

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِيْمِ

# مَحْلٌ حُوْدَةٌ

---

سال هشتادم / شماره نود و پنجم / پاییز ۱۳۹۵

به موجب مجوز شماره ۱۳۸۹/۱۲/۲۴ صادره از کمیسیون بررسی نشریات علمی وزارت علوم، تحقیقات و فن آوری، مجله حقوقی دادگستری دارای امتیاز علمی پژوهشی می باشد.

صاحب امتیاز: قوه قضاییه

مدیر مسئول: علیرضا امینی

سردیر: حسین میرمحمد صادقی

مدیر اجرایی: مهدی صبوری پور

اعضاء هیأت تحریریه (به ترتیب حروف الفبا):

محمد آشوری، محمدعلی اردبیلی، ریبعا اسکینی، نجادعلی الماسی، محمدمجود جاوید

سام سوادکوهی فر، سیدمرتضی قاسمزاده، علی حسین نجفی ابرندآبادی

حروفچینی، صفحه‌بندی و چاپ: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه

قیمت: ۵۰۰۰۰ ریال

شمارگان: ۴۵۰۰

نشانی: تهران، بزرگراه شهید چمران، بزرگراه بادگار امام (ره)، بعد از خروجی اوین در که،

پژوهشگاه قوه قضاییه، دفتر مجله حقوقی دادگستری

صندوق پستی: ۱۱۱۵۵ - ۳۵۱۵

تلفکس: ۰۲۱ - ۲۲۰۹۱۸۶۹

وب سایت: [www.jlj.ir](http://www.jlj.ir)

نشانی پست الکترونیک: [Majaleh\\_hoghooghi@jpri.ir](mailto:Majaleh_hoghooghi@jpri.ir)

---

مسئولیت مطالب و مقالات مندرج در این فصلنامه بر عهده نویسنده‌گان آنها است.



## راهنمای تدوین مقالات

- مقاله نباید بیش از بیست و پنج یا کمتر از ده صفحه باشد.

- مقاله باید تایپ شده و شامل موارد زیر باشد:

❖ چکیده فارسی در ابتداء و چکیده انگلیسی در انتهای مقاله.

❖ کلید واژگان.

❖ نام و نام خانوادگی نویسنده، نویسنده مسئول، میزان تحصیلات، رتبه علمی و دانشگاهی (فارسی و انگلیسی)، نشانی، کد پستی، شماره تلفن و نامبر و نشانی پست الکترونیک.

- ذکر معادل لاتین واژگان تخصصی و اسمای خارجی در پانویس هر صفحه.

- ذکر منابع و ارجاعات در پانویس.

❖ در منابع فارسی، ذکر نام خانوادگی، نام، نام اثر، نام مترجم (در صورت ترجمه بودن)، نام ناشر، نوبت چاپ، سال چاپ، شماره صفحه.

❖ در صورت تکرار منبع بلا فاصله پس از ذکر اولیه آن، ذکر کلمه همان، اگر مطلب در همان صفحه باشد، به همین اکتفا و در غیر این صورت، پس از ذکر کلمه همان، درج صفحه.

❖ در صورت تکرار منبع پس از منابع دیگر، فقط ذکر نام خانوادگی صاحب اثر و ذکر کلمه پیشین و در صورت تغییر صفحه، ذکر صفحه.

❖ در منابع لاتین، ذکر نام خانوادگی، نام، نام اثر، شماره چاپ، محل نشر، ناشر، سال چاپ و شماره صفحه.

❖ در صورت تکرار بلا فاصله منبع، ذکر کلمه *Ibid.* و در صورت تغییر صفحه، ذکر صفحه.

❖ در صورت تکرار منبع پس از منابع دیگر، ذکر نام خانوادگی نویسنده و سپس ذکر کلمه *op. cit.* و در صورت تغییر صفحه، ذکر صفحه.

- ذکر کلیه منابع در انتهای مقاله، ابتداء منابع فارسی و سپس لاتین.

- مقاله نباید در جای دیگر چاپ شده یا در دست بررسی باشد.

- مقاله ترجمه شده پذیرفته نمی شود.

- مسئولیت صحت مطالب مقاله، به عهده نویسنده مسئول است.

- مجله در ویرایش مقالات، آزاد است. مقاله، بازگردانده نمی شود.



# مجموعه حقوقی

از نشریات  
اداره فنی وزارت عدالت

دروس آموزگاری های وزارت عدالت

مواد اسخانات مستخدمین قضائی  
بحث در موضوعات حقوقی  
اصیمات محاکم قوانین و تعیمات رسی حقوقی - بیمه

هفته یکبار منتشر میشود

مخصوص مستخدمین عدالت و داوطلبان خدمت قضائی

چهار شنبه ۳۶ آبان ماه ۱۴۱۶

چاپخانه « ایران » طهران

## فهرست هندرجان

### شماره سی و دوم مجموعه حقوقی

<u>صفحه</u>	<u>نوبتمند</u>	<u>موضوع</u>
<u>دروس آموزشگاههای وزارت عدله آموزشگاه قضائی</u>		
۱	آقای دکتر حلال عبدو	اصول محاکمات حقوقی
۵	» اخیری	قانون مجازات عمومی
۷	» ملک اسلامی	جرائم شناسی
۹	آقای آبت الله نژاده	آموزشگاه بنت قانون و نظام امنامهارت
<u>مواد امتحانات مستخدمین قضائی</u>		
۱۱	آقای محمد بروجردی	اصول محاکمات حقوقی
۱۰	» ظاهر	حقوق بین الملل عمومی
<u>بحث در موضوعات حقوقی</u>		
۱۹	آقای محمد بروجردی	در وقف
۲۳	» لطفی رئیس انتیفاف مرکز	حقوق جزایی
۲۷	» حسین اکرمی	حقوق تجارت نسبت بشر کنهاي سهامی محدود
۲۹	» شریفی	شرکت و معاونت در جرائم
<u>تصمیمهای محاکم</u>		
۳۳	» در مورد فرار متهمن از توقيف گاه	رأی دیوان عالی تمیز در مورد فرار متهمن از توقيف گاه
۳۳	» در مورد تصدیق شریک بدربافت وجه و اشتغال ذمہ او	-۱۱
۳۴	» در مورد گرفتن چیزی از کسی به تهدید و اجبار	-۱۲
۳۵	» راجع بتصدور حکم مجازات باستاناد قانون متأخر	-۱۳
۳۶	» در مورد مجازات مرتكب جرم در حال مستی	-۱۴
۳۷	» در مورد مجازات حامل جنس قابی	-۱۵
۳۸	در مورد اتفاق منافع ملک که قبل از بدلگیری واگذار شده و مداخله قضائی در دعوى جزایی که در قسم حقوقی آن قابل مداخله اشته	-۱۶
۳۹	در مورد رسیدگی محاکم بدعای ایک بمحض رأی حکم خاتمه یافته است	-۱۷
۴۰	در مورد تشخیص احوال شخصیه ایرانیان غیرشیعه	-۱۸
۴۰	در مورد معاملات قیمت که مربوط به صنور است	-۱۹
۴۲	در مورد مداخله مدیر تصدیقه بدون شرکت ناظر و عدم ارجاع پیغیره در مورد امور فنى	-۲۰
۴۲	تحقيقات مقدماتی در حقوقی جزایی فرانسه آقای امیر علامی	-۲۱
<u>حقوق تطبیقی</u>		

## آموزشگاه ثبت

### قانون و نظامنامه ثبت

که عرضحال مزبور باید پذیرفته شود زیرا تقصیر یا قصوری از ناحیه معترض نشده است به حال بهتر این بود که رعایت ماده ۱۴۱ در آگهی‌های نوبتی که مدت اعتراض را نود روز از تاریخ انتشار آگهی قرار داده قید میشد زیرا چه بسا اشخاص که بظاهر جمله (از تاریخ انتشار اولین آگهی تا نود روز عرضحال اعتراض قبول میشود) اغفال شده و دو روز ابتدا و انتهای را محسوب داشته و از دادن عرضحال در روز ۹۱ یا ۹۲ خود داری و موجب تضییع حق آنها میشود چون غالب افراد باسواند هم از مقررات قانونی کاملاً مطلع نیستند چه رسید باشخاص بیسواند به حال نسبت بسایر مواعدهای مذکور در قانون ثبت و نظامنامه از اختصار دو ماه در مورد ماده ۳۴ و غیره و همچنین مواعید جزائی و اجرائی باید مطابق ماده ۱۴۱ رفتار شود و بطور کلی تاریخ موعدهای مذکوره در قانون و نظامنامه‌ها را باید مراقبت نمود که اندک غفلتی موجب تضییع حقوق میشود و علاوه بر تخلف قانونی مستلزم مسئولیت و جدائی و ایمانی خواهد بود و ذیل ماده ۱۶ قانون و مواد ۳۴ تا ۵۰ نظامنامه را که قبلات توضیح داده شده باید کاملاً رعایت نمود.

ماده ۱۴۲- قانون ثبت اسناد و املاک مصوب ۳۱ بهمن ماه ۱۳۰۸ و قانون ثبت اماکن متبرکه و غیره مصوب ۲۹ مهرماه ۳۰۹ نسخ و این قانون از اول فروردین ماه ۳۱ بموقع اجرا گذارده خواهد شد.

قید تاریخ اجرای قانون نظر بماده ۲ قانون مدنی است که میگوید:

قانون تسريع محاکمات این است که موعد استیناف و تمیز کلیه احکام و قرارها و اعتراض بر حکم غیابی اعم از اینکه قرار یا حکم از محاکم صلحیه و بدایت و استیناف صادر شده و اعم از اینکه حقوقی باشد یا جزائی و همچنین موعد اعاده محاکمه و موعد شکایت از قرارهای مستنبطین ده روز است برای حساب کلیه موعدهای قانونی که از روز ابلاغ یا اعلام حکم یا قرار شروع میشود روز ابلاغ یا اعلام جزء مدت محسوب نیست و تا فردای آخرین روز موعد میتوان عرضحال داد.

نظر بدلول ماده مزبوره مدت اعتراض بر ثبت ملک که ماده ۱۶ قانون نود روز و مدت اعتراض بر حدود که ماده ۲۰ قانون سی روز معین کرده ۹۲ و ۳۲ روز خواهد بود زیرا روز انتشار آگهی که بجای روز ابلاغ یا اعلام است و روز آخر مدت نود روز هم محسوب نمی‌شود بلکه اگر فردای آخرین روز مصادف با تعطیل رسمی بشود آن روز هم محسوب نبوده و فردای روز تعطیل رسمی آخرین روز مدت قبول اعتراض است و اگر فردای آخرین روز تعطیل رسمی نبود ولی محکمه یا اداره که باید عرضحال بان داده شود بجهتی از جهات تعطیل بوده و اداره یا محکمه حاضر برای پذیرفتن عرضحال نبوده و با اینکه معترض در موعد قانونی تلگرافاً یا کتابً توسط پست سفارشی عرضحالی داده ولی تلگراف یا پست در موعد مقرر بمقدار نرسیده باشد در این موارد قضیه محل نظر و اشکال مبایشد که آیا این عرضحال پذیرفته می‌شود یا نه مستنبط از ارفاقی که در ماده ۱۷ قانون تسريع محاکمات منظور شده این است

<p>ضمون در آن قسمتی از مواد قانون مصوب ۱۳۱۰ که راجع بصاحبان دفاتر استناد رسمی میباشد نیز منسخ و در طرز انتخاب سردفتران و دفتریاران و محاکمات و سایر مقررات مربوط بانها رویه و دستور قانونی ثابتی اتخاذ شده است و در ماده ۵۷ قانون مزبور مقرر داشته که سهمیه مندرج در ماده ۸۹ قانون ثبت استناد و املاک مطابق تعریفه که از طرف وزارت عدله تعیین میشود بین سردفتر و دفتریار تقسیم میگردد نظامنامه قانون دفتر استناد رسمی مشتمل بر ۱۰ فصل و ۴۵ ماده که ۹ فصل آن در شماره ۲۶۱۱ و فصل دهم راجع بطرز رسیدگی بشکایات اجرائی در شماره ۲۶۲۰ مجله رسمی درج شده و در ماده ۳۹ نظامنامه مزبور سهمیه سر دفتر و دفتریار طریق ذیل مقرر گردیده است (سهمیه دفتریار درجه اول دو ثلث و سهمیه دفتریار درجه دوم سه ربیع از حقالسهم سردفتر از محل فروش تمبر است) و چون در مواد ۵۸ تا ۶۴ قانون دفتر استناد رسمی رسیدگی بشکایات مربوط باجرای استناد رسمی را دو قسمت نموده:</p> <p>۱- قسمت مربوط بدستور اجرای سند که رسیدگی بان با هیئت مرکب از حاکم بدایت و مدعی العموم و مدیر ثبت محل است.</p> <p>۲- مربوط بطرز عمل و اقدامات اجرائی که رسیدگی بان فقط با حاکم بدایت محلی است که اقدامات اجرائی در آن حوره بعمل میاید بنظر میرسد که تغییر مزبور برای تسریع و رسیدگی بشکایات مترافقه اجرائی کاملاً موثر بوده است که زودتر در حل و فصل آن تصمیم قطعی قانونی اتخاذ گردد.</p>	<p>(قوانين در طهران ده روز پس از انتشار و در ولایات بعد از انقضای مدت مزبور باضافه یکروز برای هر شش فرسخ مسافت تا طهران لازم الاجرا است مگر اینکه خود قانون ترتیب خاصی برای موقع اجرا مقرر کرده باشد)- استحضار از تاریخ تصویب و نسخ و اجرای قوانین بطور کلی فوق العاده اهمیت دارد زیرا استناد به مواد قانونی در موضوعات مختلفه اداری و قضائی حقوقی و جزائی و رعایت مفاد و مدلول آنها در وقتی صحیح است که سلطه و اعتبار قانونی خود را داشته باشد و بهمین جهت باید همیشه تاریخ تصویب و اجرای قانون لاحق و نسخ قانون سابق که غالباً در خود قوانین مصوبه قید شده در مدنظر باشد.</p> <p>در اینجا قانون ثبت که مشتمل بر ۱۴۲ ماده است خاتمه یافته و تغییر مهمی که تاکنون در آن شده است قانون دفاتر استناد رسمی مصوب ۱۵ و ۳ و ۱۶ مندرج در شماره ۲۵۲۸ مجله رسمی است که در چهار فصل و مشتمل بر ۶۵ ماده میباشد.</p> <p>فصل اول در صلاحیت سردفتران.</p> <p>فصل دوم در تشکیلات دفترخانه و کانون سردفتران.</p> <p>فصل سوم در تعقیب و مجازات انتظامی سردفتران و دفتر یاران.</p> <p>فصل چهارم در مقررات مختلفه و ماده ۵۸ تا ۶۴ فصل مزبور راجع باجرای استناد رسمی و شکایات مربوطه بان میباشد و ماده ۶۵ قانون مزبور تصریحاً مواد ۹۶ و ۹۷ و ۹۸ قانون اصلاحی مصوب اسفند ۱۳۱۴ را فسخ نموده و در</p>
--	--

## فهرست مطالب

عنوان	صفحه
چینش مقالات در این شماره براساس حرف نخست نام خانوادگی نویسنده مسئول می‌باشد.	
❖ استقلال و بی‌طرفی رسیدگی‌های قضایی در نظام کیفری بین‌المللی .....	۱۱
احمدرضا توحیدی / مهناز رشیدی	
❖ شناخت خواهان دعوای خصوصی ناشی از جرم .....	۲۳
عباس کریمی / محسن سعیدی‌نیا	
❖ شناسایی و مدیریت حق سکوت متهم .....	۶۳
محمد جعفر حبیب‌زاده / ولی‌الله صادقی	
❖ حکم به اجرای قرارداد باطل به عنوان روشی برای جبران خسارت .....	۸۵
قاسم محمدی / مرتضی جمالی	
❖ تبیین ماهیت قرارداد رحم جایگزین .....	۱۰۵
معصومه مظاہری / نیره پوررسول	
❖ ماهیت حقوقی عاملیت بین‌المللی (فاکتورینگ) .....	۱۲۹
مصطفی نصیری / رقیه ملاره‌ی	
❖ نظام پاسخگویی قوه قضاییه و نسبت آن با استقلال این قوه .....	۱۵۵
اسدالله یاوری / محمدقاسم تنگستانی	



## استقلال و بی طرفی رسیدگی‌های قضایی در نظام کیفری بین‌المللی

احمدرضا توحیدی\*

مهناز رشیدی\*\*

### چکیده

استقلال و بی طرفی در دادرسی عموماً به عنوان یک اصل به کار می‌رود و این دو عبارت تا حد زیادی با یکدیگر هم‌پوشانی دارند. با این حال، این دو اصطلاح مفهوم یکسانی ندارند. استقلال در دادرسی‌های بین‌المللی به معنای عدم تابعیت و عدم تأثیرپذیری دادگاه و دادرسی از فشارها و عوامل خارجی از جمله دولتها، سازمان‌های بین‌المللی و افراد قدرتمند است. این مفهوم در نظام داخلی از نظریه تفکیک قوای مونتسکیو ناشی می‌شود و حاکی از عدم اعمال نفوذ قوه مجریه بر قوه قضائیه است. اما بی‌طرفی به معنای عدم جانبداری و عدم پیش‌داوری به نفع یکی از طرفین دادرسی است و اصولاً استقلال یکی از عوامل تأمین‌کننده بی‌طرفی می‌باشد. در مراجع کیفری بین‌المللی نیز این اصل همواره به عنوان یکی از اصول مهم دادرسی شناخته می‌شود و تلاش این دادگاه‌ها، چه در اساسنامه و چه در رویه‌های قضائی، این بوده است که به منظور مشروعیت بخشیدن به دادرسی‌ها و تشکیلات مراجع، تا حد ممکن اجرای این اصول را تضمین نمایند. مطالعه رویه‌های دادگاه‌های کیفری بین‌المللی معیار خوبی برای شناسایی موارد نقض استقلال و بی‌طرفی به دست می‌دهد؛ که همان تشخیص نقض از دید «ناظر متعارف کاملاً آگاه» و تأثیر فاحش آن بر حق متهم بر دادرسی عادلانه است. همچنین در دادرسی‌ها عموماً اصل بر بی‌طرفی و استقلال است و افرادی که خلاف آن را ادعا می‌کنند، می‌بایست دلایلی قوی برای اثبات ادعای خود ارائه نمایند.

**کلیدواژه‌ها:** استقلال دادگاه، بی‌طرفی قضی، نظام کیفری بین‌المللی، ناظر متعارف آگاه.

Tohidi2004@yahoo.com

mahnazrashidi88@gmail.com

۹۴/۰۳/۰۶

\* عضو هیأت علمی گروه حقوق بین‌الملل دانشگاه قم (نویسنده مسئول)

\*\* کارشناسی ارشد حقوق بین‌الملل

تاریخ پذیرش: ۹۳/۰۹/۱۳

## مقدمه

حق بر دادرسی عادلانه از اساسی‌ترین حقوق بشری به شمار می‌رود که در دادرسی‌های جزایی به وسیله چند حق عینی شناخته می‌شود: مثل حق بر بی‌گناه فرض‌شدن متهم، حق بر دفاع توسط خود فرد یا وکیل، حق بر دادرسی بدون تأخیر و حق بر حمایت در مقابل عطف به ماسبق شدن قوانین جزایی. اما رعایت چنین تضمین‌هایی در همه پرونده‌ها و شرایط، دادرسی عادلانه را تضمین نمی‌کند. حق بر دادرسی عادلانه وسیع‌تر از مجموعه تضمینات فردی است و به رفتار و عمل تشکیلات دادرسی و دادگاه نیز بستگی دارد. به همین دلیل اصل استقلال و بی‌طرفی در دادرسی یکی از اصول مهم تضمین حق بر دادرسی عادلانه است. لذا این اصل در همه نظام‌های حقوقی جا افتاده<sup>۱</sup> و در همه اسناد مهم منطقه‌ای و جهانی حقوق بشر مورد اشاره قرار گرفته است.

ایجاد مراجع کیفری بین‌المللی، به‌ویژه دیوان کیفری بین‌المللی، برای اجرای دادرسی عادلانه در سطح جهانی است. از آنجا که صلاحیت این دادگاه رسیدگی به جنایاتی است که اصولاً توسط قدرمندان، سران نظامی و سیاسی کشورها انجام می‌شود، بررسی چگونگی تضمین اجرای این وظیفه و لوازم اعمال آن، که اصل استقلال و بی‌طرفی دادرسی یکی از آنها می‌باشد، از اهمیت بالایی برخوردار است. در این مقاله تلاش بر این است که ضمن شناسایی اصل استقلال و بی‌طرفی در دادرسی‌های کیفری بین‌المللی، مصادیق اجرای آن در اسناد و رویه دادگاه‌های روآندا، یوگسلاوی سابق، دادگاه ویژه سیرالنون و دیوان کیفری بین‌المللی ذکر شود.

### ۱. مفهوم و جایگاه اصل استقلال و بی‌طرفی قضایی

در این بند به مطالعه مفاهیم بی‌طرفی و استقلال، رابطه این دو مفهوم با یکدیگر و جایگاه آنها در اسناد بین‌المللی می‌پردازیم.

#### ۱-۱. بی‌طرفی

به دلیل انتزاعی بودن مفهوم بی‌طرفی، که از اخلاقی بودن آن ناشی می‌شود، تعریف لغوی این اصطلاح قدری دشوار است. با این حال گفته می‌شود: «بی‌طرفی در اصطلاح سیاسی عمل و حالت بی‌طرف است. تصمیم عدم دخالت در امور سیاسی یا

۱. کسسه، آنتونیو، حقوق کیفری بین‌المللی، ترجمه حسین پیران، اردشیر امیراجمnd و زهرا موسوی، انتشارات جنگل، ۱۳۸۷، ص. ۱۱۵.

عدم دخول در جنگ که کشور سومی به خود می‌گیرد، چون دو دولت در حال جنگ یا تیرگی مناسبات سیاسی باشند. عدم دخالت در دسته‌بندی‌های سیاسی، عدم تعصب و جانبداری.<sup>۱</sup> این واژه در لسان حقوقی، ناظر بر این است که تصمیمات باید مبتنی بر معیار عینی باشد نه بر اساس تبعیض، پیش‌داوری بر اساس دلایل نادرست یا ترجیح یک نفع شخصی نسبت به دیگری. بنابراین، بی‌طرفی معمولاً به عدم پیش‌داوری یا جانبداری، خواه نسبت به یک عقیده و رویکرد باشد و خواه نسبت به فرد، گروه، حزب یا قوم خاص اشاره دارد.<sup>۲</sup> از این تعاریف برمی‌آید که بی‌طرفی به معنای بی‌نظری و خنثی‌بودن نیست. مسلمان هر شخصی با توجه به عقاید و علایق خود به سمت یک نظریه یا رویکرد بیشتر متمایل است، اما بی‌طرفی در فرآیند دادرسی به معنای «عدم التزام به حفظ یا حمایت از منافع یکی از طرفین بدون در نظر داشتن قانون و حقیقت و معیارهای عینی است».<sup>۳</sup>

بر خلاف تصور معمول، بی‌طرفی تنها مربوط به شخص قاضی یا دادرس نمی‌باشد. بی‌طرفی باید مربوط به کل سیستم دادرسی باشد که قاضی نیز جزئی از این سیستم است و به همین دلیل است که در استاد جهانی و منطقه‌ای از بی‌طرفی دادگاه سخن گفته شده است و نه صرفاً بی‌طرفی قاضی.

مسلم است که در یک دادرسی منصفانه تنها جانبداری اصحاب دعوا و وكلای آنان پذیرفتندی است و دیگر اجزای دادرسی اعم از قاضی، شاهد، کارشناس، عضو هیأت منصفه و مترجم مکلف به بی‌طرفی هستند. از این‌رو گفته می‌شود: «بی‌طرفی هم حق مشترک اصحاب دعواست و هم تکلیف مشترک افراد دخیل در دادرسی».<sup>۴</sup> زیرا مبنا و اساس بی‌طرفی به برابری حقوقی افراد که از جمله حقوق بنیادین بشری است برمی‌گردد.

حق برابری را می‌توان به عنوان مبنای اصل بی‌طرفی به شمار آورد. این حق مقدم بر قانون و برتر از آن است و اقتضا دارد که در دادرسی کیفری، با افراد بی‌طرفانه رفتار شود. زیرا در فرض برابری طرفین، جانبداری از یکی از طرفین امری غیرقابل توجیه است.<sup>۵</sup>

۱. دهخدا، علی‌اکبر، لغتنامه دهخدا، مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران، ۱۳۷۲، ص. ۴۵۴۶.

۲. فضائلی، مصطفی، دادرسی عادلانه: محاکمات کیفری بین‌المللی، مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، ۱۳۸۷، ص. ۲۴۲.

۳. ناجی زواره، مرتضی، دادرسی بی‌طرفانه در امور کیفری، مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، ۱۳۸۹، ص. ۲۹.

۴. ناجی زواره، مرتضی، همان، ص. ۲۹.

۵. ناجی زواره، مرتضی، «بی‌طرفی در دادرسی کیفری»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۵۶ - ۵۷، ۱۳۸۵، ص. ۳۴.

## ۲-۱. استقلال

استقلال<sup>۱</sup> در لغت به معنای عدم وابستگی، تحت نفوذ چیزی یا جایی نبودن، ضابط امر خویش بودن و به خودی خود به کاری بر ایستادن بدون شرکت دیگری می باشد و در واقع به معنای «ازادی از تأثیر، فارغ از تأثیر» و «تحت کنترل دیگری نبودن» است.<sup>۲</sup> این معنای معمولی به نحوی در تعریف حقوقی استقلال قضایی به معنی «عدم فرمانبرداری از هر ارگان دیگری از دولت، به خصوص قوه مجریه» مورد تأکید واقع شده است. به طور خاص، استقلال قضایی به این اشاره دارد که قضاط، نویسندهان تصمیم‌های خودشان هستند و اینکه آنها باید آزاد از هر تأثیر نامناسبی باشند. البته در مقررات بین‌المللی حقوق بشر مربوط به دادرسی عادلانه، و نیز در مقررات دادگاه‌های کیفری بین‌المللی که استقلال و بی‌طرفی دادگاه یا قضات شرط شده، واژه استقلال به طور صريح تعریف نشده است، و آنچه مکرراً بیان گردیده، این است که دعاوی مدنی یا اتهامات کیفری باید توسط دادگاه یا دیوانی مستقل و بی‌طرف رسیدگی شود، یا آنکه قضات باید مستقل باشند. لیکن با توجه به تضمین‌هایی که برای استقلال پیش‌بینی شده و یا موانعی که برای آن برشمرده شده است، می‌توان مفهوم آن را به معنای مصونیت از نفوذ و کنترل سیاسی یا اجرایی تعییر نمود.<sup>۳</sup> به عبارت دیگر، گفته شده است که هرگاه مراجع و قدرت‌هایی در پی آن باشند تا با نفوذ و تأثیرگذاری بر دادگاه یا قضات رأی و تضمیم آنها را متأثر سازند، و دادگاه یا قضات فاقد ابزار و تضمین‌های لازم برای مصون ماندن از چنان تأثیری باشند، فاقد استقلال خواهند بود.<sup>۴</sup>

## ۳-۱. رابطه بی‌طرفی و استقلال

مفاهیم استقلال و بی‌طرفی با یکدیگر رابطه نزدیکی دارند و در موارد بسیاری، ارگان‌های کنترل‌کننده قضایی بین‌المللی این دو مفهوم را مشترک با یکدیگر می‌پندارند و آنها را همراه با هم به کار می‌برند.<sup>۵</sup> با این حال با دقت در معانی ارائه شده برای این دو اصطلاح، درمی‌یابیم که این دو در مفهوم یکسان نیستند. استقلال به معنای عدم وابستگی تشکیلات دادرسی به ارگانی دیگر است اما بی‌طرفی به این معناست که قاضی و دادگاه به نفع یکی از طرفین تعصب نداشته باشد و با جانبداری رفتار نکند.

1. Independence.

2. Collin, Peter, Dictionary of Law, Fourth Edition, Bloomsbury Publishing, 2004, p. 152.

۳. فضائلی، مصطفی، منبع پیشین، ص. ۱۸۰.

۴. همان.

5. Office of the High Commissioner for Human Rights in Cooperation with the International Bar Association, Human Rights in the Administration of Justice: A Manual on Human Rights for Judges, Prosecutors and Lawyers, Chapter 4, United Nations, New York and Geneva, 2003, p. 119.

از مقایسه مفاهیم استقلال و بی‌طرفی می‌توان این طور نتیجه گرفت که استقلال قضایی یکی از ابزارهای لازم و اساسی تأمین‌کننده بی‌طرفی است، اما تنها شرط کافی برای تأمین بی‌طرفی نیست.<sup>۱</sup> برای تأمین بی‌طرفی، پیش‌شرط‌های دیگری جز استقلال، لازم است؛ از جمله علني‌بودن دادرسی، مصونیت دادرسان و مستدل، مستند و موجه بودن رأی. از این‌رو، دایره مفهوم بی‌طرفی گسترده‌تر از استقلال می‌باشد. یک دادگاه ممکن است مستقل باشد، اما هنوز نسبت به یکی از طرفین جانبداری کند. در حالی‌که اصولاً دادگاهی که مستقل نباشد با جانبداری رفتار می‌کند و مشکل است که بفهمیم چگونه برای مثال در یک پرونده جزایی، دادگاه می‌تواند مستقل نباشد و در عین حال، همچنان با بی‌طرفی رأی دهد. مطمئناً در همه پرونده‌های جزایی، به خصوص جایی که یک دولت درگیر است، فقدان استقلال یک قاضی یا دیگر عناصر دخیل در تشکیلات دادرسی، جانبداری به معنای عدم بی‌طرفی را نتیجه خواهد داد.

با وجود تمایز این دو مفهوم از یکدیگر، وجود هر دوی آنها در جریان دادرسی موجب تأمین حق دادرسی عادلانه و منصفانه خواهد بود و عدم وجود هریک، عادلانه‌بودن جریان دادرسی را مختل خواهد کرد.

#### ۱-۴. استقلال و بی‌طرفی در اسناد بین‌المللی

یکی از مهم‌ترین نشانه‌های توسعه حقوق بین‌الملل بعد از جنگ جهانی دوم تمایل همیشگی به حمایت از حقوق بشر بوده است. حق بر دادرسی عادلانه یکی از مصادیق حقوق بشری است که به طور گسترده در اسناد مربوط به حقوق بشر ذکر شده است که مهم‌ترین آنها به شرح زیر می‌باشد:

- ماده ۱۰ اعلامیه جهانی حقوق بشر مقرر داشته است: «هر کس حق دارد در تصمیم‌های مربوط به حقوق و تعهدات خود یا هر اتهام جزایی که به او وارد شود، با تساوی کامل، از یک رسیدگی منصفانه و علنى در دادگاهی مستقل و بی‌طرف برخوردار باشد.»
- بند ۱ ماده ۱۴ ميثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی می‌بین آن است که «همه در مقابل دادگاهها و دیوان‌های دادگستری مساوی هستند. هر کس حق دارد به اینکه به دادخواهی او منصفانه و علنى در یک دادگاه صالح مستقل و بی‌طرف که به موجب قانون تشکیل شده است، رسیدگی شود...»
- اساسنامه رم به عنوان سند تأسیس دیوان کیفری بین‌المللی در مواد مختلفی در این رابطه سخن گفته است. مثلاً در بند نخست ماده ۶۷ بیان داشته است:

۱. ناجی زواره، مرتضی، دادرسی بی‌طرفانه در امور کیفری، منبع پیشین، ص. ۲۹.

- «برای تصمیم‌گیری درباره هر اتهامی، متهم حق دارد که با رعایت مقررات این اساسنامه، به شکل علنی، عادلانه و بی‌طرفانه، و با رعایت تضمین‌های حداقل زیر با برابری کامل محاکمه شود ... ». همچنین در ماده ۱۱۷ اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی تأکید شده که محاکمه جنایتکاران جنگی و جرایم موضوعه این اساسنامه در کشورهای متبع متهمان در صورتی قانونی است که بر اساس اصول دادرسی منصفانه و توسط دادگاهی مستقل و بی‌طرف باشد. بنابراین چنانچه ناقضان حقوق بشردوستانه در کشور متبع خود در دادگاه غیرمستقل تحت تعقیب قرار گیرند، احکام صادره درباره آنها ارزش حقوقی نداشته و دیوان کیفری بین‌المللی خود را سه‌گانه خواهد کرد.
- در اساسنامه دادگاه روآندا ماده ۱۱ و ۱۲ مربوط به استقلال و بی‌طرفی قضات دادگاه می‌شود و ماده ۱۵ استقلال دادستان را مطرح می‌کند. ماده ۹ اساسنامه این دادگاه نیز یکی از عوامل لزوم رسیدگی مجدد در دادگاه روآندا را در فرض رسیدگی قبلی در دادگاه‌های داخلی، عدم رعایت اصل استقلال و بی‌طرفی در دادگاه‌های داخلی عنوان کرده است. این مورد در بند ب ماده ۱۰ دادگاه یوگسلاوی سابق نیز آمده بود و نیز ماده ۱۲ و ۱۳ اساسنامه این دادگاه در مورد ویژگی‌های قضات به استقلال و بی‌طرفی اشاره کرده و در ماده ۱۶ عمل مستقلانه دادستان را مدنظر قرار داده است.
- مؤسسه حقوق آمریکا با همکاری مؤسسه بین‌المللی یکنواخت‌سازی حقوق خصوصی، مجموعه‌ای را با عنوان اصول و قواعد آیین دادرسی مدنی فرامی‌پیشنهاد نموده که در آن تلاش شده است تا استانداردهای لازم‌الرعایه در تمامی شیوه‌های حل و فصل اختلافات که مورد قبول و احترام تمامی نظام‌های مدرن حقوقی هستند، در قالب مواد مشخصی جمع‌آوری شود.<sup>۱</sup> در اصل اول این مجموعه در ۵ محور به اصل استقلال و بی‌طرفی پرداخته شده است.
- ماده ۶ کتوانسیون اروپایی حمایت از حقوق بشر و آزادی‌های بنیادین ۱۹۵۰، ماده ۸ کتوانسیون آمریکایی حقوق بشر مصوب ۱۹۶۹، ماده ۷ منشور آفریقایی حقوق بشر و ملل (۱۹۸۱)، اصول اساسی در مورد استقلال قوه‌ی قضائیه مصوب هفتمنی کنگره سازمان ملل متحد در مورد پیشگیری از جرم و رفتار با مجرمان که در سپتامبر ۱۹۸۵ در شهر میلان ایتالیا برگزار شد و ماده دوم دو قطعنامه مصوب مجمع عمومی در سال ۱۹۸۵ نیز به همین موضوع می‌پردازند.

۱. رزاقی، کیانوش، «استانداردهای دادرسی در اسناد بین‌المللی و نظام قضایی ایران»، ماهنامه کانون، شماره ۱۰۵، ۱۳۸۹، ص. ۱۰۵-۱۸۳.

بنابراین می‌توان گفت که نمونه‌های ذکر شده از جمله مهم‌ترین اسنادی هستند که اصل استقلال و بی‌طرفی قضایی را مدنظر قرار داده‌اند. بی‌شک امروزه این اصل، به دلیل پذیرش گسترده در همه نظام‌های حقوقی و اسناد مهم حقوق بشری، به عنوان یکی از اصول کلی حقوقی شناخته می‌شود.

## ۲. اصل استقلال و بی‌طرفی در نظام حقوقی

در این قسمت که بخش اساسی پژوهش حاضر می‌باشد، ضمن اشاره کوتاهی به اصل استقلال و بی‌طرفی در مراجع قضایی داخلی و نیز دادگاه اروپایی حقوق بشر، به عنوان نمونه‌ای از یک دادگاه منطقه‌ای، این اصل را در رویه مراجع کیفری بین‌المللی مورد مطالعه و ارزیابی قرار خواهیم داد.

### ۱-۲. استقلال و بی‌طرفی در محاکم داخلی کشورها

لزوم رعایت استقلال و بی‌طرفی در محاکم داخلی کشورها از اهمیت بالایی برخوردار است و در قوانین مدون کشورها و نیز رویه قضایی مورد توجه قرار گرفته است. برای مثال در نظام حقوقی ایران که اصول مختلف قانون اساسی من جمله اصول ۱۵۶ و ۱۶۴ به ترتیب به استقلال قوه قضائیه، نحوه گزینش قصاصات عادل و شایسته، مصونیت قصاصات و عدم نقل و انتقال قصاصات اشاره می‌کنند، بیان‌کننده استقلال و بی‌طرفی در سیستم قضایی ایران هستند. به علاوه در قوانین و مقررات آیین دادرسی مدنی و کیفری هم، به خصوص موارد رد دادرس و همچنین ایجاد نهاد دادرسرا، علنی‌بودن دادرسی و تحقیق از گواهان و کارشناسان به مصاديق رعایت این اصل توجه شده است (ماده ۴۶ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۷۸ و ماده ۳ قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری مصوب ۱۳۷۹ با اصلاحات سال ۱۳۸۱ و مادا ۱۵۱، ۱۹۶ و ۲۱۰ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۷۸، مواد ۳، ۴۲۱ و ... آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ و مواد ۲۳۷، ۲۳۵، ۹۱، ۴۷ و ۲۳۹ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹).

در قوانین کشورهای دیگر نیز به خاطر رابطه این اصل با حقوق بشر در اصول اساسی کشورها، به اصل استقلال و بی‌طرفی دستگاه قضایی توجه شده است. برای مثال «اصل ۱۳۸ قانون اساسی الجزایر» بیان می‌دارد: «وهو قضائیه مستقل است و در چهارچوب قانون عمل می‌کند و به موجب اصل ۱۴۷ قضائی فقط تابع قانون است. همچنین بر اساس اصل ۷۶ قانون اساسی ژاپن کلیه قصاصات در صدور رأی خود مستقل و فقط تابع قانون اساسی و سایر قوانین می‌باشند. در بند یک اصل ۱۵۱ قانون اساسی بلژیک آمده است

که قضاط در اعمال اختیارات قضایی خود مستقل می باشند. قانون اساسی افغانستان به موجب اصل ۱۱۶ و قانون اساسی عراق نیز به موجب اصل ۴۳ استقلال قوه قضائیه را تضمین می کنند.<sup>۱</sup>

رویه قضایی برخی از کشورها نیز حاکی از اهمیت رعایت این اصل می باشد. برای نمونه: در قضیه *والنته*<sup>۲</sup> در دادگاه عالی کانادا تمایز این دو مفهوم به صراحت بیان شده است. در نظر این دادگاه بی طرفی به معنای ذهنیت و نظر دیوان نسبت به طرفین در یک پرونده خاص می باشد اما استقلال به رابطه دادگاه و تشکیلاتش با ارگان های دیگر به خصوص قوه مجریه مربوط می شود. همچنین در پرونده *Lippe* در کانادا راجع به رابطه استقلال و بی طرفی گفته شده است که «استقلال قضایی برای درک بی طرفی توسط عموم اساسی است. استقلال قضایی برای بی طرفی قضایی نقشی بنیادین دارد و پیش شرطی ضروری برای آن تلقی می شود.»<sup>۳</sup>

## ۲-۲. استقلال و بی طرفی در دادگاه اروپایی حقوق بشر

دادگاه اروپایی حقوق بشر، به عنوان نمونه ای از یک دادگاه منطقه ای مهم، ارگان قضایی ایجاد شده در سال ۱۹۵۹ است و وظیفه نظارت بر اجرای کنوانسیون اروپایی حقوق بشر (۱۹۵۰) را عهده دار می باشد. پیشتر به این نکته اشاره کردیم که ماده ۶ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر به حق بر دادرسی عادلانه و لزوم رسیدگی به دعاوی اشخاص در دادگاهی مستقل و بی طرف پرداخته است. این دادگاه در پرونده های متعدد<sup>۴</sup> صراحتاً تأکید کرده است که دو مفهوم استقلال و بی طرفی با یکدیگر مرتبط هستند و باید در دادرسی به همراه هم مورد توجه قرار گیرند.

دادگاه اروپایی حقوق بشر به منظور تشخیص رعایت اصل استقلال معیارهای خاصی را در نظر گرفته است که از جمله آنها می توان وضعیت استخدام اعضای دادگاه و دوره تصدی آنها، غیر قابل انتقال بودن قضاط، وجود تضمین های کافی برای مقابله با فشارهای خارجی در انجام وظایف دادگاه و احراز استقلال در ظاهر دادرسی را نام برد.

۱. بهمنی، اسماعیل، استقلال قضایی از منظور اسناد بین المللی با نگاه به حقوق داخلی (قسمت دوم)، نشانی سایت اینترنتی (بازدید: ۱۳۹۲/۱۱/۲۷):

- http://www.politicss.blogfa.com/post-44.aspx.
- 2. Valente v. R [1985] SCR 673, 23 CCC 3d 193 (Can. 1985), at 201-202.  
این پرونده در سال ۱۹۸۵ منجر به صدور رأی دادگاه عالی کانادا در حمایت از استقلال قضایی طبق بخش ۱۱(د) منشور کانادایی حقوق و آزادی ها گردید.
- 3. Lippe [1991] 2 SCR 114, 64 CCC 3d 513,530.
- 4. Findlay v United Kingdom, Reports 1997\_I, 263, (1997) 24 EHRR 211, para. 73; also Incal v Turkey, Reports 1998\_ IV, 1547, (2000) 29 EHRR 449, para 65; Sener v Turkey, No.26680/95, (2003) 37 EHRR 34. Para. 56.

به عبارت دیگر استقلال در رویه دادگاه اروپایی حقوق بشر هم به این معناست که دادگاه نباید در اجرای وظایفش تسلیم نظرات و پیشنهادات مقامات دیگر باشد.

در خصوص مفهوم بی طرفی نیز، دادگاه اروپایی حقوق بشر در رویه‌های<sup>۱</sup> خود از دو معیار ذهنی و عینی<sup>۲</sup> استفاده کرده است. طبق نظر این دادگاه بی طرفی در مفهوم ذهنی یعنی چگونگی اعتقاد شخصی یک قاضی خاص نسبت به پرونده‌ای که نزد او مطرح شده است و مفهوم عینی به این معناست که آیا قاضی تضمین‌های کافی برای خارج کردن هر شک و ظن معقولی در این رابطه اتخاذ کرده است یا خیر.<sup>۳</sup> لازم به ذکر است که مفهوم بی طرفی عینی از لحاظ منطقی به ترکیب ظاهری دادگاه مربوط نمی‌شود، هرچند که در زمینه کیفری، مطالعه رویه دادگاه اروپایی حقوق بشر چنین برداشتی را از مفهوم بی طرفی عینی ارائه می‌دهد.<sup>۴</sup> در واقع بی طرفی به این معنی است که آیا قاضی در برابر یک ناظر معقول یا یک شهروند معمولی می‌تواند ادعای بی طرفی کند یا خیر. در مفهوم عینی بی طرفی آنچه که اهمیت دارد حس اعتمادی است که دادگاه‌ها موظفند در اذهان عمومی جامعه و به ویژه در ذهن متهم به وجود آورند.

موضوع دیگری که معمولاً در بی طرفی عینی مورد ارزیابی قرار می‌گیرد، حوزه فعالیت «غیرقضایی» یعنی تأثیر عوامل خارجی مانند وجود روابط خاص بین قاضی و یکی از طرفین دعوا و یا شرایط خاصی است که ممکن است بر روند عادلانه رسیدگی‌ها تأثیر بگذارد. برای مثال اگرچه معمولاً قضاط در اغلب شرکت‌ها حق عضویت در احزاب سیاسی را ندارند اما در مواردی گرایش‌های سیاسی یک قاضی به قدری مشهود است که در مورد بی طرفی وی برای صدور رأی شک و تردید ایجاد می‌کند.<sup>۵</sup>

## ۲-۳. استقلال و بی طرفی در مراجع کیفری بین‌المللی

یکی از مسائل مطرح در مورد صلاحیت دادگاه‌های کیفری بین‌المللی، وابستگی آنها به دولت‌ها و نهادهای دیگر می‌باشد.<sup>۶</sup> این وابستگی در حوزه‌های

1. E.g. Belilos v Switzerland, Series A No. 132, (1998) 10 EHRR 466, PARA 67.

2. subjective and objective

۳. آساکوجی، آندر، «استقلال و بی طرفی قضاط: شرط بنیادین محاکمه عادلانه»، ماهنامه قضات، شماره ۴۷، ۱۳۸۶، ص. ۶۱

۴. قراجورلو رزا، «اصفات و بی طرفی در دادگاه‌های اتحادیه اروپا طبق ماده ۶ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر»، وکالت، شماره ۱۱، ۱۳۸۱، ص. ۳۵.

۵. آساکوجی، آندر، منبع پیشین، ص. ۶۲

6. Cryer, Robert; Friman, Hakan; Robinson, Darryel; and Elizabeth Wilmshurst, An Introduction to International Criminal Law and Procedure, New York, 2nd Edition, 2010, p. 432.

مختلف اداری، مالی، دسترسی به ادله و شهود مطرح می‌شود و زمانی نمود بیشتری می‌یابد که اراده کشورهای بزرگ و قدرتمند بر تعقیب و محکمه جنایتکاران بین‌المللی واقع نشده باشد. به این دلیل که اکثر جنایات بین‌المللی توسط اشخاص قدرتمند و سران نظامی و سیاسی کشورها انجام می‌شود، طبیعی است که در فرض دستگیری و تحقیق و تعقیب متهمان، نظامهای سیاسی کشورها باید امکانات لازم برای دسترسی به ادله و شهود را فراهم نمایند و در صورت عدم معاوضت کشورها، امکان دستیابی به یک دادرسی منصفانه، اگر غیرممکن نباشد، بسیار مشکل است.<sup>۱</sup> به دلیل اهمیت رعایت اصل بی‌طرفی و استقلال در دادگاه‌های کیفری بین‌المللی چند نمونه از مهم‌ترین موارد این دادگاه‌ها، یعنی دادگاه‌های بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق و روآندا، دادگاه ویژه سیرالئون و دیوان کیفری بین‌المللی را از این حیث مورد کاوش قرار داده‌ایم.

## ۱-۳-۲ استقلال و بی‌طرفی در دادگاه‌های بین‌المللی کیفری یوگسلاوی سابق و روآندا

حدود ۵۰ سال بعد از ایجاد دادگاه‌های نظامی نورنبرگ و توکیو به وسیله فاتحان جنگ جهانی دوم، جامعه بین‌المللی از طریق شورای امنیت سازمان ملل، دادگاه بین‌المللی کیفری برای یوگسلاوی سابق را در ارتباط با بی‌رحمی‌های انجام‌گرفته در بالکان ایجاد کرد که هدف از ایجاد آن، تعقیب افراد مسئول برای نقض فاحش حقوق بشر دوستانه انجام شده در سرزمین یوگسلاوی سابق بعد از سال ۱۹۹۱ بود.<sup>۲</sup>

پس از تشکیل دادگاه یوگسلاوی، در پی درگیری‌های قومی در کشور روآندا در سال ۱۹۹۴ میلادی که موجب کشتار و قتل عام هزاران نفر گردید، شورای امنیت با تصویب قطعنامه ۹۵۵ مورخ ۸ نوامبر ۱۹۹۴ بر اساس فصل هفتم منشور سازمان ملل، دادگاه ویژه‌ای را با هدف تعقیب و مجازات مرتکبین به نسل‌کشی و دیگر نقض‌های فاحش حقوق بشر دوستانه بین‌المللی در روآندا و کشورهای همسایه ایجاد کرد.<sup>۳</sup>

به محض شروع به کار این دو دیوان، استقلال قضایی آنها چالش برانگیز شد و به خصوص توسط متهمان مورد انتقاد قرار گرفت. برای مثال در پرونده‌های تادیج در دادگاه

۱. صابر، محمود، آین دادرسی دیوان کیفری بین‌المللی، انتشارات دادگستر، ۱۳۸۸، ص. ۴۴.

۲. برای اطلاع بیشتر، ر. ک: ذاکریان، مهدی؛ و مهدی آقاییخانی، «بررسی دادگاه بین‌المللی کیفری یوگسلاوی سابق، فعالیتها و دستاوردها»، فصلنامه سیاست خارجی، سال ۲۶، شماره ۱، ۱۳۹۱، صص. ۲۱۶-۲۲۴.

۳. برای اطلاع بیشتر، ر. ک: طباطبایی، احمد؛ و حمید میری، «دادگاه کیفری بین‌المللی روآندا»، حقوق خصوصی، شماره ۹، ۱۳۸۴.

یوگسلاوی و نیز کانیاباشی در دادگاه رواندا، هر دو متهم بیان کردند که دیوان‌ها فاقد استقلال هستند، زیرا آنها به وسیله یک ارگان سیاسی یعنی شورای امنیت ایجاد شده‌اند و همین‌طور بحث گزارش‌های سالانه این دیوان‌ها به شورای امنیت در پیروی از ماده ۳۵ اساسنامه مورد بحث واقع شد و بیان گردید که این تعهد باعث کاهش استقلال این دادگاه‌ها شده است. در پاسخ به اولین مسأله، هر دو دیوان مطرح کردند که همه دادگاه‌های کیفری بین‌المللی، تأسیس و قانون‌گذاری شان توسط یک ارگان سیاسی بوده است. درباره تعهد به گزارش به شورای امنیت، مقرر کردند که این یک ضرورت اداری است نه یک عمل قضایی و از این رو، این مسأله به هیچ‌وجه با بی‌طرفی و استقلال تصمیمات قضایی مرتبط نیست.

در مورد مشروعیت تصمیم شورای امنیت در ایجاد این دادگاه‌ها، «دبیر کل سازمان ملل در گزارش مورخ ۳ می ۱۹۹۳ در خصوص تأسیس محکمه یوگسلاوی سابق که به درخواست قطعنامه ۸۰۸ به شورای امنیت ارائه گردید، اعلام نمود: با توجه به ضرورت فوریت کار و اینکه برای ایجاد دادگاه‌ها از طریق انعقاد معاهده بین کشورها به زمان و فرصت کافی نیاز می‌باشد، تصمیم شورا را بر اساس فصل ۷ منشور قابل توجیه می‌داند.»<sup>۱</sup> اما همه این استدلال‌ها و توجیه‌ها نتوانسته است بحث استقلال قضایی این دو دادگاه را در اذهان مخالفان توجیه نماید. در عین حال این دو دادگاه در پرونده‌های مختلفی در خصوص استقلال و بی‌طرفی اظهار نظر کرده‌اند؛ از جمله:

در پرونده دادستان علیه دلایلک، دادگاه یوگسلاوی سابق مجبور به تصمیم‌گیری در موضوع استقلال یکی از قصاصش شد که به عنوان معاون رئیس جمهور کشورش انتخاب شده بود و پس از بررسی‌های مختلف به این نتیجه رسید که بی‌طرفی قاضی مورد بحث با انتصاب در مقام جدیدش خدشه‌دار نشده است؛ به این دلیل که آن قاضی هنوز وظایف پست جدیدش را در حین رسیدگی به پرونده آغاز نکرده بود.

همین‌طور در پرونده فوروندزیجا در دادگاه یوگسلاوی، بحث بی‌طرفی قاضی مطرح شد و در این پرونده نیز معیارهایی برای رد بی‌طرفی قاضی بیان گردید که آن معیارها اجمالاً عبارتند از اینکه یک؛ قاضی خودش طرف دعوا در یک پرونده باشد یا منافع مالی یا مالکانه در نتیجه پرونده داشته باشد و یا زمانی که تصمیم قاضی منجر به تقویت دلیلی شود که قاضی یا یکی از طرفین در آن نفعی دارد و معیار دوم این است که شرایط و اوضاع و احوال به گونه‌ای باشد که «ناظر معقول (متعارف) کاملاً آگاه»<sup>۲</sup> جانبداری را دریابد.<sup>۳</sup>

۱. طباطبایی و میری، همان، ص. ۴۵.

2. Reasonable observer, properly informed

3. Meron, Theodor, "Judicial Independence and Impartiality in International Criminal Tribunals", The American Journal of International Law, Vol. 99, No 2, April 2003, p. 367.



## ۲-۳-۲. استقلال و بی‌طرفی در دادگاه ویژه سیرالئون

دادگاه ویژه سیرالئون، یکی از دادگاه‌های نسل سوم کیفری می‌باشد که در سال ۲۰۰۲ تأسیس شد و دارای ماهیت دوگانه ملی و بین‌المللی است. تفاوت این دادگاه با دادگاه‌های نسل قبل یعنی یوگسلاوی سابق و روآندا این است که به موجب تصمیم یک جانبه شورای امنیت تشکیل نشده و به دنبال درخواست دولت سیرالئون و بر اساس توافق‌نامه این دولت و سازمان ملل متحد تشکیل گردیده است. صلاحیت این دادگاه رسیدگی به جرایم اشخاصی است که از ۳۰ نوامبر ۱۹۹۶ مرتکب نقض حقوق بشر دوستانه و حقوق سیرالئون در این کشور شده‌اند.<sup>۱</sup>

۱. رنجبریان، امیرحسین؛ و مهدیه ملک‌الکتاب خیابانی، «دادگاه ویژه سیرالئون: فرآیند تشکیل، صلاحیت و مقابله با بی‌کیفرمانی»، مجله حقوقی بین‌المللی، سال ۲۷، شماره ۴۳، ۱۳۸۹، صص. ۱۲۴-۱۲۲.

همچنین در این پرونده مطرح شد که اصل بر بی‌طرفی قاضی است و متهم برای رد بی‌طرفی باید دلایلی قوی ارائه نماید. از آنجا که در این پرونده متهم موفق به ارائه دلایلی قوی بر بی‌طرفی قاضی نشده بود، دادگاه به عدم صلاحیت و جانبداری قاضی رأی نداد. دادگاه کیفری بین‌المللی برای روآندا نیز در پرونده کانیاباشی، تمایز بین دو مفهوم استقلال و بی‌طرفی را این‌گونه بیان کرد که «استقلال قضایی به طور ضمنی به معنی آزادی از قید فشارهای خارجی و دخالت است و بی‌طرفی به طور عینی به معنی توازن منافع حقوقی در دادرسی شناخته می‌شود. با این حال این دو مفهوم با هم مرتبط هستند». نهایتاً در این پرونده نیز بر عدم صلاحیت دادگاه به دلیل نقض بی‌طرفی و استقلال رأی داده نشد. البته در اساسنامه و تشکیلات این دو دادگاه هم موارد تأمین‌کننده اصول استقلال و بی‌طرفی به وضوح مشاهده می‌شود. از جمله در مواد ۱۳ و ۱۴ اساسنامه دادگاه یوگسلاوی سابق، قضاط بنا به پیشنهاد شورای امنیت توسط مجمع عمومی سازمان ملل از میان نامزدهای منتخب دولت‌های عضو انتخاب می‌شوند و شورا موظف است در ترکیب این نامزدها توجه نماید که نمایندگانی را از کلیه نظامهای حقوقی دنیا در این فهرست انتخاب نماید.

دادستان نیز که با توجه به بند ۳ ماده ۱۵ اساسنامه دادگاه روآندا در دو دادگاه مشترک می‌باشد، مسئولیت تحقیق و تعقیب متهمان را بر عهده دارد و با پیشنهاد دبیر کل سازمان ملل متحد توسط شورای امنیت به اتفاق آرا منصوب می‌شود و نباید هیچ توصیه و راهنمایی را از دولتها و یا مراجع دیگر دریافت نماید (بند ۲ ماده ۱۵ اساسنامه دادگاه روآندا). همچنین اقدامات دادستان تحت نظرات قاضی یکی از شعب بدوى قرار دارد که وظیفه بررسی و تأیید کیفرخواست‌های تقدیمی از سوی دادستان را به منظور تضمین بی‌طرفی و استقلال بر عهده دارد.

در ماده ۱۷ اساسنامه دادگاه سیرالئون، تحت عنوان حقوق متهم، به دادرسی عادلانه اشاره شده و در بند ۱ ماده ۱۳ در خصوص شرایط انتصاب قضاة، بی‌طرفی و استقلال آنها قواعدی مقرر شده است. همچنین بندهای (الف) و (ب) قاعده ۱۵ قواعد دادگاه در مورد عدم صلاحیت قضاة دادگاه در اثر نقض بی‌طرفی می‌باشد. البته در همین رابطه دادگاه سیرالئون در قضیه عیسی حسن سیزی به موضوع بی‌طرفی پرداخته است. در این پرونده، متهم، رسیدگی به عدم صلاحیت یکی از قضاط دادگاه، قاضی روبرتسون<sup>۱</sup> را به استناد سخنانی که به وضوح حاکی از نظرات جانبدارانه قاضی علیه جبهه متحد انقلابی و نیروهای نظامی جبهه متحد انقلابی بود، درخواست کرد. موضوع اصلی در این پرونده سخنان و اصطلاحاتی بود که قاضی روبرتسون در کتاب خود با عنوان «جرائم علیه بشریت- مبارزه برای عدالت جهانی» در مورد جبهه متحد انقلابی بیان کرده بود که بر مبنای آن، شعبه پژوهش دادگاه عدم صلاحیت او را برای رسیدگی به دادرسی اعضای جبهه متحد ملی، به دلیل نظرات جانبدارانه، احراز کرد و بیان داشت که نظرات مندرج در کتاب، دلیل معتبری برای احراز جانبداری می‌باشد و دلیلی است که ناظر متعارف آگاه بر اساس آن نقض بی‌طرفی را درمی‌یابد. اما شعبه پژوهش درخواست دیگر مبنی بر منع کردن قاضی روبرتسون از شرکت در کلیه تصمیمات اداری و قضایی دادگاه را نپذیرفت.<sup>۲</sup>

در این دادگاه نیز در موارد مختلف به ناظر متعارف آگاه در تشخیص نقض بی‌طرفی توجه شده و جانبداری را از دو منظر ذهنی و عینی بررسی کرده است؛ به این معنا که نه تنها قاضی باید بی‌طرف باشد، بلکه باید این بی‌طرفی را در ظاهر نشان دهد و تا زمانی که دلیل معتبری بر نقض بی‌طرفی و استقلال وجود نداشته باشد، قاضی و دیگر اعضای دادگاه بی‌طرف فرض می‌شوند.

از بررسی‌های انجام شده در رویه قضایی محاکم بین‌المللی این طور فهمیده می‌شود که دادگاه‌های بین‌المللی کیفری در مورد احراز نقض بی‌طرفی و استقلال با احتیاط و وسواس زیادی برخورد می‌کنند و مهم‌ترین معیار را تشخیص «ناظر متعارف کاملاً آگاه» قرار می‌دهند و به طور کلی اصل بر بی‌طرفی و استقلال است، مگر اینکه دلایل معتبری برخلاف آن موجود باشد.

### ۳-۲. استقلال و بی‌طرفی در دیوان کیفری بین‌المللی

دیوان کیفری بین‌المللی یک ارگان مستقل مبتنی بر معاهده رم ۱۹۹۸ است و «مفهوم عدالت، عنصر اصلی متن اساسنامه این دیوان است، چرا که مشروعیت دادگاه



به عادلانه بودن دادرسی وابسته است.<sup>۱</sup> در این اساسنامه، به روشنی استقلال و بی‌طرفی قضات، دادستان و معاونان دادستان و همچنین حق متهم به دادرسی عادلانه مورد توجه قرار گرفته است. این اساسنامه مقرر اتی را برای هر دو نوع بی‌طرفی شخصی و سازمانی مقرر کرده است؛ از جمله بند ۱ ماده ۶۷ که به حق بر دادرسی عادلانه و منصفانه می‌پردازد و مواد ۳۶ (در خصوص صلاحیت‌ها و انتخاب قضات)، ۴۰ (استقلال قضات) و ۴۲ (استقلال، بی‌طرفی و صلاحیت دادستان) را تبیین نموده است. در این رابطه می‌توان به یکی از مهم‌ترین وجوده استقلال و بی‌طرفی، یعنی استقلال قضات و دادستان و دیگر اعضاً دخیل در تشکیلات دادگاه و دادرسی اشاره نمود که اساسنامه این دادگاه به منظور تضمین و رعایت این اصل، مقرر اتی را تدوین کرده است.

در مورد انتخاب قضات، ماده ۳۶ اساسنامه مقرر می‌دارد که انتخاب قضات توسط مجمع دولت‌های عضو اساسنامه و از میان قضات منتخب دولت‌های متعاهد به عمل می‌آید. همچنین ذکر شرط غیرقابل تجدید در مورد قضات و دادستان، یک روش مناسب برای تضمین استقلال و بی‌طرفی آنهاست. یعنی، قضات را نمی‌توان پس از خاتمه مأموریتشان مجددًا انتخاب نمود. این شرط با جلوگیری از طولانی شدن دوره تصدی قضات و ممانعت از امکان سوءاستفاده قضات از این منصب، تضمینی برای رعایت استقلال و بی‌طرفی می‌باشد.

از موارد دیگر حفظ و تضمین استقلال و بی‌طرفی قضات مندرج در اساسنامه عبارتند از خودداری آنها از شرکت در فعالیت‌هایی که استقلال آنها را خدشه‌دار می‌کند و یا بر اعتماد به استقلال آنها اثر سوء دارد (بند ۱ ماده ۴۰)، مصونیت از صلاحیت دولت‌ها و رد صلاحیت قاضی یا عزل و استعفای او در مواردی که قاضی نسبت به بی‌طرفی خود مردد باشد و یا زمانی که ممکن است به نفع یکی از طرفین در پرونده عمل کند (ماده ۳۴).

ماده ۴۲ اساسنامه هم شرایط خاصی را برای انتخاب و تعیین دادستان در نظر گرفته است. از جمله اینکه دادستان و معاونانش باید واحد سجایای عالی اخلاقی بوده و صلاحیت کافی و تجربه عملی قابل توجهی در تعقیب امور کیفری داشته باشند. همچنین دادستان با رأی مخفی اکثربیت مطلق جمیع دولت‌های عضو انتخاب خواهد شد تا شناخت دول حامی تأثیری بر وامدار بودن دادستان نداشته باشد و جهت تضمین بیشتر استقلال دادستان و معاونانش مقرر شده است که اینان می‌بایست از اشتغال به هر شغلی که ممکن است با وظایفشان در امر تعقیب متهمان ناسازگار باشد یا موجب تردید در استقلال آنها شود، خودداری کنند و زمانی که بی‌طرفی آنها مورد تردید واقع می‌شود از مداخله در دادرسی ممنوع هستند (بند ۷ ماده ۴۲).

1. "Fairness at the International Criminal Court", An International Bar Association's Human Rights Institute Report, August 2011, p. 18.

به منظور تضمین استقلال دادستان در انجام وظیفه تعقیب و تحقیق، پس از مباحثات و اختلاف نظرهای گسترده، نهایتاً ماده ۱۳ اساسنامه سه طریق عمدۀ برای به جریان انداختن یک پرونده در این دادگاه تعیین کرده است. اما نکته مهم این است که در دو مورد دیگر غیر از تصمیم دادستان، فرض ارجاع یک وضعیت توسط شورای امنیت و یا اعلام یک وضعیت توسط کشورهای عضو، این دادستان است که باید پس از بررسی ادله و شواهد ارائه شده، تصمیم بر تعقیب یا شروع به تحقیق در خصوص یک قضیه بگیرد. مضارفاً اینکه به دلیل اهمیت موضوع، کنترل و نظارت قضایی شعبه مقدماتی دیوان، همواره بر عملکرد دادستان، از جمله در مورد بحث اخیر نیز وجود دارد.<sup>۱</sup>

استقلال یا وابستگی دیوان کیفری بین‌المللی به دولتها و نیز به سازمان‌های بین‌المللی، به خصوص سازمان ملل و شورای امنیت نیز همواره مورد بحث بوده است. در مورد مقررهای که در اساسنامه دیوان، ضرورت انعقاد یک توافقنامه برای ارتباط با سازمان ملل را مطرح می‌کند (ماده ۲ اساسنامه)، گرچه این ارتباط اساساً ماهیتی حقوقی دارد، اما همچنان نگرانی‌هایی در مورد قدرت شورا به درخواست به تعویق انداختن رسیدگی و تعقیب متهمان (ماده ۱۶ اساسنامه) و نیز وابستگی دیوان کیفری بین‌المللی در تعریف جرم تجاوز به شورای امنیت وجود دارد.<sup>۲</sup>

با این حال، وجود رابطه کاری شورای امنیت، به عنوان نهاد تأمین‌کننده صلح و امنیت بین‌المللی با دیوان کیفری بین‌المللی، امری اجتناب‌ناپذیر است و باور جامعه بین‌المللی نیز بر این است که صلح پایدار بدون اجرای عدالت محقق نمی‌شود. بنابراین، باید تدبیری اندیشه‌یده شود که ضمن حفظ استقلال دیوان از سازمان ملل، به رابطه کاری این دو نهاد با یکدیگر لطمه‌ای وارد نشود.<sup>۳</sup>

به منظور حفظ استقلال کار دیوان از دولتها و نیز برای اینکه دولتها نتوانند از طریق عدم معارضت قضایی و عدم همکاری با دیوان در کار این مرفع اختلال ایجاد کنند، دیوان باید صرحتاً از شورای امنیت درخواست نماید که امتناع دولت مذکور مشمول فصل هفتم منشور قرار گیرد.<sup>۴</sup>

در رویه دیوان کیفری بین‌المللی، چند پرونده وجود دارد که در خصوص بی‌طرفی و استقلال و به ویژه بی‌طرفی دادستان در آنها اظهار نظر شده است:

۱. صابر، محمود، منبع پیشین، ص. ۸۵.

2. Cryer and others, Op. Cit. p. 432.

۳. آل حبیب، اسحاق، دیوان کیفری بین‌المللی و جمهوری اسلامی ایران، دفتر مطالعات سیاسی و بین‌المللی، ۱۳۷۸، ص. ۲۵۷.

۴. براتی، شهرام، «صلاحیت شورای امنیت در ارتباط با دیوان کیفری بین‌المللی (ICC)»، پژوهش حقوق و سیاست، شماره ۹، ۱۳۸۲، ص. ۱۵۷.

در پرونده دادستان علیه قذافی شعبه پژوهش دادگاه در تاریخ ۱۲ ژوئن ۲۰۱۲، دلایلی را که قذافی برای رد بی‌طرفی دادستان ارائه داده بود، رد کرد و به عدم صلاحیت دادستان در این پرونده رأی نداد. آقای قذافی ادعا کرد که تعلیق موقت و فوری دادستان به دو دلیل ضروری است: یکی از این دلایل این بود که قذافی نگران بود که دادستان در گزارشش به شورای امنیت سازمان ملل در ۱۶ می ۲۰۱۲ بی‌طرفانه و جامع گزارش نخواهد داد. دوم اینکه قذافی ادعا کرد که اگر دادستان مستقلانه و بی‌طرفانه در خصوص چالش پذیرش پرونده که نزد شعبه مقدماتی معلق بود عمل نکند، دچار پیش‌داوری خواهد شد و تمامیت دادرسی آسیب خواهد دید.

شعبه پژوهش دیوان کیفری بین‌المللی این گونه نظر داد که در حقیقت این دلایل برای اینکه نشان دهد دادستان به گونه‌ای رفتار خواهد کرد که آقای قذافی پیش‌بینی کرده است، کافی نیست. به علاوه حتی اگر دادستان جانبدارانه رفتار کند، شعبه پژوهش معتقد است که این حاکی از این نیست که چنین رفتاری منجر به ضرری غیرقابل جبران خواهد شد که به خاطر آن دادگاه پژوهش تصمیم به عدم صلاحیت دادستان بگیرد. در حقیقت، واقعیات اصولی، درخواست عدم صلاحیت در مورد اختلاف بین طرفین نیست، بلکه این حقایق شامل نظرات دادستان و سخنانش در بین جمع (به صورت علنی)، یا آنهایی است که به وسیله مجلات منتشر شده است یا در مورد کنفرانس مطبوعاتی وی با مقامات دولت لیبی است. علاوه بر این، دادستان با شبکه‌های خبری مختلف در ارتباط با چالشی که ممکن است لیبی در مورد پذیرش پرونده علیه قذافی در دیوان با آن روبه‌رو شود، صحبت کرده است. در مورد اظهارات دادستان در جمع، مجلات و نظایر اینها، که قذافی معتقد بود نقض حق بی‌گناهی متهم است، دادگاه بیان کرد که اگرچه اظهارات دادستان متناسب با اصل بی‌گناهی متهم نبود، اما این اظهارات موجب نقض بی‌طرفی دادستان نمی‌شود. دادگاه به معیار ناظر متعارف کاملاً آگاه (انسان متعارف) اشاره می‌کند و بیان می‌دارد که چنین ناظری از وظایف دادستان آگاه است و می‌داند که سخنان دادستان بر پایه مستنداتی است که برای او آشکار شده است و قضات نهایتاً تصمیماتشان را بر پایه آن مستندات می‌گیرند و از این رو به عدم صلاحیت دادستان رأی نداد.

همچنین با توجه به ادعای دوم قذافی مبنی بر ارتباط دادستان با مقامات دولت لیبی در ارتباط با قابلیت استماع پرونده در دیوان کیفری بین‌المللی، شعبه پژوهش این طور اظهار کرد که سخنان دادستان مبنی بر اینکه لیبی حق تعقیب قذافی را دارد، تنها اصل تکمیلی بودن صلاحیت دیوان را که در اساسنامه آمده است، مطرح می‌کند و در مورد امکان تعقیب به وسیله لیبی، دادستان مکرراً بیان می‌کند که قابلیت پذیرش پرونده در اختیار قضات است که در این مورد تصمیم بگیرند. اگرچه دادگاه بیان کرد که

به دو دلیل، برای دادستان مناسب نیست که در موضوع قابلیت پذیرش پرونده در دیوان صحبت کند: ۱. به منظور تأیید اینکه آیا یک پرونده در هر زمانی قابل پذیرش است یا نه، دادستان مجبور به بررسی فعالیتهای دولت، قصد و اعمال آنها در تحقیق و تعقیب پروندهای خاص است که این لازم می‌دارد که دادستان با چنین دولتها بی ارتباط داشته باشد؛ و دوم، پیرو ماده ۳۹ (۱۰) اساسنامه، دادگاه از جمله دادستان، ممکن است با یک دولت همکاری کنند و در تحقیقات یا دادرسی جرایم داخل در صلاحیت دادگاه به آنها کمک کنند. اما حتی اگر همکاری و کمک دادستان بر تحویل یک پرونده نزد دادگاه تأثیر ناروایی داشته باشد اما چنین عملی را ناصحیح نمی‌کند. به این ترتیب، شعبه پژوهش دریافت که بیانات دادستان منجر به ظن عینی و معقول به بی‌طرفی او نمی‌شود و رأی به عدم صلاحیت دادستان بر این مبنای نداد.

پرونده دیگری که دادگاه در سال ۲۰۱۱ در موضوع آن اظهارنظر کرد، قضیه «امباروشیمونا» در مورد تصمیم در خصوص دفاعیه آقای امباروشیمونا برای دستور به حفظ بی‌طرفی دادرسی بود. دادگاه این طور رأی داد که مطلب مطبوعاتی که به دستور دادستان منتشر شده است، نقض بی‌طرفی دادستان را نشان نمی‌دهد. ادعای خواهان این بود که برخی از بیانات مندرج در گزارش مطبوعاتی، در تقابل با حق متهم بر دادرسی عادلانه‌ای است که از بی‌طرفی ناشی می‌شود و این مطلب با بدنام کردن متهم و اطلاق عنوان کسی که مرتكب نسل کشی شده است، اصل اولیه بی‌گناهی و برائت او را خدشه‌دار کرده است. شعبه بیان کرد که برخی از مقررات اساسنامه، مثل ماده ۵۴ (۱) (الف) بی‌طرفی دادستان را لازم می‌دارد و بیان می‌کند که به منظور کشف حقیقت «دادستان باید در مورد شرایط گناهکار بودن و یا بی‌گناهی به طور برابر تحقیق کند». و اگرچه شعبه بیان کرد که در این پرونده این خطر وجود دارد که مطلب مطبوعاتی ممکن است جمعیت را به باور اینکه آقای امباروشیمونا در مورد جرایم ادعا شده گناهکار است، تشویق کند و موجب پیش‌داوری شود، اما با ارزیابی حقایق به وسیله دادگاه، این مورد آن چنان جدی نیست که بخواهد به درخواستی که در دفاعیه ارائه شده رأی دهد. با توجه به یافته‌ها و استدلال‌های موجود در پرونده، شعبه بیان کرد که موضوع نقض بی‌طرفی در این قضیه مطرح نمی‌شود.

رویه قضایی دیگر مربوط است به پرونده آقای لویانگا که در ۱۰ دسامبر ۲۰۱۰ دفاعیه وکیل آقای لویانگا به شعبه بدوى دیوان کیفری بین‌المللی ارائه شد و در آن، از دادگاه بنا به دلایلی که یکی از آنها ادعای نقض تعهد دادستان بر عدالت و بی‌طرفی بود، خواسته شده بود که دستور به توقف دائمی روند رسیدگی بدهد. در خصوص این ادعا وکیل مدافع بیان کرده بود که دادستان عمداً در کشف هویت و موقعیت اجتماعی<sup>۱</sup>

شهود قصور کرده و عامدانه در تضمین اعتبار گفته‌های آنان کوتاهی نموده است. همین‌طور در دفاعیه ذکر شده بود که دادستان عمداً در انجام تعهدش (تعهد دادستان بررسی شرایط گناهکاری و بی‌گناهی به صورت مساوی است) کوتاهی کرده است.

اما دادگاه درخواست توقف دائمی در روند رسیدگی را نپذیرفت و این طور رأی داد که توقف دائمی در روند پرونده یک اقدام شدید است و تنها زمانی که نقض این موارد به حدی فاحش باشد که اجرای عدالت در دادرسی ممکن نباشد و یا حقوق متهم به حدی نقض شده باشد که دادرسی عادلانه غیرممکن باشد، این امکان وجود دارد. اما مواردی که وکیل به آنها اشاره کرده است از جمله ادعای بی‌طرفی دادستان، موجب نقض فاحش عادلانه‌بودن دادرسی و در نتیجه توقف روند رسیدگی نخواهد شد.

از مطالعه این پرونده‌ها فهمیده می‌شود که استقلال و بی‌طرفی ارکان و تشکیلات دادرسی، اصلی بدیهی در روند رسیدگی‌ها شناخته می‌شود. کسانی که ادعای نقض استقلال و بی‌طرفی را دارند باید با ارائه دلایلی قوی خلاف آن را ثابت کنند و استدلال‌هایی که برای ادعای نقض این اصول ارائه می‌شود باید آن قدر جدی و با اهمیت باشد که دادگاه نتواند با وجود آنها اقدام به رسیدگی عادلانه کند. دادگاه‌های بین‌المللی برای ارزیابی نقض بی‌طرفی و استقلال در اکثر پرونده‌ها معیاری ارائه داده‌اند و آن ارزیابی از جانب یک «ناظر متعارف آگاه» است که به نظر می‌رسد معیار خوبی در این رابطه باشد. همین‌طور پرونده آقای لوبانگا با بیان اینکه توقف دائمی در جریان پرونده به استناد مواردی که عادلانه‌بودن دادرسی را نقض می‌کند، تنها در صورتی امکان دارد که این موارد واقعاً فاحش و غیرقابل تحمل برای رسیدگی عادلانه باشند، معیار دیگری در این خصوص به دست می‌دهد.

## نتیجه‌گیری

اصل استقلال و بی‌طرفی قضایی یکی از اصول مهم در تضمین عادلانه بودن دادرسی‌ها به عنوان یک حق بین‌المللی بشری است و اجرای آن در محاکم داخلی، منطقه‌ای و بین‌المللی ضروری است. اگرچه این دو اصل عموماً همراه یکدیگر به کار می‌روند اما مبین مفاهیم متفاوتی می‌باشند. بی‌طرفی مفهومی عامتر از استقلال دارد و استقلال یکی از لوازم اعمال بی‌طرفی است. اما این لزوماً بدان معنا نیست که دادگاهی که مستقل است، حتماً بی‌طرف هم هست و استقلال اگرچه لازم است اما برای اعمال بی‌طرفی، کافی نیست. همچنین در رویه‌های دادگاه‌های داخلی، منطقه‌ای و بین‌المللی، بی‌طرفی به معنای عدم جانبداری، دارای دو مفهوم ذهنی و عینی می‌باشد. مفهوم ذهنی بی‌طرفی ناظر بر عقیده شخصی دست‌اندرکاران سیستم قضایی، به‌ویژه قصاص، نسبت به پرونده و طرفین آن می‌باشد. درحالی که بی‌طرفی عینی بیان می‌دارد که آیا جدا از رفتار شخصی قاضی، شرایطی وجود دارد که در بی‌طرفی او شک و تردید به وجود آورد یا خیر.

میزان تضمین رعایت اصل استقلال و بی‌طرفی در دادگاه‌های کیفری بین‌المللی هم در اساسنامه و ساختار دادگاهها و هم در روند دادرسی‌ها قابل ارزیابی می‌باشد. از آنجا که دادگاه‌های کیفری بین‌المللی نسل دوم یعنی یوگسلاوی سابق و روآندا، بر مبنای قطعنامه‌های شورای امنیت و دادگاه‌های نسل سوم نیز در طی موافقتنامه کشور درخواست‌کننده با سازمان ملل متحده تشکیل شدند، همواره بحث استقلال آنها از سازمان ملل متحده مورد انتقاد بوده است و اگرچه رویه قضایی این دادگاه‌ها بازها بر استقلال و بی‌طرفی آنها تأکید کرده است، اما همچنان این توجیه و استدلال‌ها نتوانسته است بسیاری از منتقدان را قانع کند.

در روند تشکیل دادگاه‌های کیفری بین‌المللی، دیوان کیفری بین‌المللی به عنوان نهادی دائمی و مستقل از سازمان ملل تشکیل شد و در اساسنامه نسبتاً جامع آن، تلاش زیادی برای تضمین و اجرای اصل بی‌طرفی و استقلال و در نتیجه عادلانه بودن دادرسی‌ها، به‌ویژه در بحث استخدام قصاص و دادستان و دیگر عوامل دخیل در دادرسی صورت گرفت. اما بحث رابطه دیوان با شورای امنیت و مقرراتی از اساسنامه که نفوذ و حضور شورای امنیت را در جریان رسیدگی‌های دیوان لازم می‌دارد، استقلال دیوان را مورد تردید قرار داده است و باید تدبیری اندیشه شده شود که ضمن حفظ رابطه کاری شورای امنیت و دیوان از تأثیر منفی این رکن سیاسی بر رسیدگی منصفانه و مستقل پرهیز شود.

---

از مطالعه رویه قضایی دادگاه‌های کیفری بین‌المللی درمی‌یابیم که آنچه لزوم رعایت اصل استقلال و بی‌طرفی را در دادرسی‌ها ایجاد می‌کند، حس اعتماد به عدلانه بودن رسیدگی‌ها است که دادگاه‌ها باید در اذهان عمومی جامعه و به خصوص در نظر متهم ایجاد کنند. اصل استقلال و بی‌طرفی اعضا و تشکیلات دادگاه، یک پیش‌فرض مسلم در دادرسی‌ها است. هر متهمی که بخواهد خلاف این اصل را ثابت کند باید دلایلی قوی، معقول و محکمه‌پسند ارائه نماید. ارزیابی این پرونده‌ها، با توجه ویره به‌وقوع نقض یا عدم نقض این اصل از نگاه «ناظر متعارف آگاه»، لزوم فاحش بودن موارد نقض استقلال و بی‌طرفی و نیز تأثیر آنها بر عدم رعایت حق بر دادرسی عدلانه، معیارهای مناسبی را برای شناسایی شرایط اثبات عدم رعایت این اصل نشان می‌دهد. بنابراین معیارهای تشخیص رعایت اصل استقلال و بی‌طرفی یادآور این جمله معروف است که «عدالت نه تنها باید اجرا شود، بلکه اجرای آن باید قابل رؤیت باشد.»

## منابع

- آل حبیب، اسحاق، دیوان کیفری بین‌المللی و جمهوری اسلامی ایران، دفتر مطالعات سیاسی و بین‌المللی، ۱۳۷۸.
- آساکوچی، آندر، «استقلال و بی‌طرفی قضات: شرط بنیادین محاکمه عادلانه»، ماهنامه قضاوت، شماره ۴۷، ۱۳۸۶.
- براتی، شهرام، «صلاحیت شورای امنیت در ارتباط با دیوان کیفری بین‌المللی (ICC)»، پژوهش حقوق و سیاست، شماره ۹، ۱۳۸۲.
- دهخدا، علی‌اکبر، لغتنامه دهخدا، مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران، ۱۳۷۲.
- ذاکریان، مهدی؛ و مهدی آقاضلیخانی، «بررسی دادگاه بین‌المللی کیفری یوگسلاوی سابق، فعالیت‌ها و دستاوردها»، فصلنامه سیاست خارجی، سال ۲۶، شماره ۱، ۱۳۹۱.
- رزاقی، کیانوش، «استانداردهای دادرسی در اسناد بین‌المللی و نظام قضایی ایران»، ماهنامه کانون، شماره ۱۰۵، ۱۳۸۹.
- رنجبریان، امیرحسین؛ و مهدیه ملک‌الكتاب خیابانی، «دادگاه ویژه سیرالثون: فرآیند تشکیل، صلاحیت و مقابله با بی‌کیفرمانی»، مجله حقوقی بین‌المللی، سال ۲۷، شماره ۴۳، ۱۳۸۹.
- صابر، محمود، آیین دادرسی دیوان کیفری بین‌المللی، انتشارات دادگستر، ۱۳۸۸.
- طباطبایی، احمد؛ و حمید میری، «دادگاه کیفری بین‌المللی روآندا»، حقوق خصوصی، شماره ۹، ۱۳۸۴.
- فضائلی، مصطفی، دادرسی عادلانه: محاکمات کیفری بین‌المللی، مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، ۱۳۸۷.
- قراچورلو، رزا، «انصاف و بی‌طرفی در دادگاه‌های اتحادیه اروپا طبق ماده ۶ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر»، وکالت، شماره ۱۱، ۱۳۸۱.
- کسسه، آنتونیو، حقوق کیفری بین‌المللی، ترجمه حسین پیران، اردشیر امیراجمند و زهراء موسوی، انتشارات جنگل، ۱۳۸۷.
- مؤسسه حقوق امریکا و مؤسسه بین‌المللی یکنواخت‌سازی حقوق خصوصی، اصول و قواعد آیین دادرسی فراملی، ترجمه مجید پوراستاد، انتشارات گنج دانش، ۱۳۸۷.
- ناجی زواره، مرتضی، «بی‌طرفی در دادرسی کیفری»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۵۷، ۱۳۸۵.
- ناجی زواره، مرتضی، دادرسی بی‌طرفانه در امور کیفری، مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، ۱۳۸۹.

- 
- Collin, Peter, Dictionary of Law, Fourth Edition, Bloomsbury Publishing, 2004.
  - Cryer, Robert; Friman, Hakan; Robinson, Darryel; and Elizabeth Wilmshurst, An Introduction to International Criminal Law and Procedure, New York, 2nd Edition, 2010.
  - “Fairness at the International Criminal Court”, An International Bar Association's Human Rights Institute Report, August 2011.
  - Meron, Theodor, “Judicial Independence and Impartiality in International Criminal Tribunals”, The American Journal of International Law, Vol. 99, No 2, April 2003.
  - Office of the High Commissioner for Human Rights in Cooperation with the International Bar Association, Human Rights in the Administration of Justice: A Manual on Human Rights for Judges, Prosecutors and Lawyers, Chapter 4, United Nations, New York and Geneva, 2003.

## شناخت خواهان دعوای خصوصی ناشی از جرم

عباس کریمی\*

محسن سعیدی‌نیا\*\*

### چکیده

دعوای ناشی از جرم در دو دسته دعوای عمومی و خصوصی قرار می‌گیرند. یکی از مهم‌ترین موضوعات در این دعاوی، تعیین و شناسایی طرفین آن است. دعواه عمومی توسط دادستان اقامه می‌شود، اما در دعواه خصوصی، تعیین افراد ذینفع همواره ساده نیست.

مسئله اصلی این پژوهش آن است که با توجه به حاکمیت قواعد و احکام دادرسی مدنی بر دعواه خصوصی ناشی از جرم، چه کسانی غیر از مجنی‌علیه حق اقامه این دعوا را دارند. آیا غیر از اشخاص حقیقی، اشخاص حقوقی نیز می‌توانند دعواه خصوصی را نزد محاکم کیفری اقامه نمایند یا خیر؟

بررسی‌ها حاکی از آن است که در نظام حقوقی بیشتر کشورها از جمله فرانسه، علاوه‌بر مجنی‌علیه، اشخاص دیگری نیز حق طرح دعواه خصوصی را دارند. این دعوا می‌تواند به طور ارادی یا قهری قابل انتقال باشد، به گونه‌ای که امکان اقامه دعوا توسط جانشینان اعم از ورثه، بیمه‌گر و منتقل‌الیه وجود داشته باشد.

نتایج نشان داد که در مقررات ایران در این حوزه، علاوه بر پراکندگی و عدم انسجام قوانین، در برخی موارد با خلاً قانونی مواجه هستیم. پیشنهاد می‌گردد تا با نگاهی به قوانین کشورهای دیگر، قوانین این حوزه انسجام یابند و مقرره‌هایی در خصوص ارتقای حمایت از مدعیان دعواه خصوصی ناشی از جرم تصویب شود، زیرا وجود قوانین متعدد در کنار رویه‌های قضایی متفاوت به پیچیدگی مسائل مربوط به دعواه خصوصی دامن زده است.

abbkarimi@ut.ac.ir

\* عضو هیأت علمی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران

saiedniya@yahoo.com \*\* دکتری حقوق خصوصی دانشگاه آزاد اسلامی واحد علوم و تحقیقات تهران (نویسنده مسئول)

تاریخ پذیرش: ۹۴/۱۰/۰۱

تاریخ دریافت: ۹۴/۰۳/۲۴

---

این نوشتار با توجه به مطالعه قوانین ایران و فرانسه سعی در پاسخ به مسائل پیش رو در این زمینه دارد. بر این اساس، پرداختن به موضوع در قالب اثر پژوهشی مستقل ضروری بوده است.

**کلیدواژه‌ها:** دعوای خصوصی، ضرر و زیان معنوی، جانشینان مدعی خصوصی، اشخاص حقوقی، دعاوی جمعی.

## مقدمه

دعاوی کیفری و حقوقی از لحاظ اشخاصی که حق تعقیب و به جریان انداختن دعوا را دارند از یکدیگر متفاوت هستند. دعوا کیفری که به جامعه تعلق دارد، دادستان به نمایندگی از جامعه تعقیب آن را بر عهده دارد و نمی‌تواند آن را به غیر واگذار نماید. جایی که جنبه خصوصی جرم بر جنبه عمومی آن غلبه دارد، قانون‌گذار به جریان انداختن دعواه عمومی را به اختیار زیان‌دیده نهاده است. دعواه خصوصی که هدف آن جبران خسارت ناشی از رفتار مجرمانه است، به زیان‌دیده تعلق دارد. به اعتبار این حق، مدعی خصوصی در اقامه دعوا از «آزادی ارادی» برخوردار بوده و اراده وی بر جریان دعوا حاکم است. از آنجا که اقامه دعواه مدنی نزد محاکم جزایی بنا به مقتضیات سیاست کیفری و مصالح زیان‌دیده، خارج از حدود اصل «صلاحیت‌ها» انجام می‌شود، ورود مدعی خصوصی در فرآیند دادرسی کیفری تابع شرایط قانونی قرار می‌گیرد.

و پژگی دیگر دعواه خصوصی، جنبه ترافعی آن است و مانند هر دعواه ترافعی دیگری دو طرف دارد که یکی خواهان و دیگری خوانده نامیده می‌شود. شناخت خواهان این دعوا و آثار آن ضروری است. دعواه خصوصی ممکن است به طور ارادی یا قهقهی به غیر انتقال یابد؛ به نحوی که علاوه‌بر مجنی‌علیه، جانشینان او از امکان اقامه دعوا نزد محاکم کیفری بهره‌مند گردند. اگرچه امکان انتقال این دعوا در قوانین بسیاری از کشورها پیش‌بینی شده اما در قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲، به صراحة اشاره‌ای بدان نشده است. جدیدالتصویب بودن این قانون و قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ که برخی قواعد حاکم بر این نوع دعواه از آن قابل استبطاط است، بررسی و تحلیل این موضوع را ضروری می‌نماید.

مقاله کنونی در بند نخست به تبیین مفهوم و نقش مدعی خصوصی در فرآیند دادرسی کیفری می‌پردازد. در بند دوم، اشخاص ذینفع دعواه خصوصی و قلمرو زیان معنوی قابل مطالبه توسط اشخاص غیر مجنی‌علیه در نظام حقوقی ایران و فرانسه مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

### ۱. مفهوم مدعی خصوصی و ارتباط آن با دادرسی

شناخت خواهان دعواه خصوصی ناشی از جرم در درجه نخست، مستلزم شناخت مفهوم مدعی خصوصی است. پس از شناخت این مفهوم، مسائل دیگری وجود دارد که به فهم دقیق‌تر موضوع کمک می‌نماید؛ مانند نقش مدعی خصوصی در دادرسی و

اشخاص ذینفع در دعوای خصوصی. در این بند به تبیین هریک از موارد مذکور در نظام حقوقی ایران و فرانسه پرداخته خواهد شد.

## ۱-۱. مفهوم مدعی خصوصی

ماده ۱۰ قانون آ.د.ک ۱۳۹۲ بیان می‌دارد: «بزه‌دیده، شخصی است که از وقوع جرم متحمل ضرر و زیان می‌گردد و چنانچه تعقیب مرتكب را درخواست کند «شاکی» و هرگاه جبران ضرر و زیان وارده را مطالبه کند، «مدعی خصوصی» نامیده می‌شود». بزه‌دیده به شخصی گفته می‌شود که در پی وقوع جرمی، آسیب و زیان بیند. سازمان ملل متحده در راستای رسالت پیشگیری از جرم، اعلامیه «اصول بنیادین عدالت برای بزه‌دیدگان و قربانیان سوءاستفاده از قدرت» را در سال ۱۹۸۵ تدوین کرد که پیش‌نویس کنوانسیون سازمان ملل درباره «عدالت و حمایت از بزه‌دیدگان و قربانیان سوءاستفاده از قدرت» ۲۰۰۶ گردید.<sup>۱</sup> در این کنوانسیون حقوق حمایتی بزه‌دیده از جمله حق جبران خسارت عادلانه و مناسب و در کنوانسیون «حقوق بزه‌دیدگان جنایت‌های خاص بین‌المللی» حق اقامه دعوا برای بزه‌دیدگان احتمالی غیرمستقیم دیده شده است. برخی، بزه‌دیدگان را به بزه‌دیده «بی‌گناه یا ایده آل» و «قابل سرزنش» تقسیم کرده‌اند.<sup>۲</sup> فایده این تقسیم آن است که نقش زیان‌دیده در وقوع جرم می‌تواند بر میزان مسئولیت مدنی و کیفری مجرم مؤثر باشد.

## ۱-۲. نقش مدعی خصوصی در دادرسی

ماده ۱۱ ق.آ.د.ک ۹۲ بیان می‌دارد: «تعقیب متهم و اقامه دعوا از جهت حیثیت عمومی جرم بر عهده دادستان و اقامه دعوا و درخواست تعقیب متهم از جهت حیثیت خصوصی با شاکی یا مدعی خصوصی است.»

ماده ۲ ق.آ.د.م نیز مقرر می‌دارد: «هیچ دادگاهی نمی‌تواند به دعوا بی‌رسیدگی کند مگر اینکه شخص یا اشخاص ذینفع یا وکیل یا قائم‌مقام یا نماینده قانونی آنان رسیدگی به دعوا را برابر قانون درخواست نموده باشند.»

از این مواد استنباط می‌شود که اعمال حق اقامه دعوا خصوصی، تابع حاکمیت اراده زیان‌دیده است و این دعوا بدون درخواست او به جریان نمی‌افتد. حتی اگر مجني علیه طفل یا مجنون باشد، دادستان می‌تواند تا حضور ولی یا قیم، نصب قیم نماید (ماده ۷۰ ق.آ.د.ک). جایی که سازمان‌های مردم نهاد در حمایت از زیان‌دیده خاص، قانوناً

1. United Nations Convention on Justice and Support for Victims of Crime and Abuse of Power  
۲. نجفی ابرندآبادی، علی‌حسین؛ و حمید‌هاشم بیکی، دانشنامه جرم‌شناسی، دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۷۷، ص. ۴۰۲.

حق دخالت دارند، رضایت وی یا ولی<sup>۱</sup> یا سربرست قانونی آنان شرط است (تبصره ۱ ماده ۶۶ ق.آ.د.ک.).

موارد زیر را می‌توان از جمله آثار ورود مدعی خصوصی در فرآیند دادرسی کیفری برشمرد:

الف - ادلۀ اثبات: مطابق قاعده فقهی «البینه على المدعى و اليمين على من انكر» اثبات دعوا بر عهده خواهان است. اما با ورود مدعی خصوصی در فرآیند دادرسی کیفری، نقش او در اقامه دلیل کاهش می‌باید و دادگاه کیفری می‌تواند با توجه به دلایل جمع‌آوری شده توسط دادستان حکم به جبران خسارت نماید.

ب - از نظر تجدیدنظرخواهی: اعتراض مدعی خصوصی تأثیری در مجازات متهم ندارد، اما در مسائل فرعی از جمله «صلاحیت» پذیرفته می‌شود.<sup>۱</sup> در فرانسه، خواهان این دعوا فقط می‌تواند در مورد منافع خصوصی پژوهش بخواهد و مرجع تجدیدنظرنمی‌تواند بر مبنای آن به مواردی از قبیل بطلان تحقیقات مقدماتی یا صلاحیت رسیدگی نماید.<sup>۲</sup> هرگاه رأی دادگاه توأم با محکومیت به پرداخت دیه یا خسارت باشد، قابل تجدیدنظر بودن یکی در جنبه دیگر آن مؤثر است (ماده ۴۲۹ ق.آ.د.ک). همچنین، حق تجدیدنظرخواهی خواهان دعوا خصوصی قابل انتقال به ورثه و سایر قائم مقام‌های قانونی وی از جمله بیمه‌گر می‌باشد.<sup>۳</sup>

ج - تودیع خسارت احتمالی: با وجود دلایل کافی در دعوا کیفری، نیازی به تودیع خسارت احتمالی از سوی خواهان دعوا خصوصی نیست (ماده ۳۹۲-۱ ق.آ.د.ک فرانسه).

د - هزینه دادرسی: مطابق ماده ۵۵۹ ق.آ.د.ک در صورت ناتوانی خواهان دعوا خصوصی از پرداخت هزینه دادرسی، دادگاه می‌تواند بدون رعایت مقررات اعسار او را موقتاً از پرداخت معاف کند.

## ۲. اشخاص ذی نفع در دعوا خصوصی

در این بند به اشخاص ذی نفع در دعوا خصوصی شامل مجنی‌علیه و جانشینان آن پرداخته خواهد شد.

۱. ر. ک: ماده ۴۳۰ قانون آین دادرسی کیفری ۹۲ همین حکم در ماده ۴۰۵ ق.آ.د.ک مصر نیز آمده است.

۲. استفانی، گاستون؛ و دیگران، آین دادرسی کیفری، ترجمه حسن دادبان، جلد اول، انتشارات دانشگاه علامه طباطبائی، ۱۳۷۷، ص. ۱۱۸۲.

۳. بوریکان، ژاک؛ و آن‌ماری سیمون، آین دادرسی کیفری فرانسه، ترجمه عباس تدبی، انتشارات خرسندي، ۱۳۸۹، ص. ۲۵۱.

## ۱-۲. مجنی‌علیه

با توجه به مفاد ماده ۱۰ ق.آ.د.ک و تفسیر مضيق آن، آنچه از واژه «متضرر از جرم» به ذهن متبار می‌شود آن است که متضرر از جرم را باید منحصر به شخص مجنی‌علیه دانست، زیرا طرح دعوای خصوصی ضمن دعوای عمومی تأسیس استثنایی است که قانون‌گذار برای کاهش تألفات جسمی و روحی مجنی‌علیه برقرار کرده است و در موارد مشکوک نباید قلمرو آن را به غیر از مجنی‌علیه تسری داد.<sup>۱</sup> سؤال قابل طرح این است که آیا وصف «مدعی خصوصی» فقط شامل مجنی‌علیه می‌شود.

اصولاً دعوای خصوصی به بزه‌دیده تعلق دارد. هرکس به علت وقوع جرم، مستقیماً صدمه‌ای متحمل شود می‌تواند مدعی خصوصی باشد. رابطه منطقی بین این دو «رابطه عموم و خصوص من وجهه» است. گاهی اوقات اشخاص از جرمی متضرر می‌شوند اما مستقیماً جرم بر روی آنها واقع نمی‌شود و هرچند مجنی‌علیه نباشند، می‌توانند دعوای مدنی را نزد دادگاه کیفری اقامه نمایند.<sup>۲</sup> مثلاً بستگان مجنی‌علیه به خاطر تحمل خدمات واردہ بر او مطالبه خسارتمعنوی نمایند یا دعوای فردی که اداره زندگی‌اش به عهده دیگری بوده و قتل آن فرد سبب قطع پرداخت نفقة و تأمین هزینه‌های زندگی او شود (ماده ۶ ق.م.). در چنین مواردی رابطه خوب‌شاوندی مجوز طرح چنین دعوایی نیست. مداخله این افراد در دادرسی کیفری منوط به اقامه دعوای بزه‌دیده نمی‌باشد. در فرانسه صندوق تضمین خسارات ناشی از حوادث رانندگی و صندوق تضمین خسارات جرایم می‌توانند به عنوان مدعی خصوصی و با سمت اصلی نزد دادگاه کیفری طرح دعوا نمایند و حق استفاده از کلیه طرق تجدیدنظر را دارند.

سؤال دیگر قابل طرح این است که اگر شخصی به عنوان بزه‌دیده طرح دعوای خصوصی نماید و خود در همان جرم یا جرم مرتبط با آن بزه‌کار باشد، آیا دعوای وی قابل پذیرش نزد محاکم کیفری خواهد بود یا خیر. در این موارد باید بین عمل غیراخلاقی و نامشروع تفاوت قائل شد. قانون‌گذار در ماده ۶۵۹ ق.م. ۹۲ به لحاظ نامشروع بودن عمل، حقی برای زیان‌دیده قائل نشده و مقرر می‌دارد: «هرگاه ازاله بکارت با مقارت و با رضایت انعام گرفته باشد، چیزی ثابت نیست». اما جایی که فرد در تنظیم یک قرض ربوی مضرط باشد (ماده ۵۹۵ ق.م. تعزیرات)، رباده‌نده می‌تواند مازاد پرداختی را به عنوان زیان ناشی از جرم ربا مطالبه کند.

۱. زراعت، عباس، «خواهان دعوای خصوصی به تبع دعوای عمومی»، مجله پیام آموزش، سال اول، شماره ۱، مهر و آبان ۱۳۸۲، ص. ۱۲.

۲. لارگیه، زان، آین دادرسی کیفری فرانسه، ترجمه حسن کاشفی اسماعیل‌زاده، انتشارات گنج دانش، ۱۳۷۸، ص. ۱۱۶.

رویه قضایی حقوقی فرانسه، دعوای خصوصی را به استناد این قاعده رد کرده و بیان داشته است: «دعوای شخصی که تقاضا یا عمل وی غیراخلاقی و نامشروع است، مسموع نمی‌باشد.» اما رویه قضایی کیفری که غالباً از رویه قضاوه حقوقی جدا است، متفاوت عمل کرده و دعوای جبران خسارت زنی که غیررسمی با مردی زندگی می‌کرده و آن مرد بر اثر تصادف به قتل رسیده را پذیرفته است. این امر برای بزهديگانی که خود فاسد هستند، سبب اميدواری برای اعلام جرم می‌شود و بدون اعلام آنان جرم ناشناخته خواهد ماند.<sup>۱</sup>

## ۲-۲. دعوای خصوصی اقامه شده از سوی غیر مجنی‌علیه

حق اقامه دعوای خصوصی و تدارک زیان از حقوق مالی مجنی‌علیه و جزء دارایی وی است. او آزادی و اختیار کامل در طرح دعوا و استیفاده آن دارد. در صورت فوت مجنی‌علیه، این حقوق مانند سایر دارایی متوفی قهرأ به وراث و سایر صاحبان حق منتقل می‌شود. مجنی‌علیه در زمان حیات خویش می‌تواند این دعوا را که واجد جنبه مالی است به شخص یا اشخاص ثالث واگذار نماید. اشخاص ثالث قائم مقام و جانشین مجنی‌علیه در تعقیب و اجرای این دعوا می‌شوند. آنان با سمت جدیدی که در دعوا دارند می‌توانند مطالبه خسارت نمایند.<sup>۲</sup> اما اینکه غیر از مجنی‌علیه، کدام یک از صاحبان حق می‌تواند به دادگاه کیفری مراجعه و طرح دعوا نماید، موضوعی است که نیاز به بررسی دارد.

## ۲-۲-۱. دعوای حقوقی طلبکاران مجنی‌علیه

حق مجنی‌علیه برای مطالبه زیان ناشی از جرم، یک حق مالی و قابل نقل و انتقال است. او می‌تواند این حق را به دیگری منتقل کند یا به طلبکار خود اجازه دهد که به قائم مقامی او اقامه دعوا کند. برخی معتقدند که طلبکار بزهديگه فقط می‌توانند در محاکم حقوقی و به جای بدھکار سهل انگار خود، دعوای خصوصی ناشی از جرم را تعقیب کنند، زیرا این دعوا به بزهديگه تعلق دارد. البته نه در جرایمی مثل توهین که تعقیب و مطالبه ضرر و زیان معنوی تنها جزو حقوق بزهديگه است.<sup>۳</sup> برخی دیگر معتقدند که «در مورد اینکه منتقل‌الیه یا طلبکار بتواند این حق را در دادگاه حقوقی مطرح کند، تردید قابل اعتنایی وجود ندارد، اما در مورد امکان مطالبه آن در دادگاه کیفری تردید جدی وجود دارد. زیرا شرط چنین دعوایی آن است که ضرر مستقیمی متوجه خواهان گردد. در حالی که منتقل‌الیه یا طلبکار مستقیماً ضرری از جرم ندیده‌اند.

از طرفی، اقامه دعوای مدنی در دادگاه کیفری، یک استثنای است و اگر طرح این دعاوی از طرف غیر مجنی علیه (طلبکار و منتقل‌الیه) در دادگاه کیفری ممکن باشد، یک اصل و رویه می‌شود و از حالت استثنای خارج خواهد شد.<sup>۱</sup> در مواد ۷۰ و ۷۱ ق.آ.د.ک اقامه دعوا به قائم مقامی برای ولی یا قیم محجور و تجویز شده است، اما در مورد سایر افراد از جمله طلبکار مدعی خصوصی و منتقل‌الیه او مقرراتی وجود ندارد. قانون‌گذار در مواردی انتقال ارادی حق موضوع دعوا را موجب سقوط جنبه کیفری آن دانسته است؛ مانند بند ۲ ماده ۱۱ قانون صدور چک: «کسی که چک پس از برگشت از بانک به وی منتقل گردیده است حق شکایت کیفری نخواهد داشت مگر آن که انتقال قهری باشد».

در فرانسه، ماده ۱۱۶۶ ق.م به طلبکاران اجازه داده است که برای جبران خسارت وارد از جرم به بدھکارشان، در صورتی که بدھکار در اجرای آن حق کوتاهی کند، دعوای خصوصی نزد محاکم کیفری اقامه کنند. دیوان این کشور عقیده دارد که قبول دعوای مدنی طلبکار منوط به این است که آنها شخصاً و مستقیماً از جرم خسارت ببینند.

برخی معتقدند که طلبکاران می‌توانند برای جبران خسارتی که بر اثر وقوع جرم به دارایی بدھکار آنان لطمہ وارد کرده است، دعوای خصوصی را در دادگاه مدنی اقامه کنند. این طلبکاران می‌توانند دعوای خود را فقط نسبت به جبران خسارت جسمانی مجنی علیه اقامه نمایند، زیرا این خسارت عموماً موجب نقصان مالی بدھکار می‌شود. اما نمی‌توانند در موردی که جرم به حیثیت و شهرت بدھکار لطمہ وارد می‌آورد، اقامه دعوا نمایند.<sup>۲</sup> دعوای خصوصی ناشی از جرم، دعوای مالی است و مطابق ماده ۱۶۹۰ قانون مدنی فرانسه قابل انتقال است. رویه قضایی این کشور در مورد طرح دعوای منتقل‌الیه نزد دادگاه کیفری بر این است که هر کس دعوای ضرر و زیان به وی انتقال یابد، فقط می‌تواند آن را نزد محاکم حقوقی مطرح نماید. موافقان این دیدگاه معتقدند که منشاء دعوای منتقل‌الیه، قراردادی است و به موجب آن حق خسارت زیان‌دیده از جرم به وی واگذار می‌شود. لذا، دادگاه کیفری صلاحیت رسیدگی به دعوای منتقل‌الیه را ندارد. دیوان کشور فرانسه معتقد است که منتقل‌الیه هرگز حق اجرای دعوای مدنی نزد دادگاه کیفری را ندارد، مگر اینکه خسارت ناشی از جرم باشد. این امر در مورد منتقل‌الیه صادق نیست، بلکه این حق متعلق به کسی است که قانون، آن را برای او قائل شده است (بند ۲ ماده ۱ ق.آ.د.ک).<sup>۳</sup> در حکمی دیگر که در مورد هبة حقوق مربوط به تابلوهای

۱. زراعت، عباس، پیشین، ص. ۱۴.

2. Larguier, Jean, *Remarques Sur l'action Civile Exercée Par Une Personne Autre Que La Victime, dans La Chambre Criminelle et sa Jurisprudence, Recueil D'études En Hommage À La Mémoire De Maurice Patin*, Paris, Cujas, 1966, p. 385.

3. Crim 16 Janvier 1964 , Crim 24 Avril 1971, Bull, N 117, p. 608, Crim 9 Nov 1992, B. 361.

مسروقه، دعوای مدنی فرهنگستان هنرهای زیبا که منتقل‌الیه بوده با این استدلال رد شده که اعمال این حق در دادگاه جزا مخصوص قربانی جرم است.<sup>۱</sup>

نگارنده معتقد است که باید بین فرضی که دعوا قبل از انتقال حقوق نزد دادگاه کیفری مطرح و هنوز دعوای عمومی خاتمه نیافنه است، با فرضی که این حقوق بعد از انقضای دعوای عمومی انتقال می‌یابد، قائل به تفکیک شد و در فرض اول برای منتقل‌الیه حق اقامه دعوا نزد دادگاه کیفری قائل شد، زیرا شخص منتقل‌الیه قائم مقام قانونی و دارای تمامی حقوقی است که برای منتقل‌عنه مقرر است.<sup>۲</sup>

## ۲-۲-۲. دعوای خصوصی بیمه‌گر به جانشینی از زیان دیده

اصل جبران خسارت دارای جنبه «اثبات» و «نفی» است. مطابق این اصل، خسارت واردہ باید به تمامی و به نحو مطلوب جبران شود (جنبه اثبات)، بدون آنکه این جبران موجب افزایش دارایی زیان دیده شود (جنبه منفی).<sup>۳</sup> ماده ۱۹ قانون بیمه مصوب ۱۳۱۶ بیانگر این قاعده است. بنابراین، بیمه‌گذار یا زیان دیده ثالثی که طبق قرارداد از بیمه‌گر غرامت می‌گیرد، نمی‌تواند مطابق اصول مسئولیت مدنی خسارت واردہ را از مسئول حادثه دریافت دارد. در واقع، تجمع غرامت موجب دارا شدن من غیر حق است که حسب «اصل غرامت بیمه‌ای» و ضابطه حقوقی مندرج در مواد ۳۰۱ تا ۳۰۶ قانون مدنی منع شده است. اما، بیمه‌های اشخاص مشمول اصل «غرامت» نیستند. یعنی هرگز بحث اضافه بیمه‌ای مطرح نیست و بیمه‌گر حق رجوع به شخص ثالث را اصالتأً یا به قائم مقامی ندارد.<sup>۴</sup> با وجود دریافت غرامت از بیمه‌گر، دعوای زیان دیده نزد دادگاه کیفری چه وضعیتی پیدا خواهد کرد؟ در این قسمت ابتدا به اصل جانشینی و بعد راجع به امکان اقامه دعوای بیمه‌گر نزد محاکم کیفری می‌پردازیم:

1. Crim 25 Fevrier 1987, Note Roux, Crim 2 May 1984, Bull, Crim, N. 150.

- در حقوق مصر، وضعیت اقامه دعوای طلبکار مجنيّ علیه متفاوت از حقوق ایران و فرانسه است. مطابق ماده ۲۳۵ قانون مدنی مصر: «۱- هر طلبکاری، ولو موعد طلب او نرسیده باشد، می‌تواند به نام مديون، کلیه حقوق مديون خود را اعمال کند مگر آن حقوقی که متصل به شخص یا غیرقابل اجرا باشد. ۲- اعمال حقوق مديون از سوی طلبکار مسموع نیست؛ مگر اینکه طلبکار ثابت کند که خود مديون، این حقوق را اعمال نکرده و قصور مديون به اعمال چنین حقوقی سبب اعسار یا افزایش اعسار او می‌شده است. در این صورت، نیازی به اخطار طلبکار به مديون نیست تا حقوقش را اعمال کند و می‌تواند به همراه مديون در دادرسي‌ها مداخله کند.»

2. امامی، سید حسن، حقوق مدنی، جلد ۲، چاپخانه اسلامیه، چاپ ششم، ۱۳۷۰، ص. ۲۴۵.

3. بابایی، ایرج، حقوق بیمه، انتشارات سمت، چاپ ششم، ۱۳۸۶، ص. ۱۲۲.

4. بو، روزه، حقوق بیمه، ترجمه دکتر محمد حیاتی، بیمه مرکزی ایران، چاپ دوم، ۱۳۸۷، ص. ۷۵.

### ۱-۲-۲-۱. اصل جانشینی بیمه‌ای

ماده ۳۰ قانون بیمه مقرر می‌دارد: «بیمه‌گر در حدودی که خسارت وارد را قبول یا پرداخت می‌کند، در مقابل اشخاصی که مسئول وقوع حادثه یا خسارت هستند، قائم مقام بیمه‌گذار خواهد بود».

مطلوب اصل جانشینی، بیمه‌گر در صورت قبول یا پرداخت غرامت، حداکثر تا میزان معادل غرامت پرداختی، از نظر حقوق و دعاوی بیمه‌گذار در برابر شخص ثالث مسئول، جانشین بیمه‌گذار می‌گردد. لذا اقامه دعواهای قائم مقامی بیمه‌گر الزاماً محدود به همان مبلغ غرامت پرداختی است و این اختیار قابل اعمال نیست، مگر در صورت وجود دعواهای بیمه‌گذار بر مسئولیت شخص ثالث.<sup>۱</sup> آثار اصل جانشینی بیمه‌ای عبارت است از:

- بیمه‌گذار را مکلف می‌نماید که کلیه استاد و مدارک پرونده را تسليم بیمه‌گر نماید.
- بیمه‌گر اختیار اداره دعواهای مسئولیت را به جانشینی از بیمه‌گذار نزد هر دادگاهی به دست می‌آورد.
- حق دفاع در دعوا را دارد و در صورت تحقق خطر موضوع قرارداد می‌تواند به حکم اعتراض کند.
- با اقامه دعواهای زیان‌دیده علیه بیمه‌گذار، او می‌تواند بیمه‌گر را به عنوان ضامن خود به دعوا جلب نماید.<sup>۲</sup>
- در این مرحله بیمه‌گر می‌تواند با تقدیم دادخواست وارد ثالث در دعوا ورود کند.
- بیمه‌گر و صندوق‌های تأمین خسارت‌های بدنی می‌توانند علیه مسئولان حادثه اقامه دعوا نمایند.
- مطابق ماده ۲۲ قانون مذکور محاکم مکلفند حسب مورد شرکت بیمه یا صندوق را به جلسه دعوت نمایند.

### ۱-۲-۲-۲. امکان اقامه دعواهای بیمه‌گر نزد محاکم کیفری

برخی در مورد اقامه دعواهای بیمه‌گر با دیدگاه عرفی نگریسته و معتقدند: بیمه‌گری که حسب قرارداد منعقده، خسارت وارد بر مجنيّ علیه را می‌پردازد، امکان پذیرش دعواهای خصوصی وی نزد دادگاه کیفری وجود ندارد؛ زیرا بکی از شرایط طرح دعواهای خصوصی آن است که خسارت مستقیماً متوجه مدعی شده باشد. البته اگر مستقیم بودن ضرر را به طور موسع معنا کنیم و میان ضرر و جرم رابطه سببیت وجود داشته باشد، می‌توان گفت که از این جهت، دعواهای بیمه‌گر قابل طرح در دادگاه کیفری

۱. همان، ص. ۶۵.  
۲. همان، ص. ۷۱.

می باشد، زیرا گرچه قراردادی فی مابین بوده است، عرف این واسطه را نادیده می گیرد و علت متضرر شدن بیمه گر را همان جرم ارتکابی می داند.<sup>۱</sup>

به هر حال، در صورت پذیرش ورود بیمه گر در دادرسی کیفری باید قائل به تفکیک شویم: اولاً تا زمانی که دعوای عمومی به جریان نیفتاده است، این امکان برای هر ثالثی غیر از ورثه، ولی و قیم محجور وجود ندارد. اما بعد از اقامه دعوای عمومی این امر امکان پذیر است. ثانیاً در مواردی که قبل از بیمه گر یا شخص ثالث زیان دیده علیه عامل زیان اقامه دعوا کرده است، دو راه وجود دارد: یکی اینکه با ارائه اوراق جانشینی، دعوای مطروحه نزد دادگاه جزا با همان کیفیت مطابق ماده ۹۸ ق.آ.د.م ادامه یابد. زیرا حق اقامه دعوا، اعمال شده و تدوام آن توسط قائم مقام تأثیری در اصل اعمال حق ندارد و ایراد افرادی که گفته اند منشاء دعوای جانشین، «قراردادی» است و مستقیماً از جرم ناشی نشده یا رابطه سببیت بین جرم و ضرر وجود ندارد، منتفی است. چون رعایت این موارد لزوماً مربوط به زمان اقامه دعوا است و در جهت تدوام آن ضرورت ندارد.

در رویه قضایی فرانسه آرای متعددی بر رد دعوای خصوصی صندوق تأمین اجتماعی توسط محاکم کیفری وجود دارد. اما دیوان عالی این کشور معتقد است تأمین اجتماعی که طبق مقررات طرف دعوا شده، دارای یک حق مخصوص به خود است.<sup>۲</sup>

مشروط بر اینکه لطمہ به تمامیت جسمانی قربانی وارد شده باشد.<sup>۳</sup>

مخالفان به جهات زیر ورود اشخاص ثالث را در دعوای کیفری ممنوع می دانند: اصولاً رسیدگی به دعوای مدنی در صلاحیت محاکم حقوقی است و فقط دعوای ضرر و زیان ناشی از جرم از این قاعده مستثنی است. یکی از محدودیت هایی که در جهت تضییق قلمرو ادعای خصوصی در محکمه جزا ایجاد شده، مربوط به طرفین دعوا است. تنها زیان دیده از جرم به عنوان مدعی و متهم به عنوان مدعی علیه این دعوا قرار می گیرند و حضور اشخاص ثالث در دادرسی جزایی ممنوع است.<sup>۴</sup>

برخی معتقدند، از آنجا که صلاحیت دادگاه کیفری در رسیدگی به دعوای مدنی یک استثناء بر اصل کلی صلاحیت ها است، باید قلمرو آن محدود گردد. اجازه چنین

۱. زراعت، عباس، پیشین، ص. ۱۵.

2. Chambon, Pierre, Le Juge D'instruction, Théorie Et Pratique De La Procédure, Dalloz-Sirey, 4ème Édition, 1997, p. 234.

3. Crim 28 November 1989, Bull, n. 45.

۴. آخوندی محمود، آین دادرسی کیفری، جلد اول، انتشارات سمت، چاپ چهاردهم، ۱۳۸۸، ص. ۲۵۳.  
- مقتن مصری با وجود منع قبول هرگونه دعوای ضمانت توسط دادگاه کیفری که ارتباطی با دعوای جزایی ندارد و بین آنها وحدت سبب موجود نیست، همانند قانون گذار فرانسه در مواد ۲۵۳ و ۲۵۸ ق.آ.د.ک به بیمه گر متهم یا مجنی علیه که رابطه آنها قراردادی است اجازه ورود در دعوای کیفری را داده است.

امری موجب توسعه بیش از حد صلاحیت این محاکم و نیز از دحام دعوی مدنی می‌شود که مغایر اصل «سرعت در رسیدگی کیفری» است.<sup>۱</sup>

در مقابل، جهات زیر امکان طرح دعواه بیمه‌گر نزد محاکم کیفری را توجیه می‌کند: اگر به مسأله تخصصی شدن و تقسیم کار دادگاهها اهمیت می‌دهیم، نباید به قاضی کیفری اجازه دهیم در هیچ شرایطی به امر مدنی رسیدگی کند. اما اگر به دلایلی اجازه رسیدگی به برخی امور مدنی بدھیم، بایستی از تمام قواعد آیین دادرسی مدنی در آن دعوا پیروی کنیم و گرنه گاه با نتایج غیرمنطقی روبرو می‌شویم. فرض کنید در دعواه میان «الف» و «ب» به حقوق شخص ثالث خلل وارد می‌شود. طبق آیین دادرسی مدنی او می‌تواند به عنوان وارد ثالث یا معترض ثالث در این دعوا وارد شود، زیرا اعتراض ثالث اصلی، جز در دادگاه صادر کننده حکم ممکن نیست و گرنه از حق اعتراض نسبت به این حکم محروم می‌شود.<sup>۲</sup>

در فرانسه که صلاحیت دو دادگاه مدنی و کیفری نسبت به یکدیگر ذاتی است، از سال ۱۹۸۳ دخالت اشخاص ثالث در دادرسی کیفری ممکن گردید. مانند ورود صندوق تأمین اجتماعی خسارات بدنی در حوادث رانندگی و بیمه‌گران حوادث کار کشاورزی<sup>۳</sup> و پس از سال ۱۹۸۳ با توسعه قلمرو دعواه خصوصی جلب و ورود بیمه‌گر متهم (در بیمه مسئولیت) به دادرسی کیفری امکان پذیر شده است.<sup>۴</sup>

برخی در توجیه این دیدگاه گفته‌اند: «به نفع بیمه‌گر است که در دعواه کیفری ورود کند، زیرا او در کمترین زمان ممکن، زیان مربوط به بیمه‌گذار را پرداخته است.»<sup>۵</sup>

## ۲-۳. دعواه خصوصی و راث زیان‌دیده از جرم

ورثه مجنی‌علیه می‌توانند گاهی به وراست، صدمات ناشی از فوت متوفی که مستقیماً متوجه آنان شده است و گاهی به قائم مقامی، خسارت‌های مادی و معنوی

۱. رُوف، عبید، المشكّلات العمليّة الهايم في الاجرائات الجنائيّة، جلد ۱، الطبعه الثالثه، ۱۹۸۰م، ص ۶۸۲؛ ابراهيم، عيد نايل، تدخل المؤمن في الدعوا الجنائية، دارالنهضة العربيه، ۱۹۹۶م، ص ۲۹؛ سامي الشواه، محمد، دور المؤمن لدىه في الدعوا الجنائية: دراسه المقارنه بين القانون المصري والفرنسي، دارالنهضة العربيه، ۱۹۹۴م، ص ۷۳.

۲. كاتوزيان، ناصر؛ و محسن ايزانلو، مسئولیت مدنی، جلد ۳ ، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۷، ص ۳۳۳.

3. Bigot, Jean; et Daniel Langé, Jean-Louis, Respaud l'Intermédiation d'Assurance, Tome 2, L.G.D.J, 2009.

۴. بهموجب قانون شماره ۸-۶۰۸ مورخ ۸-۱۹۸۳ رُؤيیه نه فقط ورود و جلب بیمه‌گر مسئولیت شخص متهم مجاز شناخته شده، بلکه حضور بیمه‌گر اشیاء به قائم مقامی از مجنی‌علیه خواه از طریق اقامه دعواه اصلی یا ورود ثالث نیز مجاز است (مواد ۱-۳۸۵ و ۱-۳۸۸-۲-۳۸۵-۱-۳۸۸-۳ قانون جدید آیین دادرسی کیفری فرانسه).

۵. ابراهيم عيد نايل، المرجع السابق، ص ۱۸.

وارده بر متوفی را مطالبه کنند. در امکان مطالبه خسارت‌های مادی اختلاف‌نظری نیست، اما نسبت به امکان مطالبه خسارت معنوی اختلاف، نظر وجود دارد. عدهای این حق را به لحاظ قائم به شخص بودن، قابل انتقال نمی‌دانند. بنابراین، درباره دعوای خصوصی وراث متوفی حالت‌های زیر متصور است:

اول، مجني‌عليه بلافاصله پس از وقوع جرم فوت کرده و در زمان حیات خویش مطالبه خسارت نکرده است. در این صورت ورثه فقط حق دارند که خسارات مادی را مطالبه نمایند.  
دوم، متوفی قبل از فوت، ضرر و زیان مادی و معنوی را از دادگاه کیفری مطالبه کرده باشد.

سوم، مجني‌عليه قبل از فوت از حقوق مادی و معنوی خود گذشت نماید. این گذشت تأثیری نسبت به حقوقی که ورثه مستقیماً به جرم پیدا می‌کنند، نخواهد داشت.<sup>۱</sup> یعنی اگر ورثه خود ضرر شخصی از جرم دیده باشند، مطابق قانون مسئولیت مدنی، دعوا به اصالت و نه به وراثت قابل طرح است و حق هر ورثه مستقل از حق دیگران قابل اعمال است. مطابق تبصره ۱ ماده ۷۲۳ ق.م.ا. دیه جنایت بر میت قبل وراثت نیست و متعلق به خود میت است. در فرض مدیون بودن وی یا عدم کفایت ترکه، صرف پرداخت بدھی‌های او می‌شود و طلبکاران متوفی می‌توانند در دعوای کیفری علیه واردکننده جنایت بر مرد، به قائم مقامی متوفی اقامه دعوا نمایند. ماده ۳۰ قانون مطبوعات، اهانتی که به متوفی عرفًا اهانت به بازماندگان باشد را قابل تعقیب می‌داند. این دعوای بازماندگان شخصی است، زیرا زیان وارده عرفًا ضرر شخصی و مستقیم بوده و آنان حق دارند دعوای را اصالتاً مطرح کنند. حال، با توجه به دوگانگی مبنای دعوای خصوصی وراث، آنان دعوای خود را اجرا می‌کنند یا دعوای متوفی را؟

هرگاه قربانی قبل از فوت، ضرر و زیان مادی و معنوی را مطالبه کرده باشد این دعوا جزء دارایی او محسوب می‌شود و ورثه می‌تواند به وراثت آن دعوا را اجرا نماید، ولی اگر جنبه مالی نداشته و متوفی هنوز اقامه دعوا نکرده باشد، به لحاظ اینکه اقامه دعوا راجع به زیان معنوی قائم به شخص بوده است بعد از فوت او اقامه دعوا از طرف وراث نزد دادگاه جزا قابل طرح نمی‌باشد.<sup>۲</sup>

در یکی از آراء محاکم فرانسه آمده است که در جایی که وراث از نتیجه آسیب وارده به قربانی رنج می‌برند و دچار صدمات روحی و روانی می‌گردند، هر چند آسیب

۱. زراعت، عباس، پیشین، ص. ۱۶.

۲. استفانی، گاستون؛ و دیگران، پیشین، ص. ۲۶۵.

وارده مستقیماً از جرم ناشی نشده باشد، می‌تواند دعوای خصوصی خود را نه به وراثت بلکه اصالتاً و به عنوان نتیجه جرم نزد دادگاه کیفری اقامه نماید.<sup>۱</sup>

#### ۴-۲-۲. دعوای خصوصی دولت و اشخاص حقوقی حقوقی عمومی

دولت و اشخاص حقوقی حقوقی عمومی می‌توانند مانند اشخاص حقوقی حقوقی خصوصی به تبع دعوای عمومی، دعوای خسارت مادی وارده به نهاد مربوط را مطالبه نمایند. اما حق مطالبه زیان‌های معنی را ندارند، زیرا خسارت‌های معنی وارده بر جامعه در قالب طرح دعوای عمومی تأمین می‌شود. تبصره ذیل بند ب قانون پولی و بانکی کشور مصوب ۱۳۵۱ بانک مرکزی و ماده ۵۶۷ کتاب پنجم قانون مجازات اسلامی در مورد جرایم علیه اموال تاریخی و فرهنگی، سازمان میراث فرهنگی یا سایر دوایر دولتی را حسب مورد شاکی یا مدعی خصوصی معرفی کرده است.

#### ۴-۲-۳. دعوای خصوصی سندیکاهای، کانون‌ها و اتحادیه‌ها

انجمن‌های صنفی صلاحیت مراجعت به دادگستری را دارند و می‌توانند به عنوان مدعی خصوصی دعوای ضرر و زیان به دادگاه جزا بدهنند. لازم است بین خسارت شخصی (نفع فردی) و منافع جمعی حرفة یا انجمن تفاوت قائل شد. نفع جمعی، حاصل جمع منافع فردی آن انجمن نیست، زیرا اگر در اثر یک جرم به یکی از اعضای انجمن‌ها و کانون‌ها خسارت شخصی مستقیم وارد شود تردیدی نیست که خود آن شخص می‌تواند به تنهایی جبران خسارت وارده را بخواهد نه سندیکا یا کانونی که زیان‌دیده عضو آن است.

برخی در تعریف زیان جمعی گفته‌اند: «زیانی است که به گروه یا مجموعه‌ای وارد می‌آید و اعضای گروه تنها از این حیث یعنی عضویت در گروه و بدین اعتبار زیان می‌بینند. در زیان جمعی، زیان‌دیدگان زیان‌دیده نیستند مگر بدان سبب که به یک گروه زیان‌دیده تعلق دارند».<sup>۲</sup>

برخی گفته‌اند: «چنانچه متعلق ایراد خسارت معنی، جمعی نامحصور باشند که محدود به اشخاص معین در زمان نباشد ضرر جمعی خوانده می‌شود».<sup>۳</sup>

برخی دیگر گفته‌اند: «خسارت زمانی جمعی است که نه تنها به هریک از افراد یا تمام یا اکثریت صاحبان یک حرفة که بالفعل به آن اشتغال دارند زیانی وارد آید بلکه

1. Bonfils, Philippe, L'action Civile: Essai Sur la Nature Juridique D'une Institution, Thèse Publiée Par Les Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2000, p. 175.

2. شفابی، علی احسان، دفاع از منافع جمعی در قلمرو مستولیت مدنی، رساله دکتری حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ۱۳۹۰، ص. ۴۷.

3. نقیبی، سید ابوالقاسم، خسارت معنی در حقوق اسلام، ایران و نظام‌های حقوقی معاصر، امیر کبیر، چاپ دوم، ۱۳۸۸، ص. ۳۶۵.

این زیان ناظر به همهٔ کسانی باشد که در آینده همین وضع معین را دارا خواهند شد.  
مطابق این تعریف، زیان‌دیده نامحدود است».<sup>۱</sup>

دیوان عالی فرانسه، دعوای خصوصی سندیکای رانندگان تاکسی راجع به حمله به یکی از اعضای حرفه‌ای آن و دعوای یک انجمن حرفه‌ای راجع به تعقیب یک جرم مالیاتی را رد کرده است.<sup>۲</sup>

به طور خلاصه، دعوای خصوصی سندیکاهای حرفه‌ای در محاکم جزاگی موقعی قابل قبول است که جرم به منافع مجموعهٔ حرفه‌ای که سندیکا یا کانون یا مرکز نماینده و مدافع آن است لطمه وارد آورد. اگر اتحادیه از نظر مادی یا معنوی شخصاً لطمه‌ای ببینند می‌توانند دعوای خصوصی خود را اقامه کند مشروط بر اینکه شخصی بودن و مستقیم بودن خسارت ناشی از جرم را اثبات نماید. هرگاه اتحادیه یا انجمن حرفه‌ای یا صنفی برای دفاع از منافع جمعی اعضای خود اقدام کند این دعوا شخصی نیست، بلکه به نمایندگی از طرف اعضا مطرح می‌شود.

شقوق مختلف اقامه دعوا خصوصی توسط انجمن‌ها در فرانسه عبارتند از:  
اول، ماده ۲-۱ ق.آ.د.ک فرانسه در مورد حقوق مدعی خصوصی برای انجمن فعال جهت مجازات تبعیض نژادی موضوع ماده ۲۲۵-۷ و ۴۳۲-۷ قانون مجازات.

دوم، ماده ۲-۲ این قانون در مورد حقوق مدعی خصوصی در مبارزه با خشونت‌های جنسی و آدمربایی.

سوم، ماده ۲-۳ آن با همان شرایط در زمینه حمایت از حقوق اطفال در معرض خطر.  
چهارم، بر اساس ماده ۲-۴ انجمن‌ها در زمینه مبارزه یا جنایات علیه بشریت یا جنایات جنگی یا دفاع از منافع اخلاقی و حیثیت مقاومت و تبعید از حقوق مقاومت یا تبعیدها از همان حقوق مدعی خصوصی برخوردارند.

پنجم، ماده ۲-۷ الی ۲-۲۱ این قانون درباره حمایت از منافع جمعی و فردی اشخاص متفاوت و اعمال حق مدعی خصوصی توسط انجمن‌ها.  
استنباط می‌شود که نامحصور بودن زیان‌دیدگان موجبی برای از بین‌رفتن حق مطالبهٔ خسارت نیست.

## ۶-۲-۶. دعوای خصوصی سهامداران شرکت

از نتایج حاصل از شخصیت حقوقی شرکت آن است که آنچه مدیران شرکت انجام می‌دهند، شرکت را متعهد و مسئول می‌سازند نه مدیران را. ماده ۲۷۶ لایحهٔ قانونی اصلاح

1. Demogue, René, *Traité Des Obligations En Général*, Tome 4, Paris, Rousseau, 1924, p. 89.

2. Hugueney, Louis, *Sur l'application de la Maxime Electa Unavia*, *Revue Critique de Législation et de Jurisprudence*, 73e Année, Nouvelle Série, Tome 53, 1933, p. 81.



قسمتی از قانون تجارت مقرر می‌دارد: «مدیران و مدیرعامل شرکت در مقابل شرکت و اشخاص ثالث نسبت به تخلف از مقررات قانونی یا اساسنامه شرکت و یا مصوبات مجمع عمومی بر حسب مورد منفردأ یا مشترکاً مسئول می‌باشند و دادگاه حدود مسئولیت هریک را برای جبران خسارت تعیین خواهد نمود». این ماده ترجمه کامل ماده ۲۴۴ قانون تجارت فرانسه (۱۹۶۶) است. با این تفاوت که قانون ایران مسئولیت مدیر عامل را همانند مسئولیت هیأت‌مدیره دانسته است.<sup>۱</sup> مطابق ماده ۲۷۳ قانون تجارت ایران افراد مسئول بطلان شرکت، متضامناً مسئول جبران خسارتی خواهند بود که از بطلان به صاحبان سهام و اشخاص ثالث وارد می‌شود. لذا، در موارد تعدی به حقوق شرکا و حقوق اشخاص ثالث دعوای خصوصی بایستی توسط شرکا و اشخاص ثالث زیان‌دیده علیه مؤسسان، مدیران و بازرسان شرکت اقامه شود. هرگاه تخلفات مدیران و بازرسان موجب ورود خسارت به شرکت گردد و خود آنان متهم هستند، چنانچه جبران خسارت با توافق صورت نگیرد و طرح دعوا ضروری باشد، نمی‌توان انتظار داشت که مدیران به نام شرکت و علیه خود مبادرت به طرح دعوای خسارت ناشی از جرم نمایند. در این فرض دو راهکار وجود دارد: یکی اینکه شرکت باید پس از نصب مدیران جدید علیه مدیران معزول اقامه دعوا نماید.<sup>۲</sup> دیگری، حکم استثنایی مقرر در ماده ۲۷۶ قانون تجارت است که اختیار اقامه دعوای مسئولیت مدنی را برای سهامداران مقرر کرده است. مطابق این ماده سهامدارانی که مجموع سهام آنها حداقل یک‌پنجم مجموع سهام شرکت است در صورت تخلف یا تقصیر رئیس و اعضای هیأت‌مدیره و مدیرعامل می‌توانند به نام و از طرف شرکت و به هزینه خود علیه آنان اقامه دعوای جبران خسارات وارد به شرکت را بنمایند. دادگاه کیفری رسیدگی کننده به جرم بایستی دعوای خصوصی سهامدارانی که طرف دعوای جزایی نیستند را بپذیرد. مطابق ماده ۲۷۷ این قانون، ایجاد محدودیت در اعمال حق صاحبان سهام در اقامه دعوا علیه مدیران به موجب اساسنامه و تصمیم مجامع قابل پذیرش نمی‌باشد.

## ۷-۲-۲. اشخاص ذی نفع در اقامه دعوای خصوصی علیه مدیران وقف و اشخاص هر وقفی به محض ایجاد، واجد شخصیت حقوقی مستقل می‌شود که هیچ‌گونه ارتباطی به واقف و موقوف علیهم ندارد.<sup>۳</sup> به محض وقف اموال، یک شخصیت حقوقی

۱. تقری، ایرج، «مسئولیت مدیران عامل و هیأت‌مدیره و بازرسان در شرکت‌های سهامی»، مجله کانون وکلا، ۱۳۵۳، ش ۱۲۸ و ۱۲۹، ص. ۸۶.

۲. کاویانی، کوشش، حقوق شرکت‌های تجاری، نشر میزان، ۱۳۸۶، ص. ۲۷۰.

۳. ماده ۳ قانون تشکیلات و اختیارات سازمان حج و اوقاف و امور خیریه: «هر موقوفه دارای شخصیت حقوقی است و متولی یا سازمان حسب مورد نماینده آن می‌باشد».

متولد می‌شود و می‌تواند طرف قرارداد قرار گیرد، طلبکار و بدھکار شود و از تمام مزایای اشخاص حقوقی بهره‌مند شود. اقدامات و اعمال متولی جهت تولیت و اداره امور موقوفه به نمایندگی از موقوفه بوده و آثار اعمال وی به طور مستقیم برای موقوفه خواهد بود.<sup>۱</sup> اصولاً داشتن اختیار توأم با مسئولیت است. مدیران موقوفه برابر تبصره ۴ ماده ۷ قانون تشکیلات اوقاف و امور خیریه در حکم وکیل بوده و اگر متولی یا اشخاص ثالث نسبت به موقوفات مرتكب جرمی شوند، بدون تردید اشخاص ذی‌نفع در وقف، موقوف علیهم هستند که در وقف خاص و عام متفاوتند. در وقف عام حاکم (سازمان اوقاف و امور خیریه) و در وقف خاص که غالباً تعداد موقوف علیهم محدود است، خود می‌توانند به لحاظ ذینفع بودن اقامه دعوا نمایند. سؤوال این است که «اعمال این حق» توسط هر یک از موقوف علیهم چگونه است؟ با وجود سکوت قانون اوقاف و امور خیریه و آیین دادرسی مدنی در این باره، به شرح زیر به آن خواهیم پرداخت:

- هریک از موقوف علیه نسبت به سهم خود: از آنجا که در وقف خاص سهم هر یک از موقوف علیهم از منافع موقوفه توسط واقف مشخص می‌شود، در صورت وقوع جرم و ورود خسارت به منافع آنان، هریک نسبت به سهم خود از منافع موقوفه ذی‌حق بوده و به تنها یی می‌تواند اقامه دعوا نماید.
- موقوف علیهم به صورت اجتماع: در وقف خاص، موقوف علیهم می‌توانند مجتمعاً به موجب یک دادخواست اقامه دعوا نمایند.
- دعوای متصرف به همراه متولی: به موجب ماده واحده قانون ابطال اسناد و فروش رقبات، آب و اراضی موقوفه مصوب ۱۳۷۱/۱۱/۲۵، کلیه موقوفات عام که بدون مجوز شرعی به فروش رسیده یا به صورتی به ملکیت درآمده باشد، به وقیت خود برمی‌گردد. بنابراین، اگر متصرفین در موقوفه دارای حقوق مکتسپ باشند از قبیل مالکیت اعیان، باغ و چاه آب و از جرمی متحمل زیانی شوند، می‌توانند به همراه متولی اقامه دعوا نمایند.

## ۸-۲-۲. دعاوی خصوصی زیان‌دیدگان جمعی

نفع جمعی غیر از نفع عمومی است؛ مطابق ماده ۲۲ ق.آ.د.ک ۹۲ اقامه دعوا درباره نفع عمومی، بر عهده دادسرا قرار دارد. در برخی موارد ممکن است از رهگذر نقض حقوق مصرف‌کنندگان (مانند ارائه یک کالای معیب) سود ناروایی عاید عرضه کنندگان گردد؛ اما به جهت سرشکن شدن و توزیع آن در میان انبوه مصرف‌کنندگان، نوعاً

۱. بشیری، عباس؛ پوررحم، مریم؛ و دیگران، حقوق کاربردی وقف و اراضی موقوفه، انتشارات جنگل، ۱۳۹۰، ص. ۱۷۲.

خسارت اندک و قابل اغماضی به هریک از آنان وارد شود که به لحاظ اندک بودن ضرر و بالا بودن هزینه دادرسی و وقت‌گیر بودن فرآیند دادرسی منجر به عدم استیفادی حقوق آنان و عملاً ناکارآمدی قوانین ماهوی مرتبط با آن می‌گردد، زیرا زمانی ادعاهای افراد در دادگاه مطرح می‌شود که منافع حاصل از آنها بر هزینه‌ها برتری داشته باشد. از این‌رو، طرح دعاوی گروهی، اقامه دعاوی مرتبط با دعاوی کوچک را تسهیل می‌نماید.<sup>۱</sup> بدین ترتیب، لازم می‌آید که قانون‌گذار در کنار «حمایت ماهوی» به «حمایت شکلی» از مصرف‌کنندگان بپردازد. در این باره «طرح دعاوی جمعی» می‌تواند رفع این مشکل باشد.

برخی گفته‌اند که منظور از طرح دعاوی جمعی و پیش‌بینی مقررات حاکم بر آن، اعطای نمایندگی از جانب گروه یا جمعی بی‌شمار یا محصور است تا اصالتأ و نیابتآ به حفظ و مطالبه منافع خصوصی کل افراد گروه اقدام کنند.<sup>۲</sup> از این‌رو، می‌توان گفت که خسارت موضوع دعاوی جمعی با دعاوی زیان جمعی اعضای سندیکاهای متفاوت است. همان‌گونه که قبلاً در مورد سندیکا بیان شد در زیان جمعی، زیان افراد به تنها‌ی اصالت ندارد و صرفاً به سبب عضویت یا تعلق به یک گروه خاص، زیان‌دیده تلقی می‌شوند. اما در دعاوی جمعی، تک‌تک افراد زیان‌دیده دچار خسارت مادی و معنوی شده‌اند ولی به دلایل گفته شده، حاضر به اقامه دعوا نیستند.

در حقوق ایران از ماده ۶۵ ق.آ.د.م استنباط می‌شود که هرگاه دو یا چند دعوا از یک منشأ تولید شده یا بین آنها ارتباط کامل وجود داشته باشد، به موجب یک دادخواست قابل طرح می‌باشند. ماده ۷۴ این قانون به بیان نحوه ابلاغ به افراد نامحصور پرداخته است. ماده ۴۸ قانون تجارت الکترونیک ۱۳۸۲ به سازمان‌های قانونی و مدنی حمایت از حقوق مصرف‌کننده اجازه داده است تا به عنوان شاکی اقامه دعوا نمایند. ترتیب آن به موجب آیین‌نامه است. مطابق بند ب ماده ۲ آیین‌نامه این ماده، سازمان می‌تواند به تقاضای یک یا چند نفر مصرف‌کننده اقدام به طرح شکایت کند، هر چند تعداد کثیری ضرر مشترک متحمل شده باشند.<sup>۳</sup>

۱. قاسمی حامد، عباس؛ و آرزو فلاخ، «دعاوی گروهی و تأثیر آن بر حمایت از حقوق مصرف‌کننده»، فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی، شماره ۶۵، بهار ۱۳۹۳، ص. ۹۱.

۲. محسنی، حسن؛ غفاری فارسایی، بهنام؛ و دیگران، «دعاوی جمعی و نقش آنها در احقاق حقوق مصرف‌کنندگان»، فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی، سال اول، شماره ۱، پاییز ۱۳۹۱، صص. ۱۵۸ و ۱۵۹.

۳. سازمان می‌تواند در موارد زیر و به ترتیب پیش‌بینی شده در این آیین‌نامه مبادرت به طرح شکایت در مراجع قضایی یا سایر مراجع صلاحیت‌دار نماید: الف- به تقاضای مصرف‌کننده متضرر؛ ب- به تقاضای یک یا چند مصرف‌کننده در حالی که تعداد کثیری از مصرف‌کنندگان ضرر مشترکی را متحمل شده‌اند.

از آنجا که اصل استقلال دعوای با پیش‌بینی دعوای مرتبط تعديل شده است و از طرفی، وحدت آیین دادرسی مدنی پاسخگوی نیاز طرح این گونه دعاوی نیست، لازم است قانون‌گذار آیین دادرسی افتراقی تدوین کند و صریحاً شرایط اقامه دعاوی جمعی از طریق تعدادی از زیان‌دیدگان اصالتاً از خود و نیابتاً از طرف سایرین را احصاء کند تا از ناکارآمدی قوانین ماهوی جلوگیری و خسارت زیان‌دیدگان، هر چند اندک و قابل اغماض، جبران گردد.

در مباحث قبل مشاهده کردیم که در حقوق فرانسه، مبنی در مواد متعددی به سازمان‌ها حق اقامه دعوا از سوی اشخاص زیان‌دیده را اعطای کرده است. اما به لحاظ رعایت حقوق دفاعی و تقابلی بودن دادرسی، به طور صریح اجازه اقامه دعوا از جمعی به شکل سنتی آن داده نشده است.

### ۲-۳. قلمرو اشخاص ذینفع در مطالبه ضرر و زیان معنوی

مطابق ماده ۱۴ ق.آ.د.ک یکی از ضرر و زیان‌های قابل مطالبه «ضرر و زیان معنوی» است. در اینجا لازم است ابتدا به بیان مفهوم ضرر و زیان معنوی و بعد قلمرو امکان مطالبه ضرر و زیان معنوی ناشی از جرم پرداخته شود.

#### ۲-۳-۱. مفهوم ضرر و زیان معنوی ناشی از جرم

برخی در تعریف ضرر معنوی گفته‌اند: «ضرری است که به عرض و شرف متضرر یا یکی از اقارب او وارد می‌شود. مثلاً بر اثر افشاری راز مریض به حیثیت او لطمہ وارد شود.»<sup>۱</sup>

بعضی دیگر گفته‌اند: «بیشتر جرایم مترتب بر ضرر مادی و معنوی است. مثلاً در اثر ارتکاب جرم منتهی به فوت پدر، ممکن است عیال و فرزندان او متحمل ضرر مادی و معنوی شوند. مانند تحمل درد و رنج‌های روحی و روانی به علت از دست دادن همسر و پدر یا ایجاد اختلال در زن بر اثر ارتکاب بزه تجاوز به عنف.»<sup>۲</sup>

حقوق‌دانان فرانسه معیار تمیز بین این دو نوع ضرر را «تعلق ضرر بر حقوق مالی زیان‌دیده» می‌دانند. آنان معتقدند: «هرگاه ضرر بر جسم و مال فرد وارد آید و منجر به اخلال در حقوق یا منافع مالی او گردد ضرر مادی و اگر به اعتبار و شخصیت از قبیل احساسات و عواطف، شرف و آبرو و کرامت او خدشه وارد آید ضرر معنوی است.»<sup>۳</sup>

۱. جعفری لنگرودی، محمدمجعفر، ترمیثولوژی حقوق، انتشارات گنج دانش، چاپ ششم، ۱۳۷۲، ص. ۴۱۶.

۲. العرابی، علی زکی، المبادئ الأساسية للإجراءات الجنائية، جلد ۱، القاهرة، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر، ۱۹۵۱ م، ص. ۱۱۷.

3. Mazeaud, Henri et Leon, Traite Theorique et Pratique de la Responsabilite Civile, Delictuelle et Contractuelle, Tome 3, Paris, Sirey, Edition 11, 1934, p. 394.

برخی خسارت معنوی را به دو دسته تقسیم کرده‌اند: یکی زیان‌های وارد به حیثیت و شهرت و آنچه در زبان عرف سرمایه یا دارایی معنوی شخص گفته می‌شود. دیگری لطمہ به عواطف و ایجاد تالم روحی که شخص با از دست دادن عزیزان خود با ملاحظه درد و رنج آنان می‌بیند.<sup>۱</sup> بعضی چهار حالت را برای آن ذکر کرده‌اند:

- ۱- خسارت معنوی به جسم، جراحات و نقص اعضای بدن که مایه درد و رنج و اندوه یا زشتی در چهره، اعضا یا هیأت جسمانی می‌شود.
- ۲- خسارت معنوی به شرف، اعتبار و عرض.
- ۳- خسارت معنوی به عاطفه و احساس.
- ۴- خسارت معنوی در اثر تجاوز به حق مسلم و قطعی.<sup>۲</sup>

از آنجا که در تعیین خسارت معنوی به صورت وجه نقد معیار واقعی معینی وجود ندارد، همواره تعیین دقیق آن با مشکلاتی مواجه است. زیرا قابلیت تالم‌پذیری در افراد و توان روحی و روانی آنان متفاوت است.<sup>۳</sup>

در حقوق فرانسه دیدگاه‌های متفاوتی وجود دارد: برخی معتقدند که با توجه به طبیعت زیان معنوی، این نوع زیان قابل جبران نیست. اگر هم قابل جبران باشد در بیشتر موارد تعیین میزان خسارت دشوار است. زیرا معیار واقعی معینی برای تعیین آن وجود ندارد. برخی معتقدند که باید بین زیان معنوی قابل جبران و غیر قابل جبران تفاوت قائل شد. ولی، دیدگاه اخیر حقوق‌دانان بر امکان جبران خسارت معنوی به طور کامل می‌باشد.<sup>۴</sup>

## ۲-۳-۲. اشخاص ذی‌نفع در مطالبه ضرر و زیان معنوی

### ۲-۳-۲-۱. ضرر و زیان معنوی اشخاص حقیقی

اصولاً شخص مجنبی‌علیه می‌تواند در زمان حیات خود، دعوای ضرر و زیان مادی و معنوی ناشی از جرم را نزد محاکم کیفری اقامه نماید. گاهی اوقات ممکن است افرادی از جرم متضرر شوند که جرم مستقیماً بر روی آنها واقع نشده است. این افراد می‌توانند

۱. کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی: الزام‌های خارج از قرارداد، جلد اول، انتشارات دانشگاه تهران، چاپ سوم، ۱۳۸۲، ص. ۲۴۶.

۲. السنھوری عبدالرازاق احمد، الوسيط في شرح قانون المدني الجديد، جلد اول، بيروت، حلبي الحقوقية، ۲۰۰۹، ص. ۵۶۵.

۳. نقیی، سید ابوالقاسم، پیشین، ص. ۳۹۴.

4. Mazeaud, Henri; and Léon Mazeaud, Op. cit, p. 394.

- قانون گذار مصر در تعیین زیان معنوی در ماده ۱۷۰ قانون مدنی بیان می‌دارد: «قاضی مطابق مواد و این قانون و با توجه به اوضاع و احوال میزان خسارت زیان‌دیده را تعیین خواهد کرد. چنانچه در زمان صدور حکم تعیین میزان قطعی خسارت از نظر قاضی میسر نباشد، می‌تواند به زیان‌دیده اجازه دهد تا ظرف مدت معینی، ارزیابی مجدد از میزان خسارت را مطرح کند.»

دعای خصوصی خود را نزد دادگاه کیفری اقامه نمایند. مانند اینکه بستگان مجنی علیه به خاطر تحمل صدمات واردہ به مجنی علیه مستقیماً یا غیرمستقیم زیانی دیده باشند. بنابراین، موضوع دعای خصوصی این اشخاص ممکن است خسارت شخصی باشد. این افراد باید دعای خود را اصالتأً، و نه به وراثت، علیه عامل ورود زیان مطرح نمایند. چه بسا ممکن است که موضوع دعای خصوصی این افراد، خسارت شخصی یا وراثتی باشد و توأمًا نزد دادگاه کیفری مطرح شود. دعای خصوصی وراثتی که موضوع آن زیان معنوی باشد، زمانی قابل طرح است که مجنی علیه قبلًا در زمان حیات خود آن را مطالبه کرده باشد. در برخی موارد قانون گذار حقوق معنوی را غیر قابل انتقال دانسته است.<sup>۱</sup>

منظور این است که دعای راجع به ضرر و زیان معنوی، یک دعای شخصی است و قابل وراثت نیست. مگر اینکه زیان دیده در زمان حیاتش آن را مطالبه و به غیر انتقال دهد یا اینکه دعای خصوصی در زمان فوت در حال رسیدگی قضایی باشد تا ورثه بتوانند آن را تعقیب کنند.

برخی معتقدند که باید بین کسانی که به شخصیت و اعتبار آنان ضرری وارد می شود، مانند توهین و قذف قائل به تفکیک شد. از نظر آنان جایز است که همیشه خسارت ناشی از این جرایم جبران شود. اما کسانی که احساسات و عواطف بشر دوستانه آنان متالم و متأثر شده مجاز به اقامه دعای خسارت معنوی نیستند.<sup>۲</sup>

از آنجا که اطلاق اصل جبران خسارت ممکن است تعداد زیادی از اقارب و دوستان مجنی علیه را در گیرد، لازم است که قلمرو شمول افراد ذی نفع توسط مقنن مشخص گردد، زیرا برخی معتقدند که اولاً ممکن است تعداد مدعیان جبران خسارت در مقابل مسئول زیان بیش از حد متعارف باشند؛ به نحوی که دعای برخی مزاحم دعای اقربای نزدیک شود و اشتراک آنان در اموال عامل زیان بر حقوق و منافع اقربای نزدیک تأثیر بگذارد و اقربای نزدیک مجنی علیه که مستحق جبران خسارت اند، نتوانند به خسارت واقعی مورد انتظارشان دست یابند و عامل زیان مجبور شود به قدر وسع و توان مالی، ضرر هر شخص را جبران نماید.<sup>۳</sup> ثانیاً اثبات

۱. ماده ۴ قانون حمایت حقوق مؤلفان و مصنفوان و هنرمندان مصوب ۱۳۴۸ مقرر می دارد: «حقوق معنوی پدیدآورنده محدود به زمان و مکان نیست و غیرقابل انتقال است.»

۲. العربي، على زكي، المرجع السابق، ص. ۱۸۵.

۳. مرقس، سليمان، الواقي في شرح القانون المدني: في الالتزامات، جلد ۲، القاهرة، دار النهضة العربية، الطبعه الخامسه، ۱۹۸۸، ص. ۱۲۹.

در این خصوص مقنن مصری تدبیر خوبی اندیشیده و درجه قربات را معیار اشخاص ذی نفع در مطالبه زیان معنوی قرار داده و نظر به عدم توسعه افراد شمول زیان معنوی داشته و با آوردن بند ۲ ماده ۲۲۱ قانون مدنی، قلمرو آن را محدود کرده است. این بند مقرر می دارد: «قاضی فقط در مورد خسارت معنوی همسران و منسوبین تا درجه دوم به دلیل المی که به لحاظ مرگ قربانی دیده اند حکم صادر خواهد کرد.»



این امر بر دادگاه مشکل است؛ زیرا اگر قلمرو آن توسعه یابد، هر فردی می‌تواند ادعا نماید که به لحاظ حادثه واردہ بر مبنی علیه دچار اختلالات روحی و روانی شده است.

در این باره قانون گذار فرانسه متفاوت از حقوق مصر عمل کرده است و اجازه داده که زیان معنوی بدون تعیین درجه معینی از قرابت جبران شود. ماده ۳۰۲ ق.آ.د.ک فرانسه بر قبول دعوای خصوصی ضرر معنوی مطروحه نزد دادگاه کیفری معطوف است. در ابتدا دایره کیفری دیوان عالی کشور فرانسه دعوای جبران خسارت معنوی اقارب مبنی علیه (زوج، زوجه، والدین و فرزندان آنان) را با این استدلال که آنان مستقیماً از جرم زیان ندیده‌اند، رد کرد و عقیده داشت که فقط شخص مبنی علیه می‌تواند دعوای زیان معنوی را نزد محاکم کیفری اقامه نماید. اما، در حالت وفات مبنی علیه، فقط به ورثه و اقربای آن اجازه اقامه دعوا مدنی را اعطاء کرده است. اخیراً نیز دعوای اقارب مبنی علیه از قبیل همسر و فرزندان را پذیرفته است.<sup>۱</sup>

نگارنده عقیده دارد که بایستی قلمرو اشخاص ذی نفع در مطالبه زیان معنوی توسط مQN محدود شود و این امر از جهت شیوه جبران خسارت با منطق حقوقی سازگارتر است. ولی عدل و انصاف حکم می‌کند که اگر افراد زیادی در حین ارتکاب جرم حضور داشته و واقعاً دچار آسیب روحی شدید به لحاظ مشاهده وقوع حادثه شده‌اند، زیان معنوی آنان از طریق دولت جبران شود.

## ۲-۲-۳. ضرر و زیان معنوی اشخاص حقوقی

در مورد زیان معنوی واردہ به اشخاص حقوقی رویه واحدی در نظام حقوقی ایران وجود ندارد. برخی گفته‌اند: «بی‌گمان اشخاص حقوقی مانند اشخاص حقیقی دارای شخصیت مستقل‌اند. شخصیت حقوقی ویژگی‌هایی دارد که به آن موقعیت و اعتبار اجتماعی می‌بخشد و سرمایه معنوی او به شمار می‌رود.»<sup>۲</sup> ماده ۵۸۸ قانون تجارت بیان می‌دارد: «شخص حقوقی دارای کلیه حقوق و تکالیفی است که قانون برای افراد قائل شده است، جز آنچه بر حسب طبیعت اختصاص به شخص طبیعی دارد.» بنابراین، ایراد خسارت به اعتبار اجتماعی و اقتصادی شخص حقوقی، از جمله خسارت‌هایی است که امکان جبران آن برای شخص حقوقی وجود دارد.

1. Merle, Roger; et André Vitu, *Traité de Droit Criminel*, Tome 2, Procédure Pénale, Paris, Dalloz, 5ème Édition, 2001, p. 97.

2. نقیبی، سید ابوالقاسم، پیشین، ص. ۳۶۱.

---

برخی تصریح کرده‌اند که تجاوز به نام یک شخص حقوقی اگر موجب ایراد ضرر شود باید جبران شود.<sup>۱</sup>

در مورد شخص حقوقی حقوق عمومی می‌توان گفت که فقط امکان مطالبه زیان مادی وجود دارد و اینها حق مطالبه زیان معنوی را ندارند، زیرا خسارت‌های معنوی واردہ بر جامعه در قالب طرح دعوای عمومی و مجازات مرتکب تأمین می‌شود. اما، در رویه قضایی ایران، حکم به جبران خسارت معنوی این اشخاص صادر شده است.

مازوها می‌نویسند: «به جز لطمه‌های واردہ به عواطف در دیگر موارد ممکن است شخص حقوقی دچار زیان معنوی شود. در این فرض، شخص حقوقی برای تحمل این خسارت و مطالبه جبران آن اهلیت و شایستگی دارد، زیرا اگر چه شخص حقوقی فاقد قلب و زیان عاطفی است در مقابل حیثیت و اعتبار دارد.»<sup>۲</sup> دموگ مطالبه خسارت معنوی از ناحیه اشخاص حقوقی را قابل پذیرش می‌داند. وی می‌گوید: «این دعوا مختص اشخاص طبیعی نیست، بلکه در صورت ورود خسارت به حقوق اشخاص حقوقی، آنها می‌توانند آزادانه اقامه دعوا کنند. مانند اهانت نسبت به یک انجمن یا غصب عنوان و نام یک اتحادیه». <sup>۳</sup>

در مجموع به نظر می‌رسد که دعوای زیان معنوی اشخاص حقوقی حقوق عمومی قابل پذیرش نباشد، چون سرمایه عمومی جامعه بوده و از طریق مجازات مجرم جبران می‌شود. اما خسارت معنوی واردہ به اعتبار اجتماعی اشخاص حقوقی حقوق خصوصی به جهت تعلق داشتن به اعضاء و سهامداران نزد محاکم کیفری قابل مطالبه است.

۱. فرج، توفیق حسن، المدخل للعلوم القانونية (النظريه العامه للقانون و النظرية العامه للحق)، بيروت، الدار الجامعية، ۱۹۸۸ م، ص. ۷۶۰؛ الصدھ، عبدالمنعم فرج، أصول القانون، بيروت، دار النھضة العربیة للطبع و النشر والتوزیع، ۱۹۹۸ م، ص. ۴۹۴.
2. Mazeaud, Henri et Leon, Op. cit., p. 346.
3. Demogue, René, Op. cit., p. 55.

## نتیجه‌گیری

جرائم با توجه به آسیب‌هایی که وارد می‌کند، می‌تواند منشأ طرح دعاوی متفاوتی باشد. از سویی، با ایجاد اخلال در نظم عمومی، قابلیت طرح دعوای عمومی را به همراه دارد و از طرف دیگر، با توجه به خساراتی که بر مجنی‌علیه وارد می‌نماید، می‌تواند منشأ اقامه دعوای خصوصی باشد. نتایج حاصل از این پژوهش به شرح زیر می‌باشد:

الف - از آنجا که دعوای خصوصی جنبه ترافعی دارد و مانند هر دعوای ترافعی دیگری دو طرف دارد، یکی از نتایج ایجاد دعوای خصوصی، لزوم شناخت خواهان و آثار مربوط به آن است.

ب - از آثار ورود مدعی خصوصی در فرآیند دادرسی کیفری این است که دادگاه می‌تواند بر مبنای دلایل جمع‌آوری شده توسط دادستان حکم به جبران خسارت نماید. همچنین اگر در دعوای کیفری دلایل کافی وجود داشته باشد، خواهان دعوای خصوصی از تودیع خسارت احتمالی بیناز است. یکی دیگر از آثار ورود مدعی خصوصی آن است که اگر وی توانایی پرداخت هزینه دادرسی را نداشته باشد، دادگاه می‌تواند مطابق ماده ۵۵۹ ق.آ.د.ک او را به طور موقت از پرداخت هزینه دادرسی معاف نماید.

پ - آنچه مهم است و گاه منشأ بروز ابهام و پرسش‌هایی می‌گردد، شناخت ذی‌نفع دعوای خصوصی است، زیرا امکان انتقال این دعوا وجود دارد. این انتقال می‌تواند به طور ارادی یا قهری باشد، به گونه‌ای که علاوه‌بر مجنی‌علیه، امکان اقامه دعوا توسط جانشینان اعم از ورثه، بیمه‌گر و منتقل‌الیه نیز وجود داشته باشد.

ت - از نظر مقررات حاکم بر این دعوا می‌توان گفت که از آنجا که ماهیت این دعوای مدنی است، بسیاری از قواعد آن از حقوق مدنی به عاریت گرفته می‌شود. اما، همواره اعمال قواعد و احکام حقوق مدنی با محدودیت‌هایی مواجه است. زیرا، این دعوا استثنایی بر اصل صلاحیت ذاتی محاکم کیفری است و از مقررات کیفری پیروی می‌کند. بدین جهت، حقوق دانان نظر بر محدود نمودن دامنه این دعوا دارند.

ث - بررسی در حقوق سایر کشورها نشان داد که در حال حاضر، در نظام حقوقی فرانسه مطابق ماده ۲ و ۱-۲۱ الی ۲-۲۱ ق.آ.د.ک علاوه‌بر مجنی‌علیه، اشخاص دیگری نیز حق طرح دعوای خصوصی ناشی از جرم را دارند؛ مانند: طلبکاران مجنی‌علیه، بیمه‌گر به جانشینی از زیان دیده، وراث زیان دیده از جرم، اشخاص حقوقی حقوق عمومی، سندیکاهای کانون‌ها و اتحادیه‌ها. در ایران نیز در موارد استثنایی این حق به اشخاص دیگری غیر از خود مجنی‌علیه اعطای شده است. بررسی‌ها نشان می‌دهد که به واسطه استثنایی بودن صلاحیت محاکم کیفری در رسیدگی به این دعوا، دعوای جانشینان

---

مجنی<sup>۱</sup> علیه با احتیاط و تحت شرایطی پذیرفته می‌شود. معیار اصلی که باید خواهان این دعوا حائز آن باشند، ورود ضرر به آن از ارتکاب جرم است.

ج - آنچه از مطالعات تطبیقی حاصل شد این است که در حقوق فرانسه و ایران قلمرو اشخاص ذی نفع در مطالبه ضرر و زیان معنوی مشخص نیست. لازم است مقتن در این راستا تدبیری بیندیشد و قلمرو افراد مشمول آن را تعیین نماید و برای رعایت حقوق آنان، جایی که اشخاص کثیری در حین ارتکاب جرم حضور داشته و واقعاً دچار آسیب روحی شدید به لحاظ مشاهده وقوع حادثه شده‌اند زیان معنوی آنان را از طریق دولت جبران نماید.

چ - تحقیقات نشان می‌دهد که دعوای زیان معنوی اشخاص حقوقی حقوق عمومی قابل پذیرش نیست، چون سرمایه عمومی جامعه است و از طریق مجازات مجرم جبران می‌شود. اما زیان معنوی وارد به اعتبار اجتماعی اشخاص حقوقی حقوقی خصوصی به جهت تعلق داشتن به اعضا و سهامداران قابل مطالبه از محاکم کیفری است.

غور و بررسی در قوانین فعلی ایران و مطالعه تطبیقی نشان داد که این قوانین به خوبی پاسخ‌گوی موارد مربوط به دعوای مدنی ناشی از جرم خصوصاً دعوای جانشینی نمی‌باشند. در واقع، علاوه بر پراکندگی و عدم انسجام قوانین با خلاً قانونی مواجه هستیم. پیشنهاد می‌شود که با نگاهی به قوانین دیگر کشورها، قوانین این حوزه انسجام یابند و مقرره‌هایی در راستای ارتقای حمایت از خواهان دعوای خصوصی تدوین و تصویب گردد.

## منابع

- آخوندی محمود، آین دادرسی کیفری، جلد اول، انتشارات سمت، چاپ چهاردهم، ۱۳۸۸.
- ابراهیم، عید نایل، تدخل المؤمن فی الدعوا الجنائية، دارالنهضه العربية، ۱۹۹۶ م.
- استفانی، گاستون؛ و دیگران، آین دادرسی کیفری، ترجمه حسن دادبان، جلد اول، انتشارات دانشگاه علامه طباطبائی، ۱۳۷۷.
- امامی، سید حسن، حقوق مدنی، جلد ۲، چاپخانه اسلامیه، چاپ ششم، ۱۳۷۰.
- بابایی، ایرج، حقوق بیمه، انتشارات سمت، چاپ ششم، ۱۳۸۶.
- بشیری، عباس؛ پوررحیم، مریم؛ و دیگران، حقوق کاربردی وقف و اراضی موقوفه، انتشارات جنگل، ۱۳۹۰.
- بو، روزه، حقوق بیمه، ترجمه دکتر محمد حیاتی، بیمه مرکزی ایران، چاپ دوم، ۱۳۸۷.
- بوریکان، ژاک؛ و آنماری سیمون، آین دادرسی کیفری فرانسه، ترجمه عباس تدین، انتشارات خرسندی، ۱۳۸۹.
- تقریبی، ایرج، «مسئلولیت مدیران عامل و هیأت مدیره و بازرسان در شرکت‌های سهامی»، مجله کانون وکلا، ۱۳۵۳، ش ۱۲۸ و ۱۲۹.
- توفیق، لویس، ذاتیه الدعوا المدنيه الناشنة الجريمه، قاهره، ۲۰۰۴ م.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ترمینولوژی حقوق، انتشارات گنج دانش، چاپ ششم، ۱۳۷۲.
- رئوف، عبید، المشكلات العمليه الهامه فى الاجرائات الجنائية، جلد ۱، الطبعه الثالثه، ۱۹۸۰ م.
- زراعت، عباس، «خواهان دعواى خصوصى به تبع دعواى عمومى»، مجله پیام آموزش، سال اول، شماره ۱، مهر و آبان ۱۳۸۲.
- سامي الشواه، محمد، دور المؤمن لديه فی الدعوا الجنائية: دراسة المقارنة بين القانون المصري و الفرنسي، دارالنهضه العربية، ۱۹۹۴ م.
- السنھوري، عبدالرزاق احمد، الوجيز في شرح القانون المدني (النظريه العامه للالتزام)، جلد ۱، دارالنهضه العربية، ۱۹۶۶ م.
- \_\_\_\_\_، الوسيط في شرح قانون المدني الجديد، جلد اول، بيروت، حلبي الحقوقية، ۲۰۰۹ م.
- شفایی، علی احسان، دفاع از منافع جمعی در قلمرو مسئلولیت مدنی، رساله دکتری حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ۱۳۹۰ م.
- الصده، عبدالمنعم فرج، أصول القانون، بيروت، دارالنهضه العربية للطبع و التشر و التوزيع، ۱۹۹۸ م.

- 
- العربي، على زكي، المبادئ الأساسية للإجراءات الجنائية، جلد ۱، القاهرة، مطبعه لجنه التأليف و الترجمة و النشر، ۱۹۵۱ م.
  - فتحي، سرور احمد، الوسيط في قانون الاجراءات الجنائية، الجزء الاول، القاهرة، دار النهضة العربية، الطبعه الثانية، ۱۹۸۰ م.
  - فرج، توفيق حسن، المدخل للعلوم القانونية (النظريه العامه للقانون و النظريه العامه للحق)، بيروت، الدار الجامعية، ۱۹۸۸ م.
  - فقيه نججيري، حسن، دعوای خصوصی در دادگاه جزا، چاپ داوریناه، ۱۳۵۱.
  - فوزيه، عبدالستار، الادعاء المباشر فى الاجراءات الجنائية، دراسه المقارنه، دارالنهضه العربيه، ۱۹۹۰ م.
  - قاسمی حامد، عباس؛ و آرزو فلاح، «دعوای گروهی و تأثیر آن بر حمایت از حقوق مصرف کننده»، فصلنامه دیدگاههای حقوق قضایی، شماره ۶۵، بهار ۱۳۹۳.
  - القلائی، محمد مصطفی، اصول قانون تحقيق الجنایات، القاهرة، مطبعه فتح الله الياس نوري بمصر، الطبعه الثالثه، ۱۹۴۵.
  - کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی: الزامهای خارج از قرارداد، جلد اول، انتشارات دانشگاه تهران، چاپ سوم، ۱۳۸۲.
  - کاتوزیان، ناصر؛ و محسن ایزانلو، مسئولیت مدنی، جلد ۳ ، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۷.
  - کاویانی، کورش، حقوق شرکت‌های تجاری، نشر میزان، ۱۳۸۶.
  - لارگیه، زان، آیین دادرسی کیفری فرانسه، ترجمه حسن کاشفی اسماعیلزاده، انتشارات گنج دانش، ۱۳۷۸.
  - محسني، حسن؛ غفاری فارسانی، بهنام؛ و دیگران، «دعوای جمعی و نقش آنها در احقاق حقوق مصرف کنندگان»، فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی، سال اول، شماره ۱، پاییز ۱۳۹۱.
  - المرصفاوي، حسن صادق، الدعوا المدنيه امام المحاكم الجنائيه، الاسكندرية، منشأه المعارف، الطبعه الرابعة، ۱۹۹۷ م.
  - مرقس، سليمان، الوفی فی شرح القانون المدني: فیالالتزامات، جلد ۲، القاهرة، دارالنهضه العربية، الطبعه الخامسه، ۱۹۸۸ م.
  - نجفی ابرندآبادی، على حسين؛ و حمید هاشم بیکی، دانشنامه جرم‌شناسی، دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۷۷.
  - نقیبی، سیدابوالقاسم، خسارت معنوی در حقوق اسلام، ایران و نظامهای حقوقی معاصر، امیر کبیر، چاپ دوم، ۱۳۸۸.
  - Bigot, Jean; et Daniel Langé, Jean-Louis, Respaud l'Intermédiation d'Assurance, Tome 2, L.G.D.J, 2009.

- 
- Bonfils, Philippe, L'action Civile: Essai Sur la Nature Juridique D'une Institution, Thèse Publiée Par Les Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2000.
  - Chambon, Pierre, Le Juge D'instruction, Théorie Et Pratique De La Procédure, Dalloz-Sirey, 4ème Édition, 1997.
  - Demogue, René, Traité Des Obligations En Général, Tome 4, Paris, Rousseau, 1924.
  - Hugueney, Louis, Sur l'application de la Maxime Electa Unavia, Revue Critique de Législation et de Jurisprudence, 73e Année, Nouvelle Série, Tome 53, 1933.
  - Larguier, Jean, Remarques Sur l'action Civile Exercée Par Une Personne Autre Que La Victime, dans La Chambre Criminelle et sa Jurisprudence, Recueil D'études En Hommage À La Mémoire De Maurice Patin, Paris, Cujas, 1966.
  - Mazeaud, Henri et Leon, Traite Theorique et Pratique de la Responsabilite Civile, Delictuelle et Contractuelle, Tome 3, Paris, Sirey, Edition 11, 1934.
  - Merle, Roger; et André Vitu, Traité de Droit Criminel, Tome 2, Procédure Pénale, Paris, Dalloz, 5ème Édition, 2001.

## شناسایی و مدیریت حق سکوت متهم

محمد جعفر حبیب‌زاده\*

ولی‌الله صادقی\*\*

### چکیده

برای تضمین عدالانه و منصفانه بودن دادرسی نسبت به انسانی که به اتهام ارتکاب جرم به چرخه قضایی وارد شده، حقوق دفاعی خاصی مورد شناسایی قرار گرفته است که می‌توان آنها را حقوق دادرسانه بشر نامید. از جمله این حقوق، حق بی‌پاسخی یا حق سکوت متهم در برابر پرسش‌گری مقام ذی‌صلاح است. در رابطه با حدود و غور اعمال این حق، دغدغه‌هایی مطرح بوده و پذیرش مطلق آن مورد انتقاد برخی قرار گرفته است که بازتاب این نگرانی‌ها را می‌توان در قوانین آیین دادرسی کیفری ۱۳۷۸ و ۱۳۹۲ نیز مشاهده نمود. در مقاله حاضر، ضمن تبیین مفاهیم، گونه‌ها و واکاوی کرامات‌مدار مبانی اعتباربخش این حق، خطمشی پایان هوشمندانه سکوت، بهمنظور پایان‌بخشی هوشمند و مدیریت شده بی‌پاسخی متهم از طریق راهبردهایی بر مبنای توجیه سکوت، ادله پرونده، سابقه متهم، بزه‌دیده و تشویق ارائه شده است.

**کلیدواژه‌ها:** حقوق دادرسانه بشر، کرامات انسانی، سکوت، پاسخ‌گویی، اصل برائت، قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲

## مقدمه

نحوه مواجهه متهم یا مجرم با کارگزاران قضایی و چگونگی تأمین برخورد همنوعانه با او، بهمثابه یک میهمان برای نظام عدالت کیفری، همواره دغدغه‌ای جدی بوده است. با وجود آنکه در طول اعصار مختلف، سازوکارهایی در این زمینه مدنظر قرار گرفته است، لکن پس از بحث جهانی شدن حقوق بشر و همسو با رهنمودهای سازمان ملل متحد و بر اساس اسناد بین‌المللی و منطقه‌ای پسامدرن، تصور انسان از خود تغییر کرده است. او «خود» را مبنا و معیار حقوق کیفری و موازین قضایی و مهم‌ترین و تأثیرگذارترین پندار در نظم اجتماعات انسانی قرار داده است<sup>۱</sup> و با شاخص قرار دادن حریم خود در قالب «کرامت انسانی» تلاش نموده با محوریت صیانت از این فصل مشترک میان تمام انسان‌ها، مناسبات کیفری را سامان بخشی نماید. لذا از این منظر، لازمه مناسبات کیفری کرامت‌مدار بهمنظور تحقق عدالت نسبی در فرآیندهای قضایی، درکی شایسته از کرامت انسانی، مبنا و آثار آن است که ماحصل آن شناسایی حقوقی برای افراد در مراحل مختلف دادرسی است که از آن به «حقوق دادرسانه بشر» یاد می‌کنیم.

از جمله این حقوق، «حق سکوت» یا بی‌پاسخی متهم در مواجهه با بازجویی‌ها و تحقیقات مقام‌های قضایی است. این مسأله در عین حال که به عنوان یک حق مطرح شده، چالش‌برانگیز هم بوده است؛ زیرا با این خاموشی و سکوت، در ترازوی حفظ منافع و مصالح عموم جامعه (از طریق کشف جرم) و تأمین و پاسداشت منافع فردی شهروندان، توازن برهم زده می‌شود و «کشاکشی منفعت‌گونه» میان دو کفة ترازوی عدالت به وجود می‌آید.

نشانه‌های مخالفت با سکوت متهم را حتی می‌توان در دیدگاه‌های اخلاق‌گرایان و فلاسفه قدیم نیز مشاهده نمود. آنها عقیده داشتند متهم در هر شرایط و وضعیتی مکلف به بیان حقیقت است، هرچند به قیمت جانش تمام شود و سکوت او از نظر اخلاقی مذموم است و چنین متهمی را شخصی می‌دانستند که اخلاقاً مرتکب تقصیر شده است.<sup>۲</sup> در هر حال، در دو دهه اخیر، راجع به حق سکوت دو دیدگاه مطرح شده است. طرفداران این حق، بر این باورند که رعایت حق سکوت، لازمه و شرط بایسته دادرسی منصفانه است و عدم رعایت آن، موجب زیر سوال رفتن اصل برائت می‌شود. علاوه بر آن، این حق، ریشه در حق

۱. قماشی، سعید، «کرامت انسانی؛ راهبرد نوین سیاست جنایی»، فصلنامه آموزه‌های حقوق کیفری، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، دوره جدید، شماره ۱، ۱۳۹۰، ص. ۸۰.

۲. صالحی، جواد؛ و یوسف ابراهیمی، «بررسی جایگاه حق سکوت متهم در نظام حقوقی ایران»، مجله حقوقی عدالت آراء، شماره ۸، ۱۳۸۶، ص. ۱۸۲.

خلوت افراد دارد که در استناد بین‌المللی، از جمله ماده ۷ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی و ماده ۸ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر، پیش‌بینی شده است. همچنین در تقویت برخورداری از حق سکوت، از حق مصونیت از خوداتهمی و اصل برابری سلاح‌ها نیز نام برده شده است.<sup>۱</sup> در مقابل، با رشد جرایم و بهویژه جرایم تروریستی، مخالفان حق سکوت، بر ضرورت اصلاح مقررات راجع به این حق اصرار می‌ورزند. این عده معتقدند که پذیرش حق سکوت در نظامهای کیفری موجب شده است که مجرمان با تجربه و خطرناک، نظام عدالت کیفری را به بازی بگیرند و در نتیجه دسترسی به ادلهٔ علیه آنان ممکن نباشد. از این منظر، سکوت، قرینه‌ای بر گناهکاری آنان تلقی می‌شود.<sup>۲</sup> این دیدگاه منطبق بر الگوی کنترل جرم است که در آن، با فرض مجرمیت و تجویز توسل به شکنجه حق سکوت متهم را به رسمیت نمی‌شناسد و چنانچه متهم سکوت کند، با توسل به انواع شکنجه می‌توان وی را وادار به اقرار کرد. بنابراین، حق سکوت متهم در الگوی کنترل جرم با پیش‌فرض مجرمیت، امارهای بر بزهکاری است، حال آنکه بر اساس اصول نوین حقوق کیفری، سکوت به معنای پذیرش اتهام نیست بلکه ظاهر در انکار است. بر اساس اصول دادرسی منصفانه، اظهارات متهم در صورتی معتبر و قابل استناد هستند که با اختیار و اراده آزاد بیان شده باشند. این در حالی است که در الگوی کنترل جرم، نیروهای پلیس و بازجویان با نقض حریم خصوصی در پی جمع‌آوری اطلاعات و نقض حق سکوت متهم برمی‌آیند.<sup>۳</sup>

پرسش اساسی این مقاله آن است که چگونه می‌توان در عین پذیرش حق سکوت متهم، به دغدغه‌ها و مشکلات احتمالی آن در عمل نیز توجه نمود و به نوعی به کارگیری این حق را هوشمندانه مدیریت کرد. برای پاسخ به این پرسش، در ابتدا به مفهوم، مبانی و مقررات مربوط به این حق پرداخته می‌شود.

## ۱. مفهوم‌شناسی حق سکوت

فارغ از مباحث و انگاره‌های فلسفی موجود در رابطه با حق سکوت متهم، عموماً وقتی صحبت از حق بی‌پاسخی یا سکوت انسان متهم به میان می‌آید، از یکسو بدین معناست که متهم که برای کشف واقع، به نظام عدالت کیفری فراخوانده شده و

۱. جمشیدی، علیرضا، جزوه درسی آین دادرسی کیفری تطبیقی، دوره دکتری رشته حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه عدالت، نیمسال اول سال تحصیلی ۱۳۹۳-۹۴.

۲. مقدسی، محمدباقر، رویکرد حقوق بشری به وظایف و اختیارات پلیس در فرآیند کیفری در ایران، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دانشکده علوم انسانی دانشگاه تربیت مدرس، ۱۳۸۶، ص. ۱۵۵.

۳. قیانچی، حسام؛ و حمیدرضا دانش‌ناری، «الگوهای دوگانه فرآیند کیفری: کنترل جرم و دادرسی منصفانه»، آموزه‌های حقوق کیفری، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، شماره ۴، پاییز و زمستان ۱۳۹۱، ص. ۱۸۰.

مخاطب پرسش‌هایی از سوی کارگزاران قضایی قرار گرفته است، «می‌تواند» آزادانه و بدون هیچ دغدغه‌ای از پاسخ‌گویی به آن پرسش‌ها و تحقیقات شانه خالی کند و انتظار پرسش‌گر قضایی را در حصول به پاسخ، ناتمام گذاشته و از این طریق از حداقل امکان تضمین حقوق دفاعی خویش بپرهیز شود. از سوی دیگر، با استمساك به این حق در مرحله دادرسی در دادگاه، از گواهی دادن علیه خود امتناع نموده و از حق خود در به گذاشتن فرآیند دو جانبی پرسش و پاسخ قضایی از سوی متهم<sup>۱</sup> در فرآیند دادرسی (با تأکید بر بازجویی‌های پلیسی) دانست. به عبارت دیگر، حق مزبور از سوی متهم به منظور اجتناب از خوداتهامی<sup>۱</sup> و برای حمایت از خود در برابر بازجو مورد استفاده قرار می‌گیرد. بنابراین این حق را می‌توان مصونیت ویژه‌ای دانست که در اختیار متهمان تحت بازجویی یا محاکمه قرار دارد که او را از مجبور شدن به پاسخ‌گویی به سوالات و یا ارائه دلیل در فرآیند رسیدگی‌ها رها می‌سازد.

البته ممکن است فرآیند دو جانبی مذکور - بازجویی و تحقیق - در عمل و به‌واقع جنبه پرسش‌گونه از سوی مقام قضایی نداشته باشد و به صورت گزاره خبری مطرح شده و از متهم انتظار پاسخ رود. به طور مثال ممکن است بازجو در مواجهه با متهم به جای عبارت «از شما به دلیل عدم رد مال به امانت سپرده شده، شکایت شده است. آیا این موضوع را قبول دارید؟»، از عبارت «پاسخ یا دفاع خود را بیان دارید»، یا «پاسختان را می‌شنوم» استفاده نماید. همچنین باید به این نکته توجه نمود که در این حق، «بی‌پاسخی» و یا «خاموشی» متهم مدنظر است و نه صرفاً «سکوت گفتاری» او؛ زیرا ممکن است این‌گونه برداشت شود که وقتی گفته می‌شود «حق سکوت»، یعنی عدم شنیدن «سخن پاسخ‌گونه» از سوی متهم. لکن این موضوع تنها بخشی از حق مورد اشاره است.

بدین ترتیب، منظور از این حق، ناتمام گذاردن فرآیند دو جانبی پرسش و پاسخ قضایی است، اعم از اینکه این فرآیند «گفتاری» یا «نوشتاری» و یا حتی «رفتاری» باشد. بدین ترتیب حتی اگر متهم برگه کتبی بازجویی را تکمیل ننماید و یا حتی پس از پرسش و پاسخ، از امضای برگه صور تجلیسه اظهارات امتناع نماید؛ از حق خود در بی‌پاسخ گذاشتن پرسش‌های قضایی استفاده نموده و فرآیند مذکور را ناتمام گذاشته است. از سوی دیگر، به‌نظر می‌رسد که حتی اگر متهم به نشانه تأیید یا رد اتهام وارد، حرکات بدنی سر و یا دست از خود نشان دهد، سکوت خود را شکسته و فرآیند جریان

یافته است. به همین صورت اگر شاکی یا مقام تحقیق یک فایل صوتی یا تصویری از متهم را که حاوی اقرار وی به جرایم ارتکابی است و قبل از تفہیم اتهام و خارج از فرآیند تحقیق تهیه شده است، ارائه کند و متهم حتی پس از ارائه این فایل نیز واکنشی نشان نداده و پاسخی ندهد، باز هم می‌توان گفت متهم سکوت اختیار کرده است. لذا منظور از «سکوت»، «بی‌پاسخی» و یا حتی «عدم دفاع در برابر اتهام» است و نه صرفاً خاموشی گفتاری. بنابراین حق سکوت را باید هم شامل همکاری نکردن با پلیس در فرآیند بازجویی در مورد جرم دانست و هم شامل گواهی ندادن در محکمه خودش.

این سکوت و بی‌پاسخی را می‌توان از منظرهای گوناگون نگریست؛ گاهی متهم بدون دلیل و بدون آنکه توجیهی برای سکوت خود ابراز کند، حالت انفعال محض به خود گرفته و تمام پرسش‌های مقام بازجو را بی‌پاسخ بگذارد. عموماً این گونه از سکوت متهم مورد توجه بوده و در روند رسیدگی چالش‌برانگیز بوده است (سکوت مطلق). گاهی نیز متهم پاسخ داده و گاهی بی‌پاسخی در پیش می‌گیرد؛ مانند اینکه تنها به برخی پرسش‌ها پاسخ می‌دهد و برخی را بی‌پاسخ می‌گذارد و یا در برابر تفہیم اتهام، پاسخ و در برابر تفہیم دلایل سکوت می‌نماید (سکوت ناقص). همچنین امکان دارد سکوت و بی‌پاسخی متهم بنا بر توجیه خاصی باشد که با رفع توجیه و علت سکوت، فرآیند دوگانه پرسش و پاسخ قضایی ادامه خواهد یافت؛ مانند اینکه متهم علت بی‌پاسخ خود را بی‌اطلاعی از موازین دادرسی و حقوق خود و بیم پاسخ ناسنجیده ابراز دارد و یا اینکه به شرایط و اوضاع نامساعد روحی روانی و یا جسمی خود، بازداشتگاه و محل نگهداری و یا رفتار مقام بازجو معتبرض باشد و تغییر وضعیت مزبور را شرط پاسخ‌گویی خود عنوان دارد که این سکوت مقطوعی دارای توجیه را می‌توان با فراهم آوردن خواسته متهم پایان داد. از دیگر گونه‌های سکوت موجه می‌توان به سکوت در برابر پرسش‌های غیرقانونی یا نامشروع مانند سکوت در برابر سوال‌های فربیکارانه و حتی بی‌پاسخی در برابر سوالات تلقینی و همچنین سکوت در برابر پرسش‌های غیرمرتبط با اتهام، سکوت در برابر سوالات تفتیش عقاید دانست (سکوت موجه به دلیل سوالات نامشروع).

همچنین سکوت می‌تواند به لحاظ مرحله‌ای (پیش از محکمه یا در حین محکمه در دادگاه) علل و عوامل روان‌شناسخی و انگیزشی (حفظ منفعتی برتر مانند نجات شخص مورد علاقه هم‌حزب در جرایم سیاسی و امنیتی، خویشاوندی و یا افشا نشدن هویت) یا بیماری روانی (مانند اینکه در حالت مالیخولیابی، گاه بیمار از جواب‌دادن به بی‌ضررترین سوالات هم خودداری می‌کند<sup>۱</sup>) مدنظر قرار گیرد.

۱. التاویلا، انریکو، روان‌شناسی قضایی، جلد های ۱ و ۲، ترجمه مهدی کی‌نیا، چاپ دوم، انتشارات مجد، ۱۳۸۴، ص. ۱۴۹.

## ۲. مبنای انسانی حق سکوت

مبنای اعتبار حق سکوت را می‌توان ترکیبی سلسله‌وار از اصول و قواعد شناخته شده‌ای دانست که برای بسیاری از حقوق دادرسنه بشر صادق است. به دیگر سخن، برای بررسی ابعاد یک حق دادرسنه بشری از جمله حق سکوت متهم، در وهله نخست، چرا بی شناسایی آن و سپس جوانب «روبنایی» و شاخ و برگ آن بررسی می‌شود. بدین لحاظ، ترسیم شمای کلی ساختار مبنای شناختی حقوق بشری از هسته بنیادی اعتبار حقوق مذکور تا خود آنها - و در اینجا حق سکوت متهم - موضوع این بند خواهد بود.

در بیشتر نوشته‌های حقوق بشری، از کرامت انسانی با عنوان یک «اصل» در کنار سایر اصول و موازین حقوق بشری یاد شده است. در حالی که به نظر می‌رسد این روند با محظوظ و ماهیت کرامت انسانی ناسازگار است و به نوعی تنزل جایگاه آن است. فارغ از دیدگاه‌های موجود در این زمینه و واکاوی میزان اعتبار آنها<sup>۱</sup>، می‌توان با توصل به ادله قرآنی، عقلی و نقلي موجود در معارف اسلامی، این‌گونه ابراز داشت که کرامت انسانی اثر و بازتاب مقامی است که خداوند به انسان اعطای نموده است. بدین معنا که علت اعطای کرامت به انسان<sup>۲</sup>، مقام خلافت‌الله‌ی اوست که از سوی خداوند متعال دریافت کرده است. یعنی انسان به‌واسطه اینکه از سوی خالق خود به این مقام نائل شده، در میان تمام موجودات سرآمد گردیده است. به دیگر سخن، کرامت انسانی، نوری ساطع شده از سوی آفتتاب مقام انسانیت است. به طوری که این دیدگاه «مقام محور» به کرامت انسانی، با معنای لغوی «کرامت» که شرافت، عزت و «مقام» و بزرگی است، هماهنگ خواهد بود.

نتیجه این دیدگاه آن است که اولاً، کرامت انسانی بازتاب مقام انسان در نزد خالق است. لذا این وصف به عنوان یک موهبت جدا و مستقل در وجود آدمی نیست. ثانیاً، انسان از همان آغاز خلقت دارای کرامت شده و هست و این کرامت به هیچ نحو زوال پذیر نیست. بنابراین با توجه به از لی بودن انسان در دیدگاه توحیدی، این کرامت تا ازل با اوست. ثالثاً، اینکه خداوند متعال فرموده است که «من از روح خود در او دمیدم»<sup>۳</sup> به آن معنا نیست که این روح الهی صرفاً و فی نفسه کرامت‌افرین است، زیرا این روح الهی آن گاه که در پیکره انسان دمیده شد، او را به احسن‌الحالقین تبدیل نموده است و در واقع تکمله‌ای است برای احسان‌المخلوقین شدن انسان و احسان‌المخلوقین شدن او

۱. رحیمی‌نژاد، اسماعیل، کرامت انسانی در حقوق کیفری، نشر میزان، ۱۳۸۷، ص. ۸.
۲. «وَلَقَدْ كَرِمَنَا بَنِي آدَمْ وَ حَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَ الْبَحْرِ وَ رَزَقْنَاهُمْ مِنَ الطَّيَّابَاتِ وَ فَضَّلْنَاهُمْ عَلَىٰ كَثِيرٍ مِّنْ خَلْقِنَا تَفْضِيلًا» (اسراء / ۷۰).
۳. «فَإِذَا سُوِّيَتِهِ وَ نَفَخْتُ فِيهِ مِنْ رُوحِي فَقَعُوا لَهُ ساجِدِينَ» (حجر / ۲۸).

باعث انتخاب او به عنوان «جانشینی خداوند» روی زمین گردیده است. وقتی موجودی می‌تواند به مقام جانشینی خدا برسد که همه ابعاد وجودی او «احسن» باشد. بدین ترتیب، روح الهی را باید تکمله‌ای برای تبدیل شدن انسان به احسن‌المخلوقین دانست تا به واسطهٔ بهترین مخلوق شدن، به مقام خلیفه‌اللهی در روی زمین برسد. رابعاً، وجود قوّةٔ تعلق در انسان را به خودی خود نمی‌توان معیار کرامات‌بخش برای انسان دانست، زیرا عقل در زندگی انسان به عنوان یک ابزار و چراغ هدایت‌گر درونی برای انسان معرفی شده و کارکرد او در وجود بشر، یاری و هدایت انسان در مسیر زندگانی است تا او به هدف خود یعنی رسیدن به مقام خلافت‌اللهی اکمل و یا همان «عبدیت محض» برساند و بهشت را نصیب او سازد.<sup>۱</sup> در واقع اهمیت عقل در معارف شریعت، به دلیل آن است که نقش چراغ هدایت‌گر درونی را برای انسان ایفا می‌نماید. ای بسا به دلیل رفتارهای انسانی، همین عقل از کارایی لازم افتاده و نور هدایت‌گری خود را از دست بدهد.<sup>۲</sup> بنابراین نمی‌توان عقل را با این اوصاف یگانه مبنای کرامت انسان دانست.

با توجه به برداشت بالا که حاکی از اهمیت و نقش بنیادین کرامت انسانی در زندگی انسانی است، دیگر نمی‌توان آن را تنها به عنوان یک اصل در عرض سایر اصول و موازین حقوق بشری معرفی نمود؛ زیرا کرامت انسانی بازتاب گوهری است همیشگی و زوال ناپذیر با قابلیت توسعه و تضییق متناسب با نحوه رفتار بشر در زندگی خود. بنابراین باید آن را فوق همه اصول و به عنوان «فرا-اصل» معرفی نمود. این برداشت را می‌توان از مقدمه و بند ۶ اصل دوم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران که در آن ایمان به کرامت انسانی را به عنوان یکی از پایه‌های نظام جمهوری اسلامی معرفی کرده است و یکی از راههای احترام به آن را «قسط و عدل» (بند ج) می‌داند نیز استنباط نمود. یعنی علاوه بر اینکه احترام به کرامت انسانی یکی از ویژگی‌های عادلانه بودن موازین قضایی است، لازمه احترام به کرامت انسانی، قسط و عدل نیز می‌باشد. ردپایی از این دیدگاه را می‌توان در بند ۱۰ میثاق حقوق مدنی و سیاسی نیز مشاهد کرد که اشعار می‌دارد «افرادی که از آزادی محروم شده‌اند، باید از رفتار انسانی و رعایت کرامت ذاتی برخوردار باشند.» اینکه این سند بین‌المللی معیار نحوه برخورد محرومین از آزادی، از جمله متهمان را کرامت انسانی معرفی می‌کند، حاکی از سلطنت این مهم در تمام فرآیندهای قضایی و به اصطلاح فراتر از همه رویه‌های نظام عدالت کیفری بودن آن است. به گونه‌ای که رعایت کرامت انسانی و حقوق آدمی به عنوان سپر نگهداری از کرامت، از بنیادهای

۱. «العقل، ما عبد به الرحمن و اكتسب به الجنان» کلینی، ثقة الإسلام، اصول کافی، ترجمه محمد باقر کمره‌ای، جلد ۱، انتشارات اسوه، ۱۳۷۲، ص. ۳۵.
۲. «كم من عقل اسير تحت هویٰ أمير» (نهج البلاغه / حکمت ۲۱۱).



مهم نظم اجتماعی به شمار می‌آید و حکومتها در این باره وظيفة اساسی دارند و مشروعیت آنها مبنی بر رعایت کرامت انسانی و حقوق برگرفته از آن است.<sup>۱</sup>

در پرتو فرا - اصل کرامت انسانی و برای پاسداشت این گوهر تابناک وجود بشر، لازم است در فرآیندهای نظام عدالت کیفری، موازین و اصول ثانویه‌ای پیش‌بینی شود. برای این منظور باید با درکی شایسته از مفهوم، مبنا و آثار کرامت انسانی، چرخه رسیدگی‌های قضایی را به‌گونه‌ای مناسب با شأن انسان وارد شده به آن ترسیم نمود. این ساز و کار باید به‌گونه‌ای باشد که واکنش اعتراض‌آمیز نوع بشر را در پی نداشته باشد. رفتاری که سرشت هر انسان عاقل و متعارف و در هرجا و مکانی آن را پذیرا بوده و آن را با کرامت خود همسو دانسته و در برابر آن سر تعظیم فرود آورد. لذا لازمه عادلانه بودن دادرسی، توجه به کرامت انسانی و درکی شایسته و بایسته از آثار و مقتضیات آن است. بدین‌جهت، عدالت را باید در خود کرامت انسانی جست و نه در جایی دیگر. بدین‌ترتیب می‌توان از اصل اولیه‌ای سخن به میان آورده که در ذیل فرا-اصل کرامت انسانی و ورای سایر اصول و موازین حقوق بشری قرار می‌گیرد و آن «اصل عدالت کیفری» است. اصلی که به‌موجب آن تلاش می‌شود با تعیین پاره‌ای اصول دومین و برخی شاخص‌ها، مناسبات نظام عدالت کیفری به‌سوی عدالت رهنمون شود.

در این راستا و برای دستیابی به آن اصل اولین، دو اصل دومین عدالت تقنینی و عدالت قضایی و یا همان «دادرسی عادلانه» قرار دارند. در اصل عدالت تقنینی، معیارها و اصول و شاخص‌هایی در زمینه «حرم‌انگاری» و «کیفرگذاری» و سایر موازین آین دادرسی شکلی قرار می‌گیرد. همین‌گونه در ذیل اصل عدالت قضایی، به بررسی ضوابط و ملاحظاتی در سازوکارهای نظام عدالت کیفری و نحوه انجام مناسبات قضایی از ابتدای رسیدگی تا اجرای حکم (در سه مرحله پلیسی، دادسرا و دادگاه) پرداخته می‌شود. اصل یادشده - که در ماده ۶ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر به عنوان یک حق در نظر گرفته شده است - خود دارای اصول فراوانی است؛ زیرا در این مرحله است که انسان با همنوع قضایی خود مواجه شده و بیم خدشه بر کرامت خود را دارد.<sup>۲</sup> از جمله این معیارها که در سرتاسر فرآیند قضایی کاربرد دارد «فرض بی‌گناهی» یا اصل برائت فرد وارد شده به چرخه قضایی است.

فرض بی‌گناهی یا همان اصل برائت که در آیات متعدد قرآن<sup>۳</sup>، نظامهای حقوقی و نیز برخی اسناد بین‌المللی (مانند بند ۱۱ اعلامیه جهانی حقوق بشر، بند ۲ ماده ۱۴

۱. قماشی و دانش‌ناری، پیشین، ص. ۸۲.

۲. یاوری، اسدالله، «حق برخورداری از دادرسی عادلانه»، نشریه حقوق اساسی، سال ۲، شماره ۲، ۱۳۸۳، ص. ۲۵۷.

۳. مانند سوره نساء / ۱۱۲، نور / ۴، ۶، ۱۱، ۱۲ و ۱۳.

میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی و اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی) و اصل ۳۷ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، بند ۲ ماده واحده قانون حقوق شهروندی و نیز ماده ۴ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ به عنوان پاسدار کرامت انسانی پیش‌بینی شده، بدین معناست که همه انسان‌ها مدام که مجرمیت آنها در جریان رسیدگی قضایی عدلانه در دادگاهی صالح، به‌طور قطع و یقین اثبات و احراز نشده است، تنها با عنوان «متهم» از آنها یادشده و بی‌گناه محسوب می‌شوند.

مبنای اعتبار این اصل در خدمت عدالت قضایی، از یک جهت به روابط شهروندان با یکدیگر و از سوی دیگر با نحوه تعامل شهروندان و نظام عدالت کیفری مربوط می‌شود. با این توضیح که رابطه «شهروند - شهروند» و حفظ نظم و امنیت در روابط اجتماعی انسان‌ها اقتضا دارد که آنها در نگاه اول در برابر یکدیگر بی‌گناه انگاشته شوند و الا بسیاری از افراد بدون هیچ دلیلی ادعای جان و مال دیگران را نموده و تار و پود نظام زندگی شهروندی مختل می‌شود. از سوی دیگر، در رابطه «شهروند - نظام عدالت کیفری» این فرض باعث ایجاد توازن بین سلاح‌های دفاعی شهروند متهم به ارتکاب جرم و کارگزار نظام عدالت کیفری شده و از خودکامگی مقام قضایی که از امکانات برتری برخوردار است، جلوگیری شود و او مکلف به ارائه دلایل اثبات اتهام گردد. بر این اساس، متهم برای اثبات بی‌گناهی خود هیچ تکلیفی نداشته و الزام او به اثبات بی‌گناهی خود ممنوع است؛ زیرا این امر «تکلیف ما لا یُطاق» بوده و عقلأً قبیح و با آزادی انسانی و انصاف نیز ناسازگار است.<sup>۱</sup>

لازم‌آمده‌است این اصل در ساختار مبنای‌شناختی حقوق دادرسانه بشری، تنظیم و اعمال پاره‌ای شاخص‌های عدالت‌گسترانه است تا به کرامت انسانی «افراد در بند نظام عدالت» خدشه‌ای وارد نیاید. این معیارها همان حقوقی است که در اسناد مختلف بین‌المللی و قوانین داخلی کشورها به عنوان «حقوق دادرسانه بشر» به رسمیت شناخته شده‌اند که از جمله آنها «حق سکوت متهم» است.

با توجه به نمودار بالا می‌توان گفت که ممنوعیت الزام متهم به اثبات بی‌گناهی خویش، اقتضای آن را دارد که شاکی یا مدعی‌العموم، بار اثبات ادعا را بر عهده بگیرند. بنابراین نمی‌توان از متهم ادله‌ای مبنی بر بی‌گناهی خود مطالبه نمود؛ زیرا از آنجا که از جمله ادله اثبات، «اقرار» است و پاسخ‌گویی فرد ممکن است خواسته یا ناخواسته به عنوان اقرار به حساب آید، می‌تواند از پاسخ‌دادن به پرسش‌ها و سایر تحقیقات مقام قضایی سر باز زده و سکوت اختیار نماید.

۱. حبیب‌زاده، محمدجعفر، جزوی درسی حقوق کیفری در استناد بین‌المللی حقوق بشری، دانشکده علوم انسانی دانشگاه تربیت مدرس، رشته حقوق جزا و جرم‌شناسی، ۱۳۸۸، ص. ۲۸۸.



نتیجه این «سکوت مبتنی بر بی‌پاسخی» آن است که اولاً سکوت و بی‌پاسخی متهم عقلاً نمی‌تواند به عنوان دلیل به حساب آید؛ زیرا این سکوت به معنای «امتناع از ارائه دلیل» و نوعی «واکنش انفعالی» در برابر بازجو است. بنابراین سکوت متهم - که می‌تواند ناشی از نداشتن پاسخ در برابر پرسش‌ها و یا تصمیم آگاهانه بر عدم دفاع در برابر ادله اتهامی باشد - نمی‌تواند علامت رضا و پذیرش اتهام به شمار آید، هرچند که ممکن است ظاهر در انکار اتهام وارد قلمداد گردد. ثانیاً، نمی‌توان در برابر «بی‌پاسخی حاکی از انفعال متهم»، حالت کنشی به خود گرفت و به تلاش در نفی و پایان بخشیدن به سکوت متهم پرداخت. به تعبیر دیگر، وقتی متهم از انکار یا اقرار خودداری می‌کند، نمی‌توان او را مجبور به اتخاذ «واکنش اقراری یا انکاری» نمود چرا که در غیر این صورت، اقرار حاصل شده، مصدق بارز «تحصیل دلیل نامشروع» است.

علت نامشروع خواندن «اقرار مبتنی بر نفی سکوت متهم» آن است که اعتبار «دلیل» منوط به در نظر گرفتن دو ویژگی در فرآیند تحصیل آن است که عبارت است از «تحصیل آزادانه» و «تحصیل آگاهانه». آزادانه بودن تحصیل دلیل بدین معناست که با اختیار کامل و بدون هیچ فشار و تلقین بیرونی و با طیب خاطر ارائه گردد. همچنین آگاهانه بودن تحصیل دلیل نیز به این جنبه از اعتبار دلیل اشاره دارد که ارائه‌دهنده آن از محتوا و بار اثباتی دلیل آگاه بوده و آثار ارائه آن به مقام قضایی را سابقاً در نزد خود ارزیابی نموده باشد. حال اگر کارگزار قضایی - اعم از ضابط دادگستری، بازپرس، دادیار یا دادرس - در مقابل سکوت متهم، «موقع اعتراضی» مبنی بر لزوم پایان بخشیدن متهم به سکوت خود بگیرد، در وهله نخست، آزادی او در ارائه دلیل را مخدوش کرده و در وهله دوم، با توجه به آنکه متهم ممکن است بدون توجه به حقوق و آزادی‌های خود پاسخ‌های ناسنجیده بیان کند، قید آگاهانه بودن نیز نادیده انگاشته می‌شود.

بدین ترتیب، بر اساس قیود دوگانه فوق می‌توان از حق سکوت متهم فراتر رفته و از حق «اعلام حق سکوت»<sup>۱</sup> به متهم سخن به میان آورد. با این بیان که ممکن است در صورتی که متهم از وجود چنین حقی برای خود آگاه شود، سکوت اختیار نماید تا بتواند شرایط دفاعی بهتری چون جمع‌آوری ادله و یا حضور وکیل و مشاور حقوقی را برای خود مهیا سازد و یا آنکه هنگامی که مقام قضایی وجود چنین حقی را به او گوشزد می‌کند، هر سخنی را بر زبان نیاورد و مراقب آن باشد. این مطلب را پژوهش‌های میدانی نیز مورد تأیید قرار می‌دهد. به گونه‌ای که بر اساس مطالعه انجامشده در یک جامعه آماری معین از متهمان، در پاسخ به این پرسش که «آیا اگر پلیس، حق سکوت را

1. Notification Of right to silence.

---

رعايت مى نمود، شما باز هم به سئوالات او در بازجویي پاسخ مى داديد یا خير؟» ۲۸ نفر از متهمان که ۹۳ درصد جامعه نمونه را تشکيل مى دانند، اذعان داشتند که اگر پليس چنین حقی را برای آنها قائل مى شد، به هیچ وجه پاسخی به سئوالات نداده و سکوت اختیار مى کردند.<sup>۱</sup>

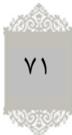
همچنین احتمال دارد که متهم قصد سکوت و بی‌پاسخی نداشته باشد و به تصور اينکه مى تواند از خود دفاع کرده و از چنگال عدالت بگريزد، در مقام پاسخگویي برآيد، لیکن در عمل و به سبب بي‌اطلاعی از موازين قضایي، آثار و بار اثباتی صحبت‌های خود، نحوه رویه مراجع قضایي، غفلت و يا شرایط روحی و روانی خاص، تناقض‌گویي، اغفال و يا توهمند، در آخر متوجه شود که به طور ناخواسته اتهام خود را پذيرفته و چه بسا اتهامات ديگري را نيز بدون توجه، به خود يا ديگران نسبت داده است. لذا به دليل امكان بروز اين وضعیت - که ناقص اصول عدالت کيفري است و در نهايیت موجب خدشه وارد آمدن بر کرامت انساني متهم مى شود - در پاره‌اي از کشورها با قرائتی نواز فرض برایت، نه تنها حق سکوت متهم به رسميت شناخته شده، بلکه پليس پس از احضار يا جلب متهم، علاوه بر استعلام هویت و اعلام صريح اتهام، مکلف است متذکر شود که متهم الزامي به پاسخ‌گویي ندارد، اما اگر حرفی بزند، ممکن است متعاقباً علیه وي استفاده شود.<sup>۲</sup>

### ۳. مقررات‌شناسي حق سکوت

در اسناد بين‌المللي به حق سکوت متهم اشاره صريح شده است. از جمله بند ۳ ماده ۱۴ ميشاقد حقوق مدنی و سياسي است که اشعار داشته است: «هرکس متهم به ارتکاب جرمی شود، حق دارد که با تساوي كامل از حداقل حقوق تضمین شده زير برخوردار گردد: ... بند (ز): مجبور نشود که عليه خود شهادت دهد يا به مجرم بودن اعتراف کند». همچنین بند ۲ ماده ۴۰ کنوانيسيون حقوق کودك (۱۹۸۹) از دولتهای عضو خواسته است که در تضمین حق دفاع کودکان در مراجع قضایي به اين موضوع توجه نمایند. حق مذبور در اساسنامه ديوان كيفرى بين‌المللي نيز پيش‌بياني شده است. در قسمت دوم بند ۲ ماده ۵۵ و نيز در قسمت هفتم ماده ۶۷، با عباراتي مشابه اشعار مى دارد «... مى تواند سکوت اختيار کند، بدون اينکه سکوت وي به منزله اعتراف و يا انكار تلقى شود». تأكيد مكرر حق مذكور در اين اساسنامه را مى توان نشان از اهميت آن در دادرسي‌های مربوط به جنایات بين‌المللي دانست.

۱. طلایی، احمد، چالش‌های رعايت حقوق دفاعی متهم در مرحله تحقیقات مقدماتی، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق کيفری و جرم‌شناسي، دانشکده علوم انساني دانشگاه تربیت مدرس، ۱۳۸۸، ص. ۲۶.

۲. حبيب‌زاده، محمد‌جعفر، پيشين، ص. ۲۶۹.



به رغم تصریح مزبور، در اعلامیه حقوق بشر به حق سکوت متهم اشاره نشده است. اما دادگاه اروپایی حقوق بشر، حق سکوت را بر اساس معیارها و استانداردهای بین‌المللی، از جمله برخورداری از یک رسیدگی عادلانه کیفری – مذکور در بند اول ماده ۶ اعلامیه حقوق بشر – به رسمیت شناخته است. همچنین مرکز مطالعات حقوق بشر سازمان ملل متحده، در تحقیقی با عنوان «حقوق بشر و پلیس» در پاسخ به پرسش «حق یا تکلیف بودن سکوت» از لحاظ بازجویی و حقوق متهم، به نتایج زیر نایل آمده است: اولاً، پلیس باید قبل از بازجویی، حق سکوت متهم را محترم شمارد؛ زیرا اصل آزادی فردی، مقتضی بهره‌مندی از آن است. ثانیاً، پلیس تکلیفی ندارد سکوت متهم را به او تفهیم کند و اصولاً تفهیم آن موجب عدم همکاری متهم با سازمانی که متصدی حراست از حق جامعه است می‌شود و مانع جمع‌آوری دلایل کشف جرم و پیشرفت تحقیقات شده و در نهایت زیان جامعه را به همراه دارد. ثالثاً، سکوت حق متهم است ولی بیان آن، تکلیف پلیس نیست.<sup>۱</sup> در نظام‌های عدالت کیفری دارای سیستم اتهامی، در زمینه حمایت از این حق، بسیار پیشرفت‌های هستند ولی در نظام‌های دارای سیستم تفتیشی، که تشویق متهم به ارائه دلیل بی‌گناهی اش در برابر پلیس و همکاری برای روشن شدن امور، سرلوحة بازجویی‌هاست، این حق کمتر مورد حمایت قرار گرفته است.

در مجموع می‌توان گفت که امروزه حق سکوت تقریباً در تمامی استاد بین‌المللی به رسمیت شناخته شده است. بنابراین برای خدشه وارد کردن به این حق دلایلی محکم باید داشت؛ بهویژه آن که جامعه جهانی با نگرش به حقوق کیفری، اعم از ماهوی و شکلی، به میزان پایبندی کشورها به حقوق بشر نظر می‌دهد. با این وجود، سه جهت‌گیری در کشورهای مختلف درخصوص این حق وجود دارد؛ برخی مانند آمریکا و استرالیا حق سکوت متهم را بدون قید و شرط پذیرفته‌اند. برخی مانند ایرلند شمالی و انگلیس اگرچه حق سکوت متهم را قبول کرده‌اند، اما قضات و هیأت منصفه را مجاز به استنباط سوء (مخالف) از این حق نموده‌اند و دسته دیگر مانند چین قبل از اصلاحات دهه ۱۹۹۰ میلادی، حق سکوت متهم را نپذیرفته‌اند. جالب آنکه در بند ۶ ماده قانون اجرائات جزایی موقت برای محاکم افغانستان، بدون هیچ ابهامی قانون‌گذار حق سکوت را پذیرفته و مقرر داشته است: «مظنون و متهم حق دارد سکوت اختیار نموده و از اظهار هر گونه بیان، امتناع ورزد؛ گرچه توسط پولیس یا مقامات قضایی تحت بازپرسی قرار گیرد». همچنین به عنوان حق اعلام حق سکوت، طبق بند ۷ همین ماده، «پولیس،

۱. صالحی و ابراهیمی، پیشین، ص. ۱۸۰.

خارنوال [دادستان] و محکمه مکلفند معلومات واضح را در وقت گرفتاری و قبل از استنطاق راجع به حق سکوت ... برای مظنون و متهم ارائه نماید».<sup>۱</sup>

در ایران، در زمان حاکمیت مقررات قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۷۸ از میان حقوق سه گانه مربوط به سکوت متهم یعنی «حق سکوت متهم»، «حق اعلام حق سکوت» و نیز «ضمانت اجرای عدم رعایت یا تفهیم آن»، با توجه به مفاد مواد ۱۲۹، ۱۹۴ و ۱۹۷ قانون مذکور و نیز بندهای ۹ و ۱۰ قانون حفظ حقوق شهروندی مصوب ۱۳۸۳، دو دیدگاه مطرح شده بود. در دیدگاه «پذیرش تلویحی حق سکوت»، این باور مطرح بود که حق سکوت متهم به طور تلویحی به رسمیت شناخته شده است. لکن در مورد دو حق اعلام و ضمانت اجرای عدم رعایت آن قوانین ایران ساكت است و در عمل موجب به تأخیر افتادن بازجویی از متهم نمی‌شود، ولی اگر متهم از وکیل برخوردار باشد، می‌بایست بازجویی به تأخیر بیافتد.<sup>۲</sup> البته می‌توان به استناد ماده ۵۷۸ قانون تعزیرات ۱۳۷۵ که ضمانت اجرای منع شکنجه (مذکور در اصل ۳۸ قانون اساسی) است، به نوعی قائل به ضمانت اجرا داشتن رعایت حق سکوت در ایران شد. لکن ایراد این نظر آن است که ماده مذکور تنها به شکنجه‌های جسمی اشاره داشته و از شکنجه‌های روحی و روانی غفلت نموده است. لذا ممکن است واکنش مقام قضایی مبنی بر پایان بخشیدن به سکوت متهم به صورت جسمی نبوده و از روش‌های روحی و روانی مانند ترساندن و به طور کلی شکنجه‌های نرم استفاده کند که در قانون، ضمانت اجرای کیفری برای این قبیل اعمال وجود ندارد. مضارفاً اینکه این قبیل اعمال تنها موجب مجازات شخص شکنجه‌گر می‌شود و در مورد اعتبار یا بطلان تحقیقات انجام‌شده تعیین تکلیفی در قوانین عادی نشده است. در دیدگاه «عدم پذیرش» حق سکوت که با ویژگی تفتیشی بودن تحقیقات مقدماتی در نظام کیفری ایران نیز منطبق است<sup>۳</sup>، اعتقاد بر آن است که محتوای ماده ۱۲۹ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۷۸ متفاوت از حق سکوت است؛ زیرا در حالی که در حق سکوت، سکوت حق متهم است، این ماده به گونه‌ای اشاء شده است که گویی ثبت سکوت متهم در صورت جلسه، عواقب بدی برای او به همراه خواهد داشت. لذا این ماده صرفاً بیانگر این است که در صورت سکوت متهم، نمی‌توان وی را به پاسخگویی مجبور کرد.<sup>۴</sup>

۱. علامه، غلام‌حسین، «آیین دادرسی افغانستان»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۶، پاییز ۱۳۸۶، ص. ۱۲۴.

۲. طلایی، احمد، پیشین، ص. ۱۶.

۳. ساقیان، محمدمهری، «تفقیت حقوق و آزادی‌های متهم در مرحله تحقیقات مقدماتی آیین دادرسی کیفری مصوب ۹۲»، فصلنامه پژوهش حقوق کیفری، شماره ۶، بهار ۱۳۹۳، ص. ۱۱۴.

۴. مقدسی، محمدباقر، پیشین، ص. ۱۵۸.

با تصویب قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲، برای کاهش اختیارات ضابطان و دادرسان تحقیق و همزمان تعیین ضمانت اجرا درمورد آنان از یکسو و تقویت تضمین‌های حقوقی، قضائی و انسانی متهم در فرآیند تحقیقات مقدماتی از سوی دیگر، تلاش شده است.<sup>۱</sup> به همین منظور، در کنار پذیرش صریح فرض برائت در راستای تأمین کرامت انسانی (ماده ۴) و نیز لزوم آگاه نمودن متهم از حقوق قانونی خود در فرآیند دادرسی (مواد ۵ و ۶) و تفهیم آن به متهم از سوی ضابطان دادگستری (ماده ۵۲)، در ماده ۱۹۷ قانون جدید، قانون‌گذار صریحاً مقرر نموده است: «متهم می‌تواند سکوت اختیار کند. در این صورت مراتب امتناع وی از دادن پاسخ یا امضای اظهارات، در صورت مجلس قید می‌شود». بدین ترتیب می‌توان پذیرش صریح حق سکوت متهم را در قانون جدید، گامی مثبت در تضمین حقوق دفاعی متهم دانست و نیز با توجه به‌اینکه «عدم امضای اظهارات» نیز در ردیف عدم پاسخ‌گویی به سوالات دانسته شده است، می‌توان قائل به توسعه گستره این حق در قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ شد.<sup>۲</sup>

لکن در مورد «حق اعلام» و «تضمين» حق سکوت متهم همانند قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۷۸ در قانون جدید آیین دادرسی کیفری تصریحی دیده نمی‌شود و این سؤال مطرح است که آیا این دو حق در قانون جدید پذیرفته شده‌اند یا خیر؟ در پاسخ، به رغم عدم تصریح دو حق مذکور در ماده ۱۹۷ قانون جدید، با توجه به شناسایی «اختیار متهم در سکوت» به عنوان یک حق در ماده ۱۹۷ از یک سو و «لزوم آگاهی متهم از حقوق خود در فرآیند دادرسی» و «لزوم رعایت و تضمین این حقوق» در ماده ۶ قانون یادشده، می‌توان اظهار داشت که مقامات قضایی مکلفند حق متهم در سکوت اختیار کردن را به او اعلام و تفهیم نمایند. بنابراین بدین نحو می‌توان گفت که حق اعلام اختیار سکوت از سوی متهم در قانون جدید شناسایی شده است.

اما در رابطه با «تضمين رعایت حق سکوت و اعلام آن» در قانون یادشده ابهام وجود دارد؛ زیرا از یک منظر می‌توان گفت که با توجه به آنکه برای نقض مقرره ماده ۱۹۵ قانون، که به موجب آن بازپرس ملزم است پیش از تحقیق با توجه به حقوق متهم به وی اعلام کند که مراقب اظهارات خود باشد و اقرار و همکاری وی می‌تواند موجبات تخفیف مجازات وی را فراهم آورد و در ماده ۱۹۶ محکومیت انتظامی تا درجه چهار منظور شده است، می‌توان به نوعی تضمین حق سکوت متهم و اعلام آن را استنباط نمود. از سوی دیگر با توجه به آنکه حق سکوت در ماده ۱۹۷، بلافاصله بعد از ضمانت اجرای نقض

۱. ساقیان، محمدمهردی، پیشین، ص. ۱۱۵.

۲. تقی‌پور، علیرضا، «رزیایی آثار اصل برائت در لایحه قانون آیین دادرسی کیفری پیشنهادی قوه قضائیه به مجلس»،

مجله پژوهش علوم انسانی، شماره ۲۳، ۱۳۸۷، ص. ۱۲۵.

حقوق دفاعی متهم (مندرج در مواد ۱۹۳ تا ۱۹۵) مذکور در ماده ۱۹۶ آمده است، همان‌طور که عده‌ای از حقوق‌دانان معتقدند<sup>۱</sup>، قانون‌گذار نظری بر تضمین نقض رعایت اعلام حق سکوت متهم نداشته است. با وجود این، نظر دیگری که در رابطه با حق اعلام سکوت و تضمین آن می‌توان بیان داشت آن است که قانون‌گذار در قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ هیچ‌یک از دو حق مذکور را پذیرفته است؛ زیرا در لایحه اولیه قانون، در ماده ۳۰ - ۱۲۵ تخلف از مقررات مواد ۲۶ - ۱۲۵ تا ۲۹ موجب محکومیت انتظامی تا درجه چهار دانسته شده بود. موادی که از جمله آنها ماده ۲۹ - ۱۲۵ بوده است که طبق آن «بازپرس پیش از شروع به تحقیق به متهم تفهیم می‌کند که می‌تواند سکوت اختیار کند و در صورت سکوت، مراتب در صورت مجلس قید می‌شود». لذا با توجه به تغییر اساسی محتوای ماده اولیه در ماده ۱۹۷ قانون جدید که در آن قید «تفهیم» حذف شده است، باید بر عدم الزام مقام قضایی در اعلام و تفهیم آن به متهم شد. همچنین از آنجا که در لایحه اولیه، این ماده در زمرة مواد دارای ضمانت اجرای محکومیت انتظامی تا درجه ۴ بوده ولی در قانون مصوب، از این شمول خارج شده است، می‌توان بر ضمانت اجرا نداشت حق سکوت نیز نظر داد. هرچند که این تحلیل، با مفاد ماده ۴ قانون مزبور که صراحتاً اصل برائت را پذیرفته است، سازگار نیست. البته با توجه به آنکه در ماده ۶۱ قانون جدید، رعایت ترتیبات و قواعد تحقیقات مقدماتی در مورد اقدامات ضابطین دادگستری نیز لازم انگاشته شده است، وضعیت مذکور در فوق در رابطه با حق سکوت متهم و حقوق تابع آن به ضابطین نیز تسری پیدا خواهد نمود.

در هرحال، این نحوه مواجهه با حق سکوت در قانون جدید را می‌توان ناشی از نگرانی‌های موجود در زمینه پیامدهای احتمالی پذیرش حق تفهیم و تضمین آن دانست که می‌توان با ارائه راهکارهایی این دغدغه را مدیریت نمود.

#### ۴. هوشمندسازی حق سکوت

در ابتدا بیان شد که نگرانی‌هایی در رابطه با شناسایی و اجرای حق سکوت وجود دارد که مهم‌ترین آنها این است که با توجه به اینکه اساس کار پلیس کشف جرم با استفاده از فن بازجویی است و تقریباً با استفاده از این فن است که همdestan متهم مشخص می‌شوند.<sup>۲</sup> شناسایی این حق موجب می‌شود که فرآیند

۱. قاسمی مقدم، حسن، «تفهیم حقوق متهمان از سوی ضابطان دادگستری: با تأکید بر قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲»، پژوهشنامه حقوق کیفری، سال ۶، شماره ۲، پاییز و زمستان ۱۳۹۴، ص. ۱۳۷.

۲. طلایی، احمد، پیشین، ص. ۳۸.

تشخیصی دادرسی مختل شود و توقف توأم با سرگردانی در چرخه قضایی به وجود آید. لذا ضروری است به منافع و مزایای نادیده‌انگاری مبانی اعتباربخش این حق که مفید به حال بزه‌دیده و جامعه است، اولویت داده شود و حالتی کنشی - حاکی از نفی حق سکوت و عدم اعلام و تضمین آن و نه اعمال فشار و شکنجه - در پیش گرفته شود.

از سوی دیگر افراد بی‌گناه نباید هیچ ترسی از بیان حقیقت داشته باشند و باید به آنها اجازه داده شود که از پاسخگویی به سئوالات، امتناع ورزند تا استنباطی به زیان آنها به عمل نیاید. شاهد این مدعای گزارش گروه تحقیقی منصوب از سوی دولت انگلستان در سال ۱۹۸۹ میلادی است که اعلام کرد «اعمال حق سکوت متهم، بدون اینکه استنباطی به زیان او به عمل آورد، تعادل را به نفع متهم به هم می‌زنند. بر اساس مدارک ارائه شده توسط پلیس، حق سکوت به طور گسترده‌ای به ویژه توسط مجرمان حرفای با تجربه به کار گرفته می‌شود. یعنی افرادی که حق سکوت را برای برخورداری از مشاوره حقوقی اعمال نموده و به احتمال زیاد به آنها توصیه می‌شود که ساكت بمانند و این امر موانع دیگری را برای پلیس جهت تحصیل مدرک و حمایت از بزه دیدگان به همراه می‌آورد».<sup>۱</sup>

فارغ از پاسخ‌های موافقان حق سکوت متهم، برای ایجاد توازن در منافع بزه‌دیدگان و جامعه از یکسو و حقوق دفاعی متهم از سوی دیگر، می‌توان راهکار «پایان هوشمندانه سکوت» را در پیش گرفت. بدین بیان که می‌توان به منظور حفظ کرامت انسانی متهم و بر مبنای اصل برائت، در عین پذیرش صریح حق سکوت متهم، برای انعطاف بیشتر حق سکوت و کاهش نگرانی‌های عملی اجرای آن برای منافع بزه‌دیده و جامعه در نظر گرفت و متهم ساكت را به پاسخگویی هدایت نمود. البته قبل از بررسی راهبردهای مدنظر، ذکر این نکته لازم است که بر اساس آموزه‌های فقهی، آثار حق سکوت متهم در جرایم حق‌الله و حق‌الناس متفاوت است؛ زیرا در جرایم مستوجب حد، تشویق به شکستن سکوت متهم کمتر توصیه شده است، در حالی که در جنایات موجب قصاص، سکوت متهم تحت شرایطی می‌تواند جزو قرائن مثبته قرار گیرد.<sup>۲</sup> با این تفاوت که در جرایم دارای جنبه حق‌الله‌ی، به استناد دلایلی مانند اصل ممنوعیت اجبار مسلم به بیان، اصل حرمت تجسس، قاعده درا و برخی از روایات وارد، برای متهم حق سکوت را به رسمیت می‌شناسد. لکن درخصوص جرایم دارای جنبه حق‌الناسی، فقهاء دو نگرش

۱. گل‌خندان، سمیرا؛ و همکاران، «بررسی تطبیقی آثار اصل برائت در مرحله تحقیقات مقدماتی در اسناد بین‌الملل، حقوق کیفری ایران و سایر نظام‌های حقوقی»، *فصلنامه تخصصی فقه و مبانی حقوق اسلامی*، سال ۶، شماره ۲۰، ۱۳۸۹، ص. ۹.

۲. کریمی، عباس؛ و ایمان رحیم‌پور، «قواعد حاکم بر استجواب کیفری»، *فصلنامه حقوق*، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، دوره ۳۹، شماره ۲، ۱۳۸۸، ص. ۳۱۱.

کلی دارند که برخی قائل به اجبار متهم به پاسخ‌گویی از راههایی مانند حبس یا ایراد ضرب و ایجاد برخی تضییقات هستند و از دیدگاه عده‌ای دیگر، قاضی بدون اینکه حق الزام مدعی‌علیه را به دادن پاسخ داشته باشد، فقط می‌تواند با رد سوگند به مدعی، تکلیف پرونده را مشخص کند.<sup>۱</sup> همچنین درجه برهمندی از راهبردهای زیر را نباید در همه جرایم، یکسان انگاشت و همان‌طور که برخی از حقوق دانان بیان داشته‌اند، باید میان جرایم علیه امنیت، اشخاص و اموال تفکیک قائل شد و حسب اهمیت موضوع وجود مرجحات شرعی، احترام به حق مذکور را تعديل نمود. بدین‌سان با عنایت به این آموزه‌ها، راهکار «پایان هوشمندانه» مبتنی بر راهبردهای پنج‌گانه زیر تبیین می‌شود:

- راهبرد توجیه محور. همان‌طور که در بررسی گونه‌های سکوت متهمان اشاره شد، گونه‌ای از بی‌پاسخی‌ها مبتنی بر علل موجهه خاص، از جمله نامناسب بودن شرایط بازجویی، عدم حضور وکیل، سئوالات نامشروع و غیرقانونی است که می‌توان با رفع این گونه توجیهات قانونی به سکوت متهم پایان داد.

- راهبرد تشویق‌محور. در راهبرد تشویق‌محور، نظر بر آن است که می‌توان در برابر متهم ساكت - که «انتخاب عقلانی» او حکم می‌کند که برای گریز از این مهلکه سکوت اختیار کند - با پیش‌بینی ابزارهای تشویق‌گر، اعتمادش را با برخوردی ملایم‌تر و «امتیازدهی صادقانه» به دست آورد و او را در محاسبه‌گری‌ها و ارزیابی منافع و مضار پاسخ‌گویی، به سوی هدف دلخواه یعنی پاسخ‌گویی کشاند. به عبارت دیگر، در این راهبرد تلاش می‌شود که در کنار احترام به فرض برائت و آزادی اراده متهم، با تعديل محاسبه‌گری‌های منفعت جویانه او، پاسخ‌گویی‌اش را تسهیل نمود. از جمله مهم‌ترین ابزارهای مشوق در این زمینه «تعیین تخفیف‌های قضایی و حتی قانونی در دادگاه» است که در ماده ۱۹۵ قانون آیین دادرسی کیفری جدید نیز پیش‌بینی شده است.

- راهبرد سابقه‌محور. از جمله دیدگاه‌های مخالفی که در برابر حق سکوت وجود دارد آن است که این حق باعث می‌شود که مجرمان حرفه‌ای و با تجربه آن را ابزاری برای به تعویق اندختن و اخلال در روند رسیدگی‌ها قرار دهند. لذا برای حل این مسئله می‌توان با تفکیک میان نوع اتهام‌های واردۀ بر متهم، سکوت او را متزلزل نمود. بدین‌صورت که اگر اتهام جدید او مشابه اتهامات یا سوابق کیفری اوست و جرایم سابق و اتهام جدید، همخوانی و یا تطابق دارند، می‌توان سکوت او را

۱. حاجی‌دآبادی، احمد؛ و روح‌الله اکرمی سراب، «مبانی فقهی حق سکوت متهم در دعاوی جزایی»، فصلنامه حقوق اسلامی، شماره ۲۵، ۱۳۸۹، ص. ۵۷.

- 
- مغضبانه دانست و از او پاسخگویی در برابر سوابق را خواستار شد. به عبارت دیگر، در این راهبرد سکوت به عنوان یکی از شرایط و اوضاع و احوال یا امارات قضایی برای استنباط «سکوت ناشی از ارتکاب جرم» تلقی می‌گردد، نه به عنوان اینکه سکوت این دسته از متهمن، به خودی خود، مجوز احراز جرم توسط مقام قضایی باشد. به دیگر سخن در این راهبرد، اتهامات سابق متهم نه به عنوان دلیل علیه او، بلکه به عنوان اماره برای احراز سکوت مغضبانه استفاده می‌شود.
- راهبرد بزه‌دیده محور. از راهکارهایی که در انعطاف‌پذیری سکوت متهم مؤثر بوده و او را به پاسخگویی هدایت می‌کند، مشارکت آسیب‌دیده (اعم از بزه دیده و شاکی) در فرآیند دادرسی است. بدین صورت که می‌توان با در پیش گرفتن آموزهٔ عدالت ترمیمی مبنی بر «تعدى و تجاوز بودن جرم» و با مواجههٔ بزه‌دیده و متهم، زمینهٔ بیان دغدغه‌ها، مشکلات و خسارات وارد بزه‌دیده را فراهم آورد و متهم را به همکاری با مقام‌های قضایی و تلاش او در ترمیم خسارات وارد ترغیب نمود. در این راهبرد، امر بازجویی مستقیم توسط مقام قضایی که تلاش در «پاسخگویی در برابر اتهام» است، به بازجویی غیر مستقیم توسط شاکی تبدیل می‌شود و او با طرح دیدگاه‌ها و دغدغه‌های خود، متهم را به «پاسخگویی در برابر دغدغه‌ها» ترغیب می‌سازد. در نتیجهٔ بزه‌دیده همانند برخی نظام‌های حقوقی به عنوان «مقام تعقیب جانبی» ایفای نقش می‌نماید.<sup>۱</sup> البته این موضوع عموماً در جرایم خصوصی (حق‌الناسی) دارای بزه‌دیده مستقیم و معین می‌تواند کارآیی داشته باشد.
- راهبرد ادله‌محور. به عنوان آخرین راهکار منعطف‌سازی حق سکوت متهم، می‌توان با تمرکز‌دایی رسیدگی‌ها و تحقیقات قضایی از نظام ادلهٔ اثبات قانونی که محوریت آن اقرار است، جنبهٔ اثباتی آن را کاهش داد و متهمن را در مواجهه با حق سکوت خود محدودتر نمود. بدین نحو که می‌توان با الزام مقام‌های قضایی و شاکی در جمع‌آوری دلایل و مدارک متقن و قوی با استفاده از یافته‌های علم قانونی، نظام بازجویی و تحقیق را مجدهز به ادلهٔ علمی روزآمد در کشف علمی جرایم نمود و متهم را به نوعی وادار به «پاسخگویی ارادی از سوی ناچاری» نمود. البته ذکر این نکته ضروری است که در صورت وجود ادلهٔ و امارات قضایی، می‌توان به علم قاضی استناد کرد و دیگر نیازی به پاسخگویی و اقرار متهم نیست.

۱. اداره کنترل مواد مخدر و پیشگیری از جرم سازمان ملل متحد، مرکز بین‌المللی پیشگیری از جرم، عدالت برای بزه‌دیدگان، ترجمه‌ی علی شایان، انتشارات سلسیل، ۱۳۸۴، ص. ۸۴.

## نتیجه‌گیری

حق بی‌پاسخی یا همان حق سکوت متهم در برابر پرسش‌گری مقام قضایی، از جمله حقوقی است که برای تضمین عدالتانه و منصفانه بودن دادرسی نسبت به انسان وارد شده به چرخه قضایی به اتهام ارتکاب جرم، مورد پذیرش قرار گرفته است. حقی که مبنای اعتباربخش آن دارای لایه‌های مختلفی است که در هسته‌ی آن فرا-اصل کرامت انسانی (به عنوان بازتاب مقام خلافت‌الله‌ی انسان و با قابلیت توسعی و تضییق) قرار دارد. در سطوح بعدی، عدالت کیفری (شامل دو زیرسطح عدالت تقنینی و عدالت قضایی) و فرض بی‌گناهی نیز برای پاسداشت کرامت انسانی و برای حصول به دادرسی‌های عادلانه به رسمیت شناخته شده است.

در رابطه با حدود و ثغور اعمال این حق در عمل، دغدغه‌هایی در میان بوده و پذیرش مطلق خود این حق سکوت و نیز حق اعلام آن، مباحثی میان موافقان و مخالفان در حوزه‌ی حقوق داخلی کشورها مطرح بوده است. لکن این مخالفت‌ها در سطح استناد بین‌المللی کمتر اتفاق افتاده و پذیرش آن صریح‌تر و مطلق‌تر بوده است. در ایران نیز، در قوانین آیین دادرسی کیفری ۱۳۷۸ و ۱۳۹۲ این مسئله مباحثی را به همراه داشته و دو دیدگاه پذیرش تلویحی و عدم پذیرش مطرح بوده است که با توجه به محتوا و آثار حق سکوت متهم، به نظر می‌رسد نظریه عدم پذیرش متقن‌تر باشد.

در قانون جدید آیین دادرسی کیفری، به رغم شناسایی صریح اصل برائت در راستای پاسداشت کرامت انسانی و نیز حق سکوت متهم، در زمینه اعلام و تفهیم آن از سوی مقامات قضایی و نیز ضمانت اجرای عدم رعایت آن، ابهاماتی مطرح است. برای رفع این دغدغه و در راستای نگرش کرامتمدار درخصوص حقوق دادرسانه بشر، می‌توان راهکار مدیریت هوشمندانه سکوت را اتخاذ نمود که در آن راهبردهایی مبنی بر توجیه، تشویق، بزه‌دیده، سوابق و ادله، مدنظر قرار می‌گیرد.

## منابع

- اداره کنترل مواد مخدر و پیشگیری از جرم سازمان ملل متحد، مرکز بین‌المللی پیشگیری از جرم، عدالت برای بزهديدگان، ترجمه‌ی شایان، انتشارات سلسیل، ۱۳۸۴.
- التاویلا، انریکو، روان‌شناسی قضایی، جلد‌های ۱ و ۲، ترجمه‌ی مهدی کی‌نیا، چاپ دوم، انتشارات مجده، ۱۳۸۴.
- تقی‌پور، علی‌رضا، «ارزیابی آثار اصل برائت در لایحه قانون آیین دادرسی کیفری پیشنهادی قوه‌قضاییه به مجلس»، مجله پژوهش علوم انسانی، شماره ۲۳، ۱۳۸۷.
- جمشیدی، علیرضا، جزوء درسی آیین دادرسی کیفری تطبیقی، دوره دکتری رشته حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه عدالت، نیمسال اول سال تحصیلی ۹۴-۹۳.
- حاجی‌ده‌آبادی، احمد؛ و روح‌الله اکرمی سراب، «مبانی فقهی حق سکوت متهم در دعاوی جزایی»، فصلنامه حقوق اسلامی، شماره ۲۵، ۱۳۸۹.
- حبیب‌زاده، محمد‌جعفر، جزوء درسی حقوق کیفری در اسناد بین‌المللی حقوق بشری، دانشکده علوم انسانی دانشگاه تربیت مدرس، رشته حقوق جزا و جرم‌شناسی، ۱۳۸۸.
- رحیمی‌نژاد، اسماعیل، کرامت انسانی در حقوق کیفری، نشر میزان، ۱۳۸۷.
- ساقیان، محمد‌مهندی، «تقویت حقوق و آزادی‌های متهم در مرحله تحقیقات مقدماتی آیین دادرسی کیفری مصوب ۹۲»، فصلنامه پژوهش حقوق کیفری، شماره ۶، بهار ۱۳۹۳.
- صالحی، جواد؛ و یوسف ابراهیمی، «بررسی جایگاه حق سکوت متهم در نظام حقوقی ایران»، مجله حقوقی عدالت آراء، شماره ۸، ۱۳۸۶.
- طلایی، احمد، چالش‌های رعایت حقوق دفاعی متهم در مرحله تحقیقات مقدماتی، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دانشکده علوم انسانی دانشگاه تربیت مدرس، ۱۳۸۸.
- علامه، غلام‌حیدر، «آیین دادرسی افغانستان»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۶، پاییز ۱۳۸۶.
- قاسمی مقدم، حسن، «تفهیم حقوق متهمان از سوی ضابطان دادگستری: با تأکید بر قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲»، پژوهشنامه حقوق کیفری، سال ششم، شماره ۲، پاییز و زمستان ۱۳۹۴.
- قپانچی، حسام؛ و حمیدرضا دانش‌ناری، «الگوهای دوگانه فرآیند کیفری: کنترل جرم و دادرسی منصفانه»، آموزه‌های حقوق کیفری، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، شماره ۴، پاییز و زمستان ۱۳۹۱.

- 
- قماشی، سعید، «کرامت انسانی؛ راهبرد نوین سیاست جنایی»، *فصلنامه آموزه‌های حقوق کیفری*، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، دوره جدید، شماره ۱، ۱۳۹۰.
  - کریمی، عباس؛ و ایمان حبیم‌پور، «قواعد حاکم بر استجواب کیفری»، *فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران*، دوره ۳۹، شماره ۲، ۱۳۸۸.
  - کلینی، ثقه‌الاسلام، *اصول کافی، ترجمه محمدباقر کمره‌ای*، جلد ۱، انتشارات اسوه، ۱۳۷۲.
  - گل‌خندان، سمیرا؛ و همکاران، «بررسی تطبیقی آثار اصل برائت در مرحله تحقیقات مقدماتی در اسناد بین‌الملل، حقوق کیفری ایران و سایر نظامهای حقوقی»، *فصلنامه تخصصی فقه و مبانی حقوق اسلامی*، سال ششم، شماره ۲۰، ۱۳۸۹.
  - مقدسی، محمدباقر، رویکرد حقوق بشری به وظایف و اختیارات پلیس در فرآیند کیفری در ایران، *پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق کیفری و جرم‌شناسی*، دانشکده علوم انسانی دانشگاه تربیت مدرس، ۱۳۸۶.
  - یاوری، اسدالله، «حق برخورداری از دادرسی عادلانه»، *نشریه حقوق اساسی*، سال دوم، شماره ۲، ۱۳۸۳.

- Griffith, Gareth, *The Right to Silence*, New South Wales, Parliamentary Library Research Service, 1997.



## حکم به اجرای قرارداد باطل به عنوان روشی برای جبران خسارت

قاسم محمدی\*  
مرتضی جمالی\*\*

### چکیده

شیوه‌های جبران خسارت باید با ضرر واردشده هماهنگ و متناسب باشد تا به نحوی عادلانه، تعادلی که در نتیجه ورود زیان در رابطه طرفین بر هم خورده است، مجدداً برقرار شود. این هدف با محدود کردن شیوه‌های جبران خسارت تأمین نمی‌شود و مقتضی انعطاف نظام حقوقی و از جمله اعطای صلاحیت به دادرس جهت تعیین طریقه و کیفیت جبران خسارت است. یکی از این شیوه‌ها، حکم به التزام و اجرای مفاد قرارداد باطل است که با بررسی مبانی فقهی - حقوقی و نیز مصاديق آن، فهمیده می‌شود که چنانچه این شیوه به درستی و در موضع مناسب خود مورد استفاده قرار گیرد، از جمله شیوه‌های جبران خسارت است که هم با ضرر واردشده متناسب است و هم به بهترین صورت خسارت را جبران می‌کند. در این مقاله مبانی این روش جبران خسارت موشکافی، مصاديق مهم آن ارائه و التهایه، حکم به الزام به قرارداد باطل به عنوان روش جبران خسارت، قاعده‌سازی شده است.

**کلیدواژه‌ها:** روش‌های جبران خسارت، نظام جبران خسارت، حکم به اجرای قرارداد باطل، قاعده حکومت.

\* عضو هیأت علمی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی (نویسنده مسئول)

jamali.morteza@ut.ac.ir

\*\* دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه شهید بهشتی

تاریخ پذیرش: ۹۴/۰۴/۰۸

تاریخ دریافت: ۹۴/۰۲/۲۴

## مقدمه

اگر حاکمیت اراده و لزوم امنیت و ثبات قراردادها امکان دخالت دادرس در آنها را محدود می‌سازد، لزوم جبران زیان‌های ناروا در قلمرو وقایع حقوقی دخالت بیشتر دادرس را می‌طلبد. به همین دلیل، رویه قضایی یکی از منابع اصلی حقوق مسئولیت مدنی است. برای تحقق مسئولیت مدنی و حکم به جبران خسارت سه عنصر لازم است: فعل زیان‌بار، ضرر و رابطه سببیت.<sup>۱</sup>

پس از احراز ارکان و شرایط مسئولیت مدنی، دادرس باید تمام تلاش خود را برای تعیین شیوه مناسب جبران به کار گیرد. تعیین اینکه خسارت باید از چه طریق جبران شود، بر عهده دادرس است (ماده ۳ قانون مسئولیت مدنی). اوست که باید مشخص کند که خسارت باید یکجا پرداخت شود، یا به اقساط و یا به صورت مستمر؛ و باز این دادرس است که مشخص می‌کند که اشخاص مختلفی که در ورود خسارت تأثیر داشته‌اند، در برابر خواهان یا مسئولیت انفرادی دارند یا تضامنی. اهمیت شیوه‌های جبران، انتخابی که زیان‌دیده در این زمینه انجام می‌دهد و تصمیمی که دادرس در این باره اتخاذ می‌کند، به اندازه‌ای است که حتی گفته می‌شود «شیوه‌های جبران مقدم بر حقوق اند».<sup>۲</sup> تنوع شیوه‌های جبران به زیان‌دیده امکان می‌دهد تا متناسب با هدفی که از طرح دعوا داشته و نیز متناسب با ماهیت حقی که توسط خوانده نقض شده است، از دادگاه بخواهد تا رضایت خاطر وی را فراهم آورد. همچنین دادرس را قادر می‌سازد تا «عدالت تصحیحی»<sup>۳</sup> را آن طور که شایسته است، جاری کند.

فعل زیان‌بار گاهی ممکن است باعث تلف نفس یا عضو شود (خسارت بدنی)، گاهی سبب تلف اموال می‌شود (خسارت مالی) و گاهی باعث لطمہ به حیثیت و شخصیت انسان می‌شود (خسارت معنوی) و نظایر اینها. لیکن این عمل که عبارت است از کاری که حقوق اعم از قانون یا اخلاق و نظم عمومی آن را منع می‌کند و نامشروع می‌داند، گاهی در رابطه‌ای قراردادی بروز می‌کند و باعث تغییر وضعیت قرارداد می‌شود. این تغییر وضعیت را به طور خلاصه می‌توان چنین بیان کرد:

الف - گاهی بر اثر فعل نامشروع یک طرف قرارداد، خیار برای طرف مقابل محقق می‌گردد، نظیر خیار تدلیس (همراه با حق دریافت خسارت).

۱. کاتوزیان، ناصر، الزام‌های خارج از قرارداد: ضمان قهری، جلد ۱، انتشارات دانشگاه تهران، چاپ سوم، ۱۳۸۲، صص. ۲۴۱ به بعد؛ داراپور، مهراب، مسئولیت‌های خارج از قرارداد، مجد، ۱۳۸۷، صص. ۹۵-۹۶؛ لوراسا، میشل، مسئولیت مدنی، ترجمه محمد اشتری، نشر حقوق‌دان، ۱۳۷۵، صص. ۱۰۵ به بعد.
2. Remedies Proceeds rights
3. Justice Corrective

ب - گاهی در اثر اعمال نفوذ ناروا و فشار خارجی، شخصی حاضر به انعقاد قرارداد می‌گردد و در نتیجه این عمل باعث «عدم نفوذ» قرارداد می‌گردد (حق ابطال قرارداد).

ج - گاهی «عدم نفوذ» معامله معلول تقصیر یک طرف معامله است؛ با این تفاوت که بر خلاف مورد سابق که عدم نفوذ جهت حمایت از مکره مقرر شده و الزام وی به قرارداد ناعادلانه است، در اینجا اگرچه حکم اولی قرارداد عدم نفوذ است، لیکن در مصاديقی الزام مقصص به پایبندی معامله می‌تواند محل بحث قرار گیرد. مانند پاره‌ای از مصاديق قراردادهای فضولی (اختیار بین دریافت خسارت و ابطال قرارداد).

د - گاهی عمل نامشروع باعث بطلان معامله می‌گردد. بطلانی که حسب مورد می‌تواند به زیان یک طرف معامله یا به زیان ثالث باشد که در اینجا بحث پایبندی به این قراردادها جهت جلوگیری از ورود زیان می‌تواند مورد بررسی قرار گیرد. در هر حال، اثر فعل نامشروع بر قرارداد خارج از موارد یادشده خواهد بود و علت جدا کردن موارد «ب» و «ج» نیز اگرچه در «عدم نفوذ» مشترک‌اند، به مقررات خاصی باز می‌گردد که بر هر یک از آن دو حاکم است. بحث قابل استثنای نبودن قرارداد نیز، به شرحی که خواهد آمد، در قسم چهارم تقسیم‌بندی قرار گیرد.

حکم به الزام و پایبندی یک طرف یا طرفین به یک قرارداد باطل، در ابتدا مفهومی گنگ و قدری خارج از تصور است. لذا جهت روشن‌تر شدن مطلب و نیز مزیت این شیوه در میان سایر شیوه‌هایی که برای جبران خسارت مقرر گردیده است، لازم است مبانی آن تحلیل (بند نخست) گردد و سپس برای ایصال مطلب، مهم‌ترین مصاديق و مجاری آن ارائه و تبیین گردد (بند دوم).

## ۱. مبانی الزام به قرارداد باطل به عنوان شیوه جبران خسارت

در این بند سعی می‌کنیم که ضمن چند محور، مبانی یا به تعبیر دیگر دلایل توجیهی این شیوه جبران خسارت را به اجمال طرح و بررسی کنیم.

### ۱-۱. اصل تناسب میان ضرر و شیوه جبران آن

طبق یک تعریف، اضرار عبارت است از کاستن از دارایی شخص یا جلوگیری از فزونی آن به هر عنوانی که باشد، و میزان ضرر تفاوت میان دارایی فعلی زیان‌دیده و دارایی سابق او است، در صورتی که فعل زیان‌بار رخ نمی‌داد.<sup>۱</sup> لزوم تناسب ضرر و شیوه

۱. یونگ (Young) به نقل از پیر آنژل، رساله تعهدات در حقوق سوئیس، ش ۱۰۹، به نقل از: کاتوزیان، ناصر، الزام‌های خارج از قرارداد: ضمان قهری، پیشین، ص. ۲۴۴، برای ملاحظه سایر تعاریف ضرر، ر. ک: عمید زنجانی، عباسعلی، موجبات ضمان، نشر میزان، تهران، ۱۳۸۲، ص. ۵۷؛ و در حقوق مصر: مرقس، سلیمان، الوفی فی شرح القانوني المدنی، جلد ۱، جامعه القاهرة، قاهره، الطبعه الخامسه، ۱۹۹۲ م، صص. ۱۳۳ - ۱۳۴.

جبران آن امری عقلایی و عادلانه است. در واقع، با توجه به هدف مسئولیت مدنی که برقراری مجدد عدالت میان زیان دیده و فاعل زیان است.<sup>۱</sup> باید روشی را انتخاب کرد که نزدیک‌ترین طریق رسیدن به این هدف باشد. در واقع تلاش‌هایی که حقوق‌دانان و فقهاء در باب ارائه راهکارهای متفاوت برای جبران ضرر ارائه داده‌اند، نظیر تمایز میان اتفاف مال مثلی و قیمتی و مانند آن نیز، در راستای تناسب شیوه جبران و زیان وارد است.<sup>۲</sup>

## ۱-۲. اصل جبران کامل خسارات

بر اساس این اصل، جبران خسارت باید زیان دیده را در وضعیتی قراردهد که اگر فعل زیان بار نبود، در آن وضع قرار داشت.<sup>۳</sup> در واقع، حکمت دادن مثل در تلف اموال مثلی این است که زیان دیده ناچار نباشد خود به بازار رفته و مثل مال تلفشده را ابتدای نماید. لذا این شیوه، خسارت وی را بهتر و کامل‌تر جبران می‌کند<sup>۴</sup> و همچنین در صورتی که مال تلف قیمتی باشد، به رغم اختلاف‌نظری که در باب معیار زمانی قیمت وجود دارد، قول کسانی که قیمت یوم‌الاداء را ملاک دانسته‌اند با فلسفه جبران کامل ضرر هماهنگ بیشتری دارد، چرا که ضرر را به صورت کامل‌تری جبران می‌کند. اصل جبران کامل خسارت، جبران خسارت را به یک روند منعطف و قابل تطبیق با پیشرفت فنون و تغییر داده‌های اجتماعی تبدیل می‌کند. بنابراین، اصل مذکور به دادرس امکان می‌دهد تا جبران خسارت را متناسب با هر قضیه تعیین کند.<sup>۵</sup> در محل بحث نیز، به خصوص آن‌گونه که از مصادیق ارائه‌شده در مبحث دوم بر می‌آید، این شیوه جبران، به رغم نو و جدید بودن آن حقیقتاً در موارد خاص اجرای خود، مصدق اتم و اکمل شیوه‌های جبران خسارت است. به تعبیر برخی از حقوق‌دانان غربی، بدون «اصل جبران کامل خسارت»، چنین انعطافی در جبران خسارت که از نظر انسانی و اجتماعی قابل توجیه است، به وسیله دادرسان قابل تحقق نیست.<sup>۶</sup>

۱. بادینی، حسن، فلسفه مسئولیت مدنی، نشر میزان، ۱۳۸۲، ص. ۶۲۰.

۲. کاتوزیان، ناصر، الزام‌های خارج از قرارداد: ضمان قهری، پیشین، ص. ۶۸۳. در فقه بعضی فقهاء برای تقدم مثل بر قیمت به آیه ۱۹۴ سوره بقره تمکن کرده‌اند: «فمن اعتصی علیکم فاعتصدوا علیه بمثل ما اعتصی علیکم». طوسی، ابو‌جعفر محمد بن حسن، المبسوط فی فقه الإمامیه، جلد ۳، المکتبه المرتضویه لاحیاء الآثار الجعفریه، چاپ سوم، ۱۳۸۷ ق. ص. ۶۰.

۳. دیوان کشور فرانسه هدف از تعیین غرامت را به این شرح تعریف کرده است: برقراری مجدد و حتی الامکان صحیح تعادل و توازنی که بر اثر ورود زیان به هم خورد و قرار دادن زیان دیده به هزینه مسئول حادثه (فاعل زیان) در موقعیتی که اگر فعل زیان بار ارتکاب نمی‌یافتد، زیان دیده در آن موقعیت قرار داشت (لوراسا، میشل، پیشین، ص. ۱۵۲).

۴. کاتوزیان، ناصر، الزام‌های خارج از قرارداد: ضمان قهری، پیشین، ص. ۶۸۳.

۵. انصاری، باقر، نقش قاضی در تحول نظام حقوقی، نشر میزان، چاپ دوم، ۱۳۹۲، ص. ۲۶۵.

6. Viney, Genevieve; et Patrice Jourdain, Traité de Droit Civil, Les Effets de la Responsabilité, Paris, L.G.DJ, 2001, p. 115.

### ۱-۳. تئوری رابطه دینی

بسیاری از فقهاء و متفکران از دیرباز با تحلیل‌های خود در صدد پاسخگویی به این سؤال بر آمده‌اند که در صورت بروز ضرر، خسارت باید چگونه جبران شود. در این راستا چون عمدتاً ضررها وارد جنبه مادی داشتند، به تفکیک حکم به دادن بدل یا قیمت آن می‌شد. ولی در همین باب نیز در صورت تعذر رد مثل یا در مورد اموال قیمتی در باب معیار زمانی برای تقویم خسارت بسیار گفت و گو صورت گرفته و آرای بسیاری ارائه گردیده است. اما شاید بهترین و منعطف‌ترین نظریه که در بسیاری موارد، توان جبران خسارت را به بهترین صورت دارد، این است که گفته شود با بروز فعل زیان‌بار، یک رابطه دینی (تعهد) میان زیان‌دیده و عامل ورود زیان به وجود می‌آید که به موجب آن، عامل زیان ملزم به جبران خسارت و انجام کار خاصی می‌شود. در واقع طبق این نظریه، به محض ورود خسارت، ذمه عامل زیان به مورد خاصی نظیر مثل یا قیمت مشغول نمی‌شود؛ بلکه ذمه وی به یک تعهد کلی مشغول می‌شود؛ امری که گذشت زمان بر تغییر آن تاثیری ندارد. آنچه این تعهد کلی را تبدیل به تعهد جزئی می‌نماید و به آن صورت عینی و خارجی می‌بخشد، حکم دادگاه است که در این موارد واجد دو حیثیت است: یک حیثیت تأسیسی و یک حیثیت اعلامی. از آن جهت که به تعهد کلی مسئول صورت خارجی می‌بخشد، تأسیسی است و از جهت شناسایی طلب نیز جنبه اعلامی دارد.<sup>۱</sup> به نظر می‌رسد که بایستی اختیار مندرج در ماده ۳ قانون مسؤولیت مدنی را، که برای تعیین طریقه و کیفیت خسارت به دادرس صلاحیت داده است، مبتنی بر همین نظریه رابطه دینی دانست و از این طریق، شیوه‌های از پیش تعیین شده جبران خسارت را تعدیل نمود و به هماهنگ‌تر کردن شیوه‌های جبران خسارت و ضرر پرداخت که این امر به نوبه خود در راستای هدفی والاًتر یعنی «جبران کامل زیان» است. با این تحلیل موضوع این نوشتار نیز از غربت خارج شده و می‌تواند در میان سایر روش‌های جبران، جایگاه شایسته خود را بیابد، زیرا در این باره نیز با بروز فعل ضرری، دادگاه تکلیف کلی عامل زیان را نه به صورت مبلغی پول، بلکه در قالب پایبندی به مفاد قرارداد باطل و اجرای آن تعیین می‌بخشد.

### ۱-۴. از بین بردن منبع ضرر

یکی از مهم‌ترین شیوه‌های جبران خسارت، شیوه جبران عینی است. یعنی زیان‌دیده در همان وضعی قرار داده شود که پیش از وقوع فعل زیان‌بار قرار داشت. یکی از فروع این اصل، از بین بردن منبع ضرر است که البته در مورد زیان‌های آینده مؤثر

۱. کاتوزیان، ناصر، الزام‌های خارج از قرارداد: ضمان قهری، پیشین، ص. ۶۶۷.

بوده و زیان‌های گذشته را جبران نمی‌کند. به نظر می‌رسد که علاوه بر مبانی فقهی این بحث که عمدتاً در قالب «قاعده لاضر» و «قاعده سد ذرایع» قابل طرح است، اصل ۴۰ قانون اساسی<sup>۱</sup>، ماده ۱۳۲ قانون مدنی<sup>۲</sup> و ماده ۸ قانون مسئولیت مدنی<sup>۳</sup>، مهم‌ترین مستندات لزوم رفع منبع ضرر در حقوق موضوعه ما محسوب می‌شوند. البته برداشتی نو از مستندات قانونی مذکور در ادبیات حقوقی ما درصد است تا دامنه شمول آنها را فراتر از واقعی حقوقی زیان‌بار برد و اعمال حقوقی زیان‌بار را نیز تحت شمول قراردهد. اگر جلوگیری از ضرر دیگری بتواند مالک را از تصرف مادی در ملک خود منمنع دارد، چرا این معن شامل تصرفات حقوقی نشود؟ از این رو به نظر می‌رسد که انجام اعمال حقوقی همانند فسخ ناموجه یا عدول زیان‌بار از ایجاب یک عقد نیز تابع همین حکم است و به استناد زایل شدن عمل حقوقی، نمی‌توان موجبات تداوم وضعیت زیان‌آفرین شخص متضرر را فراهم آورد.<sup>۴</sup>

### ۱-۵. سابقه قاعده حکومت و نهاد صلح قهری<sup>۵</sup> در فقه امامیه

مطابق قاعده حکومت، که برخی از فقهاء از آن تحت عنوان قاعده ارش نیز یاد می‌کنند، در هر موردی که اصل حکمی لازم‌الاجرا از طرف شارع تشریع شده، لکن کیفیت و کمیت آن به سکوت گذارده شده باشد، مانند آنچه در تعزیرات، دیه اطراف و مانند اینها مشاهده می‌گردد، لزوم معطل نماندن حکم، اقتضای آن را دارد که کیفیت و کمیت اجرای آن بنا به اوضاع و احوال هر قضیه توسط حاکم (دادگاه) تعیین گردد.<sup>۶</sup> در واقع، اطلاق عنوان «حکومت» بر این قاعده نیز می‌تواند متأثر از حکمی بودن اختیار قضی در انتخاب روش اجرای این احکام بوده باشد. از طرفی آنچه صراحتاً در فقه امامیه در حوزه مسئولیت مدنی از جانب شارع بیان گردیده است، حکم به تحریم اعمال

۱. هیچ کس نمی‌تواند اعمال حق خویش را وسیله اضرار به غیر یا تجاوز به منافع عمومی قرار دهد.
۲. کسی نمی‌تواند در ملک خود تصرفی کند که مستلزم تصریر همسایه شود، مگر تصرفی که به قدر متعارف و برای رفع حاجت یا رفع ضرر از خود باشد.
- ۳... کسی که در اثر انتشارات مزبور یا سایر وسائل مخالف با حسن نیت مشتریانش کم و یا در معرض از بین رفتن باشد، می‌تواند موقوف شدن عملیات مزبور را خواسته و در صورت اثبات تقصیر، زیان وارد را از وارد کننده مطالبه نماید.
۴. در تأیید و تفصیل بحث، ر. ک: انصاری، باقر، پیشین، صص. ۲۷۰ - ۲۶۸.
۵. نظیر این نهاد به صورت مهایات قهری در ماده ۱۰۸۵ مجله الاحکام نیز پیش‌بینی شده بود: بجفی، عباس بن علی (کاشف الغطاء)، تحریر المجله، جلد ۲، المکتبه المرتضویه، قم، ۱۳۵۹، ص. ۲۱۳.
۶. عاملی، زین الدین بن علی (شهید ثانی)، مسالک الافهام الى تنقیح شرائع الإسلام، جلد ۱۸، مؤسسه المعارف الإسلامية، قم، ۱۴۱۳ق، ص. ۱۵۱؛ حائزی، سیدعلی بن محمد طباطبائی، ریاض المسائل فی تحقیق الاحکام بالدلایل، جلد ۹، مؤسسه آل البيت علیہم السلام، قم، ۱۴۱۸ق، ص. ۴۷۳.

زیان‌بار همراه با لزوم جبران آن می‌باشد و اساساً در منابع معتبر، در خصوص شیوه جبران خسارت حکمی نقل نشده و اگر هم پاره‌ای روایات از معصومین به دست ما رسیده باشد، نظر معصوم (ع) نسبت به شیوه جبران، مختص قضیه مربوطه و ارشادی بوده است. با این مقدمه به نظر می‌رسد که انتخاب کیفیت و میزان جبران خسارات اساساً با دادگاه بوده و این اختیار، گرته‌برداری صرف از حقوق غربی به شمار نمی‌آید. از طرفی در راستای همین قاعده و اختیار، در پاره‌ای از موارد عنوان صلح قهری در فقه امامیه مورد استناد فقه‌ها قرار گرفته است که از جمله در بحث دیات، موارد مختلفی از صلح اجباری را می‌توان مشاهده نمود. این امر به این دلیل است که احراز حکم و موضوع گاه در مورد دیات بسیار دشوار می‌شود و همین امر فقه‌ها را به سمت مصالحه ترغیب می‌نماید و به قاضی اختیار می‌دهند که از طریق صلح قهری، اختلاف را قطع نماید.<sup>۱</sup> هرچند به زعم برخی، نهاد صلح قهری صرفاً در مورد خسارات بدنی قابل طرح است.<sup>۲</sup> لکن به نظر می‌رسد که امکان ایجاد موقعیت قراردادی فرضی توسط قاضی در مورد جنایات بدنی و تحمیل آن بر طرفین دعوا، خصوصیت نداشته و در مورد خسارات مالی نیز امری معقول و دارای همان ملاک خسارات بدنی، یعنی مشخص نبودن کیفیت و میزان جبران خسارات می‌باشد.

## ۱-۶. جبران نسبی در مقابل جبران نوعی

به نظر می‌رسد که دادگاه‌ها باید در هر مورد به طور نسبی قضاوت کنند و حکم نوعی ندهند. توضیح اینکه اساساً مسئولیت مدنی، با توجه به شرایط خاص هر دعوا، میزان خسارت را تعیین می‌کند. اما در برخی موارد، ناچار از رعایت حکم کلی است.<sup>۳</sup> در بحث ما که بطلان قرارداد باعث ورود ضرر به شخص گردیده و باعث محروم ماندن او از موقعیت قراردادی مورد انتظار گشته است، ممکن است حکم نوعی این باشد که در هر حال، هر زیان‌زنده‌ای باید معادل مبلغی بول را به زیان‌دیده پرداخت نماید، بدون اینکه وضع عامل زیان، مورد به مورد، متفاوت باشد. به عبارت دیگر با قبول این جزم‌اندیشی و «جبران نوعی»، دادگاه در هر حال باید در اصل موضوع حکم یکسان دهد و به اوضاع و احوال قضیه از جمله علم و سوء‌نیت زیان‌زننده یا وضعیت خاص زیان‌دیده و ... توجهی ننماید. «جبران نسبی» دقیقاً این اختیار را به دادگاه می‌دهد که هر یک از این عوامل را در تعیین میزان خسارت و نحوه جبران آن ارزیابی کند. بر این

۱. خدابخشی، عبدالله، حقوق دعاوی، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۲، ص. ۴۸۳.

۲. نجفی، عباس بن علی (کاشف الغطاء)، النظر الثاقب و نيل الطالب، جلد ۱، مؤسسه کاشف الغطاء، قم، بي‌تا، ص. ۱۷۱.

۳. خدابخشی، عبدالله، پیشین، ص. ۳۹۱.

اساس به نظر می‌رسد که با تغییر جهت‌گیری سیاست قضایی به سمت جبران نسبی خسارات، امکان الزام به قرارداد باطل در مواردی که بهترین شیوه برای جبران خسارت وارد حسب اوضاع و احوال خاص آن دعوا بوده باشد، فراهم می‌آید.

## ۱-۷. ضرورت بازنگری در شیوه‌های سنتی جبران خسارت

با نگاهی گذرا به شیوه‌های جبران خسارت در فقه، حقوق موضوعه کشور ما و حتی سایر کشورهای دارای حقوق مدرن پی‌می‌بریم که شیوه‌های جبران خسارت عمدهاً در چند شیوه خاص محصور شده است.<sup>۱</sup> اگرچه ممکن است تمایل نظامهای حقوقی به سمت روش خاصی متفاوت باشد. برای مثال، نظامهایی چون حقوق اسکاندیناوی و انگلیس و آمریکا وسیله متعارف جبران خسارت را پرداخت پول می‌دانند، در حالی که در حقوق آلمان، سوئیس، اتریش و فرانسه تمایل به شیوه رد عین و اجرای تعهد هستند.<sup>۲</sup> لیکن باید توجه داشت که عدالت مفهومی نسبی است و در قالب‌های از پیش تعیین شده نمی‌گنجد. عدالت مفهومی است اخلاقی و اخلاق هر جامعه نیز محصول تاریخ، ارزش‌ها و مذهب و اعتقادات آن جامعه است. در باب مسئولیت مدنی نیز هر نظام حقوقی در پی تمهید شیوه‌های گوناگونی برای جبران خسارت است تا به نظم یگانه‌ای پایبند نشود و نظریه‌ها و رویه‌ها نیز برای پاسخ‌گویی به نیازها بوجود می‌آید.<sup>۳</sup> امری که نویسنده‌گان در این نوشتار به دنبال آن هستند که از جمع مطالب پراکنده و تنقیح و پروردن آن، شیوه جدید الزام به قرارداد باطل را برای جبران خسارت به عالم حقوق تجویز کنند.

## ۲. مصادیق قرارداد باطل

در میان موارد مسئولیت مدنی مصادیق واضحی وجود دارند که به نظر می‌رسد مجرای اصلی این روش جبران خسارت بوده باشند. این قراردادها را به اعتبار زیان‌دیده می‌توان به دو دسته تقسیم کرد:

- قراردادهایی که به دلیل فعل منتبه به یک طرف قرارداد باطل می‌شود و زیان‌دیده طرف دیگر قرارداد است.
- قراردادهایی که بطلان یا عدم اعتبار آنها باعث ورود زیان به ثالث می‌گردد.

۱. لوراسا، میشل، پیشین، صص. ۱۵۰ به بعد.

۲. کاتوزیان، ناصر، الزام‌های خارج از قرارداد: ضمان قهری، پیشین، ص. ۴۲۷.

۳. «عصر تجربه و حقوق تجربی: اصول جبران خسارت در نظام حقوقی آمریکا»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، شماره ۴۱، پاییز ۱۳۷۷، صص. ۸۸ و ۸۹.

---

در این مبحث مصاديق قرارداد باطل که منجر به زیان یکی از طرفین قرارداد و قراردادهای باطلی که منشأ ورود ضرر به شخص ثالث می‌گردند، به طور جداگانه بیان و امکان اعمال این روش جبران خسارت در هر کدام بررسی می‌گردد.

## ۱-۲. زیان دیده بودن یکی از طرفین قرارداد

در این حوزه به رغم دشواری یافتن مصاديق، پنج مصدق طرح و بررسی می‌گردد. اگرچه مصاديق اين گفتار منحصر در اين موارد نیست.

### ۱-۱-۲. وامود کردن به معامله

در این مورد شخصی که قصد انجام معامله ندارد با رفتار خود باعث فریب طرف دیگر معامله شده و اوی به تصور وجود قصد واقعی از جانب طرف مقابل به انعقاد قرارداد با اوی می‌پردازد. می‌دانیم که در صورت فقدان قصد انشا، قرارداد باطل خواهد بود (ماده ۱۹۰ قانون مدنی). اما بطلان قرارداد، حکم وضعی قرارداد است دال بر عدم تحقق ماهیت در عالم اعتبار؛ و وسیله جبران خسارت محسوب نمی‌شود و حکم بطلان قرارداد منافاتی با درخواست جبران خسارت ندارد. پس اگر فردی که اراده جدی بر انجام معامله ندارد، چنان وامود کند که طرف قرارداد قرار گرفته است و عبارتی به کار برد که مخاطب را دچار این توهمند سازد که با اعلان بطلان معامله، طرف قرارداد حق دارد خسارت ناشی از این عمل را از اوی مطالبه کند.<sup>۱</sup> در واقع در اینجا نیز مقصراً طبق قواعد عمومی مسئول جبران زیان‌های ناشی از تقصیر است و «عادلانه‌ترین راه جبران خسارت این است که قرارداد موضوع دعوا نافذ بماند و طرف بی‌گناه وضع پیشین خود را به دست آورد.»<sup>۲</sup>

### ۲-۱-۲. اشتباہ در بیان اراده

اشتباه از عیوب اراده محسوب می‌شود، اما هر اشتباہی نمی‌تواند مستند بی‌اعتباری قرارداد قرار گیرد؛ بلکه، چنانچه در شرایط تأثیر اشتباہ بیان می‌شود، اشتباہ باید اساسی، یعنی در علت عمدۀ عقد، باشد و ثانیاً اشتباہ باید در قلمرو تراضی وارد شده باشد.<sup>۳</sup> زیرا عقد یک رابطه اجتماعی است و اشتباہ باید از این دیدگاه مورد بررسی قرار گیرد. لکن بحث در فرضی است که در بیان و انتقال اراده اشتباہی صورت می‌گیرد

۱. کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی: قواعد عمومی قراردادها، جلد ۲، شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، چاپ پنجم، ۱۳۷۹، صص. ۳۲۲ - ۳۱۹.

۲. کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی: قواعد عمومی قراردادها، پیشین، ص. ۳۴۴.

۳. نائینی، میرزا محمد حسین غروی، منیه الطالب فی حاشیة المکاسب، جلد ۱، المکتبه المحمدیه، تهران، ۱۳۷۳، ص. ۴۰۷.

که شاید فرض شایع آن در عقود میان غایبان است که اراده‌ها با وسایل ارتباطی ارسال می‌گردد. مثلاً در فرضی که تلگرام یا تلکس به اشتباه مخابره شود یا در هر فرض دیگری که اراده بوسیله ثالث اعلام می‌شود، اشتباهی صورت گیرد و توافقی مبتنی بر این اشتباه صورت گیرد، در اینجا بعضی نویسنده‌گان عقد را نافذ قلمداد کرده و فرستنده خبر را به مفاد آن پاییند می‌دانند؛ چه، از آنجایی که هرکس به میل خود وسیله انتقال و بیان مقصود را تعیین می‌کند، مسئولیت نادرستی آن نیز بر عهده وی است و طرف بی‌تفصیر نباید قربانی اشتباه وی شود.<sup>۱</sup> برخی نیز الزام شخص مقصراً لازمه تسهیل امر تجارت تلقی کرده‌اند.<sup>۲</sup>

این استدلال‌ها در حقوق ما پذیرفته نیست. زیرا چه‌بسا فرستنده به میل خود وسیله را انتخاب نکرده باشد و این شرط را طرف مقابل قرار داده باشد که اراده با چه وسیله‌ای بیان شود و مشخص است که اداره پست را نمی‌توان نماینده طرف قرارداد دانست و استحسان تسهیل تجارت نیز بهشت مورد تردید است. لذا در این موارد باید قائل شد که عقد به دلیل عدم تحقق تراضی واقع نمی‌شود و حداکثر دادگاه بتواند در صورتی که لازمه جبران خسارت بداند، وقوع قرارداد را بر فرستنده خطاکار تحمیل کند.<sup>۳</sup>

### ۳-۱-۲. عدول از ایجاب

در این باب باید گفت که اگر تعهدی صریح یا ضمنی از طرف گوینده ایجاب مبنی بر نگهداری ایجاب طی مدت خاصی بشود و مورد قبول طرف مقابل قرار گیرد، در لزوم پاییندی به ایجاب چندان بخشی وجود ندارد.<sup>۴</sup> اما در فرضی که چنین توافقی نیز صورت نگرفته باشد، با توجه به عرف تجاری امروز اگر قرار باشد در قراردادهایی که بین غایبان صورت می‌گیرد، موجب بدون هیچ مسئولیتی بتواند عدول کند، نظم و امنیت در روابط تجاری مختل خواهد شد. لذا کشورها سعی در پذیرفتن الزام‌آور بودن ایجاب دارند. ماده ۱۴۵ قانون مدنی آلمان و مواد ۳، ۴، ۵، ۸ و ۹ قانون تعهدات سوییس در این رابطه مقرر گردیده است.<sup>۵</sup>

۱. دموگ، حقوق قراردادها، ص. ۴۵ به نقل از: کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی: قواعد عمومی قراردادها، جلد ۱،

پیشین، ص. ۴۰۹.

۲. کورین، قراردادها، شماره ۱۰۵، به نقل از کاتوزیان، ناصر، همان.

۳. کاتوزیان، ناصر، همان، ص. ۴۱۰.

4. Anson, William, Principles of the English Law of Contract and Agency in its Relation to Contract, London, Oxford, 19th ed, 1947, pp. 42-45; Traitel, Ghastin, Law of Contract, London, Sweet & Maxwell, 9th ed, 1995, p. 32.

۵. جهت تفصیل بحث، رک: جعفری لنگرودی، محمدجعفر، حقوق تعهدات، جلد ۱، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۶۳

صف. ۹۴ و ۹۵؛ واحدی، جواد، گزیده متون حقوقی: قانون تعهدات سوییس، میزان، ۱۳۸۷، صص. ۱۰ - ۱۲.

اگرچه نویسنده‌گان در باب مبنای الزام‌آور بودن به اختلاف پرداخته‌اند، بعضی آن را مبتنی بر نظریه پیش‌قرارداد می‌دانند،<sup>۱</sup> برخی آن را مبتنی بر نظریه جرم مدنی می‌دانند<sup>۲</sup> و برخی نیز با توصل به نظریه تعهد یک‌طرفه یا ایقاع لازم به تحلیل مسأله پرداخته‌اند.<sup>۳</sup> صرف نظر از ورود به این بحث و کشف نظریه صحیح‌تر، باید گفت که مبنای لزوم هر چه باشد به این امر منتهی می‌گردد که عدول از ایجاب چنانچه به زیان طرف مقابل باشد، باعث مسئولیت مدنی موجب خواهد بود. در این راستا به نظر برخی اساتید، از منظر اصول، چنانچه دادگاه مقتضی بداند، می‌تواند از باب جبران خسارت، ایجاب‌کننده مقصیر را به انجام معامله اجبار کند؛ زیرا مطابق ماده ۳ قانون مسئولیت مدنی تعیین طریقه و کیفیت جبران خسارت، با توجه به اوضاع و احوال قضیه با دادگاه است. اگرچه خود ایشان نیز متذکر می‌گرددند که «حکم به انعقاد قراردادی که تراضی در آن وجود ندارد و به عنوان وسیله جبران خسارت، از ذهن دادرسان ما چندان دور است که رویه قضایی به دشواری می‌تواند آن را پذیرد».<sup>۴</sup>

#### ۲-۱-۴. معامله فضولی

مطابق ملاک ماده ۲۴۷ قانون مدنی، معامله به مال غیر و تعهد از جانب غیر بدون داشتن سمت نافذ نیست مگر اینکه توسط مالک یا شخصی که از جانب وی تعهد شده است، تنفيذ شود. در بسیاری موارد عمل فضول، خارج از معیار یک انسان متعارف و به تعبیر دیگر تقصیر محسوب می‌شود و چه‌بسا در صورت عدم تنفيذ معامله، به طرف ناآگاه که با فضول قراردادی منعقد نموده است، زیان وارد می‌شود. در این حالت می‌توان گفت که چنانچه انجام موضوع قرارداد توسط فضول ممکن باشد، می‌توان از باب جبران خسارت وی را ملزم به قرارداد منعقدشده دانست؛ مگر در مواردی که به دلیل طبع خاص موضوع قرارداد انجام آن توسط فضول متذر باشد. برای مثال، شخصی از جانب یک جراح مشهور پیشنهاد عملی سخت را پذیرفته باشد. در باب فرضی که فضول مال دیگری را انتقال می‌دهد امکان الزام وی به تحويل آن مال ممکن نیست، چه‌بسا با امتناع مالک مواجه شود. لیکن در همین فرض نیز چنانچه موضوع معامله به طریقی چون قرارداد یا ارت به وی منتقل گردد، اگرچه

۱. کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی: قواعد عمومی قراردادها، جلد ۱، پیشین، ص. ۳۱۰؛ السنہوری، عبدالرزاق احمد، نظریه العقد، جلد ۱، خرسندي، ۱۳۹۱، ص. ۲۴۶.

۲. کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی: قواعد عمومی قراردادها، جلد ۱، پیشین، صص. ۳۱۴ و ۳۱۵؛ السنہوری، عبدالرزاق احمد، پیشین، ص. ۲۴۵.

۳. السنہوری، عبدالرزاق احمد، همان، ص. ۱۱۹۹.

۴. کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی: قواعد عمومی قراردادها، جلد ۱، پیشین، ص. ۳۱۵.

مطابق نظر فقهاء، فضول استقلال خود را در اجازه و رد معامله حفظ می‌کند<sup>۱</sup>، زیرا وی به وراثت، حق رد و اجازه را دارا است و چه بسا دادگاه عادلانه‌ترین وسیله جبران خسارت را تأیید قرارداد فضولی قرار دهد.

### ۲-۱-۵. حکم بازنشستگی

این مورد که به عنوان آخرین مصدق این گفتار مطرح می‌گردد، مثالی است جامع که به نوعی محل تحلیل مصدق‌های سابق نیز می‌باشد. فرض کنید که شخصی به این امید که پس از ۱۰ سال بتواند بازنشسته شود و از مزایای این قرارداد همچون مستمری استفاده نماید، اقدام به انعقاد قرارداد بیمه نموده، اما پس از ۱۰ سال با این ادعای شرکت بیمه مواجه شود که شما از ابتدای شرایط بیمه شدن را نداشته‌اید و لذا قرارداد منعقدشده با شما اساساً باطل است. آنچه واضح است اینکه بطلاق قرارداد منتبه به شرکت بیمه است؛ زیرا وی باید از ابتدا احراز می‌کرد که متقاضی پوشش بیمه شرایط را داراست یا خیر (البته در فرضی که نتوان متقاضی بیمه را عامل این اشتباہ شرکت بیمه دانست) و پیش‌تر در باب اشتباہ در بیان اراده نیز دیدیم که شاید بتوان به عنوان قاعده گفت که هر گاه بطلاق قرارداد منتبه به یک طرف عقد باشد، در صورت تقاضای طرف دیگر و چنانچه دادگاه مقتضی بداند، مطابق اختیاری که در تعیین کیفیت شیوه جبران خسارت دارد (ماده ۳ قانون مسئولیت مدنی) حکم به صحت قرارداد یا التزام و پایبندی به قرارداد باطل بدهد.

### ۲-۲. زیان‌دیده بودن ثالث

ممکن است این طور به نظر برسد که عقد باطل هیچ اثری ندارد. اما این عقیده را به طور کامل نمی‌توان پذیرفت، زیرا گاه احکامی در قوانین دیده می‌شود که نشان‌دهنده وجود پاره‌ای از آثار جنبی بر عقد باطل است؛ نظیر ضمان درک، که اگرچه در بند ۲ ماده ۳۶۲ قانون مدنی از آثار بیع صحیح قلمداد شده است، لیکن این حکم از نتایج بیع صحیح نیست. زیرا اگر بیع ملک دیگری باشد، به این معنی است که عقد صحیحاً واقع نشده است و حق این بود که قانون ضمان درک را از آثار بیع فاسد و ناشی از حکم قانون قرار می‌داد.<sup>۲</sup> یا اینکه نکاح فاسد، چنانچه سوء‌نیتی در کار نباشد، در

- حلی، مقداد بن عبدالله سیبوری، التنقیح الرابع لمختصر الشرایع، جلد ۲، انتشارات کتابخانه آیت‌الله مرعشی نجفی، قم، ۱۴۰۴ ق. ص. ۲۶؛ عاملی، محمد بن مکی، الدروس الشرعیه فی فقه الامامیه، جلد ۳، انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم، چاپ دوم، ۱۴۱۷ ق، ص. ۹۳؛ حکیم، سیدمحسن طباطبائی، نهج الفقاہ، انتشارات ۲۲ بهمن، قم، بی تا، ص. ۲۵۱.
- حقوق مدنی: عقود معین، جلد ۱، شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برتنا، چاپ هشتم، ۱۳۸۰، ص. ۲۲۳.

ایجاد نسب مؤثر است و زن باید عده طلاق نگه دارد. از همین باب است ضمان و الزام به پرداخت اجرت المثل در عقود فاسد.<sup>۱</sup>

اما گاهی وضع پیچیده‌تری بروز می‌کند، به گونه‌ای که به رغم بطلان معامله، طرفین نمی‌توانند به این بطلان در برابر ثالث استناد کنند. لازم به ذکر است که بحث عدم قابلیت استناد می‌تواند به دو صورت کلی مطرح گردد:

نخست، موردی که عقدی میان دو نفر به وجه صحیح منعقد شده است، لیکن به رغم صحت معامله طرفین نمی‌توانند به این قرارداد در برابر ثالث استناد کنند، مانند معامله به قصد فرار از دین،<sup>۲</sup> معاملات خریدار در برابر شفیع، قرارداد حق الوکاله، انتقال املاک با سند عادی به نظر برخی نویسندگان،<sup>۳</sup> ماده ۴۰ لایحه اصلاحی قسمتی از قانون تجارت و ماده ۱۱۶ قانون تجارت.<sup>۴</sup>

دوم، موردی که قرارداد منعقدشده میان دو نفر باطل است؛ لیکن به رغم آن، در برابر ثالث نمی‌توانند به این بطلان استناد کنند و گویی این قرارداد در برابر ثالث در حکم صحیح است. این بخش که در واقع محل این بحث است را بعضی بطلان نسبی نام نهاده‌اند<sup>۵</sup> که مفهومی متفاوت از بطلان نسبی در حقوق فرانسه است.<sup>۶</sup> این نامگذاری از این جهت است که قرارداد تنها نسبت به طرفین باطل محسوب می‌شود.

۱. کاتوزیان، حقوق مدنی: قواعد عمومی قراردادها، جلد دوم، پیشین، ص. ۳۰.

۲. ماده ۴ قانون نحوه اجرای محاکومیت‌های مالی مصوب ۱۳۷۷ مقرر می‌دارد: «هرکس به قصد فرار از ادای دین ... مال خود را به دیگری انتقال دهد به نحوی که باقی مانده اموالش برای پرداخت بدھی او کافی نباشد، عمل او جرم تلقی ... و انتقال‌گیرنده نیز در صورتی که با علم به موضوع اقدام کرده باشد شریک جرم محسوب می‌گردد و در این صورت اگر مال در مالکیت انتقال‌گیرنده باشد، عین آن و در غیر این صورت قیمت یا مثل آن از اموال انتقال‌گیرنده بابت تأییده دین استیفا خواهد شد.»

۳. ایزانلو، محسن؛ و صادق شریعتی‌نسب، «مطالعه تطبیقی عدم قابلیت استناد در حقوق ایران و فرانسه»، مجله حقوق خصوصی، دوره نهم، شماره دوم، پاییز و زمستان، ۱۳۹۱، ص. ۵۳.

۴. برای مثال در انتهای ماده ۱۱۶ قانون تجارت مقرر شده است: «هر قراری که بین شرکا برخلاف این ترتیب داده شده باشد در مقابل اشخاص ثالث کان لم یکن خواهد بود.»

۵. ایزانلو، محسن؛ و صادق شریعتی‌نسب، پیشین، ص. ۴۵.

۶. بطلان نسبی در حقوق فرانسه وضع عمل حقوقی صحیح و نافذی است که ممکن است از سوی یکی از طرفین ابطال شود. در واقع در حقوق فرانسه اشاره به عملی دارد که «مداعی» میان صحت و بطلان است با رد ذی نفع، از روز نخست، باطل و با سکوت یا تائید او نافذ می‌ماند. ژاک فلور، ژان ابر و اریک ساو، جلد ۱، صص. ۳۲۵ - ۳۲۶ به نقل از ایزانلو، محسن؛ و صادق شریعتی‌نسب، ص. ۴۴.

---

مصاديق اين قسم را می توان در ماده ۱۰۰ قانون تجارت<sup>۱</sup> و ماده ۲۷۰ لايجه اصلاحی آن<sup>۲</sup> ملاحظه کرد.

اما بحث اين است که آيا می توان از ملاک اين مواد استفاده کرد و در جايی که بطلان قرارداد منعقدشده میان دو نفر به زيان ثالث است، گفت که بطلان در برابر وي قابل استناد نیست و طرفين در مقابل وي ملتزم به قرارداد باطل هستند. فرض کنيم که متصرف مالي وانمود کند که مالک آن است و با فريپ دادن طلبکار خود مال را وثيقه قراردهد. ليكن به هنگام استفاده از رهن مدعى گردد که مالک مال شخص ديگري است. در اين حالت چنانچه طرفين قرارداد صوري به اين عقد ملتزم گرددند، هيچ ضروري به طلبکار نمي رسيد؛ بلکه مال در رهن وي باقی مimanد. أما باید توجه داشت که موارد بطلان نسيي به معنای پيش گفته در حقوق ما جنبه استثنائي دارد و امری است خلاف اصول و نياز تصریح مقتن و در واقع، باطل بودن عقد وانمودشده در رابطه طرفين و اعتبار آن نسبت به ثالث مجازی است که به سادگی قابل پذيرفتن نیست. أما استفاده از مسئولیت مدنی طرفين قرارداد ناقض هیچ اصلی نیست. دادگاه به موجب اختياری که وفق ماده ۳ قانون مسئولیت مدنی دارد، می تواند در مقام جبران خسارت حکم به التزام طرفين قرارداد وانمودشده به آن بدهد. اتخاذ چنین تصميمی برای دادگاههای ما که عادت کرده‌اند خسارات را با پول جبران کنند، مشکل است. لكن به تعبيير بعضی حقوق‌دانان، برای چيره‌شدن به دشواری‌های اجتماعی و تازه نگاه داشتن حقوق کهن، اين نياز وجود دارد که گاه عادتی خرق و سنتی شکسته شود.

آچه به عنوان برآيند اين قسمت به صورت مختصر می توان گفت اين است که حکم به التزام و اجرای مفاد قرارداد باطل از باب مسئولیت مدنی، اگرچه امری غریب در نظام حقوقی ماست، ليكن در شرایطی مانند موارد پيش گفته، عادلانه‌ترین شیوه جبران خسارت يا جلوگيري از ورود خسارت است؛ امری که با تحليل صحيح در نظام حقوقی ما به راحتی قابل پذيرش است.

۱. ماده ۱۰۰ قانون تجارت «هر شركت با مسئولیت محدود که برخلاف مواد ۹۶ و ۹۷ تشکیل شده باشد باطل و از درجه اعتبار ساقط است ليكن شركا در مقابل اشخاص ثالث حق استناد به اين بطلان ندارند.»

۲. ماده ۲۷۰ لايجه اصلاحی قسمتی از قانون تجارت: «... بنا به درخواست هر ذی نفع بطلان شركت يا عملیات يا تصمیمات مذکور به حکم دادگاه اعلان خواهد شد، ليكن مؤسسین و مدیران و بازرسان و صاحبان سهام شركت نمي توانند در مقابل اشخاص ثالث به اين بطلان استناد نمایند.»

## نتیجه‌گیری

این شیوه جبران خسارت با این مزايا و اهميت، لاجرم بايستى با يك سرى دلائل توجيهى حمایت شود تا به سادگى آماج انتقاد قرار نگيرد و از طرف ديگر با تحليل صحيح، جايگاه آن در ميان روش‌های جبران خسارت مشخص و موارد صحيح استفاده آن معين گردد. در اين راستا اثبات کرديم که شیوه اتخاذشده، علاوه بر اينکه با مبانى و اصول حاكم بر نظام جبران خسارات کاملا هماهنگ است، متناسب‌ترین شیوه برای خساراتی از اين دست است و با معیار تناسب ضرر و جبران کاملاً تناسب دارد. از طرف ديگر مزیت این شیوه جبران خسارت، جامعیت و کمال آن است؛ به نحوی که زیان‌دیده را در وضعی قرار می‌دهد که گویی زیانی به وی وارد نشده است. مضافاً اينکه طرح چنین شیوه‌هایی برای جبران خسارت در کنار روش‌های سنتی و عدم پایبندی خشک و غیرمنطقی به روش‌های سنتی لازمه پویایی يك نظام حقوقی و هماهنگی با مفهوم عدالت است که اقتضای آن با توجه به شرایط، متفاوت خواهد بود. به علاوه طرح چنین روش‌هایی گشاینده دریچه‌ای برای ورود روش‌های جدیدتر و متناسب با موضوعات ديگر است که به نوبه خود به غنای قواعد يك نظام حقوقی کمک می‌کند. نکته آخر اينکه، مبنای تحليلي اين شیوه جبران خسارت و سایر روش‌های از اين دست با تئوري رابطه ديني بصورت يك كلى فى الذمه که برای تعين در تکليف خاص نيازمند حکم قضائي است، قابل توجيه بوده و مبنای ماده ۳ قانون مسئوليت مدنی از اين باب، و مبانی فقهی آن در قاعده حکومت و نهاد صلح قهری سرچشم می‌گيرد.

تبیین مصاديق قرارداد باطل که توجیه‌کننده التزام به آن از باب مسئولیت مدنی باشد، امری است بسیار مهم که می‌بايست با دقت صورت گیرد و آنچه بسا امری چنین مهم، کم اهمیت جلوه نماید. در خلال مصاديق قرارداد باطل و با توجه به تقسیم‌بندی به عمل آمده از آن، که زیان‌دیده حسب مورد طرف قرارداد باشد یا ثالث، به طبیعت خاص این نوع خسارت پی بردیم و در اثنای مباحث، شیوه‌ای مناسب برای جبران اتم و اکمل این خسارت (التزام به قرارداد باطل) تبیین گردید. به نظر می‌رسد که چنانچه در این مصاديق و موارد مشابه آن طرف یا طرف‌های عامل زیان، به رغم بطلان قرارداد بدان پایبند بمانند، زیان‌دیده در وضعیتی قرار می‌گیرد که گویی زیانی متوجه وی نشده است این در واقع غایت آمال حقوق مسئولیت مدنی است.

## منابع

- اردبیلی، احمدبن محمد، مجمع الفائده والبرهان فی شرح ارشاد الاذهان، جلد ۱۰، انتشارات اسلامی وابسته به جامعین مدرسین حوزه علمیه قم، قم، ۱۴۰۳ ق.
- انصاری، باقر، نقش قاضی در تحول نظام حقوقی، نشر میزان، چاپ دوم، ۱۳۹۲.
- ایزائلو، محسن؛ و صادق شریعتی نسب، «مطالعه تطبیقی عدم قابلیت استناد در حقوق ایران و فرانسه»، مجله حقوق خصوصی، دوره نهم، شماره دوم، پاییز و زمستان ۱۳۹۱.
- بادینی، حسن، فلسفه مسئولیت مدنی، نشر میزان، ۱۳۸۲.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، حقوق تعهدات، جلد ۱، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۶۳.
- حائری، سیدعلی بن محمد طباطبایی، ریاض المسائل فی تحقیق الاحکام بالدلایل، جلد ۹، موسسه آل البيت علیہم السلام، قم، ۱۴۱۸ ق.
- حکیم، سیدمحسن طباطبایی، نهج الفقاھ، انتشارات ۲۲ بهمن، قم، بی‌تا.
- حلی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، ارشاد الاذهان الی احکام الایمان، جلد ۱، انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم، ۱۴۱۰ ق.
- حلی، مقداد بن عبدالله سیوری، التنقیح الرائع لمختصر الشرایع، جلد ۲، انتشارات کتابخانه آیت‌الله مرعشی نجفی، قم، ۱۴۰۴ ق.
- \_\_\_\_\_، نضد القواعد الفقهیه علی مذهب الامامیه، انتشارات کتابخانه آیت‌الله مرعشی نجفی، قم، ۱۴۰۳ ق.
- خدابخشی، عبدالله، حقوق دعاوی، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۲.
- داراب‌پور، مهراب، مسئولیت‌های خارج از قرارداد، مجد، ۱۳۸۷.
- دزفولی، مرتضی بن محمد امین انصاری، کتاب المکاسب المحرمه والبیع والخیارات، جلد ۶، منشورات دارالذخیر، قم، ۱۴۱۱ ق.
- السننهوری، عبدالرازاق احمد، نظریه العقد، جلد ۱، خرسندی، ۱۳۹۱.
- طوسي، ابوجعفر محمد بن حسن، المبسوط فی فقه الامامیه، جلد ۳، المکتبه المرتضویه لاحیاء الآثار الجعفریه، چاپ سوم، ۱۳۸۷ ق.
- عاملی، سیدجواد بن محمد حسینی، مفتاح الكرامه فی شرح قواعد العلامه، جلد ۱۵، انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم، ۱۴۱۹ ق.
- عاملی، محمد بن مکی، الدروس الشرعیه فی فقه الامامیه، جلد ۳، انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم، چاپ دوم، ۱۴۱۷ ق.

- عاملی، زین الدین بن علی (شهید ثانی)، مسالک الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام، جلد ۱۸، موسسه المعارف الاسلامیه، قم، ۱۴۱۳ ق.
- عمید زنجانی، عباسعلی، موجبات ضمان، نشر میزان، تهران، ۱۳۸۲.
- کاتوزیان، ناصر، الزام‌های خارج از قرارداد: ضمان قهری، جلد های ۱ و ۲، انتشارات دانشگاه تهران، چاپ سوم، ۱۳۸۲.
- \_\_\_\_\_، حقوق مدنی: ایقاع، نشر میزان، چاپ چهارم، ۱۳۹۱.
- \_\_\_\_\_، حقوق مدنی: عقود معین، جلد ۱، شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن بربنا، چاپ هشتم، ۱۳۸۰.
- \_\_\_\_\_، حقوق مدنی: قواعد عمومی فراردادها، جلد های ۱، ۲، ۳ و ۵، شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن بربنا، چاپ پنجم، ۱۳۷۹.
- \_\_\_\_\_، «عصر تجربه و حقوق تجربی: اصول جبران خسارت در نظام حقوقی امریکا»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، شماره ۴۱، پاییز ۱۳۷۷.
- کرکی، علی بن حسین عاملی، جامع المقاصد فی شرح القواعد، جلد های ۶ و ۱۳، چاپ دوم، موسسه آل البيت علیهم السلام، قم، ۱۴۱۴ ق.
- لوراسا، میشل، مسئولیت مدنی، ترجمه محمد اشتري، نشر حقوق دان، ۱۳۷۵.
- مرقس، سلیمان، الوافی فی شرح القانوني المدنی، جلد ۱، جامعه القاهرة، قاهره، الطبعه الخامسه، ۱۹۹۲ م.
- مکارم شیرازی، ناصر، استفتات جدید، انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب عليه السلام، قم، چاپ دوم، ۱۴۲۷.
- نائینی، میرزا محمد حسین غروی، منیه الطالب فی حاشیه المکاسب، جلد ۱، المکتبه المحمدیه، تهران، ۱۳۷۳.
- نراقی، مولی احمد بن محمد مهدی، مستند الشیعه فی احکام الشریعه، جلد ۱۴، موسسه آل البيت علیهم السلام، قم، ۱۴۱۵ ق.
- نجفی، عباس بن علی (کاشف الغطاء)، النظر الثاقب و نیل الطالب، جلد ۱، مؤسسه کاشف الغطاء، قم، بی تا.
- \_\_\_\_\_، تحریر المجله، جلد ۲، المکتبه المرتضویه، قم، ۱۳۵۹.
- واحدی، جواد، گزیده متون حقوقی: قانون تعهدات سوئیس، میزان، ۱۳۸۷.

- 
- Anson, William, *Principles of the English Law of Contract and Agency in its Relation to Contract*, London, Oxford, 19th ed, 1947.
  - Traitel, Ghestin, *Law of Contract*, London, Sweet & Maxwell, 9th ed, 1995.
  - Viney, Genevieve; et Patrice Jourdain, *Traité de Droit Civil, Les Effets de la Responsabilité*, Paris, L.G.DJ, 2001.

حکم به اجرای فرادراد باطل به عنوان روشنی برای جبران خسارت

## تبیین ماهیت قرارداد رحم جایگزین

معصومه مظاہری\*

نیره پوررسول\*\*

### چکیده

در اثر پیشرفت‌های چشمگیر علم پزشکی، استفاده از درمان‌های کمکی برای غلبه بر مشکل نازایی، رو به افزایش است. یکی از روش‌های نوین درمان ناباروری، استفاده از رحم جایگزین می‌باشد. این امکان، زمانی ضرورت می‌باشد که زوجین همه عوامل دخیل در باروری را دارند، ولی به دلیل فقدان رحم سالم از داشتن فرزند محروم می‌باشند. این پدیده نوظهور، همانند دیگر دستاوردهای علمی، دارای ابعاد فقهی و حقوقی گسترده‌ای است که خود نیازمند توجه و تدقیق می‌باشد. ابهام در ماهیت قرارداد رحم جایگزین جزو چالش‌هایی است که همواره نظر صاحبان اندیشه را به خود جلب نموده است. از این رو با تطبیق ماهیت این قرارداد با عقود معینی که دارای ساختار مشابهی با قرارداد مذکور هستند، مشخص شد که قرارداد رحم جایگزین، از مجموعه‌ای تعهدات تشکیل یافته است؛ به طوری که کلیه این تعهدات را نمی‌توان ناشی از یک عقد دانست. لذا این قرارداد را باید با بهره‌گیری از اصل حاکمیت اراده و آزادی قراردادها، در زمرة عقود نامعین و ماده ۱۰ قانون مدنی به شمار آورد.

**کلیدواژه‌ها:** قرارداد رحم جایگزین، بانوی صاحب رحم، عقود معین، عقود نامعین.

mmzi5678@yahoo.com

en110ep@yahoo.com

تاریخ پذیرش: ۹۴/۰۲/۱۶

\* عضو هیأت علمی دانشگاه شهید مطهری (نویسنده مسئول)

\*\* کارشناسی ارشد حقوق خانواده دانشگاه امام صادق (ع)

تاریخ دریافت: ۹۱/۱۱/۰۷

## مقدمه

پیچیدگی‌های روابط اجتماعی و تحول اقتصادی، هر روز شکل تازه‌ای از معاملات و تعهدات را ایجاد نموده که پیش از آن نمونه‌ای نداشته است. یکی از این موارد، استفاده از رحم جایگزین به عنوان یکی از دستاوردهای نوین باروری می‌باشد که به علت نقص یا نفایص رحم زوجه بوده و با وجود توانایی زوجین در تشکیل نطفه، امکان داشتن فرزند از طرفین سلب می‌گردد. قرارداد رحم جایگزین، این امکان را به زوجین نابارور می‌دهد که نسبت به داشتن فرزند امیدوار باشند. اما از آنجا که این پدیده در اثر اراده چند شخص و توافق اراده آنها با یکدیگر، به وجود می‌آید، لذا قابلیت تعریف در ساختار عمل حقوقی عقد را دارا می‌باشد<sup>۱</sup>; زیرا توافق دو یا چند اراده است که رکن اصلی یک قرارداد را تشکیل می‌دهد.<sup>۲</sup>

اما عقود از حیث شرایط انعقاد، به دو دسته عقود معین و عقود نامعین تقسیم می‌شوند.<sup>۳</sup> در قرارداد رحم جایگزین نیز، برای جلوگیری از ایجاد ابهام برای طرفین قرارداد مذکور، شناخت ماهیت این قرارداد و بررسی قرارگیری آن در هر دسته از عقود معین یا نامعین امری ضروری تلقی می‌گردد، چرا که با شناخت ماهیت آن می‌توان به فواید ذیل دست یافت:

الف - تشخیص قواعد حاکم؛ با توجه به اینکه اغلب شرایط و آثار عقود معین، توسط قانون‌گذار در قانون مشخص گردیده است، لذا هرگاه در هر یک از عقود معین طرفین قرارداد نسبت به امری سکوت نماید و این سکوت در ادامه مشکلاتی را در راه اعمال و اجرای قرارداد به وجود آورد، منبعی دیگر به نام قانون، جهت تکمیل و تفسیر عقد مسکوت وجود دارد. به طوری که از مواد آن می‌توان در تفسیر اراده طرفین و کامل کردن عقد یاری گرفت، زیرا در عقود معین ضرورت ندارد که تمام حقوق و تکالیف طرفین در پیمان آورده شود؛ چراکه قانون‌گذار خود به چنین کاری زده و آنچه را متعارف و عادلانه یافته، به صورت قوانین تکمیلی و گاه امری آورده است. پس، همین اندازه که آنان در ارکان اصلی عقد تراضی کنند، دیگر مسائل فرعی را قانون حل می‌کند.<sup>۴</sup> در حالی که در عقود نامعین، چنین منبعی در جهت تکمیل و تفسیر

۱. امامی، حسن، حقوق مدنی، جلد چهارم، کتاب فروشی اسلامیه، چاپ دوم، ۱۳۴۷، ص. ۱۳.

۲. کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی؛ اعمال حقوقی، سهمای انتشار با همکاری بهمن بربنا، چاپ هفتم، ۱۳۷۹، ص. ۱۵.

۳. کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی؛ قواعد عمومی قراردادها، جلد اول، شرکت سهمای انتشار، چاپ هشتم، ۱۳۸۸، ص. ۸۷.

۴. کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، پیشین، صص. ۹۵ و ۹۶.

خواسته‌های طرفین و رهایی از مشکلات و مسائل ناشی از فروعات قرارداد وجود ندارد. قرارداد رحم جایگزین نیز از این امر مستثنی نیست.

ب - در بعضی از عقود معین، قانون شرایط و احکام خاصی مقرر کرده که در قواعد عمومی معاملات بیان نشده است. چنانکه مثلاً حکم مربوط به «اهمیت و اثر قبض در عقود مجانی» یا «لزوم موجود بودن سبب دین درعقد ضمان» را از هیچ‌یک از آن قواعد نمی‌توان استنباط کرد. بنابراین برای شناخت قواعد حاکم بر عقد، باید ابتدا نوع آن را مشخص نمود.<sup>۱</sup>

لیکن، پس از بررسی نوع و ماهیت قرارداد رحم جایگزین، در صورتی که این قرارداد قابلیت انطباق بر هیچ‌کدام از عقود معین را نداشته باشد، آنچه پیش رو قرار می‌گیرد، اصل حاکمیت اراده می‌باشد. از این‌رو هدف از این پژوهش آن است که با بهره‌گیری از دسته‌بندی عقود برای قرارداد رحم جایگزین- به عنوان یک پدیده نوظهور- قالبی مشخص تعیین گردد؛ به طوری که معین شود که قرارداد مذکور در زمرة کدامیک از عقود معین یا غیرمعین قرار می‌گیرد.

## ۱. بررسی قرارداد رحم جایگزین در قالب عقود معین

ماده ۱۸۳ قانون مدنی عقد را این‌گونه تعریف کرده است: «عقد عبارت است از اینکه یک یا چند نفر در مقابل یک یا چند نفر دیگر تعهد بر امری نمایند و مورد قبول آنها باشد.»

به عبارت دیگر «همکاری متقابل اراده دو یا چند شخص در ایجاد ماهیت حقوقی»<sup>۲</sup> را عقد گویند. عقد از حیث ساختار به دو نوع معین و نامعین تقسیم می‌گردد. عقودی را معین می‌نامند که در قانون نام خاص دارند و قانون‌گذار شرایط انعقاد و آثار آنها را معین کرده است.<sup>۳</sup> بر عکس، عقودی که در قانون عنوان و صورت خاصی ندارند و شرایط و آثار آن وابسته به اراده اشخاص است را عقود نامعین می‌نامند.<sup>۴</sup>

با استوارسازی قرارداد رحم جایگزین بر پایه یکی از عقود معین، دیگر نیازی به تعیین شرایط و آثار عقود نیست، چرا که این امر توسط قانون‌گذار مشخص شده است. هر چند که پیش‌بینی شرایط و آثار توسط مقتن، مانع کاربردی شدن اصل آزادی قراردادها در این عقود نخواهد بود، به طوری که به ذهن متصور شود که این اصل مختص عقود

۱. همان، ص. ۹۹.

۲. شهیدی، مهدی، حقوق مدنی: تشکیل قراردادها و تعهدات، جلد اول، انتشارات مجد، چاپ سوم، ۱۳۸۲، ص. ۳۹.

۳. کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، پیشین، ص. ۹۵.

۴. شهیدی، مهدی، حقوق مدنی، تشکیل قراردادها و تعهدات، پیشین، ص. ۷۹.



غیرمعین می‌باشد. همان‌طور که در عقود غیرمعین، قابلیت بهره‌بردن از اصول و مبانی عقود معین وجود دارد، به همین ترتیب نیز می‌توان در عقود معین به اصل آزادی قراردادها استناد نمود.<sup>۱</sup> اگرچه اصل حاکمیت اراده قابلیت استناد در عقود معین را داراست، ولی باید در اعمال این اصل محدودیت‌هایی که در صورت برخورد اراده اشخاص با قواعد و قوانین امری، امکان وقوع دارد را فراموش ننمود و بالحاظ آنها به تعديل آزادی اراده پرداخت، یعنی در استناد به آزادی اراده نباید چنان افراط کرد که به قواعد امری در عقود معین تجاوز شود.

با توجه به مطالب فوق به نظر می‌رسد که به دلیل جلوگیری از تفاسیر نامتعارف از قرارداد و بروز اختلافات، بهتر است برای بهره‌مندی از شرایط و آثاری که مقنن آن را متعارف و ضروری یافته، در ابتدا برای شناخت ماهیت قرارداد رحم جایگزین، به سراغ عقود معین رفته و با انطباق آن با عقودی که ساختاری متناسب‌تر با این قرارداد دارند، بررسی لازم صورت گیرد. در صورت عدم قابلیت انطباق به سمت ماده ۱۰ قانون مدنی رفته، تا شرایط و آثار این قرارداد طبق قواعد عمومی قراردادها و اصل حاکمیت اراده، تعیین شود.

## ۱-۱. قرارداد رحم جایگزین و عقد اجاره

عقد اجاره یکی از مهم‌ترین عقود معین محسوب می‌شود. در فقه، به عقدی اجاره گویند که متعلقش تملک منفعت معلوم در مقابل عوض معلوم باشد.<sup>۲</sup> قانون مدنی نیز با همین رویکرد بدان پرداخته و آن را به سه بخش اجاره اشیاء، اشخاص و حیوانات، تقسیم نموده است. در اینجا به دو مورد اول می‌پردازیم تا قابلیت انطباق یا عدم انطباق قرارداد رحم جایگزین با عقد مذکور را بررسی کنیم.

### ۱-۱-۱. عقد اجاره اشیاء

به استناد ماده ۴۶۶ قانون مدنی، عقد اجاره اشیاء عبارت است از عقدی که به موجب آن مستأجر مالک منافع عین مستأجره می‌شود. به عبارت دیگر موجر منافع مورد اجاره را به مستأجر تملیک می‌کند. پس موجر باید در حین عقد، مالک منفعت مذبور باشد. در غیر این صورت، این تملیک، فضولی بوده و اثر آن عدم نفوذ می‌باشد که با رضایت مالک اصلی، نافذ و در غیر آن، باطل می‌گردد. پس موجر، با واگذاری حق و سلطه‌اش نسبت به مورد اجاره به مستأجر، از این پس مستأجر جانشین مالک

۱. کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی: عقود معین، جلد ۱، شرکت سهامی انتشار، چاپ یازدهم، ۱۳۹۱، ص. ۶.

۲. جبعی عاملی، زین‌الدین بن علی (شهید ثانی)، الروضۃ البھیۃ فی شرح اللمعۃ الدمشقیۃ، جلد دوم، قم، اسماعیلیان، چاپ سوم، ۱۴۱۷ق، ص. ۱۹۱.

است و مانند او از منافع عین استفاده می‌کند<sup>۱</sup> و تحقق این تمليک هم منوط به وجود آن مال می‌باشد.<sup>۲</sup>

در قرارداد رحم جایگزین با اينکه بانوی صاحب رحم مالک رحم خود می‌باشد، اما والدین حکمی (زن و شوهری که خواستار فرزند هستند و کودک برای آنها به دنیا می‌آید) نمی‌توانند مالک منافع اعضای بدن بانوی صاحب رحم شوند. هرچند که در حقوق فعلی با توجه به عقد اجاره اشخاص، انسان می‌تواند در برابر دیگری ملتزم به انجام فعلی شود و قوانین نیز او را به اجرای این التزام وادر می‌سازد، اما سلطه‌ای که مالک منفعت به عین مستأجره دارد، در مورد انسان عملی نیست.<sup>۳</sup>

در صورتی که قرارداد رحم جایگزین در قالب عقد اجاره اشیاء گنجانده شود، بانوی صاحب رحم نسبت به پرورش جنین والدین حکمی در رحم خود معهدهد می‌گردد. در این صورت والدین حکمی باید مالک منافع رحم بانوی صاحب رحم شوند، زیرا عقد اجاره اشیاء عقدی تمليکی است و باعث می‌شود که در اثر آن مستأجر مالک منافع عین مستأجره شود. از طرف دیگر هم ماده ۴۷۶ قانون مدنی بیان داشته که موجر باید عین مستأجره را تسلیم مستأجر نماید. در تعریف تسلیم، ماده ۳۶۷ قانون مدنی بیان داشته که تسلیم عبارت است از دادن مبیع به تصرف مشتری به نحوی که ممکن از انحصار تصرفات و انتفاعات باشد. از این رو با اعقاد عقد اجاره مستأجر مالک منفعت عین مستأجره در مدت اجاره خواهد شد؛ پس بنابر قاعده سلطنت حق استیفاء منفعت را دارد و این استیفا نیز متوقف بر تسلیم عین مستأجره است (حتی اگر نفعه در رحم مستقر گردد). گذشته از آن مقتضای قاعده سلطنت نیز ایجاب می‌نماید که دیگری بر مال وی مسلط نباشد.<sup>۴</sup>

در نتیجه با آنچه گفته شد نمی‌توان در قرارداد رحم جایگزین، از بانوی صاحب رحم (موجر)، خواست که اعضای بدن خود (مورد اجاره) را، به تصرف والدین حکمی (مستأجر) تسلیم نماید، به نحوی که آنها ممکن از انتفاع معهود از اجاره شوند. بهویژه عموم قاعده «الناس مسلطون علی اموالهم» هم مقتضی است که ملک هر کسی تسلیم وی شود تا بتواند انتفاع معهود از آن ببرد و حقیقت تسلیط بر مال محقق شود. مقتضای این قاعده این است که مستأجر بتواند در جهت انتفاع معهود در ملک خود تصرف کند و این مستلزم تسلیم مال به وی است، چرا که تسلیم منفعت جدای از عین

۱. کاتوزیان، ناصر، عقود معین، جلد ۱، پیشین، ص. ۳۵۹.

۲. نجفی، محمدحسن، جواهر الکلام، بیروت، دار الحیاء للتراث العربي، چاپ هفتم، ۱۹۸۰، ص. ۲۷۱.

۳. کاتوزیان، ناصر، عقود معین، جلد ۱، پیشین، ص. ۵۶۸.

۴. حائزی شاباغ، سیدعلی، شرح قانون مدنی، جلد ۱، تهران، گنج دانش، چاپ سوم، ۱۳۸۰، ص. ۲۵۷.

امکان ندارد. برای اینکه منافع از اعراض می‌باشند و قائم بالذات نیستند و ممکن است بر عین می‌باشند، لذا برای تسلیم منفعت باید عین را تسلیم کرد. از این رو بانوی صاحب رحم نمی‌تواند اعضای بدن خود را تسلیم والدین حکمی به مفهوم حقوقی آن نماید. از طرفی نیز منفعت اعضای بدن انسان را با منفعت سایر اموال نمی‌توان مانند کرد.<sup>۱</sup> اینک پس از روشن شدن عدم تطابق عقد اجاره اشیاء با قرارداد رحم جایگزین، قسم بعدی عقد اجاره مورد بررسی قرار می‌گیرد.

### ۱-۲-۱. عقد اجاره اشخاص

با توجه به قوانین موضوعه مشخص می‌گردد که قانون مدنی تعریفی از اجاره انسان ننموده و پس از تعریف اجاره در ماده ۴۶۶ قانون مدنی و احصاء اقسام آن در ماده ۴۶۷ همان قانون، اجاره انسان را یکی از اقسام اجاره به شمار آورده است. لذا در تعاریف حقوق‌دانان این گونه آمده است: «اجاره اشخاص عقدی است معمول، که به موجب آن شخصی در برابر اجرت معین ملتزم می‌شود، کاری انجام دهد.»<sup>۲</sup>

با استعانت از تعریف عقد اجاره در ماده ۴۶۶ قانون مدنی، به نظر می‌رسد که اجاره اشخاص نیز در زمرة عقود تملیکی<sup>۳</sup> قرار گرفته است و باید گفت: «اجاره اشخاص عقدی است که به موجب آن مستأجر مالک منافع اجیر می‌شود و به وسیله آن منافع اجیر با عوض معین مبادله می‌شود.»<sup>۴</sup>

از این رو عقد اجاره نه تنها عقدی تملیکی است بلکه عقدی عوض نیز محسوب می‌گردد، زیرا مقتضای ذات عقد اجاره و یکی از عناصر اصلی آن عقد وجود عوض می‌باشد و عدم تعیین اجاره و یا توافق بر بی‌عوض بودن آن عقد اجاره را باطل می‌کند. پس طرفین با قرارداد خصوصی نیز نمی‌توانند وصف مذکور را از عقد اجاره بگیرند.<sup>۵</sup>

در فقه و حقوق ایران، با احصا شدن اجاره اشخاص در زمرة انواع اجاره‌ها، منفعت بودن نیروی کار انسان و اینکه اجیر می‌تواند به موجب آن منافع یا منفعت خاصی را از خود در برابر اجرت معینی، برای مدت معینی، به مستأجر تملیک کند و یا اینکه در برابر اجرت معینی انجام دادن کاری را بر عهده بگیرد، پذیرفته شده است.<sup>۶</sup>

در قرارداد رحم جایگزین نیز، بانوی صاحب رحم، منفعت رحم خویش را در برابر اجرت معینی، در مدتی به والدین حکمی تملیک می‌نماید. اما به کار بردن این مالکیت

۱. نائبزاده، عباس، بررسی حقوق روش‌های نوین باروری مصنوعی، انتشارات مجده، ۱۳۸۰، ص. ۱۵۴.
۲. کاتوزیان، ناصر، عقود معین، جلد ۱، پیشین، ص. ۵۵۷.
۳. حلی، ای منصور حسن بن یوسف بن طهر، تذکرہ الفقهاء، جلد دوم، قم، آل‌البیت، ۱۴۱۴ ق، ص. ۲۹۰ و ۲۹۱.
۴. کاتوزیان، ناصر، عقود معین، جلد ۱، پیشین، ص. ۵۶۷.
۵. کاتوزیان، ناصر، عقود معین، جلد ۱، پیشین، ص. ۳۵۱.
۶. علیزاده، مهدی، ماهیت قرارداد استفاده از رحم جایگزین، مجله تخصصی الهیات و حقوق، شماره ۲۳، ۱۳۸۶، ص. ۱۵۶.

در معنای اصلی آن یعنی همان مالک نمودن و مسلط ساختن مستأجر بر مورد اجاره به منظور انتفاع مورد تردید است، زیرا منافع اعضای بدن انسان جزء حقوق شخصیت بوده و قابلیت تمیلیک را ندارند. برای همین بهتر است انواع اجیر را مشخص نموده و وضع آنها را جداگانه بررسی نمود.

### ۱-۲-۱. اجیر عام

در این قسم از اجاره باید بیان کرد که در صورت منفعت بودن نیروی کار انسان، دیگر منافع معین، مورد تمیلیک قرار نمی‌گیرند، زیرا موضوع عقد، حاصل کار در زمان معین نیست و اگر هم زمان انجام کار معین باشد، قرارداد بدون قید مباشرت اجیر بسته می‌شود. پس کار مورد تعهد می‌تواند به وسیله شخص ناشناسی انجام داده شود. بر خلاف اجیر خاص که انجام کار موضوع توافق مقید به مباشرت است.

در قرارداد رحم جایگزین هم به دلیل اینکه نمی‌توان تمام باروری‌ها را به مدتی معین ختم نمود، پس حاصل کار در زمان معین نیست؛ زیرا حداقل مهلت حمل طبق نظر مشهور فقهای امامیه، شش ماه است<sup>۱</sup> اما در مورد حداکثر آن اختلاف نظر وجود دارد. مشهور فقهای امامیه حداکثر مدت حمل را، نه ماه از تاریخ نزدیکی،<sup>۲</sup> برخی یک سال<sup>۳</sup> و برخی دیگر ده ماه<sup>۴</sup> قرار داده‌اند. قانون مدنی نیز در این زمینه در مدت حداقل حمل، از نظر مشهور متابعت کرده و مدت آن را شش ماه قرارداده است، ولی در مورد حداکثر حمل، برخلاف نظر مشهور فقهای امامیه، مدت آن را ده ماه قرارداده است.<sup>۵</sup> زیرا برخی حقوق‌دانان معتقدند مدت ده ماه را حل معقولی است که با داده‌های علمی مطابقت دارد.<sup>۶</sup> لذا مدت حمل و تولد طفل دارای نوسان است و نمی‌توان در این قرارداد مدت زمانی برای حاصل کار تعیین نمود و بانوی صاحب رحم در برابر اجرت معینی، انجام دادن کاری که عبارت است از پرورش جنین را بر عهده می‌گیرد. با این حال در این قرارداد، مباشرت اجیر امری ضروری تلقی می‌گردد، زیرا اجیر (بانوی صاحب رحم) به عنوان یکی از طرفین قرارداد تعهداتی را به عهده می‌گیرد، به عنوان مثال وی وظیفه

۱. جبعی عامی، زین الدین بن علی (شهید ثانی)، مسالک الافهام الى تنقیح شرایع الاسلام، جلد ۸، قم، المعارف الاسلامیة، ۱۴۱۶ق، ص. ۳۷۳.

۲. نجفی، محمدحسن، جواهرالکلام، جلد ۳۱، بیروت، دار الحیاء التراث العربي، چاپ هفتم، ۱۹۸۰م، صص. ۲۲۴ و ۲۲۵.

۳. جبعی عامی، مسالک الافهام الى تنقیح شرایع الاسلام، جلد ۸، پیشین، ص. ۳۷۶.

۴. طووسی، ابی جعفر محمد ابن الحسن، مبسوط فی فقه الامامیه، جلد ۸، صدریه، چاپ سوم، ۱۳۸۷ق، ص. ۳۰۵.

۵. ماده ۱۱۵۸ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «طفل متولد در زمان زوجیت متعلق به شوهر است، مشروط بر اینکه از تاریخ نزدیکی تا زمان تولد کمتر از شش ماه و بیشتر از ده ماه نگذشته باشد.»

۶. صفائی، حسین؛ و اسدالله امامی، حقوق خانواده، جلد ۲، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۷۴، ص. ۵۱.

حمل جنین و به دنیا آوردن طفل را به عهده می‌گیرد و متعهد می‌گردد که به مجرد به دنیا آمدن طفل رابطه خود با آن را قطع نماید.<sup>۱</sup> همچنین بانوی صاحب رحم علاوه بر اینکه برای پذیرش این تعهدات باید از اهلیت لازم اعم از اهلیت عام و اهلیت خاص برخوردار باشد، از نظر جسمی نیز باید سالم باشد و از نظر ابتلا به بیماری‌های واگیردار مثل ایدز و هپاتیت باید دقیقاً بررسی شود.<sup>۲</sup> لذا مباشرت وی به عنوان فردی که دارای اهلیت لازم بوده و سپس مورد آرمایشات پزشکی و روانی قرار گرفته است و النهایه به عنوان طرف قرارداد رحم جایگزین متعهد محسوب شده، امری لازم و ضروری تلقی می‌گردد، به خصوص که در بعضی مواقع شخصیت بانوی صاحب رحم علت عدمه عقد محسوب می‌گردد و والدین حکمی به دلیل وجود وصف خاصی در بانوی صاحب رحم وی را برای جایگزینی به عنوان طرف قرارداد می‌پذیرند.

### ۱-۲-۱-۲- اجیر خاص

در این قسم، نیروی کاری که موضوع عقد واقع می‌شود، معین است و این نیرو باید در نتیجه تصمیم اجیر و توسط وی حاصل شود. لذا برخلاف قسم قبلی، خود اجیر باید کار را انجام دهد،<sup>۳</sup> یعنی منفعت اجیر از شخصیت او جدا نبوده و تابع اراده وی است. پس مالک بودن چنین منفعتی به منزله مالک بودن خود اجیر می‌باشد.<sup>۴</sup> در قرارداد رحم جایگزین نیز منفعت رحم بانوی صاحب رحم، به عنوان اجیر خاص، وابسته به اوست و مالک نمودن والدین حکمی بر منفعت رحم وی، به منزله مالک نمودن آنها بر خود بانوی داوطلب جایگزینی است. به همین جهت باید از نظر دیگری یاری جست؛ اینکه اجاره اشخاص عقدی عهدی است نه تمليکی. به همین مناسبت، ماده ۳۰ قانون کار نیز «قرارداد کار» را عهدی دانسته و آن را این‌گونه تعریف کرده است: «قرارداد کار عبارتست از قرارداد کتبی یا شفاهی که به موجب آن، کارگر متعهد می‌شود در قبال دریافت مزد، کاری را برای مدت معین یا نامحدودی برای کارفرما انجام دهد».

از این رو با عهدی دانستن عقد اجاره اشخاص اگر ماهیت قرارداد رحم جایگزین در قالب اجاره اشخاص گنجانده شود، این قرارداد نیز به تبع آن عقدی عهدی می‌گردد نه تمليکی. همان‌طور که قبلاً بیان شد موضع بودن، مقتضای ذات عقد اجاره است و در نتیجه بهره‌برداری از منافع آن رایگان نیست.<sup>۵</sup> قرارداد رحم جایگزین با تبعیت از عقد

۱. نائب‌زاده، عباس، پیشین، ص. ۹۶.

۲. جلالیان، محمدتقی، صحت قرارداد استفاده از رحم جایگزین، در: رحم جایگزین، سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاهها (سمت)، ۱۳۸۶، ص. ۳۳۱.

۳. جبعی عاملی، روضه البهیه فی شرح اللمعه الدمشقیه، پیشین، ص. ۱۹۷.

۴. کاتوزیان، ناصر، عقود معین، جلد ۱، پیشین، ص. ۵۶۷.

۵. کاتوزیان، ناصر، قانون مدنی در نظام حقوق کنونی، نشر میزان، چاپ بیستم، ۱۳۸۷، ص. ۳۳۷.

اجاره، عقدی معوض تلقی می‌گردد، زیرا شخص به موجب آن در برابر دیگری تعهد می‌کند که کاری را در قبال اخذ اجرتی معین انجام دهد. در این صورت، قراردادهای نوع دوستانه به دلیل خاصیت بلاعوض بودن و یا عدم وجود شرط عوض، در قالب عقد اجاره قرار نمی‌گیرند، چون عوض، شرط صحت این عقد است و وجود اجاره‌ها، جزء ارکان این عقد محسوب می‌شود.<sup>۱</sup> در حالی که در رابطه‌ای که اجرت معین نشود این رابطه، تابع احکام استیفاء می‌باشد،<sup>۲</sup> زیرا ماده ۳۳۶ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «هرگاه کسی بر حسب امر دیگری اقدام به عملی نماید که عرف‌آورای آن عمل اجرتی بوده و یا آن شخص عادتاً مهیای آن عمل باشد، عامل مستحق اجرت عمل خود خواهد بود؛ مگر اینکه معلوم باشد که قصد تبعیغ داشته است.» برخلاف اجاره اشخاص که از لحاظ شرایط انعقاد و درستی عقد، تابع قواعد عمومی قراردادهای است.

عدهای معتقدند که در بین عقود معین، این ساختار عقد اجاره اشخاص می‌باشد که دارای تطابق بهتری با ساختار قرارداد رحم جایگزین است و استدلال کسانی که قالب عقد نامعین را برای این قرارداد پذیرفته‌اند، زیر سوال برده‌اند،<sup>۳</sup> زیرا موافقان ماده ۱۰ قانون مدنی معتقدند که منفعت موضوع قرارداد رحم جایگزین، کارکرد طبیعی رحم بانوی صاحب آن در پرورش جنین است و جزء وجود و شخصیت بانوی صاحب رحم محسوب می‌گردد. در نتیجه والدین حکمی نمی‌توانند مالک این منافع شوند، چون این مالکیت به منزله مالکیت بانوی صاحب رحم است و هیچ کس حق ندارد فرد دیگری را طبق یک قرارداد مالک خود نماید.<sup>۴</sup> قائلان به عقد اجاره بیان می‌دارند که موضوع منفعت بودن نیروی کار انسان و نیز اجاره تلقی شدن اجاره اشخاص تحت عنوان یکی از اجاره‌ها از سوی قانون‌گذار، بیانگر این امر است که صرف جزء وجود و شخصیت بودن منفعتی، مانع از متعلق حکم وضعی قرار گرفتن آن منفعت نمی‌شود، مگر آنکه منع خاص و نص صریح درباره منفعتی وجود داشته باشد. همچنین با استناد به فتواهای<sup>۵</sup> در تأیید نظر خود مبنی بر جواز اجیر کردن زن برای ارضاع (شیردادن) و رضاع (شیرخوردن)، معتقدند که منفعت موضوع اجاره زن برای شیر دادن نوزاد و به بیان دیگر قرارداد جایگزینی در شیردهی، کارکرد طبیعی پستان مادر رضاعی در تولید شیر

۱. حلی، ابی منصور حسن بن یوسف بن مطهر (علامه حلی)، تحریر الاحکام، جلد اول، قم، نشر امام الصادق، چاپ دوم، ۱۴۲۱ ق، ص. ۲۲۴.

۲. کاتوزیان، عقود معین، جلد ۱، پیشین، ص. ۵۷۵.

۳. حمالله‌ی، عاصف؛ و محمد روشن، بررسی تطبیقی فقهی حقوقی قرارداد استفاده از رحم جایگزین، انتشارات مجده، ۱۳۸۸، ص. ۱۴۶.

۴. نائب‌زاده، عباس، پیشین، ص. ۱۵۵.

۵. موسوی خمینی، روح‌الله، تحریرالوسلة، جلد ۱، قم، موسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، ۱۳۹۰ ق، ص. ۵۷۰.

می باشد و این منفعت نیز جزء وجود و شخصیت مادر رضاعی می باشد.<sup>۱</sup> پس بانوی صاحب رحم همان طور که منفعت پستان خود را اجاره می دهد، رحمش را نیز می تواند اجاره دهد.<sup>۲</sup>

هر چند در هریک از این نظرها، منفعت جزء وجود و شخصیت بانوی صاحب رحم محسوب می شود، ولی در مسئله رضاع، شیر فرآورده بدن محسوب شده و جزء منافع منفصل بدن است، در حالی که منفعت رحم، متصل به بدن می باشد و وجود آن قائم به وجود بانوی صاحب رحم است. یعنی شیر خوردن مستقیم از پستان باعث ایجاد رضاع می شود و مفهوم مخالف آن، عدم خوردن شیر به طور مستقیم را باعث رضاع نمی داند. پس می توان به طور غیر مستقیم، از طریق خارج کردن شیر از پستان به عنوان منفعت منفصل از بدن، به طفل شیر داد و مکیدن مستقیم شرط رضاع است نه مرضعه و ارضاع. اکثریت فقهای امامیه برای نشر حرمت به وسیله رضاع معتقدند که طفل باید شیر را مستقیماً از سینه مرضعه بمکد، و اگر شیر را در دهان وی بربزند یا شیر دوشیده شده را بخورد، نشر حرمت نمی گردد. ماده ۱۰۴۶ قانون مدنی نیز به تبعیت از مشهور فقهای امامیه بر لزوم این شرط تصریح می نماید. لذا در مسئله رضاع، هدف دادن شیر مرضعه به طفل به هر صورتی اعم از مستقیم و غیرمستقیم از پستان می باشد، در حالی که منفعت رحم بانوی داوطلب جایگزینی متصل به رحمش بوده و مانند شیر مرضعه قابلیت انفال را ندارد.

بنابراین باید گفت که عمیق، وسیع و پیچیده بودن مسائل مطروح در رحم جایگزین، فرصت مقایسه آن با مسائل مطرح در رضاع را می گیرد، به خصوص که این کار در حال تبدیل شدن به یک صنعت می باشد. با این حال، با تتبیع اجمالی باید بیان کرد که هر مقدار که تلاش شود، ساختار این قرارداد را به دلیل تشابه، با عقد اجاره اشخاص منطبق نمود، همچنان اشکالاتی عده وجود دارد که در ادامه بدان اشاره می گردد.

اولاً در اجاره اشخاص تسليم منفعت با انجام دادن کار موضوع تعهد و تسليم کالای مصنوع میسر است و اگر موضوع تعهد قبل از آن تلف شود، اجیر حقی بر اجرت ندارد.<sup>۳</sup> چرا که اجیر پیش از پایان کار حق ندارد از مستأجر مطالبه اجرت نماید، مگر اینکه در این باب قراری گذارده شود. بنابراین در قرارداد رحم جایگزین اگر جنین قبل از تولد سقط شود، طبق قاعده بالا، دیگر بانوی صاحب رحم مستحق اجرت نیست، زیرا

۱. حمدالهی و روشن، پیشین، ص. ۱۴۶.

۲. بطحایی گلپایگانی، هاشم، تحقیقی پیرامون تولد بدون مناکحت، روش‌های نوین تولید مثل انسانی از دیدگاه فقه و حقوق، سازمان مطالعه و تدوین علوم انسانی (سمت)، چاپ دوم، ۱۳۸۲، ص. ۳۸۴.

۳. کاتوزیان، عقود معین، جلد ۱، پیشین، ص. ۵۸۵.

او به تعهد خود که همان نگهداری و پرورش جنین بوده، عمل نکرده است، در حالی که عدم استحقاق بر اجرت به دلیل تحمل مشقات این کار امری عادلانه محسوب نمی‌گردد. اجیر پیش از پایان کار حق ندارد از مستأجر مطالبه اجرت نماید، مگر اینکه در این باب قراری گذارده شود.<sup>۱</sup> در غیر این صورت این بانوی صاحب رحم است که متحمل این مشقت خواهد شد.

ثانیاً - از آنجا که قرارداد رحم جایگزین به دو نوع تجاری<sup>۲</sup> و نوع دوستانه<sup>۳</sup> تقسیم می‌شود، بسیاری از عالمان روانشناسی، جامعه‌شناسی و فلسفه، توصیه بر استفاده از قرارداد رحم جایگزین نوع دوستانه، به دلیل حفظ اصل اصیل کرامت انسانی می‌نمایند. اما با اجاره دانستن ماهیت قرارداد رحم جایگزین، این نوع قرارداد که دارای ماهیت غیرمعوض می‌باشد، از قالب عقد اجاره اشخاص خارج می‌گردد، زیرا وجود عوض یکی از ارکان این عقد محسوب می‌گردد.

ثالثاً - قرارداد رحم جایگزین، از مجموعه‌ای از تعهدات تشکیل یافته است، به طوری که کلیه این تعهدات را نمی‌توان ناشی از عقد اجاره اشخاص دانست و فقط بخشی از تعهدات مرتبط با اجاره اشخاص است که در بحث عقود نامعین به این مسئله پرداخته خواهد شد.

رابعاً - قرارداد رحم جایگزین، از نظر اثر قراداد، پیامون لزوم و جوان، با عقد اجاره اشخاص فرق دارد. عقد اجاره اشخاص عقدی لازم محسوب می‌گردد. اما از آنجا که با انجام فرایند انتقال جنین، اراده اشخاص در روند ادامه یا عدم آن جایگاهی ندارد و این قانون است که جز در موارد استثناء، طرفین را به ادامه این کار ملزم می‌نماید. بدین صورت عدم رضایت طرفین و ادامه اجباری بارداری تأثیرات مضری برای سلامت جنین به بار می‌آورد، لذا بهتر است که این قرارداد به دو مرحله تقسیم شود:

اول - مرحله قبل از انتقال جنین: در این مرحله عقد جایز بوده و طرفین حق فسخ دارند.

دوم - مرحله بعد از انتقال جنین: در این مرحله عقد لازم است و با توجه به اصل اصالت اللزوم و قاعده لزوم، طرفین حق فسخ قرارداد را ندارند؛ مگر در موارد سقط درمانی.

۱. همان، ص. ۵۸۴.

۲. در این حالت، بانوی صاحب رحم که معمولاً فردی غریبه است و توسط واسطه‌های حرفه‌ای معرفی می‌شود، در ازای دریافت پول از والدین حکمی، حاضر به ایفای نقش مادر جایگزین می‌شود.

۳. در این حالت، بانوی صاحب رحم که معمولاً از بستگان نزدیک یا دوستان صمیمی یکی از والدین حکمی یا هردوی آنهاست، بدون دریافت پولی - غیر از جبران منطقی هزینه‌های تحمیل شده در اثر بارداری و زایمان - و از روی محبت و نوع دوستی نسبت به والدین حکمی، حاضر به ایفای نقش مادر جایگزین می‌شود.

بنابراین با توجه به آنچه بیان شد، دیگر نمی‌توان از نظر کسانی که قرارداد رحم جایگزین را در قالب عقد اجاره تعبیر می‌نمایند،<sup>۱</sup> پیروی نمود.

## ۱- قرارداد رحم جایگزین و عقد جuale

جعلale در شرع صیغه‌ای است که فایده‌اش، به دست آوردن منفعت در مقابل عوض می‌باشد. بر همین مبنای، قانون مدنی در ماده ۵۶۱ مقرر می‌دارد: جعاله عبارت است از، التزام شخصی به ادائی اجرت معلوم در مقابل عملی، اعم از اینکه طرف معین باشد و یا غیرمعین.

پس جعاله این‌گونه است که عامل به موجب این عقد ملزم می‌شود تا عملی را در برابر پاداش یا اجرت معلوم انجام دهد. ولی عامل ممکن است معین (جعلale خاص) باشد و یا غیرمعین (جعلale عام)<sup>۲</sup> باشد.<sup>۳</sup> طبق این تعریف این‌طور به نظر می‌آید که ساختار عقد جعاله نیز به عنوان یکی از عقود معین قابلیت انطباق با قرارداد رحم جایگزین به علت التزام والدین حکمی به ادائی اجرتی معلوم در مقابل عمل بارداری را دارد و بانوی صاحب رحم، که فردی معین می‌باشد، از طریق عقد جعاله خاص ملزم به عمل پرورش جنین در برابر آن اجرت یا پاداش معین خواهد بود. اما با تبع و بررسی، دلایل ممتنع به نظر می‌رسد.

اولاً- بر اساس ماده ۵۶۷ قانون مدنی، عامل وقتی مستحق جعل می‌شود که متعلق جعاله را تسليم کرده باشد و بانوی صاحب رحم هم زمانی می‌تواند اجرت عمل خود را دریافت کند که طفل را تحويل داده باشد. اما این موضوع مستلزم پرداخت مخارجی است که طی دوران بارداری هزینه شده است. در نتیجه، این مخارج اعم از هزینه‌های درمانی و تقویت جسمانی به بانوی صاحب رحم تحمیل می‌گردد، زیرا در عقد جعاله، مخارجی که برای انجام عمل مورد جعاله لازم است به عهده عامل (بانوی صاحب رحم) می‌باشد، مگر آنکه عرف محل یا اراده طرفین، خلاف آن را شرط کنند، زیرا عامل، تعهد به انجام عمل مورد جعاله نموده و تعهد برای هر امری تعهد بر لوازم آن نیز است و یکی از لوازم آن پرداخت مخارج انجام عمل است.<sup>۴</sup>

۱. شهیدی، مهدی، وضعیت حقوقی کودک آزمایشگاهی، پیشین، ص. ۱۹۶؛ مهرپور، حسین، پیشین، ص. ۱۷۱؛ گواهی، زهراء، بررسی احکام وضعی استفاده از رحم جایگزین، در: رحم جایگزین، سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاهها (سمت)، ۱۳۸۶، ص. ۱۲۳.

۲. حلی، تذکره الفقهاء، پیشین، ص. ۲۸۴.

۳. کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی: عقود معین، جلد ۲، گنج دانش، چاپ هشتم، ۱۳۸۸، ص. ۲۶۸.

۴. همان، ص. ۲۴۰.

ثانیاً - مهم‌ترین ایرادی که باعث می‌شود که موضوع جایگزینی در قالب عقد جuale نگنجد این است که جuale عقدی جایز است. جاعل و عامل می‌توانند هرگاه بخواهند آن را برابر هم زنند. حال آنکه پایبندی طرفین قرارداد رحم جایگزین به تعهدات خویش، بسیار حائز اهمیت است. هر چند برخی بیان کرده‌اند که این امکان وجود دارد که طرفین، آن را در ضمن عقد لازمی بیاورند. اما از آنجا که کلیه عقود جایزه به موت، جنون و سفه احد طرفین منفسخ می‌شود و حتی اگر عدم عزل و کیل هم در ضمن عقد لازمی شرط شده باشد، اعتبار چنین وکالتی با موت، جنون و سفه هر یک از وکیل و موکل، از بین رفته و منفسخ می‌شود.<sup>۱</sup> بنابراین در صورتی که بانوی صاحب رحم، دچار جنون یا سفه شود باید قرارداد رحم جایگزین، که در قالب عقد جایزی منعقد شده ولی در ضمن عقد لازم آمده است، منفسخ شود. در حالی که هیچ کدام از این موارد، مجوز سقط در بارداری محسوب نمی‌شود. پس، از نظر حقوقی، عقد منفسخ می‌شود. ولی بانوی صاحب رحم به دلیل عدم جواز سقط باید جنون را حمل نماید. در صورتی که با از بین رفتن قرارداد بین طرفین، دیگر لزومی به پایبندی بانوی صاحب رحم به تعهدات قراردادی وجود ندارد.

### ۱-۳. قرارداد رحم جایگزین و عقد ودیعه

مطابق ماده ۶۰۷ قانون مدنی، ودیعه عقدی است که بهموجب آن یک نفر مال خود را به دیگری می‌سپارد تا به صورت مجانی نگاه دارد. هدف اصلی از انعقاد عقد ودیعه، سپردن مال به دیگری برای نگهداری است. بدین‌ترتیب، ودیعه نوعی استنابه بهمنظور حفظ مال محسوب می‌شود. یعنی امین بدین وسیله نایب مالک برای حفظ مال می‌گردد.<sup>۲</sup>

بنابراین جوهر و مقتضای این عقد در این خلاصه می‌شود که مالی بهمنظور نگهداری به دیگری سپرده شود و گیرنده آن را حفظ کند و با نخستین مطالبه صاحبش به وی بازگرداند، زیرا در عقد ودیعه، مودع، موضوع ودیعه را به مستودع یا امینی می‌سپارد تا وی به رایگان از آن نگهداری نماید و مستودع نیز از سوی مودع، دارای نیابت در نگهداری مورد ودیعه و متعهد به این نیابت است.<sup>۳</sup> هرچند در مواردی، امین به عنوان لازمه انجام این تعهد اصلی باید خدمت یا خدمات فرعی دیگری - مثل غذا دادن به حیوانی که به امانت سپرده شده است - را نیز انجام دهد.<sup>۴</sup> لذا به همین

۱. افتخاری، حوال، کلیات عقود و حقوق تعهدات، نشر میزان، ۱۳۸۲، ص. ۳۷.

۲. جبعی عاملی، الروضه البهیه فی شرح اللمعه الدمشقیه، بیشین، ص. ۲۲۹.

۳. کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی: عقود معین، جلد ۴، شرکت سهامی انتشار، چاپ ششم، ۱۳۸۹، ص. ۸.

۴. همان، ص. ۲۵.



جهت اگر معلوم شود که در عقدی مقصود اصلی طرفین نگهداری مال نیست، رابطه آنها تابع قواعد مربوط به ودیعه نمی‌باشد.

بنابراین با توضیحات داده شده می‌توان بیان داشت که:

اولاً - در عقد ودیعه جهت اصلی عقد و قصد مشترک طرفین، نگهداری می‌باشد، یعنی نیابت باید مقصود اصلی باشد. در حالی که در قرارداد رحم جایگزین، نگهداری نطفه به عنوان این جهت مدنظر نیست. به عبارت دیگر، عمل سپردن جنین به منظور پرورش آن در رحم انجام می‌گیرد نه برای نگهداری. پس مسلم است که بانوی صاحب رحم نیز به قصد پرورش جنین در رحم خویش آن را می‌پذیرد نه اینکه از آن نگهداری کرده و هر وقت مورد مطالبه قرارگرفت، عودت دهد. چون سپردن جنین به بانوی صاحب رحم، به عنوان لازمه تعهد اصلی - که همان پرورش جنین است - بوده و بانوی صاحب رحم، نگهداری از نطفه را به عنوان تعهد فرعی به عهده می‌گیرد.<sup>۱</sup>

ثانیاً - صدق عنوان رایگان بودن در ماده ۶۰۷ قانون مدنی باعث می‌شود که عقد ودیعه ناظر به نوعی از قراردادهای جایگزینی گردد که دارای جنبه بلاعوض می‌باشد؛ یعنی فقط قراردادهای نوع دوستانه را شامل می‌شود و جنبه تجاری در این قالب نمی‌گنجد.

ثالثاً - ودیعه عقدی جایز است و مانند عقد جuale، طرفین می‌توانند هر وقت که بخواهند آن را فسخ کنند.

رابعاً - سپردن و تسلیم مال در ماده ۶۰۷ قانون مدنی، شرط پیدایش ودیعه است. پس موعد باید شیء منقولی را به دیگری بسپارد و این تسلیم مادی شیء است که مستودع را متوجه تعهداتش از جهت نگهداری و پس دادن می‌نماید.<sup>۲</sup> هرچند در قرارداد رحم جایگزین، جنین والدین حکمی (موعد) به صورت منقول بوده و از طریق انتقال به رحم بانوی جایگزین (مستودع) تسلیم می‌شود. اما به محض انتقال، جنین مذکور ماهیت منقول خود را از دست داده و تبدیل به غیرمنقول شده و در نتیجه دیگر والدین حکمی نمی‌توانند هر وقت که بخواهند آن را مطالبه نمایند؛ تا زمانی که جنین متولد شده و دوباره به حالت منقول باز گردد.

هر چند که مقررات مربوط به امانت، مانند عدم ضمانت بانوی صاحب رحم، در صورت عدم تعدی و تغیریط وی، در قرارداد رحم جایگزین نیز جاری است، لیکن از طریق استنادات مذکور می‌توان به عدم انطباق قرارداد رحم جایگزین با ساختار عقد ودیعه پی برد.

۱. نائبزاده، عباس، پیشین، ص. ۱۵۶.

۲. کاشانی، محمود، حقوق مدنی: قراردادهای ویژه، نشر میزان، ۱۳۸۸، ص. ۱۶۱.

## ۱-۴. قرارداد رحم جایگزین و عقد عاریه

ماده ۶۳۵ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «عاریه عقدی است که به موجب آن، احمد طرفین به طرف دیگر اجازه می‌دهد که از عین مال او مجاناً منتفع شود. عاریهدهنده را معیر و عاریه‌گیرنده را مستعیر گویند.» قانون مدنی در این ماده به پیروی از مشهور فقهاء<sup>۱</sup> عاریه را به عنوان یک عقد می‌پذیرد و اثر آن را اجازه انتفاع بیان می‌دارد. یعنی عقد عاریه نه تملیک منفعت است نه دادن حق انتفاع، بلکه انتفاع بر مبنای اذن است. اینک اگر قرارداد رحم جایگزین بخواهد در قالب عقد عاریه قرار گیرد، بانوی صاحب رحم (معیر) طبق این عقد، اجازه انتفاع از رحم خود را به والدین حکمی (مستعیر) به طور رایگان می‌دهد تا از منفعت آن عضو بدن بهره ببرند. لذا جوهر و مقتضای عقد عاریه، اجازه انتفاع است که به صورت رایگان واگذار می‌گردد و از آنجا که مبنای آن تبرّع و احسان است، بنابراین به ذهن این‌گونه متبار می‌گردد که قراردادهای نوع دوستانه را باید در این قالب پنداشت و از آنجا که در این عقد می‌توان شرط عوض نمود، پس نوع تجاري قراردادهای جایگزینی رحم را نیز در بر می‌گیرد. اما با دلایلی باید گفت که تحقق این تصور ذهنی کمنگ است، زیرا:

اولاً - امکان شرط عوض در صورتی است که عوض جنبه فرعی و تبعی پیدا کند، زیرا در جایی که انتفاع از مالی در برابر عوض قرار گیرد، دیگر دارای ماهیت عاریه نیست. بنابراین در آنجایی که قرارداد رحم جایگزین صورت تجاري دارد عوض جزء ارکان اصلی آن قرارداد است و نه رکن تبعی و فرعی تا بتوان این قرارداد را در قالب عقد عاریه شمرد.

ثانیاً - تسليم مورد عاریه شرط تحقق تعهد است،<sup>۲</sup> لذا تسليم مورد عاریه (رحم)، توسط معیر (بانوی صاحب رحم) و قبض آن توسط مستعیر (والدین حکمی) و امکان رد آن قرارداد رحم جایگزین را از قالب عقد عاریه خارج می‌نماید.<sup>۳</sup>

ثالثاً - عاریه از عقود جایز است و مانند عقد ودیعه و جعله مشکلات این عقود - که قبلًاً اشاره شد - را دارد.

از این رو بررسی عقودی مانند اجاره، جعله، ودیعه و عاریه که دارای قالب مشابهی با قرارداد رحم جایگزین می‌باشند، با دلایلی که ارائه گشت، باعث شد که قرارداد مذکور در قالب عقود معین نامبرده نگنجد. در نتیجه این امر ذهن را به سمت

۱. نجفی، محمدحسن، جواهرالكلام، جلد ۲۷، بيروت، دار الحياه التراث العربي، چاپ هفتم، ۱۹۸۰م، صص.

۱۵۶ - ۱۵۷

۲. کاتوزیان، دوره عقود معین، جلد ۴، پیشین، ص. ۸۵

۳. نائب‌زاده، پیشین، ص. ۱۵۷



بررسی عقود غیرمعین و استفاده از اصل حاکمیت اراده و آزادی قراردادی، به عنوان گزینه‌ای دیگر، سوق می‌دهد.

## ۲. بررسی قرارداد رحم جایگزین در قالب عقد غیرمعین

عقود نامعین ناظر به یک سری روابط حقوق اجتماعی است که بر اثر پیشرفت‌های زندگی اجتماعی و نیازهای حقوقی جامعه تأسیس شده و قانون‌گذار به دلیل گستردگی این نیازها قادر به شناسایی و بیان احکام و آثار آن همانند عقود معین نبوده است. بلکه با توجه به اصل آزادی اراده افراد، در قالب حکم کلی ماده ۱۰ قانون مدنی آن را معرفی نموده است.

قرارداد رحم جایگزین هم که یک عمل حقوقی دوچاره محسوب شده و حاصل اراده طرفین قرارداد می‌باشد، قرارداد ویژه‌ای با احکام و آثار خاصی به شمار می‌آید که پس از تطبیق آن با عقود معینی که دارای عناوین و ساختار مشابهی با قرارداد مذکور می‌باشند، با یک سری مغایرت‌هایی برخورد شد که باعث عدم راهیابی قرارداد رحم جایگزین، به قلمرو عقود معین گشت. این امر، رهنمون‌کننده به سمت عقود نامعین و بهره‌گیری از اصل حاکمیت اراده و آزادی قراردادها و در نتیجه، بررسی ماده ۱۰ قانون مدنی شد.

### ۲-۱. بررسی قلمرو ماده ۱۰ قانون مدنی

اصل حاکمیت اراده که در حقوق کنونی به آزادی قراردادی تعبیر می‌شود، نشأت گرفته از تعریف ماده ۱۸۳ قانون مدنی می‌باشد که رکن اساسی دو عقد را توافق دو اراده می‌داند. اما این اصل حاصل ابداع نویسنده‌گان قانون مدنی نیست<sup>۱</sup>، بلکه برگرفته از فقه اسلامی، اساس اقتباس مقررات حقوقی ایران، می‌باشد. فقهاء معتقدند که آیه اول سوره مائدہ که می‌فرماید: «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اوفوَا بِالْعُقُودِ»<sup>۲</sup> هریک از عقود و قراردادها را شامل می‌شود، لذا مختص عقود معین نیست<sup>۳</sup> ولی برخی دیگر معتقدند که این آیه فقط شامل عقود معین می‌گردد.

اصل آزادی قراردادها در حقوق ایران در ماده ۱۰ قانون مدنی متبلور شده است. به طوری که این اصل، در آن ماده، این‌گونه بیان شده است که «قراردادهای خصوصی،

۱. کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، پیشین، ص. ۱۴۴.

۲. سوره مائدہ، آیه ۱.

۳. جیلانی قمی، میرزا ابی القاسم بن حسن (میرزا قمی)، جامع الشتات، جلد دوم، انتشارات کیهان، ۱۳۷۵، ص. ۵۳۰.

نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده‌اند، در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد، نافذ است.» و از آن چهار نتیجه اساسی گرفته می‌شود:

- اول - اشخاص می‌توانند قراردادها را به هر صورتی که مایلند، منعقد سازند و نتایج و آثار آن را آزادانه تعیین کنند، اما قانون‌گذار آثار و شرایط پاره‌ای از عقود که مورد استعمال و اهمیت بوده را در قالب عقود معین پیش‌بینی کرده است. ولی این بدین معنا نیست که اشخاص موظف باشند اراده خود را در این قالب‌های معین بریزنند.
- دوم - قرارداد با تراضی دو طرف محقق می‌شود و تشریفات خاصی ندارد.
- سوم - پس از انعقاد قرارداد، دو طرف ملزم به رعایت آن هستند و باید تعهداتی ناشی از آن را اجرا کنند.

چهارم - معاملات فقط بین طرفین و قائم مقام قانونی آنها مؤثر است و هیچ‌کس نمی‌تواند جز در موارد استثنائی، تعهدی بر دیگری تحمل یا حتی به سود او به وجود آورد. این چهار نتیجه در علم حقوق دارای استثنایاتی می‌باشد که باعث شده است که اصل حاکمیت اراده، اهمیت پیشین خود را از دست بدهد؛ به طوری که نقش دولت در قراردادها افزایش یافته و قوانین امری، آزادی معاملات را محدود ساخته است.<sup>۱</sup> البته نباید فراموش کرد که اصل آزادی اراده دارای محدودیت‌هایی است. یعنی این اصل بدین معنا نیست که افراد آزاد باشند به دلخواه، هر گونه قراردادی را منعقد کنند و خود تعیین‌کننده آثار این قرارداد باشند، بلکه قانون‌گذار در ماده ۱۰ و ۹۷۵ قانون مدنی و ماده ۶ قانون آیین دادرسی مدنی شرایطی را برای قراردادهای خصوصی بیان کرده است، به طوری که قراردادهای مذکور نباید مخالف صریح قانون، مخالف اخلاق حسن و نظم عمومی باشند.

همان‌طور که قبلاً اشاره شد، منظور از قانون در ماده ۱۰ قانون مدنی، قوانین امری می‌باشد نه قوانین تکمیلی. در قوانین امری، افراد نمی‌توانند برخلاف آن توافق یا تراضی نمایند و ضمانت اجرای آن، بطلان قرارداد است. در حالی که در قوانین تکمیلی، این امکان و اختیار برای طرفین وجود دارد. از طرف دیگر نیز مقررات مربوط به احوال شخصیه و حقوق خانواده امری هستند و تراضی برخلاف آنها ممنوع می‌باشد. در نتیجه، مسائل رحم جایگزین نیز که مربوط به حقوق خانواده بوده، از قواعد امری محسوب شده و چون در این زمینه قانونی تدوین نگشته، پس با استناد به اصل صحت که در ماده ۲۲۳ قانون مدنی<sup>۲</sup> اشاره شده است، قرارداد رحم جایگزین مخالف صریح قانون نمی‌باشد.

۱. کاتوزیان، ناصر، مقدمه علم حقوق، تهران، شرکت سهامی انتشار، چاپ بیست و هشتم، ۱۳۸۰، صص. ۲۸۲-۲۸۳.

۲. ماده ۲۲۳ قانون مدنی مقرر می‌دارد: هر معامله که واقع شده باشد محمول بر صحبت است، مگر اینکه فساد آن معلوم شود.



در مورد نظم عمومی هم باید اشاره کرد که در حقوق داخلی، نظم عمومی شامل قواعد و سازمان‌هایی است که غرض از وضع و ایجاد آن حفظ منافع عمومی و تأمین حسن جریان امور عمومی (امور اداری و سیاسی و اقتصادی) و حفظ خانواده می‌باشد و اراده افراد نمی‌تواند آنها را نقض نماید. به عبارت دیگر، در حقوق داخلی، نظم عمومی شامل آن دسته از قواعدی است که اصطلاحاً قواعد امری نامیده می‌شود، اعم از اینکه قواعد مزبور، مربوط به حقوق خصوصی یا مربوط به حقوق عمومی باشد.<sup>۱</sup>

در مواردی هم که نسبت به مخالفت قراردادهای خصوصی با نظم عمومی شک و شباهه‌ای ایجاد شود، اصل عدم مغایرت با نظم عمومی است. پس در قرارداد رحم جایگزین نیز در صورت تردید در مخالفت این قرارداد با نظم عمومی، با استناد به اصل صحت، باید به عدم مغایرت آن دو رأی داد. از طرفی هم اخلاق حسن‌جهه خاصی از نظم عمومی محسوب می‌شود که در تمیز نیک و بد آن، افکار و عادات عمومی و تعلیم‌های مذهبی نقش مؤثری دارد که با روشن شدن مشروعيت آن، زمینه مساعدی برای پذیرش افکار عمومی در رابطه با این عمل به وجود می‌آید.

## ۲-۲. تطبیق ماده ۱۰ قانون مدنی با قرارداد رحم جایگزین

با الهام از بحث پیشین، مشخص شد که قواعد مربوط به رحم جایگزین، با محدودیت‌های موجود در ماده ۱۰ قانون مدنی مغایرتی ندارد و از طرفی هم این قرارداد، به دلیل وجود مجموع تعهدات متفاوت، قابلیت انتساب به یک عقد معین را ندارد. لذا ماهیت آن در قالب عقود نامعین می‌گنجد، زیرا در فرضی که مجموع چند عمل حقوقی در عرف، استقلال و شخصیت خاصی دارد و با یک قصد انشاء واقع می‌شود، چون قصد مشترک به کل نظر دارد و متوجه وجود مستقل قرارداد است، باید آنچه واقع شده مستقل از اجزا آن شمرده شود، زیرا عقود جزء، از باب ملازمه با کل واقع می‌شوند. بنابراین، باید آن دسته از عقود را در زمرة عقود نامعین و تابع قواعد عمومی قراردادها به شمار آورد. به طور مثال، عقد مضاربه، مخلوطی از چند عقد معین است.<sup>۲</sup> یعنی از یک طرف، صاحب سرمایه به عامل وکالت می‌دهد تا به حساب او تجارت نماید و از طرف دیگر، اصل سرمایه و اموالی را که از آن محل تهیه می‌گردد به امانت وی می‌دهد. یا در عقد حواله که از دو عمل حقوقی انتقال دین و طلب است، در دید عرف وجود خاص دارد، پس نمی‌تواند کاملاً تابع قواعد آن دو باشد (یا مانند قرارداد اقامت در مهمان‌سرا که تشکیل شده است از اجاره اشیا (از جهت مسکن) و

۱. الماسی، نجادعلی، حقوق بین‌الملل خصوصی، نشر میزان، چاپ دوم، ۱۳۸۳، ص. ۱۸۲.

۲. کاتوزیان، ناصر، عقود معین، جلد ۲، پیشین، ص. ۱۰۸.

اجاره اشخاص (از لحاظ پذیرایی و خدمات) و بیع (فروش غذا) و ودیعه (نگهداری اشیاء همراه مسافر) و در نتیجه تمییز ماهیت آن دشوار است.

بنابراین قرارداد رحم جایگزین نیز از قاعده بالا مستثنی نیست، زیرا در این قرارداد، آثار عقود دیگری مانند ودیعه جنین، عاریه منفعت، جماله اجرت، اجاره، قرارداد رضاع، بیع یا اهدای تخمک و جنین نیز، وجود دارد.<sup>۱</sup> از این‌رو با توجه به آنچه بیان شد قرارداد رحم جایگزین از مجموعه‌ای تعهدات تشکیل یافته است، به طوری که کلیه این تعهدات را نمی‌توان نشأت‌گرفته از یک عقد دانست و فقط بخشی از تعهدات را می‌توان به یک عقد مرتبط کرد. در نتیجه، قرارداد رحم جایگزین را باید در زمرة عقود نامعین به شمار آورد. لذا طرفین آن با به عهده گرفتن تعهداتی در مقابل یکدیگر، این تعهدات را در قالب یک قرارداد خصوصی منعقد می‌نمایند و بر اساس ماده ۱۰ قانون مدنی، هریک ملزم به اجرای تعهد یا تعهداتی هستند که با اراده خود آن را پدید آورده‌اند. بنابراین ماهیت قرارداد رحم جایگزین، براساس ماده ۱۰ قانون مدنی می‌تواند مقبول واقع شود و از آنجا که استفاده از رحم جایگزین، موضوع قراردادی مستقل، با مقتضیات و آثار مختص به خود می‌باشد و تمام آثار آن نمی‌تواند بر اساس اراده طرفین معین شود، پس شایسته است که مقنن با وضع قوانینی، این قرارداد را به یک نهاد حقوقی با مقررات و شرایط جامع تبدیل نماید.

## نتیجه‌گیری

در این مقاله برای بهره‌مندی از شرایط و آثاری از عقود معین، که قانون‌گذار آنها را ضروری و متعارف دانسته است، به بررسی عقود معینی که دارای ساختار مشابهی با قرارداد رحم جایگزین داشتند، مانند عقد اجاره اشیاء، عقد اجاره اشخاص، عقد جuale، عقد ودیعه و عقد عاریه پرداخته شد و عدم قابلیت انطباق قرارداد رحم جایگزین با عقود مذکور مشخص شد. در گام بعدی، با توجه به اصل آزادی قراردادها به بررسی عقود نامعین پرداخته شد و مشخص گردید که قرارداد رحم جایگزین از مجموعه‌ای تعهدات تشکیل یافته است؛ به طوری که کلیه این تعهدات را نمی‌توان ناشی از یک عقد دانست و فقط بخشی از تعهدات را می‌توان به یک عقد مربوط کرد. در نتیجه قرارداد رحم جایگزین را باید در زمرة عقود نامعین به شمار آورد و مطابق ماده ۱۰ قانون مدنی و آیه شریقه اوفوا بالعقود، قراردادی خصوصی با اعمال نظارت دولت، تنظیم شود و شرایط و آثار آن مطابق قواعد عمومی قراردادها و اصل حاکمیت اراده تعیین گردد.

## منابع

- افتخاری، جواد، کلیات عقود و حقوق تعهدات، نشر میزان، ۱۳۸۲.
- الماسی، نجادعلی، حقوق بینالملل خصوصی، نشر میزان، چاپ دوم، ۱۳۸۳.
- امامی، حسن، حقوق مدنی، جلد دوم، کتاب فروشی اسلامیه، چاپ پنجم، ۱۳۶۸.
- \_\_\_\_\_، حقوق مدنی، جلد چهارم، کتاب فروشی اسلامیه، چاپ دوم، ۱۳۴۷.
- امیری قائم مقامی، عبدالمجید، حقوق تعهدات، جلد اول، نشر میزان، ۱۳۷۸.
- بطحایی گلپایگانی، هاشم، تحقیقی پیرامون تولد بدون مناکحت، روش‌های نوین تولید مثل انسانی از دیدگاه فقه و حقوق، سازمان مطالعه و تدوین علوم انسانی (سمت)، چاپ دوم، ۱۳۸۲.
- جبی عاملی، زین الدین بن علی (شهید ثانی)، الروضۃ البھیۃ فی شرح اللمعۃ الدمشقیۃ، جلد ۲، قم، اسماعیلیان، چاپ سوم، ۱۴۱۷ق.
- \_\_\_\_\_، مسالک الافهام الی تنقیح شرایع الاسلام، جلدہای اول، هفتم و هشتم، قم، المعارف الاسلامیة، ۱۴۱۶ق.
- جعفرزاده، قاسم، درآمدی بر مسائل فقهی و حقوقی، بولتن تولیدمثُل و نازابی، پژوهشکده بیولوژی و تکنولوژی تولید مثل این‌سینا، شماره ۲، ۱۳۷۷.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ترمینولوژی حقوق، گنج دانش، ۱۳۸۰.
- جلالیان، محمد تقی، صحت قرارداد استفاده از رحم جایگزین، در: رحم جایگزین، سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاهها (سمت)، ۱۳۸۶.
- جیلانی قمی، میرزا ابی القاسم بن حسن (میرزا قمی)، جامع الشتات، جلد دوم، انتشارات کیهان، ۱۳۷۵.
- حائری شاهباغ، سیدعلی، شرح قانون مدنی، جلد ۱، تهران، گنج دانش، چاپ سوم، ۱۳۸۰.
- حسینی عاملی، سید محمد جواد، مفتاح الكرامة فی شرح قواعد العلامه، جلدہای پنجم و هفتم، قم، جامعه مدرسین، ۱۴۱۹ق.
- حلی، ابی منصور حسن بن یوسف بن مطهر (علامه حلی)، تحریر الاحکام، جلد اول، قم، نشر امام الصادق، چاپ دوم، ۱۴۲۱ق.
- \_\_\_\_\_، تذکرۃ الفقهاء، جلد دوم، قم، آل البيت، ۱۴۱۴ق.
- حمداللهی، عاصف، و محمد روشن، بررسی تطبیقی فقهی حقوقی قرارداد استفاده از رحم جایگزین، انتشارات مجد، ۱۳۸۸.



- 
- شهیدی، مهدی، وضعیت حقوقی کودک آزمایشگاهی، روش‌های نوین تولیدمثُل انسانی از دیدگاه فقه و حقوق، سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه‌ها (سمت)، چاپ دوم، ۱۳۸۲.
  - \_\_\_\_\_، حقوق مدنی: تشکیل قراردادها و تعهدات، جلد اول، انتشارات مجد، چاپ سوم، ۱۳۸۲.
  - صفایی، حسین؛ و اسدالله امامی، حقوق خانواده، جلد ۲، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۷۴.
  - طباطبایی یزدی، محمد‌کاظم، عروه الوثقی، جلد ۲، قم، اسماعیلیان، چاپ دوم، ۱۴۱۲ ق.
  - طبرسی، فضل بن الحسن، مجمع البیان فی تفسیر القرآن، جلد ۳، بیروت، دارالعرفه، ۱۴۰۶ ق.
  - طوسی، ابی جعفر محمد ابن الحسن، مبسوط فی فقه الامامیه، جلد ۸، صدریه، چاپ سوم، ۱۳۸۷ ق.
  - علیزاده، مهدی، ماهیت قرارداد استفاده از رحم جایگزین، مجله تخصصی الهیات و حقوق، شماره ۲۳، ۱۳۸۶.
  - قاسم‌زاده، مرتضی، اجاره رحم در حقوق ایران، در: رحم جایگزین، سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه‌ها (سمت)، ۱۳۸۶.
  - کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی: اعمال حقوقی، سهامی انتشار با همکاری بهمن برقا، چاپ هفتم، ۱۳۷۹.
  - \_\_\_\_\_، حقوق مدنی: عقود معین، جلد اول، شرکت سهامی انتشار، چاپ یازدهم، ۱۳۹۱.
  - \_\_\_\_\_، حقوق مدنی: عقود معین، جلد ۲، گنج دانش، چاپ هشتم، ۱۳۸۸.
  - \_\_\_\_\_، حقوق مدنی: عقود معین، جلد ۴، شرکت سهامی انتشار، چاپ ششم، ۱۳۸۹.
  - \_\_\_\_\_، حقوق مدنی: قواعد عمومی قراردادها، جلد ۱، شرکت سهامی انتشار، چاپ هشتم، ۱۳۸۸.
  - \_\_\_\_\_، قانون مدنی در نظم حقوق کنونی، نشر میزان، چاپ بیستم، ۱۳۸۷.
  - \_\_\_\_\_، مقدمه علم حقوق، تهران، شرکت سهامی انتشار، چاپ بیست و هشتم، ۱۳۸۰.
  - کاشانی، محمود، حقوق مدنی: قراردادهای ویژه، نشر میزان، ۱۳۸۸.
  - کرکی، علی بن حسین (محقق ثانی)، جامع المقاصد فی شرح القواعد، جلد اول، قم، موسسه آل‌البیت، ۱۴۱۱ ق.

- 
- گواهی، زهرا، بررسی احکام وضعی استفاده از رحم جایگزین، در: رحم جایگزین، سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاهها (سمت)، ۱۳۸۶.
  - موسوی خمینی، روح الله، تحریرالوسیله، جلد ۱، قم، موسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، ۱۳۹۰ ق.
  - \_\_\_\_\_، تحریرالوسیله، جلد ۲، قم، دارالعلم، چاپ دهم، ۱۳۸۲.
  - مهرپور، حسین، نگرشی به وضعیت حقوقی و شرعی باروری مصنوعی: روش‌های نوین تولید مثل انسانی از دیدگاه فقه و حقوق، سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاهها (سمت)، چاپ دوم، ۱۳۸۲.
  - نائب‌زاده، عباس، بررسی حقوق روش‌های نوین باروری مصنوعی، انتشارات مجد، ۱۳۸۰.
  - نجفی، محمدحسن، جواهرالکلام، جلد های ۲۲، ۲۷ و ۳۱، بیروت، دار الحیاء التراث العربي، چاپ هفتم، ۱۹۸۰ م.
  - نراقی، مولی احمد بن مهدی، مستند الشیعه فی احکام الشريعة، جلد ۱۶، قم، آل البيت، ۱۴۱۵ ق.



## ماهیت حقوقی عاملیت بین‌المللی (فاکتورینگ)

مصطفی نصیری\*

رقیه ملازهی\*\*

### چکیده

عاملیت تجاری (فاکتورینگ) به عنوان یکی از شیوه‌های تأمین مالی، به طور معمول، فرآیند تسريع دریافت وجوه حاصل از بدھی‌های کوتاه‌مدت است. طی این روند، عرضه‌کننده کالا و یا خدمات مطالبات صورتحساب‌های قابل وصول خود را با تنزيل (تخفیف) به یک مؤسسه عاملیت می‌فروشد. در حالی که در اغلب کشورها، عمل واگذاری مطالبات است که مبنای قانونی عملیات عاملی را تشکیل می‌دهد، لیکن شیوه‌هایی که این واگذاری طی آنها انجام می‌گیرد و همچنین قوانین و مقررات حاکم بر جنبه‌های مختلف آنها، به نحو قابل توجهی متنوع و متمایز هستند. مؤسسه بین‌المللی یکنواخت کردن حقوق خصوصی (UNIDROIT)، با هدف رفع این‌گونه بلا تکلیفی‌ها و نیز برای تسهیل و ترویج معاملات بین‌المللی، کنوانسیون یکسان‌سازی قواعد عاملیت تجاری بین‌المللی موسوم به «کنوانسیون اتاوا» را به تصویب رساند. نوآوری این کنوانسیون در اعطای اختیار گزینش و انجام حداقل دو مورد از عملیات معمول فاکتورینگ به عامل، باعث شده است که در مواردی، ماهیت حقوقی عاملیت بین‌المللی از قالب سنتی انتقال طلب خارج شود.

**کلیدواژه‌ها:** عاملیت بین‌المللی، فاکتورینگ، صورتحساب، تأمین مالی، انتقال مطالبات.

mostafa.nasiri@yahoo.com

\* عضو هیأت علمی دانشگاه پیام نور (نویسنده مسئول)

mollazehi.r@gmail.com

\*\* دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق خصوصی دانشگاه پیام نور

تاریخ پذیرش: ۹۴/۰۶/۰۷

تاریخ دریافت: ۹۳/۰۶/۲۴

## مقدمه

مسئله دیون تجاری از مهم‌ترین و پرچالش‌ترین مسائلی است که ممکن است گریبان‌گیر تجار، مؤسسات و شرکت‌های تجاری شود؛ بهویژه برای مؤسسات کوچک و متوسط که می‌تواند خطر ورشکستگی آنها را در پی‌داشته باشد. این مسئله بهویژه زمانی که مؤسسات تجاری علاوه بر مشتریان داخلی با مشتریانی در سطح بین‌المللی معامله می‌کنند، اهمیت بیشتری می‌یابد، زیرا این امر ممکن است به معنای از میان رفتن بخشی از این دیون یا افزایش هزینه وصول آنها باشد. از آنجا که نهادهای حقوقی سنتی همچون بیمه اعتباری، وکالت در وصول، قرض و حواله، در ارائه راه حل اساسی و ریشه‌ای برای این مشکل ناموفق ماندند، این امر انگیزه و دلیل اصلی جستجو برای یک مکانسیم اقتصادی - حقوقی جایگزین شد که بتواند مشکل دیون تجاری یا برخی از ابعاد آن را حل کند. عقد عاملیت از نوآوری‌هایی است که در حل این مسئله و یا حداقل بخش مهمی از آن نقش شایانی ایفا کرده است.

هدف اساسی از ابتکار سیستم عاملیت بین‌المللی (فاكتورینگ) رفع نیازمندی سرمایه‌گذاران تجاری به نقدینگی برای ادامه فعالیتها خویش و یا گسترش آنها، علی‌رغم داشتن دیونی در ذمه بدھکارانشان می‌باشد، که یا سر رسید این دیون فرا نرسیده است یا بدھکاران در کشوری غیر از کشور محل تاجر اقامت دارند و وصول دیون مستلزم روندی زمان‌بر و طولانی‌تر است.

مفهوم عقد عاملیت متکی است بر تعهد طلبکار مبنی بر اینکه تمامی دیون تجاری خود را که بر ذمه بدھکارانش دارد، به مؤسسه عامل ارائه دهد. این مؤسسه اقدام به گزینش صورت‌حساب‌ها و آن دسته از دیونی می‌نماید که به خاطر ضعف موقعیت مالی یا تجاری بدھکار، در معرض خطر عدم پرداخت قرار ندارند.<sup>۱</sup> اگر مؤسسه عاملیت تمام یا برخی از این دیون را بپذیرد، با ایفاده اجل بهای آنها به طلبکار، در ازای درصد معینی از این دیون و با حق جانشین شدن محل طلبکار اصلی در برابر بدھکارانش و نیز تضمین عدم رجوع به انتقال‌دهنده در صورت عدم امکان وصول، این دیون را می‌خرد. به علاوه این مؤسسه به ارائه برخی خدمات اداری، حقوقی و مشاوره‌ای به نفع طلبکار می‌پردازد.<sup>۲</sup>

هرچند سابقه تاریخی عاملیت (فاكتورینگ) به دوران باستان باز می‌گردد و این نهاد دچار تحولاتی نوین در قرن نوزدهم در روابط میان انگلستان و ایالات متحده

۱. شافی، نادر عبدالعزیز، عقد شراء الدیون التجاریه عقد الفاكتورینغ دراسه مقارنه، بیروت، منشورات زین الحقوقية، الطبعة ۲، ۲۰۱۳، ص. ۲۲.  
۲. همان، ص. ۲۳.

آمریکا شد، اما صرفاً پس از جنگ جهانی اول بود که ویژگی‌های آن بدؤاً در کشورهای کامن‌لا و سپس در سایر کشورهای غربی و در نهایت در سراسر جهان روشن گردید. از دهه ۶۰ میلادی شاهد رشد قابل توجه و بی‌وقفه آن، در تنوع هرچه بیشتر عملیات و نیز شمار روزافزون کشورهایی که این شیوه از تأمین مالی را برای رفع نیازهای بازرگانی مدرن خود اتخاذ کرده‌اند، بوده‌ایم.<sup>۱</sup>

از آنجا که در هر نظام حقوقی، ابزارهای قانونی متفاوتی اتخاذ شده‌اند تا از این شیوه تأمین مالی نسبتاً نوپا، نه تنها از حیث سهولت و انعطاف‌پذیری بلکه همچنین از حیث قطعیت وصول و تقلیل هزینه‌ها بیشترین بهره را ببرند، این امر بیانگر این واقعیت است که با وجود اینکه در اغلب کشورها همانا عمل واگذاری مطالبات است که مبنای قانونی عملیات فاکتورینگ را تشکیل می‌دهد، ولی روش‌ها و نوع عملیاتی که چنین انتقالی متاثر از آنها بوده و همچنین قولانین و مقررات حاکم بر جنبه‌های مختلف آن، به نحو قابل توجهی متنوع و متمایزند. از جهت دیگر زمانی که فروشنده (صادرکننده) دارای معاملات تجاری با خریداران خارجی است، مسئله بعد فاصله و مشکل نشست حضوری با مشتریان برای به دست آوردن اطلاعات مربوط به موقعیت‌های مالی آنها، اختلاف زبان‌ها و اغلب عدم اطلاع از قانون صالح خارجی لازم‌الاجرا، باعث می‌شود که خدمات ارائه‌شده توسط « مؤسسات عاملی » مورد توجه بیشتری قرار گیرد.

در نتیجه با هدف کاهش این‌گونه مشکلات و نیز برای گسترش معاملات بین‌المللی، مؤسسه بین‌المللی یکسان‌سازی و تدوین حقوق خصوصی اقدام به وضع قواعدی یکنواخت (متعددالشكل) نمود که قابل اجرا بر نوع خاصی از واگذاری مطالبات بین‌المللی در اصطلاح « فاکتورینگ بین‌المللی » می‌باشد و در پی آن کنوانسیون یکسان‌سازی قواعد عاملیت بین‌المللی موسوم به کنوانسیون « اتاوا » در روز ۲۸ ماه می سال ۱۹۸۸ در شهر اتاوا در کانادا به تصویب رسید.

در این مقاله پس از ارائه تعریفی از عاملیت، به برخی از انواع آن مطابق تقسیم‌بندی‌های مختلف اشاره شده است، سپس دامنه شمول کنوانسیون اتاوا نسبت به انواع عاملیت و ماهیت آن مطابق این کنوانسیون از منظر حقوق ایران تبیین شده است و در نهایت مختصراً به برخی از حقوق و تعهدات اصلی طرفین این عقد پرداخته شده است.

۱. در گزارش سال ۲۰۱۳ مؤسسه Factors Chain International (FCI) (مجموعه عاملان بین‌المللی)، ارزش جهانی معاملات فاکتورینگ (داخلی و بین‌المللی) تنها در سال ۲۰۱۲ معادل ۲,۱۳۲,۲۳۱ میلیون یورو بوده که سهم کشورهای اروپایی از آن ۶۱٪/ ایالات متحده آمریکا ۹٪/، کشورهای آفریقایی ۱٪/، کشورهای آسیایی ۲۷٪/ و استرالیا ۲٪/ می‌باشد.

## ۱. تعریف عاملیت تجاری (فاکتورینگ)

عامل معادل واژه انگلیسی فاکتور<sup>۱</sup> است. فاکتور در لغت «عامل، حق العمل کار است و در اصطلاح بازار، برگ‌های کوچک صورت خرید جنس را فاکتور می‌گویند. این استعمال درست نیست»<sup>۲</sup>. در لغتنامه حقوقی Essentials این‌گونه تعریف شده است: «نماینده‌ای در مقابل کمیسیونی که حق عاملیت نامیده می‌شود، مبادرت به خرید یا فروش کالا می‌کند»<sup>۳</sup>. این تعریف از عاملیت با عاملیت مورد نظر ما یکسان نمی‌باشد و عامل اینجا یک نماینده قراردادی است که از طرف آمر، خود و به حساب وی معاملات تجاری می‌کند.

فرهنگ حقوقی Webster عامل را این‌گونه تعریف نموده است: «کسی که صورتحساب‌های قابل وصول را به کمتر از ارزش اسمی آنها می‌خرد و کل مبلغ آنها را جمع‌آوری می‌کند و تفاوت میان این دو را به عنوان کمیسیون یا حق عاملیت خود برداشت می‌کند. کسی که کالاهایی را که به وی تحويل داده شده است، می‌فروشد»<sup>۴</sup>. مفهوم نخست از عاملیت در این تعریف با عاملیت مورد نظر ما تطبيق دارد، زیرا مبنای عملیات در عقد عاملیت، انتقال طلب است و صادرکننده (طلبکار) طی عملیاتی مطالبات خود را به مؤسسات عاملی منتقل می‌کند.

در حقوق ایران عبارت عاملی در بند ۳ از ماده ۲ قانون تجارت به کار رفته و در زمرة عملیات تجاری محسوب شده است. قانون‌گذار تعریفی درباره اینکه مفهوم عامل چیست و چه کسی عامل محسوب می‌شود، ارائه نداده است و در میان حقوق دانان نیز در این باره اختلاف نظر وجود دارد. یکی از حقوق دانان<sup>۵</sup> عاملیت تجاری را یک نوع نمایندگی قراردادی دانسته و چنین تعریف کرده است: «... رابطه‌ای است امانی و توافقی که به موجب آن شخصی به دیگری اختیار می‌دهد که تحت نظرارت، کنترل و مطابق تعليمات ارائه شده از سوی وی، اعمالی به نام و حسابش انجام دهد که آثار این اعمال مستقیماً متوجه خود وی گردد». مطابق این تعریف، عاملیت یکی از مصادیق مهم و بارز نمایندگی قراردادی است که مفهومی فراتر از وکالت است و نباید این دو را معادل هم دانست. روشن است که مفهوم

1. factor

2. دهخدا، علی‌اکبر، لغتنامه، دانشگاه تهران، چاپ اول از دوره جدید، ۱۳۷۲، واژه فاکتور.

3. Blackwell, Amy, Essential Law Dictionary, London, Sphinx publications, 2008, p. 128.

4. Ellis, Susan, Webster's New World Law Dictionary, New York: Wiley Publishing Incorporations, 2006, p. 140.

5. آخوندی، رضا، عاملیت تجاری در حقوق ایران و فرانسه، نشر دادگستر، ۱۳۸۴، صص. ۲۳-۲۸.

عاملیت در حقوق ایران با آنچه که مد نظر ما است، متفاوت می‌باشد، زیرا لفظ عام  
عاملیت در این مفاهیم مشترک لفظی است نه مشترک معنوی و این دو، اقسام  
متمايزی از یک معنای کلی نمی‌باشند و کاملاً از یکدیگر جدا هستند. رابطه عامل و  
اصلی در مورد نخست به وکالت نزدیک است. عامل به نمایندگی از طرف تاجر  
معاملات تجاری انجام می‌دهد؛ ولی در دومی یک نوع انتقال طلب است که عامل از  
طرف تاجر و به حساب وی معاملات تجاری انجام نمی‌دهد، بلکه به عنوان منتقل-  
الیه مطالبات تاجر مطرح است. تنها وجه اشتراک این دو نوع عاملیت، قراردادی  
بودن آنها است.

در کنوانسیون اتاوا، با توجه به تنوع شیوه‌هایی که عاملیت (فاکتورینگ) در عمل  
اتخاذ می‌کند و نیز به دلیل اختلاف چهار چوب‌های قانونی متنوع آن در کشورهای  
مختلف، کمیته تدوین کنندگان سعی بر آن داشته است که تعریفی حتی الامکان  
گسترده از این نهاد حقوقی ارائه دهد تا فعالیت‌هایی که در زمان تدوین کنوانسیون  
در کشورهای مختلف در قالب این شیوه از تأمین اعتباری به کار گرفته می‌شد را  
حتی الامکان از شمول این عنوان خارج نسازد. در بنده ۱ ماده ۲ کنوانسیون اتاوا عاملیت  
چنین تعریف شده است: «صادرکننده کالا می‌تواند مطالبات قابل وصول ناشی از  
قراردادهای بیع کالای منعقده بین او و مشتریان (بدهکاران) را به عامل واگذار کرده  
یا در آینده چنین کند.» مطابق این بنده می‌توان گفت که عقد عاملیت تجاری، موسوم  
به عقد فاکتورینگ،<sup>۱</sup> قرارداد انتقال مطالبات تجاری است که بر مبنای آن طلبکار  
متعهد می‌شود که تمامی صورتحساب‌های دیون تجاری که در ذمہ بدهکاران خود  
دارد را در اختیار مؤسسه عامل قرار دهد. این مؤسسه به گزینش طلبهای ناشی از  
صورتحساب‌ها می‌پردازد.<sup>۲</sup> اگر مؤسسه اقدام به پذیرش تمام یا برخی از این دیون  
(مطالبات) کرد، با اقدام به خرید این دیون قبل از تاریخ سرسید در مقابل درصد  
معینی از ارزش آن و با تضمین عدم رجوع به طلبکار در فرض عدم امکان وصول،  
جانشین وی می‌شود.

## ۲. انواع عاملیت

بسته به معیارهای متفاوت، انواع مختلفی از عاملیت وجود دارد. با توجه به دو  
معیار عملیات و دامنه اجرا، عقد عاملیت به موارد ذیل تقسیم می‌شود.

### 1. Factoring Contract

۲. رضوان، فائز نعیم، عقد الائتمان الإيجاري، القاهرة، دار الفكر العربي، ۱۹۸۵، ص. ۴۰.



## ۱-۲. عاملیت کامل<sup>۱</sup> (فاکتورینگ حقيقی) و عاملیت ناقص (فاکتورینگ ظاهری)<sup>۲</sup>

یکی از تقسیم‌بندی‌های مهم عاملیت، بر مبنای خدمات ارائه شده در عقد استوار است. عاملیت بر حسب اینکه کدامیک از عملیات (تأمین اعتبار، تضمین وصول، حسابرسی و مشاوره تخصصی) در آن انجام شود، به دو نوع تقسیم می‌شود. عاملیتی که تمامی عملیات مزبور در آن وجود دارد که همان عاملیت سنتی یا «عاملیت حقيقی» نامیده می‌شود و عاملیتی که برحی از عملیات و بهویژه تضمین وصول مطالبات (تضمين عدم رجوع به طلبکار اصلی در فرض ورشکستگی / اعسار بدھکار) در آن وجود ندارد، که «عاملیت ظاهری یا عاملیت ناقص»<sup>۳</sup> نامیده می‌شود.

## ۲-۲. عاملیت ملی<sup>۴</sup> و عاملیت بین‌المللی<sup>۵</sup>

در عاملیت ملی که ساده‌ترین و رایج‌ترین<sup>۶</sup> نوع عاملیت است، اطراف عملیات (عامل، فروشنده و خریدار) همگی از یک کشور می‌باشند، لذا هیچ احتمالی برای تعارض قوانین، و مقررات حاکم بر تبدیل ارز ایجاد نمی‌شود. در عاملیت بین‌المللی که در زمینه تجارت بین‌الملل نقشی اساسی ایفا می‌کند، وجود یک عنصر خاجی (یکی از طرفین عقد) از ارکان اساسی آن به شمار می‌رود. لذا در عقد عاملیت بین‌المللی یکی از طرفین عقد در کشوری غیر از کشور طرف دیگر می‌باشد. کنوانسیون اتاوا در ماده ۲ خود در این رابطه این گونه تصریح کرده است: «عقد عاملیت هنگامی بین‌المللی به شمار می‌رود که حقوق موضوع آن نشأت‌گرفته از عقد بیع کالا میان دو طرفی که در کشورهای مختلفی اقامت دارند، بوده و محل تجارت «عامل» ( مؤسسات فاکتورینگ ) یک کشور متعاهد (کشور عضو کنوانسیون) باشد، و یا قانون حاکم بر عقد بیع کالا و نیز عاملیت (عقد فاکتورینگ) قانون یک کشور متعاهد باشد.

## ۳. دامنه شمول کنوانسیون اتاوا

مطابق بند ۲/الف ماده ۱ کنوانسیون اتاوا: ۱- مطالبات موضوع عقد عاملیت باید ناشی از عقد فروش کالا و یا عرضه خدمات (معاملات تجاری) باشد. به عبارتی دیون

1. Full Service Factoring/ Real Factoring
2. Quasi Factoring
3. Spasić, Ivanka; Milorad Bejatović & Marijana Dukić-Mijatović, "Factoring - Instrument of Financing in Business Practice - Some Important Legal Aspects", Ekonomski istraživanja, Vol. 25, No. 1, 2012, p. 197.
4. Affacturage-National
5. Affacturage-International

<sup>۶</sup> عاملیت ملی یا داخلی ۸۰٪ از حجم کل معاملات فاکتورینگ را تشکیل می‌دهد.

موضوع عقد عاملیت دیون تجاری محض است. بدین ترتیب سایر دیون از دامنه شمول این کنوانسیون خارج است. هدف اساسی کنوانسیون از استشنا کردن معاملات غیرتجاری، تبعیت این گونه معاملات از رژیم خاص (همانند قوانین حمایت از حقوق مصرف کنندگان) در شماری از کشورها است. در رابطه با این پرسش که آیا کنوانسیون باید برقرارداد واگذاری مطالبات ناشی از عقد بیع شفاهی نیز اعمال شود یا خیر، کمیته تدوین کنندگان یونیدرووا<sup>۱</sup> مقرر کردند که این امر باید به قانون صالح حاکم برقرارداد بیع واگذار شود، زیرا کنوانسیون مزبور در پی تحمیل هیچ گونه شرایطی بر عقد بیع نمی باشد. ۲- صادرکننده باید تاجر باشد. لذا غیرتاجر نمی تواند دیون خود را ضمن عقد عاملیت واگذار کند.<sup>۲</sup> ۳- عقد عاملیت، بین المللی باشد. ۴- عقد عاملیت افشا شده باشد (لزم اخطار به بدھکار).

#### ۴. ماهیت حقوقی عاملیت بین المللی موضوع کنوانسیون اتاوا از منظر

##### حقوق ایران

برای شناخت ماهیت حقوقی این عقد از منظر حقوق ایران لازم است آن را از جهت عملیات یا خدمات عاملیت بین المللی با توجه به کنوانسیون اتاوا مورد بررسی قرار دهیم. بند ۲/الف از ماده ۱ این کنوانسیون به تعریف تعهد صادرکننده در برابر عامل بر انتقال مطالبات ناشی از معاملات تجاری که کارکرد معمول این عقد است، می پردازد. سیاق ماده این گونه است: «صدرکننده کالا می تواند مطالبات را واگذار کرده یا در آینده چنین کند ... ». ولی این ماده درباره روند واگذاری مطالبات ساكت است. بند ۲/ب به بیان تعهدات عامل می پردازد. در عمل، عامل به انجام فعالیت‌های بسیار متنوعی می پردازد. با این حال به نظر می رسد که تدوین کنندگان کنوانسیون به ذکر صرفاً چهار مورد از این فعالیت‌ها که اغلب در عملیات عاملیت یافت می شوند، اکتفا کرده‌اند، که عبارتند از: ۱- تأمین مالی؛ به این ترتیب که عامل، در مقابل پرداختی که توسط مشتری (بدھکار) در سراسید انجام خواهد شد، مبلغی را متناسب با ارزش مطالبات به فروشنده (طلبکار) می پردازد. ۲- حسابداری؛ عبارت است از رسیدگی به حساب‌های صادرکننده (فروشنده) با مشتریانش، که شامل حفظ و نگهداری، انجام مکاتبات و مطالبه پرداخت از بدھکاران است. ۳- وصول مطالبات قبل وصول، که در این صورت واردکننده (بدھکار) دین را مستقیماً به عامل پرداخت

1. Unidroit committee of governmental experts
2. UNIDROIT, Study LVIII - Doc. 33, Draft Convention on International Factoring as adopted by a Unidroit committee of governmental experts on 24 April 1987 with Explanatory Report prepared by the Unidroit Secretariat, Rome, 1987, p. 10.

کرده و عامل مبالغ دریافتی را به ترتیبی از پیش توافق شده با صادرکننده (طلبکار اصلی) به وی می‌پردازد.<sup>۴</sup> حمایت از طلبکار در برابر قصور بدھکاران در پرداخت؛ در این مورد عامل پرداخت، طلبهای قابل وصول را در مقابل حق العمل برای صادرکننده (فروشنده) تضمین می‌کند، که اشاره به ارزیابی احتمال ورشکستگی (و یا اعسار) مشتریان صادرکننده توسط عامل دارد. انتخاب ترکیب این خدمات (حداقل دو مورد) به طرفین این عقد واگذار شده است. بنابراین برای اینکه یک عقد واگذاری مطالبات، عاملیت مشمول کنوانسیون به شمار رود، عامل باید حداقل دو مورد از موارد چهارگانه را انجام دهد. لذا انجام هیچ یک از فعالیتهای مزبور، منفرداً، مشخصه عاملیت نمی‌باشد. با این حال هرکدام از فعالیتهای سابق الذکر می‌تواند در عقد عاملیت موجود نباشد. با اشاره به اینکه مقررات مذکور در بند (ب) و نیز شرایط موجود در بندھای (الف) و (ج) ماده ۱ کنوانسیون مجموعاً باید وجود داشته باشند، اگر در ضمن عقد توافق شود که مطالبات صادرکننده به عامل منتقل شود و به واردکننده (بدھکار) اخطاریهای مبنی بر چنین انتقالی ارسال شود (عاملیت افشا شده)<sup>۱</sup>، در این صورت حتی اگر دو فعالیت انجام گرفته توسط عامل، وصول مطالبات و رسیدگی به حساب‌های قابل وصول (حسابداری) باشند، این قرارداد مشمول کنوانسیون به شمار می‌رود.<sup>۲</sup> بنابراین طبق اصل حاکمیت اراده، طرفین می‌توانند در حدود کنوانسیون، به هر نحو که مایلند، تراضی کنند. این اختیار سبب شده است که چند عمل حقوقی معین به صورت یک قرارداد خاص درآید. این عملیات متنوع و گسترده عاملیت، شناخت دقیق ماهیت این نهاد را با مشکل مواجه نموده است. حال ماهیت این قرارداد و به طور کلی نهاد عاملیت بین‌المللی را چگونه می‌توان تحلیل نمود؟

در عاملیت سنتی، عنصر انتقال مالکیت جزو مقتضای ذات عقد است و خلاف آن را نمی‌توان توافق نمود و عمل جوهري در عاملیت سنتی، خرد دیون تجاری صادرکننده قبل از سرسید است که بدون آن عاملیت محقق نمی‌شود. ولی در عاملیت موضوع کنوانسیون اتاوا برخلاف نظری که بدون توجه به اختیار عامل در انتخاب عملیات، ماهیت آن را منحصرًا انتقال مالکیت مطالبات (همانند عاملیت سنتی) می‌داند<sup>۳</sup>، باید اذعان نمود که اراده طرفین از آن فراتر رفته و حتی در فرضی که

1. Disclosed Factoring

2. UNIDROIT, Study LVIII-Doc. 33, Op. cit., p. 10.

3. باباپور، محمد، «بررسی تطبیقی کنوانسیون عاملیت بین‌المللی در حقوق ایران»، فقه و حقوق، سال چهارم، شماره ۱۴، پاییز ۱۳۸۶، ص. ۶۹

موضوع توافق آنها انتقال مطالبات (که جوهره و اساس عاملیت را تشکیل می‌دهد) نبوده و صرفاً نمایندگی در وصول این مطالبات به عنوان عملیات اصلی در کنار سایر عملیات فرعی باشد نیز عقد عاملیت محسوب می‌شود. این امر نوآوری کنوانسیون اتاوا است که در حقوق هیچ‌کدام از کشورها یافت نمی‌شد. هرچند در کشورهای مختلف ممکن است اختلاف‌نظرهایی بر سر برخی از این عملیات موجود باشد و لیکن حقوق هیچ یک از کشورهای انگلوساکسونی که منشأ این عقد است و نه حقوق کشورهای لاتین که بستر پیشرفت و تکامل این عقد است، چنین اختیاری را در پذیرش برخی از این عملیات به عنوان عملیات اصلی و رد سایر آنها به عامل اعطانکرده است.

از آنجا که هر کدام از عملیات فوق به تنهایی نمایان گر ماهیت خاصی برای عاملیت است، و از سوی دیگر با توجه به اختیار عامل در انتخاب دو مورد از عملیات چهارگانه مد نظر کنوانسیون، مجموعه عملیاتی که در فرایند عاملیت رخ می‌دهد، ترکیبی از چند عمل حقوقی در هم آمیخته است که عقدی واحد را به وجود می‌آورند. با اندکی دقیق معلوم می‌شود که عقد عاملیت متنظر کنوانسیون نتیجه ترکیب دو یا چند عقد مختلف است. بنابراین برای احراز ماهیت حقوقی با توجه مرکب بودن عقد عاملیت از چند عقد مختلف، نخست باید به تحلیل ماهیت حقوقی عقود مرکب در حقوق ایران پیرازیم و سر انجام نحوه واگذاری مطالبات را جهت احراز ماهیت عاملیت بین‌المللی و نتایج حاصل از آن را بیان خواهیم کرد.

#### ۴-۱. ماهیت حقوقی عقد مرکب

در تعریف عقد مرکب گفته شده است: «گاه چند عمل حقوقی معین به صورت قرارداد خاصی درمی‌آید، چنانچه با کمی دقت معلوم می‌شود که گروهی از عقود غیرمعین نتیجه اختلاط و ترکیب دو یا چند عقد معین است...».<sup>۱</sup> در نتیجه هرگاه در عقدی واحد، عقود متعدد و مختلف به گونه‌ای ترکیب یابند که استقلال خویش را از دست دهند و تمامی آنها عقد واحدی را تشکیل دهند عقد مرکب به وجود آمده است. عقد مرکب در واقع عقد واحدی است که آثار حقوقی عقود متعددی در آن مشاهده می‌شود. این امر تحلیل ماهیت حقوقی آن را مشکل ساخته و منجر به ارائه نظرات متعددی شده است. به نظر می‌رسد که دیدگاه صحیح‌تر در حقوق ما «تحلیل آن با توجه به اثر اصلی قرارداد» است.<sup>۲</sup> مطابق این نظریه، عقود متعدد و مختلفی را که در

۱. کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، جلد ۱، شرکت سهامی انتشار، چاپ ۷، ۱۳۸۵، ص. ۹۷.
۲. جهت مشاهده بحث تفصیلی در این خصوص رجوع شود به: خورسندیان، محمدمعلی؛ و قادر شنیور، ماهیت عقد مرکب در فقه و حقوق موضوعه، نشریه مطالعات فقه و حقوق اسلامی، سال ۳، شماره ۴، تابستان ۱۳۹۳.



عقد مرکب وجود دارند باید عقدی واحد دانست که ماهیت آن منطبق با ماهیت تعهد اصلی است و سایر تعهدات به صورت فرعی و شرط ضمن عقد اصلی محسوب می‌شوند. در واقع، بر طبق این دیدگاه، عقد مرکب را نمی‌توان به عنوان عقدی مستقل یا ترکیبی از چند عقد تحلیل کرد. بلکه در مورد عقدی که آثار عقود متعدد در آن وجود دارد باید اثر اصلی عقد را مورد ملاحظه قرار داد و سایر آثار را در قالب شرط ضمن عقد تحلیل کرد. مرحوم دکتر شهیدی در تحلیل این عقود مقرر داشته‌اند: «این عقود با ملاحظه موارد کاربرد و موضوعات مختلف آنها ساختمان قراردادی خاصی در عالم اعتبار داشته که هریک از آنها آثار حقوقی مشخص و متفاوتی با دیگر قراردادها دارد. این ماهیتها عناصر مادی نیستند تا همانند تخم مرغ و شکر و آرد، بتوان آنها را در هم زد و از آنها ماهیتی جداگانه آورد و قانون نیز ماهیت مخلوطی از دو یا چند عقد از عقود معین طراحی نکرده است. ... در حقوق ایران این گونه قراردادها را می‌توان قرارداد و شرط ضمن آن دانست. در بین کالاهای و خدمات ارائه شده، هر کدام عرفاً مهم‌تر و اساسی‌تر باشد، آن را موضوع اصلی عقد دانست.»<sup>۱</sup> بر طبق این دیدگاه در قرارداد عاملیت بین‌المللی واگذاری مطالبات یا به صورت انتقال مالکیت است یا با حفظ مالکیت و دادن نوعی نمایندگی جهت وصول. سایر موارد از قبیل انجام امور حسابداری و حمایت از طلبکار در برابر قصور بدھکاران از پرداخت در قالب شرط ضمن عقد تحلیل می‌شود. دکتر کاتوزیان نیز بر این نظر است که عقد مرکب را باید با توجه به عقدی که جنبه اساسی و جوهری دارد تفسیر کرد و احکام و قواعد اختصاصی مربوط به آن عقد را جاری کرد.<sup>۲</sup> بر این اساس، در قرارداد عاملیت بین‌المللی باید از میان عملیات چهارگانه انتقال مطالبات، نمایندگی در وصول، انجام امور حسابداری و تضمین وصول مطالبات، ترکیبی از حداقل دو مورد از این عملیات وجود داشته باشد. با وجود این، در این قرارداد عنصر واگذاری مطالبات برتری دارد که با توجه به اراده و توافق طرفین ممکن است به صورت قرارداد انتقال مالکیت مطالبات به عامل، یا با حفظ مالکیت برای طلبکار اصلی و فقط اعطای نمایندگی در وصول به عامل باشد. چنان‌که با توجه به اسناد توضیحی سازمان ملل در خصوص کنوانسیون عاملیت بین‌المللی، عنصر واگذاری مطالبات جوهره اساسی این عقد را تشکیل می‌دهد و ارائه سایر خدمات جنبه فرعی و تبعی دارد. در نتیجه در تحلیل ماهیت حقوقی عاملیت بین‌المللی می‌توان گفت که اگر قصد و هدف اصلی طرفین از انعقاد عقد عاملیت انتقال مالکیت مطالبات باشد، باید

۱. شهیدی، مهدی، تشکیل قراردادها و تعهدات، جلد ۱، تهران، نشر حقوقدان، ۱۳۷۷، ص. ۱۱۳.

۲. کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، منبع پیشین، ص. ۹۹.

ماهیت عقد را بر مبنای عقد انتقال مطالبات تحلیل کرد و اگر قصد و هدف طرفین حفظ مالکیت مطالبات برای صادرکننده و فقط دادن نمایندگی در وصول به عامل باشد باید عقد عاملیت را برپایه همان قصد توصیف کرد و سایر جنبه‌های قرارداد را فرعی و تبعی دانست و شایسته نیست که عقد عاملیت را به دو یا چند عقد جداگانه یا یک عقد مرکب از این دو تحلیل کرد. در نتیجه در تحلیل ماهیت حقوقی عقد عاملیت هدف غایی متعاقدين از انعقاد این عقد یا انتقال مالکیت مطالبات است یا نوعی نمایندگی جهت وصول که این دو عملیات اثر جوهري عقد است و بدون وجود طلب، عاملیت مفهوم ندارد. بنابراین سایر خدمات فرعی و تبعی انگاشته می‌شود؛ زیرا اگر همین اثر اصلی عقد نادیده گرفته شود، عقد خاصیت خویش را از دست خواهد داد. در نتیجه در عقد عاملیت بین‌المللی، ارائه خدمات در کنار نحوه واگذاری مطالبات (به شکل انتقال مالکیت یا نمایندگی در وصول) چهره‌ای فرعی دارد و آنچه در نهایت مورد لحاظ قرار می‌گیرد اثر اصلی عقد است نه سایر آثار.

## ۴-۲. طرق واگذاری مطالبات و ماهیت آن

در تحلیل ماهیت حقوقی عقد عاملیت، نحوه واگذاری مطالبات، عنصر اساسی و جوهره ذات این عقد می‌باشد و سایر خدمات در مقابل واگذاری مطالبات، فرعی و تبعی است. عامل با توافق با طلبکار اصلی مختار است که مالکیت این مطالبات را قبول کرده و به عنوان اصیل به بدهکار رجوع نماید یا اینکه با حفظ مالکیت مطالبات برای طلبکار اصلی فقط نمایندگی در وصول آن را بپذیرد؛ امری که باعث دوگانگی در ماهیت عقد عاملیت می‌شود که در ذیل به بررسی آن می‌پردازیم.

### ۴-۲-۱. انتقال مالکیت مطالبات

کنوانسیون اتاوا در بند ۲/ب ماده ۱ در وظایف برشمرده شده برای عامل، اولین تعهد را تأمین اعتبار برای فروشنده (صدرکننده) از طریق پرداخت بهای مطالبات در برابر انتقال مالکیت مطالبات ناشی از صورتحساب‌های تجاری معرفی کرده است. در این مورد باید میان دو فرض تفکیک قائل شد. فرضی که عامل به پرداخت بهای این مطالبات قبل از سرسید می‌پردازد<sup>۱</sup> و فرضی که عامل بهای مطالبات فروشنده را در سرسید یا اندکی پس از آن تاریخ انجام می‌دهد.<sup>۲</sup>

در شیوه نخست که معمول‌ترین روش تأمین اعتبار است، فروشنده از عامل تقاضای انجام وظیفه عاملیت را به نحو کامل می‌نماید؛ از جمله تأمین اعتبار و تضمین

ملائت بدهکار.<sup>۱</sup> اما در فرض دوم، عامل بهای مطالبات فروشنده را در سررسید یا اندکی پس از آن می‌پردازد. در این مورد عامل مستحق سود یا بهره نیست بلکه تنها مستحق نوعی حق‌العمل تنزیل است.

با رجوع به کتوانسیون اتاوا ملاحظه می‌کنیم که چگونه این کتوانسیون نوع دوم را از قلم انداخته و صرفاً به نوع نخست (پرداخت فوری بهای مطالبات) اکتفا کرده است و همچنین صرفاً به حق‌العملی که فروشنده به عامل در ازای پذیرش رسیک عدم ایفای دیون بدهکاران می‌پردازد اشاره کرده است، بدون اینکه به سود مورد استحقاق عامل در ازای پرداخت دیون قبل از سررسید بپردازد. آنچه در این میان برای ما حائز اهمیت است، تأکید صریح کتوانسیون بر خصیصه اعتباری (پرداخت قیمت دیون قبل از سررسید) این عقد است که در زیر به بررسی آن می‌پردازیم.

#### ۴-۲-۱. مفهوم انتقال طلب و موضوع آن

انتقال طلب به جایجایی طلب از دارایی طلبکار به دارایی دیگری گفته می‌شود.<sup>۲</sup> این واژه به این معنا نظر دارد که شخص، مالکیتی را که خود بار مالی دارد، به دیگری انتقال دهد. به طوری که مالکیت او به محض این انتقال از بین رفته و مالکیت شخص یا اشخاص دیگری جای مالکیت او را بگیرد.<sup>۳</sup> موضوع انتقال طلب، حق دائن است. این حق شخصی (حق شخصی در مقابل حق عینی استعمال می‌شود که به آن حق دینی یا حق ناشی از تعهد گویند) دائن است که از طریق انتقال طلب از دائن اصلی به دائن جدید منتقل می‌شود. به عبارت دیگر، حق دینی (طلب) موضوع انتقال است که بر ذمه مدیون قرار دارد (ماده ۳۸ قانون اعسار، بند ۲ ماده ۲۹۲ ق.م) و ذمه مخزن اموال کلی است.<sup>۴</sup> در نتیجه حقی مشمول عنوان طلب است که بر ذمه تعلق گیرد.

در عقد عاملیت صورتحساب‌ها در حکم سند طلب هستند. فی‌نفسه مالیتی ندارند و عین معین نیستند، بلکه نشانه بدھی فی‌الذمه هستند که به اعتبار دارنده، طلب و به اعتبار محال‌علیه، دین نامیده می‌شوند و معاملاتی که با این اوراق واقع می‌شود، با خود آنها واقع نمی‌شود، بلکه به اعتبار ارزشی است که این اوراق نماینده آن است. ارزش محتوای آن در زمرة اموال غیر مادی است که وجود مادی و محسوس در عالم خارج ندارد بلکه فقط در عالم اعتبار دارای وجود است به عبارتی یک مال منقول غیرمادی محسوب می‌شود (ماده ۲۰ ق.م).

1. Sussfeld, Louis Edmond, le Factoring, Presses Université de France, 1968, p. 4.

۲. کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی: نظریه عمومی تعهدات، مؤسسه نشر یلدا، ۱۳۶۷، ص. ۷۷۴.

۳. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، دایره المعارف حقوق مدنی و تجارت، جلد ۱، نشر بنیاد، ۱۳۵۶، ص. ۳۴۲.

۴. موسوی خمینی، سید روح‌الله، الیع، جلد ۱، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۳۷۹، ص. ۳۵.

طلب (دین) از حیث موضوع مفهومی اعم است زیرا هم بدھی پولی و بدھی غیر پولی (کالایی) را شامل می‌شود، در حالی که صورت حساب‌های موضوع عقد عاملیت فقط بدھی پولی را شامل می‌شود. بین دین پولی و دین تأمین ارزش تفاوت است. در هر دو تعهد، مدیون باید مقداری پول بپردازد ولی در تعهد به پول، موضوع دین انتقال مقدار معینی پول است و دادن پول، هدف اجرای تعهد است. ولی در تعهد به ارزش موضوع دین انجام دادن کار، انتقال ارزش معین و حصول نتیجه معینی است که باید به وسیله پول پرداخت شود و پول وسیله اجرای تعهد است.<sup>۱</sup>

در مواردی هم که موضوع تعهد پول رایج نیست، ارزهای خارجی موضوع دین وجه نقد و به عبارتی دین پولی است.<sup>۲</sup> دین پولی موضوع عقد عاملیت در واقع حق مطالبه مقداری پول از مشتری (مدیون) است که در مقابل طلبکار موظف به انتقال است و این حق (مطلوبه مقدار پول) در عرف مال محسوب می‌شود و می‌توان به موجب عقد به غیر انتقال داد. زیرا به موجب ماده ۲۱۴ ق.م. مورد معامله باید مال باشد. ولی قانون‌گذار مشخص نکرده است که آیا مراد اموال مادی است یا اعم از مادی و غیرمادی.<sup>۳</sup> معمولاً از اموال غیر مادی به حقوق مالی تعبیر می‌شود.<sup>۴</sup> به نظر می‌رسد که با توجه به اطلاق واژه «مال» در ماده ۲۱۴ ق.م. در بیان مورد معامله و مسود دیگر آن، از قبیل مواد ۸۷۲، ۹۴۶، ۱۲۱۴ و ۱۲۱۷، مراد قانون‌گذار از مال مورد معامله، به معنای محدود آن یعنی اموال مادی نیست، بلکه معنای عام و وسیع آن مراد است؛ به طوری که شامل اموال غیر مادی و به طور کلی همه حقوق مالی می‌شود، اعم از آنکه این حقوق بر پایه مادی استوار باشند یا غیرمادی.<sup>۵</sup> حقی که شخص بر عین یا منافع مالی دارد، مانند حق انتفاع از عین. حق رهن که تابع قواعد مربوط به حقوق عینی است در انتقال طلب معامله نمی‌شود.<sup>۶</sup> طلب موضوع عقد عاملیت از حقوق مالی است و اصل انتقال‌پذیری آن است که موضوع آن پول است.

۱. کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، جلد ۴، شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، چاپ ۵۶، ۱۳۸۱ صص. ۲۶۱-۲۹۰.

۲. رأی وحدت رویه شماره ۹۰ مورخ ۱۳۵۳/۱۰/۴ انتشار در روزنامه رسمی شماره ۸۷۸۰ به تاریخ انتشار ۱۳۵۳/۱۲/۶: «... عبارت وجه نقد مذکور در این ماده (ماده ۷۱۹ قانون آیین دادرسی) اعم است از پول رایج ایران و پول خارجی و بنابراین مقررات فصل سوم قانون مزبور در باب خسارت تأخیر تأدیه شامل دعاوی نیز که خواسته آن پول خارجی است می‌شود...».

۳. اموال مادی، اموالی هستند که پایه مادی دارند و می‌توان آنها را مشاهده و لمس نمود و اموال غیر مادی، اموالی هستند که در خارج وجود ندارند؛ ولی جامعه وجود آن را اعتبار نموده و قانون هم آن را شناخته است؛ مانند حق مختار و حق سرقفلی.

۴. امامی، سید حسن، حقوق مدنی، جلد ۱، کتاب فروشی اسلامیه، چاپ ۲۴، ۱۳۸۳، ص. ۲۶.

۵. کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی: دوره مقدماتی اموال و مالکیت، نشر میزان، چاپ ۵۶، ۱۳۸۲، ص. ۱۲.

۶. کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی: نظریه عمومی تعهدات منبع پیشین، ص. ۲۳۶.

#### ۴-۲-۱-۲. اطراف عقد عاملیت (انتقال مطالبات)

در عقد عاملیت فروشنده/ صادرکننده (طلبکار اصلی) و عامل (دائن جدید) بر انتقال طلبی که صادرکننده بر ذمه مدیون خود مشتری / واردکننده دارد، به شخص عامل توافق می کنند که در نتیجه آن، عامل (منتقلالیه) در همان حق، جانشین صادرکننده (دائن اصلی) می شود. در عقد عاملیت وجود سه طرف ضروری است، فروشنده (فاکتورایزی)<sup>۱</sup> که انتقال دهنده مطالبات است، عامل (فاکتور/فاکتورایزور)<sup>۲</sup> که جانشین طلبکار (صدرکننده) می شود و مشتری یا همان بدھکار که ذمه وی در مقابل عامل مشغول می شود. لیکن این امر بدین معنا نیست که ما با یک توافق سه جانبه ناشی از عقد واحد مواجه هستیم، بلکه چهارچوب این رابطه سه جانبه نتیجه در هم آمیختن غیرمستقیم دو عقد مجزا است.

عقد نخست، عقد ارائه خدمات یا بیع کالا است که رابطه میان صادرکننده (طلبکار) و واردکننده (مدیون) است. عقد دوم، عقد عاملیت است که رابط میان عامل و انتقال دهنده (صدرکننده) است. صادرکننده (طلبکار)، طرف اصلی در هر دو عقد محسوب می شود در صورتی که عامل نسبت به عقد بیع، و مشتری (مدیون) نسبت به عقد عاملیت بیگانه محسوب می شوند. لیکن به موجب چارچوب توافق<sup>۳</sup> صورت گرفته میان صادرکننده و عامل، این رابطه سه جانبه محقق می شود و برمبنای این توافق، عامل حق رجوع مستقیم (به نام و حساب شخصی خود) به مدیون (مشتری) را برای استيفای دیون موجود در صورتحسابها می یابد. این در حالی است که مشتری (مدیون) نسبت به عقد اعتباری میر میان عامل و انتقال دهنده (صدرکننده) بیگانه است<sup>۴</sup> زیرا طلب جزو اموال دائن است. مطابق اصل کلی هر صاحب مالی می تواند مال خود را به هر شخص بخواهد انتقال دهد، بدون اینکه اراده شخص دیگری در آن تأثیر داشته باشد. اصل تسلط مالک بر مایملک خود، اصلی محکم است و تخلف از اصل مذبور باید در موقعی به عمل آید که نص صریح قانونی وجود داشته باشد.<sup>۵</sup> کنوانسیون اتاوا نه تنها رضایت مدیون را جزو شرایط اساسی صحت عقد عاملیت قرار نداده، بلکه طبق ماده ۶ حتی مخالفت بدھکار و یا توافق قبلی خلاف آن (میان طلبکار و بدھکار) را در صحت این انتقال بی تأثیر اعلام کرده است (هر چند شایسته تر

1. Fournisseur-Factorizee

2. Affacteur-Factorizor

3. Convention-Cadre

4. Ghestin, Jacques, La Destination Entre Les Partis et Les Tiers Du Contract, J.C.P., 1992, p. 517.

5. کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی: نظریه عمومی تعهدات، ص. ۲۶۳؛ عدل، مصطفی، حقوق مدنی، انتشارات

امیرکبیر، چاپ ۵، ۱۳۳۱، ص. ۱۶۷.

بود که کنوانسیون این توافق قبلی طرفین بر عدم انتقال مطالبات را محترم بشمارد). اما با این حال کنوانسیون اتاوا اعلام و اخطار مبنی بر انتقال مطالبات موضوع صورتحساب‌ها به عامل را لازم دانسته است (بند ج ماده ۲). علی‌رغم الزامی بودن اعلام بدھکار از انتقال دین موضوع عقد عاملیت در این کنوانسیون، این اعلام نه شرط صحت عقد عاملیت است و نه شرط نفوذ آن بر بدھکار، زیرا انتقال بهنهایی و بدون ضرورت یا شرط اعلام به بدھکار یا حتی موافقت او نافذ است. اراده مشتری (بدھکار) هیچ‌گونه نقش مثبت یا منفی در انعقاد یا نفوذ عقد عاملیت که بین فروشنده (طلبکار) و عامل (مشتری دیون) واقع می‌شود، ندارد.<sup>۱</sup> تنها اثر اخطار این است که بدھکار از جانشینی مؤسسه عامل نسبت به مطالبات در ذمه خود آگاه باشد و از ایفای به غیر این مؤسسه (که اکنون مالک دین موضوع صورتحساب‌های قابل وصول است) ممنوع می‌باشد و هر ایفایی که به غیر عامل صورت گیرد، صحیح نبوده و مسئولیت آن بر واردکننده (بدھکار) دارای سوءنیت است.<sup>۲</sup>

#### ۴-۲-۳. ماهیت حقوقی انتقال مطالبات

راجع به ماهیت حقوقی انتقال مطالبات ناشی از صورتحساب‌های قابل وصول در کنوانسیون اتاوا، عقد خاص و معینی پیش‌بینی نشده است. در حقوق ایران، ماهیت انتقال طلب بر حسب تغییر اسباب و طرق انتقال متفاوت است. انتقال طلب ممکن است به طریق قهری یا ارادی باشد. انتقال طلب در اثر مرگ طلبکار، قهری و در زمان حیات، ارادی است. انتقال ارادی به طرق متعددی می‌تواند انجام گیرد که بر حسب اعراض و مقاصد طرفین عقد متفاوت می‌شود.<sup>۳</sup> بنابراین، ماهیت قرارداد انتقال طلب اگر به شکل معامله در برابر پول انجام گیرد، بیع دین و تابع شرایط و احکام خاص این عقد است و در صورتی که عقد مبنی بر تسامح و تسالم باشد، ماهیت این قرارداد صلح خواهد بود.<sup>۴</sup> ولی در جایی که قرارداد انتقال از حیث موضوع و آثار مورد توافق با هیچ یک از عقود معین قابل انطباق نباشد، عمل حقوقی آنها از حیث شرایط و آثار مطابق ماده ۱۰ ق.م. خواهد بود که انتقال طلب به معنای اصطلاحی خود (عقدی نامعین) است.<sup>۵</sup> در تمامی مصاديق ذکر شده، انتقال طلب

۱. شافی، نادر عبدالعزیز، منبع پیشین، ص. ۳۷۷.

۲. ماده ۳۸ قانون اعسار؛ الملجم، عبد الرحمن؛ و محمود محمد الکندری، عقد التمويل باستخدام الحقوق التجاريه و عمليات التوريق، الكويت، لجنه التأليف و التعریف و النشر، ۲۰۰۴، م، ص. ۵۱.

۳. کاتوزیان، ناصر، نظریه عمومی تعهدات، منبع پیشین، ص. ۲۴۹؛ سنهوری، عبدالرازق احمد، انتقال و سقوط تعهدات، ترجمه علیرضا امینی، محمدمحسن دانش‌کیا و منصور امینی، مرکز نشر کتاب، بی‌تار، ص. ۲۵.

۴. کاتوزیان، ناصر، نظریه عمومی تعهدات، منبع پیشین، ص. ۲۴۹.

۵. همان، ص. ۲۷۴.

صورت واحدی دارد که در آن متعهدله مافی الذمه متعهد را به شخص ثالثی منتقل می‌کند (ماده ۳۸ قانون اعسار، بند ۳ ماده ۲۹۲ ق.م). در نتیجه ماهیت، به لحاظ اغراض و مقاصد گوناگون در هر نوع انتقال، بستگی به اراده حقیقی طرفین این عقد دارد و در صورتی که در قالب عقد معین صورت گیرد، دیگر انتقال طلب عقدی غیرمعین در قالب ماده ۱۰ ق.م. نیست، بلکه باید آن را عقدی معین مطابق اراده حقیقی طرفین دانست.

همان‌طور که بیان شد، در عقد عاملیت، صادرکننده (طلبکار اصلی) مالکیت طلبی را که مطابق صورتحساب‌های قابل وصول از واردکننده (بدهکار) دارد، به کمتر از مبلغ اسمی آن به مؤسسه عاملی انتقال می‌دهد. با توجه به این عملیات به نظر می‌رسد که عقد عاملیت در مواردی که ناقل مالکیت مطالبات است، بر خلاف نظری که آن را انتقال طلب به معنای خاص کلمه در چهارچوب ماده ۱۰ قانون مدنی می‌داند<sup>۱</sup>، نیست. زیرا در عاملیت با توجه به اینکه صادرکننده (طلبکار اصلی) سند طلب خود را در مقابل مبلغی کمتر از مبلغ اسمی واگذار می‌کند و در مقابل عامل ثمن معامله به صورت وجه نقد پرداخت می‌کند، عوضین در مقابل هم قرار دارند و غرض اصلی مؤسسات عاملی دست یافتن به طلب ناشی از صورتحساب‌ها و هدف صادرکننده (طلبکار اصلی) رسیدن به وجه نقد قبل از سرسید مطالبات خود است و از آنجا که موضوع عقد عاملیت طلب (مال کلی فی الذمه) در مقابل عوض است که به نظر می‌رسد که عقدی معین به نام بیع دین با احکام و آثار خاص خود است نه یک انتقال طلب ساده. به عبارتی، هر جا که موضوع طلب، عین کلی باشد و در برابر عوضی واگذار شود، قرارداد انتقال، بیع دین است.<sup>۲</sup> در فقه عامه نیز مذهب مالکی انتقال طلب در مقابل عوض را بیع کلی فی الذمه یا بیع دین می‌نامند.<sup>۳</sup>

از سوی دیگر در تفسیر هر قرارداد بایستی به مفاد قرارداد و قصد مشترک طرفین توجه نمود. در عقد عاملیت با انعقاد قرارداد و پرداختن ثمن معامله از سوی عامل، قصد واقعی و خواست اصلی طرفین بر این واقع می‌شود که خریدار مالک طلب با مشخصات مندرج در عقد باشد. در واقع خواست اصلی طرفین تملیک و تملک از راه بیع است و هدف از پرداخت ثمن نقدی چیزی جز این امر نیست. بنابراین فروشنده حق ندارد بعد از انعقاد عقد عاملیت، طلب ناشی از صورتحساب‌ها را به دیگری انتقال دهد.

۱. باباپور، محمد، منبع پیشین، ص. ۷۱.

۲. مواد ۳۵۱ و ۳۵۰ ق.م؛ کاتوزیان، ناصر، نظریه عمومی تعهدات، منبع پیشین، ص. ۲۴۹.

۳. سنهوری، عبدالرازق احمد، منبع پیشین، ص. ۱۷.

در عقد عاملیت، ثمن معامله معلوم و مشخص است و مؤسسات عاملی به موجب عقد ملزم می‌شوند ثمن را نقداً هنگام انعقاد عقد به فروشنده پرداخت نمایند. در این قرارداد ممکن است طرفین شرط کنند که به منظور تضمین پرداخت طلب از سوی مدیون اصلی (محال علیه سند) صادر کننده تا وصول کامل طلب، ضامن مدیون اصلی باشد. لذا از گنجاندن چنین شرطی در این عقد معلوم می‌شود که مؤسسات نوعی مالکیت نسبت به طلب مزبور دارد.

اما مسأله قابل تأمل در بيع طلب پولی، قابلیت مبیع واقع شدن طلب است، زیرا همان طور که بیان گردید، طلب مال منقول غیرمادی محسوب می‌شود ولی قانون مدنی ایران، شرط عینیت را از خصوصیات مبیع بر شمرده است. ماده ۳۳۸ بيع را تملیک عین به عوض معلوم می‌داند، حال آنکه مطالبات پولی، از حیث لزوم عین بودن مبیع دارای تعارض ظاهري با ماده ۳۳۸ قانون مدنی است؛ در برخی از آثار حقوقی استدلال شده است که در حقوق موضوعه ایران ظاهر ماده ۳۳۸ ق.م. دلالت بر لزوم عین بودن مبیع دارد و از مواد دیگری مانند مواد ۳۲۵، ۳۲۶ و ۳۵۰ همان قانون استنباط می‌شود که مبیع فقط می‌تواند عین باشد، حال عین می‌تواند عین کلی فی الذمه، کلی در معین یا عین خارجی باشد.<sup>۱</sup> برخی از اساتید حقوق<sup>۲</sup> نیز ماده ۳۳۸ ق.م. را ناظر به مبیع شخصی دانسته‌اند و برخی دیگر<sup>۳</sup> انتقال اموال غیرمادی را تابع قواعد عمومی معاملات و پاره‌ای از قواعد خاص، که در قانون روابط موجر و مستأجر آمده است، دانسته‌اند. هر چند که معتقد‌ند کلمه فروش عرفاً در این مورد هم به کار می‌رود. مرحوم شهیدی با استناد به ماده ۳۳۸ ق.م. و محدودیت این ماده نسبت به شمول اموال غیرمادی، معتقد‌ند که مبیع نمی‌تواند منفعت، عمل یا حقی نظری حق ارتقاء و ... باشد، و در مورد ثمن چون قیدی در تعریف نیامده است پس عین، منفعت و عمل می‌تواند ثمن باشد.<sup>۴</sup> بنابراین با این استدلال در نظر ایشان مبادله دو حق یا حق و منفعت را نمی‌توان بيع دانست. از سویی از تعریف یکی دیگر از اساتید<sup>۵</sup> که بيع را «مبادله متعادل که در دارایی هریک از طرفین عقد، دو جریان مالی معکوس ایجاد کند» و نیز بنا بر نظر ایشان در مورد ماده ۳۳۸ که معتقد‌ند این ماده منسوخ شده است و قانون‌گذار در مواد فراوانی که بعد از سال ۱۳۷۰ تصویب کرده است، در مورد بيع

۱. قاسمی، محسن، انتقال مالکیت در عقد بيع، انتشارات دانشگاه امام صادق (ع)، ۱۳۸۸، ص. ۲۵.

۲. امامی، سید حسن، منبع پیشین، ص. ۴۱۹.

۳. صفایی، سید حسین، اشخاص و اموال، انتشارات میزان، ۱۳۸۵، ص. ۲۷۶.

۴. شهیدی، مهدی، حقوق مدنی ۶ تهران، انتشارات مجد، ۱۳۸۲، ص. ۱۳.

۵. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، دانشنامه حقوقی، جلد ۵، انتشارات امیرکبیر، چاپ ۲، ۱۳۷۲، ص. ۲۳۶.



خود را پایبند ماده ۳۳۸ ق.م. نمی‌داند، یعنی عین بودن مبیع را عنصر سازنده بیع نمی‌شمارد، استفاده می‌شود که بیع اختصاص به تمليک اعيان ندارد.<sup>۱</sup>

در فقه امامیه نیز فقها هنگامی که در خصوص واژه عین به میان می‌آورند به دو دیدگاه تقسیم می‌شوند. برخی از ایشان عین را در مقابل منفعت دانسته و لزوم عین بودن مبیع را مسلم شمرده‌اند و آن را بدون اشکال دانسته و ادعا کرده‌اند که اصطلاح فقها بر آن استقرار یافته است<sup>۲</sup> و گروهی نیز ذکر این واژه را در تعریف عقد بیع برای خروج منفعت و حق مالی می‌دانند.<sup>۳</sup> عده‌ای نیز در تبیین بیع دین میان واگذاری طلب به مدیون و غیرمدیون تمایز قائل شده‌اند. به گونه‌ای که ماهیت واگذاری طلب به مدیون را بیع دانسته، و ماهیت واگذاری بر غیرمدیون را باطل دانسته‌اند.<sup>۴</sup> لکن مشهور فقهای امامیه در ماهیت واگذاری طلب به مدیون یا غیرمدیون تقاضی قائل نشده، آن را بیع دانسته‌اند.<sup>۵</sup>

با توجه به نظرات فوق باید گفت که در عدم شمول عین مندرج در ماده ۳۳۸ ق.م. به اموال غیرمادی تردید نداشته‌اند، ولی در شمول آن اختلاف نظر مشاهده می‌شود. عده‌ای معتقد‌ند که عین شامل حق و منفعت نمی‌شود و عده‌ای نیز معتقد‌ند فقط عین برای خروج منفعت از تعریف بیع قید شده است.

در رد نظرات فوق و شمول ماده ۳۳۸ قانون مدنی بر بیع اموال غیرمادی از جمله طلب می‌توان به دلایل زیر استناد نمود:

الف - به نظر می‌رسد که هیچ یک از نظرات یادشده صحیح نمی‌باشد. زیرا اگرچه از ظاهر ماده ۳۳۸ ق.م. استفاده می‌شود که مبیع اختصاص به اعيان دارد، ولی با توجه به اینکه قانون‌گذار از عین یادشده در ماده ۳۳۸ ق.م. معنای لغوی و عرفی آن را اراده نکرده، نباید آن را در معنای لغوی یا عرفی حمل کرد و عین را به اموال مادی اختصاص داد، زیرا وقتی که در زبان قانون‌گذار واژه‌ای مورد استفاده قرار می‌گیرد، ابتدا معنای

۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *دایره المعارف حقوق مدنی و تجارت*، پیشین، ص. ۴۲۶.
۲. انصاری، شیخ مرتضی، المکاسب، جلد ۲، تبریز، انتشارات تقی علامه، ۱۳۷۷، ص. ۲۲۳.
۳. انصاری، مسعود؛ و محمدعالی طاهری، *مجموعه دانشنامه حقوقی (دانشنامه حقوق خصوصی)*، جلد ۳، نشر مهراب فکر، ۱۳۸۴، ص. ۱۶۴۵.
۴. حلی، ابن ادریس، *محمدبن منصورین احمد، السرازير الحاوی لتحرير الفتاوى*، جلد ۲، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ دوم، ۱۴۱۰ ق، ص. ۵۵؛ خامنه‌ای، سیدعلی، *اجوهه الإستفتاءات*، ترجمه احمد رضا حسینی، جلد ۲، المهدی، ۱۳۷۹، سؤالات ۸۶۴ و ۸۶۵.
۵. محقق کرکی (محقق ثانی)، *جامع المقاصد فی شرح شرایع الإسلام*، جلد ۵، قم، مؤسسه آل بیت، الطبعه ۲، ۱۴۰۸ ق. ص. ۱۸؛ حسینی سیستانی، سیدعلی، *توضیح المسائل*، مرکز فرهنگی انتشاراتی منیر، ۱۳۷۷، مجلقات م. ۲۸؛ مکارم شیرازی، ناصر، *توضیح المسائل*، قم، انتشارات مدرسه علی بن ابی طالب، ۱۳۷۹، م. ۲۴۳۰؛ مطهری، مرتضی، *مجموعه آثار استاد شهید مطهری*، جلد ۲۰، انتشارات صدرا، چاپ ۶، ۱۳۷۸، ص. ۲۹۶. طباطبائی بزدی، سید محمدکاظم، حاشیه مکاسب، تهران، دارالمعارف الإسلامية، ۱۳۷۸، ص. ۲۰۸.

واژه را باید از خود قانون‌گذار استفاده کرد و چه بسا قانون‌گذار آن را در معنای لغوی خود به کار نبرده باشد و چنانچه این مطلب از زبان قانون‌گذار، به طور صریح یا ضمنی قابل استفاده نباشد در این صورت باید آن را حمل به معنای لغوی یا عرفی کرد و عین را به اموال مادی اختصاص داد و نتیجه گرفت که در قانون نیز همان معنای عرفی یا لغوی مورد استفاده قرار گرفته است و در این مورد نیز با دقت و ملاحظه ماده ۳۵۰ ق.م. روشن می‌شود که قانون‌گذار آن را در معنای لغوی خود استعمال نکرده است، زیرا هرگز به کلی فی الذمه مال مادی گفته نمی‌شود.<sup>۱</sup>

ب - با دقت در کلام فقهاء و قانون مدنی (مواد ۳۳۸ و ۳۵۰) در باب بیع روشن می‌شود که عین دارای اقسامی است و اعیان ابتدا به دو قسمت عین شخصی (معین) و عین کلی تقسیم می‌شوند. بیع عین عبارت است از بیع مبیعی که در هنگام انعقاد عقد وجود خارجی دارد (عین شخصی) یا در زمان تسلیم وجود خارجی پیدا می‌کند. «عین چه شخصی باشد چه کلی، و کلی در ذمه باشد یا مشاع و یا در معین، در هر حال می‌تواند مبیع قرار گیرد و مبیع باید یکی از همین اعیان باشد».<sup>۲</sup> پول نیز از اعیان خارجی و مثلی بوده،<sup>۳</sup> به طور کلی در ذمه در بیع طلب پولی مورد مبادله قرار می‌گیرد. اگرچه در این مبادله به مانند بیع سلف یا بیع نسیه، پول به واسطه عقد به حالت کلی در ذمه در نیامده و قبل از عقد به سببی از اسباب به شکل دین پولی بر ذمه مدیون مستقر شده است.

پ - قانون‌گذار در مواد متعدد لایحه اصلاحی قانون تجارت مصوب ۱۳۴۷، از جمله مواد ۳۴، ۳۵، ۳۶ و مواد ۷۸ و ۷۹ قانون تجارت، از فروش سهام شرکتها نام می‌برد که مال غیرمادی بوده و این خود تأییدی بر این مدعاست که قانون‌گذار صرفاً معنای لغوی و عرفی عین را در نظر نداشت، زیرا سهام شرکتها را علی‌رغم اینکه دارای وجودی اعتباری غیرمحسوس می‌باشند، به موجب عقد بیع قابل انتقال دانسته است.<sup>۴</sup>

ت - با دقت در رابطه‌ای که انسان با اشیاء گوناگون دارد، در می‌باشیم در واقع حقوق غیرمادی و اعتباری است که موضوع حق و تکلیف قرار می‌گیرد و مورد معامله واقع می‌شود و به ملکیت فرد در می‌آید. بنابراین در انتقال ملکیت، حق مالکیت و

۱. تفرشی، محمد عیسی؛ و رضا سکوتی، «بیع سهام شرکت‌های سهامی»، مجله علوم اجتماعی و انسانی دانشگاه شیراز (ویژه حقوق)، دوره بیست و یکم، شماره ۲ (پیاپی ۴۱)، تابستان ۱۳۸۳، ص. ۴۶.

۲. طاهری، حبیب‌الله، حقوق مدنی، جلد ۴، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ ۲، ۱۴۱۸، ق، صص. ۲۲-۳۲.

۳. بهجت، محمد تقی، استفتات، جلد ۳، قم، انتشارات شفق، ۱۴۲۸، ق، ص. ۲۰۱.

۴. برای بحث مفصل در این مورد رجوع شود به: تفرشی، محمد عیسی؛ و رضا سکوتی، «بیع سهام شرکت‌های سهامی»، مجله علوم اجتماعی و انسانی دانشگاه شیراز (ویژه حقوق)، دوره بیست و یکم، شماره ۲ (پیاپی ۴۱)، تابستان ۱۳۸۳.

ارتباط اعتباری و معنوی با شیء است که منتقل می‌شود. لذا از این حیث هیچ فرقی بین حق مالکیت بر عین - که وجود مادی و محسوس دارد - و حق مالکیت بر اموال غیرمادی نظیر حق مؤلف و اسکناس وجود ندارد و هر دو دسته را باید بتوان مورد تملیک قرار داد.<sup>۱</sup>

بدون شک قانون‌گذار هنگام تدوین قانون به این رابطه توجه داشته و به نظر می‌رسد صرف به کار بردن عین در بیع مقابل منفعت و برای خارج نمودن اجاره از مفهوم بیع بوده است، زیرا برای مثال در حیات مباحثات، بیع و اجاره اموال، فرد هیچ تصرفی در مال نمی‌کند و فقط علاقه و ارتباط خود را با آن تغییر می‌دهد. پس آنچه مال یا مالکیت یا حق نامیده می‌شود همه از یک نوع است و صورت مادی و خارجی ندارد.

ث - عرف امروز جامعه ما انتقال اموال غیرمادی را مانند حق تأثیف، سرقفلی و اسکناس، بیع می‌نامد.<sup>۲</sup> ملاک در تحديد معاملات و موضوع آنها عرف است و حقوق دانان نیز تصریح کرده‌اند که رهایی از قید عین مندرج در ماده ۳۳۸ ق.م. نوعی پیشرفت و نزدیکی به عرف و معقول شدن قواعد است که اینها غایت مطلوب هر نظام حقوقی است و باید گفت که این رهایی گامی به سوی عدالت و معقول شدن نیز دانسته می‌شود.<sup>۳</sup> بنابراین می‌توان عقد بیع را تملک مال یا انتقال مالکیت در مقابل عوض دانست. مفهومی که در میان فقهاء نیز سابقه دارد.<sup>۴</sup> پس می‌توان گفت که آن دسته از فقهایی که لفظ عین را به جای مال در تعریف بیع اتخاذ کرده‌اند خواسته‌اند از شمول تعریف بر اجاره احتراز کنند.<sup>۵</sup>

حال اگر قائل به این باشیم که عقد بیع تملیک مال یا انتقال مالکیت در برابر عوض است خواه آن مال عین باشد یا حق و خواه تملیک بی‌درنگ صورت بگیرد یا متعلق به شرط شود و یا مدتی به تأخیر افتاد، در این صورت حقوق ما به خانواده جهانی نزدیک می‌شود.<sup>۶</sup>

#### ۴-۱-۲-۴. بررسی وظایف و تعهدات طرفین

نظر به اینکه عاملیت عقدی جامع و متنضم کلیه حقوق و تکالیف طلبکار و عامل است. رویه معمول مؤسسات عاملیت بر این است که اقدام به تهیه این عقد در قالب و نمونه‌های واضح و معین بنمایند که در آن حقوق و تعهدات طرفین صریحاً ذکر

۱. کاتوزیان، ناصر، نظریه عمومی تعهدات، منبع پیشین، ص. ۲۳.

۲. روحانی، سیدمحمدصادق، منهاج الفقاهه، جلد ۱، قم، انتشارات دارالفنون، چاپ ۱۴۱۸، ۱۴، ق، ص. ۳۸.

۳. کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی: دوره عقود معین (۱)، شرکت انتشار با همکاری بهمن برتنا، چاپ ۴، ۱۳۷۱، ص. ۳۰۶.

۴. مکارم شیرازی، ناصر، توضیح المسائل، منبع پیشین، ص. ۳۳.

۵. قاسمی، محسن، منبع پیشین، ص. ۲۵.

۶. کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی: دوره عقود معین (۱)، منبع پیشین، ص. ۳۰۶.

---

می شوند. در این مبحث به مطالعه مرحله اجرای عقد از طریق بررسی تعهدات (وظایف) طرفین آن مطابق تقسیم‌بندی ذیل می‌پردازیم:

#### ۱-۴-۱-۲-۴. وظایف و تعهدات صادرکننده (فروشنده / طلبکار اصلی)

صدرکننده به عنوان انتقال‌دهنده مالکیت مطالبات خود به عامل، تعهدات زیر در عقد بیع دین بر عهده دارد:

- تضمین وجود طلب
- تحويل تمامی صور تحساب‌ها به عامل (اصل عمومیت و انحصار)
- تعهد صادرکننده (طلبکار اصلی) بر اخطر بدھکار
- تعهد صادرکننده (طلبکار اصلی) به پرداخت حق العمل

#### ۲-۴-۱-۲-۴. وظایف و تعهدات مؤسسه عاملیت

عقد عاملیت از عقود الزام‌آور برای طرفین است. لذا همان‌طور که تعهداتی در نتیجه این عقد بر عهده صادرکننده قرار می‌گیرد، متقابلاً تعهداتی نیز بر عهده عامل قرار می‌گیرد که مهم‌ترین آنها را می‌توان در موارد ذیل خلاصه نمود:

- تضمین عدم رجوع
- تعهد عامل به ارائه اطلاعات تجاری و مشاوره تخصصی
- تعهد به ایفای بھای دیون به انتقال‌دهنده

## نتیجه‌گیری

مطابق بند ۲/ب ماده ۱ کنوانسیون اتاوا در عقد عاملیت بین‌المللی، عامل باید به ارائه حداقل دو مورد از چهار عملیات انتقال مطالبات یعنی نمایندگی در وصول، انجام امور حسابداری و تضمین وصول مطالبات (تضمين عدم رجوع به طلبکار اصلی) بپردازد که هر کدام به تنها ی نمایان گر ماهیت خاصی برای عاملیت است. این امر بیان گر آن است که عقد عاملیت مدنظر کنوانسیون نتیجه اختلاط و ترکیب دو یا چند عقد مختلف است.

مطابق نظر منتخب ما در حقوق ایران، عقود متعدد و مختلفی را که در عقد مرکب وجود دارند باید عقدی واحد دانست که ماهیت آن منطبق با ماهیت تعهد اصلی است و سایر تعهدات به صورت فرعی و شرط ضمن عقد اصلی محسوب شوند. لذا با توجه به اینکه عنصر واگذاری مطالبات در این عقد برتری دارد و جوهره اساسی آن را تشکیل می‌دهد، باید ارائه سایر خدمات عاملی را فرعی و تبعی دانست. بدین ترتیب بسته به عملیات انتخاب شده توسط عامل، عنصر واگذاری مطالبات یا به صورت انتقال مالکیت صورت می‌پذیرد یا با حفظ مالکیت و دادن نوعی نمایندگی جهت وصول، سایر موارد از قبیل انجام امور حسابداری و حمایت از طلبکار در برابر قصور بدھکاران از پرداخت در قالب شرط ضمن عقد تحلیل می‌شوند.

در نتیجه با توجه به توافق طرفین چنانچه صادرکننده (طلبکار اصلی)، سند طلب خود را در مقابل مبلغی کمتر از مبلغ اسمی واگذار کند و در مقابل عامل ثمن معامله را نقداً پرداخت کند، عوضین در مقابل هم قرار داشته و غرض اصلی مؤسسات عاملی دست یافتن به طلب ناشی از صورتحسابها و هدف صادرکننده (طلبکار اصلی) رسیدن به وجه نقد قبل از سرسید مطالبات خود است و موضوع عقد عاملیت طلب (مال کلی فی الذمه) در مقابل عوض می‌باشد. ماهیت چنین توافقی مطابق حقوق ایران، عقد معین به نام بیع دین با احکام و آثار خاص خود است. ولی اگر طرفین بر حفظ مالکیت برای صادرکننده و صرفاً اعطای نمایندگی در وصول به عامل توافق نمایند در این صورت دیون موضوع این دسته از صورتحسابها در چهارچوب احکام و قواعد عمومی وکالت و مطابق دستورهای طلبکار اصلی، قابل وصول است در این نوع از عاملیت دیگر بحث انتقال مالکیت دیون مطرح نیست، بلکه مؤسسه عاملی نقش نمایندگی از طلبکار اصلی در مفهوم دقیق وکالت را دارا می‌باشد.

## منابع

- آخوندی، رضا، عاملیت تجاری در حقوق ایران و فرانسه، نشر دادگستر، ۱۳۸۴.
- امامی، سید حسن، حقوق مدنی، جلد ۱، کتاب فروشی اسلامی، چاپ ۲۴، ۱۳۸۳.
- انصاری، شیخ مرتضی، المکاسب، جلد ۲، تبریز، انتشارات تقدی علامه، ۱۳۷۷.
- انصاری، مسعود؛ و محمدعلی طاهری، مجموعه دانشنامه حقوقی (دانشنامه حقوق خصوصی)، جلد ۳، نشر مهراب فکر، ۱۳۸۴.
- باباپور، محمد، «بررسی تطبیقی کتوانسیون عاملیت بینالمللی در حقوق ایران»، فقه و حقوق، سال چهارم، شماره ۱۴، پاییز ۱۳۸۶.
- بهجت، محمد تقی، استفتائات، جلد ۳، قم، انتشارات شفق، ۱۴۲۸ ق.
- تفرشی، محمد عیسی؛ و رضا سکوتی، «بیع سهام شرکت‌های سهامی»، مجله علوم اجتماعی و انسانی دانشگاه شیراز (ویژه حقوق)، دوره بیست و یکم، شماره ۲ (پیاپی ۴۱)، تابستان ۱۳۸۳.
- توفیق، توریه، وکالت تحصیل و ضمان الحقوق التجاریه، رساله دکتوراه، كلية الحقوق، القاهره، جامعه عین شمس، ۱۹۸۷.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، دانشنامه حقوقی، جلد ۵، انتشارات امیرکبیر، چاپ ۲، ۱۳۷۲.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، دایره المعارف حقوق مدنی و تجارت، جلد ۱، نشر بنیاد، ۱۳۵۶.
- حسینی سیستانی، سید علی، توضیح المسائل، مرکز فرهنگی انتشاراتی منیر، ۱۳۷۷.
- حلی، ابن ادریس، محمد بن منصور بن احمد، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوى، جلد ۲، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ دوم، ۱۴۱۰ ق.
- دویدار، هانی، النظام القانوني للتجاره: العمليات المصرفية، الأسناد التجاريه، الإفلاس، بيروت، المؤسسه الجامعيه للدراسات والنشر، ۱۹۹۷ م.
- دهخدا، علی اکبر، لغتنامه، دانشگاه تهران، چاپ اول از دوره جدید، ۱۳۷۲.
- ذوالمجدين، زین العابدين، فقه و تجارت، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۲۶.
- رضوان، فائز نعیم، عقد الائتمان الإيجاري، القاهره، دار الفكر العربي، ۱۹۸۵.
- روحانی، سید محمد صادق، منهاج الفقاھه، جلد ۱، قم، انتشارات دارالفکر، چاپ ۱۴، ۱۴۱۸ ق.
- سنهوری، عبدالرازاق احمد، انتقال و سقوط تعهدات، ترجمه علیرضا امینی، محمد حسین دانش کیا و منصور امینی، مرکز نشر کتاب، بی‌تا.
- شافی، نادر عبدالعزیز، عقد شراء الديون التجاریه عقد الفاکتورینغ دراسه مقارنه، بيروت، منشورات زین الحقوقية، الطبعه ۲، ۲۰۱۳.

- 
- شهیدی، مهدی، تشکیل قراردادها و تعهدات، جلد ۱، تهران، نشر حقوقدان، ۱۳۷۷.
  - شهیدی، مهدی، حقوق مدنی ۶، تهران، انتشارات مجد، ۱۳۸۲.
  - صفائی، سید حسین، اشخاص و اموال، انتشارات میزان، ۱۳۸۵.
  - طاهری، حبیب‌الله، حقوق مدنی، جلد ۴، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ ۲، ۱۴۱۸ ق.
  - طباطبایی یزدی، سید محمد‌کاظم، حاشیه مکاسب، تهران، دارالمعارف الإسلامية، ۱۳۷۸.
  - طه، مصطفی کمال، القانون التجاری: الأوراق التجارية العقود التجارية عمليات البنوك الإفلاس، مصر، دار المطبوعات الجامعية، ۱۹۹۹ م.
  - عبدالرزاق محمد خلیفه، ذکری، «عقد شراء فواتیر الديون التجارية من الوجهتين العملية والقانونية»، مجلة مصر المعاصرة، العدد ۴۸۸، السنة الثامنة والتسعون، ۲۰۰۷ م.
  - عبدالمنعم، حمدى، العمليات المصرفية فى قانون المعاملات الاتحادى رقم (۱۸) لسنة ۱۹۹۳ لدوله الإمارات العربية المتحده فى ضوء الفقه والقضاء والنصوص لمقارنه فى دول مجلس التعاون الخليجي، القاهرة، دار النهضة العربية، ۱۹۹۵ م.
  - عدل، مصطفی، حقوق مدنی، انتشارات امیرکبیر، چاپ ۵، ۱۳۳۱.
  - علامه حلی، شرح تبصره علامه، جلد ۱، ترجمه زین العابدين ذوال المجدين، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۲۸ ق.
  - علم الدین، محی الدین اسماعیل، موسوعه أعمال البنوك من الناحیتين القانونیه والعملیه، الجزء الأول، القاهرة، دار النهضة العربية، ۱۹۸۷ م.
  - عوض، على جمال الدين، عمليات البنوك من الوجهه القانونيه فى قانون التجارة و تشريعات البلاد العربية، القاهرة، دارالنهضه العربية، الطبعه ۳، ۲۰۰۰ م.
  - فضلی، هشام، عقد شراء الحقوق التجارية، القاهرة، دار النهضة العربية، ۱۹۹۷ م.
  - قاسمی، محسن، انتقال مالکیت درعقد بیع، انتشارات دانشگاه امام صادق (ع)، ۱۳۸۸.
  - کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی: دوره مقدماتی اموال و مالکیت، نشر میزان، چاپ ۶، ۱۳۸۲.
  - کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی: دوره عقود معین (۱)، شرکت انتشار با همکاری بهمن برنا، چاپ ۴، ۱۳۷۱.
  - کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی: قواعد عمومی قراردادها، جلد ۲، شرکت سهامی با همکاری بهمن برنا، چاپ ۳، ۱۳۷۱.
  - کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی: نظریه عمومی تعهدات، مؤسسه نشر یلد، ۱۳۶۷.
  - کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، جلد ۴، شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، چاپ ۶، ۱۳۸۱.
  - کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، جلد ۱، شرکت سهامی انتشار، چاپ ۷، ۱۳۸۵.

- 
- كركبي، مروان، عقد الفاكتورينغ، دراسه مقدمه الى مؤتمر الجديد فى عمليات المصادر من الوجهتين القانونيه و الإقتصاديه، جلد ٢، كلية الحقوق جامعه بيروت العربيه، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٢. م.
  - محقق اصفهاني، محمدحسين، حاشيه المکاسب، قم، منشورات الذخایر الإسلامیه، ١٣٦٣.
  - محقق کرکي (محقق ثانى)، جامع المقاصد فى شرح شرایع الإسلام، جلد ٥، قم، مؤسسه آل بیت، الطبعه ٢، ١٤٠٨. ق.
  - محمودی، بشیر، عقد تحويل الفاتورة، الجزائر، الديوان الوطنی للأشغال التربويه، ٢٠٠٢.
  - مطهری، مرتضی، مجموعه آثار استاد شهید مطهری، جلد ٢٠، انتشارات صدراء، چاپ ٦، ١٣٧٨.
  - مکارم شیرازی، ناصر، أنوار الفقاھه، كتاب البيع، جلد ١، قم، انتشارات هدف، ١٣٧٦.
  - مکارم شیرازی، ناصر، توضیح المسائل، قم، انتشارات مدرسه على بن ابی طالب، ١٣٧٩.
  - الملحم، عبد الرحمن؛ و محمود أحمد الكندری، عقد التمويل باستخدام الحقوق التجاریه و عمليات التوريق، الكويت، لجنه التأليف و التعریف و النشر، ٢٠٠٤. م.
  - موسوی خمینی، سید روح الله، البيع، جلد ١، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ١٣٧٩.
  - نراقی، ملا احمد، عواید الأيام، قم، مركز الدراسات الإسلامية، مطبعه المكتب الإعلامی الإسلامي، ١٣٧٥.

- Blackwell, Amy, Essential Law Dictionary, London, Sphinx publications, 2008.
- Bourdeaux, Gautier, Autres Moyens De Paiement et De Recouvrement-Affacturage International, Edition du Juris-Classeur, 1998.
- Gavalda, Christian; & Jean Stoufflet, le Contrat Dit de Factoring, J.C.P; G., 1966
- Gavalda, Christian, Affacturage, Encyclopédie Dalloz-Com; A-B, no.2., 1996
- Glinavos, Ioannis, An Introduction to International Factoring & Project Finance, Munich Personal RePEc Archive, MPRA Paper No. 854, 2002.
- Spasić, Ivanka; Milorad Bejatović & Marijana Dukić-Mijatović, "Factoring - Instrument of Financing in Business Practice - Some Important Legal Aspects", Ekonomski istraživanja, Vol. 25, No. 1, 2012.
- Ghelin, Jacques, La Destination Entre Les Partis et Les Tiers Du Contract, J.C.P., 1992.

- 
- Sussfeld, Louis Edmond, *le Factoring*, Presses Université de France, 1968.
  - Bakker, Marie; Leora Klapper & Gregory Udell, *Financing Small and Medium-size Enterprises with Factoring: Global Growth in Factoring and Its Potential in Eastern Europe*, Warsaw, 2004.
  - Mizan, Andre, "Factoring: A Better Alternative Of International Trade Payment Methods", ASA University Review, Vol. 5, No. 2, 2011.
  - Ellis, Susan, *Webster's New World Law Dictionary*, New York: Wiley Publishing Incorporations, 2006.
  - UNIDROIT Secretariat, Explanatory Note on the UNIDROIT Convention on International Factoring (Ottawa, 1988), Rome, 2011.
  - UNIDROIT, Study LVIII — Doc. 33, Draft Convention on International Factoring as adopted by a Unidroit committee of governmental experts on 24 April 1987 with Explanatory Report prepared by the Unidroit Secretariat, Rome, 1987.

## نظام پاسخگویی قوه قضاییه و نسبت آن با استقلال این قوه

اسدالله یاوری\*

محمدقاسم تنگستانی\*\*

### چکیده

منتظر با تأکید بر تقویت راهکارهای تأمین استقلال قضات و افزایش درخواست‌ها برای کسب استقلال نهادی دستگاه قضایی از قوه مجریه، بر ضرورت و اهمیت پاسخگویی قضایی (اعم از قضات و نهاد قضایی) در انجام وظایف محوله و مدیریت امور قضایی تأکید شده است.

پاسخگویی قوه قضاییه به عنوان یک نهاد، ناظر بر بدن مدیریتی این قوه و مربوط به عملکرد مدیران قوه مزبور در اداره آن و اجرای قوانین و مقررات مربوط است. قوه قضاییه در اینجا به مثابه سازمانی نگریسته می‌شود که با برخورداری از بخشی از منابع مادی و انسانی کشور، همانند سایر سازمان‌ها، مؤسسات و نهادهای دولتی مسئولیت ارائه خدمات عمومی مشخصی را بر عهده داشته و بدین طریق بخشی از مسئولیت‌های دولت را ایفا می‌کند. با وجود این، حساسیت کارکردي دستگاه قضایی و بهویژه لزوم تأمین استقلال قضایی، دیدگاه‌ها را بر سازوکارهای پاسخگویی دستگاه قضایی متمرکز نموده است تا بدین طریق، ضمن حفظ استقلال قضایی، پاسخگویی نیز حاصل شود. در این مقاله، ضمن تبیین مفهومی استقلال و پاسخگویی قضایی و سازوکارهای پاسخگویی نهاد قضایی در حقوق تطبیقی، به بررسی وضعیت استقلال و پاسخگویی قوه قضاییه در نظام حقوقی ایران خواهیم پرداخت.

**کلیدواژه‌ها:** استقلال قضایی، پاسخگویی، قوه قضاییه، تفکیک قوا.

\* عضو هیأت علمی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی (نویسنده مسئول) [yavariamir@hotmail.com](mailto:yavariamir@hotmail.com)

\*\* دانشجوی دکتری حقوق عمومی دانشگاه شهید بهشتی [m.tangestani@yahoo.com](mailto:m.tangestani@yahoo.com)

تاریخ دریافت: ۹۴/۸/۲۹ تاریخ پذیرش: ۹۴/۱۲/۱۰

## مقدمه

مطالعات مربوط به دستگاه قضایی، به نسبت سایر قوا و نهادهای حکومتی از سابقه کمتری برخوردار است. مطالعات موجود نیز تا چندی پیش عمدهاً مربوط به کارکردهای قضایی دادگاهها می‌گردید و بحث‌های مربوط به نهاد قضایی و چگونگی نهادینه‌سازی فعالیتهای قضایی در مجموعه دستگاه قضایی و تنظیم روابط آن با سایر قوا، مورد توجه و بررسی مقتضی قرار نگرفته بود. طی سال‌های پس از پایان جنگ جهانی دوم، مطالعات مربوط به سازمان قضایی در نظام‌های حقوقی مختلف قوت گرفت و به تدریج بر غنای ادبیات موضوع یادشده افزوده شد. بحث «استقلال قضایی» نخستین حوزه مطالعاتی مربوط به دستگاه قضایی بود که از جنبه‌ها و ابعاد گوناگونی مورد بررسی و نظریه‌پردازی قرار گرفته است. با وجود این، بحث‌های مربوط به دستگاه قضایی، به استقلال قضایی محدود نمی‌شود. به تدریج سایر حوزه‌های مطالعاتی نظریه سلامت، توامندسازی، کارآمدی و پاسخگویی نیز مورد توجه اندیشه‌ورزان قرار گرفت. به دلیل جایگاه محوری استقلال قضایی در مطالعات مربوط به دستگاه قضایی، بحث و بررسی در خصوص حوزه‌های مطالعاتی اشاره شده در فوق نیز بدون توجه به ارتباط آنها با استقلال قضایی، قابل انجام نیست. به عبارتی، استقلال قضایی عنصر ذاتی در ایفای کارکرد قضایی و در کانون مطالعات مربوط به دستگاه قضایی است. یکی از موضوعات قابل توجه و مستلزم بررسی در این زمینه، نسبت میان استقلال و پاسخگویی قضایی است که در طول چند دهه اخیر در ادبیات تطبیقی و همچنین در نظام‌های حقوقی پیشرفت‌های انعکاس یافته و از ابعاد مختلفی مورد بررسی قرار گرفته است.

در این نوشتار، همان طور که از عنوان نیز مشخص است، سطح استقلال ساختاری دستگاه قضایی یا قوه قضاییه محور اصلی بحث است.<sup>۱</sup> با توجه به مفهومی که از پاسخگویی مورد نظر داشته باشیم، رابطه آن با استقلال قوه قضاییه متفاوت به نظر می‌رسد. بدین ترتیب، در تبیین رابطه میان استقلال و پاسخگویی قضایی، پیش از هر امری باید منظور از مفاهیم «استقلال قضایی» و «پاسخگویی» را به نحو مناسبی مورد بررسی قرار داد.

### ۱. تحلیل مفهومی

#### ۱-۱. استقلال قضایی

گرچه در بادی امر، اصل استقلال قضایی ساده و قابل فهم به نظر می‌رسد، اما برای تنظیم حدود و چارچوب‌های حقوقی آن، ناگزیر باید مفهوم و مبانی نظری آن را

۱. در این خصوص لازم به ذکر است که در برخی موارد، ترسیم خط فارق مشخص و دقیقی میان استقلال شخصی قضا و استقلال سازمانی قوه قضاییه، به راحتی امکان‌پذیر نیست.

به دقت مورد بررسی قرار داد. یک تحلیل ابتدایی از استقلال قضایی آن است که قصاص و نظام قضایی در کل باید بدون تأثیرپذیری منفی از هر گونه عامل داخلی و خارجی به انجام کارکردها و ظایف قانونی خود بپردازند. اگر در گذشته استقلال قضایی عمدهاً بر استقلال شخصی قاضی (استقلال کارکردی) متمنکر بوده، اما در دهه‌های اخیر استقلال سازمانی دستگاه قضایی نیز به میزان استقلال شخصی قصاص، مهم تلقی شده است. به تدریج مسائل پیرامونی امر قضا، توجهات را معطوف به محیط و فضایی کرد که قصاص در آن چارچوب فعالیت می‌کنند. دیگر توجه صرف به ابعاد شخصی استقلال قضایی (استقلال قاضی) نمی‌توانست پاسخ مناسبی به وضعیت و شرایط مزبور باشد، چرا که استقلال قاضی نسبت تنگانگی با استقلال سازمان قضایی داشته و در واقع بدون استقلال سازمانی، تأمین استقلال شخصی قاضی امکان‌پذیر نیست.<sup>۱</sup>

بدین ترتیب، امروزه دیگر استقلال قضایی محدود به شخص قصاص نمی‌شود، بلکه شامل دادگاه (مرجع قضایی) و نظام قضایی نیز شده است. اسناد بین‌المللی مربوط نیز بر ضرورت وجود دادگاه (یا مرجع قضایی) مستقل و بی‌طرف تأکید کرده‌اند. از جمله مواد مربوط این اسناد می‌توان به ماده (۱۰) اعلامیه جهانی حقوق بشر، بند (۱) ماده (۱۴) میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی، بند (۲) ماده (۷) منشور آفریقایی حقوق بشر و اقوام، بند (۱) ماده (۸) کنوانسیون امریکایی حقوق بشر و بند (۱) ماده (۶) کنوانسیون اروپایی حقوق بشر اشاره کرد.

دهه ۱۹۹۰ میلادی شاهد تمرکز اصلاحات در نظام قضایی بر حوزه اصلاحات استقلال ساختاری دستگاه قضایی به عنوان یک شاخه مستقل حکومت بود. یکی از مهم‌ترین علل این امر، دخالت قوه مجریه در اداره و مدیریت دستگاه قضایی بوده است که در برخی موارد به دلیل خدشه‌دار کردن بی‌طرفی قضایی، موجب کاهش اعتماد عمومی به دستگاه قضایی شده است.<sup>۲</sup>

استقلال قضایی، خود ابزاری در خدمت یک هدف است و آن بی‌طرفی قضایی است. بر این اساس، استقلال قضایی فی‌نفسه هدف نیست. لازم به ذکر است که بی‌طرفی قضایی دارای دو بعد بیرونی و درونی است: بعد درونی ناظر بر ویژگی‌های شخصی، اخلاقی و ژنتیک قاضی است. برخی از نویسندگان معتقدند که نظارت و

۱. البته تحولات یادشده، تأثیراتی را نیز بر تابیر و روش‌های تأمین‌کننده استقلال شخصی قصاص به همراه داشته است. به عبارتی، مناسب با وضعیت و شرایط زمانی و مکانی مختلف، راهکارهای تأمین استقلال قضایی نیز متغیر خواهد بود.

2. Doogue, Jan-Marie; Doherty, Colin; and Jeff Simpson, "Accountability for The Administration and Organization of The Judiciary", Paper presented to the Asia Pacific Courts Conference, Auckland, New Zealand, March 7-9 2013, p. 8.

پاسخگویی در این خصوص جز در مواردی که دارای آثار و ظواهر بیرونی باشد، امکان‌پذیر نیست.<sup>۱</sup> بعد بیرونی ناظر بر عوامل خارج از شخص قاضی است. در خصوص مورد اخیر گفته می‌شود که نباید هیچ‌گونه فشار خارجی از جانب طرفین دعوا و غیر آنها (اعم از مقامات و نهادهای دولتی، گروه‌ها و احزاب سیاسی) چه به صورت مستقیم و یا غیرمستقیم بر شخص قاضی وارد شود. تأمین این بی‌طرفی مستلزم تدارک استقلال قضایی است. تأمین استقلال قضایی نیز آثار و پیامدهای را در نظام حقوقی به دنبال دارد. بخشی از موارد مزبور در قالب فرایندها و آیین رسیدگی به دعاوی و شکایات مطرح می‌شود که در این خصوص، مقرراتی در قوانین آیین دادرسی دادگاه‌ها پیش‌بینی می‌شود. به عبارتی، برای تأمین بی‌طرفی قضایی، قاضی باید از دلالت دادن ملاحظات غیرمرتب در فرآیند رسیدگی قضایی خودداری کند و برای این امر باید از استقلال کافی برخوردار باشد.

استقلال قضایی دارای جنبه‌ها و سطوح مختلفی است و می‌تواند به صورت مضيق یا موسع تعریف شود. در مفهوم مضيق شامل استقلال کارکردی قضات در رسیدگی به پرونده‌های قضایی، و در مفهوم موسع شامل استقلال نهادی دستگاه قضایی نیز می‌شود.<sup>۲</sup> در وجه اخیر استقلال است که نقش و کارکرد سایر قوا (به خصوص قوه مجریه) در اداره دستگاه قضایی مورد توجه قرار می‌گیرد.

در دولت مدرن مبتنی بر قانون اساسی، استقلال دستگاه قضایی ریشه خود را از نظریه تفکیک قوا در یک نظام مبتنی بر نظارت و تعادل متقابل نهادهای حکومتی به منظور جلوگیری از سوءاستفاده از قدرت نیز اخذ می‌کند. این استقلال بدان معنا است که هم دستگاه قضایی (قوه قضاییه) به عنوان یک نهاد و هم قضات به عنوان تصمیم‌گیرندگان پرونده‌های قضایی باید وظایف و مسئولیت‌های خود را بدون تأثیرپذیری منفی از قوای مجریه و مقننه و سایر عوامل فشار انجام دهند. این امر همواره مورد تأکید قرار گرفته است که اصل استقلال قضایی، به منظور برخوردار کردن شخصی قضات و اعطای امتیاز خاص به آنها نیست، بلکه به دنبال تأمین هدفی عمومی است که کارکرد مطلوب حکومت و تأمین حقوق شهروندان یک جامعه بدان وابسته است. افزون بر ملاحظات سازمانی در تأمین استقلال شخصی قضات، مدل نظام سیاسی مبتنی بر نظریه تفکیک قوا نیز بر ضرورت استقلال قوه قضاییه از سایر قوای حکومتی

۱. برای مطالعه بیشتر در این خصوص ر. ک: یاوری، اسدالله، «حق برخورداری از دادرسی منصفانه و آیین دارسی نوین»، نشریه حقوق اساسی، سال اول، شماره ۲، ۱۳۸۲، صص. ۲۵۳ به بعد.

۲. Griffith, Gareth, "Judicial Accountability", NSW Parliamentary Library Research Service, 1998, pp. 11-13.

تأثیرگذار بوده است. استقلال قوه قضائيه در خدمت اهداف مهم سياسي همچون حفاظت از حاكميت قانون، جلوگيري از تمرکز قدرت و استبداد سياسي و کنترل قدرت در نظام نظارت و تعادل قرار گرفت و بدین ترتيب اهميت استقلال سازمانی قوه قضائيه بيش از پيش مورد توجه نظامهای مختلف واقع شد. همين امر موجب طرح اصلاحات در نظامهای قضائي (هم از جهات درونسازمانی و هم از حیث ارتباط با سایر قوای حکومتی) در دهههای اخير شده است. با توجه به نکات فوق، میتوان کارکردهای دستگاه قضائي در نظامهای حقوقی فعلی را به ترتيب زير بيان کرد:

- کارکرد اصلی: قضائي (حل و فصل اختلافات، رسیدگی به دعاوى، رسیدگی به جرائم، برقراری عدالت، احیای حقوق عامه)
- کارکرد تبعی: سياسي (جلوگيري از تمرکز قدرت در نظام نظارت و تعادل متقابل نهادها، مقامات و قوای حکومتی). اين کارکرد نتيجه اعمال کارکرد نخست به ویژه از طریق رسیدگی به دعاوى علیه اشخاص حقوق عمومی توسط قصاصات (دادرسان اساسی و اداری) محسوب میشود. به عبارتی، قصاصات در دستگاه قضائي مستقل میتوانند به عنوان يکی از ضمانتهای اجرایی قانونمندی دولت و اجزای آن عمل کنند.

با توجه به اهميت استقلال سازمانی دستگاه قضائي، مجمع عمومي سازمان ملل متعدد طی قطعنامههای شماره ۴۰/۳۲ مورخ ۲۹ نوامبر ۱۹۸۵ و شماره ۴۰/۱۴۶ مورخ ۱۳ دسامبر ۱۹۸۵ «اصول اساسی راجع به استقلال دستگاه قضائي»<sup>۱</sup> را که مصوب هفتمين کنگره سازمان ملل متعدد درباره پيشگيري از جرم و رفتار با متخلفان (برگزارشده در شهر ميلان ايتاليا در سال ۱۹۸۵) بود، تصویب کرد. در مقدمه اين اصول در تبیین ضرورت تصویب اصول يادشده، از جمله به وجود شکاف ميان ديدگاه نظری موجود مبني بر ضرورت استقلال دستگاه قضائي و وضعیت عملی اشاره شده و در انتهای بيان شده است: «اين اصول در جهت کمک به تسهيل انجام وظایيف «دولتها» در خصوص تأمین و ارتقای استقلال دستگاه قضائي تدوين شده است.» البته در هیچ يك از بندهای اعلاميه مزبور به صراحت از لزوم استقلال سازمانی قوه قضائيه از سایر قوا اشاره ای نشده است و عمدۀ اصول مندرج در آن مربوط به تأمین استقلال و بى طرفی شخصی قصاصات است.

شایان ذکر است که تاریخ حقوقی و سیاسي هر کشور نقش قابل توجه و تعیین‌کننده‌ای در استقلال یا عدم استقلال سازمانی دستگاه قضائي از قوه مجریه دارد.

1. Basic Principles on the Independence of the Judiciary

در کشوری که دادگاهها تحت فشار مقامات قوه مجریه قرار دارند، طبعاً پس از گذشت چندی و کسب تجارب تلخی در این زمینه، شرایط برای استقلال سازمانی دستگاه قضایی از قوه مجریه فراهم می‌شود. با بررسی نظامهای حقوقی مختلف، برداشت‌های متفاوتی در خصوص فهم این اصل و چگونگی اجرایی کردن آن در نظام حقوقی سیاسی قابل ملاحظه است. هر کشوری با توجه به وضعیت خاص خود که متأثر از نظامهای سیاسی، فرهنگی، اجتماعی و ... است، مدل خاصی از استقلال قضایی را در نظام حقوقی خود طراحی کرده است. بر این اساس، برخی از سازوکارهای پیش‌بینی شده در جهت تضمین استقلال قضایی در یک کشور ممکن است در کشور دیگر به نتایج متفاوتی بیانجامد. برای مثال، کاملاً قابل تردید است که نظام انتخاب قضات که در برخی از ایالات متحده امریکا در حال اجراست، بتواند در سایر نظامها از جمله در ایران، تأمین کننده استقلال قضایی باشد. به همین ترتیب است وضعیت خاص اداره دادگستری در بریتانیا که تا قبل از اصلاحات سال ۲۰۰۵ میلادی مبتنی بر اختلاط قوا بود.

یکی از مهم‌ترین اقدامات ضروری در توسعه و تضمین استقلال قضایی، ایجاد ساختار حکومتی مناسب برای ایفای مسئولیت‌ها و کارکردهای قضایی دانسته شده است. در خصوص وضعیت سازمانی دستگاه قضایی به طور کلی دو رویکرد وجود دارد:

- استقلال کارکرده دستگاه قضایی در تصمیم‌گیری قضایی، اما وابسته به قوه مجریه در امور اداری و مالی (مدل مجریه‌ای)
- ایجاد یک نظام قضایی مستقل که از صلاحیت‌های لازم در خصوص مسائل مربوط به اداره و بودجه دستگاه قضایی برخوردار باشد.<sup>۱</sup>

البته هر یک از مدل‌های مزبور دارای تنوعاتی است. مدل نخست در اروپا و به ویژه در انگلستان و آلمان غالب است. در این مدل، استقلال قضایی به لایه کارکرده آن محدود می‌شود و ضرورتی به ایجاد قوه مستقلی به منظور اداره مستقل دستگاه قضایی در عرض قوه مجریه وجود ندارد. مدل دوم بر اهمیت چگونگی سازماندهی امر قضا و لزوم برخورداری از اختیارات نسبتاً مستقلی از قوه مجریه در اداره امور دادگستری تأکید دارد. این مدل در آمریکا، تعداد کمی از کشورهای اروپای غربی و بسیاری از کشورهای آمریکای لاتین قابل ملاحظه است. حتی در کشورهای اروپایی که اداره دادگستری بر عهده قوه مجریه است، گرایش به سمت افزایش صلاحیت‌های دستگاه قضایی در اداره امور مربوط به فعالیت‌های خودش

1. U.S. Agency for International Development, "Guidance for Promoting Judicial Independence and Impartiality, Office of Democracy and Governance", Washington, DC, 2002, p. 158.

است. این گرایش در سال‌های اخیر عمدتاً با افزایش رو به رشد درخواست‌ها برای تقویت عملکرد نظام قضایی تقویت شده است. ایجاد شوراهای قضایی در کشورهایی نظیر فرانسه، ایتالیا، اسپانیا و سوئد در این راستا انجام شده است.<sup>۱</sup> البته کشورهای اروپایی محدودی نظیر آلمان، هلند و بلژیک همچنان بر مدل سنتی اداره دادگستری (مدل مجریه‌ای) تأکید دارند.

## ۱-۲. پاسخگویی قضایی

ایده کلی پاسخگویی آن است که مقام یا نهاد عمومی برخوردار از قدرت عمومی، درخصوص تصمیمات و اقدامات خود بر اساس قواعد و هنجارهای از پیش تعیین شده، توضیحاتی را به اشکال گوناگون (که در قانون مقرر است) به مردم، مقامات و نهادهای عمومی مربوط ارائه کند. هدف از پاسخگویی مقامات و نهادهای عمومی، تضمین مسئولیت قدرت نسبت به جامعه است.<sup>۲</sup> «بیوونز» پاسخگویی را بدین ترتیب معنا می‌کند: رابطه میان یک عامل و یک مرجع که بر اساس آن، عامل موظف به توضیح و توجیه رفتار خود است. مرجع می‌تواند سؤالاتی را مطرح کند و بر اساس پاسخ‌های دریافتی، در مورد عملکرد عامل قضاوت کند. عامل ممکن است با نتایج و پیامدهایی در نتیجه ارزیابی عملکردش مواجه شود. عامل می‌تواند یک فرد باشد یا نهاد یا گروهی از سازمان‌ها (کل نظام قضایی).<sup>۳</sup>

لازم به ذکر است که پاسخگویی قضایی در دو سطح قابل بررسی است:

الف) پاسخگویی (شخصی) قضاط در خصوص تصمیمات قضایی<sup>۴</sup>

ب) پاسخگویی قوه قضاییه (تشکیلات قضایی) در خصوص عملکرد این نهاد<sup>۵</sup>

متناظر با تأکید بر تقویت راهکارهای تأمین استقلال قضاط و افزایش درخواست‌ها برای کسب استقلال نهادی دستگاه قضایی از قوه مجریه، بر ضرورت و اهمیت پاسخگویی قضایی (اعم از قضاط و نهاد قضایی) در انجام وظایف محله و مدیریت امور قضایی تأکید شده است. لازم به ذکر است که از حیث استقلال شخصی، سازوکارهای مختلفی برای تأمین بی‌طرفی قضاط و پاسخگویی آنها طراحی شده است که از آن جمله می‌توان به این موارد اشاره کرد: سازوکارهای مستقیم (نظیر مسئولیت انضباطی قضاط، امکان عزل آنها و ارزیابی منظم عملکرد قضاط) و سازوکارهای غیرمستقیم (نظیر علنی بودن رسیدگی،

1. Ibid, p.23.

2. Griffith, Gareth, Op. cit, pp. 13-14.

3. Contini, Francesco; and Richard Mohr, "Reconciling Independence And Accountability In Judicial Systems", Utrecht Law Review, Vol. 3, December 2007, p. 31.

4. Judicial Decisions

5. Institutional Operation



استماع دلایل طرفین دعوی، الزام به بیان مستندات و امکان نقد و ارزیابی آرای قضایی).<sup>۱</sup> اما در بعد نهادی، قوه قضاییه چگونه باید پاسخگوی عملکرد خود باشد؟ امروزه پاسخگویی یکی از ضرورت‌های برخورداری مقامات و نهادهای عمومی از قدرت عمومی در یک نظام مردم‌سالار تلقی می‌شود. همان‌گونه که سایر مقامات و نهادهای عمومی ارائه‌کننده خدمات عمومی پاسخگوی عملکرد خود هستند، مقامات قضایی نیز باید به طرق مقتضی پاسخگوی عملکرد خود باشند. پر واضح است که با توجه به اهمیت و حساسیت استقلال قضایی، مقامات مزبور (قضات و مقامات و مدیران نهاد قضایی) طبعاً نمی‌توانند و نباید مانند سایر مقامات و مأموران نهادهای عمومی، پاسخگوی عملکرد خود باشند. باید سازوکارهایی متناسب با وضعیت و ویژگی‌های خاص آنها طراحی شود. مهم‌ترین سوالی که در این زمینه مطرح می‌شود این است که چه بخشی از قوه قضاییه با چه سازوکارهایی باید پاسخگوی چه چیزی به چه اشخاص یا نهادهایی با چه ضمانت‌اجرا(ها) بی‌باشد؟

قوه قضاییه به عنوان یک نهاد باید پاسخگوی جامعه در خصوص اداره و سازماندهی خود باشد. این نهاد باید به نحوی امر رسیدگی به دعاوی را تمهید کند که نه تنها عادلانه، منصفانه و منطبق با قانون باشد بلکه کارآمد، کارا، نتیجه‌بخش و با درجه بالایی از تخصص و حرفة‌ای گرایی باشد. اقتضای استقلال قضایی آن است که قضات نمی‌توانند همانند مستخدمان عمومی و به همان روش، به وزارت‌خانه مربوط پاسخگو باشند.<sup>۲</sup>

از میانه دهه ۱۹۹۰ میلادی به علت کاهش منابع در دسترس و توسعه رویکردهای مدیریت عمومی نوین، چالش‌های جدیدی در برابر نظام‌های قضایی مطرح شد. از آنها انتظار می‌رود پاسخگوی ارائه خدمات مورد انتظار به جامعه به صورت کارآمد باشند. البته طرح این بحث‌ها می‌تواند چالش‌هایی میان اصول و ارزش‌های رقیب نظری استقلال و بهره‌وری ایجاد کند. در بسیاری از این موارد، قضات به این جریان اعتراض کرده‌اند. نکته مهم آن است که آیا پاسخگویی به ویژگی کارکرد اصلی قضات و نظام قضایی توجه دارد یا خیر؟

### ۱-۳. نسبت استقلال و پاسخگویی قوه قضاییه

تأکید قابل توجهی که امروزه بر لزوم پاسخگویی قضات و دستگاه قضایی می‌شود، در نتیجه وزن زیادی است که اخیراً در نظام‌های حقوقی مختلف به نهادهای قضایی

۱. سازوکارهای مختلفی جهت کنترل درونی قضات (نظریه تهیه و تدوین کدهای رفتاری) و کنترل بیرونی آنها (توسط نهادهای خاص و با سازوکارهای خاص) تعییه شده است.

2. Ibid. p.1.

اعطا شده است.<sup>۱</sup> برخی درخصوص استقلال و لزوم پاسخگویی دستگاه قضایی گفته‌اند: «کیفیت استقلال داده شده به شعبه قضایی حکومت در سطح سیاسی بی‌نظیر است و در عوض این شعبه را ملزم به پاسخگویی می‌کند تا بدین ترتیب تضمین کند که کارکردهای خود را به نحو کارآمدی انجام می‌دهد. البته سنجهش عملکرد قوه قضاییه باید به نحوی باشد که به استقلال این نهاد لطمه وارد نکند.»<sup>۲</sup>

در تبیین نسبت میان استقلال و پاسخگویی قضایی گفته شده است که استقلال بر کنترل پیشینی فعالیت‌های قضایی (به خصوص به صورت جلوگیری از اعمال فشارهای خارجی برای تأثیرگذاری بر تصمیمات قضایی) متمرکز است. اما پاسخگویی ناظر بر کنترل پسینی فعالیت‌های قضایی است. در حالی که استقلال ناکافی ممکن است قصاص را از تصمیم‌گیری قضایی مبتنی بر قانون دور کند، پاسخگویی آنان را موظف به توجیه تصمیمات خود می‌کند. پاسخگویی در برخی ابعاد تقویت‌کننده استقلال است. مسائل مربوط به پاسخگویی کمتر بر خروجی تصمیمات تأکید دارد و بیشتر به مطابقت تصمیمات با آیین‌ها و فرآیندهای رسیدگی ناظر است.<sup>۳</sup>

تعارضاتی که میان استقلال و پاسخگویی قضایی تصور می‌شود، عمدتاً ناشی از تفاوت دیدی است که به فعالیت قضایی معطوف می‌شود: قصاص، دادگاه را به مثابه معبدی برای قانون و عدالت می‌نگرند که بهوسیله ارزش مقدسی به نام استقلال قضایی حمایت می‌شود. اما مدیران، دادگاه را به مثابه کارخانه تصمیم‌سازی می‌بینند که باید بر اساس روش‌های پاسخگویی مدیریتی (نظیر کارآیی، کارآمدی و اثربخشی) اداره و ارزیابی شود.<sup>۴</sup> گروه نخست با توصل به لزوم حفظ استقلال قضایی، پاسخگویی را مانع آن می‌پنداشند و در نتیجه، آن را رد می‌کنند. گروه دوم، ویژگی خاص فعالیت دستگاه قضایی را مانع از پاسخگویی آن در استفاده از منابع مالی، انسانی و غیره نمی‌دانند.

در خصوص نسبت میان استقلال و پاسخگویی دستگاه قضایی، همچنان که در این زمینه گفته شده است، پاسخگویی با استقلال در تعارض نیست و به عبارتی، پاسخگویی روی دیگر سکه استقلال است. البته باید توجه داشت که گرچه بر لزوم پاسخگویی دستگاه قضایی در برابر عملکرد آن تأکید می‌شود، اما این پاسخگویی نباید به شیوه و طریقی باشد که ناقض استقلال قضایی باشد. بر همین اساس، سازوکارها و روش‌های پاسخگویی دستگاه قضایی نقش تعیین کننده در نقض یا عدم نقض استقلال

1. U.S. Agency for International Development, Op. cit, p. 152.
2. Doogue, Jan-Marie; Doherty, Colin; and Jeff Simpson, Op. cit, p. 3.
3. U.S. Agency for International Development, Op. cit, p. 150.
4. Contini, Francesco; and Richard Mohr, Op. cit, p. 42.

قضایی دارد. برای مثال، پاسخگویی دستگاه قضایی نباید به نحو مستقیم و به گونه‌ای باشد که عملکرد این نهاد را تحت تأثیر روابط سیاسی با سایر نهادهای حکومتی قرار دهد. این آرمان، گرچه مطلوب است اما نیل به آن کاری دشوار و مستلزم حزم و احتیاط است. در بند بعد سعی شده است که برخی از سازوکارهای مربوط به پاسخگویی دستگاه قضایی در حقوق تطبیقی بیان شود.

## ۲. سازوکارهای پاسخگویی دستگاه قضایی در حقوق تطبیقی

با توجه به اینکه الگوی غالب مدیریت دادگستری در نظامهای حقوقی فعلی، مدل مجریه‌ای است که بر اساس آن، وزارت دادگستری مسئولیت اداره امور اداری، استخدامی و مالی و به طور کلی، پشتیبانی دادگستری را بر عهده دارد، پاسخگویی در این گونه نظامها همانند پاسخگویی سایر وزارت‌خانه‌ها بوده و وزیر دادگستری حسب مورد در برابر رئیس قوه مجریه و یا پارلمان مسئولیت ارائه خدمات و تمهید منابع انسانی و بودجه‌ای لازم را عهده‌دار است و بر همین مبنای پاسخگویی تصمیمات و اقدامات خود است. بر اساس این مدل، پاسخگویی اداره دادگستری با مسئله خاصی مواجه نیست، زیرا وزیر دادگستری دارای کارکرد قضایی نبوده و منصب خود را از اعتماد رئیس قوه مجریه و حسب مورد پارلمان دریافت می‌کند و در نتیجه، به آنها نیز پاسخگو است. گرایش روبرو شدی که در زمینه اعطای اختیارات مدیریتی بیشتر به نهادهای داخل دستگاه قضایی و کاستن از اختیارات وزارت دادگستری ایجاد شده است.<sup>۱</sup> تبعاً پیامدهایی را در مورد لزوم پاسخگویی نهادهای داخل دستگاه قضایی به دنبال خواهد داشت. در یک بررسی کلی و اجمالی، شوراهای داخل دستگاه قضایی در کنار وزارت دادگستری، صلاحیت ارائه مشورت‌هایی را در زمینه اداره این نهاد بر عهده دارند. گرچه در سیر تطور نقش و جایگاه شوراهای نهادهای داخل دستگاه قضایی، کسب تدریجی اختیارات وزارت دادگستری و مدیریت دستگاه قضایی قبل مشاهده است. اما با توجه به اینکه این امر در یک فرآیند تدریجی قابل حصول است که از جمله مستلزم ایجاد ظرفیت‌های مدیریتی لازم در این قبیل نهادها برای تضمین کارآمدی در اداره دادگستری است، در حال حاضر ظاهراً نمونه‌ای که در آن قوه مجریه نقشی در اداره دادگستری نداشته باشد، یافت نشده است. تبعاً در مدل‌های تطبیقی موجود نیز بحثی

۱. البته این امر به معنای ایجاد یک قوه قضاییه کاملاً مستقل از سایر قوا نیست؛ بلکه بحث اصلی درخصوص میزان استقلال ساختاری از قوه مجریه است. یکی از نویسندها در بررسی وضعیت ساختاری دستگاه قضایی، وابستگی مدیریتی قوه مذبور به قوه مجریه را لازمه تأمین استقلال قضایی دانسته است. ر.ک.: Ferejohn, Jogn, Dynamics of Judicial Independence: Independent Judges, Dependent Judiciary, Stanford University Press, 1998.

در خصوص پاسخگویی نهادهای مزبور مطرح نشده است. در این زمینه باید اذعان داشت که این وضعیت با توجه به نوع وظایف و اختیارات نهادهای داخل دستگاه قضایی که عمدتاً از نوع مشورتی بوده و در ذیل مدیریت کلی وزارت دادگستری است، منطقاً بهدلیل نبود مسئولیت‌های مشخص در زمینه تصمیم‌گیری در خصوص مدیریت دستگاه قضایی، پاسخگویی مستقیم نیز متوجه آنان نخواهد بود، زیرا پاسخگویی فرع بر برخورداری از اختیارات و صلاحیت‌های لازم است.

شایان ذکر است که در برخی از نظامهای حقوقی به منظور تأمین همزمان استقلال قضایی و پاسخگویی در اداره دادگستری سعی شده است که از طریق سازوکارهای ساختاری و مشخصاً در تعیین ترکیب اعضا هیأت‌ها و شوراهای داخل دستگاه قضایی<sup>۱</sup> که دارای کارکرد مدیریتی هستند، به نحوی عمل شود که نوعی تعادل در نقش هر یک از قوای حکومتی در اداره دادگستری وجود داشته باشد تا بدین طریق قدرت، قدرت را متوقف کند. قائل شدن به نقش‌هایی برای مقامات قوای مجریه و مقننه در اداره دادگستری ممکن است فرض استقلال دستگاه قضایی را به عنوان یکی از عناصر اصلی نظامهای مبتنی بر نظریات حاکمیت قانون و تفکیک قوا خدشه‌دار نماید، زیرا لازم است دستگاه قضایی به دور از مناسبات ناسالم قدرت سیاسی باشد. در توضیح این نکته باید خاطرنشان کرد که کارکرد قضایی نیز مانند کارکردهای تقنیکی و اجرایی، جلوه‌ای از اعمال قدرت عمومی است. دستگاه قضایی بدون برخورداری از قدرت دولت قادر به ایفای وظایف و مسئولیت‌های خود نیست. دادگستری یکی از کارکردهای اصیل دولتها بوده و هست. مفاد برخی از اسناد مربوط بین‌المللی در این زمینه قابل توجه است. در بند (۱) اصول اساسی راجع به استقلال دستگاه قضایی، به تعهد دولت در تأمین و تضمین استقلال دستگاه قضایی اشاره شده است.<sup>۲</sup>

با بررسی ادبیات تطبیقی موجود در زمینه پاسخگویی قضایی به مواردی نظیر رسیدگی علنی، صدور احکام قضایی به نحو مستند و مستدل، امکان تجدیدنظرخواهی و انتشار و فراهم کردن زمینه نقد و بررسی آرای قضایی اشاره شده است. سازوکارهای مزبور به منظور کنترل و تضمین قانونی بودن فرآیندها و تصمیمات قضات دادگاهها

۱. برای مطالعه بیشتر در این زمینه، ر.ک:

Garoupa, Nuno; and Tom Ginsburg, "Guarding the Guardians: Judicial Councils and Judicial Independence", Public Law and Legal Theory Working Paper No. 250, University of Chicago, 2008.

۲. «استقلال دستگاه قضایی باید از سوی دولت تضمین و در قانون اساسی یا [اسایر] قوانین کشور صرحتاً مورد تأکید قرار گیرد. وظیفه کلیه نهادهای دولتی و سایر نهادها است که به استقلال دستگاه قضایی احترام گذاشته و آن را رعایت کنند.»



مطرح می‌شوند، اما پاسخگویی به معنای مضيق کلمه نیستند.<sup>۱</sup> به نظر می‌رسد که عمده موارد یادشده بیشتر مربوط به ضمانت‌های قانونی تضمین بی‌طرفی قضایی باشد تا سازوکارهای پاسخگویی قضایی. گرچه به تبع تضمین بی‌طرفی قضایی، حدی از پاسخگویی قضایی (به صورت غیرمستقیم) نیز در این موارد حاصل می‌شود.

با توجه به نکات بیان شده در فوق، در این قسمت به برخی از مهم‌ترین سازوکارهای پاسخگویی دستگاه قضایی در نظام‌های حقوقی مختلف اشاره می‌شود. همان‌طور که پیش از این نیز بیان شد، برخی از این سازوکارها حسب مورد ناظر بر پاسخگویی قضات نیز هست؛ زیرا قوه قضاییه به جز بدنہ مدیریتی آن، ترکیبی غیر از دادگاه‌ها نیست.

## ۱-۲. الزام قانونی به انتشار و ارائه گزارش عملکرد سالانه

طراحی نظام‌های گزارش‌دهی در مورد جنبه‌های مختلف فعالیت دستگاه قضایی که از چند دهه اخیر در برخی از نظام‌های حقوقی مطرح شده است، می‌تواند زمینه پاسخگویی دستگاه قضایی را فراهم آورد. محتواهای این گزارش‌ها می‌تواند تعداد پرونده‌های ارجاع شده به دادگاهها، زمان رسیدگی به آنها، تعداد پرونده‌های تعیین تکلیف نشده، تعداد قضات و کارکنان اداری دادگاهها نسبت به پرونده‌های قضایی، تعداد قضات و کارکنان اداری دادگاهها نسبت به جمعیت منطقه یا کل کشور و نظایر اینها باشد. لازم به ذکر است که گزارش‌های مذبور به صورت تجمعی و کلی ارائه می‌شود و نه توسط یک یا چند دادگاه خاص. در سال ۱۹۹۰ کنگره امریکا طی تصویب‌های دفتر اداره دادگاه‌های امریکا را ملزم به ارائه گزارش‌هایی در فواصل زمانی شش‌ماهه کرد تا وضعیت انجام فعالیت‌های قضایی از جمله تعداد پرونده‌ها و غیره مشخص شود. ایالت‌های ویکتوریا و کوئینزلند استرالیا و همچنین دیوان عالی آفریقای جنوبی نیز مطابق الزامات مندرج در قانون عادی موظف به ارائه گزارش سالانه به وزارت خانه مربوط یا دادستانی شده‌اند.<sup>۲</sup>

همچنین به منظور تأمین هدف مذبور (اطلاع‌رسانی و شفاف نمودن عملکرد دستگاه قضایی) به لزوم ارتباط منظم میان دستگاه قضایی با رسانه‌ها تأکید شده است. ایجاد این ارتباط به خصوص به منظور توضیح نقش دستگاه قضایی در جامعه ضروری بهنظر می‌رسد. بررسی‌های صورت‌گرفته حاکی از آن است که بخشی از نارضایتی‌های مراجعه‌کنندگان به دستگاه قضایی، ناشی از سوءفهم آنان از کارکرد واقعی دستگاه

1. Ibid, p. 32.

2. Doogue, Jan-Marie; Doherty, Colin; and Jeff Simpson, Op. cit, pp. 9-10.

---

قضایی و نقش آنها در میان سایر نهادهای دولتی و عمومی است و نه به علت عملکرد نامطلوب دستگاه قضایی. افزون بر این، با توجه به اینکه قضاط نباید در مورد پروندهای قضایی اظهارنظر عمومی کنند، لازم است که به نحوی از انحا، مردم در جریان رسیدگی برخی از پروندهای قضایی که از ویژگی اهمیت و حساسیت قابل توجهی برخوردارند، قرار گیرند. بدین منظور، برگزاری نشستهای خبری با رسانه‌های مختلف به منظور ارائه اطلاعات لازم به مردم، مورد توجه قرار گرفته است.

## ۲-۲. نظارت بر فعالیت دادگاهها از طریق دادآور<sup>۱</sup> قضایی

در کنار دادآورهایی که عمدتاً بر رعایت قوانین و مقررات در دستگاههای اجرایی نظارت می‌کنند، دادآورهای قضایی به صورت خاص به منظور رصد نمودن فرایندهای دادرسی (مطابق الزامات پیش‌بینی شده در قانون، و نه ورود در زمینه رسیدگی ماهوی قضایی)، نوع برخورد قضاط و کارکنان دادگاهها با اطراف دعوی، اخذ شکایت عموم از عملکرد قضاط و مقامات دستگاه قضایی و ارسال آن برای مقامات یا مراجع مربوط طراحی شده‌اند. این امر نیز ناشی از وضعیت خاص دستگاه قضایی و لزوم اتخاذ ترتیبات و تدابیر احتیاطی لازم برای جلوگیری از نقض استقلال قضایی است.

برای مثال، در سوئد نهاد دادآور وابسته به پارلمان است و وظیفه و کارکرد آن، تضمین قانونی بودن تصمیمات و اقدامات مأموران و مستخدمان عمومی است. در این کشور چهار دادآور پارلمانی وجود دارد که یکی از آنها بر فعالیتها و عملکرد دادگستری متتمرکز است. تا چندی پیش، دادآور فقط می‌توانست علیه قاضی متخلف ادعانامه‌ای در مرجع قضایی (انتظامی) مربوط مطرح کند. امروزه وظیفه اصلی دادآور، هشدار دادن در مواردی است که سوءاستفاده یا نقض قانونی توسط مقامات عمومی در حال انجام است. دادآور در مواردی که اشتباهات یا رویه‌های نادرستی در طول فرایند دادرسی کشف شود، مثلاً در مواردی که با شهود یا طرفین دعوی برخورد مناسبی انجام نمی‌شود، می‌تواند ورود کند و زمینه مسئولیت قضاط متخلف را نزد مراجع مربوط فراهم آورد.<sup>۲</sup> در این کشور برخلاف نظامهای کامن‌لا، قضاط به عنوان مستخدمان عمومی نگریسته می‌شوند و با توجه به این جایگاه است که امکان ورود آمبودzman به بررسی انجام وظایف قانونی آنها وجود دارد. با این حال در دستگاههای قضایی کشورهای حقوق نوشته نیز مانند نظامهای کامن‌لا، نظارت عالی بر دادگاهها به وسیله دادآور متدالو نیست.<sup>۳</sup> در واقع، با توجه به

اینکه این نظارت به وسیله یک مقام غیرقضایی انجام می‌شود، این امر (نظارت بر دادگاهها به وسیله دادآورها) از مصادیق نقض استقلال قضایی محسوب می‌شود.

در فرانسه دادآور می‌تواند پرونده تخلفات دادگاه را به شورای عالی قضایی ارسال کند، اما نمی‌تواند تصمیم دادگاه را ارزیابی حقوقی کند. در این نظام، شهروندان نمی‌توانند در خصوص تخلفات قضات دادگاهها مستقیماً در شورای عالی قضایی شکایت مطرح کنند. ایده کلی آن است که مردم بتوانند از عملکرد نامناسب نظام قضایی به مراجع مربوط (قوه مجریه، پارلمان و دادآور) شکایت کنند. بدین منظور باید مقامات و نهادهای صالحی در بررسی شکایتها، اتخاذ تصمیم و ارائه پاسخ‌های مقتضی به آنها وجود داشته باشد.<sup>۱</sup> در این نظام، دادآورها نهادهای واسطی هستند که می‌توانند با دریافت شکایات مردمی، آنها را در مراجع مربوط مطرح و مراتب را تا حصول نتیجه نهایی پیگیری کنند.

### ۳-۲. سازوکارهای حسابرسی مالی از نحوه هزینه کرد بودجه عمومی در دستگاه قضایی

یکی از مهم‌ترین جنبه‌های پاسخگویی دستگاه قضایی مربوط به قانونی بودن هزینه کرد بودجه‌های عمومی است. دستگاه قضایی نیز مانند سایر نهادهای دولتی، بخشی از بودجه عمومی را به مصرف می‌رساند و بر این اساس باید تابع نظارت‌هایی باشد تا از قانونی بودن آنها اطمینان حاصل شود. توجه به ضرورت یادشده، نظامهای حقوقی را از لحاظ کردن وضعیت خاص این نهاد، به خصوص امکان تأثیرگذاری و وارد کردن فشارهایی با اهداف سیاسی خاص، غافل نکرده است. مدل رایج در این زمینه، طراحی هیأت‌های بازرگانی زیر نظر وزارت دادگستری، شورای قضایی یا دادگاههای عالی است تا بر فعالیت‌های مالی دادگاهها نظارت کرده و سوئرفتار احتمالی قضات، مدیران یا کارکنان مربوط را کشف کند.<sup>۲</sup>

### ۴-۲. ارزیابی منظم عملکرد نظام قضایی (پاسخگویی مدیریتی قضات و دستگاه قضایی)

تا چند دهه قبل، منظور از ارزیابی عملکرد دستگاه قضایی عمدهاً بررسی قانونی بودن تصمیمات و اقدامات قضات بود. از جمله مهم‌ترین اشکال سنتی

1. Berthier, Laurent; and Helene Pauliat, “Administration and Management of Judicial Systems in Europe”, European Commission For The Efficiency of The Justice (CEPEJ). available at:

[http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/cepej/series/Etudes10Admin\\_en.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/cepej/series/Etudes10Admin_en.pdf). (p. 28.)

۲. دفتر مقابله با مواد مخدوش و جرم سازمان ملل متحد، راهنمای مرجع تقویت سلامت و توانمندی قضایی، ترجمه حسن وکیلیان، تهران، مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه، ۱۳۹۳، ص. ۱۹۸.

ارزیابی عملکرد قضایی می‌توان به سازوکارهای تجدیدنظرخواهی، رسیدگی به تخلفات انضباطی و بازرسی‌های موردی اشاره کرد. ارزیابی عملکرد دستگاه قضایی در دو دهه اخیر وارد سطح جدیدی شد و از بررسی صرف قانونی بودن فراتر رفت. همچنین از سطح فردی (عملکرد قضات) وارد سطح نهادی (دستگاه قضایی) شد. مهم‌ترین علی که موجب طرح ارزیابی (مدیریتی) عملکرد دستگاه قضایی در چند دهه اخیر شده است، عبارتند از: محدودیت‌های بودجه‌ای، طرح فنون مدیریتی جدید، رقابت بر سر منابع محدود، فشارهای بین‌المللی و دغدغه‌های مربوط به مشروعيت دستگاه قضایی.<sup>۱</sup>

سازوکارهای پاسخگویی مدیریتی عمدتاً کارایی محور بوده و به منظور ارتقای نظام اختصاص منابع به دادگاهها از طریق محاسبه نیازهای واقعی آنها طراحی شده‌اند. سازوکارهای مدیریتی بر رویکردهای آماری و اقتصادی مبتنی است. در این روش سعی می‌شود که با استفاده از آمار و اطلاعات مربوط به رسیدگی‌های قضایی (تعداد پرونده‌ها، تعداد قضات و کارکنان، تعداد جمعیت و مدت زمان معقول رسیدگی) عملکرد نظام قضایی سنجیده شود. یکی از مهم‌ترین آثار این امر در میزان بودجه مصوب برای دستگاه قضایی تجلی می‌یابد. در این زمینه برخی معتقدند که تأثیر دادن ارزیابی‌های مبتنی بر ارزش‌های مدیریتی نظری کارآیی در تعیین میزان بودجه اختصاص یافته به دادگاهها، استقلال قضایی را تخفیف می‌دهد. اما این امر به معنای خدشه‌دار شدن بی‌طرفی قضایی نیست. در توجیه عدم خدشه‌دار شدن بی‌طرفی قضایی در این مورد، گفته شده است که فشارهای ناشی از سایر قوای حکومت در جهت افزایش بهره‌وری، به طرفین یا نتایج یک پرونده خاص ارتباطی ندارد، بلکه ناظر بر فرآیند کلی مورد عمل توسط دادگاه است.<sup>۲</sup> گرچه ارزیابی مزبور ممکن است ظاهرًا تأثیری بر بی‌طرفی قضایی نداشته باشد، اما می‌تواند پیامدهایی را برکیفیت رسیدگی‌های قضایی (به خصوص از حیث کاهش دقت و عدم تمرکز لازم در رسیدگی به پرونده‌ها) به دنبال داشته باشد. در ذیل به برخی از نمونه‌های ارزیابی مدیریتی عملکرد قضات و دستگاه قضایی که اخیراً در برخی از کشورهای اروپایی مطرح شده است، اشاره می‌شود.

در فنلاند، وزارت دادگستری با همکاری اداره دادگاهها، سیستم‌های جدید مدیریتی را اجرا می‌کند که بر اساس آن عملکرد دادگاهها مطابق شاخص‌های بهره‌وری، صرفه و کارآیی مورد ارزیابی قرار می‌گیرد. گرچه شاخص‌های مزبور برای تعیین میزان

منابع مورد نیاز محاکم طراحی شده‌اند، اما استفاده از آنها برای این امر به صورت خودکار نیست. این شاخص‌ها به عنوان یک منبع اطلاعاتی مهم در اختیار نهادهای مسئول بودجه‌ریز قرار می‌گیرند. به عبارت دیگر، تعیین میزان تأثیر شاخص‌های مذبور در میزان بودجه مصوب برای دستگاه قضایی بر عهده مقامات و نهادهای سیاسی مربوط است و این طور نیست که دقیقاً مطابق رقم نشان داده شده به وسیله شاخص‌ها، بودجه مشخصی به صورت خودکار به دستگاه قضایی اختصاص یابد. برخی از قضايانی، ورود وزارت دادگستری در این مورد و تعریف شاخص‌های مورد نظر برای ارزیابی عملکرد دادگاهها توسط این وزارت‌خانه را مغایر استقلال قضایی تلقی می‌کنند. آنها در رد این سیستم و در توجیه نظرشان مبنی بر نقض استقلال قضایی به وسیله این سیستم‌ها بیان داشته‌اند: با اجرای این سیستم توجه قضايانی معطوف به تعداد پرونده‌های تحت رسیدگی و مشخصاً تمرکز بر رسیدگی کمی می‌شود. همین امر می‌تواند از کیفیت رسیدگی‌ها بکاهد و حتی در برخی شرایط، قضايانی را تحت فشار قرار دهد. پاسخ وزارت دادگستری به این ایرادات چندان متقن به نظر نمی‌رسد. وزارت دادگستری در توجیه اقدام خود گفته است که اجرای این سیستم مشکل خاصی را در مورد استقلال دادگاهها در تصمیم‌گیری و بی‌طرفی قضايانی ایجاد نمی‌کند.<sup>۱</sup>

اسپانیا نیز در سال‌های اخیر سعی در طراحی سیستمی داشته است که میان حقوق قضايانی و بهره‌وری شخصی آنها ارتباط ایجاد کند. با عنایت به انتقادات مطرح شده از این سیستم، شورای عالی قضایی این کشور نحوه استفاده از این سیستم را تغییر داد. بدین ترتیب که در صورت کاهش بهره‌وری قضايانی مطابق شاخص‌های تعریف شده، حقوق قضايانی نمی‌یابد؛ بلکه در صورت افزایش بهره‌وری آنها از حد معمول، افزایش حقوق به آنها تعلق خواهد گرفت. انجمن‌های قضایی در این کشور نیز ضمن مخالفت با این سیستم، آن را غیرمتنااسب با فعالیت قضایی تلقی کرده‌اند. دیوان عالی این کشور نیز در مورد این سیستم‌ها چنین نظر داده است: این سیستم‌های خروجی محور، بر استقلال مالی دستگاه قضایی که دولت موظف به تأمین آن است، اثر منفی دارد. همچنین ابزارهای مذبور، این اصل که حقوق قضايانی بر اساس معیارهای عینی قابل محاسبه و به نحو کاملاً شفاف، مشخص باشد را نقض می‌کند. هم‌اکنون اجرای سیستم‌های مدیریتی خروجی محور در دستگاه‌های قضایی با چالش‌های جدی مواجه است.<sup>۲</sup>

1. Ibid, p. 34.

2. Ibid, pp. 36-37.

در فرانسه بر اساس قانون راجع به بودجه مصوب ۲۰۰۱ وزارت دادگستری موظف شده است که بودجه دستگاه قضایی را بر اساس مأموریت‌ها و برنامه‌هایی که نتایج آن به‌وسیله پارلمان قابل آزمودن باشد، تهیه کند.<sup>۱</sup> این کشور نیز با تصویب و اجرای این قانون سعی در مؤثر کردن شاخص‌های عینی در محاسبه بودجه دستگاه قضایی داشته است. در پایان لازم به ذکر است که با توجه به نکات بیان شده در فوق، تداوم استفاده از سیستم‌های مدیریتی خروجی محور که سعی در تعیین نیازهای مالی دستگاه قضایی با استفاده از شاخص‌های عینی دارند، همچنان محل چالش است. فعالیت قضایی به دلیل جنس خاص آن و وجود پیچیدگی‌هایی در انجام آن، قابل مقایسه با سایر کارکردهای نهادهای دولتی نیست. همچنانی از این سیستم‌ها در جهت تعیین مدت زمان معقول رسیدگی‌های قضایی و پاسخگو کردن قضاوه و دستگاه قضایی بابت تأخیرهای صورت‌گرفته استفاده می‌شود. پاسخی که احتمالاً قضاوه به طراحان این سیستم‌ها می‌دهند، این است که هر پرونده قضایی حتی با موضوع کاملاً مشترک با انواع مشابه خود، در واقع مورد مستقلی است که دارای وضعیت و ویژگی‌های خاص خود است. به عبارت دیگر، حتی در یک موضوع مشابه ممکن است پرونده‌های مختلفی مطرح شوند که رسیدگی به آنها به صورت کاملاً مشابه و دارای پیچیدگی‌های یکسان نباشد. بدیهی است که هر سیستم مدیریتی که در صدد ارزیابی عملکرد دستگاه قضایی است باید از ابزارها و شاخص‌هایی استفاده کند که با کارکرد خاص این نهاد سازگاری داشته باشد. امکان پذیر بودن این امر با توجه به جنس خاص فعالیت قضایی همچنان محل تردید است.

### ۳. استقلال و پاسخگویی قوه قضاییه در نظام حقوقی ایران

قانون‌گذار اساسی جمهوری اسلامی ایران با شناسایی قوه قضاییه در کنار قوای مجریه و مقننه (اصل پنجم و هفتم)، در فصل پنجم و هفتم به تبیین نحوه اداره، صلاحیت‌ها و تشکیلات این قوه پرداخته است. اصل پنجم و هفتم قانون اساسی ضمن اشاره به اعمال قوای سه‌گانه زیر نظر ولی فقیه، آنها را مستقل از یکدیگر بیان داشته است. به نظر می‌رسد که منظور از استقلال قوا در این اصل آن است که قوای سه‌گانه در ایفای مسئولیت‌ها و کارکردهای تخصصی خود به نحو مستقل از یکدیگر عمل می‌کنند. کارکردهای تخصصی قوه قضاییه در اصول شصت و یکم و یکصد و پنجم و هشتاد و سه بیان شده است. استقلال قوه قضاییه باید با توجه به مجموع اصول قانون اساسی و از جمله نقش و کارکرد سایر قوا و نهادهای حکومتی مربوط تفسیر شود.

1. Ibid, p. 10.

برخی از نویسنده‌گان بر این نظرند که مفهوم استقلال مندرج در اصل (۱۵۶) قانون اساسی متفاوت از استقلال به کاررفته در اصل (۵۷) است. بر اساس این نظر، استقلال در اصل (۱۵۶) در معنای بی‌طرفی و استقلال در تشخیص حق و عدالت به کار رفته است و مشخصاً منظور از آن، استقلال کارکردی قاضی در امر دادرسی است. در این نظر، استقلال اداری و تشکیلاتی قوه قضاییه، طریقی برای تأمین استقلال شخصی قضات تلقی می‌شود و از این جهت، موضوعیت ذاتی ندارد.<sup>۱</sup> بدین ترتیب، منظور از مستقل بودن قوای سه‌گانه، صلاحیت انحصاری آنها در ایفای کارکردهای تخصصی‌شان است.

در نظام حقوقی فعلی، اعمال قوه قضاییه به وسیله دادگاه‌های دادگستری مقرر شده و مدیریت عالی دستگاه قضایی در کلیه امور قضایی، اداری و اجرایی بر عهده رئیس قوه قضاییه است که مستقیماً از طرف مقام رهبری منصوب می‌شود. در قانون اساسی فعلی، نقش و جایگاهی برای قوای مقننه و مجریه در نصب و تعیین و تغییر مقامات عالی دستگاه قضایی و قضات دادگستری، شناسایی نشده است. شایان ذکر است که تأثیر ملاحظات شرعی در صورت‌بندی قوای حاکم در نظام حقوقی فعلی، به خصوص در مورد قوه قضاییه بیشتر از سایر قوا است و این امر نیز به دلیل آن است که قضاوت در شرع، یک امر ولایی دانسته شده است. همچنان که در مقدمه قانون اساسی اشاره شده است: «این نظام [قضایی] به دلیل حساسیت بنیادی و دقت در مکتبی بودن آن لازم است به دور از هر نوع رابطه و مناسبات ناسالم باشد.» همین وضعیت خاص، تأثیراتی را بر چگونگی مدیریت این قوه داشته است. همان‌طور که اشاره شد، رئیس قوه قضاییه مستقیماً منصوب مقام رهبری است و تنها از طریق مقام مزبور قابل عزل است. تبعاً در این شرایط، مقامات عالی قوه قضاییه پاسخگویی مستقیمی به شخص یا نهادی (غیر از مقام رهبری) ندارند. با وجود این، برخی از سازوکارهای عام پاسخگویی نهادهای حکومتی شامل قوه قضاییه نیز می‌شود.

پاسخگویی قوه قضاییه به عنوان یک نهاد، ناظر بر بدنه مدیریتی این قوه و مربوط به عملکرد مدیران قوه مزبور در اداره آن و اجرای قوانین و مقررات مربوط است. قوه قضاییه در اینجا به مثابه اداره‌ای نگریسته می‌شود که با برخورداری از بخشی از منابع مادی و انسانی کشور، همانند سایر سازمان‌ها، مؤسسات و نهادهای دولتی مسئولیت ارائه خدمات عمومی مشخصی را بر عهده داشته و بدین طریق بخشی از مسئولیت‌های

۱. آرامش، رسول، «آسیب‌شناسی حقوقی استقلال قاضی و دستگاه قضایی»، وکالت، شماره ۹، بهمن و اسفند ۱۳۸۰، ص. ۱۴.

دولت را ایفا می‌کند. قوه قضاییه در نظام حقوقی فعلی، ترکیبی از بدنه مدیریتی و ستادی، دادگاهها، دادسراهای همچنین تعدادی از سازمان‌ها و نهادهای دولتی است که به این قوه وابسته هستند.

ضرورت پاسخگویی قوه قضاییه در انجام وظایف و مسئولیت‌های قانونی این نهاد، در مذاکرات شورای بازنگری قانون اساسی مورد توجه برخی از اعضاء قرار گرفته بود. با توجه به تمرکز اختیارات مربوط به مدیریت قوه قضاییه در رئیس این قوه، این پرسش مطرح شد که مقام یادشده در برابر چه کسی مسئول است؟ بدین‌منظور پیشنهادی مطرح شده بود مبنی بر اینکه سازمان بازرگانی کل کشور زیر نظر مقام رهبری تشکیل شود تا بتواند نظارت دقیقی بر همه دستگاه‌ها (از جمله قوه قضاییه) داشته باشد.<sup>۱</sup> در پاسخ به ایراد عدم پاسخگویی رئیس قوه قضاییه گفته شده است از مصوبه مذبور (درخصوص تمرکز اختیارات اداری و اجرایی قوه قضاییه در مقام ریاست قوه مذبور) چنین استنباط نمی‌شود که رئیس این قوه «فعال مایش» بوده و در برابر هیچ مقامی مسئول نیست.<sup>۲</sup> مقام یادشده در اعمال وظایف و اختیارات قانونی خود به مقام رهبری پاسخگو است. ظاهراً عدم پاسخگویی رئیس قوه قضاییه به سایر قوا، به جهت ضرورت عدم تأثیرگذاری سیاسی بر این قوه و همچنین شیوه خاص نصب مقام یادشده است.

در زیر به سازوکارهای پاسخگویی قوه قضاییه در نظام حقوقی فعلی اشاره می‌شود.

### ۳-۱. پاسخگویی مالی از طریق دیوان محاسبات کشور

نظارت مالی بر قانونی بودن هزینه‌کرد اعتبارات عمومی توسط دستگاه‌های دولتی، علت اصلی ایجاد دیوان محاسبات کشور بوده است. این دیوان، همان‌طور که در اصل پنجه‌وپنجم قانون اساسی به آن تصریح شده، به کلیه حسابهای دستگاه‌هایی که به نحوی از انحا از بودجه عمومی کل کشور استفاده می‌کنند، به ترتیبی که قانون مقرر می‌دارد، رسیدگی و حسابرسی می‌کند که هیچ هزینه‌ای از اعتبارات مصوب تجاوز نکرده و هر وجهی در محل خود به مصرف رسیده باشد. قوه قضاییه به عنوان یکی از دستگاه‌های دولتی استفاده‌کننده از بودجه عمومی مشمول نظارت مالی دیوان محاسبات کشور است و تفاوتی میان این قوه و سایر دستگاه‌ها از این نظر وجود ندارد.

۱. مشرح مذاکرات شورای بازنگری قانون اساسی، (بیات و هاشمیان) صم. ۳۳۱ و ۳۶۱.

۲. همان، (عمید زنجانی) ص. ۳۷۲.

### ۳-۲. پاسخگویی به کمیسیون اصل نود قانون اساسی

کمیسیون اصل نود<sup>۱</sup>، یکی از سازوکارهای سیاسی پاسخگویی مقامات و نهادهای عمومی است. البته کارآیی این سازوکار بیشتر در خصوص مقامات و نهادهایی است که در برابر مجلس شورای اسلامی دارای مسئولیت سیاسی باشند. در خصوص حکم اصل نود و پاسخگویی قوه قضاییه بر اساس این اصل نکاتی به شرح زیر قابل ذکر است:

نخست آنکه موضوع شکایت یادشده، «طرز کار» قوا است. در این خصوص، قانون نحوه اجرای اصل (۹۰) قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران - مصوب ۱۳۶۵ - با اصلاحات بعدی، مشخص نکرده منظور از طرز کار چیست؟ ماده (۵) قانون مزبور مقرر می‌دارد: «کمیسیون صرفاً به شکایاتی که از روش و طرز کار مجلس یا قوای مجریه و قضاییه باشد، رسیدگی می‌نماید». در این ماده صرفاً واژه «روشن» اضافه بر «طرز کار» به کار رفته و عملأً منظور قانون‌گذار اساسی را به نحو مشخص و روشنی بیان نکرده است. به نظر می‌رسد که طرز کار در خصوص قوه قضاییه می‌تواند هم ناظر بر رویه نادرست و آشکارا غیرقانونی دادگاههای دادگستری در رسیدگی به پرونده‌های قضایی (از جهت لزوم فراهم کردن زمینه اصلاح رویه و طرح مسئولیت انضباطی قضاط) و اهمال در انجام وظایف قانونی باشد و هم مربوط به نحوه مدیریت و اداره دستگاه قضایی توسط مقامات و مدیران آن. بدیهی است به استناد این اصل امکان شکایت از تصمیم موردي یک دادگاه وجود ندارد. موارد مربوط به شکایت موضوع اصل نود قانون اساسی عمدها ناظر بر موضوعاتی است که نظام قضایی به عنوان یک سیستم دچار نقاچی و کمبودهایی است که تبعاً بر کارکرد محاکم دادگستری تأثیرات منفی داشته است و مثلاً موجب اطاله دادرسی یا نقض حقوق اصحاب دعوی و متهمان شده است.

دوم آنکه بنا به تصریح این اصل، مجلس شورای اسلامی در موارد مربوط به قوای مجریه و قضاییه باید «رسیدگی و پاسخ کافی را از آنها بخواهد.» در این موارد مجلس پس از دریافت پاسخ، به نحو مقتضی نسبت به اعلام یا اعلان آن اقدام می‌نماید. در سابقه قانون اساسی مشروطه نیز در این زمینه مقرر شده بود که موارد مربوط به وزارت‌خانه‌ها جهت رسیدگی و/ارائه پاسخ کافی به آن مراجع ارسال می‌شود. در اینجا باید توجه داشت که مجلس شورای اسلامی در این موارد قطعاً صلاحیت رسیدگی در مفهوم قضایی یا اداری و صدور حکم یا تصمیم الزام‌آور برای قوه قضاییه را ندارد؛ اما در مفهوم عام بهنحوی

۱. اصل ۹۰ - هرکس شکایتی از طرز کار مجلس یا قوه مجریه یا قوه قضاییه داشته باشد، می‌تواند شکایت خود را کتبی به مجلس شورای اسلامی عرضه کند. مجلس موظف است به این شکایات رسیدگی کند و در مواردی که شکایت به قوه مجریه و یا قوه قضاییه مربوط است رسیدگی و پاسخ کافی از آنها بخواهد و در مدت متناسب نتیجه را اعلام نماید و در مواردی که مربوط به عموم باشد به اطلاع عامه برساند.

به شکایات مزبور رسیدگی می‌کند. برای مثال درخواست ارسال پاسخ، طرح آن در مجلس و اعلام یا اعلان نمودن آن. مهم‌تر آنکه شکایات مزبور می‌تواند زمینه تحقیق و تفحص و سایر اقدامات مربوط (از طریق قانون‌گذاری) را فراهم کند.

سوم آنکه به صراحة ماده واحد قانون اجازه مکاتبه و تحقیق مستقیم به کمیسیون اصل ۹۰ با دستگاه‌های دولتی جهت رسیدگی به شکایات مردم (مصوب سال ۱۳۵۹)، کمیسیون مزبور می‌تواند با قوای سه‌گانه و مؤسسه‌تایی که به نحوی از انحا به یکی از قوای یادشده مربوط می‌باشند، مستقیماً مکاتبه یا به آنها مراجعه نماید و در صورت لروم، توضیح بخواهد. بر این اساس، مجلس می‌تواند از هر یک از سازمان‌های تابعه قوه قضاییه تحقیق و مکاتبه لازم را جهت رسیدگی و ارائه پاسخ انجام دهد. با توجه به عدم وابستگی این نهادها به یکی از وزارت‌خانه‌ها، ضمانت اجرای مدیریتی نتایج تحقیقات مزبور به صلاحیت رئیس قوه قضاییه وابسته است.

چهارم آنکه ضمانت اجراهای عدم پاسخگویی قوه قضاییه به دو صورت مستقیم و غیرمستقیم قابل بررسی است. در صورت عدم پاسخگویی قوه قضاییه به سؤالات و شکایات مطرح شده و عدم همکاری در این زمینه، مجازات‌هایی در قوانین مربوط به این اصل وضع شده است. با توجه به اینکه اجرای این ضمانت اجراهای باید در داخل این قوه و به وسیله دادسراهای و محاکم (کیفری) صورت پذیرد، کارآیی آنها محل تأمل است. ضمانت اجرای غیرمستقیم عدم پاسخگویی این قوه نیز در بحث تصویب بودجه مربوط به این قوه قابل طرح است. بدین صورت که مجلس در موارد عدم پاسخگویی یا عدم ارائه پاسخ قانع‌کننده توسط قوه قضاییه، از طریق کاهش بودجه مصوب به نحوی قوه یادشده را تحت فشار قرار دهد. در این خصوص لازم به ذکر است که با توجه به اینکه تقلیل بودجه قوه قضاییه ممکن است صدماتی را بر نظام قضایی وارد کند، استفاده از این ابزار به عنوان ضمانت اجرای عدم پاسخگویی مقامات قوه مزبور به علت وجود برخی اشکالات سیستمی که حسب مورد ممکن است سایر قوا نیز در آن دخیل باشند، محل ایجاد است. به عبارتی، ضمانت اجراهای عدم پاسخگویی باید ناظر بر مقامات و اشخاص مربوط باشد و نه کل نظام قضایی.

### ۳-۳. پاسخگویی از طریق تحقیق و تفحص مجلس شورای اسلامی

اصل هفتاد و ششم قانون اساسی مقرر می‌دارد: «مجلس شورای اسلامی حق تحقیق و تفحص در تمام امور کشور را دارد.» تحقیق و تفحص، سازوکار نسبتاً کامل‌تری در مقایسه با شکایت موضوع اصل نوید قانون اساسی محسوب می‌شود. در این موارد، کمیسیون تخصصی مربوط مجلس شورای اسلامی با تشکیل هیأت تحقیق و

تفحص مستقیماً درخصوص موضوع وارد عمل شده و اقدام به بررسی و رسیدگی می‌کند. بر اساس ماده (۲۱۴) قانون آیین‌نامه داخلی مجلس شورای اسلامی - مصوب ۱۳۷۸ - با اصلاحات و الحالات بعدی، قبل از رأی‌گیری درخصوص گزارش کمیسیون تخصصی در مورد نتایج تحقیقات، وزیر یا مقام مسئول مربوط از عملکرد خود دفاع می‌کند. این مقرر، مجلس را در جایگاه یک محکمه سیاسی قرار می‌دهد که با بررسی مقدماتی و تهیه گزارش مربوط و با دعوت از مقام دولتی مربوط، نظر خود را درخصوص نتیجه تحقیق و تفحص اعلام می‌دارد. تبصره (۵) ماده (۲۱۴) قانون یادشده، شورای نگهبان، مجلس خبرگان رهبری، مجمع تشخیص مصلحت نظام و پرونده‌های جریانی مراجع قضایی و امور ماهیتی قضایی و همچنین دستگاه‌های زیر نظر رهبری (مگر در صورت اذن مقام رهبری) را از تحقیق و تفحص مستثنی می‌کند. به اماره «پرونده‌های جریانی مراجع قضایی و امور ماهیتی قضایی»، قوه قضاییه نیز مشمول تحقیق و تفحص مجلس شورای اسلامی است. با توجه به اینکه بخش قابل توجهی از امور کشور در قوه قضاییه مستقر شده و با عنایت به اینکه این قوه دارای سازمان و تشکیلات نسبتاً گسترده‌ای است، به نظر می‌رسد که خارج کردن آن نهاد از صلاحیت مجلس شورای اسلامی درخصوص تحقیق و تفحص چندان موجه و منطبق با اطلاق به کار رفته در متن اصل هفتادوششم (تمام امور کشور) نباشد.

با توجه به اینکه «پرونده‌های جریانی قضایی» بخشی از «امور ماهیتی قضایی» هستند، اشاره به آنها در تبصره یادشده حشو است. بر این اساس امکان تحقیق و تفحص از کلیه پرونده‌های قضایی وجود ندارد. اما امکان تحقیق و تفحص از سایر امور قوه قضاییه (مسائل مربوط به نحوه اداره دستگاه قضایی) فراهم است. به عنوان مثال چنانچه دادستانی در کشف و تعقیب برخی از جرایم مربوط به حفظ حقوق بیت‌المال با وجود ارائه اطلاعات لازم توسط دستگاه‌ها یا اشخاص مربوط، اقدام مقتضی انجام ندهد، امکان تحقیق و تفحص وجود دارد. همین طور است عدم شرکت در برخی از مجتمعی که حسب قوانین و مقررات مربوط، لازم است مقام یادشده به منظور جلوگیری از تضییع حقوق عامه در آن شرکت کند.

ماده (۲۱۵) قانون آیین‌نامه داخلی مجلس شورای اسلامی، ضمانت اجرای سیاسی مربوط به نتایج تحقیق و تفحص‌ها را در صورت اقتضا و رعایت شرایط مندرج در قانون اساسی، استیضاح وزیران دانسته است. درخصوص نتایج حاصل از تحقیق و تفحص از قوه قضاییه، فارغ از کشف جرایم و تخلفات و ارسال به مراجع صالح جهت رسیدگی، به لحاظ مدیریتی و سیاسی علاوه بر ارسال مراتب به رئیس قوه مزبور (جهت اطلاع و

اتخاذ تدابیر مدیریتی به صلاحیت مقام یادشده)، امکان انعکاس موضوع به مقام رهبری نیز وجود دارد.

انجام هماهنگی لازم جهت پاسخگویی به کمیسیون اصل نود قانون اساسی و همکاری جهت تحقیق و تفحص مجلس شورای اسلامی در خصوص مسائل مربوط به قوه قضاییه، بر عهده وزیر دادگستری است (بند «ب» ماده ۲ قانون نحوه اجرای قسمتی از اصل یکصد و شصتم قانون اساسی مصوب ۱۳۹۴). وزیر دادگستری در ایجاد ارتباط میان مجلس شورای اسلامی و قوه قضاییه جهت فراهم کردن زمینه پاسخگویی قوه قضاییه در برابر مجلس مسئول است (ماده ۴ قانون نحوه اجرای قسمتی از اصل ۱۶۰ قانون اساسی).

### ۴-۳. پاسخگویی درون قوه‌ای از طریق سازمان بازرگانی کل کشور

این سازمان براساس اصل یکصد و هفتاد و چهارم قانون اساسی با مأموریت نظارت بر حسن جریان امور و اجرای صحیح قوانین در دستگاه‌های اداری تشکیل شده است. با توجه به اینکه بخشی از دستگاه‌های اداری کشور در داخل قوه قضاییه مستقر هستند، تبعاً ستاد قوه و سازمان‌های تابعه قوه قضاییه مشمول نظارت این سازمان قرار می‌گیرند. بند «الف» ماده (۲) قانون تشکیل سازمان بازرگانی کل کشور، یکی از وظایف این سازمان را بازرگانی و نظارت مستمر امور اداری و مالی دادگستری، سازمان‌ها و دستگاه‌های تابعه قوه قضاییه برمی‌شمارد. بدین ترتیب سازمان بازرگانی کل کشور یک سازوکار نظارت درون قوه‌ای به منظور تضمین قانونی بودن فعالیت‌های اداری و مالی در حال انجام در مجموعه قوه قضاییه است. بند «ج» ماده مذکور، سازمان یادشده را مکلف به اعلام موارد تخلف و نارسایی‌ها و سوء‌جریان‌های اداری و مالی درخصوص مراجع قضایی و واحدهای تابعه دادگستری (قوه قضاییه) به رئیس قوه قضاییه کرده است.

### ۵-۳. تکالیف قوه قضاییه بر اساس قوانین و مقررات و الزام به گزارش عملکرد خود

برخی از قوانین و مقررات حسب مورد قوه قضاییه را مکلف به انجام برخی اقدامات و اعلام گزارش این اقدامات به نهادهای مربوط کرده است. در این زمینه «مقررات نظارت بر حسن اجرای سیاست‌های کلی نظام» مصوب ۱۳۸۴/۳/۲۱ قابل ذکر به نظر می‌رسد. بر اساس ماده (۳) مقررات مذکور، بالاترین مقام مسئول در قوای سه‌گانه، مسئول اجرای سیاست‌های کلی نظام در دستگاه‌های مربوط است. مقامات

مزبور مکلفند گزارش‌های ادواری شامل گزارش‌های سالیانه و پنج ساله خود را از نحوه اجرای سیاست‌های کلی و میزان تحقق آنها بر اساس شاخص‌ها و نماگرها تهیه و بهمجمع تشخیص مصلحت نظام ارسال کنند (ماده ۵ مقررات یادشده). پس از انجام بررسی‌های لازم توسط کمیسیون نظارت مجمع درخصوص نحوه رعایت و اجرای سیاست‌های کلی، نتایج بررسی‌های انجام‌شده همراه با اقدامات انجام‌شده به مقام رهبری گزارش می‌شود (ماده ۱۰ مقررات یادشده). همان‌طور که ملاحظه می‌شود بالاترین مقام مسئول در قوه قضائیه (رئیس قوه قضائیه) نیز مکلف است گزارش اقدامات انجام‌شده در این قوه در اجرای سیاست‌های کلی نظام را به مجمع ارائه کند تا پس از بررسی آن، مراتب طی گزارشی برای مقام رهبری ارسال شود. تکلیف مزبور یکی از سازوکارهای موجود در زمینه پاسخگویی مقامات قوا در نظام حقوقی فعلی درخصوص اجرای سیاست‌های کلی نظام است.

افزون بر این، در قوانین و مقررات پراکنده نیز تکالیفی بر عهده قوه قضائیه قرار داده شده است که به نظر می‌رسد که مسئول انجام آن، بدنه مدیریتی دستگاه قضائی باشد. از جمله این موارد می‌توان به تکالیف مقرر در قوانین برنامه توسعه (مثل ماده ۲۱ قانون برنامه پنج ساله پنجم توسعه جمهوری اسلامی ایران) اشاره کرد. در ماده (۲۱۳) قانون مزبور دستگاه‌های اجرایی موظف به ارائه گزارش عملکرد خود در اجرای مواد مربوط این قانون به سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی کشور شده‌اند. گزارش‌های مزبور در سازمان مزبور مورد بررسی قرار گرفته و گزارش کلی پیشرفت اجرای برنامه همراه با لایحه بودجه سالانه به مجلس شورای اسلامی ارائه می‌شود. لازم به ذکر است این مقرر مربوط به «دستگاه‌های اجرایی» است و در خصوص «قوه قضائیه» تصریح ندارد. البته قوه قضائیه می‌تواند از این فرصت جهت اطلاع یافتن مجلس شورای اسلامی از میزان پیشرفت برنامه‌های مربوط به این نهاد و در نتیجه تأمین منابع مالی مناسب جهت تحقق آنها استفاده کند.

انجام اقدامات مذکور در تبصره بند ۱-۷ ماده (۳) قانون تدوین و تنقیح قوانین و مقررات کشور مصوب ۱۳۸۹<sup>۱</sup> با اصلاحات و الحالات بعدی، و ماده ۲۹ قانون بهبود

۱. تبصره - کلیه دستگاه‌های موضوع مواد ۵ و ۱۱۷ قانون مدیریت خدمات کشوری مصوب ۱۳۸۶/۷/۸ و قوه قضائیه به استثنای مراجع مذکور در تبصره ماده ۲ این قانون موظفند اقدامات زیر را درخصوص تنقیح قوانین و مقررات انجام دهند:

الف - تا پایان تیرماه ۱۳۹۰ کلیه قوانین مرتبط با حوزه فعالیت خود را که تا پایان سال ۱۳۸۹ تصویب شده است تنقیح نمایند و توسط بالاترین مقام دستگاه خود قوانین معتبر، منسخه صریح و ضمنی، قوانین معارض و مغایر با یکدیگر و یا موضوع منتفی شده را به تفکیک و با ذکر دلایل آن به معاونت ارائه نمایند.

مستمر محیط کسب و کار مصوب <sup>۱</sup>۱۳۹۰ از سایر موارد قابل ذکری است که به موجب قانون عادی، قوه قضاییه مکلف به انجام امری شده است.

### ۳-۶. سایر سازوکارها

براساس اصل هشتاد و چهارم قانون اساسی، هر نماینده در برابر تمام ملت مسئول است و حق دارد در همه مسائل داخلی و خارجی کشور اظهارنظر کند. مستبطن از نظریه تفسیری شورای نگهبان<sup>۲</sup>، حوزه اظهارنظر نمایندگان بر اساس این اصل به مراتب وسیع تر از حوزه های تحقیق و تفحص است؛ زیرا این شورا به صراحت امکان اظهارنظر درخصوص «امور قضایی» را برای نمایندگان مجلس به رسمیت شناخته است. این امر نیز یکی از سازوکارهایی است که می تواند به صورت منفعلانه زمینه پاسخگویی قوه قضاییه را فراهم کند، زیرا در این موارد، قوه قضاییه مکلف به پاسخگویی نیست اما مطالبات افکار عمومی و نمایندگان مجلس می تواند پاسخ این قوه را در بی داشته باشد. همچنین می توان به دو سازوکار داخلی نظارتی در قوه قضاییه اشاره کرد. مورد اول مربوط به نظارت دیوان عالی کشور بر اجرای صحیح قوانین در دادگاهها براساس اصل ۱۶۱ قانون اساسی، و مورد دوم مربوط به نظارت قضایی دیوان عدالت اداری بر اقدامات، تصمیمات و مصوبات مراجع دولتی طبق اصل ۱۷۳ قانون اساسی است. در اجرای اصل ۱۶۱ قانون اساسی، «آیین نامه اجرایی نحوه نظارت دیوان عالی کشور بر اجرای صحیح قوانین در محاکم» در تاریخ ۱۳۸۹/۴/۳۰ به تصویب رئیس قوه قضاییه رسیده است تا نحوه نظارت بر محاکم را در چارچوب مشخصی قرار دهد.

در امکان نظارت قضایی دیوان عدالت اداری بر تصمیمات و اقدامات واحدهای ستادی قوه قضاییه و سازمان های تابعه آن، به لحاظ حقوقی بحث خاصی مطرح نیست. زیرا سازمان های وابسته به این قوه، حسب مورد به شکل « مؤسسه دولتی » یا « شرکت دولتی » ایجاد شده اند. با عنایت به مواد ۱۰ و ۱۲ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری - مصوب ۱۳۹۲ - امکان رسیدگی به شکایات علیه تصمیمات، اقدامات و مصوبات آنها فراهم است. بر اساس رویه دیوان یادشده، به شکایات از تصمیمات و اقدامات واحدهای ستادی قوه قضاییه نیز در این دیوان رسیدگی می شود؛ گرچه نمی توان قالب حقوقی (سازمانی) آنها را به نحو مشخصی در وضعیت فعلی بیان کرد. درخصوص نظارت قضایی بر اعمال و تصمیمات رئیس قوه قضاییه، گفتنی است

۱. ماده ۲۹- قوه قضاییه و دولت اقدامات قانونی لازم را برای تنظیم آیین دادرسی تجاری و تشکیل دادگاه های تجاری به عمل می آورند.
۲. نظریه تفسیری شماره ۹۰۷۵ مورخ ۱۳۶۲/۴/۱۶ شورای نگهبان.

براساس تبصره ماده ۱۲ قانون مزبور رسیدگی به شکایات مطرح شده عليه «آیین‌نامه‌ها، بخشنامه‌ها و تصمیمات رئیس قوه قضاییه» از شمول ماده مزبور<sup>۱</sup> خارج است. صرف‌نظر از رویه قضایی محاکم در این زمینه، با عنایت به حکم مقرر در اصل ۱۵۹ قانون اساسی مبنی بر اینکه «مرجع رسمی تظلمات و شکایات، دادگستری است»، به لحاظ حقوقی امکان شکایت از مصوبات، تصمیمات و اقدامات مقام مزبور در محاکم عمومی دادگستری وجود دارد.

### ۷-۳. وزارت دادگستری و پاسخگویی قوه قضاییه

عمده فعالیت‌های مربوط به دادگستری که بر اساس نظام حقوقی قبل از انقلاب بر عهده وزارت دادگستری بود، اکنون در داخل قوه قضاییه تمرکز یافته و نقش وزارت‌خانه یادشده به ایجاد ارتباط میان این قوه و قواه مجریه و مقننه محدود شده است؛ امری که از نگاه برخی از نویسنده‌گان با توجه به ناکارآمدی این پل ارتباطی، تجربه موفقی نبوده است. در این خصوص لازم به ذکر است که بر اساس مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی، علت ایجاد وزارت‌خانه‌ای به منظور برقراری ارتباط میان قوه قضاییه و قواه دیگر، لزوم حفظ پیوستگی و سازمان یافتنی در ارتباط مزبور و استحکام‌بخشی جایگاه رابط مزبور (وزیر دادگستری) با برخورداری از حق رأی در هیأت وزیران بوده است. این در حالی است که، در عمل، ملاحظات یادشده نتوانسته است منجر به ایجاد ارتباطی مطلوب میان قوه قضاییه و سایر قوا گردد، زیرا مشکلات بودجه‌ای و منابع انسانی قوه قضاییه همچنان پابرجاست. بر این اساس و با توجه به نکات مزبور، پیشنهاد حذف وزارت دادگستری (که البته مستلزم اصلاح قانون اساسی است) و ایجاد معاونت امور پارلمانی و اجرایی برای ریاست قوه قضاییه مطرح شده است.<sup>۲</sup>

در فرض اجرای پیشنهاد مزبور و حذف وزارت دادگستری، مسئله پاسخگویی قوه قضاییه درخصوص عملکرد خود، با توجه به وضعیت خاص ساختاری این قوه، همچنان قابل بحث به نظر می‌رسد. البته در مقابل، امکان طرح این استدلال وجود دارد که

۱. لازم به ذکر است که ماده ۱۲ قانون یادشده مربوط به صلاحیت‌ها و وظایف هیئت عمومی دیوان عدالت اداری است. احتمالاً هدف مقнن، خارج کردن کلیه مصوبات (نوعی) و تصمیمات رئیس قوه قضاییه از شمول نظارت «دیوان عدالت اداری» است. لذا باید به جای «از شمول این ماده» در انتهای تبصره ماده ۱۲، از عبارت «از شمول این قانون» استفاده می‌شد.

۲. راجی، سید‌محمد‌هادی، «نگاهی به ابعاد حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران». ۳. پیرامون جایگاه و حوزه صلاحیت قوه قضاییه اول: جایگاه و نقش وزارت دادگستری، گزارش پژوهشی مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، شماره مسلسل ۱۲۰۳۳، آبان ۱۳۹۰، صص. ۲۱ - ۲۰.

---

رئیس قوه قضاییه در وضعیت فعلی پاسخگوی عملکرد خود به مقام رهبری است و به عنوان یک ضمانت اجرای قوى در پاسخگویی این قوه، امکان عزل رئیس قوه مزبور وجود دارد. ضمن آنکه سایر قوا نیز در صورت مشاهده هرگونه مشکل یا مسئله‌ای در اداره این قوه، می‌توانند با انعکاس مراتب به مقام رهبری، زمینه پاسخگویی مقامات قوه قضاییه را تدارک نمایند. برای مثال چنانچه مجلس شورای اسلامی از طریق تحقیق و تفحص یا هر طریق دیگری، یا کمیسیون اصل نود قانون اساسی از طریق شکایات مطرح شده و بررسی‌های انجام شده و ... از سوء عملکرد و وقوع تخلفاتی در اداره این قوه مطلع شوند، می‌توانند مراتب را طی گزارشی به مقام رهبری منعکس نمایند. گزارش کمیسیون نظارت مجمع تشخیص مصلحت نظام درخصوص عدم ایفای مسئولیت‌های قوه قضاییه در حسن اجرای سیاست‌های کلی نظام نیز به همین ترتیب است. سازوکارهای مزبور حسب مورد می‌تواند زمینه را برای نظارت سایر قوا بر عملکرد قوه قضاییه فراهم کند. در این خصوص لازم به ذکر است که ضمانت اجرای موارد یادشده در نهایت منوط به تصمیم و صلاح‌حید مقام رهبری است و سایر قوا صلاحیت انجام اقدام مستقلی در این زمینه را ندارند.

## نتیجه‌گیری

در سطح استقلال شخصی قضاط، برخورداری از استقلال قضایی به منظور ایفای بی‌طرفانه وظایف قضایی توسط قضاط، مغایر پاسخگویی آنها به عنوان یکی از مقامات عمومی برخوردار از قدرت عمومی (در اینجا: از نوع قضایی آن) نیست و بدین‌منظور نیز سازوکارهایی جهت تضمین بی‌طرفی قضایی و پاسخگویی غیرمستقیم آنها که عمدتاً در قوانین آیین دادرسی نمود داشته، طراحی شده است.

امروزه از استقلال سازمانی به عنوان یکی از شروط لازم جهت تأمین استقلال قضایی و از جمله عناصر ضروری در طراحی نظامهای سیاسی مبتنی بر نظریات حاکمیت قانون و تفکیک قوا یاد می‌شود. بحث‌های فعلی مطرح در نظامهای حقوقی مختلف در این زمینه عمدتاً بر محور میزان و حدود استقلال دستگاه قضایی و چگونگی ارتباط آن با سایر قوا متمرکز شده است. بررسی وضعیت نظامهای حقوقی مختلف حاکی از آن است که سازوکار نهادی واحدی برای مدیریت دستگاه قضایی و تأمین استقلال سازمانی آن وجود ندارد؛ گرچه می‌توان الگوهایی را در این زمینه شناسایی کرد.

حدود استقلال قوه قضاییه و ارتباط آن با سایر قوا را در نهایت باید از مجموع اصول مربوط قانون اساسی (و حسب مورد، سایر قوانین و مقررات) هر کشوری استنباط کرد. قوه قضاییه در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران از لحاظ میزان استقلال در مقایسه با سایر نظامهای حقوقی، کمنظیر است. با وجود این، نباید مسائل مربوط به این قوه را جدا از مسائل کشور در نظر گرفت. به همین‌ترتیب، نباید استقلال قضایی را صرفاً مسئله قوه قضاییه دانست. به عبارتی، هریک از قوا متناسب با مسئولیت‌ها و کارکردهای تخصصی‌شان موظف به انجام اقداماتی در زمینه تأمین استقلال قضایی هستند.

الزام به پاسخگویی دستگاه قضایی به عنوان یک سازمان عمومی درخصوص عملکرد آن نباید به نحوی باشد که زمینه را برای تسلط یکی از قوا یا نهادهای حکومتی بر این دستگاه فراهم کند و در نتیجه، استقلال قضایی را نقض کند. در الگوی غالب دادگستری در نظامهای حقوقی فعلی، وزیر دادگستری ضمن برخورداری از اختیارات لازم درخصوص مدیریت امور دستگاه قضایی، پاسخگوی وظایف و مسئولیت‌های خود به رئیس قوه مجریه و پارلمان هست. اما در خصوص نظامهای حقوقی که در صدد ایجاد شوراهایی درون دستگاه قضایی<sup>۱</sup> به منظور مدیریت این نهاد هستند، پاسخگویی

۱. نظیر آنچه در نظام حقوقی فرانسه، ایتالیا و سوئد تحت عنوان «شورای عالی قضایی» وجود دارد. برای مثال در ترکیب شورای عالی قضایی سوئد، دو نماینده از پارلمان حضور دارند. شایان ذکر است که در نظامهای مختلف در ترکیب این شوراهای، چندین گروه (حسب مورد) عضویت دارند: نمایندگان قضاط، قضاط محکم

مستقیم آنها حتی به نهادهای دموکراتیک نظیر پارلمان، مغایر استقلال قضایی تلقی شده است. در این نظام‌ها سعی شده است که از طریق سازوکارهای ساختاری، مسأله پاسخگویی را مورد توجه قرار دهد. به این ترتیب که در ترکیب نهادهای یادشده نمایندگانی از سایر قوا و نهادهای حکومتی شرکت داشته باشند تا ضمن جلوگیری از تسلط یک قوه یا نهاد حکومتی بر اداره دادگستری، تعادل و توازن در روابط قوا برقرار شود. بر این اساس، مفهوم و سازوکارهای پاسخگویی در شعبه قضایی حکومت با سایر شعبات آن تفاوت قابل توجهی می‌یابد؛ امری که بیش از هر چیز تحت تأثیر ضرورت حفظ استقلال قضایی است.

به دلیل ملاحظات شرعی و احتراز از اعمال فشارهای سیاسی بر دستگاه قضایی و به طور کلی، به دور ماندن قوه قضاییه از مناسبات ناسالم سیاسی، قوه مزبور در نظام حقوقی فعلی ایران به نحوی طراحی شده است که قوای مجریه و مقننه دخالتی در نصب و عزل مقامات عالی آن نداشته باشند. امر قضا در این نظام به عنوان یکی از شئون ولایی، از طریق مقام منصوب از جانب ولی فقیه مدیریت می‌شود. رئیس قوه قضاییه مستقیماً منصوب مقام رهبری است و بر همین اساس، مسئولیتی در برابر سایر قوا و نهادهای حکومتی ندارد. یکی از عناصر پاسخگویی در معنای حقوقی آن، امکان در برداشتن آثار و نتایجی برای مقام پاسخگو توسط مقام یا مرجعی است که پاسخگویی به آن انجام می‌شود (پاسخخواه). در نظام حقوقی فعلی ایران، قوه قضاییه در برابر مجلس شورای اسلامی و قوه مجریه، مسئولیتی ندارد و بر این اساس، سازوکارهای پاسخگویی این قوه در برابر سایر قوا، به ترتیبی که در این مقاله بدان اشاره شد، فاقد ضمانت اجراءای مؤثری است. البته این امر به معنای عدم مسئولیت مقامات قوه قضاییه نیست. رئیس قوه قضاییه پاسخگوی عملکرد خود در مدیریت عالی دستگاه قضایی به مقام رهبری است. مقامات داخلی این قوه نیز در برابر مقام مافق خود مسئولیت دارند.

## منابع

- آرامش، رسول، «آسیب‌شناسی حقوقی استقلال قاضی و دستگاه قضایی»، وکالت، شماره ۹، بهمن و اسفند ۱۳۸۰.
- دفتر مقابله با مواد مخدر و جرم سازمان ملل متحده، راهنمای مرجع تقویت سلامت و توانمندی قضایی، ترجمه حسن وکیلیان، تهران، مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه، ۱۳۹۳.
- راجی، سیدمحمدهادی، «نگاهی به ابعاد حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران ۳. پیرامون جایگاه و حوزه صلاحیت قوه قضاییه اول: جایگاه و نقش وزارت دادگستری»، گزارش پژوهشی مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، شماره مسلسل ۱۲۰۳۳، ۱۳۹۰، آبان.
- یاوری، اسدالله، «حق برخورداری از دادرسی منصفانه و آینین دارسی نوین»، نشریه حقوق اساسی، سال اول، شماره ۲، ۱۳۸۲.
- Doogue, Jan-Marie; Doherty, Colin; and Jeff Simpson, “Accountability for The Administration and Organization of The Judiciary”, Paper presented to the Asia Pacific Courts Conference, Auckland, New Zealand, March 7-9 2013.
  - Berthier, Laurent; and Helene Pauliat, “Administration and Management of Judicial Systems in Europe”, European Commission For The Efficiency of The Justice (CEPEJ). available at:
    - [http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/cepej/series/Etudes10Admin\\_en.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/cepej/series/Etudes10Admin_en.pdf)
  - Contini, Francesco; and Richard Mohr, “Reconciling Independence And Accountability In Judicial Systems”, Utrecht Law Review, Vol. 3, December 2007.
  - Ferejohn, John, Dynamics of Judicial Independence: Independent Judges, Stanford University Press, 1998.
  - Garoupa, Nuno; and Tom Ginsburg, “Guarding the Guardians: Judicial Councils and Judicial Independence”, Public Law and Legal Theory Working Paper No. 250, University of Chicago, 2008.
  - Griffith, Gareth, “Judicial Accountability”, NSW Parliamentary Library Research Service, 1998.
  - U.S. Agency for International Development, “Guidance for Promoting Judicial Independence and Impartiality, Office of Democracy and Governance”, Washington, DC, 2002.

## **Accountability of Judiciary and Its Relation to the Concept of Independence of Judiciary**

Asadollah Yavari

Mohammad Ghasem Tangestani

### **Abstract**

Along with concentrating on enhancing Independence of judges and judiciary from executive power, Importance and necessity of judicial accountability (both judges and judiciary) have been concentrated in many studies.

Accountability of judiciary as an institution is related to managerial level of this branch and performance of its authorities in administering of it and executing relevant laws. Here, Judiciary is seen as an organization has some of the state responsibilities. With attention to importance of maintaining judicial independence, mechanisms of judicial accountability have been concentrated. In this essay, we illustrate the concept of judicial independence and accountability, mechanisms of accountability of judiciary in comparative law and legal situation of judicial independence and accountability in Iran.

**Keywords:** Judicial Independence, Accountability, Judiciary, Separation of Powers.

## **Legal Nature of Factoring**

Mostafa Nasiri

Roghayeh MollZehi

### **Abstract**

Factoring is a method of financing which typically accelerates the process of receiving funds for short-term claims. Within this mechanism the supplier of goods or services on credit terms may sell its claims to a factor at a discounted price. While in most countries it is the assignment of receivables that provides the underlying legal basis for factoring transactions, the procedures whereby such assignments are effected and the rules which govern the different aspects of them differ considerably, to reduce such uncertainties and to promote international trade, the UNIDROIT adopted the Convention on International Factoring ("Ottawa Convention"). As a result of its innovation in giving choice to the factor in performing at least two out of the four common factoring functions, (unlike the traditional factoring), the legal nature of international factoring transactions governed by this convention, is not always limited to the institution of assignment of entitlements.

**Keywords:** Factoring, International Factoring, Invoice, Financing, Assignment of Receivables.

## **The Nature Of Surrogacy Contract Mohammad Jamali**

Ma'asomeh Mazaheri

Nayyereh Pour Rasul

### **Abstract**

The use of adjuvant therapies for overcoming infertility has increased as the result of prominent scientific advances in medical sphere. A new method to treating infertility is surrogacy. It's necessary, when the couple has all factors that affect fertility, but due to the lack of a healthy uterus, they are deprived of having children. But this new-emerging phenomenon, like other scientific achievements, has broad religious and legal dimensions which will be required attention and clarification. Confusion in the nature of the surrogacy, are some of challenges that always have attracted thinkers. Hence, by adapting the nature of this contract to certain contracts that have a similar structure, it was clear that surrogacy contract is formed by a set of obligations, so that all the obligations cannot be raised from a contract. This contract should be included in indefinite contracts and Article 10 of the Civil Code by utilizing principles of sovereignty of the will and freedom of contracts.

**Keywords:** Surrogacy Contract, Surrogates Women, Definite Contracts, Indefinite Contracts.

**Order to Execute the Void Contract as a Method of Compensation**

Ghasem Mohammadi

Morteza Jamali

**Abstract**

Compensation methods should be coordinated with losses, so that the balance lost as a result of the breach of the contract can be restored. This purpose could not be reached by limiting the methods of compensation. There must be a wide range of compensation methods available to judge to choose the most appropriate one from them. One of the most effective compensation methods is to order the execution of the void contract. It can be understood from analysis of different aspects of this topic that this method, if properly used, can repair the loss in one hand and is proportionate to the harm in another hand. In this paper, this method of compensation is deeply scrutinized; important examples of it are provided and finally it is regulated as an efficient way of compensation.

**Keywords:** Methods of Compensation, Compensation, Warrant to Execute the Void Contract, Rule of Hokumah.

## **Recognition and Management of Right to Silence**

Mohammad Ja'afar Habib Zadeh

Vali Allah Sadeghi

### **Abstract**

Some special defending rights have been recognized to make certain that trial process would be fair for someone who has been entered judicial cycle because of accusation of a crime. These can be called "human justice rights". Included in is not to be respondent or right to silence when asked by a judge that in practice there are some worries about the degree to which an accused can benefit from his/her right and widespread criticism of the government's absolute acceptance of this right. Somehow, this worry has been reflected in criminal procedure and new Criminal Procedure Act. In this article, we tried to explain not only concepts, types and accreditation basis, but also attitude to this right in international documents as well as in internal laws. Also included in are "wise discontinuation of silence" mechanisms so as to terminate silence through mechanisms like attention to criminal past history, to logical reasons of silence, to evidence, to victims as well as to encouragement.

**Keywords:** Human Justice Rights, Human Dignity, Silence, Respondent, Principle of Innocence, Criminal Procedure Act 2014.

**Recognition of Claimant In Private Suit Resulting From A Crime**

Abbas Karimi

Mohsen Saeedi Nia

**Abstract**

The litigations resulting from a crime may be categorized in two categories of private and public suits. One of the most significant issues in such suits is the recognition of parties to them. A public suit is lodged by the public prosecutor against a defendant. The private suit is, however, made by persons whose beneficiary status may not be determined as simply as expected.

The main issue of this paper is to recognize the persons along with the victim to have the right to lodge a case in line with the observance of civil procedure rules and regulations.

May legal entities other than real entities, lodge a private suit before criminal courts? In addition, which damages mentioned under the 2014 Criminal Procedure Code may be claimed by such persons?

In the legal system of the most countries like, France, in addition to victim, the others can sue a private case. This Suit can transform voluntarily or forcibly. Then, successors such as heirs, insurer and transferee and those who have been hurt directly from crime can sue this case.

Studies show that the regulations of Iran in this area suffer from scattering, incoherence and legal vacuum. In this regard, it is suggested that in view of the other countries' law and regulations, the regulations in this area would be consistent and some rules approved about promoting the protection of claimants in private suit resulting from crime; because various rules and laws governing such suits, along with conflicting precedents have led to some implications on the issues of the private suit resulting from a crime under the Iranian legal system, made judges confused.

**Keywords:** Private Suit, Immaterial Damage, Substitutes of the Private Complainant, Legal Persons, Collective Claims.

## **Independence and Impartiality of the Judicial Proceedings in the International Criminal Courts**

Ahmad Reza Tohidi

Mahnaz Rashidi

### **Abstract**

Independence and impartiality of the proceedings generally are used as a principle and largely overlap. However, these two terms don't have the same meaning. Independence in international proceedings means lack of subordination to and freedom of influence of courts and proceedings from external pressures and factors, including States, international organizations and powerful persons. This concept in internal system emerges from separation of powers and implies that the Executive can't influence on Judiciary. But, impartiality means lack of bias and lack of prejudice in favor of one party of the proceedings and, independence is one of the factors that supply impartiality. This principle in the international criminal courts has always been known as one of the most important principles of justice and these courts have tried, whether in their statutes and their jurisprudence, ensure implementation of these principles. Studying procedures of international criminal courts including international tribunal for Rwanda, international criminal tribunal for the former Yugoslavia, special court for Sierra Leone and international criminal court gives a good criterion for identifying violations of the independence and impartiality that is the detection of violations in view of "reasonable observer, properly informed" and the gross effect on the accused's right to a fair trial.

**Keywords:** Independence of the Court, Impartiality of the Judge, International Criminal System, Reasonable Observer.

## **Contents**

---

<b>Independence and Impartiality of the Judicial Proceedings in the International Criminal Courts .....</b>	<b>a</b>
Ahmad Reza Tohidi / Mahnaz Rashidi	
<b>Recognition of Claimant In Private Suit Resulting From A Crime.....</b>	<b>b</b>
Abbas Karimi / Mohsen Saeedi Nia	
<b>Recognition and Management of Right to Silence .....</b>	<b>c</b>
Mohammad Ja'afar Habib Zadeh / Vali Allah Sadeghi	
<b>Order to Execute the Void Contract as a Method of Compensation .....</b>	<b>d</b>
Ghasem Mohammadi / Morteza Jamali	
<b>The Nature Of Surrogacy Contract Mohammad Jamali.....</b>	<b>e</b>
Ma'asomeh Mazaheri / Nayyereh Pour Rasul	
<b>Legal Nature of Factoring .....</b>	<b>f</b>
Mostafa Nasiri / Roghayeh MollZehi	
<b>Accountability of Judiciary and Its Relation to the Concept of Independence of Judiciary .....</b>	<b>g</b>
Asadollah Yavari / Mohammad Ghasem Tangestani	



The Judiciary's  
**Law  
Journal**

---

**The 80<sup>th</sup> Year of Publication/ No.95/ 2016 Fall**

---

**Scientific - Research Quarterly  
Concessionary: The Judiciary**

**Director - in-charge:** Alireza Amini

**Editor - in - Chief:** Hossein Mir Mohammad Sadeghi

**Executive Director:** Mehdi Sabouri Pour

**The Editorial Board (in Alphabetical Order):**

Nejad Ali Almasi, Mohammad Ali Ardabili,  
Mohammad Ashouri, Rabiaa Eskini, Mohammad  
Javad Javid, Sam Savad Koohi far, Seyed Morteza  
Ghasem Zadeh, Ali Hossein Najafi Abran Abadi

**Circulation:** 4500

**Price:** 50000 R

**Fax:** 021-22091869

**Web Site:** [www.jlj.ir](http://www.jlj.ir)

**E - mail:** [majaleh\\_hoghooghi@jpri.ir](mailto:majaleh_hoghooghi@jpri.ir)

---