در برابر ویلیامز<sup>۱</sup>، پرونده سال ۱۷۲۵ که در آن از دادگاه خواسته شده بود منافع دو شریک راهزن را تقسیم کند، نه تنها دادگاه دعوی را رد نمود، بلکه وکیل خواهان را به دلیل چنین اهانتی به دادگاه جریمه نمود. دو قرن بعد، در پرونده پارکینسون در برابر کالج هاریسون و شرکت آمبولانس<sup>۲</sup> قاضی لوش جی<sup>۳</sup> در مورد قرارداد تعهد به فراهم نمودن وسایل جرم (جاکشی) اظهار نمود: «هیچ دادگاهی نمی‌تواند چنین دعوایی را رسیدگی نماید و اجازه دهد چنین خساراتی با قواعد متداول با شایستگی حکم داده شوند». در برخی نوشته‌ها در اینکه هنوز چنین ملاحظاتی وجود داشته باشد، تردید شده است (Lord Sumption, 2012: 8).

در انتقاد از این قاعده بیان شده است: علی‌رغم این حقیقت که حاکمیت قانون امری اساسی است؛<sup>۴</sup> اما اعمال آن با انکار راه چاره، نه تنها بین طرفین ناعدالتی ایجاد می‌کند، بلکه در برخی موارد به فعل نامشروع پاداش می‌دهد. مفهوم اینکه خسارات وارده به همان حال رها می‌شود، این است که نتایج این معامله خللی نمی‌بیند. حقوق انگلیس به‌طور جدی هر گونه استرداد را در معامله نامشروع رد می‌کند و اصل مذکور مانع استرداد است، به استثنای موارد مضیقی که خواهان در نتیجه فریب، اکراه یا بی‌اطلاعی از امری که آن را نامشروع نموده، وارد معامله نامشروعی شده است (Lord Sumption, 2012: 4)؛ بنابراین دادگاه به طرفی که دعوایش بر اساس قرارداد نامشروع استوار است، کمکی ننموده و طرفین معامله را ملزم به چیزی که توافق کرده‌اند نخواهد کرد. شاید نتیجه چنین موضعی دارا شدن ناعادلانه و ورود خسارت باشد.

این نتایج حاصل لازم‌الاجرا<sup>۵</sup> ندانستن چنین قراردادهایی در حقوق انگلیس است. لازم‌الاجرا نبودن به‌مانند بی‌اعتباری<sup>۶</sup> یا بطلان<sup>۷</sup> نیست. قرارداد بی‌اعتبار کاملاً غیرقابل اجراست، در حالی که در یک قرارداد غیرالزام‌آور آنچه اجرا شده است، اجرا شده باقی می‌ماند؛ اما اجرای آنچه باقی مانده است قابل الزام (اجبار) نیست.

در سده‌های اخیر دادگاه‌های کانادا از اعمال مکانیکی قاعده الزام‌آور نبودن قرارداد، فاصله

1. Everett v. Williams
2. Parkinson v College of Ambulance and harison Ltd
3. Lush J
4. The fact that the rule of law is substantive
5. Unenforceability
6. Voidness
7. Nullity

گرفته‌اند و به رویه استرداد و جلوگیری از دارا شدن ناعادلانه یکی از طرفین به ضرر دیگری روی آورده‌اند. در سال ۲۰۰۴ قانون متحدالشکل قراردادهای باطل، به وسیله کنفرانس یکنواخت‌سازی کانادا در خصوص تناقض و تکنیکی بودن کامن‌لا در مورد قراردادهای باطل میان‌بری ایجاد کرده و به دادگاه‌ها برای رسیدن به راه‌حل منصفانه در زمانی که از روابط قراردادی مشکلاتی برمی‌آید که منجر به نقض قانون یا نظم عمومی می‌شود، قدرت صلاحیدی اعطا نمود (Skolrood, 2008).

در زمینه مطالبه خسارات نیز اثر اعمال این اصل متفاوت است، مثلاً در فرانسه دعوی مطالبه خسارت ناشی از دست دادن معشوقه به استناد نامشروع بودن رد می‌شد؛ اما این رویه بعدها در فرانسه تغییر کرده و مطالبه این نوع خسارات روابط خارج از ازدواج مسموع گردید (Ius Commune Casebooks, 1993).

در دعوی گروپ دروت در برابر رومئو که دو سارق با همکاری هم خودرویی را سرقت کرده بودند و به جهت عدم کنترل خودرو از سوی یکی از سارقین و تصادف، به سارق دیگر خسارت وارد شده بود، دادگاه نخستین حکم به جبران خسارت صادر نمود که شرکت بیمه بر این رأی اعتراض کرده و مدعی شد بر اساس قاعده دست‌های ناپاک، زیان‌دیده مستحق جبران نیست؛ اما دادگاه تجدیدنظر استدلال نمود: اولاً، تقصیر زیان‌دیده تنها سبب ورود خسارت نبوده است. ثانیاً، مسئولیت جبران خسارات بیمه در برابر تمامی رانندگان پذیرفته شده است، حتی رانندگان فاقد مجوز و حتی اگر وسیله نقلیه را سرقت نموده باشد و قاعده دست‌های ناپاک به مسئولیت مدنی ارتباطی ندارد (Skolrood, 2008). با عنایت به ابهام در مفهوم و قلمرو در ادامه برخی از مصادیق استناد به این اصل جهت روشن شدن اصل بیان می‌شود.

#### ۴. مصادیق اصل منع استناد به عمل خلاف قانون خود

مصادیق این اصل در نظام‌های حقوقی در نتیجه صدور آراء قضایی تا حدودی روشن شده است و به بررسی برخی از این مصادیق پرداخته می‌شود.

##### ۴-۱. معامله نامشروع

یکی از موارد اعمال این اصل زمانی است که موضوع قرارداد نامشروع بوده و یا سبب نامشروع با سبب دعوی ارتباط نزدیکی داشته و یا جهت قرارداد نامشروع باشد. در پرونده‌های مختلفی این موضوع مورد استناد قرار گرفته است. قرارداد می‌تواند به دلایل متعددی نامشروع باشد. قراردادی که قانون آمره‌ای را نقض نماید، قرارداد نامشروع تلقی می‌شود. در فرضی که قرارداد به جهت تقلب

نسبت به قانون کشوری نامشروع باشد، در نظام‌های حقوقی بنا به اصل نزاکت چنین قراردادی را نامشروع تلقی می‌کنند.

در پروندهٔ رگازونیک در برابر کی سی ستیا<sup>۱</sup>، قرارداد حمل الیاف کنف از هند به ژنو به این دلیل که هر دو طرف قصد فروش الیاف در آفریقای جنوبی را با اطلاع از ممنوعیت صادرات کنف از هند به آفریقای جنوبی داشتند، نامعتبر اعلام شد. بر اساس یک قاعدهٔ مرتبط و قدیمی در صورتی که تعهد بر اساس قانون محل اجرای آن نامشروع تلقی شود، مطابق قانون انگلیس نامعتبر تلقی خواهد شد. در پروندهٔ ریل برادز در برابر کمپانیا<sup>۲</sup> تعهد ناشی از قرارداد انگلیسی اجارهٔ کشتی نسبت به پرداخت اجارهٔ کشتی با الیاف کنف به میزان بیش از میزانی که قانون محل تحویل (اسپانیا) مجاز شناخته، علیه اجاره‌کننده غیرقابل اعمال دانسته شد.

در پرونده‌های مذکور به این دلیل که قرارداد یا اجرای آن نامشروع بود، خواهان نمی‌توانست تقاضای اجرا نماید، لذا به بیان دادرسی، خواهان در دعوی موفق نخواهد شد، به خاطر اینکه او دعوی خود را بر سببی بنا نموده که در حوزهٔ محل اقامهٔ دعوا، نامشروع یا خلاف اخلاق است (Mitchell and Bond, 2010: 531).

در پروندهٔ پیرسه در برابر بروکز<sup>۳</sup> در سال ۱۸۶۶، به استناد همین اصل، دعوی مطالبهٔ اجاره‌بها و خسارات مالک یک کالسکه که آن را به یک فاحشه با علم به اینکه او از کالسکه برای جلب مشتری استفاده خواهد کرد، رد شد. جریان از این قرار بود که در زمان استرداد کالسکه، کالسکه تخریب شده بود و مستأجر از پرداخت قسمتی از مال اجاره نیز امتناع می‌نمود؛ اما دادگاه استدلال کرد اجاره برای انجام عمل غیرقانونی و غیراخلاقی صورت گرفته است و دعوی او را رد کرد. برخی این اصل را به‌عنوان یک قاعدهٔ حل و فصل تلقی کرده‌اند که به‌موجب آن شخصی که در اجرای یک عمل غیرقانونی از طریق تسلیم یک مال با علم به اینکه آن مال قرار است برای هدف نامشروع مورد استفاده قرار گیرد، مشارکت نماید، نمی‌تواند قیمت آن مال را مطالبه نماید. در این صورت اصلی که در این موارد قابل اعمال است، اصل عدم امکان استناد به عمل نامشروع است و اینکه هدف مزبور غیرقانونی یا غیراخلاقی باشد در اعمال اصل تفاوتی ندارد و اثر هر دو یکی است و نمی‌تواند سبب طرح دعوی باشند (Gava, 2011: 166).

1. regazzoni v KC Sethia (1944) Ltd [1958] AC 301
2. Ralli Brothers v Compañia Naviera Sota y Aznar [1920] 2 kb 287
3. Pearce v Brooks ('Pearce').

در پرونده اندار در برابر پوسپ<sup>۱</sup> که مشابه قواعد معامله فضولی در حقوق ما بوده است، رئیس دادگاه<sup>۲</sup> اظهار داشت: به خاطر اینکه قرارداد اجاره فاقد رضایت سرپرست اراضی است، غیرقانونی است. خلاصه پرونده این بود که رفتار خواندگان در جمع‌آوری اجاره از خواهان‌ها با علم به اینکه رضایت سرپرست اراضی تحصیل نشده است غیرمعقول بود. خواهان به موجب دادخواست: محکومیت خوانده را به مبلغ ۷۲۰۰۰ دلار به‌عنوان منافع، خسارات و سایر خسارات مطالبه نمود. در این پرونده بیان گردید: «... هیچ حق یا منفعی را نمی‌توان بر اساس توافق غیرقانونی و باطل و بی‌اعتبار (اجاره مستقل و غیررسمی) به دست آورد. هیچ‌کس از قراردادی که کاملاً باطل و بی‌اعتبار است، نمی‌تواند حقوقی به دست آورد، اعم از اینکه قصد نقض قانون را داشته باشد یا نه. اصل اساسی که بر مبنای نظم عمومی است، این است که هر معامله‌ای که به‌طور غیرقانونی واقع شده و در آن هر دو طرف به‌طور مساوی شریک باشند، خارج از قانون است. هیچ شخصی به‌هیچ‌وجه نمی‌تواند هیچ حقوقی یا خسارتی بر مبنای معامله غیرقانونی که در آن شرکت داشته است، مطالبه نماید» (Cheshire, 2008: 323).

با وجود این، دادگاه فی جی<sup>۳</sup> مقرر نمود: اموال پرداخت‌شده در قرارداد باطل یا بی‌اعتبار می‌تواند از طرف پرداخت‌کننده بر اساس قاعده دارا شدن ناعادلانه، قابل استرداد باشد. این امر استثنایی بر اصل تلقی شده است. حقوق قراردادهای مبنایی برای استرداد ندارد. برای مثال در پرونده ساکاشیتا در برابر کونکاوه<sup>۴</sup> قاضی فاتیایکی درگیر این مسئله بود که آیا بیعانه پرداختی از سوی شخصی که قصد خرید دارد به شخصی که قصد فروش دارد قابل استرداد است یا نه. بیعانه مذکور در قرارداد بیعی پرداخت شده بود که به‌جهت عدم مطابقت با بخش ۶ قانون فروش اراضی باطل بود، قاضی فاتیایکی بیان داشته: «... در موردی که بیعانه به شرکت خوانده مسترد نشده است می‌توان گفت با به دست آوردن هر دو عوض زمین و بیعانه که مبلغ هنگفتی است، دارا شدن بلاجهت تحقق یافته است. از سوی دیگر اگر بیعانه به خواهان رد شود، می‌توان گفت دادگاه به یک طرف در قرارداد خلاف قانون کمک نموده است»، استدلالی که قاضی بینگام ال<sup>۵</sup> در دعوای ساندرز در برابر ادواردز<sup>۶</sup> بر اساس آن دعوای خواهان را رد کرد. در مواردی که اعمال خلاف قانون

1. Indar Prasad and Bidya Wati -v- Pusp Chand [2001]

2. Gates J

3. Fiji Courts

4. Sakashita v Concave Investment Ltd

5. Bingham L.J

6. Saunders v. Edwards

محقق شده است، دادگاه‌ها دو موضع بسیار متفاوتی داشته‌اند. در برخی موارد دادگاه‌ها قدرت خود را مصروف تنفیذ قرارداد نامشروعی نموده‌اند، حال آنکه در موارد دیگری دادگاه‌ها به خاطر تحقق عملی خلاف قانون، بدون توجه به میزان شدت زیان وارده به شخص متخلف و بدون لحاظ نامتناسب بودن زیان به نسبت عمل خلاف قانون او دامن خود را از رسیدگی پس کشیده و هرگونه کمکی را به خواهان رد می‌کنند، افراط و تفریطی که قابل قبول نیست. قاضی فاتیماکی در پرونده استرداد بیعانه با مدنظر دادن قاعده استرداد، به استرداد بیعانه به‌عنوان «پول داده‌شده و دریافت‌شده»<sup>۱</sup> رأی داد (Cheshire, 2008: 345).

قانون‌گذار ایرانی در قوانین مختلف روح این اصل را موردنظر قرار داده و به مصادیقی از آن اشاره نموده است؛ بر اساس ماده ۶۵۴ قانون مدنی مقرر گردیده است «قمار و گروبنندی باطل و دعاوی راجعه به آن مسموع نخواهد بود. همین حکم در مورد کلیه تعهداتی که از معاملات نامشروع تولید شده باشد، جاریست». قانون‌گذار ایرانی در این ماده قاعده‌ای شکلی را متذکر شده است و دادگاه‌ها را مکلف به عدم استماع دعاوی نامشروع کرده است. بر اساس ماده ۸۴ قانون آیین دادرسی مدنی که در مقام بیان ایرادات و موانع دادرسی است. در بند ۸ این ماده یکی از موانع دادرسی را مشروع نبودن مورد دعوا قلمداد نموده است. مبنای مواد ۱۴۹ و ۱۵۱ آیین‌نامه اجرای مفاد اسناد رسمی لازم‌الاجرا و طرز رسیدگی به شکایت از عملیات اجرایی سازمان ثبت اسناد و املاک کشور مصوب ۱۳۸۷<sup>۲</sup> نیز همین اصل اعلام شده است (خدابخشی، ۱۳۹۳: ۵۱۸).

#### ۲-۴. پرداخت حقوق کارگران فاقد مجوز

در برخی از دعاوی کارگری و کارفرمایی، کارفرمایان برای عدم پرداخت حقوق کارگران فاقد مجوز به تخلف خود در استخدام کارگری که استخدام وی ممنوع بوده است، استناد نموده‌اند. گاه دادگاه‌ها چنین دفاعی را پذیرفته و گاه آن را مصداق استناد به تخلف خود دانسته‌اند. از جمله این پرونده‌ها، دعاوی شرکت ماکس<sup>۳</sup> بود که در آن یک کارگر تبعه موزامبیک علیه کارفرمای خود در

۱. نوعی از دعاوی در حقوق کامن‌لا که مربوط به مواردی است شخصی پولی را بدون هیچ توجیهی به دیگری داده و مدعی استرداد آن است (money had and received).

۲. ماده ۱۴۹: «هرگاه در سند وثیقه سلب حق انتقال منافع از متعهد شده باشد، تخلف متعهد مانع تخلیه وثیقه به نفع برنده در مزایده نخواهد بود و لو آنکه ثالث به موجب سند رسمی در تاریخ موخر وثیقه را اجاره گرفته باشد.»  
ماده ۱۵۱: «هرگاه موقع تحویل معلوم شود که شخص یا اشخاص ثالث بدون مجوز در آن احداث اعیان کرده‌اند تحویل مورد وثیقه به وسیله اجرا ثبت با وضع موجود اشکال ندارد.»

3. max enterprises (pty) ltd, judgement – 29/01/2009

سوازیلند<sup>۱</sup> تحت عنوان اخراج غیرقانونی و مطالبه دستمزد و خسارات طرح دعوی نمود، خواننده در دفاع اعلام نمود خواهان مجوز کار نداشته و مستحق مطالبه نیست. در برخی از موارد به استدلال باطل بودن قرارداد کار، حکم علیه کارگر فاقد مجوز کار صادر شده است. گاه دادگاه‌های خارجی مجازات کردن شخص به جهت انعقاد قرارداد را به معنای بطلان قرارداد دانسته‌اند.<sup>۲</sup> در برخی از پرونده‌ها<sup>۳</sup> برخلاف قائلین به بطلان قرارداد کار، استدلال شده است که قانون اساسی با پیش‌بینی حق انتخاب شغل برای همه، از کارگران خارجی حمایت نموده است. در دعوای دیگری دادگاه مجازات کارفرمایی که کارگر خارجی بدون مجوز را استخدام نموده بود را به معنای بطلان قرارداد تلقی نکرد.<sup>۴</sup> قوانین سوازیلند به صراحت استخدام کارگر بدون مجوز را باطل اعلام نکرده و صرفاً تعیین مجازات کرده است. در برخی از دعوای<sup>۵</sup> استدلال شده است که در صورت ابهام، قانون باید به گونه‌ای تفسیر شود که حقوق اساسی را محدود ننماید. بخش ۱۱ قانون اساسی سوازیلند مقرر کرده است: «مجلس باید قوانینی را تصویب نماید که... (د) کارگر را در برابر سوءاستفاده و اخراج یا رفتار غیر منصفانه حمایت نماید».

### ۳-۴. مطالبه خسارت از مدیران سابق شرکت‌ها

یکی دیگر از موضوعاتی که در آن به اصل موردنظر استناد می‌شود، زمانی است که مدیران سابق یک شرکت تخلفاتی کرده و شرکت را با خسارت یا جریمه مواجه نموده‌اند؛ در دعوای سیف وی علیه تووایگر<sup>۶</sup>، سیف وی یک فروشگاه زنجیره‌ای، با اعضای خود وارد کارتلی شده بود. در این مورد اداره تجارت آزاد، شرکت مذکور را به میزان ۱۰/۷ میلیون دلار جریمه نمود و شرکت با این استدلال که مدیران و کارمندان سابق مسئول ورود شرکت به کارتل و در نتیجه نقض قانون ۱۹۹۸ بودند، برای مطالبه این جریمه علیه آنان اقامه دعوی نمود، دادگاه تجدیدنظر با این استدلال که پذیرش این ادعا با اصل مربوط به نظم عمومی که از قاعده حقوقی لاتین «ممنوعیت استناد به تخلف خود» گرفته می‌شود، منافات دارد، به اتفاق آراء ادعا را رد نمود. دادگاه اصل مذکور را اصل کلی حقوق مدنی انگلیس اعلام نمود. برای اعمال این اصل در حقوق شرکت‌ها لازم است برخی

1. Swaziland (کشوری در جنوب آفریقا نام دیگر آن اسواتینی است)

2. Moses v Safika Holdings (Pty) Ltd (2001) 22 ILJ 1261 (CCMA).

3. Swart v Smuts 1971 (1) SA 819 A

4. Discovery Health Limited V CCMA & Others (unreported judgement in Case No. JR 2877/06)

5. NUMSA & Others v Bader Bop (Pty) Ltd & Another (2003) 24 ILJ 305 cc

6. Safeway Stores Ltd v Twigger [2010] EWCA Civ 1472, [2010] All ER (D) 245 (Dec).

ملاحظات مورد توجه قرار گیرد؛ از جمله عواملی مانند استقلال شخصیت حقوقی و اختیار شرکت، عملیات شرکت، قانون شرکت‌های مصوب ۲۰۰۶، سیاست‌های مربوط به مسائلی مانند اینکه آیا قاعده‌ای که رفتار خلاف قانون آن را نقض کرده مربوط به محرومیت شرکت از اعمال جبران‌های مذکور در کامن‌لا و قوانین موضوعه علیه مدیران به جهت وظایفشان است؟ ( Morfey and Patton, 2011: 5).

در قانون شرکت‌ها (مصوب ۲۰۰۶) حق طرح دعوی برای شرکت علیه مدیران و دیگران پیش‌بینی شده است در غیر این صورت سهام‌داران بی‌گناه دو بار متضرر خواهند شد. یک‌بار در زمان تخلف مدیران و نقض قانون بار دیگر در زمان جریمه شدن شرکت ماده ۴۶۳ (۲) بخش ۶۷۸ قانون طرح دعوا علیه مدیر به خاطر گزارش گمراه‌کننده ماده ۵۸۰ (۲) و ۵۹۳ (۳) علیه شخص ذی‌سهم مجرم (Lim, 2010: 17).

#### ۴-۴. استرداد رشوه

توافقی که بر مبنای پرداخت رشوه منعقد گردد، در اکثر نظام‌های حقوقی باطل است. اصولاً در فرض اثبات بطلان هر قرارداد در فرض اجرای آن عوضین مسترد می‌گردند، با وجود این، حقوق حاوی یک استثنای مهم در مورد استرداد است که به اصل قابل احترام «ممنوعیت استناد به تخلف خود»<sup>۲</sup> معروف است (Bonell, 2015: 14).

بدون شک پرداخت رشوه یکی از مصادیق بارز این اصل است و اکثر نظام‌های حقوقی در واقع ادعای استرداد رشوه را نمی‌پذیرند و در کشورهای متعددی از جمله انگلیس، استونی، فرانسه، آلمان، ایتالیا، سنگاپور، ونزوئلا... این مسئله پذیرفته شده است (Bonell, 2015: 14). گزارش ملی کشور انگلیس به پرونده‌ای اشاره کرده است که در آن فردی به‌رغم پرداخت رشوه به یک مقام هندی موفق به انعقاد قرارداد مورد نظر نشده بود، ادعای استرداد مبلغ پرداخت شده به‌عنوان رشوه به استناد دفاع نامشروع بودن رد شد.

در نگاه اول استثنای استرداد رشوه مضحک به نظر می‌آید. رشوه‌گیرنده مجبور به استرداد مال به رشوه‌دهنده نیست و از این طریق در ازای رشوه گرفتن به وی پاداش داده می‌شود، برعکس رشوه‌دهنده دو برابر مجازات می‌شود (هم رشوه را داده و هم به هدفش نرسیده است). دلایل متعددی برای توجیه این حکم ارائه شده است؛ از جمله اینکه پیشگیری واقعی از رشوه مستلزم این

1. THE COMPANIES ACT 2006
2. ex turpi causa non oritur actio



است که اشخاص رشوه‌دهنده با اطلاع از اینکه از سوی دادگاه حمایت نخواهند شد و دعوای ایشان استماع نخواهد گردید، بیشترین احتیاط را در پذیرش خطر اقتصادی و اعتماد به رشوه‌گیرنده نموده و در نتیجه پرداخت رشوه به حداقل برسد. استثنای استرداد از کمال و درستی دادگاه حمایت می‌کند، به این معنا که اشخاص با سوءنیت اجازه نمی‌یابند از دادگاه‌ها در جهت تحقق نیت پلید خود استفاده کنند. قانون به شخصی که از قوانین تخلفی کرده و به مخاطره می‌افتد، کمکی نمی‌کند (Bonell, 2015: 15).<sup>۱</sup>

در کشور ما نیز از ظاهر ماده ۵۸۸ قانون مجازات اسلامی و تبصره ۲ ماده ۳ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشا و اختلاس و کلاهبرداری، رشوه به نفع دولت ضبط می‌گردد و قابل استرداد نیست، البته ماده ۵۹۱ قانون مجازات اسلامی ناچار بودن راشی در پرداخت رشوه را از این قاعده مستثنا کرده و در این حالت رشوه به وی مسترد می‌گردد.

#### ۴-۵. مانعیت از ارث

محرومیت قاتل از ارث‌بری یک اصل جهانی است. در آمریکا قاعده قاتل (slayer rule) در بخش ۴۵ بازگویی (سوم) جبران و دارا شدن ناعادلانه بحث شده است: «هرگونه تحصیل مالکیت، توسعه دارایی، افزایش مالکیت منافع که در نتیجه مرگ مقتول برای قاتل به دست آید، دارا شدن ناعادلانه محسوب شده که قاتل مستحق به دست آوردن آن نیست»<sup>۲</sup>. این قاعده در بخش ۸ بازگویی قواعد (سوم) اموال: وصیت و سایر طرق انتقال مجانی نیز به صورتی دیگر آمده است.<sup>۳</sup> این مشکل یک مشکل جهانی و همیشگی است در کتاب مقدس یهود این موضوع در قالب دو داستان آمده است. داستان داوود و بات شبا<sup>۴</sup> و داستان تاکستان نابوث<sup>۵</sup> که به عبارت: «کشتن و ارث بردن»<sup>۶</sup> معروف است (Cohen, 2012: 794). البته این داستان‌ها با باورهای اسلامی هم‌خوانی ندارد. در فقه یهود داستان‌های مذکور به‌عنوان سابقه‌ای مانع اجرای این اصل هستند و علی‌رغم اینکه قاتل ممکن است زندانی گردد، اما خط ارثی و قواعد ارث بردن قاتل از مقتول تغییری نمی‌کند و

1. A dirty dog will get no dinner from the Courts  
2. RESTATEMENT (THIRD) OF RESTITUTION AND UNJUST ENRICHMENT § 45(2) (2011).

(مقرراتی بدون قدرت الزام‌آوری که در واقع بازگویی قواعد کامن‌لا برای قضات به‌وسیله مؤسسه حقوقی آمریکا است)

3. Restatement (Third) of Property: Wills and Other Donative Transfers,  
4. Story of David and Bat-Sheba, 2 Samuel 11:12.  
5. Naboth's Vineyard,  
6. Kings 21:19.

فرزندان قاتل از ترکهٔ مقتول به قائم مقامی او ارث می‌برند (Cohen, 2012: 796). در دعوی ریگز علیه پالمرا<sup>۱</sup> نوهٔ پسری فردی برای مانع شدن او از تغییر وصیت اقدام به قتل موصی (پدربزرگ) می‌نماید، در این دعوی دفاع محرومیت از ارث به استناد قانون نیویورک که مطابق آن اموال پس از مرگ موصی به موصی له می‌رسد، رد شد، اما در مقام تجدیدنظر اکثریت مقرر نمودند: «... تمام قوانین و مقررات بر مبنای اصل اساسی کامن لا حکومت می‌کنند و بر اساس آن هیچ کس نباید اجازه داشته باشد از عمل خلاف قانون خود منتفع شود یا در نتیجه جرم خود اموالی به دست آورد». لذا اکثریت نوهٔ مذکور را از ارث بردن محروم نمود. یکی از نتایجی که از این پرونده گرفته شد این بود که هیچ شخصی نمی‌تواند از عمل اشتباه خود منتفع گردد (Cardozo, 1949: 40,41; Scheppelle, 1991: 47-48).

عدالت اجتماعی با ارزش تر از حفظ اموال است. ماهیت مبنای قاعدهٔ قاتل، اخلاقی و خارج از حقوق است و وسیله‌ای برای پر کردن خلأ قانونی است. قضات در این مورد برای خلق قاعدهٔ جدید اقدام به قانون گذاری کردند. از نظر دورکین این اصل هر چند نانوشته است؛ اما در درون حقوق جا دارد و به عنوان ابزار تفسیری با قدرت صلاح دیدی ذاتی از سوی دادگاه‌ها اعمال می‌شود (Dworkin, 1978: 28-29).

مبنای تحلیلی قاعدهٔ قاتل در اصل «ممنوعیت استناد به تخلف خود» است (Dworkin, 1978: 805). دو مشکل مفهومی در مورد این اصل وجود دارد اول اینکه آیا دادگاه باید این قاعده را در صورت فقدان مقررات خاص اعمال نماید و در صورت وجود مقررات ویژه تا چه میزانی دادگاه می‌تواند از آن منحرف شود، با توسعهٔ ارث‌بری یا محدود نمودن آن؟ مشکل دوم یک مشکل ماهوی و مربوط به موازنه متناسب منافع متعارض است (Cohen, 2012: 804). به مانند بسیاری از نظام‌های حقوقی دیگر، حقوق ایران نیز بر اساس قاعدهٔ فقهی «لامیراث للقاتل» که حدیثی نبوی است، قاتل را مستحق ارث‌بری و حمایت نمی‌داند. مادهٔ ۴۵۱ قانون مجازات اسلامی در خصوص ارث‌بری بین قتل عمد و قتل خطای محض و شبه‌عمد تفاوت قائل شده است، بدین صورت که قتل عمد مانع ارث‌بری قاتل از کلیهٔ اموال و دیهٔ مقتول است و قتل خطای محض و شبه‌عمد صرفاً مانع ارث‌بری قاتل از دیهٔ مقتول است. علت این تشریح را برخی از محققین روشن دانسته‌اند و مقابله و معامله به مثل قانون‌گذار با جنایتکار در ناکام کردن او در نیل به مقصود با نقض قانون و سیاست جنایی اسلام در حفظ جان مردم را از دلایل آن بیان کرده‌اند (محمدی، ۱۳۶۰: ۱۹۹).

1. Riggs v. Palmer

### ۵. ارتباط اصل ممنوعیت استناد به تخلف خود با حق دادخواهی و حق ماهوی

حق دادخواهی یا حق دسترسی به عدالت یا دادگستری دارای مفهوم مضیق و موسعی است، در مفهوم مضیق این حق به توانایی رسمی حضور در دادگاه تقلیل یافته و در مفهوم موسع زمینه اجتماعی گسترده نظام دادرسی و موانعی است که اعضای گوناگون جامعه با آن روبه‌رو هستند. منظور از حق دادخواهی در اینجا همان مفهوم مضیق و حق مستقل از حق ماهوی و به تعبیر موتولسکی «حق شخصی آیینی»<sup>۱</sup> است (Motulsky, 1964: 215). این حق در اسناد حقوق بشری و قوانین اساسی کشورها نیز پیش‌بینی شده است و امور مهمی چون حق دسترسی به قاضی، حق فهم پدیده حقوقی به زبان ساده، حق آگاه‌سازی شهروندان و به‌ویژه دادخواهان، حق بر دادگستری سریع و ارزان و حق بهره‌مندی از معاضدت حقوقی و قضایی را شامل می‌شود (محسنی، ۱۳۹۶: ۵۳۴-۵۳۳).

همان‌گونه که در مفهوم اصل موردنظر مشخص گردید، بسیاری از معانی آن به‌طور مستقیم بر حق دادخواهی تأثیر می‌گذارند و به‌صراحت عنوان می‌دارند؛ بر مبنای عمل خلاف نمی‌تواند دعوی اقامه شود یا هیچ دعوی از خطا بر نمی‌آید، قانون مدنی ما در ماده ۶۵۴ قانون مدنی و بند ۸ ماده ۸۴ قانون آیین دادرسی حق دادخواهی را متأثر می‌سازند، بنابراین در مواردی که دعوی نامشروع باشد (مورد دعوا یا سبب دعوا) حق دادخواهی را نفی می‌کنند، با این وصف دیدیم که گاه رویه قضایی این اصل را با توجه به اهمیت و میزان خطای شخص به‌صورت نفی حق دادخواهی اعمال نمی‌کند؛ بلکه ماهیت دعوا و حق ماهوی را متأثر می‌سازد، مثلاً توصیه‌هایی که کمیسیون حقوقی انگلیس یا رویه قضایی برخی دادگاه‌های کانادا داشتند، موازنه خطا و ضرر بود که قطعاً تأثیر آن در حق اصلی جاری می‌شود، در حقوق ما نیز اعمال قاعده اقدام و نقش زیان‌دیده در خطا در حق اصلی مؤثر است و مانع حق دادخواهی نیست. در حقوق فرانسه «...دادخواهی حق اشخاصی است که در توفیق ادعا یا رد آن نفعی قانونی (لژیتم) دارند» (ماده ۳۱ آیین دادرسی مدنی فرانسه). البته در حقوق فرانسه واژه «لژیتم»<sup>۲</sup> به معنای «شرعی» یا «مشروع» در نظام حقوقی ایران نیست (محسنی، ۱۳۹۸: ۲۵۰)، و رویه قضایی فرانسه با پذیرش مطالبه خسارت ناشی از فوت معشوقه با رأی مورخ ۲۷ فوریه ۱۹۷۰ شعبه مختلط دیوان عالی کشور، و نوشته‌های حقوق‌دانان «لژیتم بودن نفع» را شرط پیروزی در دعوا دانسته‌اند و نه شرط دادخواهی (محسنی، ۱۳۹۸: ۲۵۰).

1. Droit subjectif processuel
2. légitime.

با این‌همه به نظر می‌رسد حق دادخواهی نیز بمانند سایر حقوق بنیادین چون حق آزادی بیان، یک حق مطلق و عام نیست و نمی‌تواند وسیله امیال نامشروع قرار گیرد، رویه قضایی فرانسه و نظریات اندیشمندان نیز احتمالاً ناظر بر برخی نفع‌های نامشروع مانند دعوی خسارت از دست دادن معشوقه به جهت تغییر روابط اجتماعی و عادی شدن چنین روابطی صرفاً در مورد آن قابل پذیرش باشد و الا حتی دادگاه‌های فرانسه نیز نمی‌پذیرند دو سارق دعوی تقسیم مال مسروقه را در آنجا مطرح نمایند یا دعوی استرداد رشوه را دادگاه‌های فرانسه استماع کنند. مثال‌های دیگری نیز از این قبیل می‌توان زد که در آن بعید به نظر می‌رسد دادگاهی حق دادخواهی را به‌عنوان حقی بلاقید و بدون استثنا بپذیرند. چگونه می‌توان تصور کرد دادگاهی دعوی‌ای چون فروش نوزاد، برده‌داری، تعهد به بریدن شش سیر گوشت از بدن همچون نمایشنامه تاجر ونیزی<sup>۱</sup>، قاچاق انسان و... را استماع کند.

### نتیجه

اصل مورد بررسی ریشه‌ای اخلاقی و فلسفی دارد و تکیه آن بر عمل خلاف قانون یا اخلاق موجب شده است مفهوم یا دامنه کاربرد آن ابهام داشته باشد. به همین جهت دادگاه‌ها در مصادیق مختلف رویه‌های گوناگونی در استناد یا عدم استناد به آن داشته‌اند.

این اصل گاه کارکردی شکلی داشته و مانند ایرادات آیین دادرسی واجد مبنای نظم عمومی راساً از سوی دادگاه‌ها مورد استناد قرار گرفته و موجب می‌شود دادگاه از استماع دعوا خودداری نماید، گاه نیز دادگاه‌ها به‌رغم استماع دعوا یا دفاع، اثر این اصل را با موازنه بین منافع از دست‌رفته و اهمیت خطا و استناد به ممنوعیت دارا شدن بلاجهت تعیین کرده‌اند.

مصادیق استناد به این اصل چنانچه برشمرده شد عبارت است از نامشروع بودن مورد معامله، سبب معامله یا جهت معامله، مخالفت قرارداد با قوانین، استرداد رشوه، استناد به تخلف مدیران شرکت از سوی خود شرکت، استفاده از کارگران بدون مجوز، محرومیت قاتل مورث از ارث‌بری. این مصادیق با معادل‌ها یا مصادیق نزدیک به آن در حقوق ما و فقه اسلامی قابل قیاس است از جمله قاعده اقدام، قواعد حرمت اعانه بر ظلم، لامیراث للقاتل و قاعده عرق ظالم. از استقرا در فقه و حقوق مشخص شد، شارع مقدس و قانون‌گذار ایرانی امر نامشروع و ظالمانه را مبنای هیچ

۱. نمایشنامه‌ای از شکسپیر که در آن آنتونیو تاجر ونیزی برای سامان دادن کارهایش مبلغی کلان از شایلاک یهودی نزول‌خوار وام می‌گیرد و مرد یهودی ضمانت بازپرداخت وام خود را در سررسید، بریدن شش سیر گوشت از بدن او تعیین می‌کند.

حقی قرار نمی‌دهد. تفاوت این دیدگاه با حقوق خارجی در آن است که رویه قضایی حقوق خارجی با جرح و تعدیل این قاعده آن را گسترش داده و به‌عنوان اصلی منعطف در اختیار عدالت قرار داده است. در حقوق ما اعمال مصادیق این قاعده بیشتر مدنظر بوده و سعی در شکافتن پوسته آن و پروراندن آن به‌عنوان اصلی کلی نشده است.

دورکین این قاعده را اصلی اخلاقی و خارج از حقوق می‌داند، در فقه ما نیز مستند بسیاری از قواعد مذکور اخلاق است. همه این قواعد بر اساس همان تفکر مقابله با ظالم و ممنوعیت معاونت با اوست. دادگاه‌های ما نیز با توجه به این اصل و موازنه آن با قواعدی چون ممنوعیت دارا شدن بلاجهت، میزان تخلف و نسبت آن با ضرر طرفین، نسبت به خواسته یا دفاع مبتنی بر امری خلاف قانون، ضمانت اجرای متناسبی را بار نمایند.

طبیعتاً جرم، تخلف و عمل خلاف اخلاق با توجه به آثار متفاوتی که دارند نمی‌توانند ضمانت اجرای واحدی داشته باشند، قانون‌گذار در ماده ۸۴ قانون آیین دادرسی مدنی نامشروع بودن مورد دعوا را یکی از ایرادات تلقی نموده است که دادگاه‌ها می‌توانند این نامشروع بودن را به دفاع هم تسری بدهند و رویه قضایی با دیدی بازتر دایره آن را شناسایی نموده و با تبیین مصادیق بارز به‌صورت قابل استفاده‌ای در بیاورد. نتیجه توجه به این اصل اخلاقی‌تر کردن دادرسی و در نهایت عادلانه‌تر کردن آن است که موجب رضایت ارباب رجوع و حفظ شأن دادگاه خواهد بود و مانع هر گونه ابزار قرار دادن دادگاه از سوی طرفین فاقد قصد مشروع خواهد شد.

## منابع

## فارسی

- تولایی، علی و معین فرزانه وشاره (۱۳۹۲)، «مبانی و کاربرد قاعده فقهی «عرق ظالم»»، مجله حقوق اسلامی، سال دهم، شماره ۳۷، تابستان.
- خدابخشی، عبدالله (۱۳۹۳)، اصول اجرای آرای مدنی، چاپ اول، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- شیروی، عبدالحسین (۱۳۹۱)، داوری تجاری بین المللی، چاپ اول، تهران: انتشارات سمت.
- محسنی، حسن (۱۳۹۶)، «اصل دسترسی به عدالت و حق دادخواهی دولت»، فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی، دوره ۴۷، شماره ۳.
- محسنی، حسن (۱۳۹۸)، «نفع در دادخواهی‌ها: بررسی دکترین حقوقی و رویه قضایی ایران و فرانسه»، فصلنامه مطالعات حقوقی، دوره ۱۱، شماره ۱.
- محسنی، حسن (۱۳۹۳)، اداره جریان دادرسی بر پایه همکاری و در چهارچوب اصول دادرسی، چاپ سوم، تهران: انتشارات شرکت سهامی انتشار.
- محسنی، حسن و امیرحسین رضایی نژاد (۱۳۹۰)، «حقوق و اخلاق؛ اخلاق و دادرسی: تاملاتی پیرامون اعتبار صدای ضبط شده بدون اخطار»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۷۳.
- محقق داماد، سیدمصطفی و خشایار اسفندیاری فر (۱۳۹۸)، «عدالت قضایی و نقش آن در مطالبه خسارت قراردادی»، مجله حقوقی دادگستری، سال ۸۳، شماره ۱۰۸.
- محمدی، ابوالحسن (۱۳۶۰)، «قتل از موانع ارث است»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، مقاله ۱۱، دوره ۲۲، شماره تابستان.

## عربی

- روحانی، محمدصادق (بی تا)، فقه الصادق، جلد ۱۹، قم: نشر مولف.
- سیدمیر عبدالفتاح الحسینی (۱۴۱۷ق)، العناوین الفقهیه، جلد دوم، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- شیخ طوسی (۱۴۰۷ق)، تهذیب الأحکام، جلد ۶، تهران: انتشارات دارالکتب الاسلامیه.
- علامه حلی، حسن بن یوسف (۱۴۳۱ق)، تذکره الفهلاء، جلد ۱۸، قم: انتشارات مؤسسه آل بیت لاحیا التراث.
- موسوی بجنوردی، سید محمد (۱۳۸۳)، قواعد فقهیه، جلد ۱ و ۲، تهران: انتشارات پژوهشکده امام خمینی.

## خارجی

- Motulsky, Henri (1964). L'action en justice et le droit subjectif, in: Archives de philosophie du droit; et aussi in: ÉCRITS, Paris, Dalloz, 1974, Tome I: études et notes de procédure civile. Rhode, Deborah L. (2004). Access to Justice, U.S.A. OUP.
- Black, Henry Campbell (1910), a law 'dictionary, m.a, second edition, st. paul, minn. west publishing co.
- Bond, christopher and Gregory, Mitchell (2010), the effect of foreign illegality on english law contracts, butterworths journal of international banking and financial law.
- Bonell, Michael Joachim and Meyer, Olaf (2015), the effects of corruption in international commercial contracts, springer.

- buck stops here, [2011] comp law, fifth junior uk competition practitioners conference at the competition appeal tribunal, london on 3 december 2010
- Cardozo, Benjamin N (1949), **the nature of the judicial process**, 40-41; kim
- Cohen, nili (2012), **the slayer rule**, boston university law review, vol. 92:793.
- Dworkin, Ronald (1978), **taking rights seriously**, harvard university press.
- Gava, john (2011), **when dixon nodded: further studies of sir owen dixon's contracts jurisprudence**, sydney law review, vol 33:157; available at: <http://e-lawresources.co.uk/home.php>.
- ius commune casebooks – **tort lawcass**. civ. 1re, 17 november 1993.
- Law Commission Consultation (2001), **The Illegality Defence in Tort Law**, Paper No 160.
- Law Commission Consultation (2009), **The Illegality Defence**, Paper No 189.
- Lim, ernest (2010), **the illegality defence and company law**, the law commission (england and wales), the illegality defence, law com no. 320.
- Lord Sumption (2012), **reflexions on the law of illegality**, chancery bar.
- Martin, Elizabeth a (2003), **a dictionary of law**, fifth edition, oxford, university press.
- Morfey, anna and Patton conall (1991), **safeway stores ltd v twigger: the**
- Scheppele, Lane (1991), **facing facts in legal interpretation, in law and the order of culture** 47-48.
- Seddon, Nicholas, Geoffrey Chevalier Cheshire, M. P. Ellinghaus (2008), **law contract (9<sup>th</sup> edn.)**, lexisnexis butterworths.
- Skolrood, ron chair, **report on relief under legally defective contracts: the unifo illegal contracts act**, british columbia law institute October 2008, 1822 east mall, university of british columbia, vancouver, b.c, canada v6t 1z1, www: <http://www.bcli.org>.
- **The illegality defence in tort** (2001), p14, A Consultation Paper, London: The Stationery Office, Consultation Paper No 160, available at: <http://www.lawcom.gov.uk> (7/31/2014).
- Worster, William Thomas, **the effect of leaked information on, the rules of international law**, 1/31/2013 9:53 pm, 449 electronic copy available at: <http://ssrn.com/abstract=2012490>.





## تحلیل مفهوم و مصادیق تعارض منافع در حقوق خصوصی<sup>۱</sup>

حسن بادینی\*، سعید سیاهبیدی کرمانشاهی\*\*

### چکیده

تعارض منافع عبارت است از مجموعه شرایطی که این خطر را ایجاد می‌کند که تصمیمات یا اقدامات حرفه‌ای فرد در ارتباط با شخصی که به وی اعتماد کرده تحت تأثیر منافع شخصی قرار گیرد. تعارض منافع از مفاهیمی است که شناخت صحیح آن در هر حوزه‌ای ضروری است؛ چراکه شناخت صحیح این مفهوم و مصادیق آن راه را برای مدیریت صحیح آن فراهم می‌نماید. سؤال اصلی پژوهش حاضر این است که ابعاد و قلمرو بحث تعارض منافع در حقوق خصوصی چیست؟ نگارندگان معتقدند که عناصر تشکیل‌دهنده تعارض منافع عبارت‌اند از منفعت، تعارض، قضاوت (تصمیم‌گیری) و رابطه. وجود این عناصر در روابط افراد صرف‌نظر از اینکه رابطه مزبور مربوط به حقوق عمومی باشد یا حقوق خصوصی باعث ایجاد تعارض منافع می‌گردد. در این پژوهش نشان داده شده که تعارض منافع در حقوق خصوصی یا در روابط مبتنی بر امانت‌داری محقق می‌گردد (نظیر رابطه وکیل و موکل) و یا در رابطه مبتنی بر بی‌طرفی (مانند رابطه طرفین دعوا با قاضی) و تعارض منافع در سایر روابط متصور نیست. همچنین در این پژوهش به جهت جلوگیری از خلط مباحث تعارض منافع با سایر مواردی که به نوعی افراد دارای منافع متضاد هستند برخی از مهم‌ترین مصادیق اشتباهات سایر پژوهشگران در زمینه به‌کارگیری اصطلاح تعارض منافع

۱. این مقاله برگرفته از رساله دوره دکتری تخصصی نویسنده مسئول تحت عنوان «تعارض منافع در حقوق خصوصی: سامان‌دهی نظریه عمومی» با راهنمایی آقای دکتر حسن بادینی و مشاوره آقای دکتر محسن اسماعیلی و آقای دکتر محمود باقری در دانشگاه تهران است.

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

\*\* دکتری حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران (نویسنده مسئول)  
siahbidsaeed@gmail.com

یا مواردی که ممکن است با بحث تعارض منافع خلط شود مورد اشاره و نقد قرار گرفته است. شناخت مصادیق تعارض منافع، مقدمه مدیریت حقوقی این تعارضات برای جلوگیری از آثار زیان بار آن‌ها و یا جبران این زیان‌هاست. در این نوشتار راهکاری مدیریت حقوقی این تعارضات و پیشنهاد‌های اصلاحی برای نظام حقوقی ایران تبیین گردیده است.

**واژگان کلیدی:** تعارض منافع، قضاوت (تصمیم‌گیری)، امانت‌داری، بی‌طرفی، مدیریت حقوقی

### مقدمه

اصطلاح «تعارض منافع»<sup>۱</sup> عمر چندان طولانی‌ای ندارد و پیشینه استفاده از این اصطلاح چیزی بیش از نیم قرن است. اولین دادگاهی که این اصطلاح که در یک پرونده قضایی این اصطلاح را در مفهومی مشابه مفهوم استاندارد آن به کار برده است به سال ۱۹۴۹ بازمی‌گردد.<sup>۲</sup> در فهرست نشریات حقوقی<sup>۳</sup> نیز تا پیش از سال ۱۹۷۱ این عنوان وجود ندارد. همچنین در فرهنگ حقوقی بلک<sup>۴</sup> تا پیش از سال ۱۹۷۹ این واژه وجود نداشته و فرهنگ‌های متداول انگلیسی نیز تا پیش از سال ۱۹۷۱ متضمن این واژه نبوده‌اند. اولین مباحثه فلسفی در خصوص این اصطلاح نیز به دهه ۱۹۷۰ بازمی‌گردد (Davis & Stark, 2001: 17). شروع پیدایش این اصطلاح در کدهای اخلاقی نیز به دهه ۱۹۷۰ بازمی‌گردد؛ اگرچه اصطلاحات مرتبط با آن نظیر منفعت مخالف<sup>۵</sup>، منفعت یا منافع متعارض<sup>۶</sup>، جانب‌داری<sup>۷</sup> و تعصب<sup>۸</sup> خیلی پیش‌تر در کدهای اخلاقی بروز و ظهور پیدا کرده‌اند (Field & Lo, 2009: 303-304).

بحث تعارض منافع در حقوق عمومی از اهمیت بسزایی برخوردار بوده و تحقیقات متعددی در این زمینه انجام شده است (OECD, 2005: 94-110; Auby, Breen & Perroud, 2014: 3-). این امر به دلیل بالا بردن شفافیت فضای انجام اعمال اداری و ارائه خدمات عمومی، ارتقای نظام سلامت اداری و جلوگیری از فساد می‌باشد و هدف غایی آن جلوگیری از مخدوش شدن

1. conflict of interest

2. In Re Equitable Office Bldg. Corporation, 83 F. Supp. 531 (S.D.N.Y. 1949) available in: <https://www.courtlistener.com/opinion/1430757/in-re-equitable-office-bldg-corporation>.

3. Index of Legal Periodicals

4. Black's Law Dictionary

5. Adverse interest

6. Conflicting interest

7. Bias

8. Prejudice

اعتماد مردم نسبت به دولت است.<sup>۱</sup>

این امر ممکن است این تلقی را ایجاد نماید که بحث تعارض منافع مربوط به حقوق عمومی و مأموران دولتی است و در سایر حوزه‌ها کاربرد ندارد؛ لیکن باید دانست که اهمیت فراوان بحث تعارض منافع در حقوق عمومی، چیزی از اهمیت بحث تعارض منافع در حقوق خصوصی نمی‌کاهد؛ چراکه شناخت مفهوم صحیح این نهاد، منشأ بروز تعارضات، موقعیت‌های دارای تعارض منافع و راهکارهای پیشگیری و برخورد با آن‌ها در حوزه حقوق خصوصی نیز از اهمیت بالایی برخوردار است و به نوبه خود باعث ارتقای این شاخه از علم حقوق و نیز حل برخی چالش‌های آن می‌شود.

از مفهوم تعارض منافع، تعاریف مختلفی ارائه شده که جوهره آن‌ها مشترک است. تعارض منافع مجموعه شرایطی است که این خطر را ایجاد می‌کند که تصمیمات یا اقدامات حرفه‌ای یک شخص در ارتباط با منفعت اولیه به صورت ناروا تحت تأثیر یک منفعت ثانویه قرار گیرد (Field & Lo, 2009: 46). در این تعریف، منظور از «منفعت اولیه» اهداف بنیادین حرفه یا فعالیت مزبور؛ نظیر حمایت از منوب‌عنه، سلامتی افراد یا حفظ اعتماد عمومی در انجام وظایف مأموران رسمی است و منظور از «منفعت ثانویه»، منافع شخصی کسی است که تصمیم یا اقدام حرفه‌ای را انجام می‌دهد. برخی دیگر معتقدند تعارض منافع زمانی به وجود می‌آید که منافع خصوصی شخص با وظایف رسمی وی به روشی غیرمغرضانه در تعارض قرار گیرد (Davids, 2008: 37) اگرچه بیشتر تعاریف ارائه شده از مفهوم «تعارض منافع» با حوزه عمومی<sup>۲</sup> سنخیت دارد؛ لیکن تعارض منافع مختص این حوزه و حقوق عمومی نبوده و در حقوق خصوصی نیز کاربرد فراوانی دارد و تعاریف متناسب با عمومیت این مفهوم نیز در میان پژوهش‌ها یافت می‌گردد؛ به عنوان مثال برخی معتقدند که تعارض منافع «وضعیتی است که در آن یک شخص منافع شخصی خود را با منفعی که مسئول آن‌هاست در تعارض می‌بیند» (Joël, 2011: 3). برخی نیز معتقدند تعارض منافع، وضعیتی است که در آن شخص «الف» (حقیقی یا حقوقی) در یک رابطه مشخص با یک یا چند تصمیم روبرو است. در این وضعیت، به طور استاندارد، «الف» زمانی درگیر تعارض منافع است که:

۱. شخص «الف» با دیگری ارتباطی دارد که مستلزم انجام قضاوت به نایب از اوست. یعنی

۱. در کشور ما نیز به پیشنهاد معاونت حقوقی ریاست جمهوری، پیش‌نویس لایحه‌ای تحت عنوان «مدیریت تعارض منافع در انجام وظایف قانونی» به هیئت دولت تقدیم شده ولی مدت‌هاست که تعیین تکلیف نشده است.

رابطه‌ای میان این دو شخص وجود دارد که یکی از آن‌ها از طرف دیگری می‌تواند اموری انجام دهد که این امور نیازمند تصمیم‌گیری میان دو یا چند چیز است؛ مانند حالتی که یک شخص به دیگری نیابت می‌دهد برای وی خودرو بخرد، در این حالت وکیل، به نیابت از موکل باید از میان خودروهای گوناگون، آن‌ها را ارزیابی نموده و یکی را برگزیند.

۲. شخص «الف» دارای منافع خاصی است که این منافع به سمتی گرایش دارند که مانع از انجام قضاوت صحیح در این رابطه می‌شوند (Davis & Stark, 2001: 8). نظیر حالتی که نماینده در مثال فوق، تمایل دارد یکی از خودروهای خود را که مدت‌ها به فکر فروش آن بوده ولی مشتری نداشته است به موکل بفروشد.

از تعریف مزبور، عناصر متعددی قابل استخراج است که عبارت‌اند از اینکه:

۱. تعارض منافع یک وضعیت است که یک شخص مسئول حمایت از منافع دیگری است؛
۲. شخص مسئول، قادر به اتخاذ تصمیماتی است که آثار آن دامن‌گیر دیگران می‌شود؛
۳. وجود منافع شخص، باعث به وجود آمدن تعارض منافع و بیم تقدم منافع شخصی بر منافع دیگران است.

با عنایت به این توضیحات در مقام جمع‌بندی تعاریف مربوط به این مفهوم و ارائه تعریفی جامع که متضمن همه عناصر باشد، باید گفت که «تعارض منافع عبارت از وضعیتی است که در آن یک شخص که مسئول حمایت از منافع دیگران (منفعت اولیه) است قادر به اتخاذ تصمیماتی است که آثار این تصمیمات دامن‌گیر دیگران می‌گردد؛ لیکن به دلیل وجود منافع شخصی، بیم آن وجود دارد که تصمیم‌گیرنده، منافع شخصی خود (منفعت ثانویه) را بر منافع دیگران مقدم بدارد.» این تعریف در همه روابط اعم از عمومی و خصوصی قابل تطبیق است.

با عنایت به مطالب فوق‌الذکر سؤال اصلی پژوهش حاضر این است که ابعاد و قلمرو بحث تعارض منافع در حقوق خصوصی چیست؟

برای پاسخ به سؤال فوق، در این نوشتار، سعی شده ابتدا عناصر تشکیل‌دهنده تعارض منافع به درستی تبیین شود تا راه را برای شناخت مصادیق آن هموار نماید. در ادامه به بررسی مصادیق تعارض منافع در حقوق خصوصی پرداخته خواهد شد و سپس مطالبی برای جلوگیری از خلط مباحث مربوط به تعارض منافع با مواردی که به نوعی افراد در آن‌ها دارای منافع متعارض هستند مطرح می‌گردد.

## ۱. عناصر تشکیل‌دهنده تعریف تعارض منافع

## ۱-۱. منفعت

واژه (Interest) به هر گونه حق، امتیاز، قدرت یا مصونیت اشاره دارد (Garner, 2009: 885). همان طور که واضح است این واژه منحصر به منفعت مالی نیست و قلمرو گسترده‌تری دارد. در یک تقسیم‌بندی دقیق، بر اساس استانداردهای مختلف، منافع به شرح زیر دسته‌بندی شده‌اند:

انواع (گونه‌های) منفعت	استاندارد طبقه‌بندی
منفعت شخصی، منفعت گروهی	اختلاف در موضوع (subject)
منفعت اقتصادی / غیر اقتصادی منفعت مادی / معنوی	اختلاف در هدف (object)
منفعت فعلی / طولانی مدت منفعت محلی / جهانی	اختلاف زمانی و مکانی
منفعت اساسی / غیر اساسی	اختلاف در اهمیت
منفعت مستقیم / غیر مستقیم	اختلاف در تأثیرگذاری

جدول طبقه‌بندی منافع (Ge, 2018: 4)

فرض کنیم یک داور در یک اختلاف میان تجار دو کشور قرار است داوری نماید، اگر داور در موضوع دعوا ذی‌نفع باشد این امر یک منفعت شخصی است ولی اگر یکی از طرفین دعوا از هم‌پیمانان تجاری یا هم‌حزبی داور باشد منفعت داور در برنده شدن وی یک منفعت گروهی است. اگر نفعی که قرار است به یک قاضی در یک رسیدگی قضایی برسد مواردی نظیر پول یا ملک باشد یک منفعت اقتصادی است ولی اگر مواردی نظیر جلب رضایت معشوق یا رضایت خاطر یکی از نزدیکان باشد منفعت غیراقتصادی یا معنوی است. برخی معتقدند منافع مالی و ارتباطات خانوادگی شایع‌ترین منابع تعارض منافع هستند، اما عشق، اظهارات سابق، حس قدردانی و دیگر احساسات (کشش‌های) «ذهنی» نیز می‌توانند منافع محسوب شوند. بنابراین، برای مثال، اگر یکی از طرفین دعوا دوست و یا دشمن قاضی باشد، وی ذی‌نفع محسوب می‌شود، همچنین اگر یکی از اصحاب دعوا، همسر قاضی باشد یا شرکتی که قاضی در آن دارای سهم بزرگی است. دوستی یا خصومت مانند درگیری‌های خانوادگی یا مالی نیز می‌توانند قضاوت فرد را تهدید نمایند (Davis & Stark, 2001: 9). منافع ممکن است فعلی و یک‌باره باشند مانند تمایل قاضی برای ثبت نام فرزندش در مدرسه‌ای خاص و نیز ممکن است طولانی‌مدت باشند مانند برقراری مستمری.

همچنین ممکن است منافع ناظر به قلمرو جغرافیایی متفاوتی باشند مانند تمایل قضات یا داوران به پیروزی کشورشان در یک دعوی بین‌المللی. منافع همچنین ممکن است اساسی باشند مانند حفظ سلامتی یا ممکن است جزئی باشند مانند رشوه‌ای مختصر. منافع ممکن است مستقیماً عاید فرد شوند و نیز ممکن است عاید کسانی شوند که یک فرد از منتفع شدن آنان خشنود می‌گردد مانند منفعتی که عاید فرزندان شخص می‌شود.

نکته‌ای که نباید از آن غافل شد این است که واژه (Interest) تنها منحصر به مواردی که منفعتی عاید انسان شود نیست؛ بلکه موارد دفع ضرر را نیز در بر می‌گیرد؛ از همین رو در کشورهای عربی، به‌جای ترجمه این واژه به منفعت، از لغت مصلحت (تعارض المصالح) استفاده شده است (مجموعه المؤلفین، ۲۰۱۷: ۲)؛ زیرا مصلحت در لغت به معنای جلب منفعت یا دفع مضرت است (غزالی، ۱۹۹۳: ۲۶۵). بنابراین در مواردی که قضاوت یک شخص با هدف اجتناب از ضرر تحت تأثیر قرار می‌گیرد نیز مشمول بحث تعارض منافع است.

## ۲-۱. قضاوت (تصمیم‌گیری)<sup>۱</sup>

تصمیم‌گیری دارای معنایی عام است که هم تصمیمات ساده که عبارت از نتیجه‌گیری از موضوعات است را در بر می‌گیرد و هم داوری و قضاوت میان چند شخص یا چند موضوع؛ لذا قضاوت نوع خاصی از تصمیم‌گیری می‌باشد؛ هر قضاوت، یک نوع تصمیم‌گیری است اما هر تصمیم‌گیری یک قضاوت محسوب نمی‌شود (Davis & Stark, 2001: 8).

قضاوت عبارت است از فرایند شکل‌گیری یک نظر<sup>۲</sup> بر اساس مشاهده و توجه (Trident, 2006: 158). قضاوت اغلب چیزی بیش از کارهایی است که توسط یک کارمند ساده با یک کتاب قانون انجام می‌شود. تصمیمات تا زمانی که نیازمند قضاوت نباشند، «معمولی»<sup>۳</sup> «مکانیکی»<sup>۴</sup> یا «اداری»<sup>۵</sup> محسوب می‌شوند و چیزی شبیه به یک الگوریتم<sup>۶</sup> هستند با این توضیحات مسائل متداول ریاضی و حسابداری متداول، اموری معمولی (روتین) هستند و نیاز به قضاوت ندارند (Davis & Stark, 2001: 8).

با عنایت به آنچه گذشت با توجه به آنکه تصمیم‌گیری‌های حرفه‌ای نظیر تصمیمات وکلا به

1. Judgment
2. opinion
3. Routine
4. Mechanical
5. Ministerial
6. Algorithm

نیابت از موکل اغلب چیزی بیش از یک تصمیم‌گیری ساده و معمولی است در کدهای اخلاق حرفه‌ای نظیر قواعد نمونه اخلاق حرفه‌ای<sup>۱</sup> کد نمونه مسئولیت حرفه‌ای<sup>۲</sup> (ABA) و درخصوص تصمیم‌گیری‌های حرفه‌ای وکیل به نیابت از موکل از واژه قضاوت<sup>۳</sup> استفاده می‌کنند نه واژه تصمیم<sup>۴</sup> (American Bar Association, 2007: 36-44; McMunigal, 2001: 68).

در اموری که مستلزم قضاوت است، تصمیم‌گیری دیگر یک امر معمولی (روتین) محسوب نمی‌شود. قضاوت کردن مستلزم به‌کارگیری دانش، مهارت و بینش به شیوه‌هایی غیرقابل‌پیش‌بینی است. در مواردی که مستلزم انجام قضاوت است، تصمیم‌گیرندگان مختلف با وجود ماهر بودن ممکن است در یک مسئله با هم مخالف باشند بدون اینکه بتوان گفت یکی از آنها اشتباه کرده است (Davis & Stark, 2001: 8-9).

در قضاوت فرد با چند گزینه روبه‌روست که باید بر اساس ملاحظات متعددی یکی از آنها را برگزیند. در این حالت ممکن است منافع شخصی فرد باعث شوند گزینه صحیح انتخاب نشده و گزینه نافع برای تصمیم‌گیرنده انتخاب شود.

### ۳-۱. تعارض

بیان شد که در بحث تعارض منافع ما با دو منفعت مواجه هستیم. منفعت اولیه<sup>۵</sup>، همان منافع فرد اعتمادکننده است و منفعت ثانویه<sup>۶</sup>، منافع شخصی فرد مورد اعتماد است (Field & Lo, 2009: 46). به‌عنوان مثال، در رابطه پزشک و بیمار، منفعت اولیه، سلامت بیمار است و منفعت ثانویه، می‌تواند منافع مالی پزشک باشد (Lo, 2012: 213) و تعارض این منفعت می‌تواند باعث این شود که به‌عنوان مثال پزشک به دلیل ذی‌نفع بودن در یک آزمایشگاه، با وجود اینکه بیمار نیازی به انجام آزمایش ندارد، انجام آزمایش را برای وی تجویز نماید (میلانی‌فر و همکاران، ۱۳۹۰: ۶).<sup>۸</sup> در حالتی که منفعت ثانویه، بتواند منفعت اولیه را در معرض خطر قرار دهد، از تعبیر

1. Model Rules of Professional Conduct
2. Model Code of Professional Responsibility
3. American Bar Association
4. judgment
5. decision
6. primary interest
7. secondary interest

۸. این عمل پزشک را در اصطلاح خودارجاعی (Self Referral) می‌گویند که عبارت است از ارجاع بیمار به مؤسسه‌ای که پزشک یا بستگان درجه اول وی با آن ارتباط داشته یا در آن سرمایه‌گذاری کرده‌اند (پارسا و خورشیدیان، ۱۳۹۶: ۲۶۲). سایر اقسام رفتارهایی که به سبب تعارض منافع ممکن است در حرفه پزشکی رخ دهد

«تعارض» استفاده می‌شود. در مقام مشابه‌سازی با ادبیات حقوقی، می‌توان گفت با توجه به اینکه این دو منفعت در موقع ایجادشان با هم تعارضی ندارند بلکه در برخی حالات و موقعیت‌های خاص با هم قابل جمع نیستند بیشتر به «تزامن منافع» شبیه‌اند تا «تعارض منافع»<sup>۱</sup>.

#### ۱-۴. رابطه

«رابطه» یک مفهوم عام است که هر ارتباطی بین یک شخص با دیگری (دیگران) را که توجیه کننده اعتماد دیگران به یک شخص برای یک هدف خاص است در بر می‌گیرد. یک رابطه ممکن است کاملاً رسمی باشد مانند رابطه دولت و مستخدم و رابطه کارگر و کارفرما و یا کاملاً غیر رسمی باشد مانند رابطه بین دوستان. یک رابطه می‌تواند طولانی مدت باشد نظیر روابط خانوادگی و می‌تواند رابطه‌ای بسیار کوتاه باشد. با وجود این رابطه باید امانی<sup>۲</sup> باشد به این معنی که در این رابطه باید یک شخص به دیگری اعتماد کند (یا حداقل حق داشته باشد اعتماد کند) تا شخص مورد نظر (امین) کاری را برای وی انجام دهد (Davis & Stark, 2001: 8) و یا اینکه رابطه مزبور با اتکا به بی‌طرفی شخص شکل گرفته باشد (مانند رابطه طرفین دعوا با قاضی یا داور).

#### ۲. مصادیق تعارض منافع در حقوق خصوصی

حقوق خصوصی<sup>۳</sup>، قسمتی از علم حقوق است که به اشخاص خصوصی، اموال و روابط آنها می‌پردازد (Garner, 2009: 1316) و در مقابل حقوق عمومی<sup>۴</sup> قرار می‌گیرد. «حقوق عمومی قواعدی است که بر روابط دولت و مأموران او با مردم حکومت می‌کند و سازمان‌های دولتی را منظم می‌سازد و حقوق خصوصی مجموعه قواعد حاکم بر روابط افراد است. پس تمام مقرراتی که مربوط به قوای سه‌گانه و طرز اعمال حاکمیت دولت و سازمان‌های عمومی است، از قواعد گروه نخست و تمام اصولی که بر روابط تجارتي و خانوادگی و تعهدات اشخاص در برابر هم حکومت می‌کند، در زمره قواعد حقوق خصوصی است» (کاتوزیان، ۱۳۸۸: ۸۲).

نباید تصور شود که بحث تعارض منافع در حقوق خصوصی کشور ما یک بحث بدون سابقه

عبارت‌اند از سهم‌خواری (Parsa: 2016: 1) و دریافت هدیه از طرف یک صنعت مرتبط با پزشکی (پارسا و خورشیدیان، ۱۳۹۶: ۲۶۳-۲۶۴)

۱. تزامن، در اصطلاح عبارت است از تنافی دو حکم، به سبب عدم قدرت مکلف بر انجام هر دوی آنها در عالم امثال (صدر، ۱۴۱۷: ۲۶). برخلاف تزامن که تنافی موجود در آن به مرحله تحقق یافتن (امثال) حکم شرعی بازمی‌گردد در تعارض ادله این تنافی، ناظر به مرحله تشریح است (مظفر، ۱۴۰۳: ۱۸۹).

2. Fiduciary
3. Private law
4. Public law



است؛ بلکه در مواد متعددی بدون آنکه از این عنوان استفاده شود، به بحث تعارض منافع پرداخته شده و راهکاری پیشگیرانه‌ای نیز برای آن اندیشیده شده است؛ نظیر تعارض منافع دادرسی<sup>۱</sup>، تعارض منافع داور<sup>۲</sup>، تعارض منافع شاهد<sup>۳</sup>، تعارض منافع قیام<sup>۴</sup>، تعارض منافع وکیل<sup>۵</sup>، تعارض منافع مدیر شرکت تجاری<sup>۶</sup>، تعارض منافع بازرسی شرکت تجاری<sup>۷</sup> و موارد متعدد دیگر.

دامنه تعارض منافع را باید با لحاظ وصف مورد اعتماد در شخص در معرض تعارض منافع به صورت مجزا مورد بررسی قرار داد.

همان طور که پیش‌تر بیان گردید تعارض منافع در جایی بروز می‌کند که یک شخص مسئول تصمیم‌گیری در امری باشد که اثر آن دامن‌گیر دیگران می‌شود. حال گاهی اثر این تصمیمات به یک شخص باز می‌گردد که به امانت‌داری شخص (الف) اعتماد نموده و از وی توقع وفاداری دارد مانند تکلیف وکیل به امانت‌داری نسبت به موکل و گاهی نیز اثر تصمیمات به حل و فصل اختلافات میان دو شخص باز می‌گردد مانند کاری که قاضی یا داور انجام می‌دهد. در واقع در حالت اخیر به عدم جانب‌داری شخص اعتماد شده و به وی مسئولیت تصمیم‌گیری اعطا شده است. به عنایت به مطالب فوق و مطابق استقرای به عمل آمده مباحث مربوط به تعارض منافع در حقوق خصوصی، در یکی از دو بخش زیر قرار می‌گیرد:

### ۲-۱. تعارض منافع در شخص مکلف به بی‌طرفی

شخص بی‌طرف<sup>۸</sup>، کسی است که با تمام طرف‌های اختلاف، به صورت برابر، بدون تعصب و منصفانه برخورد می‌کند (Abate, 1999: 392)؛ لذا از لحاظ لغوی، بی‌طرفی<sup>۹</sup> به معنای عدم جانب‌داری و عدم تعصب است (معین، ۱۳۶۳: ۶۲۹). مطابق فرهنگ دهخدا بی‌طرفی به‌عنوان یک اصطلاح سیاسی عبارت است از عدم دخالت در دسته‌بندی‌های سیاسی یا به عبارت دیگر در حالتی

۱. ماده ۹۱ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی و ماده ۴۲۱ قانون آیین دادرسی کیفری.

۲. مواد ۴۶۹ و ۴۷۰ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی.

۳. ماده ۱۳۱۳ قانون مدنی و ۳۲۲ قانون آیین دادرسی کیفری.

۴. مواد ۱۲۳۶ تا ۱۲۴۵ و ۱۲۴۸ قانون مدنی و مواد ۷۶، ۷۹، ۸۱، ۸۳، ۹۳ و ۹۴ قانون امور حسبی.

۵. مواد ۶۶۷، ۶۶۸ و ۱۰۷۲ قانون مدنی.

۶. مواد ۱۲۹، ۱۳۲ و ۱۳۳ لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت.

۷. ماده ۱۴۷ لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت.

8. impartial

9. impartiality

که دو دولت در وضعیت جنگی یا تیرگی مناسبات سیاسی هستند، دولت سومی در امور سیاسی آنها یا جنگ میان آنها مداخله ننماید (دهخدا، ۱۳۷۲: ۵۴۵۶). برخی نویسندگان، اصطلاحات (Prejudice) و (Bias) را نقطه مقابل (Impartiality) قرار داده‌اند (Alam, 2004: 3).

در واقع بی‌طرفی (یکنواختی برخورد یا برخورد منصفانه) یکی از اصول عدالت است که به‌موجب آن تصمیمات باید بر اساس معیارهای عینی اتخاذ شود و گرایش‌های خاص، پیش‌داوری یا ترجیح دادن منفعت یک شخص بر دیگری بر اساس دلایل ناموجه نباید مبنای تصمیمات باشد (Baghel, 2017: 123).

مصادیق این قسم تعارض منافع را می‌توان در دو گروه تعارض منافع در دعاوی و تعارض منافع اصیل - اصیل طبقه‌بندی نمود.

### ۱-۲. تعارض منافع در دعاوی

وقتی که میان دو شخص دعوی در جریان باشد اشخاص متعددی در این دعوا نقش‌آفرینی می‌کنند که نتیجه تصمیمات آنها بر حقوق و تکالیف طرفین دعوا تأثیرگذار است. برای یک دادرسی صحیح و عادلانه لازم است این اشخاص در کمال بی‌طرفی تصمیم‌گیری نمایند و منافع شخصی خود را در تصمیمات‌شان دخیل نمایند؛ این افراد عبارت‌اند از دادرس (در دعاوی مطرح شده در دادگاه)، داور (در موارد توافق بر داوری)،<sup>۱</sup> کارشناسان رسمی (در مواردی که تشخیص یک امر موضوعی به آنها واگذار شده است) و شاهد.

همان‌گونه که مشخص است شخص مورد اعتماد در این حالت، ممکن است اختیارات خود را مستقیماً از قانون گرفته باشد؛ نظیر دادرس، کارشناس و شاهد و یا اختیارات وی ناشی از اراده طرفین یک اختلاف باشد مانند داور.

در منابع فقهی صراحتاً به بحث تعارض منافع در دعاوی اشاره نشده است ولی از تکالیفی که برای قاضی در بحث «رعایت تساوی میان طرفین دعوا» و نیز ممنوعیت مهمانی با یکی از طرفین دعوا و ممنوعیت پذیرش هدیه آمده است و نیز عدم پذیرش شهادت شاهی که در مظان اتهام است (حلی، ۱۴۰۷: ۵۱۸؛ حائری، ۱۴۱۸: ۲۸۰؛ خمینی، بی‌تا: ۴۳۳) به روشنی می‌توان

۱. اعتبار و جایگاه داور به وی اختیار می‌دهد که راجع به حقوق و تعهدات خود با طرفین اختلاف توافق کرده و آنجا که انتظارات طرفین اختلاف جریان داوری را به مخاطره می‌اندازد، در برابر خواسته‌های نامعقول طرفین اختلاف ایستادگی نماید و حقوق و تعهدات خود و آنان را تحت چهارچوب قراردادی نظم بخشد (خاکپور، اسکینی و بهمنی، ۱۳۹۸: ۱).

دریافت که اندیشه تعارض منافع در قالب کلمات دیگری در میان فقها وجود داشته است.

## ۲-۱-۲. تعارض منافع اصیل - اصیل

در راهبری شرکت‌ها<sup>۱</sup> دو نوع تعارض منافع وجود دارد: نخست تعارض منافع میان سهامداران و مدیر شرکت (principal-agent)<sup>۲</sup> و دوم تعارض منافع میان سهامداران اقلیت و اکثریت (OECD, 2011:41) که به تعارض اصیل - اصیل<sup>۳</sup> مشهور است. باید دانست که ساختار مالکیت، نقش مهمی در تعارض منافع دارد و ساختار مالکیت متمرکز (concentrated ownership) باعث تعارض منافع میان سهامداران اقلیت و اکثریت شده (Wu & Patel: 2015: 27; OECD, 2011: 41) و عدم توازن قدرت را در پی خواهد داشت (Zou, 2019: 108). سهامداران اکثریت با توجه به آنکه حق رأی آن‌ها تابعی از میزان سهام‌شان است قدرت بیشتری در تصمیم‌گیری‌ها دارند و به عبارت بهتر تصمیم‌گیرنده اصلی هستند و در واقع آن‌ها مدیران شرکت را انتخاب می‌کنند. در این شرایط مدیر که نماینده همه سهامداران است درگیر تعارض منافع می‌باشد؛ زیرا از طرفی وابستگی بیشتری به سهامداران اکثریت دارد و از طرف دیگر وظیفه اخلاقی وی اقتضا می‌کند که منافع اکثریت را بر منافع اقلیت ترجیح ندهد.

تعارض منافع اصیل - اصیل در واقع نشان می‌دهد که بحث تعارض منافع در نمایندگی در همه موارد از انحراف نماینده از وصف امانت‌داری ناشی نمی‌شود (موارد تقدم منفعت شخصی نماینده بر منافع منوب‌عنه که در ادامه توضیح داده شده است) بلکه در برخی موارد بحث حول محور امکان انحراف نماینده از وصف بی‌طرفی است؛ بی‌طرفی نسبت به منافع سهامداران اقلیت و سهامداران اکثریت.

بحث تعارض منافع اصیل - اصیل اختصاصی به حقوق شرکت‌ها ندارد، بلکه هر زمان که شخصی نماینده بیش از یک شخص باشد و اشخاص اعطاکننده نمایندگی به نماینده دارای منافع متضاد باشند مورد از موارد تعارض منافع اصیل - اصیل محسوب می‌گردد.

## ۲-۲. تعارض منافع در شخص مکلف به امانت‌داری

رابطه موضوع بحث تعارض منافع باید رابطه امانی<sup>۴</sup> باشد به این معنی که در این رابطه باید یک شخص به دیگری اعتماد کند (با حداقل حق داشته باشد اعتماد کند) تا شخص مورد نظر (امین)

1. corporate governance

۲. این قسم تعارض منافع، مربوط به تعارض منافع ناشی از تکلیف امانت‌داری است.

3. principal-principal

4. Fiduciary

کاری را برای وی انجام دهد (Davis & Stark, 2001: 8).

لرد میلِت<sup>۱</sup> (در دعوی متیو علیه بریستول)<sup>۲</sup> معتقد است که امین کسی است که در یک رابطه مبتنی بر اعتماد و اطمینان، متعهد است فعلی برای دیگری و از طرف او در یک موضوع خاص انجام دهد (Bean & Dewar, 2005: 405).

از نظر برخی رابطه امانی،<sup>۳</sup> رابطه‌ای است که به موجب آن یک شخص وظیفه دارد در مورد موضوعاتی که در محدوده رابطه قرار دارد به نفع شخص دیگری عمل کند. نمونه‌ای این رابطه عبارتند از: رابطه تراستی<sup>۴</sup> و ذی‌نفع، رابطه قیم و محجور، رابطه اصیل و نماینده و رابطه وکیل و موکل. روابط امانی معمولاً در یکی از این چهار موقعیت به وجود می‌آیند:

۱. زمانی که یک شخص به وفاداری تمام و کمال دیگری اعتماد می‌کند که نتیجه آن تفوق یا نفوذ شخص معتمد بر شخص اعتمادکننده است. ۲. زمانی که یک شخص، کنترل و مسئولیت دیگری را می‌پذیرد. ۳. هنگامی که یک شخص وظیفه دارد در مورد موضوعاتی که در محدوده رابطه قرار دارد به نفع شخص دیگری عمل نموده یا به وی توصیه نماید. ۴. زمانی که ارتباط خاصی وجود دارد که به طور سنتی واجد وظایف امانت‌داری<sup>۵</sup> تلقی می‌شود، مانند رابطه وکیل و موکل (Garner, 2009: 1402).

در متون فقهی، روش مرسوم بررسی عقود معین بوده و اصولاً به قواعد عمومی قراردادها پرداخته نمی‌شود؛ لذا مباحث نمایندگی اصولاً ذیل مباحث عقد وکالت یا وصایت و یا ذیل بحث ولایت مطرح شده است و به نمایندگی به عنوان یک نظریه کلی پرداخته نشده و تعریف جامع و مانعی از آن ارائه نگردیده است (قنواتی خلف آبادی، ۱۳۸۰: ۲۲)؛ لکن علمای حقوق به تعریف نمایندگی پرداخته‌اند. دکتر لنگرودی معتقدند: «نمایندگی Representation در حقوق عمومی و خصوصی صفت کسی است که اقدام به انجام یک عمل حقوقی برای شخص دیگری (یا به نام شخص دیگر) به استناد قدرت قانونی (نمایندگی قانونی) یا به استناد اختیار ناشی از قرارداد (نمایندگی قراردادی) می‌کند و نتیجه اقدام او ایجاد یک تعهد یا یک حق به عهده یا نفع منوب‌عنه می‌باشد.» (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۰: ماده نمایندگی) مرحوم دکتر کاتوزیان در تعریفی مختصرتر عنوان نموده‌اند:

1. Lord Millett
2. MOTHEW (T/A STAPLEY & CO) v. BRISTOL and WEST BUILDING SOCIETY Respondant [1996] EWCA Civ 533 (24th July, 1996)
3. Fiduciary relationship
4. Trustee
5. Fiduciary duties

«رابطه‌ای است حقوقی که به موجب آن نماینده می‌تواند به نام و به حساب اصیل در انعقاد قراردادی شرکت کند که آثار آن به‌طور مستقیم دامن‌گیر اصیل می‌شود» (کاتوزیان، ۱۳۷۹: ۵۴).

در بحث تعارض منافع، تمایز قانونی بین نماینده<sup>۱</sup> و تراستی اهمیتی ندارد. نماینده، یک امین محسوب می‌شود که تحت کنترل مستمر اصیل<sup>۲</sup> قرار دارد (یعنی اصیل ممکن است در هر زمان دستورالعمل جدیدی را صادر کند)<sup>۳</sup> در حالی که یک تراستی مانند نماینده تحت کنترل نیست و آزادی عمل بیشتری دارد (Davis & Stark, 2001: 8).

اگرچه یکی از مهم‌ترین مباحث تعارض منافع ناشی از اعتماد به امانت‌داری، مباحث مربوط به نمایندگی است و عمدتاً ذیل عنوان «بحران نمایندگی»<sup>۴</sup> مورد بحث و بررسی قرار می‌گیرد و مباحث مربوط به این مسئله در حوزه تعارض منافع در حقوق خصوصی کاربرد فراوانی دارد؛ لیکن دامنه تعارض منافع ناشی از اعتماد به امانت‌داری به بحث «بحران نمایندگی» محدود نیست و حوزه‌های دیگری را نیز در بر می‌گیرد که به شرح زیر در چهار دسته قابل تقسیم‌بندی است:

#### ۲-۲-۱. تعارض منافع ناشی از اعطای اختیار مادی به غیر برای انعقاد عمل حقوقی

در این قسم تعارض منافع، شخص دارای اختیار که می‌تواند دچار تعارض منافع شود، نماینده قانونی یا قراردادی اصیل نیست که به جای وی بتواند عمل حقوقی را انشا نماید، بلکه شخص اصیل اختیار انجام برخی امور مادی که در انعقاد عمل حقوقی کمک می‌کند را به دیگری واگذار کرده است؛ اموری نظیر اعطای اختیار نگارش قرارداد که نمونه بارز آن در دفاتر اسناد رسمی دیده می‌شود و اعطای اختیار ابلاغ پیام یک شخص به دیگری که در موارد قراردادهای از راه دور قابل تصور است و مواردی از این قبیل.

#### ۲-۲-۲. تعارض منافع ناشی از اعطای اختیار انجام امور فکری به غیر برای انعقاد عمل حقوقی

منظور از انجام امور فکری، مواردی است که شخص دارای اختیار و مورد اعتماد، قرار است با انجام برخی امور که جنبه راهنمایی‌کننده برای اصیل دارد وی را به انجام عمل حقوقی، ترغیب و یا از انجام آن منصرف نماید؛ نظیر اختیاری که به شخص مشاور در اعطای مشاوره داده می‌شود؛ اختیاری که به دلال برای یافتن طرف معامله مناسب داده می‌شود؛ اختیاری که یک شخص داده

1. Agent

2. Principal

۳. نمایندگی رابطه‌ای است که زمانی به وجود می‌آید که یک شخص (اصیل) به دیگری (نماینده) اختیار می‌دهد که به نمایندگی از او عمل نماید و نماینده نیز این امر را می‌پذیرد (Treitel, 2003: 705).

4. Agency problem

می‌شود تا مذكرات پیش‌قراردادی را برای اصیل انجام دهد و مواردی از این قبیل.

### ۳-۲-۲. اعطای اختیار انشای عمل حقوقی برای غیر

در این قسم تعارض منافع، شخص نماینده، اختیار انشای عمل حقوقی برای اصیل را دارد و آثار عمل حقوقی انشاشده توسط وی نسبت به اصیل مجری است. نماینده می‌تواند قراردادی باشد؛ نظیر وکیل، حق‌العمل‌کار و کارگزار، می‌تواند قانونی باشد؛ نظیر ولی و وصی، ممکن است قضایی باشد؛ نظیر قیم و نیز ممکن است رکنی از ارکان اصیل باشد نظیر مدیر شرکت. این قسم اشخاص بیش از سایر مصادیق در معرض تعارض منافع هستند و بسیاری از مباحث تعارض منافع در این حوزه مطرح شده است.

### ۴-۲-۲. اعطای اختیار مدیریت اموال

در این حالت، شخص در معرض تعارض منافع، اختیار اداره اموالی را دارد که متعلق به دیگران است. ممکن است گفته شود نمایندگانی نظیر وکیل و ولی نیز اختیار اداره اموال اصیل را دارند؛ لیکن در اینجا مقصود نماینده شخص نیست بلکه مقصود نماینده اموال است؛ نظیر اختیاری که متولی وقف، مدیر تصفیه یا مدیر ترکه دارد.

### ۳. قلمرو مباحث تعارض منافع: جلوگیری از خلط مباحث

تحدید و مشخص کردن قلمرو «تعارض منافع اصطلاحی» از آن رو دارای اهمیت است که در بحث مدیریت تعارض منافع (روش‌های پیشگیری و برخورد با تعارض منافع) از مصادیق «تعارض منافع اصطلاحی» صحبت می‌شود؛ زیرا این دسته از تعارضات منافع قاعده‌مند هستند و قابلیت شناخت دارند و می‌توان برای مدیریت آن‌ها برنامه‌ریزی نمود و ضمناً راهکارهای ارائه شده برای مدیریت تعارض منافع با «تعارض منافع اصطلاحی» سنخیت دارند. مصادیق «تعارض منافع لغوی» دارای قلمرو بسیار گسترده‌ای بوده و تقریباً تمام حوزه‌های زندگی را در بر می‌گیرد؛ این دسته از تعارضات منافع دارای ضابطه مشخص و قاعده‌مند نیستند؛ لذا نمی‌توان همه آن‌ها را احصا و دسته‌بندی نمود مضافاً به اینکه حتی اگر دسته‌بندی آن‌ها ممکن باشد، راهکارهای مدیریت آن‌ها بسیار متفاوت است و امکان استخراج قاعده از آن‌ها فراهم نیست.

مطابق تعریف و عناصری که از اصطلاح تعارض منافع ارائه گردید، تعارض منافع حالتی است که شخص (الف) که به هر علت مورد اعتماد قرار گرفته و لذا شخص (ب) مسئول حمایت از منافع شخص یا اشخاص دیگر (ب) می‌باشد با توجه به اینکه در مورد مسئولیت خود دارای نفع شخصی می‌باشد این احتمال وجود دارد که قضاوت وی (انتخاب از میان چند تصمیم) تحت تأثیر منفعت شخصی قرار گرفته و منافع شخص (ب) را نادیده بگیرد.

تعریف فوق‌الذکر طبیعتاً برخی حالاتی که شبیه به حالت تعارض منافع است ولی از الگوی مزبور تبعیت نمی‌کند خارج می‌کند. عمده مصادیقی که در ادامه مطرح می‌شود و خارج از قلمرو «تعارض منافع اصطلاحی» قرار می‌گیرد موارد «تعارض منافع لغوی» است که به لحاظ شباهت آن‌ها با تعارض منافع اصطلاحی با آن خلط شده‌اند. در موارد «تعارض منافع لغوی» در واقع میان منافع دو شخص تعارض وجود دارد؛ لیکن هیچ‌یک از طرفین مسئول حمایت از منافع دیگری نیست؛ لذا بحث «تعارض منافع اصطلاحی» منتفی است.

### ۳-۱. ارث نبردن قاتل از مقتول

برخی گفته‌اند: «اگر پدری بمیرد فرزندش از او ارث می‌برد. این موضوع ممکن است به وجود آوردن یک موقعیت تعارض منافع باشد که فرزندان را به کشتن پدران ترغیب کند. برای رفع این تعارض، بنا بر اجماع فقهای شیعه و ماده ۸۸۰ قانون مدنی قتل از موانع ارث به حساب آمده است و بدین ترتیب تلاش شده که با از بین بردن تعارض منافع دریافت ارث از انگیزه‌های سوء جلوگیری شود.» (پرهیزکاری و رزقی، ۱۳۹۶: ۳۰).

البته موضوع فوق‌الذکر کلی‌تر از قتل پدر توسط پسر است و در واقع مسئله مزبور «ارث نبردن قاتل از مقتول» است.

در روایات متعددی به بحث «ارث نبردن قاتل از مقتول» شده است؛ نظیر ۱. محمد بن یعقوب از پیامبر (ص) نقل کرده است که: «لَا مِيرَاثَ لِلْقَاتِلِ» (حرّ عاملی، ۱۴۰۹: ۳۰)؛ ۲. به نقل از امام صادق (ع) آمده است: «لَا يَتَوَارَثُ رَجُلَانِ قَتَلَ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ» (صدوق، بی‌تا: ۱۲۰)، همچنین از ایشان منقول است: «أَيَّمَا رَجُلٍ ذِي رَجْمٍ قَتَلَ قَرِيْبَهُ لَمْ يَرِثْهُ» (کلینی، ۱۳۸۷: ۶۷۷).

فقهای امامیه معتقدند قتل عمدی چنانچه از روی ظلم (در غیر از موارد مجاز) محقق شود مانع ارث است (عاملی، ۱۴۱۰: ۲۴۲؛ عاملی، ۱۴۱۳: ۳۶، خمینی، بی‌تا: ۳۶۷)؛ بلکه گفته شده در این خصوص اجماع وجود دارد (نجفی، ۱۴۰۴: ۳۶). شیخ طوسی نیز در کتاب «الخلاف» معتقد است چنانچه قتل عمدی و از روی معصیت باشد بدون اینکه اختلافی وجود داشته باشد مانع از ارث بودن وی از مقتول می‌شود (طوسی، ۱۴۰۷: ۲۸).

با عنایت به مطالب فوق، یکی از موانع ارث که در ماده ۸۸۰ قانون مدنی نیز به آن اشاره شده مسئله ارث نبردن قاتل از مقتول است. می‌دانیم که ممکن است موقعیتی برای برخی اشخاص ایجاد شود که موت مورث را به نفع خود ببیند و درصدد قتل وی بر باشند. این اشخاص درگیر یک موقعیت دارای تعارض منافع هستند. منفعت مورث اقتضای آن را دارد که به زندگی خود ادامه دهد از دیگر سو منفعت وارث در آن است که مورث هر چه سریع‌تر از میان برداشته شود و ماترک وی به

وارث به ارث برسد. این حالت سبب شده است که برخی تصور نمایند حکم ماده ۸۸۰ قانون مدنی مربوط به بحث مدیریت تعارض منافع است، اما همان طور که واضح است این مصداق، در واقع مصداق «تعارض منافع اصطلاحی» نیست؛ زیرا اگرچه در این مسئله میان منافع وارث و مورث تعارض وجود دارد (تعارض منافع لغوی) اما مورث در این زمینه به وارث خود اعتماد نکرده و او را مسئول حمایت از منافع خود قرار نداده است؛ لذا در این مسئله وارث در قبال حفظ منافع مورث وظیفه و مسئولیتی ندارد که آن را با منافع خود در تعارض ببیند؛ لذا این مسئله و شیوه برخورد با آن خارج از قلمرو بحث «تعارض منافع اصطلاحی» است.

### ۲-۳. تعارض منافع زوجین در تعیین اقامتگاه برای دعاوی خانوادگی

در رأی شماره ۹۲۰۹۹۷۰۹۰۶۸۰۰۰۲۱ شعبه ۸ دیوان عالی کشور مورخ ۱۳۹۲/۰۱/۱۹ چنین آمده است: «در خصوص اختلاف در صلاحیت ... در رسیدگی به دعوی مطروحه به خواسته الزام زوجه خوانده به تمکین با توجه به محتویات پرونده. اولاً برخلاف استدلال شعبه ۲۶ محترم دادگاه خانواده شهرستان کرج، از آنجائی که زوجین، در حال حاضر به لحاظ وجود اختلافات فی مابین فاقد زندگی مشترک در زیر یک سقف بوده و عملاً جدا از هم زندگی می نمایند، لذا در وضع موجود به لحاظ تعارض منفعتی که بین آنان وجود داشته، اقامتگاه زوج خواهان نمی تواند اقامتگاه زوجه خوانده محسوب...» شود. (<http://ara.jri.ac.ir>).<sup>۱</sup> مشابه مبحث قبل از آنجا که هیچ یک از زوجین وظیفه ای در قبال حفظ منافع دیگر ندارند تعارض منفعت آن ها یکی تعارض لغوی است و خارج از قلمرو «تعارض منافع اصطلاحی» قرار می گیرد.

### ۳-۳. تعارض منافع در معاملات (عقود مغاینه ای)

قراردادها به اعتبارات گوناگونی قابل تقسیم بندی هستند. یکی از این تقسیم بندی ها، تقسیم عقود به معوض (نظیر بیع) و غیر معوض (نظیر هبه) است. عقود معوض از حیث هدف اقتصادی متعاملین خود به دو دسته عقود مسامحه و عقود معامله<sup>۲</sup> یا به تعبیر دیگر عقود مغاینه (جعفری

۱. برای ملاحظه آرای مشابه نک: رأی شماره ۹۱۰۹۹۷۰۹۰۶۸۰۱۴۴۲ شعبه ۸ دیوان عالی کشور مورخ ۱۳۹۱/۱۰/۰۴، و نیز رأی شماره ۹۱۰۹۹۷۰۹۰۶۸۰۱۷۷۲ شعبه ۸ دیوان عالی کشور مورخ ۱۳۹۱/۱۲/۰۸، قابل دسترسی در (<http://ara.jri.ac.ir>) با همین مضمون صادر شده اند.

۲. دکتر کاتوزیان معتقد بودند که اصطلاح عقد مغاینه چون با روح حسن نیتی که باید بر معاملات حکومت داشته باشد، تناسبی ندارد، کلمه «معامله» برای پارسی زبانان مانوس تر است؛ لذا واژه اخیر را پیشنهاد دادند (کاتوزیان، ۱۳۸۰: ۱۲۸)، مرحوم دکتر شهیدی به جای تقسیم بندی عقود مسامحه و مغاینه، تقسیم بندی عقود به عقد متعادل و



لنگرودی، ۱۳۹۱: ۳۹) تقسیم می‌شوند. این تقسیم بر مبنای اهداف اقتصادی طرفین قرارداد است، طرفین قرارداد در عقود معوض به‌طور معمول به دنبال کسب سود هستند و مایل‌اند در برابر چیزی که از دست می‌دهند عوضی متعادل یا گران‌بها تر کسب نمایند و در این راه مانند تاجر سخت‌گیر و دقیق هستند. این عقود را عقود معامله یا مغاینه می‌گویند، ولی در برخی قراردادهای معوض، طرفین قرارداد این‌طور نمی‌اندیشند و هدف‌های اخلاقی بر سودجویی‌های متعارف غلبه دارد مانند جایی که فروش یک منزل با ثمن پایین‌تر از معمول از سوی پدر به فرزند. این گروه از قراردادها را عقود مسامحه می‌گویند (کاتوزیان، ۱۳۸۰: ۱۲۸).

با توجه به آنچه گذشت به روشنی می‌توان نتیجه گرفت که در عقود مغاینه، منافع هر یک از طرفین با طرف دیگری در تعارض است و لاقلاً از حیث لغوی میان طرفین قراردادهایی نظیر بیع و اجاره تعارض منافع وجود دارد؛ زیرا در این قسم قراردادها طرفین به دنبال منفعت خود هستند و اصولاً گذشت و ایثار در این قراردادها (حمایت از منافع طرف مقابل) جایگاهی ندارد (خدابخشی، ۱۳۸۹: ۱۵۶).

با توجه به آنکه لاقلاً از حیث لغوی میان طرفین عقود مغاینه‌ای تعارض منافع وجود دارد، مقنن راهکارهای متفاوتی برای متعادل کردن قراردادها و نیز جلوگیری از سود بردن ناروای یک طرف به زیان دیگری تعبیه کرده است که برخی از آن‌ها عبارت‌اند از خیار غبن، خیار عیب، خیار تدلیس، خیار رؤیت و... و گاهی نیز با اعلام بطلان و عدم نفوذ (معاملات سفیه) سعی نموده به نوعی این تعارضات منافع را مدیریت نماید. یعنی به‌عنوان مثال در تعارض منافع میان طرفین قرارداد منفعت شخص جاهل به قیمت واقعی و متضرر را بر منافع دیگری ترجیح داده و برای وی اختیار فسخ معامله را قرار داده است.

برخی از نمونه‌های توجه به مسئله منافع متعارض در معاملات نیز در ادامه ذکر می‌گردد. در خصوص ایجاد خیار غبن مرحوم کلانتر در شرح مکاسب گفته‌اند در اینجا دو غرض وجود دارد، غرض بایع غابن و غرض مغبون که این دو غرض با هم در تعارض قرار می‌گیرند؛ لذا غرض مغبون بر غرض غابن مقدم می‌شود و برای وی خیار به وجود می‌آید (کلانتر، ۱۴۱۰: ۱۵۶). به روشنی مشخص است که بحث ایجاد خیار غبن می‌تواند به تعارض منافع (لغوی) طرفین قرارداد بازگردد. همین مسئله در خصوص انتفای خیار غبن نیز صادق است. توضیح آنکه در خصوص مبنای خیار غبن گفته شده (کاتوزیان، ۱۳۸۳: ۲۳۳) که فقیهان طرفدار غبن، برای اثبات نظر خود سه

عقد نامتعادل را مطرح کرده‌اند (شهیدی، ۱۳۸۲: ۹۱).

مبنای عیب اراده (نک: حلی، ۱۴۱۴: ۶۸)، شرط ضمنی (یزدی، ۱۴۲۱: ۳۴؛ نائینی، ۱۳۷۳: ۵۷) و نفی ضرر (حلی، ۱۴۱۴: ۶۸؛ طوسی، ۱۴۰۷: ۴۲) را مطرح کرده‌اند. شیخ انصاری پس از بیان اینکه قوی‌ترین دلیل برای خیار غبن قاعده «لاضرر» است دو احتمال را بیان می‌دارد و معتقد است که ظاهر آن است چنانچه ضرر مغبون با یکی از این احتمالات جبران شود نسبت به اثبات خیار برای مغبون اولویت دارد (انصاری، ۱۴۱۵: ۱۶۴-۱۶۱).

از این بحث می‌توان چنین نتیجه گرفت که همان طور که در زمان ورود ضرر ناروا به مغبون اعطای خیار به وی باعث نفی ضرر و مدیریت منافع متعارض می‌شود در مواردی که جبران زیان به طریق دیگر نیز ممکن باشد برای جلوگیری از ورود زیان ناشی از فسخ قرارداد به غابن می‌توان با جلوگیری از فسخ معامله به مدیریت تعارض پرداخت. از نمونه‌های فوق‌الذکر و بسیاری از نمونه‌های دیگر که به دلیل رعایت اختصار و عدم ضرورت از ذکر آن‌ها صرف‌نظر می‌گردد این نکته روشن می‌شود که بحث معاملات مشحون از موارد منافع متعارض میان طرفین است اما غالب این موارد تعارض منافع اصطلاحی نیستند؛ زیرا یکی از طرفین معامله مسئولیت و وظیفه‌ای در قبال حفظ منافع طرف دیگر ندارد که برای وی تعارض وظیفه (منفعت اولیه) و منفعت شخصی پیش بیاید؛ لذا این مصادیق همگی خارج از بحث تعارض منافع اصطلاحی بوده و راهکارهای مدیریت آن‌ها نیز با بحث تعارض منافع اصطلاحی متفاوت است.

### نتیجه

از نوشتار حاضر نتایجی به شرح زیر قابل استخراج است:

۱. عناصر تشکیل‌دهنده تعارض منافع عبارت‌اند از منفعت، تعارض، قضاوت و رابطه. این عناصر در تمامی مصادیق تعارض منافع وجود دارند و وجود یا عدم این عناصر نشان‌دهنده آن است که یک مسئله مربوط به مبحث تعارض منافع است یا خیر.
۲. مصادیق تعارض منافع در حقوق خصوصی ذیل دو عنوان «تعارض منافع در شخص مکلف به بی‌طرفی» و «تعارض منافع در شخص مکلف به امانت‌داری» مورد بررسی قرار می‌گیرد که تعارض منافع در دعاوی و تعارض منافع اصیل - اصیل مربوط به قسم نخست بوده و تعارض منافع نماینده - اصیل ذیل عنوان دوم مطرح می‌شود.
۳. همه مواردی که دو شخص دارای منافع متعارض هستند (تعارض منافع لغوی) ذیل عنوان «تعارض منافع اصطلاحی» مورد بررسی قرار نمی‌گیرند؛ لیکن برخی از این مصادیق به جهت شباهت آن‌ها با بحث تعارض منافع ممکن باعث خلط مباحث این دو حوزه شوند؛ تصحیح اشتباهات این حوزه و جلوگیری از خلط مباحث از این جهت مهم است که در بحث مدیریت

تعارض منافع (روش‌های پیشگیری و برخورد با تعارض منافع) از مصادیق «تعارض منافع اصطلاحی» صحبت می‌شود؛ زیرا این دسته از تعارضات منافع قاعده‌مند هستند و می‌توان برای مدیریت آن‌ها برنامه‌ریزی نمود؛ در حالی که مصادیق «تعارض منافع لغوی» دارای قلمرو بسیار گسترده‌ای بوده و دارای ضابطه مشخص و قاعده‌مند نیستند؛ لذا نمی‌توان همه آن‌ها را دسته‌بندی نمود مضافاً به اینکه حتی اگر دسته‌بندی آن‌ها ممکن باشد، راهکارهای مدیریت آن‌ها بسیار متفاوت است و امکان استخراج قاعده از آن‌ها فراهم نیست.

۴. شناسایی مصادیق تعارض منافع، مقدمه مدیریت این تعارضات است. بهترین شیوه مدیریت تعارض منافع آن است که مانع از اقدامات شخص دارای تعارض شد، ولی چنانچه شخص درگیر تعارض منافع اقدامات خود را انجام دهد لازم است راهکاری برای از بین بردن آثار تصمیم او و احیاناً تنبیه وی پیش‌بینی شود. در حقوق کشور ما از دیرباز مصادیق بارز تعارض منافع شناسایی شده و راهکارهایی برای مدیریت آن‌ها پیش‌بینی شده است؛ لیکن شناسایی موارد مزبور مبتنی بر روش علمی نبوده و به‌صورت پراکنده و ناظر به موارد خاص است در حالی که مبتنی بر روش عناصرشناسی می‌توان به‌صورت قاعده‌مند این مصادیق را شناسایی کرد. در زمینه مدیریت تعارض منافع نیز قانون‌گذار کشور ما از تمامی روش‌های موجود به درستی بهره‌برداری نکرده و برخی از مهم‌ترین روش‌ها نظیر الزام به افشای تعارض منافع و گزارش‌دهی منابع درآمدها را نادیده گرفته و برخی روش‌های دیگر نظیر ممنوعیت رقابت تجاری با اصیل، ممنوعیت معامله با خود یا ابطال اعمال و تصمیمات را در به‌صورت موردی و به‌عنوان قاعده از آن‌ها بهره نبرده است؛ لذا پیشنهاد می‌شود مقنن در تصویب قوانین جدید و نیز اصلاح قوانین سابق، پس از شناسایی موارد تعارض منافع، ابتدا تبیین نماید منشأ این تعارض امانت‌داری است یا بی‌طرفی و سپس متناسب با این تشخیص، راهکارهای مدیریت متناسب با آن را مقرر نماید.

۵. مبتنی بر شناخت صحیح از مفهوم و مصادیق تعارض منافع لازم است اصلاحات متعددی در قوانین مربوط به دو حوزه تعارض منافع مبتنی بر امانت‌داری و تعارض منافع مبتنی بر بی‌طرفی اعمال گردد. در حوزه بی‌طرفی لازم است برخی زمینه‌ها نظیر ممنوعیت اشتغال هم‌زمان و ممنوعیت دریافت هدیه، اعلام‌داری، ممنوعیت برای رسیدگی به دعوی، ممنوعیت درب‌گردان و ممنوعیت فعالیت‌های سیاسی مورد بازبینی و اصلاح قرار گیرند و در حوزه امانت‌داری نیز لازم است یافته‌های راهبری شرکتی در مقررات تجاری آورده شده و نیز حوزه‌های تعارض منافع وکلا، نمایندگان حقوقی، قیمان و سایر نمایندگان مورد بازبینی و اصلاح قرار گیرند.

## منابع

## فارسی

- پارسا، مجتبی و اعظم خورشیدیان (۱۳۹۶)، «تعارض منافع در دندانپزشکی»، مجله اخلاق و تاریخ پزشکی، دوره ۱۰.
- پرهیزکاری، سید عباس، رزقی، ابوالفضل (۱۳۹۶)، تعارض منافع: دسته‌بندی و مفهوم‌شناسی، تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۰)، ترمینولوژی حقوق، پنجم، تهران: انتشارات گنج دانش.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۹۱)، الفارق: دایره المعارف عمومی حقوق، ج ۴، دوم، تهران: انتشارات گنج دانش.
- خاکپور، احد، ربیعا اسکینی و محمدعلی بهمنی (۱۳۹۸)، «قرارداد داور»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۳، شماره ۱۰۷.
- خدابخشی، عبدالله (۱۳۸۹)، «ادعای علم و جهل در دعوی غبن»، مجله فقه اهل بیت علیهم السلام، دوره ۱۶، شماره ۶۳-۶۴.
- دهخدا، علی اکبر (۱۳۷۲)، لغت‌نامه دهخدا، جلد ۳، تهران: مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران.
- شهیدی، مهدی (۱۳۸۲)، تشکیل قراردادها و تعهدات، سوم، تهران: انتشارات مجد.
- قناتی خلف آبادی، جلیل (۱۳۸۰)، نظریه کلی نمایندگی در حقوق ایران و انگلیس، رساله دکتری، تهران: دانشگاه تربیت مدرس.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۰)، قواعد عمومی قراردادها، ج ۱، پنجم، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۹)، قواعد عمومی قراردادها، ج ۲، پنجم، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۳)، قواعد عمومی قراردادها، ج ۵، چهارم، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۸)، مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- معین، محمد (۱۳۶۳)، فرهنگ فارسی، ج ۱، چاپ ششم، تهران: انتشارات امیرکبیر.
- میلانی‌فر، علیرضا و همکاران (۱۳۹۰)، «ارزیابی حقوقی تعارض منافع در حقوق نظام سلامت ایران»، مجله اخلاق و تاریخ پزشکی، دوره ۵، شماره ۱.

## عربی

- انصاری، مرتضی بن محمد امین (۱۴۱۵)، کتاب المکاسب، ج ۵، اول، قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.
- حائری، سید علی بن محمد طباطبایی (۱۴۱۸)، ریاض المسائل، ج ۱۵، قم: مؤسسه آل‌البیت علیهم السلام.
- حرّ عاملی، محمد بن حسن (۱۴۰۹)، وسائل الشیعة، ج ۲۶، اول، قم: مؤسسه آل‌البیت علیهم السلام.

- حلي، حسن بن يوسف بن مطهر اسدي (١٤١٤)، تذكره الفقهاء، ج ١١، اول، قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام.
- حلي، جمال الدين احمد بن محمد اسدي (١٤٠٧)، المهذب البارع في شرح المختصر النافع، ج ٤، قم: دفتر انتشارات اسلامي وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم.
- خميني، سيد روح الله موسوي (بي تا)، تحرير الوسيلة، ج ٢، اول، قم: مؤسسه مطبوعات دار العلم.
- صدر، محمد باقر (١٤١٧)، بحوث في علم الاصول، مقرر: سيد محمود هاشمي شاهرودي، ج ٧، مركز الغدير للدراسات الإسلامية، قم.
- صدوق، أبي جعفر محمد بن علي بن الحسين بن بابويه القمي (بي تا)، من لا يحضره الفقيه، ج ٤، قم: جماعة المدرسين في الحوزة العلمية، دوم.
- طوسي، ابو جعفر محمد بن حسن (١٤٠٧)، الخلاف، ج ٣ و ٤، اول، قم: دفتر انتشارات اسلامي وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم.
- عاملي، زين الدين بن علي (١٤١٣)، مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام، ج ١٣، اول، قم: مؤسسة المعارف الإسلامية.
- عاملي، محمد بن مكي (١٤١٠)، اللمعة الدمشقية في فقه الإمامية، اول، بيروت: دار التراث - الدار الإسلامية.
- غزالي، ابو حامد محمد بن محمد (١٩٩٣)، المستصفى في علم الاصول، ج ١، بيروت: دار الكتب العلمية.
- كلانتر، سيد محمد (١٤١٠)، كتاب المكاسب (المحشّي)، ج ١٥، سوم، قم: مؤسسه مطبوعاتي دار الكتاب.
- كليني، محمد بن يعقوب (١٣٨٧)، الكافي، ج ١٣، قم: مؤسسه علمي فرهنگي دارالحديث.
- مجموعة مؤلفين (٢٠١٧)، تعارض المصالح في الدولة والمجتمع، دوحه: المركز العربي للأبحاث ودراسة السياسات.
- مظفر، محمدرضا (١٤٠٣)، اصول الفقه، ج ٢، بيروت: مكتب الاعلام الاسلامي.
- نائيني، ميرزا محمد حسين غروي (١٣٧٣)، منية الطالب في حاشية المكاسب، ج ٢، اول، تهران: المكتبة المحمدية.
- نجفي، محمد حسن (١٤٠٤)، جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام، ج ٣٩، بيروت: دار إحياء التراث العربي.
- يزدي، سيد محمد كاظم طباطبائي (١٤٢١)، حاشية المكاسب، ج ٢، دوم، قم: مؤسسه اسماعيليان.

#### انگلیسی و فرانسوی

- Abate, Frank R. (1999), *The Oxford American Dictionary of Current English*, Oxford University Press.
- Alam, Nasser (2004), *Independence and Impartiality in International Arbitration*, International chamber of commerce Bangladesh, vol. I.
- American Bar Association (2007), *Model Rules of Professional Conduct*, American Bar Association.

- Auby, Jean-Bernard, Breen, Emmanuel, Perroud, Thomas (2014), **Corruption and Conflicts of Interest: A Comparative Law Approach**, Edward Elgar Publishing.
- Baghel, Virendra Singh (2017), **ETHICS Integrity & Aptitude (For Civil Services Main Examination)**, Neelkanth Prakashan.
- Bean, Gerry, Dewar, John (2005), **Trusts Law: Text and Materials**, Cambridge University Press.
- Davids, Cindy (2008), **Conflict of Interest in Policing: Problems, Practices, and Principles**, Institute of Criminology.
- Davis, Michael, Stark, Andrew (2001), **Conflict of Interest in the Professions**, Oxford University Press.
- Field, Marilyn J., Lo, Bernard (2009), **Conflict of Interest in Medical Research, Education, and Practice**, National Academies Press.
- Garner, Bryan A. (2009), **Black's Law Dictionary**, 9th edition, West.
- Ge, Yunfeng (2018), **Resolution of Conflict of Interest in Chinese Civil Court Hearings: A Perspective of Discourse Information Theory**, Peter Lang AG International Academic Publishers.
- Joël, Moret-Bailly (2011), **Définir les conflits d'intérêts**, Recueil Dalloz, Dalloz, 187 (16).
- Lo, Bernard (2012), **Resolving Ethical Dilemmas: A Guide for Clinicians**, 4th edition, Lippincott Williams & Wilkins.
- McMunigal, Kevin C. (2001), **Conflict of Interest as Risk Analysis**, Reprinted in Davis, Michael, Stark, Andrew, **Conflict of Interest in the Professions**, Oxford University Press.
- Moore, Don A., Cain, Daylian M., Loewenstein, George, Bazerman, Max H. (2005), **Conflicts of Interest: Challenges and Solutions in Business, Law, Medicine, and Public Policy**, Cambridge University Press.
- OECD (2005), **Managing Conflict of Interest in the Public Sector A Toolkit: A Toolkit**, OECD Publishing.
- OECD (2011), **Corporate governance of listed companies in China: self-assessment by the China Securities Regulatory Commission**, OECD Publishing.
- Parsa, Mojtaba and others (2016), **Fee splitting among general practitioners: A cross-sectional study in Iran**. Arch Iran Med. 19 (12).
- Trident (2006), **Webster's Standard Dictionary**, The New International, Trident Reference Publishing.
- Treitel, G. H. (2003), **The law of contract**, 11th edition, Thomson/Sweet & Maxwell.
- Wu, Huiying, Patel, Christopher (2015), **Adoption of Anglo-American models of corporate governance and financial reporting in China**, Emerald Group Publishing.
- Zou, Weikang (2019), **Corporate Governance in the Banking Sector in China**, Springer.

**آرای قضایی**

- رأی شماره ۹۱۰۹۹۷۰۹۰۶۸۰۱۴۴۲ شعبه ۸ دیوان عالی کشور مورخ ۱۳۹۱/۱۰/۰۴.
- رأی شماره ۹۱۰۹۹۷۰۹۰۶۸۰۱۷۷۲ شعبه ۸ دیوان عالی کشور مورخ ۱۳۹۱/۱۲/۰۸.
- رأی شماره ۹۲۰۹۹۷۰۹۰۶۸۰۰۰۲۱ شعبه ۸ دیوان عالی کشور مورخ ۱۳۹۲/۰۱/۱۹.
- In Re Equitable Office Bldg. Corporation, 83 F. Supp. 531 (S.D.N.Y. 1949)  
available in:  
<https://www.courtlistener.com/opinion/1430757/in-re-equitable-office-bldg-corporation>.





## رهیافتی بر اساسی سازی قضایی حقوق خانواده در نظام حقوقی ایران<sup>۱</sup>

محسن صفری\*، زهرا مشایخی\*\*

### چکیده

خانواده یک نهاد اجتماعی و واحد طبیعی است که در دهه‌های گذشته شاهد تغییرات چشمگیری در تعریف، ساختار و کارکرد آن بوده‌ایم. در بسیاری از نظام‌های حقوقی، خانواده یک نهاد ایدئولوژیک است که قوانینی در سایه احکام دینی برای تنظیم این نهاد وضع شده است؛ قوانینی که نوعاً امره بوده و اراده افراد در تعیین مناسبات آن محدود و جزئی است. با این حال نباید به دلیل سیطره چنین قواعدی، ساحت‌های فردی زیست بشری در نهاد خانواده را نادیده انگاشت و تعرض به بنیادی‌ترین حقوق و آزادی‌های ایشان را مجاز شمرد. اساسی‌سازی پدیده‌ای است که در سطح قضایی در پی پاسداشت حقوق و آزادی‌های اساسی افراد جامعه است و اساسی‌سازی حقوق خانواده درصدد تعدیل قوانین سخت‌گیرانه‌ای است که اعمال مطلق آن‌ها منجر به محمولی جز بحران‌زدگی و آشفتگی نهاد خانواده دربر نخواهد داشت که هم خانواده را به‌عنوان یک نهاد دستخوش نابه‌سامانی قرار می‌دهد و هم بی‌ضابطه و به‌طور گسترده بر حقوق و آزادی‌های بنیادین اعضای خانواده دست‌اندازی می‌کند. در این پژوهش به روش توصیفی تحلیلی با مرور و نقدی بر دیدگاه‌های موافقان و مخالفان اساسی‌سازی حقوق خانواده و با ارائه معیارهای هم‌سو با نظام

۱. این مقاله برگرفته از پایان‌نامه مقطع کارشناسی ارشد نویسنده دوم تحت عنوان «اساسی‌سازی قضایی حقوق

خانواده» با راهنمایی نویسنده مسئول و مشاوره آقای دکتر عباس میرشکاری در دانشگاه تهران است.

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

\*\* قاضی دادگستری، دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهیدبهبشتی، تهران، ایران  
z.mashayekhi@outlook.com

حقوقی ایران نظریه اساسی سازی مشروط را طرح و تبیین کرده ایم تا با محقق دانستن تأثیر افقی قانون اساسی علاوه بر تأثیر عمودی آن، از تجاوز به حقوق بنیادین اعضای خانواده و ارزش های اساسی نهاد خانواده جلوگیری کرده و پرتو نوری بر ذهن و ضمیر قضات روشن فکر خود بتابانیم. **واژگان کلیدی:** خانواده، اساسی سازی، حق بنیادین، رویه قضایی، ارزش های بنیادین خانواده

### مقدمه

پیش تر نهضت هایی برای حمایت از حق های اساسی افراد در برابر دولت ها شکل گرفته بود که به نهضت دستورخواهی معروف بود و حکومت ها به سمت تدوین قانون اساسی به منظور رفع نابرابری میان دولت و ملت قدم برداشتند. لکن این دسته از حقوق به حدی اهمیت داشت که نباید در روابط خصوصی هم نادیده انگاشته می شد و امکان دست اندازی و تعرض به آن ها وجود می داشت. در قرن بیستم پدیده اساسی سازی، در یکی از معانی خود، با شناسایی تأثیر افقی حق های اساسی میان شهروندان متکفل تضمین قضایی حقوق اساسی اشخاص در دیگر رشته های حقوق شد و بدین ترتیب حقوق بشر به روابط اشخاص خصوصی راه یافت.

مسئله پیوند حقوق خانواده به عنوان زیرشاخه حقوق خصوصی با حقوق اساسی که در زمره حقوق عمومی است، تا چند دهه گذشته دوازدهم به نظر می رسید. اگر هم ذکری از خانواده در قانون اساسی کشورها به میان می آمد بیشتر جنبه ارزشی داشت و در قالب یک ایده مطرح بود. با وجود آنکه اساسی سازی، حوزه های قراردادی حقوق خصوصی را با سهولت بیشتری درنوردید، شمول آن بر روابط اعضای خانواده به جهت مختصات و ویژگی های حقوق خانواده اندکی با تردید و تأمل مواجه شد.

از سوی خانواده نهادی است که به سبب کارکردهایش چنان برای جوامع ارزشمند است که حکومت ها درصدد برآمده اند تا با وضع سیاست ها، قوانین و مقرره ها آن را انسجام ببخشند. قوانینی که به راحتی قابل عدول نباشند و به سهولت نتوان بقا و استحکام آن را متزلزل ساخت. این نهاد طبیعی که چهره اخلاقی و جامعه شناختی نیز دارد، از نظارت مذهب هم فارغ نمانده و شارع مقدس احکامی برای آن مقرر فرموده تا متشرعین بدان پایبند باشند و از آن تخطی نکنند. از سوی دیگر هریک از اعضای خانواده به مناسبت شأن انسانی خود از حقوقی برخوردارند که لازمه انسجام شخصیت ایشان است که بر این اساس نمی توان از اعمال مطلق هنجارهای حقوق خانواده سخن گفت. رویکرد حمایت از حقوق بنیادین، اساسی و انسانی اعضای خانواده در پی شکل گیری اندیشه های برابری و آزادی فردی در قرن نوزدهم زمینه ظهور یافت (Glenden, 1989: 88-89).

از نیمه دوم قرن بیستم در آمریکا یکی از حقوق دانان، انقلابی را که در حقوق خانواده آمریکا بر

اساس یکی از آرای دیوان عالی به وجود آمد بررسی و مطالعه کرد. در این رأی که در دهه ۱۹۶۰ صادر شد، حق بر ازدواج، تولید مثل، تضمین دسترسی به طلاق، پایان دادن به بارداری، زندگی مشترک با اعضای خانواده گسترده و... مطرح شد. بر این اساس حقوق خانواده آمریکا به طور اساسی بازتعریف شد و از اواخر قرن بیستم، زبان حق‌های بشری بر حقوق خانواده آمریکا سیطره یافت، به گونه‌ای که شناسایی و تضمین حقوق افراد مهم‌ترین رویداد خانواده آمریکا تلقی شد. در اروپا نیز اساسی سازی حقوق خانواده با استناد به حقوق اساسی مندرج در قوانین اساسی کشورها و کنوانسیون اروپایی حقوق بشر در محاکم ملی و دادگاه اروپایی حقوق بشر نمودار شده است.

در حقوق ایران تضمین قضایی حقوق بنیادین اعضای خانواده بنا به نظر برخی محمل قانونی نداشته و در تراحم حقوق بنیادین افراد با مقرره‌های حقوق خانواده، این هنجارهای عادی خانواده است که اولویت داشته و مراعی است. از این رو محاکم نیز در مقام حل تراحم میان حقوق بنیادین اعضای خانواده و هنجارهای حقوق خانواده کمتر جانب حق‌های انسانی زوجین و فرزندان را گرفته‌اند. پرسشی که در این راستا مطرح می‌شود آن است که آیا در نظام حقوقی ایران ظرفیت‌های لازم برای ورود حقوق اساسی افراد به حقوق خانواده وجود دارد. به منظور پاسخ‌گویی به پرسش حاضر، نگارندگان سه رویکرد را بررسی می‌کنند: رویکرد رد مطلق اساسی سازی حقوق خانواده، رویکرد پذیرش مطلق اساسی سازی حقوق خانواده و رویکرد اساسی سازی مشروط حقوق خانواده. فرضیه ما در این پژوهش آن است که اساسی سازی حقوق و آزادی‌های بنیادین اشخاص در نهاد خانواده به صورت مشروط و با لحاظ معیارهای ۱. تعریف صحیح از نهادهای حقوق خانواده، ۲. منع سوءاستفاده از حق، ۳. رعایت مصالح و ارزش‌های اساسی نهاد خانواده و ۴. پایبندی به موازین اسلامی ممکن است.

بر این اساس پژوهش حاضر با بهره‌گیری از روش کتابخانه‌ای به دنبال استخراج و تبیین معیارهایی برای امکان اعمال حقوق بنیادین افراد در حقوق خانواده در دو فصل انسجام یافته است: نخست مفهوم‌شناسی اساسی سازی حقوق خانواده و دیگر امکان‌سنجی اساسی سازی حقوق خانواده.

### ۱. مفهوم‌شناسی اساسی سازی حقوق خانواده

اساسی سازی عبارت است از فرایند تغییر و تحولی که به سبب رخنه و نفوذ هنجارهای اساسی در گرایش‌های مختلف علم حقوق و در نتیجه آغشتن مجموعه نظم حقوقی به این هنجارها حاصل می‌شود (تقی‌زاده، ۱۳۸۶: ۱۳۴-۱۳۰). بر این اساس، هنجارهای حقوق اساسی نه تنها هنجاری بالادستی و الهام‌بخش در روابط میان دولت و افراد (تأثیر عمودی حقوق اساسی)، بلکه به مثابه یک

هنجار کاربردی و برتر در روابط میان شهروندان (تأثیر افقی) و از جمله اعضای خانواده خواهد بود. اساسی سازی از طریق انطباق هرگونه هنجارهای فرودین با هنجارهای فرازین اساسی و در نتیجه جلوگیری از ورود یا حضور هنجارهای درجه دوم و سوم مغایر با هنجارهای درجه اول در نظم حقوقی به وجود می آید (تقی زاده، ۱۳۸۶: ۱۳۰-۱۳۱).

حقوق خانواده نیز بخشی از حقوق خصوصی است که قواعد حقوقی شکل گیری، اداره و انحلال و حقوق و همچنین مسئولیت های اعضای خانواده را که دارای نقش های مختلفی هستند معین می کند و تخلف افراد از هنجارهای این سازمان (نظیر روابط نامشروع و طفل ناشی از آن) را نیز به مورد بحث می گذارد (حکمت نیا، ۱۳۹۲: ۴۲). از این رو ورود حق های اساسی به حوزه حقوق خانواده و انطباق مقرره های عادی حقوق خانواده با هنجارهای دسته اول و عالی (حق های اساسی مندرج در قانون اساسی) می تواند اساسی سازی حقوق خانواده را رقم بزند.

به طور معمول اساسی سازی حقوق در دو سطح به کار می رود: نخست، اساسی سازی که توسط دادگاه قانون اساسی صورت می گیرد و عبارت است از «ارتقای قوانین یا هنجارهای عادی به سطح اصول قوانین اساسی». به این مفهوم، «اساسی سازی شکلی» نیز گفته می شود؛ دوم، اگر قانون گذار به هنگام قانون گذاری به عنوان اصول کلی راهنما یا دادرس در هنگام تفسیر قوانین و اتخاذ تصمیم قضایی به حق های اساسی مندرج در قانون اساسی (یا مجموعه قواعد حقوق اساسی) توجه داشته باشد، «اساسی سازی ماهوی» رخ داده است (محمدزاده، ۱۳۹۴: ۲).

نظارت اساسی ماهوی بر مقرره های قانونی در نظام های مختلف حقوقی به دو شیوه پیشینی و پسینی محقق می شود: رویکرد پیشینی و عینی نظارت اساسی بر کنترل اساسی بودن هنجار فرودین متمرکز است که هدف آن تضمین اساسی بودن قوانین مصوب پارلمان است. نمونه چنین نظارتی شورای نگهبان در ایران است که بر عدم مغایرت مصوبات مجلس با قانون اساسی به طور پیشینی نظارت می کند و نیز شورای قانون اساسی در فرانسه است که با هدف ابتدایی تضمین کنترل قانون گذاری پارلمان در حدود صلاحیت های خویش شکل گرفت (کبگانیان، ۱۳۹۷: ۲۰-۱۹).

رویکرد پسینی بر نظارت اساسی بر تضمین حقوق بنیادین افراد متمرکز است. در کشورهایی که دادرسی اساسی تحت تأثیر چنین رویکردی است، قانون اساسی صرفاً معیاری جهت کنترل اساسی بودن مصوبات مجلس نیست.<sup>۱</sup> به عبارت دیگر، هنجارهای اساسی نه تنها بر قانون گذار

۱. پیش از تصویب قوانین اساسی جدید در کشورهایی مانند آلمان و اسپانیا حقوق بنیادین مصرح در قوانین اساسی

ایجاد حق و تکلیف می‌کنند، بلکه هنجاری است که به‌طور مستقیم برای مردم حق (و تکلیف) ایجاد می‌کند و هم قضات می‌توانند آرای خود را بدان مستدل سازند و هم اشخاص می‌توانند در مقام دعوی یا دفاع به این دسته از حقوق تمسک جویند. ما در این پژوهش اساسی‌سازی حقوق خانواده را از این منظر و در معنای تضمین قضایی حقوق بنیادین اشخاص بحث خواهیم کرد. در بادی امر شاید تشخیص نسبت میان حقوق خانواده، به‌عنوان شاخه‌ای از رشته حقوق خصوصی، با مفهوم اساسی‌سازی، به‌عنوان پدیده‌ای در حقوق عمومی، دشوار باشد، چراکه تمایزهای دو حوزه حقوق عمومی و حقوق خصوصی تا حدی است که بر هر یک قواعد جداگانه‌ای حاکم است؛ مثلاً اصل حاکمیت اراده در حقوق خصوصی در برابر اصل حاکمیت قانون در حقوق عمومی.

اصل حاکمیت حقوق بنیادین بر روابط دولت و ملت در گذشته از قواعد خاص حقوق عمومی بود. اکنون این رویکرد در حال ظهور است که در روابط اشخاص حقوق خصوصی نیز این دسته از حقوق مراعی است و افراد نمی‌توانند، به استناد آزادی قراردادی یا حقوق قانونی خود، حقوق بنیادین یکدیگر را نقض کنند (مولانی و حاجی‌پور، ۱۳۹۷: ۲۱۰). از جمله حق بر آزادی ازدواج و حق بر مسکن و زندگی خانوادگی که در آن از افراد خانواده برای داشتن مسکن و عدم تجاوز به آن، داشتن روابط گرم خانوادگی، امنیت در اقامتگاه و آزادی رفت‌وآمد، در امنیت بودن خانواده از زمره حق‌های مهم بشری و مرتبط با حریت انسانی‌اند که سلب آن‌ها ولو به‌طور جزئی نیز مبطل عمل حقوقی به نظر می‌رسند (بابایی و ترابی، ۱۴۰۰: ۸۵).

نمونه اساسی‌سازی قضایی حقوق خانواده در دادگاه اروپایی حقوق بشر و حتی محاکم ملی کشورهای اروپایی بسیار است. برای مثال در هلند خانمی در سال ۱۹۳۵ در خانواده تک‌والد به دنیا آمد. از مؤسسه‌ای که نام پدرش را می‌دانست خواست اطلاعات مربوط به هویت پدرش را که مادرش در آن زمان به آن مؤسسه داده بود، فاش کند. این مؤسسه امتناع ورزید؛ زیرا فکر می‌کرد که در مورد مادر، که هنوز زنده است و اجازه افشای اطلاعات را نداده است، مسئول است و باید رازپوشی کند. دیوان عالی کشور هلند حق شناخت والدین را به‌عنوان یک حق اساسی رسمیت شناخت، که بخشی از «حق شخصیت عمومی» بود. دیوان عالی بر این عقیده بود که حق کودک در شناخت پدر بر علاقه مادر در محرمانه نگه‌داشتن اطلاعات غلبه دارد. خصوصاً با توجه به این

صرفاً زمانی قابلیت استناد داشت که توسط قوه قانون‌گذاری در قالب قانون تصویب می‌شد (Llorente, 1997: 4).

واقعیت که مادر به طور کلی مسئولیت وجود کودک را نیز به عهده دارد.<sup>۱</sup> به نظر می‌رسد کاربست این امر در نظام حقوق خانواده ایران امر محالی نباشد، لذا در ادامه با تحلیل ویژگی‌های اساسی‌سازی و ظرفیت‌های حقوق خانواده به بررسی امکان نفوذ هنجارهای اساسی در نظام حقوق خانواده ایران خواهیم پرداخت.

## ۲. امکان‌سنجی اساسی‌سازی حقوق خانواده

بحث اساسی‌سازی در حقوق خصوصی عمدتاً در حقوق قراردادها، مسئولیت مدنی و حقوق اموال مورد توجه قرار گرفته است، لکن شمول آن بر حقوق خانواده به علت ارتباط تنگاتنگش با نظم عمومی محل تردید است (طهماسبی، ۱۳۹۱: ۱۰۸). برای مثال اگر در انعقاد عقد اجاره مؤجر محدودیت‌هایی بر رفت‌وآمدهای فرد یا حق دسترسی وی به اینترنت مقرر کند، نهایتاً حقوق بنیادین مستأجر در تقابل با آزادی قراردادی ایشان قرار می‌گیرد که می‌توان حکم به محدودیت قلمرو آزادی افراد در انعقاد قرارداد به نفع حقوق اساسی کرد. لکن اگر زوج همسرش را از اشتغال به مشاغل منافی مصلحت خانواده منع کند، حق بنیادین اشتغال زوجه در تراحم با نظم عمومی ریاست مرد بر خانواده و حکم تمکین قرار می‌گیرد که بر دشواری موضوع می‌افزاید. در این گفتار ضمن سه رویکرد، امکان اساسی‌سازی حقوق خانواده تبیین و تحلیل می‌شود.

### ۲-۱. رد مطلق اساسی‌سازی حقوق خانواده

در این رویکرد، اساساً امکان اساسی‌سازی حقوق خانواده نفی می‌شود. بر اساس این نظریه، اساسی‌سازی مفهومی است بدیع که هنوز پذیرش اصل آن در دکترین حقوق عمومی محل تردید است. همچنین اساسی‌سازی حقوق خانواده با انتقاداتی در خصوص مشروعیت و کارایی ورود حق‌های اساسی در عرصه حقوق خانواده مواجه شده است. نگرانی اصلی مخالفین در گسترش حق‌های اساسی در خانواده این است که اساسی‌سازی اساس مشارکت در خانواده را تضعیف می‌کند، تعارض‌های درون‌خانوادگی را به جای تطابق اعضای آن افزایش می‌دهد، افراد را به انحلال خانواده به جای حفظ دوام آن برمی‌انگیزد و در نهایت قضات را از انعطافی که نیاز دارند تا راه‌حل مناسبی برای تطبیق واقعیات با هر مورد خاص به دست آورند محروم می‌سازد (Meyer, 2008: 530).

#### ۲-۱-۱. توجیه نظریه

در این رویکرد به طور اجمالی با دو دسته ادله، امکان اساسی‌سازی حقوق خانواده انکار می‌شود: نخست، نفی پدیده اساسی‌سازی از حیث حقوق عمومی و دیگر ظرفیت‌نداشتن حقوق

1. The Netherland. Hogg Raad, 15 April 1994, NJ1994,608 – Valkenhorst

خانواده برای پذیرش اساسی سازی.

دلایلی که با احتجاج بدان بر تهدیدگری اساسی سازی برای دمکراسی تأکید می‌شود به شرح زیر است:

الف) ناتوانی هنجاری قانون اساسی: ویژگی هنجاری قانون اساسی و در نتیجه لازم‌الاجرا بودن قانون اساسی به این معناست که هنجارهای اساسی باید از چنان کیفیتی برخوردار باشند که بتوانند مستقیماً و بدون نیاز به وساطت قوانین و مقررات عادی اثر حقوقی ایجاد کنند. در گذشته نظریه فقدان ارزش هنجاری قوانین اساسی همواره در کشورهای مختلف مطرح بوده است. بسیاری از حقوق‌دانان معتقد بودند که بخش زیادی از قواعد و مقررات مندرج در قانون اساسی منابع حقوقی مستقیماً قابل اجرا نیستند، بلکه هنجارهای برنامه‌ریز هستند که کار قوای عمومی را جهت می‌دهند؛ لذا قابلیت اجرایی آن‌ها تابع وضع هنجارهای حقوقی با درجه پایین‌تر است. در حقوق ایران نیز برخی به عدم ارزش هنجاری قانون اساسی باور دارند و به اجرای قانون عادی در صورت مخالفت با قانون اساسی رأی داده‌اند (جعفری‌لنگرودی، ۱۳۹۳: ۳۱).

ب) ناتوانی کارکردی قانون اساسی: حتی اگر ویژگی هنجاری قانون اساسی را بپذیریم، صرفاً در محدوده روابط میان دولت و ملت (اثر عمودی قانونی اساسی) صدق می‌کند، لذا نباید اساس شکل‌گیری قوانین اساسی را از یاد ببریم. در نیمه قرن هجدهم در اروپا ملهم از نظریه قرارداد اجتماعی ژان ژاک روسو اندیشه تدوین قانون اساسی با هدف تجدیدنظر در رژیم سیاسی کشور و به رسمیت شناختن حقوق و آزادی‌هایی برای شهروندان در برابر حکومت شکل گرفت. لذا تنظیم روابط ملت با دولت در اکثر تعاریف حقوق اساسی رکن اساسی است (قاسم‌زاده، ۱۳۳۴: ۸؛ طباطبایی مؤتمنی، ۱۳۸۴: ۱۴؛ بوشهری، ۱۳۸۴: ۲۰) و اساسی سازی به معنای تنظیم روابط میان افراد جامعه از رهگذر مقرره‌های قانون اساسی تخصصاً از مباحث و موضوعات رشته حقوق اساسی خارج است.

ج) عدم صلاحیت محاکم در تطبیق قوانین عادی با قانون اساسی: برخی از منتقدین اساسی سازی معتقدند که در قانون اساسی سازوکاری برای اساسی سازی پیش‌بینی نشده است و به همین جهت فاقد ضمانت اجراست. همچنین اصل اولیه برای نهادهای قضایی عدم صلاحیت است و از این رو محاکم هیچ صلاحیتی در رسیدگی و ورود به بحث اساسی سازی نخواهند داشت. ایشان بر این مبنا استوارند که تفسیر و حل تعارض میان قوانین عادی و قواعد اساسی منجر به مداخله قوه قضائیه در شئون مربوط به قوه مقننه می‌شود و این برخلاف اصل تفکیک قواست (جعفری‌بوشهری، ۱۳۸۴: ۳۱ و ۳۲؛ قاسم‌زاده، ۱۳۳۴: ۲۴۲-۲۳۸؛ امامی، ۱۳۴۷: ۱۵؛

متین‌دفتری، ۱۳۷۸: ۲۶ و ۲۷).

یکی از قضات کامن‌لا (قاضی اسکالیا) نیز معتقد است بدون وجود ضمانت‌اجرائی در قانون اساسی، مداخله قضایی خطر ذهنی شدن و فراتر از قانون رفتن را ایجاد می‌کند. وی می‌افزاید که من باور ندارم که قانون اساسی به من به‌عنوان یک قاضی چنین حقی داده باشد تا اثر حقوقی قانونی را که فکر می‌کنم در تعارض با حقوق احصاننده است نقض کنم. از این‌رو در یک پرونده که سایر قضات حق مادر برای کنترل ارتباطات فرزندش با دیگران را اساسی شمردند، او با این حق مخالفت کرد. بنابراین این رویکرد تمایل به شناسایی برخی از مرزبندی‌هایی دارد که اختیار قضایی را در شناسایی و اجرای حق‌های اساسی محدود می‌کند (Meyer, 2008: 552-553).

سطح دیگر ادله بر اثر سوء اساسی‌سازی بر حقوق خانواده متمرکز شده‌اند. بر این پایه اساسی‌سازی، مسیر زندگی خانوادگی و حقوق خانواده را به‌شکل آسیب‌زایی منحرف کرده و باعث ناتوان‌سازی اعضای خانواده شده است که مهم‌ترین ویژگی‌های حقوق خانواده که مانع از تحقق اساسی‌سازی می‌شود به شرح زیر است:

الف) نهادی‌بودن خانواده: سازمانی‌بودن خانواده در برابر قراردادی‌بودن آن است. به این معنا که خانواده سازمانی حقوقی است که قانون‌گذار با توجه به اهدافی آن را طراحی کرده است و اختیار زن و مرد فقط در پیوستن یا نپیوستن به آن است؛ لذا حقوقی از پیش تعیین‌شده بر افراد خانواده حکومت دارد و ایشان صرفاً در محدوده ناچیزی حق دخل و تصرف در قواعد آن را دارند؛ لذا باید به حقوق خانواده در برابر قراردادها و تعهدهای مدنی اصالت بخشید (کاتوزیان، ۱۳۸۹: ۱۶ و ۱۷). نهادی‌بودن حاصل نگرش اجتماعی به نهاد خانواده است که لازمه آن کاستن از آزادی‌های فردی در قبال مصلحت نهاد خانواده و به عبارت دیگر ترجیح مصالح جمعی بر مصالح فردی است. اساسی‌سازی به معنای تضمین حقوق و آزادی‌های بنیادین حقوق خانواده می‌تواند تهدیدکننده این ویژگی خانواده باشد و مصلحت خانواده به‌عنوان یک نهاد مستقل را به حاشیه رانده و کمرنگ سازد.

ب) شرعی‌بودن احکام حقوق خانواده: وفق اصل چهارم قانون اساسی کلیه قوانین و مقررات باید بر اساس موازین اسلامی باشد و این اصل بر اطلاق یا عموم همه اصول قانون اساسی و قوانین و مقررات دیگر حاکم است. این اصل بر تقدم موازین اسلامی بر تمامی قوانین و از جمله قانون اساسی اشاره می‌کند. حقوق خانواده از سویی به اخلاق اسلامی و از سوی دیگر به احکام اسلامی گره خورده است. برخی از حقوق‌دانان حقوق خانواده را آمیزه‌ای از حقوق و اخلاق معرفی کرده‌اند و توسل به همین مفاهیم اخلاقی را ضامن بقای خانواده برشمرده‌اند (کاتوزیان، ۱۳۸۹: ۲۲). اصل تقدم اخلاق بر حقوق در حوزه خانواده در اصل دهم قانون اساسی تأکید شده و حتی برخی از



مقرره‌های قانون مدنی<sup>۱</sup> رنگ اخلاقی به خود گرفته‌اند و درخصوص ضمانت اجرای آن‌ها که مهم‌ترین خصیصه یک مقرره حقوقی است میان حقوق‌دانان اختلاف است (کاتوزیان، ۱۳۹۳: ۶۷۱؛ صفایی و امامی، ۱۳۹۳: ۱۳۲). با این همه، حمایت از حقوق و آزادی‌های بنیادین اعضای خانواده می‌تواند نقش اخلاقیات میان ایشان را تضعیف کند و با وقع نهادن به امیال و خواسته‌های فردی، مفاهیمی نظیر ایثار، تعاون و حسن معاشرت را کم‌رنگ سازد.

در حوزه احکام اسلامی نیز خانواده و نکاح، به جهت آثار مهمی که بر آن مترتب می‌شود (از جمله حرمت نکاح و امتزاج نسل)، در شرع مقدس از اهمیت برجسته‌ای برخوردار بوده و با سخت‌گیری بیشتری در رعایت احکام مواجه است. تا جایی که فقها اشتراط لفظ در ادای صیغه نکاح را شرط دانسته‌اند و قانون مدنی نیز به پیروی از مشهور فقهای امامیه لفظ در نکاح را لازم شمرده است (ماده ۱۰۶۲). از این رو نمی‌توان با تمسک به حق اساسی آزادی و حق اساسی دسترسی به ازدواج به ازدواج معاطاتی نظر داد. از این رو ویژگی شرعی بودن حقوق خانواده مانع از اعمال حقوق بنیادین افراد خواهد شد؛ چراکه منطبق بر شرع است و توان معارضه با آن را نخواهد داشت.

ج) آمره بودن قواعد ناظر بر خانواده: لازمه ویژگی سازمانی بودن نهاد خانواده و شرعی بودن آن آمره بودن قواعد حقوق خانواده است. حداقل در برخی از قواعد اساسی طرفین اختیاری در تعیین قواعد حاکم بر نهاد خانواده را نخواهند داشت. حقوق خانواده چنان با نظم عمومی گره خورده است که نسبت به سایر قراردادها از چهره خاصی برخوردار است و اصل بر آمره بودن قواعد آن است. این ویژگی سبب گشته است که بسیاری از شروط ضمن عقد نکاح تاب مقاومت در برابر احکام را نداشته باشد و باطل شوند؛ از جمله نمی‌توان با شرط ضمن عقد، ولایت را از پدر ساقط کرد یا آنکه ریاست خانواده را به زن سپرد. وقتی از زاویه حکم و نه حق به قواعد حقوق خانواده نگریسته می‌شود، حقوق بنیادین افراد نیز نمی‌توانند ناقض احکام حقوق خانواده باشند.

د) خصوصی بودن حریم خانواده: بر اساس آیه قرآن<sup>۲</sup> هر خانواده در داخل خود حریمی دارد که همه ملزم به پاسداشت آن می‌باشند. در اسناد بین‌المللی نیز اصلی پیش‌بینی شده است که خانواده را به‌عنوان مهم‌ترین حریم خصوصی افراد می‌شناسد. این اصل از اهمیت بسزایی برخوردار است.

۱. از جمله تکلیف به حسن معاشرت (ماده ۱۱۰۳ قانون مدنی)، معاضدت در تشییع مبانی خانواده (ماده ۱۱۰۴)، لزوم اطاعت و احترام به والدین (ماده ۱۱۷۷).

۲. «یا ایها الذین آمنوا لاتدخلوا بیوتاً غیر بیوتکم»

تا جایی که در حقوق کشورهای دیگر حقی با عنوان خودمختاری داخلی<sup>۱</sup> یا حریم خصوصی<sup>۲</sup> برای نهاد خانواده پیش‌بینی شده است. مفهوم حریم خصوصی اختیار دولت برای مداخله در نهاد خانواده را محدود می‌کند. در برابر آن اصل پدرسالاری است که به دولت اجازه می‌دهد در موارد ضروری از اعضای آسیب‌پذیر خانواده حمایت کند.

حکیمان نیز از گذشته تدبیر منزل را از سیاست مدن تفکیک کرده‌اند و مرز قاطع و طبیعی میان دولت و خانواده کشیده‌اند؛ از این‌رو قوای سه‌گانه باید از مداخله در امر خانواده پرهیز کنند و مداخلات خود را به موارد ضروری و اجتناب‌ناپذیر محدود سازند (روشن، ۱۳۹۳: ۴۵)؛ به بیان دیگر مداخله حاد اقلی حکومت در خانواده در سطح قضایی محدود است به احکامی که در قوانین عادی و حقوق خانواده به رسمیت شناخته شده است و دادرسی نمی‌تواند از آن فراتر رفته و حق‌های اساسی افراد، که نشانی از آن‌ها در هنجارهای عادی نیست، به نظم حقوق خانواده وارد کند. چراکه در این صورت به مداخله در حریم خصوصی خانواده متهم خواهد شد.

## ۲-۱-۲. نقد نظریه

از نظر منتقدین این نظریه، حفاظت از خانواده در برابر نظارت و مداخله خارجی در حریم خصوصی ممکن است باعث نابرابری قدرت شود. به این ترتیب که سلطه شوهر بر همسر یا والدین بر فرزندان را تقویت کند، به‌گونه‌ای که کرامت ذاتی اشخاص حساس خانواده در نهانخانه خانواده در معرض تهدید قرار خواهد گرفت و ایشان با سد حریم خصوصی مواجه خواهند بود که نظام نمی‌تواند فارغ از حقوق خانواده از حقوق اعضای آن نیز حمایت مؤثر به عمل آورد. در این خصوص، هم فمنیست‌ها دکترین حریم خصوصی را به مرنوسی و سوءاستفاده از زنان محکوم کرده‌اند و هم حامیان حقوق کودک حفاظت شدید از حریم خصوصی را باعث افزایش آسیب‌پذیری اطفال دانسته‌اند (Meyer, 2008: 554).

نقد دیگری که به این رویکرد وارد می‌شود آن است که حمایت مطلق از خانواده در برابر اعضای آن، در نهایت به تضعیف نهاد خانواده می‌انجامد، زیرا افراد با تصور اینکه ممکن است با پیوستن به نهاد خانواده حق‌های اساسی ایشان نقض شود، کمتر رغبت می‌کنند که ازدواج کرده و تشکیل خانواده دهند. از این‌رو روابط آزادی که مبتنی بر توافق‌های طرفینی باشد و طرفین خود را از سایه تکالیف و مسئولیت‌های خانواده آزاد ببینند گسترش خواهد یافت و جایگزین نهاد خانواده

1. Autonomy
2. Privacy

خواهد شد. گرایش به مدل‌های زناشویی دیگری که در قالب هم‌زیستی بدون ازدواج یا هم‌باشی شکل گرفته است، فارغ از مسائل فرهنگی، به جهت نقض گسترده حق‌های اساسی در خانواده است که بدون پشتوانه حقوقی و قضایی اشخاص را مغبون خواهد ساخت.

لازمه پذیرش این رویکرد آن است که قانون اساسی به یک سند تزئینی تبدیل شود و به‌رغم شناسایی حقوقی برای ملت از ضمانت‌اجرا و ابزار حقوقی لازم برای نفوذ به حقوق خانواده برخوردار نخواهد بود. بدین ترتیب جایگاه قانون اساسی از هرم هنجارهای حقوقی حذف می‌شود و بیشتر جنبه سیاسی می‌یابد تا حقوقی. ماحصل این امر آن است که حقوق خانواده از حقوق اساسی منتزع خواهد شد.

## ۲-۲. پذیرش مطلق اساسی سازی حقوق خانواده

بر اساس این رویکرد، در حقوق خانواده می‌توانیم همواره جانب حقوق بنیادین افراد را بگیریم و در تراحم حق‌های اساسی با حقوق خانواده به حقوق بنیادین اعضای خانواده اولویت دهیم. از این‌رو دست قاضی برای استناد بی‌قید و شرط به حق‌های مندرج در قانون اساسی در مقابل حقوق خانواده گشوده است و به عبارتی حقوق بنیادین در برابر سایر حقوق مطلق باقی خواهند ماند و هیچ‌گاه تخصیص‌بردار نیستند.

### ۲-۲-۱. توجیه نظریه

ادله‌ای که این رویکرد بر اساس آن‌ها تقویت می‌شود به شرح زیر است:

الف) ویژگی هنجاری قانون اساسی: قانون اساسی از ویژگی هنجاری برخوردار است و بدون نیاز به وساطت قوانین عادی قابلیت استناد دارد. به‌علاوه اصل سلسله‌مراتب قوانین و برتری هنجاری قانون اساسی بر تمامی هنجارهای قانونی ایجاب می‌کند که قواعد مندرج در قانون اساسی بر قواعد دیگر حاکمیت داشته باشد. امروزه کمتر کسی است که ویژگی هنجاری قانون اساسی را تکذیب کند؛ چراکه قانون اساسی به‌لحاظ شکلی مطابق با تشریفات وضع قانون تصویب شده است و حداقل، ویژگی هنجاری آن در روابط دولت‌ملت پذیرفته شده است. برخی از اساتید حقوقی، هم‌سو با تحولات نظریه‌های حقوق اساسی، بر هنجاری بودن قانون اساسی تأکید ورزیده‌اند؛ از جمله آقای دکتر آزمایش تردیدی در هنجاری بودن قانون اساسی روا نداشته و بیان داشته‌اند: «شرط ماهوی صحت مقرر قانونی و اطلاق عنوان قانون بر آن این است که مقرر از حدود محیط خط کمربندی که مقررات قانون اساسی در اطراف حقوق یک کشور ترسیم کرده‌اند، خارج نباشد؛ یعنی در حقیقت مقررات مورد بحث در صورتی در محضر قوه قضائیه قابل استنادند و مستند حکم قرار می‌توانند گرفت که مغایرتی با قانون مادر نداشته باشند و مرجع تشخیص این

امر نیز خود قوه قضائیه است.» (آزمایش، ۱۳۵۰: ۱۰)

دکتر کاتوزیان نیز در رفع تعارض میان هنجارهای عالی و دانی، به نفع هنجارهای عالی رأی داده‌اند: «دادرس مأمور اجرای قوانین (اعم از عادی و اساسی) است و هنگامی که در دعوا با دو متن متعارض روبه‌رو می‌شود، باید بر حسب قواعد، یکی از آن دو را مقدم شمارد. حال، اگر فرض کنیم که یکی از این متون مربوط به قانون اساسی و دیگری از قوانین عادی باشد، عقل حکم می‌کند که قاعده عالی‌تر بر مقررات پایین‌تر حکومت کند» (کاتوزیان، ۱۳۹۲ [الف]: ۱۴۷-۱۴۶).

به نظر نگارندگان نیز پذیرش ویژگی هنجاری تمام قواعد قانون اساسی با نظام حقوقی سازگارتر است؛ چه آنکه هم‌اکنون نیز شورای نگهبان بر عدم مغایرت قوانین عادی با اصول قانون اساسی نظارت می‌کند و این مبین رویکرد نظام حقوقی در هنجاری دانستن قواعد قانون اساسی است.

ب) مداخله‌گری قانون اساسی: قلمرو عمل قانون اساسی دیگر محدود به تنظیم قوای عمومی و نهادهای اداری و سیاسی نیست؛ بلکه در عرصه‌های دیگری نظیر حقوق و آزادی‌های بنیادین ملت نیز ورود می‌کند و از این طریق بسیاری از گرایش‌های حقوقی از جمله حقوق کیفری، حقوق خصوصی و حقوق اداری را کنترل می‌کند و انتظام می‌بخشد.

اساسی‌سازی حقوق خصوصی از ویژگی‌های قانون اساسی تمامیت‌خواه است. در قانون اساسی تمامیت‌خواه نیز حقوق خصوصی تحت سلطه قانون اساسی بوده و باید در سایه قانون اساسی اعمال و تفسیر گردد. بر این اساس، حق‌های اساسی مصرح در قانون اساسی نه تنها حافظ افراد در مقابل دولت می‌باشد، بلکه در روابط خصوصی نیز حقوق اساسی باید محترم شمرده شود و افراد حتی با استناد به اصل حاکمیت اراده نیز توانایی نقض حقوق بنیادین تضمین‌شده در قانون اساسی را ندارند (مولائی و حاجی‌پور، ۱۳۹۷: ۲۱۲).

قانون اساسی جمهوری اسلامی نیز با شناسایی حقوق و آزادی‌های ملت در فصل سوم خود، در زمره قانون اساسی‌های مداخله‌گر است. رعایت اصول ۱۹ تا ۴۲ فصل سوم قانون اساسی در روابط عمودی دولت و شهروندان مسجل است و حتی نقض آن به قید مجازات ممنوع شده است.<sup>۱</sup>

**ج) صلاحیت محاکم در تطبیق قوانین عالی و دانی:** برخی از حقوق‌دانان پیرو رویکرد آمریکایی<sup>۲</sup>، قوه قضائیه را یگانه مرجع رفع تعارض میان قوانین عادی و اساسی می‌دانند و حتی

۱. ماده ۵۷۰ قانون مجازات اسلامی بخش تعزیرات

۲. در خصوص دادرسی اساسی میان نظام‌های حقوقی دو رویکرد وجود دارد: رویکرد آمریکایی و رویکرد اروپایی. در روش آمریکایی دادرسی اساسی جزئی از دادرسی قضایی است و وظیفه اعمال دادرسی اساسی به مجموعه

چنین صلاحیتی را اصلی، ذاتی و اساسی شمرده‌اند (آزمایش، ۱۳۵۰: ۱۲). هرچند که شورای نگهبان می‌تواند به صورت پیشینی و ذهنی در حوزه صلاحیت‌های اختصاصی خود، از قانون اساسی صیانت مطلوب و متعادل را به عمل می‌آورد، در هیچ‌یک از اصول قانون اساسی مسئولیت پاسداری از حقوق و آزادی‌های بنیادین به طور مستقیم به این شورا واگذار نشده است. همچنین نظارت شورای نگهبان یک نظارت نوعی است که در سطح قوانین به عمل می‌آید؛ بنابراین می‌توان مسئولیت مستقیم و مؤثر پاسداری از قانون اساسی در زمینه حقوق و آزادی‌ها را متوجه دادگاه‌ها و نظام قضایی دانست. همچنان که اصل یکصد و پنجاه و ششم قانون اساسی نیز به صراحت این وظیفه را بر عهده قوه قضائیه گذاشته و اعلام می‌کند: «قوه قضائیه قوه‌ای است مستقل که پشتیبان حقوق فردی و اجتماعی و مسئول تحقق بخشیدن به عدالت» بوده و عهده‌دار وظیفه «احیای حقوق عامه و گسترش عدل و آزادی‌های مشروع» است (گرگی ازندریانی، ۱۳۹۴: ۱۵).

مداخله محاکم در اثربخشی به اصول قانون اساسی اساساً منافاتی با اصل تفکیک قوا ندارد؛ چراکه قاضی هیچ‌گاه حکمی کلی و برای افراد بی‌شمار وضع نمی‌کند و رأی وی موردی و در خصوص موضوع است. وی هیچ قانونی را باطل و لغو نمی‌کند که مداخله در امر تقنین تلقی شود. از سوی دیگر شورای نگهبان می‌تواند از تحقق قانون جلوگیری کند و به نوعی مانع اجرای آن شود. ولی دادرس، تنها حق دارد در دعوی طرح شده قانون اساسی را به عنوان «قاعده حاکم» برگزیند و آن را مقدم بر قانون عادی دارد. پس این دو صلاحیت ارتباط و تعارضی با هم ندارند تا بتوان ادعا کرد که پیش‌بینی شورای نگهبان به منزله نفی صلاحیت قضات است و از اصل نودوهشتم قانون اساسی افاده حصر کرد (کاتوزیان، ۱۳۹۲ [الف]: ۱۴۷).

همچنین در نخستین پیش‌نویس رسمی قانون اساسی ایران (اصل ۱۴۵) تکلیف قضات در مواجهه با قوانین متعارض با قانون اساسی چنین بیان شده بود: «دادرس مأمور اجرای قوانین... در صورتی که تعارض یا تراحمی بین قوانین بیابد، مکلف است اجرای قانون اساسی را مقدم دارد، بی‌آنکه حق ابطال قانون متعارض را داشته باشد.»

دستگاه قضایی سپرده می‌شود و با دادگستری معمولی متمایز نمی‌شود. یعنی تمامی دعاوی، صرف‌نظر از ماهیت آن‌ها با شرایط مشابه در دادگاه‌ها رسیدگی می‌شود. اما الگوی اروپایی، کاملاً متفاوت است. در این الگو، دادرسی اساسی از دادرسی قضایی جدا شده و رسیدگی در دادگاهی که ترجیحاً از دستگاه قضایی مستقل است، صورت می‌گیرد. دادگاه اساسی اصولاً از قوای سه‌گانه مستقل است (فاورو، ۱۳۹۳: ۵-۱).

د) ظرفیت موازین فقهی برای حمایت از حق‌های اساسی: فقه ظرفیت گسترده‌ای برای انعطاف‌پذیری احکام پیش‌بینی کرده است که مبتنی بر امتنان و تساهل بر امت رسول‌الله است. از جمله پیش‌بینی احکام ثانویه است که حکم اولی را به لحاظ عناوین خاصه‌ای که بر آن عارض می‌شود، تغییر می‌دهد. لاضرر، نفی عسرو حرج، اکراه و اضطرار، شرطیت، مقدمیت و حفظ نظام در زمره آن عناوین هستند و حاکم اسلامی می‌تواند از این عناوین برای ایجاد تعادل و توازن در روابط زن و شوهر بر اساس ضرورت‌ها بهره‌برد (هدایت‌نیا، ۱۳۹۲: ۱۲۷).

برخی معتقدند که دسته‌ای از احکام دایرمدار مصلحت و مفسده است و اگر مصلحت یا مفسده مزبور مرتفع شود، حکم وجوب یا حرمت برداشته خواهد شد. در این رویکرد رابطه علی و معلولی میان احکام اسلامی و مصالح و مفاسد واقعی وجود دارد (مطهری، ۱۳۸۹: ۱۹۳). مثلاً لزوم اذن پدر برای ازدواج گرچه از موانع حق بر دسترسی به ازدواج است لکن شارع بنا بر مصالحی آن را پیش‌بینی کرده است که هرگاه این مصلحت نفی شود و پدر در تشخیص دچار اشتباه شود، باید بنا بر نفی مصلحت موجود در حکم اجازه ولی را ساقط بدانیم.

ترجیح «اهم بر مهم» موضوع دیگری است که از اصول عقلی به شمار می‌آید و ادله نقلی نیز مؤید آن است و برخی آن را در شمار احکام ثانویه دانسته‌اند (مکارم شیرازی، ۱۳۸۰: ۲۶۰). حدیثی به پیامبر منسوب است که فرموده‌اند: «إذا اجتمعت حرمتان طرحت الصغرى للكبرى»؛ توضیح آنکه در تعارض دو امر محترم و مفید کوچک‌تر برای بزرگ‌تر رها می‌شود، لذا هرگاه دو حکم در مقام اجرا در تزامن با یکدیگر قرار گیرند، به حکمی که ملاک آن اهم و اقوی است، عمل می‌شود (هدایت‌نیا، ۱۳۹۲: ۱۳۶)؛ برای نمونه اگر حیات مادری در گرو سلب حیات از جنین وی باشد، حیات مادر که مستقر است بر حیات جنین مقدم می‌شود.

ضمن آنکه کرامت ذاتی انسان‌ها در اسلام از جایگاه رفیعی برخوردار است و در بیانیه حقوق بشر اسلامی قاهره بر لزوم حیات شرافتمندانه همه انسان‌ها که با شریعت اسلامی هماهنگ است تأکید شده است. اگر هم در مکتب اسلامی اصالت به خانواده داده می‌شود، خانواده‌ای منظور است که باعث رشد و تعالی اعضای خود شود، نه آنکه حیثیت، شرافت، کرامت انسانی و حق‌های اساسی اعضای خود را مخدوش سازد.

ه) لزوم تقدم حق‌های اساسی اعضای خانواده بر حفظ حریم خصوصی خانواده: هرچند خانواده از حریم خصوصی برخوردار است و بر این اساس مداخلات دولت و دیگران در این نهاد، تمامیت این حریم را به مخاطره می‌اندازد، لکن اگر حرمت و کرامت انسانی اعضای خانواده به لحاظ روحی و جسمی مورد تهاجم قرار بگیرد، دخالت دولت و حمایت حقوقی از آن را توجیه

می‌کند. برای مثال زوج تعویق در انفاق زوجه یا دین از باب مهریه را در پس پرده خصوصی بودن خانواده تاحدی ادامه دهد که شرافت و کرامت زن از باب حیثیت و نیازهای مادی اولیه به خطر بیفتد، نمی‌توان با ادعای لزوم حفظ حریم خصوصی خانواده دخالت حکومت برای تضمین دسترسی زن به حقوق مادی‌اش را نفی کرد یا آنکه چون سقط جنین، که با کرامت ذاتی جنین (حق حیات) وی منافات دارد، در حریم خصوصی خانواده رخ داده است، حکومت را از مداخله در این امر بازداشت یا پدر نتواند از این بابت علیه مادر طرح دعوی کند.

### ۲-۲-۲. نقد نظریه

از انتقادات وارد شده به اساسی سازی حقوق خانواده کاهش صمیمیت در نهاد خانواده است. از نظر اندیشمندان جمع‌گرا ویژگی‌های اساسی سازی متضاد با سلامت زندگی خانوادگی است که مستلزم استقرار، پیوند و تعهد است؛ چراکه در اساسی سازی حقوق بنیادین تأکید بیش از اندازه‌ای بر فردیت و استقلال افراد می‌شود که پیوند خانوادگی و مسئولیت‌پذیری را تضعیف می‌کند. توسل اعضای خانواده به حقوق بنیادین خود، خانواده را به میدان جنگ تبدیل کرده که مراجعات افراد به محاکم را جهت حل دعاوی که بهتر بود درون خانواده حل شود افزایش می‌دهد. از این‌رو در بدترین حالت خانواده به‌عنوان یک نهاد اجتماعی در معرض نابودی قرار می‌گیرد و در بازار روابط شخصی خانواده دیگر وجه مایزی نخواهد داشت که افراد بدان متمایل شوند (Meyer, 2008: 555-557).

همچنین تمسک بی‌حد و حصر به حقوق بنیادین افراد در خانواده منجر به به حاشیه رفتن نظام حقوق خانواده و فروپاشی آن خواهد بود. در حقوق آمریکا برخی از متخصصین حقوق خانواده معتقدند که اجرای مکرر اصول بنیادین دست قاضی دادگاه خانواده را برای اعمال حقوق سنتی خانواده می‌بندد؛ مثلاً اساسی سازی حقوق فرزند، قاضی را در اعمال مصلحت عالی طفل محدود می‌کند و این قضیه چون طوفانی برای حقوق خانواده آمریکا خواهد بود. اساسی سازی به این گرایش دارد که از ارزش‌های عالی در برابر ارزش‌های دانی حمایت کند و باعث عقب‌نشینی حقوق خانواده از گفتمان اخلاقی می‌شود (Meyer, 2008: 557-559).

مهم‌ترین ایراد این نظریه این است که ایشان خانواده را در عرض سایر پدیده‌های قراردادی تحلیل می‌کنند و با توسعه اجتماع مدنی تصور کرده‌اند که زندگی خانوادگی حساب جداگانه‌ای از زندگی اجتماعی و سایر مناسبات ندارد؛ پس تکلیف و حقوق جداگانه‌ای را ایجاد نمی‌کند، همان طوری که هزاران شرکت و همکاری در اجتماع است، شرکت زن و شوهر، پدر و فرزند یا مادر و فرزند، خواهر و برادر هم از همان نوع است. از این منظر زن و مرد با استعدادها و احتیاج‌های مشابه، در زندگی خانوادگی شرکت می‌کنند و سندهای مشابهی از طبیعت در دست دارند و قانون

خلقت هم برای ایشان تشکیلاتی در نظر نگرفته است و پست‌ها و مسئولیت‌ها را میان ایشان تقسیم نکرده است. در نظام غرب تلاش می‌شود که تفاوت‌های غریزی و طبیعی زن و مرد نادیده انگاشته شود و هر دو از حقوق یکسانی در خانواده برخوردار شوند. در حالی که فرضیه عدم تشابه حقوق خانوادگی نیز مبتنی بر این است که حساب اجتماع خانوادگی از اجتماع مدنی جداست. زن و مرد استعدادها و احتیاج‌های مشابهی ندارند و لذا نظام تکوین تکالیف و مسئولیت‌های مختلفی برای هر یک پیش‌بینی کرده است. نظر اسلام نیز آن است که خلقت و طبیعت زن و مرد مشابه یکدیگر نیست که حقوق و تکالیف یکسانی داشته باشند (مطهری، ۱۳۹۰ [الف]: ۱۵۱).

### ۲-۳. پذیرش مشروط اساسی‌سازی حقوق خانواده

از سویی مهم‌گذاشتن اساسی‌سازی در حقوق خانواده حقوق بنیادین اعضای خانواده را از کارایی می‌اندازد و از سوی دیگر حمایت بی‌قیدوشرط از اساسی‌سازی می‌تواند حقوق خانواده را در معرض دگردیسی قرار دهد؛ به‌گونه‌ای که حقوق خانواده موجود از کارایی بازماند و تهی شود و نظام حقوقی خانواده جدیدی با توجه به اصول اساسی در نظام قضایی ایجاد شود.

بر اساس آیات قرآن انسان دارای کرامت ذاتی و مسجود فرشتگان بوده است و ملاک برتری ایشان تقوا و عمل صالح است. در اسلام هر یک از افراد بشر فارغ از نوع جنسیت دارای حقوق و تکالیفی هستند که حسب نقش‌های مختلفی که در اجتماع می‌پذیرند این حقوق و تکالیف فرق دارند. بر این مبنا باید قائل به آن بود که نه حقوق بنیادین افراد آن‌چنان مطلق است که بی‌قیدوشرط مبنای تفسیر قضایی قرار گیرد و نه نهاد خانواده می‌تواند بدون توجه به حقوق بنیادین افرادش به حیات خود ادامه دهد. بنیادین‌بودن یک امر با مطلق‌بودن آن ملازمه ندارد و در مطلق‌بودن عمده حقوق و آزادی‌ها نمی‌توان تردید کرد (قربان‌نیا، ۱۳۸۵: ۱۴). حتی فردگراها نیز حقوق بنیادین را کاملاً مطلق ندانسته‌اند و محدودیت‌هایی برای آن بر شمرده‌اند؛ از جمله دورکین سه دلیل برای محدودکردن یک حق بنیادین می‌شمارد: نخست دلیلی که نشان دهد، نادیده‌گرفتن یک حق در یک مورد خاص، ارزش‌های مبنای حق را در خطر نمی‌اندازد یا خطر آن بسیار ضعیف است؛ دیگر ادله‌ای دال بر اینکه اگر حق در یک مورد خاص محدود نشود، حق رقیب (حق بنیادین دیگر) را محدود خواهد ساخت؛ و در نهایت، دلیلی که نشان دهد تأمین و رعایت حق مستلزم پرداخت هزینه‌ای فوق‌العاده گزاف از سوی جامعه است، امری که حمله به کرامت یا برابری را به‌نحو بسنده‌ای توجیه می‌کند (Dworkin, 1977).

بر این اساس ما نیز معتقدیم که حقوق بنیادین مطلق نیست، اما نه آن گونه که فردگرایان گفته‌اند که یگانه عامل کنترل حق‌های اساسی خود آن حق‌ها هستند و حتی نه آن طور که جمع‌گرایان با



حمایت مطلق از مصلحت جمعی، حقوق و آزادی‌های بنیادین اشخاص را تخصیص اکثر زده‌اند. با مبنایی که از منظر اندیشمندان اسلامی مطرح کردیم، باید میان کرامت ذاتی انسان که مورد حمایت در فرایند اساسی سازی است با ارزش‌ها و مصالح خانوادگی با توجه به آنکه خود نهاد خانواده نیز دارای تشخص است، تعادل برقرار کرد. در ادامه برخی از ملاحظات و بایسته‌های اعمال حق‌های بنیادین در نهاد خانواده را بر خواهیم شمرد.

### ۱-۳-۲. تعریف نهادهای حقوق خانواده

تعریف نهادهای حقوق خانواده نقش مهمی در اساسی سازی دارد، تا آنجا که شناسایی حق‌های اساسی جز در محدوده تعاریف نظام‌های حقوقی از آن‌ها میسر نیست. برای مثال اگر ازدواج را به پیوند عاطفی و حقوقی میان زن و مرد بالغ<sup>۱</sup> تعریف کنیم که سبب زوجیت میان آن دو می‌شود، تعریف ازدواج شامل دو همجنس نمی‌شود و اساساً نابالغین را دربرنخواهد گرفت. به تبع موضوع رابطه میان دو غیرهمجنس تخصصاً از شمول حق اساسی بر ازدواج خارج است. در تعریفی از زوجیت آمده است که وضعیت خاص قانونی است و این مفهوم فقط شامل زوج‌هایی با جنسیت مختلف می‌شود که می‌توانند با یکدیگر ازدواج کنند (Hamilton, 2006: 38). این تعریف نشان می‌دهد که حتی جوامع سکولار نیز در برابر به رسمیت‌شناختن ازدواج همجنس‌گرایان و اعطای حقوق والدین به شریک هم‌جنس‌گرایی که نسبت نسبی با فرزند ندارد مقاومت کرده‌اند. تا جایی که برخی از منتقدین اساسی سازی حقوق خانواده دلیل مخالفت خود را این‌گونه ذکر کرده‌اند که محاکم در تعیین محدوده حریم خصوصی خانواده به مفهوم مضیق خانواده ره سپرده‌اند و آن را منحصر به مفهوم خانواده مبتنی بر ازدواج و منطبق بر سنت‌های تاریخی دانسته‌اند و از این رو رویه قضایی برگ برنده قوی‌تری به خانواده‌هایی با جنسیت مختلف نسبت به همجنس‌گرایان نشان داده است (Meyer, 2008: 554).

برخی از حقوق‌دانان نیز به اهمیت صغرای قیاس یا موضوع‌شناسی در تفاسیر قضایی توجه داشته‌اند و اشاره کرده‌اند که چنانچه حکم مسئله‌ای در قانون مشخص باشد، هر چند امر به لحاظ حکمی برای دادرس مبرهن است، لکن ممکن است پرونده از نظر موضوعی و صغرای قیاس دشواری‌های داشته باشد که در این مورد قاضی ناگزیر از تفسیر خواهد بود. همچنین در فرضی که تیغ تفسیر دادرسان در منصفانه کردن قواعد غیر عادلانه برآ نیست، به تعبیر آقای دکتر جعفری‌تبار

۱. بند ۱ ماده ۱۶ اعلامیه جهانی حقوق بشر به بلوغ زن و مرد برای زوجیت اشاره کرده است.

قاضی می‌تواند با نزدیک شدن به ادبیات و مددجویی از شاعران، در امر موضوعی پرونده دخالت کند و تحقق واقعه را به مجاز نپذیرد و بدین وسیله از اجرای قاعده‌ای غیرمنصفانه برهد (جعفری‌تبار، ۱۳۹۵: ۱۸۳).

البته تعاریف حسب نظام‌های حقوقی مختلف متفاوت‌اند که این امر می‌تواند حقوق و تکالیف مربوط به خانواده را نیز دستخوش تحول کند. برای مثال در اسناد بین‌المللی تعریف مشخصی از خانواده ارائه نشده است و به دولت‌ها صلاحیت داده شده است تا با لحاظ کردن شرایط فرهنگی جامعه خود، خانواده را تعریف کنند. کمیته حقوق بشر در نظریه تفسیری شماره ۱۹ ضمن بند ۲ به وضوح در تعیین مفهوم خانواده به دولت‌ها آزادی عمل فرهنگی داده است. بنابراین زمانی که گروهی از افراد بر اساس قانون و رویه یک کشور خانواده به شمار روند، باید از حمایت‌های مصرح در ماده ۲۳ کنوانسیون برخوردار شوند (صفاری‌نیا، ۱۳۹۳: ۵۵).

نمونه دیگری که جایگاه تعریف نهادهای حقوقی و خانوادگی را شفاف می‌سازد، تعریف حیات جنین است که می‌تواند در مجوز سقط جنین مؤثر باشد. موافقان و مخالفان سقط جنین همواره بر سر اختیار مادر به منظور رهایی از حمل به مقابله با یکدیگر برخاسته‌اند. موافقان مبنای نظری خود را بر استقلال و آزادی اراده مادر بر سرنوشت خویش استوار ساخته‌اند و مخالفان نیز از تقدس حیات جنین دفاع کرده‌اند (جاویدی، ۱۳۸۳: ۱۵). حال اگر حمل زیر چهار ماه را جنین و دارای حیات ندانیم بدیهی است که حق اساسی بر حیات هم برای آن قابل تصور نخواهد بود.

### ۲-۳-۲. منع سوءاستفاده از حق

این امتیاز و اختیاری که قانون برای فرد در برابر شخص دیگر (حق ابوت) یا در برابر اشیاء (حق مالکیت) قائل می‌شود، دارای دو حد است: حد مادی و حد معنوی. حد مادی یا بیرونی، شعاع عمل و حوزه اعتبار یا گستره قلمرو آن را مشخص می‌سازد و حد معنوی یا درونی، ناظر بر کیفیت کاربرد حق داخل قلمرو آن است. فرد تا زمانی که در حدود تعیین‌شده قانونی اعمال حق کند، مجاز و مأذون است. خارج از قلمرو مزبور اصولاً منطقه ممنوعه است و خروج از آن را «تجاوز از حق» نامیده‌اند. حال اگر در همان محدوده، تصرفات وی باعث تجاوز به حقوق دیگران یا جامعه شود یا آنکه در اعمال حق خود سوءنیت به خرج دهد، در اصطلاح حقوق‌دانان مرتکب «سوءاستفاده از حق» شده است که همانا شکستن مرز معنوی حق است (موحد، ۱۳۹۷: ۲۷).

در نظام حقوقی ایران، تجاوز از حد معنوی حق تحت اصل چهلم قانون اساسی به رسمیت

شناخته شده است.<sup>۱</sup> این اصل ملهم از اصل فقهی لاضرر است که مفاد آن شامل قاعده منع سوءاستفاده از حق هم می‌شود.

این معیار هم تقییدی بر اطلاق حق‌های اساسی اعضای خانواده بوده و هم حدی برای حقوق عادی خانواده است.

در خصوص حق‌های اساسی می‌توان نمونه‌های فراوانی را یافت که اعمال حق اساسی افراد می‌تواند، ضرر نامتعرفی را متوجه غیر سازد. برای مثال آنگاه که مادری از شرایط اخلاقی یا مالی مناسبی برای حضانت برخوردار نیست، اعمال حق اساسی وی برای آزادی بر سرنوشت کودک خود یا حق بر تربیت و پرورش وی اصولاً ضرر نامتعرفی را به کودک وارد می‌آورد. از این رو دولت ورود کرده و چنانچه والدین صلاحیت لازم برای حضانت وی را نداشته باشند، سرپرستی اطفال را از ایشان اخذ و آن را خود متقبل می‌شود یا به اشخاص صالح می‌سپارد. چهره‌ای از مصالح است، چراکه در تعریف مصلحت دفع ضرر نیز پیش‌بینی شده است.

در خصوص اذن پدر در ازدواج دختر باکره نیز در صورت موجه نبودن مخالفت پدر، اذن پدر ساقط می‌شود و اذن دادگاه جایگزین اذن پدر خواهد شد. این حکم بر اساس قاعده منع سوءاستفاده از حق و بر مبنای قاعده فقهی لاضرر استوار است.

بر اساس همین قاعده است که نهاد داوری برای مراجعه زوج به دادگاه برای طلاق دادن همسرش پیش‌بینی شده است تا حکومت بر نحوه اعمال حق طلاق زوج نظارت داشته باشد و طلاق دادن زوج سبب سلب حقوق زوج نشود.

### ۳-۲-۳. مصالح و ارزش‌های اساسی خانواده

شناسایی ارزش‌ها و مصالح خانوادگی در تصمیم‌گیری‌های قضایی در حوزه خانواده از اهمیت بسزایی برخوردار است؛ به گونه‌ای که نمی‌توان نهادهای حقوق خانواده و حتی حق‌های اساسی اعضای آن را بدون التفات به این ارزش‌ها تحلیل کرد. بی‌شک قانون‌گذار باید به منافع هر یک از افراد خانواده توجه کند؛ لیکن آنچه در درجه اول اهمیت دارد، نفع خانواده به عنوان یک نهاد و واحد اجتماعی است و استحکام و حمایت از آن باید بیش از هر چیز دیگر مورد نظر باشد. در ایران همواره قانون‌گذار به حمایت از نهاد خانواده نظر داشته است؛ با این حال قوانین حمایت از خانواده، آن طور که از نامشان پیداست، بیش از آنکه معطوف به حمایت از نهاد خانواده باشند،

۱. «هیچ کس نمی‌تواند اعمال حق خویش را وسیلهٔ اضرار به غیر یا تجاوز به منافع عمومی قرار دهد.»

حقوق زن و اطفال را مدنظر قرار داده‌اند (صفایی و امامی، ۱۳۹۳: ۲۱). زمانی که قانون مدنی تصویب می‌شد، روح فردگرایی بر آن حاکم بود. ولی امروزه بیشتر نظریه‌ها متوجه مصلحت خانواده و فرزندان است و حقوق می‌خواهد این نهاد را از گزند خودخواهی‌ها مصون دارد، هرچند به بهای کاستن از آزادی‌های فردی باشد؛ لذا در کنار مفاهیمی چون «ریاست خانواده»، «اختیار شوهر در طلاق»، «ولایت و حضانت بر فرزندان» و نیز حقوق و آزادی‌های فردی اعضای خانواده باید به مصلحت خانواده اندیشید (کاتوزیان، ۱۳۸۹: ۱۶).

حفظ قداست و ارزشمندی خانواده، خصوصی بودن روابط خانوادگی، دوام و کیان نهاد خانواده و انسجام روابط اعضای خانواده از جمله ارزش‌های اساسی نهاد خانواده هستند که در نظام‌های حقوقی مختلف بدان پرداخته شده است. تردیدی نیست که این ارزش‌ها گاهی مؤید و حمایتگر حق‌های اساسی می‌باشند و گاهی در تضام با این حقوق قرار می‌گیرند؛ برای مثال حریم خصوصی خانواده اقتضا می‌کند که اعضای خانواده نتوانند با دستاویز قراردادن حق‌های بنیادین خود به طور مطلق در هر موردی با افشای اسرار خانوادگی، تمامیت خانواده را به خطر بیندازند یا آنکه عضوی از خانواده بخواهد رحمت و مودت که اساس انسجام روابط خانوادگی است را قربانی آزادی خود در تظاهر به هر گونه رفتار خودخواهانه قرار دهد. در مقابل گاهی انسجام روابط خانوادگی در گرو کرامت‌مداری و حفظ حق‌های اساسی ایشان است.

برای مثال یکی از اصول شناخته‌شده در بحث اهدای جنین به زوجین نابارور، اصل محرمانگی نسب است که در تبصره ماده ۶ آیین‌نامه اجرایی قانون نحوه اهدای جنین به زوجین نابارور بدان اشاره شده است. این اصل با حق اساسی طفل مبنی بر شناسایی نسب منافات دارد.<sup>۱</sup> لکن آیا قانون‌گذار مصلحتی را در نظر داشته است که مراکز باروری را موظف به طبقه‌بندی اطلاعات مربوط به جنین‌های اهدایی در اطلاعات به‌کلی سری کرده است؟

موافقان افشای راز اهدا به کودک به حق طبیعی و اساسی کودک در آگاهی از منشأ وجودی خود متوسل شده‌اند و در مقابل مخالفان آشکار شدن نسب برای کودک مصالحی را بر این امر برشمرده‌اند؛ از جمله آنکه از دخالت‌های احتمالی اهداکنندگان در فضای خانوادگی و تربیتی کودک جلوگیری می‌شود، جایگاه والدینی اهداگیرندگان تثبیت می‌گردد و نظام تربیتی واحدی برای کودک به کار گرفته

۱. بند اول ماده ۷ کنوانسیون حقوق کودک، «تولد کودک بلافاصله پس از به‌دنیا آمدن ثبت می‌شود و از حقوقی مانند حق داشتن نام، کسب تابعیت و در صورت امکان، شناسایی والدین و قرار گرفتن تحت سرپرستی آن‌ها برخوردار می‌باشد.»

شود و این امر از سرگردانی هویت کودک جلوگیری می‌کند (پوربخش، ۱۳۸۸: ۱۷۹).

#### ۲-۳-۴. موازین اسلامی

وفق اصل چهارم قانون اساسی، کلیه قوانین و مقررات باید بر اساس موازین اسلامی باشد. این اصل بر اطلاق یا عموم همه اصول قانون اساسی و قوانین و مقررات دیگر حاکم است. در نظام حقوقی ایران تمامی احکام اعم از عادی و اساسی باید موافق با موازین اسلامی باشد. در اصل ۶۱ قانون اساسی نیز به لزوم رعایت موازین اسلامی در تصمیمات قضایی نیز اشاره شده است. این اصل یک معیار تعیین‌کننده در قوانین و مقررات است و حتی حق‌های اساسی نیز باید به موازین اسلامی عرضه شوند. برای مثال هرچند که حق دسترسی به نکاح یک حق اساسی است ولی موازین اسلامی ولایت کفار بر مسلمین را برنمی‌تابد و از این رو محدودیتی بر این حق وارد آورده است که همانا منع نکاح مسلمه با غیرمسلمان است.

با این همه، اقوال فقهی در برخی از موضوعات مختلف‌اند که هم این مسئله و هم سایر ظرفیت‌های فقهی نظیر عناوین ثانویه، توجه به مصالح مهم‌تر و مقاصد شرعی (همان طور که پیش‌تر گفته شد) می‌تواند در این خصوص راهگشا باشد.

#### نتیجه

اعضای خانواده به مناسبت حیثیت انسانی و کرامت ذاتی خود از پاره‌ای حقوق برخوردارند که انسانی، جهان‌شمول و تبعیض‌ناپذیر است و در اسناد حقوقی نظیر قانون اساسی و اسناد حقوق بشری بدان‌ها اشاره شده است. از سوی دیگر اعضای خانواده به مناسبت نقش خود در خانواده دارای حقوق و تکالیفی هستند که با توجه به نهادی بودن ماهیت خانواده به‌سان قواعد آمره بر ایشان حکومت می‌کند.

اساسی‌سازی در فرایند قضایی به معنای تضمین حقوق و آزادی‌های بنیادین اعضا در دعاوی خانوادگی در پی تعدیل مقرره‌های عادی حقوق خانواده به نفع این دسته از حقوق و آزادی‌هاست. خانواده به‌رغم نهادی بودن در مراحل مختلف خود با ماهیت‌های حقوقی مختلفی مواجه است که تعریف، ماهیت و قواعد حاکم بر آن‌ها مؤثر در امکان‌سنجی اساسی‌سازی خواهد بود. تحلیل صحیح دادرسی از هر یک از این مفاهیم در شناخت مرزهای اعمال حق‌های اساسی اعضای خانواده بسیار راهگشاست. چه آنکه تفاوت در تعریف از هر یک از نهادهای حقوق خانواده می‌تواند به جابه‌جایی مرز حق داشتن اعضای خانواده در آن نهاد بینجامد.

در این پژوهش با مروری بر ادله موافقان و مخالفان اساسی‌سازی که در دو حوزه حقوق عمومی و حقوق خانواده مطرح بود ظرفیت‌های لازم برای ورود مشروط حق‌های اساسی به نظام

حقوق خانواده را ارزیابی کرده و دریافتیم که نظام حقوق خانواده ایران ابزارهای مؤثری در نظام فقهی و حقوقی خود برای راهیابی حق‌های اساسی افراد به حقوق خانواده دارد. با این حال شاید این ادعا گزاف نباشد که اساسی‌سازی برای نظام حقوقی ما آورده افزون‌تری ندارد. مگر آنکه اساسی‌سازی را به‌طور مطلق بپذیریم که در آن صورت در هر شرایطی حقوق بنیادین اعضای خانواده باید بر هنجارهای دیگر مقدم شود. لکن دیدیم که ماحصل این اطلاق در پذیرش اساسی‌سازی، فروپاشی نظام حقوق خانواده، تهدید صمیمیت اعضای خانواده و برابری مطلق اعضای خانواده با وجود نقش‌های مختلف ایشان خواهد بود و می‌تواند روح فردگرایی را در خانواده که خلاف ویژگی‌های اخلاقی خانواده است گسترش دهد. حال آنکه در نظام حقوقی ما که مبتنی بر نظام حقوقی اسلام است، اصالت خانواده به‌روشنی پذیرفته شده است و ترجیح بلاقید حق‌های اساسی اشخاص با آن مغایرت دارد.

با این همه در مقام نقد نظریه سوم نیز می‌توان گفت با وجود آنکه ارائه این معیارها دادرس را در موردی نگرستن به مقتضیات هر پرونده رهنمود می‌شود و باعث انعطاف‌پذیری قوانین سخت‌گیرانه خانواده و انصاف در حل و فصل دعاوی خانوادگی خواهد بود، پیش‌بینی‌پذیری آرا را کاهش خواهد داد؛ چراکه تشخیص این معیارها بسته به نظر و تشخیص قاضی است و کم‌تجربگی برخی از محاکم می‌تواند مشکل‌آفرین بوده و ناقض عدالت تلقی شود. با این حال در نظر گرفتن قاضی مشاور و مؤثر بودن نظر وی در تصمیم‌های قضایی می‌تواند از خطای تصمیم‌گیری قضات در دعاوی خانوادگی بکاهد.

غایت این پژوهش آن بود که محاکم را با ادبیات اساسی‌سازی در دعاوی خانوادگی و بایسته‌های آن آشنا کنیم تا بر این طریق و با تجهیز شدن به ابزارهای مؤثر حقوقی و فقهی، که اینک در اختیار ماست، آن‌ها را به ملاحظه کرامت انسانی اعضای خانواده در تصمیمات قضایی خود دعوت کنیم.

## منابع

### فارسی

- آزمایش، علی (۱۳۵۰)، «مسئله مغایرت قانون با قانون برتر در حقوق ایران»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، شماره ۱۰.
- بابایی، ایرج و مرتضی ترابی (۱۴۰۰)، «جایگاه اصل حقوق بشری حیثیت و منزلت انسانی در حقوق قراردادها»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۵، شماره ۱۱۴.
- پوربخش، سیدمحمدعلی (۱۳۸۸)، «درمان ناباروری و رازداری در اهدای گامت»، فصلنامه اخلاق پزشکی، سال سوم، شماره ۷.
- تقی زاده، جواد، (۱۳۸۶)، «مسئله اساسی سازی نظم حقوقی»، مجله پژوهش های حقوقی، شماره ۱۱.
- جاویدی، مصطفی (۱۳۸۳)، «سقط جنین (بررسی تطبیقی در حقوق ایران، حقوق انگلیس، فرانسه و فتاوی فقهی)»، گواه، زمستان ۸۳ و بهار ۸۴، شماره ۲ و ۳.
- جعفری تبار، حسن (۱۳۹۵)، دیو در شیشه در فلسفه رویه قضایی، تهران: حق گزاران.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۹۳)، مقدمه عمومی علم حقوق، تهران: گنج دانش.
- جعفری بوشهری، جعفر (۱۳۸۴)، حقوق اساسی، اصول و قواعد، جلد اول، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- حکمت نیا، محمود (۱۳۹۲)، حقوق زن و خانواده، چاپ دوم، تهران: انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.
- روشن، محمد؛ صادقی، محمد (۱۳۹۵)، دانشنامه حقوق خانواده، تهران: جنگل، جاودانه.
- صفاری نیا، محیا (۱۳۹۳)، خانواده در اسناد حقوقی بین المللی، تهران: شهر دانش.
- صفایی، سیدحسین و اسدالله امامی (۱۳۹۳)، مختصر حقوق خانواده، تهران: میزان.
- طهماسبی، علی (۱۳۹۱)، «فزون خواهی حق های اساسی: درآمدی بر اساسی سازی حقوق خصوصی»، پژوهش های حقوق تطبیقی، دوره ۱۶، شماره ۳.
- طباطبایی مؤتمنی، منوچهر (۱۳۸۴)، حقوق اساسی، تهران: نشر میزان.
- قاسم زاده، قاسم (۱۳۳۴)، حقوق اساسی، چاپ ششم، تهران: انتشارات چاپخانه دانشگاه.
- قربان نیا، ناصر (۱۳۸۵)، «تحدید حقوق و آزادی ها»، مجله حقوق اسلامی، شماره ۱۰.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۹)، حقوق خانواده، تهران: میزان.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۲)، اعمال حقوقی، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۳)، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، تهران: میزان.
- کبگانیان، محمدحسن (۱۳۹۷)، حق دسترسی به مرجع دادرسی اساسی با تأکید بر نظام حقوقی ایران، پایان نامه برای اخذ مدرک کارشناسی ارشد: دانشگاه تربیت مدرس.
- گرجی ازندریانی، علی اکبر (۱۳۹۴)، در تکاپوی حقوق اساسی، چاپ سوم، تهران: انتشارات جنگل.
- متین دفتری، احمد (۱۳۷۸)، آیین دادرسی مدنی و بازرگانی، جلد اول، تهران: مجمع علمی و فرهنگی مجد.
- محمدزاده، مسلم (۱۳۹۴)، تأثیر حقوق اساسی بر حقوق خصوصی، رساله برای اخذ مدرک دکتری: دانشگاه تهران.

- مطهری، مرتضی (۱۳۹۰)، نظام حقوق زن در اسلام، تهران: انتشارات صدرا.
- مطهری، مرتضی (۱۳۸۹)، مجموعه آثار، جلد سوم، تهران: انتشارات صدرا.
- مولائی، یوسف و ناصر حاجی‌پور (۱۳۹۷)، «اساسی‌سازی حقوق خصوصی»، فصلنامه پژوهش‌های حقوق عمومی، سال بیستم، شماره ۶۱، تابستان: ۲۳۵-۲۰۹.
- موحد، محمدعلی (۱۳۹۷)، حق و سوءاستفاده از آن، تهران: نشرکارنامه.
- هدایت‌نیا، فرج‌الله (۱۳۹۲)، عناوین ثانوی و حقوق خانواده، تهران: سازمان پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.

### عربی

- مکارم‌شیرازی، ناصر (۱۳۸۰)، بحوث الفقهیه هامة، قم: مدرسه الامام علی بن ابی طالب (ع).

### انگلیسی

- DAVID D. MEYER (2008), 'The Constitutionalization of Family Law', Family Law Quarterly, Vol. 42, No. 3, Golden Anniversary Issue (Fall), pp. 529-572, Published by: American Bar Association.
- Dworkin, Ronald (1977), taking rights seriously, Harvard University press.
- GLENDEN, Mary Ann (1989), The Transformation of Family Law: State, Law, and Family in the United and Western Uroupe.
- Hamilton, Vivian E (2006), 'Principle of U.S Family Law', Faculty Publications.



## پیشگیری از جرم در سازمان با حمایت از افشاگران

فرید محسنی\*

### چکیده

یافتن راهکار برای مقابله و پیشگیری از فساد اداری و جرایمی که در سازمان‌ها و نهادهای دولتی و عمومی رخ می‌دهد و به‌نحوه منافع عامه را مورد آسیب قرار می‌دهد همواره مورد اهتمام نظام‌های مختلف حقوقی بوده است. فساد در دولت، به اندازه خود دولت قدمت دارد و معضلی جدی است و اهمیت مقابله با آن کمتر از حفظ امنیت و بقای حکومت نیست. امروزه «افشاگری» به‌عنوان یکی از راهکارهای پیشگیری و مبارزه با فساد اداری و جرایم در دولت و سازمان‌ها و نهادهای عمومی به‌شمار می‌رود. اگرچه استفاده وسیع از افشاگری در قالب ایجاد انگیزه و حمایت از افشاگران راهکار قطعی از میان برداشتن فساد نیست، اما یکی از ابزارهای توسعه، بهبود حاکمیت و ایجاد دولت‌ها و سازمان‌های دارای سلامت اخلاقی و حقوقی است. به همین دلیل، کارکردهای افشاگری برای مبارزه با فساد و پیشگیری از آن بیش از هر زمان دیگری در کانون توجه قرار دارد. اگرچه برخی، افشاگری را نوعی خبرچینی و جاسوسی تلقی می‌نمایند، این عمل، در بسیاری از کشورها ناشی از شهامت، تعهد و پابندی به اخلاق قلمداد شده و از افشاگران با عنوان قهرمانان آشکارسازی فساد و تقلب یاد می‌شود و برای حمایت از آنان قوانینی تصویب گردیده است. دمکراسی‌های قوی، از خدمات افشاگران قوی بهره‌مند شده و البته آنان نیز پاداش می‌گیرند. افشاگران، مهم‌ترین عامل پیشگیری از منجر شدن اشتباهات بالقوه خطرناک به فاجعه تلقی می‌گردند. حتی معروف و موفق‌ترین افشاگران، همگی مسیری بسیار سخت، طولانی و پر مخاطره را پشت سر گذاشته و با واکنش‌های بسیار شدیدی مواجه شده‌اند. به‌رغم تأکید روزافزون بر افشاگری و تلاش در راستای ارائه حمایت قانونی از افشاگران، تحقق این پدیده، همچنان با موانع

عديده‌ای روبه‌روست. توجه به این موانع و تحلیل آن‌ها می‌تواند مبنایی برای تدوین قوانین و ارائه حمایت‌های کیفی کارآمد در راستای تسهیل افشاگری باشد. البته توجه به مرزهای آزادی اطلاعات و بیان، حریم خصوصی اطلاعات، شفافیت و افشاگری و نیز استفاده از تجربیات سایر نظام‌های حقوقی و نیز منابع حقوق ایران، از نکات کلیدی فرایند مذکور می‌باشند. مقاله حاضر، به بررسی پدیده افشاگری و رویکرد حمایتی از افشاگران به‌عنوان راهکاری برای پیشگیری از فساد اداری و جرم در سازمان اختصاص دارد.

**واژگان کلیدی:** افشاگری، گزارش‌دهی، مبارزه با جرم و فساد، شفافیت

### مقدمه

جرم و فساد، مشکلی پایدار و بدون مرز است که تمامی کشورهای جهان از آن رنج می‌برند. به نظر می‌رسد، دلایل اصلی آن، در طبیعت انسان نهفته‌اند. به‌عنوان مثال، حرص و طمع، جاه‌طلبی و آرزوی قدرت از جمله مهم‌ترین انگیزه‌های روانی فساد می‌باشند. با وجود این، جرم، تنها حاصل ویژگی‌های روانی انسان نبوده بلکه سایر عوامل محیطی از جمله ساختار نهادهای اجتماعی و یا سازمان مانند مدیریت و یا اعمال حاکمیت نادرست، فقدان شفافیت، نظام‌های تصمیم‌گیری ناقص، و انواع ناکارآمدی و کمبود، بر شکل‌گیری و پایداری فساد مؤثر می‌باشند.

مبارزه با جرم، نیازمند ابزارهایی کارآمد برای قطع ریشه‌های آن است. مهم‌ترین سازوکارها و راه‌های متداول برای مبارزه با آن عبارتند از تعقیب کیفی فزاینده برای رشوه<sup>۱</sup> و اخاذی<sup>۲</sup>، اصلاح خدمات شهری<sup>۳</sup> و پرداخت دولت، شفافیت<sup>۴</sup>، گزارش‌دهی<sup>۵</sup> و توسعه و بهبود حاکمیت. یکی از راهکارهایی که امروزه در کنار سایر روش‌ها مورد استقبال زیادی قرار گرفته، استفاده وسیع از افشاگری<sup>۶</sup> در قالب ایجاد انگیزه و ترغیب آن و حمایت از افشاگران می‌باشد. اگر چه افشاگری راه چاره‌ای از میان برداشتن فساد نیست، اما یکی از ابزارهای توسعه و بهبود حاکمیت و ایجاد دولت‌ها و سازمان‌های دارای سلامت اخلاقی و حقوقی است. با وجود اهمیت و کارایی گزارش‌دهی و افشاگری برای مبارزه با فساد، این پدیده با موانع نظری، اجرایی، اجتماعی، فرهنگی، سازمانی و قانونی بسیاری روبه‌روست که در بسیاری موارد، با وجود دلایل کافی، باعث از دست رفتن انگیزه

1. Bribery
2. Extortion
3. Civil Service
4. Transparency
5. Reporting
6. Whistleblowing/Disclosure/ Revelations

فرد مطلع و انصراف وی از گزارش‌دهی می‌گردد. علاوه بر این، تلاقی مباحثی همچون آزادی اطلاعات، آزادی بیان و حریم خصوصی اطلاعات به‌ویژه حریم خصوصی افراد و سازمان‌ها، بر دشواری‌ها و پیچیدگی‌های این مسیر می‌افزاید.

امروزه کشورهای مختلف در سرتاسر دنیا در راستای بهبود نظام‌های حقوقی ترغیب افشاگری، از افشاگران در برابر اقدامات تلافی‌جویانه حمایت می‌کنند. در این راستا قراردادها و معاهدات بین‌المللی متعددی برای مبارزه با فساد از جمله کنوانسیون ضدفساد سازمان ملل متحد منعقد گشته و بسیاری از سازمان‌ها نیز مبادرت به وضع مقررات داخلی در راستای تسهیل افشاگری نموده‌اند. تعداد معدودی از کشورها نیز قوانین جامع در این زمینه تصویب و تدوین کرده‌اند. قضاوت در مورد کارایی این قوانین و مقررات آسان نیست. اما بررسی آن‌ها در کنار دیگر موضوعات مرتبط با افشاگری می‌تواند برای تدوین راهکارهای بومی و تطبیق آن با مبانی نظری از جمله احکام اسلامی به‌منظور مبارزه مؤثر با فساد راهگشا باشد.

### ۱. تعریف و توجیه افشاگری

اصطلاح «افشاگری»<sup>۱</sup> که برای بیان آن از واژه «سوت زدن»<sup>۲</sup> استفاده می‌شود، توسط یک فعال اجتماعی آمریکایی به نام رالف نیدر<sup>۳</sup> ابداع گردید اما پیشینه آن ریشه در قرن نوزدهم دارد. استفاده از سوت، برای اعلام یک موقعیت یا جلب توجه دیگران در حرفه‌های گوناگون مانند شکار و دریانوردی همواره مرسوم بوده است. بنابراین کاربرد این اصطلاح، به استفاده از سوت برای اعلام خطر و هشدار به عموم در مورد یک موقعیت بد مانند ارتکاب جرم یا نقض قوانین یک مسابقه باز می‌گردد. به‌عنوان مثال، داوران مسابقات ورزشی که برای اعلام خطای بازیکنان یا نقض قوانین مسابقه از سوت استفاده می‌کردند نیز «سوت‌زن» نامیده می‌شدند. عبارت «سوت‌زن» در قرن نوزدهم به‌واسطه استفاده از سوت برای هشدار به مردم یا یک مأمور پلیس، به مجریان قانون مرتبط گشت.<sup>۴</sup>

افشاگری، دارای وجوه و اشکال متفاوت است، اما مهم‌ترین وجوه آن عبارتند از تجلی آزادی بیان، ابزار ضدفساد، و یک سازوکار مدیریت داخلی. این تنوع در ابعاد و ماهیت، منجر به ارائه تعاریف گوناگونی از افشاگر و افشاگری شده است که هر یک وجوه خاصی از موضوع را مورد

1. Disclosing

2. Whistleblowing

3. Ralf Nader

4. Martin, Gary, The Meaning and Origin of the Expression: Whistleblower, 2017, available at: <http://www.phrase.org.uk/> (تاریخ بازدید ۲-۵-۱۳۹۶)

تأکید قرار داده‌اند. اما با استفاده از متون قانونی و در یک جمع‌بندی کلی می‌توان گفت افشاگر، کسی است که اقدام به ارائه اطلاعاتی می‌نماید که بنا بر باور معقول وی، شواهدی در مورد تخلف از قانون، قواعد و مقررات، سوءمدیریت فاحش، اتلاف فاحش منابع مالی، سوءاستفاده از قدرت، یا خطری مهم و خاص نسبت به سلامت و امنیت عموم هستند.<sup>۱</sup> به‌طور کلی، افشاگری‌ها به دو گروه تقسیم می‌شوند:

الف) افشاگری داخلی<sup>۲</sup>: گزارش دادن تخلف به شخصی دیگر در همان سازمان؛ و ب) افشاگری خارجی<sup>۳</sup>: گزارش دادن تخلف به شخصی خارج از سازمان مانند مجریان قانون یا رسانه‌ها.<sup>۴</sup>

منظور از «باور معقول»<sup>۵</sup> این است که یک مشاهده‌کننده بی‌طرف با آگاهی از حقایق اساسی آشکار برای وی که به سهولت، توسط کارمند یا متقاضی کار قابل اثبات است بتواند به‌نحو معقول به این نتیجه برسد که اعمال مأمور سازمان، حاکی از چنین تخلف، سوءمدیریت، اتلاف، سوءاستفاده، یا خطری می‌باشد.<sup>۶</sup>

بر اساس تعاریف ارائه شده، افشاگری دارای چهار ویژگی است: نخست، عملی فردی در راستای عمومی ساختن اطلاعات است؛ دوم، اطلاعات، برای شخصی خارج از سازمان مورد نظر افشا می‌شود که آن را عمومی ساخته و به بخشی از مدارک و سوابق عمومی بدل می‌سازد؛ سوم، اطلاعات افشاشده مربوط به امور مهم در آن سازمان است؛ و چهارم، شخص افشاکننده یکی از اعضای آن سازمان می‌باشد نه یک خبرنگار یا فرد عادی در جامعه.

علاوه بر این چهار ویژگی، انگیزه اولیه و اصلی شخص افشاگر باید پرده‌برداری از تخلف باشد. انگیزه اولیه شخص افشاگر، بدین دلیل مورد تأکید قرار گرفته که افشاگری را از اقدامات کینه‌جویانه، انتقام‌جویانه و یا اعمالی که با هدف شرم‌سار نمودن دیگران صورت می‌پذیرد، متمایز سازد. علاوه بر این، افرادی که صرفاً با هدف کسب منفعت، به ارائه اطلاعات می‌پردازند نیز از این

1. U. S. Department of Energy, Whistleblower Information: Overview, 2017, available at: <https://energy.gov/> (تاریخ بازدید ۲-۵-۱۳۹۶)

2. Internal Whistleblowing

3. External Whistleblowing

4. Online Legal Dictionary ,Whistleblower, in: <https://legaldictionary.net/> -۵-۲ (تاریخ بازدید ۲-۵-۱۳۹۶)

5. Reasonable Belief

6. Whistleblower Information: Overview, Op. Cit.

گروه مستثنا می‌گردند. البته مستثنا کردن تمامی منافع مادی از تعریف افشاگری، درست نیست. برخی افراد، برای افشاگری، پاداش یا غرامت دریافت می‌نمایند. پرداخت‌هایی از این دست، به‌عنوان جبران خسارت از دست دادن فرصت‌های شغلی و یا انزوا پس از شناخته شدن است که افشاگران معمولاً با آن روبه‌رو می‌شوند. اطمینان از دریافت غرامت یا پاداش، که در قوانین کشورهای مختلف مانند ایالات متحده آمریکا مورد توجه قرار گرفته می‌تواند برای مشاهده و پیگیری رفتارهای غیرقانونی یا غیراخلاقی ایجاد انگیزه کرده و در نهایت، زمینه افشاگری را فراهم آورد (Schultz, David et al., 2015: 88).

آخرین نکته‌ای که در مورد ویژگی‌های افشاگری باید مورد توجه قرار گیرد این است که عمل مذکور، معمولاً به‌عنوان آخرین چاره انجام می‌گیرد. شرکت‌ها و سازمان‌ها معمولاً قادر به کنترل امور خود و اصلاح رفتارهای نامناسب، از طریق بازرسی و نظارت داخلی می‌باشند. علاوه بر این، همواره سازوکارهایی برای گزارش تخلف در داخل سازمان‌ها وجود دارد. افشاگری، یک راهکار جایگزین و مجرای دیگر برای گزارش تخلف، در مواردی است که زنجیره‌های ساختارها یا دستورالعمل‌های داخلی یک سازمان، فرایند گزارش‌دهی و اصلاح رفتارهای نادرست را دشوار می‌سازد (Schultz, David et al., 2015: 88).

بنابراین، افشاگری معمولاً توسط کارمند یک سازمان دولتی یا شرکت خصوصی برای عموم و یا مقامات صورت می‌گیرد. موضوع آن نیز سوءمدیریت، فساد، یا هرگونه فعالیت غیرقانونی، غیراخلاقی و سایر تخلفات می‌باشد (West Encyclopedia of American Law, 2008).

با توجه به آنچه گفته شد، ممکن است افشاگری، مشابه پدیده‌هایی مانند خبررسانی<sup>۱</sup>، جاسوسی<sup>۲</sup>، وظیفه اطلاع‌رسانی<sup>۳</sup>، و حافظت از شهود<sup>۴</sup> به نظر برسد در حالی که با وجود برخی هم‌پوشانی‌ها، افشاگری کاملاً متمایز از تمامی این موارد است. به‌عنوان مثال، جاسوسی، عبارت است از به‌دست آوردن اطلاعات سری یا محرمانه دولت، سازمان یا فرد بدون اجازه آن‌ها. جاسوسی، اغلب از طریق سرقت اطلاعات برای فراهم کردن منفعت (اعم از مادی یا غیرمادی) برای طرف دیگر می‌باشد که معمولاً یک دولت یا کسب‌وکار رقیب است. همان‌طور که مشاهده می‌شود، میان هدف یک جاسوس و یک افشاگر تفاوت بسیار وجود دارد. انگیزه افشاگری،

1. Informing
2. Espionage
3. Duty to inform
4. Protection of witnesses

آشکارسازی تخلف، با حسن نیت و در جهت منافع عموم است ( Association for Progressive Communications (APC), 2015: 4).

افشاگری، بخشی از نظام کنترل داخلی یک سازمان و از عوامل موفقیت مدیریت شرکتی است. پژوهش‌ها حاکی از این است که افشاگری یکی از راه‌های مؤثر کشف تخلف و تقلب در سازمان‌ها می‌باشد. به همین دلیل، بسیاری از کشورها و سازمان‌های بین‌المللی مبادرت به تدوین و تصویب قوانین و مقررات مروج افشاگری و حمایت از افشاگران کرده‌اند. قوانین و مقررات مذکور، در مرحله اول، فرایندها و سازوکارهای افشاگری به‌ویژه انجام آن به‌طور ناشناس مانند خطوط تماس ویژه را تبیین می‌نمایند. دوم، به توسعه و ترویج افشاگری می‌پردازند. سوم، انگیزه‌های مالی برای ترغیب به افشاگری فراهم نموده؛ و در نهایت، دربردارنده حمایت‌هایی برای محافظت از افشاگران در مقابل انتقام و تلافی می‌باشند. در اینجا به لحاظ اهمیت موضوع، قوانین برخی از کشورها را مورد اشاره قرار می‌دهیم و البته در این بررسی، قوانین ایالات متحده آمریکا را به دلیل پیشرو بودن در این زمینه مقدم می‌داریم.

## ۲. قانون حمایت از افشاگران ۱۹۸۹ آمریکا

ایالات متحده آمریکا در زمینه قوانین افشاگری، کشوری پیش‌گام و خلاق بوده است. شیوه قانون‌گذاری این کشور درخصوص حمایت از افشاگران، سازمان‌های بین‌المللی همچون بانک جهانی<sup>۱</sup>، سازمان همکاری و توسعه اقتصادی<sup>۲</sup> (OECD)، و سازمان کشورهای آمریکایی<sup>۳</sup> و نیز حقوق داخلی کشورهای دیگر را از طریق کنفرانس‌های مهم در زمینه فساد در سراسر دنیا تحت تأثیر قرار داده است. ایالات متحده آمریکا دارای قوانین متعدد حمایت از افشاگران در سطوح ایالتی و فدرال می‌باشد (Schultz, David et al., 2015).

قوانین حمایت از افشاگران زیرمجموعه حقوق عمومی<sup>۴</sup> است که برای آن ضمانت‌اجراه‌های گوناگون متأثر از شاخه‌های مختلف حقوق عمومی، به‌ویژه کیفری وضع گردیده است.

قانون حمایت از افشاگران ۱۹۸۹<sup>۵</sup> یک قانون فدرال می‌باشد که موضوع آن ارائه حمایت‌های قانونی از افشاگرانی است که در زمره کارکنان دولت قرار داشته و اقدام به گزارش‌دهی در مورد تخلفات سازمان مربوطه می‌نمایند. تهدید کارکنان یک سازمان یا متقاضیان کار، پس از افشای

1. World Bank
2. Organization for Economic Cooperation and Development (OECD)
3. Organization of American States
4. Public Law
5. The Whistleblower Protection Act of 1989 (WPA)

اطلاعات توسط آنان از طریق اقدامات تلافی جویانه، تخلف و نقض این قانون محسوب می‌گردد.<sup>۱</sup> خاتمه اشتغال<sup>۲</sup>، تنزل رتبه<sup>۳</sup>، تعلیق<sup>۴</sup>، تهدید<sup>۵</sup>، آزار و اذیت<sup>۶</sup>، و تبعیض<sup>۷</sup>، در زمره رایج‌ترین اقدامات تلافی جویانه علیه افشاگران قرار دارند.

مطابق این قانون، افشاگران می‌توانند اقدام به ثبت دادخواست در این زمینه نمایند. دادخواست مذکور، باید بر مبنای باور معقول بر وجود شواهدی در مورد تخلف از قانون، قواعد و مقررات، سوءمدیریت فاحش، اتلاف فاحش منابع، سوءاستفاده از قدرت، یا خطری مهم و خاص نسبت به سلامت، رفاه و امنیت عموم تنظیم شده باشد.

دسترسی به اطلاعات مورد نیاز برای افشاگری، بر مبنای قانون آزادی اطلاعات مصوب ۱۹۶۶<sup>۸</sup> امکان‌پذیر است. به موجب این قانون، عموم مردم از حق درخواست دسترسی به سوابق هر سازمان فدرال برخوردار هستند. قانون آزادی اطلاعات، ارائه‌کننده اطلاعات مورد نیاز شهروندان در مورد دولت متبوع‌شان می‌باشد و سازمان‌های فدرال نیز جز در موارد استثناء ملزم به ارائه هر گونه اطلاعات درخواست‌شده مطابق مقررات این قانون هستند. استثنائات مذکور، در یک طبقه‌بندی نُه‌گانه قرار گرفته‌اند که اهم موضوعات آن‌ها در زمره حمایت از حریم خصوصی اشخاص<sup>۹</sup>، امنیت ملی<sup>۱۰</sup>، و اجرای قانون<sup>۱۱</sup> قرار دارند (Ginsberg, 2014: 2).

### ۳. قانون بهبود حمایت از افشاگران ۲۰۱۲ آمریکا<sup>۱۲</sup>

قانون حمایت از افشاگران ۱۹۸۹ نسبت به کارکنان جامعه اطلاعاتی اعمال نمی‌شد. این گروه از کارکنان، تحت شمول «قانون حمایت از افشاگران جامعه اطلاعاتی ۱۹۹۸»<sup>۱۳</sup> قرار داشتند. این قانون، فرایندی برای گزارش موضوعات بسیار مهم و فوری به کنگره ایجاد کرده بود اما افشاگران را در برابر اقدامات تلافی جویانه سازمان‌ها مورد حمایت قرار نمی‌داد. به همین دلیل، قانون بهبود

1. Public Law 101-12, available at: <http://www.gpo.gov/> (تاریخ بازدید ۲-۵-۱۳۹۶)

2. Termination of Employment

3. Demotion

4. Suspension

5. Threat

6. Harassment

7. Discrimination

8. The Freedom of Information Act of 1966

9. Personal Privacy

10. National Security

11. Law Enforcement

12. The Whistleblower Protection Enhancement Act of 2012 (WPEA)

13. The Intelligence Community Whistleblower Protection Act of 1998 (ICWPA)

حمایت از افشاگران، با هدف تقویت و تحکیم آن در نوامبر سال ۲۰۱۲ به تصویب کنگره رسید (D'Isidoro, 2014: 2). باراک اوباما، رئیس جمهور وقت ایالات متحده آمریکا، نیز در اکتبر سال ۲۰۱۲ ضمن امضای این قانون، مبادرت به صدور دستورالعملی<sup>۱</sup> با عنوان «حمایت از افشاگران دارای دسترسی به اطلاعات طبقه‌بندی شده» نمود. این دستورالعمل، به ارائه تضمین برای حمایت از آن دسته از کارکنان جامعه اطلاعاتی و دارای امکان دسترسی به اطلاعات طبقه‌بندی شده<sup>۲</sup> می‌پردازد که به‌نحو مؤثر و از طریق مجاری داخلی صحیح اقدام به گزارش اتلاف، تقلب، و سوءاستفاده در محافظت از اطلاعات امنیت ملی طبقه‌بندی شده نمایند. قانون مذکور نیز اقدامات تلافی جویانه بر علیه کارکنان گزارش‌دهنده اتلاف، تقلب و سوءاستفاده را ممنوع ساخته است.

دلیل برخورداری اعضای جامعه اطلاعاتی از حمایت‌های ویژه نسبت به اکثریت کارکنان فدرال، به ماهیت طبقه‌بندی شده و محرمانه کار آنان بازمی‌گردد. با وجود تلاش‌های به عمل آمده در راستای ارتقای حمایت‌های لازم از افشاگران، همچنان خلأهایی در این زمینه وجود دارد. موضوعاتی همچون ایجاد انگیزه‌های مالی برای افشاگرانی که از موارد فاحش تقلب یا تعدی و تفریط در برنامه‌های دولت پرده برمی‌دارند، ارائه مجاری سریع برای گزارش‌دهی قانونی به کنگره، و ایجاد یک اداره مشاوره ویژه برای جامعه اطلاعاتی برای فعالیت به‌عنوان یک طرف‌دار افشاگری، در زمره خلأهای مذکور قرار دارند.

البته حمایت‌های قانونی از افشاگران در ایالات متحده آمریکا بر اساس موضوع افشاگری و ایالتی که موضوع در آن مطرح می‌گردد متفاوت است. قوانین فوق‌الذکر، مهم‌ترین قوانین فدرال در این زمینه می‌باشند. از جمله دیگر قوانین فدرال در این زمینه می‌توان به قانون اطلاع‌رسانی و فدرال ضد تبعیض و تلافی مصوب ۲۰۰۲<sup>۳</sup> که به اختصار، «قانون بدون ترس»<sup>۴</sup> خوانده می‌شود و قانون ساربینز اُکسلی مصوب ۲۰۰۲<sup>۵</sup> اشاره نمود.

#### ۴. موانع افشاگری

در سراسر دنیا از افشاگران با عنوان قهرمانان آشکارسازی فساد و تقلب یاد می‌شود. افشاگران،

1. Presidential Policy Directive 19 (PPD-19): "Protecting Whistleblowers with Access to Classified Information". in: <https://va.gov/> (تاریخ بازدید ۲-۵-۱۳۹۶)
2. Classified Information
3. The Notification and Federal Employee Antidiscrimination and Retaliation Act of 2002 (Pub. L. 107-174)
4. No-FEAR Act
5. The Sarbanes Oxley Act of 2002 (Pub. L. 107-204, 116 Stat. 745, enacted July 30, 2002)



مهم‌ترین عامل پیشگیری از منجر شدن اشتباهات بالقوه خطرناک به فاجعه، تلقی می‌گردند. اما افشاگری‌ها اعم از پرده برداشتن از دزدی میلیون‌ها دلار از وجوه عمومی در کنیا تا پنهان‌کاری و سرپوش گذاشتن بر حقایق مربوط به ویروس سارس<sup>۱</sup> و دیگر بیماری‌های خطرناک در چین که زندگی میلیون‌ها نفر را در مخاطره قرار داد و افشاگری در مورد خطرات زیست‌محیطی در آمریکا همگی مسیری بسیار سخت، طولانی و پرمخاطره را پشت سر گذاشته‌اند. تمامی افرادی که مردم و مسئولین را از این موضوعات مهم مطلع ساختند، با واکنش‌های بسیار شدیدی مواجه شدند. از دست‌دادن شغل، محروم شدن از حقوق اجتماعی و سیاسی، متهم شدن به نقض قانون، قرارداد کار و ارتکاب جرم از جمله بازخوردهایی است که افشاگران با آن روبه‌رو می‌شوند. در موارد افراطی و بحرانی‌تر نیز آسیب‌های جسمانی و حتی مرگ در انتظار آن‌هاست. به‌رغم تأکید روزافزون بر افشاگری و تلاش در راستای ارائه حمایت قانونی از افشاگران، تحقق این پدیده، همچنان با موانع عدیده‌ای روبه‌روست. توجه به موانع افشاگری و تحلیل آن‌ها می‌تواند مبنایی برای تدوین قوانین حمایتی کارآمد در این زمینه و تسهیل آن باشد.

اگرچه نگرانی در مورد اقدامات تلافی‌جویانه، همواره مانع افشاگری بوده اما تنها مانع بر سر راه آن نیست. همان‌گونه که گفته شد، اقدامات تلافی‌جویانه، طیف وسیعی از مسائل از آزار و اذیت در محل کار تا پیامدهای بسیار شدیدتر را دربرمی‌گیرد. بزرگ‌ترین نگرانی کارکنان، اخراج شدن است. در برخی نظام‌های حقوق کار، کارفرمایان می‌توانند کارکنان خود را بدون دلیل و اخطار اخراج نمایند<sup>۲</sup> ولی در بسیاری از نظام‌ها این کار، نیاز به دلیل و توجیه مانند نقض مقررات کار یا ناسازگاری دارد. در اکثر موارد، کارکنان، با هدف وادار کردن آنان به استعفا در معرض فشارهای شدید قرار می‌گیرند. مهم‌ترین مصادیق این فشارها بر اساس پروژه نظارت بر دولت آمریکا عبارتند از:

- سلب مسئولیت‌های شغلی به‌نحوی که کارمند به حاشیه رانده شود،
- سلب حق دسترسی به اطلاعات طبقه‌بندی شده به‌نحوی که به‌طور مؤثر مجبور به ترک شغل خود گردد،
- قرار دادن یک کارمند در لیست سیاه، به طوری که وی قادر به یافتن شغل مفید نباشد. انجام تحقیقات تلافی‌جویانه با هدف منحرف نمودن توجه عموم از تقلب، اتلاف یا

1. SARS

2. At-Will Employment

- سوءاستفاده‌ای که شخص افشاگر سعی در پرده برداشتن از آن‌ها دارد،
- زیر سؤال بردن مسائلی مانند سلامت روانی، صلاحیت شغلی یا صداقت شخص افشاگر،
  - طرح نقشه برای تحمیل وظائف غیرممکن به شخص افشاگر یا به دام انداختن او،
  - جابه‌جایی جغرافیایی، به نحوی که کارمند قادر به انجام کار نباشد.
- البته در مواردی، تلافی جویی شکل بسیار افراطی به خود گرفته و در قالب اعمالی همچون قتل و ضرب و جرح انجام می‌شود. برای مثال، در کشور هند مهندس ستینندرا دابی<sup>۱</sup> مدیره پروژه بزرگراه ملی این کشور، پس از پرده برداشتن از فساد در پروژه راه‌سازی به قتل رسید (Banisar, 2011).
- از جمله دیگر موانع مهم افشاگری می‌توان به مسئولیت قانونی<sup>۲</sup> اشاره نمود. در کشورهای مختلف موانع قانونی بسیاری برای ارائه غیرمجاز اطلاعات وجود دارد که منشأ آن‌ها طیف وسیعی از مفاهیم و قواعد سنتی در زمینه مسئولیت کارکنان، اعمال محرمانه و... است. این قواعد و مقررات، اغلب برای مجازات افشاگران و ارباب و بازداشت‌اندگی افشاگران بالقوه از سخن گفتن و ارائه اطلاعات مورد استفاده قرار می‌گیرند. مهم‌ترین مصادیق مسئولیت‌های قانونی کارکنان عبارتند از:
- وظیفه وفاداری<sup>۳</sup> و رازداری<sup>۴</sup>،
  - مسئولیت کیفری برای پرده برداشتن از اعمال سری و محرمانه،
  - استفاده از اتهام توهین<sup>۵</sup> و افترا<sup>۶</sup> برای ساکت نگاه‌داشتن افشاگران،
  - مسئولیت‌های حقوقی و کیفری با استناد به قوانین ناظر بر سرقت یا تجارت اسناد.
- علاوه بر آنچه گفت شد، در جوامع مختلف، موانع فرهنگی بسیار مهمی وجود دارند که بدون فائق آمدن بر آن‌ها افشاگری ممکن نخواهد بود. افشاگران معمولاً خیرچین، مأمور مخفی، جاسوس و... تلقی می‌گردند. این موضوع ریشه در سوءاستفاده از خبررسان‌ها و منابع خبری گمنام در طول تاریخ توسط رژیم‌هایی همچون دادگاه تفتیش عقاید، آلمان نازی، اتحاد جماهیر شوروی سابق، و دوران آپارتاید در آفریقای جنوبی دارد (Bloom, 2005: 8).
- علاوه بر این، فرهنگ درون سازمان‌ها نیز باید مورد توجه قرار گیرند. بدین ترتیب، افشاگران، در درون سازمان و نیز جامعه با مجازات‌های اجتماعی روبه‌رو می‌گردند. و البته در پاره‌ای از موارد

1. Satyendra Dubey
2. Legal Liability
3. Loyalty
4. Confidentiality
5. Libel
6. Defamation

ارائه اطلاعات به بیگانگان، نوعی خیانت محسوب می‌گردد. حتی در فقدان مجازات‌های رسمی، طرد شدن از جامعه یا به حاشیه رانده شدن در یک سازمان می‌تواند فشار بسیار سنگینی به افراد وارد آورد. در چنین مواردی، حتی ممکن است همکاران، بدون آگاهی یا اجازه کارفرما به آزار و اذیت شخص افشاگر بپردازند (Banisar, 2011: 12).

### ۵. پیش‌شرط‌های قوانین حمایت از افشاگری

قوانین حمایت از افشاگری، تنها در یک جامعه دمکراتیک کارایی دارد زیرا دمکراسی از فاش‌سازی، شفافیت، بی‌پرده‌گویی و پاسخ‌گویی حمایت می‌کند. افشاگری در مورد رشوه‌خواری، فساد، پارتی‌بازی، اعمال نفوذ و... در کشور دیکتاتوری بدون وجود «قاعده تساوی افراد در برابر قانون و قابل‌رسیدگی بودن اعمال مأمورین دولت در محاکم عمومی»<sup>۱</sup> و تحت کنترل پنهان‌کاری، وحشت، انتقام‌جویی و مرگ غیرممکن است. قوانین حمایت از افشاگران باید در متن فرهنگ، شرایط و توانایی‌های بالقوه هر جامعه مشاهده و درک شوند. بنابراین، قوانین حمایت از افشاگران نمی‌توانند بدون توجه به نکات فوق و صرفاً با هدف مبارزه با فساد، به جوامع مختلف صادر شده و تسری داده شوند. مهم‌ترین پیش‌شرط تدوین و اجرای قوانین حمایت از افشاگران، قاعده تساوی افراد در برابر قانون و قابل‌رسیدگی بودن اعمال مأمورین دولت در محاکم عمومی می‌باشد که تبلور آن نیز خود نیازمند نظام‌های قانون‌گذاری و قضایی مستقل است (Latimer, Paul et al., 2008: 769).

شفافیت بین‌الملل<sup>۲</sup> یک سازمان بین‌المللی غیردولتی است که دفتر اصلی آن در برلین، آلمان قرار دارد. هدف این سازمان، تلاش برای مبارزه با فساد، اطلاع‌رسانی و افزایش آگاهی در مورد آن است. به همین منظور، به‌طور مستمر اقدام به جمع‌آوری و انتشار آمار و اطلاعات در زمینه حاکمیت و روند فساد در سراسر دنیا می‌نماید. این سازمان در گزارش سال ۲۰۰۸ خود به این نتیجه رسید که در کشورهای آرژانتین، آلمان، غنا، گوآتمالا، اندونزی، ایتالیا، کنیا، پاناما، فیلیپین، اوکراین، و ونزوئلا هیچ قانونی یا حداقل هیچ قانون جامعی برای حمایت از افشاگران وجود ندارد. این گزارش، به کشورهای همچون برزیل، مکزیک، نامیبیا، نیجریه، پرتغال، روسیه، ترکیه، و زیمبابوه اشاره‌ای نکرده است.<sup>۳</sup> این در حالی است که سازمان مذکور، در شاخص درک فساد سال

1. Rule of Law

2. Transparency International

3. Transparency International, The Global Coalition against Corruption, Transparency International's National Integrity System Approach, 16 August 2008, available at: <http://www.transparency.org/> (تاریخ بازدید ۲-۵-۱۳۹۶)

۲۰۰۶ خود فنلاند، دانمارک و نیوزیلند را کشورهای دارای کمترین فساد، و عراق، میانمار و سومالی را نقطه مقابل آنان در این طیف به شمار آورده بود.<sup>۱</sup>

### ۶. افشاگری‌های مورد حمایت و تخلفات قابل افشاء

مطابق قوانین ایالات متحده آمریکا افشاگر کسی است که هرگونه اطلاعات یا فعالیت غیرقانونی، غیراخلاقی یا ناصحیح در یک سازمان خصوصی یا عمومی را افشا می‌کند. همان طور که گفته شد، شخصی افشاگر تلقی می‌گردد که نسبت به تخلف رخ داده از قوانین و مقررات باور معقول داشته باشد. قانون حمایت از افشاگر مصوب ۱۹۸۹ برای حمایت از افشاگران فدرال شاغل در دولت نیز در همین راستا به تصویب رسید. قوانین و مقررات حمایت از افشاگران، تضمین‌کننده آزادی بیان<sup>۲</sup> برای کارمندان، کارگران و پیمانکاران در موقعیت‌های خاص هستند. اصلاحیه‌های اول و چهاردهم قانون اساسی ایالات متحده از آزادی بیان حمایت می‌کند. بدین ترتیب، هنگامی که یکی از کارکنان بخش ایالتی یا فدرال، در راستای افشای اعمال غیرقانونی کارفرمای خود از حق آزادی بیان استفاده می‌کند، کارفرما نمی‌تواند از طریق اعمال منفی و تلافی‌جویانه به مقابله با شخص افشاگر بپردازد. اما چالش پیش‌روی افشاگران، پیچیدگی‌های بسیار قانون و قواعد مرتبط با آزادی بیان می‌باشد؛ به‌نحوی که هر عمل یا رفتاری، تحت پوشش آزادی بیان قرار نمی‌گیرد و کارفرمایان در عمل، قادر به اعمال محدودیت‌های بسیاری در محل کار هستند (Renner, 2017: 1).

بسیاری از مصوبات بین‌المللی در این زمینه نیز با کاستی‌های عدیده همراه‌اند و در آن‌ها برای حمایت از افشاگری، معیارها و ضوابط گوناگونی برشمرده شده است. در اکثریت موارد، افشاگری‌های مورد حمایت قانون، منحصر به کارکنان یک سازمان می‌باشد. اما در مورد ویژگی‌هایی همچون تمام یا پاره‌وقت بودن کارکنان، دائم یا موقت آن‌ها، و نیز مشاوران، پیمانکاران و کارکنان جایگزین اتفاق نظر وجود ندارد.

یکی از نکات مهم برای حمایت هر چه بهتر از افشاگران و پرهیز از راه‌های گریز قوانینی از این دست، تسری حمایت به متقاضیان کار، قراردادها و تأمین منابع مالی، کارکنان سابق، بیکار، و تمام افرادی است که به هر دلیل در فهرست سیاه قرار گرفته‌اند.

بر اساس بخش ۱۰۲ قانون بهبود حمایت از افشاگران ۲۰۱۲، تخلفاتی که پرده برداشتن از آن‌ها

1. Transparency International, The Global Coalition against Corruption, Corruption Perception Index, 2007, available at: <http://www.transparency.org/> (تاریخ بازدید ۲-۵-۱۳۹۶)

2. Freedom of Speech

افشاگر را تحت حمایت این قانون قرار می‌دهد عبارتند از:

- هرگونه تخلف از قوانین، و مقررات، قواعد و آیین‌نامه‌ها،
- سوءمدیریت فاحش و اتلاف فاحش منابع مالی،
- سوءاستفاده از اختیارات،
- خطر مهم و ویژه برای سلامت و امنیت عمومی.<sup>۱</sup>

گزارش فساد مالی، تقلب پیمانکاران سازمان‌های دولتی و ارتش و تخلف از مقررات مربوط به بهداشت و سلامتی مانند قرار گرفتن در معرض مواد شیمیایی خطرناک از مصادیق بارز افشاگری هستند.

در یک جمع‌بندی کلی، مطابق قوانین ایالات متحده آمریکا افشاگری در مورد موضوعی که به موجب قانون و مقررات باید در راستای دفاع یا امنیت ملی یا روابط خارجی محرمانه نگه داشته شود، به لحاظ قانونی ممنوع می‌باشد. بنابراین، افشاگری‌هایی از این دست، مشمول حمایت‌های قانونی نمی‌گردد مگر اینکه به بازرس کل سازمان مربوطه یا دفتر مشاور ویژه ارائه گردد.<sup>۲</sup>

#### ۷. مجاری افشاگری

قوانین حمایت از افشاگران در کشورهای مختلف، مجاری گوناگونی را برای اطلاع‌رسانی مورد حمایت قانون، پیش‌بینی نموده‌اند. حسابرس کل<sup>۳</sup>، بازرس<sup>۴</sup>، مرجع مبارزه با فساد، نمایندگان مجلس و یا پلیس. در برخی از صلاحیت‌ها، افشاگری می‌تواند به اشخاص خصوصی مانند کارکنان رسانه‌ها صورت پذیرد. این کار، باید با تشریفات مقتضی در زمینه محرمانگی و حریم خصوصی، حمایت در برابر شناخته‌شدن، و اقدامات تلافی‌جویانه مانند بدنام‌سازی و فاش نمودن هویت فرد افشاگر، انجام شود (Latimer, Paul et al., 2008: 776). افشاگری به سازمان‌های غیردولتی مانند رسانه‌ها و پارلمان، با هدف ارائه مدارک و شواهد تخلف به عموم جامعه در جوامع دموکراتیک، مورد ترغیب، احترام و حمایت قرار می‌گیرند (Latimer, Paul et al., 2008: 781). در ایالات متحده آمریکا، کمیته‌های اطلاعات مجلس نمایندگان و سنا کانال‌های مخصوص

1. The Whistleblower Protection Enhancement Act of 2012 (WPEA), Pub. L.112-199, Title 1, Sec. 102.

2. G20 Anti-Corruption Action Plan Protection of Whistleblowers (Prepared by OECD), Protection of Whistleblowers: Study on Whistleblower Protection Frameworks, Compendium of Best Practices and Guiding Principles for Legislation, 2011, p. 10, available at: <https://www.oecd.org/> (تاریخ بازدید: ۲-۵-۱۳۹۶)

3. Auditor-General

4. Ombudsman

افشاگری می‌باشند.<sup>۱</sup> اما همان گونه در مورد نارسایی‌های قوانین حمایت از افشاگری گفته خواهد شد، حمایت‌های این دو کمیته در موارد مربوط به سازمان‌هایی همچون آژانس امنیت ملی (NSA) و سازمان اطلاعات مرکزی آمریکا (CIA) وعده‌هایی پوچ و غیرعملی هستند که قادر به ارائه پوشش مناسب از شخص افشاگر نمی‌باشند (Cushring, 2016).

### ۸. حمایت‌های مدنی، کیفری و شغلی برای افشاگران

بهترین رویه برای حمایت از افشاگران، مصونیت آنان در برابر هر گونه مسئولیت مدنی، کیفری یا مراحل اداری به دلیل پرده برداشتن از تخلف در راستای منافع عمومی است. افشاگری، ممکن است نقض محرمانگی به نظر برسد و در نتیجه شخص ارائه‌کننده اطلاعات، خیانت‌کار محسوب گردد. به همین دلیل، تنها تصویب قوانین متضمن مصونیت‌های قانونی می‌تواند وظیفه رازداری و حفظ محرمانگی یا دیگر محدودیت‌های مرتبط با افشای اطلاعات را از میان برداشته و به ارائه حمایت از شخص افشاگر بیانجامد. تاکنون، کشورهای مختلفی به تدوین قوانین حمایت از افشاگران پرداخته و هر یک مصونیت‌های خاصی را در این راستا پیش‌بینی کرده‌اند. ایالات متحده آمریکا نیز محدودیت‌ها و معافیت‌هایی را در ارتباط با افشاگری در قوانین فدرال وضع نموده که وسیع‌ترین آن‌ها قانون حمایت از افشاگران ۱۹۸۹ است. اگرچه حمایت‌های ارائه‌شده در این قانون تنها شامل کارکنان فدرال می‌گردد، هر دو گروه کارکنان عمومی و خصوصی، ممکن است تحت حمایت قوانین فدرال با موضوعات خاص مانند «قانون ایمنی و سلامت شغلی ۱۹۷۰»<sup>۲</sup> قرار گیرند.

همان طور که گفته شد، قانون بهبود حمایت از افشاگران ۲۰۱۲ نیز به ارائه حمایت از کارکنان دارای دسترسی به اطلاعات طبقه‌بندی شده پرداخته و استفاده از اقدامات تلافی‌جویانه بر علیه کارکنان گزارش‌دهنده اتلاف، تقلب و سوءاستفاده را ممنوع ساخته است. باراک اوباما، رئیس‌جمهور وقت ایالات متحده آمریکا، نیز متعاقب تصویب این قانون، مبادرت به صدور دستورالعملی با عنوان «حمایت از افشاگران دارای دسترسی به اطلاعات طبقه‌بندی شده» نمود. این دستورالعمل، با هدف ایجاد امکان گزارش‌دهی، ضمن حفاظت از اطلاعات طبقه‌بندی شده طراحی شده است. بر این مبنای، تمامی دوائر و شعب جامعه اطلاعاتی، موظف به ایجاد سیاست‌ها و شیوه‌نامه‌هایی می‌باشند که توسل به اقدامات تلافی‌جویانه را ممنوع نماید. علاوه بر این، ایجاد

1. Executive Summary of Review of the Unauthorized Disclosures of Former National Security Agency Contractor Edward Snowden, September 15, 2016, p. 2, available at: <https://intelligence.house.gov/> (تاریخ بازدید: ۲-۵-۱۳۹۶)

2. The Occupational Safety and Health Act of 1970 (OSHA)

فرایندی برای پیگیری و تجدیدنظر در مورد ادعاهای مطروحه در خصوص اقدامات تلافی‌جویانه توسط بازرس کل دایره موردنظر نیز پیش‌بینی شده است. لازم به ذکر است که دستورالعمل مذکور، به ارائه تضمین برای حمایت از آن دسته از کارکنان جامعه اطلاعاتی و دارای امکان دسترسی به اطلاعات طبقه‌بندی شده می‌پردازد که به‌نحو مؤثر و از طریق مجاری داخلی صحیح اقدام به گزارش اتلاف، تقلب، و سوءاستفاده در محافظت از اطلاعات امنیت ملی طبقه‌بندی شده نمایند.<sup>۱</sup> اما قوانینی از این دست، تنها بخشی محدود و خاص از فعالیت غیرقانونی را تحت حمایت قرار می‌دهند. کارکنان بخش خصوصی، صرف‌نظر از گزارش تخلف از قوانین فدرال (بدون حمایت از افشاگر) یا قوانین ایالتی، تحت پوشش قوانین فدرال حمایت از افشاگران قرار نداشته و تنها ممکن است به‌موجب قوانین محلی، از برخی حمایت‌ها برخوردار گردند (Sinzdak, 2008: 1641).

در ایالات متحده آمریکا مقامات رسمی اتحادیه از قوانین افشاگران معاف هستند. در حال حاضر، هیچ حمایت قانونی برای کارکنان اتحادیه‌های کارگری که فساد اتحادیه را گزارش می‌دهند وجود ندارد و امکان اخراج چنین کارکنانی در صورت طرح هرگونه ادعا در مورد عدم تناسب مالی<sup>۲</sup> وجود دارد (Tremoglie, 2012).

### ۹. نارسایی‌های قوانین حمایت از افشاگران

در سال ۲۰۰۹ دفتر پاسخ‌گویی دولت<sup>۳</sup> در آمریکا گزارشی را منتشر نمود که نشان می‌داد کارکنان گزارش‌دهنده فعالیت‌های غیرقانونی، از حمایت کافی در مقابل اقدامات تلافی‌جویانه کارفرمایان خود برخوردار نبودند. بر مبنای داده‌های اداره امنیت شغلی و سلامت، تنها ۲۱٪ از ۱۸۰۰ مورد افشاگری مورد بررسی این سازمان در سال ۲۰۰۷، از نتیجه‌ای مطلوب برای افشاگر برخوردار بودند. بنابر نظر اداره امنیت شغلی و سلامت، مهم‌ترین دلایل این موضوع عبارتند از کمبود منابع برای

1. Presidential Policy Directive 19 (PPD-19): "Protecting Whistleblowers with Access to Classified Information", available at: <https://va.gov/۱۳۹۶-۵-۲> (تاریخ بازدید ۲-۵-۱۳۹۶)

۲. Financial Impropriety: عدم تناسب مالی، به معنای هرگونه جعل یا تغییر غیرمجاز هر سند یا حساب عمومی؛ جعل یا تغییر غیرمجاز چک، حواله بانکی یا هر سند مالی دیگر؛ احتکار، به دلیل دسترسی به اطلاعات داخلی در مورد فعالیت‌ها و سایر امور، افشاء غیرمجاز اطلاعات محرمانه یا مالی به طرف‌های خارجی؛ قبول یا درخواست هر چیز دارای ارزش مادی از پیمانکاران، فروشندگان یا دیگر افراد ارائه‌کننده خدمات و کالا؛ و... می‌باشد. برای مطالعه بیشتر نک:

Finance: Fraud Reporting, 2017, available at: <http://www.greenvilleisd.com/-۵-۲> (تاریخ بازدید ۲-۵-۱۳۹۶)

(۱۳۹۶)

3. Government Accountability Office (GAO)

تحقیق در مورد ادعاهای کارکنان، پیچیدگی حقوقی قوانین و مقررات حمایت از افشاگران و نیاز به آموزش (United States Government Accountability Office (GAO), 2009: 18).

بدین ترتیب، حتی با وجود حمایت‌های ارائه‌شده، در بسیاری موارد از جمله افشاگری‌های معروف، گزارش‌دهندگان فساد تحت پوشش قوانین حمایت از افشاگران قرار نگرفته و با پیامدهای بسیار سختی همچون اتهام جاسوسی و انواع مختلف اقدامات تلافی‌جویانه کارفرمایان مواجه گشته‌اند. إدوارد اسنودن<sup>۱</sup> و جان کیراکو<sup>۲</sup> دو تن از معروف‌ترین افشاگرانی هستند که تحت حمایت قوانین مذکور قرار نگرفتند.<sup>۳</sup>

إدوارد اسنودن کارمند سابق سازمان اطلاعات مرکزی آمریکا (CIA)<sup>۴</sup> و پیمانکار سابق آژانس امنیت ملی (NSA)<sup>۵</sup> است که افشاگری‌های وی در سال ۲۰۱۳ از عملیات عظیم جاسوسی و مراقبت در سطح جهانی پرده برداشت. اسنودن از دیدگاه دولت ایالات متحده آمریکا نه تنها افشاگر تلقی نگردید بلکه به جرم نقض قانون مربوط به جاسوسی مصوب ۱۹۱۷<sup>۶</sup> و سرقت اسناد متعلق به دولت، تحت تعقیب قرار گرفت و گذرنامه وی توسط دولت آمریکا باطل شد.<sup>۷</sup>

#### ۱۰. قانون حمایت از افشاگران در سایر کشورها

حمایت قانونی از افشاگران در کشورهای مختلف، به عوامل گوناگون مانند چگونگی افشای اسرار و فرایند انتشار و دسترسی عموم به اطلاعات بستگی دارد. امروزه شماری از کشورها مبادرت به تدوین و تصویب قوانین و مقررات حمایت از افشاگران نموده‌اند. قوانین مذکور، موجد سازوکارهای گزارش تخلف و فساد و ارائه‌کننده حمایت‌های قانونی از افشاگران می‌باشند. برخی از کشورها، حفاظت از افشاگران را به‌عنوان بخشی از برنامه‌های مبارزه با فساد، آزادی بیان یا مقررات ناظر بر اشتغال مورد توجه قرارداده‌اند و تعداد معدودی از کشورها نیز به تدوین قوانین مستقل، تخصصی و جامع در این زمینه پرداخته‌اند (Banisar, 2011: 2).

این قوانین جامع، دارای دو وجه اصلی هستند. اول، یک جنبه فعال که در راستای تغییر فرهنگ

1. Edward Snowden

2. John Kirakou

3. D'Isidoro, Daniel, Op. Cit. p. 5.

4. Central Intelligence Agency (CIA)

5. National Security Agency (NSA)

6. The Espionage Act of 1917

7. Greenwald et al., Edward Snowden: The Whistleblower Behind the NSA Surveillance Revelations, The Guardian, Tuesday 11 June, 2013, available at: <https://www.theguardian.com/> (تاریخ بازدید: ۲-۵-۱۳۹۶)



سازمان‌ها از طریق مقبولیت اقدام به افشاگری و تسهیل ارائه اطلاعات مرتبط با فعالیت‌های غیرقانونی، فساد و سوءمدیریت طراحی شده؛ و دوم، جنبه‌ای حفاظتی مرکب از مجموعه‌ای از رویکردهای حمایتی و ایجاد انگیزه برای افراد در راستای اقدام به افشاگری بدون ترس از مواجهه با عواقب سنگین و چند لایه آن.

از جمله مهم‌ترین کشورهایی که در این زمینه به قانون‌گذاری پرداخته‌اند می‌توان به استرالیا، کانادا، ایرلند، هلند، سوئیس، کشور پادشاهی انگلیس، هند، جامائیکا، نیوزیلند و آفریقای جنوبی اشاره کرد. غنا، کره جنوبی و اوگاندا اخیراً اقدام به تصویب قوانین جامع در این زمینه نموده‌اند. کنیا و رواندا نیز چنین برنامه‌هایی را در دست دارند. دادگاه اروپایی حقوق بشر در سال ۲۰۰۸ مقرر داشت که افشاگری همچون آزادی بیان مورد حمایت می‌باشد.<sup>۱</sup> کشور نیجریه نیز در فوریه سال ۲۰۱۷ اقدام به ایجاد سیاست افشاگری بر علیه فساد و دیگر معضلات این کشور نمود.<sup>۲</sup> به طور کلی مزایای حمایت از افشاگران در راستای منافع عمومی و ملی سبب گردیده کشورهای بیشتری به این موضوع توجه نموده و درصدد تصویب قانون برآیند.

### ۱۱. حمایت از افشاگران در قوانین ایران

در متون قانونی کشور ایران، قانون خاص در زمینه موضوع افشاگری و حمایت از افشاگران وجود ندارد. با این حال، این موضوع، به طور پراکنده و در قوانین مختلف قابل ملاحظه است. اما باید توجه داشت اعلام جرم و تخلف در قوانین ایران در یک تقسیم‌بندی دوگانه قابل بررسی می‌باشد:

#### ۱۱-۱. اعلام جرم بر مبنای الزام قانونی

در این خصوص، باید توجه داشت که اولاً اعلام جرایم در همه موارد یک تکلیف قانونی نیست و جز در جرایمی که در برخی کشورها تحت عنوان «جرائم علیه عدالت قضایی» یا به عنوان وظیفه صاحبان مشاغل خاص مطرح می‌شود، در سایر موارد جرم‌انگاری نگردیده است.<sup>۳</sup> اهمیت این

1. Global Guide to Whistleblowing Program 2016, 2016, pp. 5- 193, available at: <http://www.theworldlawgroup.com/> (تاریخ بازدید ۲-۵-۱۳۹۶)

2. National Anti-Corruption Strategy, Federal Ministry of Justice, Nigeria, 2017-2020, p. 11, available at: <http://www.justice.gov.ng/> (تاریخ بازدید ۲-۵-۱۳۹۶)

۳. در برخی کشورها برای اجرای عدالت قضایی قوانینی تحت عنوان «جرائم علیه عدالت قضایی» تصویب گردیده که نه تنها صاحبان مشاغل بلکه اشخاص عادی نیز در پاره‌ای موارد مسئولیت کیفری در قبال ترک فعل و عدم افشاء این‌گونه اطلاعات خواهند داشت. هنگامی که مراجع قانونی به واسطه تخلف از قانون، به یک فرد و یا جامعه صدمه زده و مانع اجرای عدالت می‌گردند، افشاگری، یکی از بهترین راه‌کارهای اعلام تخلف و فساد است.

قانون مجازات اسلامی، بدون این‌که فصلی را به جرایم علیه عدالت قضایی اختصاص دهد، به طور پراکنده برخی از

جرائم، تا حدی است که نه تنها صاحبان مشاغل بلکه اشخاص عادی نیز در پاره‌ای موارد مسئولیت کیفری در قبال ترک فعل و عدم افشای این گونه اطلاعات خواهند داشت. مثلاً در فرانسه و برخی از ایالت‌های آمریکا این گونه قوانین تصویب گردیده است. ثانیاً در بسیاری از موارد، واقعیت امر در یک پرونده با ظواهر آن کاملاً متفاوت است و افرادی که متعاقب کشف و افشای یک جرم متهم می‌شوند ممکن است در پایان رسیدگی قضایی اتهام‌شان اثبات نشود و در نتیجه افشاکننده طبق ماده ۶۹۷ کتاب تعزیرات قانون مجازات اسلامی به اتهام افترا تحت تعقیب قرار گیرد. بنابراین با توجه به عواقبی که ممکن است کشف و افشای رسانه‌ای جرائم واجد حیثیت عمومی بیشتر در پی داشته باشد به نظر می‌رسد به جز در مواردی که افشاکننده برای ارتکاب جرم دلایل قطعی و محکمه‌پسند در دست دارد، از افشای جرم در رسانه خودداری کرده و موضوع را فقط به مراجع دولتی مربوط اطلاع دهد (محسنی، ۱۳۸۹: ۳۹۴).

البته با توجه به اصولی که افشای مسائل و رفتارهای خلاف قانون و اخلاق تابع آن است، به نظر می‌رسد که دعاوی مربوط به نقض حریم خصوصی مبنی بر افشا و انتشار وقایع خصوصی چنانچه واقعه منتشره نشان‌دهنده رفتارهای خلاف قانون و اخلاق افرادی باشد که این وقایع به آن‌ها مربوط است، موجب مسئولیت نمی‌شود و در حقیقت به لحاظ آنکه در رفتار خلاف قانون و نظم عمومی، به نوعی حقوق جامعه مخدوش گردیده لذا اطلاع جامعه و واکنش اجتماعی حتی عمومی تلقی می‌گردد. همچنین توجه به این نکته ضروری است که در موارد تلاقی افشاگری با حق حریم خصوصی، حفظ حریم خصوصی اصل تلقی می‌گردد و نقض آن از طریق افشاگری استثناء به‌شمار می‌آید و در نتیجه برای تمسک به آن باید دلایل موجه از جمله حفظ منافع مصالح عامه وجود داشته باشد که البته چنین امری مستلزم تصویب قوانین روشن و دقیق است.

به موجب اصول فوق‌الذکر رفتارهای خلاف قانون و غیراخلاقی راه را برای ادعای نقض حریم خصوصی توسط مرتکب این رفتارها می‌بندد و افشای این رفتارها و آگاهی‌دادن به عموم

افعال و ترک فعل‌هایی که مخل روند عدالت و احقاق حقوق اشخاص است را مورد جرم‌انگاری قرار داده است. ماده ۶۰۶ قانون مجازات اسلامی (تعزیرات) ۱۳۷۵ در مورد خودداری مدیران و مسئولین ناظر از اعلام جرم ارتشاء، اختلاس و تصرف غیرقانونی، کلاهبرداری، تدلیس و پورسانت غیرقانونی در معاملات دولتی (موضوع ماده ۶۰۳)؛ ماده ۶ قانون حمایت از کودکان و نوجوانان ۱۳۸۱ ناظر بر خودداری از اعلام کودک‌آزاری، تبصره ۲ ماده ۱ قانون مجازات اخلاص‌گران نظام اقتصادی کشور ۱۳۶۹ در مورد خودداری از اعلام جرائم اقتصادی و... نمونه‌هایی از جرم‌انگاری جرائم علیه عدالت قضایی هستند. (برای مطالعه بیشتر نک: کوشا، ۱۳۸۱).

نوعی حمایت از آن‌ها در قبال این‌گونه رفتارهاست (محسنی، ۱۳۸۹: ۳۹۴).

علاوه بر جرایم علیه عدالت قضایی، دیگر موارد الزام قانونی به اعلام جرم عبارتند از:

- ماده ۷۲ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ مقامات و اشخاص رسمی را که از وقوع یکی از جرایم غیرقابل‌گذشت در حوزه کاری خود مطلع شوند، مکلف به اطلاع فوری موضوع به دادستان نموده است.
- ماده ۶۰۶ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ بخش تعزیرات در صورتی که رؤسا یا مدیران یا مسئولین سازمان‌ها و مؤسسات مذکور در ماده (۵۹۸) از وقوع جرم ارتشاء یا اختلاس یا تصرف غیرقانونی یا کلاهبرداری یا جرایم موضوع مواد (۵۹۹) و (۶۰۳) در سازمان یا مؤسسات تحت اداره یا نظارت خود مطلع شوند و مراتب را حسب مورد به مراجع صلاحیت‌دار قضایی یا اداری اعلام ننمایند، مشمول مجازات کرده است.
- ماده ۴۳ آیین‌نامه اجرایی قانون تشکیل سازمان بازرسی کل کشور (اصلاح شده) ۱۳۸۸ بازرس یا هیئت بازرسی را در صورت برخورد با موضوعات واجد اهمیت یا حاکی از سوء جریان یا وقوع جرم ضمن انجام مأموریت، ملزم به اعلام موضوع نموده است.
- مواد ۱۳، ۱۴، ۱۵، قانون ارتقاء سلامت نظام اداری و مقابله با فساد مصوب ۱۳۹۰ در ماده ۱۳ و ۱۴ کلیه مسئولان و کارکنان دستگاه‌های مشمول این قانون و اشخاصی خاص در حیطه وظایف خود، موظفند بدون فوت وقت در صورت اطلاع از شروع یا وقوع جرایم مندرج در این مواد، که در حوزه مأموریت و دستگاه متبوع آن‌ها واقع می‌گردد، بلافاصله مراتب را به مقامات قضایی و اداری رسیدگی‌کننده به جرایم و تخلفات گزارش نمایند، در غیر این صورت مشمول مجازات خواهند شد. البته در ماده ۱۴ قانون‌گذار در راستای پیشگیری از فساد، قلمرو ترک فعل را نسبت به افرادی غیر از کارکنان دستگاه‌های اجرایی توسعه داده است و ترک اعلام گزارش فساد از ناحیه کنشگران پیشگیری از جرایم شرکتی یعنی بازرسان، کارشناسان، حسابرسان، ممیزین و ناظرین را علاوه بر مجازات‌های کیفری، مشمول پاسخ‌های غیرکیفری نیز کرده است.
- ماده ۳ آیین‌نامه پیشگیری و مبارزه با رشوه در دستگاه‌های اجرایی مصوب ۱۳۸۳ کلیه کارکنان دستگاه‌های موضوع این آیین‌نامه مکلفند در صورت اطلاع از وقوع اقدامات مندرج در ماده (۱) نسبت به خود یا دیگر کارکنان مراتب را با ذکر مشخصات فرد یا افراد پیشنهادکننده به هیئت‌های رسیدگی به تخلفات اداری و مقامات مافوق اطلاع دهند تا مطابق قانون پیگیری شود.

## ۱۱-۲. اعلام جرم بدون وجود الزام قانونی

منظور از افشاگری، اطلاع‌رسانی در مورد جرم و تخلف، بدون وجود هیچ‌گونه تکلیف قانونی در این زمینه است. همان‌طور که گفته شد، امروزه افشاگری، نقش بسیار مهمی در ارتقای عملکرد دولت‌ها، مسئولیت‌شرکتی، نحوه‌ی اداره‌ی سازمان‌ها، سلامت و اداری اجتماعی و... ایفا می‌نماید. مسلماً انجام چنین اقدامی، برخاسته از احساس مسئولیت اجتماعی<sup>۱</sup> افشاگران می‌باشد. مسئولیت اجتماعی، نظریه‌ای اخلاقی است که بر مبنای آن یک واحد اجتماعی، اعم از یک فرد یا سازمان، برای انجام وظایف شهروندی خود احساس مسئولیت نموده و اعمال آن‌ها تمامی جامعه را منتفع می‌سازد. وجود مسئولیت اجتماعی در افراد، منجر به ایجاد تعادل میان توسعه اقتصادی، رفاه و زیست‌بوم‌های جامعه می‌گردد. به عبارت دیگر، با تکیه بر مسئولیت اجتماعی، باید میان فعالیت سودآور و فعالیت‌هایی که به نفع جامعه هستند موازنه برقرار گردد (Bavec, 2010: 75). مسئولیت اجتماعی، از دو جنبه منفعل و کنشگر برخوردار می‌باشد. ممانعت از درگیری در فعالیت‌های زیان‌بار اجتماعی، وجه منفعل آن را محقق ساخته و انجام فعالیت‌هایی که مستقیماً منجر به ارتقای اهداف اجتماعی می‌گردند نیز جنبه کنشگر مسئولیت اجتماعی است.

بدیهی است، ارائه حمایت‌های قانونی در زمینه‌های مختلف از جمله مصونیت در برابر اقدامات تلافی‌جویانه کارفرمایان و امنیت شغلی افشاگران، در کنار مسئولیت سازمانی (Shaik, 2011: 58) تمامی نهادها در زمره پیش‌نیازهای تحقق شفافیت و مبارزه موفق با فساد قرار دارد. منظور از مسئولیت سازمانی نیز مسئولیت یک سازمان در برابر گروه‌ها و افرادی است که بر آن‌ها تأثیرگذار می‌باشد مانند سهام‌داران، سرمایه‌گذاران، مشتریان، کارکنان، متصدیان، اجتماعات و در نهایت، کل جامعه. با توجه به آنچه گفته شد، تدوین و تصویب قوانین جامع، تخصصی و کاربردی در زمینه حمایت از افشاگران و ترویج مسئولیت اجتماعی و سازمانی، منجر به تشویق گزارش‌دهی و اطلاع‌رسانی در مورد تخلف و جرم در ابعاد گوناگون شرکتی، سازمانی و دولتی، بدون وجود الزام قانونی در این زمینه می‌گردد.

سایر مواد قانونی که بدون استفاده از عنوان افشاگری به‌نحوی مرتبط با افشاگری است عبارتند از:

- اصل هشتم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران: «در جمهوری اسلامی ایران دعوت به خیر، امر به معروف و نهی از منکر وظیفه‌ای است همگانی و متقابل بر عهده مردم نسبت به یکدیگر، دولت نسبت به مردم و مردم نسبت به دولت. شرایط و حدود و کیفیت آن را قانون

معین می‌کند. «وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ يَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ».

- قانون حمایت از آمران به معروف و ناهیان از منکر مصوب ۱۳۹۴ در راستای اصل مذکور تصویب و شرایط مربوط به این موضوع را تبیین نموده است. ماده ۸ قانون مذکور، حق مردم در دعوت به خیر، نصیحت، و ارشاد در مورد عملکرد دولت را به رسمیت شناخته است. به موجب این ماده، شهروندان می‌توانند در چهارچوب شرع و قوانین نسبت به مقامات، مسئولین، مدیران و کارکنان تمامی اجزای حاکمیت و قوای سه‌گانه اعم از وزارتخانه‌ها، سازمان‌ها، مؤسسات و... امر به معروف و نهی از منکر کنند. این امر شامل کارکنان داخل و خارج از سازمان می‌گردد.
- ماده ۲ قانون انتشار و دسترسی آزاد به اطلاعات مصوب ۱۳۸۸ نیز ناظر بر اصل آزادی اطلاعات و دسترسی شهروندان ایران به اطلاعات عمومی در چهارچوب قانون می‌باشد.
- بند ۹ ماده ۷ قانون بازار اوراق بهادار جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۸۴ اعلام آن دسته از تخلفات در بازار اوراق بهادار که اعلام آن‌ها به مراجع ذی‌صلاح، طبق این قانون بر عهده سازمان است و پیگیری آن‌ها را به هیئت مدیره سازمان محول نموده است.
- مواد ۱۷ و ۲۶ قانون ارتقاء نظام اداری و مقابله با فساد مصوب ۱۳۹۰ که در ماده ۱۷ دولت ملزم گردیده است که بر اساس مقررات این قانون نسبت به حمایت قانونی و تأمین امنیت و جبران خسارت اشخاصی که تحت عنوان مخبر یا گزارش‌دهنده، اطلاعات خود را برای پیشگیری، کشف یا اثبات جرم و همچنین شناسایی مرتکب، در اختیار مراجع ذی‌صلاح قرار می‌دهد و بدین علت در معرض تهدید و اقدامات انتقام‌جویانه قرار می‌گیرند، اقدام نماید؛ در ماده ۲۶ این قانون مقرر شده است که: مدیران، سرپرستان، کارکنان و یا اشخاص که موفق به شناسایی، کشف، معرفی افراد متخلف مذکور در این قانون گردند مورد تشویق قرار خواهند گرفت.
- در حال حاضر طرحی تحت عنوان «طرح حمایت مالی از افشاگران فساد» در مجلس شورای اسلامی در حال تصویب می‌باشد که مطابق آن، هر شخص حقیقی یا حقوقی که از ارتکاب یکی از جرایم موضوع ماده ۳۶ و تبصره آن آگاه شود، خواه خود از معاونین یا شرکای جرم باشد و خواه از مسئولین دستگاهی که جرم در آن در حال وقوع است و خواه غیر آن، و آن را کتباً به صورت محرمانه یا آشکار به دادستان محل یا رئیس دادگستری شهرستان یا استان یا رئیس سازمان بازرسی یا رئیس قوه قضائیه اطلاع دهد، برابر میزان مال

کسب شده توسط مجرم یا مجرمین یا مالی که محل تحصیل آن برابر اسناد در آینده قطعی است تا پنجاه درصد مال موضوع جرم و تا سقف صد میلیارد ریال در جرایم عادی و هزار میلیارد ریال در جرایم اخلال در نظام اقتصادی کشور، از محل ردیفی که در بودجه سال بعد از اعلام جرم تعیین خواهد شد به او تعلق خواهد گرفت. چنانچه دو یا چند نفر جرم مذکور را اطلاع دهند مبلغ مذکور میان آن‌ها تقسیم خواهد شد. رئیس قوه قضائیه موظف است جمع مبلغ حمایتی از افشاگران فساد را سالیانه در بودجه عمومی پیشنهاد دهد. سازمان برنامه و بودجه موظف است مبلغ مذکور را حداکثر تا خرداد ماه سال بعد جهت پرداخت تخصیص دهد. چنانچه فرد مذکور خود از معاونین یا شرکای جرم مذکور باشد از مجازات معاف خواهد بود.

- علاوه بر طرح فوق به منظور تشویق گزارش‌دهندگان فساد و تخلف طرحی دیگر تحت عنوان «طرح حمایت و صیانت از کاشفان و گزارشگران فساد» در مجلس شورای اسلامی در حال بررسی می‌باشد که مطابق آن اشخاص حقیقی یا حقوقی یا کارمندان گزارش‌دهنده هر یک از جرایم موضوع بند «الف» ماده (۱) قانون ارتقای سلامت نظام اداری و مقابله با فساد مصوب ۱۳۹۰ علاوه بر برخورداری از حمایت‌های ماده (۱۷) قانون ارتقای سلامت نظام اداری و مقابله با فساد از حمایت‌های قانون حمایت از آمران به معروف و ناهیان از منکر نیز بهره‌مند می‌شوند.

در اینجا مناسب است به موضوع حریم خصوصی و تبیین معیار تشخیص در موارد تلاقی دو حق با یکدیگر که قبلاً مورد اشاره قرار گرفت توجه گردد. اساساً مواد قانونی هنگامی دوام می‌آورند که مبتنی بر مبانی نظری جامع و دقیق تنظیم شده باشند. مثلاً بر اساس اصل ۱۴۲ قانون اساسی داریی رهبر، رئیس‌جمهور، معاونان رئیس‌جمهور، وزیران و همسر و فرزندان آنان قبل و بعد از خدمت، توسط رئیس قوه قضائیه رسیدگی می‌شود که برخلاف حق، افزایش نیافته باشد. هرچند این اصل برای حفظ حقوق عامه و پیشگیری از سوءاستفاده احتمالی مسئولین وضع شده است ولی در عین حال افشاگری در خصوص اموال آنان موجب نقض حریم خصوصی ایشان می‌گردد. لذا ماده ۵ قانون رسیدگی به داریی مقامات، مسئولان و کارگزاران جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۹۴ فهرست داریی‌های افراد مشمول این قانون را محرمانه تلقی کرده و هرگونه افشا یا انتشار این فهرست‌ها اعم از عالمانه و عامدانه، خارج از حدود وظایف اداری، یا غیرعمد و در اثر عدم رعایت نظامات اداری توسط مسئولان ثبت، ضبط و حفظ این فهرست‌ها را مورد جرم‌انگاری قرار داده است. علاوه بر این، مجازات‌های مذکور در این ماده در مورد کسانی نیز که با علم و اطلاع

مبادرت به افشا، چاپ و یا انتشار اطلاعات مزبور نموده یا موجبات چاپ و انتشار آن‌ها را فراهم سازند نیز مقرر است.

بنابراین می‌توان چنین استنباط نمود که مبنای نظری قانون ایران در این خصوص آن است که حفظ حریم خصوصی افراد اصل است و افشاگری در مورد آن استثنائی است که باید به طریق ذکر شده در قانون اعمال شود. بیان این نکته ضروری است که قوانین ایران به لحاظ ابتنا بر فقه امامیه از مبانی نظری آن بهره جسته است و از آنجا که حل تعارضات اصول و احکام به طور مبسوط در اصول فقه مورد بحث قرار گرفته است، لازم است در تصویب قانون خاص در این مورد، این‌گونه مباحث نظری مورد توجه قرار گیرد.

### نتیجه

امروزه افشاگری و ارائه اطلاعات در مورد فعالیت‌های غیرقانونی، خطرناک یا غیراخلاقی توسط دولت و سازمان‌های خصوصی، به عنوان ابزاری کارآمد برای مبارزه با جرم و فساد و کاهش موقعیت‌های خطرناک در کانون توجه قرار گرفته است. به همین دلیل، فرهنگ‌سازی، ایجاد انگیزه‌های مالی و مجاری سریع گزارش‌دهی در کنار حمایت‌های کیفری در قالب تدوین قوانین مستقل، تخصصی و جامع، راهکارهای تثبیت فرهنگ افشاگری تلقی می‌گردند. در عین حال افشاگران، به لحاظ شخصی و حرفه‌ای بهای سنگینی می‌پردازند و نگرانی بسیاری از کارکنان در مورد این موضوع، آن‌ها را ناگزیر از سکوت می‌سازد.

با وجود این، اهمیت افشاگری و مبارزه با سوءمدیریت، جرم و فساد، نباید موجب نادیده انگاشتن حریم خصوصی افراد یا سازمان‌هایی شود که در این رابطه مورد پیگرد قرار می‌گیرند. به عبارت دیگر، ضمن پاسداشت مرزهای شفافیت، افشاگری و جنبه‌های مختلف حریم خصوصی اطلاعات، افشاگری باید به رفتاری قانونی و دارای قاعده تلقی گردد.

آنچه مسلم است، پدیده افشاگری در مراحل ابتدایی خود قرار داشته و هنوز نتوانسته بر موانع قانونی و فرهنگی در این زمینه فائق آید. در بسیاری از کشورها قوانین ناظر بر افشاگری، از قلمرو بسیار محدودی برخوردار بوده و حمایت‌های اندکی به افشاگران ارائه می‌گردد. در عرصه بین‌المللی نیز فشار قابل توجهی برای پذیرش قوانین و تشریفات استاندارد افشاگری بر کشورها وجود دارد. موفقیت در این زمینه مستلزم زیرساخت‌های افشاگری اعم از پژوهش‌های بیشتر در مورد تأثیرگذاری قوانین و مقررات موجود و اتخاذ سیاست‌های نوآورانه در راستای گزارش‌دهی داوطلبانه و بدون وجود الزام قانونی و سرعت و دقت در رسیدگی به پرونده‌ها می‌باشد. فرهنگ‌سازی در زمینه استقبال مردم و سازمان‌ها از افشاگری در یک فضای عقلانی نیز برای ترویج

گزارش‌دهی و رسیدگی به آن ضروری است. مسلماً بهره‌گیری از تجربیات و ادبیات حقوقی کشورهای موفق در این زمینه راه‌گشا می‌باشد.

در نظام حقوقی ایران، گرچه قانون خاصی تحت این عنوان وجود ندارد ولی در پاره‌ای از قوانین محتوای آن قابل ملاحظه است که البته باید با استفاده از منابع قانون‌گذاری ضمن تبیین مبانی نظری آن، مقررات جامع به‌ویژه در خصوص شیوه حمایت‌های قانونی از افشاگران تصویب گردد.



## منابع

## فارسی

- انصاری، باقر (۱۳۸۶)، حقوق حریم خصوصی، تهران: سمت.
- کوشا، جعفر (۱۳۸۱)، جرایم علیه عدالت قضائی، چاپ دوم، تهران: نشر میزان.
- محسنی، فرید (۱۳۹۴)، حریم خصوصی اطلاعات: مطالعه کیفی در حقوق ایران، ایالات متحده آمریکا و فقه امامیه، چاپ دوم، تهران: انتشارات دانشگاه امام صادق، تهران.
- نجارزادگان، فتح‌الله و دیگران (۱۳۸۹)، «بررسی تطبیقی جرایم علیه عدالت قضایی از دیدگاه قرآن و حقوق کیفری ایران»، فصلنامه تخصصی پژوهش‌های میان رشته‌ای قرآن کریم، سال اول، شماره سوم.

## انگلیسی

- Banisar, David, **Whistleblowing: International Standards and Developments in Corruption and Transparency: Debating the Frontiers between State, Market and Society**, I, Sandoval Ed. World Bank Institute for Social Research, UNAM, Washington, D. C., 2011, pp. 64, available at: <https://ssrn.com/> (تاریخ بازدید ۲-۵-۱۳۹۶)
- D'Isidoro, Daniel, **Protecting Whistleblowers and Secrets in the Intelligence Community**, Harvard Law School National Security Journal, 2014, available at: <http://harvardnsj.org/> (تاریخ بازدید ۲-۵-۱۳۹۶)
- G20 Anti-Corruption Action Plan Protection of Whistleblowers, Prepared by OECD, **The Protection of Whistleblowers: Study on Whistleblower Protection Frameworks**, Compendium of Best Practices and Guiding Principles for Legislation, 2011, available at: <https://www.oecd.org/> (تاریخ بازدید ۲-۵-۱۳۹۶)
- Ginsberg, Wendy, **The Freedom of Information Act (FOIA): Background, Legislation, and Policy Issues**, Congressional Research Service, 2014, Daniel: <https://www.crs.gov/> (تاریخ بازدید ۲-۵-۱۳۹۶)
- Greenwald, Glenn et al., **Edward Snowden: The Whistleblower Behind the NSA Surveillance Revelations**, The Guardian, Tuesday 11 June, 2013, in: <https://www.theguardian.com/> (تاریخ بازدید ۲-۵-۱۳۹۶)
- Kuckes, Niki, **Civil Due Process, Criminal Due Process**, Yale Law and Policy Review, Vol. 25, Iss. 1, Article 2, 2006, pp. 1-61, available at: <http://Digital Commons.law.edu/> (تاریخ بازدید ۲-۵-۱۳۹۶)
- Latimer, Paul et al., **Whistleblower Laws: International Best Practice**, UNSW Law Journal, Vol. 31, No. 3, 2008, pp. 766-793, available at: <http://www.unswlawjournal.unsw.edu.au/> (تاریخ بازدید ۲-۵-۱۳۹۶)
- Association for Progressive Communications (APC), **The Protection of Sources and Whistleblowers**: Submission to the United Nations Special Rapporteur on the Right to Freedom of Opinion and Expression, 2015, available at: <http://www.apc.org/> (تاریخ بازدید ۲-۵-۱۳۹۶)

- Sinzdak, Gerard, **An Analysis of Current Whistleblower Laws: Defining a More Flexible Approach to Reporting Requirements**, California Law Review, Vol. 96, No. 6, 2008, pp. 1633-1668, available at: <http://scholarship.law.berkeley.edu/> (تاریخ بازدید ۲-۵-۱۳۹۶)

## اراده قانون‌گذار و نقش قاضی در اثربخشی به مفاد تراضی

قاسم محمدی\*، غلامعلی سیفی زیناب\*\*، مهدی کریمیان راوندی\*\*\*

### چکیده

اصولاً اثربخشی به مفاد تراضی، به مجموعه عواملی غیر از اراده طرفین مثل اراده قانون‌گذار و نقش قاضی وابسته است. حسب ماده ۱۰ قانون مدنی طرفین از آزادی کامل در توافق برخوردارند اما این آزادی مطلق نبوده و برنامه‌های مفروض قانونی، تغییراتی در ساختار قرارداد ایجاد خواهند کرد. حال این سؤالات مطرح است که قانون‌گذار تا چه حد می‌تواند با توجه به ضرورت‌های اقتصادی، اجتماعی، رفاهی و عمرانی با بهره‌مندی از قوانین خاص در توسعه و تضییق آزادی قراردادی نقش داشته باشد؟ و تا چه اندازه قانون، عرف و شرع در ترجیح ضرورت‌ها و حصول مصالح عمومی ناشی از تعارض نفع شخصی و عمومی، منافع عمومی را ترجیح می‌دهد؟ برای تبیین این مهم در این مقاله، اجبار موجود در هیئت قراردادی به دو نوع اجبار ارکانی و ساختاری تقسیم شده و این نتایج که با استقرا در آرای محاکم، منابع علمی و رویه‌های قضایی به دست آمده بر این برآمد دلالت دارد که اولاً دادگاه‌ها به‌صورت حداقلی یا حداکثری طرفین را به عدول از نتایج تراضی مجبور کرده و در صدور آرا و نیز در رویه‌های قضایی به‌ویژه در دعاوی مربوط به اعمال حقوقی بر منافع عمومی تأکید می‌شود. چون قدرت فوق‌ارادی حاکم بر نتایج تراضی طرفین درصدد تحصیل اغراض موردنظر مقنن برای بهبود زندگی مردم است. ثانیاً موارد مندرج در بندهای ماده ۱۹۰ قانون مدنی دلالت بر اجبار ارکانی دارد تا آنجا که با جنبه غالب، در کلیه توافقات، به‌عنوان ضرورتی در انشا موجود بوده و عدول‌ناپذیرند ولی در مقابل، به خاطر تبعیت ساختار عقود از ارکان آن، در قوانین خاص متعددی طرفین ملزم به

\* استادیار گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران (نویسنده مسئول)

Gh.mohammadi@sbu.ac.ir

\*\* استادیار گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران

\*\*\* دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران

m\_karimianravandi@sbu.ac.ir

رعایت ضوابط ناشی از الزامات و محدودراتی می‌شوند که در بستر اجبار ناشی از ارکان ایجاد شده و آن‌ها را ملزم به تغییرات موردنظر مقنن در عناصری از قرارداد خواهد کرد. واژگان کلیدی: مساوات مدنی، حقوق بنیادین، حسن نیت، محیط رقابت‌پذیر، قواعد رفع تبعیض، مصالح عامه

### مقدمه

اجبار عامدانه به قرارداد اعم از قانونی و غیرقانونی به سلب یا محدودیت نتایج قراردادی می‌انجامد. مهم‌ترین دلیل مداخلات قانونی و قضایی در عقود حمایت است که در مفهوم عام ضامن نفع جمعی و در مفهوم خاص مؤید سلامت قراردادی خواهد بود. تا آنجا که حتی از نظر مفهومی نتیجه عملی مداخلات قانون در قراردادها سبب معقول و منصفانه‌تر شدن ساختار بوده بدون آنکه در ارکان قرارداد تغییری ایجاد کند. مسئله اصلی این تحقیق در پنج فرضیه تدوین شده است.

اولاً در ساختار تمامی عقود، اجبار حداقلی تا حداکثری وجود دارد. منظور از اجبار در این مقاله اجبار ناشی از لزوم تحقق ضرورت‌ها و رفع نیازهایی است که در نظارت، حمایت و مقابله با خواست یک‌جانبه طرفین مؤثر واقع می‌شود. ضرورت‌هایی که موجب چشم‌پوشی کامل یا نسبی از اغراض شخصی در قرارداد به خاطر منافع عمومی و برنامه‌های حاکمیتی خواهند بود. ثانیاً تسمیه مقاله به امکان عدول از ماده ۱۰ قانون مدنی نیز گویای این نوشتار است. دخالت مطلق و همه‌جانبه در قرارداد دلالت بر سلب کامل اراده و مداخله نسبی قانون نیز به اعمال تغییراتی در عناصر انگشت‌شماری از ساختار آن دلالت دارد. در حالی که تصرفات کلی یا جزئی قانون در اراده، امکان تحول قراردادهای خصوصی به نفع اهداف عمومی را متبادر می‌کند ولی ترجیح با مداخلات جزئی است.

ثالثاً قرارداد اجباری ابزار تحقق اهداف فرااردی در عقود است که برای نایل شدن به برنامه‌های مفروض خود در قرارداد از قانون، عقل، عرف و شرع کمک می‌گیرد تا با توسل به میزان اجبار، قرارداد مدیریت شود. در نتیجه قرارداد اجباری اسلوب حقوقی مؤثر در تحصیل نتایج خاص قانون است که در آرای قضایی ظاهر می‌شود.

رابعاً الزام‌های عدول‌ناپذیر قانونی وجه مشترک قواعد عمومی و قرارداد اجباری می‌باشد. در عقود، رجوع به ماده ۱۹۰ قانون مدنی «اجبار ارکانی» و ضرورت تغییر در اجزایی از قرارداد «اجبار ساختاری» است. با این توضیح که اجبار ارکانی مقدمه لازم در تشکیل اعمال حقوقی تلقی می‌شود. مثلاً فقدان اهلیت یا عدم قصد و رضا موجب بی‌هویتی یا هویت ناقص آن‌ها خواهد بود. بنابراین تا زمانی که قرارداد از لحاظ ارکانی واجد هویت نشود امکان مداخله ساختاری و تحقق

اهداف ثانوی در آن میسر نمی‌شود. در مواردی حقوق دانان به اهمیت تفکیک بین این دو نوع اجبار بی‌توجه بوده و هر دوی آن‌ها را از یک سنخ می‌دانند در حالی که با دقت بیشتر، تفاوت‌های بین آن دو در چگونگی تشکیل و تحصیل نتایج قراردادی معلوم می‌شود.

خامساً قانون در مواردی بدون مداخله در ارکان، در ساختار مداخله کرده و حتی محاکم ناچار به عدول از اراده باطنی شده و اراده مفروض قانونی در قرارداد را در نظر می‌گیرند. غرض از اجبار ارکانی موارد مندرج در ماده ۱۹۰ قانون مدنی شامل قصد و رضای طرفین، اهلیت آن‌ها، موضوع معین و مشروعیت جهت معامله است که فقدان هر یک حتی ثبت انتقالات با سند رسمی را نیز مخدوش می‌کند.

شاید سؤال شود که آیا بین اجبار ساختاری و ارکانی ملازمه وجود دارد؟ کدام مقوم هیئت قرارداد و کدام مقوم اجبار به قرارداد یا اجبار در قرارداد است؟ کدام یک از تحولات در وجه ساختاری یا تحولات در وجه ماهوی قرارداد، سبب تحقق نفع عمومی است؟ آیا نفع جمعی همان منافع عمومی است؟

در پاسخ اولاً اجبار ارکانی از قواعد عمومی بوده و تحولات ساختاری در بستر سلامت ارکانی حادث می‌شود و بین ارکان و ساختار قرارداد ملازمه‌ای از نوع تبعیت اولی از دومی به صورت اجباری وجود دارد.

ثانیاً اجبار ارکانی مقوم هیئت قراردادی است ولی اجبار ساختاری صرفاً مقوم اجبار خارجی بر شاکله ظاهری و باطنی قرارداد می‌باشد بدون آنکه از قواعد عمومی تلقی شود یعنی اجبار ساختاری از لحاظ ماهوی یک درجه از اهمیت ماهوی پایین‌تری نسبت به اجبار ارکانی برخوردار بوده و تحصیل نتایج شکلی مورد نظر مقنن بیشترین کارکرد آن است. به نحوی که با الزامات و ممنوعیت‌های قانونی در چیدمان قراردادی به خاطر آنچه مدنظر قانون‌گذار است تغییراتی ایجاد می‌کند. حتی ممکن است از قالب‌های قراردادی معین یا نامعین برای تحقق هدف مزبور استفاده کند.

ثالثاً اجبار ساختاری جایگاه تحقق نفع عمومی در قرارداد بوده و اغراض قانون از توافقات با تمسک به آن محقق می‌شود تا آنجا که مداخلات قانون حتی سبب تغییر ماهیت قرارداد به خاطر اهمیت صبغه عمومی آن می‌شود.

رابعاً تحولات ساختاری در عقود موجب ارتباط متقابل حقوق خصوصی و عمومی است به نحوی که به خاطر انتفاع عمومی از تراضی، علاوه بر طرفین برای جامعه نیز نفع ایجاد می‌شود. به طور کلی نفع جمعی با منافع عمومی تفاوت‌های زیادی دارند. ولی به اجمال، نفع جمعی به بهره‌مندی عینی جامعه از توافقات تعبیر ولی منافع عمومی بهره‌مندی ضمنی جامعه از آثار منفی یا

مثبت قرارداد تعبیر می‌کنیم که این موضوع به نقش قرارداد در توزیع عدالت برمی‌گردد. تمیز حکومت هر یک از حوزه‌های حقوق اعم از اصول و قواعد حقوق عمومی یا اصول و قواعد حقوق خصوصی در روابط قراردادی‌ای که واجد جنبه‌های عمومی است مشکل و شاید نامعقول به نظر برسد. لذا ترسیم هرگونه انفکاک هم‌وزن سلب عنوان قرارداد از عمل حقوقی موصوف خواهد بود. با این توضیح که حاکمیت اراده به‌عنوان یک اصل مدنی امکان مداخله تام حقوق عمومی در توافقات را نمی‌دهد، چون فقدان اراده آزاد در عقود نتیجه‌ای جز مواجهه با دستورالعملی لازم‌الاجرا و منظم نخواهد داشت و ما را از قرارداد حاصل پیوند اراده‌ها دور می‌کند. در مقابل نیز حقوق خصوصی امکان نادیده گرفتن نفع عمومی، اخلاق حسنه و نظم عمومی را ندارد. چون اجبارهایی فراقراردادی مانعی در این رابطه می‌باشند. در نتیجه برای رسیدن به یک نتیجه عقلایی به دادوستد و اثرپذیری نتایج حاصل از مداخله حقوق عمومی و خصوصی معتقدیم. هرچند که در ظاهر تمایز بین ارکان و ساختار قرارداد عنصری مؤثر در رفع این ابهام مفهومی و دوگانگی حقوقی در قلمرو اجبارهای قانونی و رسیدگی‌های قضایی خواهد بود ولی به واقع بین ضرورت‌های حقوق عمومی و خصوصی پیوند ناگسستنی برقرار است.

شاید تصور شود که روابط موجر و مستأجر ۱۳۵۶، انتقال سهم‌الشرکه شرکت با مسئولیت محدود و... مصادیق عینی قرارداد اجباری‌اند ولی این موارد صرفاً مصادیق فرضی بوده و امکان برداشت نفع عمومی از جمیع عقود ضمن حفظ ارکان وجود دارد. بنابراین قرارداد اجباری از لحاظ مفهومی هویت حقوقی جامعی است که بر برخی قراردادها بیشتر و بر برخی کمتر سایه افکنده و سبب ترجیح و حفظ منافع عمومی در بستر قراردادهای عادی می‌شود و آن‌ها را به قرارداد عادی شده‌ای تبدیل می‌کند تا برنامه‌های مفروض قانونی محقق شود. ناگفته پیداست که دادگاه‌ها نیز در صدور آرا از ایده ترجیح نفع عمومی تبعیت کرده و حامی منافع جامعه‌اند ولو طرفین منخاصمه دو شخص حقوق خصوصی باشند.

مقاله پیش رو در راستای بررسی اهمیت عدول از نتایج قراردادی ناشی از توافق اراده طرفین به خاطر منافع عمومی است. آثار تألیفی منفکی از هر یک از مباحث نظری مزبور وجود دارد ولی در این مقاله تلاش شده تا موارد مرتبط به‌طور یکپارچه مطرح شود.

### ۱. تعریف قرارداد اجباری

شناسایی عناصر قرارداد اجباری مقدمه تعریف آن است. مداخله قانون در قرارداد، ضرورت تغییر روابط قراردادی به خاطر مصالح برتر، تأثیر قواعد حقوقی بر اراده، تحصیل اغراض قانون و تحقق اهداف عمومی در فرایند تشکیل تا اجرا عناصر مزبور را دربر می‌گیرد. قرارداد اجباری بر

مداخلات تغییرناپذیر قانون در اراده‌های انشایی استناد دارد به نحوی که اراده‌ای مافوق اراده متعاملینی که قرارداد را امضا کرده‌اند وضعیت حقوقی آن‌ها را تغییر داده و این مداخلات با الزام در حذف زواید و افزودن کاستی‌ها آن را به اهدافی که اصولاً مرتبط با حقوق عمومی است نزدیک می‌کند. پس قرارداد اجباری مبتنی بر قواعد کلی ناشی از الزامات قانونی و دربردارنده خواست حاکمیت در تحقق یا عدم شکل‌گیری پدیده‌های حقوقی در عالم اعتبار است. در صورتی که در این قرارداد، اجبار به برخی اصول از بقیه مهم‌تر بوده و ارتباطش با حقوق عمومی آن را به صورت ابزار موجد تعهدهای مفروض حقوقی قرار می‌دهد.

## ۲. ترجیح منافع عمومی بر خصوصی

در رسیدگی‌های قضایی به ضرورت‌ها توجه می‌شود. توجه به جنبه‌های عمومی در انشای آرا از نشانه‌های آن است. رابطه متقابل منافع شخص و جامعه پیش‌فرض محاکم در رسیدگی می‌باشد. در نتیجه سیستم قضایی با توسل به این رویکرد پاسخ مناسبی به انتظارات متداعین داشته و تأثیر خاصی در رفع مخاصمات دارد.

توجه محاکم به جنبه عمومی عقود اولاً عنصر مؤثری در رفع نیازهای عمومی، ثانیاً توجیه قابل‌قبولی در مداخلات قانونی در اراده و ثالثاً ابزار تحقق انواع متفاوتی از عقود با جنبه عمومی می‌باشد. در حالی که صرف مداخله قانون در توافقات خصوصی ضامن تأمین نفع جمعی نیست بلکه مداخله‌ای کارا خواهد بود که خود قانون ابزار سوءاستفاده در اجرا نبوده و دادگاه بتواند با رجوع به اراده عمومی درباره سرنوشت قضایی قرارداد تصمیم گیرد.

بنابراین تحمیل شرایط قانونی با هدف ترجیح منافع عمومی در قرارداد اجباری هرچند بدون رضایت، به حکم قانون بوده و معتبر می‌باشد. قرارداد اجباری ابزار مؤثری در ترجیح عملی منافع عمومی است ولی ترجیح نفع عمومی به هر بهانه‌ای ممکن نیست یعنی در حالت عادی در جایی که امکان هم‌زیستی منافع عمومی و خصوصی وجود دارد نهادهای عمومی برای تحقق حقوق و منافع عمومی نباید در اراده انشایی طرفین مداخله کند. ولی در نهایت در فرض تراحم، منفعت عمومی ترجیح دارد چون فلسفه وجودی قرارداد اجباری وجود مرجحات حقوقی در تخصیص منابع به نفع جامعه است.

ضرورت پروژه‌های عمرانی، حفاظت از آثار باستانی، توسعه معابر، نوسازی و احیای بافت‌های فرسوده، توسعه فضای سبز، محدودیت زمین‌های کشاورزی، عدم امکان تغییر کاربری برخی از املاک، نیاز تعاونی‌ها به زمین برای مسکن، ضرورت تجدید قرارداد اجاره و غیره از مصادیق اجبار قانونی به قرارداد به خاطر منافع عمومی است. در رویکرد ترجیح منافع عمومی در سلب حقوق

مالکانه اشخاص برای اجرای پروژه‌های عمرانی و عمومی، قانون در مواردی اجازه تملک اجباری به نهادها را می‌دهد که برخی حقوق‌دانان آن را «تأمین غیرتوافقی» نامیده و معتقدند قانون‌گذار صراحتاً در خصوص حقوق مالکانه، اصل را بر توافق گذاشته است. اما در صورتی که به‌رغم توافق در قیمت، مالک از انتقال موضوع معامله به نهاد ذی‌ربط خودداری کند تأمین غیرتوافقی صورت می‌گیرد. به‌علاوه در حقوق ایران در راستای اجرای طرح‌های عمرانی، حقوق عمومی بر حقوق خصوصی ترجیح دارد. هرچند در دین اسلام بر لزوم احترام به مالکیت خصوصی نیز تأکید شده است. (بهشتیان، ۱۳۸۸: ۵۸ و ۷۰). هرچند از نظر برخی توافق با مالک، بالاتر از قیمت عادلانه مغایر نظم عمومی بوده و فاقد اثر است (محمدی و نوری، ۱۳۹۹: ۳۵۹).

اولاً برقراری امنیت اقتصادی؛ ثانیاً توزیع عادلانه ثروت و ثالثاً لزوم مداخله در قرارداد به‌منظور رسیدن به عدالت عمومی مثلی است که اهداف ترجیحی قانون از قرارداد اجباری را تبیین می‌کند. در نتیجه قرارداد اجباری برای تحقق اهداف خود از ضمانت‌اجراهای حقوقی، کیفری متناسب برخوردار بوده و در برخی موارد ممکن است دادگاه‌ها را وادار به اصلاح، ابطال و تعدیل قرارداد کند. به همین دلیل در این مقاله مبانی رجوع قضایی به قرارداد اجباری به ترتیب از جهت قانونی شامل؛ ایجاد قدرت چانه‌زنی، منع فشار ناروا، رفع تبعیض، حمایت از حقوق بنیادین، منع سوءاستفاده از حق، حمایت از حقوق رقابت و از نظر عرفی شامل؛ نامعقول بون روابط قراردادی، رعایت حُسن‌نیت، از جهت شرعی شامل نفی ضرر، اضطراب و ضرورت بررسی می‌شود.

### ۳. مبانی قانونی قرارداد اجباری

یکی از حقوق‌دانان معتقد است آزادی قراردادی از قانون نشئت گرفته و امکان تضییق آن نیز توسط قانون وجود دارد (کاتوزیان، ۱۳۸۱: ۳۲۸). هرچند این نظریه از نظر فلسفی و اجتماعی در خصوص تفاوت اصل حاکمیت اراده و آزادی قراردادی بیان شده ولی در عمل محدودیت‌های قانونی عقود ضامن نفع عمومی بوده و سبب پیدایش قراردادهای اجباری می‌شود. نظریه‌ای دیگر آزادی نامحدود قراردادی را مساوی با نفی قرارداد می‌داند (Basio, Tanya & Ilcan, Suzan, 2013: 9). به این شرح که فقدان ضوابط در تحقق خارجی اراده، موجب محرومیت طرفین از مزایای قرارداد می‌شود. طبیعتاً تعدی به حقوق افراد از نتایج آزادی مطلق اراده بوده و بی‌عدالتی‌های متعاقب آزادی مطلق اراده، سبب ناتوانی در برخورداری شایسته از قرارداد می‌شود. در اصل الزام‌ها و محدودی‌های متعدّد قانونی در محدودکردن آزادی قراردادی نقش داشته و دادگاه‌ها نمی‌توانند به بهانه حفظ منافع عمومی به حقوق طرفین لطمه بزنند. مثلاً وفق دادنامه ۲۹-۱۳۷۸/۱/۱۱ شعبه ۱۲ دادگاه عمومی قم، در پرونده‌ای شهرداری به خاطر تصرف اراضی خواهان برای اجرای اتوبان،



محکوم به پرداخت بهای عادلانه زمین شد. (پورسلیم بناب، ۱۳۹۳: ۲۶۳). با بررسی رأی نتایج قابل تأییدی حاصل می‌شود که اولاً در تعارض منافع، ترجیح با نفع عمومی است. از نظر برخی میان فساد و تعارض منافع به‌رغم ارتباط، تمایزاتی وجود داشته و فساد غالباً موارد تعارض منافع را نیز در برمی‌گیرد ولی همه موارد تعارض منافع جزء موارد فساد نیستند (وکیلان و درخشان، ۱۳۹۹: ۲۷۴). ثانیاً ضرورت تأمین نفع عمومی مجوز تجاوز به حقوق اشخاص نیست و ثالثاً حسب مقررات قانونی نهادهای ذی‌ربط باید از عهده مخارج و هزینه‌های تحمیلی سلب مالکیت برآیند یا در مواردی محاکم، نهادها را به این دلیل که درصدد تعرض به اموال اشخاص حتی به خاطر منافع عمومی هستند به جبران خسارت ملزم کنند. به‌موجب دادنامه ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۱۳ مورخ ۹۳/۶/۱۱ صادره از شعبه ۱۰۵ دادگاه حقوقی تهران درخصوص پرونده‌ای با عنوان مطالبه بهای اراضی خواهان که محل عبور کابل‌های برق فشار قوی شرکت توزیع نیروی برق قرار گرفته خواهان به‌موجب دادخواست مدعی شده که خواننده بدون اذن و اجازه وی در اجرای طرح برق‌رسانی اقدام به نصب دکل‌های برق فشار قوی از داخل ملک وی کرده و به خاطر این اقدام، ملک از حیث ارتفاع خارج شده است. دادگاه پس از رسیدگی و ارجاع امر به کارشناس اراضی مزبور را غیرقابل انتفاع تشخیص و خواننده را محکوم به پرداخت بهای روز اراضی کرده است، چون به استناد لایحه قانونی نحوه خرید و تملک اراضی مورد نیاز دولت جهت برنامه‌های عمومی، عمرانی و نظامی مصوب ۱۳۵۸ شورای عالی انقلاب، خواهان مستحق دریافت ارزش ملک است که در این پرونده دادگاه به حق به استناد نفی ضرر، دعوای خواهان را وارد تشخیص و مستنداً به مواد ۹۳، ۳۸ و ۳۰ قانون مدنی و مواد ۱، ۲ و ۳ قانون مسئولیت مدنی و مواد ۵۱۹، ۵۱۵ و ۱۹۸ قانون آیین دادرسی مدنی و ماده ۱۸ سازمان برق ایران مصوب ۱۳۴۶ دایر بر تصرف اراضی و ابنیه برای اجرای طرح‌های برق‌رسانی، به محکومیت شرکت خواننده بر جبران خسارت حکم صادر می‌کند که در تجدیدنظرخواهی نیز تأیید می‌شود.<sup>۱</sup> در رأی موصوف اولاً با تعرض به مالکیت خواهان قابلیت انتفاع سلب شده است در حالی که مغایر قاعده لاضرر است. ثانیاً قاعده تسلیط در مواجهه با نیازهای عمومی با محدودیت، تضییق و بعضاً با سلب حق مواجه می‌شود. در مانحن فیه حسب ماده ۱۸ قانون سازمان برق ایران امکان محدودیت یا سلب مالکیت از مالک وجود داشته و قوانین عام بر ضرورت جبران خسارت در این رابطه حکومت دارد.

به نظر می‌رسد در قرارداد اجباری با ارجاع ظاهر مفاهیم قانونی به مفاهیم موجود اجتماعی

1. <http://www.ara.jri.ac.ir>

عدالت محقق می‌شود. در نتیجه مفاهیم اجتماعی در قانون‌گذاری مؤثر بوده و قانون‌گذار با توجه به نیازها سبب ایجاد ضرورت‌هایی در قانون می‌شود که در نهایت دادگاه‌ها در صدور احکام از آن ضرورت‌ها تبعیت می‌کنند.

بنابراین اگر هدف قانون تأمین مصالح اجتماعی باشد الزاماً با ضرورت‌های اجتماعی مرتبط بوده و اگر هدف قانون برقراری نظم عمومی باشد ابزار تحقق این هدف خواهد بود. ناگفته پیداست که حتی طرفین در مواردی به اختیار می‌توانند به انقیاد قدرت قراردادی خود دست بزنند. به طور کلی آنچه در اعمال اجبارهای قانونی مؤثر است جنبه‌های اجتماعی و اقتصادی قرارداد است.

با این توضیح که اولاً تحقق مصالح مفروض قانونی در عقود با پیش‌بینی جنبه‌های اجتماعی آن صورت می‌گیرد. غرض از جنبه‌های اجتماعی قرارداد مقابله نظام قضایی با بی‌عدالتی و تحقق برنامه‌های عمومی عام‌المنفعه مثل توسعه راه‌هاست. در نتیجه تشدید محدودیت‌های قانونی در عقود معلول تقابل منافع متضاد خصوصی با نفع جمعی است به نحوی که قوانین با منع یا الزام افراد به انجام برخی اعمال حقوقی اعم از اجبار به انعقاد یا منع از انعقاد قرارداد در تحقق عدالت اجتماعی اثرگذارند و می‌کوشند تا در گردش سالم سرمایه نقش برجسته‌ای به نفع عدالت اجتماعی داشته باشند.

ثانیاً تحقق عدالت اقتصادی از اهداف مداخله‌جویانه قانون‌گذار در توافقات است که با تشدید تقابل نفع عمومی و خصوصی، مداخله قانون در اجزای قرارداد نیز بیشتر می‌شود. جنبه‌های عام و خاص قرارداد مبدأ آثار اجتماعی و اقتصادی متفاوتی است که در مقابل هرگونه سوءاستفاده قرار دارد. با ارائه توصیف مختصری درباره تحقق عدالت اجتماعی و اقتصادی ناشی از مداخله دولت در عقود آنچه در این بند بررسی می‌شود مبانی قانونی عقود اجباری است که دارای تبعات اقتصادی در عقود بوده و در رویه قضایی نیز مؤثر است.

### ۱-۳. نفی سلطه مالکانه و چانه‌زنی

به نظر می‌رسد سلطه، استیلا و غلبه قدرت معاملات یکی بر دیگران در حالی است که فرض برابری همه وجود دارد. سوءاستفاده از سلطه، آزادی قراردادی را با چالشی جدی در توزیع عادلانه منابع و ثروت عمومی مواجه می‌کند. به همین دلیل دادگاه‌ها برای تحقق عدالت در مقابل رفتارهای فرصت‌طلبانه طرفین دعوا واکنش نشان می‌دهند. مفهوم آیه شریفه «التَّاسِ مَسْلُطُونَ عَلَىٰ أَمْوَالِهِمْ» مبتنی بر اختیار اشخاص در بهره‌برداری از اشیای تحت تملک‌شان به انواع انتفاع است ولی مفهوم سلطه در قرارداد اجباری از نوعی دیگر بوده و متفاوت از مفهوم عام حقوقی آن و به مفهوم «خودمنفعتی» می‌باشد.

در اصل چانه زنی در قرارداد مهارت بازرگانی بوده و هر طرف قرارداد طی مذاکرات با دیگری تلاش دارد تا با چانه زنی امتیازات بیشتری از دیگران کسب کند. در نتیجه فقدان قدرت چانه زنی، قرارداد را با خطر سوءاستفاده از انحصار و بی عدالتی همراه خواهد کرد. واژه سوءاستفاده از موقعیت قراردادی، معادل سوءاستفاده از موقعیت مسلط نیست. چون ممکن است بنگاهی مسلط نباشد ولی سوءاستفاده کند. با این توضیح که سوءاستفاده از موقعیت قراردادی به عنوان ابزاری در تحمیل شروط غیرمنصفانه ناشی از برتری توان معاملاتی شخص برخوردار است که شاید بر روابط قراردادی مسلط نباشد. پس بین سوءاستفاده از قدرت قراردادی و سوءاستفاده از قدرت مسلط رابطه عموم و خصوص من وجه وجود دارد و موقعیت برتر قراردادی اعم از موقعیت مسلط بوده و هر شخص مسلطی قدرت قراردادی برتر ندارد در حالی که دارنده قدرت قراردادی برتر بر رابطه موصوف مسلط است. سوءاستفاده از موقعیت قراردادی با شروط غیرمنصفانه، شروط تحمیلی و نابرابری در قدرت چانه زنی عجین است. اصولاً سوءاستفاده از موقعیت قراردادی نتیجه سوءمدیریت یک جانبه قرارداد است که به موجب آن شخص تمام تلاش خود را در چیدمان اجزا و عناصر قرارداد به نفع خود داشته و از منافع دیگران غافل است که این تغافل عمدی یا ناشی از تقصیر را عرف ناعادلانه نمی انگارد. تا آنجا که برخی معتقدند سوءاستفاده از وضعیت اقتصادی یا تخصص یکی از طرفین به ضرر دیگری از مصادیق تحمیل شروط قراردادی است. (کریمی، ۱۳۸۱: ۷۵).

نفی شروط تحمیلی از لوازم هنجاری قرارداد بوده که موجب سلب امنیت در ثبات و بقای قرارداد می شود. به همین دلیل برای سوءاستفاده تلقی کردن اختراع دارنده ورقه اختراع باید با سوءرفتار، دسترسی دیگران به دانش جدید را با مشکل روبه رو کند. (درزی نطف چالی، ۱۳۸۸: ۴۲). در نتیجه برای عدالت و مقابله با فرایندهای سوء اقتصادی حاصل شده از عقود دادگاهها بین دو واژه متضاد سلطه و توان چانه زنی تعادل ایجاد می کنند. اساتید معتقدند در ترجیح هنجارهای مختلف بر یکدیگر در انواع نظامهای حقوقی روشهای متفاوتی وجود دارد. در این نظامها برای تعادل میان حقوق بنیادین، دادگاهها با بهره گیری از ابزارهایی فراتر از تکنیکهای حقوقی، در تحقق عدالت اجتماعی می کوشند. (بابایی و ترابی، ۱۳۹۹: ۸۸).

### ۲-۳. منع فشار ناروا

قرارداد اجباری موجب فشار قانونی و از اسباب مقابله با فشار ناروای غیرقانونی است. فشار ذهنی اثرگذار در تصمیم فشار ناروا تلقی می شود. فشار ناروا به رغم تشابه با اضطراب در سلب رضای به معامله شدت بیشتری داشته و سبب اضطراب عمدی ناروا در بهره مندی از انتخاب خواهد بود. به طور کلی وضعیت مضطر نتیجه عمد نیست بلکه نتیجه شرایط درونی اوست که تأثیر عوامل

خارجی برخلاف فشار ناروا در آن ناچیز می‌باشد. جلوگیری از فشار ناروا توسط دادگاه دلیلی برای ورود در قرارداد است تا مانع تعلق منافع ناعادلانه شود. اولاً سوءاستفاده و تقلب نسبت به قانون ثانیاً فشار ناروای ناشی از عیب اراده ثالثاً تحمیل شروط غیر متعارف قراردادی ابعاد مختلف بررسی فشار نارواست که به ترتیب بررسی می‌شود.

الف) سوءاستفاده و تقلب نسبت به قانون از توجه دادگاه‌ها مستور نیست تا آنجا که وفق رأی ۲۰-۱۷ مورخ ۱۳۹۷/۶/۱۰ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری به منظور منع سوءاستفاده از حق جهت احراز تسویه حساب کارگر با کارفرما، ارائه اسناد و مدارک مالی ناظر بر پرداخت دستمزد و مزایای قانونی یعنی سند پرداخت وجه به کارگر و وصول واقعی دیون قانونی ضرورت دارد وگرنه ذمه کارفرما کماکان مشغول است. در تأیید رأی وحدت‌رویه مزبور اولاً اصل در تأدیة دین، فراغت واقعی از ذمه است نه صرفاً تحصیل اسناد و مدارک مثبتة خلاف واقع؛ ثانیاً رابطه کاری با نظم عمومی و معیشت جامعه ارتباط داشته و پرداخت دین باید بر اساس اسناد مالی و مدارک مثبتة تجاری وصول ثبوتی شود نه صرفاً اخذ این اسناد بر اساس مدارک اثباتی به صورت ظاهری و فارغ از واقعیت خارجی. ثالثاً کارگر طبقه ضعیف قرارداد کار تلقی شده و در رسیدگی به وضعیت کاری وی، باید جنبه‌های آمره و حمایتی قانون کار نیز توأمان لحاظ گردد و هر نوع تحصیل رسید و مدرک پرداخت خالی از وجه نوعی فشار ناروا تلقی می‌شود. بنابراین کارفرما به جهت فشار ناروا بر کارگر ممکن است در جریان فعالیت وی در کارگاه برگه تصفیه حساب بدون تاریخ بگیرد و این موضوع موجب ایراد فشار ناروا به وی شود.

ب) اصولاً عبارت «ناروا» در قراردادهایی که در اثر عیب اراده تشکیل شده‌اند نیز به کار می‌رود. فشار ناروا نافی قصد نبوده بلکه لطمه جدی به قصد واقعی طرفین وارد می‌کند. از طرفی در فشار ناروا طرف یا از ناچاری به خاطر اجبار بیرونی اقدام به قرارداد کرده یا از اجبار محیطی حاکم بر شرایط قراردادی آن را می‌پذیرد. بنابراین فشار ناروا امکان متأثر کردن کُل جامعه به خاطر برخورداری از شرایط غیرمتوازن را خواهد داشت. و از طرف دیگر تبانی در معاملات سبب اختصاص ناروای دارایی، تمرکز ثروت و چالشی در حفظ منافع عمومی است که فشار این‌گونه رفتارهای غیرمتعارف قراردادی بر جامعه بوده و قوه قضائیه به‌عنوان مجری عدالت مسئول است یا در مورد قراردادهای صوری که گریز از مسئولیت جبران خسارت یا گریز از مسئولیت اداری و مالیاتی از اسباب انعقاد بوده و خود موجب فشار ناروا به منافع عمومی است و دولت و نهادهای نظارتی از ابزارهای قانونی مؤثر برای گریز از آن برخوردارند.

ج) دادنامه شماره ۰۷۲۸۰۲۲۲۹۰۲۹۹۷۰۹۳۰ مورخه ۹۳/۶/۳۰ شعبه ۳ دادگاه عمومی حقوقی

مربوط به دعوی خواهان علیه شهرداری شهریار به خواسته صدور حکم بر اعلام بطلان بندهای ۳ و ۴ توافق‌نامه شهرداری و شرکت خواهان بود. به این شرح که شرکت خواهان دارای ۱۸۰۰ نفر کارگر نیازمند مسکن، برای تأمین مسکن آن‌ها اراضی موضوع صورت‌جلسه مزبور را قبلاً خریداری کرده و شرکت مزبور برای اخذ مجوز ساخت‌وساز به شهرداری مراجعه می‌کند. طبق صورت‌جلسه مزبور خواهان مجبور به واگذاری قسمت عمده‌ای از پلاک‌ها در قبال اخذ مجوز ساخت به شهرداری شده بود. وکیل خواهان مدعی است اولاً شهرداری در بندهای ۳ و ۴ توافق‌نامه، با تحمیل اراده یک‌طرفه خود به وضع دو مقرر نامشروع پرداخته و خواستار تملک بخش عمده‌ای از زمین‌های مربوط به شرکت موکل و دو بند فوق مغایر قانون است. ثانیاً اندراج بند ۳ و ۴ توافق‌نامه خلاف اصل تسلیط بوده و حتی طبق آرای مکرر هیئت عمومی دیوان عدالت اداری منع شده و شهرداری نمی‌تواند الزام به واگذاری رایگان زمین نماید. ثالثاً بندهای ۳ و ۴ توافق‌نامه مزبور کاملاً تحمیلی است که مقرون به رضای باطنی نیست بلکه مقصد یک‌طرفه شهرداری می‌باشد. وکیل مزبور مقرر داشته تنها مجوز تحدید مالکیت خصوصی اشخاص، مصالح اجتماعی است و تأمین مصالح عمومی به نهادهای عمومی اجازه دست‌اندازی به مایملک افراد را می‌دهد که در متنازع‌فیه چنین مصلحتی وجود نداشته و دادگاه حکم به اعلام بطلان بندهای ۳ و ۴ صورت‌جلسه ۱۳۸۸/۴/۲۴ فی مابین خواهان و خوانده می‌دهد که پس از تجدیدنظرخواهی از رأی موصوف شعبه ۲۹ دادگاه تجدیدنظر استان تهران با رد اعتراض تجدیدنظرخواه آن را تأیید می‌کند.<sup>۱</sup>

در بررسی‌های بعدی مشخص شد که در تقریرات یکی از اساتید این رأی بررسی شده است که به حق معتقدند اولاً وجدان عمومی چنین رفتارهایی را ناعادلانه دانسته و نظام حقوقی ساختار منع تحصیل نامشروع ثروت را در درون خود برای مقابله با این امر ایجاد کرده است، ثانیاً در فقه اکل مال به باطل مطرح بوده و ثالثاً سوءاستفاده از حق در حقوق قراردادها از مصادیق بارز دارا شدن بدون سبب می‌باشد هرچند تأمین مصالح اجتماعی به حکومت اجازه سلب مالکیت افراد را می‌دهد (میرشکاری، ۱/۱۳۹۹: ۱۹ و ۲۲). به علاوه به نظر می‌رسد اقدام نهادهای عمومی در بهره‌گیری از مجوزات قانونی نباید سلیقه‌ای باشد. مردم نهادهای عمومی را مجری قانون دانسته و اعمال آن‌ها را حکم قانون تلقی می‌کنند در حالی که بعضاً بر اثر غرض‌ورزی، ناآگاهی و ناتوانی در فهم قانون در اجرای مصوبات تخلفاتی شده و اجرای مصوبات دستخوش تفاسیر متناقضی می‌گردد که عدالت توان پذیرش آن را ندارد در حالی که دادرسان در این راستا می‌توانند با توسل به

1. <http://www.ara.jri.ac.ir>

نظم عمومی از اجرای قراردادهای غیرمنصفانه جلوگیری کرده یا مانع اجرای غیرقانونی قانون حسب تفاسیر ناصحیح مجریان شوند. اساتید معتقدند توانایی سوءاستفاده یکی از طرفین از قدرت قراردادی ریشه در نابرابری داشته و موجب تحقق شروط تحمیلی است که می‌توان آن را نابرابری معنادار نامید. (کریمی، ۱۳۸۱: ۷۹).

### ۳-۳. منع تبعیض

از نظر حقوقی ترجیح غیرقانونی بعضی به دیگران را تبعیض می‌نامیم. اقدامات قانونی و قضایی برای رفع تبعیض در تمتع برابر اشخاص مؤثر بوده و از دلایل اعمال محدودیت قراردادی است. در حقوق کار توجه به برخورداری از حقوق و مزایای برابر مثل مرخصی، تعطیلات، دستمزد و... برای کارگران توسط هیئت‌های حل اختلاف و تشخیص یا در حقوق مصرف توجه به امکان خرید کالاها و خدمات برای همه و عدم ترجیح بعضی بر دیگران توسط شورای رقابت و ستاد تنظیم بازار از این موارد است.

حقوق‌دانان معتقدند سوءاستفاده از سلطه برتر اقتصادی، سبب توزیع انحصاری کالاها و خدمات شده و در تبعیض بین خریداران و فروشندگان در برخورداری از موقعیت‌های معاملاتی مشابه مؤثر است (محقق داماد، ۱۳۹۳: ۱۱۹). که این موارد زمینه‌ساز تبعیض و نابرابری‌های حقوقی و اجتماعی نیز خواهد شد. در دادنامه شماره ۹۳۰۹۹۷۰۹۰۵۶۰۰۷۴۰ مورخ ۹۳/۶/۳۰ شعبه ۲۱ دیوان عدالت اداری در خصوص دعوی خواهان به طرفیت معاونت پشتیبانی دانشگاه علوم پزشکی استان گیلان به خواسته الزام به اعلان اصلی بودن قبولی خواهان در گزینش استخدامی و حذف عنوان ذخیره؛ به منظور رفع تبعیض و فقدان دلیل بر ترجیح متقاضیان استخدام بر یکدیگر مطرح و حکم به نفع خواهان صادر شده که در دادگاه تجدیدنظر نیز همان رأی تأیید شد.<sup>۱</sup> در رأی مزبور که به حق صادر شده، اولاً حفظ عدالت قراردادی در توزیع امتیازات برابر بین رقبای، ثانیاً ناروا بودن درج شروط ثانوی که در حین ورود به مسابقه مطرح نبوده و ثالثاً منع ترجیحی غیرمرجح به ادله قانونی در برخورداری از منافع قراردادی از علل عرفی و قانونی منع تبعیض ناروا در عقود می‌باشد.

### ۳-۴. حمایت از حقوق بنیادین

طبیعت ساختاری قرارداد احترام به نتیجه‌ای است که طرفین از توافق‌شان خواسته‌اند ولی تأمین حقوق بنیادین در قرارداد یا خارج از آن وظیفه دولت است. ارتباط حقوق بنیادین با حقوق عمومی مقنن را وادار به تدوین قوانینی برای حفظ آن می‌کند تا آنجا که توجه به حقوق بنیادین حاکم

1. <http://www.ara.jri.ac.ir>

بر آزادی قراردادی بوده و امکان محدودسازی آن وجود ندارد.

از نظر برخی در عرصه بین‌المللی نیز در اعلامیه حقوق بشر ۱۹۴۸، کنوانسیون اروپایی حقوق بشر و آزادی‌های اساسی ۱۹۵۰، منشور اجتماعی اروپا ۱۹۶۱، میثاق بین‌المللی حقوق سیاسی و شهروندی ۱۹۶۶ و منشور بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی ۱۹۶۶ توجه جدی به حقوق بنیادین شده است (Zwemer, 2007: 1&6).

برخی حقوق بنیادین را به دو نوع رسمی و ضمنی تقسیم کرده‌اند. آن‌ها بر آنند که در حقوق بنیادین رسمی قاعده حقوقی صراحتاً موادی از قانون است ولی حقوق بنیادین ضمنی مبتنی بر پذیرش وجدانی انسان از حقوقی خواهد بود که از ملزومات زندگی مدنی است. مثل حق آموزش که وظیفه دولت در ساماندهی و ابقای مدارس به‌عنوان یک حق بنیادین ملی یا حق برخورداری از بهداشت به‌منظور ارتقای سطح سلامت جامعه که از حقوق بنیادینی است که به‌رغم نقصان در ارائه مصادیق در ضرورت وجودی آن تردیدی نیست (مولائی، ۱۳۹۷: ۴۰۲).

به‌طور کلی آزادی مطلق قراردادی با خطر نقض حقوق بنیادین همراه بوده و دادگاه‌ها بدون ضرورت بر تصریح این موارد، در مواجهه با چنین پرونده‌هایی به حقوق بنیادین به‌عنوان یک اصل توجه می‌کنند. در نتیجه حقوق بنیادین با آزادی قراردادی محدود نمی‌شود ولی آزادی قراردادی به خاطر تحقق حقوق بنیادین محدود می‌شود. برای حمایت از حقوق بنیادین در رویه قضایی آرای مختلفی وجود دارد.

وفق رأی وحدت‌رویه شماره ۷۸۱ مورخ ۱۳۹۸/۶/۲۶ هیئت عمومی دیوان عالی کشور بر لازم‌الرعایه بودن احکام امره قانون بیمه شخص ثالث در بیمه‌نامه‌های موضوع بند ب ماده ۱۱۵ قانون برنامه پنج‌ساله پنجم توسعه مصوب ۱۳۸۹ نیز که مادون نفس بوده به‌عنوان حقوق بنیادین تأکید شده است.

توضیح آنکه بیشتر محدودیت‌های قراردادی به خاطر حمایت از حقوق بنیادینی است که آزادی‌های قراردادی آن را نادیده گرفته و مداخلات قانونی در عقود با هدف حفظ حقوق بنیادین موجب تعادل، بقای قرارداد و ثبات تجاری می‌شوند. همان‌گونه که از نظر برخی در قلمرو بهداشت نیز تأمین دارو در زمره حقوق بنیادینی است که سلامت جامعه را تأمین می‌کند. (کریستین لنک و روبرتواندورنو، ۱۳۹۳: ۱۰۰) و قراردادهای خصوصی نمی‌تواند مانعی در تأمین این نیازهای عمومی باشند (P.Weber, Maine, 1986: 2&56).

از منظر متفاوتی نیز عدم اعتبار قرارداد محجورین، حمایت از طرف ضعیف، منع سوءاستفاده از جهل طرف قرارداد، عدم امکان اسقاط ازدواج از موارد احترام به حقوق بنیادین می‌باشد. به‌طور

خلاصه آثار خارجی حقوق بنیادین منعکس در موضوعاتی است که دادگاه‌ها تلویحاً در رسیدگی‌های خود آن را مورد توجه قرار داده‌اند که می‌تواند موجب بهتر شدن زندگی مردم شود.

### ۳-۵. منع سوءاستفاده از حق

مفهوم سوءاستفاده از حق، استفاده نابه جا از آن است. بهره‌مندی غیرمتعارف از حقوق مزبور در موقعیت اقتصادی و اجتماعی دیگران اخلال ایجاد کرده و به منافع عمومی لطمه می‌زند. بهره‌گیری غیرمنصفانه از موقعیت قراردادی با استضعاف متقاضی کالاها و خدمات همراه بوده و قوانین با آن مقابله می‌کنند تا مانع اعمال ترفندهای منفعت‌طلبانه در عقود شوند. هرچند که قرارداد جامع منافع متضاد متعاملین است ولی به اعتقاد برخی از منظر حقوق عمومی هدف قانون از تأمین نفع عمومی برقراری بالانس مؤثر میان منافع متضادی است که از توافق نصیب جامعه می‌شود (Wheeler, 2008: 12-14). ما مصادیق سوءاستفاده از حق را به دو گروه نوعی و شخصی تقسیم می‌کنیم. «فصد اضرار»، «تقلب نسبت به قانون»، «تجاوز از حد معقول»، «نفی ضوابط شکلی و ماهوی» و «زیاده‌خواهی» از مصادیق نوعی است که به خاطر «هویت اجتماعی» شخص ایجاد می‌شوند. اعمال تحدیدات رقابتی نامشروع در عرضه دانش، فناوری و منع دسترسی جامعه به موضوعات نوین ابداعی نیز می‌تواند از مصادیق نوعی سوءاستفاده باشد و در مواردی سوءاستفاده از حق به جهت «ضعف شخصیتی» است که به خاطر (هویت مدنی) ایجاد شده و جنبه فردی آن غالب است. مانند وضعیت‌های خاص فیزیکی و دماغی که در این موارد دادگاه توجه جدی به سن رشد طرفین در هنگام انعقاد قرارداد دارد تا از سوءاستفاده نسبت به هویت مدنی آن‌ها جلوگیری شود.

مقررات حمایت از مصرف‌کنندگان خودرو و آیین‌نامه اجرایی آن، قانون اصلاح برنامه چهارم توسعه کشور و اجرای سیاست‌های اصل ۴۴ موضوع منع سوءاستفاده از حق را به‌صراحت مورد توجه قرار داده‌اند. وفق رأی وحدت‌رویه شماره ۷۱۶ مورخ ۱۳۸۹/۷/۲۰ هیئت عمومی دیوان عالی ازدواج مجدد زوج با اجازه دادگاه به دلیل نشوز زوجه موجب تحقق شرط وکالت در طلاق نیست. با این توضیح که دادگاه‌ها با بررسی پرونده‌های مشابه به این نتیجه رسیده‌اند که امکان سوءاستفاده و تقلب نسبت به قانون در وکالت‌نامه‌های مزبور وجود داشته و حسب قاعده اقدام، حق طبیعی که برای شخص باحسن‌نیت وجود دارد برای شخص مُغرض وجود نداشته و زوجه‌ای که از تمکین نسبت به همسر خود خودداری می‌کند شایسته حمایت قضایی نخواهد بود.

در پرونده‌ای دیگر که در شعبه ۴۲ دادگاه عمومی حقوقی تهران مطرح بود خواهان با اقامه دعوی با خواسته بطلان معامله ابطال سند رسمی شماره ۷۸۵۰۴ مورخه ۹۱/۳/۳ علیه همسر سابق خود را اقامه دعوا کرد و مدعی شد خواننده با استناد به وکالت‌نامه محضری به معامله ملک



موضوع دعوا به موجب سند رسمی شماره ... مورخه ۹۱/۳/۳ به خواننده ردیف اول که برادرش بوده اقدام کرده است که این انتقال بدون رعایت غبطه و مصلحت وی ولی با تقلب و بدون رعایت صرفه و صلاح وی در قید ثمن و سایر شروط صورت گرفته. دادنامه ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۲۵۰۱۳۰۰ مورخه ۹۳/۹/۲۹ نتیجه این رسیدگی بود که به موجب آن دادگاه اذعان می‌دارد در این پرونده رعایت غبطه موکل ضرورت داشته و به جهت فقدان دلیل در رعایت غبطه موکل، انتقال مزبور ایراد دارد. که در نهایت حکم به بطلان معامله و سند رسمی داده که در مرحله تجدیدنظر تأیید می‌شود.<sup>۱</sup> در تفسیر و ارتباط این رأی با بحث سوءاستفاده از حق به صراحت مشخص می‌شود که دادن حق به اشخاص با ایجاد اختیار برای آن‌ها ملازمه دارد. وکیل حسب اذن موکل دارای اختیارات قانونی جهت دخل و تصرف در امور و اموال وی است ولی این اذن مقدمه نادیده گرفتن مصالح او نبوده و قواعد اجباری و اراده مفروض قانون از هویت دادن به عقدی که با سوءاستفاده و تقلب در تخصیص اموال متعلق دیگری به خود یا غیر همراه باشد استنکاف کرده و دادگاه در نهایت اقدام به بطلان اعمال حقوقی متعاقب می‌نماید. همان گونه که صاحب جواهر<sup>۲</sup> گفته اگر زید به عمرو بگوید تو وکیل من در همه امور هستی اگر زید کل اموال عمرو را به دیگران بخشیده و احتمال زیان برود، وکالت باطل می‌شود. رعایت غبطه و مصلحت موکل یک قاعده اجباری در اراده مفروض قانون بوده و بر عقد وکالت و هر عقد نیابتی دیگر حمل می‌شود.

### ۳-۶. حمایت از رقابت

حمایت از اقتصاد عمومی موجب پیدایش حقوق رقابت است (زرکلام، ۱۳۸۷: ۵۳). منع انحصار دلیل اعمال محدودیت‌های قانونی بر صاحبان سرمایه و دلیل سلب قدرت کنترل آن‌ها بر بازار می‌باشد. به نظر می‌رسد رقابت از لوازم مؤثر مداخله قانون در تجارت، منع انحصار و مدیریت اقتصاد است. انحصار سبب سوءاستفاده نهادهای خصوصی بوده و بنگاه دارای قدرت انحصاری می‌تواند با محوریت منافع خود در گردش سرمایه اثرگذار باشد بدون آنکه به واقع با جریان اقتصادی جامعه هماهنگ شود. چون انحصار از علل افراط در کسب منافع قراردادی

1. <http://www.ara.jri.ac.ir>

۲. «ولو وکل علی کل، قلیل و کثیر قیل لایصح، لما یتطرق من احتمال یعنی ولو قال زید لعمر و (انت وکیلی فی کل قلیل و کثیر) (من احتمال الضرر) بأن یعتق کل عبیده، و... و یهب کل املاکه، و نحوه ذلک (و یندفع الحال) ای: حاله الضرر (باعتبار المصلحه) فما فعله و کان مصلحه صح و مالم یکن مصلحه و کان ضرراً لم یصح». (نجفی، ۱۳۶۹: ۴۲۹).

یک‌جانبه و مانع عرضه کارآمد محصول به بازار است. تحمیل شرایط غیرمنصفانه در مبادله کالاها، عرضه انحصاری، امتناع از عرضه، ادغام، تملک و فروش مبتنی بر شروط تکمیلی از مصادیق سوءاستفاده از انحصارند. در حالی که حقوق رقابت با دست‌اندازی در اقتصاد با جنبه راهبردی خود در منع انحصار مؤثر است. برخی معتقدند دولت با مداخله در قراردادها در راستای رفع کاستی‌ها نقش مکمل داشته و مداخله مزبور بیشتر بر کارآیی اقتصادی قرارداد مبتنا دارد. (نبی‌زاده کبری، ۱۳۹۹: ۲۸۰).

انحصار وضعیتی است که از طرف یک یا چند شخص یا بنگاه اقتصادی ایجاد شده و موجب سلطه اقتصادی در مواردی از قبیل تعیین قیمت، تعیین حداقل و حداکثر تولید و اعمال محدودیت در ورود یا خروج اشخاص به بازار می‌شود. تأثیر ناگوار تمرکز ثروت در دست تعداد کمی از افراد، تأثیر سوء آن بر رفاه عمومی در ایجاد انحصار قابل‌انکار نیست. در حالی که در مقابل دسترسی عادلانه مردم به کالاها و خدمات هدف کنترل بازار در توزیع عادلانه ثروت است. برای تحقق عدالت توزیعی دولت‌ها عهده‌دار نظارت بر چگونگی توزیع می‌باشند تا آنجا که حتی دادگاه‌های رسیدگی به جرایم مفسدان اقتصادی و دادگاه‌های تجاری از توجه به این رویکرد ایجاد شده‌اند. حقوق‌دانان معتقدند در دیدگاه مداخله دادگاه در قرارداد، اگر مداخله در قرارداد مبتنی بر دفاع از حاکمیت اراده طرف ضعیف باشد مداخله در قرارداد ترجیح دارد. در این دیدگاه دادگاه نظر خود را به‌عنوان نظر غالب قرار نمی‌دهد بلکه از نتایج ترازی طرفین تبعیت می‌کند. (امینی و شیخی، ۱۳۹۹: ۱۳۹).

#### ۴. مبانی عرفی قرارداد اجباری

شناسایی نیازهای مردم دلیل تحولات عدیده‌ای در عقود شده است. ضرورت‌های عرفی محصول مطالبات مدنی بوده و قرارداد اجباری ابزار مؤثری در راستای رفع نیازهای عمومی می‌باشد. پس مقبولیت عمومی تحولات قراردادی با درک صحیح از نیازهای اجتماعی است. حقوق قراردادهای با در نظر گرفتن ضرورت‌های عرفی می‌تواند در بهبود زندگی مردم مؤثر بوده و در ارتقای بهره‌وری جامعه از کالاها و خدمات یعنی عدالت توزیعی نیز مؤثر باشد. رجوع به انواع اجبارهای قراردادی، قانونی، یا ناشی از ضرورت‌های عرفی ناشی از تحولات در زندگی مردم است. قواعد اجباری برگرفته از ضرورت‌های عرفی است که با توجه به روند جاری زندگی مردم حاصل و با لوازم قراردادی منطبق می‌باشد. پاسخ مناسب به این ضرورت‌ها، مطالبه مدنی بوده و در راستای تأمین نیازهایی است که به اضطرار عمومی نیز تعبیر می‌شود.

به‌طور خلاصه قواعد اجباری محدودکننده یا ناشی از قانون‌نویسی یا ناشی از درک عرفی در تشخیص نیاز جوامع است و مداخلات قانون در توافقات با توسل به رویکردهای عرفی از نظر

عقلی مقبول و در راستای اداره بهتر قرارداد خواهد بود تا آنجا که در رفع بی عدالتی اجتماعی مفید باشند. در این بخش مبانی عرفی قرارداد اجباری با بررسی دو عنصر مهم نامعقول بودن روابط قراردادی و رعایت حسن نیت به عنوان مهم ترین عناوین عرفی مطالعه می شود. قابل ذکر است از نظر برخی اساتید آزادی قراردادی از اصول عامی است که موجب تشکیل و تفسیر قراردادها می شود ولی اصولی چون لاضرر، نفی عسرو حرج، حسن نیت و اصل عقلانیت از اصول خاص می باشند و خاص مزبور که شامل مصالح اجتماعی، سیاسی و اقتصادی است عام را تخصیص زده و بر آن ترجیح دارد (بابایی و ترابی، ۱۳۹۹: ۹۶).

#### ۱-۴. نامعقول بودن روابط قراردادی

طبق تئوری نامعقول بودن، دارنده قدرت اقتصادی برتر با ایجاد وضعیت ناعادلانه سبب استحصال منافع غیرموجه از قرارداد به نفع خود می شود. درج شروط غیرمعقول، گمراه کننده و نامشروع در عقود با منع قانونی و کنترل قضایی همراه اند. در عرف معاملات فقدان عدالت معاوضی سبب نامعقول شدن عقود شده و از نظر منطق تجاری معاملات را غیرمتعارف می کند. مثلاً در انگلستان کسب منافع یک طرفه از اسباب نامعقول شدن قرارداد بوده و دادگاهها با توسل به میزان «عقلانیت موجود در قرارداد» درباره آن نظر می دهند و در نهایت محدودیت های قراردادی با عقلانیت منطبق و امکان عطف به معقول بودن یا نبودن را دارند. از نظر برخی به استناد نامعقول بودن دادگاه های آمریکا نیز اختیار ابطال تمام یا قسمتی از قرارداد را دارند. (سیکوریا، ۱۳۸۹: ۱۵۶).

در عرف نیز نامعقول بودن به منطبق نبودن رفتار با پسند عقل تعبیر می شود ولی معقول بودن روابط قراردادی ابزار قیاس اراده سالم است تا آنجا که سایر قواعد حقوقی را نیز می توان بر اساس همین عقلانیت سنجید. مفهوم عرفی نامعقول بودن قرارداد غیرمنطقی بودن قرارداد از فرایند انعقاد تا نتیجه بوده و منع سوءاستفاده از قرارداد نیز به منطقی شدن آن کمک می کند. به همین دلیل در بیشتر کشورها معقول بودن روابط قراردادی از دلایل اساسی صحت آن تلقی شده و رجوع به معقولیت و ارزیابی آن در حمایت از قشرهایی است که در نحوه کسب رضایت آن ها توجه منطقی وجود ندارد. به قول یکی از حقوق دانان غربی قراردادهای خلاف نظم عمومی، تبعیض آمیز و دربردارنده محدودیت های غیرمعقول قابلیت اجرایی ندارند (E.Mckendrick, 1997: 342).

در بررسی نامعقول بودن روابط قراردادی به عنوان یکی از مبانی عرفی قرارداد اجباری؛ در کنار تعهد و اخلاق شفافیت توافق نیز از تکالیف قراردادی است (Gilbert, 1993: 697). به طور کلی عقلانیت واژه ای اخلاقی و وجدانی است. طرفین قرارداد از عقلانیت توافق خود مطلع هستند چون در ضمیر خود توان ارزیابی میزان عدالت منضم به آن را دارند هر چند به واقع آن را بروز ندهند، اما

دادگاه‌ها وظیفه دارند تا نسبت به کشف غیرعلنی‌های مشهودی اقدام کنند که در عقلانیت قرارداد واجد آثار حقوقی فراگیر به نفع شخص و جامعه می‌شوند.

#### ۲-۴. رعایت حُسن نیت

در قلمرو مبانی عرفی، حُسن نیت عامل مؤثری در تعیین تعهدات، ایجاد تکالیف و تفاسیر قراردادی می‌باشد. ارزیابی میزان حُسن نیت قراردادی به نفع جامعه از جانب دادگاه توسط قرارداد اجباری سنجیده می‌شود. شخص با حُسن نیت قاصد و جازم به انجام قرارداد تلقی شده و جزم او به انشا با توجه به شفافیت و میزان حسن نیتش در معامله معلوم می‌شود. به علاوه انجام تعهدات قراردادی توسط طرفین دلیل حُسن نیت و جلب اعتماد اشخاص است و باقی‌گذارن هرگونه ابهام در قرارداد از اسباب سوءاستفاده مغرضانه خواهد بود. شخص با حُسن نیت هم منافع خود و هم منافع طرف مقابل را در نظر دارد ولی شخص مغرض بیشتر به منافع خود فکر کرده و عدم وفاداری او به قرارداد دلیل دیگر سوءنیت اوست. به طور کلی حُسن نیت اراده خفای قرارداد است که با توسل به آن متعلق قصد طرفین به نحوی عادلانه‌تری تفسیر می‌شود. ارتقای حسن نیت از یک حالت اخلاقی به یک ضرورت حقوقی از تحولات مهم حقوق قراردادی و از مبانی عرفی قرارداد اجباری می‌باشد. به طور کلی شناسایی حُسن نیت در اشخاص آسان نیست بلکه منوط به ورود در ضمیر اشخاص یا بررسی نتایج حاصل از توافقات آنهاست. به قول یکی از حقوق‌دانان اصل حُسن نیت از مبانی اعمال محدودیت قراردادی می‌باشد (اسکینی و نیازی شهرکی، ۱۳۹۵: ۳ و ۱۳).

ورود مراجع رسمی در عقود برای بررسی حُسن نیت به خاطر تشخیص قصد واقعی متعاملین است. در حقوق ایران هم حُسن نیت جایگاه ویژه‌ای در رسیدگی‌های قضایی دارد هرچند به خود عبارت مزبور در مفاهیم قانونی اشاره نشده ولی از مفاهیم مرتبط می‌توان به اهمیت آن پی برد. جریان نداشتن اصل عدم توجه ایرادات نسبت به دارنده بدون حسن نیت چک حسب ماده ۱۴ قانون صدور چک، از این موارد است. در مقررات جزایی نیز نیت حسن یا سوء در تشخیص انگیزه جزایی در دادگاه اثرگذار است. مسئله حُسن نیت در عقد بیمه نیز مطرح بوده و فقدان حُسن نیت بیمه‌گذار در ارائه اطلاعات ضمانت‌اجراه‌های سنگینی دارد. حقوق‌دانان معتقدند میزان حُسن نیت بیمه‌گذار در اظهارات صادقانه و تکمیل صحیح پرسش‌نامه و متقابلاً حُسن نیت بیمه‌گر در ارائه پرسش‌نامه‌ای شفاف توزین می‌شود (سیفی زیناب و وفایی‌پور، ۱۳۸۹: ۴۶ و ۵۸). بنابراین قانون‌گذار برای تقدیس حُسن نیت قراردادی در مقررات حقوقی با توسل به قواعد تنبیهی از منافع قراردادی طرفین حمایت کند چون به این طریق ضمن ثبات قراردادها از ورود اندیشه‌های سوء به اعمال حقوقی جلوگیری می‌شود.

#### ۴. مبانی شرعی قرارداد اجباری

اصولاً قراردادها از اصول و موازین فقهی متعددی تبعیت می‌کند. اصولی که شاید با مقتضیات حقوقی هماهنگ نباشد ولی همیشه در قانون‌گذاری‌ها مورد توجه بوده است. هرچند که نهایتاً در باب الزامات و محذورات حکم قانون تعیین‌کننده است. مثلاً از نظر برخی حقوق‌دانان در فقه قرارداد کار قراردادی خصوصی است ولی در قوانین موضوعه به خاطر برخورداری از جنبه عمومی برای قرارداد کار وجهه متفاوتی قائلند (کریمی و دیگران، ۱۳۹۸: ۳۳۷).

به‌طور کلی وفای به قرارداد واجب شرعی بوده و اوفوا بالعقود حکمی تکلیفی است. وضع مقررات قانونی نیز با استناد به همین حکم تکلیفی وفای به قرارداد را لازم می‌کند. نفی ضرر، نفی سوءاستفاده و حمایت از طرف‌های خاص از اسباب مؤثر تجویز الزام شرعی به تشکیل قرارداد است. به قول برخی نویسندگان اجبار شرعی در اراده متعاقدين قيودی نقض‌ناپذیر ایجاد خواهد کرد (عبدالاسلام، ۱۹۸۸: ۷۶).

#### ۴-۱. نفی ضرر

منافع جامعه، اشخاص ثالث و دارندگان حقوق در مواردی که حمایت عملی نشوند خطر سوءاستفاده دارد. نفی ضرر از مبانی اعمال محدودیت قراردادی بوده و مفهوم آن عدم تحمیل ضرر و منع استمرار آن می‌باشد.<sup>۱</sup> توسل به نفی ضرر ابزار مؤثری در کنترل، نظارت و بهینه‌سازی رفتارهای قراردادی بوده و از ابزارهای قانونی حمایت از طرف‌های مستعد حمایت در عقود است. بنابراین همان‌گونه که قبلاً به تفصیل بررسی شد اگر یکی از طرفین در نتیجه سوءاستفاده دیگری از موقعیت برتر اقتصادی، سوءاستفاده از اضطرار طرف ضعیف، تحمیل فشار ناروا و درج شروط

۱. اهمیت دفع ضرر جمعی حتی به طور نسبی در معاملات و تقسیم اموال مورد توجه فقها بوده مرحوم صاحب جواهر در کتاب الشریکه مقرر داشته «فکل ما لاضرر فی قسمته یجبر الممتنع مع التماس الشریک القسمة و تكون بتعدیل السهام و القرعه» (نجفی، ۲/۱۳۶۹: ۳۷۷). یعنی در هر موردی تقسیم مال مشترک ضرری نباشد ممتنع به تقسیم اجبار می‌شود. مؤلف العروه الوثقی در مورد لزوم رعایت منافع غرمای مفلس مقرر داشته «و اما المفلس فلا مانع من وصیه و ان کانت بعد حجر الحاکم لعدم الضرر بها علی الغرماء لتقدم الدین علی الوصیه» (طباطبایی یزدی، ۱۵/۱۴۳۶) به این مضمون که تصرفات مفلس در اموالش به نفع بخشی از جامعه در قالب عقد وصیت نمی‌تواند به زیان بخش دیگر از جامعه که در این فرض طلبکاران اند باشد. «بیع الغرر وقع النهی من ناحیه الشارع لوضوح تحقق المفسده و الضرر الاجتماعی علیها» (شیخ انصاری، ۲/۱۴۱۵: ۲۳۵). صاحب مکاسب اهمیت نهی از بیع غرری را به خاطر گستره اجتماعی ضرر در آن می‌داند تا آنجا که این گونه معاملات را موجب تحقق مفسده معرفی کرده‌اند.

غیرعادلانه به انعقاد قرارداد مجبور شود ضرری متوجه وی شده که باید دفع شود. به همین سبب به نظر برخی نویسندگان لاضرر از علل اعمال محدودیت در مالکیت و مانع فساد اقتصادی است (زمانی و دیگران، ۱۳۹۴: ۱۹۲).

صدور مجوز بهره‌برداری، منع احتکار، توزیع عادلانه کالاها و خدمات، ارائه خدمات عمومی و سلب مالکیت خصوصی از موارد قراردادی نفی ضرر است. «لاضرر و لا ضرار فی الاسلام» حکم کلی منطبق بر عموم مصادیق ضرری شرع در الزام یا منع از انعقاد عقود قابل تمسک بوده و حقوق‌دانان معتقدند ضرری نبودن قرارداد از شروط ابتدای عادلانه تلقی کردن آن است (مولائیان و راعی، ۱۳۹۳: ۱۵۳).

همچنین قیمت‌گذاری و منع احتکار به‌نحو مؤثری در دفع ضرر، تأمین نفع جمعی و تحقیق عدالت اقتصادی مؤثر خواهد بود. در پاسخ به استفتایی از سلطه سرمایه‌داری توسط غول‌های تجاری بر بازار که منجر به ورشکستگی تجار جزء می‌شود امام (ره) مقرر داشته اسلام برای مالکیت خصوصی احترام قائل است ولی حاکم می‌تواند جهت دفع ضرر از جامعه و اقتصاد طبق قاعده لاضرر مصلحت عمومی را در نظر گرفته و مالکیت خصوصی را کنترل، محدود یا حتی نفی نماید (بی‌آزار، ۱۳۹۷/۲: ۳۰۱). بنای عقلا و منطق حقوقی نیز بهره‌گیری از این روش را به‌منظور تأمین منافع جامعه روشی متعارف می‌دانند چون تحدید مالکیت خصوصی برای تأثیرگذاری بر ضرورتی مهم‌تر یعنی ترجیح منافع جمعی است.

## ۲-۴. اضطرار

نیاز منشأ اضطرار و اضطرار دلیلی بر ضرورت انشای معامله است. قدرت معامله اشخاص برابر نبوده و توان اقتصادی متفاوت، آن‌ها را به انجام قرارداد مضطر می‌کند و آن‌ها ناچار به پذیرش قرارداد ولو ناعادلانه یا خودداری از معامله به خاطر ناتوانی می‌شوند. قرارداد اجباری ابزار رفع اضطرار بوده و ضرورت از اضطرار و قرارداد اجباری نتیجه هر دوی آن‌هاست. شخص مضطر برای گریز از شرایط سخت‌تر تن به قراردادی می‌دهد که در شرایط عادی حاضر به انجام آن نمی‌شود. قانون برای دفاع از شخص مضطر با تردید مواجه است چون لزوم حمایت از وی با نقض قرارداد یا لزوم حمایت از وی با بقای قرارداد موجب سرگردانی میان تراحم دو حکم است که در نهایت حکم به بقای قرارداد داده می‌شود. صاحب عروه الوثقی محمدکاظم یزدی معتقدند عقد حتی با تحمیل

اضطرار منعقد شده تلقی می‌شود.<sup>۱</sup> از نظر برخی فقها تأثیر اضطرار در وضعیت معاملات و عبادی طرفین تا آنجاست که گفته‌اند «مع اضطرار الیه، سقط الفرض» (نجفی، ۱۳۶۹: ۱۶۵). با تحمیل اضطرار حکم وجوبی ساقط می‌شود و برخی دیگر معتقدند «الاضطرار کما یرفع حرمة تکلیفا یرفع حرمة بحسب الوضع ایضاً» (شیخ انصاری، ۲/۱۴۱۵: ۲۳۶).

اضطرار به ضرورت انجام ارادی فعل یا ترک آن با عدم رضایت قلبی منجر می‌شود یا عامل سلب کامل اراده به خاطر ضرورت در رفع نیاز و ناچارگی مطلق در پذیرش شرایط قراردادی خواهد بود که در هر دو حالت هرچند مقبول ولی غیرمتعارف تلقی می‌شود. درحالی که همیشه و در همه معاملات نمی‌توان در مورد شخص مضطر به این نتیجه رسید یعنی اگر اضطرار برای دفع نیازهای ضروری و نیازهای اولیّه باشد نوعی اضطرار عمومی است نه خصوصی. شرایط اضطراری به عدالت توزیعی، معاوضی و اقتصادی لطمه می‌زند. موضوع منع سوءاستفاده از اضطرار به خاطر نقش مؤثر آن به قرارداد جایگاهی ویژه داده است. نخست جامعه و حس نیاز به کالاها و خدمات؛ دوم ضرورت مداخله دولت در توافقات برای رفع اضطرار عمومی و سوم سوءاستفاده تولیدکننده مغرض از اضطرار عمومی سه عامل مؤثر در برقراری تعادل قراردادی و گریز از اضطرار عمومی است که مراجع قضایی با در نظر گرفتن مثلث مزبور که از نیاز، ضرورت و سوءاستفاده تشکیل شده وارد توافقات شده و اقدامات لازم قضایی را معمول می‌کنند.

در حکمی که دیوان عدالت اداری صادر کرده شاکی به اتهام تخلف احتکار، به عرضه و فروش کالا و جزای نقدی در حق دولت محکوم شده است. وفق دادنامه شماره ۹۳۰۹۹۷۰۹۰۵۶۰۰۹۵۰ مورخ ۹۳/۷/۳۰ شعبه ۱۳ دیوان عدالت اداری معتقد است برای وقوع تخلف احتکار، اولاً نگهداری کالا باید به صورت عمده باشد ثانیاً امتناع از عرضه به قصد گران فروشی یا اضرار به جامعه بوده و ثالثاً ضرورت عرضه از طرف وزارت بازرگانی و سایر نهادها اعلام شده باشد.<sup>۲</sup> بنابراین با تأیید این رأی در تفسیر باید افزود که اولاً صرف نگهداری اقلام و محصولات دلیلی بر احتکار نیست مگر اینکه ضرورت عرضه احراز شود و با توجه به عدم احراز آن، رأی مقتضی صادر شده است. ثانیاً اگر اضطرار به خاطر بهبود رفاه عمومی باشد در اینجا دولت مضطر بوده و برای رفع اضطرار ناچار به اعمال حکم مندرج در قاعده تراحم و ترجیح اهمّ

۱. «العقد اذا رضیا، نعم، تصح مع الاضطرار، كما اذا طلب منه ظالم مالا ما مضطرّ الی اجازة دار سکنه لذلکة مانها تصح حينئذ، كما انه اذا اضطر الی بیعها صح». (نجفی، ۱۳۶۹: ۳۴۷).

2. <http://www.ara.jri.ac.ir>

خواهد بود. در پرونده‌های قضایی مختلف دادگاه‌ها با در نظر گرفتن درجه اضطرار و احتمال سوءاستفاده از آن اقدام می‌کنند.

### ۳-۴. ضرورت

حسب قاعده الضرورات تبیح المحضورات؛ ضرورت‌ها موجب مباح شدن ممنوعیت‌هایی می‌شوند که عبور از آن‌ها در حالت عادی غیرمجاز است ولی در شرایط غیرعادی یا فوری بر پایه ضرورت‌هایی اقدام به نادیده گرفتن آن ممنوعیت‌ها می‌شود. در مرتبه بعدی نیز موجب مداخلات نسبی و مطلق قانون در اراده‌های انشایی شده و طرفین به‌رغم میل باطنی خود به انشا قرارداد مجبور یا از انشا آن منع می‌شوند. ضرورت‌های مؤثر در انشا قرارداد از کمبود منابع یا انبوه تقاضا برای منابع محدود نشئت می‌گیرند. اصولاً ضرورت‌ها در تحقق فوری برنامه‌های اجرایی مؤثرند و نهادهای ذی‌ربط برای تحقق برنامه‌های مصوب از حاکمیت اراده عدول می‌کنند. مداخلات سلطه‌جویانه این نهادها به‌رغم تعدی به آزادی اراده از مشروعیت برخوردار خواهند بود مثلاً ماده ۱۷ قانون ثبت اختراعات از نمونه‌های عینی تمسک به این قاعده فقهی و رجوع به قراردادهای اجباری است که در مواردی موجب صدور مجوز اجباری یا به لسان حقوق‌دانان مالکیت فکری لیسانس اجباری می‌شود.

### نتیجه

«ارجاع قضایی به عقود اجباری» راهکاری در تأمین منافع عمومی در مواجهه با منافع شخصی در رسیدگی‌هاست. به طور کلی قانون، عرف و شرع بین دو عبارت محدودیت و آزادی قراردادی تعادل ایجاد می‌کنند تا با اعتباربخشی به قرارداد نقش مؤثری در تعالی جهات اجتماعی و اقتصادی آن به عمل آورند. مفاهیم اجتماعی با هویت قبلی در تدوین قوانین مؤثرند و از طرف دیگر قانون‌گذاری سبب هویت‌بخشی به قرارداد و ایجاد الزام‌های قانونی در جریان اجرای قرارداد می‌شود.

احترام به حقوق دیگران در تحدید اراده نقش دارد ولی اجبار عامدانه به قرارداد به سلب یا به محدودیت نتایج قراردادی می‌انجامد. دادگاه‌ها باید به خاطر دفاع از منافع محلی، عمومی و ملی در صدور آرا بین متداعیین ولو اشخاص خصوصی از منظر عمومی نیز دعاوی را مدنظر قرار دهند تا آرای آن‌ها در توزیع ثروت و تحقق عدالت اجتماعی و اقتصادی مؤثر باشد. افراط و تفریط در مداخله قانونی و قضایی در قرارداد دو تهدید خطرناک است که اولی موجب خودتعیینی و ترویج اجبار به قرارداد و دومی موجب تقلیل نقش طرفین در ایجاد آن است به‌نحوی که رتبه آن‌ها را در حد یک ابزار منفعل در معامله تنزل می‌دهد. بنابراین دادگاه‌ها می‌توانند با اتخاذ رویکردهای متعادل قانونی به‌نحو مؤثرتری از منافع عمومی دفاع کنند.



دخالت کارای مراجع قضایی و نظارتی بر عقود از لوازم مؤثر تأمین منافع ملی است تا آنجا که نباید به عواقب سوء رفتارهای سوء قراردادی در جامعه غافل بود. ارجاع‌های قضایی به قراردادهای اجباری در تحقق این ایده مؤثر است که همه امور حقوقی در عالم اعتبار بر تناظر بین واقعیات عالم تکوین بنا می‌شود و اجبار ناشی از تراضی در قراردادها بر خواست یک‌جانبه یا دوجانبه طرفین در مواجهه با مصالح عمومی ترجیح دارد. بنابراین روی‌آوری به قرارداد اجباری؛ ضمن حفظ منافع عمومی از افراط در کسب منافع یک‌جانبه قراردادی جلوگیری و قدرت انتخاب را ضابطه‌مند، معقول و منصفانه‌تر خواهد کرد. در اصل دلیل عمده تحولات ساختاری در قرارداد لزوم رعایت مصالح و تأمین انتظارات عمومی از هیئت قرارداد است. از ابزارهای مؤثر در تحقق این هدف می‌توان قانون، عقل، عرف و شرع را عنوان کرد که النهایه رجوع همه این مبانی در سلب یا محدود کردن حاکمیت اراده و عدول اجباری از نتایج تراضی در ساختار قرارداد به عنصر قانون می‌باشد و دادگاه‌ها بدو طبق ماده ۴ قانون مدنی مجبور به صدور آرای خود حسب مقررات قانونی خواهند بود. روش‌های پیشنهادی مؤثر برای منع اجبار غیرقانونی به قرارداد: مداخله دولت در شکل و ماهیت قرارداد، ضمانت‌اجراهای مؤثر قانونی و قضایی متناسب، محدود کردن مطلق یا نسبی اراده، بازنگری محتوایی، بی‌اثر کردن قراردادهای حاوی شروط تحمیلی و مجبور کردن عامل سلطه به جبران خسارت می‌باشد.

## منابع

## فارسی

- اسکینی، ربیعا و رضا نیازی شهرکی (۱۳۹۵)، «حکمرانی معقول و با حسن نیت مبنای اعمال حاکمیت دولت و تحدید آزادی قراردادی در تجارت بین الملل»، پژوهشنامه حقوق اسلامی، سال هفدهم، شماره ۲.
- امینی، منصور و فاطمه شیخی (۱۳۹۹)، «جایگاه تفسیر علیه انشاکننده در تحقق عدالت توزیعی در حقوق قراردادها»، فصلنامه دیدگاه حقوق قضایی، شماره ۸۹.
- بابایی، ایرج و مرتضی ترابی (۱۳۹۹)، «جایگاه اصل حقوق بشری حیثیت و منزلت انسانی در حقوق قراردادها»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۵، شماره ۱۱۴.
- بهشتیان، سیدمحسن (۱۳۸۸)، «روش های تملک و تأمین حقوق مالکانه واقع در طرح های عمومی شهرداری»، فصلنامه حقوق دانشکده حقوق دانشگاه تهران: دوره ۳۹، شماره ۴.
- بی آزار شیرازی، عبدالکریم (۱۳۹۷)، رساله نوین احکام و موضوعات اقتصادی، (ترجمه بخش هایی از تحریر الوسیله)، جلد دوم، چاپ اول، تهران: دفتر نشر فرهنگ اسلامی.
- پورسلیم بناب، جلیل (۱۳۹۳)، حقوق مردم در شهرداری ها، چاپ دوم، تهران: انتشارات فردوسی.
- درزی نطف جالی، عزت اله (۱۳۸۸)، پروانه اجباری بهره برداری از اختراع در حقوق انگلیس و ایران، پایان نامه برای دریافت درجه کارشناسی ارشد، تهران: دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی.
- زرکلام، ستار (۱۳۸۷)، «برخی قواعد مشترک حاکم بر تشکیل قراردادهای واگذاری حقوق مادی پدیدآورنده (مطالعه تطبیقی در حقوق فرانسه، آلمان و مقررات بین المللی)»، مجله پژوهش حقوق و سیاست، سال دهم، شماره ۲۴.
- زمانی، محمود، هدی غفاری و مسعود رحمانی (۱۳۹۴)، «ماهیت تأسیس حقوقی حریم طرح ها و اموال عمومی عام المنفعه در املاک خصوصی مجاور آن ها»، مطالعات فقه و حقوق اسلامی، سال هفتم، شماره ۱۲.
- سیفی زیناب، غلام علی و علی وفایی پور (۱۳۸۹)، «معیار تشخیص وجود حسن نیت بیمه گذار و بیمه گر در قرارداد بیمه»، فصلنامه صنعت بیمه، سال بیست و پنجم، شماره ۳.
- سیکوربا، کریستینا (۱۳۸۹)، «بررسی تطبیقی حمایت از طرف ضعیف قرارداد در ایتالیا و دکترین نامعقول بودن در ایالات متحده آمریکا»، ترجمه سیدجعفر کاظم پور، مجله حقوقی دادگستری، سال هفتاد و چهارم، شماره ۷۱.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۱)، محدودیت های آزادی قراردادی بر مبنای حمایت از مصرف کننده، مجله دانشکده حقوق، دوره ۳۸، شماره ۳.
- کریستین لنک، نیلز هوپ، روبرتواندورنو (۱۳۹۳)، اخلاق و حقوق مالکیت فکری (مباحث جاری در حوزه سیاست گذاری، علم و تکنولوژی)، ترجمه ارمغان عبیری، چاپ اول، تهران: نشر میزان.
- کریمی، عباس (۱۳۸۱)، «شروط تحمیلی از دیدگاه قواعد عمومی قواعدها»، پژوهش های حقوقی، شماره ۱.
- کریمی، محمود و سلمان مرتضوی و محمد مهدی سیفی (۱۳۹۸)، «مبانی فقهی مداخله دولت در قرارداد کار در نظام اقتصاد اسلامی»، فصلنامه مطالعات اقتصاد اسلامی، شماره ۲۲.

- محقق داماد، مصطفی (۱۳۹۳)، *تحصیل نامشروع مال در حقوق اسلامی*، چاپ دوم، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
- محمدی، امید و فاطمه نوری (۱۳۹۹)، «تأمین توافقی حقوق مالکانه (نقش قرارداد در تملک اراضی اشخاص در طرح های عمومی و عمرانی)»، *فصلنامه پژوهشهای حقوقی*، شماره ۴۱.
- مولائی، یوسف (۱۳۹۷)، «مبانی نظری اعمال حقوق بنیادین در حقوق قراردادها»، *مطالعات حقوق تطبیقی*، دوره ۹، شماره ۱.
- مولائیان، محمد و مسعود راعی (۱۳۹۳)، «رویکرد فقه امامیه به عدالت معاوضی و تأثیر آن بر عقود الحاقی»، *فصلنامه حقوق اسلامی*، سال یازدهم، شماره ۴۰.
- میرشکاری، عباس (۱۳۹۹)، *رساله عملی حقوق قراردادها*، جلد اول، چاپ اول، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- نبی زاده کبریا، قاسم (۱۳۹۹)، «مداخله دولت در شروط غیرمنصفانه با تکیه بر تحلیل اقتصادی قراردادها»، *دانشنامه حقوق اقتصادی*، شماره ۱۸.
- وکیلان، حسن و داوود درخشان (۱۳۹۹)، «راهکارهای پیشگیری و مدیریت تعارض منافع در نظام قضایی با رویکرد تطبیقی»، *مجله حقوقی دادگستری*، دوره ۸۴، شماره ۱۰۹.

#### عربی

- شیخ انصاری، مرتضی بن محمدامین (۱۴۱۵)، *المکاسب*، جلد دوم، چاپ اول، قم: مجمع الفکر الاسلامی.
- طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم (۱۴۳۶)، *العروه الوثقی*، جلد پانزدهم، چاپ پنجم، تهران: مؤسسه نشر الاسلامی.
- عبدالاسلام، سعید (۱۹۸۸)، «الاجبار القانوني على التعاقد»، *مجله المحامات، السنه الثامنه و الستون، العدد ۳ و ۴*.
- نجفی، شیخ محمدحسن (۱۳۶۹)، *جواهرالکلام فی شرح شرایع الاسلام*، چاپ سوم، تهران: دارالکتب الاسلامیه.

#### انگلیسی

- Basio, Tanya & Ilcan, Suzan (2013), *Issues in Social Justice: Citizenship and Transnational Struggles*, Ryerson University, Canada.
- E. Mckendrick, Duress (1997), *Undue influence, and inequality of bargaining power*, palgrave, London.
- Farnsworth, E. Allan (1982), *Coercion in Contract law*, University of Arkansas at little Rock law Review.
- Gilbert, Margaret (1993), *Agreements, Coercion, and obligation*, the university of Chicago press.
- David P. Weber, Henry Maine (2013), *Restricting the Freedom of Contract: A Fundamental Prohibition*, 16Yale Hum, Rts& Dev. L.J.
- Wheeler, Chris (2008), *The Public Interestewe Know It's Important, But Do We Know What It Means*, Alal Forum No. 48.
- Zwemmer, J.W (2007), *fundamental Rights in European contract law*, university van Amsterdam.



## وظایف و اختیارات ناجا در پرتو دکترین امنیت انسانی

امین محمدی جوبنی\*، حسین شریفی طرازکوهی\*\*، محمد بارانی\*\*\*

### چکیده

امنیت انسانی به معنای شرایطی است که تحت آن هسته حیاتی زندگی انسان‌ها محافظت می‌شود. در این دیدگاه، اگرچه دولت نقش مهمی در تأمین امنیت دارد، اما باید به‌عنوان ابزاری برای تأمین آن باشد، نه موضوع و مرجع امنیت. این دکترین، در وسیع‌ترین مفهوم به معنی «رهایی از نیاز» و «رهایی از ترس» و زندگی همراه با منزلت است و از آنجا که تعریف پذیرفته‌شده‌ای درباره آن وجود ندارد، به مکتب حداقل‌گرا و حداکثرگرا قابل تقسیم است. مقاله پیش‌رو به بررسی وظایف و اختیارات ناجا با تأکید بر حداقل‌گرایی امنیت انسانی می‌پردازد که معتقد است، ثبات پایدار حاصل نمی‌شود؛ مگر آنکه مردم در برابر تهدیدات خشونت‌بار، نسبت به حقوق، امنیت یا زندگی‌شان، حمایت شوند. این پژوهش، در پی پاسخ به این سؤال که «پلیس در فرایند تأمین امنیت شخصی، سیاسی و اجتماعی، چه وظایفی برعهده دارد؟» با رویکرد توصیفی تحلیلی و با استفاده از روش کتابخانه‌ای به رشته تحریر درآمده است. بر اساس یافته‌های پژوهش، از آنجاکه بر اساس قانون، استقرار نظم و امنیت و تأمین آسایش عمومی و فردی؛ از عمده مأموریت‌های ناجاست؛ از این‌رو، رفع تهدیدات مطرح در مؤلفه‌های امنیتی مبتنی بر رهایی از ترس، مستقیم و غیرمستقیم در ذیل وظایف او قرار می‌گیرد. لیکن باید عملکرد پلیس در جهت تحقق این حوزه‌های امنیتی، منطبق بر فلسفه وجودی ناجا و اهداف امنیت انسانی که همانا حفظ امنیت افراد و کرامت آن‌هاست، بهبود یابد. بر این اساس، تحول در وظایف و اختیارات ناجا که دستاورد و نوآوری تحقیق حاضر نیز به‌شمار می‌رود، نه یک اختیار و

\* دکتری حقوق عمومی، دانشگاه آزاد اسلامی (واحد تهران جنوب)، تهران، ایران

amin.mohammadij@yahoo.com

\*\* استاد بازنشسته گروه حقوق، دانشکده حقوق، دانشگاه جامع امام حسین (ع)، تهران، ایران (نویسنده مسئول)

hsharifit@yahoo.com

\*\*\* دانشیار گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشگاه علوم انتظامی امین، تهران، ایران

Barani.afarid2@gmail.com

انتخاب؛ بلکه ضرورتی اجتناب‌ناپذیر است که مهم‌ترین آثار آن، تضمین و ارتقای حقوق شهروندی، افزایش اعتمادسازی مردم به پلیس، تشدید جامعه‌محوری پلیس، برقراری بیشتر نظم و امنیت، افزایش مشروعیت و مقبولیت نظام و... خواهد شد.

**واژگان کلیدی:** پلیس، وظایف و اختیارات، دکترین امنیت انسانی، رهایی از ترس

### مقدمه

یکی از دکترین‌های مهم که به صورت مبسوط توسط برنامه عمران سازمان ملل متحد به سال ۱۹۹۴ به آن پرداخته شده و نیاز به آن برای تمامی جوامع و انسان‌ها، احساس می‌گردد، امنیت انسانی است. این امنیت که از آن به «رهایی از ترس» و «رهایی از نیاز» یاد می‌شود، نتیجه نگرش دو مکتب فکری به امنیت است که بر حفاظت از افراد به عنوان مرجع امنیت تأکید دارند. طرفداران مکتب مضیق، امنیت انسانی را، حفاظت از تهدیدهای ناشی از خشونت و تهدید سیاسی مردم از سوی دولت یا هر بازیگر سازمان‌یافته سیاسی دیگر می‌دانند و در مقابل، مدعیان مفهوم موسع، امنیت انسانی را، حفاظت از خطر بیماری، گرسنگی، بیکاری، جنایت، منازعات اجتماعی، سیاسی و سرکوب و خطرات زیست‌محیطی می‌دانند (عسکری‌زاده کلسری، ۱۳۹۶: ۳۹). در چهارچوب این مفهوم، قلمرو امنیت که پیش‌تر، منحصر به حوزه نظامی بود، فراتر می‌رود و مبارزه با تهدیدات مؤلفه‌های هفت‌گانه امنیت اقتصادی، زیست‌محیطی، بهداشتی، غذایی، شخصی، سیاسی و اجتماعی را دربر می‌گیرد. لیکن این پژوهش با ابتنای بر مفهوم «رهایی از ترس» نگارش شده که عمدتاً با سه مورد اخیر مشخص می‌شود. آنچه از ترس در این نوشتار مورد نظر است، ترس سیاسی است که به‌طور خاص معطوف سیاست‌مدارن، به‌عنوان مکانیسمی برای تهدید و نقض حقوق و آزادی‌های بنیادین به‌کارگیری می‌گردد و به ترس‌هایی که از جامعه، حکومت و به‌طور کلی محیط بیرون ناشی می‌شوند یا آنکه تبعات و نتایج آن‌ها در سطح اجتماع است، اطلاق می‌شود. بر این اساس، امنیت شخصی، به‌عنوان مؤلفه اساسی این رویکرد، متضمن در امان بودن جسم و حیات فرد از آسیب‌ها، جرایم و خشونت‌های شخصی است (عسکری‌زاده کلسری، ۱۳۹۶: ۴۲) و مواردی چون: نقض حریم خصوصی، نادیده‌انگاری حقوق دفاعی متهم، هتک حیثیت و... از تهدیدات این حوزه به‌شمار می‌رود. امنیت سیاسی، به معنای امنیت در برابر سرکوب دولت (فن تیگروم، ۱۳۹۳: ۳۸) و آزادی در مشارکت و فعالیت سیاسی، به این مسئله می‌پردازد که آیا به جنبه‌های اساسی حقوق بشر در یک جامعه احترام گذاشته می‌شود یا خیر. امنیت اجتماعی نیز، ناظر بر حمایت از مردم در روابط و ارزش‌های سنتی زیان‌آور و نیز خشونت‌های فرقه‌ای و قومی است (فن تیگروم، ۱۳۹۳: ۳۸).

به نظر می‌رسد که این رهیافت جدید، پیامد افراط در دیوان‌سالاری باشد که دورنمای وجود دستاوردها در زمینه حقوق بشر را از دست داده است (تاموشات، ۱۳۹۱: ۱۵۰). بر این اساس، امنیت انسانی بر مبنای مفهوم مضیق، ذیل حقوق بشر نسل اول دسته‌بندی خواهد شد، با این توضیح که، امنیت شخصی جزء حق ادعا، امنیت سیاسی در زمره حق آزادی/امتیاز و امنیت اجتماعی نیز ذیل حق مصونیت قرار می‌گیرد.

از آنجا که بر اساس قانون، هدف از تشکیل ناجا: الف) استقرار نظم و امنیت؛ ب) تأمین آسایش عمومی و فردی؛ ج) نگهبانی و پاسداری از دستاوردهای انقلاب اسلامی در قلمرو کشور جمهوری اسلامی ایران است؛ از این رو، تهدیدات مطرح در مؤلفه‌های هفت‌گانه امنیت انسانی، مستقیم یا غیرمستقیم بر مأموریت‌های او اثرگذار و متقابلاً اثرپذیر است. بر این مبنای، اگرچه مؤلفه‌ها به دو بخش مجزا تقسیم شده‌اند؛ لیکن نباید وابستگی این عناصر و تأثیر و تأثر متقابل آن‌ها بر هم و بر مأموریت‌های ناجا از نظر دور بماند. با این توصیف، پرسش مطرح در این نوشتار آن است که «پلیس جمهوری اسلامی ایران در فرایند تأمین امنیت شخصی، سیاسی و اجتماعی، چه وظایفی دارد؟». فرضیه مطرح در این چهارچوب، آن است که وظایف و اختیارات پلیس ظرفیت تبیین مؤلفه‌های امنیت انسانی را نداشته و تحول در وظایف پلیس، امری ضروری است. با وجود پژوهش‌های صورت گرفته در حوزه دکترین امنیت انسانی؛ هنوز وظایف و اختیارات ناجا در این حوزه‌ها، به خوبی ادراک نشده و موضوع مطالعه قرار نگرفته است و در واقع، نوآوری پژوهش حاضر هم، تبیین سؤال مورد اشاره و تأکید بر ضرورت تحول در وظایف و اختیارات ناجاست. آنچه در این پژوهش دنبال می‌شود، واکاوی مأموریت‌های ناجا در تحقق امنیت شخصی، سیاسی و اجتماعی در انطباق با مؤلفه‌های امنیت انسانی است تا ضمن برجسته‌سازی نقاط قوت و ضعف آن بتوان، راهبردهای مناسب اتخاذ و موجبات تحقق این حقوق و آزادی‌ها را در پرتو دکترین مزبور، فراهم آورد. برای این منظور، در ادامه و در بخش اول مقاله، به چهارچوب نظری امنیت انسانی مبتنی بر رهایی از ترس می‌پردازیم و در بخش دوم؛ وظایف و اختیارات پلیس در تحقق امنیت شخصی، سیاسی و اجتماعی و تهدیدات مطرح در این حوزه‌ها را بررسی می‌کنیم و در بخش سوم؛ به ارتباط مأموریت‌های ناجا با گفتمان رهایی از ترس پرداخته و نتیجه‌گیری می‌نماییم.

### ۱. چهارچوب نظری

نظریه امنیت انسانی، بر اساس برداشتی نوگرا از مطالعات امنیتی پس از پایان جنگ سرد و تحولات نظام جهانی و بر این مبنای، که انسان‌ها موضوع نهایی امنیت بوده و حفظ آنان باید سرلوحه مسائل قرار گیرد، شکل گرفت (Mitchel, 2014: 5). بدین ترتیب، رویکرد سنتی امنیت که مبلّغ

واقع‌گرایی بود و امنیت را از جنس امنیت ملی و به تعبیری امنیت دولتی، فرض می‌کرد (Hama, 1-19: 2017). در برابر برداشت امنیت انسانی قرار گرفت. مطابق این دکترین، امنیت افراد به‌طور مستقیم با عضویت آن‌ها در یک جامعه تضمین می‌شود و به‌دلیل امنیت دولت نادیده گرفته نمی‌شود (Yaniv, 2014: 99-100). امنیت انسانی، به معنای شرایطی است که تحت آن هسته حیاتی زندگی انسان‌ها محافظت می‌شود و انسان‌ها استحقاق آزادی و ظرفیت زندگی با کرامت را دارند (W Neil, Adger (UK), Juan M. Pulhin, 2014: 759). «امنیت انسانی» مکمل امنیت ملی و تقویت‌کننده حقوق بشر و توسعه انسانی است (شریفی طرازکوهی و مصطفی‌لو، ۱۳۹۵: ۱۱۴) و به دنبال آن ثبات و شرایطی است که اجازه بدهد حقوق بشر خودش توانایی اجرایی شدن را داشته باشد (تاموشت، ۱۳۹۱: ۱۵۰). این رویکرد، مستلزم رعایت پنج اصل اساسی است: مردم‌محوری، همه‌جانبه‌نگری، توجه به بستر و متن اجتماعی و تاریخی جامعه، استراتژی پیشگیری و توانمندسازی مردم در مقابل تهدیدات (Human Security. United Nations, 2016). با این وجود، به عقیده برخی، تعریف امنیت انسانی به‌عنوان یک مفهوم نوین، به‌طور گسترده‌ای مورد مناقشه است (imawan bayu, patriadi, Mohd. Zaini Abu bakar, Zahri Hamat, 2015: 100).

در عین حال، به نظر می‌رسد تقسیم‌بندی جامع‌تری که بتواند بیشترین ابعاد و انضمامی‌ترین آن‌ها را پوشش دهد، از تعریف برنامه عمران ملل متحد<sup>۱</sup> در سال ۱۹۹۴ قابل استخراج است که مشتمل بر گزارش توسعه انسانی و مبتنی بر اندیشه‌های مرحوم پروفیسور محبوب‌الحق بود. بر این مبنا، امنیت انسانی شامل هفت بعد امنیت اقتصادی، غذایی، بهداشت و سلامت، زیست‌محیطی، شخصی، اجتماعی و سیاسی می‌شود (United Nations Development Programme, Human Development Report, 1994: 5). با توجه به اختلاف نظری که در خصوص مؤلفه‌های امنیت انسانی وجود دارد، مکاتب مختلفی شکل گرفته‌اند که به مکاتب حداقل‌گرا و حداکثرگرا شهرت یافته‌اند. مکتب حداقل‌گرا به‌عنوان مبنای نظری مقاله حاضر، بر عناصر و مؤلفه‌های امنیت انسانی که مبتنی بر رهایی از ترس است، تأکید دارد. این دیدگاه، امنیت انسانی را به‌عنوان آزادی از ترس تعریف می‌کند و بر تهدیدهای ناشی از خشونت، به‌ویژه خشونت سیاسی سازمان‌یافته، تأکید دارد. بر این اساس، تهدید سیاسی مردم از سوی دولت یا هر بازیگر سازمان‌یافته سیاسی دیگر، کانون مناسبی برای مفهوم امنیت انسانی است. در این معنا، امنیت انسانی عبارت است از حفاظت افراد و اجتماعات از جنگ و دیگر اشکال خشونت؛ بنابراین از تعریف موسع امنیت

1. UNDP's 1994



انسانی به معنای آزادی از احتیاج متمایز است (عبدالهی، ۱۳۹۵: ۶۱). محور مکتب حداقل‌گرا را دولت کانادا به نام مکتب کانادا پدید آورده و عقاید و آرای اصلی آن نیز عمدتاً توسط لوید آکسورتی وزیر خارجه کانادا مطرح شده و همراه با عقاید نروژی‌ها در کنفرانس قدرت‌های متوسط به تصویب رسیده است. این مکتب، معتقد است، مفهوم حداکثرگرایانه از امنیت انسانی، بیش از حد گسترده و مبهم است و آن‌قدر بر تهدیدات ناشی از توسعه‌نیافتگی تأکید می‌کند که از عدم امنیت ناشی از مخاصمات خشونت‌بار که هنوز هم وجود دارند، غفلت می‌کند، بنابراین مشکل‌تر از آن است که بتوان آن را در سیاست‌گذاری، مورد استفاده قرار داد و قابل‌پذیرش نمی‌باشد.

## ۲. وظایف ناجا و ابعاد رهایی از ترس

با عطف توجه به تعریف ارائه شده از ترس سیاسی و اینکه ترس مزبور، معمولاً به واسطه اعمال و سیاست‌های حکومتی شکل می‌گیرد و منشأ ایجاد و تقویت آن رویه‌های خشونت‌آمیز مبتنی بر تبعیض حکومت نسبت به شهروندان است، در ادامه به وظایف ناجا در فرایند تأمین مؤلفه‌های رهایی از ترس مبتنی بر مکتب حداقل‌گرا (امنیت شخصی، سیاسی و اجتماعی) می‌پردازیم:

### ۲-۱. وظایف ناجا در امنیت شخصی

آزادی، عبارت از حقی است که به‌موجب آن، افراد بتوانند استعدادها و توانایی‌های طبیعی و خدادادی خویش را به کار اندازند، مشروط بر آنکه آسیب و یا زیانی به دیگران وارد نسازند (هاشمی، ۱۳۹۲: ۱۸۸) و امنیت، عبارت از، اطمینان خاطری است که بر اساس آن، افراد در جامعه‌ای که زندگی می‌کنند، نسبت به حفظ جان، حیثیت و حقوق مادی و معنوی خود، بیم و هراسی نداشته باشند. این حق اساسی، مستلزم: ۱) تضمین امنیت افراد در مقابل هر نوع توقیف، زندانی شدن، مجازات و دیگر تعرضات خودکامانه و غیرقانونی حکومتی؛ ۲) تضمین امنیت افراد از طریق حمایت‌های اعمال شده توسط جامعه برای هریک از اعضای خود به‌منظور حفظ حقوق و تعلقات و برخورداری از آزادی‌های انسانی است (هاشمی، ۱۳۹۲: ۳۲۴). حق آزادی و امنیت شخصی، در زمره حقوق طبیعی و از مباحث بسیار مهم حوزه عدالت کیفری تلقی می‌شود. این حق، از حق‌های اولیه و شروط زیربنایی برای نیل به دیگر آزادی‌هاست و از آنجا که «ملازمه‌ای محتوم با تکلیف داشتن دیگری یا دیگران دارد، یک حق ادعا محسوب می‌گردد، زیرا محتوای حق، به صورتی جدایی‌ناپذیر با محتوای تکلیف مرتبط است» (جونز، ۱۳۹۲: ۳۳). حق ممنوعیت بازداشت خودسرانه، منع شکنجه، آزادی تردد، حریم خصوصی (رحمدل، ۱۳۸۴: ۱۲۸)، حفظ جان، مال، حیثیت و اعتبار (صادقی‌زیازی و ابراهیمی‌منش، ۱۳۹۳: ۱۷۳) از مهم‌ترین عناصر این امنیت در ارتباط با وظایف و اختیارات پلیس به‌شمار می‌روند و از آنجا که مطابق گزارش سازمان

عفو بین‌الملل، هنوز هم در بسیاری از کشورهای جهان، بازداشت خودسرانه، شکنجه و بدرفتاری و... اعمال می‌شود (UNDP, 1994: 22) به بررسی آن‌ها می‌پردازیم:

### ۱-۲-۱. حریم خصوصی

اگرچه در نظام حقوقی ایران، تعریفی از «منزل» یا «حق خلوت» به عمل نیامده است، اما این «حریم، قلمرویی است که دارنده‌اش نمی‌خواهد، دیگران بدون اجازه‌اش از آن آگاهی یابند یا با بهره‌برداری از آن آگاهی، اقدامی کنند» (رئیس‌دزکی و قاسم‌زاده‌لیاسی، ۱۳۹۸: ۱۲۵). یکی از شایع‌ترین مصادیق نقض حریم خصوصی، ورود پلیس به این حریم است که می‌تواند در مواردی مغایر قانون بوده و موجبات مسئولیت کیفری پلیس را فراهم آورد (آقاخانی و سارخانلو، ۱۳۹۴: ۸۹) بر این اساس، در قانون مجازات اسلامی (۱۳۹۲) در لزوم رعایت حریم خصوصی جسمانی افراد، مجازات‌هایی از قبیل حبس و انفصال، برای برخی مصادیق نقض حریم خصوصی جسمانی نظیر: حبس یا بازداشت غیرقانونی افراد پیش‌بینی شده است. پلیس به‌عنوان ضابط دادگستری نقش مهمی در رعایت و حفاظت از حریم خصوصی افراد دارد. در واقع قسمت عمده دغدغه مدافعان حریم خصوصی، در ایفای نقش پلیس به‌عنوان ضابط قضایی بروز می‌کند. برابر ماده (۵۸۰) قانون اخیرالذکر «هر یک از مستخدمان و مأموران قضایی یا غیرقضایی یا کسی که خدمت دولتی به او ارجاع شده باشد، بدون ترتیب قانونی به منزل کسی و بدون اجازه و رضای صاحب منزل داخل شود، به حبس از یک ماه تا یک سال محکوم خواهد شد؛ مگر این‌که ثابت کند به امر یکی از روسای خود که صلاحیت حکم را داشته، مکره به اطاعت امر او بوده و اقدام کرده است که در این صورت مجازات مزبور در حق آمر اجرا خواهد شد و اگر مرتکب یا مسبب وقوع جرم دیگری نیز باشد، مجازات آن را نیز خواهد دید و چنانچه این عمل در شب واقع شود، مرتکب یا آمر به حداکثر مجازات مقرر محکوم خواهد شد». علاوه بر این، ماده (۱۳۷) قانون اخیرالذکر، ورود به منزل و بازرسی از آن را صرفاً در زمان وجود ظن قوی مبنی بر کشف متهم یا آلات جرم مجاز دانسته است. در خصوص حق حریم خصوصی ارتباطاتی نیز ماده (۵۸۲) قانون مجازات اسلامی، ضمانت اجرای کیفری مناسبی را برای هر یک از مستخدمین و مأمورین دولتی که مراسلات یا مخابرات یا مکالمات تلفنی اشخاص را بدون اجازه قانونی حسب مورد مفتوح یا توقیف یا معدوم یا بازرسی... نمایند، پیش‌بینی نموده است. (موالی‌زاده، ۱۳۹۱: ۸۳). در همین رابطه، ماده (۱۵۰) قانون آیین دادرسی کیفری، جواز کنترل تلفن افراد را محدودتر کرده و صرفاً در مواردی که کنترل تلفن مرتبط با امنیت ملی یا مرتبط با جرایم مجازات سلب حیات، حبس ابد، قطع عضو و جنایات عمدی مستلزم یک سوم دیه یا بیشتر باشد، مجاز دانسته و ماده (۱۵۲) همان قانون هم، بازرسی

این موارد را مشروط به احراز ظن قوی به کشف جرم، آن هم توسط قاضی و تفتیش در حضور متهم دانسته است. علاوه بر آن، سند امنیت قضایی در ماده (۱۳) در دو بند، ضمن ارائه تعریفی از حریم خصوصی و مصادیق آن، هرگونه بازرسی اماکن، اشخاص، اشیاء و ورود به منازل را تنها با حکم قانون و با دستور مقام قضایی ممکن دانسته است.

## ۲-۱-۲. بازداشت خودسرانه

اصل امنیت فردی که نخستین بار در متن مدون اعلامیه ۱۷۸۹ صراحتاً به کار برده شده، همان حمایت از فرد در قبال بازداشت‌های خودسرانه، غیرقانونی و نامحدود است. به همین منظور، اصل (۳۲) قانون اساسی، مقرر داشته است که «هیچ کس را نمی‌توان دستگیر کرد؛ مگر به حکم و ترتیبی که قانون معین می‌کند...» بنابراین، در حقوق اساسی ایران، اصل؛ «ممنوعیت بازداشت» بوده؛ مگر با مجوز مقامات صالح قضایی. بدین ترتیب، حق آزادی شخصی بدین معنی نیست که آزادی شخصی تحت هیچ شرایطی نباید سلب گردد، بلکه سلب خودسرانه و غیرقانونی آن مردود است.

اهمیت این حوزه از امنیت شخصی، موجب گردیده تا در اسناد متعددی چون: ماده (۳) اعلامیه جهانی حقوق بشر، بند ۱ ماده (۹) میثاق حقوق مدنی و سیاسی، بند ۱ ماده (۵) کنوانسیون اروپایی حقوق بشر، بند ۱ ماده (۷) کنوانسیون آمریکایی حقوق بشر و ماده (۶) منشور آفریقایی حقوق بشر و مردم، قانون اساسی (اصول ۳۲، ۳۳، ۳۴، ۳۶، ۳۸ و ۳۹) و قوانین موضوعه (قانون احترام به آزادی‌های مشروع و حفظ حقوق شهروندی: بند ۱، قانون آیین دادرسی کیفری: مواد ۴۴، ۴۶ و...) و ماده (۲۴) سند ابلاغی (۱۶ مهرماه) رئیس قوه قضائیه هم بدان پرداخته شود که می‌تواند ناظر بر فشارهای سیاسی و فراقضایی‌های ناظران حقوق بشری در نادیده‌انگاری آن از سوی ضابطین و مأموران اجرای قانون کشور باشد.

بند ۱ قانون احترام به آزادی‌های مشروع و حفظ حقوق شهروندی، در توجه به حقوق ناظر بر آزادی متهم، لزوم قانونی بودن مرجع تعقیب و همچنین الزام بر قانونی بودن همه مراحل تعقیب و نیز مشخص و شفاف بودن دستور قضایی را بیان داشته است. مندرجات این بند در واقع در برگیرنده موضوع منع تعقیب و توقیف خودسرانه است و این بند با ماده ۹ اعلامیه جهانی حقوق بشر، بند ۱ ماده (۹) میثاق بین‌المللی مدنی و سیاسی و نیز با اصل (۲۳) قانون اساسی هماهنگی دارد.

علاوه بر این، بر اساس ماده (۴۴) قانون آیین دادرسی کیفری «ضابطان دادگستری به محض اطلاع از وقوع جرم، در جرایم غیرمشهود، مراتب را برای کسب تکلیف و اخذ دستورهای لازم به دادستان اعلام می‌کنند و دادستان نیز پس از بررسی لازم، دستور ادامه تحقیقات را صادر و یا تصمیم قضایی مناسب اتخاذ می‌کند. ضابطان دادگستری درباره جرایم مشهود، تمام اقدامات لازم را به منظور

حفظ آلات، ادوات، آثار، علانم و ادله وقوع جرم و جلوگیری از فرار یا مخفی شدن متهم و یا تبانی، به عمل می‌آورند، تحقیقات لازم را انجام می‌دهند و بلافاصله نتایج و مدارک به دست آمده را به اطلاع دادستان می‌رسانند. همچنین چنانچه شاهد یا مطلعی در صحنه وقوع جرم حضور داشته باشد؛ اسم، نشانی، شماره تلفن و سایر مشخصات ایشان را أخذ و در پرونده درج می‌کنند. ضابطان دادگستری در اجرای این ماده و ذیل ماده (۴۶) این قانون، فقط در صورتی می‌توانند متهم را بازداشت نمایند که قرائن و امارات قوی بر ارتکاب جرم مشهود توسط وی وجود داشته باشد».

### ۳-۱-۲. شکنجه

مستنبط از اصل (۲۲) قانون اساسی، حیثیت، جان، حقوق، مسکن و شغل اشخاص از تعرض مصون است، مگر در مواردی که قانون تجویز می‌کند. بر همین اساس و مستخرج از ماده (۴) قانون تشکیل ناجا، از مهم‌ترین وظایف پلیس، حفاظت از حق حیات و اموال شهروندان است. در واقع پلیس به‌عنوان بخش مهمی از نظام سیاسی یک کشور، وظیفه خطیر تأمین امنیت را برعهده دارد. این نیرو، از جمله ارگان‌های خدمت‌رسانی به آحاد جامعه برای تأمین امنیت تلقی می‌گردد (نصیب، ۱۳۸۴: ۲۰۰). بنابراین، نقش ذاتی و اصلی پلیس، برقراری نظم عمومی در پرتو حفاظت از حق حیات و اموال شهروندان است و سایر وظایف پلیس، نظیر وظایفی که درخصوص کشف جرایم مهم انجام می‌دهد و برخی اقدامات قضایی که به پلیس محول می‌شود، در واقع وظایف ثانوی پلیس هستند.

شکنجه از مصادیق نقض کرامت انسانی است. بی‌اعتباری اقرار و اطلاعات کسب شده در نتیجه شکنجه، تضمینی است برای حقوق شهروندی و امنیت قضایی و دلیلی است بر ممنوعیت آن. طبق اصل (۳۸) قانون اساسی نیز «هرگونه شکنجه برای گرفتن اقرار و یا کسب اطلاع ممنوع است. اجبار شخص به شهادت، اقرار یا سوگند، مجاز نیست و چنین شهادت و اقرار و سوگندی فاقد ارزش و اعتبار است. متخلف از این اصل طبق قانون مجازات می‌شود». بنابراین، چنانچه قانون مقرر کرده باشد که عملی به شکل خاص صورت گیرد و ضمانت‌اجرای تخلف از آن را بطلان اعلام کرده باشد، معنایش آن است که اگر آن عمل برخلاف قانون صورت بگیرد، بی‌اثر است (زاهدی و سرگزی، ۱۳۹۸: ۸۱). همچنین، بند ۹ قانون احترام به آزادی‌های مشروع و حفظ حقوق شهروندی تصریح نموده است که «هرگونه شکنجه متهم به‌منظور اخذ اقرار و یا اجبار او به امور دیگر ممنوع بوده و اقرارهای اخذ شده بدین وسیله، حجیت شرعی و قانونی نخواهد داشت». اهمیت منع رفتارهای غیرانسانی در مواد (۵۷۸) قانون مجازات اسلامی، ماده ۴ قانون آیین دادرسی کیفری و بندهای ۶، ۷ و ۹ قانون احترام به آزادی‌های مشروع و حفظ حقوق شهروندی و

ماده (۲۰) سند امنیت قضایی رئیس قوه قضائیه، مورد تأکید قرار گرفته است. بر این مبنا، «ضابطان دادگستری در انجام بازجویی در فرایند کیفری، علاوه بر رعایت موارد اخیرالذکر، ملزم به رعایت موازین قانونی و شرعی می‌باشند» (سیدتاج‌الدینی، ۱۳۸۹: ۷۱-۶۹) و

#### ۴-۱-۲. هتک حرمت متهم

کرامت انسانی ایجاب می‌کند که متهم و حتی مجرم جز محدودیت‌ها و ممنوعیت‌های ناشی از اجرای قوانین، مورد هیچ‌گونه توهین و بی‌احترامی قرار نگیرند. هتک حرمت و حیثیت افراد، بیشترین موردی است که در روند و جریان پرونده‌های کیفری ممکن است دامن‌گیر شاکی و متهم شود. افراد صرف‌نظر از متهم و شاکی، هنگام حضور در مراجع دادگستری یا کلانتری و... انتظار رفتار و برخورد محترمانه و درخور شأن یک شهروند را دارند. بنابراین، زمانی که حرمت افراد زیرپا گذاشته شود، می‌توانند با مراجعه به مراجع صالح، قضیه را پیگیری نمایند (آقاخانی و سارخانلو، ۱۳۹۴: ۱۴۳) لذا می‌بایست مأمورین پلیس با شهروندان برخوردی توأم با رأفت اسلامی داشته و از برخورد غیرانسانی، حتی با متهمین نیز خودداری نمایند. بر همین اساس، رئیس قوه قضائیه در سند تحول امنیت قضایی مقرر داشته است که: «مظنونان، متهمان، شهود و مطلعان به هیچ‌وجه نباید در معرض رفتارهای غیرانسانی یا تحقیرآمیز قرار بگیرند... آزار جنسی یا هتک حیثیت و آبروی اشخاص مذکور از هر نوع و همچنین هرگونه تهدید، اعمال فشار و محدودیت بر خود فرد یا خانواده و نزدیکان اشخاص فوق، در هر شرایطی مطلقاً ممنوع و نتایج حاصل از آن نیز قابل استناد در مراجع قضایی نیست». ضمانت اجرای عدول پلیس از این رفتار و آزار و اذیت بدنی اشخاص، ماده (۵۷۸) قانون مجازات اسلامی می‌باشد.

#### ۵-۱-۲. حقوق دفاعی متهم

در حال حاضر، نه‌تنها رعایت حقوق متهمین در دادگاه‌ها بلکه ارائه امکانات قضایی لازم به آنان در دادرسی و به‌ویژه نزد پلیس یا ضابطین دادگستری به‌منظور اثبات بی‌گناهی خود، مد نظر است و بدین ترتیب حق دفاع متهم عبارت از: مجموع تضامین قانونی و قضایی است که در سطح ملی، منطقه‌ای و بین‌المللی برای افرادی که در مظان ارتکاب بزه قرار می‌گیرند، در سراسر یک رسیدگی کیفری و با هدف اتخاذ تصمیمی عادلانه به دور از اشتباهات قضایی منظور گردیده است. (دانش‌ناری و مرادفر، ۱۳۹۵: ۲۴۳) وفق ماده (۱۹۰) قانون آیین دادرسی کیفری «متهم می‌تواند در مرحله تحقیقات مقدماتی، یک نفر وکیل دادگستری همراه خود داشته باشد. این حق باید پیش از شروع تحقیق توسط بازپرس به متهم ابلاغ و تفهیم شود. چنانچه متهم احضار شود، این حق در برگیرنده احضاریه قید و به او ابلاغ می‌شود. وکیل متهم می‌تواند با کسب اطلاع از اتهام و دلایل آن،

مطالبی را که برای کشف حقیقت و دفاع از متهم یا اجرای قانون لازم بداند، اظهار کند. اظهارات وکیل در صورت مجلس نوشته می‌شود». همچنین به موجب تبصره ذیل این ماده سلب حق همراه داشتن وکیل یا عدم تفهیم این حق به متهم، موجب بی‌اعتباری تحقیقات می‌شود. در همین رابطه، سند امنیت قضایی در مواد (۲۴، ۲۵ و ۲۶) حاوی نکات ارزشمندی در لزوم رعایت حقوق دفاعی متهم می‌باشد.

#### ۶-۱-۲. ایست و بازرسی

در اصطلاح حقوقی، ایست به مفهوم نگاهداشتن فرد جهت پرسش از وی می‌باشد و بازرسی به معنای جست‌وجو در البسه یا هویت یا اشیاء یا اتومبیل فرد است. بازرسی بدین معنا، مداخله مستقیم در حق خلوت افراد دارد. لذا دلایلی که برای ایست و بازرسی افراد بیان می‌شود، باید با حقوق مستحکمی چون حق آزادی رفت‌وآمد و حق خلوت افراد مقابله نماید. درخصوص بازرسی بدنی اشخاص، نه در قوانین موضوعه و نه در رویه قضایی ایران، حکم خاصی یافت نشده و موضوع مسکوت مانده است. تنها در یک مورد در ماده (۳۲) قانون هواپیمایی کشوری به صراحت به تفتیش اشخاص پرداخته شده است (آقاخانی و سارخانلو، ۱۳۹۴: ۱۱۰-۱۰۹) بر همین اساس، درباره ایست و بازرسی اتومبیل‌ها در داخل و خارج از شهر، حقوق دانان اتفاق نظر ندارند. اداره حقوقی قوه قضائیه در نظریه مشورتی ۷/۷۷۴۷ مورخ ۷۹/۰۹/۱۷ اعلام نموده است: «با توجه به این‌که اشیاء جمع شیء است و شیء نیز شامل اتومبیل و غیر آن است، بازرسی خودروها در معابر، گلوگاه‌ها و داخل شهر توسط نیروی انتظامی و قضایی، احتیاج به اجازه مخصوص هر خودرو توسط مقام قضایی دارد» (معاونت پژوهش، ۱۳۸۱: ۴۸). هیئت عمومی دیوان عدالت اداری نیز، به موجب رأی شماره ۷۷ موضوع پرونده کلاسه ۴۰۸/۷۹ مورخ ۸۰/۰۵/۲۸، اقدام برخی مأمورین نظامی و انتظامی را که با استناد به بخشنامه‌ای از ناجا در بازرسی از خودروها را که با طرح شکایت یکی از قضات در دیوان عدالت اداری مطرح شده بود، ابطال نموده است. در این رابطه، برخی مراجع عظام، نظیر: شبیری‌زنجانی، مکارم‌شیرازی و نوری‌همدانی نیز فضای داخل خودرو را حریم خصوصی دانسته و تعرض بدان را مجاز ندانسته‌اند (ساریخانی و محترم‌قلاتی، ۱۳۹۵: ۱۸۰-۱۶۸).

در همین زمینه، ماده (۵۵) قانون آیین دادرسی کیفری، ورود به منازل، اماکن تعطیل و بسته و تفتیش آن‌ها، همچنین بازرسی اشخاص و اشیاء در جرایم غیر مشهود را با اجازه‌موردی مقام قضایی، مجاز دانسته است. ماده (۵۶) همان قانون، ضابطان را مکلف نموده تا بر طبق مجوز صادره عمل نمایند. از این‌رو، تفتیش و بازرسی خودروها، بدون دستور قضایی مخصوص هر خودرو، در غیر موارد جرایم مشهود، مصداق بارز تخلف از ماده ۵۵ بوده و مشمول مجازات ماده (۵۷۰) قانون

مجازات اسلامی خواهد بود. در اهمیت موضوع، ماده (۲۴) سند امنیت قضایی، قضات را موظف نموده تا مواردی را در فرایند دادرسی رعایت نمایند؛ در غیراین صورت، از مصادیق بازداشت غیرقانونی یا خودسرانه خواهد بود. ازجمله این موارد، بند چ همان ماده است که بازرسی بدنی بدون لباس را ممنوع دانسته، مگر در صورت ضرورت قطعی، آن هم با رعایت دقیق موازین شرعی. بنابراین، «اگر اقدام پلیس را در ایست و بازرسی، اقدامی در جهت پیشگیری از جرم قلمداد نماییم، باید اذعان داشت که در قوانین مدون و حتی آیین‌نامه‌ها و بخشنامه‌های داخلی ناجا، حدود وظایف، اختیارات و یا نحوه عملکرد و مأموریت پلیس برای پیشگیری، مشخص نشده است» (مقیمی، ۱۳۹۵: ۸۴). با توجه به مطالب پیش گفته، آنچه مهم می‌نماید این است که بدانیم، ناجا بر طبق قانون، صرفاً یک مجری است. بر این مبنا، لازمه انطباق مأموریت‌های ناجا و ضابطین با اهداف امنیت انسانی، بازبینی و اصلاح برخی قوانین و مقررات مرتبط با حریم خصوصی شهروندان است. البته در این میان، نمی‌توان منکر برخی افراط و تفریط‌های صورت گرفته نیز بود.

## ۲-۲. وظایف ناجا در امنیت سیاسی

آزادی اندیشه و عقیده (قاضی، ۱۳۸۲: ۶۶۰)، آزادی بیان و مطبوعات (عباسی، ۱۳۹۰: ۱۴۹)، حق عمومی مشارکت در اداره امور کشور (سعیدی، ۱۳۹۳: ۲۸) و آزادی احزاب و اجتماعات (آریامنش، ۱۳۹۱: ۸۸) از مؤلفه‌های مهم امنیت سیاسی محسوب می‌شود. این دسته از آزادی‌ها، برطبق نظریه هوفلد از زمره حق آزادی/امتیاز به شمار می‌روند که برخلاف حق ادعا نمی‌توان ادعا و تکلیف متلازم را برای دو طرف متفاوت تعیین کرد. البته ممکن است چنین چیزی از نتایج غیرمستقیم این نوع حق باشد، نه مدلول مستقیم آن (راسخ، ۱۳۹۷: ۱۴۹) به عبارت دیگر، حق آزادی‌ها، با تکلیف همراه نیستند (جونز، ۱۳۹۲: ۳۷). چراکه «هر شخص این حق را دارد تا برای بیان بعضی نظرات و دیدگاه‌های خود در مکان معین و در زمانی مشخص با افرادی که با او هم نظر و عقیده هستند، اقدام به برپایی تجمع کند. این تجمع می‌تواند با برگزاری سخنرانی‌ها، جلسات و کنفرانس‌ها و یا مناظره‌های مختلف همراه باشد و به صدور بیانیه‌ها که شامل مقررات و توصیه‌های عمومی می‌باشد، منتهی گردد». (پروین و اصلانی، ۱۳۹۰: ۲۱۳). با این وجود، در ایران، وظایف و اختیارات پلیس در تحقق امنیت سیاسی، عمدتاً بر تأمین امنیت برگزاری تجمعات سیاسی متمرکز شده است. مطابق ماده (۸) آیین‌نامه چگونگی تأمین امنیت اجتماعات و راهپیمایی‌های قانونی، تأمین حفاظت و امنیت این‌گونه مراسم برابر قانون (بند ۳ ماده ۴ قانون ناجا و سایر قوانین) به‌عهده ناجا بوده و در این زمینه پاسخ‌گو خواهد بود. بر اساس ماده (۹) آیین‌نامه مذکور، حضور سایر نیروهای مسلح برای تأمین امنیت و انتظامات مراسم در محل ممنوع است، مگر آنکه ریاست شورای تأمین رأساً یا بنا به

درخواست فرمانده ناجا نقش مشخصی در این زمینه در نظر گرفته باشد که در هر حال این حضور باید با هماهنگی و تحت کنترل عملیاتی ناجا انجام پذیرد.

مطابق ماده (۱۸) همان آیین‌نامه، ناجا موظف است جهت تأمین حفاظت و امنیت مراسم، از کارکنان آموزش دیده مجرب استفاده نماید. این مأموران، به‌عنوان متولیان تأمین حفاظت و امنیت مراسم مجاز به فعالیت بر له یا علیه گروه‌ها نبوده و فرماندهان مربوط نسبت به توجیه آنان در این زمینه اقدام خواهند نمود. تأمین حفاظت و امنیت مراسم قانونی شامل مسیرهای وصولی به محل مراسم و خروجی‌های آن تا پراکنده شدن جمعیت می‌گردد. بر اساس ماده (۲۱) آیین‌نامه مزبور، ناجا، مسئولیت حفاظت و امنیت اجتماعات را برعهده دارند و ادارات اطلاعات با هدف شناسایی و برخورد قانونی با متخلفان و برهم زندگان احتمالی مراسم بنا به تصمیم شورای تأمین محل یا تشخیص خود، از مراسم حساس و مهم، فیلم‌برداری و عکس‌برداری می‌نمایند. با این توصیف، برای راهپیمایی‌ها و اجتماعات، دو فرض متصور است: اجتماعات دارای مجوز و اجتماعات بدون مجوز. نظر به اینکه هر یک از فروض پیش‌گفته، رفتار خاصی از پلیس را اقتضا می‌نماید، لذا به تشریح هر یک از آن‌ها پرداخته می‌شود.

#### ۲-۲-۱. برقراری امنیت برای تجمعات دارای مجوز

از مصادیق عمده تجمعات موقتی، تظاهرات خیابانی است که قوانین کشورهای دموکراتیک، اساساً این‌گونه تظاهرات را آزاد اعلام کرده‌اند. اما مسلّم است که اجتماعاتی این‌چنین، از آنجا که معمولاً متأثر از مسائل حاد سیاسی و اجتماعی است، همواره احتمال لطمه به نظم عمومی یا عبور و مرور آزاد مردم در آن‌ها وجود دارد، از همین‌رو، لزوم درخواست مجوز از سوی مقامات ذی‌صلاح، نخستین گام احتیاط‌آمیز برای پیشگیری از این‌گونه حوادث غیرمترقبه و احیاناً ناگوار است (قاضی، ۱۳۸۲: ۶۶۰). پس باید توجه کرد که اجتماع عمومی، یک اجتماع موقتی بوده و وقتی منعقد می‌شود که برای تشکیل آن، قبلاً ترتیباتی از طرف بانیان داده شود و هدفی مبتنی بر منافع عمومی بر آن حاکم باشد (طباطبایی موتمنی، ۱۳۸۸: ۵۹). با توجه به شناسایی آزادی انجمن‌های صنفی در دو مفهوم تشکیل و فعالیت و آزادی تشکیل اجتماعات با قبول اینکه انجمن‌های مذکور، برای دفاع از منافع شغلی و حرفه‌ای تشکیل می‌شوند و یکی از ابزارهای دفاع، اعتصاب است؛ چنین به نظر می‌رسد که این حق تلویحاً مورد تأیید قانون‌گذار است و مواد (۱۴۲) و (۱۴۳) قانون کار نیز تلویحاً و بدون تصریح، اعتصاب را پذیرفته است (هاشمی، ۱۳۸۴: ۴۸۷). با این توصیف، اصل کلی در مورد آزادی اجتماع عمومی، آن است که مأموران پلیس در مرحله اول، کوشش نمایند که اجتماع عمومی آزادانه تشکیل شود. ندادن اجازه تشکیل اجتماع و یا انحلال آن



در صورت تشکیل و متفرق کردن جمعیت، وقتی مجاز است که پلیس نتواند به‌گونه دیگری، نظم عمومی را حفظ کند. بر این اساس، لازم است تا ناجا و مأموران اجرای قانون، در صورت تشکیل اجتماعات قانونی، امنیت تجمع‌کنندگان را منطبق با اهداف امنیت انسانی و قانون تشکیل ناجا، فراهم آورند. زیرا همچنان که معترضین متعهد به رفتار مسئولانه در طول برپایی تجمعات هستند، محق به تأمین نظم و امنیت آن نیز از سوی پلیس می‌باشند.

### ۲-۲-۲. برقراری امنیت برای تجمعات بدون مجوز

در این فرض، قانون‌گذار اجازه به‌کارگیری سلاح برای اعاده نظم و کنترل راهپیمایی‌های غیرقانونی غیرمسلحانه را به مأموران پلیس داده است. چراکه با اصل (۲۷) قانون اساسی که تشکیل اجتماعات را منوط به اخذ مجوز و تابع شرایطی چون بدون حمل سلاح و عدم اخلال به مبانی اسلام دانسته، در تعارض است. بر همین اساس، ماده (۴) قانون به‌کارگیری سلاح مصوب ۱۳۷۳/۱۰/۱۸ مقرر می‌دارد: «مأمورین انتظامی برای اعاده نظم و کنترل راهپیمایی‌های غیرقانونی، فرونشاندن شورش و بلوا و ناآرامی‌هایی که بدون به‌کارگیری سلاح، مهار آن‌ها امکان‌پذیر نباشد، حق به‌کارگیری سلاح را به دستور فرمانده عملیات، در صورت تحقق شرایط زیر دارند: الف- قبلاً از وسایل دیگری مطابق مقررات استفاده و مؤثر واقع نشده باشد. ب- قبل از به‌کارگیری سلاح با اخلال‌گران و شورشیان نسبت به بکارگیری سلاح، اتمام حجت شده باشد. تشخیص ناآرامی‌های موضوع این ماده، حسب مورد برعهده رئیس شورای تأمین استان و شهرستان و در غیاب هر یک، برعهده معاون آنان خواهد بود و در صورتی که فرماندار، معاون سیاسی نداشته باشد، این مسئولیت را به یکی از اعضای شورای تأمین محول خواهد نمود. در مواردی که برای اعاده نظم و امنیت موضوع این ماده، ناجا طبق مقررات قانونی مأموریت پیدا نمایند، از لحاظ مقررات بکارگیری سلاح مشمول این ماده می‌باشند».

قبلاً یادآوری شد که اجتماعات و راهپیمایی‌ها باید بدون استفاده از سلاح و یا حمل آن باشد و چنانچه، اجتماعات و اعتراضات همراه با سلاح باشد، ماده (۵) قانون به‌کارگیری سلاح، اجازه به‌کارگیری سلاح را برای اعاده نظم و کنترل راهپیمایی‌های غیرقانونی مسلحانه، مجاز دانسته است: «مأمورین نظامی و انتظامی برای اعاده نظم و امنیت در راهپیمایی‌های غیرقانونی مسلحانه و ناآرامی‌ها و شورش‌های مسلحانه، مجازند از سلاح استفاده نمایند. مأمورین مذکور موظفند به دستور فرمانده عملیات و بدون تعلل نسبت به برقراری نظم و امنیت، خلع سلاح و جمع‌آوری مهمات و دستگیری افراد و معرفی آنان به مراجع قضایی اقدام نمایند». تفاوت این ماده با ماده (۴) اخیرالذکر، در این است که در مهار و کنترل اجتماعات و اعتراضات غیرقانونی مسلحانه، مأمورین، بدون استفاده از

وسایل دیگر و ابتدا به ساکن، می‌توانند از سلاح استفاده نمایند؛ چراکه اگر، معترضین قصد اعتراض مسالمت‌آمیز داشته و مقاصد شرعی و قانونی را دنبال می‌کردند، به هیچ‌وجه دست به اسلحه نمی‌بردند و به همین علت است که قانون‌گذار به منظور جلوگیری از تبعات و خطرات احتمالی، چنین اجازه‌ای را صادر نموده است. در این معنا، رفتار شهروندی و اقدام پلیس مبتنی بر پذیرش مسئولیت و انجام عمل متقابل بوده و شرط برخورداری از حقوق، عمل به تکالیف قانونی است. با این وجود تبصره ۳ ماده (۳) این قانون را می‌توان هم‌سو با اهداف امنیت انسانی دانست که مقرر داشته است: «مأمورین مسلح در کلیه موارد مندرج در این قانون، در صورتی مجازند از سلاح استفاده نمایند که اولاً: چاره‌ای جز بکارگیری سلاح نداشته باشند؛ ثانیاً: در صورت امکان، مراتب: الف- تیر هوایی، ب- تیراندازی کمر به پایین و ج- تیراندازی کمر به بالا را رعایت کنند».

بر اساس ماده (۶) قانون مذکور، تیراندازی به سوی وسایل نقلیه به منظور متوقف ساختن آن‌ها، توسط مأمورین موضوع این قانون در موارد زیر مجاز است:

الف) در صورتی که وسیله نقلیه بنا به قرائن و دلایل معتبر و یا اطلاعات موثق، مسروقه یا حامل افراد متواری یا اموال مسروقه یا کالای قاچاق یا مواد مخدر و یا به طور غیرمجاز حامل سلاح و مهمات باشد.

ب) در صورتی که از وسیله نقلیه برای تهاجم عمدی به مأمورین و یا مردم استفاده شده باشد. مأمورین مذکور موظفند که در ایستگاه‌های ایست و بازرسی وسایل هشداردهنده به اندازه لازم (اعم از موانع، تابلو، چراغ گردان) تعبیه نمایند.

تبصره (۲): مأمورین مذکور در صورتی می‌توانند به وسایل نقلیه تیراندازی نمایند که علاوه بر انجام امور تبصره (۱)، با صدای رسا و بلند به راننده وسیله نقلیه، ایست داده و راننده به اخطار ایست، توجهی ننموده باشد. بر این اساس و در راستای تحقق امنیت انسانی در مواردی این چنین، به محض توقف وسیله نقلیه، باید تیراندازی هم متوقف شود و عدم رعایت آن، مسئولیت عوامل تیراندازی را به دنبال داشته باشد. بنابراین، به استناد ماده (۶)، پلیس نمی‌تواند به منظور متوقف ساختن وسیله نقلیه، راننده خودرو را مورد هدف قرار دهد، در غیراین صورت، موضوع در ابعاد گوناگون قتل یا ضرب و جرح، قابلیت بررسی خواهد داشت.

نظر به اینکه این دسته از آزادی‌ها، هم از زمره «آزادهای منفی» یا «آزادی از»، موانع و قیودی که به‌عمد و ناموجه بر سر راه انجام اختیاری عمل و هم «آزادهای مثبت» یا «آزادی در» انجام عملی خاص و موفقیت در حصول هدفی معین قرار می‌گیرند (راسخ، ۱۳۹۷: ۲۷۳-۲۷۲)، لذا باید اقدامات پلیس در این حوزه، متضمن اقدامات سلبی و ایجابی باشد تا متضمن رهایی از ترس باشد.

لیکن، آنچه در این زمینه درخور توجه می‌نماید، این است که پلیس باید حافظ نظم و امنیت باشد؛ نه ایجاد کننده آن. بر این مبنا، نظم و امنیت، در نتیجه عملکرد صحیح دستگاه‌های حاکمیتی و دولت مستقر می‌گردد، نه صرفاً با اقدامات کنشی / واکنشی پلیس. علی‌ای حال، مهم‌ترین نارسایی در نقش پلیس در این زمینه نیز چالش و ابهامات قانونی در مواجهه با اعتراضات خیابانی است. پیش‌تر قانون مدیریت بحران در مجلس شورای اسلامی تصویب شده که وظایف ساختارهای مرتبط و چهارچوب‌های حقوقی را در شرایط وقوع بحران‌های طبیعی مانند سیل و زلزله مشخص کرده است، ولی هنوز قانون مدونی برای نظام‌مند کردن حدود وظایف ساختارهای انتظامی یا نظامی در شرایط وقوع بحران‌های اجتماعی و امنیتی و به تبع آن اغتشاشات و ازدحامات اعتراض‌آمیز مشخص نشده است. اگرچه، با مشخص کردن وضعیت نظم و امنیت در قالب وضعیت‌های چهارگانه دستورالعمل صادره از طرف شورای امنیت کشور، سعی در رفع این مشکل شده است؛ وفق این دستورالعمل، در سه وضعیت اول، ناجا، برقرار کننده امنیت است؛ ولی در وضعیت چهارم که وضعیت قرمز و بحرانی محسوب می‌شود، شوراهای تأمین با ریاست استاندار، فرماندار و بخشدار، به‌عنوان عالی‌ترین محل تصمیم‌گیری پیرامون مسائل امنیتی هر منطقه از تقسیمات کشوری می‌باشند و ناجا نیز موظف است تا مصوبات آنان را اجرا کرده و مراتب را به موقع منعکس کند. در تأیید این امر در ماده (۳۹) قانون جرایم نیروهای مسلح گفته شده است که: «هر یک از فرماندهان و مسئولان نظامی یا انتظامی که حسب مورد، مصوبات شورای عالی امنیت ملی، شورای امنیت کشور و شوراهای تأمین استان یا شهرستان را در مواردی که طبق قانون موظف به اجرای آن می‌باشند، اجرا نکنند، چنانچه مشمول مجازات محارب نباشند یا به‌موجب سایر قوانین مستوجب مجازات شدیدتری نگردند، به حبس از شش ماه تا دو سال محکوم می‌شوند». لذا مهم‌ترین چالش از منظر قانونی این است که آیا ناجا می‌تواند در انتخاب تاکتیک‌های مدیریتی در کنترل اغتشاشات و ازدحامات اعتراض‌آمیز، که به‌طور معمول از مصادیق وضعیت بحرانی هستند، تصمیم‌گیر باشد یا موظف به اجرای تصمیمات شورای تأمین است. این مورد از این منظر اهمیت دارد که اگر پلیس حتی در انتخاب تاکتیک‌ها موظف به تبعیت از تصمیمات شورا باشد، عملاً پلیس به یک مأمور فاقد اختیار تبدیل می‌شود. در این حالت مباحث مربوط به اخلاق‌مداری و اقدام مبتنی بر رویکرد دکترین امنیت انسانی، به دلیل فقدان اختیار در انتخاب، با ابهامات جدی روبه‌رو خواهد شد.

### ۳-۲. وظایف ناجا در امنیت اجتماعی

دغدغه‌های امنیت اجتماعی، بیشتر روابط اقلیت‌ها و گروه‌ها در درون یک جامعه یا ملت و تأکید بر روابط بین این گروه‌هاست. امنیت اجتماعی به‌عنوان یک مفهوم بسط‌یافته، اشاره به امنیت گروه‌های

جمعی در ارتباط با دیگر جوامع و یا نهادهای دولتی دارد و به تهدیداتی که هویت جامعه را مورد تعرض قرار می‌دهد، توجه می‌کند. تبعیض‌هایی که بر علیه فرهنگ، زبان و مذهب و... گروه‌های ملی و اقلیت‌ها، اعمال می‌شوند، تهدیدات امنیت اجتماعی را شکل می‌دهند (عسکری‌زاده‌کلسری، ۱۳۹۶: ۴۲). گزارش ۱۹۹۴ (UNDP) مدرنیزاسیون، تنش‌های نژادی (قومی) و سوءرفتار با جمعیت‌های بومی را به‌عنوان عوامل تهدیدکننده امنیت اجتماعی نام می‌برد و مطرح می‌کند «افراد اغلب از طریق عضویت در گروه‌ها به امنیت دست می‌یابند، اما گروه‌ها نیز می‌توانند با اعمال شیوه‌های سرکوبگرانه، ناامنی ایجاد کنند» (UNDP, HDR, 1994: 31&32). بنابر تعریف ارائه شده و با لحاظ ماده (۳) قانون تشکیل ناجا، ملاحظه می‌گردد که اصلی‌ترین وظیفه پلیس ایجاد نظم و امنیت و آسایش عمومی و فردی است و از آنجا که بر طبق اصل (۱۹) قانون اساسی مردم ایران از هر قوم و قبیله که باشند از حقوق مساوی برخوردارند و رنگ، نژاد، زبان و مانند این‌ها سبب امتیاز نخواهد بود، بنابراین بخشی از ناامنی‌های مطرح در این مؤلفه، در ذیل وظایف ذاتی ناجا، توسط بخش‌های انتظامی، اطلاعات و امنیت و پلیس فضا تمشیت می‌شود؛ ولی بسیاری از تهدیدات دیگر، خارج از وظایف اصلی پلیس بوده و نیازمند پیشگیری اجتماعی و وضعی از سوی دولت (در مفهوم عام) هستند. لیکن باید توجه داشت، چنانچه تسامحی از سوی مبادی ذی‌ربط در جهت تهدیدات این قسم از امنیت، نظیر تبعیض‌های ناروا علیه فرهنگ، زبان و مذهب گروه‌های ملی و اقلیت‌ها، صورت پذیرد، تبعات این بی‌توجهی، متوجه بخش‌های مختلف ناجا می‌شود؛ چراکه از منظر قانون او مجری برقراری نظم و امنیت است، اگرچه این بی‌نظمی محصول کوتاهی سایرین باشد. با توجه به اینکه، حوزه امنیت اجتماعی، ذیل حق مصونیت قرار می‌گیرد، از این رو «محق» نسبت به سلب حق‌های اولیه‌اش در مقابل همه صاحب‌منصبان (به‌ویژه قانون‌گذار) دارای مصونیت است (راسخ، ۱۳۹۷: ۱۵۱). بنابراین، اقدامات پلیس در این حوزه، شامل اقدامات سلبی و ایجابی خواهد بود. نظر به اینکه، کشور ایران، جامعه‌ای است متکثر که اغلب به‌صورت منسجم در نقاط مرزی و به‌طور پراکنده در جای جای کشور، سکونت دارند، لذا اقتضا می‌نماید که در برنامه‌ریزی‌ها و سیاست‌گذاری‌ها، به این حوزه امنیتی، بیش از پیش توجه شود تا وضعیت موجود با وضعیت مطلوب امنیت انسانی منطبق گردد و مستمسکی برای معاندان در خرده‌گیری از نظام نباشد. از این رو باید:

- مراقبت و کنترل از مرزهای جمهوری اسلامی ایران، به‌منظور پیشگیری از بروز آسیب به اقوام و اقلیت‌های مرزنشین، در مواردی چون: ورود مواد مخدر و روان‌گردان، مواد الکلی، کالای قاچاق و... دوچندان گردد.
- ارائه خدمات اجتماعی و خدمات‌رسانی به اقوام و اقلیت‌ها، مشارکتی و سازماندهی شده‌تر

گردد.

- برنامه‌ریزی‌ها و سیاست‌گذاری‌های این حوزه با ابتدای بر پیشگیری اجتماعی و وضعی، مجدانه در دستور کار قرار گیرد.
- پیشگیری از گروگان‌گیری و اقدامات شرورانه، با تأکید بر محافظت از افراد و گروه‌های آسیب‌پذیر، نظیر زنان و کودکان، با افزایش پلیس زن و ایجاد پلیس اطفال، عینی‌تر گردد.
- ایجاد صلح و عمل میانجی‌گری در اختلافات و ناآرامی‌های اقوام و اقلیت‌ها، با هدف افزایش همبستگی اجتماعی و امنیت ملی، دنبال گردد.

### ۳. ضرورت تحول در مأموریت‌های ناجا در پرتو رویکردهایی از ترس

تحول مفهوم امنیت و تغییر کردن موضوع و مرجع آن از دولت به افراد، مفهوم جدید امنیت انسانی را به وجود آورد که در روابط بین دولت‌ها و همچنین دولت و افراد اثرگذار است. موضوع جدید، بالقوه انسان را در مرکز خود قرار می‌دهد و به بشر و نیازها و مطالبات او اشاره دارد. از آنجا که امنیت انسان در جامعه، نخست، با حفظ امنیت شهروندان در برابر تجاوزات دیگر شهروندان؛ و دوم، تأمین امنیت آنان در برابر خودسری حکومت و کارکنان دولتی، تضمین می‌شود، تدوین‌کنندگان میثاقین حقوق بشر نیز با درک این واقعیت و بسترسازی لازم برای تأمین امنیت شهروندان در برابر تجاوزات خودسرانه حکومت و شهروندان، مقرراتی را ترسیم و به دولت‌ها ابلاغ کرده‌اند. بنابراین، ارزش‌گذاری بر فرد انسان، موجب شناسایی حقوقی شده که دولت‌ها با اجرای مفاد آن، امنیت انسان را در محدوده سرزمینی خود، تأمین می‌کنند. «در این راستا، منع شکنجه (ماده ۷)، حق آزادی و امنیت شخصی و منع بازداشت خودسرانه افراد و لزوم اطلاع از علت دستگیری و لزوم جبران خسارت از افرادی که به صورت خودسرانه بازداشت شده‌اند (ماده ۹)، لزوم حفظ کرامت محکومان و نگهداری آن‌ها به صورت تفکیکی (ماده ۱۰)، لزوم تساوی افراد در برابر قانون، فرض برائت و ضرورت تأمین حقوق دفاعی متهم (ماده ۱۴)، منع مداخله در زندگی خصوصی مردم (ماده ۱۷) و لزوم رعایت حقوق اقلیت‌ها از حیث زبان، فرهنگ و مذهب (ماده ۲۷)، به رسمیت شناخته شده است» (مقدسی و غنی، ۱۳۹۴: ۱۶). بر همین اساس، مجموعه قواعد رفتاری مأموران اجرای قانون در سال ۱۹۷۹ به تصویب مجمع عمومی سازمان ملل رسید. این قطعنامه، مأموران اجرای قانون را اعم از پلیس دانسته و بیان کرده که مأموران، شامل کلیه مأموران اجرای قانون که اختیارات پلیس به‌ویژه اختیار دستگیری را دارند، می‌باشد. اعم از اینکه منصوب یا منتخب باشند. در مواد مختلف این سند، بر ضرورت رعایت حیثیت انسانی کلیه اشخاص (ماده ۲)، منع توسل به زور (ماده ۳) و منع شکنجه (ماده ۵)، تأکید شده است. در این

سند، مأموران پلیس با صراحت بیشتری مخاطب قرار گرفته و ملزم به رعایت موازین حقوق بشری گردیده‌اند (Crawshaw, R, & Holmstron, L., 2001: 235).

در شکل سنتی پلیس، نگاه به امنیت عمدتاً سلبی است و به سه بخش اصلی خدمات اجتماعی، ایجاد نظم و کنترل جرایم تقسیم می‌شود. (Law Enforcement in the United States, 2009) الگوی سنتی، بیشتر در پی تقویت بعد خدمات‌رسانی کلی است و بر ابزارها و منابع پلیس صحه می‌گذارد و کمتر به کارآمدی پلیس در پیشگیری از وقوع جرم، بی‌نظمی و ناامنی توجه دارد (وروایی و بهربر، ۱۳۸۸: ۱۱۳). در این الگو، دستگیری مظنونان، متهمان و مجرمان، با اتکای صرف به حرفه‌ای‌گرایی و ابزارهای سرکوب‌گر، اصلی‌ترین اقدام پلیس در پیشگیری از جرم و کاهش وقوع آن است (نوروزی و افراسیابی، ۱۳۸۹: ۱۱)، در حالی‌که، «حمایت و تضمین این مؤلفه‌ها، تنها از رهگذر مبارزه و حتی پیشگیری واکنشی (سرکوب‌گرانه) میسر نمی‌گردد». (بارانی، ۱۳۹۳: ۵۰) واقع به‌جای توجه به اثربخشی فعالیت‌هایش در کاهش جرم، ترس و بی‌نظمی، پلیس توجه خود را بیشتر به ابزارهای اجرایی معطوف کرده است که منجر به توانمندی عملیاتی پلیس می‌شود (ویزبرد و ایک، ۱۳۸۸: ۱۲۸) بدین‌سان، نظریه‌ها و رویکردهای متنوعی از شیوه سنتی پلیس انتقاد کرده‌اند. به‌عنوان مثال واقع‌گرایان چپ معتقدند یکی از مهم‌ترین عوامل ارتکاب جرم به‌ویژه در مناطق محروم، شیوه برخورد پلیس است. شیوه‌هایی همچون هجوم غرقه‌ای و برنامه‌های ایست و بازرسی متعدد در سطح خیابان‌ها، نقشی بسیار فاجعه‌آمیز دارد (وایت و هینز، ۱۳۹۰: ۳۲۶).

در استراتژی جدید، جامعه، خواهان بازدارنده بودن پلیس است. این دوره که به «جامعه‌گرایی» یا «جامعه‌محوری» پلیس با رویکرد «گفتمان شهروندی مسئولانه» از آن یاد می‌شود، به دنبال برقراری یک رابطه نزدیک با جامعه است و «چگونگی اعمال نظم یا اعمال حاکمیت، با توجه به تجارب بشری و روند پرشتاب جهانی شدن و عصر ارتباطات و موازین و معیارهایی صورت می‌گیرد که در پرتو آن صرفاً به آنچه انجام شده، بسنده نمی‌شود؛ بلکه هوشیارانه از آنچه باید می‌شده و نشده، پرسش می‌شود» (شریفی طرازکوهی، ۱۳۹۲: ۱۹۱). چراکه پلیس جامعه‌محور درصدد تقویت ظرفیت جامعه برای مبارزه با جرایم و پیشگیری از وقوع آن است (ویلیامسون، ۱۳۹۲: ۹۴).

تغییر نگاه سنتی امنیت به نگاه جدید در کنار ظهور مفاهیمی نظیر حقوق بشر و نسل‌های آن، جهان و به‌خصوص دولت‌ها را دست‌خوش تغییر کرده است و جامعه جهانی در این مقوله به سمت و سویی می‌رود که به ازای کاهش مداخلات دولت در تأمین آزادی‌های سیاسی و مدنی، بر دامنه این حقوق و آزادی‌ها افزوده شود. در سطح جهانی، دولت‌ها، شهرداری‌ها و سازمان‌های غیردولتی هریک به ابتکارات متعددی در این زمینه دست زده‌اند. نمونه‌هایی از این مشارکت را می‌توان در

کشورهای: بلژیک، هلند، کلمبیا، ژاپن و انگلستان، اوگاندا، و... سراغ گرفت. این موضع بیانگر آن است که پلیس نیز در عرصه جهانی پذیرفته است که امنیت به خصوص امنیت درون شهری، بیش از آنکه مقوله‌ای سیاسی باشد؛ اجتماعی - فرهنگی است و اگرچه امنیت کامل وجود ندارد؛ لیکن هر جامعه‌ای تلاش می‌کند تا از طریق ایجاد سازوکارهای مناسب، وضعیت امن‌تری بیافریند. یک استدلال منطقی برای مشارکت مردم با پلیس، این است که، پلیس به تنهایی، نه می‌تواند جامعه‌ای مطمئن و سالم ایجاد نماید و نه به تنهایی قادر به حفاظت از آن می‌باشد. از طرف دیگر، پلیس نوین، به جای واکنش به جرایم و حوادث واقعه، جرم را به‌عنوان مشکلی که باید به آن پرداخت، می‌نگرد، نه اینکه صرفاً با آن برخورد قانونی کرده باشد.

لذا اقتضا دارد تا ناجا همگام با تحولات صورت پذیرفته در عرصه جهانی، با ابتنای بر حق و تکلیف و شهروندی مسئولانه، از کشورهای موفق در فرایند تأمین امنیت شخصی، سیاسی و اجتماعی در مقابله با تهدیداتی چون: نقض حریم خصوصی، بازداشت خودسرانه، نقض حقوق دفاعی متهم و...، الگو برداری و خط‌مشی‌های پلیسی را تبیین و اجرا نماید که این تحول تحقیقاتی به کاهش مداخلات پلیس در این عرصه‌ها رهنمون خواهد شد.

### نتیجه

از بررسی تهدیدات مطرح در ابعاد رهایی از ترس، می‌توان بیان نمود که اگرچه همه این تهدیدات، ظرفیت جانمایی و انطباق با وظایف اصلی و تبعی ناجا را ندارند؛ ولی تحقیقاتی ناامنی‌های آن‌ها، بر وظایف و کارکرد پلیس تأثیرگذار است که این اثرگذاری هم، در همه مؤلفه‌ها یکسان نبوده و دارای فراز و فرود است. از این‌رو در مقام پاسخ به سؤال پژوهش حاضر که «پلیس در فرایند تأمین امنیت شخصی، سیاسی و اجتماعی، چه وظایفی برعهده دارد؟» باید گفت: نیرویی که اهداف و وظایف خود را دنبال می‌کند، باید به فضا و شرایط تأثیرگذار اصلی، مستقیم و فوری حوزه فعالیت خود، توجهی خاص داشته و برای تحقق آن، به عوامل دخیل اهتمام ورزد. یافته‌های تحقیق نشان داد که ابعاد امنیت شخصی و سیاسی، که از حقوق مدنی و سیاسی و از زمره حقوق و آزادی‌های قابل ادعا محسوب می‌شوند، جزء وظایف اصلی و ذاتی ناجا محسوب می‌شود، لیکن حوزه امنیت اجتماعی که از جمله حقوق دارای مصونیت، تلقی می‌شود، به‌طور ملموسی با وظایف فعلی ناجا مرتبط نبوده‌اند، اما این امر، نافی وظایف کلی پلیس در برقراری نظم و امنیت کل جامعه که شامل اقلیت‌های قومی و مذهبی هم می‌گردد، نمی‌باشد. نتایج این نوشتار، ناظر بر آن است که ابهام و یا خلأهای قانونی در عدم تعریف نظم از سوی مقنن، عدم تعیین تکلیف لایحه حریم خصوصی، تورهای ایست و بازرسی، نحوه بازرسی بدنی، فقدان پلیس اطفال، ابهام در قوانین مطبوعات،

احزاب، آمران به معروف و ناهیان از منکر، قانون به کارگیری سلاح و...، پلیس را در مقام مجری قانون در برقراری نظم و امنیت، با مشکلات عدیده‌ای مواجه نموده است.

از آنجا که به موجب قانون، هدف از تشکیل ناجا: استقرار نظم و امنیت؛ تأمین آسایش عمومی و فردی و نگهبانی و پاسداری از دستاوردهای انقلاب اسلامی در قلمرو کشور است؛ بر این اساس، پیش‌نیاز امنیت، نظم است. در این معنا، امنیت محصول نظم بوده و قانون نیز به‌سان ابزاری برای برقراری نظم خواهد بود. از این منظر، برقراری امنیت در تمامی جهات، باید بر پایه نظم متأثر از قانون بنا شود و اگر غیر از آن باشد، امنیت حاصله به جهت آنکه با بی‌نظمی به دست آمده، نوعی ناامنی است که ناقض فلسفه وجودی ناجاست (مستفاد از مواد ۶، ۸ و ۹ آیین‌نامه انضباطی نیروهای مسلح). چنانچه پلیس بخواهد در این مأموریت‌ها، موفقیت داشته باشد، لاجرم باید از قالب‌های سنتی خود خارج شده و با نگرشی نو و همه‌جانبه به محیط‌های درونی و بیرونی ناجا، به قدرت، جایگاه و نقش مردم هم در عملیاتی شدن مأموریت‌های خود، باور داشته و در محاسبات و برنامه‌ریزی‌ها و برآوردها، همواره مردم و جامعه را جزء مؤلفه‌های مهم، مطرح نظر قرار دهد. از این‌رو، باید مشارکت، شفافیت، مسئولیت‌پذیری، پاسخ‌گویی، اثربخشی و حاکمیت قانون را شالوده وظایف و اختیارات خود نماید.

با عطف توجه به این مهم که جنس خدمات پلیسی، از جنس نتیجه است، نه اقدام صرف؛ بر این مبنا، خادمیت دولت و پلیس، وقتی محقق می‌شود که متضمن خلق اعتماد شهروندان در پرتو مسئولیت و پاسخ‌گویی در قبال مطالبات آنان باشد. از این رهگذر، هر خدمتی که به‌نحوی در جهت پاسخ‌گویی به منفعت عامه و مصلحت عمومی ارائه شود، مسئولیت‌پذیری تلقی می‌شود. ادعای خادمیت ملت، اجازه نمی‌دهد که سازمان‌های متولی ارائه‌کننده خدمات عمومی، از جمله پلیس، به‌عنوان تماشاگری منفعل در جامعه باشند؛ بلکه باید از منابع موجود در جهت بهبود جامعه استفاده کرده و ظرفیت خود را جهت برآورده‌سازی عملی توقعات و انتظارات اجتماعی بالا برده و در واقع با اثربخشی و بازدهی اقدامات، به ایفای نقش مسئولیت‌پذیری خود بپردازند و از طریق پاسخ‌گویی که یکی از راه‌های ایجاد اعتماد عمومی است، انسجام اجتماعی را افزایش دهند. شرط لازم برای رسیدن به چنین پلیسی، اقتدار و انضباط است که در سایه ارتباطی نزدیک با مردم معنی و مفهوم می‌یابد. بر این اساس، پلیس، باید مطالبات مردم را ارزیابی و نسبت به آن‌ها، پاسخ‌گو باشد، نتایج اقدامات خود را ارزیابی و مطابق با نیازهای جامعه اصلاح نماید. بر این مبنا، صرف میزان کشف و دستگیری، ملاک ارزیابی واقع نمی‌گردد؛ بلکه فقدان جرم، جنایت و بی‌نظمی، معیار تشخیص عملکرد ناجا قرار می‌گیرد که اساساً هدف از تشکیل آن نیز همین بوده است. لذا این نیرو، برای دستیابی به نظم و



امنیت و تأمین آسایش عمومی و فردی مبتنی بر دکترین امنیت انسانی، چاره‌ای جز اجرای الگوی امنیت مشارکتی یا انتظام مشارکتی یا همان جامعه‌محوری ندارد. لیکن آنچه مهم می‌نماید، فراهم‌آوری تمهیدات لازم برای تأمین امنیت مشارکتی است. از این رهگذر، لازم است تا ساختار عملکردی و اجرایی پلیس با ابتنای بر تمرکززدایی امنیت از پلیس و انتقال آن به جامعه در سایه همکاری و تعامل نهادهای مدنی با این نیرو و برون‌سپاری برخی از مأموریت‌ها، خاصه در حوزه‌های امنیت شخصی و اجتماعی، در جهت توانمندسازی شهروندان در تأمین امنیت مشارکتی، به‌عنوان تحولی روبه‌رشد با جدیت دنبال شود. بر این مبنا، تغییر سازمانی و طراحی مجدد وظیفه در قالب فرایندی برنامه‌ریزی شده و تلاشی آگاهانه در جهت تقویت روش‌هایی که دربردارنده اهداف امنیت انسانی باشد، به‌عنوان تحولی مثبت و سازنده، موردانتظار است. در این معنا، سازمان‌ها تغییر می‌کنند تا ضمن استقرار بقای خود، مشکلی را برطرف ساخته و با کیفیتی بهتر اهداف خود را دنبال نمایند و از آنجا که به‌موجب قانون، ناجا یک مجری تلقی می‌گردد، لذا حرکت از وضعیت موجود به سمت مطلوب و تحول‌آفرینی، با انجام تغییراتی در سطح کلان دولت ممکن می‌گردد. امروزه فعالیت سازمان‌های غیردولتی در سطح محلی و ملی، بخشی از توفیق برنامه‌های امنیتی و انتظامی جوامع را به خود وابسته کرده است. بر این مبنا، با اقتباس از عملکرد مثبت آنان، می‌توان، موضوعات و مسائل مربوط به قانون مدنی، مانند: بدهی، قراردادهای خسارات دارایی، کلاهبرداری، دزدی، نزاع‌های خشونت‌بار، احیای هویت‌های محلی و قومی و نظایر آن را به این سازمان‌های مردم‌نهاد محول نمود تا ضمن گزارش موارد مذکور به پلیس و دادگاه‌های قانونی، اگر هدف توقیف و دستگیری باشد، پلیس وارد محله یا خانه قربانی نشود؛ مگر با موافقت رئیس انجمن یا سازمان. از این رهگذر، چند مهم ممکن می‌گردد: اول آنکه، از تقابل پلیس با مردم جلوگیری می‌شود؛ دوم؛ همبستگی اجتماعی افزایش می‌یابد؛ سوم؛ هزینه‌های دولت (در مفهوم عام) کاهش یافته و صرف امور مهم‌تری می‌گردد؛ چهارم؛ جرایم کاهش یافته و دادگاه‌ها وقت بیشتری برای رسیدگی به جرایم مهم‌تر خواهند داشت؛ پنجم؛ ظرفیت‌سازی جدیدی برای ناجا و ضابطین پدید می‌آید تا به اولویت‌های مهم‌تری بپردازند؛ ششم؛ حیثیت و کرامت انسانی افراد بیشتر محافظت شده و از بازداشت‌های خودسرانه، نقض حریم خصوصی شهروندان و... تا حدود زیادی پیشگیری می‌گردد و بالاخره این‌که؛ نظم و امنیت مورد نظر پلیس، جامعه و اهداف امنیت انسانی در حوزه‌هایی از ترس بیش از پیش محقق می‌گردد. بدین ترتیب، تحول در وظایف و اختیارات پلیس نه‌تنها یک انتخاب نیست، بلکه ضرورتی اجتناب‌ناپذیر خواهد بود که مستلزم اقتضائاتی به‌شرح ذیل است:

- نهادهای اجرایی مسئول در پیشگیری از جرم در اصل (۱۵۶) قانون اساسی، مشخص شوند،

- زیرا، بر طبق این اصل، پیشگیری از جرم به قوه قضائیه محول شده؛ در حالی که، سیاست‌های پیشگیرانه در معنای خاص، ناظر بر اقداماتی است که قبل از وقوع جرم صورت می‌پذیرد.
- پراکندگی و تکثر قوانین و مقررات مربوط به وظایف و اختیارات ناجا؛ متمرکز و تجمیع گردد (مانند قانون جامع ایثارگران).
  - قانون تشکیل ناجا با هدف انطباق با اهداف امنیت انسانی و تهدیدات پیش‌رو، مورد بازبینی و اصلاح اساسی قرار گیرد.
  - پیاده‌سازی کامل الگوی پلیس جامعه‌محور از طرف ناجا دنبال و موجبات و نحوه مشارکت نهادهای مدنی و شهروندان در استقرار نظم و امنیت، از سوی قانون‌گذار، فراهم گردد.
  - بازبینی ساختار و طراحی مجدد وظیفه مبتنی بر امنیت مشارکتی و با اولویت پیشگیری، از سوی پلیس مورد اهتمام قرار گیرد.
  - برون‌سپاری برخی وظایف و اختیارات، به‌ویژه در فرایند تأمین امنیت شخصی و اجتماعی با هدف تحقق انتظام مشارکتی، مورد توجه ناجا قرار گیرد.
  - آموزش مفاهیم حقوق شهروندی به افراد پلیس و مأموران اجرای قانون در اولویت قرار گرفته و اثربخشی آن ارزیابی گردد.
  - نسبت به تشکیل پلیس اطفال و افزایش نیروهای پلیس زن، اهتمام جدی معمول گردد؛ زیرا درون‌دادها و برون‌دادهای مطلوبی بر جای نگذاشته است.
  - توسعه گفتمان شهروندمحوری، از طریق ترویج منش مشارکت و آگاهی از لازم و ملزوم بودن اعمال حقوق شهروندی با مسئولیت‌های شهروندی، توسط ناجا در دستور کار قرار گیرد.
  - با به‌کارگیری تجهیزات الکترونیکی و ایجاد سامانه جامع اطلاعاتی در ناجا، امکان جعل و امحای اسناد کاغذی و زمینه فساد و فرار مجرمان محدود گردد.
  - کاستی‌ها و ابهامات موجود در برخی قوانین، نظیر نامعلوم بودن وضعیت اموال مکشوفه بلاصاحب در خودروهای عمومی و امثالهم، از سوی مقنن مرتفع گردد.
  - تعارض و یا تزامم قوانین و مقررات، به‌منظور تسهیل مأموریت‌های ناجا و ضابطین، احصا و مرتفع گردد.
  - تجهیزات و فناوری‌های لازم برای سهولت دسترسی ضابطین به مقام قضایی به‌منظور اخذ مجوز در مواقع مواجهه با جرایم غیرمشهود و مشکوک در نقاط کور بیرون از شهر، در اختیار قرار گیرد تا مفری برای گریز مجرمین از خلأهای موجود نباشد.

## منابع

## فارسی

- آریامنش، بشیر، (۱۳۹۱)، «حقوق اقلیت‌ها از منظر قانون اساسی و موازین بین‌المللی»، فصلنامه تعالی حقوق، سال چهارم، شماره ۱۳ و ۱۴.
- آقاخانی، جعفر و بهزاد سارخانلو (۱۳۹۴)، مسئولیت کیفری پلیس ناشی از نقض حقوق شهروندی، تهران: معاونت حقوقی و امور مجلس ناجا.
- بارانی، محمد، (۱۳۹۳)، مستندات تخصصی کلاتری‌ها، تهران: معاونت آموزشی ناجا.
- پروین، خیرالله و فیروز اصلانی (۱۳۹۰)، اصول و مبانی قانون اساسی، تهران: نشر دانشگاه تهران.
- تاموشات، کریستیان (۱۳۹۱)، حقوق بشر، ترجمه حسین شریفی طرازکوهی، تهران: نشر میزان.
- جونز، پیتر (۱۳۹۲)، فلسفه حقوق حق‌ها (مبانی، ماهیت، قلمرو، محتوا و نارسایی‌ها)، ترجمه: مشتاق زرگوش و مجتبی همتی، تهران: نشر میزان.
- دانش ناری، حمیدرضا و علی مرادفر (۱۳۹۵)، حقوق شهروندی در مرحله پیش دادرسی، تهران: معاونت حقوقی و امور مجلس ناجا.
- راسخ، محمد (۱۳۹۷)، حق و مصلحت (مقالاتی در فلسفه حقوق، فلسفه حق و فلسفه ارزش)، جلد اول، تهران: نشرنی.
- رحمدل، منصور (۱۳۸۴)، «حق انسان بر حریم خصوصی»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۷۰.
- رئیسی‌دزکی، لیلا و فلور قاسم‌زاده‌لیاسی (۱۳۹۸)، «چالش‌های نظام حقوقی ایران در نقض داده‌های شخصی و حریم خصوصی در فضای سایبر»، مجله حقوقی دادگستری، سال ۸۴، شماره ۱۱۰.
- زاهدی، عبدالوحید و سمیرا سرگزی (۱۳۹۸)، «تأثیر عدم رعایت اصول مهم دادرسی بر بی اعتباری رأی دادگاه»، مجله حقوقی دادگستری، سال ۸۳، شماره ۱۰۷.
- ساریخانی، عادل و ایمان محترم‌قلانی (۱۳۹۸)، «تعامل ضابطان دادگستری با حریم خصوصی خودروها»، مجله حقوقی دادگستری، سال ۸۳، شماره ۱۰۵.
- سعیدی، محمدحسن (۱۳۹۳)، «امام خمینی و اهمیت کرامت انسانی»، نشریه حوزه، شماره ۱۷۱.
- سیدتاج‌الدینی، علی (۱۳۸۹)، حقوق شهروندی متهمان با رویکرد پیشگیری از ضرب و جرح، چاپ اول، تهران: انتشارات معاونت تربیت و آموزش ناجا.
- شریفی طرازکوهی، حسین (۱۳۹۲)، زمینه‌ها، ابعاد و آثار حقوق شهروندی، تهران: نشر میزان.
- شریفی طرازکوهی، حسین و جواد مصطفی‌لو (۱۳۹۵)، «مبانی هنجاری دکترین امنیت‌انسانی»، مجله آفاق امنیت، شماره ۳۳.
- طباطبایی موتمنی، منوچهر (۱۳۸۸)، حقوق اداری ایران، چاپ دهم، تهران: نشر سمت.
- عباسی، بیژن (۱۳۹۰)، حقوق بشر و آزادی‌های بنیادین (سه نسل حقوق بشر در اسلام، ایران و اسناد بین‌المللی و منطقه‌ای)، تهران: انتشارات دادگستر.
- عبدالهی، سامان (۱۳۹۵)، «بازخوانی مفهوم امنیت‌انسانی در راستای ارتقاء امنیت اجتماعی»، فصلنامه علمی

- دانش انتظامی زنجان، مقاله ۴، شماره ۱۹.
- عسکری زاده کلسری، معصومه (۱۳۹۶)، امنیت انسانی و حقوق بین الملل توسعه، تهران: انتشارات خرسندی.
  - فن تیگرشتروم، باربارا (۱۳۹۳)، امنیت انسانی و حقوق بین الملل، ترجمه: اردشیر امیرارجمند و حمید قنبری، تهران: مجد.
  - قاضی، ابوالفضل (۱۳۸۲)، بایسته‌های حقوق اساسی، چاپ هشتم، تهران: نشر میزان.
  - مقدسی، محمدباقر و کیوان غنی (۱۳۹۴)، «تحول نقش پلیس در نظام‌های تطبیقی و اسناد بین‌المللی در پرتو آموزه‌های حقوق بشر»، فصلنامه مطالعات بین‌المللی پلیس، سال ۶، ش ۲۴.
  - مقیمی، مهدی (۱۳۹۵)، پلیس و حقوق شهروندی، تهران: دانشگاه علوم انتظامی امین.
  - موالی‌زاده، باسَم (۱۳۹۱)، بررسی تطبیقی حق حریم خصوصی در اسناد و رویه‌های بین‌المللی و نظام حقوقی ج.ا.ا، تهران: مجد.
  - وایت، راب و فیونا هینز (۱۳۹۰)، جرم و جرم‌شناسی، ترجمه علی سلیمی، چاپ چهارم، تهران: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.
  - وروایی، اکبر و سروش بهریر (۱۳۸۸)، «اثربخشی الگوهای پلیس سنتی و نوین»، فصلنامه انتظام اجتماعی، سال اول، شماره ۱.
  - ویلیامسون، تام، راهنمای پلیس دانش محور (مفاهیم جاری و مسیرهای آتی)، ترجمه: علیرضا جزینی و ثمر احتشامی، تهران: علامت، مرکز تحقیقات کاربردی پلیس پیشگیری ناجا.
  - ویزبرد، دیوید و جان ایک (۱۳۸۸)، «پلیس چگونه می‌تواند جرم، بی‌نظمی و ترس را کاهش دهد؟»، ترجمه علی کریمی‌خوزانی، دوماهنامه توسعه انسانی پلیس، سال ششم، شماره ۲۴.
  - هاشمی، سیدمحمد (۱۳۹۲)، حقوق اساسی و ساختارهای سیاسی، تهران: میزان.
  - هاشمی، سیدمحمد (۱۳۸۴)، حقوق بشر و آزادی‌های اساسی، تهران: میزان.

#### انگلیسی

- Alkire, Sabina (2003), *A Conceptual Framework for Human Security*, Working Paper 2. Oxford: Center for Research on Inequality, Human Security and Ethnicity (CRISE) London: Oxford university.
- Crawshaw, R. & Holmstron, L. (2001), *Essential texts on human rights for the police*, Kluwer Law International, Netherlands.
- Erwin A. Schmidl (2009), *Police Function in Peace Operations: An Historical Overview*, in Robert B. Oakley, Michael J. Goldberg, *Policing the New World Disorder; Peace Operations and Public security*, in *Policing the new World Disorder* htm.
- Hamaa, Hawre Hsan (2017), *State Security, Societal Security and Human Security*, jadarpur University.
- *Human Development Report* (1994), Published for the United Nations Development Program (UNDP), New York: Oxford University Press.
- *Human Security Handbook* (2016), United Nations, New York, NY 10017.
- Nussbaum, Martha, (2000), *Woman and Human Development: The*

**Capabilities Approach**, Cambridge University Press.

- Mitchel, Audra, (2014), “only human? A worldly approach to security”, **Security Dialogue**, vol.45 (1):5-21.
- RoznaiYaniv, (2014), “The Insecurity of Human Security”, **Wisconsin International Law Journal**, Vol. 32, No. 1.
- United Nations Development Program (1994), **Human Development Report**, New York: Oxford University Press.
- UNDP (1994), “Human Development Report”, **Human Development for Everyone**, New York, UNDP.
- UNDP (2016), “Human Development Report”, **Human Development for Everyone**, New York, UNDP.



## بررسی صلاحیت دادگاه صادرکننده رأی در فرایند شناسایی و اجرای آرای خارجی

رضا مقصودی پاشاکی\*

### چکیده

رأی صادره از کشور خارجی در صورتی قابل شناسایی و اجراست که دادگاه صادرکننده رأی صلاحیت رسیدگی به دعوی را داشته باشد. صلاحیت در مرحله شناسایی بر اساس معیارهای کشور محل شناسایی مورد سنجش قرار می‌گیرد. مسئله اساسی این است که چه معیاری برای پذیرش صلاحیت دادگاه خارجی در مرحله شناسایی آرا وجود دارد؟ برخی کشورها برای دادگاه خارجی صلاحیتی مشابه صلاحیت دادگاه داخلی قائل هستند. در حالی که برخی دیگر با محدود کردن مصادیق صلاحیت دادگاه خارجی فقط بر اساس معیارهایی مضیق به پذیرش صلاحیت و شناسایی رأی دادگاه خارجی می‌پردازند. در حقوق ایران نیز بدون بیان شرط صلاحیت دادگاه خارجی صرفاً صلاحیت اختصاصی دادگاه ایران به‌عنوان مانع شناسایی قلمداد شده است. این مقاله با روش تحلیلی تطبیقی به بررسی شرط صلاحیت دادگاه خارجی در نظام‌های حقوقی مختلف می‌پردازد. فقدان قواعد صلاحیتی هماهنگ در بین کشورها در موضوع شناسایی رأی دادگاه خارجی، سودمندی رسیدگی قضایی در دعاوی بین‌المللی را با اختلال مواجه می‌نماید و حرکت آزادانه آرا در بین کشورها را ناممکن می‌سازد. ضرورت تأمین انتظارات مشروع اشخاص خصوصی و ایجاد قابلیت پیش‌بینی در روابط فرامرزی اقتضا دارد که مصادیق صلاحیت دادگاه خارجی از پیش تعیین گردد و اصحاب دعوی قبل از آغاز دادرسی از تحقق این شرط برای شناسایی رأی صادره در کشورهای دیگر اطمینان یابند.

واژگان کلیدی: صلاحیت، صلاحیت غیرمستقیم، شناسایی رأی خارجی، قاعده تصویر آینه، کنوانسیون ۲۰۱۹ لاهه

\* دانشیار گروه حقوق، دانشکده ادبیات و علوم انسانی، دانشگاه گیلان، رشت، ایران

## مقدمه

شناسایی و اجرای احکام خارجی یک عنصر بسیار ضروری و مهم در حقوق بین‌الملل خصوصی است. اعمال صلاحیت قضایی توسط دادگاه یک کشور خاص و اجرای قانون یک کشور خاص در نهایت فایده‌چندانی ندارد، اگر که رأی صادره متعاقباً در کشور محل سکونت یا محل وقوع اموال محکوم‌علیه معتبر و قابل اجرا نباشد.

شناسایی و اجرا از هم متفاوت است. شناسایی اصولاً به این معنی است که رأی خارجی دارای همان اثری تلقی شود که در کشور منشأ خود دارد. در حالی که اجرای رأی خارجی به معنای اطاعت اجباری از طریق ابزارهایی نظیر توقیف مزد در نزد کارفرما، بازداشت، جریمه نقدی، تأمین اموال یا اجرای اجباری رأی است (Svantesson, 2007: 10). بنابراین دادگاه باید رأی خارجی را قبل از اجرا، شناسایی کند. اما نیاز نیست که هر رأی خارجی که شناسایی می‌شود، به مورد اجرا گذاشته شود (Collins et al, 2000: 462). در حقوق داخلی ایران هم تعریف‌های مشابهی وجود دارد: منظور از شناسایی احکام خارجی آن است که از دادگاه یک کشور خواسته شود تا حکمی را که مرجع خارجی صادر کرده است، معتبر تلقی نماید و حال آنکه مراد از اجرای احکام خارجی آن است که از دادگاه یک کشور خواسته شود تا حکمی را که مرجع خارجی صادر کرده است مانند احکام صادره از دادگاه داخلی تلقی کند و دستور اجرای آن را صادر نماید. بنابراین مقصود از شناسایی حکم خارجی اجرای مستقیم هر حکم خارجی نیست بلکه پذیرفتن و معتبر دانستن آن است (الماسی، ۱۳۸۴: ۲۰۶ و ۲۰۷).

صلاحیت قضایی یکی از مباحث مهم حقوق بین‌الملل خصوصی است که در تعارض قوانین و شناسایی و اجرای احکام خارجی نیز تأثیرات مهمی به جا می‌گذارد. ابتدا مرجع رسیدگی با توجه به قواعد کشور متبوع خود درباره صلاحیت بین‌المللی دادگاه اظهارنظر می‌کند. این قواعد با وجود برخی انتقادات به‌طور مرسوم به‌عنوان قواعد تعارض دادگاه‌ها شناخته می‌شود (صفایی، ۱۳۸۸: ۱۷۲ و شریعت‌باقری، ۱۳۹۶: ۱۴۳). به‌طور کلی در بحث تعارض صلاحیت دادگاه‌ها، هدف تعیین دادگاه صلاحیت‌دار جهت رسیدگی به یک اختلاف خصوصی بین‌المللی از بین کشورهای است که به نوعی با دعوی یا سبب آن یا دست‌کم یکی از دو طرف دعوی ارتباط دارند (غمامی و صانعیان، ۱۳۹۹: ۱۶۸). سپس دادگاه صالح در مرحله تعارض قوانین با توجه به قواعد حل تعارض کشور متبوع خود به تعیین قانون حاکم می‌پردازد. صلاحیت یکی از شاخصه‌های مهم در شناسایی احکام خارجی نیز هست. زیرا بر طبق حقوق داخلی بسیاری از کشورها و نیز مطابق اسناد بین‌المللی برای شناسایی رأی خارجی لازم است رأی مزبور از دادگاه صلاحیت‌دار صادر



شده باشد. بنابراین اگرچه کشورها در وضع قاعده‌های صلاحیت و تعیین قلمرو نفوذ دادگاه‌های داخلی برحسب ظاهر فعال مایشاء هستند و این قواعد جزو حقوق داخلی و برخاسته از حق حاکمیت کشورهاست، اما کشورهای دیگر در مقام شناسایی و اجرای رأی صادره تکلیفی به اطاعت از این قاعده‌های صلاحیت ندارند و در مقابل اغماض از صلاحیت سرزمینی خود از این فرصت برخوردارند تا صلاحیت دادگاه صادرکننده رأی را مورد بازنگری قرار دهند و در صورتی که صلاحیت دادگاه خارجی بر قواعدی ناعادلانه و غیرمعارف مبتنی باشد، از تنفیذ و شناسایی رأی صادره خودداری نمایند. این نوع از صلاحیت که در مرحله شناسایی آرای خارجی مطرح می‌شود، به‌عنوان صلاحیت غیرمستقیم<sup>۱</sup> نیز نامیده می‌شود (Ralf Michaels, 2016: 3).

مسئله صلاحیت قضایی و تشتت دولت‌ها در پیرامون آن امروزه به یکی از چالش‌های اصلی در مسیر جهانی شدن و بین‌المللی‌گرایی تبدیل شده است (Wautelet, 2008: 1). سؤال اساسی در این مقاله آن است که معیار صلاحیت دادگاه صادرکننده حکم چیست و دادگاه محل شناسایی در چه مواردی مجاز یا ملزم به عدم شناسایی حکم خارجی به دلیل فقدان صلاحیت است؟ تعیین صلاحیت دادگاه خارجی از لحاظ رعایت حقوق اشخاص خصوصی در روابط فرامرزی واجد اهمیت است. خواهان بعد از فرایند طولانی دادرسی و صرف وقت و هزینه گزاف موفق به تحصیل رأی شده است. اما اکنون به دلیل عدم شفافیت در قواعد شناسایی احکام خارجی برای استیفای حقوق خود در تعلیق و ابهام به سر می‌برد. این آشفتگی رسالت حقوق بین‌الملل خصوصی در تأمین انتظارات مشروع اشخاص خصوصی و ایجاد ثبات و قابلیت پیش‌بینی در روابط فرامرزی را مورد تهدید قرار می‌دهد و لازم است رویکرد مناسبی برای حل این معضل توسط جامعه بین‌المللی در پیش گرفته شود.

در این مقاله ابتدا قواعد رایج درباره صلاحیت دادگاه خارجی به‌عنوان یکی از شرایط شناسایی آرای خارجی بررسی می‌شود. سپس حقوق داخلی کشورهای مختلف از دو سیستم حقوقی کامن‌لا و رومی ژرمنی و نیز حقوق ایران و معیارها و ملاحظات رایج در این کشورها درباره صلاحیت دادگاه خارجی صادرکننده رأی مورد مطالعه قرار می‌گیرد. در پایان اسناد بین‌المللی خصوصاً کنوانسیون ۲۰۱۹ لاهه درباره شناسایی و اجرای احکام خارجی در امور مدنی و تجارتی که محصول آخرین تلاش کنفرانس دائمی بین‌الملل خصوصی لاهه است، مورد بررسی قرار می‌گیرد. مطالعه این کنوانسیون و نیز حقوق داخلی برخی کشورها نشان می‌دهد که صلاحیت دادگاه

## 1. Indirect Jurisdiction

خارجی اولین ملاحظه و دغدغه در فرایند شناسایی حکم خارجی است و لازم است در حقوق ایران نیز مورد توجه بیشتر قرار گیرد.

### ۱. بررسی قواعد صلاحیت

صلاحیت با توجه به مباحث شناسایی احکام خارجی به دو نوع صلاحیت مستقیم و غیرمستقیم تقسیم می‌شود. وحدت و یکسانی قواعد صلاحیت مستقیم و غیرمستقیم یا تعدد قواعد در این دو بخش در کشورهای مختلف متفاوت است.

#### ۱-۱. صلاحیت مستقیم و صلاحیت غیر مستقیم

اصطلاح صلاحیت مستقیم و صلاحیت غیرمستقیم در حقوق فرانسه رایج است. مسئله صلاحیت دادگاه در دو مرحله مطرح است. مرحله اول در آغاز دادرسی در دادگاه صادرکننده رأی است. دادگاه به دعوی رسیدگی نمی‌کند مگر اینکه در ابتدا صلاحیت خود را احراز نماید. مرحله دوم در هنگام رسیدگی در دادگاه محل شناسایی رأی صادره است. دادگاه مخاطب (محل اجرا) رأی صادره را شناسایی نمی‌کند مگر اینکه احراز نماید دادگاه صادرکننده رأی واجد صلاحیت بوده است. دادگاه محل شناسایی می‌تواند از طریق فرایند شناسایی به‌طور غیرمستقیم صلاحیت دادگاه صادرکننده رأی را کنترل نماید. صلاحیت غیرمستقیم به معنای بازنگری در صلاحیت دادگاه صادرکننده رأی توسط دادگاه محل شناسایی است. بررسی این صلاحیت یک شرط جهان‌شمول در همه سیستم‌های حقوقی و یک رکن اساسی در همه نظام‌های شناسایی و اجرای احکام به شمار می‌رود (Kessedjian, 1998: 17).

به عبارت دیگر صلاحیت مستقیم به تعیین موارد صلاحیت دادگاه در مقام رسیدگی می‌پردازد. در حالی که قواعد صلاحیت غیرمستقیم به تعیین اوضاع و احوالی می‌پردازد که برحسب آن یک دادگاه خارجی می‌تواند به‌طور مشروعی اعمال صلاحیت نماید. در واقع اگر کشوری احساس کند که یک دادگاه خارجی صلاحیت خود را به‌نحو فوق‌العاده گسترش داده است، نمی‌تواند به‌طور مستقیم مانع اعمال صلاحیت وی شود. اما می‌تواند به‌طور غیرمستقیم با امتناع از شناسایی رأی صادره در دعوی مداخله نماید (Wautelet, 2008: 4). استفاده از صلاحیت غیرمستقیم در کنوانسیون‌های شناسایی و اجرای احکام رایج است. کنوانسیون‌های راجع به شناسایی از قبیل کنوانسیون ۲۰۱۹ لاهه مجموعه‌ای از قواعد صلاحیت را وضع می‌کند. این قواعد برای دادگاه رسیدگی‌کننده الزامی نیست و فقط در صورتی ایفای نقش خواهد کرد که شناسایی رأی صادره در قلمرو دولت دیگر درخواست شود. در این صورت دادگاه محل شناسایی باید بررسی کند که آیا دادگاه مبدا (محل صدور) بر طبق این قواعد واجد صلاحیت بوده است یا خیر.

اما کنوانسیون بروکسل راجع به صلاحیت و اجرای احکام در امور مدنی و تجارتي<sup>۱</sup> مصوب ۱۹۶۸ و مقررات بروکسل یک‌الف درباره صلاحیت و شناسایی و اجرای احکام در امور مدنی و تجارتي<sup>۲</sup> که برای کشورهای عضو اتحادیه اروپا الزامی است، اصل صلاحیت مستقیم را اعمال کرده است. به طوری که این کنوانسیون و مقررات، قواعدی برای صلاحیت دادگاه‌ها برای رسیدگی به دعوی وضع کرده است. دادگاه محل رسیدگی ملزم به رعایت قواعد صلاحیت مندرج در کنوانسیون است، حتی اگر نیاز به شناسایی رأی صادره در قلمرو دولت دیگر نباشد. از سوی دیگر دادگاه محل شناسایی هم مجاز نیست که صلاحیت دادگاه مبدأ را مورد بازرسی قرار دهد. این سیستم دارای دو مزیت است: اول اینکه با وضع قواعد مشخص برای صلاحیت از خواندگان در مقابل برخی انواع صلاحیت‌های افراطی مندرج در حقوق داخلی کشورها حمایت می‌کند. ثانیاً دادگاه محل شناسایی را از اعمال هرگونه معیار صلاحیتی که برخاسته از اراده قانون‌گذار داخلی است، باز می‌دارد. اما این عیب را هم دارد که با الزام دادگاه رسیدگی‌کننده به رعایت قواعد صلاحیتی مندرج در کنوانسیون بروکسل و مقررات بروکسل یک‌الف موجب ایراد خواندگان به صلاحیت دادگاه و اطاله دادرسی می‌شود (Hartley, 2009: 22). این عیب در مقابل مزایای گسترده که ایجاد سیستم یکپارچه صلاحیت بین‌المللی به ارمغان می‌آورد، چندان قابل‌اعتنا نیست. چراکه ایراد به صلاحیت همواره در جریان دادرسی ولو در مرحله شناسایی توسط اصحاب دعوی محتمل است و کنترل و نظارت بر اعمال صحیح قواعد صلاحیت برای تضمین انجام دادرسی عادلانه ضروری است.

## ۱-۲. وحدت قواعد صلاحیت یا تنوع قواعد

به زعم برخی نویسندگان معیار اعمال صلاحیت مستقیم و صلاحیت غیر مستقیم یکسان است. یعنی اینکه دادگاه محل شناسایی همان قلمرو و قواعد صلاحیتی خود را برای دادگاه خارجی قائل می‌شود و تنها در مواردی برای دادگاه خارجی قائل به صلاحیت می‌شود که خود نیز در آن مقام واجد صلاحیت باشد. به این نگرش قاعده تصویر آینه<sup>۳</sup> اطلاق می‌شود. در واقع صلاحیت دادگاه

1. 1968 Brussels Convention on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters,

[https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:41968A0927\(01\)&from=LV](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:41968A0927(01)&from=LV)

2. Regulation (EU) No 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters,

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=celex%3A32012R1215>

3. The "Mirror image" Rule

خارجی، آینه صلاحیت دادگاه داخلی کشور محل شناسایی است (Hay, 2018: 115). البته این نوع هماهنگی معمولاً در جایی است که دو نظام حقوقی قرابت و تجانس زیادی با یکدیگر داشته و در رابطه میان آنان اعتماد کامل حکم فرما باشد. به طور مثال در سیستم بین ایالتی در بین دادگاه‌های دو یا چند ایالت و نیز در نظام مقررات بروکسل یک در محیط اتحادیه اروپا این وضعیت صدق می‌کند (Ralf, 2016: 9).

قاعده تصویر آینه در حقوق آلمان پذیرفته شده است. بر طبق حقوق این کشور رأی خارجی در صورتی شناسایی می‌شود که با معیارهای صلاحیت رایج در حقوق آلمان منطبق باشد. در واقع قاعده تصویر آینه، ما را فقط به سوی مطالعه و تمرکز بر روی قواعد صلاحیت مستقیم سوق می‌دهد و قواعد جداگانه‌ای برای صلاحیت دادگاه خارجی ندارد (Wautelet, 2008: 7).

تحقیق انجام شده توسط کارگروه کنوانسیون لاهه در سال ۲۰۱۸ کشورهایی را که از قواعد یکسان برای صلاحیت مستقیم و غیرمستقیم برخوردار هستند و بنابراین به اصطلاح شکاف صلاحیتی ندارند، احصا کرده است: آلبانی، شیلی، رژیم اشغالگر اسرائیل، لوکزامبورگ، آرژانتین، آلمان، ایتالیا، مکزیک، اتریش، یونان، ژاپن، اسلواکی، بلغارستان، مجارستان، کره جنوبی، ایالات متحده، کانادا، ایرلند و لیتوانی. در واقع این کشورها از قاعده تصویر آینه تبعیت کرده‌اند (Brand, 2019: 23).

مطابق گزارش کارگروه کنوانسیون لاهه در برخی کشورها وحدت بین قواعد صلاحیت مستقیم و صلاحیت غیرمستقیم وجود ندارد. در واقع این دسته از کشورها در موارد مشخص قائل به صلاحیت دادگاه خارجی بوده و به طور معمول نسبت به دادگاه‌های داخلی برای دادگاه خارجی صلاحیت کمتری قائل هستند. چنین وضعیتی به عنوان شکاف صلاحیتی یا اعمال صلاحیت تبعیض آمیز موسوم است. این تحقیق نشان می‌دهد که قواعد مستقیم صلاحیت بسیار گسترده‌تر از مبانی غیرمستقیم صلاحیت در کشورهای زیر است: استرالیا، قبرس، دانمارک، مصر، فنلاند، غنا، ایسلند، اندونزی، اردن، قزاقستان، کنیا، نیوزلند، نیجریه، نروژ، سوئد، امارات و انگلیس (Brand, 2019: 24).

در کشور فرانسه از سال ۱۹۸۵ بر طبق رأی دیوان کشور یک معیار بسیار منعطف ایجاد شده است که بر شرط ارتباط میان دعوی و دادگاه محل رسیدگی مبتنی است.<sup>۱</sup> اما این معیار منطقی به تعیین قواعد صریح منتهی نمی‌شود و لازم است در هر دعوی در چهارچوب موضوعی خود به طور جداگانه بررسی شود (Wautelet, 2008: 7).

1. the requirement of a nexus between the claim and the court of origin

## ۲. صلاحیت دادگاه محل صدور در سیستم‌های حقوقی داخلی

منبع اصلی قواعد حقوق بین‌الملل خصوصی به‌ویژه در بخش صلاحیت قضایی و شناسایی آرای خارجی، حقوق داخلی کشورهاست. بنابراین در این قسمت از مقاله حقوق کشورهای مختلف از دو سیستم کامن‌لا و رومی ژرمنی و همچنین حقوق ایران مورد بررسی قرار می‌گیرد.

### ۲-۱. شناسایی و اجرا در انگلیس و ایالات متحده

شناسایی رأی خارجی در حقوق انگلیس تنها در صورتی ممکن است که دادگاه خارجی صادرکننده رأی بر اساس قواعد مورد پذیرش در کشور محل شناسایی دارای صلاحیت باشد. در این چهارچوب، ذکر این نکته ضروری است که آن قواعد صلاحیت که دادگاه‌های انگلیس در رابطه با ادعای صلاحیت دادگاه خارجی مورد پذیرش قرار می‌دهند، با آن مبانی صلاحیت که دادگاه‌های انگلیس خود بر مبنای آن به اعمال صلاحیت می‌پردازند، یکسان نیست (Svantesson, 2007: 131). در انگلیس قواعد صلاحیت مستقیم که مورد اجرا در دادگاه‌های این کشور است، در دستورالعمل اجرایی 6B قرار دارد که به بخش ششم قواعد آیین دادرسی مدنی ۱۹۹۸ دیوان عالی انگلیس و ولز (CPR) ضمیمه شده است.<sup>۱</sup> این دستورالعمل مقرر می‌دارد که دادگاه می‌تواند دستور ابلاغ در خارج از کشور انگلیس در وضعیت‌های خاص صادر کند. این دستورالعمل اجرایی ۲۱ عامل ارتباط را احصا می‌کند که وجود هر یک از آن‌ها می‌تواند ابلاغ در خارج از کشور را توجیه کند و لذا مبنای قابل قبولی برای اعمال صلاحیت بر روی خواننده خارجی باشد. اما وضعیت در زمان ارزیابی صلاحیت دادگاه خارجی و در مقام شناسایی رأی خارجی این‌گونه نیست. در این مورد اخیر دادگاه‌های انگلیس از «قاعده دایسی»<sup>۲</sup> استفاده می‌کنند که در آخرین چاپ کتاب تعارض قوانین وی وجود دارد. این معیار تنها ۴ مبنا برای صلاحیت غیرمستقیم پیش‌بینی کرده است: محکوم‌علیه در کشور محل دادرسی در زمان اقامه دعوی حضور داشته باشد. محکوم‌علیه همان خواهان دعوای اصلی یا خواهان دعوی متقابل باشد. خواننده به‌طور ارادی در دادگاه حضور یافته و به صلاحیت دادگاه رضایت داده باشد. طرفین قبل از طرح دعوی بر صلاحیت دادگاه خارجی تراضی کرده باشند (Brand, 2019: 29). در واقع غیر از مبنای اول که حضور در کشور محل رسیدگی است، سایر مبانی صلاحیت به توافق یا رضایت محکوم‌علیه مبتنی است. زیرا او بر

1. Practice Direction 6B which accompanies Part 6 of the Civil Procedure Rules 1998 of the Supreme Court of England and Wales (CPR),

[https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/part06/pd\\_part06b](https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/part06/pd_part06b)

2. The Dicey Rule

اساس توافق نامه قبلی، صلاحیت دادگاه خارجی را پذیرفته است یا در عمل با طرح دعوی اصلی یا طرح دعوی تقابل به صلاحیت دادگاه خارجی رضایت داده است. این رویه در انگلیس و برخی دیگر از کشورهای کامن لا مورد انتقاد برخی نویسندگان قرار گرفته است: «منطقی به نظر می‌رسد که دولت‌ها برای دادگاه‌های خارجی همان صلاحیتی را بپذیرند که برای خود متصور هستند» (Vischer, 1992: 238). در مقابل برخی دیگر این تبعیض و تفاوت را بر مبنای ملاحظات و روابط سیاسی توجیه می‌کنند: وقتی به مسئله صلاحیت در چهارچوب روابط سیاسی نگریسته شود، معیارهای شناسایی احکام خارجی نمی‌تواند از همان مبنایی نشئت بگیرد که یک دولت برای ایجاد صلاحیت قضایی مستقیم قائل شده است (Von Mehren, 1980: 58).

در ایالات متحده، آرای دادگاه‌های خارجی در این کشور نسبت به آرای ایالات متحده در سایر کشورها مورد استقبال گرم‌تری قرار می‌گیرند. با این حال، حتی اگر این استقبال و اشتیاق صحیح باشد، فقط نسبت به آرای کشورهای دارای فرهنگ حقوقی مشترک با ایالات متحده صدق می‌کند. به همین دلیل اولین مورد شناسایی یک رأی صادره از دادگاهی در کشور چین در سال ۲۰۱۰ به‌عنوان یک نقطه عطف تلقی شد (Regan, 2015: 78).

ایالات متحده عضو هیچ معاهده دوجانبه یا کنوانسیون چندجانبه راجع به شناسایی احکام خارجی نیست (Feldman, 2014: 2191). هیچ قانونی در سطح فدرال، شناسایی یا اجرای آرای قضایی خارجی را ممنوع نمی‌کند. اما از سوی دیگر هیچ قانونی مبنی بر الزام به شناسایی نیز وجود ندارد. با فقدان قوانین ملی یا معاهدات لازم‌الاجرا، مسئله شناسایی احکام خارجی به حقوق کامن لا یا قوانین ایالتی واگذار شده است (Balan, 2003: 234).

شرح جدید حقوقی (ویرایش سوم)<sup>۱</sup> در مورد حقوق روابط خارجی ایالات متحده در بخش ۴۸۲ اظهار می‌دارد که «دادگاه ایالات متحده ممکن است از شناسایی رأی دادگاه یک کشور خارجی خودداری کند، اگر که آن رأی بر طبق یک سیستم قضایی صادر شده باشد که [...] انجام

### 1. Restatements(third)

شرح جدید حقوقی مجموعه ای از اصول یا قواعد مربوط به یک حوزه خاص از حقوق را بیان می‌کند. آنها منابع ثانوی حقوقی هستند که توسط موسسه حقوق آمریکا (ALI) برای شفاف سازی حقوق این کشور نوشته و منتشر شده اند. در حال حاضر شرح جدید حقوقی برای بیست حوزه حقوقی از قبیل قراردادها، قانون حاکم و مسئولیت مدنی وجود دارد:

<https://thealiadviser.org/inside-the-ali-posts/the-restatements-first-second-third/>

دادرسی منطبق با فرایند صحیح قانونی<sup>۱</sup> را تأمین نمی‌کند.» این قاعده از یک سو محدودیت‌هایی را بر نوع آرای قابل شناسایی تحمیل می‌کند، اما از سوی دیگر امکان شناسایی گسترده آرای خارجی را باز می‌گذارد (Svantesson, 2007: 157).

شرط فرایند صحیح قانونی در اصلاحیه چهاردهم قانون اساسی ایالات متحده پذیرفته شده است و در مسائل متعدد آیین دادرسی از قبیل صلاحیت اعمال می‌شود. برطبق این اصلاحیه هیچ ایالتی نمی‌تواند شخصی را از حق حیات، آزادی یا اموال خود بدون «فرایند صحیح قانونی» محروم کند.<sup>۲</sup> همین نکته یکی از وجوه تفاوت ایالات متحده با سایر کشورها در مسئله صلاحیت بین‌المللی است. در ایالات متحده صلاحیت یک مسئله حقوق اساسی است و پذیرش یا نفي صلاحیت دادگاه خارجی علاوه بر معیارهای مقرر در حقوق ایالتی، بر اساس معیارهای حقوق اساسی مورد سنجش قرار می‌گیرد (Strong, 2014: 14).

آیین دادرسی برای شناسایی آرا، ساده اما تناظری است. به این مفهوم که محکوم‌علیه رأی خارجی در ابتدا توسط دادگاه محل شناسایی احضار می‌گردد. محکوم‌علیه می‌تواند به‌عنوان دفاع به فقدان صلاحیت دادگاه خارجی صادرکننده رأی مورد نظر استناد کند. در ایالات متحده، سیاست فدرال در اجرای آرای خارجی به سیاست‌های خاص ایالت اجراکننده تفوق دارد. به محض اینکه دادگاه محل شناسایی، رأی خود را مبنی بر تجویز اجرای رأی خارجی اعلام کند، رأی خارجی با رأی داخلی متضمن دستور اجرا، ادغام‌شده محسوب می‌شود (Svantesson, 2007: 158).

رأی قابل اجرا در ایالات متحده باید توسط دادگاهی صادر شده باشد که در آن موضوع طبق آنچه دادگاه‌های آمریکا در چهارچوب شناسایی و اجرای آرای خارجی می‌پندارند، دارای صلاحیت مناسب باشد. حقوق موضوعه کالیفرنیا (قانون شناسایی یکنواخت رأی خارجی محکومیت پولی)<sup>۳</sup> که بر مقررات ایالت‌های دیگر بسیار تأثیرگذار بوده است، وجود صلاحیت مناسب را بر طبق قواعد زیر تعیین می‌کند:

۱. به شخص خوانده در کشور خارجی ابلاغ شده باشد. ۲. خواننده به‌طور ارادی در دادرسی حضور یابد. به استثنای جایی که او به‌منظور حمایت از اموال توقیف شده یا در خطر توقیف یا برای اعتراض به صلاحیت دادگاه در دادرسی حضور یابد. ۳. خواننده قبل از شروع دادرسی، بر

1. Due process of Law

2. ...nor shall any state deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law....

3. Uniform Foreign Money – Judgment Recognition Act, California Statutes

صلاحیت دادگاه خارجی در رابطه با مسئله مطروحه توافق کرده باشد. ۴. خواننده در هنگام اقامه دعوی در کشور خارجی مقیم باشد. یا در صورتی که شخص حقوقی است، محل اصلی تجارتی آن در کشور خارجی بوده، در آنجا تشخیص یافته یا اینکه به نحو دیگری در کشور خارجی مویعت شخص حقوقی را به دست آورده باشد. ۵. خواننده در کشور خارجی دارای دفتر تجارتی بوده و دعوی مطروحه در کشور خارجی متضمن سببی باشد که از فعالیت تجارتی خواننده از طریق آن دفتر در کشور خارجی حاصل شده باشد؛ یا ۶. خواننده یک وسیله نقلیه موتوری یا یک هواپیما را در کشور خارجی به کار انداخته و دعوی متضمن سببی باشد که از چنین کاری ناشی شده باشد. به علاوه دادگاه می‌تواند مبانی دیگری را هم برای صلاحیت به رسمیت بشناسد.

بر طبق ماده ۴ (۲) قانون متحدالشکل ۲۰۰۵ راجع به شناسایی آرای پولی کشور خارجی، یکی از قواعد آمره برای عدم شناسایی این است که دادگاه خارجی واجد صلاحیت شخصی بر روی خواننده نباشد.<sup>۱</sup> دادگاه‌های ایالات متحده این ماده را چنان تفسیر می‌کنند که دادگاه خارجی باید بر طبق معیارهای ایالات متحده درباره صلاحیت شخصی واجد صلاحیت باشد. این بدان معناست که اگر عناصر مطروحه در نزد دادگاه خارجی در وضعیت مشابه موجب صلاحیت مستقیم دادگاه آمریکا شود، در این صورت دادگاه آمریکا نسبت به پذیرش شناسایی اقدام می‌کند. لذا هیچ تفاوتی بین معیارهای صلاحیت مستقیم و معیارهای صلاحیت غیرمستقیم وجود ندارد. بنابراین قاعده تصویر آینه در حقوق این کشور پذیرفته شده است (Svantesson, 2007: 158).

در ایالات متحده برخی نویسندگان از اعمال قاعده تصویر آینه که مستلزم بازنگری در صلاحیت دادگاه خارجی بر اساس قواعد آمریکایی صلاحیت است، انتقاد کرده و اظهار داشته‌اند که برخی دادگاه‌ها این قاعده را بدون تبیین منطقی آن به کار برده‌اند بدون اینکه ضرورت آن بر طبق قوانین متحدالشکل ایالتی و حقوق اساسی توجیه شود. ایشان به جای قاعده مزبور شکلی از معیار فرایند صحیح (دادرسی عادلانه) بین‌المللی را پیشنهاد کرده‌اند که به ضرورت‌های انصاف در سطح فراملی توجه کرده و نسبت به صلاحیت دادگاه خارجی اعمال می‌شود (Feldman, 2014: 2194).

بررسی حقوق دو کشور حوزه کامن‌لا نشان می‌دهد که هر دو کشور شرط صلاحیت دادگاه خارجی را به‌عنوان یکی از معیارهای اصلی برای شناسایی آرای خارجی اعمال می‌کنند. اما هر

1. 4. (a) A foreign judgment is not conclusive if ...

(2) The foreign court did not have personal jurisdiction over the Defendant...

<https://law.justia.com/codes/california/2005/ccp/1713-1713.8.html>



کدام از ضوابطی کاملاً متفاوت برای احراز صلاحیت دادگاه خارجی بهره می‌گیرند. به طوری که در انگلیس قواعد صلاحیت بین‌المللی برای دادگاه انگلیسی به صورت موسع و برای دادگاه خارجی - در مقام شناسایی احکام - به صورت مضیق اعمال می‌شود. در حالی که در ایالات متحده با وجود برخی انتقادات با استفاده از معیار تصویر آینه، قواعد یکسانی برای صلاحیت دادگاه داخلی و نیز دادگاه خارجی به کار می‌رود. یعنی کافی است دادگاه ایالات متحده در همان موضوع در وضعیت متقابل خود را برای رسیدگی واجد صلاحیت بدانند.

## ۲-۲. شناسایی و اجرا در آلمان و فرانسه

آلمان عضو دسته‌ای از کنوانسیون‌های مربوط به شناسایی و اجرای احکام است. خارج از تعهدات ناشی از کنوانسیون، آرای خارجی می‌تواند بر طبق قواعد مندرج در قانون آیین دادرسی مدنی آلمان (ZPO) مخصوصاً ماده ۳۲۸ و نیز مواد ۷۲۲ و ۷۲۳ شناسایی و اجرا شود. بررسی مجدد و بازنگری در صلاحیت دادگاه صادرکننده رأی به طور کلی در کشور آلمان یک قاعده است و برای حمایت از خواننده در مقابل دادرسی در یک دادگاه نامناسب وضع شده است (Svandze, 2009: 25). ماده ۳۲۸ قانون آیین دادرسی مدنی آلمان مجموعه‌ای از شرایط را احصا می‌کند که تحقق آن برای شناسایی یک رأی خارجی در آلمان ضروری است. نخست اینکه دادگاه صادرکننده رأی باید برای رسیدگی به دعوی صلاحیت قضایی بین‌المللی داشته باشد.<sup>۱</sup> در آلمان قانون‌گذار صلاحیت بین‌المللی را تعریف نکرده است و مجال تفسیر برای رویه قضایی آلمان باز مانده است. در نگرش حقوق آلمان قواعد داخلی صلاحیت به دعوی بین‌المللی توسعه یافته است. باید متذکر شد که دادگاه‌های آلمان در این موضوع نسبت به دادگاه‌های کشورهای کامن‌لا و به طور خاص انگلیس دارای تنگ‌نظری کمتری هستند. به منظور شناسایی یک رأی خارجی، دادگاه خارجی محل صدور رأی در صورتی صلاحیت بین‌المللی دارد که در وضعیت مشابه قابل طرح در دادگاه آلمان، این دادگاه واجد صلاحیت باشد (Svantesson, 2007: 181).

با توجه به قواعد صلاحیت مذکور در قانون آیین دادرسی مدنی آلمان از آنجا که برخی انواع صلاحیت رایج در ایالات متحده مثل صلاحیت عبوری<sup>۱</sup>، معیار حداقل تماس<sup>۱</sup> یا زوال حجاب

1. ZPO, s 328(1)(1). Section 328 Recognition of foreign judgments

(1) Recognition of a judgment handed down by a foreign court shall be ruled out if: 1. The courts of the state to which the foreign court belongs do not have jurisdiction according to German law....., available at:

[https://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_zpo/englisch\\_zpo.html](https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_zpo/englisch_zpo.html)

2. Transient Jurisdiction

شرکت<sup>۲</sup> در کشور آلمان پذیرفته نیست، لذا آرای دادگاه‌های ایالات متحده مبتنی بر این قواعد در کشور آلمان قابل شناسایی نیست (Svandze, 2009: 25).

در کشور فرانسه صلاحیت دادگاه صادرکننده حکم مهم‌ترین شرط شناسایی آرای خارجی است. این نوع صلاحیت که در فرانسه صلاحیت بین‌المللی یا صلاحیت عام خوانده می‌شود، بر طبق حقوق فرانسه احراز می‌شود. دیوان کشور فرانسه در سال ۱۹۸۵ اذعان نمود که اگر یک رابطه واقعی میان دعوی و کشور خارجی وجود داشته باشد، دادگاه خارجی واجد صلاحیت محسوب می‌شود.<sup>۳</sup> اما همچنان یک استثنای مهم وجود دارد و آن اینکه دعوی نباید در صلاحیت انحصاری دادگاه فرانسه باشد. منظور آن است که دادگاه فرانسه از اجرای حکم خارجی صادره در دعوی که در صلاحیت انحصاری دادگاه فرانسه است، خودداری می‌کند. رویه قضایی فرانسه صلاحیت مبتنی بر مواد ۱۴ و ۱۵ قانون مدنی را از موارد صلاحیت انحصاری می‌دانست. یعنی حکم صادره علیه طرف فرانسوی در فرانسه قابل اجرا نبود. مگر اینکه طرف فرانسوی صلاحیت دادگاه خارجی را قبول کرده باشد (الماسی، ۱۳۸۴: ۲۱۰). در واقع در موضوع صلاحیت بین‌المللی، قانون مدنی فرانسه دو تضمین به اتباع فرانسوی اعطا کرده است. نخست بر طبق ماده ۱۴ قانون مدنی دادگاه‌های فرانسه نسبت به دعاوی‌ای که تبعه فرانسه خواهان دعوی است، دارای صلاحیت هستند حتی اگر خوانده تبعه فرانسه نبوده یا در فرانسه سکونت نداشته باشد و حتی اگر خوانده این تعهدات را در خارج از فرانسه متقبل شده باشد. دوم مطابق ماده ۱۵ قانون مدنی دادگاه‌های فرانسه در آن دعاوی که خواننده دعوی یک تبعه فرانسه است، دارای صلاحیت هستند.

اما دیوان کشور فرانسه در تصمیمات خود در سال‌های ۲۰۰۶ و ۲۰۰۷ دیدگاه آزادانه‌تری اتخاذ کرد. در دعوی Prieu<sup>۴</sup> دیوان کشور مقرر نمود که ماده ۱۵ قانون مدنی فقط صلاحیت غیرانحصاری برای دادگاه‌های فرانسه ایجاد می‌کند. رد کردن صلاحیت دادگاه خارجی در صورتی که دعوی به‌طور ذاتی با کشور محل رسیدگی مرتبط بوده و طرح دعوی در آن محل تصنعی و ساختگی نباشد، مناسب نیست. یک سال بعد دیوان کشور در سال ۲۰۰۷ همین تفسیر را نسبت به ماده ۱۴ قانون مدنی مقرر<sup>۵</sup> و اعلام کرد که این ماده به دادگاه فرانسه نسبت به خواهان فرانسوی صلاحیت اختصاصی اعطا نمی‌کند. بنابراین مواد ۱۴ و ۱۵ قانون مدنی فرانسه به اتباع فرانسوی اختیار

1. Minimum Contact

2. Piercing the Corporate Veil

3. Simitch v. Fairhusrt, Cass. Civ. 1st, Feb. 6, 1985, Simitch, Bull., I, N°55, N°83-11241

4. Cass. civ. 1st, May 23, 2006, Prieur, Bull., I, N°254, N°04-12777

5. Cass. civ. 1st, May 22, 2007, Fercometal, Bull., I, N°195, N°04-14716.

دسترسی غیرانحصاری به دادگاه‌های فرانسه اعطا می‌کند (West Janke, 2012: 788). بدین ترتیب در صورتی که دادگاه آلمان یا فرانسه در مقام بررسی شناسایی رأی خارجی در چهارچوب مقررات اتحادیه اروپا باشد، با توجه به اینکه معیارهای صلاحیت دادگاه صادرکننده رأی که در کنوانسیون بروکسل و مقررات بروکسل یک‌الف تصریح شده است، دادگاه و نیز اصحاب دعوی مسیر روشنی برای پیش‌بینی نتیجه و پذیرش دعوی شناسایی در پیش دارند. در جایی که رأی دادگاه خارجی در کشوری بیرون از کنوانسیون بروکسل و خارج از اتحادیه اروپا صادر شده باشد، حقوق آلمان صلاحیتی یکسان برای دادگاه آلمان و دادگاه خارجی قائل می‌شود و حقوق فرانسه بر حسب تحول رویه قضایی صلاحیت دادگاه خارجی را بر مبنای ارتباط واقعی میان دعوی و کشور محل رسیدگی مورد پذیرش قرار داده و از قواعد افراطی صلاحیت انحصاری که مبتنی بر تابعیت فرانسوی بود، صرف‌نظر کرده است.

### ۲-۳. صلاحیت غیرمستقیم در حقوق ایران

ماده ۱۶۹ قانون اجرای احکام مدنی در مقام بیان شرایط شناسایی احکام خارجی در بندهای ۶ و ۷ به موضوع صلاحیت قضایی وارد شده است. در صورتی حکم صادره از دادگاه خارجی قابل اجراست که اولاً رسیدگی به موضوع مطابق قوانین ایران اختصاص به دادگاه‌های ایران نداشته باشد. ثانیاً حکم راجع به اموال غیرمنقول واقع در ایران و حقوق متعلق به آن نباشد. صلاحیت انحصاری از مسائل مربوط به نظم عمومی است و توافق برخلاف آن برطبق ماده ۹۷۵ قانون مدنی بلااثر است. به‌خصوص که در حقوق داخلی هم توافق طرفین نمی‌تواند مبنای صلاحیت دادگاه به‌ویژه صلاحیت ذاتی قرار گیرد (کریم‌کاشی، ۱۳۹۰: ۱۴۵). اما سؤال قابل طرح این است که رسیدگی به چه اموری اختصاص به دادگاه‌های ایران دارد و در صلاحیت انحصاری دادگاه‌های ایران است؟ در قانون آیین دادرسی مدنی و سایر قوانین به مصادیق صلاحیت انحصاری تصریح نشده است. مهم‌ترین مصداق صلاحیت انحصاری حقوق راجع به اموال غیرمنقول واقع در ایران است که در بند ۷ ماده ۱۶۹ قانون اجرای احکام مدنی به‌طور جداگانه ذکر شده است. به نظر برخی نویسندگان منظور از کنترل صلاحیت دادگاه خارجی بررسی قواعد صلاحیت داخلی از قبیل صلاحیت محلی کشور محل رسیدگی نیست (شریعت باقری، ۱۳۹۶: ۱۸۹). زیرا بررسی مراعات قواعد داخلی کشور خارجی در صلاحیت دادگاه ایرانی قرار ندارد و این بازرسی باید بر طبق سلسله‌مراتب قضایی کشور محل صدور رأی توسط دادگاه‌های عالی همان کشور انجام گیرد. ایشان بعد از تأکید بر کنترل صلاحیت بین‌المللی دادگاه خارجی با استناد به ماده ۹۷۱ قانون مدنی چنین نتیجه گرفته‌اند که دادگاه‌های ایران باید صلاحیت دادگاه خارجی را بر اساس قوانین

همان کشور مورد سنجش قرار دهند (شریعت‌باقری، ۱۳۹۶: ۱۹۰). اما برخلاف این دیدگاه، صلاحیت دادگاه خارجی مطابق حقوق بین‌الملل خصوصی ایران و طبق مقررات ناظر به صلاحیت بین‌المللی مورد بررسی قرار می‌گیرد (مافی و قادری، ۱۳۹۱: ۱۹۸).

با توجه به مباحث صلاحیت بین‌المللی بررسی صلاحیت دادگاه خارجی در مقام شناسایی نه در اسناد بین‌المللی و نه در قوانین کشورهای مورد مطالعه بر اساس قوانین کشور صادرکننده حکم انجام نمی‌گیرد بلکه لازم است قوانین کشور محل شناسایی خود درباره صلاحیت بین‌المللی دادگاه خارجی اظهار نظر کنند. اعم از اینکه صلاحیتی همانند یا کمتر از دادگاه‌های داخلی خود برای کشور خارجی قائل شوند. در واقع ماده ۹۷۱ قانون مدنی در مقام اعمال صلاحیت مستقیم برای رسیدگی به یک دعوی دارای عنصر خارجی مورد استفاده قرار می‌گیرد و این نافی کنترل دوباره صلاحیت در مقام شناسایی رأی خارجی توسط دادگاه محل شناسایی (بر طبق قواعد صلاحیت بین‌المللی رایج در کشور محل شناسایی) نیست. همان طور که در این مقاله ملاحظه شد همه کشورهای مورد مطالعه در اصل بررسی صلاحیت دادگاه صادرکننده رأی بر طبق قواعد صلاحیت بین‌المللی کشور محل شناسایی اتفاق نظر داشته‌اند.

برخی دیگر از نویسندگان بر سنجش صلاحیت دادگاه خارجی مطابق قوانین ایران اذعان نموده‌اند (ارفع‌نیا، ۱۳۸۳: ۲۵۸)، ولی در مورد مصادیق صلاحیت اختصاصی دادگاه‌های ایران موضوع بند ۶ ماده ۱۶۹ قانون اجرای احکام مدنی با ارائه تفسیری گسترده از صلاحیت اختصاصی تصریح نموده‌اند که اگر طبق قوانین ایران، رسیدگی به دعوی در صلاحیت دادگاهی ایرانی باشد، دادگاه خارجی صادرکننده حکم از نظر مقررات ایران خارج از صلاحیت خود عمل کرده است (ارفع‌نیا، ۱۳۸۳: ۲۵۸). برخی دیگر اذعان نموده‌اند که از تدقیق در مواد قانون آیین دادرسی مدنی می‌توان صلاحیت انحصاری دادگاه‌های ایران را به ترتیب شامل دادگاه اقامتگاه خواننده، دادگاه محل وقوع مال غیرمنقول، دادگاه آخرین اقامتگاه متوفی یا محل سکونت متوفی در ایران و دادگاه اقامتگاه شخص متوقف یا ورشکسته یا دادگاه محل استقرار شعبه یا نمایندگی شخص متوقف یا ورشکسته احصا کرد (مافی و ادبی فیروزجایی، ۱۳۹۳: ۶۰). برخی دیگر، اصل را بر غیرانحصاری بودن صلاحیت دادگاه‌های ایران قرار داده‌اند (شریعت‌باقری، ۱۳۹۶: ۱۹۱). اصل غیرانحصاری بودن صلاحیت که متضمن پذیرش صلاحیت متقارن برای دادگاه‌های خارجی است در برخی آثار دیگر در خارج از ایران نیز بیان شده است (Wautelet, 2008: 5).

نویسندگان دیگری نیز بند هفتم ماده ۱۶۹ قانون اجرای احکام مدنی را از مصادیق بند ششم دانسته‌اند و در توضیح بند ششم تصریح نموده‌اند که منظور دعوایی است که یا طرفین آن برحسب

قاعده آزادی اراده با یکدیگر توافق کرده‌اند که رسیدگی به اختلاف میان آنان در صلاحیت دادگاه‌های ایران باشد و یا قانون رسیدگی به آن را در صلاحیت این دادگاه‌ها شناخته است. مانند رسیدگی به دعاوی راجع به اموال غیرمنقول. لذا اگر دعوی در دادگاه ایران و نیز دادگاه کشور خارجی قابل طرح باشد. مانند دعوی راجع به عقود و قراردادها که در چند محل جغرافیایی قابل اقامه است. اگر این دعوی در دادگاه کشور دیگری مطرح و به رأی قطعی منتهی شود، می‌توان در صورت اجتماع شرایط لازم دستور اجرای آن را در ایران صادر کرد (سلجوقی، ۱۳۸۵: ۵۵۱).

با توجه به اصل غیرانحصاری بودن صلاحیت، امتناع از شناسایی رأی خارجی به عذر صلاحیت اختصاصی دادگاه ایرانی نیازمند مصادیق منصوص در قوانین موضوعه است و نمی‌توان همه قواعد صلاحیت مذکور در این قانون را مصداق بند ۶ ماده ۱۶۹ قانون اجرای احکام مدنی و جزو صلاحیت اختصاصی دادگاه‌های ایران بدانیم، تقریباً در همه موارد باب شناسایی رأی خارجی مسدود خواهد شد. زیرا قانون آیین دادرسی مدنی اسباب صلاحیت گسترده‌ای برای دادگاه‌های ایرانی پیش‌بینی کرده است. از محل اقامت و سکونت خواننده تا محل وقوع عقد یا اجرای تعهد و حتی محل اقامت خواهان جزو قواعد صلاحیت دادگاه ایرانی است. در سایر سیستم‌های حقوقی هم صلاحیت انحصاری به‌عنوان مانع شناسایی چنین تفسیر گسترده‌ای ندارد. از سوی دیگر اگر با تکیه بر استثنایی بودن صلاحیت اختصاصی، فقط بر محل وقوع مال غیرمنقول اکتفا کنیم با گشاده‌دستی راه را بر اعمال صلاحیت گسترده توسط دادگاه خارجی باز کرده‌ایم بدون اینکه مجال برای کنترل صلاحیت دادگاه خارجی در مرحله شناسایی آرا وجود داشته باشد. خصوصاً اینکه در ایران دادگاه محل شناسایی از تجدیدنظر ماهوی خودداری کرده و بدون برگزاری جلسه رسیدگی و استماع اظهارات طرفین در وقت اداری فوق‌العاده نسبت به بررسی درخواست شناسایی رأی خارجی اقدام می‌کند. بنابراین لازم است قواعد مشخصی برای صلاحیت دادگاه خارجی پیش‌بینی شود تا با تأمین منافع متضاد طرفین دعوی و تسهیل رسیدگی به دعوی شناسایی، ثبات و قابلیت پیش‌بینی برای طرفین رابطه خصوصی تأمین گردد.

شایان ذکر است که دولت ایران معاهداتی دوجانبه با برخی کشورها برای معاضدت قضایی در امور مدنی و تجاری منعقد نموده است. در برخی از این معاهدات که به شناسایی و اجرای احکام صادره از دادگاه خارجی پرداخته‌اند، فقدان صلاحیت دادگاه صادرکننده حکم از موانع اصلی شناسایی رأی خارجی است. در ماده ۳۳ قانون موافقت‌نامه همکاری قضایی بین دولت ایران و جمهوری سوریه مصوب ۱۳۸۱، همچنین در ماده ۲۲ قانون معاهده معاضدت قضایی بین دولت

ایران و جمهوری خلق چین مصوب ۱۳۹۶ مصادیق صلاحیت دادگاه‌های هر یک از دو کشور پیش‌بینی شده است. به این ترتیب اصحاب دعوی پیشاپیش با توجه به مصادیق صلاحیت مقرر در این معاهدات از امکان شناسایی رأی یک کشور در خاک دولت مقابل اطمینان می‌یابند.

### ۳. صلاحیت دادگاه محل صدور در اسناد بین‌المللی

درباره شناسایی آرای داوری خارجی اسناد بین‌المللی بسیار موفق‌تری از حیث عضویت کشورهای مختلف در پیرامون منعقد شده است. کنوانسیون نیویورک ۱۹۵۸ به‌عنوان مهم‌ترین سند بین‌المللی راجع به داوری دو تعهد مهم بر دوش کشورهای عضو قرار داده است: تعهد به شناسایی و اجرای موافقت‌نامه‌های داوری و تعهد به شناسایی و اجرای آرای داوری (بهمی و صلحی)، ۱۴۰۰: ۱۰۷ و ۱۰۸). اما درباره آرای صادره از دادگاه‌های خارجی چنین موفقیتی حاصل نشده است. کنوانسیون ۱۹۷۱ لاهه درباره شناسایی و اجرای آرای خارجی در امور مدنی و تجاری<sup>۱</sup> و پروتکل آن در همان سال تلاشی برای ایجاد یک سیستم چندجانبه درباره آرای قضایی بود. این اسناد تاکنون فقط توسط پنج کشور به تصویب رسیدند. (آلبانی، قبرس، کویت، هلند و پرتغال) برخی کشورهای دارای قرابت‌های اجتماعی و سیاسی به‌جای تصویب معاهده جهان‌شمول به تصویب و اجرای اسناد منطقه‌ای روی آوردند که در این بین کنوانسیون بروکسل ۱۹۶۸ و مقررات بروکسل یک‌الف اتحادیه اروپا به موفقیتی چشمگیر دست یافت. از سوی دیگر کنفرانس حقوق بین‌الملل خصوصی لاهه بار دیگر برای تصویب و اجرای یک معاهده جهان‌شمول درباره شناسایی آرای قضایی خارجی تلاش نمود که ماحصل آن کنوانسیون ۲۰۱۹ لاهه است.

#### ۳-۱. سیستم متحدالشکل اتحادیه اروپا

در سیستم متحدالشکل اتحادیه اروپا، شناسایی رأی مستلزم آن است که دادگاه صادرکننده صلاحیت معتبری داشته باشد؛ اما معیار ارزیابی صلاحیت دادگاه صادرکننده به وسیله اجرای سیستم (هر یک کشورهای عضو در اتحادیه اروپا) تعریف نمی‌شود بلکه به‌طور متمرکز تعیین می‌گردد. در اتحادیه اروپا، فصل دوم مقررات بروکسل یک‌الف تحت عنوان صلاحیت، انواع صلاحیت قابل اعمال علیه خواننده در یک کشور عضو را مشخص کرده است. در بند ۲ ماده ۵ این مقررات، همه قواعد دیگر که بر طبق قانون ملی قابل استفاده بوده است، به‌عنوان قواعد افراطی طرد شده است.<sup>۲</sup> در ارتباط با خواننده‌ای که در یک کشور عضو اقامت ندارد، در چهارچوب استثنائات

1. Hague Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters. 1, 1971, 1144 U.N.T.S. 249.

2. "In particular, the rules of national jurisdiction of which the Member States are to notify

مندرج در بند یک ماده ۶ این مقررات<sup>۱</sup> همچنان دادگاه‌های ملی کشورهای عضو اتحادیه اروپا از معیارهای رایج در کشور محل دادگاه استفاده می‌کنند.

تفاوت اساسی بین ایالات متحده و اتحادیه اروپا درباره چگونگی طرح دفاع فقدان صلاحیت دادگاه صادرکننده رأی وجود دارد. ایالات متحده از نگرش سنتی استفاده می‌کند که به طور کلی توسط همه سیستم‌های حقوقی مورد تبعیت قرار گرفته است. خواننده می‌تواند این دفاع را در دادرسی اصلی یا در فرایند شناسایی مطرح نماید و به تصمیم نامطلوب در مرحله تجدیدنظر اعتراض کند و در نهایت در پی بازنگری در دیوان عالی ایالات متحده باشد. در مقابل، در اتحادیه اروپا دادگاه محل شناسایی، صلاحیت دادگاه اول (صادر کننده رأی) را مورد بازنگری قرار نمی‌دهد. اعتراض به صلاحیت آن دادگاه باید در همان دادگاه مطرح شود (به جز در موارد معین که متضمن حمایت از طرف ضعیف‌تر رابطه حقوقی است) و تجدیدنظرخواهی باید در موارد لزوم در همان کشور عضو اقامه شود. بازنگری نهایی توسط دیوان دادگستری اتحادیه اروپا انجام می‌شود؛ بنابراین، سیستم اتحادیه اروپا بسیار مضیق‌تر از ایالات متحده است. این سیستم خواننده را به ایراد صلاحیت در دادگاه صادرکننده رأی ملزم می‌نماید و برخلاف حقوق ایالات متحده به خواننده اجازه نمی‌دهد تا در دادرسی اول حضور نداشته باشد و بعد از آن ایراد عدم صلاحیت را به‌عنوان یک دفاع در مقابل شناسایی رأی غیابی در کشور محل شناسایی مطرح کند. این قاعده ممکن است برای خواننده بسیار سخت به نظر برسد؛ اما باید آن را در چهارچوب مقررات حمایت از خواننده در اتحادیه اروپا مورد توجه قرار داد. این مقررات ابلاغ واقعی به خواننده را در موقعیتی که فرصت کافی برای دفاع داشته باشد، الزامی می‌دانند (Hay, 2018: 108).

### ۲-۳. صلاحیت در کنوانسیون ۲۰۱۹ لاهه

شناسایی و اجرای آرای قضایی خارجی تحت عنوان پروژۀ احکام<sup>۲</sup> در کنفرانس لاهه راجع به حقوق بین‌الملل خصوصی از سال ۱۹۹۲ موضوع مذاکرات چندجانبه بوده است. هدف کنفرانس لاهه کار بر روی یکنواختی بیشتر قواعد حقوق بین‌الملل خصوصی و تلاش برای دنیایی است که در آن اشخاص و شرکت‌ها بتوانند از درجه بالایی از امنیت حقوقی برخوردار باشند. در طی مذاکرات

the Commission pursuant to point (a) of Article 76(1) shall not be applicable as against the persons referred to in paragraph 1.”

1. “If the defendant is not domiciled in a Member State, the jurisdiction of the courts of each Member State shall, subject to Article 18(1), Article 21(2) and Articles 24 and 25, be determined by the law of that Member State.”

2. Judgments Projects

کنفرانس لاهه محققان به این نتیجه رسیدند که یکنواختی قواعد صلاحیت بین‌المللی امکان‌پذیر نیست و بر تهیه یک کنوانسیون ساده با هدف تضمین شناسایی آرای خارجی در سطح جهان‌شمول تمرکز نمودند که صرفاً قواعد صلاحیت غیرمستقیم را در بر می‌گیرد (Van Lith, 2009: 14-18). بعد از کنوانسیون ۲۰۰۵ لاهه درباره توافق‌نامه‌های انتخاب دادگاه، پروژه احکام دوباره از طریق کمیسیون خاص کنفرانس لاهه به حرکت درآمد و متن کنوانسیون جدید درباره شناسایی و اجرای احکام در امور مدنی و تجاری در سال ۲۰۱۹ در یک کنفرانس دیپلماتیک مورد تصویب قرار گرفت. بند یک ماده ۴ هر کشور متعاهد را به شناسایی و اجرای احکام کشورهای متعاهد دیگر ملزم می‌کند و عدم شناسایی را تنها بر اساس مبانی مصرح در کنوانسیون اجازه می‌دهد. این کنوانسیون بر ایجاد یک «صافی صلاحیتی»<sup>۱</sup> مبتنی است. فیلترها یا صافی‌های صلاحیتی معیارهای بازنگری در صلاحیت دادگاه صادرکننده رأی برای شناسایی آرای خارجی هستند (Feldman, 2014: 2192). بند یک ماده ۵ فهرستی از قواعد سیزده‌گانه مجاز برای صلاحیت غیرمستقیم مقرر داشته است که یک رأی خارجی ابتدا برحسب آن مورد بررسی قرار می‌گیرد. بنابراین دادگاه محل شناسایی به‌طور غیرمستقیم، مبنای صلاحیتی که دادگاه صادرکننده رأی، صلاحیت خود را بر آن بنا نهاده است، مورد بازرسی قرار می‌دهد. اگر یکی از قواعد صلاحیت احراز شود، رأی صادره می‌تواند بر طبق کنوانسیون به گردش درآید و تابع مجموعه‌ای از قواعد عدم شناسایی قرار گیرد که به‌طور کلی در بیشتر سیستم‌های حقوقی یکسان است. این قواعد که به موانع شناسایی موسوم هستند شامل ملاحظاتی از قبیل تقلب، صدور آرای معارض و نظم عمومی است.<sup>۲</sup>

بند یک ماده ۵ نقش اساسی در ساختار کنوانسیون دارد و احتمالاً دغدغه اصلی برای هر دولتی در زمان تصویب این کنوانسیون است. بنابراین لازم است مزایا و معایب آن به دقت مورد بررسی قرار گیرد. ماده پنج این کنوانسیون متضمن لیست جامعی از همه قواعد صلاحیت است و تلاش شده است تا همه قواعد صلاحیت تحت پوشش قرار گیرد. به‌علاوه در ماده ۱۶ به کشورهای متعاهد اجازه داده است تا در خارج از موارد مقرر در کنوانسیون نیز بر طبق حقوق داخلی خود به شناسایی احکام خارجی بپردازند. کنوانسیون مانند سایر اسناد حقوق نوشته در سیستم رومی ژرمنی دارای قابلیت پیش‌بینی است و هر شخصی با توجه به فهرست قواعد مقرر در بند یک ماده ۵ می‌تواند از تحقق این

1. Jurisdictional Filters

2. Convention of 2 July 2019 on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil or Commercial Matters, <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=137>



شرط برای شناسایی اطمینان حاصل کند. به علاوه مدل کنوانسیون یک مدل غالب برای شناسایی احکام خارجی در سرتاسر دنیاست. انطباق با سیستم حقوقی رایج، یک مزیت آشکار برای اجرای کنوانسیون در آینده است. در مذاکرات لاهه، اتحادیه اروپا حامی اصلی این نگرش بود و بسیاری از مقررات را هماهنگ با حقوق اتحادیه اروپا پیشنهاد کرد (Brand, 2019: 20).

اما سیستم کنوانسیون دارای معایبی در سوی مقابل نیز هست. اولین مورد خطر انسداد یا عدم امکان به روزرسانی قواعد این معاهده است.<sup>۱</sup> قواعد صلاحیت غیرمستقیم مقرر در کنوانسیون فقط در وضعیت‌هایی که امروز با آن مواجه هستیم، جامع است به دلیل پویایی تجارت بین‌المللی و فرایند سریع تغییرات در مفاهیم، روش‌ها و ابزارهای فنی دور از ذهن نیست که قواعد صلاحیت دیگری به‌طور گسترده پذیرفته شود. این خطر تنها می‌تواند با اصلاح معاهده مرتفع گردد. فرایند اصلاح معاهده مخصوصاً اگر کشورهای متعدّد بسیار باشند، دشوار است. همچنین ممکن است این کنوانسیون در دادگاه‌های ملی کشورهای مختلف در معرض تفسیرهای متعارض و پیچیده قرار گیرد و به این ترتیب قابلیت پیش‌بینی به‌عنوان یکی از آرمان‌های کنوانسیون تحت تأثیر قرار گیرد. برخلاف برخی مقررات منطقه‌ای از قبیل مقررات اتحادیه اروپا هیچ مرجع نهایی واحدی برای ایجاد یک تفسیر الزام‌آور وجود ندارد. دادگاه‌های هر کشور احتمالاً تابع تمایلات ملی‌گرایانه هستند که قابلیت پیش‌بینی و یکنواختی را تحت تأثیر قرار می‌دهد. یکی دیگر از معایب این کنوانسیون حمایت از سیستم‌های تبعیض‌آمیز است. کنوانسیون از طریق ایجاد دسته خاصی از قواعد صلاحیت غیرمستقیم در بند یک ماده ۵، تداوم تبعیض در فرایند شناسایی احکام را اجازه می‌دهد. در اثر اعمال کنوانسیون قواعد صلاحیتی غیرمستقیم می‌تواند بسیار محدودتر از قواعد صلاحیتی مستقیم باشد که توسط دولت‌ها برای دادگاه‌های خود در وضعیت مشابه اعمال می‌شود. این وضعیت به دولت‌ها اجازه می‌دهد که استفاده از مبانی افراطی و غیرمتعارف مانند صلاحیت عبوری علیه خواندگان خارجی در دادگاه‌های داخلی خود را ادامه دهند. در حالی که از شناسایی و اجرای احکام صادره در کشور خارجی بر همان مبنا خودداری می‌کنند (Brand, 2019: 22).

### نتیجه

صلاحیت دادگاه صادرکننده رأی یکی از شرایط اصلی برای شناسایی احکام خارجی در سیستم‌های حقوقی مختلف است. این نوع از صلاحیت به‌عنوان صلاحیت غیرمستقیم بر طبق قواعد کشور محل شناسایی مورد ارزیابی قرار می‌گیرد. اما مهم‌ترین اختلاف در خصوص قلمرو و

1. The risk of locked-in treaty text

مصادیق صلاحیت دادگاه خارجی است. در برخی کشورها از جمله آلمان و ایالات متحده قلمرو صلاحیت بین‌المللی دادگاه خارجی همانند دادگاه‌های داخلی است. اما در برخی دیگر از جمله انگلیس در مقایسه با صلاحیت بین‌المللی دادگاه داخلی، قلمرو بسیار مضیقی برای صلاحیت دادگاه خارجی قائل هستند. به نظر می‌رسد بسیاری از دولت‌ها از تحدید صلاحیت دادگاه خارجی یا ایجاد صلاحیت انحصاری برای دادگاه داخلی مخصوصاً با استفاده از معیار تابعیت به‌عنوان ابزاری برای حمایت از اتباع داخلی استفاده کرده‌اند. اما امروزه دولت‌ها منافع خود و شهروندان خود را در هم‌گرایی بیشتر و احترام به صلاحیت و رأی دادگاه خارجی یافته‌اند و از بسیاری صلاحیت‌های انحصاری که برای خود قائل بوده‌اند به نفع یکنواخت‌سازی و پذیرش صلاحیت برای سایر کشورها صرف‌نظر کرده‌اند.

در اتحادیه اروپا در مقررات بروکسل یک‌الف صراحتاً قواعد صلاحیت مستقیم احصا شده است و همین قواعد در مقام ارزیابی صلاحیت در هنگام شناسایی رأی دادگاه خارجی مورد توجه قرار می‌گیرد. در کنوانسیون ۲۰۱۹ لاهه نیز مصادیق صلاحیت دادگاه صادرکننده رأی که در هنگام شناسایی مورد بازبینی قرار می‌گیرد، به‌طور دقیق احصا شده است. مزیت بزرگ این مقررات در ایجاد قطعیت و قابلیت پیش‌بینی برای اصحاب دعوی و مخصوصاً محکوم‌له در دعاوی دارای عنصر خارجی است و از این حیث می‌تواند برای اصلاح حقوق کشور ما نیز مورد استفاده قرار گیرد. در حقوق ایران از یک سو جز در چند معاهده دوجانبه مصادیق صلاحیت غیرمستقیم در مقطع شناسایی آرای خارجی مشخص نشده و حتی اصل ضرورت صلاحیت دادگاه خارجی به‌عنوان یکی از مهم‌ترین شرایط شناسایی مغفول مانده است. از سوی دیگر گستره و مصادیق صلاحیت انحصاری دادگاه‌های ایران به‌عنوان یکی از مصادیق عدم شناسایی رأی دادگاه خارجی در قانون تصریح نشده و لذا انبوهی از اختلاف‌نظرها در این زمینه در دکتترین ایجاد شده است.

ضرورت صلاحیت قضایی به‌عنوان یک صافی برای جلوگیری از شناسایی آرای نامطلوب همچنان ضروری است. اما لازم است فاصله میان قواعد صلاحیت مستقیم و صلاحیت غیرمستقیم (در مقام شناسایی و اجرای احکام خارجی) برداشته شده و در هر دو مقطع در جهت احراز صلاحیت دادگاه داخلی یا شناسایی صلاحیت دادگاه خارجی از قواعد یکسانی استفاده شود. با وجود سازوکارهای اطمینان‌بخش همانند ملاحظات نظم عمومی اتخاذ طرز تلقی دارای انعطاف بیشتر نسبت به شناسایی احکام خارجی مناسب‌تر است. در یک جهان دارای میزان رو به تزاید از ارتباطات فرامرزی، لازم است که آرای قضایی نیز فرامرزی باشد. در جهت تحقق این مقصود، بیشتر کشورها باید قواعد شناسایی و اجرای خود را تعدیل نمایند تا با میزان بالاتری از پذیرش آرای

خارجی منطبق گردد.

در نتیجه، بی تردید بهترین وضعیت جایی است که هر دولتی تنها تا آن میزان ادعای صلاحیت نماید که صلاحیت دادگاه‌های خارجی را در مقام شناسایی و اجرا می‌پذیرد. اما این وضعیت ایده‌آل در سطح جهان شمول احتمالاً تنها در جایی امکان تحقق دارد که به شکل یک توافق بین‌المللی، قواعد صلاحیت برای دادرسی مستقیم با قواعد صلاحیت برای شناسایی و اجرا یکنواخت شود.

## منابع

## فارسی

- ابراهیمی، سید نصرالله (۱۳۹۴)، حقوق بین الملل خصوصی، چاپ دوم، تهران: انتشارات سمت.
- ارفع نیا، بهشید (۱۳۸۳)، حقوق بین الملل خصوصی، جلد دوم، چاپ چهارم، تهران: انتشارات بهتاب.
- الماسی، نجادعلی (۱۳۶۹)، «شناسایی و اجرای احکام خارجی در حقوق فرانسه، انگلیس و آمریکا»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، دوره ۲۵، شماره ۱۱۶۱.
- بهمنی، محمدعلی و احسان صلحی (۱۴۰۰)، «چالش‌های شناسایی و اجرای موافقت‌نامه‌های داوری در چهارچوب ماده ۲ کنوانسیون نیویورک ۱۹۵۸»، مجله حقوق دادگستری، دوره ۸۵، شماره ۱۱۴.
- سلجوقی، محمود (۱۳۸۵)، حقوق بین الملل خصوصی، جلد دوم، چاپ سوم، تهران: بنیاد حقوقی میزان.
- شریعت‌باقری، محمدجواد (۱۳۹۶)، حقوق بین الملل خصوصی، چاپ دوم، تهران: بنیاد حقوقی میزان.
- صفایی، سیدحسین (۱۳۸۸)، مباحثی از حقوق بین الملل خصوصی، چاپ دوم، تهران: بنیاد حقوقی میزان.
- غمامی، مجید و علی اصغر صانعیان (۱۳۹۹)، «اعتبار قرارداد انتخاب دادگاه در حقوق بین الملل خصوصی و تاثیر آن بر شناسایی و اجراء آراء خارجی»، مجله حقوقی دادگستری، سال ۸۴، شماره ۱۱۰.
- کریم‌کاشی آرانی، رضا (۱۳۹۰)، «شرایط اجرای حکم خارجی بر مبنای امر مختوم»، دو فصلنامه حقوق خصوصی دانشگاه فارابی، دوره ۸، شماره ۱۸.
- مافی، همایون و رشید ادبی فیروزجایی (۱۳۹۳)، «صلاحیت دادگاه‌های ایران در حقوق بین الملل خصوصی»، نشریه دانش حقوق مدنی، شماره ۲.
- مافی، همایون و نسیمه قادری (۱۳۹۱)، «شناسایی و اجرای احکام خارجی در حقوق ایران»، ارج نامه دکتر الماسی، تهران: شرکت سهامی انتشار.

## انگلیسی

- Balan Violeta, (2003), "Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in the United States: The Need for Federal Legislation", **The John Marshall Law Review**, Volume 37, Issue 1.
- Brand Ronald, (2019), "The Circulation of Judgments under the Draft Hague Judgments Convention", **University of Pittsburgh School of Law 3900 Forbes Avenue Pittsburgh, Pennsylvania 15260-6900**, Electronic copy available at:  
<https://ssrn.com/abstract=3334647>, pp.1-36, last visited 10/2/2020
- Feldman Audrey, (2012), "Rethinking Review of Foreign Court in Light of The Hague Judgments Negotiations", **New York Law Review**, Volume 89: 2190.
- Hartley Trevor, (2009), **International Commercial Litigation**, Cambridge University Press
- Hay, Peter (2018), **Advanced Introduction on Private International Law and Procedure**, Elgar Publications.
- Kessedjian Catherine (1998), **Synthesis of the Work of the Special Commission of March 1998 on International Jurisdiction**, Available at:  
[www.hcch.net](http://www.hcch.net), Last Visited 1/5/2014

- L. Collins et al. (Eds) (2000), **Dacey and Morris on the Conflict of Laws**, 13 Th ed, London, sweet and Maxwell.
- Ralf Michaels (2016), **Jurisdiction, Foundations**, Forthcoming in Elgar Encyclopedia of Private International Law (Jürgen Basedow et al. Eds.) Duke Law School Public Law & Legal Theory Series No. 2016-53, Available at: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2849467](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2849467).
- Regan Justyna (2015), “Recognition and Enforcement of Foreign Judgments - A Second Attempt in The Hague?”, **Richmond Journal of Global Law & Business**, Volume 14, Issue 1.
- Strong S.I., (2014), “Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in U.S. Courts: Problems and Possibilities”, **Legal Studies Research Paper Series Research Paper**, No. 2013-18, available at: <http://ssrn.com/abstract=2313855>, Last visited 30/01/2020, pp.1-95
- Svanadze George (2009) “Recognition of US Money Judgments in Germany as a Model for Recognition of Foreign Judgments in Georgia”, **Bucerius master of law and business**, available at: <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwim5NnEzPToAhVkQRUIHQyDC6MQFjAAegQIBxAB&url=http%3A%2F%2Fwww.gbv.de%2Fdms%2Fbul%2F631104895.pdf&usg=AOvVaw0eDLxqMLhWSTCZHklEeune>, Last visited 1/2/2020.
- Svantesson Dan Jerker (2007), **Private International Law and Internet**, Kluwer International Law.
- Van Lith Helene (2009), **International Jurisdiction and Commercial Litigation: Uniform Rules for Contract Disputes**, Asser Press, The Hague, The Netherlands.
- Von Mehren Arthur Taylor (1980), **Recognition and Enforcement of Foreign Judgment General Theory and the Role of Jurisdictional Requirements (1980- II)**, 167 Recueil des Cours, 35.
- Vischer, Frank (1992), **General Course on Private International Law at the Hague Academy of International Law (6-24 July 1992)**, Recueil des Cours Vol. 232 (1992) I.
- West Janke Benjamin (2012), “Enforcing Punitive Damage Awards in France after Fountaine Pajot”, **American Journal of Comparative Law**.
- Wautelet Patrick, 2008, “What Has Private International Private Law Achieved in Meeting the Challenges Posed by Globalization?”, Electronic copy available at: <http://ssrn.com/abstract=1138625>, pp.1-19, Last visited 1/11/2019.



## گفتمان سیاست جنایی قوه قضائیه در «دستورالعمل نحوه مشارکت و تعامل نهادهای مردمی با قوه قضائیه»

امیرحسین نیازپور\*

### چکیده

در پهنه سیاست جنایی ایران مشارکت نهادهای جامعه‌ی در زمینه پیشگیری از جرم، سازش میان نقش آفرینان دعوای کیفری، حمایت از بزه‌دیدگان، بازپروری مجرمان و اجرای واکنش‌های عدالت کیفری از مهم‌ترین راهبردهاست، اما نبود سیاست جنایی تقنینی شفاف در زمینه مشارکت نهادهای جامعه‌ی، بودن تردید در میان نهادهای دولتی به منظور برقراری تعامل با نهادهای جامعه‌ی و استفاده از ظرفیت این نهادها نسبت به مهار پدیده مجرمانه و پاسخ دادن به آن، نبود آگاهی عمومی نسبت به توان نهادهای مذکور در پهنه عدالت کیفری از مهم‌ترین چالش‌ها در این زمینه است. از این رو، آموزش مقام‌های قضایی، تفسیر قوانین به منظور تقویت مشارکت نهادهای جامعه‌ی، تهیه و تدوین قانون جامع برای توسعه استفاده از ظرفیت‌های نهادهای جامعه‌ی، گسترش آگاهی‌های عمومی نسبت به این نهادها از جمله راهکارها به شمار می‌روند و بر همین اساس، «دستورالعمل نحوه مشارکت و تعامل نهادهای مردمی با قوه قضائیه» که در تاریخ ۲۷ بهمن ۱۳۹۸ برای تقویت رویکرد مشارکت‌مدارانه در فرایند پیشگیری از جرم و مقابله با بزهکاری تصویب شده است نیز می‌تواند عرصه‌ای برای تقویت تعامل نهادهای قضایی با نهادهای جامعه‌ی ایجاد کند. در این نوشتار، گفتمان کنش‌مدارانه و واکنش‌مدارانه سیاست جنایی قوه قضائیه در دستورالعمل مذکور مورد بررسی قرار می‌گیرد.

**واژگان کلیدی:** سیاست جنایی، نهادهای جامعه‌ی، پیشگیری از جرم، عدالت ترمیمی، حمایت از بزه‌دیدگان

\* استادیار گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهیدبهشتی، تهران، ایران

### مقدمه

بزهکاری مسئله‌ای عمومی است که همه جوامع بشری با آن رویارو هستند و برای پیش‌بینی تدابیر مهارکننده پدیده مجرمانه در دو سطح کنش و واکنش‌مدارانه باید فرایندی چهارچوب‌مند شناسایی و سپری شود. فرایند مذکور اساساً به‌منظور کاهش شمار بزهکاری بر یک سلسله اصول استوار بوده که در این میان دو اصل اقدام همه‌جانبه نهادهای دولتی و استفاده از نهادهای جامعوی از اهمیت زیادی برخوردارند. زیرا، شناسایی و تضمین این اصول زمینه‌ای برای به‌کارگیری تمام ظرفیت‌های جامعه فراهم می‌آورد.

در پرتو اصل اقدام همه‌جانبه نهادهای دولتی قاعداً همه بخش‌های دولت تکلیف دارند نسبت به مهار پدیده مجرمانه سیاست‌گذاری و اقدام کنند. چه اینکه، همه شهروندان برخوردار از حق بر امنیت و در برابر تمام قسمت‌های حاکمیت دارای تکلیف در زمینه ایجاد آن هستند. از این‌رو، باید نسبت به پیشگیری و مقابله با بزهکاری که برهم‌زننده امنیت است، تدابیر مناسب را پیش‌بینی و اجرا نمایند. با وجود اینکه دولت از امکانات گسترده‌ای برای تأمین امنیت و مهار بزهکاری برخوردار است، اما این صرفاً یک بخش از ظرفیت‌های جامعه برای کاهش میزان پدیده مجرمانه است (نک: دلماس مارتی، ۱۳۹۵: ۹۳-۶۹).

اتخاذ رویکرد مشارکت‌مدارانه در زمینه پیشگیری و مقابله با جرم، از یک‌سو توان جامعه برای مهار این پدیده را افزایش می‌دهد و از سوی دیگر، شیوه‌ای پویا در راستای ارتقای آموزش مسئولیت به همگان و مردم‌مدارانه کردن تأمین امنیت است (لازرژ، ۱۳۹۶: ۱۶۵). از این‌رو، توجه و تضمین استفاده از ظرفیت نهادهای جامعوی به‌منظور مهار جرم در شمار اصول بنیادی توجه‌پذیر در فرایند سیاست‌گذاری جنایی قرار گرفته است (نک: جمشیدی، ۱۳۹۵: ۳۰-۲۰). به‌موجب این اصل باید در سراسر فرایند پیشگیری و مقابله با پدیده مجرمانه از ظرفیت‌های نهادهای جامعوی در کنار قابلیت‌های نهادهای دولتی بهره‌جست. بنابراین، قلمرو این اصل از سیاست‌گذاری تا اجرای تدابیر اتخاذشده گسترانیده می‌شود. اصل مذکور در سیاست جنایی سازمان ملل متحد شناسایی شده است. برای نمونه، می‌توان به رهنمودهای سازمان ملل متحد در زمینه پیشگیری از جرم ۲۰۰۲ اشاره کرد که به‌کارگیری ظرفیت نهادهای جامعوی را در شمار اصول ناظر به پیشگیری از جرم پیش‌بینی نموده است.

در قلمرو سیاست جنایی ایران از رهگذر قوانین و مقررات متعددی به این اصل تا اندازه‌ای توجه شده است. قسمت ۱ بند ۱ ماده ۱۱۳ قانون برنامه پنج‌ساله ششم اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی نمونه‌ای برجسته در این زمینه به شمار می‌رود. به‌موجب آن قوه قضائیه وظیفه یافته است تا



از رهگذر «... بهره‌گیری از مشارکت اجتماعی مردم و سازمان‌های مردم‌نهاد...» به تهیه و تدوین برنامه جامع پیشگیری از وقوع جرم و ارتقای سلامت اجتماعی مبادرت ورزد.

علاوه بر این، در ماده ۶۶ قانون آیین دادرسی کیفری زمینه‌ای برای ایفای نقش سازمان‌های مردم‌نهاد برای اعلام جرم و تعقیب آن در پهنه عدالت کیفری ایجاد شده است. با وجود این، مشارکت این نهادها در فرایند پاسخ دادن به جرم با چالش‌های متعددی روبه‌رو است. شماری از این چالش‌ها در قوانین و مقررات ریشه دارند و دسته‌ای دیگر در رویه‌ها و نوع برخورد با نهادهای جامعوی. به همین جهت، در سطح مدیریت کلان قضایی، «دستورالعمل نحوه مشارکت و تعامل نهادهای مردمی با قوه قضائیه» در ۲۷ بهمن ۱۳۹۸ مورد توجه قرار گرفته است تا از این رهگذر دست‌کم زمینه‌ای برای توجه بیشتر به تعامل مراجع قضایی با نهادهای جامعوی فراهم شود. زیرا، قوه قضائیه، از یک‌سو به‌موجب قسمت نخست بند ۵ اصل یکصد و پنجاه و ششم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران دارای مسئولیت در زمینه پیشگیری از جرم است. این وظیفه جنبه‌های متعددی دارد که چگونگی به‌کارگیری ظرفیت نهادهای جامعوی در زمینه پیشگیری از جرم از مهم‌ترین آن‌هاست. از سوی دیگر، بر اساس بند ۴ و قسمت دوم اصل پیش‌گفته مقابله با بزهکاری به این قوه واگذار شده است. در این زمینه نیز قوه قضائیه باید با استفاده از ظرفیت نهادهای دولتی و جامعوی به کشف جرم، به سرانجام رسانیدن دادرسی کیفری و فراهم آوردن اسباب رسیدن به هدف‌های عدالت کیفری مانند بازپروری بزهکاران و ترمیم زیان‌های واردشده به بزه‌دیدگان مبادرت ورزد.

بر همین اساس، در دستورالعمل مذکور شناسایی «... ظرفیت‌ها و توانمندی نهادهای مردمی<sup>۱</sup> برای مشارکت در زمینه‌های سیاست‌گذاری قضایی، پیشگیری از وقوع جرم، حمایت از بزه‌دیدگان، میانجی‌گری و صلح و سازش، نظارت بر اجرای قوانین، رسیدگی و بازاجتماعی شدن متهمان و مجرمان» مورد توجه قرار گرفته است.

این دستورالعمل که دارای پنج فصل، ۵۴ ماده و ۱۸ تبصره است، در فصل چهارم جنبه‌های

۱. گفتنی است که، برابر بند الف ماده ۱ دستورالعمل پیش‌گفته «نهادهای مردمی؛ نهادهایی هستند که به صورت داوطلبانه، غیردولتی، غیرانتفاعی، غیرسیاسی و با مجوز یکی از مراجع ذی‌صلاح فعالیت می‌کنند: از قبیل مساجد، سازمان‌ها و تشکل‌های مردم‌نهاد، هیأت‌های مذهبی، گروه‌های تبلیغی و سازندگی، انجمن‌های علمی، خیریه‌ها و بقاع متبرکه.» بنابراین، در دستورالعمل مذکور مصادیق نهادهای جامعوی فراتر از سازمان‌های مردم‌نهاد شناسایی شده است.

مختلف مشارکت نهادهای جامعه‌ی در زمینه‌های کنش (پیشگیری از جرم)<sup>۱</sup> و واکنش (مقابله کیفری)<sup>۲</sup> سیاست جنایی نسبت به پدیده مجرمانه را نمایان ساخته است تا از این رهگذر مجموعه قوه قضائیه با رویکردی مشارکت‌مدارانه در راستای اجرای هدف‌های این دستورالعمل که طبیعتاً در اثربخش‌تر کردن تدابیر نظام قضایی در مهار جرم نقش‌آفرین است، گام بردارند (نک: نجفی ابرندآبادی، ۱۳۹۸: ۵۷۵-۵۵۴).

در این نوشتار، برای شناسایی ابعاد دستورالعمل پیش‌گفته گفتمان الف) کنش‌مدارانه و ب) واکنش مشارکت‌مدارانه سیاست جنایی قوه قضائیه در «دستورالعمل نحوه مشارکت و تعامل نهادهای مردمی با قوه قضائیه» بررسی می‌شود.

### ۱. گفتمان کنش‌مدارانه سیاست جنایی قوه قضائیه در «دستورالعمل نحوه مشارکت و تعامل نهادهای مردمی با قوه قضائیه»

سیاست کنش‌مدارانه که پهنه‌ای گسترده از سیاست جنایی است، اساساً شامل مجموعه‌ای از تدابیر ناکیفری است که پیش از ارتکاب بزهکاری و به‌منظور تأثیرگذاری بر عوامل جرم‌زا اتخاذ می‌شوند. در این عرصه هدف کاهش شمار جرم از رهگذر اقدام‌های ناقهرآمیز است (Sagand, 1: 2010). این سیاست‌ها عموماً دارای خصیصه‌های متعددی هستند که ناکیفری بودن، تأثیر داشتن بر عوامل جرم‌زا، فراگیر و مهم‌تر از همه کنش‌مدارانه بودن از برجسته‌ترین هاینده. در این میان، کنش‌مدارانه بودن سیاست جنایی از نقش انکارناپذیری برخوردار است. زیرا، در پرتو به‌کارگیری این تدابیر همواره از وارد شدن شهروندان ناکرده‌بزه به عرصه بزهکاری پیشگیری می‌شود. تدابیر پیشگیری از جرم دارای دو جنبه هستند. یک بعد آن رسمی و جنبه دیگر آن معنوی است (نک: جندلی، ۱۳۹۵: ۳۳-۱۹).

در پرتو جنبه جامعه‌ی اصولاً باید مشارکت نهادهای نادولتی در سیاست‌گذاری و اجرای تدابیر پیشگیرانه به رسمیت شناخته شود (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۹۴: ۱۱). این رویکرد در چهارچوب قوانین مختلف از جمله قانون پیشگیری از وقوع جرم از رهگذر بند ۳ ماده ۳ شناسایی شده است (نک: نیازپور، ۱۳۹۶: ۵۴۵-۵۲۷). مطابق آن شورای عالی پیشگیری از وقوع جرم باید به «... ایجاد زمینه‌های مشارکت مردم و نهادهای دولتی و غیردولتی در امر پیشگیری از وقوع جرم...» مبادرت ورزد. فرایند پیشگیری از جرم نظام‌مند بوده و بر این اساس در چهارچوب مرحله‌های

متعدد باید در راستای اتخاذ تدابیر در این زمینه گام برداشت. شناخت بزهکاری، انتخاب آماج جرم، تعیین و شناخت نظریه، انتخاب روش پیشگیرانه، تعیین نهادهای مسئول اجرای تدابیر پیشگیرانه، اجرای تدابیر پیشگیرانه اتخاذ شده و ارزیابی این تدابیر مرحله‌های پیشگیری از جرم‌اند که با گذر از آن‌ها باید سیاست‌های پیشگیرانه را اتخاذ و اجرا کرد.

مشارکت نهادهای جامعه‌ی در هر یک از این مرحله‌ها نقش توجه‌پذیری در تحلیل دقیق و اتخاذ سیاست‌های اثربخش ایفا می‌نماید. به همین جهت، در دستورالعمل مذکور از رهگذر مقدمه، بند ۳ ماده ۳ و مبحث دوم با عنوان مشارکت در پیشگیری از وقوع جرم به چگونگی ایفای نقش نهادهای پیش‌گفته در عرصه پیشگیری از بزهکاری توجه شده است.

### ۱-۱. مشارکت نهادهای جامعه‌ی در شناخت جرم

فرایند پیش از سیاست‌گذاری پیشگیرانه شامل آن مرحله‌هاست که در پرتو آن‌ها بایسته‌های اتخاذ این سیاست‌ها فراهم می‌شود. به هر رو، برای سیاست‌گذاری در این زمینه ابتدا باید از پدیده مجرمانه، جامعه بزهکاران و بزه‌دیدگان و چرایی ارتکاب بزهکاری را شناخت و همچنین الگوهای نظری و معیار برای تحلیل و گزینش جرم‌های اولویت‌دار داشت (قورچی بیگی، ۱۳۸۸: ۳۶۳). این مرحله اگرچه پیش از سیاست‌گذاری پیشگیرانه جای دارد، اما بنیان تصمیم‌ها و تدابیر ناظر به مهار جرم به شمار می‌رود.

با وجود این که، دولت از رهگذر نهادهای مسئول در زمینه پیشگیری از بزهکاری باید در راستای گذر از این مرحله در فرایند سیاست‌گذاری گام بردارد، همواره می‌توان از ظرفیت نهادهای جامعه‌ی به‌منظور انجام این اقدام‌ها بهره جست (تایلی، ۱۳۹۵: ۱۵۰). در دستورالعمل یادشده به این بعد از مشارکت نهادهای جامعه‌ی اشاره شده است تا از این رهگذر ظرفیت همه نهادهای برای شناخت آمار و ابعاد بزهکاری، علت‌شناسی جنایی، شناسایی الگوی مناسب به‌منظور تحلیل پدیده مجرمانه و معیارگذاری برای شناخت اولویت‌ها به کار گرفته شوند.

پیشگیری از جرم اساساً بر شناخت استوار است. این شناخت در مرحله‌های متعدد به شکل‌های مختلف تبلور می‌یابد. در مرحله مذکور این شناخت که جنبه پیشین دارد به شناسایی آمار/ شمار جرم، شناخت وضعیت و خصیصه‌های بزهکاران و بزه‌دیدگان می‌انجامد. بر همین اساس، می‌توان در این مرحله از قابلیت‌های نهادهای جامعه‌ی استفاده کرد. در دستورالعمل پیش‌گفته این رویکرد در بند الف ماده ۱۶ و بند ۱ ماده ۱۹ شناسایی شده است.

### ۱-۱-۱. گردآوری شمار جرم

در فرایند پیشگیری از جرم شناخت شمار بزهکاری از مهم‌ترین اقدام‌هاست. این شناخت بیشتر از راه گردآوری آمار رفتارهای مجرمانه انجام می‌پذیرد. آمار بزهکاری اصولاً شامل مجموعه‌ای از اطلاعات مربوط به آن دسته از جرم‌هاست که در زمان و مکان معین ارتکاب می‌یابند. در پرتو این روش نسبت به پدیده‌های مجرمانه به‌وقوع پیوسته شمارش و بر این اساس از بزهکاری‌ها شناخت صورت می‌گیرد (نک: اردبیلی، ۱۳۶۵: ۱۷۱-۱۵۷ و رحمدل، ۱۳۸۳: ۱۲۲-۱۰۳). شیوه مذکور دارای کارکردهای متعددی است. اما، مهم‌ترین آن شناخت تعداد جرم، مرتکبان بزهکاری، بزه‌دیدگان و روش‌های ارتکاب جرم است.

این شناخت از دو رهگذر انجام می‌شود. گذر یکم، جنبه رسمی دارد. در این چهارچوب نهادهای دولتی یا رسمی مانند نظام عدالت کیفری که در زمینه مهار جرم دارای مأموریت هستند، به شناخت شمار بزهکاری مبادرت می‌ورزند. شناخت نهادهای مذکور که از رهگذر شیوه‌های متنوع مثل شکایت بزه‌دیدگان، اعلام جرم و اقرار مرتکبان صورت می‌پذیرد، به تهیه و تدوین آمار رسمی جرم که صرفاً نمایان‌گر یک بخش از جرم‌های ارتکاب یافته است، می‌انجامد. به این روش ایرادهای متعددی وارد است. اعتماد نداشتن بزه‌دیدگان به سامانه عدالت کیفری، ترس از آبرو و از دست دادن، ناتوان بودن از لحاظ مالی و یا جسمانی برای طرح دعوی و پیگیری آن از جمله چالش‌های پیش‌روی آمارهای رسمی‌اند. (منفرد و دربندی فراهانی، ۱۳۹۰: ۱۳۲) این ایرادها اصولاً اسباب ناشناخته ماندن شماری از جرم‌های ارتکاب یافته را فراهم می‌آورند.

به همین جهت، گذر دوم که جنبه نارسمی برای شناخت دیگر رفتارهای مجرمانه مورد توجه قرار گرفته است. در این عرصه بیشتر با به‌کارگیری ظرفیت نهادها و شیوه‌های جامعوی در راستای شناخت بزهکاری و آشکار ساختن بخش پنهان جرم‌های ارتکاب یافته<sup>۱</sup> گام برداشته می‌شود. به هر رو، در سطح جامعه نهادهای جامعوی متعددی هستند که در زمینه مطالعه بزهکاری، نمایان ساختن بزهکاری‌های ناشناخته و چگونگی پیشگیری از آن فعالیت می‌کنند.<sup>۲</sup>

به این سان، نهادهای جامعوی دارای مأموریت در زمینه پیشگیری از جرم می‌توانند در فرایند تدوین برنامه‌های پیشگیرانه و به‌کارگیری اقدام‌ها در این زمینه به شناخت آمار بزهکاری که طبیعتاً

## 2. Dark Figure

۲. برای آگاهی نمونه، می‌توان به انجمن حمایت از حقوق کودکان اشاره کرد که در در بند ب ماده ۹ اساسنامه<sup>۳</sup> پیشگیری از کودک آزاری در شمار هدف‌های این انجمن پیش‌بینی شده است.

می‌تواند گسترده‌تر از آمارهای رسمی باشد، مبادرت ورزند.<sup>۱</sup> بر همین اساس، به موجب ماده ۱۶ دستورالعمل معاونت پیشگیری تکلیف یافته است تا در فرایند تهیه و تدوین «برنامه جامع پیشگیری از وقوع جرم و ارتقای سلامت اجتماعی» از «ظرفیت علمی تخصصی و اجرایی نهادهای مردمی» بهره گیرد. تهیه و تدوین برنامه پیشگیری از جرم دارای مرحله‌های متعددی است که شناخت جرم یکمین مرحله آن به شمار می‌رود. بر اساس ماده مذکور با استفاده از ظرفیت نهادهای جامعه‌ی می‌توان در راستای شناخت تعداد جرم‌های ارتکاب‌یافته و پردازش اطلاعات جنایی گام برداشت. این بهره‌گیری در گام نخست ناظر به شناخت شمار جرم است. زیرا، در فرایند تدوین برنامه‌های پیش‌گیرانه ابتداء باید به سمت شناخت بزه کاری پیش رفت تا بتوان از رهگذر شناسایی و تحلیل دقیق میزان رفتارهای مجرمانه گرانگاه برنامه‌ریزی‌ها و تدبیرگذاری‌ها را شناخت. اینجاست که، نهادهای جامعه‌ی می‌توانند، از یک‌سو در زمینه شناخت آمار بزهکاری از جمله تعداد جرم‌ها، شمار بزهکاران و بزه‌دیدگان و خصیصه‌های آنان و از سوی دیگر، تحلیل هر یک از آن‌ها و معیارگذاری برای شناسایی اولویت‌های پیشگیرانه نقش ایفا کنند.

این ایفای نقش آنچنان دارای اهمیت است که در بند ۱ ماده ۱۹ دستورالعمل دادگستری‌های سراسر کشور وظیفه یافته‌اند تا از رهگذر هماهنگی با معاونت پیشگیری زمینه مشارکت نهادهای جامعه‌ی می‌تواند برای «جمع‌آوری و تجزیه و تحلیل اطلاعات و آمارهای موجود در خصوص وضعیت بزهکاری در مناطق مختلف مربوط» را فراهم آورند. به این ترتیب، در چهارچوب دستورالعمل بستری برای به مشارکت گرفتن نهادهای جامعه‌ی می‌تواند ایجاد شده است تا با استفاده از ظرفیت آن‌ها واقعیت‌های مجرمانه دقیق‌تر شناسایی شود. این ظرفیت می‌تواند به صورت‌های مختلف تبلور یابد. یک شکل آن بهره‌جستن از این نهادها در زمینه گردآوری آمار و شناخت بخش پنهان بزهکاری است. در عرصه پیشگیری از جرم برای کاهش قلمرو بخش پنهان رفتارهای مجرمانه علاوه بر شیوه‌های رسمی از روش‌های جامعه‌ی می‌تواند بهره‌جسته می‌شود.

۱. گفتنی است که، در همین زمینه بند ۳ ماده ۵ قانون پیشگیری از وقوع جرم ۱۳۹۴ «شناسایی راه‌های جلب مشارکت مردمی و حمایت از سازمان‌های مردم‌نهاد و نهادهای غیردولتی در امر پیشگیری از وقوع جرم» را در شمار وظیفه‌های دبیرخانه شورای عالی پیشگیری از وقوع جرم شناسایی کرده است. بنابراین، با توجه به اینکه شناخت جرم از مرحله‌های پیشگیری از جرم به‌شمار می‌رود قلمرو این وظیفه به شناسایی راه‌های به‌کارگیری مشارکت این نهادها در زمینه شناخت شمار جرم نیز گسترانیده می‌شود.

این شیوه‌ها دو نوع‌اند. گونه یکم، شیوه گزارش بزهکاران<sup>۱</sup> است. بر اساس این شیوه از شهروندان (دسته نمونه) به صورت ناشناس در زمینه ارتکاب جرم، خصیصه‌های آنان و بزه‌دیدگان، روش و چگونگی وقوع جرم، چرایی آگاه ناشدن پلیس از بزهکاری ارتکاب یافته پرسش می‌شود. این اقدام می‌تواند تا اندازه زیادی در شناخت واقعیت‌ها از جمله شمار جرم‌ها، توان پلیس، اثربخش بودن تدابیر پیشگیرانه نقش‌آفرین باشد. گونه دوم، شیوه گزارش بزه‌دیدگان<sup>۲</sup> است. در این روش از شهروندان (دسته نمونه) در خصوص بزه‌دیده شدن و اطلاعات مربوط به آن مانند ویژگی‌های این افراد، زمان بزه‌دیده شدن، چرایی گزارش ندادن به نظام عدالت کیفری، خصیصه‌های بزهکاران، موقعیت و شیوه ارتکاب جرم پرسش‌گری صورت می‌پذیرد (Kestern, 2013: 50).

بنابراین، نهادهای جامعه‌ی با توجه به امکانات و تخصص خود می‌توانند در اجرای این روش‌ها و شناسایی و گردآوری اطلاعات مربوط به بزهکاری و همچنین بررسی علمی آن‌ها نقش توجه‌پذیری ایفا کنند. در نظام پیشگیری از جرم در ایران اگرچه سیاست ویژه‌ای برای استفاده از نهادهای جامعه‌ی در زمینه گردآوری آمار جنایی وجود ندارد، اما نهادهای مذکور می‌توانند در تهیه و تدوین پرسش‌نامه‌ها، استفاده از نیروهای تخصص‌دار برای دریافت اطلاعات مربوط به پرسش‌نامه‌ها از جمله شناسایی میزان بزهکاری و فاصله آمارهای رسمی با آمارهای به‌دست آمده، خصیصه‌های بزهکاران و بزه‌دیدگان مثل سن افراد در زمان ارتکاب جرم، وضعیت مالی و اقتصادی و موقعیت اجتماعی بزهکاران و بزه‌دیدگان، نوع ارتباط بزهکاران و بزه‌دیدگان با یکدیگر، ابعاد بزه‌دیدگی و تحلیل آن‌ها که در فرایند سیاست‌گذاری و برنامه‌ریزی پیشگیرانه نقش‌آفرین‌اند، به کار آیند. به این سان، معاونت پیشگیری در اجرای وظایف پیش‌بینی شده در بند ۳ ماده ۵ قانون پیشگیری از وقوع جرم ۱۳۹۴ باید از این ظرفیت برای شناخت شمار و جنبه‌های بزهکاری و بزه‌دیدگی بهره‌گیرد.<sup>۳</sup>

## ۱-۱-۲. شناسایی عوامل جرم‌زا

پیشگیری از بزهکاری در گرو علت‌شناسی جنایی است. علت‌شناسی جنایی فرایندی است که در چهارچوب آن با استفاده از تحلیل داده‌های به‌دست آمده از بزهکاری، مرتکبان جرم و بزه‌دیدگان در راستای شناسایی عوامل نقش‌آفرین بر وقوع جرم گام برداشته می‌شود (دانش، ۱۳۹۳: ۷۳). به

1. Self Report Surveys

2. Victim Surveys

۳. گفتنی است که، این وظیفه آن چنان اهمیت دارد که در بند ۱۱۳ ماده ۱۱۳ قانون برنامه پنج‌ساله ششم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران نیز شناسایی شده است.

هر رو، ارتکاب جرم و نقض ارزش‌های بنیادین جامعه و بایدها و نبایدهای کیفری با تأثیرپذیری از مؤلفه‌های متعددی صورت می‌گیرد که شناخت آن‌ها اساس تدابیر پیشگیرنده را تشکیل می‌دهد. علت‌شناسی جرم در عرصه پیشگیری از بزهکاری آن‌چنان اهمیت دارد که قانون‌گذار در بند ۴ ماده ۳ قانون پیشگیری از وقوع جرم آن را در شمار وظایف شورای عالی پیشگیری از وقوع جرم قرار داده است. مطابق این بند «بررسی و اتخاذ تصمیم جهت شناسایی زمینه‌ها و علل وقوع جرم.» بر عهده این شورا گذارده شده است تا از این رهگذر و با شناخت دقیق عوامل بزهکاری به تحلیل و شناسایی روش‌های کاهش آن مبادرت ورزید.

عوامل ارتکاب جرم یا همان پرورش‌دهنده بزهکاری اصولاً بر چگونگی شکل‌گیری شخصیت افراد و پیدایش وضعیت‌های مناسب در زمینه وقوع جرم تأثیرگذارند (نجفی توانا، ۱۳۹۴: ۱۴۴). در فرایند پیشگیری از جرم پس از شناخت جرم‌ها و بزهکاران و بزه‌دیدگان باید با توجه به اطلاعات به‌دست آمده به علت‌شناسی و چرایی ارتکاب دسته‌ای از شهروندان به‌سوی بزهکاری گام برداشت تا از این رهگذر نقاط و گرانگاه تدبیرگذاری‌ها را شناخت. در این مرحله همواره می‌توان از ظرفیت نهادهای جامعه‌ی برای انجام تحقیقات جرم‌شناسانه، علت‌شناسی جنایی و پردازش داده‌های مرتبط با پدیده مجرمانه بهره‌جست. خصوصاً اینکه، در مرحله مذکور به‌منظور شناسایی آماج جرم و تحلیل آن‌ها بر اساس نظریه‌ها مانند نظریه‌های روان و جامعه‌شناسانه می‌توان ظرفیت علمی و تخصصی این نهادها را به‌کار گرفت. به هر رو، در پهنه پیشگیری از جرم در پرتو الگوی تعریف و تدوین شده باید به‌موجب معیار تعیین‌شده به انتخاب آماج مبادرت ورزید. زیرا، امکانات پیشگیری از بزهکاری آن‌چنان گسترده نیست و به همین جهت باید از میان موضوع‌های مختلف آماج تدابیر پیشگیرنده را گزینش کرد.

البته برای این انتخاب معیارهای متعددی وجود دارد. دسته‌ای از معیارها ناظر به شمار جرم است. بر این اساس، آن رفتارهای مجرمانه که بیش از دیگر جرم‌ها ارتکاب می‌یابند، آماج قرار می‌گیرند. معیار دیگر به ماهیت بزهکاری مرتبط است. به‌موجب آن رفتارهای مجرمانه شدت‌دار موضوع تدابیر و برنامه پیشگیرنده واقع می‌شوند. و در نهایت، معیار مرتکبان جرم و یا بزه‌دیدگان است. بر این اساس، تدابیر پیشگیرنده ناظر به دسته‌ای از بزهکاران مثلاً کودکان و نوجوانان بزهکار و یا تعدادی از زیان‌دیدگان جرم مانند سالمندان بزه‌دیده می‌باشد.

به همین جهت، در بندهای ۲ و ۳ ماده ۱۹ دستورالعمل دادگستری‌های سراسر کشور وظیفه یافته‌اند تا از رهگذر هماهنگی با معاونت پیشگیری زمینه مشارکت نهادهای جامعه‌ی برای «تعیین اولویت‌های پیشگیری از جرم بر حسب شاخص‌هایی مانند؛ میزان پیشگیری‌پذیری، تأثیر تکوین

سایر جرایم، فراوانی جرم و صدمات و آسیب‌های ناشی از آن، میزان حساسیت مردم و افکار عمومی» و «شناسایی افراد در معرض خطر بزهکاری و بزه‌دیدگی و آماج‌های پیشگیری از تکرار جرم و بزه‌دیدگی با تأکید بر گروه‌های آسیب‌پذیر مانند کودکان و نوجوانان، زنان و ناتوانان ذهنی و جسمی» را فراهم سازند. دادگستری‌ها در این زمینه دارای ظرفیت‌های متعددی هستند. به هر رو، مجموعه دادگستری (ضابطان دادگستری، دادسراها و دادگاه) با مرتکبان بزهکاری روبه‌رو می‌شوند و از این رهگذر می‌توانند نسبت به عوامل جرم‌زا شناخت پیدا کنند. تشکیل پرونده شخصیت متهمان که در ماده ۲۰۳ قانون آیین دادرسی کیفری پیش‌بینی شده است، از جمله آن‌هاست. در چهارچوب این پرونده اطلاعات فردی و اجتماعی مربوط به مرتکبان بزهکاری که در علت‌شناسی جنایی تأثیرگذارند، گردآوری می‌شوند. اینجاست که، همکاری دادگستری‌ها با نهادهای جامعوی می‌تواند به شناسایی دقیق ابعاد مختلف شخصیت متهمان و چرایی ارتکاب جرم از سوی آنان بیانجامد. علاوه بر این، دادگستری‌ها در فرایند رسیدگی کیفری با کودکان و نوجوانان بزهکار و بزه‌دیده، فرزندان متهمان به ارتکاب جرم که قاعدتاً در معرض خطر بزهکاری<sup>۱</sup> قرار دارند و یا آن دسته که در موقعیت‌های بزه‌دیدگی هستند، روبه‌رو می‌شوند. در این زمینه نیز دادگستری‌ها می‌توانند برای شناخت عوامل جرم و وضعیت‌های بزه‌دیدگی آفرین از ظرفیت نهادهای جامعوی استفاده کنند.

همچنین، در بند ۲ ماده ۵ قانون پیشگیری از وقوع جرم پژوهش برای علت‌شناسی جنایی در شمار وظیفه‌های دبیرخانه شورای عالی پیشگیری از وقوع جرم قرار گرفته است. از این رو، نهاد مذکور می‌تواند به‌واسطه همکاری با نهادهای جامعوی این وظیفه را انجام دهد. مطابق ماده ۲ قانون پیش‌گفته ترکیب شورای عالی پیشگیری از وقوع جرم دولتی محض است. این رویکرد مشارکت نهادهای جامعوی در سیاست‌گذاری و برنامه‌ریزی پیشگیرانه را با چالش‌های متعددی روبه‌رو ساخته است.<sup>۲</sup> به همین جهت، تأکید دستورالعمل بر استفاده از ظرفیت نهادهای مذکور می‌تواند عرصه‌ای برای بهره‌گیری از آن‌ها در فرایند تهیه و تدوین پیش‌نویس سیاست‌ها و برنامه‌ها که بر عهده دبیرخانه آن است، ایجاد کند. این دبیرخانه می‌تواند برای شناسایی عوامل جرم‌زا،

۱. افزودنی است که، بر اساس آموزه‌های پیشگیری رشد‌مدارانه کودکان و نوجوانان دارای پدر و مادر بزهکار دارای مشکل به شمار می‌روند و در آستانه ارتکاب بزهکاری و در صورت حمایت ناشدن چه بسا در معرض مزمن شدن بزهکاری به شمار می‌روند (نک: مهدوی، ۱۳۹۱: ۲۷۶-۱۸۴).

۲. گفتنی است که، شورای عالی پیشگیری از وقوع جرم پس از تصویب قانون مذکور تاکنون سه جلسه برگزار کرده است. در حالی که، به موجب تبصره ماده ۳ قانون پیش‌گفته این شورا باید کمینه در هر فصل یک جلسه تشکیل دهد.



تحلیل نظریه‌مند بزهکاری و شناخت جرم‌های اولویت‌دار از ظرفیت‌های علمی و تخصصی نهادهای جامعوی استفاده نماید. زیرا، نهادهای جامعوی کُنشگر در زمینه پیشگیری از جرم دارای اطلاعات مناسب از مؤلفه‌های جرم‌زا و نگرش عمومی نسبت به گونه‌های بزهکاری و آثار آن هستند. علاوه بر این، تبصره ماده ۲ نیز می‌تواند زمینه‌ای برای شرکت نهادهای جامعوی و ارائه گزارش‌ها و نظریات علمی پیشگیرانه در جلسه‌های شورای مذکور به شمار آید.

### ۱-۲. مشارکت نهادهای جامعوی در اتخاذ شیوه‌های پیشگیری از جرم

در این مرحله قاعدتاً با توجه به اطلاعات به‌دست آمده و علت‌شناسی صورت گرفته باید ابتدا به اتخاذ سیاست‌های پیشگیرانه مبادرت ورزید. از این‌رو، شیوه‌های نقش‌آفرین در کاهش شمار بزهکاری را باید شناخت. اما، موفقیت در عرصه پیشگیری از جرم به شناسایی نهادهای مسئول در این زمینه نیز وابسته است. به این معنا که باید با توجه به مأموریت هر نهاد نقش آن را در چگونگی به‌کار بستن روش‌های گزینش شده تعیین کرد.

#### ۱-۲-۱. اتخاذ شیوه‌های پیشگیرانه

در عرصه پیشگیری از جرم شیوه‌های متعددی برای مهار بزهکاری وجود دارد. دسته‌ای از آن‌ها جنبه فردمدارانه دارند و با تأثیرگذاری بر فرایند چگونگی شکل‌گیری شخصیت افراد به دنبال کاهش میزان ارتکاب جرم هستند. ارتقای سطح آگاهی‌های عمومی شهروندان، فرهنگ‌سازی، افزایش توان مالی و اقتصادی افراد، توسعه آموزش و پرورش، گسترش رفاه اجتماعی، حمایت از کودکان و نوجوانان مشکل‌دار از جمله این روش‌ها هستند که در جامعه‌پذیری شهروندان و هنجارمند ساختن آنان نقش‌آفرین است (فارینگتون، ۱۳۹۴: ۳۵). علاوه بر این، شمار دیگری از شیوه‌های پیشگیری از جرم دارای ابعاد موقعیت‌مدار هستند که در پرتو آن‌ها فرصت‌های مناسب ارتکاب بزهکاری از بین رفته و اساساً زمینه و وضعیت وقوع رفتارهای مجرمانه پدید نمی‌آید. دشوار ساختن فرایند ارتکاب جرم، افزایش هزینه‌های وقوع جرم و کاهش جاذبه‌های آماج از مهم‌ترین روش‌های آن است.

نهادهای جامعوی دارای ظرفیت‌های مناسب در این زمینه هستند. به همین جهت، مشارکت دادن آن‌ها در فرایند سیاست‌گذاری پیشگیرانه برای شناخت شیوه‌های کاهنده میزان بزهکاری می‌تواند در اتخاذ سیاست دقیق تأثیرگذار باشد (بابایی و نجیبیان، ۱۳۸۷: ۸). از این‌روست که، در بند ۴ ماده ۱۹ دستورالعمل همکاری مجموعه قوه قضائیه با نهادهای جامعوی به منظور «طراحی و تدوین برنامه‌ها و مداخله‌های استانی و شهرستانی و شهرستانی پیشگیری از جرم» مورد توجه قرار گرفته است. زیرا، به نظر می‌رسد نهادهای قضایی، از یک‌سو در فرایند اتخاذ تدابیر و برنامه‌ریزی‌های پیشگیرانه و از سوی دیگر، در زمینه اجرای تدابیر و اقدام برای کاهش میزان بزهکاری از نهادهای جامعوی

استفاده نمی‌کنند.<sup>۱</sup> در حالی که، نهادهای مذکور می‌توانند با توان علمی و تخصصی خود در زمینه شناسایی روش‌های مناسب با توجه به تحلیل‌های صورت‌گرفته نقش ایفا نمایند. به هر رو، شیوه‌های پیشگیرانه را با توجه به نوع بزهکاری و یا دسته بزهکاران و بزه‌دیدگان باید شناسایی کرد که نهادهای جامعوی در شناساندن تناسب روش‌های پیشگیری فردمدارانه و یا موقعیت‌مدارانه با هر یک از آن‌ها می‌توانند تأثیرگذار باشند.

علاوه بر این، به‌موجب بندهای الف و ب ماده ۱۷ دستورالعمل استفاده از ظرفیت نهادهای جامعوی برای «توسعه نهضت آموزش حقوق و تکالیف به مردم با هدف ارتقای آگاهی‌های مردم و نهادینه‌سازی فرهنگ احترام به قانون» و «ترویج و توسعه گفتمان‌های قضایی در قلمرو پیشگیری و مقابله با فساد، حفظ و احیای حقوق عامه» در شمار تکالیف معاونت پیشگیری و دادگستری‌های سراسر کشور قرار گرفته است تا از این رهگذر نقش نهادهای جامعوی در پیشگیری فردمدارانه از بزهکاری به‌کار گرفته شود. به هر رو، این نهادها از ظرفیت مناسب و توجه‌پذیری در ارتقای سطح فرهنگ و اجتماعی کردن شهروندان، قانون‌پذیری عمومی، آشنا ساختن افراد با حق‌ها و تکالیف پیش‌بینی شده در قوانین و اساساً هنجارهای حقوقی که بر پیشگیری از جرم تأثیرگذارند، برخوردارند. به این سان، سیاست مذکور معاونت پیشگیری و دادگستری‌ها که بیشتر با رویکردی دولت‌مدارانه به پیشگیری از جرم توجه دارند، را به سمت بهره‌مندی از مشارکت نهادهای جامعوی در زمینه اجرای روش‌های پیشگیرانه رهنمون می‌سازد تا در پرتو آن اسباب جامعه‌پذیری شهروندان و کاهش یا از بین بردن عوامل جرم‌زا که در شمار تکالیف معاونت مذکور و دادگستری‌ها قرار دارد، به شکل مناسب فراهم آید. به نظر می‌رسد، این معاونت و دادگستری‌ها تاکنون برنامه‌ای نظام‌مند برای استفاده از نهادهای جامعوی در زمینه پیشگیری از جرم نداشته‌اند و بر این اساس باید در این راستا گام بردارند.<sup>۲</sup>

## ۲-۱-۲. شناسایی نهادهای پیشگیرنده

تقسیم کار در فرایند پیشگیری از جرم نقش توجه‌پذیری در موفقیت برنامه‌ها و سیاست‌ها دارد.

۱. افزودنی است که، در عرصه سیاست جنایی ایران تا کنون برنامه ملی پیشگیری از جرم که شامل راهبردها و اقدام‌های پیشگیرانه و تعیین نقش نهادهای کارگزار دولتی و جامعوی در این زمینه و نیز چگونگی پیشگیری از جرم در سطح استانی و شهرستانی باشد، تدوین نشده است.

۲. گفتنی است که، معاونت اجتماعی و پیشگیری از وقوع جرم قوه قضاییه اخیراً از رهگذر انعقاد تفاهم‌نامه‌های متعددی با شماری از نهادهای جامعوی عرصه‌ای برای مشارکت کردن این نهادها در برنامه‌های پیشگیرانه فراهم می‌نماید.

به همین جهت، در مرحله سیاست‌گذاری پیشگیرانه باید علاوه بر شناسایی روش‌های کاهنده میزان بزهکاری به تعیین نوع اقدام و چگونگی ایفای نقش هر یک از نهادهای مسئول و دارای ظرفیت در زمینه پیشگیری از بزهکاری مبادرت ورزید. این مرحله آن‌چنان مهم است که قانون‌گذار در ماده ۳ قانون پیشگیری از وقوع جرم آن را در شمار یکمین تکلیف شورای عالی گنجانده است. به‌موجب آن شورای عالی باید در زمینه «تقسیم کار ملی... و اتخاذ تدابیر مناسب برای هماهنگی و توسعه همکاری بین دستگاه‌های مسئول در امر پیشگیری» سیاست‌گذاری کند. با توجه به اینکه مطابق ماده ۵ دبیرخانه شورای مذکور در قوه قضائیه تشکیل می‌شود و بر اساس بند ۵ ماده پیش‌گفته «تهیه و تدوین پیش‌نویس سیاست‌های اجرایی و برنامه‌های ملی پیشگیری از وقوع جرم» را بر عهده دارد، این قوه می‌تواند از رهگذر تعامل با نهادهای جامعه‌ی در شناسایی و تعیین نهادهای مسئول در اجرای تدابیر پیش‌بینی شده تأثیرگذار باشد. به هر رو، در سیاست جنایی ایران تعدد نهادهای دولتی مسئول در زمینه پیشگیری از جرم از بنیادی‌ترین چالش‌هاست. زیرا، این چالش به اتخاذ سیاست‌های پیشگیرانه متضاد، توجه نشدن به دسته‌ای از موضوع‌ها برای پیشگیری از جرم، موازی‌کاری و استفاده ناهدفمند از منابع در این زمینه، اتخاذ نشدن راهبردهای پیشگیرانه مناسب، اجرا نشدن تدابیر پیشگیرانه اتخاذ شده و چگونگی ایفای نقش هریک از نهادها و راهبری نشدن مجموعه نهادهای دولتی در این زمینه انجامیده است. آشکار است که، چندگانگی رویکردها در پهنه پیشگیری از جرم به‌جای کاهش میزان بزهکاری چه بسا فرصت‌های ارتکاب جرم را پدید آورد. به همین جهت، نهادهای جامعه‌ی می‌توانند با بررسی مجموعه عملکرد و ظرفیت‌های دستگاه‌های دولتی زمینه‌ای برای تعیین دقیق نقش پیشگیرانه هر یک از آنها و طبیعتاً کارآشدن تدابیر کاهنده بزهکاری ایجاد نمایند.

علاوه بر این، نهادهای جامعه‌ی برای پیشگیری از جرم دارای ظرفیت‌های متعددی هستند. به همین جهت، چه در قانون و چه در دستورالعمل مذکور به ایفای نقش این نهادها توجه گردیده است. مطابق بند ۳ ماده ۳ قانون «ایجاد زمینه‌های مشارکت مردم و نهادهای... غیردولتی در امر پیشگیری از وقوع جرم» به شورای عالی و به‌موجب بند ۳ ماده ۵ آن «شناسایی راه‌های جلب مشارکت مردمی و حمایت از سازمان‌های مردم‌نهاد و نهادهای غیردولتی در امر پیشگیری از وقوع جرم» به دبیرخانه این شورا واگذار شده است. بدیهی است که، مشارکت این نهادها با مجموعه قوه قضائیه به هنگام تقسیم کار پیشگیرانه می‌تواند در افزایش دقت در این زمینه انجام پذیرد. از همین رو، در بند ۴ ماده ۱۹ به همکاری با نهادهای جامعه‌ی برای «تعیین نقش نهادهای مردمی همکار در اجرای» برنامه‌ها و سیاست‌های پیشگیرانه اشاره شده است. به این ترتیب، دستورالعمل یاد شده

ایفای نقش نهادهای مذکور در شناسایی شیوه‌ها و نوع کار یا فعالیت نهادهای پیشگیرنده را به رسمیت شناخته است تا از این رهگذر با توجه بیشتر به واقعیت‌ها تدبیرگذاری صورت گیرد.

ارزیابی سیاست‌های پیشگیرانه از مهم‌ترین مرحله‌های پیشگیری از جرم است. زیرا، در پرتو آن قوت‌ها و ضعف‌ها نمایان می‌شود. بدیهی است که با نمایان شدن آن، سطح اثربخش بودن تدابیر پیشگیرنده شناسایی شده و بر این اساس سیاست‌گذاران می‌توانند با توجه به واقعیت‌ها به بازنگری در سیاست‌ها و تغییر آن‌ها مبادرت ورزند (عباچی، ۱۳۸۷: ۴۴). نهادهای جامعوی با توجه به داشتن ظرفیت‌های گسترده حرفه‌ای و نیز حضور در عرصه جامعه از نقش برجسته‌ای در زمینه سنجش عملکرد نهادهای پیشگیرنده مسئول و میزان موفقیت برنامه‌های پیشگیرانه برخوردارند. به همین جهت، در بند ۶ ماده ۱۹، «ارزیابی میزان اثربخشی تدابیر پیشگیرانه» از جمله شاخص‌ترین ابعاد همکاری این نهادها با قوه قضائیه در پهنه پیشگیری از جرم شناسایی شده است تا در پرتو آن نهادهای جامعوی در جایگاه سنجش‌گر سیاست‌ها و برنامه‌های پیشگیرانه اقدام نمایند.

## ۲. گفت‌وگو و واکنش‌مدارانه سیاست جنایی قوه قضائیه در «دستورالعمل نحوه مشارکت و تعامل نهادهای مردمی با قوه قضائیه»

یک جنبه مهم در قلمرو سیاست جنایی همانا تدابیر ناظر به حمایت از بزه‌دیدگان و واکنش‌های ناظر به بزه‌کاران است. در این زمینه نیز نهادهای جامعوی از ظرفیت مناسب و توجه‌پذیری برخوردارند. به همین جهت در دستورالعمل در مبحث‌های متعددی ابعاد ایفای نقش این نهادها و همکاری با آن‌ها در این خصوص شناسایی شده است.

### ۲-۱. مشارکت نهادهای جامعوی در حمایت از بزه‌دیدگان

از دهه ۱۹۵۰ بزه‌دیدگان به شکل مورد توجه قرار گرفته‌اند. شکل یکم، در جرم‌شناسی جای دارد و بر اساس آن با رویکردی علت‌شناسانه به میزان نقش بزه‌دیده در فرایند تکوین جرم توجه می‌شود.<sup>۱</sup> در پرتو آن باید علاوه بر شناسایی عوامل پیرامون بزه‌کار به سطح تأثیر رفتار، موقعیت و شیوه زندگی بزه‌دیدگان در ارتکاب بزه‌کاری نیز توجه کرد. اما، شکل دوم، در پهنه سیاست جنایی جای دارد و در چهارچوب آن مناسب‌ترین شیوه‌ها برای حمایت از بزه‌دیدگان شناسانده می‌شود. زیرا، بزه‌دیدگان آن دسته از کنشگران جرم‌اند که با ارتکاب رفتارهای مجرمانه زیان دیده‌اند و

۱. گفتنی است که، «هانس فون هانتینگ» پایه‌گذار این شکل از توجه به بزه‌دیدگان در فرایند علت‌شناسی جنایی است. وی برای نخستین بار در کتاب «بزه‌کار و قربانی او» به این رویکرد توجه نشان داد (نک: فیلیزولا و لوپز، ۱۳۸۸: ۱۲۵-۹۶).

بنابراین باید در فرایند کیفری در راستای حمایت از آنان گام برداشت (نک: رایجیان اصلی، ۱۳۹۰: ۱۰۴-۸۱) و حمایت از این دسته در شماری از الگوهای کیفری باید پیش‌تر از هر نوع اقدام شناسایی و اجرا شود. به این سان، حمایت از بزه‌دیدگان به‌عنوان جلوه‌ای از حق‌های بنیادی شناسایی شد تا بر اساس آن نظام عدالت کیفری با اتخاذ روش‌های مختلف به حمایت از این دسته مانند حمایت حقوقی، عاطفی روانی، پزشکی، مالی اقتصادی مبادرت ورزد. یاری رسانیدن به بزه‌دیدگان در برپاساختن دعوای کیفری، ایجاد بسترهای مناسب برای برقراری سازش و جبران ضررهای وارد شده به بزه‌دیدگان از جمله گونه‌های حمایت از این افراد در پهنه عدالت کیفری است. در قلمرو قانون آیین دادرسی کیفری این رویکرد به بزه‌دیدگان مورد توجه قرار گرفته است. به‌موجب، این قانون اقدام‌های متعددی را باید برای حمایت از بزه‌دیدگان در سراسر مرحله‌های فرایند کیفری به‌کار بست.

با وجود این، اجرای سیاست‌های پیش‌بینی شده در قانون خصوصاً در زمینه چگونگی استفاده از ظرفیت‌های نهادهای جامعه‌ی با ابهام‌های متعددی همراه بوده است. به همین جهت، با توجه به اینکه در بند ب ماده ۱۷ دستورالعمل «عدالت ترمیمی و صلح و سازش» و «حمایت از بزه‌دیدگان» از برجسته‌ترین مصادیق رویکردهای شناسایی شده است، مبحث سوم فصل چهارم به جنبه‌های مشارکت نهادهای جامعه‌ی برای حمایت از بزه‌دیدگان اختصاص یافته است.

#### ۱-۲-۱. حمایت در زمینه دسترسی به عدالت

دادخواهی از بنیادی‌ترین حق‌های بزه‌دیدگان است. بر همین اساس، در اصل سی و چهارم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران این حق از جلوه‌های «حقوق ملت» پیش‌بینی شده است. مطابق اصل پیش‌گفته «دادخواهی حق مسلم هر فرد است و هر کس می‌تواند به‌منظور دادخواهی به دادگاه‌های صالح رجوع نماید. همه افراد ملت حق دارند، این‌گونه دادگاه‌ها را در دسترس داشته باشند و هیچ‌کس را نمی‌توان از دادگاهی که به‌موجب قانون حق مراجعه به آن را دارد منع کرد.» از این‌رو، در پهنه آیین دادرسی کیفری باید بسترهای مناسب برای دادخواهی بزه‌دیدگان فراهم شود. یک بعد مهم در این خصوص همانا مشارکت دادن نهادهای جامعه‌ی است که دارای هدف و مأموریت در زمینه حمایت از دسته‌های مختلف بزه‌دیدگان هستند (حبیبی درگاه، ۱۳۹۹: ۶۴).

حمایت از بزه‌دیدگان گونه‌های متعددی دارد. یاری رسانیدن به این شهروندان برای برپاساختن دعوای کیفری از جمله آن‌هاست. بزه‌دیدگان بر اساس بند الف ماده ۶۴ قانون آیین دادرسی کیفری در صورت زیان دیدن از جرم می‌توانند شخصاً یا توسط وکیل به شکایت کیفری مبادرت ورزند. اما، گاه به‌جهت نداشتن توان مالی و جسمانی طرح شکایت از سوی این دسته امکان‌ناپذیر بوده و

یا اینکه اساساً نمی‌توانند به شکل مناسب از حقوق خود در فرایند کیفری دفاع کنند. از این رو، در قانون مذکور به صورت‌های مختلف زمینه‌های حمایت از بزه‌دیدگان پیش‌بینی شده است که طبیعتاً علاوه بر آن دسته از مواد که آشکارا چگونگی مشارکت نهادهای جامعه‌ی را شناسایی نموده‌اند، با داشتن خوانش مشارکت‌مدارانه نیز می‌توان بستری برای حمایت این نهادها از بزه‌دیدگان تصور کرد. به همین جهت، در ماده ۲۰ دستورالعمل امکان مشارکت نهادهای مذکور برای حمایت از بزه‌دیدگان خاص در سراسر فرایند کیفری را به رسمیت شناخته است. مطابق این ماده «قضات و ضابطان دادگستری می‌توانند به‌منظور حمایت از بزه‌دیدگان خاص در فرایند کیفری، در موارد زیر امکان ارائه خدمات آموزشی، مشاوره‌ای و حمایتی از سوی نهادهای مردمی را فراهم آورند...» بنابراین، کارگزاران قضایی و پیراقضایی می‌توانند مشارکت نهادهای جامعه‌ی نسبت به بزه‌دیدگان خاص که بر اساس بند پ ماده ۱ شامل «زنان، کودکان، سالمندان، افراد محجور یا مجنون... یا دارای معلولیت...» و «افراد تحت پوشش نهادها و مؤسسات حمایتی که از وقوع جرم متحمل ضرر و زیان شده‌اند» است را امکان‌پذیر سازند. به‌موجب ماده پیش‌گفته حمایت نهادهای جامعه‌ی از بزه‌دیدگان خاص گونه‌های متعددی دارد.

یکم، حمایت در زمینه برپاساختن دعوای کیفری است. به این نوع حمایت در بند الف ماده مذکور از رهگذر «چگونگی طرح شکایت و پیگیری آن در نهادهای انتظامی و قضایی» توجه شده است. و یا با توجه به ماده ۲۲ دستورالعمل نسبت به «بزه‌دیدگان محجور» در جایگاه قیم موقت به طرح دعوی مبادرت ورزند. مطابق آن «در اجرای ماده ۷۰ قانون آیین دادرسی کیفری مبنی بر حمایت از بزه‌دیدگان محجور و فاقد ولی یا قیم و نیز در مواردی که امکان طرح شکایت از سوی ولی یا قیم وجود نداشته باشد و نصب قیم نیز موجب فوت وقت یا توجه ضرر به محجور شود، دادستان می‌تواند با رعایت ضوابط و مقررات قانونی، نماینده نهادهای مردمی همکار را به‌عنوان قیم موقت تعیین کند.» به‌موجب آن زمینه‌ای مناسب برای بهره‌جستن از نهادهای جامعه‌ی در راستای حمایت از آن دسته از بزه‌دیدگان که محجورند، یا اولیا و سرپرستان آنان در ارتکاب جرم نقش داشته‌اند و یا طرح دعوی از سوی این دسته امکان‌ناپذیر است، ایجاد شده است. زیرا، چه بسا این دسته از سوی اولیا و سرپرستان بزه‌دیده شوند و یا آنان به‌جهت در دسترس نبودن نتوانند به‌هنگام نسبت به طرح شکایت اقدام کنند. بر همین اساس، استفاده از نهادهای مذکور در جایگاه قیم موقت می‌تواند اسباب دست یافتن آنان به عدالت و آغاز فرایند رسیدگی کیفری و بهره‌مندی از حمایت‌های پیش‌بینی شده در این عرصه را فراهم آورد.

در کنار این‌ها و با توجه به اینکه دسته‌ای از نهادهای جامعه‌ی در واقع، سازمان‌های مردم‌نهاد از

ظرفیت‌های مناسب در زمینه اعلام جرم و نظارت بر اجرای قوانین برخوردارند و به همین جهت از آن‌ها با عنوان «دادستان‌های خصوصی»<sup>۱</sup> یاد می‌شود در شماری از قوانین از جمله ماده ۶۶ قانون آیین دادرسی کیفری به نقش این سازمان‌ها در زمینه اعلام جرم اشاره گردیده است. مطابق آن «سازمان‌های مردم‌نهادی که اساسنامه آن‌ها در زمینه حمایت از اطفال و نوجوانان، زنان، اشخاص بیمار و دارای ناتوانی جسمی یا ذهنی، محیط‌زیست، منابع طبیعی، میراث فرهنگی، بهداشت عمومی و حمایت از حقوق شهروندی است، می‌توانند نسبت به جرایم ارتكابی در زمینه‌های فوق اعلام جرم کنند و در تمام مراحل دادرسی شرکت کنند» به این ترتیب، سازمان‌های مذکور می‌توانند در راستای دسترسی به هدف‌های تأسیس خود به اعلام جرم نسبت به شماری از بزه‌دیدگان حمایت شده مبادرت ورزند.

این ماده و سیاست‌های پیش‌بینی شده در آن زمینه استفاده از ظرفیت‌های سازمان‌های مردم‌نهاد برای اعلام جرم را فراهم آورده است، اما از هنگام تصویب اجرای تدابیر مذکور با چالش‌های متعددی همراه گردیده است. چنان‌که، ابهام‌های پیش‌آمده مانند بایستی بودن یا نبودن دعوت این سازمان‌ها به جلسه‌های دادرسی، چگونگی ارائه دلیل و دفاع از حق‌های بزه‌دیدگان و شرکت کردن در کدام مرحله فرایند کیفری و نیز اعتماد نداشتن مراجع قضایی به این سازمان‌ها، اتخاذ روش‌های کران‌مدارانه نسبت به فعالیت این سازمان‌ها تا اندازه زیادی آن‌ها را از رسیدن به جایگاه مناسب در این خصوص دور ساخته است. بر همین اساس، ماده ۳۰ دستورالعمل با رویکردی بیشینه نسبت به ماده ۶۶ می‌تواند زمینه‌ای برای توسعه مشارکت این سازمان‌ها در فرایند رسیدگی کیفری پیش‌بینی کند تا از این رهگذر ظرفیت همکاری مراجع قضایی با نهادهای مذکور شناسایی شود.

دوم، ناظر به یاری رسانیدن بزه‌دیدگان مذکور در زمینه گردآوری دلایل و تعیین میزان و سطح ضرر برآمده از جرم و همچنین همراه بودن با آنان در جلسه‌های رسیدگی است. بر اساس مواد ۶۲ و ۶۸ قانون آیین دادرسی کیفری بزه‌دیدگان می‌توانند در صورت داشتن امکان نسبت به گردآوری دلایل و شناسایی میزان ضرر وارد شده اقدام نمایند. این اقدام بزه‌دیده در شتاب دادن به شناسایی واقعیت‌های مربوط به بزهکاری تأثیرگذار است. به همین جهت، در بند ب ماده ۲۰ دستورالعمل

۱. دادستان خصوصی (Private Prosecutor) سازوکاری است که در پرتو آن در کنار دادستان‌های عمومی به شماری از اشخاص مانند سازمان‌های مردم‌نهاد امکان طرح شکایت، دلیل‌آوری، شرکت در جلسه‌های دادرسی کیفری و اعتراض به آرای کیفری صادر شده را برای حمایت از دسته‌ای از بزه‌دیدگان می‌دهد. این سازوکار در قوانین شماری از کشورها از جمله قانون تعقیب جرم‌ها ۱۹۸۵ انگلستان شناسایی شده است.

«مساعدت به بزه‌دیده در زمینه جمع‌آوری دلایل به‌منظور اثبات بزه‌دیدگی و تعیین میزان ضرر و زیان وارده» در شمار همکاری نهادهای جامعه‌ی<sup>۱</sup> گنجانده شده است تا از رهگذر کمک کردن آن‌ها دادرسی کیفری سریع‌تر به پیش رود. البته؛ این سازمان‌ها در زمینه حمایت از بزه‌دیدگان خاص مانند کودکان و نوجوانان و زنان با مشکل‌های متعددی را روبه‌رو می‌باشند. اعتماد نداشتن نهادهای قضایی به مجموعه کنشگری‌های آنان، ناشناخته بودن هدف‌ها و فعالیت‌های آنان برای بیشتر شهروندان، نبود حمایت‌های مالی مناسب، دسترسی نداشتن به اطلاعات لازم، پاسخ‌گو نبودن نهادهای رسمی به این سازمان‌ها و نبود حمایت‌های قانونی مناسب از جمله این مشکل‌ها هستند که طبیعتاً بر چگونگی استفاده از ظرفیت‌های این نهادها تأثیر گذاشته است.

این رویکرد در بندهای پ، ت و ث ماده ۲۱ دستورالعمل نیز مورد توجه واقع شده است. بر اساس آن کارگزاران قضایی و پیراقضایی وظیفه یافته‌اند از ظرفیت‌های نهادهای جامعه‌ی برای حمایت از کودکان و نوجوانان بزه‌دیده یا در آستانه بزه‌دیدگی در زمینه «شناسایی عوامل استثمار و بهره‌کشی از کودکان و نوجوانان و جمع‌آوری ادله جرم»، «شناسایی و جمع‌آوری ادله مرتبط با خرید و فروش و به‌کارگیری کودکان و نوجوانان به‌منظور ارتکاب اعمال خلاف قانون»، «شناسایی و جمع‌آوری ادله مرتبط با اشخاص، گروه‌ها و مؤسسات مرتکب قاچاق زنان و کودکان» استفاده کنند.<sup>۲</sup> علاوه بر این، بر اساس بند ح ماده مذکور «همراهی بزه‌دیده و شهود در جلسات رسیدگی و مواجهه حضوری با متهم» شکل دیگر حمایت این نهادها از بزه‌دیدگان است که می‌تواند در کاهش

۱. برای نمونه، می‌توان به انجمن‌های حمایت از حقوق کودکان، یاری کودکان در معرض خطر، جمعیت دفاع از کودکان کار و خیابان و سازمان دفاع از قربانیان خشونت اشاره کرد.

۲. گفتنی است که، گزارش‌های متعددی در زمینه خرید و فروش نوزادان وجود دارد. این اقدام بر اساس، قوانین کیفری از جمله قانون مبارزه با قاچاق انسان و قانون حمایت از اطفال و نوجوانان جرم گذشت‌ناپذیر است. بنابراین، دادستان‌ها باید پس از دریافت گزارش و اعلام جرم از سوی اشخاص مانند سازمان‌های مردم‌نهاد در نسبت به تعقیب آن گام بردارند. چنان‌که، در محیط مجازی نیز برای تبلیغات این «داد و ستد سیاه» فعالیت می‌شود. به نظر می‌رسد قوه قضائیه باید از رهگذر اقدام قضایی ویژه‌ای با این پدیده مقابله کند. گزارش‌های مربوط به واقعیت‌ها نشان می‌دهد که اقدام در چهارچوب برنامه‌های قضایی متعارف نمی‌تواند در این زمینه اثربخش باشد. علاوه بر این، سازمان‌های مردم‌نهاد هم باید با توجه به اختیارات پیش‌بینی‌شده در ماده ۶۶ قانون آیین دادرسی کیفری در زمینه شناسایی این پدیده مجرمانه و گزارش آن به مراجع قضایی اقدام کنند. برای آگاهی بیش‌تر بنگرید به:

<https://www.irna.ir/news/83108912>

<https://www.barkhat.news/social/158970666215/https://www.tasnimnews.com/fa/news/1394410/07/955924/>



اضطراب آنان و پایین آمدن احتمال بزه‌دیدگی دومین تأثیرگذار باشد. بزه‌دیدگان و گواهان گاه در فرایند کیفری در معرض خطر جانی، حیثیتی و مالی قرار می‌گیرند. به همین جهت، حمایت از این دسته در مواد ۹۷ و ۲۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری شناسایی شد. مطابق آن نظام عدالت کیفری باید اقدام‌های لازم را برای حمایت از این شهروندان در برابر خطرهای به‌کار گیرد. سیاست‌گذاران جنایی ایران برای دسترسی این شهروندان به «حق بر تأمین امنیت در فرایند کیفری» و اجرای دقیق مواد پیش‌گفته آیین‌نامه اجرایی حمایت از شهود و مطلعان را تدوین نموده‌اند. بر این اساس کارگزاران قضایی می‌توانند با توجه به شرایط مانند نوع خطر، شخصیت گواهان و آگاهان و وضعیت پیش‌جنایی آنان تصمیم‌گیری کنند. در این آیین‌نامه برای پیشگیری از بزه‌دیدگی بیشتر به سازوکارهای پیشگیری موقعیت‌مدار اشاره شده است. شنیدن اظهارهای گواهان و آگاهان به‌صورت مجازی، افشا ناشدن هویت آنان، مراقبت‌های آشکار و ناآشکار پلیس‌مدارانه از گواهان و آگاهان و خانواده آنان، آموزش فن‌های دفاع شخص‌مدارانه و تغییر مکان زندگی از جمله شیوه‌های پیش‌بینی شده در این آیین‌نامه هستند که مقام‌های قضایی می‌توانند با اتخاذ آنان زمینه‌های پیشگیری از بزه‌دیدگی از این دسته را فراهم آورند. به هررو، در پرتو یافته‌های جرم‌شناسانه افزایش هزینه‌های ارتکاب جرم، دشوار کردن فرایند ارتکاب بزهکاری و کاهش جاذبه‌های آماج جرم از مهم‌ترین راهبردهای پیشگیرانه‌اند که در کاهش فرصت‌های وقوع جرم نقش‌آفرین می‌باشد. در این زمینه، بند ح ماده ۲۱ دستورالعمل ظرفیت‌های متعددی ایجاد می‌کند (نک: باقری‌نژاد، ۱۳۹۵: ۱۰۶-۹۹).

به این شکل که، برای حمایت پیشگیرانه از گواهان و آگاهان از جمله «آموزش تدابیر دفاع شخصی و حفاظت از سلامتی جسمی و روحی و روانی به شهود و مطلعان و خانواده ایشان» پیش‌بینی شده در بند ۴ ماده ۱۷ آیین‌نامه، از نهادهای جامعوی بهره جست.

سوم، آگاه ساختن بزه‌دیدگان از حقوق‌شان در فرایند کیفری است. این حق در مواد ۶ و ۳۸ قانون آیین دادرسی کیفری شناسایی شده است. نهادهای جامعوی می‌توانند در زمینه شناساندن حق‌های شاکیان یا بزه‌دیدگان نقش‌آفرین باشند.<sup>۱</sup> این رویکرد در بندهای ت و ث ماده ۲۰ دستورالعمل مورد توجه قرار گرفته است. به‌موجب آن «مطلع ساختن بزه‌دیدگان نسبت به حقوق

۱. برای نمونه، می‌توان به کنشگری‌های انجمن حمایت از حقوق کودکان اشاره کرد. این انجمن در سال ۱۳۹۸ در چهارچوب «صدای یارای حقوقی» به ارائه ۶۰ مورد مشاوره و آموزش حقوقی به کودکان و نوجوانان بزه دیده مبادرت ورزیده است. برای آگاهی بیش‌تر بنگرید به:

قانونی خود در فرایند دادرسی» و «آگاه ساختن بزه‌دیدگان نسبت به حق درخواست جبران خسارت و بهره‌مندی از خدمات مشاوره‌ای موجود» از جمله ابعاد همکاری نهادهای مذکور با نظام عدالت کیفری است که می‌توان از رهگذر آن و آشنا ساختن بزه‌دیدگان با انواع حق‌ها در این پهنه اسباب به اجرا درآمدن آموزه‌های دادرسی یا رفتار منصفانه با این شهروندان را فراهم آورد.

چهارم، حمایت از بزه‌دیدگان در زمینه دسترسی به «حق برخورداری از یارمندی حقوقی» است. این شهروندان با وقوع بزهکاری زیان می‌بینند و طبیعتاً حق مراجعه به نظام عدالت کیفری برای طرح دعوی و اجرای عدالت را دارند. بزه‌دیدگان در این راه چه بسا با مشکل‌های فراوان روبه‌رو می‌شوند. به همین جهت، باید تا آنجا که امکان‌پذیر است مانند تهیه و تدوین لایحه دفاع از حقوق بزه‌دیدگان، ارائه مشورت‌های لازم در زمینه چگونگی استفاده از حق‌های برخورداری، پیگیری وضعیت پرونده، یاری رساندن برای اجرای رأی کیفری صادر شده از این دسته در سراسر فرایند کیفری حمایت کرد تا در چهارچوب عدالت کیفری به «رنج‌ساجرم» نرسند. یک جلوه از این نوع حمایت که در اصل سی و پنجم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران ریشه دارد، ایجاد بسترهای مناسب برای دسترسی وکیل و یارمندی‌های حقوقی است. بر اساس آن «در همه دادگاه‌ها طرفین حق دارند برای خود وکیل انتخاب نمایند و اگر توانایی انتخاب وکیل را نداشته باشند باید برای آن‌ها امکانات تعیین وکیل فراهم گردد.» در همین چهارچوب، قانون‌گذار در ماده ۳۴۷ قانون آیین دادرسی کیفری حق بزه‌دیدگان مبنی بر داشتن وکیل رایگان در مرحله دادگاه را شناسایی کرده است. با وجود این، به نظر می‌رسد سیاست پیش‌بینی شده در ماده مذکور با چالش‌های متعددی روبه‌رو است. یکم اینکه، حق بهره‌مندی بزه‌دیدگان از وکیل رایگان صرفاً به مرحله دادگاه ناظر شده است و بنابراین مرحله پیش‌دادرسی را در بر نمی‌گیرد. دوم این که، استفاده از این گونه وکیل به تصمیم دادگاه وابسته گردیده است. زیرا، به موجب تبصره ماده پیش گفته «هرگاه دادگاه حضور و دفاع وکیل را برای شخص بزه‌دیده فاقد تمکن مالی ضروری بداند، طبق مفاد این ماده اقدام می‌کند.» به این سان، دسترسی بزه‌دیدگان به این حق با توجه به عبارت «دادگاه ... ضروری بداند» از رهگذر خواست مقام قضایی امکان‌پذیر است.

در دستورالعمل مذکور نیز با توجه به اهمیت این حق استفاده از مشارکت نهادهای جامعه‌ی به‌منظور بسترسازی جهت اجرای حق پیش‌گفته و دسترسی بزه‌دیدگان به آن از رهگذر ماده ۲۰ پیش‌بینی شده است. بر اساس این ماده بهره‌گیری از ظرفیت نهادهای مذکور برای ارائه مشورت‌ها و یاری‌های حقوقی تصورپذیر است.

## ۲-۱-۲. حمایت در زمینه میانجیگری و جبران زیانها

الگوهای عدالت کیفری را با توجه به نوع اعتبار دادن به خواست یا اراده کنشگران دعوای کیفری می‌توان به دو گونه عمودی و افقی دسته‌بندی کرد. در عدالت کیفری نوع یکم صرفاً برداشت کارگزاران قضایی مبنای تصمیم‌گیری است. بنابراین، به خواست بزه‌دیدگان و بزهکاران در تعیین نوع پاسخ توجه نمی‌شود. این نوع از عدالت جنبه یک‌سویه دارد. اما، در چهارچوب نوع دوم به خواست کنشگران دعوای کیفری اعتبار داده می‌شود و در نتیجه نظر آنان بر تعیین سرنوشت دعوای کیفری تأثیر می‌گذارد. این جا، عدالت کیفری دوسویه شده و مقام‌های قضایی با تکیه و توجه به خواست بزهکاران و بزه‌دیدگان تصمیم می‌گیرند.

عدالت کیفری دوسویه یا افقی اساساً دارای دو گونه است. نوع بزهکارمدار، جنبه سازش‌مدار دارد و در پرتو آن خواست بزهکار و کارگزار قضایی در کنار هم سرنوشت دعوای کیفری را تعیین می‌نماید. این‌گونه عدالت توافقی را به میان می‌آورد و در سطح سیاست جنایی ایران از رهگذر موادی مانند ماده ۸۱ قانون آیین دادرسی کیفری شناسایی شده است. نوع دیگر، با برخورداری از بعد بزه‌دیده‌مدار، جنبه ترمیمی دارد و بر این اساس توافق بزهکار و بزه‌دیده تعیین‌کننده سرنوشت دعوای کیفری است. این شکل از عدالت در قوانین متعدد به‌گونه‌ای به رسمیت شناخته شده است. علاوه بر این، سیاست‌گذاران جنایی در ماده ۸۲ قانون مذکور به جلوه دیگر آن که همانا میانجیگری کیفری<sup>۱</sup> است، آشکارا توجه نشان داده‌اند. به موجب این ماده در شماری از جرم‌های تعزیرپذیر می‌توان در صورت بودن سلسله‌ای از شرایط از سازوکار میانجیگری استفاده کرد.

در الگوی مذکور کنشگران متعددی مداخله می‌کنند. بزهکار و بزه‌دیده، میانجیگر و جامعه محلی از شاخص‌ترین نقش‌آفرینان ترمیمی هستند که در ماده پیش گفته و آیین‌نامه میانجیگری در امور کیفری به چگونگی مداخله و تأثیرگذاری آنان در فرایند میانجیگری اشاره شده است (نک: غلامی، ۱۳۸۵: ۱۳۲-۱۱۶ و شیرینی، ۱۳۹۶: ۳۴۹-۳۴۱). به این سان، نهادهای جامعه‌ای از جمله اشخاص‌اند که می‌توانند البته؛ در صورت صلاحدید قضایی و توافق کنشگران دعوای کیفری؛ در زمینه میانجی‌گری به ایفای نقش مبادرت ورزند. از این‌رو، از رهگذر مبحث چهارم

۱. به موجب بند الف ماده ۱ آیین‌نامه میانجی‌گری در امور کیفری: «میانجی‌گری؛ فرآیندی است که طی آن بزه‌دیده و متهم با مدیریت میانجی‌گر در فضای مناسب در خصوص علل، آثار و نتایج جرم انتسابی و نیز راه‌های جبران خسارات ناشی از آن نسبت به بزه‌دیده و متهم گفت و گو نموده و در صورت حصول سازش، تعهدات و حقوق طرفین تعیین می‌گردد.»

فصل چهارم به «مشارکت در میانجی‌گری و صلح و سازش» اختصاص یافته است. بنابراین، مطابق مواد ۲۳ و ۲۴ دستورالعمل پیش‌گفته ضابطان دادگستری و کارگزاران قضایی<sup>۱</sup> تکلیف یافته‌اند از نهادهای جامعه‌ی برای میانجی‌گری کیفی و استفاده از خدمات ترمیمی بهره‌گیرند. به این سان، نهادهای مذکور می‌توانند با توجه به برخورداری از ظرفیت‌های متعدد در جنبه‌های مختلف فرایند میانجی‌گری (مرحله‌های پیش، هنگام و پس‌امیانجی‌گری)، برقراری سازش و زدوده شدن اختلاف‌ها میان بزه‌کار و بزه‌دیده نقش توجه‌پذیری ایفا نمایند.

علاوه بر این، نظام عدالت کیفری دارای هدف‌های مختلف است که جبران زیان‌های برآمده از جرم از مهم‌ترین آن‌هاست. در پرتو این هدف باید در کنار به مجازات رسانیدن بزه‌کاران در راستای جبران خسارت‌های برآمده از جرم نیز گام برداشت. چه اینکه، به وقوع پیوستن بزه‌کاری صدمه‌های متعددی را به بار می‌آورد و بنابراین برای آرامش بزه‌دیدگان و پیشگیری از بزه‌دیدگی دومین آنان باید به ترمیم زیان‌ها مبادرت ورزید.

بر همین اساس، در ماده ۱۴ قانون آیین داری کیفری حق برخورداری از جبران زیان‌های برآمده از جرم در شمار حق‌های بزه‌دیدگان قرار گرفته است. مطابق این ماده «شاکمی می‌تواند جبران تمام ضرر و زیان‌های مادی و معنوی و منافع ممکن‌الحصول ناشی از جرم را مطالبه کند» بدیهی است که، مسئولیت جبران این خسارت‌ها با مرتکبان بزه‌کاری است. اما، گاه به‌جهت ناتوانی این شهروندان ترمیم زیان‌ها با چالش روبه‌رو می‌شود. اینجاست که، استفاده از ظرفیت نهادهای جامعه‌ی می‌تواند تا اندازه‌ی زیادی در جبران خسارت‌ها نقش‌آفرین باشد.

در دستورالعمل پیش‌گفته از رهگذر بندهای پ و ج ماده ۲۰ به نقش نهادهای مذکور در زمینه جبران خسارت‌ها توجه شده است تا کارگزاران قضایی بسترهای مناسب برای استفاده از این ظرفیت را فراهم آورند. بر اساس، بندهای یادشده «چگونگی مطالبه ضرر و زیان مادی، معنوی و منافع ممکن‌الحصول و پیگیری آن» و «کمک به جبران خسارات بزه‌دیدگان در صورت ناتوانی مرتکب» در شمار ابعاد ایفای نقش نهادهای مذکور در این زمینه شناسایی گردیده است تا در پرتو آن هم

۱. گفتنی است که، به موجب ماده ۲۶ دستورالعمل «شوراهای حل اختلاف مکلفند در راستای تحقق ماده ۸ قانون شوراهای حل اختلاف، در صورت عدم حصول توافق در این شوراها، امکان پی‌گیری فرآیند صلح و سازش از طریق نهادهای مردمی همکار را به طرفین دعوی پیشنهاد نمایند.»

خسارت‌های وارد شده به بزه‌دیدگان جبران شود و هم اسباب اجرای مسئولیت حقوقی بزهکاران در این زمینه فراهم آید.

## ۲-۲. مشارکت نهادهای جامعه‌ای در واکنش به بزهکاران

واکنش نشان دادن به بزهکاران از مهم‌ترین اقدام‌های نظام عدالت کیفری است. این اقدام به شکل‌های متعددی از سوی مجموعه نهادهای این سامانه تبلور می‌یابد. اما، نهادهای جامعه‌ای نیز دارای ظرفیت‌های مناسب در این زمینه‌اند که می‌توان با به‌کارگیری آن توان نظام عدالت کیفری را در اتخاذ و تدابیر لازم برای واکنش نشان دادن به بزهکاران افزایش داد. به همین جهت، در دستورالعمل پیش‌گفته از رهگذر مبحث هفتم فصل چهارم با عنوان «مشارکت در بازاجتماعی شدن متهمان و مجرمان» به چگونگی استفاده از ظرفیت‌های نهادهای جامعه‌ای در این زمینه البته؛ با رویکردی فراگیر و ناظر به همه بزهکاران و با رویکردی افتراقی و نسبت به کودکان و نوجوانان بزهکار؛ توجه شده است.

### ۲-۲-۱. رویکرد فراگیر به مشارکت نهادهای جامعه‌ای در واکنش به بزهکاران

فرایند تعیین واکنش‌های ناظر به بزهکاران باید بر اساس یک سلسله اصول و استوار بر دسته‌ای ضوابط باشد. در این میان، کمیته‌گرایی کیفری از برجسته‌ترین اصول است (نک: غلامی، ۱۳۹۶: ۴۱-۱۵) که در پرتو آن باید تا آنجا که امکان‌پذیر است، از سایر ضمانت‌اجراها برای پاسخ دادن به بزهکاری بهره جست و استفاده از مجازات صرفاً در شرایط خاص انجام گیرد. این اصل در شماری از مواد قانون مجازات اسلامی و قانون آیین دادرسی کیفری از رهگذر پیش‌بینی واکنش‌های ارفاق‌آمیز مانند تعویق صدور حکم، تعلیق اجرای کیفر و تعلیق تعقیب مورد شناسایی واقع شده است. به کارگیری این تدابیر، از یک سو اسباب دور شدن مرتکبان از دریافت برچسب مجرمانه را فراهم می‌آورد و از سوی دیگر، زمینه واکنش نشان دادن به مجرمان را ایجاد می‌نماید. از این رو، تدابیر مذکور را می‌توان در شماری از نظریه‌های جرم‌شناسانه مانند تعامل‌گرایی، معاشرت‌های برتری‌یافته و بازپروری بزهکاران ریشه‌دار پنداشت.

اجرای تدابیر پیش‌گفته قاعده‌تاً با نظام عدالت کیفری است. اما، در این مرحله ظرفیت نهادهای جامعه‌ای برای اجرای اثربخش گسترده‌اند. از این رو، در دستورالعمل یادشده به موجب مواد ۳۴ و ۴۱ به استفاده از نهادهای مذکور برای بهره‌جستن از سازوکارهای کمیته‌گرایانه اشاره گردیده است. یک بعد این مشارکت کمیته‌گرایانه ناظر به شناسایی میزان پشیمانی و اصلاح‌پذیری بزهکاران است. مطابق ماده ۳۴ کارگزاران قضایی در فرایند تعیین واکنش نسبت به مجرمان می‌توانند از نهادهای جامعه‌ای برای ایجاد زمینه‌های مناسب به منظور به‌کارگیری کاهنده‌های کیفر استفاده

نمایند. علاوه بر این، به موجب ماده ۴۱ در فرایند اجرای شماری از سازوکارهای کاهنده کیفر بهره جستن از ظرفیت‌های آموزشی و حرفه‌آموزی نهادهای مذکور مورد توجه قرار گرفته است.

بازپروری بزهکاران همواره از مهم‌ترین هدف‌های سامانه عدالت کیفری است. چه اینکه، در پرتو آن زمینه اصلاح و درمان مجرمان و دوباره جامعه‌پذیر شدن آنان برای پیشگیری از تکرار بزهکاری فراهم می‌شود (کاروس، ۱۳۹۳: ۸۶۷). این هدف آن‌چنان اهمیت‌دار است که در بند ۵ اصل یکصد و پنجاه و ششم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران «اقدام مناسب برای اصلاح مجرمین» در شمار وظیفه‌های قوه قضائیه نیز پیش‌بینی شده است. دسترسی به این هدف اگرچه از مأموریت‌های بنیادی نظام عدالت کیفری است، اما مشارکت نهادهای جامعوی می‌تواند در این زمینه نقش‌آفرین باشد. به همین جهت، در ماده ۳۵ دستورالعمل مذکور به استفاده از ظرفیت‌های نهادهای پیش‌گفته در فرایند شناخت بالینی و اجرای تدابیر بازپرورانه اشاره شده است. مطابق آن کارگزاران قضایی می‌توانند در زمینه تشکیل پرونده شخصیت (نک: شاملو و گوزلی، ۱۳۹۰: ۱۱۸-۸۹) «به‌منظور تهیه و جمع‌آوری اطلاعات مورد نیاز برای شناخت وضعیت فردی و اجتماعی مرتکبان ... جهت اتخاذ تصمیم در زمینه به‌کارگیری و اجرای ساز و کارهای تخفیف ...، تعلیق تعقیب ...، تعیین مجازات تعزیری ...، معافیت از کیفر ... و تعویق صدور حکم ...» و اجرای دستورالعمل قضایی بازپرورانه مانند «کمک به ایجاد کسب‌وکار و فعالیت‌های درآمدزا از طریق شناسایی خدمات و محصولات مورد نیاز، حرفه‌آموزی، ارتقای مهارت‌های شغلی، تأمین منابع مالی مورد نیاز و بازاریابی و فروش خدمات و محصولات ... برگزاری دوره‌های آموزشی ... کمک برای درمان بیماری یا ترک اعتیاد ... کمک به متهم برای رعایت دستورالعمل قضایی مبنی بر عدم اشتغال به حرفه معین یا تردد در محل یا مکان معین یا خودداری از ارتباط و معاشرت با افراد خاص» از نهادهای جامعوی استفاده کنند.

علاوه بر این، مطابق ماده ۴۲ و ۴۵ دستورالعمل پیش‌گفته به ظرفیت این نهادها در فرایند اجرای کیفی سلب‌کننده آزادی توجه شده است تا از این رهگذر «بازپروری مشارکت‌مدارانه بزهکاران» تبلور یابد (نک: صفاری، ۱۳۸۶: ۱۵۹-۱۴۸). بنابراین، سازمان زندان‌ها و اقدامات تأمینی و تربیتی کشور می‌تواند در زمینه «تدوین برنامه‌های اصلاح و تربیت و نظارت بر آن، برقراری ارتباط میان مددجویان با اعضای خانواده، اقوام و خویشاوندان، فراهم نمودن امکان تحصیل، برگزاری دوره‌های آموزشی، تربیتی، اخلاقی، مذهبی، ورزشی و هنری، ... ارائه خدمات پزشکی، روان‌پزشکی، روان‌شناسی و مددکاری اجتماعی مورد نیاز ... کمک به رفع مشکلات مادی و معنوی خانواده ایشان ... انجام تحقیقات و پژوهش‌های لازم در زمینه‌های جرم‌شناسی و

علم اداره زندان‌ها و نظایر آن‌ها، پیشنهاد طرح‌ها و راه‌حل‌ها در زمینه بهبود اداره زندان‌ها به مسئولان... بهبود فضای فیزیکی زندان‌ها» بهره‌گیرد.

به این ترتیب، در دستورالعمل یادشده با تأکید بر اهمیت داشتن هدف و اقدام‌های بازپرورانه به ابعاد مشارکت نهادهای جامعه‌ی در فرایند بالینی (از مرحله پیش‌دادرسی تا مرحله‌های دادرسی و پس‌دادرسی) اشاره گردیده است تا بخش‌های مختلف عدالت کیفری به تعامل با این نهادها برای ایجاد بسترهای مناسب در راستای اجرای هدف مذکور و اثربخش‌تر شدن اقدام‌های بازپرورانه مبادرت ورزند. به هررو، در چهارچوب جرم‌شناسی بالینی سامانه عدالت کیفری باید برای دوباره جامعه‌پذیر ساختن بزهکاران همراه با شناسایی جرم پرونده پیرا قضایی یا پرونده شخصیت را جهت شناخت شرایط فردی و محیطی مجرمان و روش‌ها و برنامه‌های مختلف بازپرورانه تشکیل دهد (بابایی، ۱۳۹۰: ۱۳). بدیهی است که، انجام این اقدام به بایسته‌های متعددی از جمله داشتن کارگزاران تخصص‌دار، امکانات مناسب برای اجرای شیوه‌های شناسایی شده و ارزیابی آن‌ها نیاز دارد. اینجاست که، ظرفیت نهادهای جامعه‌ی به کار می‌آید و نهادهای عدالت کیفری می‌توانند از آن در همه مرحله‌های فرایند کیفری بهره‌جویند.

علاوه بر این، در پرتو یافته‌های پیشگیری رشدمدارانه همواره بزهکاران مزمن و پایدار در بزهکاری آن دسته از کودکان و نوجوانان دیروزند که دارای مشکلات متعدد بوده‌اند و نسبت به آنان حمایت صورت ناگرفته است. در این میان، فرزندان زندانیان از کودکان و نوجوانان مشکل‌دار به شمار می‌روند که اگر حمایت نشوند، چه بسا در آینده به‌عنوان بزهکار به عادت یا مزمن شناخته شوند (Welsh, 2010: 6). زیرا، این وضعیت در شمار عوامل خطر است که قاعدتاً پیدایش و پایداری بزهکاری و مانا شدن افراد در این پهنه را هموار می‌سازد (کاری یو، ۱۳۸۱: ۲۷۷). به همین جهت، نهاد سلب‌کننده آزادی باید با رویکردی پیشگیرانه به حمایت از این دسته از کودکان و نوجوانان مبادرت ورزد تا بزهکار بودن پدر و مادر آنان زمینه‌ای برای گرایش یافتن و نیز ماندگار شدن اینان در عرصه بزهکاری نباشد. در این دستورالعمل بر اساس این آموزه‌ها به سازمان زندان‌ها و اقدامات تأمینی و تربیتی کشور مأموریت داده شده است تا بسترهای مناسب را برای استفاده از ظرفیت نهادهای جامعه‌ی در زمینه حمایت از این کودکان و نوجوانان فراهم آورد.

## ۲-۲-۲. رویکرد افتراقی به مشارکت نهادهای جامعه‌ی در واکنش به بزهکاران

از دهه ۱۹۷۰ میلادی به بعد راهبرد نوظافته‌ای که به پرشمار شدن گفتمان سیاست کیفری قانون‌گذار و دگرگون ساختن اصول و چهارچوب‌های آن انجامیده است، به پهنه سیاست جنایی راه پیدا کرده است. (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۹۶: ۵۵) این راهبرد که بر افتراقی سازی سیاست جنایی در

جنبه های مختلف تکیه دارد اساساً به دنبال شناسایی شیوه های تفاوت دار برای پاسخ گذاری نسبت به پدیده مجرمانه است. (پاک نیت، ۱۳۹۶: ۲۳) در این چارچوب، با توجه به خصیصه های جرم، مرتکبان بزه کاری و بزه دیدگان باید به اتخاذ سیاست های کنش و واکنش مدارانه در قلمرو سیاست جنایی مبادرت ورزید تا از این رهگذر سازگار با آن ویژگی ها به رفتارهای ناقص هنجارهای کیفری پاسخ داده شود. در این میان، کودک و نوجوان بودن از جمله معیارها برای پیش بینی سیاست های افتراقی است. به همین جهت، قانون گذار در قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ و خصوصاً قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ تدابیر ویژه ای را برای پاسخ گذاری نسبت به این بزه کاران شناسایی نموده است. (مؤذن زادگان و میرفردی، ۱۳۹۹: ۲۷۳) شناخت شخصیت این بزه کاران، نوع قرار تأمین کیفری در برابر این دسته و چگونگی اجرای پاسخ ها به آنان از جلوه های توجه افتراقی قانون گذار و در واقع اتخاذ سیاست جنایی ترکیبی (نک: نجفی ابرنآبادی، ۱۳۹۷: ۴۷۶-۴۵۱) نسبت به این دسته است که طبیعتاً بهره جستن از ظرفیت نهادهای جامعوی می تواند در به اجرا درآمدن شایسته آن ها نقش آفرین باشد.

در دستورالعمل یادشده توجه به این ظرفیت و نوع همکاری با نهادهای مذکور در مواد ۳۷، ۳۸ و ۴۰ تبلور یافته است. بنابراین، نهادهای رسیدگی کننده به اتهام های وارد شده به کودکان و نوجوانان بزه کار می توانند در فرایند تشکیل پرونده شخصیت این دسته و اجرای قرار تأمین کیفری به شکل سپردن اینان به اشخاص و نیز «در راستای اجرای قسمت های ۱، ۲ و ۳ ذیل تبصره بند الف ماده ۸۸ قانون مجازات اسلامی در خصوص معرفی طفل یا نوجوان به مددکار اجتماعی یا روان شناس و دیگر متخصصان و همکاری با آنان، فرستادن طفل یا نوجوان به یک مؤسسه آموزشی و فرهنگی به منظور تحصیل یا حرفه آموزی و اقدام لازم جهت درمان یا ترک اعتیاد طفل یا نوجوان تحت نظر پزشکی، ... از ظرفیت مددکاری، مشاوره ای آموزشی و درمانی نهادهای مردمی همکار استفاده نماید.» به این ترتیب، در چهارچوب دستورالعمل پیش گفته به نهادهای جامعوی در زمینه پاسخ دادن به کودکان و نوجوانان بزه کار نقش داده شده است تا از رهگذر آن پیشگیری و دوباره جامعه پذیر ساختن مشارکت مدارانه تبلور پیدا کند.

### نتیجه

در پهنه سیاست جنایی همواره نهادهای جامعوی رکن بنیادی در فرایند تدوین سیاست ها و همچنین اجرای آن ها به شمار می روند. در «دستورالعمل نحوه مشارکت و تعامل نهادهای مردمی با قوه قضائیه» با توجه به آن با رویکردی دانش بنیان ابعاد مختلف چگونگی ایفای نقش نهادهای مذکور در عرصه های کنش و واکنش های ناظر به رفتارهای مجرمانه شناسایی شده است. به هر رو،



مهار بزهکاری در گرو به‌کارگیری مجموعه‌ای از تدابیر در دو سطح پیشین و پسین است که طبیعتاً نوع سیاست‌ها و اجرای آن‌ها به بودن کنشگران شایسته نیازمند است. در این میان، نهادهای جامعی از جمله کنشگران اند که از ظرفیت‌های مناسب در دو مرحله سیاست‌گذاری جنایی و اجرای تدابیر اتخاذ شده برخوردارند.

با وجود اینکه، در دستورالعمل پیش‌گفته جلوه‌های متعددی از چگونگی ایفای نقش نهادهای مذکور در پهنه سیاست جنایی مورد توجه قرار گرفته است. به نظر می‌رسد اجرای اثربخش آن<sup>۱</sup> و همچنین ایجاد زمینه مناسب برای توسعه سیاست جنایی مشارکت‌مدارانه در فرایند پاسخ دادن به جرم، به بودن یک سلسله بایسته نیازمند است.

یکم؛ آموزش کارگزاران عدالت کیفری، در پهنه سیاست جنایی ایران ظرفیت‌های کمینه‌ای برای استفاده از مشارکت نهادهای جامعی وجود دارد. اما، به نظر می‌رسد مقام‌های قضایی چندان باوری به بهره‌گیری از آن‌ها چه در زمینه پیشگیری از جرم و چه در فرایند واکنش نشان دادن به جرم ندارند. به همین جهت، آموزش، فرهنگ‌سازی، شناسانیدن پیامدهای مطلوب بهره‌گیری از ظرفیت نهادهای مذکور و ایجاد این باور که این نهادها هم یک بخش مهم از جامعه‌اند، می‌تواند در بهبود وضعیت توجه و به‌کارگیری آن‌ها تأثیرگذار باشد.

دوم؛ بازنگری در سیاست جنایی تقنینی، در پهنه قوانین مربوط به پیشگیری از جرم و یا قوانین کیفری ماهیت و شکل‌مدارانه خلأهای بسیاری در زمینه استفاده از ظرفیت‌ها این نهادها چه در سیاست‌گذاری جنایی و چه در عملیات مهار بزهکاری وجود دارد. زیرا، اینک از نهادهای مذکور صرفاً برای اجرای تدابیر دولتی اتخاذ شده استفاده می‌شود. در حالی که، آن‌ها باید در تدوین سیاست‌ها نیز نقش داشته باشند. به نظر می‌رسد باید با رویکردی بیشینه این قوانین بازنگری و جایگاه این نهادها تقویت شوند.

سوم؛ شناسانیدن توان نهادهای جامعی به جامعه، فرهنگ‌سازی و ایجاد باور در میان همه شهروندان در زمینه سطح ظرفیت نهادهای جامعی در اثربخش شدن تدابیر پیشگیرانه و کیفری از برجسته‌ترین بایسته‌هاست. چنین باوری، از یک‌سو جایگاه نهادهای جامعی در پهنه سیاست جنایی را نهادینه می‌کند و از سوی دیگر، مأموریت اجتماعی این نهادها در این زمینه را پایدار

۱. گفتمانی است که، با وجود سپری شدن بیش از یک سال از زمان ابلاغ دستورالعمل مذکور صرفاً شماری از اقدام‌های مربوط به آن مانند راه‌اندازی سامانه جامع و هوشمند مشارکت نهادهای مردمی در دسته‌ای از دادگستری‌ها انجام شده است و سایر سیاست‌های پیش‌بینی شده در آن بیشتر در فرآیند برنامه‌ریزی برای اجرا قرار دارند.

می‌سازد. به نظر می‌رسد باید از رهگذر تدوین برنامه‌ای دقیق موقعیت عمومی این نهادها را تقویت کرد تا جامعه از وجود این نهادها و چگونگی ایفای نقش آن‌ها در زمینه پیشگیری از جرم، حمایت از بزه‌دیدگان و تأثیرگذاری در بازپروری بزه‌کاران آگاه شوند.

چهارم؛ ایجاد رشته «سیاست‌گذاری جنایی مشارکتی»، تأسیس رشته‌های آموزشی در سطح دانشگاه‌ها همواره در توسعه یافتن، دانش‌بنیان و پایدار ساختن یک رویکرد نقش‌آفرین است. بر همین اساس، ایجاد رشته کارشناسی ارشد «سیاست‌گذاری جنایی مشارکتی» می‌تواند در باورمندساختن جامعه و کارگزاران قضایی نسبت به این نهادها تأثیرگذار باشد. خصوصاً اینکه، شماری از دانش‌آموختگان این رشته به کنشگری قضایی مبادرت می‌ورزند و این می‌تواند به گسترش و نهادینه شدن بیانجامد.

پنجم؛ کاهش مداخله‌های دولتی در کنشگری‌های نهادهای جامعه‌ی، در پهنه حقوق ایران اصولاً نظارت‌های گسترده‌ای برای چگونگی فعالیت این نهادها پیش‌بینی شده است. این نظارت‌ها توان نهادهای جامعه‌ی در زمینه مهار جرم را کاهش داده و یا گاه مانع اجرای تأثیرگذاری آن در این زمینه می‌شود. به همین جهت، باید سطح این نظارت‌ها را با بنیان‌های اصل ضروری بودن مشارکت نهادهای جامعه‌ی در سیاست جنایی سازگار ساخت.

## منابع

## فارسی

- آماده، غلام حسین (۱۳۸۷)، نقش رئیس قوه قضائیه در فرایند کیفری ایران، چاپ نخست، تهران: نشر دادگستر.
- اردبیلی، محمدعلی (۱۳۶۵)، «آمار جنایی»، فصلنامه حق، دفتر هشتم.
- بابایی، محمدعلی و علی نجیبیان (۱۳۸۷)، «تعامل پلیس با نهادهای جامعه‌ی در پیشگیری از جرم»، فصلنامه مطالعات پیشگیری از جرم، شماره ۷.
- بابایی، محمدعلی (۱۳۹۰)، جرم‌شناسی بالینی، چاپ دوم، تهران: نشر میزان.
- پاک نیت، مصطفی (۱۳۹۶)، افتراقی شدن دادرسی کیفری، چاپ نخست، تهران: نشر میزان.
- تاپلی، نیک (۱۳۹۵)، پیشگیری از جرم، ترجمه امین الله زمانی و مریم مهذب، چاپ نخست، تهران: انتشارات مجد.
- جمشیدی، علیرضا (۱۳۹۵)، سیاست جنایی مشارکتی، چاپ دوم، تهران: نشر میزان.
- جندلی، منون (۱۳۹۵)، درآمدی بر پیشگیری از جرم، ترجمه شهرام ابراهیمی، چاپ دوم، تهران: نشر میزان.
- حبیبی درگاه، بهنام (۱۳۹۹)، «مفهوم اصل دسترسی ارزان به دادگستری و جلوه‌های آن»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۱۰۹.
- شاملو، باقر و مهدی گوزلی (۱۳۹۰)، «پرونده شخصیت در حقوق کیفری ایران و فرانسه»، مجله آموزه‌های حقوق کیفری، شماره ۲.
- شیری، عباس (۱۳۹۶)، عدالت ترمیمی، تهران: نشر میزان.
- دانش، تاج زمان (۱۳۹۳)، معرجم کیست؟ جرم‌شناسی چیست؟، چاپ دوازدهم، تهران: انتشارات کیهان.
- دلماس مارتی، می‌ری (۱۳۹۵)، نظام‌های بزرگ سیاست جنایی، چاپ سوم، ترجمه: علی حسین نجفی ابرندآبادی، تهران: نشر میزان.
- رحمدل، منصور (۱۳۸۳)، «آمار جنایی و کارکردهای آن»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۴۸ و ۴۹.
- صفاری، علی (۱۳۸۶)، کیفرشناسی (تحولات، مبانی و اجرای کیفرسالب آزادی)، چاپ نخست، تهران: انتشارات جنگل.
- عباچی، مریم (۱۳۸۷)، «مبانی و مقدمات تدوین برنامه ملی پیشگیری از وقوع جرم در ایران»، فصلنامه مطالعات پیشگیری از جرم، شماره ۹.
- عباسی، مصطفی (۱۳۸۲)، افق‌های نوین عدالت ترمیمی (میانجی‌گری کیفری)، چاپ نخست، تهران: انتشارات دانشور.
- غلامی، حسین (۱۳۸۵)، عدالت ترمیمی، چاپ نخست، تهران: انتشارات سمت.
- غلامی، حسین (۱۳۹۶)، اصل حداقل بودن حقوق جزا، چاپ دوم، تهران: نشر میزان.
- فارینگتون، دیوید پی و براندون سی ولش (۱۳۹۴)، «پیشگیری از جرم و سیاست عمومی»، ترجمه مجتبی جعفری، در: ولش، براندون سی و دیوید پی فارینگتون، دانشنامه پیشگیری از جرم آکسفورد، ترجمه گروهی از پژوهشگران حقوق کیفری و جرم‌شناسی، تهران: نشر میزان.

- قورچی بیگی، مجید (۱۳۸۸)، «پیشگیری چندنهادی از جرم؛ مفاهیم، مبانی و چالش‌ها»، در: فرجیها، محمد و فیروز محمودی جانکی (زیرنظر)، رویکرد چندنهادی به پیشگیری از جرم، تهران: انتشارات دفتر تحقیقات کاربردی پلیس پیش گیری ناجا.
- کاروس، شین (۱۳۹۳)، «برنامه‌های بزهکار محور»، ترجمه صبوری پور، مهدی، در: نجفی ابرندآبادی، علی حسین (زیرنظر)، دانشنامه بزه‌دیده شناسی و پیشگیری از جرم، چاپ نخست، تهران: نشر میزان.
- کاری یو، روبر، مداخله روان شناختی اجتماعی زودهنگام در پیش گیری از رفتارهای مجرمانه، فصلنامه تحقیقات حقوقی، شماره ۳۵ و ۳۶، ۱۳۸۱.
- لازرژ، کریستین (۱۳۹۶)، درآمدی بر سیاست جنایی، ترجمه علی حسین نجفی ابرندآبادی، چاپ ششم، تهران: نشر میزان.
- منفرد، محبوبه و الهام دربندی (۱۳۹۰)، راهنمای طراحی نظام آمار عدالت کیفری، چاپ نخست، تهران: نشر میزان.
- مؤذن زادگان، حسنعلی و قدرت الله میرفردی (۱۳۹۹)، «پاسخ‌های اجتماعی به بزهکاری اطفال و نوجوانان در حقوق ایران و انگلستان»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۱۱۰.
- نجفی ابرندآبادی، علی حسین (۱۳۹۶)، «درباره افتراقی شدن سیاست جنایی»، در: لازرژ، کریستین، درآمدی بر سیاست جنایی، ترجمه علی حسین نجفی ابرندآبادی، چاپ ششم، تهران: نشر میزان.
- نجفی ابرندآبادی، علی حسین و حمید هاشم بیگی (۱۳۹۷)، دانشنامه جرم‌شناسی، چاپ پنجم، تهران: کتابخانه گنج دانش.
- نجفی ابرندآبادی، علی حسین (۱۳۹۴)، «به‌سوی تعریف یک سیاست ملی پیش گیری از بزهکاری»، دیپاچه در: ولش، براندون سی و فارینگتون، دیوید. پی، دانشنامه پیشگیری از جرم آکسفورد، ترجمه گروهی از پژوهشگران حقوق کیفری و جرم‌شناسی، تهران: نشر میزان.
- نجفی توانا، علی (۱۳۹۴)، جرم‌شناسی، چاپ هجدهم، تهران: انتشارات آموزش و سنجش.

#### انگلیسی

- Erez, Edna (1989), "The Impact of Victimology on Criminal Justice Policy", **Criminal Justice Review**, Vol.3.
- Kesteren, John van, Dijk, Jan Van and Mayhew, Pat (2013), "The International Crime Victims Surveys: a retrospective", **International Review of victimology**, Vol.20.
- Sagand, Valerie and Shaw, Margaret (2010), **International Report on Crime Prevention and Community Safety: Trends and Perspectives**, Published by, International Centre for prevention of crime.
- Welsh, Brandon.C and Farrington, David. P (2010), **The Future of Crime Prevention: Developmental and Situational Strategies**, published by, the U.S. Department of Justice. To provide better customer service.

## عدم تحقق مطلوب نظارت بر اعمال حکومت در چهارچوب حقوق عمومی ایران به مثابه نوعی هستی اجتماعی<sup>۱</sup>

محمدجواد جاوید\*، زین العابدین یزدانپناه\*\*

### چکیده

حرکت از واقعیت به سوی آرمان گامی در جهت فهم چرایی عدم تحقق مطلوب نظارت بر اعمال حکومت و رای نقد روان‌شناسانه و اخلاقی صاحبان مناصب عمومی و پرهیز از تفکر انتزاعی و غیرتاریخی و دعوت به یک شیفت پارادایمی در اندیشه حقوقی خواهد بود. به عبارت دیگر، پرسش محوری نوشتار کنونی عبارت است از آنکه و رای نقد روان‌شناسانه و اخلاقی صاحبان مناصب عمومی، حلقه مفقوده عدم تحقق مطلوب نظارت بر اعمال حکومت در چهارچوب حقوق عمومی ایران چیست؟ یافته‌های پژوهش معطوف به آن است که، صرف ترویج اصول و مفاهیم حقوق عمومی و به تبع آن وضع طیف گسترده‌ای از قوانین و پیش‌بینی شیوه‌های نظارتی به ایده و آرمان نظارت بر اعمال حکومت واقعیت نمی‌بخشد بلکه نظارت بر اعمال حکومت در چهارچوب نهادهای حقوق عمومی نوعی هستی اجتماعی یا شکلی از زندگی جمعی است که از دل مناسبات میان بازیگران قدرتمند اجتماعی در بستر تاریخ و توازن میان این نیروهای حقیقی اجتماعی جان می‌گیرد و معنا می‌یابد. فهم اخیر این بصیرت بنیادین را به دنبال دارد که تلاش‌های ما برای تحقق ایده نظارت بر اعمال حکومت در حقوق عمومی ایران، با فقدان رویکردی تاریخی، ساختاری، فرایندی، کل‌نگرانه، بدون توجه به توسعه‌نیافتگی تاریخی حقوق عمومی در ایران و بدون در نظر گرفتن

۱. این مقاله برگرفته از رساله دوره دکتری تخصصی نویسنده مسئول تحت عنوان «موانع تحقق نظارت مطلوب بر اعمال حکومت در نظام حقوقی ایران» با راهنمایی آقای دکتر محمدجواد جاوید و مشاوره آقای دکتر بیژن عباسی و آقای دکتر نادر میرزاده در دانشگاه تهران است.

\* استاد گروه حقوق عمومی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران jjavid@ut.ac.ir  
\*\* دانشجوی دکتری حقوق عمومی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران (نویسنده مسئول)  
abedin\_yazdanpanah@yahoo.com

واقعیت‌های اجتماعی و شرایط عینی جامعه ایرانی و تلاش برای تغییر آن‌ها به سرانجام نمی‌رسد. **واژگان کلیدی:** نظارت بر اعمال حکومت، حاکمیت قانون، پاسخ‌گویی، هستی اجتماعی، ساختارگرایی

### مقدمه

در چهارچوب حقوق عمومی، پرسش از امکان تحقق آرمان و ارزشی به نام «نظارت بر اعمال حکومت» پرسشی بنیادین است. به‌طور کلی در تحلیل مسائل مرتبط با حقوق عمومی در جامعه ایرانی و در مواجهه با پرسش‌هایی از این طیف یک منطق تحلیلی رایج و مسلط بر ادبیات حقوق عمومی موجود حاکم است و آن عبارت است از تولید و ترویج ایده، اندیشه و مفهوم، بین‌الذنهانی کردن آن، واردکردن آن به حوزه روابط اجتماعی (از طریق وضع قوانین و مقررات) و در نهایت تغییر دادن واقعیت تا آرمان‌ها و ارزش‌هایی که ذیل نظارت بر عملکرد حکومت معنا می‌یابند مانند جلوگیری از فساد، حاکمیت قانون، پاسخ‌گویی و... محقق شوند (حرکت از آرمان به سوی واقعیت). به‌عبارت‌دیگر، منطق تحلیلی مسلط در پاسخ پرسش از امکان تحقق نظارت بر اعمال حکومت، تلاش‌های حقوقی ما را به‌سوی ترویج مفاهیم، تصویب قوانین و ایجاد سازوکارهای نظارتی و حمایتی و تکریم پایبندی صاحبان مناصب حکومتی به ارزش‌هایی که قوانین مزبور در جهت تحقق آن‌ها تصویب شده‌اند، رهنمون می‌سازد تا در نهایت ایده و آرمانی به نام نظارت بر عملکرد حکومت رنگ واقعیت گیرد. در همین راستا، به‌منظور تحقق نظارت بر عملکرد حکومت در چهارچوب حقوق عمومی ایران، مطابق قوانین عادی و اساسی ما از یک نظام نظارت و تعادل بهره‌مندیم؛ نظارت عمومی و سلب اعتماد عمومی از یک مقام یا نهاد حکومتی، نظارت سیاسی و طرح مسئولیت سیاسی صاحبان مناصب عمومی، نظارت تقنینی و بازبینی محتوای قوانین و مقررات، نظارت مالی و کنترل حساب هزینه‌های ارگان‌های حکومتی، نظارت قضایی و بازبینی تصمیمات و اقدامات قوای حکومتی، نظارت امنیتی و ارائه گزارش به مقامات صالح قضایی پیرامون اقدامات مقامات و نهادهای حکومتی، نظارت عقیدتی و حصول اطمینان از وفاداری نهادها و قوای حکومتی نسبت به ارزش‌های بنیادین حاکم بر نظام سیاسی و نظارت انضباطی و اداری که همگی آن‌ها محصول تدوین و تصویب مجموعه‌ای از قوانین اساسی و عادی و ایجاد طیف متنوعی از نهادها و سازوکارهای نظارتی و حمایتی‌اند.<sup>۱</sup> اما شواهد نشان می‌دهد که نظارت

۱. به‌منظور مطالعه اقسام و اشکال نظارت بر اعمال حکومت در حقوق عمومی ایران، نک: راسخ، ۱۳۹۵؛ عمید

مزبور کارآیی و اثربخشی مورد انتظار را ندارد و نتایج حاصل رضایت‌بخش نیست. به تعبیر دیگر، صحنه زندگی اجتماعی حاکی از آن است که میان تدوین و تصویب قوانین و احکام عادی و اساسی مزبور و تحقق مطلوب نظارت بر عملکرد دولت شکافی عینی وجود دارد تا جایی که تأمل پیرامون چگونگی مقید کردن صاحبان مناصب عمومی به رعایت قانون و ترجیح منافع عمومی بر منافع شخصی به یکی از محوری‌ترین پرسش‌های فضای عمومی و آکادمیک معاصر بدل شده است.<sup>۱</sup>

در تحلیل چرایی شکاف میان تدوین و تصویب قوانین و ایجاد سازوکارهای نظارتی و حمایتی با تحقق شایسته نظارت بر عملکرد حکومت، پاسخ منطق مسلط (حرکت از آرمان به سوی واقعیت) ما را به سوی روان‌شناسی و تمرکز روی اوصاف اخلاقی مجریان قانون و صاحبان مناصب عمومی و نقد عدم وفاداری آن‌ها، نسبت به آرمان‌هایی که ذیل نظارت بر اعمال حکومت معنا می‌یابند، رهنمون می‌سازد. منطق تحلیلی مزبور از منظر رویکرد بر نوعی «فردیت‌گرایی روش‌شناختی»<sup>۲</sup> استوار است. «فردیت‌گرایی روش‌شناختی» چشم‌اندازی در مورد شیوه تبیین پدیده‌های اجتماعی است که تأکید اصلی در آن بر افراد و رفتارهای هدفمند آن‌ها است؛ به بیان ساده دیگر، نهادهای اجتماعی را باید به‌عنوان مجموعه‌ای از افراد و تمایلات آن‌ها نگریست و همه پدیده‌های اجتماعی باید بر حسب انگیزه‌ها، باورها و کنش‌های افراد توضیح داده شوند.<sup>۳</sup>

اما ورای نقد روان‌شناسانه و اخلاقی صاحبان مناصب عمومی، حلقه مفقوده عدم کارآمدی مطلوب مکانیسم‌های نظارتی پیش‌بینی‌شده در چهارچوب حقوق عمومی ایران کدام است؟ به تعبیر دیگر، شکاف و حلقه مفقوده میان تدوین و تصویب قوانین عادی و اساسی و پیش‌بینی طیف

زنجانی و موسی‌زاده، ۱۳۹۶.

۱. نظام حقوق عمومی ایران به‌رغم داشتن ده‌ها نهاد نظارتی در عرصه‌های مختلف اداری، سیاسی، اقتصادی در مقوله نظارت به نحو مطلوبی کارآمد نیست. سازمان‌هایی چون دیوان محاسبات کشور، سازمان بازرسی کل کشور، کمیسیون اصل ۹۰ مجلس، هیئت‌های تحقیق و تفحص مجلس، وزارت اطلاعات، سازمان حسابرسی، حراست، دیوان عدالت اداری، دیوان عالی کشور، هیئت بررسی و تطبیق مصوبات دولت با قوانین و مقررات عمومی، ذی‌حساب‌های وزارت امور اقتصادی و دارایی، سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی کشور، شورای نگهبان، نیروی انتظامی، سازمان تعزیرات حکومتی، سازمان حسابرسی و برخی سازمان‌های دیگر در این خصوص را می‌توان نام برد.

2. Methodological Individualism.

3. See: Udehn, Lars (2001), methodological individualism, background, history and meaning, routledge, 1st edition.

گسترده‌ای از مقامات و نهادها و مکانیسم‌های نظارتی و حمایتی با عدم تحقق مطلوب نظارت بر اعمال حکومت چیست؟ سخن به هیچ رو بر سر ارزیابی اشکال نظارت بر اعمال حکومت در حقوق عمومی ایران، آسیب‌شناسی سازوکارهای موجود و نتیجتاً اضافه کردن یک قانون جدید به قوانین موجود و اضافه کردن یک نهاد نظارتی به نهادهای نظارتی موجود نیست. پرداختن به ماهیت سازوکارهای نظارتی موجود و اشکال نظارت بر اعمال حکومت در حقوق عمومی ایران، به این معنا نیست که بین عدم تحقق مطلوب نظارت بر اعمال حکومت و سازوکارهای پیش‌بینی شده نسبتی وجود ندارد بلکه حامل این بصیرت بنیادین است که در صورت وضع قوانین جدید و افزودن مدرن‌ترین سازوکارهای نظارتی هم شکاف بین قواعد مزبور و اجرا و اثربخشی آن‌ها خود به بخشی از بحران بدل می‌شود. فرضیه نوشتار پیش‌رو آن است که صرف تولید و ترویج اصول و مفاهیم و به تبع آن وضع طیف گسترده‌ای از قوانین و ایجاد مکانیسم‌های نظارتی یا تغییر اشخاص و گروه‌های سیاسی حاکم به ایده و آرمان نظارت بر عملکرد حکومت واقعیت نمی‌بخشد بلکه تحقق «نظارت بر اعمال حکومت» نوعی هستی اجتماعی، شیوه‌ای زیست جمعی، نحوه‌ای بودن یا شکلی از زندگی اجتماعی است که از نحوه مناسبات میان جامعه و حکومت در بستر تاریخ و از متن زندگی واقعی جان می‌گیرد و معنا می‌یابد و برای فهم شکاف و حلقه مفقوده اخیر باید به واقع بودگی و هستی اجتماعی جامعه ایرانی یعنی توسعه‌نیافتگی تاریخی حقوق عمومی در ایران نظر داشت. درخصوص چرایی عدم تحقق مطلوب نظارت بر اعمال حکومت در چهارچوب حقوق عمومی ایران، پژوهشی با این عنوان مشاهده نشده است اما در رابطه با آثار نزدیک به این پژوهش باید از اثر «موانع نهادی توسعه حقوق عمومی در ایران»، به قلم میلاد عزیزی در پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق عمومی در دانشگاه شهید بهشتی، یاد کرد. پژوهش اخیر رویکردی نهادگرایانه نسبت به موانع توسعه حقوق عمومی از جمله عدم توفیق نظارت اتخاذ می‌کند. پژوهش یاد شده در تبیین مسئله از همان چشم‌انداز و منطق تحلیلی که از آن با عنوان «حرکت از آرمان به سوی واقعیت» یاد کردیم بهره می‌برد. چراکه تبیین پدیده‌های انسانی بر حسب نهادهای جامعه معادل تبیین بر حسب باورها و نگرش‌های افراد است و چنان‌که پیش‌تر به این منطق تحلیلی اشاره شد، پژوهش یاد شده نیز به این نتیجه می‌رسد که:

باورها و اندیشه‌های اعضای جامعه و طبقه حاکم نقش مهمی در وضع، نظارت و اجرای مسائل مربوط به حقوق عمومی دارد و دستیابی به توسعه حقوق عمومی بدون توافق «صریح» یا «ضمنی» نخبگان اجرایی با یکدیگر و با توده‌ها بر سر پاره‌ای از مفاهیم حقوق عمومی (باورمند شدن به مفاهیم و اصول) میسر نمی‌شود. این در حالی است که ما در پژوهش پیش‌رو تلاش



خواهیم کرد که با رویکردی ساختارگرایانه از یک منطق تحلیلی وارونه و البته مغفول مانده سخن بگوییم که در چهارچوب آن به جای باورهای جامعه و تلاش برای تغییر آن‌ها، واقعیت‌های مادی و شرایط عینی اجتماعی در محور تحلیل قرار می‌گیرد.

این نوشتار از نظر شیوه گردآوری داده‌ها، کتابخانه‌ای و از حیث روش تحقیق نیز توصیفی، تبیینی و تحلیلی است. چنان‌که، تلاش خواهیم کرد تا در بخش اول، ضمن بهره‌بردن از روش تحلیل کارل مارکس (بند اول) و بررسی رهیافت ساختارگرایانه از آن (بند دوم) زمینه برای فهم چرایی شکاف (میان تدوین و تصویب قوانین و سازوکارهای نظارتی و حمایتی تحقق‌بخش ایده نظارت بر اعمال حکومت با اجرای قوانین مزبور)، و رای نقد روان‌شناسانه و اخلاقی مجریان قانون و پرهیز از تفکر انتزاعی و غیرتاریخی و دعوت به یک شیفت پارادایمی در اندیشه حقوق عمومی فراهم شود و در بخش دوم این نوشتار تلاش خواهیم کرد تا از ظهور و شکل‌گیری تاریخی حکومت مقید به قانون و پاسخ‌گو (بخش اول) سخن بگوییم تا حقوق عمومی به‌طور عام و تحقق نظارت بر اعمال حکومت به‌طور خاص به‌مثابه نوعی هستی اجتماعی و محصول مناسبات میان جامعه و حکومت در بستر تاریخ فهم شود. امری که در فهم چرایی عدم کارآمدی مطلوب نظارت بر اعمال حکومت در ایران به‌رغم وجود مجموعه‌ای از قوانین و مقررات و مکانیسم‌های نظارتی و حمایتی راهگشاست (بند دوم).

### ۱. شیفت پارادایمی در تحلیل حلقه مفقوده عدم تحقق مطلوب نظارت بر اعمال حکومت در حقوق عمومی ایران

به‌منظور تبیین چرایی عدم تحقق مطلوب نظارت بر عملکرد حکومت و رای نقد اخلاقی صاحبان مناصب حکومتی باید به یک منطق تحلیلی وارونه متوسل شد. منطقی که به‌طور کامل مغفول مانده است، منطقی که صرفاً در پی آن نیست تا از آرمان به‌سوی واقعیت بیاید، به این معنا که از اندیشه آغاز کند و بکوشد به مدد ترویج اندیشه و آرمان‌هایش واقعیت‌های اجتماعی را تغییر دهد، بلکه می‌کوشد تا از واقعیت به سوی اندیشه و آرمان حرکت کند، حرکت از سوی واقعیت به‌سوی اندیشه و آرمان یک پیامد مهم به دنبال دارد: ما صرفاً می‌توانیم در چهارچوب واقعیت‌های موجود آرمان‌خواه باشیم (توجه به نقشی که شرایط عینی جامعه در تحقق اندیشه و آرمان‌های اجتماعی ایفا می‌کنند).

#### ۱-۱. حرکت از واقعیت به‌سوی اندیشه و آرمان

حرکت از واقعیت به‌سوی اندیشه و آرمان و توجه به نقشی که شرایط عینی جامعه و واقعیت‌های اجتماعی در تحقق اندیشه و آرمان‌های اجتماعی ایفا می‌کنند، گامی در جهت فهم چرایی عدم تحقق

مطلوب نظارت بر اعمال حکومت و رای نقد روان‌شناسانه و اخلاقی مجریان قانون و صاحبان مناصب عمومی و پرهیز از تفکر انتزاعی و غیرتاریخی و دعوت به یک شیفت پارادایمی در اندیشه حقوقی خواهد بود. اما این شیفت پارادایمی در تبیین چرایی عدم تحقق مطلوب نظارت بر عملکرد حکومت چگونه قابل فهم است؟ در همین راستا، نحوه رویکرد طرح‌شده در پاره‌ای از آرای کارل مارکس نقطه عزیمت مناسبی برای فهم چنین تحلیلی است. واضح است که پذیرش روش یا نحوه رویکرد مارکسی به هیچ‌وجه ضرورتاً ملازم و مقارن با پذیرش اصول و مبادی فلسفی<sup>۲</sup> او یا اخذ همه یا پاره‌ای از آموزه‌ها و نظریه‌های<sup>۳</sup> این متفکر قرن نوزدهم نیست.

مارکس و همکار نزدیکش فریدریش انگلس دستاورد خود را چنین فرموله کردند: فلسفه ایدئالیستی هگل چون پیکری بود که به شکل واژگونه بر سر خود ایستاده بود، ما آن را روی پا قرار دادیم، یعنی آن را به وضعی درست و طبیعی برگرداندیم (مارکس، ۱۳۹۴: ۳۳). در توضیح لازم به ذکر است که، مارکس، همچون هگل‌گرایان چپ، منطق یا روش دیالکتیکی هگل را پذیرفت اما در برابر ایدئالیسم یا درون‌مایه فلسفی او راهی انتقادی در پیش گرفت. او گفت هستی به درستی طبق روندی دیالکتیکی پیش می‌رود، اما نیروی محرک آن، برخلاف تصور هگل، ایده یا روح نیست، بلکه ماده است. ماده‌ای که خود زاینده روح است و در روندی تکاملی آن را پدیدار و متحول می‌کند. بدین‌سان او تصور ایده یا روح را تابعی از تکامل ماده دید (تری، ۱۳۶۹: ۲۹-۲۷) و این دیدگاه ضد‌هگلی را به اشکال گوناگون بیان کرد از جمله آنکه: برخلاف فلسفه آلمان که مقصد آن از آسمان به زمین است، باید از زمین به آسمان برویم. افکار و تصورات و گفته‌ها و امیال انسان‌ها نیست که بر زندگی واقعی آن‌ها اثر می‌گذارد، درست برعکس، این کارها و فعالیت‌های عینی و شرایط زندگی واقعی انسان است که به افکار و دیدگاه او شکل می‌بخشد. به بیانی دیگر، آگاهی هستی اجتماعی را تعیین نمی‌کند بلکه هستی اجتماعی آگاهی را تعیین می‌کند (مارکس و انگلس، ۱۳۷۷ [الف]: ۴۷).

تقدم جهان مادی بر تفکر و آگاهی در اندیشه مارکس را باید از منظر سنت‌های فلسفی آلمان عصر مارکس یعنی ایدئالیسم و ماتریالیسم فهم کرد. هریک از این مکاتب در مواجهه با پرسش بنیادین ذیل رویکرد متفاوتی اتخاذ کرده‌اند: در دوگانه هستی و تفکر، ماده (طبیعت) و روح، ذهن و عین، سوژه و ابژه تقدم با کدام است؟ اول هستی وجود دارد و بعد تفکر، آگاهی و روح (تعبیر هگلی) و... از راه خواهد رسید؟ یا نه این آگاهی ما، سوژکتیویته ما یا روح ما است که بر سازنده

1. Approach
2. Principles
3. Doctrines

طبیعت، جهان، ماده، هستی یا ... می‌باشد؟ و البته که از منظر ماتریالیسم در دوگانه اخیر چه از حیث هستی‌شناسانه چه از حیث معرفت‌شناختی تقدم با ماده، طبیعت یا جهان ابژکتیو است و اگر هم چیزی چون آگاهی وجود داشته باشد، به‌مثابه بخشی از طبیعت یا به‌مثابه بخشی از جهان ابژکتیو ساخته می‌شود و شکل می‌گیرد<sup>۱</sup> (مارکس و دیگران، ۱۳۸۶: ۴۰-۲۶).

مارکس در دیباچه‌ای بر نقد اقتصاد سیاسی استدلال کرد که «انسان‌ها در جریان تولید زندگی اجتماعی خود ضرورتاً در درون روابطی وارد می‌شوند که مستقل از اراده آن‌ها است؛ یعنی روابط تولیدی ... مجموعه این روابط، ساخت اقتصادی جامعه، یعنی بنیاد واقعی را تشکیل می‌دهد که بر اساس آن‌ها روبنای حقوقی و سیاسی پدید می‌آید و اشکال خاصی از آگاهی اجتماعی با آن‌ها تطابق دارد» (marx, 1971: 20-21). به بیان ساده‌تر، از درون هر شکل تولید مادی، ساخت اجتماعی خاصی پیدا می‌شود که تعیین‌کننده اخلاق و حقوق و اشکال آگاهی است و چنین محدودیتی در آزادی آدمی از شیء‌گشتگی و از خودبیگانگی او در ساخت‌های جامعه سرمایه‌داری نشئت می‌گیرد (فرتر، ۱۳۹۲: ۲۴-۲۵).

اگر نگاهمان را به «منطق تحلیل» مارکس معطوف کنیم، با چنین رویکردی در تبیین مسائل اجتماعی مواجه‌ایم: من هستم، پس می‌اندیشم (هستم، پس چنین فکر می‌کنم). ایده‌ها، افکار و اندیشه‌های ما بنیان هستی اجتماعی ما نیست، چنین نیست که نحوه بودن و نحوه زندگی ما مبتنی بر اندیشه و افکار ما باشد، بلکه درست برعکس این نحوه هستی ما و مناسبات زندگی واقعی و واقعیت‌های اجتماعی است که افکار و ایده‌های ما را شکل می‌دهد. به بیان دیگر، جریان اموری که به آن مشغولیم تماماً از ایده‌ها و افکار ما تبعیت نمی‌کنند؛ هگلی‌های جوان بر این باورند که می‌توان زندگی انسان‌ها را با تغییر ایده‌هایشان دگرگون ساخت، اما مارکس و انگلس از فرضی متضاد آغاز می‌کنند، از اینکه واقعیت‌های عینی که مردم در آن‌ها به سر می‌برند تعیین‌کننده وجوه زندگی آن‌ها و از جمله ایده‌هایشان است (فرتر، ۱۳۹۲: ۲۱) و این منطق تحلیلی وارونه و البته مغفول مانده می‌تواند به‌مثابه یک افق جدید برای فهم مسئله چرایی عدم تحقق مطلوب نظارت بر اعمال حکومت، راهگشا باشد.

ما انسان‌ها در چگونه چهارچوبی به کنشگری می‌پردازیم و چه نسبتی میان عمل با

۱. در مقابل، از منظر ایدئالیسم، تقدم با آگاهی و تفکر است. اگر جهانی در کار است، اگر طبیعتی در کار است، اگر ماده‌ای هست، همه این‌ها از مجرا و به واسطه چیزی چون سوژکتیویته/تفکر/آگاهی ساخته می‌شود. نمی‌توان جهان و طبیعت را مستقل از سوژه درک کرد. ایده‌آلیسم ورژن‌های متفاوتی دارد؛ مانند ایده‌آلیسم کانتی یا ایده‌آلیسم هگلی.

واقعیت‌های اجتماعی وجود دارد؟ آیا سوژه‌ها آزادانه و مستقل از واقعیت‌های اجتماعی (مناسبات اجتماعی) و بر مبنای خواست و نیت خویش کنشگری می‌کنند؟ پرسشی که گام نخست به سوی فهم اجتماعی تاریخی حلقه مفقوده عدم تحقق مطلوب نظارت بر عملکرد حکومت در چهارچوب حقوق عمومی ایران به شمار می‌آید.

## ۱-۲. از عاملیت تا ساختار (ساختارگرایی به مثابه روش)

ما سوژه‌ایم اما جهان را با طرح و نقشه‌هایمان نمی‌سازیم، پراکسیس سوژه‌ها پراکسیسی است درون وضعیت‌های از پیش داده شده. سوژه‌ها آزادانه دست‌اندرکار ساختن جهان و عملی کردن ایده‌ها و طرح‌های خود نیستند چون بر وفق الزامات تحمیلی عمل می‌کنند و عمل بر وفق الزامات وضعیت یعنی ساختار. لویی آلتوسر در قالب رهیافت مارکسیسم ساختارگرا چنین تفسیری از مارکس ارائه می‌دهد.<sup>۱</sup>

آلتوسر برخلاف مارکس تأکید را از بنیان اقتصادی جامعه بر می‌دارد و توجه ما را به «ساختار» معطوف می‌کند. جامعه به مثابه یک ساختار پیچیده با سطوح درهم‌تنیده اقتصادی، سیاسی و ایدئولوژیک، موقعیت‌های ساختاری را به وجود می‌آورد. موقعیت‌های ساختاری نسبت به ما مستقل‌اند، کاری به این ندارد که ما چه می‌خواهیم و به این معنا اصلاً چیزی به نام سوژه وجود ندارد، بلکه در مقابل باید از «مواضع سوژه‌ای» سخن بگوییم. سوژه‌ها چیزی نیستند جز آن موقعیت‌های ساختاری که اشغال می‌کنند و این موقعیت‌ها هم نسبت به خود موجودات زنده یعنی من و شما بی‌تفاوت‌اند. فرقی نمی‌کند که شما باشید یا من، مهم آن است که هر موقعیت ساختاری یک سری الزامات و اقتضائاتی دارد. لذا کارگزاران اجتماعی (سوژه‌ها) چیزی جز حاملان ساخت‌های اقتصادی و سیاسی و ایدئولوژیک نیستند. شرایط اجتماعی، زمینه‌ها و ساخت اجتماع، طبقات و دولت و عواملی مانند این‌ها را باید تعیین‌کننده رفتار عاملان و کنشگران و روابط اجتماعی آن‌ها محسوب می‌کرد. نتیجتاً موضوع اصلی مطالعه ساخت‌ها و شرایط آن‌ها است نه زیربنا و روبنا (پولادی، ۱۳۹۸: ۶۹).

مارکسیسم ساخت‌گرا از لحاظ روش‌شناسی تحت تأثیر مکتب اصالت ساخت بود که در دهه ۱۹۶۰ در فرانسه رواج گسترده‌ای داشت. اصالت ساخت ما را به این بصیرت بنیادین رهنمون می‌سازد که فلسفه باید مقوله ایدئالیستی «ذهن کارگزار» به عنوان منشأ، جوهر و علت کلیه تعینات عین خارجی را کنار بگذارد. چراکه نیرویی که از شرایط عینی جامعه و واقعیت‌های اجتماعی

1. See: L. Althusser and E. Balibar (1975), Reading Capital, London.

(ساختارهای زیربنایی اجتماعی) برمی‌خیزد بر نگرش‌های ذهنی اولویت دارد و کنش را تحت تأثیر قرار می‌دهد و این حتی در مورد صاحب منصبان نیز جاری است (بشیریه، ۱۳۹۵: ۳۶۱-۳۵۸).

برای ما حائز اهمیت است که میان ساختارگرایی به‌مثابه یک روش و ساختارگرایی به‌منزله مجموعه‌ای از مفروضات ماوراء طبیعی مانند مرگ سوژه<sup>۱</sup> فرق بگذاریم. ساختارگرایی به‌مثابه روش چیزهای مهمی درباره جهان به ما یاد می‌دهد و روش این رهیافت همان چیزی است که ما در نوشتار کنونی به آن نظر داریم. منظور از روش نوعی روال کار یا شیوه نگاه کردن به جهان یا فکر کردن درباره آن است که می‌تواند چیزهایی درباره جهان به ما بگوید که بدون بهره‌گیری از این روش قادر به درک آن‌ها نیستیم (کرایب، ۱۳۹۱: ۱۶۷). فکر وجود یک ساختار یا منطق شالوده‌ای به ما این امکان را می‌دهد که رویدادهای اجتماعی مختلف (متغیرها) را ذیل یک هسته محوری (ساختار ثابت) طبقه‌بندی و فهم کنیم. این بدین معناست که در تحلیل رویدادها، گذشته از سطح ظاهری، سطحی کمتر در معرض دید قرار دارد و باید کشف شود. به کمک همین سطح شالوده‌ای می‌توان سطح ظاهری را تبیین کرد (جوادی و نیک‌پی، ۱۳۸۹: ۱۸۰-۱).

روش ساختارگرایی به‌مثابه یک دیدگاه کل‌نگرانه در مواجهه با جلوه‌های متعدد عدم تحقق نظارت بر اعمال حکومت (اعم از عدم رعایت حاکمیت قانون، فساد گسترده، تبانی مجری و ناظر، عدم رعایت حقوق و آزادی‌های شهروندی و...) دو بصیرت خاص برای ما به ارمغان دارد:

الف) ما را به هسته مسئله یا مهم‌ترین و محوری‌ترین جنبه‌های موضوع مورد مطالعه هدایت می‌کند. روش ساختارگرایی به این فکر دامن می‌زند که در فهم چرایی عدم تحقق نظارت بر اعمال حکومت سطوح مختلفی وجود دارند: سطحی که در نگاه اول کمابیش قابل مشاهده است، و سطحی که کمتر در معرض دید قرار دارد و باید کشف شود. هسته مسئله همان منطق شالوده‌ای، نظم، کهن‌الگوی و در یک کلام «ساختار» است که نقش تعیین‌کننده دارد و رخدادهای اجتماعی همچون روبنا بر اساس آن سامان می‌یابند و بر اساس آن قابل تبیین‌اند.

ب) ما صرفاً می‌توانیم در چهارچوب واقعیت‌های موجود آرمان‌خواه باشیم (توجه به نقشی که شرایط عینی جامعه در تحقق اندیشه و آرمان‌های اجتماعی ایفا می‌کنند). فرضاً در شهری که از بافتی کوهستانی برخوردار است و بین بالاترین نقطه و پایین‌ترین نقطه آن شیب تندی وجود دارد، واقعیت‌های طبیعی همه تلاش‌های ما برای ترویج ارزش و آرمانی به نام فرهنگ دوچرخه‌سواری و

۱. عاملیت توهم است و ما همچون عروسک‌های خیمه‌شب‌بازی ساختارها هستیم.

نیل به سوی هدفی والا با عنوان «حفاظت از محیط زیست»<sup>۱</sup> را زایل می‌سازد. در راستای بصیرت‌های اخیر، آیا می‌توان در جامعه ایرانی بر گونه‌ای از واقعیت‌ها به نام واقعیت‌های اجتماعی (واقعیت‌هایی که جامعه را احاطه کرده) نظر داشت و با توجه به نقشی که واقعیت‌های موجود در شکل‌دادن جریان زندگی واقعی و مناسبات اجتماعی دارند، عدم تحقق مطلوب نظارت بر اعمال حکومت در چهارچوب حقوق عمومی را فهم کرد؟<sup>۲</sup> به تعبیر ساده‌تر، شرایط از پیش موجود جامعه ایرانی<sup>۳</sup> که همه تلاش‌های حقوقی به منظور نظارت بر اعمال حکومت در چهارچوب آن صورت می‌گیرد، کدام‌اند؟

## ۲. چرایی عدم تحقق مطلوب نظارت بر اعمال حکومت در حقوق عمومی ایران

ورای نقد روان‌شناسانه و اخلاقی صاحبان مناصب عمومی و میزان باورمندی یا وفاداری آن‌ها به پاره‌ای از آرمان‌های حقوق عمومی، واقعیت‌های اجتماعی دخیل در شکل‌گیری نوعی از هستی اجتماعی که در آن نظارت بر اعمال حکومت تحقق می‌یابد کدام‌اند؟ تحقق نظارت بر اعمال حکومت در چهارچوب حقوق عمومی در زمین کدام صورت‌بندی اجتماعی ریشه دارد؟ بسترهای اجتماعی تحقق آن چیست؟

## ۲-۱. نظارت بر اعمال حکومت در چهارچوب حقوق عمومی

«جز نابخردی امروزی نیست اگر گمان بریم که ضمانت‌های ظاهری اجرای قانون یعنی

۱. اصل ۵۰ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران.

۲. برای فهم بهتر ایده شکل‌گیری یک ارزش و آرمان در جریان زندگی واقعی، می‌توان در جوامع مختلف به مثال‌های متنوعی متوسل شد، فرضاً در تاریخ پس از اسلام، هیچ‌گاه برده‌داری به‌صراحت از سوی پیامبر اسلام ممنوع نشده است، اما در صحنه زندگی فردی و اجتماعی تحولاتی که اسلام با خود به همراه آورد، واقعیت‌های موجود را به نحوی تغییر داد و جریان زندگی واقعی به نحوی شکل گرفت که در بستر زمان آرمانی به نام مصونیت از برده‌داری به‌عنوان یک حق بشری بنیادین تحقق پیدا کرد، بنابراین از محو تدریجی برده‌داری در صحنه زندگی فردی و اجتماعی مسلمانان می‌توان برای فهم این مسئله استفاده کرد که چگونه ممکن است یک آرمان و ارزش به‌تبع تحولاتی که در صحنه واقعیت‌های اجتماعی شکل می‌گیرد، از جریان زندگی واقعی برخیزد و تحقق پیدا کند، به تعبیر دقیق‌تر؛ با ظهور اسلام به‌مثابه ایدئولوژی جدید، تغییرات بنیادین و ساختاری در نهاد جامعه رخ داد که به‌تبع آن، این تغییر در دین به تغییر در دیگر نهادها منجر شد و در نتیجه، الگوهای موجود مرتبط با آن نهادها نیز تغییر یافتند که از جمله، الگوهای برده‌داری بود که این تغییر نیز منجر به ایجاد تغییراتی در قشربندی‌های اجتماعی شد و در پایان، نظام برده‌داری تحول یافت و این قشر خاص اجتماعی از منزلت‌ها و پایگاه‌های جدید اجتماعی برخوردار شدند و به بسیاری از حقوق و آزادی‌های مدنی دست یافتند و این یکی از خدمات اجتماعی کلان اسلام بود.

3. Pre-given conditions

مجالس و اختیار تنظیم بودجه‌ای که به آن تفویض می‌شود می‌تواند به قوانین ثابت بخشد). به تعبیر هگل این بسیار نابخردانه است که گمان بریم چون از مجلس بهره‌مندیم و می‌توانیم به آن برای وضع قانون متوسل شویم، پس قوانین در چنین جامعه‌ای از ثبات برخوردارند (برونوفسکی، مزلیش، ۱۳۹۳: ۲۷۶)؛ بنابراین بلافاصله پرسشی تازه از راه می‌رسد، ثبات قوانین را در کجا باید جست‌وجو کرد؟ ضامن اجرای قوانین را در کجا می‌توان جست؟ به بیان مارتین لاگلین، «حقوق عمومی مجموعه‌ای از قوانین و مقررات نیست، این قابل‌پذیرش است که بخش اعظمی از حقوق عمومی را قوانین و مقررات تشکیل می‌دهد اما قوانین و مقررات نیز معنا و سبک اجرای خود را از سنت و رویه اخذ می‌کنند، مطابق فهم او از حقوق عمومی، حقوق عمومی یک «سنت»<sup>۱</sup> است، به مثابه یک رویه است، همان گونه که قواعد تلفظ در جریان تکلم شکل می‌گیرند، قواعد حکمرانی نیز در حین عمل حکمرانی کردن شکل می‌گیرند» (لاگلین، ۱۳۸۸: ۹۵-۹۱).

اما ثبات، قوام و ضامن عدم انحراف قوانین را می‌توان در بحث هگل از جامعه مدنی به‌عنوان نهاد حائل و واسط میان خانواده و دولت جست‌وجو کرد. هگل در کتاب فلسفه حق، از بندهای ۱۸۱ تا ۲۵۶ به مفهومی پرداخت با نام جامعه مدنی که حد واسطی بود میان خانواده و دولت. تا پیش از این هیچ متفکری، این چنین جامعه مدنی را به‌صورت قلمرو مستقل از دولت مطرح نکرده بود (inwood, 2003: 53). از منظر هگل، تحولات اقتصادی - اجتماعی چون فروپاشی مناسبات ایلیاتی و فئودالی، پیدایش شهرها، جانشین شدن روابط اقتصادی، تولیدی، بازرگانی، رشد بورژوازی و در نهایت انباشت سرمایه در دست طبقه متوسط به ظهور جامعه مدنی منجر می‌شود. اگرچه افراد در جامعه مدنی منافع شخصی خود را دنبال می‌کنند اما از یک‌سو به‌واسطه عضویت در رسته‌ها، طبقات، اصناف و اتحادیه‌ها، «کل شدن» را تمرین می‌کنند، سازمان و تشکل می‌یابند، یاد می‌گیرند که چیزی بیش از خودشان هستند و فقط منافع شخصی خودشان اهمیت ندارد. از سوی دیگر، هنگامی که اعضا در مقام فرد رشد می‌کنند، شکوفا می‌شوند، تعالی پیدا می‌کنند و به اهداف خود می‌رسند، گویی جامعه در مقام یک کل است که دارد شکوفا می‌شود و رشد می‌کند.<sup>۲</sup>

### 1. Practice

۲. چنین صورت بندی را در اصل از سوی یک لیبرال معروف به نام برنارد ماندویل (Bernard Mandeville) در کتاب «افسانه زنبوران: ردایب خصوصی، منافع عمومی» شاهد هستیم. تز او عبارت است از آنکه، آنچه که در ساحت شخصی در پرتو نوعی ارزش‌های اخلاقی جزو امور نکوهیده به نظر می‌رسد (مثل جاه‌طلبی، خود خواهی یا موفقیّت)، در ساحت زندگی عمومی تبدیل به فضیلت می‌شود. چرا؟ چون در جامعه‌ای که افراد به دنبال آن هستند

آنچه برای ما حائز اهمیت است آن است که با ظهور جامعه مدنی در دوره خاصی از رشد سرمایه‌داری و انباشت سرمایه در دست طبقه متوسط، جامعه مدنی به‌مثابه یک نیروی حقیقی اجتماعی قادر است تا با قدرت وارد مناسبات شود. در واقع یک نیروی اجتماعی سبب ممانعت نیروی اجتماعی دیگر می‌شود و به آن تعادل می‌بخشد (رز، ۱۳۹۶: ۳۴۳) به تعبیر هگل، خودسرانگی اعضای قوه مجریه و کارمندان دولت به‌واسطه نیروی جامعه مدنی درهم شکسته می‌شود (هگل، ۱۳۷۸: ۱۲۱۷).

اما اصول و مفاهیم و آرمان‌هایی که ما در چهارچوب نظارت بر اعمال حکومت در پی تحقق آن‌ها هستیم تحت چه شرایطی ظهور کردند و توسعه یافتند؟ یک رویکرد تاریخی اجتماعی پیرامون منشأ ظهور و شکل‌گیری دو مؤلفه محوری توسعه سیاسی یعنی حاکمیت قانون و دولت پاسخ‌گو حاکی از آن است که همواره «وجود انواع مختلفی از بازیگران قدرتمند اجتماعی» در خلق مؤلفه‌های مزبور حیاتی بوده است. به تعبیر دقیق‌تر، پذیرش ارزشمندی ایده‌ها و آرمان‌های اخیر و تصدیق نظری آن از سوی حاکمان کافی نیست، مگر آنکه قانون در نهادهای اجتماعی قابل مشاهده‌ای تجلی یابد که با درجه‌ای از استقلال از دولت وجود داشته باشند (Fukuyama, 2011: 145). به بیان دیگر، بررسی منشأ ظهور و شکل‌گیری مؤلفه‌های مزبور حاکی از آن است که «نظارت بر اعمال حکومت» به‌مثابه میوه‌ای است که حصول آن نه به‌واسطه ایده یا اراده طبقه حاکم بلکه به‌واسطه واقعیت‌های اجتماعی خاصی که بستر رشد آن بوده‌اند حاصل شده است.

به‌عنوان مثال، اصل حاکمیت قانون به این معنا که مجموعه قواعد از پیش موجودی دایره عمل قدرتمندترین بازیگران سیاسی را در یک جامعه محدود کند، ریشه در مذهب دارد. قانون مبتنی بر مذهب در پادشاهی بنی‌اسرائیل، هند، خاورمیانه مسلمان و نیز غرب مسیحی وجود داشت اما تنها در سنت غربی بود که کلیسا توانست در مقام یک بازیگر سیاسی متمرکز واجد سلسله‌مراتب و صاحب اموال زیاد ظهور کند و با رفتار سیاسی خود سرنوشت سیاسی پادشاهان و امپراتورها را تحت تأثیر قرار دهد. به عبارت دقیق‌تر، در قرن یازدهم، کلیسا با دخالت امپراتوری مقدس روم در

که ثروت تولید کنند، رشد کنند، شکوفا شوند، ارتقا پیدا کنند، این جامعه جامعه‌ای خواهد بود برخوردار و شکوفا. به زبان استعاره، هر زنبوری به دنبال آن است که سطل خود را پر کند، در نهایت این کندو است که به کندوی پر از عسل تبدیل می‌شود. نک:

Goldsmith, M.M. (1985), private vices , public benefits, the social and political thought of Bernard Mandeville, Cambridge: cambridge university press.



امور مذهبی به مخالفت برخاست؛ نزاعی طولانی مدت که در نهایت با «موافقت‌نامه ورمز»<sup>۱</sup> در سال ۱۱۲۲ به استقلال عمل کلیسا منجر شد. پس از این موافقت‌نامه، پاپ از طریق سلسله مراتب کلیسا به یک مقام مهم اجرایی غیرقابل مناقشه تبدیل شد که با توصیه کالج کاردینال‌ها می‌توانست به میل خود اسقف‌ها را استخدام یا اخراج کند. متعاقب آن، کلیسا دست به پاک‌سازی عمل خود زد، بسیاری از ویژگی‌های یک دولت راستین را اتخاذ کرد و در آن زمان نیروهای نظامی خود را تشکیل داد و مدعی حوزه قضایی مستقیمی بر یک سرزمین مشخص (هر چند کوچک) شد، به نحوی که اقتدار مذهبی مستقل از اقتدار سیاسی شکل گرفت. از این‌رو، در دوران پیشامردن، حاکمیت قانون به کنترل‌کننده بسیار قدرتمندتری بر قدرت حاکمان دنیوی در اروپای غربی نسبت به خاورمیانه، هند یا کلیسای ارتدوکس شرقی تبدیل شد. این امر پیامدهای قابل توجهی برای توسعه بعدی نهادهای آزاد در آنجا بر جا گذاشت؛ در اروپا حاکمیت قانون دوام و بقا یافت حتی زمانی که شالوده مشروعیتش طی گذار به مدرنیته تغییر کرد (Fukuyama, 2011: 152-153).

به همین ترتیب، پاسخ‌گویی دولت (بدین معنا که حاکمان در برابر مردمی که بر آن‌ها حکمرانی می‌کنند پذیرای مسئولیت خویش باشند و منافع مردم را در اولویت قرار دهند) نیز در صورتی تحقق می‌یابد که «مصالحه‌ای ناخواسته و برنامه‌ریزی نشده میان بازیگران سیاسی متفاوت در جامعه» شکل گیرد. مشخصاً بررسی منشأ شکل‌گیری پاسخ‌گویی در چهارچوب حقوق عمومی حاکی از آن است که تمام قدرت‌های مهم اروپا اعم از فرانسه، اسپانیا، انگلستان، هلند، سوئد، روسیه، امپراتوری هابسبورگ، لهستان، مجارستان و دیگران از قرن پانزدهم به این‌سو برای مشارکت و ورود در جنگ با مطالبات فزاینده‌ای برای هزینه‌های نظامی و در نتیجه تمرکزگرایی مواجه بودند. از این مرحله، داستان ظهور پاسخ‌گویی داستان تعامل میان این دولت‌های متمرکز و گروه‌های اجتماعی است که در برابر آن‌ها مقاومت می‌کردند. به تعبیر دقیق‌تر یک مبارزه چهارجانبه میان سلطنت مرکزی، نجبای بالارته<sup>۲</sup>، ارباب‌زادگان<sup>۳</sup> (زمین‌داران کوچک، شوالیه‌ها یا دیگر افراد آزاد) و طبقه عوام<sup>۴</sup> که شامل ساکنان شهرها می‌شدند (بورژوازی نخستین). مقدار و میزان این مقاومت در برابر تمرکزگرایی دولت به درجه‌ای بستگی داشت که بر اساس آن سه گروه خارج از دولت - نجبا، ارباب‌زادگان و طبقه عوام - می‌توانستند با یکدیگر برای مقاومت در برابر قدرت سلطنت همکاری کنند. اینکه آیا این طبقات در

1. Concordat of Worms
2. Nobility
3. Gentry
4. Third Estate

ائتلاف‌سازی و تبدیل شدن به بازیگران قدرتمند و نهادین و تحمیل یک سازوکار مبتنی بر قانون اساسی که پادشاه را موظف به پاسخ‌گویی در برابر پارلمان سازد، موفق بوده‌اند یا خیر. این گروه‌های اجتماعی به میزان کمتر یا بیشتری بسیج می‌شدند و از این‌رو می‌توانستند به‌عنوان بازیگران سیاسی رفتار کرده و به کشمکش برای قدرت بپردازند (Fukuyama, 2011: 214-215).

نتیجتاً، عدم توفیق مؤلفه‌های محوری توسعه سیاسی بیش از آنکه به‌خاطر عدم جذابیت خود این ایده‌ها باشد، ناشی از فقدان آن شرایط مادی و اجتماعی‌ای است که در وهله نخست ظهور حکومت‌های مقید به قانون و پاسخ‌گو را میسر می‌سازد. به‌عبارت‌دیگر، چنین توفیقی علاوه بر وجود دولتی که قوی و متحد بوده و قادر به اجرای قوانین در قلمرو خود باشد، مستلزم جامعه‌ای است که قوی و منسجم بوده و قادر به تحمیل پاسخ‌گویی به دولت باشد.

مقدمه فوق به‌روشنی عیان می‌سازد که چرا با شروع صنعتی شدن و سرعت بسیار زیاد رشد اقتصادی و بسیج اجتماعی چشم‌انداز توسعه این مؤلفه از نظم سیاسی (پاسخ‌گویی) به طرز چشمگیری تغییر کرد. تحقق پاسخ‌گویی دولت در چهارچوب توسعه سیاسی قابل‌فهم است و هرگونه توسعه سیاسی تنها یک جنبه از پدیده وسیع‌تر توسعه اجتماعی - اقتصادی بشری است. در کنار قدرت اندیشه‌های مرتبط با عدالت و مشروعیت، تغییرات نهادهای سیاسی را باید در بستر رشد اقتصادی و بسیج اجتماعی درک کرد. تغییرات عمیق ناشی از انقلاب صنعتی یک رشد اقتصادی انفجاری را در پی داشت و با بسیج طبقات جدیدی از مردم - بورژوازی یا طبقه متوسط، طبقه کارگر صنعتی جدید - تغییرات حیرت‌آوری در ماهیت جوامع ایجاد کرد. با خود آگاهی پیدا کردن آن‌ها به‌عنوان گروه‌هایی با منافع مشترک، آن‌ها شروع به سازماندهی سیاسی خود کرده و خواستار داشتن حق مشارکت در نظام سیاسی شدند. در همین دوران گسترش فناوری‌های حمل‌ونقل و ارتباطات نیز تغییر دیگری را رقم زد: ظهور شکل اولیه‌ای از جهانی شدن که باعث شد ایده‌ها و افکار به شیوه‌هایی که سابقه امکان نداشت در ورای مرزهای سیاسی رواج پیدا کند (فوکویاما، ۱۳۹۷: ۱۱۳-۱۰۹).

نتیجه آنکه اصول و مفاهیم و نهادهای حقوق عمومی در بستر تاریخ در جریان زندگی واقعی به‌واسطه صدها سال تعامل میان جامعه و حکومت شکل گرفته‌اند؛ جریان زندگی واقعی نوعی از رابطه و مناسبات را میان جامعه و دولت شکل داد که از دل آن نهادهای تضمین‌کننده «نظارت بر اعمال حکومت» اعم از حاکمیت قانون و پاسخ‌گویی جان گرفتند. به بیان دیگر، نظارت بر اعمال حکومت در چهارچوب نهادهای حقوق عمومی نوعی هستی اجتماعی یا شکلی از زندگی جمعی است که از دل مناسبات میان بازیگران قدرتمند اجتماعی در بستر تاریخ و توازن میان این نیروهای

حقیقی اجتماعی جان می‌گیرد و معنا می‌یابد. آیا واقع بودگی تاریخی و اجتماعی ما، آیا ساختارهای تاریخی و اجتماعی ما که جریان زندگی واقعی را شکل می‌دهند، اجازه شکل‌گیری و تحقق آرمان‌ها و ارزش‌های موردنظر در چهارچوب حقوق عمومی را می‌دهند؟

## ۲-۲. واقع‌بودگی و هستی اجتماعی جامعه ایرانی (جامعه ایرانی و امکان نظارت بر اعمال حکومت)

در گام دوم لازم است تا به مختصات جامعه ایرانی بیشتر نزدیک شویم، به تعبیر دیگر، در پی آنیم تا در پرتو بحثی که در گام اول تبیین شد، نکاتی را پیرامون واقعیت‌هایی که زندگی واقعی جامعه ایرانی از آن‌ها تأثیر می‌پذیرد یا به تعبیر دیگر نکاتی را در باب هستی و زیست اجتماعی جامعه ایرانی یادآور شویم تا امکان تحقق آرمان و ارزشی به نام نظارت بر اعمال حکومت در جریان زندگی واقعی در پرتو مناسبات میان جامعه و حکومت به شکل روشنی در نظر آید.

در جهت فهم این موضوع که نهادهای تضمین‌کننده حقوق عمومی مانند حق، حاکمیت قانون، پارلمان و... نهادهای تاریخی هستند که در یک تاریخ ۸۰۰ ساله شکل گرفتند، عبارات کوننتین اسکینر در باب شکل‌گیری نوع تازه‌ای از هستی اجتماعی در غرب در قرن ۱۲ میلادی بصیرت‌زا است. به بیان اسکینر، «از همان میانه قرن دوازدهم مورخی آلمانی (فرایزنگی) اذعان داشت که شکل تازه و قابل توجهی از سازمان اجتماعی و سیاسی در شمال ایتالیا ظهور کرده است. خصیصه‌ای که وی تذکر داد این بود که جامعه ایتالیا ظاهراً دیگر خصلت فنودالی ندارد. او دریافت که به‌خصوص همه زمین‌ها میان شهرها تقسیم شده است و اینکه به‌ندرت می‌توان در کل سرزمین اعیان یا آدم مهمی یافت که اقتدار شهر را نپذیرد. توسعه دیگری که وی ذکر کرد - و به نظرش حتی اساسی‌تر بود - این بود که در شهرها نوعی حیات سیاسی پدید آمده بود کاملاً مغایر با آن تصور فراگیر که پادشاهی موروثی را تنها شکل درست حکومت قلمداد می‌کرد. آن‌ها چنان دل‌بسته آزادی شده بودند که خود را به‌صورت جمهوری‌های مستقلی درآورده بودند که هر یک به اراده کنسول‌ها و نه حکمرانان اداره می‌شد و آن‌ها را هر سال عوض می‌کردند تا یقین شود شهوت قدرتشان مهار می‌شود و آزادی محفوظ می‌ماند. قدیمی‌ترین مورد شناخته‌شده که شهری ایتالیایی این نوع حکومت کنسولی را انتخاب کرده باشند در سال ۱۰۸۵ در شهر پیزا رخ داد» (اسکینر، ۱۳۹۷: ۳۴).

واضح است که در دوران آغاز عزیمت غرب به سمت نوع تازه‌ای از هستی اجتماعی، ما همواره از داشتن یک ساختار ثابت اجتماعی (به‌طور مشخص از قرن ۱۳ تا ۱۶ میلادی) محروم بوده‌ایم. به‌نحوی که طبقه متوسط در جامعه ما طی این دوران همواره نابود و مضمحل بوده است. به‌عبارت دیگر ما در نوشتار کنونی به‌منظور تحقق امکان نظارت بر اعمال دولت بر واقعیت‌های

اجتماعی شکل دهنده مناسبات میان جامعه و دولت در یک بستر تاریخی تکیه کرده‌ایم تا از متن آن یعنی جریان زندگی واقعی شکل‌گیری ارزش و آرمانی به‌عنوان نظارت بر اعمال حکومت محقق شود، این در حالی است که ما از یک‌سو در تمام قرون ۱۳ تا ۱۶ از داشتن یک ساختار ثابت اجتماعی به‌واسطه حمله اعراب، مغول‌ها، تراکمه، تیموری‌ها، افغان‌ها و... محروم بوده‌ایم، از سوی دیگر در ادامه یعنی از زمانی که جامعه ایرانی برای نخستین بار خود را در آینه تمدن جدید و مدرنیته می‌بیند (قرن ۱۶ میلادی)، به‌واسطه برخورداری از یک قدمت تاریخی و فرهنگی و عدم هضم امواج جدید، هرگز مواجهه‌ای یکپارچه با مفاهیم مدرن نداشته‌ایم، به تعبیر دیگر در جامعه ایرانی نوعی دویاری و شکاف پدید می‌آید، این دویاری امری کاملاً طبیعی و حاصل دو گونه جهان‌بینی، دو نحوه هستی‌شناسی و دو شیوه مواجهه با جهان است: جهان سنت، باورها و شیوه‌های زیست فردی، اجتماعی و سیاسی حاصل از این باورها از یک‌سو و جهان مدرن، ارزش‌ها و باورها و شیوه زیست فردی، اجتماعی و سیاسی مبتنی بر ارزش‌های مدرن از سوی دیگر؛ به‌نحوی که مضمون واحد تاریخ ایران در قرون ۱۹ و ۲۰ را می‌توان چنین خلاصه کرد: زوال تاریخی جامعه سنتی تحت فشار نیروهای مدرنیته (عبدالکریمی و رضایی، ۱۳۹۸: ۱۰۹-۱۰۵).

علاوه بر گزاره‌های فوق، می‌توان با یک رویکرد تاریخی به اثرگذاری فرهنگ عشیره‌ای بر فرهنگ سیاسی کل نظام سیاسی و اجتماعی و دوام آثار آن حتی پس از شهری شدن نظام سیاسی و اجتماعی نظر داشت. به بیان دیگر، شناخت حوزه سیاست و دولت و فرهنگ مرتبط با آن، چه در تاریخ قبل از اسلام و چه بعد از اسلام، در واقع «به قدرت رسیدن ایلات» می‌باشد. (سریع‌القلم، ۱۳۸۹: ۵۴-۵۵). به قدرت رسیدن یک ایل به معنی حذف ایل دیگری بود که دوره رشد، پختگی و انحطاط خود را پشت سر گذاشته بود. هر ایلی که به قدرت می‌رسید ایلات دیگر را با زور و اعراب زیر سیطره خود درمی‌آورد و اتحاد سرزمین ایران را با مبانی فکری و رفتاری ایل خود بنا می‌نهاد. از جمله عشایری که می‌توان در استقرار حکومت در ایران از آن‌ها یاد کرد عبارت‌اند از: ماد، هخامنشی، اشکانی، غزنوی، سلجوقی، خوارزمشاهی، ایلخانی، قراقویونلوها، آق‌قویونلوها، صفوی، افشاری، زندی و قاجار؛ بنابراین بررسی تاریخ سیاسی ایران در واقع مطالعه تاریخ صعود و زوال عشایر است. ظرفیت بالقوه و بالفعل عشایر موجب می‌شده است که نه تنها قدرت محلی در اختیار آن‌ها باشد بلکه در حکمرانی کل کشور هم سهم عمده‌ای داشته باشند (شعبانی، ۱۳۶۹، ۶۷-۶۹).

از اسناد تاریخی به‌روشنی پیداست که پایه اصلی حکومت‌های مرکزی در ایران، سپاهیان بودند که در واقع از جنگجویان عشایری تشکیل می‌شدند. راه اصلی تضمین امنیت حکومتی برای دولت‌های ایرانی، سرکوب یا تطمیع عشایر بوده است. آنچه در این میان باعث استمرار فرهنگ

سیاسی سرزمین بزرگ ایران طی نزدیک به سه هزار سال شده است، حکومت‌هایی بوده‌اند که عمدتاً پایه اجتماعی و فرهنگ عشیره‌ای داشته‌اند. دلیل دوام مبانی فرهنگی حکومت در طول ادوار تاریخی، انتقال قدرت از یک عشیره به عشیره‌ای دیگر بوده که مخرج مشترک رفتاری در میانه آن پایدار می‌مانده است. استنتاج طبیعی بحث این است که فرهنگ سیاسی ایران طی قرن‌ها متحول نشده، چراکه مبنای حکومت تا ابتدای سلسله پهلوی، قدرت و فرهنگ عشایری بوده است. در همین راستا برای فهم ارتباط میان فرهنگ عشیره‌ای و نظام سیاسی و اجتماعی باید بر مختصات ویژه شیوه زیست عشیره‌ای متمرکز شد (خویشاوندگرایی، بقا و بسط عشیره از طریق تهاجم و غارت، روحیه جنگاوری و ستیزه‌جویی و...). در این چهارچوب، در تبیین فرهنگ سیاسی عشیره‌ای، به‌عنوان مثال مبنای زندگی عشیره‌ای در سلسله‌مراتب مبتنی بر خویشاوندی و ریش‌سفیدی است که می‌تواند انسجام درونی ایل را حفظ کند، تلقی موجود از فرد در آن بامعنا فرد در نظام پادشاهی تطابق دارد، در عشیره همه چیز خان است و در نظام پادشاهی جز پادشاه وجود دیگری اعتبار ندارد. در این چهارچوب اجتماعی، حکومت در اختیار طبقه حاکم است نه اینکه صاحب منصب به‌عنوان یک عنصر مدیریتی در خدمت حکومت باشد. چنین شرایطی مانع نهادسازی می‌گردد چراکه نهادسازی و رفتار قاعده‌مند نقش صاحب منصب را تقلیل می‌دهد و قواعدی فراتر از تمایلات فردی ایجاد می‌نماید. این فرهنگ سال‌ها در ایران با وجود کاهش جدی نقش عشایر در حکومت و نظام سیاسی تداوم پیدا نمود (سریع‌القلم، ۱۳۸۹: ۶۰-۵۶).

در این میان از ساختار دولت رانت‌خوار و بازتولید ساختار رانتی در ایران نباید غفلت کرد. بر مبنای نفت، ساختارهایی در ایران شکل گرفته که تأثیرات عمیق و دیرپایی بر نظام سیاسی ایران و ماهیت دولت و رابطه دولت و جامعه برجای گذاشته است به‌نحوی که می‌توان آن را به‌عنوان یکی از عوامل اصلی توسعه‌نیافتگی تاریخی حقوق عمومی در ایران مورد تأمل قرار داد. وابستگی به درآمدهای نفتی نوع متمایزی از محیط نهادی، یعنی دولت نفتی را به وجود می‌آورد که مشوق توزیع سیاسی رانت‌ها است. در ادبیات مربوط به دولت رانتی، معمولاً چنین دولتی را دارای شیوه خاصی از سیاست و حکومت می‌دانند. دسترسی دولت رانتی به مقادیر عظیم رانت موجب تقویت استقلال آن از جامعه می‌شود. این استقلال باعث می‌شود دولت، قدرت انحصاری به دست آورد و در اتخاذ و اجرای سیاست‌های خود مجبور به در نظر گرفتن منافع جامعه نباشد. دوم اینکه نخبگانی که رانت را در اختیار دارند، می‌توانند از آن برای جلب همکاری دیگر گروه‌ها و نخبگان در جامعه استفاده کنند و معمولاً چنین می‌کنند (حاجی یوسفی، ۱۳۷۶: ۱۵۳).

کاتوزیان در توصیف وضعیت اقتصادی ایران پیش از تولید صنعتی نفت در قرن نوزدهم میلادی

از عبارت «خودبسندگی سنتی» استفاده کرده است که نشان می‌دهد دستگاه دیوانی و دولتی گسترده‌ای در جامعه وجود نداشته و دلیل گسترش نیافتن دیوان‌سالاری نیز محدودیت توانایی‌های مالی دولت بوده است که عمدتاً برآمده از مالیات‌های ارضی، سرانه، مالیات‌بردآمد پیشه‌وران و تعرفه‌های گمرکی بود. پس از نفت، خودبسندگی سنتی به استفاده حداکثری از منابع طبیعی گذار کرد. گسترش دیوان‌سالاری دولتی و ایجاد نهادهای متعدد موجب ایجاد تمرکز قدرت و ثروت (درآمد زیاد نفتی) در مرکز حاکمیت شد (کاتوزیان، ۱۳۶۶: ۵۳). یکی از ویژگی‌های دولت ایران از اواسط دهه ۱۹۵۰ میلادی تاکنون، رانتی بودن آن به علت دسترسی به میزان فراوانی درآمدهای نفتی است. دسترسی به مقادیر عظیم رانت نفت باعث تقویت استقلال دولت از جامعه و کسب قدرت انحصاری شد. در نتیجه، دولت برای اتخاذ و اجرای سیاست‌ها خود را از جلب همکاری مردم بی‌نیاز می‌دید. دولت نه تنها از جامعه مدنی استقلال داشت، بلکه تلاش می‌کرد با کاهش آزادی‌های سیاسی و مشارکت جامعه مدنی، آن را هرچه بیشتر به خود وابسته کند؛ بنابراین عملاً فضایی برای افزایش مشارکت مردم در تعیین سرنوشتشان وجود نداشت. در چنین شرایطی، استقرار بسیاری از نهادهای سیاسی موجود فقط یک روبنا است که بدون توجه به زیربنا، یعنی ساختار رانتی موجود، نمی‌توان به فهم درستی از کارکرد آن‌ها (توزیع رانت) دست‌یافت (قنواتی و دیگران، ۱۳۹۶: ۲۱۴-۲۱۳).

به‌منظور عینی‌تر شدن بحث، در جوامع توسعه‌یافته در پرتو صنعتی شدن نوعی از ساختار اجتماعی شکل گرفته است که در آن طبقه متوسط کار می‌کند و از مالیات آن دولت ارتزاق می‌کند. ساختار جوامع مدرن از سه سپهر اصلی تشکیل شده است: سپهر اقتصادی (بخش خصوصی که تولید ثروت می‌کند)، سپهر علم و تکنولوژی و سپهر سیاسی یا دستگاه دولتی. در این کشورها دولت طی رابطه‌ای متقابل با ساختارهای اقتصادی و علمی و تکنولوژیک، از یک سو به اخذ نیروی انسانی و منابع مالی از آن‌ها می‌پردازد و از سوی دیگر خدماتی به دو بخش علمی و اقتصادی ارائه می‌دهد. در واقع، در کشورهای توسعه‌یافته، دستگاه دولت علاوه بر آنکه نقشی تعادل‌بخش بین ساختارهای اقتصادی و علمی - فنی جامعه در محدوده مرزهای سیاسی کشور ایفا می‌کند، شرایط مناسبی را نیز برای تحرکات سرمایه و تبادلات علمی - فنی بین نیروهای داخلی با سایر جوامع تأمین می‌نماید. برخلاف فرایندهای سرمایه‌داری و فرایندهای علمی تکنولوژیک که ماهیتی خودپو و تکامل‌یابنده دارند، دولت مدرن پدیده‌ای ذاتاً وابسته به تحول حیاتی فرایندهای مذکور بوده و فاقد نیروی درونی حیات‌بخش یا تکامل‌یابنده است. حیات دولت مدرن، اصولاً منبث از حیات نیروهای خارج از خود، یعنی نیروهای سرمایه و علم و تکنولوژی است و در طول تحولات جامعه مدرن، این تغییرات نیروهای سرمایه و علم و تکنولوژی بوده است که به شکل و محتوا و مأموریت

دولت مدرن اثر گذاشته و می‌گذارد. در واقع دولت مدرن نقش هماهنگ‌کننده دو سپهر اصلی دیگر جهان مدرن، یعنی سرمایه‌داری و علم و تکنولوژی، را برعهده داشته است (عبدالکریمی و رضایی، ۱۳۸۹: ۸۳-۸۲)، اما در جامعه‌ای که مبتنی بر اقتصاد نفتی است و همه ما دست‌هایمان را به‌سوی دولت دراز کرده‌ایم و همه برنامه‌هایمان در صحنه زندگی عمومی معطوف به آن است که بتوانیم سهم بیشتری از درآمدهای رانته داشته باشیم، آیا در چنین جامعه‌ای ما می‌توانیم همان هستی اجتماعی، همان نحوه بودن، همان زیست اجتماعی یا همان نحوه مناسبات میان جامعه و حکومت را داشته باشیم که در جوامع توسعه‌یافته وجود دارد؟

به بیان دیگر، اکثر حقوق‌دانان ما رویکردی اخلاقی، ایدئولوژیک، غیرتاریخی، غیرفرایندی، غیرکل‌گرا و غیرساختاری از چرایی جلوه‌های عدم تحقق نظارت دارند و در پی تحقق مطلوب نظارت بر اعمال حکومت به میوه‌هایی چون اصل حاکمیت قانون و پاسخ‌گویی نظر دارند بدون آنکه در باب زمینه‌ها و بسترهایی که این میوه‌ها در آن خاک ریشه دارند، بیاندیشند و گمان بر آن است که فقدان آن ریشه‌ها، بسترها، زمینه‌ها و ساختار اجتماعی از رهگذر صرف ترویج مفاهیم حقوق عمومی و تصویب قوانین جدید قابل‌جبران است. فهم اخیر این بصیرت بنیادین را به دنبال دارد که تلاش‌های ما برای تحقق ایده نظارت بر اعمال حکومت در حقوق عمومی ایران، بدون توجه به توسعه‌نیافتگی تاریخی حقوق عمومی در ایران و بدون در نظر گرفتن واقعیت‌های اجتماعی و شرایط عینی جامعه ایرانی و تلاش برای تغییر آن‌ها به سرانجام نمی‌رسد.

### نتیجه

پیش کشیدن بحث از یک منطق تحلیلی مغفول مانده در پاسخ به چرایی عدم تحقق مطلوب نظارت بر اعمال حکومت در چهارچوب حقوق عمومی ایران پاسخ را به‌جای نقد روان‌شناسانه و اخلاقی صاحبان مناصب عمومی به‌سوی فهم توسعه‌نیافتگی تاریخی حقوق عمومی در ایران هدایت خواهد کرد. به عبارت دیگر، حرکت از واقعیت به‌سوی اندیشه و آرمان و توجه به نقشی که شرایط عینی جامعه و واقعیت‌های اجتماعی در تحقق اندیشه و آرمان‌های اجتماعی ایفا می‌کنند، گامی در جهت فهم چرایی عدم تحقق مطلوب نظارت بر اعمال حکومت و رای نقد روان‌شناسانه و اخلاقی مجریان قانون و صاحبان مناصب عمومی و پرهیز از تفکر انتزاعی و غیرتاریخی و دعوت به یک شیفت پارادایمی در اندیشه حقوق عمومی خواهد بود. بهره‌بردن از چنین روش تحلیلی در بحث حاضر مستلزم فهم آن است که صرف تولید و ترویج اصول و مفاهیم و به تبع آن وضع طیف گسترده‌ای از قوانین و ایجاد مکانیسم‌های نظارتی یا تغییر اشخاص و گروه‌های سیاسی حاکم به ایده و آرمان نظارت بر عملکرد حکومت در چهارچوب حقوق عمومی واقعیت نمی‌بخشد بلکه

نظارت بر اعمال حکومت در چهارچوب نهادهای حقوق عمومی نوعی هستی اجتماعی، نحوه‌ای بودن یا شکلی از زندگی جمعی است که از دل مناسبات میان بازیگران قدرتمند اجتماعی در بستر تاریخ و توازن میان این نیروهای حقیقی اجتماعی جان می‌گیرد و معنا می‌یابد. اگر مفاهیم و نهادهایی که در چهارچوب حقوق عمومی به‌منظور نظارت بر اعمال حکومت در پی آنیم را نه به‌عنوان مجموعه‌ای از ایده‌ها و اندیشه‌ها و احکام و قوانین، بلکه به‌عنوان شیوه‌ای زیست و نحوه‌ای هستی که از جریان زندگی واقعی در متن مناسبات میان جامعه و دولت در بستر تاریخ تحقق می‌یابد، فهم کنیم، در جامعه‌ای چون جامعه ایرانی که از چنین زیستی به دور است و مفاهیم و نهادهای مدرن از یک نقطه تاریخی به بعد به آن ضمیمه شده‌اند، به‌منظور نیل به نظارت بر اعمال حکومت باید بر واقعیت‌های اجتماعی و شرایط عینی جامعه نظر داشت. واقعیت‌هایی چون عدم وجود طبقه متوسط به‌مثابه نیروی اجتماعی تاریخی، عدم مواجهه یکپارچه نیروهای اجتماعی با مفاهیم مدرن و عدم نیل به صنعتی‌سازی و رشد اقتصادی، اثرگذاری نظام عشیره‌ای بر فرهنگ سیاسی کل نظام سیاسی و اجتماعی و ساختار دولت رانت‌خوار که در جریان زندگی واقعی مناسبات میان دولت و جامعه را تحت تأثیر قرار می‌دهند و از شکل‌گیری شیوه‌ای زیست و نحوه‌ای هستی که از متن آن حقوق عمومی به‌طور عام و نظارت بر اعمال حکومت به‌طور خاص برخیزد، جلوگیری می‌کنند.



## منابع

## فارسی

- اسکینر، کوئینتین (۱۳۹۷)، بنیادهای اندیشه سیاسی مدرن، ترجمه: کاظم فیروزمند، جلد اول، تهران: نشر آگاه.
- برونوفسکی، جیکوب و بروس مزلیش (۱۳۹۳)، سنت روشنفکری در غرب از لئوناردو تا هگل، ترجمه: لیلا سازگار، تهران: آگاه.
- بشیریه، حسین (۱۳۹۵)، تاریخ اندیشه‌های سیاسی در قرن بیستم - اندیشه‌های مارکسیستی، جلد اول، تهران: نی.
- پولادی، کمال (۱۳۹۸)، تاریخ اندیشه سیاسی در غرب قرن بیستم، تهران: مرکز.
- تری، امانوئل (۱۳۶۹)، «از هگل تا مارکس، حماسه دیالکتیک»، پیام یونسکو، شماره ۲۳۹.
- جوادی، محمد اسلم و امیر نیک‌پی (۱۳۸۹)، «ایده و مفهوم ساختارگرایی با بررسی آرای سوسور و لوی استروس»، معرفت فرهنگی اجتماعی، سال اول، شماره ۳.
- حاجی یوسفی، امیرمحمد (۱۳۷۶)، «دولت رانتیر یک بررسی مفهومی»، اطلاعات سیاسی اقتصادی، سال ۱۲، شماره ۱۲۵ و ۱۲۶.
- راسخ، محمد (۱۳۹۵)، نظارت و تعادل در نظام حقوق اساسی، تهران: دراک.
- رز، دیوید (۱۳۹۷)، راهنمای خواندن عناصر فلسفه حق هگل، سید احمد موسوی خوئینی، تهران: ترجمان علوم انسانی.
- سریع القلم، محمود (۱۳۸۹)، فرهنگ سیاسی ایران، تهران: فرزانه روز.
- شعبانی، رضا (۱۳۶۹)، مبانی تاریخ اجتماعی ایران، تهران: نشر قومس.
- طالب‌زاده، سیدحمید و محمد صادق‌یان (۱۳۹۵)، «چگونگی اهمیت سوژه و کنش در فلسفه ایدئالیستی آلمان و به تبع آن در اندیشه مارکس»، مطالعات جامعه‌شناختی، دوره ۲۳، شماره ۲.
- عبدالکریمی، بیژن و محمد رضایی (۱۳۸۹)، هگل یا مارکس: نقدی بر جریان روشنفکری ایران، تهران: نشر نقد فرهنگ.
- عمید زنجانی، عباسعلی و ابراهیم موسی‌زاده (۱۳۹۶)، نظارت بر اعمال حکومت و عدالت اداری، تهران: مؤسسه چاپ و انتشارات دانشگاه تهران.
- قنواتی، نسرین، مجید وحید، ساعی و علیرضا ازغندی (۱۳۹۶)، «بازتولید ساختار رانتی در ایران»، مطالعات راهبردی سیاست‌گذاری عمومی، دوره ۷، شماره ۲۵.
- فرانسس، فوکویاما (۱۳۹۷)، نظم و زوال سیاسی، رحمان قهرمان پور، تهران: روزنه.
- فرتز، لوک (۱۳۹۲)، لویی آلتوسر، آریان امیراحمدی، تهران: مرکز.
- کاتوزیان، محمدعلی (۱۳۶۶)، اقتصاد سیاسی ایران، محمدرضا نفیسی، جلد اول، تهران: پایپروس.
- کرایب، یان (۱۳۹۱)، نظریه اجتماعی مدرن از پارسونز تا هابرماس، عباس مخبر، تهران: آگه.
- لاگلین، مارتین، (۱۳۸۸)، مبانی حقوق عمومی، ترجمه: محمد راسخ، تهران: نشر نی.
- مارکس، کارل (۱۳۷۷)، هجدهم برومر لویی بناپارت، ترجمه: باقر پرهام، تهران: مرکز.

- مارکس، کارل (۱۳۹۴)، سرمایه، تهران: حسن مرتضوی، جلد اول، تهران: لاهیتا.
- مارکس، کارل و فردریش انگلس (۱۳۷۷)، ایدئولوژی آلمانی، ترجمه: تیرداد نیکی، تهران: شرکت پژوهشی پیام پیروز.
- مارکس، کارل و فردریش انگلس و گئورگی پلخانف (۱۳۸۶)، لودویگ فوئر باخ و ایدئولوژی آلمانی، ترجمه: پرویز بابایی، تهران: چشمه.
- هگل، گئورک ویلهلم فردریش (۱۳۷۸)، عناصر فلسفه حق: خلاصه‌ای از حقوق طبیعی و علم سیاست، ترجمه: مهبد ایرانی طلب، چاپ چهارم، تهران: قطره،

#### انگلیسی

- Althusser L. and Balibar E. (1975). **Reading Capital**, London.
- Fukuyama, Francis (2012). **The Origins of Political Order: From Prehuman Times to the French Revolution**, Farrar, Straus and Giroux.
- Inwood Michael (2003), **A Hegel Dictionary**, Oxford, Blackwell.
- Marx, Carl (1971). **Contribution to the Critique of Political Economy**, London.
- Udehn, Lars (2001). **Methodological Individualism, Background, History and Meaning**, Routledge, 1st Edition.





## **Lack of Proper Realization of The Control of Government Actions as a Kind of Social Existence**

**Mohamad Javad Javid**

*Professor, Department of Public Law, Faculty of Law and Political Science,  
University of Tehran, Tehran, Iran*

**Zein Al-Abedin Yazdanpanah\***

*PhD Student in Public Law, Faculty of Law and Political Science, University of  
Tehran, Tehran, Iran*

### **Abstract**

Moving from reality to ideal will be a step towards understanding why government oversight is not being achieved beyond the psychological and moral critique of public officials, avoiding abstract and non-historical thinking and proposing a paradigm shift in legal thoughts. In other words, the central question is, "Beyond the psychological and moral criticism of public officials, what is the missing element in the lack of proper oversight of government actions in Iranian public law?" findings are merely promoting principles and concepts and, consequently, enacting a wide range of laws and establishing oversight mechanisms. The idea of overseeing does not make a reality, but Supervision of the actions of the government within the framework of public law is a kind of social existence or a form of collective life that arises from the relations between powerful social actors in the context of history and the balance between these real social forces. The recent understanding follows the fundamental insight that our efforts to realize the idea of overseeing government actions in public law through the promotion of public law concepts and regulatory practices, regardless of the historical underdevelopment of public law in Iran and considering the social realities and objective conditions of Iranian society and trying to change them, will not end.

### **Keywords**

Monitoring of Government Actions, Rule of Law, Accountability, Social Existence, Structuralism

\* Email: [abedin\\_yazdanpanah@yahoo.com](mailto:abedin_yazdanpanah@yahoo.com) (Corresponding Author)

## **The Discourse of The Criminal Policy of The Judiciary in “The Instructions of Non-Governmental Institutions Interact With The Judiciary”**

**AmirHassan Niazpour\***

*Assistant Professor, Department of Criminal Law and Criminology, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran*

### **Abstract**

In the Iranian criminal policy, the participation of public institutions in the field of crime prevention, compromise between the actors of criminal cases, protection of victims, rehabilitation of criminals and implementation of criminal justice responses have been mentioned to some extent. Despite this, the participation of these institutions faces many challenges from different angles. The lack of clear legislative criminal policy regarding the participation of public institutions, scepticism among government institutions in order to interact with public institutions and use the capacity of these institutions to curb and respond to the criminal phenomenon, lack of public awareness of the capabilities of these institutions in the criminal justice are the most important challenges. Therefore, training judicial officials, interpreting laws to strengthen the participation of public institutions, preparing and drafting a comprehensive law to develop the use of the capacities of NGOs and raising public awareness about these institutions are among the solutions and the “Instructions of non-governmental institutions interact with the Judiciary”, which was approved to strengthen the participatory approach in the process of crime prevention and combating crime, can create an arena for strengthening the interaction of judicial institutions with the NGOs. In this article, both action-oriented and Reactive approaches to criminal policy in the Instructions, are examined.

### **Keywords**

Criminal policy, Non-governmental institutions, Crime Prevention, Restorative Justice, Victim Protection

\* Email: a\_niazpour@sbu.ac.ir

## **A Study on Originating Court's Jurisdiction in Recognition & Enforcement of Foreign Judgments**

**Reza Maghsoodi\***

*Associate Professor, Department of Law, Faculty of Literature and Humanities,  
University of Guilan, Rasht, Iran*

### **Abstract**

A judgment issued by a foreign country has been recognized and enforced if the originating court has the jurisdiction for hearing the case. This jurisdiction has been evaluated on the basis of the rules of the addressed country. The key question is what are the criteria for accepting the jurisdiction of a foreign court at the voting stage? Some countries have jurisdiction over a foreign court, such as a domestic court. Others, by limiting the scope of jurisdiction of a foreign court, accept the jurisdiction of a foreign court only on the basis of strict criteria. According to Iranian law, only the exclusive jurisdiction of the Iranian court is considered as an impediment to the recognition of foreign judgments. The need to meet the legitimate expectations of private individuals and to provide predictability in cross-border relations requires the jurisdiction of a foreign court to be defined as in the 2019 Hague Convention and that litigants be assured of the condition of recognition in other countries before the trial begins. The lack of uniform jurisdiction rules among countries to recognize foreign court judgments undermines the efficiency and usefulness of international litigation and makes it impossible for the free movement of judgments between countries. The need to meet the legitimate expectations of private individuals and to create predictability in cross-border relations requires that cases of the jurisdiction of a foreign court be specified and that litigants ensure that this condition is met in other countries before a trial can begin.

### **Keywords**

Jurisdiction, Indirect Jurisdiction, Recognition of Foreign Judgments, Mirror Image Rule, Hague Convention 2019

\* Email: [rmaghsoody@guilan.ac.ir](mailto:rmaghsoody@guilan.ac.ir)

## **Duties & Powers of NAJA (Disciplinary Force of the Islamic Republic of Iran) In The Light of Human Security Doctrine**

**Amin Mohammadi Jobeni**

*PhD in Public Law, Islamic Azad University (South Tehran Branch), Tehran, Iran*

**Hosein Sharifi Tarazkoohi\***

*Retired Professor of Law, Faculty of Law, Imam Hossein University, Tehran, Iran*

**Mohammad Barani**

*Associate Professor, Department of Criminal Law and Criminology, Amin University of Law Enforcement Sciences, Tehran, Iran*

### **Abstract**

Human security means the conditions under which the vital core of human life is protected. In this view, although the government has an important role to provide security, it should be seen as a means to provide it, not a matter or a source of security. This doctrine in the broadest sense means freedom from need and freedom from fear and living with dignity, since there's no accepted definition of it, it can be divided into minimalist and maximalist schools. The purpose of this article is to examine the duties and authority of NAJA with an emphasis on the minimalist of human security, which believes that lasting stability isn't achieved unless people are protected against violent threats to their rights, security or lives. Regarding the mentioned issues, the present study aims to answer the question "What are the responsibilities of the IRI police in achieving personal, political and social security?" It has been written with a descriptive-analytical approach, using the library method. According to the research findings, based on law, establishing order and security, providing public and personal comfort is one of the main missions of NAJA. Hence, the threats posed in the security components based on freedom from fear, directly, indirectly, follow its duties. It should be noted that the performance of police in achieving these security areas, due, is not satisfactory and goes far from the philosophy of the existence of NAJA and the goals of human security, which is to maintain the security of humans and human dignity. The change in the duties and powers of NAJA isn't a matter of choice, it's an inevitable necessity, that the most important of its effects will be the guarantee and promotion of the citizenship rights, increasing the public trust in the police, intensification of the community-centered police, establishing more discipline and security and increasing the legitimacy and acceptability of the system.

### **Keywords**

Police, Duties & Powers, Human Security Doctrine, Freedom from Fear

\* Email: hsharifit@yahoo.com (Corresponding Author)



## **The Will of The Legislator & The Role of The Judge in The Effectiveness of The Conciliation Provisions**

**Mehdi Karimian Ravandi\***

*Assistant Professor, Department of Private Law, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran*

**Ghasem Mohammadi**

*Assistant Professor, Department of Private Law, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran*

**Gholamali Seyfi**

*PhD Student in Private Law, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran*

### **Abstract**

In principle, the effectiveness of conciliation provisions depends on a set of factors other than the will of the parties, such as the will of the legislator and the role of the judge. According to Article 10 of the Iranian Civil Code, the parties have full freedom of agreement, but this freedom is not absolute, and the supposed legal plans will change the structure of the contract. Now the question arises is “To what extent the legislator can play a role in the development and restriction of contractual freedom, given the economic, social, welfare and development needs by benefiting from special laws?” and “To what extent do law, custom and sharia prefer the public interest in preferring the necessities and pursuing public interests arising from the conflict of personal and public interest?” To explain this important point in this article, coercion in the contracting board is divided into two types of elementary and structural coercion, and these results obtained by induction in the opinions of courts, scientific sources and judicial procedures indicate that: First, the courts force the parties to deviate from the conciliation results to a minimum or maximum, and the public interest is emphasized in the issuance of judgments as well as in judicial procedures. Secondly, the cases mentioned in the paragraphs of Article 190 of the Civil Code imply the obligation of elements to the extent that in the dominant aspect, in all agreements, they are present as a necessity in the composition and are irrevocable, but on the contrary, due to the structure of contracts. Certain special parties are required to comply with the rules arising from the requirements and restrictions that have arisen in the context of coercion arising from the elements and will require them to make the desired changes to elements of the contract.

### **Keywords**

Civil Equality, Deprivation of Civil Rights, Fundamental Rights, Bona Fide Contract, Competitive Environment, Non-discrimination Rules, Public Interest

\* Email: Gh.mohammadi@sbu.ac.ir (Corresponding Author)

## **Crime Prevention in Organizations By Supporting The Whistleblowers**

**Farid Mohseni\***

*Associate Professor, Department of Criminal Law and Criminology, Faculty of Judicial Law, University of Judicial Sciences and Administrative Services, Tehran, Iran*

### **Abstract**

Corruption in the government is as old as the government itself and is a serious problem, and dealing with it is no less important than maintaining the security and survival of the government. Today, disclosure is considered as one of the ways to prevent and fight corruption and crimes in the government and in public organizations and institutions. Although the widespread use of disclosure in the form of motivating and supporting whistleblowers is not a definitive way to eradicate corruption, it is one of the tools of development, improving governance, and creating governments and organizations with moral and legal health. For this reason, the functions of disclosure in combating and preventing corruption are in the spotlight more than ever. Although some consider disclosure to be a form of espionage, in many countries this practice is seen as a result of courage, commitment and adherence to morality. Exposers are considered to be the most important factor in preventing potentially dangerous mistakes from leading to disaster. But even the most famous and successful whistleblowers have all gone through a very difficult, long and risky path and have faced very strong reactions. Despite the growing emphasis on disclosure and efforts to provide legal protection to whistleblowers, the realization of this phenomenon still faces many obstacles. Paying attention to these barriers and analyzing them can be the basis for drafting laws and providing effective criminal protection to facilitate disclosure. Of course, paying attention to the boundaries of freedom of information and expression, information privacy, transparency and disclosure, as well as using the experiences of other legal systems as well as Iranian law sources, are key points of this process.

### **Keywords**

Disclosure, Reporting, Fight Against Crime & Corruption, Transparency

\* Email: mohseni@ujsas.ac.ir

## **An Approach to The Judicial Constitutionalization of Family Law in The Iranian Legal System**

**Mohsen Safari\***

*Associate Professor, Department of Private and Islamic Law, Faculty of Law and Political Science, University of Tehran, Tehran, Iran*

**Zahra Mashayekhi**

*Judge of Justice, PhD Student in Private Law, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran*

### **Abstract**

The family is a social institution and a natural unit that we have witnessed significant changes in its definition, structure and function in recent decades. In many legal systems, the family is an ideological institution whose laws are enacted in the light of religious rulings. Laws that are typically authoritarian and the will of individuals to determine their relationships is limited and partial. However, because of the dominance of such rules, one should not ignore the individual areas of human life in the institution of the family and prescribe the violation of their most fundamental rights and freedoms. Fundamentalism is a phenomenon that seeks to protect the fundamental rights and freedoms of individuals in society at the judicial level, and the fundamentalization of family rights seeks to amend strict laws whose absolute application will result in nothing but crisis and turmoil in the family institution. It also violates the fundamental rights and freedoms of family members, indiscriminately and extensively. In this research, in a descriptive-analytical method, by reviewing and criticizing the views of proponents and opponents of constitutionalization of family rights and by presenting criteria in line with the Iranian legal system, we have designed and explained the theory of conditional constitutionality to preserve the fundamental rights of family members and the fundamental values of the family institution, and to shine a light on the minds and consciences of our intellectual judges.

### **Keywords**

Family, Constitutionalization, Fundamental Rights, Conditional Constitutionalization, Fundamental Values of The Family

\* Email: safarimohsen@ut.ac.ir (Corresponding Author)

## **Analysis of The Concept & Examples of Conflict of Interest in Private Law**

**Hassan Badini**

*Associate Professor, Department of Private and Islamic Law, Faculty of Law and Political Science, University of Tehran, Tehran, Iran*

**Saeed Siahbidi Kermanshahi\***

*PhD in Private Law, Faculty of Law and Political Science, University of Tehran, Tehran, Iran*

### **Abstract**

Conflict of interests is the set of circumstances that create the risk that one's decisions or professional actions in relation to a person who trusts him or her will be affected by personal interests. Conflict of interests is one of the concepts that is essential for proper understanding in any field because a proper understanding of this concept and its contexts provides the way for its proper management. The main question of the present study is "What are the dimensions and scope of the conflict of interest in private law?" The authors believe that the constituent elements of conflict of interests are profit, conflict, judgment and relationship. The presence of these elements in the relationships of individuals irrespective of whether the relationship is public law or private law creates a conflict of interests. This study has shown that conflict of interests in private law can be achieved either in a trust-based relationship (such as a lawyer-client relationship) or in a relationship based on impartiality (such as litigation) and Conflict of interests are not conceivable in other relationships. In this study, some of the most important instances that may be confused with the discussion of conflict of interests have been highlighted. Understanding instances of conflict of interests is a prelude to the legal management of these conflicts to avoid their harmful effects or to compensate them. In this article, the legal management strategy of these conflicts and reform proposals for the Iranian legal system is explained.

### **Keywords**

Conflict of interests, Judgment, Loyalty, Impartiality, Legal Management

\* Email: [siahbidisaeed@gmail.com](mailto:siahbidisaeed@gmail.com) (Corresponding Author)

## **The *Ex turpi causa non oritur actio, ex dolo malo non oritur actio* Maxim & Illegality Defense**

**Hasan Mohseni**

*Associate Professor, Department of Private and Islamic Law, Faculty of Law and Political Science, University of Tehran, Tehran, Iran*

**Hosein Davoodi\***

*Assistant Professor, Department of Private Law, Faculty of Law and Political Science, Kharazmi University, Tehran, Iran*

### **Abstract**

Litigants sometimes refer to their own wrongdoing and expect the courts to rule in their favour. If such lawsuits or defences are accepted, justice will not be done and a solution must be found to solve this legal problem. In this case, roman maxim "*Ex turpi causa non oritur actio, ex dolo malo non oritur actio*" are cited in legal systems. The most important thing about that is the concept and scope of its application. Therefore, the concept and scope of this maxim were examined in some legal systems, especially the common law system, and some instances of it were researched. It became clear that in most legal systems, this principle is considered a certain legal principle. This maxim is cited in foreign law in three sections: contracts, civil liability, and trust. The meaning and rules of applying this maxim in foreign law are not very clear; however, legal principles and policies and methods have been proposed to apply it, and there are instances such as illegal transactions, bribe restoration, slayer rule, and the responsibility of the offending managers to company, which sometimes was criticized and has been set aside. This maxim has a moral basis and is considered a requirement of justice. However, in practice, in order to avoid its mechanical application, its application is at the discretion of the judge, and this is done with the balance of the importance of the wrong and the amount of damage, and with considering such rules as the prohibition of unjustified enrichment. Islamic jurisprudence and Iranian law like any other legal system have it inside. This maxim can also be considered in litigations, and as a procedural rule prevents the parties from invoking their violations and prohibits the hearing of lawsuits or defences that are documented with violations of the plaintiff or defendant.

### **Keywords**

Legal Principle, Citing to Own Wrong Act, The Rule of Clean Hands, Toxic Tree Fruit, Illegality Defence

\* Email: [hoseindavoodi@khu.ac.ir](mailto:hoseindavoodi@khu.ac.ir) (Corresponding Author)

## **Litigation Costs in The Competition Law Violation Cases**

**Mina Hosseini\***

*Assistant Professor of Law, Faculty of Humanities, University of Science and Culture, Tehran, Iran*

**Behnam Ghafari Farsani**

*Judge of Justice, PhD in Private Law, Faculty of Law and Political Science, University of Tehran, Tehran, Iran*

### **Abstract**

One of the issues that have received less attention in competition litigation cases in our legal system is the litigation costs problem. The Competition Council has several tasks under "the Act of the execution of the General Policies of Article 44 of the Constitution"(2007), which requires a lot of expenses to perform optimally. At present, these costs are funded by the government. Although in the current state of the economy with considering other countries' approaches to financing these costs, it is better to have at least some other funding supporters (such as receiving fees from private applicants).

This study investigates the experiences of other legal systems like the US, Canada, Japan, Turkey, Denmark, the UK, Switzerland, Ireland, South Africa, and Hong Kong in providing competition litigation costs. This article, in an analytical way, examines the justification for collecting litigation costs. Using the experience of other legal systems, it proposes a method (along with suggesting some articles) for allocation of litigation costs in the Iranian competition law to introduce a basis for reforming the law and optimizing Iran's competition system

### **Keywords**

Competition, Competition Law, Litigation Costs, Competition Council, Competition System

\* Email: [mina.hosseini@usc.ac.ir](mailto:mina.hosseini@usc.ac.ir) (Corresponding Author)

## **Competent Authority to Investigate Juvenile Delinquency in Iranian Law; Emphasizing The Crimes Within The Jurisdiction of The Criminal Court (No. 1)**

**Amin Fallah**

*Judge of Justice, PhD Student in Criminal Law and Criminology, Islamic Azad University (Sari Branch), Sari, Iran*

**Hasan Hajitabar Firozjaee\***

*Assistant Professor, Department of Criminal Law and Criminology, Faculty of Humanities, Islamic Azad University (Ghaemshahr Branch), Ghaemshahr, Iran*

### **Abstract**

The Code of Criminal Procedure adopted in 1392 with subsequent amendments and additions, except for crimes under the jurisdiction of the Judicial Organization of the Armed Forces, allows preliminary investigation of crimes of persons under 15 years of age under the jurisdiction of the juvenile court and preliminary investigation of crimes of persons aged 15 to 18 years, with the exception of crimes against chastity. This law has considered the 7th and 8th degree of Ta'zir crimes under the jurisdiction of a branch of the state's Public and Revolutionary Prosecutor's Office as the Special Juvenile Court. However, according to Article 315 of this law, crimes subject to the jurisdiction of the First Criminal Court, as well as the Revolution Court, in cases that are tried by multiple judges, if committed by adults under the age of 18, a special juvenile criminal court will try them. However, this law is ambiguous in terms of competent authorities for conducting preliminary investigations and prosecuting crimes under Article 302 committed by children and adults under 15 years of age. The authors, in this article, based on the legal standards and general principles of criminal law, come to this conclusion that "In the case of children under the age of fifteen, if the person is immature, the preliminary investigation and trial of public crimes or revolution covered by Article 302 of this law will be carried out by the juvenile court, but if the perpetrator is under the age of 15, the reference preliminary investigation and trial, the criminal court is a special case for juvenile delinquency."

### **Keywords**

Child, Juvenile, Crime, Jurisdiction, Prosecutor's Office, Court

\* Email: [hajitabar@yahoo.com](mailto:hajitabar@yahoo.com) (Corresponding Author)

**Objection to The Representative of Plaintiff in Civil  
Proceedings  
With an Emphasis on Judicial Procedure**

**Mostafa Elsan\***

*Associate Professor, Department of Private and Islamic Law, Faculty of Law,  
Shahid Beheshti University, Tehran, Iran*

**Payam Khanjari Kakavandi**

*PhD Student in Private Law, Islamic Azad University (Zanjan Branch), Zanjan,  
Iran*

**Abstract**

Objection to the plaintiff's representative at the time of filing the petition is one of the objections that cause a dismissal order according to Articles 84 and 89 of the Iranian Civil Procedure Act. This objection does not apply if the petition is filed by the principal, because the authority is a matter for the representative only. In addition, the effects of missing or losing a position during the trial are different from the absence of a position for the plaintiff's representative at the time of the lawsuit.

In this article, while dealing with the concept of representation and some of its examples in the judicial procedure, the issue of lack of position and its effects in the Iranian civil proceedings are examined. The main question is "What does the objection of not holding the authority mean and if this objection is found in the proceedings, what decision should the court make about it?" There are several possible reasons for the illegality of the person claiming representation. In each case, the court must prevent the intervention of the person without a representative in the proceedings by asserting this during the trial.

**Keywords**

Position, Representation, Reject Litigation, Objection

\* Email: m\_elsan@sbu.ac.ir (Corresponding Author)



## **Interaction of Full Protection & Security Standard (FPS) With The Public Health Exception Within The Body of The International Investment Law; Focusing on COVID-19**

**Godarz Eftekhari Jahromi\***

*Professor, Department of Private Law, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran*

**Ahmad Heidari**

*Ph.D. Student in International Business and Investment Law, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran*

### **Abstract**

Balancing the relationship between The Full protection and Security Standard (FPS) and the public health is one of the oldest challenges within the body of the international investment laws; since the protection of public health, without regulating the host countries, leaves room for harm to foreign investment, and the strict protection of foreign investment, can lead to the losing the public and fundamental interests of the host country. Therefore, within the current paper, there is an attempt to examine the legal system that overrules these concerns within the body of the international investment laws. The question which remains is “How host countries can maintain their public health without breach of the full protection and Security Standard, and creating their international responsibilities?” This study shows that, the international investment laws do not take a clear stance when it comes to regulating the relationship between public health, and the implementation of (FPS), and that they are in fact in some cases paradoxical and disorganized. For example, although the fight against Covid-19, as an example of public health through quarantine, restrictions and bans, recognizes the right of sovereignty of the host country, it may also have international responsibility for them.

### **Keywords**

Foreign Investment, Full Protection & Security Standard, SFP, Host Country, Public Health, COVID 19

\* Email: [g\\_eftekhari@sbu.ac.ir](mailto:g_eftekhari@sbu.ac.ir) (Corresponding Author)

## **The Possibility of Judicial Review Over the Disciplinary Council of The Construction Engineering Organization in The Mirror of Judicial Procedure**

**Mina Akbari\***

*Researcher of Administrative Law Department, Judiciary Research Institute, Tehran, Iran*

**Fatemeh Afshari**

*Assistant Professor, Department of Administrative Law, Judiciary Research Institute, Tehran, Iran*

### **Abstract**

According to the principles of public law, the constitution and also the views of the Guardian Council, judicial review on this council is necessary. However, the legislator has not specified any competent court as the reference of judicial review on the Disciplinary Council of Construction Engineering Organization. Meanwhile, pointing to the non-governmental nature of the Construction Engineering Organization, the Public Board of the Administrative Justice Court has not approved the competency of this court to investigate the decisions made by the Disciplinary Council of that Organization. In addition, the Public Board of the Supreme Court didn't consider the decisions of the Disciplinary Council of the Engineering System Organization to be subject to appeal in courts, citing the word "certainty" authorized in Article 24 of the Engineering System Law. Therefore, the main question in front is "What is the legal solution to solve this legal and judicial challenge?" Regarding the resulted condition, it is suggested for the Public Board of the Supreme Court to modify its already adopted approach to "the certainty of the decisions of this administrative tribunals" in the new decisions about the united practice; because this approach contradicts the religious, constitutional law, and the statute. Certainty of these rules refers to the certainty of the administrative and executive procedure and can't be generalized to judicial certainty. In the second step, as a long-term plan, the Administrative Justice Court should be recognized as a competent reference to investigate the complaints about the decisions of all the administrative tribunals. This procedure is more adapted to the concept of the administrative proceeding. Therefore, during the amendment of the laws, it is necessary to identify the authority of the Court of Administrative Justice in monitoring the votes of all specialized administrative authorities and even the authorities that are formed within the guild systems.

### **Keywords**

Disciplinary Council of Construction Engineering Organization, Administrative Justice Court, Iran's Supreme Court, Judicial Review, Administrative Tribunals

\* Email: [minaakbari@jri.ac.ir](mailto:minaakbari@jri.ac.ir) (Corresponding Author)

## **Concept & Scope of Destruction of a Sold Object With a Comparative Study in The UK's Legal System**

**Abolfazl Aghakhani\***

*Judge of Justice, Ph.D. Student in Private Law, University of Tehran (Kish Campus), Tehran, Iran*

### **Abstract**

Each party of the contract expects to reach the proper benefit of the contract when it is terminated, (either the subject of the contract or the compensation that has transferred to the other party), to achieve the purpose of terminating the contract (by cancellation, revocation or even rescission of the contract). But often it happens that despite the existence of the original property, it will not be possible to return it to the right side. In the event of automatic cancellation or cancellation of the contract before the property subject to the contract is transferred to the third party by the buyer (transferor), If there is a right of termination for the seller from the beginning of the contract and according to the contractual condition, the buyer does not have the right to transfer the property until the expiration of the seller's option. However, if the seller has a potential right of termination in the contract and the property is transferred to a third party before the right of termination is created, and also if the termination of the contract occurs after the transfer of property to a third party, the same property is non-refundable. The fundamental question is "To what extent the existence of a right of termination for the seller can limit the ownership of the buyer?" Let's know that if the property is transferred to a third party and the contract is terminated, the subject of the contract is considered as a destructed unless the condition is violated (explicit or implicit) and the buyer does not have the right to seize the option. However, in the case of a sale, the legislature presupposes that the right of termination contains the implicit obligation that the transaction must be ready to be returned to the original owner, and therefore prohibits seizure contrary to the option.

### **Keywords**

Destruction of The Sold Object, Restitution of The Sold Object, Recession, Cancellation of Sell Contract, Revocation, Rescission

\* Email: Abolfazlaghakhani1366@gmail.com

## **A Comparative Study on Emergency Law & The Management of COVID-19 Disease; From Legal Foundations to Imposing Criminal Intervention**

**Hoseyn Aghababaei\***

*Associate Professor, Department of Law, Faculty of Literature and Humanities,  
University of Gilan, Rasht, Iran*

### **Abstract**

Given that one of the main functions of the political system is to protect citizens and ensure their security in the face of various accidents and dangers, regulating the mechanism of governing society in emergency situations is considered as a right of the people and a duty of the government. The Emergency conditions change the normal course of life and require appropriate response. However, in a democratic political system, governmental actions in emergencies need to be bounded by Laws and procedures designed to arrange the situation. Emergency rights are governed by regulations, management structure and procedures, as well as how the Laws are enforced in an emergency situation. In this article, with an analytical-interpretive method, we face this question that “According to the models of other countries regarding emergency situation, is there an efficient legal system in current Iranian Law for managing emergency situations?”

The findings of the study indicate that although the existence of the mechanism of the Supreme National Security Council solves the problem of prescribed regulations and unforeseen conditions and the formation of the National Corona headquarters and the implementation of its resolutions are justified by the same logic, but according to Article 79 of the Constitution, and benefiting from the experience of different countries, it is indeed necessary to formulate emergency Law. Comprehensive and efficient regulations that, by their automatic implementation, while managing the affairs of the country in an emergency situation, have the authority to make special regulations appropriate to the emergency situation and are responsible for regulating violations and determining the responsible body to ensure the certainty of law enforcement.

### **Keywords**

Corona Pandemic, State of Emergency, Law of Emergency, Suspension of Rights, Criminal Intervention

\* Email: aghababaei@guilan.ac.ir

Mehdi Karimian Ravandi, Ghasem Mohammadi, Gholamali Seyfi  
**Duties & Powers of NAJA (Disciplinary Force of the Islamic Republic  
of Iran) In The Light of Human Security Doctrine** M  
Amin Mohammadi Jobeni, Hosein Sharifi Tarazkoochi, Mohammad  
Barani  
**A Study on Originating Court's Jurisdiction in Recognition &  
Enforcement of Foreign Judgments** N  
Reza Maghsoodi  
**The Discourse of The Criminal Policy of The Judiciary in "The  
Instructions of Non-Governmental Institutions Interact With The  
Judiciary"** O  
AmirHassan Niazpour  
**Lack of Proper Realization of The Control of Government Actions as  
a Kind of Social Existence** P  
Mohamad Javad Javid, Zein Al-Abedin Yazdanpanah

# Contents

---

<b>A Comparative Study on Emergency Law &amp; The Management of COVID-19 Disease; From Legal Foundations to Imposing Criminal Intervention</b>	<b>A</b>
Hoseyn Aghababaei	
<b>Concept &amp; Scope of Destruction of a Sold Object With a Comparative Study in The UK's Legal System</b>	<b>B</b>
Abolfazl Aghakhani	
<b>The Possibility of Judicial Review Over the Disciplinary Council of The Construction Engineering Organization in The Mirror of Judicial Procedure</b>	<b>C</b>
Mina Akbari, Fatemeh Afshari	
<b>Interaction of Full Protection &amp; Security Standard (FPS) With The Public Health Exception Within The Body of The International Investment Law; Focusing on COVID-19</b>	<b>D</b>
Godarz Eftekhari Jahromi, Ahmad Heidari	
<b>Objection to The Representative of Plaintiff in Civil Proceedings With an Emphasis on Judicial Procedure</b>	<b>E</b>
Mostafa Elsan, Payam Khanjari Kakavandi	
<b>Competent Authority to Investigate Juvenile Delinquency in Iranian Law; Emphasizing The Crimes Within The Jurisdiction of The Criminal Court (No. 1)</b>	<b>F</b>
Amin Fallah, Hasan Hajitabar Firozjaee	
<b>Litigation Costs in The Competition Law Violation Cases</b>	<b>G</b>
Mina Hosseini, Behnam Ghafari Farsani	
<b>The <i>Ex turpi causa non oritur actio, ex dolo malo non oritur action</i> Maxim &amp; Illegality Defense</b>	<b>H</b>
Hasan Mohseni, Hosein Davoodi	
<b>Analysis of The Concept &amp; Examples of Conflict of Interest in Private Law</b>	<b>I</b>
Hassan Badini, Saeed Siahbidi Kermanshahi	
<b>An Approach to The Judicial Constitutionalization of Family Law in The Iranian Legal System</b>	<b>J</b>
Mohsen Safari, Zahra Mashayekhi	
<b>Crime Prevention in Organizations By Supporting The Whistleblowers</b>	<b>K</b>
Farid Mohseni	
<b>The Will of The Legislator &amp; The Role of The Judge in The Effectiveness of The Conciliation Provisions</b>	<b>L</b>





# The Judiciary's Law Journal

Volume 85 / Issue 116 / 2022 Winter  
(Scientific Quarterly)

Concessionary: The Judiciary  
Director-in-charge: Alireza Amini  
Editor-in-Chief: Mohammad Hasan Sadeghi Moghadam  
Executive Director: Rasool Ahmadzadeh

**Editorial Board (in Alphabetical Order):**  
Rabiaa Eskini, Gholamhosseyn Elham, Kheirollah Parvin,  
Mohammad Javad Javid, Vali Rostami, Jafar Kousha, Hasan  
Rahpeyk, Mohammad Hadi Sadeghi, Mohammad Hasan  
Sadeghi Moghadam, Abbas Ali Kadkhodae, Fazlolah Mousavi,  
Hossein MirmohammadSadeghi

Senior Editor: Zahra Mashayekhi  
English Text Editor: Mahdi Ebrahimi

Price: 1.200.000 Rials  
Print ISSN: 1735-4358  
Online ISSN: 2676-7198  
Tel-Fax: 021-22091869  
Web Site: [www.jlj.ir](http://www.jlj.ir)  
E-mail: [Law.journal1316@gmail.com](mailto:Law.journal1316@gmail.com)