
مجله حقوقی
دادگستری

اعضای هیات تحریریه

ربیعا اسکینی/ استاد پژوهشگاه علوم و فنون هسته ای تهران
غلامحسین الهام/ دانشیار دانشگاه تهران
خیراله پروین/ استاد دانشگاه تهران
محمدجواد جاوید/ استاد دانشگاه تهران
ولی رستمی/ استاد دانشگاه تهران
سیامک ره پیک/ استاد دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری
محمدهادی صادقی/ استاد دانشگاه شیراز
محمدحسن صادقی مقدم/ استاد دانشگاه تهران
عباسعلی کدخدائی الیادرانی/ استاد دانشگاه تهران
سید فضل اله موسوی/ استاد دانشگاه تهران
حسین میرمحمدصادقی/ استاد دانشگاه شهید بهشتی

مجله حقوقی دادگستری

فصلنامه علمی پژوهشی قوه قضاییه

- مدیر مسئول: علیرضا امینی
- سردبیر: محمدحسن صادقی مقدم
- مدیر نشریه: لیلاسادات اسدی
- ویراستار انگلیسی: مرضیه سادات آقامیرسلیم
- ویراستار ادبی: سمیه صفایی
- طراح و صفحه آرا: مریم حیدری

- نشانی: بزرگراه شهید چمران، بزرگراه یادگار امام، بعد از خروجی اوین درکه، خیابان شهید قدوسی، پژوهشگاه قوه قضائیه
- تلفکس: ۲۲۰۹۱۸۶۹ - ۰۲۱
- پایگاه الکترونیک: www.jlj.ir
- پست الکترونیک: law.journal1316@gmail.com

فهرست

چالش‌های الزام قانونی ثبت عملیات صدور و انتقال چک در سامانه صیاد ۵
نادر ولائی، سید علی حسین زاده، رضا خطابخش
تحلیل انتقادی رأی وحدت رویه شماره ۸۰۵ هیأت عمومی دیوان عالی کشور .. ۳۵
مصطفی کربلائی آقازاده
قانون ماهوی حاکم بر اختلاف در داوری‌هـــای تجاری بین‌المللی در صورت عدم انتخابِ طرفین اختلاف ۶۳
سعید جوهر
تحلیلی بر «تلفن مورد نیاز مدیون» به عنوان یکی از مصادیق مستثنیات دین.. ۹۷
احسان نعمتی، سیدحسن حسینی مقدم
ضمانت اجراهای کیفری اشخاص حقوقی در نظام‌های کیفری آمریکا و ایران .. ۱۱۵
امین نیکومنظری
مبانی و اصول حاکم بر بازتعقیب متهم ۱۴۱
سعید قائدی
قابلیت استناد به قسامه در دعوای خسارت بدنی در دادگاه حقوقی ۱۷۹
حمید افکار
دادرسی حکمی یا موضوعی؛ رسیدگی به تصمیمات مراجع اختصاصی اداری ۲۰۳
عادل شیبانی، زهرا بیدار
چالش واژگانی قانون‌گذار «عدالت اداری» در ارتباط با خسارت ۲۲۵
آیت مولائی
رویه قوه مقننه ایران در تعیین مراجع ملی ۲۴۷
عبدالمجید سودمندی، محمود عباسی
چالش‌های تخصیص بهینه منابع مالی به قوه قضاییه در جمهوری اسلامی ایران .. ۲۷۵
رحیم نوبهار، مجتبی قاسمی، فاطمه صفاری
بایسته‌های الگوی مطلوب نظارت بر قضات در پرتو اصل استقلال قاضی ۳۰۱
سلمان عمرانی، هادی رضوان، رامین مالک
صورت‌بنـــدی شـــاخص‌ها و طراحی الگوی توســـعه قضایـــی؛ مطالعه موردی دادگستری استان تهران ۳۲۷
مهدی حاجی حسینی، خلیل میرزایی، حسن محدثی گیلوایی
ضرورت یا امکان الهی بودن کرامت ذاتی انسان ۳۴۷
سید قاسم زمانی، محمدجواد فیض

مجله حقوقی دادگستری

مقاله پژوهشی/ دوره ۸۸/ شماره ۱۲۷/ صفحات: ۳۳-۵
تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۷/۰۷ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۲/۲۶

چالش‌های الزام قانونی ثبت عملیات صدور و انتقال چک در سامانه صیاد

نادر ولائی[۱]
سید علی حسین زاده[۲]
رضا خطابخش[۳]

چکیده

به موجب تبصره ۱ ماده ۲۱ مکرر قانون صدور چک، ثبت صدور و انتقال چک در سامانه صیاد الزامی است و چک‌هایی که مالکیت آن‌ها در سامانه صیاد ثبت نشده باشد از شمول قانون صدور چک خارج است؛ بنابراین وضعیت حقوقی دارنده نسبت به چک‌هایی که در مرحله صدور و انتقال ثبت نشده، با خلاء قانونی مواجه و نیازمند بررسی است. ارکان صدور چک در قانون تجارت معین است و تغییرات قانون صدور چک موجب اختلاف در تغییر ارکان صدور چک شده است. در این زمینه، هدف قانون‌گذار و عبارات قانونی اهمیت به سزایی در تشخیص نسخ یا عدم نسخ ضمنی قانون تجارت دارد؛ موضوعی که این نوشتار با روش توصیفی تحلیلی به آن می‌پردازد. آنچه از پژوهش حاضر حاصل شده، چنین است که چک ثبت نشده در رویه قضایی سند عادی محسوب می‌شود و احکام صدور و انتقال چک و حقوق دارنده چک مبتنی بر این عقیده ارزیابی می‌شود. به نظر می‌رسد قانون تجارت بر چنین اسنادی حاکمیت دارد و این موضوع می‌تواند در تبیین احکام یاد شده مؤثر باشد؛ البته بانک‌ها که مکلف به تبعیت از مقررات قانون صدور چک می‌باشند، در مواجهه با چنین اسنادی برخورد متمایزی خواهند داشت و به طور مثال گواهی‌نامه عدم پرداخت صادر نمی‌کنند.

واژگان کلیدی: چک، سامانه صیاد، ارکان صدور چک، ضمانت اجرا، رویه قضایی.

---

۱. دکتری حقوق خصوصی دانشگاه علوم قضائی، رئیس شعبه ۴۳ دادگاه عمومی حقوقی تبریز؛ نویسنده مسوول:
nader.vellaei@gmail.com
۲. دانشجوی دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه علوم قضائی، معاون دادستان عمومی و انقلاب تبریز
mirsavad@gmail.com
۳. کارشناس ارشد حقوق خصوصی، دادرس دادگاه عمومی حقوقی تبریز
khatabakhshreza@gmail.com

درآمد

قانون صدور چک با اهداف مختلفی از جمله کاهش چک‌های پرداخت نشدنی و افزایش اعتبار چک در سال ۱۳۹۷ اصلاح شد و در سال ۱۴۰۰ آخرین اصلاحات را تجربه کرد و به مانند گذشته، باعث تغییرات جدید در نظام حاکم بر مقررات چک شد. در ماده ۲۱ مکرر قانون صدور چک، کلیه دسته چک‌های صادره از ابتدای ۱۴۰۰ شامل شرایط جدیدی شد. شرط الزامی بودن ثبت چک در سامانه صیاد در قانون صدور چک جایگاه روشنی ندارد؛ زیرا وضعیت چک ثبت نشده در مراودات مالی مبهم است؛ وضعیتی که شامل ضمانت اجرای مدنی و کیفری چک ثبت نشده و احکامی مانند شرایط مسؤولیت صادرکننده و سایر امضاءکنندگان این سند است. در این زمینه، رویه قضایی چالش‌های جدیدی را تجربه می‌نماید و نیازمند راه حل‌هایی برای جبران خلاءهای قانونی است.

دعاوی مختلفی در ارتباط با چک‌های ثبت نشده مطرح می‌شود؛ مانند دعوی الزام صادر کننده یا ظهرنویس به ثبت یا انتقال چک در سامانه صیاد، مطالبه وجه از بابت چک ثبت نشده نسبت به صادر کننده و سایر مسؤولان ظاهری چک و شکایت کیفری صدور چک پرداخت نشدنی. قصد مقاله حاضر، بررسی چالش‌های موجود در پرونده‌های قضایی است و در عین حال رویکردهای نظری بنیادین را مؤثر در حل این چالش‌ها می‌داند. از جمله مسائل بنیادینی که مستلزم بررسی است، پاسخ به این پرسش‌های اساسی است که: آیا ثبت چک در سامانه صیاد از ارکان صدور چک تلقی می‌شود؟ آیا قانون تجارت در برخی احکام مرتبط با وضع قانون صدور چک و اصلاحات بعدی نسخ شده است؟ پاسخ به سؤالات فعلی از آن جهت حائز اهمیت است که رفع ابهام از این موارد نشان خواهد داد که در نظام تجاری حاضر، دو نوع چک داریم یا یک نوع؛ یعنی بر اساس شرایطی، چک تابع مقررات قانون صدور چک است و تحت شرایطی تابع قانون تجارت و در هر مورد به پیروی از مقررات مربوط شرایط خاصی خواهد داشت؟ چکی که تابع قانون صدور چک نباشد و صدور گواهی‌نامه عدم پرداخت یا پرداخت وجه آن توسط بانک ممکن نباشد، آیا با واخواست از شرایط قانون تجارت بهره‌مند می‌شود؟ بررسی‌های یاد شده حتی در بررسی ضمانت اجرای کیفری نیز قابل توجه است، ولی از حیث ارکان جرم پیش‌بینی

شـــده در قانون صدور چک، شرایط مســـتقلی هم باید لحاظ شود که متأثر از بررسی ارکان تحقق جرم صدور چک بلامحل است. علاوه بر عدم ثبت چک در سامانه صیاد، مغایرت اطلاعات ثبت شده با اطلاعات چک کاغذی هم چالش‌های مرتبطی را در پی دارد که در این نوشتار به آن‌ها خواهیم پرداخت.

۱. جایگاه الزام قانونی ثبت چک در سامانه صیاد

تبصره ۱ ماده ۲۱ مکرر قانون صدور چک[۱] دارنده چک را بر اســـاس مالکیت ثبت شـــده چک در سامانه صیاد شناسایی کرده و نتیجه این الزام برای بانک‌ها، باعث شده موضوع صدور چک مستلزم ثبت در سامانه صیاد باشد و حتی انتقال و ظهرنویسی نیز تنها از طریق سامانه صیاد امکان‌پذیر بوده و ظهرنویسی فیزیکی حذف شده است؛ رویکردی که در کنوانســـیون ژنو و حقوق کشـــورهایی چون انگلیس و فرانسه فاقد سابقه است (اسکینی و یمرلی، ۱٤۰۰: ۱۲-۱۳). در این بخش به دیدگاه‌های مرتبط با جایگاه این الزام قانونی و مطالب مرتبط می‌پردازیم.

۱-۱. الزام قانونی با هدف نظارتی

تشخیص ماهیت این الزام قانونی، در تشخیص ضمانت اجرای عدم ثبت چک در ســـامانه صیاد مؤثر است؛ چنانچه عده‌ای این الزام قانونی را تنها یک حکم تکلیفی و جهـــت نظارت و کنترل بانک محال‌علیـــه و بانک مرکزی بر روند صدور و گردش اوراق چـــک می‌دانند و در نتیجه چک را قابل پرداخت توســـط بانک دانســـته و آثار ســـند تجاری را بر چنین سندی بار می‌کنند (عبدی‌پورفرد، ۱٤۰۱: ۲۵۰). این دیدگاه بـــا توجه به طرح اصلاحی قانون صـــدور چک[۲] که الزام ثبت صدور و انتقال چک را پیش‌بینی نکرده بود قابل دفاع اســـت؛ زیرا در ماده ٦ طرح اولیه اعلام شده بود دسته چک‌های تســـلیمی باید در دو نسخه تنظیم شده و یک نسخه به رسید دریافت کننده برســـد و در زمان صدور دسته چک جدید نســـخ ثانی به بانک ارائه شود تا مشخص

---

۱. «صدور چک در مورد برگه چک‌هایی که از دســـته چک‌های ارائه شده پس از پایان اسفندماه سال ۱۳۹۹ صادر می‌شوند، تسویه چک صرفاً در سامانه تسویه چک (چکاوک) طبق مبلغ و تاریخ مندرج در ســـامانه و در وجه دارنده نهایی چک بر اســـاس استعلام از ســـامانه صیاد انجام خواهد شد و در صورتی که مالکیت آن‌ها در سامانه صیاد ثبت نشده باشد، مشمول این قانون نبوده و بانک‌ها مکلفند از پرداخت وجه آن‌ها خودداری نمایند ...».

۲. این طرح در ســـایت http://nazarat.shora-rc.ir/ مربوط به نظرات شـــورای نگهبان در بخش مصوبات مجلس در دسترس می‌باشد و سوابق طرح اصلاحی قانون صدور چک قابل مشاهده است.

شـــود چک‌ها از حیث مشـــخصات انطباق دارند. این رونـــد نظارتی موجب حصول مقصود نبود؛ زیرا بررســـی انطباق به کیفیت مزبور مربوط به اراده انسانی می‌شد و از طرفی ضمانت اجرای مناســـبی نداشت. هدف از نظارت بر چک‌های صادره این بود که صادر کنندگان بیش از سقف اعتبار تعیین شده چکی صادر نکنند[1] و در ماده ۷ این طرح پیش‌بینی شـــده بود که بانک‌ها بـــر روی هر یک از برگه‌های چک حداکثر مبلغ قابل پرداخت را تعیین نمایند و در صورت درج مبلغ بیشتر، بانک تنها به میزان اعتبار برگه مزبور نســـبت به پرداخت اقدام کند. در مراحل تصویب قانون، ثبت در ســـامانه صیاد جایگزین مقررات یاد شده گردید، ولی سقف اعتباری که هر شخص را محدود می‌نمود عملاً منتفی شد. با استفاده از اعتبار سنجی، امکان تعیین سقف وجود داشت و در این صورت شـــخص صادر کننده چک نمی‌توانســـت در مرحله صدور چک یا چک‌های متعدد و هنگام ثبت در سامانه صیاد بیش از سقف تعیینی را ثبت نماید. عدم تعیین سقف اعتبار در مرحله صدور، قانون مذکور را از برخی اهداف اولیه دور کرده است.[2] نتیجه پذیرش این رویکرد چنین است که بانک‌ها در مواجهه با چک‌های ثبت نشـــده باید به جهت عدم ثبت چک در سامانه صیاد، گواهی‌نامه عدم پرداخت صادر کنند (عبدی‌پورفر، ۱۴۰۱: ۲۵۱).

۲-۱. الزام قانونی ثبت چک به عنوان رکن صدور چک

اغلب نویســـندگان در آثار حقوقی مرتبط با اسناد تجاری، ارکان صدور چک را بر اســـاس مواد قانون تجارت تعیین نموده‌اند و مواد ۳۱۰ تا ۳۱۲ قانون تجارت در تشـــخیص مندرجات الزامی چک اعم از قید کلمه چک، امضاء ســـند، تاریخ صدور، دارنده چک، دســـتور پرداخت و نام پرداخت کننده را بـــه عنوان ارکان صدور چک شـــمارش کرده‌اند (اســـکینی، ۱۴۰۰الف: ۲۴۱)؛ به همین جهت ماهیت مدنی صدور چک، قراردادی تشـــریفاتی توصیف شده اســـت؛ یعنی چک به صورت نوشته تنظیم می‌شـــود و فرم چاپی مخصوصی دارد که از سوی بانک‌ها تهیه می‌شود و باید موارد

---

۱. در بند ۲ دلایل توجیهی طرح قانون، این موضوع به صراحت قید شده بود.

۲. اگر سازکار اعتبارسنجی مناســـبی پیش‌بینی می‌شد، هر شخص دارای سقف اعتباری برای صدور چک می‌شـَـد و مثلاً اگر شخصی به میزان بیست میلیارد ریال کسب اعتبار می‌کرد، می‌توانست نسبت بـــه ده فقـــره چک خود نهایتاً به مجموع آن اعتبار، چک صادر و ثبت نماید؛ یعنی اگر چک اول خود را به میزان شانزده میلیارد ریال ثبت و صادر می‌کرد، چک دوم خود را نمی‌توانست به بیش از چهار میلیارد ریال صادر و ثبت نماید.

خاصی در آن ذکر شود (امام‌وردی، ۱۳۹٤: ۱۸۹).

تبیین دیدگاه حاضر مستلزم بررسی چیستیِ ثبت چک در سامانه صیاد است؛ به‌رغم مصوبات موجود، در قانون اصلاحی قانون صدور چک و بخشنامه‌های بانک مرکزی، نشانی از چیستی ثبت چک مشاهده نمی‌شود و بانک مرکزی در ماده ۵ بخشنامه «الزامات و تکالیف مقرر در قانون اصلاح قانون صدور چک»، ضرورت فراهم شدن شرایط ثبت و انتقال چک را مورد تأکید قرار داده است. ثبت انتقال چک در سامانه صیاد جایگزین ظهرنویسی چک شده است. به همین سبب به ذهن متبادر می‌شود که ثبت در سامانه صیاد نوعی امضای الکترونیک است. با توجه به تعریف امضای الکترونیک در بند ی ماده ۲ قانون تجارت الکترونیکی[1] و ابهامات موجود در آن، برخی تعبیری کلی از امضای الکترونیکی ارائه و اعلام کرده‌اند امضای الکترونیکی داده‌پیام‌هایی است که به شکل اطلاعات بیرونی و ریاضی‌وار تأیید می شود (ساردوئی نسب و طاهری، ۱۳۹۲: ۱۰۳)؛ در حالی که به نظر می‌رسد امضای الکترونیک یک ترسیم ثبت شده است؛ و نه ورود به یک سامانه و تکمیل فرم صدور و انتقال. به این ترتیب باید قائل به این نتیجه شد که عملیات ثبت صدور و انتقال در سامانه صیاد برای تحقق این عملیات یعنی صدور و انتقال چک، موضوعیت دارد و تشریفات حقوقی خاصی برای عمل ثبت صدور و انتقال به وجود آمده است که عدم رعایت این تشریفات با ضمانت اجرای مندرج در تبصره ۱ ماده ۲۱ مکرر قانون صدور چک مواجه خواهد شد؛ یعنی چک با شرایط اعلامی از شمول قانون صدور چک خارج می‌شود.

در نظریه مشورتی شماره ۷/۱٤۷۸ مورخ ۱٤۰۱/۳/۲۵ اداره کل حقوقی قوه قضاییه اعلام شده است: «مستفاد از تبصره اصلاحی ماده ۲۱ مکرر قانون صدور چک، ثبت در سامانه صیاد از شرایط صدور چک است». نتیجه این دیدگاه چنین خواهد بود که سند موجود به عنوان چک تلقی نشده و از مزایای سند تجاری بی‌بهره شود. به همین جهت بانک مرکزی طی بخشنامه شماره ۱۱۷۵۳۳ مورخ ۱٤۰۱/۵/۱۱ بانک‌ها را در مواجهه با این اسناد مکلف به تسلیم گواهی عدم ثبت در سامانه صیاد نموده است.

---

۱. عبارت از هر نوع علامت منضم شده یا به نحو منطقی متصل شده به «داده‌پیام» است که برای شناسایی امضاء کننده «داده‌پیام» مورد استفاده قرار می‌گیرد.

۳-۱. ثبت چک در سامانه صیاد شرط حاکمیت قانون صدور چک

ظاهر تبصره ۱ ماده ۲۱ قانون صدور چک در رابطه با بانک‌ها وضع حکم کرده و چک‌های ثبت نشـــده در ســـامانه صیاد را از شمول این قانون خارج کرده است؛ نه این‌که اعلام نماید ســـند مزبور چک نیست؛ بنابراین چک در این شرایط قابل وصول یـــا صدور گواهی عدم پرداخت نبوده و به طور کلی هر آنچه به طور خاص در قانون صدور چک از حیث آئینی و ماهوی برای چک وضع شـــده است شامل چنین چکی نخواهد بود، ولی بدان معنا نیست که چک فاقد خصیصه تجاری باشد، بلکه همچنان و با وجود شـــرایط قانون تجارت، تابع این قانون اســـت. به این ترتیب دو نوع چک خواهیم داشـــت: چک بانکی و چک غیر بانکی و چک غیر بانکی طبق شرایط قانون تجارت قابل واخواست است (عابدی، ۱۴۰۱: ۱۳٤).[۱]

این نوع تحلیل موافق با ظاهر تبصره ۱ ماده ۲۱ مکرر قانون صدور چک است، اما با یک ایراد اساسی مواجه است. در ماده ۱ قانون صدور چک، اقسام چک مشخص شـــده است و در تمام اقسام چک‌های پیش‌بینی شده، محال علیه چک، بانک است و از این منظر تمام چک‌های مورد اســـتفاده باید تحت شرایط قانون صدور چک باشند و تفکیک چک ثبت شـــده و ثبت نشـــده به چک بانکی و چک غیر بانکی با مقصود قانون‌گذار ســـازگار به نظر نمی‌رســـد و تمام چک‌هایی که عهده بانک صادر شـــده، مشـــمول مقررات قانون صدور چک است. از این رو باید قائل به این دیدگاه بود که اگر چکی از حیث صدور و انتقال فاقد شـــرایط مقررات قانون صدور چک باشد، به مفهوم عدم رعایت تشـــریفات قانون صدور چک بوده و در نتیجه اثر صدور و انتقال چک را نخواهد داشت.

۲. وضعیت تعارض قانون تجارت و قانون صدور چک

ملاحظه شـــد که تفاوت احکام قانون صدور چـــک و قانون تجارت و اضافه شـــدن تشـــریفات جدید برای صدور و انتقال چک این سؤال را ایجاد کرده است که آیا قانون صدور چک وضعیتی مغایر با قانون تجارت ایجاد کرده و آن را نســـخ کرده اســـت؟ و آیا قانون صدور چک عملاً موجب تخصیص مقـــررات قانون تجارت در خصوص احکام مختلف چک شده است یا خیر؟ برای پاسخ به این سؤال، ابتدا برخی

---

۱. نویسنده در همان منبع این دیدگاه را نقد نموده است.

موارد تعارض ظاهری و دیدگاه‌های نظری و رویه قضایی را بررسی می‌نماییم.

۱-۲. مغایرت‌های قانون صدور چک و قانون تجارت در اوصاف چک

مهم‌تریـــن مغایرت‌هایـــی که بین دو قانون قبل از اصـــلاح اخیر قانون صدور چک مطرح بوده، تفاوت در وضعیت چک مشروط و مقید، چک وعده‌دار و وضعیت محال‌علیه چک است. تاکنون قانون‌گذار در وضع قانون صدور چک و اصلاحات آن به طور قاطع و صریح نسخی نسبت به قانون تجارت پیش‌بینی نکرده است؛ از این رو در موارد تعارض احتمالی، نســـخ ضمنی قابل طرح است و این قسم از نسخ مستلزم وجود دو حکم متعارض نسبت به موضوع واحد است. تا جایی که ممکن است نباید قانون‌گذار به تناقض‌گویی متهم شود و دادرس برای رفع ایرادهای عقلی با تفسیرهایی سعی می‌نماید کلام قانون‌گذار را به نحوی تفسیر کند که تعارضی به وجود نیاید، ولی در هر صورت گاهی این موضوع ممکن نیســـت و عقیده دادرس نسخ ضمنی قانون سابق است (میرزائی، ۱۳۹۵ :۱۹۵). زمانی تعارض رخ نخواهد داد که حکم معارضی وجود نداشـــته باشد یا موضوع احکام معارض متفاوت باشد. اگر قائل باشیم چک بر اساس شرایط صدور آن به دو نوع چک تابع قانون تجارت و چک قانون صدور چک تقسیم می‌شود، این تعارض منتفی است.

بین احکام قانون تجارت و قانون صدور چک تفاوت‌هایی وجود دارد و لزوم ثبت صدور و انتقال تنها تفاوت دو قانون در رابطه با شـــرایط چک نیســـت. بررسی عقایدی کـــه در رویه قضایی و آثار علمی در زمینه تفاوت‌های دیگر وجود داشـــته، برای تشـــخیص چالش ثبت صدور و انتقال چک در قانون صدور چک و تأثیری که بر مقررات قانون تجارت دارد می‌تواند مؤثر باشد. بر اساس ماده ۳۱۱ قانون تجارت، چک دستور بدون قید و شرط پرداخت چک است؛ به همین دلیل برخی عقیده دارند چک مشـــروط یا تضمینی اساســـاً نمی‌تواند چک تلقی شـــود؛ زیرا کارایی هر روش پرداختی در گرو تحقق کارکرد آن اســـت و کارکرد چـــک، پرداخت نقدی و فوری است (فتوحی‌راد، ۱۳۹۹: ۲۳٦ و ۲٤۸). دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۰۳۰۱۳۷۹ مورخ ۱۳۹۱/۱۰/۲٤ شعبه ۳ دادگاه تجدیدنظر استان تهران بر همین اساس چک تضمینی را مشـــمول قانون تجارت و عنوان چک ندانسته است. در همین راستا بیان شده است: «درج قید و شـــرط برای پرداخت ما را کاملاً از ســـندی شـــبیه به پول دور می‌کند تا

بدان‌جا که قانون‌گذاران ترجیح می‌دهند سند متضمن دستور یا تعهد پرداخت مقید یا مشروط را اساساً از شمول سند تجاری خارج سازند» (کاویانی، ۱۳۹۲ :۷۱). در مقابل گفته شده است با وضع ماده ۳ قانون صدور چک، مقید یا مشروط بودن دستور پرداخت چک موجب بطلان یا خارج شدن سند از عداد اسناد تجاری نیست، بلکه شرط پرداخت چک منتفی تلقی می‌شود؛ زیرا ماده ۳ قانون صدور چک، پرداخت چنین چکی را پذیرفته و اعلام شده است هر گاه در متن چک شرطی برای پرداخت ذکر شده باشد، بانک به آن ترتیب اثر نمی‌دهد (دمیرچیلی و سایرین، ۱۳۸٤ :۵۷۸). همین رویه در رابطه با صدور قرار تأمین خواسته نسبت به چک‌های مشروط وجود دارد و به‌رغم دستور پرداخت مشروط بر روی چک، با حصول شرایط و درخواست دارنده، قرار تأمین خواسته بدون اخذ خسارت احتمالی صادر می‌شود. نظریه مشورتی ۷/۱٦۹۵ مورخ ۱۳۹۲/۹/۳ اداره کل حقوقی قوه قضاییه چک را با داشتن شرایط اساسی ولو این‌که به نحو تضمینی باشد مشمول قانون تجارت دانسته است. برخی تصویب ماده ۲۳ قانون صدور چک در اصلاحات ۱۳۹۷ را گواه باطل بودن چک مشروط و تضمینی می‌دانند و بیان می‌کنند چکی که وصف تنجیزی ندارد مورد حمایت قانون تجارت و قانون صدور چک نیست و یک سند مدنی محسوب می‌شود که دارنده باید بر اساس قواعد مدنی اقدام کند (اکبری دهنو و دیگران، ۱٤۰۱ :۲۹). ماده یاد شده امکان صدور اجرائیه بدون رسیدگی ماهیتی توسط محاکم دادگستری را پیش‌بینی کرده و از شرایط صدور اجرائیه، مشروط نبودن و تضمینی نبودن چک اعلام شده است.[1] استدلال اخیر که از شرایط صدور اجرائیه، اوصاف چک را استنتاج نموده است، قابل انتقاد به نظر می‌آید؛ زیرا آنچه به عنوان صدور اجرائیه چک پیش‌بینی شده، راهکاری در زمینه دادرسی خاص نسبت به چک، بدون تشریفات رسیدگی است؛ به طور طبیعی اسناد تجاری که دارای شرایط خاص وصول می‌باشند نمی‌توانند مشمول دادرسی سریع و بدون ورود به ماهیت باشند؛با این حال بیان قانون تجارت در ماده ۳۱۱ موجب خروج چک تضمینی و مشروط از شرایط چکی است که وسیله پرداخت است و آنچه در ماده ۳ قانون صدور چک بیان شده است به منزله پذیرش چک تضمینی و مشروط به عنوان یک سند تجاری نیست و بین قانون تجارت و قانون

۱. بندهای الف و ب ماده ۲۳ قانون صدور چک

صدور چک در این زمینه تعارض آشـــکاری وجـــود ندارد و نمی‌توان مقررات قانون صدور چک را به منزله اعتبار بخشـــی تجاری به چک مشروط و تضمینی تلقی کرد، بلکه تکلیف عدم توجه بانک‌ها به قیود و شـــرایط چک، نشـــان می‌دهد اوصاف ذاتی چک به عنوان ســـند تجاری باید فاقد چنین عوارضی باشند و در وهله نخست وجود چنین قیودی فاقد اعتبار است.

دیگر تفاوت مهم بین دو قانون در خصوص چک وعده‌دار است. چک وعده‌دار چکی است که تاریخ واقعی آن مقدم بر تاریخ مندرج بر روی چک است. با توجه به مواد ۳۱۱ و ۳۱۳ قانون تجارت، چک نوشته‌ای است که حاوی دستور پرداخت وجه است و به محض ارائه باید کارسازی شود و فاقد وعده است، ولی ماده ۳ مکرر قانون صدور چک اعلام کرده چک در تاریخ مندرج بر روی چک یا بعد از آن قابل وصول اســـت. به همین سبب برخی بیان کرده‌اند قســـمت اخیر ماده ۳۱۱ و ماده ۳۱۳ قانون تجارت از زمان تصویب ماده ۳ مکرر قانون صدور چک به طور ضمنی نســـخ شـــده اســـت (عامری و طالب احمـــدی، ۱۳۸۲ :۱٤۲). پیش از تصویب ماده ۳ مکرر، بانک مرکزی در ســـال ۱۳۷۲ طی دســـتورالعملی به بانک‌ها اعلام کرده بود در صورت ارائه چک وعده‌دار، بانک از تأدیه چک خودداری کرده و گواهی عدم پرداخت صادر کند. این دستورالعمل با توجه به متن ماده ۳۱۳ قانون تجارت از سوی نویسندگان مغایر با قانون تشـــخیص داده شد (صقری، ۲/۱۳۸۰: ٥٤۲). آثار پذیرش یا عدم پذیرش چک وعده‌دار در تشـــخیص مبدأ مواعد اقدام دارنده نیز مؤثر است؛ در این زمینه طی چند نشســـت قضایی این پرسش بررسی شد که آیا در چک وعده‌دار، شروع موعد پانزده روز برای مراجعه به بانک (ماده ۳۱٥ قانون تجارت) از زمان صدور واقعی اســـت یا از تاریخ مندرج بر روی چک؟ هر یک از زمان‌های اعلامی مؤثر در ایجاد مســـؤولیت ظهرنویسان است. در این زمینه گفته شده است تغییرات قانون صدور چک و پذیرش وعده پرداخت در ماده ۳ مکرر مانع از آن اســـت که همچنان به ظاهرِ ماده ۳۱٥ قانون تجـــارت عمل و تاریخ صدور به عنوان مبدأ محاســـبه مهلت اعتراضِ عدم پرداخت شناخته شود (تدین،۱٤۰۱ :۱۱٥).

محال‌علیه چک نیز یکی از ارکان چک اســـت که در قانون تجارت محدودیتی بـــرای آن وجود ندارد، ولی ماده ۱ قانون صدور چک در تعیین اقســـام چک به بانک

بودن محال‌علیه موضوعیت داده اســت و مواد بعــدی قانون نیز با فرض بانک بودن محال‌علیــه، مقررات مربوطه را وضع کرده اســت؛ به همین جهــت برخی معتقدند دارندگان اسنادی که دستور پرداخت وجه خطاب به مؤسسات مالی غیر بانک هستند در حدود مقــررات مدنی می‌توانند اقامه دعوی کنند (اســکینی، ۱٤۰۰ :۲٥٤) نظریه مشــورتی شــماره ۷/۱۲۹٥ مورخ ۱۳۹۳/٦/٥ اداره کل حقوقی قوه قضاییه بر اساس همین عقیده اعلام کرده اســت:حواله‌های صادره از سوی مؤسسات مالی و اعتباری، وصف چک و آثار آن را ندارد؛ بلکه ســند ذمه‌ای عادی محسوب می‌شود و مقررات اســناد تجاری از جمله ظهرنویسی شامل آن نمی‌گردد. بر همین اساس ظهرنویسی و ضمانت در این اسناد تابع قانون تجارت نیست و آن را مطابق با قانون مدنی می‌دانند (بهرامــی، ۱۳۹۹ :۳۳٥). ضمانت چنین اســنادی در رویه قضایی متضمن نقل ذمه به ذمه ارزیابی و گفته شــده است فقط ضامن مســؤول پرداخت حواله به دارنده است؛ مگر این‌که تعهد و ضمیمه شدن ذمه ضامن به ذمه محال‌علیه شرط شود و ظهرنویس با صادر کننده مســؤولیت تضامنی ندارد (تدین، ۱٤۰۱: ٥٥). در برخی آراء مانند رأی شــماره ۹۹۰۹۹۷٤۱۱۱۳۰۱۰۳۰ مورخ ۱۳۹۹/۸/۱۲ شعبه ۱۳ دادگاه عمومی حقوقی تبریز، به‌رغم این‌که دادگاه سند موجود را دستور پرداخت دانسته و دال بر عقد حواله ندانسته، لیکن بر اســاس اوضاع و احوال قضیه و مستند به ماده ٤۰۳ قانون تجارت، مسؤولیت تضامنی ظهرنویسان با صادر کننده را احراز کرده و جهت احراز مسؤولیت تضامنی به مقررات برواتی اشاره‌ای ننموده است.

در مقابل، برخی نویسندگان معتقدند با توجه به اطلاق ماده ۳۱۰ قانون تجارت محال‌علیه چک می‌تواند هر شــخص حقیقی یا حقوقی باشــد و فقط چک مشمول قانون صدور چک، چکی است که محال‌علیه آن باید بانک باشد (عبدی‌پورفرد، ۱۳۹۸ :۲۱۳). در نظریه مشورتی شماره ۷/٤۲۹۹ مورخ ۱۳۷٥/۷/۱ اداره حقوقی قوه قضاییه نیز با همین رویکرد اعلام شــده است: «چون قانون صدور چک فقط شامل چک‌های صادره بر عهده بانک‌ها می‌شــود اوراقی که مؤسسه مالی و اعتباری بنیاد مستضعفان به شــکل چک در اختیار مشــتریان می‌گذارد مشمول آن قانون نیست و ممکن است حســب مورد مشــمول قانون تجارت یا قانون مدنی باشــد». به این ترتیب چکی که محال‌علیه آن بانک نباشد مشمول قانون تجارت است و شرایطی مانند تعقیب کیفری

و لازم‌الاجرایی فقط در مورد چک‌های مشـــمول قانون صـــدور چک صدق می‌کند (صقری، ۲/۱۳۸۰: ٤٩٦).

۲-۲. مقررات قانون تجارت در ارتباط با چک ثبت نشده

در شـــرایط فعلی بـــه مانند دیگر مغایرت‌های قانون تجـــارت و قانون صدور چک، نسخ یا عدم نسخ ضمنی قانون تجارت از حیث ارکان صدور چک محل بحث اســـت. در نظرات مشـــورتی اداره کل حقوقی قوه قضاییه به شماره ۷/۱۱۵٦ مورخ ۱٤۰۰/۱۰/۱۲ و شـــماره ۷/۱٤۷۸ مورخ ۱٤۰۱/۳/۲۵ به صراحت اعلام نشـــده که آیا قانون صدور چک قانون تجارت را نســـخ کرده است یا خیر، لیکن نتیجه نظرات یاد شـــده مفهومی غیر از پذیرش نســـخ ضمنی قانون تجارت در شرایط صدور چک را ندارد؛ چنانچه در نظریه ۷/۱۱۵٦ اعلام شـــده اســـت: «... از آن‌جا که سند مذکور به عنوان ســـند عادی و غیر تجاری محسوب می‌شود، وجه آن وفق مقررات قانون مدنی قابل مطالبه است و رسیدگی به چنین دعوایی برابر مقررات قانون مدنی با منع قانونی مواجه نیســـت». در تقویت این نظریه می‌توان به ماده ۲۰ قانون صدور چک[1] اشـــاره کرد که در مقام بیان بقای احکام ظهرنویسان چک مطابق با قانون تجارت است و لذا می‌تـــوان گفت هر گاه قانون‌گذار در قانون صدور چک قصد ارجاع به قانون تجارت را داشته به این امر تصریح کرده است و در مواردی که چنین تصریحی وجود ندارد، قانون‌گذار به مقررات جدید به شـــکل احترازی نظر داشـــته و موارد غیر شامل قانون صدور چک را به طور ضمنی نسخ کرده است.

دیدگاه فوق قابل انتقاد به نظر می‌رسد؛ زیرا چنین دیدگاهی به این مفهوم است که قانون‌گذار تعارض‌گوئی‌هایی داشـــته است؛ حال آن‌که در تعارض بین ادله احکام شـــرعی خصوصاً زمانی که ادله مزبور آیات یا روایات متواتر باشند، اولویت آن است که به جای تخییر یکی از ادله، با اماراتی ادله تأویل و هر دو حکم حفظ شود؛ بنابراین در چنین حالتی تعارضی وجود ندارد تا بگوییم ادله متعارضی را جمع می‌کنیم (آخوند خراســـانی،۲/۱۳۹۳: ٤٥٤-٤٥٥). عبارات مندرج در تبصـــره ۱ ماده ۲۱ قانون صدور چک تنها چک ثبت نشـــده را از شـــمول قانون صدور چک خارج نموده است و بیان قانون‌گذار صراحت در موضوع دارد و به مفهوم بقای مقررات قانون تجارت اســـت؛

---

۱. مسؤولیت مدنی پشت‌نویسان چک طبق قوانین و مقررات مربوط کماکان به قوت خود باقی است.

چنانچه برخی عنوان اصلاح قانون صدور چک را حاکی از پذیرش مبنا و چهارچوب قوانین قبلی دانسته‌اند (رحمانی و ترابی، ۱٤۰۰ :۹۷). بدیهی است زمانی که چک ثبت نشده از شمول قانون صدور چک خارج می‌شود، دارنده از تمام مزایای قانون یاد شده محروم اســت؛ از جمله این‌که بانک‌ها چنین چکی را کارســازی نمی‌کنند یا با فقدان محل، گواهی عدم پرداخت موضوع مــاده ٤ قانون صدور چک را صادر نمی‌نمایند، لیکن با وجود ارکان صدور چک قانون تجارت، چنین چکی مشــمول آن قانون است و در این صورت چک وعده‌دار یا چک مشــروط و مقید مغایر با مواد ۳۱۱ [۱] و ۳۱۳ [۲] قانون تجارت خواهد بود و از این حیث چک محســوب نخواهد شــد؛ زیرا مطابق با مقررات قانون تجارت چک نباید وعده داشــته باشــد و نباید وصف غیر تنجیزی داشته باشد، بلکه باید دستور پرداخت بدون قید و شرط و بدون وعده باشد و در این صورت آن چک مشــمول قانون تجارت خواهد بود. از آن‌جا که اکثر چک‌های ثبت نشده وعده‌دار می‌باشــند، در نتیجه از شمول قانون تجارت نیز خارج خواهند بود و چنین ســندی تنها به عنوان سند مدنی قابل ارزیابی است. البته این امکان وجود دارد که در رابطه با چک‌های وعده‌دار، نظریه چک با تاریخ صدور مؤخر را بپذیریم که در این صورت ایراد چک وعده‌دار مرتفع خواهد شد (اسکینی، :۲۳۹۱٤۰۰).

مســأله قابل طرح این است‌که بانک‌ها نســبت به چکی که ثبت نشده گواهی عــدم پرداخت صادر نمی‌کنند که به نظر این اقــدام آن‌ها قانونی و مطابق با تبصره ۱ ماده ۲۱ قانون صدور چک اســت؛ چون چک ثبت نشده مشمول قانون صدور چک نیســت. چگونه می‌توان تصور کرد چکی که صدور و انتقال آن ثبت نشــده است از سوی بانک‌ها شناســایی شود؟ بانک‌ها مکلف به رعایت قانون صدور چک می‌باشند و به صراحت مقرره یاد شــده، چکی که در ســامانه صیاد ثبت نشــده باشد مشمول مقررات قانون صدور چک نیســت و صــدور گواهی‌نامه عدم پرداخت که جایگاهی غیر از ماده ٤ قانون صدور چک ندارد، شــامل چک‌هایی که مشــمول قانون صدور چک نباشــد نخواهد شد؛ نمی‌توان از یک ســو قائل به این شد که چنین چک‌هایی مشــمول قانون صدور چک نیستند و از یک سو قائل به اجرای ماده ٤ آن قانون برای

۱. در چک باید محل و تاریخ صدور قید شــده و به امضای صادرکننده برســد. پرداخت وجه نباید وعده داشته باشد.
۲. وجه چک باید به محض ارائه کارسازی شود.

چنیـــن چک‌هایی بود؛ به ویژه آن که پیش‌بینی تشـــریفات ثبت صدور و انتقال چک در ســـامانه صیاد با هدف ایجاد نظم در نقل و انتقالات چک‌ها بوده اســـت و از این طریق صحت صدور و انتقال چک قابل رصد اســـت. جایگاه گواهی عدم پرداخت به گونه‌ای نیســـت که جایگزین منحصر اعتراض‌نامه شده باشد. ماده ۲۹۵ قانون تجارت هیچ سندی را جایگزین اعتراض‌نامه نمی‌داند و این مقرره در ماده ۳۱٤ قانون تجارت به چک تسری داده شده اســـت. به همین جهت تا پیش از صدور رأی وحدت رویه شماره ۵۳٦ مورخ ۱۳٦۹/۷/۱۰ دیوان عالی کشور، برخی محاکم صرف صدور گواهی عدم پرداخت را برای تجاری تلقی کردن چک کافی نمی‌دانستند و رأی وحدت رویه پیش‌گفتـــه، صدور گواهی عدم پرداخت در مواعد تعیین شـــده ماده ۳۱۵ را به منزله واخواســـت اعلام کرد؛ بنابراین با وجود فراگیری استفاده از روش صدور گواهی‌نامه عدم پرداخت، رأی وحدت رویه شماره ۵۳٦ دیوان عالی کشور دلالت بر این امر دارد که اصل امکان اعتراض که در خصوص برات و ســـفته مقدور اســـت نسبت به چک نیز ممکن اســـت؛ به ویژه اگر چک مشمول قانون صدور چک نبوده و مشمول قانون تجارت باشـــد. به این ترتیب باید این مســـأله را مطرح کرد که آیا می‌توان چک‌هایی که در ســـامانه صیاد ثبت نشده است را واخواست نمود و با رعایت مواعد و شرایط، چک موضوع قانون تجارت را از مزایای پیش‌بینی شـــده برای چک در قانون تجارت بهره‌مند دانســـت؟ ظاهراً در این زمینه مانعی وجود نـــدارد، ولی چنین چکی در هر صورت تابع قانون تجارت اســـت و اگر چک مزبور وعده‌دار یا مشـــروط یا تضمینی باشد از منظر قانون تجارت چک محسوب نمی‌شود. نتیجه قائل شدن به این ظاهر آن است که با واخواســـت چک، امکان استفاده از مزایای قانون تجارت برای چک ثبت نشـــده در سامانه صیاد فراهم می‌شود و مسؤولیت کلیه امضاء کنندگان چک بر اساس قانون تجارت تعیین می‌شـــود؛ نتیجه‌ای که از حیث اجرایی مطلوب نیست و موجب می‌شـــود دو نوع چک داشته باشیم: چک‌های مشمول قانون صدور چک و چک‌های مشـــمول قانون تجارت. به همین دلیل قانون‌گـــذار باید در این زمینه ورود کرده و به صراحـــت اعلام نماید آیا قانون صدور چک مخصص قانون تجارت اســـت یا خیر و نظام یکپارچه‌ای برای چک حاکم نماید.[۱]

۱. شاید در رابطه با ماده ۱ قانون صدور چک گفته شود، همان‌گونه که این ماده مقررات قانون صدور

۳. امکان‌سنجی الزام به ثبت صدور یا انتقال چک در سامانه صیاد

یکی از پرسش‌های اساسی در رابطه با چک‌های ثبت نشده این است که آیا می‌توان صادر کننده را به ثبت چک در سامانه صیاد الزام کرد. در فرض دیگر اگر شخصی چک ثبت شده‌ای را به نحو فیزیکی انتقال دهد ولی ظهرنویسی یعنی انتقال در سامانه صیاد را انجام ندهد، آیا می‌توان چنین شخصی را به ثبت انتقال در سامانه صیاد الزام کرد؟ برای پاسخ به این پرسش‌ها، باید چالش‌های موضوع را شناسایی کرد و با رفع آن‌ها به پاسخ لازم رسید. در مطالب پیش رو این چالش‌ها را بررسی می‌کنیم.

۱-۳. نمایندگی ضمنی جهت ثبت صدور یا انتقال

چکی که شرایط لازم را دارد و صرفاً ثبت آن صورت نگرفته یا انتقال آن ثبت نشده است، به محض ثبت صدور یا انتقال در سامانه صیاد شرایط لازم را خواهد داشت و نمی‌توان گفت چون عمل ثبت با صدور فیزیکی یا انتقال فیزیکی هم‌زمان نبوده است اعتباری ندارد. سؤال این است که در اسناد تجاری اگر سندی به شکل ناقص تسلیم شود، آیا دلالت بر وکالت در صدور یا انتقال به نمایندگی دارد. صدور اسناد تجاری امری تشریفاتی است و زمانی سند تجاری صادر می‌شود یا انتقال می‌یابد که شرایط سند تجاری تکمیل شود (کاویانی، ۱۳۹۲ :۵۲)؛ بنابراین اگر یکی از ارکان سند تجاری مانند تاریخ صدور وجود نداشته باشد آن سند تجاری محسوب نمی‌شود و نمی‌توان عقیده به تکمیل آن داشت و اساساً پس از تسلیم سند تجاری به دیگری، گیرنده سند دارنده محسوب می‌شود و نمی‌تواند در عین حال به آنچه دارنده است وکیل در تکمیل هم محسوب شود (اسکینی، ۱۴۰۰: ۵۹).

کنوانسیون‌های ژنو و آنسیترال به تفصیل قواعد صدور سند تجاری به وکالت را پیش‌بینی کرده است. هر چند ایران عضو هیچ یک از این کنوانسیون‌ها نشده، لیکن در قالب ماده ۳ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹ و به عنوان اصول حقوقی می‌توان به آن استناد کرد. با توجه به ماده ۲۲۷ قانون تجارت که صدور برات به نمایندگی را پذیرفته است و این‌که عدم درج

چک را محدود به چک‌های صادره عهده بانک‌ها نموده، قصد داشته است مقررات ناظر به چنین چک‌هایی را محدود کند و از مقررات مغایر احتراز داشته است، لیکن این استنباط یعنی احترازی بودن مقررات مغایر از تقسیم‌بندی چک‌ها برداشت نمی‌شود.

تمام مندرجات شکلی اسناد تجاری، ظهور در وکالت دارنده بلافصل دارد و مفاد مواد ۱۹ و تبصره ۲ ماده ۵ مکرر قانون صدور چک که از مصادیق صدور چک به نمایندگی است، امکان تکمیل چک به نمایندگی وجود دارد (عالی‌پناه و جوادیه، ۱۳۹۸: ۵۵۵ و ۵۵۷؛ نیک‌فرجام، ۱۳۹۲ :۱۹۹-۲۰۰). با توجه به این‌که تشریفات تکمیل سند تجاری ناقص با نظریه نمایندگی ظاهری امکان‌پذیر به نظر می‌رسد، این سؤال به ذهن مبتادر می‌شود که آیا می‌توان چک ثبت نشده را با تلقی تسلیم سند تجاری ناقص و نمایندگی ظاهری تکمیل کرد. در این زمینه باید نحوه رعایت تشریفات قانونی ثبت چک در مرحله صدور و انتقال را لحاظ کنیم که نوع اجرای ثبت موضوعیت دارد و بر خلاف چک کاغذی، سامانه صیاد در اختیار دارنده چک قرار نمی‌گیرد تا امکان ثبت صدور یا انتقال به نمایندگی ممکن باشد. البته کارکنان بانک‌ها به سامانه دسترسی دارند و امکان ثبت صدور و انتقال چک را دارند، ولی ایشان نیز به لحاظ نداشتن نمایندگی و اختیار قانونی نباید چنین اقدام کنند.

۲-۳. وجود تعهد به ثبت صدور یا انتقال چک

یکی از دعاوی مطرح و مرتبط با اصلاحات قانون صدور چک، الزام به ثبت صدور یا انتقال چک در سامانه صیاد است. از اداره حقوقی قوه قضاییه امکان صدور حکم به الزام صادرکننده به ثبت چک در سامانه صیاد سؤال شده که در پاسخ آمده است: «دارنده نمی‌تواند دعوای الزام صادرکننده به ثبت چک در سامانه صیاد را اقامه کند؛ زیرا اولاً، مستفاد از تبصره اصلاحی ماده ۲۱ مکرر (۱۴۰۰/۱/۲۹) قانون صدور چک، ثبت در سامانه صیاد از شرایط صدور چک است و لذا اگر در زمان صدور چک، در این سامانه ثبت نشده باشد، چک یادشده از شمول قانون صدور چک خارج است؛ ثانیاً، برابر تبصره اصلاحی یادشده، قید عبارت «صدور و پشت‌نویسی چک بدون درج در سامانه صیاد فاقد اعتبار است» در متن چک الزامی است و دارنده‌ای که به رغم قید این عبارت در چک و بدون رعایت این ترتیبات چک را پذیرفته است، عملاً خود را از مزایای قانونی محروم کرده است و لذا دعوای وی دائر بر الزام صادرکننده به ثبت چک در سامانه صیاد مسموع نیست». این نظریه واجد ایراد است؛ زیرا در شرایط واقعی اشخاصی که چک را به نحو ثبت نشده دریافت می‌کنند معمولاً با وعده صادر کننده و انتقال دهنده چک برای ثبت صدور یا انتقال در سامانه صیاد،

چک را دریافت کرده و قصد نادیده گرفتن ثبت چک در سامانه صیاد را نداشته‌اند. شعبه دوم دادگاه عمومی حقوقی یزد در دادنامه شماره ۱۴۰۱۱۳۳۹۰۰۰۰۴۹۹۴۳۱ مورخ ۱۴۰۱/۲/۳۱ در رابطه با خواسته الزام به ثبت چک، حکم به بطلان دعوا صادر و چنین استدلال کرده است: «چک وسیله پرداخت است و در الزامات قراردادی باید یک تعهد معتبر وجود داشته باشد تا متعاقب آن و تخلف متعهد از انجام تعهد قراردادی و در راستای اعمال ماده ۲۳۷ قانون مدنی بخواهیم خوانده را ملزم به انجام تعهد بنماییم که در ما نحن فیه خوانده مختار است وسیله پرداخت را چک، سفته، حواله و ... در نظر بگیرد و اگر خواهان مطالبه‌ای دارد می‌تواند از طریق طرح دعوی پیگیری نماید؛ لذا در راستای وصول بدهی الزامی به صدور سند تجاری وجود ندارد ... نهایتاً نمی‌توان اراده افراد را محدود کرد و از باب قانونی الزام و تکلیف به ثبت در سامانه نمود ...».

چند بحث حائز اهمیت در این زمینه وجود دارد که باید لحاظ شود: آیا تسلیم کننده چک ثبت نشده، تعهد ثبت صدور یا انتقال چک را بر عهده گرفته است؟ به نظر می‌رسد صرف الزام قانونی ثبت صدور یا انتقال چک در سامانه صیاد به منزله ایجاد تعهدی در رابطه خصوصی بین دارنده و صادرکننده چک برای ثبت چک در سامانه صیاد نیست؛ چه آن‌که ممکن است طرفین توافق کنند صدور یا انتقال چک در سامانه ثبت نشود. رأی شعبه دوم دادگاه عمومی حقوقی یزد به نوعی به این مسأله اشاره کرده است. حال اگر تسلیم کننده چکِ ثبت نشده در زمان تحویل چک اعلام کند که صدور یا انتقال چک را ثبت خواهم کرد و خواهان با ادله‌ای از جمله شهادت شهود وجود این تعهد را اثبات نماید، وضعیت چگونه خواهد بود؟ در این حالت منشأ تعهد قانون نیست، بلکه ارادی است. در این شرایط باید الزام‌پذیر بودن یا نبودن اجرای تعهد بررسی شود و دو مسأله تبیین شود: آیا ثبت چک در سامانه صیاد به عنوان عمل حقوقی است و تعهد به انجام عمل حقوقی الزام‌پذیر است؟ با توجه به شرایط شکلی اسناد، آیا می‌توان تعهد به تکمیل اسناد را با لحاظ تشریفاتی بودن صدور و انتقال اسناد پذیرفت؟ مثلاً اگر شخصی سفته‌ای متعلق به ثالث را به دیگری از طریق پست ارسال کند و ضمن ارسال آن در نامه متذکر شود که به محض حضور در محل دفتر کار گیرنده نامه، سفته را ظهرنویسی خواهد کرد، آیا الزام ارسال کننده سفته به

ظهرنویسی امکان‌پذیر است؟

به نظر می‌رسد همان‌گونه که قبلاً نیز گفته شد ثبت صدور و انتقال چک در سامانه صیاد بخشی از تشریفات عمل حقوقی صدور یا انتقال چک است که قانون‌گذار به آن موضوعیت داده است. تحقق عمل حقوقی به عنوان امور اعتباری نیازمند یک اراده معتبر برای ایجاد ماهیت اعتباری است. در رویه قضایی احکامی در خصوص الزام به تنظیم سند رسمی مال موضوع یکی از عقود معین یا نامعین و حتی الزام به اعطای وکالت وجود دارد و در صورت استنکاف محکوم‌علیه، نماینده دادگاه اسناد مزبور را امضاء می‌کند (شمس، ۲/۱۳۹۸: ۷۷۲؛ شفیعی، ۱٤۰۱ :۱٤۷ و ۱۵۰). این رویه نشان دهنده این موضوع است که قاعده «الحاکم ولی الممتنع» ناظر به امتناع از ایجاد عمل حقوقی هم می‌باشد؛ الزام زوج به طلاق همسر در صورت عدم پرداخت نفقه در نظرات فقها جاری است و چنانچه زوج استنکاف کند، حاکم به نمایندگی از زوج اقدام می‌نماید (نقیبی ،۱۳۹۳ :۱۸۱-۱۸۲). به نظر می‌رسد این رویکرد رویه قضایی با قانون مطابق است؛ چنانچه ماده ۲۰۷ قانون مدنی انشاء معامله به حکم مقامات صالحه را پذیرفته است و این رویکرد قانون نشان می‌دهد قاعده «الحاکم ولی الممتنع» منحصر به تعهد اجرای امور مادی نیست و ناظر به تعهد فعل حقوقی هم می‌شود به همین سبب اگر ثبت صدور و انتقال چک را از جنس اعمال حقوقی بدانیم نه اعمال مادی، الزام نمودن شخص متعهد به ثبت صدور یا انتقال چک در سامانه صیاد از این حیث مانع قانونی ندارد.

با وجود شرایط فوق، صدور و انتقال اسناد تجاری شرایط خاصی دارد که لحاظ این شرایط ضروری است. به عبارت دیگر در اسناد تجاری رعایت تشریفات شکلی باعث اعتبار آن اسناد می‌شود. در این حالت می‌توان این سؤال را مطرح کرد که اگر شخصی ضمن قرارداد برای بخشی از ثمن متعهد به صدور و تسلیم سند تجاری معینی با شرایط معین شود، آیا می‌توان وی را ملزم به صدور سند کرد و اگر وی از حکم تمکین ننماید، آیا حاکم می‌تواند به نیابت از وی سند را صادر کند؟ به نظر می‌رسد اصلی‌ترین مبنای قواعد اسناد تجاری، شکل‌گرایی به معنای اصالت شکل معین و واجد ضمانت اجرا است. همان‌گونه که صادر کننده و ظهرنویس در عمل صدور و ظهرنویسی محدود به شرایط شکلی معین هستند دادرس نیز در تفسیر

مقررات اسناد تجاری محدود به اشکال معین پیش‌بینی شده است. در حقیقت مقصود قانون‌گذار این بوده که اســناد تجاری به عنوان ابزار جایگزین پول واجد ویژگی‌های امنیت و ســرعت باشــد و این موضوع از رهگذر شکل‌گرایی در سند تجاری حاصل می‌شود (رمضانی آکردی و موسوی،۱٤۰۰: ۱۱۰-۱۱۱). با توجه به اهمیت شکل‌گرایی در سند تجاری و تشریفات مربوط، زمانی که از دید یک مقرره قانونی (قانون صدور چک) با عدم ثبت صدور یا انتقال چک در ســامانه صّاد، شاکله مورد نظر مقنن برای ورود سند به عالم اسناد تجاری تحقق نیافته است، الزام به ثبت قابلیت تصور و تحلیل منطقی نخواهد داشت.

در مقابل و در دفاع از حقوق دارنده چک ثبت نشده‌ای که به امید انجام تعهد از سوی صادر کننده یا انتقال دهنده چک ثبت نشده را دریافت کرده است می‌توان گفت تکمیل ارکان ســند تجاری موجب تحقق شکل مورد نظر مقنن با توجه به اقتضائات امر تجارت می‌باشــد و ثبت چک در سامانه صیاد از نتایج همان تعهد براتی است که با قبض و اقباض ســند به نحو ارادی کامل شده و گردش یافته است و الزام شخص منتقل کننده با ایرادی مواجه نیست. وانگهی تشریفات ثبت صدور و انتقال چک قابل مقایسه با اصل امضا چک نیست و به عنوان تشریفات تکمیل کننده چک برای شمول قانون صدور چک و امتیازات آن قانون اســت. با پذیرش این دیدگاه، دادگاه با توجه به شرایط مندرج در چک الزام صادر کننده یا انتقال دهنده را به صدور یا انتقال چک حکم می‌دهد؛ چرا که اطلاعات مندرج بر روی چک نمی‌تواند مغایر با اطلاعات ثبت شده باشد. با این ترتیب در ضمانت اجرای کیفری چکی که با حکم دادگاه ثبت شده اســت شــرایط وجود یا فقدان وصف کیفری چک صرف نظر از وضعیت ثبت چک در سامانه صیاد ارزیابی می‌شود؛ یعنی شرایط فیزیکی صدور چک معیار خواهد بود.

در برآینــد نظریات اعلامی، به نظر می‌رســد نظم حاکم بر اســناد تجاری و تشریفاتی بودن عملیات صدور و انتقال چک باعث می‌شود دخالت محاکم در تکمیل شرایط چک محدود باشد. اعتبار چک مانند دیگر اسناد برواتی قائم به شرایط شکلی و تشــریفاتیِ پیش‌بینی شده در قانون است؛ چنانچه شــکل صدور یا انتقال در اسناد تجاری شــرایط ویژه‌ای دارد و اگر قانون امضاء را موجب ظهرنویســی انتقال چک بدانــد، نمی‌توان این شــرایط را به نحو دیگری تأمین کــرد. قانون در مقام بیان برای

حالت فقدان ثبت در سامانه، تنها آن را از شمول قانون صدور چک خارج کرده است و نمی‌توان بر خلاف اراده قانون چنین شـــرایطی را از طریق قضایی ایجاد و انضباطی که قانون در نظر داشـــته اســـت را متزلزل کرد؛ چنانچه اگر نظر مخالف پذیرفته شود، ناهم‌گونـــی عجیبی نیز در نتیجه ایجاد خواهد شـــد و حکم الزام دادگاه در خصوص ثبت عملیات صدور یا انتقال چک باعث می‌شـــود حکم با تاخیر اجرا شود و چکی با تاریخ مقدم، شرایط قانون صدور چک را پیدا کند و با تاخیر منتهی به صدور گواهی عدم پرداخت شـــود. مثلاً اگر چکی برای تاریخ دوم اردیبهشت به نحو فیزیکی صادر و تســـلیم شود و در سامانه صیاد ثبت نشود، حکم احتمالی الزام به ثبت ممکن است بـــا فاصله زمانی بیش از یک ســـال از تاریخ صدور، صادر و قطعی شـــود و پس از اجـــرای حکم احتمالی، چک منتهی به گواهی عدم پرداخت گردد؛ در حالی که قانون با دیدگاهی که نســـبت به تشریفات اســـناد تجاری داشته است، برای اجرای تکالیف دارنده و امکان طرح دعوی و اســـتفاده از مزایای اسناد تجاری از مبدأ سررسید چک یا واخواست آن، مواعد خاصی را پیش‌بینی کرده است.

٤. مسؤولیت امضاء کنندگان چک ثبت نشده

امکان دارد شـــخص صادر کننده، چک را ثبت نکند و دارنده با ظهرنویســـی فیزیکـــی اقدام به انتقال چک نماید یا شـــخصی با امضای ظهـــر چک، از ظهرنویس یا صادرکننده چک ثبت نشـــده ضمانت نماید؛ در این حالت کدام یک از اشـــخاص مسؤول پرداخت محسوب می‌شود؟ شرایط دشوارتری نیز قابل تصور است؛ زمانی که چک در زمان صدور و انتقال توسط ایادی قبلی ثبت شده، ولی آخرین انتقال دهنده، انتقال چک به دارنده را ثبت نکند. پاســـخ به ایـــن ابهامات بیش و پیش از هر چیزی بســـتگی به مبنای مورد پذیرش نسبت به جایگاه ثبت صدور یا انتقال چک دارد؛ اگر دیدگاه چنین باشـــد که عدم ثبت صدور و انتقال چک، آن را به یک سند مدنی تبدیل می‌کند، قواعد حقوق مدنی باید بررسی شود. شعبه ۳۷ دادگاه عمومی حقوقی تبریز در دادنامه شـــماره ۱٤۰۰۳۰۳۹۰۰۰۸۳٦۰۰۰۷ مورخ ۱٤۰۰/۱۰/۲۲ در خصوص قضیه‌ای که صادرکننده، چک را ثبت کرده ولی انتقال دهنده چک را ثبت نکرده بود و خواهان بـــه عنوان دارنده نهایی علیه صادر کننده دعوای مطالبه وجه طرح کرده بود، به جهت عدم توجه دعوی به صادرکننده چک، نســـبت بـــه وی قرار رد دعوی صادر و چنین

استدلال کرد: «وظیفه ثبت چک در سامانه صیاد حسب مورد بر عهده صادر کننده (در مقام صدور) و یا دارنده (در مقام انتقال) می‌باشد. در مانحن فیه انتقال چک به خواهان توسط صادرکننده (خوانده) نبوده است و ید انتقال دهنده به ایشان، شخصی به هویت ن.ج می‌باشد؛ لذا تکلیفی در خصوص ثبت انتقال چک متوجه صادر کننده نیست و مطالبه صورت گرفته را نمی‌توان بر اساس مسؤولیت‌های خارج از قرارداد توصیف نمود؛ دوم: بدون ثبت انتقال در سامانه صیاد انتقال سند تجاری تحقق نیافته و به هیچ عنوان تعهد برواتی بر مبنای آن ایجاد نمی‌گردد، لذا صادر کننده(خوانده) فاقد تعهد برواتی در قبال دارنده فعلی (خواهان) می‌باشد؛ سوم، میان صادر کننده چک (خوانده) و دارنده فعلی (خواهان) هیچ رابطه قراردادی پایه‌ای وجود ندارد که دارنده بر مبنای آن اقدام به طرح دعوای مدنی و مطالبه وجه از این منظر نماید». در دادنامه شماره ۱۴۰۲۳۰۳۹۰۰۰۱۳۸۲۴۸۸مورخ ۱۴۰۲/۲/۲۴شعبه ۴۲ دادگاه عمومی حقوقی تبریز، دادگاه با استدلال‌های مشابه، دعوای خواهان به طرفیت صادرکننده را به سبب عدم توجه نپذیرفته است و به جهت وجود رابطه بلافصل بین انتقال دهنده و دارنده چک و وجود تعهد پایه‌ای، انتقال دهنده را به پرداخت وجه چک محکوم نموده است. نظرات ابرازی توسط قضات با نظرات مشورتی اداره کل حقوقی قوه قضاییه که پیش‌تر بیان شد مطابقت دارد. یکی از مباحث قابل توجه در این شرایط، انتقال یا عدم انتقال طلب است؛ برخی در فرض اخیر معتقدند انتقال چک تابع قواعد حاکم بر انتقال طلب است که به موجب آن دارنده تنها حق رجوع به صادرکننده (مدیون اصلی) را دارد و نه به اشخاصی که به ترتیب چک به آن‌ها منتقل شده و آن را انتقال داده‌اند (اسکینی، ۱۴۰۰: ۲۸۴).

در آراء پیش‌گفته، زمانی که صادرکننده چک را به فردی انتقال می‌دهد و انتقال‌گیرنده چک را بدون ثبت انتقال به دارنده نهائی ارائه می‌دهد، تبدیل تعهد و انتقال طلب پذیرفته نشده است. در تأیید این دیدگاه می‌توان گفت تبدیل تعهد نیاز به توافق طرفین دارد یعنی طرفین مربوط به رابطه قراردادی پایه، خواسته باشند تعهد سابق را اسقاط و تعهد جدیدی به اعتبار تغییر متعهد ایجاد نمایند. در صورت تردید، اصل عدم وقوع تبدیل تعهد است (عدل، ۱۳۸۹: ۱۶۹)؛ هر چند از منظر حقوق‌دانان، تعهد به عنوان مالی با ارزش قابل داد و ستد است و نباید اثر آن به رابطه طلبکار و

بدهکار محدود باشد و طلب به عنوان حقوق مالی، صرف نظر از قالب‌های ماده ۲۹۲ قانون مدنی قابل[1] انتقال اســـت (کاتوزیان، ۱۳۸٦: ۲۵۲ و ۲۸۹)، لیکن در حالت انتقال طلـــب نیز طرفین باید انتقال طلب را قصد کرده باشـــند؛ به همین جهت در تعهدات پولی چنانچه چک تســـلیم متعهدله شـــود، صرف پذیرش چک به مفهوم تبدیل تعهد تلقی نشـــده؛ زیرا چک وسیله پرداخت دین اســـت و متعهدله چنانچه از طریق چک طلب خود را وصول ننماید می‌تواند از طریق تعهد پایه مطالبات خود را پیگیری کند (کاتوزیان، ۱۳۸٤: ۲۵٤). به نظر می‌رســـد نتیجه آراء این محاکم صحیح اســـت؛ زیرا چک به عنوان یک وســـیله پرداخت شناخته می‌شود و زمانی که این وسیله پرداخت واجد شـــرایط لازم برای ایفای تعهد نباشد، ابزار پرداخت و ایفای تعهد نخواهد بود، ولی کارکرد دیگری برای چنین چکی قابل تصور اســـت؛ چنین سندی به جای این‌که وســـیله پرداخت باشـــد، به عنوان دلیل وجود مدیونیت انتقال دهنده خواهد بود. به عبـــارت دیگر وجود چک در اختیار دارنده نهایی، دلیلی اســـت بر وجود روابط مالی بین شخص انتقال دهنده چک و دارنده نهایی.

در مقابل دیدگاه فوق، در برخی آرای صادره، ثبت صدور و انتقال چک شرط شـــمول چک نسبت به مقررات قانون صدور چک تلقی شده و چک ثبت نشده‌ای که منتهی به صدور گواهی عدم پرداخت نشـــده اســـت را به مثابه سفته واخواست نشده دانســـته و ضامن و صادرکننده چک را مطابق با رأی وحدت رویه شماره ۵۹۷ مورخ ۱۳۷٤/۲/۱۲ هیأت عمومی دیوان عالی کشـــور به طور تضامنی و به استناد ماده ۲٤۹ قانون تجارت به پرداخت مبلغ چک و خســـارت تأخیر تأدیه محکوم نموده اســـت.[2] اداره کل حقوقی قوه قضاییه در نظریه شـــماره ۷/۲٦۱ مـــورخ ۱٤۰۲/٦/٤ مؤید این دیدگاه اســـت: «قانون اصلاح قانون صدور چک در مقام تغییر اساســـی در مقررات قانون تجارت و اصول حاکم بر اســـناد تجاری نمی‌باشد و صرفاً شیوه انتقال چک را جایگزین شـــیوه انتقال در قانون تجارت مصوب ۱۳۱۱ نموده است. به موجب تبصره ۱ ماده ۲۱ مکرر قانون یاد شـــده، ثبت انتقال در ســـامانه صیاد جایگزین پشت‌نویسی

۱. از مهم‌ترین آثار تبدیل تعهد اســـقاط تعهد سابق و ایجاد تعهد جدید است و تضمینات تعهد قبلی نیز ساقط می‌شود، ولی در انتقال طلب چنین حالتی یعنی اسقاط تعهد قبلی و ایجاد تعهد جدید و از بین رفتن تضمینات دین سابق به مانند حالت تبدیل تعهد نیست که طرفین آن را قصد نمایند.
۲. رای شماره ۱٤۰۲۳۰۳۹۰۰۰۳٦۰٤۲۲۹مورخ ۱٤۰۲/٤/۲۷ شعبه ٤۳ دادگاه عمومی حقوقی تبریز.

چک خواهد شـــد. بر این اســـاس، صرفاً پشت‌نویسی که به طریق مقرر در این قانون انجام شود، معتبر اســـت و صادرکننده و ظهرنویسان که نام آنان به عنوان صادرکننده و ظهرنویس در ســـامانه صیاد ثبت شـــده است، وفق ماده ۲۴۹ قانون تجارت مصوب ۱۳۱۱ در برابر دارنده مسؤولیت تضامنی دارند».

در جمع بندی مطالب اعلام شـــده باید گفت چکی که در ســـامانه ثبت نشده و منتهی به گواهی عدم پرداخت یا واخواســـت نشـــده است را نمی‌توان واجد تعهد برواتی دانست. اگر ســـند تجاری شرایط لازم را نداشته باشد، تعهدات برواتی منتفی است؛ هر چند از حیث قواعد مسؤولیت مدنی یا مسؤولیت قراردادی مسؤولیت امضاء کنندگان اســـناد قابل بررسی است. مثلاً ضامنی که با امضای ظهر چک از صادر کننده ضمانت نموده اســـت بر اســـاس ماده ۲۴۹ قانون تجارت یا رای وحدت رویه شماره ۵۹۷ مسؤول نیست و با شرایط قراردادی حاکم و توافق موجود که با ماده ۴۰۳ قانون تجارت تناسب دارد، مسؤولیت تضامنی دارد.

چکی که در سامانه صیاد ثبت نشده، مشمول هیچ یک از مقررات قانون صدور چک نخواهـــد بود. در دادنامه شـــماره ۱۴۰۲۳۰۳۹۰۰۰۵۷۴۴۹۵۶مورخ ۱۴۰۲/۶/۲۸ شعبه ۴۴ دادگاه عمومی حقوقی تبریز چکی که به این نحو از سوی مدیرعامل شرکت صادر شـــده و ثبت نگردیده مشـــمول ماده ۱۹ قانون صدور چک تلقی نشده است و در استدلال دادنامه چنین آمده است: «مسؤولیت تضامنی خلاف اصل و نیازمند حکم خاص است و نمی‌توان قائل به نظریه نمایندگی افشا نشده در ایجاد تعهدات بود؛ لذا دعوی صرفاً نسبت به شرکت مربوطه که دارای رابطه حقوقی با خواهان دعوی است وارد می‌باشد».

۵. تعارض بین مندرجات روی چک و مندرجات ثبت شده در سامانه صیاد

از مـــوارد دیگری که قانون‌گذار مشـــکلات آن را پیش‌بینی نکرده و تغییرات جدید قانون صدور چک، مخاطب را با چالش مواجه می‌نماید، وضعیتی است که بین اطلاعات مندرج بر روی چک و اطلاعات ثبت شـــده در سامانه صیاد مغایرت وجود دارد. در این حالت چک در ســـامانه ثبت شده است، ولی اطلاعات آن مغایر با چک اســـت و این‌که چنین چکی مشمول قانون صدور چک می‌شود یا خیر؛ و کدام یک از اطلاعات مغایر مطمح نظر محاکم قرار می‌گیرد، ابهام قابل توجهی است و شایسته بود

قانون‌گذار به مانند مـــاده ۲۲۵ قانون تجارت که تعارض مندرجات حروفی و عددی اسناد تجاری است، حکم قضیه را بیان می‌نمود.

در دادنامه شـــماره ۱٤۰۲۰۱۳۹۰۰۰۲۸۸۰۹۰۷ مورخ ۱٤۰۲/۵/۱۳ شـــعبه سوم دادگاه عمومـــی بخش طالقان، دارنده چک به بانک مراجعه نموده و بانک با توجه به مندرجات در سامانه صیاد و بدون توجه به مغایرت تاریخ ثبت شده در سامانه با تاریخ روی چک، گواهی‌نامه عدم پرداخت صادر کرده است، دادگاه چک مزبور را مشمول قانون صدور چک دانسته و به همین سبب خسارت تأخیر تأدیه را از تاریخ سررسید و به استناد رای وحدت رویه ۸۱۲ مورخ ۱٤۰۰/٤/۱ دیوان عالی کشور، مورد حکم قرار داده و در تشخیص تاریخ سررسید چک، تاریخ مندرج در سامانه را معتبر اعلام کرده و چنین استدلال نموده اســـت: «در زمان صدور چک و ثبت اطلاعات آن در سامانه، تاریخ ۱٤۰۱/۵/۳۱ به عنوان تاریخ سررسید قید شده و این تاریخ در زمان ثبت چک، مورد اعتراض دارنده (خواهان) واقع نگردیده است؛ بنابراین ثبت تاریخ ۱٤۰۲/۵/۳۱ در ســـامانه به منزله توافـــق مؤخر و نهایی صادرکننده و دارنـــده در خصوص تاریخ سررسید چک بوده ...». در مقابل این استدلال می‌توان گفت تأیید و دریافت چک در ســـامانه صیاد به این مفهوم نیســـت که عملی دو طرفه نسبت به چک در سامانه صیاد انجام شـــده و به عنوان توافق مؤخر قابل استناد است؛ چنانچه در بخشنامه‌های بانک مرکزی از جمله بخشنامه «الزامات و تکالیف ناظر بر قانون جدید صدور چک» به این مرحله اشـــاره‌ای نشده است و قانون صدور چک نیز صرفاً عمل ثبت صدور و انتقال چک را پیش‌بینی کرده است و عمل دریافت و تأیید که توسط دارنده در سامانه صیاد رخ می‌دهد متناظر با تســـلیم فیزیکی چک در عالم واقع و به مفهوم تأیید تسلیم چک است. حکم تبصره ۱ ماده ۲۱ مکرر در خصوص تشخیص مندرجات چک بر اساس اطلاعات ثبت شـــده، ناظر به تکالیف بانک‌ها می‌باشد؛ وانگهی تکلیف ثبت چک در ســـامانه صیاد به مفهوم ثبت اطلاعات مندرجات در چک در سامانه است و اطلاعات مغایر با مندرجات فیزیکی چک قابل ترتیب اثر نیســـت. به عبارت دیگر فرض قانون چنین اســـت که اطلاعات روی چک در سامانه ثبت شده است نه اطلاعات مغایر. در دادنامه شماره ۱٤۰۲۳۰۳۹۰۰۰۵۷۸٤۷۸۱ مورخ ۱٤۰۲/٦/۲۹ شعبه ٤۳ دادگاه عمومی حقوقی تبریز با این اســـتدلال، تاریخ مندرج بر روی چک معتبر تلقی شـــده است. با

توجه به فقدان مقرره قانونی در قانون صدور چک، مناسب است که بانک مرکزی در خصوص مواجهه بانک‌ها با چنین چک‌هایی، بخشنامه‌های روشنی صادر کند تا حداقل بانک‌ها در خصوص صدور یا عدم صدور گواهی‌نامه عدم پرداخت تفاوت رویه‌ای نداشته باشند.[1]

٦. ضمانت اجرای کیفری چک‌های ثبت نشده

برخی بر این عقیده‌اند که چون در ماده ۳ قانون صدور چک (اصلاحی سال ۱۳۸۲) کلمات «از قبیل» و «امثال آن» استفاده شده، صدور چک پرداخت نشدنی با هر شرایطی جرم‌انگاری شده و رکن مادی این جرم می‌تواند شامل چک امضاء نشده هم باشد (میرمحمد صادقی، ۱۳۸۷ :۳٦۰) در مقابل گفته شده است که با توجه به مندرجات صدر ماده ۷ قانون صدور چک، تنها صدور چک بلامحل دارای مجازات است و اساساً چک‌هایی که به دلیل عدم صدور صحیح وصول نمی‌شوند فاقد مجازات قانونی می‌باشند (عابدی، ۱٤۰۱: ۲۸). اداره کل حقوقی قوه قضاییه طبق نظریه مشورتی ۷/۸۵۷ مورخ ۱٤۰۰/۱۱/۱۸، صدور چک ثبت نشده را فاقد ضمانت اجرای کیفری دانسته است و همین دیدگاه در برخی موارد تأیید و مورد انتقاد واقع شده است (دشتبانی روزبهانی و اصغری، ۱٤۰۰: ۸۳). به نظر می‌رسد با صراحت تبصره ۱ ماده ۲۱ مکرر قانون صدور چک و اعلام این موضوع که چک ثبت نشده از شمول قانون صدور چک خارج است، نمی‌توان مقررات کیفری صدور چک بلامحل را نسبت به چنین چک‌هایی تصور کرد؛ صرف نظر از این‌که ممکن است در شرایطی این چک وسیله ارتکاب جرم دیگری باشد.

---

۱. دیوان عدالت اداری طی دادنامه شماره ۹۹۰۹۹۷۰۹۰٦۰۱۰۱٥٤ بر مبنای ماده ۱۰ قانون پول و بانکی کشور، بانک مرکزی را مسؤول تنظیم و اجرای سیاست‌های پولی و اعتباری دانسته و بخشنامه شماره ٤۸٥/٥/۲/۱۰۰۰/۲۲ در خصوص لزوم درج کد رهگیری بر روی گواهی‌نامه عدم پرداخت چک‌های قدیمی را ابطال نکرده است.

برآمد

۱- به دلیل کاربرد وسیع چک در جامعه و مشکلات اقتصادی و اجتماعی این وسیله پرداخت، قانون‌گذار توجه خاصی به اصلاح رویه موجود جهت رفع مشکلات یاد شـــده داشته است و از این رو تغییرات و اصلاحات قانون صدور چک در فواصل زمانی اندکی صورت گرفته است. برخی از این تغییرات با بررسی آثار عملی آن‌ها رخ نداده و مشکلات عدیده‌ای به وجود آورده است.

۲- در اصلاحات اخیر قانون صدور چک، ثبت صدور و انتقال چک در سامانه صیاد الزامی شـــده اســـت، ولی جایگاه این الزام قانونی پیش‌بینی نگردیده است. عدم تبیین جایگاه این الزام قانونی، در تعیین ضمانت اجرای عدم ثبت در ســـامانه صیاد و مسؤولان سند یاد شده مؤثر است. رویه قضایی در مواجهه با چالش‌های مرتبط رویه واحدی ندارد و حل این معضل مســـتلزم ورود قانون‌گذار یا دیوان عالی کشور برای رفع اختلافات حاضر است.

۳- مطابـــق با عبارات تبصره ۱ ماده ماده ۲۱ مکرر قانون صدور چک و نظر به طرح اولیه مجلس برای اصلاح قانون صدور چک، به نظر می‌رسد الزام ثبت و انتقال چک در ســـامانه صیاد از ارکان صدور و انتقال چک نیســـت، بلکه شرط شمول چک نســـبت به قانون صدور چک اســـت و با عدم ثبت چک و وجود ارکان چک موضوع قانون تجارت، چک مشـــمول مقررات قانون تجارت است؛ از این رو وعده‌دار نبودن، مشروط و مقید نبودن چک هم از شرایط اساسی شمول چک نسبت به قانون تجارت خواهد بود. مســـؤولان چک نیز بر اساس ضوابط قانون تجارت تعیین خواهد شد و اگر چک از شمول قانون تجارت و قانون صدور چک خارج باشد، صدور و انتقال آن از حیث مقررات مدنی قابل بررسی است و چون چک وسیله پرداخت است، صدور و انتقال آن لزوماً به منزله تبدیل تعهد یا حتی انتقال طلب نیست و تعهد پایه فیمابین طرفین همچنان منشـــأ تعهد خواهد بود. به عنوان مثال، اگر شخصی چک ثبت نشده وعده‌داری را در قبال خرید کالا به دیگری انتقال دهد و ظهرنویســـی کند، مسؤولیت تضامنی صادرکننده و انتقال دهنده منتفی است؛ زیرا چک مشمول قانون صدور چک و قانون تجارت نیســـت و چنین چکی، سند مدنی محسوب می‌شود و با تحلیل قصد طرفین اگر انتقال طلب رخ داده باشـــد دارنده تنها حق مراجعه به صادر کننده را دارد

و در غیر این صورت، حق مراجعه به انتقال دهنده را خواهد داشت.

٤- تعارض در مندرجات چک و مندرجات ســامانه صیاد جنبه دیگری است که قانون‌گذار از تعیین وضعیت آن غافل بوده و در شــرایط حاضر و به این جهت که ثبت اطلاعات در ســامانه از حیث اولویت جایگاه نظارتی و بانکی دارد، لذا اطلاعات مندرج بر روی چک در قیاس با اطلاعات مندرج در سامانه اعتبار دارد.

۵- چک ثبت نشده مشمول چک پرداخت نشدنی دارای ضمانت اجرای بخش اخیر ماده ۳ قانون صدور چک نیســت؛ زیرا به طور کلی از شمول قانون صدور چک خارج است.

فهرست منابع

* اســـکینی، ربیعا (۱٤۰۰)، **حقوق تجارت (برات، سفته، قبض انبار، اسناد در وجه حامل و چک)**، چاپ سی‌ام، تهران: سمت.

* اســـکینی، ربیعا و یمرلی، صالح (۱٤۰۰)، «**نوآوری‌های قانون اصلاح صدور چک مصـــوب ۱۳۹۷، گامی به پس یا گامی به پیش؟**»، مجله پژوهش‌های حقوقی، دوره ۲۰، شماره ٤٦.

* اکبری دهنو، میثم و اسکینی، ربیعا و حاجیان، هانی (۱٤۰۱)، «**تحلیل حقوقی ماده ۲۳ قانـــون اصلاحی قانون صدور چک**»، مطالعات تطبیقی حقوق معاصر، دوره ۱۳، شماره ۲٦.

* امام‌وردی، محمدحســـن (۱۳۹٤)، «**ماهیت‌شناســـی مدنی صدور چک عادی در حقوق ایران**»، آموزه‌های فقه مدنی، دوره ۷، شماره ۱۲.

* آخوند خراســـانی، محمدکاظم (۱۳۹۳)، **کفایه الاصول**، جلد دوم، چاپ نخست، قم: دارالفکر.

* بهرامی، بهرام (۱۳۹۹)، **حقوق تجارت کاربردی**، چاپ ششم، تهران: نگاه بیّنه.

* تدیـــن، علی‌اصغر (۱٤۰۱)، **دعاوی اســـناد تجاری**، چـــاپ دوم، تهران: اداره کل آموزش قوه قضاییه.

* دشـــتبانی روزبهانی، محمد و اصغری، عبدالرضا (۱٤۰۰)، «**پیشـــگیری از جرائم مرتبط با چک در قانون اصلاحی ۱۳۹۷**»، آموزه‌های فقه مدنی، دوره ۱۸، شماره ۲۱.

* دمرچیلی، محمد و حاتمی، علی و قرائی، محســـن (۱۳۸٤)، **قانون تجارت در نظم حقوقی کنونی**، چاپ پنجم، تهران: میثاق عدالت.

* رحمانی، حســـین و ترابـــی، ناصـــر (۱٤۰۰)، «**واکاوی نوآوری‌های جدید قانون صدور چک، چالش‌ها و آثار آن**»، مجله پژوهش و مطالعات علوم اسلامی، دوره ۳، شماره ۳۲.

* رمضانی آکردی، حبیب و موسوی سید امیر حسام (۱٤۰۰)، «**نقش تقنینی و تفسیری شکل‌گرایی در اسناد تجاری**»، مطالعات حقوقی، دوره ۱۳، شماره ٤.

* ســـاردوئی نســـب، محمد و طاهـــری، احد (۱۳۹۲)، **چـــک الکترونیکی، حقوق خصوصی**، دوم ۱۰، شماره ۱.

* شفیعی، حسین (۱٤۰۱)، **اجرای احکام مدنی**، چاپ ششم، قم: حقوق پویا.
* شمس، عبدالله (۱۳۹۸)، **اجرای احکام مدنی**، جلد دوم، چاپ سوم، تهران: دراک.
* صقری، محمد (۱۳۸۰)، **حقوق بازرگانی اسناد**، جلد دوم، چاپ نخست، تهران: شرکت سهامی انتشار.
* عابدی، احمدرضا (۱٤۰۱)، **نگرشی کاربردی به چک**، چاپ پنجم، تهران: اداره کل آموزش قوه قضاییه.
* عالی‌پناه، علیرضا و جوادیه، علی (۱۳۹۸)، «**اثر نظریه نمایندگی در صدور سند تجارتی بر تعیین تاریخ چک و لوازم آن با نگاهی به کنوانسیون ژنو در باره چک**»، پژوهش‌نامه حقوق اسلامی، دوره ۲۰، شماره ۲.
* عامری، پرویز و طالب‌احمدی، حبیب (۱۳۸۲)، «**مسؤولیت ظهرنویس در چک وعده‌دار**»، پژوهش‌های حقوق تطبیقی، دوره ۷، شماره ٤.
* عبدی پورفرد، ابراهیم (۱۳۹۸)، **حقوق تجارت**، جلد سوم، چاپ ششم، تهران: مجد.
* عبدی پورفرد، ابراهیم (۱٤۰۱)، «**چالش‌های حقوقی قانون صدور چک**»، حقوق اسلامی، دوره ۱۹، شماره ۷۲.
* عدل، منصور (۱۳۸۹)، **حقوق مدنی**، چاپ نخست، تهران: خرسندی.
* علی‌میرزائی، اقبال (۱۳۹۵)، «**قواعد و شرایط نسخ احکام شرعی و قوانین موضوعه**»، فقه وحقوق اسلامی، دوره ۷، شماره ۱۳.
* فتوحی راد، علی (۱۳۹۹)، «**تحلیل کارکرد چک و حقوق دارنده چک بابت تضمین**»، مطالعات حقوقی، دوره ۱۲، شماره ۲.
* کاتوزیان، ناصر (۱۳۸٤)، **قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی**، چاپ دوازدهم، تهران: میزان.
* کاتوزیان، ناصر (۱۳۸٦)، **نظریه عمومی تعهدات**، چاپ چهارم، تهران: میزان.
* کاویانی، کوروش (۱۳۹۲)، **حقوق اسناد تجاری**، چاپ پنجم، تهران: میزان.
* مسعودی تفرشی، بابک (۱۳۸۱)، «**مقررات چک در قانون تجارت مصر**»، پژوهش‌های حقوقی، شماره ۲.
* میرمحمدصادقی، حسین (۱۳۸۷)، **جرائم علیه اموال و مالکیت**، چاپ بیست و

یکم، تهران: میزان.
* نقیبی، سیدابوالقاسم (۱۳۹۳)، «**بررسی قاعده قضایی الحاکم ولی الممتنع و کاربرد آن در حقوق خانواده**»، دیدگاه‌های حقوق قضایی، دوره ۱۹، شماره ٦٦.
* نیک‌فرجام، کمال (۱۳۹۲)، «**مطالعه تطبیقی نمایندگی در امضای اسناد تجاری**»، دیدگاه‌های حقوق قضایی، دوره ۱۸، شماره ٦۲.

مجله حقوقی دادگستری

مقاله پژوهشی/ دوره ۸۸/ شماره ۱۲۷/ صفحات: ۶۲-۳۵
تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۴/۱۲ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۱۱/۰۱

تحلیل انتقادی رأی وحدت رویه شماره ۸۰۵ هیأت عمومی دیوان عالی کشور

مصطفی کربلائی آقازاده[1]

چکیده

مبتنی بر اطلاق ماده ۲۳۰ قانون مدنی و قسمت اخیر ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹، در رأی وحدت رویه شماره ۸۰۵ مورخ ۱۶ دی ۱۳۹۹ تصریح شده است که اشخاص می‌توانند بیشتر از «کاهش قدرت خرید پول» و بر «منفعت پولی» توافق کنند. پول در مفهوم امروزی نه مال خصوصی، بلکه مال عمومی محسوب می‌شود که وسیله مبادله و ذخیره عمومی ارزش کالا و خدمات است و سند بدهی بانک‌ها و دولت‌ها است؛ مفاد رأی وحدت رویه شماره ۸۰۵ از این جهت که اشخاص خصوصی بتوانند افزون بر «کاهش قدرت خرید پول» در ازای «هیچ» و بر «منفعت پول» با وجود غیر قابل مطالبه بودن آن مطابق تبصره ۲ ماده ۵۱۵ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی، دست به توافق بزنند، مغایر با قاعده پولی است.

در این مقاله بر اساس اصل لزوم یگانگی مورد دین با مورد تسلیم و این‌که «منفعت طبیعی پول» امری مجزا از «کاهش قدرت خرید پول» است و جملگی آن‌ها متفاوت از «ربا» هستند، اثبات می‌شود که جبران «کاهش قدرت خرید پول» و «بهره طبیعی پول» از دلالت‌های پول‌های امروزی محسوب می‌شود؛ اما این‌که طرفین بتوانند افزون بر آن‌ها توافق کنند، امری مغایر با نظم عمومی است؛ زیرا به دخالت در سند بدهی دولت‌ها و بانک‌ها منتهی می‌شود؛ بنابراین لازم است هیأت عمومی دیوان عالی کشور نظر به آثار تورمی آن، در رأیی جدید دست به اصلاح آن بزنند.

واژگان کلیدی: پول، خلق پول، ربا، عدم‌النفع پول، قدرت خرید پول، منفعت طبیعی پول.

---

۱. دکتری حقوق خصوصی دانشگاه مفید، قم، ایران
mkaghazadeh64@gmail.com

درآمد

بعـــد از این‌که به موجب اعمال و وقایع حقوقی «دین» بر ذمه مدیون مســـتقر شـــد، انتظار دائن از مدیون آن اســـت که مال وی را به او تســـلیم کنـــد، اما محتمل اســـت که مدیون بنا به دلایلی از تســـلیم دینی که بر ذمهٔ وی مستقر شده است، امتناع کند. نظام‌های حقوقی در خصوص اینکه نقض تکلیف ناشـــی از عدم پرداخت دین نباید بدون ضمانت اجرا بماند اتفاق نظر دارند و حســـب مورد شـــیوه‌هایی همچون اجرای تسلیم عین دین یا جبران خسارت را بنابر مبنای منتخب در ضمانت اجراهای نقض برمی‌گزینند. حســـب مبنای برگزیده، مادام که به کارگیری یکی از این ضمانت اجراها تغایری با دیگری نداشـــته باشند، این ضمانت اجراهای نقض با هم قابل جمع بوده، تنها در صورت تغایر با یکدیگر، شـــیوه‌های جبران نقض در طول یکدیگر قرار می‌گیرند (امینی و پیری، ۱٤۰۰: ۱۳٦).

از جمله اموالی که در اثر موجبات حقوقی بر ذمه مدیون قرار می‌گیرد، «دیون پولی» اســـت. همانند دیگر اموال که ممکن اســـت مدیون از تسلیم دین امتناع نماید، این احتمال در دیون پولی هم وجود دارد که مدیون از انجام تکلیف ناشی از آن نظیر تســـلیم دین امتناع کند. مسأله از این نقطه آغاز می‌شود، پول که ذخیره عمومی ارزش کالاها و خدمات است، آیا تفاوتی با دیگر دیون یا اموال دارد که مقنن ضمانت اجرای متفاوت با دیگر دیـــون را بر آن برگزیند (کاتوزیـــان، ٤/۱۳۸۰: ۲٦٤). توضیح این‌که ضمانت اجراهای نقض، قواعد حاکم بر رفتار اشخاص در اجتماع را تعریف می‌کنند. بر مبنای این‌که «مورد» دین چیســـت، ضمانت اجراهای نقض بر اساس مبانی، منابع و روش فهم شـــکل می‌گیرند. بر اساس این دیدگاه که پول در حکم «کالا و خدمات» اســـت و هیچ تفاوت و تغایری با دیگر دیون ندارد، از همان شـــیوه‌های نقض که در دیگر دیون مالی اســـتفاده می‌شود، در این‌باره هم کاربرد دارد و به کارگیری واژه‌هایی همچون خســـارت تأخیـــر تأدیه در آن، نه به دلیل این‌کـــه ضمانت اجرای متفاوت و متغایری با دیگر دیون شکل گرفته، بلکه تنها یکی از حوزه‌های تخصصی دیون است که به جهت اهمیت برجســـته شده است، اما مطابق آن دیدگاه که پول ماهیتی متفاوت با دیگر موارد دین دارد، ســـنخ جدیدی از روابط حقوقی در این باره ایجاد می‌شـــود که مبانی، منابع و روش فهم آن متفاوت است و ضمانت اجرای نقض آن نیز با دیگر

دیون تفاوت دارد.

ضمانت اجراهای نقض دین در یک تقسیم‌بندی کلی به دو قسم «تسلیم عین دین» و «جبران خسارت» تقسیم می‌شود. این جبران خسارت نیز به «خسارت جایگزین اجرا» و «خسارت تأخیر در تسلیم دین» قابل قسمت است. از آن‌جا که در دیون پولی، پرداخت پول و نه بدل از آن، تسلیم عین دین است، از این رو به طور معمول در دیون پولی، خسارتِ جایگزین اجرا معنا ندارد، بلکه به عکس آن، «خسارت تأخیر در تسلیم دین» است که در آن شایع و متعارف است که بر اساس آن در نظام حقوقی عنوان «خسارت تأخیر تادیه» شکل می‌گیرد (همان: ۲۶۳)؛ خسارتی که با اصل دین مخلوط نمی‌شود، ولی با آن قابل جمع است.

اما این‌که ماهیت پول اقتضا می‌کند با قواعدی متفاوت با ضمانت اجرای نقض با آن رفتار شود، پرسشی است که پاسخ آن به این مقوله بازگشت دارد که آیا پول که «ذخیره ارزش عمومی کالاها و خدمات» است و همهٔ اموال را مبتنی بر آن می‌سنجند، اقتضا می‌کند متفاوت با دیگر دیون با آن رفتار شود. این‌که از کدام منظر به این موضوع نگریسته شود، قانون‌گذار به خود اجازه می‌دهد در روابط اشخاص «دخالت مستقیم» کند یا خیر. توضیح این‌که اگر دیون پولی در چارچوب حقوق خصوصی و در روابط قراردادی یا غیر قراردادی میان طرفین تعریف شود، بر اساس مبانی، منابع و روش فهم حاکم بر روابط حقوق خصوصی آثار و احکام آن تبیین می‌شود؛ درحالی که اگر دیون پولی در چارچوب حقوق عمومی و با تأکید بر نقش دولت تبیین شود، مبانی، منابع و روش فهم حاکم بر آن متفاوت با روابط حقوق خصوصی است.

مطابق نگاهی که پول واسطه و ذخیره عمومی ارزش کالاها و خدمات است و اختیار چاپ آن بر عهده دولت است، قانون‌گذار در ماده ۷۱۹ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۱۸ با دخالت مستقیم خود به اشخاص این امکان را نمی‌داد که فراتر از خسارت تاخیر تأدیه (منفعت پول) پیش‌بینی‌شده توافق کنند؛ امری که سبب می‌شود توافق بر فراتر از خسارت تأخیر تأدیه مقرر مغایر با نظم عمومی محسوب شود. همین نگاه با کمی تغییر در رویه قضایی بعد از انقلاب هم وجود دارد؛ جایی که جز در موارد قانونی، بر اساس تبصره ۲ از ماده ۵۱۵ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹ برای اشخاص ممکن نیست بر خسارت تأخیر

تأدیه یا منفعت پول توافق کنند. تنها این کاهش قدرت خرید پول است که مطابق ماده ۵۲۲ قانون پیش‌گفته مبتنی بر «تعزیر» از مدیون قابل مطالبه است.

نظر به تفاوت فاحش میان قـــدرت خرید واقعی پول (تورم واقعی) و قدرت خریـــد قانونی پول (تـــورم قانونی) و نیز ناعادلانه بودن و عـــدم انطباق تورم قانونی مندرج در ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی دادگاه‌هی عمومی و انقلاب در امور مدنی با وضع جامعه (آقایی، ۱۳۹۶: ۲۵۱)، شعبه ۲۵ دادگاه تجدیدنظر استان مازندران پذیرفت که اشـــخاص می‌توانند بر فراتر از قدرت خرید قانونی پول (تورم قانونی) توافق کنند و در مقابل، شـــعبه ۲۲ دادگاه تجدیدنظر استان مازندران چنین توافقی را مغایر با نظم عمومی دانست.

در رفع تعارض میان آرای شـــعب ۲۲ و ۲۵ دادگاه تجدیدنظر استان مازندران در رأی وحدت رویه شماره ۸۰۵ مورخ ۱۰/۱۶/ ۱۳۹۹ بیان داشته است: «تعیین وجه التـــزام قراردادی به منظور جبران خســـارت تأخیر در ایفای تعهدات پولی، مشـــمول اطلاق ماده ۲۳۰ قانون مدنی و عبارت قســـمت اخیر ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرســـی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹ اســـت و با عنایت به ماده ٦ قانون اخیرالذکر، مبلغ وجه التزام تعیین شده در قرارداد، حتی اگر بیش از شاخص قیمت‌های اعلامی رســـمی (نرخ تورم) باشـــد، در صورتی کـــه مغایرتی با قوانین و مقررات امری از جمله مقررات پولی نداشته باشد، معتبر و فاقد اشکال قانونی است».

رأیی که بر اســـاس آن، اشخاص خصوصی می‌توانند مبتنی بر ظاهر ماده ۲۳۰ قانون مدنی و قسمت اخیر ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی، بر خسارت تأخیر تأدیه، یعنی منفعت پول و هم فراتر از کاهش قدرت خرید پول توافق کنند؛ بنابر این مقدمات، سؤالات مقاله به قرار زیر تبویب می‌شوند.

آیا وجـــود عنصری چون پول به عنوان یک متغیر اساســـی در موضوع رابطه حقوقی اقتضا دارد که مقنن در پول از مبانی، منابع و روش فهم متفاوت با دیگر دیون استفاده کند؟

آیا کاهش قدرت خرید پول مندرج در ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی ماهیتاً «خســـارت» اســـت یا تنها حفظ ارزش مبادلی «عین دین» برای ایفای اصل دین است؟

راهکاری که قانون‌گذار می‌تواند در جبران خسارت ناشی از نقض دیون پولی پیش گیرد، چیست؟

به منظور پاسخ به سؤالات و نظر به این‌که در مقاله قرار است رأی وحدت رویه شماره ۸۰۵ مورخ ۱۰/۱٦ ۱۳۹۹ تحلیل و نقد شود؛ ابتدا متغیرهای مهم در مقاله، یعنی پول، منفعت و عدم‌النفع پول تبیین می‌شود و سپس مبتنی بر این متغیرها، رأی وحدت رویه شماره ۸۰۵ مورد نقد و ارزیابی قرار می‌گیرد.

۱. مفهوم و ماهیت پول

سؤال مهم و محوری که در تحقیق اهمیت دارد، آن است که در معاملات یا ضمانات، آنچه به واسطه پول مورد معامله یا ضمان قرار می‌گیرد، «قدرت خرید پول[۱] است یا ارزش اسمی آن؟».[۲] این موضوع از آن جهت دارای اهمیت است که چنانچه هریک از این دیدگاه‌ها مورد پذیرش قرار گیرد، کیفیت حکم در رابطه میان متداعیین متفاوت است. پول که ریشه آن به کلمات یونانی «ابلوس» یا «پلوس» بازگشت دارد، برای درک آن با مراجعه به تاریخ مشخص، می‌توان فهمید که ماهیت آن چیست.

۱-۱. نماینده مقدار معینی از مسکوکات

ازجمله متغیرات تأسیس پول، مشکلات و دشواری‌های معاملات پایاپای بود؛ به این صورت که بشر به تدریج دریافت که برای تسهیل معاملات نیازمند واسطه‌ای به عنوان ابزاری عمومی برای سنجش کالا و خدمات است (رمون بار، ۱/۱۳٦۷: ۸۱۳)؛ بنابراین مفهومی تحت عنوان «پول» در جوامع بشری زاده شد (کاویانی، ۱۳۸۷: ۱٤). در مرحله اول تأسیس، پول در سکه‌هایی از طلا و نقره جای می‌گرفت که

---

۱. بر اساس این دیدگاه، محور اصلی در تمام معاملات یا ضمانات راجع پول «ارزش اسمی پول» است. طرفداران این نظریه پول را همچون مالی مثلی دانسته، قدرت خرید را از اوصاف و عوارض ماهیت پول می‌شمارند. بر اساس این دیدگاه، آنچه در تمام معاملات یا ضمانات مورد معامله یا ضمان قرار می‌گیرد، ویژگی ذاتی پول است، نه قدرت خرید یا ارزش مبادله‌ای آن (نظری و غفوری چرخابی، ۱۳۸۹: ۷۷-۸۸؛ توسلی، ۱۳۸٤: ۱٤٤).

۲. بر اساس این دیدگاه، ویژگی اصلی که در تمام معاملات یا ضمانات راجع پول مورد توجه قرار می‌گیرد، «قدرت خرید» است (صدر، ۱٤۰۱: ۱۷؛ هاشمی شاهرودی، ۱۳۷٤: ٦٦؛ موسوی بجنوردی، ۱۳۷۲: ۱۰۹). مطابق این دیدگاه، اگر قدرت خرید پول در طول زمان کم شود، چون ملاک وصف ذاتی پول نیست، بلکه قدرت خرید مردم است، مدیون زمانی بری خواهد شد که به‌مانند قدرت خرید قبلی به دائن پرداخت نماید.

مورد رغبت عمـــوم مردم بود. پس از گذشـــت زمان که بشـــر مجبور شـــد، طلا و نقره‌های خود را در بانک نگهداری کند و به‌جای آن‌ها رسید دریافت دارد و سپس با اســـترداد رسید، معادل همان طلا و نقره را از بانک دریافت دارد، در این مرحله، پول تحریری خلق شد؛ پولی که مدلول آن الزام به پرداخت دینی از نوع مـــقدار مـــعینی از مســـکوکات بود که شـــخص با تقدیم آن به بانک می‌توانست مسکوک اعطایی را بازستاند.

۲-۱. دین محض با تعهد بازپرداخت

با مراجعه به متون تاریخی و اقتصادی، مشـــخص می‌شـــود که یکی دیگر از متغیرهای اساســـی در تأســـیس پول، نهادی چون بانک و سپس دولت است. به این صورت که بانک در بدو تأســـیس، محلی برای حفظ و نگهداری مسکوکات و اشیای قیمتی مردم بود و بانک‌ها در مقابل دریافت مســـکوکات و اشـــیای قیمتی رسیدهایی به ســـپرده‌گذاران می‌دادند؛ رسیدهایی که از آن با نام «پول» یاد می‌شد و سپرده‌گذاران می‌توانســـتند با استرداد آن معادل آنچه را ســـپرده بودند دریافت دارند. نظر به تأخیر صاحبان مسکوکات و اشیای قیمتی در دریافت سپرده‌های خود، بانک‌ها و دولت‌ها که اختیار چاپ پول را در دست داشتند، به مرور دریافتند که می‌توانند بیش از موجودی خود به انتشار پول در ازای بهره اقدام کنند. به عبارت دیگر، اقدام دولت‌ها در انتشار پول، دیگر محدود به میزان سپرده نبود. پولی که در این مرحله دلالت بر دینی دارد که بانک‌ها یا دولت‌ها تعهد به بازپرداخت آن می‌کنند (کمیجانی و ابریشـــمی و روحانی، ۱۳۹۷: ۱۸). در واقع در این مرحله ماهیت چنین پولی، دینی محض است که از سوی دولت و بانک‌ها پرداخت آن تضمین می‌شود (کاویانی، ۱۳۸۷: ۱۶).

از آنچه مطرح شـــد مشخص می‌شود به تمامی ابزارهای سنجش عمومی اشیا که دارای سه ویژگی «واسطه مبادله»، «سنجش عمومی» و «حفظ ذخیره ارزش کالا و خدمات» است پول گفته می‌شـــود. (رمون بار، ۱/۱۳۶۷: ۸۱۳)؛ بنابراین آشکار است آنچـــه در معاملات یا ضمانات به واســـطه پول مورد معامله یـــا ضمان قرار می‌گیرد، قدرت خرید پول است و نه ارزش اسمی آن (نظری و غفوری چرخابی، ۱۳۹۸: ۱۱۵). پولی که در صورت نخست، دینی است که بر بازپرداخت مقدار معینی از مسکوکات دلالت می‌کنـــد و در صورت دوم، چون هیچ ارتباطی میان آن با مســـکوکات وجود

ندارد، دینی محض است که دولت یا بانک‌ها بازپرداخت آن را تضمین می‌کنند؛ دینی کـــه در صورت دوم، ارزش آن به عوامل متعددی چون قدرت اقتصادی، سیاســـی و اعتماد ملی وابسته است و دلالت‌های آن نیز متفاوت با پول صورت نخست است. در بند ب از ماده ۱ قانون پولی و بانکی کشـــور مصوب ۱۳۵۱ تصریح شده است: «یک ریال برابر یکصد و هشـــت هزار و پنجاه و پنج ده میلیونیم گرم طلای خالص است»، اما نظر به قطع ارتباط آن از مســـکوکات، منظـــور از پول امروزی صورت دوم آن در مقاله است و صورت اول آن از موضوع مقاله خارج است.

این‌که پول در چنین معنایی «مال» محســـوب می‌شـــود، از چالش‌های اساسی میان اندیشـــمندان اســـت. مطابق یک دیدگاه، پول قسمی از ســـرمایه یعنی مال است (ســـلطانی، ۱۳۹۳: ۲۷)؛ در حالی که مطابق دیدگاه دیگر، پول قسمی از مال محسوب نمی‌شـــود (موســـویان و میثمی، ۱۳۹۳: ۱۳)؛ اختلاف دیدگاهی که منتهی به انکار یا وجود منفعت طبیعی پول می‌شـــود (موســـویان، میثمی، ۱۳۹۳: ۱۳). در تعریف مال تصریح شـــده است: «آنچه موجب رغبت مردم در تملک آن در برابر عوض می‌شود» (موســـوی خمینی، ۱/۱٤۲۱: ۳۷؛ شاهرودی، ۱٤۱۷: ۷۱). به این ترتیب می‌توان گفت پول در معنای امروزی آن مال محســـوب می‌شـــود. نظر به تمایز میان شیء و مال در نـــزد فقیهان، این‌که معیار مالیت آن چیســـت، می‌توان گفت که رغبت یا همان قدرت خرید مردم در پول است؛ قدرت خریدی که با توجه به شرایط اقتصادی متغیر است. در شرایط غیر متورمی بین ارزش اسمی و قدرت خرید تفاوتی وجود ندارد، اما عامل تورمی موجب تفاوت میان ارزش اســـمی و قدرت خرید می‌شـــود (نظری و غفوری چرخابی، ۱۳۹۸: ۱۱۵).

۲. ضرر و تفکیک مفاهیم مشابه ذیل آن

از جمله مفاهیم مرتبـــط با پول، «منفعت»، «عدم‌النفع» و «کاهش قدرت خرید پول» اســـت که در کنار پول ظاهر می‌شـــود و جملگی باید ذیـــل مفهوم کلی «ضرر» تحلیل شـــود؛ چرا که این مفاهیم ذیل ضرر قرار می‌گیرند. در این تحقیق ابتدا مفهوم ضرر تبیین شده، سپس مفاهیم پیش‌گفته دیگر تعریف می‌شوند.

۱-۲. تعریف ضرر

با مراجعه به متون فقهی مشـــخص می‌شود، فقیهان به جای مفهوم «ضرر»، نظر به انـــس و الفتی که با مفهوم مال دارند، در مباحث ضمـــان قهری از اصطلاح «مال» بیشـــتر استفاده می‌کنند تا ضرر. اما با بازگشـــت به مدلول روایات و مستندات قواعد فقهی نظیر اتلاف، مشخص خواهد شد آنچه بیشتر از همه در مبحث ضمان قهری در حقوق اسلامی مورد نظر بوده، مفهوم «ضرر» است؛ ضرری که مبتنی بر این که متعلق آن مال، جســـم و عرض است، به ضررهای مالی، جسمی و معنوی تقسیم می‌شود و بر اساس همین تفاوت، موضوع، شرایط، آثار و احکام ضمان هر یک از آن‌ها متفاوت از دیگری است.

فقیهان به هنگام بحث از قاعده لاضرر، بخشـــی از مباحث را به مفهوم «ضرر» اختصاص داده و مصادیق گوناگون آن را بررســـی موضوعی کرده‌اند (نراقی، ۱۳۷۵: ۲۲۸؛ همـــو، ۱۳۸۰: ۲۷۰؛ اصفهانی، ۱٤۱۰: ۲۷؛ عراقی، ۱٤۱۸: ۱۲۹). مادام که معنای ضرر تشخیص داده نشود، نمی‌توان مصادیق ضرر را تشخیص داد؛ از این رو، شناخت مفهوم آن در قلمرو مفاهیم مرتبط با دیون پولی اهمیت به‌سزایی دارد.

برخی ضرر را به‌معنای «نقصان» تعبیر کرده (طبرســـی،۳/۱٤۲۰: ۱٤۷) و آن را در مقابل نفع قرار داده‌اند، ولی آنچه بیشـــتر اهل لغت از آن استفاده کرده‌اند آن است که ضـــرر به معنای پیدایش نقص در چیزی اســـت (احمدبن فارس، ۳/۱٤۰٤: ۳٦۰؛ ابن منظور،۸/۱٤۱٤: ٤٤). به نظر می‌رســـد مفهوم ضـــرر همان‌طور که میرزای نائینی فرمودند: «فوت آن چیزی اســـت که انسان واجد آن می‌باشد که این فوت اعم نفس، عرض یا جوارح را شامل می‌شود». مطلب دیگری که فقیهان در اینجا مطرح کرده‌اند، رابطه منطقی میان ضرر و منفعت اســـت. در این باره دو دیدگاه به‌چشـــم می‌خورد. دیدگاه نخســـت مبتنی بر این اســـت که چیزی ممکن است نه ضرر باشد نه منفعت، بلکه واسطه‌ای میان آن دو باشد. برخی رابطه میان آن دو را «تضاد» دانسته‌اند (نراقی، ۱۳۷۵: ٤۹؛ مراغی، ۱/۱٤۱۷: ۳۰۸)؛ زیرا همان‌گونه که منفعت یک امر وجودی است، ضرر نیز یک امر وجودی است که در نقص مال، جسم و عرض پدید می‌آید. دیدگاه دوم، برخی دیگر رابطه منطقی میان آن دو را «تقابل عدم و ملکه» دانســـته‌اند؛ زیرا هر آن‌چه نفع نباشـــد ضرر اســـت و منفعت در جایی که تصور نفع در آن نباشد، باید آن

را ضرر انگاشـــت. به نظر می‌رسد، دیدگاه اخیر که مبتنی بر تحلیل‌های عقلایی حاکم بر ضمانات و معاملات اســـت، ترجیح دارد؛ چرا که مفهوم ضرر بیش از آن‌که مفهوم حقوقی، شـــرعی و فلسفی باشد، مفهوم عرفی است که در آن، عوامل زمانی، مکانی و فنی ملاک قرار می‌گیرد (عامری و حمیدیان، ۱٤۰۰: ۱۰٦).

۲-۲. تعریف منفعت

از جمله دســـته‌های امـــوال که در برابـــر اعیان قرار می‌گیرد، منفعت اســـت (حائـــری،۱/۱٤۲۳: ۱۰۷؛ باریکلـــو، ۱۳۹٤: ۲۷٦). در مقابلِ خود مال که آن را عین یا اصل مال می‌دانند و وجودی مستقل دارد، «منفعت» قرار می‌گیرد که وجودش وابسته عین یا اصل مال اســـت (حائـــری، ۱/۱٤۲۳: ۱۰۷). در اصطـــلاح حقوقی، منظور از منفعت، «ثمره حاصل» (کاتوزیان،۱۳۹۰: ۳۹) و «عایدات» (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸: ٦۰) از مال اســـت که خود مـــال را «عین» یا «اصل» و ثمـــره و عایدات را «منفعت» می‌نامند (باریکلو، ۱۳۹۰: ۲٦) که بدون اصل یا عین، وجود نخواهد داشـــت؛ چرا که از وجود اصل، منفعت انتزاع می‌شـــود. منفعت که گاهی مربوط به اشیا و حیوان است و گاهی مربوط به اعمال انســـان، ممکن است به تبع عین و گاهی مستقل و مجزا در ملکیت اشخاص قرار گیرد.

در تعریف منفعت گفته شده: «منفعت ثمره حاصل است که به تدریج از اعیان اموال به دســـت می‌آید؛ بی‌آن‌که از عین مال به گونه‌ای محسوس بکاهد» (کاتوزیان، ۱۳۹۰: ۳۹)؛ یا این‌گونه بیان شده است که «منفعت، فایده و بهره‌ای است که از عین و شـــیء مادی به دست می‌آید و معمولاً تدریجی‌الحصول بوده، موجب مالیت یا ازدیاد مالیت عین می‌شـــود» (محقق داماد و قنواتی و وحدتی شـــبیری و عبدی‌پور، ۱۳۸۸: ۵۳). بر این اساس، آنچه منفعت را به عنوان یکی از اموال در مقابل عین قرار می‌دهد، خصیصه «تدریجی‌الحصول» بودن آن اســـت که جملگی تعاریف اشـــاره شده بر آن تأکید می‌کنند.

این‌کـــه منفعت جنبه ملموس و محســـوس دارد، میـــان حقوق‌دانان و فقیهان اختلاف نظر اســـت. برخی از فقیهان و حقوق‌دانان با تقســـیم منفعت به منافعی که به صـــورت «عین» درمی‌آید، همانند میوه درخت و منفعتی که به دســـت آمدن آن منوط به معدوم شـــدن جزء قبلی است؛ مانند منفعت منزل. منفعت را به دو قسم محسوس

و غیرمحسوس تقسیم می‌کنند (یزدی، ۵/۱٤۱۹: ۱۰۸؛ امامی، ۱/۱۳۸٤: ۳۸؛ کاتوزیان، ۱۳۹۰: ۳۹؛ محقق داماد و قنواتی و وحدتی شـبیری و عبـدی پور، ۱۳۸۸: ۵۳). در مقابل، برخی دیگر از فقیهان و حقوق‌دانان ضمن مخالفت با این دیدگاه، به جنبه غیر محسـوس بودن منفعت تأکید می‌کنند (حکیم، ۱۲/۱٤۱٦: ۱۳۳؛ الشریف، ۱۳۹۰: ۲). به نظر می‌رسـد از آنجا که در تقسـیمات فقهی، منفعت مقابل عین قرار می‌گیرد و مال نیز بر همین اسـاس به دو نوع عین و منفعت تقسیم می‌شود. همین تقابل موجب شده اسـت احکام مترتب بر آنان متفاوت با دیگری باشد. معیار تمیز عین و منفعت، محسـوس یا غیرمحسوس نیست، بلکه وجود وابسته یا استقلالی آنها است. جایی که ثمره حاصل وجودی مستقل دارد و وجودش وابسته به وجود اصل مال نیست، دیگر اطلاق منفعت بر آن صحیح نیسـت؛ زیرا منفعت مالی است که برخلاف عین، وجود مسـتقل ندارد و وجودش به وجود عین یا اصل مال وابسـته است و از وجود اصل اسـت که منفعت انتزاع می‌شـود (اصفهانی، ۳/۱٤۱۸: ۸۷)؛ بنابراین منظور از منفعت همان طور که در فقه آمده اسـت «حیثیت و شـؤون قائم به اصل» اسـت (اصفهانی، ۳/۱٤۱۸: ۸۷) کـه وجودی وابسـته به اصل دارد که در برابـر آن عین قرار دارد که وجودی اسـتقلالی دارد. منفعتی که در دسته‌بندی‌های بعدی فقهی به اعتبار مورد آن به سـه قسم، منفعت اشـیا، منفعت حیوانات و منفعت انسان تقسیم می‌شود (هاشمی شاهرودی، ۱/۱٤۲۹: ۳۱).

۳-۲. تعریف عدم‌النفع

از جمله مفاهیم مرتبط با پول، عدم‌النفع اسـت. این‌که میان عدم‌النفع و تفویت منفعـت تفاوت وجود دارد، حقوق‌دانان در این باره اتفـاق نظر ندارند. برخی بدون این‌که تفاوتی قائل شوند، هر یک از این دو را به جای یکدیگر به کار می‌برند (سامت، ۱۳۷۷: ۵۳). برخـی دیگر مبتنی بر این‌که تفویـت منفعت راجع به منفعت موجود و عدم‌النفع راجع به آن چیزی اسـت که شخص با فعل خود مانع از ایجاد آن می‌شود، بین این دو تمایز قائل می‌شوند (محمودی، ۱۳۹۲: ۱۲۹).

به نظر می‌رسـد معیار تمییز این دو این‌که گفته می‌شود منفعت راجع به منافع محسوس و عدم‌النفع راجع به منافع غیرمحسوس است، نیست. همان‌طور که پیش‌تر بیان شد منفعت می‌تواند غیر محسوس و مملوس باشد؛ بنابراین معیار تمییز منفعت از

عدم‌النفع در موجود بودن منفعت یا غیر موجود بودن عدم‌النفع نیست. آن‌چه موجب می‌شـــود منفعت مصداق اموال قرار گیرد استعدادی است که در اصل نهفته است که عقلا به اعتبار این استعداد حکم می‌کنند منفعت می‌تواند موضوع عقد اجاره قرار گیرد و هر شخصی که این استعداد را از بین ببرد، ضامن تلف آن است، اما در مقابل، چنین استعدادی در عدم‌النفع صادق نیست؛ زیرا مراد از عدم‌النفع در کلمات فقها همان سود، یعنی «ارزش افزودهٔ حاصل از فعالیت اقتصادی» است (خویی، بی‌تا/٤: ٣٧١). ریسک از اجزای تامهٔ سود حاصل از فعالیت اقتصادی است (جعفری، ١/١٣٩٩: ٤٣٨) و این در حالی اســـت که منفعت نظر به وجود استعداد خطر و ریسکی را که لازمه فعالیت اســـت تقبل نمی‌کند؛ بنابرایـــن از آن‌جا که عدم‌النفع در واقع نتیجه ریســـک و خطر فعالیت تجاری اســـت، میزان آن از پیش تعیین‌شده نیست و پس از کسر زیان محاسبه می‌شود (موسویان، ١٣٨٦: ٩٦).

بنابراین بحث‌هایی که در حقوق می‌شـــود، عـــدم‌النفع قابل مطالبه نبوده، در جهت نفی یا اثبات منفعت نیســـت، بلکه در جهت نفـــی یا اثبات «سود» یا «ارزش افزوده حاصل از فعالیت اقتصادی» پیش از فعـــالیت‌های اقتصادی اســـت (کاشانی، ١٣٨٤: ٢٧)؛ زیرا منفعت که حســـب مقتضی امور عادتاً ایجاد می‌شود، بما هو طبیعی نمی‌تواند موضوع حرمت یـــا حلیت قرار گیرد (ندری، ١٣٩٩: ٢٩٣؛ غنی‌نژاد، ١٣٧٦: ٣١٩). منفعت آن چیزی اســـت که بازار برای مال، حسب استعداد و قوه‌ای که در مال وجود دارد، تعیین می‌کند. منفعت امری طبیعی است و علت وجودی آن‌هم همان طور که گفته شـــد «مولدسازی ســـرمایه و عقل معاش است» (فرزین‌وش و ندری، ١٣٨١: ١٦٥).

٤-٢. تفکیک تفویت منفعت و عدم‌النفع از کاهش قدرت خرید پول

عمومـــاً در کتب فقهـــی و حقوقی، بدون توجه به تفکیـــک مفاهیم منفعت و عدم‌النفـــع از مفاهیم مشـــابه همچون «کاهش قدرت خرید پـــول» در دیون پولی، به تحلیل روابط حقوقی حاکم میان طرفین دعوا می‌پردازند؛ در حالی که مطابق آنچه در ادامه خواهد آمد، میان این مفاهیم تفاوت عمیقی وجود دارد و مبتنی بر همین تفاوت ماهوی، شرایط، آثار و احکام ضمان در دیون پولی متفاوت است.

کاهش قدرت خرید پول ازجمله مفاهیمی اســـت که ارتباط نزدیکی با مفهوم

تورم دارد. تورم در لغت به معنای ورم کردن، آماس کردن و آماسیدن است (عمید، ۱۳۸۹: ۳۷٦). مطابق یک تعریف جامع، منظور از تورم «افزایش عمومی، نامتناسب و خودافزای قیمت‌ها که اغلب حالتی مداوم و برگشت‌ناپذیر دارند» (کاتبی، ۱۳٦۷: ۲۹)؛ امری که معلول کسری بودجه دولت‌ها و بانک‌ها است که برای تأمین هزینه‌های خود دست به خلق چاپ پول بدون پشتوانه در جامعه، یعنی سند دینی می‌زنند که به موازات آن چون محصولات مورد نیاز مردم کافی نیست، به کاهش ارزش پول مردم و افزایش خدمات و کالاها منجر می‌شود (قدیری اصلی، ۱۳۷٦: ٥٩٤)؛ از این رو، در این مفهوم باید مسؤولیت مدنی دولت و بانک مطرح شود نه مدیون (جعفری و باقری، ۱۳۹۳: ۱۱٤).

در این مفهوم بدون این‌که با تفویت منفعت و عدم‌النفع مواجه باشیم، با کاهش قدرت خرید پول مبتنی بر تورم روبه‌رو هستیم که آنچه به دائن در این دوران پرداخت می‌شود، معادل آنچه سابقاً وی پرداخته است نمی‌باشد؛ زیرا دائن سابقاً با همان پولی که داده بود، می‌توانست برای نمونه یک اتومبیل پژو خریداری نماید؛ در حالی که او نمی‌تواند همان اتومبیل را مبتنی بر کاهش قدرت خرید بر اساس همان مقادیر اسمی پول خریداری نماید، بلکه باید مقادیر بیشتری پول به پول قبلی بیفزاید تا بتواند آن را خریداری کند.

۳. نقد رای وحدت رویه ۸۰۵

در رأی وحدت رویه شماره ۸۰۵ مورخ ۱۰/۱٦/ ۱۳۹۹ آمده است: «تعیین وجه التزام قراردادی به منظور جبران خسارت تأخیر در ایفای تعهدات پولی، مشمول اطلاق ماده ۲۳۰ قانون مدنی و عبارت قسمت اخیر ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹ است و با عنایت به ماده ٦ قانون اخیرالذکر، مبلغ وجه التزام تعیین‌شده در قرارداد، حتی اگر بیش از شاخص قیمت‌های اعلامی رسمی (نرخ تورم) باشد، در صورتی که مغایرتی با قوانین و مقررات امری از جمله مقررات پولی نداشته باشد، معتبر و فاقد اشکال قانونی است».

در این رأی با این‌که در تبصره ۲ ماده ۵۱۵ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی تصریح شده است، خسارت تأخیر تأدیه جز در

موارد قانونی غیرقابل مطالبه شمرده شده، اما به طرفین این امکان را داده اســـت که بر خسارت تأخیر تأدیه و هـــم افزون بـــر آن، بر افزایش کاهـش خرید قدرت پول تـــوافق کنند. بنا بر آن‌چه در قسمـت‌های قبل مبتنـی بر تـفاوت‌های میـان «کاهـش قـــدرت خرید پول»، «تفـــویت منفعت» و «عدم‌النفع» گفته شد، ایـن رأی مورد نقد قرار می‌گیرد.

آن‌چه موجب شـــده است مقنن در تبصره ۲ از ماده ۵۱۵ خسارت تأخیر تأدیه را جز در موارد قانونی قابل مطالبه محسوب نکند یا این‌که میزان مسؤولیت مدیون را به کاهش قدرت خرید به نرخ شـــاخص بانک مرکزی محدود کند، برای آن است که پول امروزی دیگر مال خصوصی نیست، بلکه دینی محض است که از سوی بانک‌ها و دولت‌ها خلق می‌شـــود که بیان‌گر ذخیره عمومی ارزش کالاها و خدمات است. اگر چه نویسنده معتقد است میزان شاخص تعیینی از سوی بانک مرکزی با شاخص واقعی تفاوت فاحشی دارد و همین امر عاملی شد تا رأی وحدت رویه موصوف صادر شود، اما این مهم موجب نخواهد شد، مفسران قانون با تقنین قضایی به اشخاص این اجازه را بدهند که فراتر از کاهش قدرت خرید پول یا بر منفعت پول در یک دایره نامحدود توافق کنند؛ زیرا با بالاتر رفتن میزان ســـند بدهی دولت‌ها و بانک‌ها، قیمت کالاها و خدمات دیگر هم بالاتر خواهد رفت.

۱-۳. تحلیل ماهیت و تکلیف مدیون در جبران کاهش قدرت خرید پول

در صورتـــی که دائن به مدیون فرصتی در پرداخت بدهد، دیگر جبران کاهش قـــدرت خرید پول ضرورتی ندارد؛ زیرا بر پایه فهم عرفی، دائن با «اقدام» خود، یعنی دادن فرصت به مدیون بـــه کاهش قدرت خرید پول در این دوران رضایت داده و به ضرر خود اقدام نموده است (موسوی راد و موسوی راد، ۱٤۰۲: ۲٦۱). فهم عرفی که ممکن اســـت در طول زمان تغییر کند یا میان تورم شدید یا کم تفاوت قائل شود، در این صورت فهم عرفی جدید ملاک اســـت؛ اما آیا مدیون پس از انقضای اجل، ضامن کاهش قدرت خرید پول اســـت یا خیر؟ مبنای این ضمان چیست؟ آیا می‌توان مدیون را افزون بر ارزش اســـمی پول، به پرداخـــت منفعت پول و کاهش قدرت خرید پول ملزم به پرداخت نمود و مطالبه چه نقشـــی در این‌باره دارد؟ این‌ها پرسش‌هایی است که باید پاسخ داده شود.

۱-۱-۳. ماهیت کاهش قدرت خرید پول

آن‌چه به عنوان قاعده عمومی در همه اقسام دیون مشترک است، این است که باید بین مورد دین و مورد تسلیم یگانگی وجود داشته باشد (ایزدی فرد، ۱۳۸۷: ۲۷). این مهم باید هم در کمیت موضوع دین رعایت شـــود و هم در کیفیت آن. همان‌طور که مدیون را نمی‌توان ملزم به مالی غیر از آن‌چه تعهد نموده اســـت کرد، دائن را نیز نمی‌توان به کمتر یا بیشـــتر از آنچه موضوع دین است ملزم نمود (کاتوزیان، ۱۳۸۰/٤: ۳٤- ۳۵؛ شهیدی، ۱۳۸۳: ۳٦).

این قاعده را می‌تـــوان در دیون پولی نیز اجرا کرد. پول در مفهوم امروزی آن شـــیء است واسطه‌ای به عنوان ابزاری برای سنجش عمومی کالاها و خدمات (رمون بار، ۱/۱۳٦۷: ۸۱۳؛کاویانی، ۱۳۸۷: ۱٤). پول دارای سه کارکرد است: «واسطه مبادله»، «ســـنجش عمومی» و «ذخیره ارزش کالا»؛ بـــه عبارت دیگر، در دیون پولی، نه ارزش اســـمی پول، بلکه آنچـــه در ذمه مدیون قرار می‌گیرد، «ذخیـــره عمومی ارزش کالا و خدمات» است (ایزدی فرد، ۱۳۸۷: ۲۷)؛ بنابراین در دیونی که موضوع آن تأدیه دیون پولی اســـت و مدیون مماطله می‌کند، نمی‌توان گفت با پرداخت ارزش اســـمی پول مدیون بری می‌شـــود، بلکه دین زمانی ادا می‌شود که معادل کاهش قدرت خرید پول تســـلیم شـــود (کریمی و جواهرالکلام، ۱۳۹۹: ۵؛ کریمی و بهرامپوری، ۱۳۹۹: ۱۳۹). زیرا عرف عقلاء پرداخت مبلغ اســـمی پول را مشمول اداء دین نمی‌کنند (ایزدی فرد، ۱۳۸۷: ۲۷).

اما این‌که چه شخصی ضامن چنین جبرانی است، به نظر می‌رسد برخلاف باور عـــده‌ای (کریمی و جواهرکلام، ۱۳۹۹: ۹؛ کریمی و بهرامپوری، ۱۳۹۹: ۱۳۵؛ نهرینی، ۱٤۰۲: ۲۲) کـــه مدیون را ضامـــن جبران کاهش قدرت خرید پـــول می‌دانند، چنین کاهشـــی منتسب به دولت اســـت (جعفری و باقری، ۱۳۹۳: ۱۱٤) و نمی‌توان ضمان چنین امری را بر ذمه مدیونی که نقش مؤثری در این امر نداشته است قرار داد؛ زیرا بر اســـاس مؤلفه‌های اقتصادی در سلسله علل، این دولت‌ها هستند که با افزایش بی‌رویه چاپ پولِ بدون پشـــتوانه، موجب بالا رفتن قیمت ارزش دیگر کالاها و خدمات و به عبارت دیگر، کاهش قدرت خرید پول می‌شوند.

از آن‌جـــا که مدیون با تأخیر خود موجبات ضرر دائن را فراهم آورده اســـت،

قانون‌گذار با علم به تفاوت میان نهاد «ضمان» و «مسؤولیت» که یکی حکم وضعی و دیگری حکم تکلیفی است[1] بدون این‌که در ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی ضمان دولت در جبران کاهش قدرت خرید پول را از باب قاعده اتلاف منتفی کند، مدیون را از باب تعزیر یا جریمه و تحت عنوان خسارت، مسؤول کاهش قدرت خرید دانست (محقق داماد و حاجیان، ۱۴۰۰: ۲۱۵)؛ مسؤولیتی که نه ضمان اصطلاحی، بلکه ضمان غیر اصطلاحی یا عرفی محسوب می‌شود؛[2] بنابراین این‌که ماده ۵۲۲ مسؤولیت مدیون در جبران کاهش قدرت خرید پول را متوقف بر «مطالبه دائن» و «تمکن مدیون» کرده است، ناشی از ماهیت تکلیفی آن و این‌که ماهیت چنین جبرانی، خسارت یا جریمه است می‌باشد که از لوازم آن تمکن مدیون و مطالبه دائن است.[3]

۲-۱-۳. عدم امکان توافق افزون بر قدرت خرید پول

پول در مفهوم امروزی آن، مطابق آنچه پیش‌تر بیان شد، در واقع سند بدهی بانکی است؛ بنابراین پول امروزی دیگر یک کالای خصوصی نیست، بلکه سند بدهی دولتی است؛ از این رو دخالت در آن، چون به دخالت در نظم عمومی می‌انجامد، برای اشخاص مجاز نیست در میزان بدهی دولت دخالت کنند. در این گفتار مبتنی بر این عامل که نمی‌توان بر اساس ماده ۲۳۰ قانون مدنی همانند دیگر دیون، افزون بر کاهش خرید پول توافق نمود، به تحلیل مسأله پرداخته می‌شود.

الف. پول؛ مال عمومی نه خصوصی

گفته شد که پول امروزی به جای این‌که نماینده مقدار معینی از مسکوکات باشد، نظر به قطع ارتباط آن با مسکوکات (کاویانی، ۱۳۸۷: ۱۶)، در واقع سند بدهی بانکی است که از سوی دولت‌ها و بانک‌ها خلق می‌شود. به عبارت دیگر، دولت‌ها یا بانک‌ها با گذاشتن سپرده قانونی آن را خلق می‌کنند و مبیّن سند بدهی بانک‌ها

---

۱. برای ملاحظه تفاوت مفهومی و ماهوی ضمان و مسؤولیت، بنگرید به: دریائی و کربلائی، ۱۳۹۹: ۹۳- ۱۲۵)

۲. برای ملاحظه تفاوت مفهومی و ماهوی ضمان اصطلاحی از ضمان غیر اصطلاحی، بنگرید به: نعمت‌اللهی، ۱۳۹۹: ۲۷۹- ۲۹۷.

۳. برای ملاحظه نظر مخالف که در کاهش قدرت خرید پول از مدیون مطالبه و تمکن مدیون شرط نیست و پرداخت چنین مبلغی از مدیون جزئی از اصل دین است، بنگرید به: کریمی و جواهرکلام، ۱۳۹۹: ۹؛ کریمی و بهرامپوری، ۱۳۹۹: ۱۳۹؛ نهرینی، ۱۴۰۲: ۲۲).

یا دولت‌ها اســـت (عالی‌پناه و تاج لنگرودی، ۱۳۹۶: ٦٨)؛ ســـندی که «ذخیره ارزش عمومی کالا و خدمات» اســـت و دولت‌ها یا بانک‌ها به واسطه گذاشتن سپرده قانونی آن را خلـــق می‌کنند؛ بنابراین دخالت در آن منجر به مداخله در پایه پولی و در ســـند بدهی می‌شود (کمیجانی و ابریشمی و روحانی، ۱۳۹۷: ۹) و از آن‌جایی که دخالت در آن، دخالت در کالای عمومی محسوب می‌شود، نمی‌توان مبتنی بر مبانی و روش‌های حقوق خصوصی نظیر ماده ۲۳۰ قانون مدنی به اشخاص این امکان را داد که افزون بر کاهش خرید پول، توافق کنند؛ زیرا چنین توافقی منتهی به افزودن سند بدهی دولت‌ها یا بانک‌ها به بانک مرکزی و خلق پول بدون پشتوانه سپرده قانونی می‌شود. این‌که در رأی وحدت رویه شـــماره ۸۰۵ مبتنی بر اطلاق ماده ۲۳۰ قانون مدنی و قسمت اخیر ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرســـی دادگاه‌های عمومی و انقـــلاب در امور مدنی تصریح شده است، امکان توافق افزون بر کاهش خرید پول وجود دارد، نظر به آثار تورمی و بی‌ثباتی اقتصادی آن مورد انتقاد جدی است؛ زیرا کلمه «مصالحه» در ماده ۵۲۲ مبتنی بـــر ادبیات فقهی به توافق طرفین بعد از نقض نظـــر دارد (محقق داماد و رضایی‌نژاد، ۱۳۹۸: ۲۱۸)؛ نـــه این‌که طرفین قبل از آن میزان خســـارت پولی را افزون بر منفعتِ متعارف و معقول تعیین کنند.

توضیح بیشـــتر این‌که، عموم دیون در چارچوب حقوق خصوصی و در روابط قراردادی بین متعاقدین تعریف می‌شـــوند؛ در حالی که دین پولی باید در چارچوب حقوق عمومی و با تأکید بر نقش دولت تبیین شود؛ بنابراین نمی‌توان مبتنی بر مبانی، منابع و روش فهم حقوق خصوصی آن را ســـاماندهی کرد. از آنجایی که پول ماهیتی متفاوت با دیگر دیون دارد، سنخ جدیدی از روابط حقوقی در این باره ایجاد می‌شود کـــه دارای مبانی، منابع و روش فهم متفاوت با دیگر دیون اســـت که ضمانت اجرای نقض آن نیز از دیگر دیون متمایز خواهد بود.

ب. خلق پول و مغایرت آن با قاعده فقهی أکل مال به باطل

بر پایه قواعد حقوقی و اقتصادی، کســـب ثروت یا ناشـــی از کار است یا مال. این‌که از «هیچ»، مالی کسب شود، مغایر با قواعد حقوق طبیعی است. این‌که در دیون پولی به نفس نقض دین، افزون بر کاهش قدرت خرید پول، شخصی متعهد پرداختی اضافه شـــود، بدون این‌که مابه‌ازای آن چیزی قرار گیـــرد، در واقع توانایی خلق پول

از «هیچ» اســـت که مغایر با قاعده فقهی أکل مال بباطل اســـت (محققیان و مهدوی و توکلی، ۱٤۰۱: ۲۱٦؛ خوش‌نقش، ۱٤۰۰: ۹۰؛ عالی‌پناه و تاج لنگرودی، ۱۳۹٦: ۹۱).

۲-۳. تحلیل ضمان خسارت تأخیر تأدیه

اقتضائـــات خلق پول در مفهوم مدرن آن، دلالت بر ایجاد بازاری تحت عنوان بازار ذخایر دارد که نرخ بهره در آن مبتنی بر واقعیت نباشد (ندری و خسروی، ۱۳۹۹: ۱). قانون‌گذار بدون توجه به این مهم، مبتنی بر واقعیت، دســـت به ارزیابی منفعت یا ســـود پولی می‌زند. در مباحث قبل اثبات شد، منفعت مال امری مجزا از عدم‌النفع آن اســـت. منظور از خسارت تأخیر تأدیهٔ پول چیســـت و آیا قابل جبران است؟ در این قســـمت نظر به تمایز تفویت منفعت و عدم‌النفع، به این پرسش پاسخ داده می‌شود که آیا به پول، منفعت یا عدم‌النفع تعلق می‌گیرد؟ از آن‌جا که در تعیین مفهوم منفعت پول، متغیر دیگری چون ربا نقش دارد، در این قسمت در خلال مباحث رابطه منفعت پول با ربا توضیح داده می‌شود.

۱-۲-۳. ضمان منفعت پول؛ آری یا خیر؟

پـــس از خلق پول در مفهوم امروزی و رواج بانک‌داری در نظام‌های اقتصادی در یک تقســـیم‌بندی کلی، نظریات راجع به منفعت پول به سه دسته تقسیم می‌شوند. بنابر یک دیدگاه، منفعت پول همان ربا است که میان آن‌ها تفاوتی وجود ندارد و تنها این سود محقق است که متفاوت با ربا است. این تئوری شالوده فکری نظام بانک‌داری اســـلامی را تشکیل می‌دهد. بنا بر دیدگاه دوم، ضمن پذیرش یگانگی میان بهره و ربا، مبتنـــی بر مصالحی چون مصلحت و اضطرار، بـــه پذیرش منفعت پول در رابطه میان بانک و مردم حکم می‌کنند، اما بنا بر دیدگاه ســـوم، با بررســـی موضوع‌شناسی میان منفعت پول و ربا، میان آن‌ها تفاوت قائل می‌شـــوند؛ بنابراین دلالت‌های هریک از این نظریه‌ها با دیگری متفاوت اســـت. با مراجعه به مبانی این نظریه‌ها، مشخص می‌شود که اختلاف تمامی این دیدگاه‌ها به دو تئوری «ارزش زمانی پول» و «عقیم بودن پول» بازگشت دارد.

الف. عقیم بودن پول

مطابق این دیدگاه، پول به‌خودی خود مســـتحق منفعتی نیست. از ظرفیت‌های بالقوه پول آن اســـت که با گردش در یک بازار واقعی منتهی به ســـود شود (موسویان

و میثمی، ۱۳۹۳: ۱۹). در این دیدگاه تنها این سود است که با ربا متفاوت است؛ البته سودی که در یک بازارِ ریسک‌پذیر پس از کسر زیان‌های احتمالی حاصل می‌شود. از دلالت‌های این نظریه، تفکیک نظام بانک‌داری متعارف از نظام بانک‌داری اسلامی است (موسویان، ۱۳۸٦: ۹۵ به بعد)

ب. ارزش زمانی پول

در این دیدگاه، میان ربا و منفعت پول تفاوت است؛ به این صورت که منفعت پول را کمترین منفعتی می‌دانند که دائن از آن محروم شده است (کاشانی، ۱۳۸٤: ۸۳ ؛کاتوزیان، ٤/۱۳۸۰: ۲۷۲؛ حسینی، ۱۳۹۷: ۵۲؛ ندری، ۱۳۹۹: ۲۹۳؛ غنی‌نژاد، ۱۳۷٦: ۳۲۰).

اختلاف میان این دیدگاه‌ها در تفاوت یا یگانگی میان ربا و بهره است. بانک‌داری در نظام‌های حقوقی به دو قسم بانک‌داری متعارف و بانک‌داری اسلامی تقسیم می‌شود (جعفری، ۱/۱۳۹۹: ۳۵۸). به عبارت دیگر، تفاوت میان این دیدگاه‌ها شالوده فکری نظام‌های پولی و بانکی را تشکیل می‌دهد؛ پولی که مطابق دیدگاه نخست در طول زمان عقیم و مطابق دیدگاه دوم در طول زمان دارای ارزش است.

در بیشتر کتب فقیهان یا متفکران اسلامی مبتنی بر عقیم بودن پول، مفهوم منفعت پول مترادف با مفهوم ربا انگاشته شده است؛ امری که موجب شده است، حرمت ربا به منفعت پول نیز سرایت کند و منجر به آن شود که منفعت پول نیز در نظام حقوقی حذف گردد. درحالی که با توجه به مفهوم فراگیر منفعت طبیعی پول، حرمت ربا به معنای نفی مطلق منفعت پول نیست؛ بلکه به معنای نفی منفعت قراردادی ناعادلانه است (ندری، ۱۳۹۹: ۲۹۳؛کاشانی، ۱۳۸٤: ۲۷).

توضیح این‌که، منفعت طبیعی پول برای مالکِ سرمایه از دیدگاه اقتصادی، درآمدی مستقل از سرمایه است که بدون این‌که سرمایه را به دیگران منتقل کند، عادتاً و حسب سیر طبیعی امور ایجاد می‌شود؛ در حالی که حرمت ربا در تمام اشکال آن، خواه قرضی یا معاملی، اضافه‌ای بر اصل سرمایه‌ای است که بدون سیر طبیعی امور و بدون سبب مُمَلِکی به اصل سرمایه ناعادلانه تعلق می‌گیرد (محقق داماد و رضایی‌نژاد، ۱۳۹۸: ۲۷۸؛ ندری، ۱۳۹۹: ۲۹۳)؛ از این رو در حقوق طبیعی آن را باطل می‌شمارند؛ تحلیلی که نافی منفعت طبیعی پول نیست، بلکه به عکس، به طور تلویحی آن را تأیید

می‌کند؛ چرا که آن‌چه موجب شده است ربا قابل مطالبه نباشد، ناعادلانه بودن آن است که شخصی بخواهد اضافه‌ای بر اصل سرمایه را مطالبه کند. چون دریافتِ چنین مبلغ اضافه‌ای ناعادلانه اســـت و در تمام نظام‌های حقوقی با چنین دریافتی مقابله می‌شود؛ در حالی که مبتنی بر همان فطرت و حقوق طبیعی، در جایی که حســـب سیر طبیعی امور، عادتاً چیزی به اصل سرمایه اضافه می‌شود، حکم به عدم پرداخت اضافه، مغایر فطرت و حقوق طبیعی است و مصداق ظلم خواهد بود.

با مراجعه به ســـابقه قانون‌گذاری مشـــخص می‌شود مقنن در تبصره ۲ از ماده ۵۱۵ قانون آیین دادرســـی دادگاه‌های عمومی و انقـــلاب در امور مدنی، بر پایه عقیم بودن پول به دلیل آن‌که منفعتی بر آن قائل نشده است خسارت تأخیر تأدیه را غیرقابل مطالبه دانســـته است؛[1] در حالی که با مراجعه به وجدان و عرف مشخص می‌شود پول در مفهوم امروزی آن جایگزین کالا و خدمات می‌شود و از این رو، همان‌طور که هر مالی در طول زمان دارای ارزش است و به آن منفعت تعلق می‌گیرد و غاصب ضامن منافع مســـتوفات یا غیرمستوفات آن است، پول نیز بر پایه تحلیل‌های اقتصادی عقیم نیست و به آن منفعت تعلق می‌گیرد. منفعت پول امری موضوعی است نه حکمی؛ که مقنن بخواهد آن را نفی کند و حرمت ربا شـــامل آن نمی‌شود. بر پایه همین امر است کـــه در تحولات بعدی مقنن مطابق تبصره ۱ از ماده ۷ قانون ســـاماندهی بازار زمین، مســـکن و اجاره بها مصوب ۱۴۰۳ برای مبلغ قرض الحسنه در اجاره، منفعت عرفی قائل می‌شود؛ از این رو، تبصره ۲ ماده ۵۱۵ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی نیازمند اصلاح است، اما قضات دیوان پیش از اصلاح، در رأی وحـــدت رویه بدون توجه به تبصره ۲ ماده ۵۱۵ با تقنین قضایی به طرفین این امکان را داده‌انـــد که به منفعت پولی، یعنی بهره آن توافق کنند که قبل از اصلاح این تبصره، بیان این امر در رأی مورد انتقاد است.

پ. منفعت پول؛ محدود، باز و نسبی

پس از این‌که اثبات شـــد، مفهوم منفعت پول از کاهش قدرت خرید پول و ربا متمایز اســـت، این‌که نظام حاکم بر منفعت پول، محدود، باز و نســـبی باشد، کمتر در

---

۱. برای دیدن نظر مخالف که خســـارت تأخیر تأدیه در قانون قابل مطالبه است، بنگرید به: کریمی و جواهرکلام، ۱۳۹۹: ۹.

مباحث حقوقی به آن پرداخته شـــده اســـت. مطابق یک دیدگاه که پول در حکم کالا اســـت، میزان منفعت این مال نیز همچون دیگر اموال می‌تواند با توافق میان اشخاص تعیین شـــود؛ دیدگاهی که ناشی از عبارت قسمت اخیر ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی اســـت: «مگر این‌که طرفین به نحو دیگری مصالحه کنند»؛ عبارتی که موجب شـــده است برخی از حقوق‌دانان بر همین اساس به توافق طرفین بر منفعت طبیعی پول در دریایی بی‌کران نظر دهند (عادل، ۱۳۸۰: ۱۰۷).

در مقابـــل برخی دیگر که قائل به تفاوت ماهوی منفعت پول از کاهش قدرت خرید پول هستند، بر این باورند که قانون‌گذار باید همچون مقررات قبل از انقلاب، با معقول و متعارف نمودن نرخ بهره به اشخاص این امکان را ندهد که افزون بر منفعت قانونی توافق کنند (کاشانی، ۱۳۸٤: ۸۷) و بعضی به نسبی بودن آن و اختیار دادگاه در موضوع نظر دارند (محقق داماد و رضایی‌نژاد، ۱۳۹۸: ۲۷۸).

کدام‌یک از دیدگاه‌ها باید در نظام حقوقی حاکم باشد؟ مطابق مطالب پیش‌گفته، پول ذخیره ارزش «عمومی» کالا و خدمات است که از سوی دولت‌ها و بانک‌ها خلق می‌شـــود. به عبارت دیگر، سند بدهی دولت‌ها است. این‌که گفته شود، هم‌چون دیگر کالاهـــا می‌توان میزان تعلق منفعت را بر عهده اشـــخاص قرار دارد، مغایر قاعده نظام پولـــی و بانکی اســـت. در نظامی که عموماً حکم به یگانگـــی منفعت پول و ربا داده می‌شـــود، این‌که یک‌باره به طرفین مبتنی بر کلمه «مصالحه» اختیار داده شـــود میزان منفعت پولی را خود به اختیار تعیین کنند، مغایر با ســـابقه قانون‌گذاری مبتنی بر شرع اســـت. واژه مصالحه مبتنی بر ادبیات فقهی، به توافـــق طرفین بعد از نقض نظر دارد (محقق داماد و رضایی‌نژاد، ۱۳۹۸: ۲۱۸)؛ نه این‌که طرفین قبل از آن، میزان خســـارت پولی را افزون بر منفعت متعارف و معقول تعیین کنند؛ امری که در رأی وحدت رویه مغفول مانده و امید است مقنن و قضات با وضع قانونی مناسب و تفسیری متناسب از این افسار گسیختگی جلوگیری کنند.

۳-۳. ضمان عدم‌النفع پول؛ آری یا خیر؟

همان‌طور که پیش‌تر بیان شـــد، مراد از عدم‌النفع در کلمات فقها همان ســـود، یعنـــی «ارزش افزوده حاصل از فعالیت اقتصادی» اســـت (خویـــی، بی‌تا/٤: ۳۷۱). از اجزای تامه چنین سودی، پذیرش ریسک حاصل از فعالیت اقتصادی است (جعفری،

۱/۱۳۹۹: ٤۳۸)؛ در حالی که منفعت به طور معمول و حسب سیر طبیعی امور ایجاد می‌شود.

این پرسش مطرح می‌شود که آیا می‌توان شخصی را افزون بر منفعت بدون تحمل ریسک که حاصل از فعالیت اقتصادی است، ملزم به سود پول نمود؟ به نظر می‌رسد حرمت ربا در تمام اشکال آن، خواه قرضی یا معاملی، شامل اضافه‌ای بر اصل سرمایه است که بدون سیر طبیعی امور و سبب مملکی به شخص تعلق می‌گیرد (محقق داماد و رضایی‌نژاد، ۱۳۹۸: ۲۷۸) و آن‌چه موجب شده است ربا قابل مطالبه نباشد، آن است که چیزی بدون این‌که نقش مولد داشته باشد، شخصی بخواهد مبتنی بر آن، اضافه‌ای بر اصل سرمایه دریافت نماید. دریافت چنین مبلغ اضافه‌ای بدون ورود به فعالیت‌های اقتصادی در قالب عقود مشارکتی و عقود مبادله‌ای و تحمل ریسک آن، مغایر با فطرت و حقوق طبیعی است؛ از این رو در تمام نظام‌های حقوقی با دریافت چنین اضافه‌ای مقابله می‌شود. همچنان که مبتنی بر تبصره ۲ ماده ۵۱۵ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی، با دریافت چنین سودی بدون تحمل ریسک مقابله می‌شود. در رأی وحدت رویه شماره ۸۰۵ بدون توجه به این مهم، به اشخاص اجازه داده است بدون تحمل ریسک، چنین سودی را دریافت کنند؛ امری که مغایر با قانون و شرع است.

برآمد

۱- امروزه پول «ذخیره ارزش کالا و خدمات» محسوب می‌شود که دولت‌ها و بانک‌ها آن را خلق می‌کنند. پول در مفهوم امروزی کالای خصوصی محسوب نمی‌شود، بلکه مال عمومی است؛ از این رو، دخالت در آن دخالت در نظم عمومی شمرده می‌شود و نمی‌توان مبتنی بر مبانی، قواعد و روش تعهدات در حقوق خصوصی مسائل آن را تبیین نمود. رأی وحدت رویه شماره ۸۰۵ هیأت عمومی دیوان عالی کشور که مسائل و احکام پول را مشمول اطلاق حکم مذکور در ماده ۲۳۰ قانون مدنی کرده است، مورد ایراد است.

۲- در علم اقتصاد و به لحاظ موضوعی اثبات شده است که کاهش قدرت خرید پول منتسب به دولت‌ها است که بدون ضابطه و بدون پشتوانه دست به خلق پول می‌زنند. مقنن با علم به این موضوع، ضمان مندرج در ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی را نه ضمان اصطلاحی، بلکه از باب ضمان جعلی عرفی یا ضمان غیر اصطلاحی وضع نمود که مدیون از باب تعزیر و جعل خسارت مسؤول پرداخت کاهش قدرت خرید پول است و از لوازم آن، تمکن مدیون و مطالبه دائن است؛ بنابراین رأی وحدت رویه شماره ۸۰۵ هیأت عمومی دیوان عالی کشور که مدیون را افزون بر جعل خسارت قانونی، به پرداخت چیز دیگری ملزم کرد، مغایر با حکم قانونی جعل خسارت در ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی است.

۳- واژه «مصالحه» در ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مبتنی بر ادبیات فقهی و ماهیت ضمان غیر اصطلاحی آن به توافق طرفین بعد از نقض نظر دارد؛ نه این‌که طرفین پیش از آن، میزان خسارت پولی را افزون بر منفعت متعارف و معقول و افزون بر کاهش قدرت خرید پول تعیین کنند، اما هیأت عمومی دیوان عالی کشور آن را به صلح قبل از دعوی نیز تسری داده است که چنین امری مغایر حکم قانون است.

۴- در چنین مفهومی از پول که «ذخیره ارزش کالا و خدمات» به حساب می‌آید، آن‌چه میان طرفین مورد مبادله قرار می‌گیرد، در واقع بدل کالا است و همان‌طور که به کالا مبتنی بر سیر طبیعی امور منفعت تعلق می‌گیرد، به پول که بدل

از کالا اســـت نیز منفعت تعلق می‌گیرد؛ منفعتی که متفاوت از ربا اســـت و در قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۱۸ میزان آن دوازده درصد تعیین شده بود. قانون‌گذار در ســـال ۱۳۷۹ با تغییر این دیدگاه و این‌که پول عقیم است و منفعت پول و ربا یکی است، در تبصره ۲ ماده ۵۱۵ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی دریافتِ چنین منفعتی را مغایر با شـــرع اعلام نمود. هیأت عمومی دیوان عالی کشـــور بدون توجه به این امر، طرفین را مجاز دانســـته است که بر منفعت پول توافق کنند. چنین امری پیش از اصلاح این تبصره مورد انتقاد است.

فهرست منابع

الف. فارسی

* الشریف، محمدمهدی (۱۳۹۰)، «**تعهد یا تملیک: تاملی بر تاثیر حقوق فرانسه در تحلیل ماهیت اجاره در حقوق ایران**»، پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب، دوره ۱، شماره ۲.

* امامی، سیدحسن (۱۳۸٤)، **حقوق مدنی**، جلد نخست، تهران: اسلامیه.

* ایزدی فرد، علی اکبر، (۱۳۷٤)، «**بررسی فقهی قرض اسکناس و تأثیر تورم بر آن**»، مطالعات اسلامی: فقه و اصول، دوره ٤۰، شماره ۳.

* باریکلو، علیرضا (۱۳۹۰)، **اموال و حقوق مالی**، تهران: سمت.

* باقری، احمد و جعفری، جمیله (۱۳۹۳)، «**مبانی فقهی و حقوقی مشروعیت ضمان دولت در پرداخت خسارت ناشی از کاهش ارزش پول**»، مطالعات فقه و حقوق اسلامی، دوره ٦، شماره ۱۰.

* توسلی، محمداسماعیل (۱۳۹۱)، «**تحلیل ماهیت پول**»، اقتصاد اسلامی، دوره ۱۲، شماره ٤۸.

* پیری، جواد و امینی، منصور (۱٤۰۰)، «**ضابطهٔ ارزیابی خسارات ناشی از نقض تعهد قراردادی در نظام‌های حقوقی و اسناد بین‌المللی؛ رهنمودهایی برای حقوق ایران**»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۵، شماره ۱۱٤.

* جعفری، امین (۱۳۹۹)، **حقوق بانکی**، جلد نخست، تهران: شرکت سهامی انتشار.

* حسینی، سید امرالله (۱۳۹۷)، «**جبران خسارت ناشی از عدم‌النفع ناشی از تأخیر تأدیه در نظام بانکی**»، کاوشی نو در فقه، دوره ۲۵، شماره ۹٤.

* حمیدیان، حمید و عامری، پرویز (۱٤۰۰)، «**مهندسی عرف در تشخیص ضرر**»، مجلس و راهبرد، دوره ۲۸، شماره ۱۰۵.

* خوش‌نقش، هادی (۱٤۰۰)، «**خَلق پول از دیدگاه امامیه و با نگاهی به قوانین موضوعه**»، جستارهای فقهی و اصولی، دوره ۷، شماره ۱.

* دریائی، رضا و کربلائی آقازاده، مصطفی (۱۳۹۹)، «**تأملی بر رابطه قانون مسئولیت مدنی با موجبات ضمان قهری در حقوق ایران**»، مطالعات حقوقی، دوره ۱۲، شماره ۳.

* رمون بار (۱۳٦۷)، **اقتصاد سیاسی**، جلد نخست، برگردان: منوچهر فرهنگ، تهران: سروش.
* سامت، محمدعلی (۱۳۷۷)، «**فوت منفعت یا عدم‌النفع در حقوق ایران و اسلام**»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، شماره ٤۲.
* سلطانی، محمد (۱۳۹۳)، **حقوق بانکی**، تهران: میزان.
* شهیدی، مهدی (۱۳۸۳)، **سقوط تعهدات**، تهران: مجد.
* عادل، مرتضی (۱۳۸۰)، «**توافق بر خسارت در قراردادها**»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۵۳.
* عالی پناه، علیرضا و تاج لنگرودی، محمدحسن (۱۳۹٦)، «**بررسی فقهی خلق پول به‌وسیله بانک‌های تجاری**»، پژوهشنامه فقه اجتماعی، دوره ۵، شماره ۱۰.
* عمید، حسن (۱۳۸۹)، **فرهنگ فارسی**، تهران: راه رشد.
* غنی نژاد، موسی (۱۳۷٦)، «**تفاوت ربا و بهره بانکی**»، نقد و نظر، دوره ۳، شماره ۱۲.
* فرزین‌وش، اسدالله و ندری، کامران (۱۳۸۱)، «**ربا، بهره قراردادی و بهره طبیعی(نقد مفهوم بهره در نظریات اقتصادی متفکرین مسلمان)**»، مجله تحقیقات اقتصادی، دوره ۳۷، شماره ۱.
* قدیری اصلی، باقر (۱۳۷٦)، **پول و بانک**، تهران: موسسه چاپ و انتشارات دانشگاه تهران.
* کاتبی، احمد (۱۳٦۷)، **تورم (ماهیت، علل، آثار و راه‌های مقابله با آن)**، تهران: اقبال.
* کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۰)، **اموال و مالکیت**، تهران: میزان.
* کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۰)، **قواعد عمومی قراردادها**، جلد چهارم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
* کاشانی، محمود (۱۳۸٤)، «**نارسایی‌های حقوقی بانک‌داری در ایران**»، مجله تحقیقات حقوقی، دوره ۸، شماره ٤۲.
* کاویانی، کوروش (۱۳۸۷)، **حقوق اسناد تجارتی**، تهران: میزان.
* کریمی، عباس و جواهرکلام، محمدهادی (۱۳۹۹)، «**تحلیل رأی وحدت رویه**

شـــماره ۷۳۳ هیأت عمومی دیوان عالی کشـــور؛ با تأکید بر ماهیت پول و تمایز کاهش ارزش پول، خســـارت تأخیر تأدیه و خسارت ناشی از افزایش قیمت‌ها»، دانشنامه حقوق اقتصادی، دوره ۲۷، شماره ۱۶.

* کریمی، عباس و بهرامپوری، رسول (۱۳۹۹)، «**مطالعه تطبیقی ماهیت ضمان ناشی از تأخیر در اجرای تعهدات پولی در حقوق ایران و فرانســـه**»، پژوهش‌های حقوق تطبیقی، دوره ۲۴، شماره ۳.

* کمیجانی، اکبر و ابریشـــمی، حمید و روحانی، سیدعلی (۱۳۹۷)، «**ماهیت بانک و فرایند خلق پول بانکی؛ نقد دیدگاه‌های رایج و دلالت‌ها**»، جســـتارهای اقتصادی ایران، دوره ۱۵، شماره ۲۹.

* محقق داماد، سیدمصطفی و رضایی‌نژاد، همایون (۱۳۹۸)، «**تأخیر در اجرای تعهد پولـــی و آثار آن (تحلیل حقوق موضوعه و نقـــد رویه قضایی)**»، پژوهش حقوق خصوصی، دوره ۷، شماره ۲۶.

* محقق داماد، سیدمصطفی و قنواتی، جلیل و شبیری، سیدحسن و عبدی پور، ابراهیم (۱۳۸۸)، **حقوق قراردادها در فقه امامیه**، جلد نخست، تهران: سمت.

* محقق داماد، سیدمصطفی و حاجیان، هانی (۱۴۰۰)، «**نظریه عمومی جریمه مدنی (تعزیرات غیرکیفری) در فقه اســـلامی و حقوق ایران**»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۵، شماره ۱۱۴.

* محققیان، مهدی و مهدوی، سید محمدهادی و توکلی، احمدرضا (۱۴۰۱)، «**تأملی در حکم فقهی خلق پول**»، آموزه‌های فقه مدنی، دوره ۱۴، شماره ۲۶.

* محمودی، اصغر (۱۳۹۲)، «**بازتعریف عدم‌النفع و مقایســـه آن با مفاهیم مشابه**»، پژوهش‌های حقوق تطبیقی، دوره ۱۷، شماره ۴.

* موسویان، ســـیدعباس (۱۳۸۶)، «**نظریه‌های ربا و بهره**»، اقتصاد اسلامی، دوره ۷، شماره ۲۷.

* موسویان، سیدعباس و میثمی، حسین (۱۳۹۳)، «**نقد و بررسی دیدگاه‌های جدید پیرامون بهره و ربا بانکی**»، تحقیقات مالی اسلامی، دوره ۳، شماره ۲.

* موسوی بجنوردی، سیدمحمد (۱۳۷۲)، «**نظرخواهی از فقها پیرامون مسائل فقهی و حقوقی ناشی از کاهش ارزش پول**»، مجله رهنمون، شماره ۶.

* موسوی راد، سیدحسین و موسوی راد، سیدجابر (۱٤۰۲)، «**ضرورت جبران کاهش ارزش پول در صورت اشـــتراط در عقد قرض**»، آمـــوزه های فقه مدنی، دوره ۱٦، شماره ۲٦.
* ندری، کامران (۱۳۹۹)، «**دوباره خوانی رابطه بهره و ربا**»، مطالعات و سیاست‌های اقتصادی، دوره ۷، شماره ۱.
* ندری، کامران و خسروی، میثم (۱۳۹۹)، «**نقدی بر نظریه بهره بانکی در مطالعات بانک‌داری اسلامی با تکیه بر تأثیر خلق پول در تعیین نرخ بهره**»، مطالعات اقتصاد اسلامی، دوره ۱۲، شماره ۲.
* نظری، حســن‌آقا و غفوری چرخابی، حسین (۱۳۸۹)، «**قدرت خرید؛ مقوم مثلیت پول‌های اعتباری**»، جستارهای اقتصادی، دوره ۷، شماره ۱۳.
* نعمـــت اللهی، اســـماعیل (۱۳۹۹)، «**راه‌کارهای توسعه قلمرو عقد ضمان در فقه امامیه**»، حقوق اسلامی، دوره ۱٦، شماره ٦٥.
* نهرینـــی، فریـــدون (۱٤۰۲)، «**جایگاه قانونی مطالبه در خســـارت تأخیر تادیه، ارزیابی رای وحدت رویه شماره ۸۱۲ مورخ ۰۱/ ۱٤۰۰/۰٤ هیأت عمومی دیوان عالی کشور**»، پژوهش حقوق خصوصی، دوره ۱۱، شماره ٤۲.
* هاشمی شاهرودی، سیدمحمود (۱۳۷٤)، «**احکام فقهی کاهش ارزش پول**»، مجله فقه اهل بیت، شماره ۲.

ب. عربی

* ابـــن منظور، ابوالفضل (۱٤۱٤ق)، **لســـان العرب**، جلد هشـــتم، بیروت: دار الفکر للطباعۀ و النشر و التوزیع – دار صادر.
* احمد بـــن فارس ابو الحســـین (۱٤۰٤ق)، **معجم مقائیس اللغۀ**، جلد ســـوم، قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
* اصفهانی، شـــیخ الشریعۀ، فتح اللّه بن محمد جواد نمازی (۱٤۱۰ق)، **قاعدۀ لاضرر**، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
* اصفهانی، محمدحســـین کمپانی (۱٤۱۸ق)، **حاشیۀ کتاب المکاسب (للأصفهانی، ط – الحدیثۀ)**، جلد سوم، أنوار الهدی.
* حکیم، سیدمحســـن طباطبایی (۱٤۱٦ق)، **مستمسک العروۀ الوثقی**، جلد دوازدهم،

قم: مؤسسهٔ دار التفسیر.
* موسوی خویی، سیدابو القاسم (بی‌تا)، **مصباح الفقاهة (المکاسب)**، جلد چهارم، بی‌نا.
* موسوی خمینی، سید روح الله (۱٤۲۱ق)، **کتاب البیع (للإمام الخمینی)**، جلد نخست، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
* حائری، سیدکاظم حسینی (۱٤۲۳ق)، **فقه العقود**، جلد نخست، قم: مجمع اندیشه اسلام.
* هاشمی شاهرودی، سیدمحمود (۱٤۱۷ق)، **مقالات فقهیة**، بیروت، لبنان: مرکز الغدیر للدراسات الإسلامیة.
* صدر، سیدمحمدباقر (۱٤۰۱ق)، **البنک اللاربوی فی الاسلام**، بیروت: دارالتعارف للمطبوعات.
* طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم (۱٤۱۹ق)، **العروة الوثقی (المحشّی)**، جلد پنجم، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
* طبرسی، فضل بن حسن (۱٤۲۰ق)، **مجمع البیان**، جلد سوم، قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
* عراقی، آقا ضیاء الدین (۱٤۱۸ق)، **قاعدهٔ لاضرر**، قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
* مراغی، سیدمیر عبد الفتاح بن علی حسینی، (۱٤۱۷)، **العناوین الفقهیة**، جلد نخست، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
* نراقی، ملا احمد نراقی، (۱۳۷۵)، **عوائد الایام**، قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی.
* نراقی، مولی محمد، (۱۳۸۰)، **مشارق الاحکام**، قم: کنگره بزرگداشت نراقی.

مجله حقوقی دادگستری

مقاله پژوهشی/ دوره ۸۸/ شماره ۱۲۷/ صفحات: ۹۶-۶۳
تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۱۲/۱۸ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۷/۲۲

قانون ماهوی حاکم بر اختلاف در داوری‌های تجاری بین‌المللی در صورت عدم انتخابِ طرفین اختلاف

سعید جوهر[1]

چکیده

در داوری تجـــاری بین‌المللی، طرفین اختلاف در انتخاب قانونی که بر ماهیت دعوای ایشـــان حاکم باشد،[2] آزادی عمل دارند؛ مشروط به این‌که قانون انتخاب شده، مخالف با نظم عمومی و قواعد آمره نباشـــد. اختلاف عقاید زمانی ایجاد می‌شـــود که طرفین قانون حاکم بر ماهیت دعوا را انتخاب نکرده باشـــند. این عدم انتخاب باعث کندی روند داوری می‌شـــود و می‌تواند ناشی از عدم توافق طرفین در انتخاب قانون حاکـــم ماهوی باشـــد. در این حالت، داور باید قانونی را که بر اســـاس آن به ماهیت دعوا رسیدگی می‌شود، مشخص کند؛ چرا که به علت دخالت یک رکن بین‌المللی در اختلاف و ســـکوت طرفین، قانون حاکم بر ماهیت دعوا از ابتدا مشخص نیست. داور گزینه‌هـــای متعددی پیش‌رو دارد که موضوع این مقاله، مطالعه تطبیقی این رویکردها و موضع کشورها و سازمان‌های داوری و محدودیت‌های این انتخاب است. این مقاله ضمـــن مطالعه تطبیقی بـــا روش کتابخانه‌ای، بر این فرض تکیـــه دارد که داور همان اراده‌ای را داراست که طرفین در انتخاب قانون حاکم بر ماهیت اختلاف خود دارند.

واژگان کلیـــدی: داوری، تجـــارت بین‌الملل، رویکرد مســـتقیم، رویکرد غیر مستقیم، قانون قابل اجرا، قانون ماهوی.

---

۱. دکتری حقوق خصوصی، رئیس شعبه ۵ حقوقی دادگستری شهرستان سیرجان
saeed.johar@yahoo.com

2. Substantive law

درآمد

طرفین یک قرارداد تجاری بین‌المللی، در بیشـــتر مـــوارد داوری را برای حل و فصل اختلافـــات خود انتخاب می‌کنند؛ چرا که این شـــیوه جایگزین حل و فصل اختـــلاف، موثر، کارا، انعطاف‌پذیر، بی طرف و لازم‌الاجراســـت (Law et al. 2003: 15-30). در کنار این ویژگی‌ها، قابلیت پیش‌بینی[1] از جمله اوصاف مهم داوری است. مشـــکلات ناشـــی از انتخاب قوانینی که حاکم بر داوری است، در فرضی که طرفین نســـبت به آن سکوت کرده‌اند، باعث می‌شـــود جریان داوری غیر قابل پیش‌بینی شود و بـــه کندی پیـــش رود و نتیجه مطلوب ارجاع اختلافات بـــه داوری که حل و فصل سریع دعاویســـت، حاصل نگردد (Born, 2020: 2616، صفایی، ۱۳۷۲: ٥٦). طرفین بر اســـاس اصل حاکمیت اراده از آزادی عمل گسترده‌ای برای انتخاب قانون ماهوی حاکم بر اختلافات خود برخوردارند، اما در صورت عدم انتخاب قانون ماهوی حاکم بر اختلافات توســـط طرفین در موافقت‌نامه داوری، داور باید این قانون را تعیین کند (Jones, 2014: 911). در این شرایط، اختیار داور برای تعیین قانون حاکم، گسترده و نامحدود می‌شـــود (Fouchard et al. 1999: 865). به این علت که داور باید تصمیم خود در انتخاب قانون یاد شـــده را توجیه کنـــد. معیارهایی برای او در انتخاب قانون حاکم در نظر گرفته شده است. داور باید در انتخاب قانون ماهوی دلایل توجیهی خود را اعلام کند؛ بنابراین معیارهایی برای انتخاب و توجیه آن باید وجود داشته باشد.

اساســـاً تعیین قانون حاکم بر داوری در داوری های تجاری بین‌المللی به علت دخالـــت یک رکن خارجی در اختلاف، اهمیت زیادی دارد. در این شـــرایط، قوانین متعددی با جنبه‌هـــای مختلف اختلاف ارتباط پیدا می‌کند و به این علت تعیین قانون حاکم بر هر یـــک از آن‌ها اهمیت زیادی می‌یابد. قانون حاکم بر داوری در پنج مورد قابل طرح اســـت: نخست، قانون حاکم برای تشـــخیص اهلیت طرفین قرارداد؛ دوم، قانون حاکم بر موافقت‌نامه داوری؛ ســـوم، قانون حاکم بر آیین داوری؛ چهارم، قانون حاکم بـــر ماهیت اختلاف؛ و پنجم، قانون حاکم بر شناســـایی و اجرای رای داوری؛ (مافی،۱۳۹۷: ۲۹۳، شیروی، ۱۳۹۸: ۲۰۹). به این پنج مورد باید قانون حاکم بر قابلیت داوری‌پذیری اختلاف را نیز افزود.

1. Predictability

موضوع این مقاله، تعیین قانون ماهوی حاکم بر اختلاف در فرضی است که طرفین نسبت به آن سکوت کرده‌اند. این مسأله را می‌توان حقوقی‌ترین جنبه داوری تجاری بین‌المللی دانست (جوهر، ۱۴۰۱، ۸۹). قانون حاکم بر ماهیت اختلاف یا قانون ماهوی،[1] قانون یا قواعد حقوقی‌ای است که در زمان بروز اختلاف بین طرفین بر قرارداد اصلی حکومت می‌کند و مبنای حل و فصل اختلافات طرفین قرار می‌گیرد (Ma, 2015: 190). قانون ماهوی تحت عنوان «قانون حاکم»[2] نیز شناخته می‌شود و بر وجود، اعتبار، تفسیر، اجرا و به طور کلی حقوق و تعهدات طرفین دعوا حکومت دارد (Blackaby et al, 2015: 302). این قانون، تعیین کننده نتیجه اختلاف بوده و دربردارنده قواعد ماهوی است (علی‌دادی ده‌کهنه و جوهری، ۱۴۰۳: ۲۹۵) در برخی موارد، قانون ماهوی حاکم بر اختلاف، سبب دعوا را نیز تحت تاثیر قرار می دهد؛ برای نمونه مشخص می‌کند که جبران‌ها و الزامات به عهده کدام‌یک از طرفین است یا چه نوع خسارتی قابل جبران است یا ضمان درک مبیع به عهده کدام‌یک از طرفین است. قانون ماهوی حاکم بر دعوا، به طور مستقیم اختلاف طرفین را حل و فصل می‌کند و شاید بتوان گفت مهم‌ترین قانونی است که در جریان داوری باید مشخص شود. برابر آماری که در سال ۲۰۱۲ منتشر شده است، در بیست درصد از داوری‌های تجاری بین‌المللی، قانون ماهوی حاکم بر اختلاف مشخص نشده است (Waincymer, 2012: 992). در نتیجه ضرورت دارد داور در این موارد، قانون حاکم بر اختلاف را تعیین کند. اصل حاکمیت اراده ایجاب می‌کند طرفین بتوانند آزادانه قانون ماهوی حاکم بر ماهیت اختلاف خود را تعیین کنند (مافی، ۱۳۹۷: ۲۹۵). به اصل آزادی طرفین در انتخاب قانون ماهوی حاکم بر اختلافات در ماده ۲۸(۱) از قانون نمونه آنسیترال تاکید شده است. این بند دیوان داوری را ملزم می‌کند مقررات قانونی‌ای که طرفین انتخاب کرده‌اند را اعمال کند. این حق انتخاب قانون ماهوی، محدودیت‌هایی دارد ولی اصل، حاکمیت اراده است. اما اگر آن‌ها قانون ماهوی حاکم بر دعوا را به صراحت یا به طور ضمنی مشخص نکرده باشند، داور وظیفه دارد چنین قانونی را مشخص کند؛ چرا که او باید نسبت به ماهیت اختلاف بر اساس یک قانون

1. Substantive law
2. Governing law

مشخص اتخاذ تصمیم کنند. اساساً قصد طرفین از مداخله ثالث، تعیین راه الزام‌آور از سوی اوست؛ هر چند طرفین بعد از اعلام این راه حل بتوانند آن را با توافق کنار بگذارند (خدابخشی، ۱۴۰۳: ۲۶). عدم اطمینان طرفین از یکدیگر، سهل‌انگاری در انتخاب قانون حاکم، ابهام و تناقض در قانون ماهوی، عدم حصول توافق در خصوص قانون حاکم و مقتضیات نظم عمومی از جمله عللی است که باعث می‌شود طرفین قانون ماهوی حاکم بر اختلافتشان را مشخص نکنند و این امر را به داوران واگذار نمایند (Mistelis et al., 2011: 241). اگر طرفین اختلاف با استفاده از اصل حاکمیت اراده، قانون ماهوی حاکم بر اختلاف را مشخص نکرده باشند، داروان تکلیف دارند این قانون را تعیین کنند، اما داوران در انتخاب این قانون با سه مسأله و چالش اصلی مواجه هستند:

نخست، نظریه مستقیم در مقابل غیر مستقیم: داوران در ابتدا دو انتخاب پیش رو دارند؛ آن‌ها می‌توانند بر اساس نظریه مستقیم، قانونی را که مناسب برای رسیدگی تشخیص می‌دهند انتخاب کنند. این قانون قانونی است که نزدیک‌ترین ارتباط را با اختلاف طرفین دارد. در مقابل، اگر داوران نظریه غیر مستقیم را برگزینند، باید قواعد حل تعارض را اجرا کنند تا مشخص شود قانون ماهوی چه کشوری حاکم بر ماهیت اختلافات طرفین خواهد شد؛ بنابراین مسأله اول انتخاب مستقیم یا غیر مستقیم قانون ماهوی است.

دوم، انتخاب محدود در مقابل انتخاب نامحدود: آیا داوران محدود به قوانین ملی هستند یا از مقررات بین‌المللی و قواعد حقوق تجارت یا عرف‌های تجاری نیز می‌توانند استفاده کنند؟

سوم، اگر داوران قانون مناسب را انتخاب کنند، این سوال مطرح می‌شود که چه قانونی مناسب برای حل و فصل ماهیت دعواست؟ در مقابل، در نظریه غیر مستقیم، قواعد حل تعارض چه کشوری باید اعمال شود؟

این چالش‌ها نشان می‌دهد که انتخاب قانون حاکم بر ماهیت اختلاف چه اهمیتی دارد و از لحاظ حقوقی چه پیچیدگی‌هایی دارد. در این مقاله، به ترتیب قلمرو اصل حاکمیت اراده و محدودیت‌های آن در داوری تجاری بین‌المللی، رویکرد مستقیم در مقابل رویکرد غیر مستقیم برای انتخاب قانون ماهوی حاکم بر اختلاف،

انتخاب قانون مناسب یا قواعد حل تعارض و در نهایت، انتخاب محدود در مقابل انتخاب نامحدود را بررسی خواهیم کرد. لازم به یادآوری است که تأکید این پژوهش بر این است که چه قانونی باید اجرا شود؛ بدون این‌که به محتوای قانون مذکور و موضوع اختلاف اشاره شود.

۱. اصل حاکمیت اراده در داوری تجاری بین‌المللی و محدودیت‌های آن

حاکمیت اراده طرفین اختلاف، یکی از اصول اساسی و راهبردی در داوری تجاری بین‌المللی است. به این اصل نه تنها در قوانین ملی، بلکه در اساسنامه نهادهای داوری بین‌المللی نیز تأکید شده است (Park, 2008: 103). جایگاه این اصل در داوری تجاری بین‌المللی و محدودیت‌های آن، موضوع این بخش را تشکیل می‌دهد.

۱-۱. حاکمیت اراده در داوری تجاری بین‌المللی

تاریخچه قانون‌گذاری در مورد قانون نمونه آنسیترال نشان می‌دهد که اصل حاکمیت اراده بدون هیچگونه مخالفتی در زمان تصویب پذیرفته شد (Blackaby et al. op.cit: 315). یکی از مصادیق آزادی اراده طرفین در ماده (۱)۱۹ قانون نمونه آنسیترال[1] پیش‌بینی شده است که برابر آن طرفین آزادند جریان داوری توسط داور را از ابتدا تا انتها تعیین کنند.[2] در تعریف حاکمیت اراده می‌توان گفت طرفین آزادند روابط قراردادی خود را آن‌گونه که می‌خواهند طراحی کنند (Abdulhay, 2004: 159). اصل حاکمیت اراده در موافقت‌نامه داوری باعث می‌شود جریان داوری انعطاف‌پذیر شود. این اصل به طور گسترده در قرن نوزدهم میلادی مورد توجه قرار گرفت و نسبت به صحت آن تأکید شد (Morris & Collins, 2010: 32). در داوری تجاری بین‌المللی اصل حاکمیت اراده‌ها بسیار گسترده‌تر از حقوق داخلی اعمال می‌شود؛ چرا که طرفین در داوری تجاری بین‌المللی آزاداند قانون شکلی و ماهوی حاکم بر اختلافات خود را تعیین کنند. موافقت‌نامه داوری نخستین و مهم‌ترین منبع داوری است و نقش مهمی در حاکمیت اراده طرفین دارد (Shackelford, 2006: 900). اصل این است که داور باید به توافقات طرفین در انتخاب قوانین حاکم بر

---

۱. در تمام متن، منظور از قانون نمونه آنسیترال، قانون نمونه مصوب ۱۹۸۵ با اصلاحات ۲۰۰۶ است.

2. "Subject to the provisions of this Law, the parties are free to agree on the procedure to be followed by the arbitral tribunal in conducting the proceedings".

داوری که در موافقت‌نامه داوری پیش‌بینی شـــده است، احترام بگذارد. استثنائات این قاعده محدود به موارد خاصی اســـت و این اصل را خدشـــه‌دار نمی‌کند (Lew et al. op.cit: 38). این توافقات در موافقت‌نامه داوری منعکس می‌شـــود. در رأی شـــماره ٦٤٧٤ دیـــوان داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی درباره این مســـأله چنین آمده اســـت: «بـــدون تردید، اولین و مهم‌ترین وظیفه داور اتخاذ تصمیم بر اســـاس خواســـته‌ها و توافقات طرفین اختلاف اســـت».[1] این توافقات ممکن اســـت صریح باشد یا به طور ضمنی از اوضاع و احوال حاکم بر موضوع اختلاف اســـتنباط شود. در بسیاری موارد، طرفیـــن به صراحت قانون حاکـــم بر ماهیت اختلاف را در قـــرارداد داوری انتخاب می‌کنند. آن‌ها می‌خواهند داوری با قطعیت و قابلیت پیش‌بینی بالایی پیگیری شـــود و از ابتدا بدانند که چه قانونی بر تعهدات قراردادی ایشان حاکم است. داور در هر حال باید به چنین انتخابی احترام بگذارد و نمی‌تواند قانونی را که طرفین انتخاب کرده‌اند، تغییر دهد. قوانین ملی و بین‌المللی و اساسنامه‌های سازمان‌های داوری چنین حقی را تأیید می‌کند (Born, op.cit: 2671). عدم احترام داور به چنین قانونی باعث می‌شود رأی داوری قابل اجرا نباشـــد و باطل شـــود. با پذیرش اصـــل حاکمیت اراده طرفین در داوری تجاری بین‌المللی، تا حد زیادی مســـائل ناشی از انتخاب قوانین شکلی و ماهوی در داوری حل می‌شود؛ زیرا بر اساس این اصل، طرفین می‌توانند قوانین حاکم بر داوری را با توافق یکدیگر تعیین کنند. طرفین قرارداد با توجه به منافع خودشان در زمان انعقاد قرارداد، قانون حاکم بر اختلافات را مشخص می‌کنند. اصل آزادی طرفین در انتخاب قانون حاکم، یکی از اصول کلی شـــناخته شده به وسیله ملل متمدن است (جنیدی، ١٣٧٦: ١٨٨). قانون حاکم ممکن اســـت به صراحت توسط طرفین مشخص شده باشد یا بتوان تلویحاً و با توجه به اوضاع و احوال حاکم بر قضیه، آن را مشخص کـــرد، اما از یک طرف محدودیت‌هایی در قوانین ملی کشـــورها برای این انتخاب در نظر گرفته شـــده است و از طرف دیگر، طرفین ممکن است به هر علتی قانون حاکم بـــر داوری را در موارد مختلف تعیین نکرده باشـــند. در این دو مورد، انتخاب قوانین حاکـــم بر داوری اهمیت زیادی پیدا می‌کند و بر عهده داور اســـت. در همین ارتباط، دادگاه عالی ایالات متحده امریکا معتقد است پیش‌بینی‌هایی که طرفین به طور صریح

1. ICC Case No. 6474, Yearbook Commercial Arbitration (2000), p. 283.

یا ضمنی در مورد قانون حاکم بر اختلاف دارند، باعث می‌شود انتخاب قانون یاد شده با ســـهولت بیشتری انجام شود و مآلاً جریان داوری با سرعت بیشتری ادامه یابد.[۱] در جایی کـــه طرفین به صراحت قانون حاکم بر اختلافات خود را تعیین نکرده‌اند، داور باید در جست‌وجوی اراده ضمنی طرفین برای انتخاب قانون حاکم باشد (Blackaby et al. op.cit: 201)؛ چرا که داور نماینده طرفین اختلاف اســـت و بر اساس وظایف نمایندگی و مســـؤولیتی که برای حل اختلاف دارد، باید مانند طرفین قانون حاکم بر اختلاف را تعیین کند (Lew et al. op.cit : 40). برای استنباط اراده ضمنی طرفین و تعیین قانون حاکم، داور باید با توجه به برخی عناصر از جمله زبان یا ماهیت قرارداد، محل اجرای تعهدات یا ســـازمان داوری‌ای که طرفین انتخاب کرده‌اند، قانون حاکم بر قضیه را مشخص کند. همچنین مقر داوری انتخابی طرفین می‌تواند کمک بسیاری به طرفین قـــرارداد در انتخاب قانون حاکم کند (Wortmann, 1998: 108). در دعوای شماره ۹۷۷۱ اتاق بازرگانی بین‌المللی، دیوان داوری چنین تصمیم گرفت که انتخاب شـــهر اســـتکهلم به عنوان مقر داوری، حاوی این نکته اســـت که قواعد حل تعارض کشور ســـوئد باید حاکم بر اختلاف شـــود.[۲] قصد و اراده طرفین نیز اهمیت فراوانی دارد و داور باید با توجه به قصد مشترک آن‌ها در زمان انعقاد قرارداد، قانون حاکم را مشخص کند. در دعوایی مشهور[۳] داور واحد[۴] چنین تصمیم گرفت که انتخاب ضمنی یا تلویحی طرفین اختلاف، «اصول حقوقی کلی شـــناخته شـــده به وسیله ملل متمدن جهان»[۵] است. قصد مشترک طرفین اختلاف در زمان انعقاد قرارداد یا اختلاف می‌تواند تعیین کننده باشـــد، اما احراز قصد مشترک آن‌ها هر چند دشوار است ولی با توجه به اوضاع و احوال حاکم بر قضیه معنونه قابلیت استنباط دارد.[۶]

1. Supreme Court of the United States, Scherk v. Alberto-Culver Co, (1974). Born, op.cit, 2254.
2. ICC Case No. 9771, Yearbook Commercial Arbitration (2004), pp. 52 et seq.
3. Sapphire International Petroleum Ltd. v. The National Iranian Oil Co (1967). 13 ICLQ 1011, 1015.
4. Sole arbitrator
5. Principles of law generally recognised by civilised nations.
6. ICC Case No. 8113, Yearbook Commercial Arbitration (2000), p. 325.

۲-۱. محدودیت‌های حاکمیت اراده

ممکن است طرفین به بهانه اصل حاکمیت اراده بخواهند نسبت به قانون تقلب کنند و قواعد آمره را نادیده بگیرند؛ بنابراین باید حد و مرزی برای این اصل قائل شد. به طور کلی، نظم عمومی و قواعد آمره را می‌توان مهم‌ترین محدودیت‌های حاکمیت اراده در داوری تجاری بین‌المللی دانست. به طور دقیق، قواعد آمره در هر زمینه‌ای برای حفظ نظم عمومی وضع شده است و این نتیجه به دست می‌آید که قواعد آمره مهم‌ترین محدودیت اراده طرفین در هر مورد است (Wilson Odoe, 2014: 99). نظم عمومی مفهومی اجتماعی است و شامل فرهنگ، ارزش‌های اخلاقی و اعتقادات جوامع می‌شود که مورد پذیرش همگان است و در جامعه قدرت اجرا دارد (Ansari, 2014: 52). نظم عمومی مفهومی سیال است و از هر جامعه‌ای به جامعه دیگر متفاوت است. همه کشورهای دنیا این محدودیت را به عنوان یک اصل اساسی و خدشه‌ناپذیر پذیرفته‌اند و تعرض به آن را باعث بطلان و بی‌اعتباری رای داور می‌دانند. در دعوایی،[1] دادگاه عالی کشور هند نظم عمومی را تعارض با نظم اساسی هر کشور، منافع جامعه، اخلاق، عدالت و هنجارهای قانونی اعلام کرد. نظم عمومی طرفین را از انعقاد قراردادهای غیر قانونی و غیر اخلاقی باز می‌دارد و تبعاً امکان ارجاع اختلافات ناشی از چنین قراردادهایی به داوری وجود ندارد. استناد به نظم عمومی، جوامع را از تعرض به اصول اساسی و بنیادین مصون می‌دارد. دادگاه‌های ملی در مرحله تقاضای ابطال رأی داور و یا شناسایی و اجرای آن باید معیارهای نظام ملی خود را در مورد نظم عمومی دخالت دهند و قراردادهای مخالف آن را به رسمیت نشناسند.

اصولی در داوری وجود دارد که قواعد آمره در این رشته محسوب می‌شوند و طرفین نمی‌توانند خلاف آن‌ها را توافق کنند. از جمله این اصول می‌توان به این موارد اشاره کرد: نخست، هیچ شخصی نمی‌تواند داور دعوای خود شود؛[2] دوم، هر یک از اصحاب دعوا باید فرصت و امکان ارائه خواسته و دفاعیات و دلایل خود را داشته باشد؛ سوم، هر یک از طرفین باید دلایلی که منتهی به تصمیم داور شده را بداند؛

1. Bharat Heavy Electricals v C.N. Garg
2. Nemo judex in causa sua

چهارم، شـــخصی که دلایل طرفین را می‌شنود باید رأی صادر کند؛ پنجم، شخصی که تصمیم می‌گیرد باید بی‌طرف باشـــد (Blackaby et al. op.cit: 271). توافق برخلاف این اصول، مغایر با نظم عمومی اســـت و باعث می‌شـــود رأی داور قدرت و قابلیت اجرا نداشته باشد و محکوم تقاضای بطلان آن را کند. بنابراین نظم عمومی در مرحله ایجاد و اجرای حق مؤثر است و در زمینه داوری تجاری بین‌المللی باعث می‌شود اگر رأی داور مغایر با نظم عمومی کشـــور ایران و قواعد آمره آن باشد، دادگاه‌های ایران بر اســـاس بند ۲ ماده ۳٤ قانون داوری تجاری بین‌المللی، رأی داور را از اساس باطل می‌دانند و از شناســـایی و اجرای آن خودداری می‌کنند. در واقع، قانون‌گذار از هر سه مفهوم نظم عمومی، اخلاق حسنه و قواعد آمره استفاده کرده است تا شبهه‌ای در قلمرو این بند وجود نداشـــته باشد وگرنه بر اساس اصول، رعایت اخلاق حسنه از مصادیق نظم عمومی است (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۵۷۸) و نظم عمومی نیز چیزی جز رعایت قواعد آمره نیست. از جمله قواعد آمره که از اصول داوری نیز محسوب می‌شود، اصل «رفتار مساوی با طرفین» است. در ماده ۱۸ قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران می‌خوانیم:« رفتار با طرفین باید به نحو مساوی باشد و به هر کدام از آنان فرصت کافی برای طرح ادعا یا دفاع و ارائه دلایل داده شود».

۲. رویکردهای انتخاب قانون ماهوی

در مـــورد تعیین قانون حاکم بر ماهیت اختلاف، دو رویکرد اصلی مســـتقیم و غیر مســـتقیم وجود دارد (Lew et al. op.cit : 48). در این بخش، تعاریف، نظریات، مستندات مربوط به رویکرد مســـتقیم و غیر مستقیم بررسی خواهد شد و کشورها و ســـازمان‌های داوری که این رویکرد را پذیرفته‌اند، مورد مطالعه قرار می‌گیرد. مطالب این مبحث بر این فرض اســـتوار است که طرفین با اســـتفاده از اصل حاکمیت اراده، قانـــون ماهوی حاکم بر اختلافات خود را تعیین نکرده‌اند و داور باید از بین قوانین و مقررات حقوقی، قانون یاد شده را انتخاب کند.

۲-۱. رویکرد مستقیم

در رویکرد مســـتقیم،[1] قانون ماهوی حاکم بر اختلاف به طور مستقیم و بدون اســـتفاده از قواعد حل تعارض مشخص می‌شـــود (Blackaby et al. op.cit: 219).

1. Direct approach (En)/ Voie directe (Fr)

مستند این رویکرد ماده ۳۵,۱ قواعد داوری آنسیترال[1] است که طبق آن، داور به طور مستقیم قانون ماهوی مناسب[2] را برای تعیین تکلیف در خصوص ماهیت دعوا تعیین می‌کند. علت این‌که این نظریه را رویکرد انتخاب مستقیم می‌نامند این است که ضرورتی به اعمال قواعد حل تعارض برای شناخت قانون حاکم نیست[3] و به طور مستقیم قانون ماهوی حاکم بر اختلاف مشخص می‌شود (Jones, op.cit: 911). برخی از کشورها و سازمان‌های داوری از رویکرد مستقیم برای انتخاب قانون ماهوی حاکم بر اختلاف استفاده کرده‌اند که از طریق استقراء در قوانین آن‌ها مشخص می‌شود بیشتر در نظام حقوقی رومی رژمنی قرار دارند. ماده ۱۵۱۱ قانون آیین دادرسی مدنی فرانسه قانون حاکم را قانونی می‌داند که:« دیوان داوری مناسب می‌بیند».[4] در میان قواعد داوری سازمان‌های بین‌المللی، در ماده ۳۳,۱ قواعد داوری مرکز داوری بین‌المللی دبی،[5] ماده ۳۵,۱ قواعد داوری مصوب ۲۰۱۳ مرکز داوری بین‌المللی هنگ‌کنگ،[6] ماده (۱)۲۱ مقررات داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی[7] حکم مشابهی را می‌بینیم. برای نمونه، در ماده ۲۲,۳ قواعد داوری دیوان داوری بین‌المللی لندن مصوب ۲۰۱٤ در این

1. UNCITRAL Arbitration Rules Article 35.1: The arbitral tribunal shall apply the rules of law designated by the parties as applicable to the substance of the dispute. Failing such designation by the parties, the arbitral tribunal shall apply the law, which it determines to be appropriate.

2. Appropriate law

3. Hague Conference on Private International Law, Feasibility Study on the Choice of Law in International Contracts – Special Focus on International Arbitration, 2007, p.37.

4. Article 1511 du Code de procédure civile : Le tribunal arbitral tranche le litige conformément aux règles de droit que les parties ont choisies ou, à défaut, conformément à celles qu'il estime appropriées.

5. Dubai International Arbitration Centre Arbitration Rules 2007 Art 33.1: "If and to the extent that the Tribunal determines that the parties have made no such choice, the Tribunal shall apply the law (s). or rules of law which it considers to be most appropriate."

6. Hong Kong International Arbitration Centre Administered Arbitration Rules 2013 Art 35.1: "the arbitral tribunal shall apply the rules of law which it determines to be appropriate"

7. International Chamber of Commerce Rules of Arbitration 2012 Art 21 (2): "the arbitral tribunal shall apply the rules of law which it determines to be appropriate"

باره می‌خوانیم: «دیوان داوری باید قانون یا قواعد حقوقی‌ای را اعمال کند که مناسب تشخیص می‌دهد».[1] در حقوق برخی از کشورها، قانون ماهوی حاکم را قانونی دانسته که بیشـــترین یا نزدیک‌ترین ارتباط را با قـــرارداد دارد. این مورد نیز به منزله پذیرش رویکرد مستقیم اســـت؛ چرا که قانون ماهوی به طور مستقیم انتخاب می شود. برای نمونه، طبق ماده (۲)۱۰۵۱ قانون داوری ۱۹۹۸ آلمان: « دیوان داوری قانون دولتی که موضوع اختلاف بیشتر با آن مرتبط است را اعمال خواهد کرد».[2]

۱-۱-۲. تحلیل رویکرد مستقیم

در رویکرد مســـتقیم، اختیار داور برای تعیین قانون ماهوی بســـیار گســـترده خواهد بود. اگر داور از این رویکرد اســـتفاده کند باید قانون مناســـب را انتخاب کند. قانون مناسب قانونی است که بیشترین ارتباط[3] را با قرارداد دارد (Ma, op.cit: 191). قانون محل انجام داوری،[4] قانون محل اجرای تعهـدات قراردادی، قانون محل تجاری طرفیـــن یا یکی از آن‌ها و قانون محل انعقاد عقد از جمله قوانینی اســـت که می‌تواند بیشترین ارتباط را با قرارداد داشته باشد. در هر مورد داور با در نظر گرفتن شرایط و اوضاع و احوال تجاری طرفین، قانون مناسبی که بیشتـــرین ارتباط را با قرارداد دارد بـــه عنوان قانون ماهوی انتخاب می‌کند و آن را حاکم بر ماهیت اختلاف قرار می‌دهد. رویکرد مســـتقیم دربردانده عناصر ارتباطی معنادار بین قرارداد اصلی و قانونی است که انتخاب می‌شود (Karton, 2009: 20). این رویکرد باعث می‌شود اختیار و آزادی عمل زیادی برای داور در انتخاب قانون حاکـم ایجاد شود؛ به نحوی که او بر اساس عناصر ارتباطی قرارداد، قانون حاکم مشـــخص می‌کند. هر چند تصمیم داور در این مورد، غیر قابل پیش‌بینی خواهد بود، اما داور باید دلایل توجیهی خود را برای انتخاب قانون حاکم اعلام نماید. استفاده از رویکرد مستقیم برای برای طرفین قراردادهایی که قصد ادامه دادن روابط تجاری خود را دارند، مطلوب است؛ چرا که موضوع اختلاف آن‌ها بر اســـاس قانون مناســـب حل و فصل می‌شود و داوران آزادی عمل گسترده‌ای

1. London Court of International Arbitration Rules 2014 Art 22.3: "the Arbitral Tribunal shall apply the law (s). or rules of law which it considers appropriate"
2. Germany – Arbitration Act 1998 s 1051 (2): "the arbitral tribunal shall apply the law of the State with which the subject-matter of the proceedings is mostly connected"
3. Closest connection
4. Seat of arbitration

در تعیین چنین قانونی دارند (Vogel, 2021, 122) باید یادآور شـــد قانون مناســـب، بر اســـاس هر موضوع متفاوت اســـت و برخلاف رویکرد غیر مستقیم، گستردگی و انعطاف‌پذیری دارد (De Boisséson et al., 2023, 495) پذیرش رویکرد مســـتقیم با نظریه غیر بومی شـــدن داوری نیز هم‌سو است که بر اساس آن داوری باید از قید و بند مقررات ملی آزاد شـــود و تحت حاکمیت مقررات فراملی قرار گیرد (Chenoy, 2018: 4).

۲-۱-۲. مزایای انتخاب رویکرد مستقیم

مهم‌ترین مزیت انتخاب قانون با نزدیک‌ترین ارتباط این اســـت که این قانون انعطاف‌پذیر است و باعث می‌شود داوران بتوانند در ماهیت دعوا تصمیمی اتخاذ کنند که واقع‌بینانه و قابل پذیرش از ســـوی طرفین باشد. معیار با نزدیک‌ترین ارتباط یک معیار عینی[1] برای انتخاب قانون حاکم محسوب می‌شود؛ چرا که داوران را از انتخاب غیر شـــفاف و غیر منطقی بـــاز می‌دارد و باید انتخابی کنند که با توجه به شـــرایط و اوضاع و احوال همان موضوع و موضوعات مشابه، منطقی و شفاف باشد (Schmalz, 2015: 43). طرفداران رویکرد مســـتقیم معتقدنـــد معیارهایی که داوران را به انتخاب قانون ماهوی مناســـب ســـوق می‌دهد، اغلب همان قواعد حل تعارض است؛ بدون این‌که به مشکلات ناشـــی از اعمال مقررات متناقض در قواعد حل تعارض برخورد کنـــد؛ بنابراین داور می‌تواند به طور دقیق‌تری انتخاب خود را توجیه کند (Ferrari et al. 2010: 20). البته داور باید مشـــخص کنـــد قانونی که به عنوان قانون حاکم تعیین شـــده، به چه علت مناســـب‌ترین قانون برای بررسی و حل و فصل اختلافات طرفین است (ibid: 88). به عبارت دیگر، داور باید دلایل موجهی که منجر به انتخاب قانون مناسب شده اســـت را در رأی خود اعلام کند؛ بنابراین اختیار داور در انتخاب قانون مناســـب به معنای این نیست که او بتواند هر انتخابی را انجام دهد بلکه باید انتخاب خـــود را توجیه کند و اعلام نماید که بر چه مبنایی این انتخاب را انجام داده اســـت (Schwartz et al, 2005: 241). از طرف دیگر، رویکرد مســـتقیم با رویه‌های تجاری بین‌المللی ســـازگاری بیشـــتری دارد؛ با این توضیح که در رویکرد مســـتقیم، داور از آزادی عمل گســـترده‌ای برای انتخاب قانون حاکم بر ماهیت اختلاف برخوردار است

1. Objective test

(Philip Ray, 2016: 32). ایـــن آزادی عمـــل را به طریق اولـــی طرفین اختلاف نیز دارند، اما وقتی طرفین قانون ماهوی حاکـم بر اختلافات را تعیین نمی‌کنند، این حق را به داوران داده‌انـــد؛ بنابراین آزادی داوران در انتخاب قانون ماهوی نباید محدودتر از آزادی طرفین اختلاف باشـــد. آن‌ها بایـــد بتوانند بر اساس صلاحدید خود قانون ماهـــوی را تعیین کنند، همان‌گونه که طرفین نیز بر مبنای توافقات خود قوانین ماهوی و شـــکلی حاکم بر روند داوری و اختلاف را تعیـــین می‌نمایند.[1] در واقع، رویکرد مستقیم مبتنی بر منفعت و مصلحت است و با هدف اعتبار بخشی به آزادی قراردادی مورد پذیرش قرار گرفته است. این رویکرد برای اطمینان از رعایت عدالت و انصاف بین طرفین اختلاف اســـت و بر اســـاس انتظارات و توقعات منطقی طرفین از داوری تجاری بین‌المللی مورد پذیرش قرار گرفته است (Waincymer, op.cit: 994-995). در نتیجه، انعطاف پذیری در انتـــخاب قانون حاکم،[2] تســـریع در روند داوری، عدم ضرورت اعمال قواعد حل تعارض، تطابق تصمیم داور با خواســـت طرفین و صدور رأی بر اســـاس نیازهای آن‌ها از جمله مهم‌ترین مزایـــای انتخاب رویکرد مستقیم است.

۲-۲. رویکرد غیر مستقیم

در رویکرد غیر مســـتقیم[3] انتخاب قانون حاکـــم بر ماهیت دعوا، در دو مرحله انجام می‌شـــود: در مرحله نخست، داور بر اساس قاعده حل تعارض مشخص می‌کند که قانون کدام کشور حاکم بر اختلاف است و سپس قانون ماهوی کشوری را که برابر قاعده حل تعارض صالح شناخته شده به موقع اجرا می‌گذارد و بر اساس آن به ماهیت دعوا رسیدگی می‌نماید (Jones, op.cit: 911). انتخاب داور در رویکرد غیر مستقیم، به استناد ماده ۲۸(۲) قانون نمونه آنسیترال است. بر اساس این ماده: «در صورت عدم تعیین [قانون ماهوی حاکم بر اختلاف] از ســـوی طرفیـــن، دیوان داوری باید قانونی را که به وســـیله قواعد حل تعارضِ قابل اجرا تعیین می‌شـــود، اعمال کند».[4] انتخاب

1. UNCITRAL Report, Rep. of the U. N. Common on Internationl Trade Law on the 18th Session, June 3–21, 1985, U.N. Doc. A/40/17 (Aug. 21, 1985). p. 237.
2. ICC Case No. 9875, International Court of Arbitration Bulletin (2001), p. 97.
3. Indirect approach (En)/ Voie indirecte (Fr)
4. UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration Art. 28 (2): Failing any designation by the parties, the arbitral tribunal shall apply the law determined

این رویکرد باعث می‌شـــود اختیار دیوان داوری برای تعیین قانون ماهوی محدود به انتخاب قواعد حل تعارض شود. نیاز به یادآوری است که این رویکرد نسبت به نظریه مســـتقیم قدیمی‌تر است و سابقه آن به کنوانســـیون اروپایی داوری تجاری بین‌المللی ۱۹۶۱ [1] باز می‌گردد که در بند اول ماده ۷ آن آمده بود: «در صورت عدم تعیین قانون قابل اجرا از ســـوی طرفین، داوران باید قانونی که بر اساس قواعد حل تعارض قابل اجراســـت، اعمال کنند.» [2] همین قاعده و عبارات را در ماده (۳)۱۳ قواعد داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی ۱۹۷۵ [3] می بینیم. برخی از کشورهای دنیا در قوانین داوری خود از رویکرد غیر مســـتقیم تبعیت کرده‌اند که بیشتر آن‌ها کشورهایی هستند که در نظام حقوقـــی کامن‌لا قرار دارنـــد. برای نمونه در بخـــش اس (۳)٤٦ قانون داوری ۱۹۹٦ انگلســـتان پیش‌بینی شده: «دیوان داوری باید قانونی را اعمال کند که به وسیله قواعد حقوقی حل تعارض، قابل اجرا تشخیص داده می‌شود». [4]

۱-۲-۲. تحلیل رویکرد غیر مستقیم

این شـــیوه تعیین قانون حاکم با عنوان اجرای غیر مستقیم قواعد حقوقی [5] نیز شـــناخته می‌شود (De Grandi, 2022, 43). چرا که اعمال این شیوه، به طور مستقیم منتهی به شـــناخت قانون ماهوی حاکم بر اختلاف نمی‌شود و در دو مرحله این قانون تعییـــن می‌گردد؛ داوری مکلف اســـت قواعد حل تعارض را اعمال کند تا پـــس از

---

by the conflict of laws rules, which it considers applicable.

1. European Convention on International Commercial Arbitration, Geneva, 21 April 1961

2. Article VII (1): The parties shall be free to determine, by agreement, the law to be applied by the arbitrators to the substance of the dispute. Failing any indication by the parties as to the applicable law, the arbitrators shall apply the proper law under the rule of conflict that the arbitrators deem applicable. In both cases, the arbitrators shall take account of the terms of the contract and trade usages.

3. ICC Rules of Conciliation and Arbitration 1975 Art 13 (3): The parties shall be free to determine the law to be applied by the arbitrator to the merits of the dispute. In the absence of any indication by the parties as to the applicable law, the arbitrator shall apply the law designated as the proper law by the rule of conflict, which he deems appropriate.

4. United Kingdom – Arbitration Act 1996 s 46 (3): "the tribunal shall apply the law determined by the conflict of laws rules which it considers applicable"

5. Indirect application method

آن، قانون کشـــوری را که بر اساس قواعد حل تعارض تعیین می‌شود اجرا نماید. در این رویکرد احتمال اعمـــال قواعد حقوقی کشـــور ثالث وجود دارد که ممکن است ارتباط معناداری با روابط تجاری طرفین و اختـــلافات قراردادی ایشان نداشته باشد. برای همین است که در نظریات جـــدید و قوانین روز دنیـا از این نظر کمتر استفاده شده است. در واقع این رویـــکرد قطعی و غیر قابل انـعطاف است و دارای اصـولی است که داور باید در رای خـود ذکر کند قواعد حل تـعارض به چه صـورت اعمال شده است و منتهی به شناخت چه قانونی گردیده است. رویکرد غیر مـــستقیم برای اختلافاتی استفاده می‌شـــود که جنبه حقوقی دارند و در اخـتلافاتی که واجـد وجهه موضوعی است و در خـــصوص مسائل فنی و تخصـصی است، کمتر مورد استفاده قرار می‌گیرد.

۲-۲-۲. مزایای انتخاب رویکرد غیر مستقیم

طرفداران رویکرد غیر مســـتقیم معتقدند مهم نیســـت چه قانونی توسط داور انتخاب می‌شود؛ مهم این است تصمیم داور در انتخاب قانون حاکم، موجه، منطقی و مطابق قانون باشد (Jones, op.cit: 915). از یک طرف، انتخاب قانون ماهوی به این شـــکل باعث می‌شود جریان داوری با درجه قطعیت و قابلیت پیش‌بینی بیشتری ادامه یابد (Ferrari et al., op.cit : 117-118). از طرف دیگر، رویکرد غیر مســـتقیم مبتنی بر قانون اســـت؛ چرا که برای تعیین قانـــون ماهوی باید به قواعد حل تعارض رجوع کرد؛ در نتیجه قانونی که انتخاب می‌شودآنســـیترال قاطع است و بی‌طرفی داوران نیز در حد قابل قبولی رعایت می‌گردد؛ زیرا ســـلیقه آن‌ها تأثیری در تعیین قانون ماهوی ندارد و قانون اخیر با قواعد قانونی مشـــخصی تعیین می‌شـــود. رویکرد غیر مستقیم که در قانون نمونه آنســـتیرال اســـتفاده شـــده، رویکردی محتاطانه است و برای این پیش‌بینی شده که طرفین اختلاف از رعایت قواعد حقوقی اطمینان پیدا کنند و بدانند که چگونه داوران به قانون ماهوی حاکم بر اختلاف رســـیده‌اند (Working Group Report,1983: 97). در نتیجـــه قطعیت و قابلیـــت پیش‌بینی قانون حاکم در صورت توجیه انتخاب قانون حاکم توســـط داوران (Born, op.cit: 961) و رعایت بی‌طرفی آن‌هـــا (Conrad et al., 2013: 20). از جملـــه مهم‌ترین مزایای انتخاب رویکرد غیر مستقیم است.

۳-۲. تحلیل رویکرد حقوق ایران

برابـــر ماده ۲۷,۲ قانـــون داوری تجاری بین‌المللی ایـــران: «دیوان داوری باید قانونی را که بر اساس قواعد تعارض قوانین مناسب است، اجرا کند».[1] در واقع، نظام داوری تجـــاری بین‌المللی ایران برخلاف معمول از رویه کشـــورهای کامن‌لا پیروی کرده و نظریه غیر مســـتقیم را پذیرفته اســـت. پیروی از این نظر باعث می‌شود قانون حاکم بر ماهیت داوری‌هایی که تحت شمول این قانون هستند، بر اساس سیستم حل تعارض قانون ایران تعیین شود. علت تغییر نگرش قانون‌گذار ایران در پذیرش نظریه غیر مســـتقیم را می‌توان تمایل قانون‌گذار برای اجرا و اعمال قواعد حل تعارض ملی به جای قانون مناســـب دانست؛ هر چند ممکن است قاعده حل تعارض ایران منتهی به حاکمیت قانون ماهوی کشور ایران نشود، اما حداقل قواعد حل تعارض ایران اجرا شده است. از طرف دیگر، قانون‌گذار ایران نخواسته است انتخاب قانون ماهوی حاکم بر دعوا غیر قابل پیش‌بینی شـــود. یکی دیگر از دلایل این انتخاب توســـط قانون‌گذار ایرانی این اســـت که این مقرره، عیناً از ماده ۲۸,۱ قانون نمونه آنســـیترال اقتباس شده است و ترجمه آن است؛ بنابراین قانون‌گذار بدون در نظر گرفتن مبانی و توجه به آثار چنین قاعده‌ای و بررسی انطباق یا عدم انطباق آن با حقوق داخلی، صرفاً برگردان آن را در قانون داوری تجاری بین‌المللی آورده است. همچنین رویکرد فعلی قانون داوری تجای بین‌المللی ایران باعث می‌شود قلمرو شمول این قانون کم شود؛ چرا که طرفین قـــرارداد تلاش می‌کنند با چانه‌زنی در قرارداد، قانون دیگری را حاکم بر قرارداد کنند که به داور اجازه انتخاب قانون مناسب (رویکرد مستقیم) را می‌دهد.

در قواعد داوری مراکز داوری ایرانی، وحدت رویه و هم‌سویی با قانون داوری تجاری بین‌المللی را مشـــاهده نمی‌کنیم. برابر بند ۲ ماده ۳۱ قواعد داوری ۱۴۰۲ مرکز داوری اتاق بازرگانی، صنایع، معادن و کشـــاورزی ایـــران: «در داوری‌های بین‌المللی در صورت عدم تعیین قانون توســـط طرفین، داور قانونـــی که به موجب قواعد حل تعارض مناسب تشخیص می‌دهد را اعمال خواهد کرد». این مرکز مانند قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران در قانون ماهوی حاکم بر اختلاف، رویکرد غیر مستقیم مبتنی

1. Iran – Law on International Commercial Arbitration Art 27.2: "the arbitrator shall apply the law which it considers appropriate in accordance with the conflict of laws rules"

بر اعمال قواعد حل تعارض را انتخاب کرده اســـت، امـــا در بند یک ماده ۳۶ قواعد داوری مرکز منطقه‌ای داوری تهران می‌خوانیم: «دیوان داوری باید قانونی را اعمال کند که طرفیـــن آن را به عنوان قانون حاکم بر ماهیت اختلاف تعیین کرده‌اند. در صورتی که طرفین چنین قانونی را مشـــخص نکرده باشند، دیوان داوری قانونی را که مناسب تشـــخیص دهد اعمال می‌نماید». طبق این مقرره، در داوری‌های تجاری بین‌المللی که در مرکز منطقه‌ای تهران حل و فصل می‌شـــود، در صورت عدم انتخاب طرفین، قانون مناسب حاکم بر ماهیت اختلاف خواهد بود. برابر ماده ۱۰۰ آیین‌نامه تشکیل و فعالیت مرکز داوری اتاق تعاون ایران: «داور پس از ختم رسیدگی با استعانت از خداوند قادر متعال و تکیه بر شـــرف و وجدان و با توجه به محتویات پرونده باید بر اساس قوانین و مقررات جاری و اصول و قواعد حقوقی حاکم بر ماهیت اختلاف در صورت امکان در همان جلســـه انشاء رأی نموده و یا ظرف حداکثر ظرف بیست روز از تاریخ اعلام ختم رســـیدگی، انشـــاء رأی می‌نماید». در این مقرره، هر چند به صراحت از رویکرد مستقیم صحبتی به میان نیامده است، اما به نظر می رسد که داور را در انتخاب قواعد حقوقی حاکم بر اختلاف آزاد گذاشـــته است و این به منزله پذیرش رویکرد مستقیم است؛ ضمن این‌که از قواعد حل تعارض نیز بحثی به میان نیامده است.

هر چند اســـتفاده از رویکرد غیر مســـتقیم با قواعد حقوقی سازگاری بیشتری دارد و منجر به تعیین قانون ماهوی حاکم بر اختلاف با قطعیت بیشـــتری می‌شود، اما پذیرش رویکرد مســـتقیم باعث می‌شود استقبال از داوری به عنوان یکی از شیوه‌های اصلی جایگزین حل اختلاف بیشتر شود؛ چرا که داور در انتخاب قانون ماهوی حاکم بر اختـــلاف آزادی عمل دارد؛ در واقع همان آزادی عمـــل طرفین در انتخاب قانون ماهوی حاکم بر اختلاف به داور انتقال می‌یابد. بنابراین پیشنهاد می‌شود قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران هم‌سو با سازمان‌های داوری و کشورهای نظام حقوقی رومی ژرمنی رویکرد مستقیم را بپذیرد.

۳. معیارهای انتخاب قانون مناسب یا قاعده حل تعارض

هـــر یک از معیارها و رویکردهای دوگانه از لحاظ نظری مزایا و معایبی دارد. اجرای هر یک از آن‌ها در عمل مســـائل مهمی را به دنبال خواهد داشت. اگر داور در رویکرد مستقیم، قانون مناسب را انتخاب کند، این سوال مطرح می‌شود که چه قانونی

مناسب است یا در رویکرد غیر مستقیم این مسأله و چالش اساسی وجود دارد که از قواعد حل تعارض چه کشوری برای شناخت قانون حاکم می‌توان استفاده کرد. در ادامه نظرات و راه‌حل‌های این دو چالش اساسی بررسی می‌شود و نحوه اجرای رویکردهای مستقیم و غیر مستقیم را در عمل می‌بینیم.

۱-۳. رویکرد مستقیم در عمل

در رویکرد مستقیم، داور بر اساس ماده ۳۵,۱ قواعد داوری آنسیترال قانون مناسب را انتخاب می‌کند؛ این مسأله مطرح می‌شود که چه قانونی مناسب است؟ در پاسخ به این سوال، چهار راه‌حل ارائه شده است که عبارت است از: قانون مقر داوری، قانون ماهوی محل تجارت معمول طرفین، قانون محل انعقاد عقد و قانون محل اجرای عقد. در انتخاب قانون مناسب، دو نکته حائز اهمیت است: نخست، آزادی داوران در انتخاب قانون مناسب، یک صلاحیت نامحدود نیست، بلکه انتخابی است که باید هم‌سو با توافق طرفین و خواسته-های آنان از قرارداد باشد (Born, op.cit: 2644-2645). دومین نکته این است که قانون مناسب ممکن است یک قانون ملی باشد که به قرارداد طرفین ارتباط نزدیکی دارد و به علت پیشرفته بودن، داوران آن را انتخاب کرده اند (Lew et al, op.cit : 73). نیاز به یادآوری است که هیچ یک از راه حل‌های زیر را نمی‌توان به طور قاطع برگزید، بلکه داور پس از احراز قصد مشترک طرفین و توجه به قرارداد، یکی از آن‌ها را برمی‌گزیند.

۱-۱-۳. قانون ماهوی کشور مقر داوری

اعمال قاعده ماهوی کشور مقرِ داوری[1] توسط داور، یک راه‌حل ساده و بدون پیچیدگی است. در مورد آیین داوری، قاعده این است که در صورت عدم انتخاب طرفین، قانون مقر داوری بر جریان شکلی اختلاف حکومت کند.[2] این قاعده را می‌توان در مورد قانون ماهوی نیز اجرا کرد، اما پذیرش این نظر با غیر بومی کردن داوری[3] و خواست مشترک تلویحی طرفین در تعارض است. اعمال این قاعده از یک

1. The law of the seat of the arbitration

2. Steyn J in Paul Smith v. H&S Holdings Inc., [1992] two Lloyd's Rep. 127 at 130.

۳. غیر بومی کردن داوری یا خروج داوری از حکومت قانون ملی تحت عنوان Delocalization شناخته می‌شود که با بین‌المللی کردن داوری Internaionalization متفاوت است؛ اولی به دنبال آزاد کردن داوری از حاکمیت قواعد داخلی است و دومی به دنبال یکنواخت کردن قواعد داوری است.

سو باعث می‌شود داوری وابسته به قوانین یک کشور خاص شود و از سویی دیگر با قصد مشترک طرفین در تعارض است؛ چرا که اگر طرفین می‌خواستند به حاکمیت این قانون تصریح می‌کردند و عدم تصریح ایشان به منزله عدم پذیرش این قانون است (Park, op.cit: 22). در نتیجه این انتخاب به شدت محدود[1] است و باعث می‌شود داور مقید به قانون مقر داوری باشد و نتواند قانون دیگری را برگزیند (Lew et al, op.cit: 68; Born, op.cit: 2633). حسن اعمال این قاعده آن است که قانون حاکم بر اختلاف قابل پیش‌بینی است. همچنین یک انتخاب ساده و در دسترس است و اعمال این قاعده با حاکمیت دولت‌ها نیز هم‌سو است و مورد پذیرش دادگاه‌های ملی است. در زمان نظارت دادگاه‌های ملی بر جریان داوری، اعمال قاعده مقر داوری توسط داور باعث می‌شود دادگاه‌های یاد شده فهم بیشتری از قانون اخیر داشته باشند و با تسلط بیشتری در خصوص موضوع اختلاف و قانون حاکم نظر بدهند؛ چرا که قانون ملی کشور متبوع آن‌هاست. انتخاب قواعد ماهوی مقر داوری به عنوان قانون مناسب در حال کاهش است، اما همچنان کشورهایی مانند بحرین و مالت از داوران می‌خواهند که قوانین ملی خود را که همان قانون مقر داوری است اعمال کنند (Winni, op.cit: 204-205).

۲-۱-۳. قانون ماهوی محل تجارت معمول طرفین

محل تجارت معمول طرفین جایی است که فعالیت تجاری آن‌ها به طور مستمر در آن محل انجام می‌شود (Merriam-Webster, 2022). ممکن است گفته شود قانون محل تجارت معمول طرفین، قانون مناسب است، اما این سوال مطرح می‌شود که قانون ماهوی محل تجارت کدام‌یک از طرفین چنین صلاحیتی دارد و اگر طرفین محل‌های تجاری متعددی داشته باشند، محل معمول تجارت آن–ها، کدام محل است. در زمان اختلاف، تعارض منافع طرفین به اندازه‌ای است که انتخاب یک قانون ماهوی امکان‌پذیر نیست. اگر داور قانون ماهوی محل تجارت متعهد یا متعهدٌله را انتخاب کند، هیچ یک با قصد طرفین سازگاری ندارد؛ چرا که هیچ ترجیحی بین طرفین قرارداد وجود ندارد و هر یک حقوق و تعهداتی را به عهده دارند. به نظر می‌رسد انتخاب قانون ماهوی محل تجارت معمول یکی از طرفین می‌تواند به عنوان

1. Limited direct choice

یک راه‌حل در زمان انعقاد قرارداد باشـــد؛ به عبارت دیگـــر، در زمان انعقاد قرارداد، طرفین می‌توانند توافق کنند که قانون ماهوی محل تجارت متعهد یا متعهدٌله حاکم بر ماهیت اختلاف آن‌ها باشد. این راه‌حل برای تعیین قانون ماهوی حاکم بر اختلاف در فرض سکوت طرفین مناسب نیست.

۳-۱-۳. قانون ماهوی کشور محل انعقاد عقد

محل انعقاد عقد جایی است که آخرین جزء تراضی در آن‌جا به وقوع پیوسته اســـت (کاتوزیان، ۱۳۹۳: ۳۷۱). اگر قانون ماهوی کشـــوری کـــه عقد در آنجا منعقد شده اســـت را به عنوان قانون مناســـب انتخاب کنیم، دو مزیت دارد: نخست این‌که، در بســـیاری موارد محل انعقاد عقد مشخص اســـت؛ و دوم آن‌که، این قانون با قصد طرفین منطبق اســـت؛ چرا که بنا به یک قاعده پذیرفته شـــده، تعهدات ناشی از عقود، تابع محل وقوع عقد است. این قاعده در ماده ۹٦۸ قانون مدنی ایران نیز منعکس شده اســـت. برابر این ماده: «تعهدات ناشی از عقود تابع قانون محل وقوع عقد است؛ مگر این‌کـــه متعاقدین اتباع خارجه بوده و آن را صریحـــاً یا ضمناً تابع قانون دیگری قرار داده باشـــند». انتخاب قانون ماهوی کشور محل انعقاد عقد با دکترین غیر بومی یا غیر محلی کردن داور در تعارض است و باعث می‌شود قانون ملی کشور محل وقوع عقد حاکم بر اختلاف باشد.

٤-۱-۳. قانون ماهوی کشور محل اجرای تعهدات قراردادی

محل اجرای عقد جایی اســـت که تعهدات قـــراردادی متعهد باید در آن محل اجرا شود. ممکن است داوران قانون کشور محل اجرای عقد را قانون مناسب بدانند؛ چرا که در این محل اســـت که اختلافات ایجاد می‌شود و طرفین نیاز به قانون حاکم پیدا می‌کننـــد. در فرضی که اختلاف طرفین در خصوص ایفـــای تعهدات قراردادی اســـت، اعمال قانون محـــل اجرای قرارداد در زمان اجرای رأی داور باعث می‌شـــود اجرای رأی با ســـرعت و سهولت بیشتری انجام شود؛ چرا که رأی صادره با مقررات داخلی کشور محل ایفای عقد منطبق است. از این جهات است که قانون کشور محل انعقاد عقد، قانون مناسب تلقی می‌شود.

۲-۳. رویکرد غیر مستقیم در عمل

در رویکرد غیر مستقیم داور باید طبق ماده (۲)۲۸ قانون نمونه آنسیترال، قانون ماهوی کشوری را اعمال کند که بر اساس قواعد حل تعارض صالح شناخته می‌شود؛ به این صورت که داور پس از اعمالِ قاعده حل تعارض، قانون حاکم بر اختلاف را مشخص می‌کند. قاعده حل تعارض یا قواعد تعارض قوانین قواعدی هستند که تنها به تعیین قانونی که باید بر موضوع معینی حکومت نماید اکتفا می‌کند و مسأله مطروحه را به طور مستقیم حل نمی‌کند (الماسی، ۱٤۰۰: ۱٦). در مقابل قاعده حل تعارض، قاعده ماهوی یا مادی قرار می‌گیرد که عبارت است از قواعدی که مربوط به اصل دعوی بوده و مستقیماً مسأله متنازعٌ‌فیه را حل می‌کند؛ بدون این‌که برای رفع اختلاف و حل دعوی به قانون دیگری ارجاع دهند (همان: ۱۷). در رویکرد غیر مستقیم، وظیفه داوران انتخاب قاعده حل تعارض است و این مسأله مطرح می‌شود قاعده حل تعارض چه کشوری باید انتخاب شود؟ در پاسخ به این سوال، چهار راهکار پیشنهاد شده است: اعمال قواعد حل تعارض کشور مقر داوری، استفاده از قواعد حل تعارض کشوری که بیشترین یا نزدیک‌ترین ارتباط با قرارداد را دارد، اعمال قاعده حل تعارض اقامتگاه طرفی که عملکرد مشخصی در قرارداد دارد و معیار ترکیبی. هر یک از این چهار راهکار را در ادامه بررسی می‌کنیم.

۱-۲-۳. اجرای قواعد حل تعارض مقر داوری[1]

از لحاظ تاریخی، بسیاری از دیوان‌های داوری از قواعد و سیستم حل تعارض کشور مقر داوری استفاده می‌کنند و پس از آن، قانون ماهوی حاکم بر اختلاف را مشخص می‌نمایند. توصیف به موجب قانون مقر دادگاه با در نظر گرفتن استثنائات آن از قواعد پذیرفته شده در حقوق بین‌الملل خصوصی است (همان: ۸۰). انتخاب قواعد حل تعارض کشور مقر داوری به علت این است که داوری نهادی شبه قضایی است؛ در نتیجه همان طور که محاکم دولتی قواعد حل تعارض کشور مقر دادگاه را اجرا می‌کنند، داوران نیز قواعد حل تعارض کشور مقر داوری را اعمال می‌نمایند (Born, op.cit: 2629). رویه عملی دادگاه‌های ملی به داوری تجاری بین‌المللی نیز نفوذ کرد و باعث شد داوران قاعده حل تعارض کشور مقر داوری را انتخاب کنند. سهولت

1. Conflict of laws rules of the seat of the arbitration

انتخاب قاعده حل تعارض مقر داوری باعث نمی‌شود مشکلات و چالش‌هایی که این انتخاب دارد فراموش شود. یکی از مهم‌ترین دلایلی که امروز از این نظر کمتر استفاده می‌شـــود این است که مقر داوری اساســاً ارتباطی با اختلاف ندارد یا دارای کمترین ارتباط با آن است. عموماً مقر داوری با توجه به مقتضیات موضوع و خصوصاً رعایت بی‌طرفی انتخاب می‌شـــود و حتی ممکن است ارتباطی با طرفین، قرارداد و اختلاف ایشان نداشته باشد و حتی با قصد آن‌ها در تعارض باشد. در یکی از آراء قدیمی اتاق بازرگانی بین‌المللی این‌گونه آمده است: «مناسب است که قانون مقر داوری را حذف کنیم؛ چرا که ارتباط آن با پرونده به شـــدت ضعیف اســـت».[1] نویسندگان حقوقی نیز بر این موضوع تأکید کرده و گفته‌اند که عدم تمایل به اســـتفاده از قانون حل تعارض کشـــور مقر داوری در راســـتای غیر محلی و غیر بومی کردن داوری و خروج آن از قواعد داخلی کشـــورها مطلوب اســـت (Lando, 1998: 234). استفاده از این قاعده باعث می‌شود آزادی طرفین در انتخاب قانون حاکم از بین برود و آن‌ها مقید به قاعده حل تعارض کشـــور مقر داوری باشند. اجرا و اعمال قواعد حل تعارض مقر داور بر دو فرض نادرســـت استوار شده است. بر اساس فرض نخست، دیوان داوری به مانند دادگاه دولتی باید قوانین ملی مقر خود را رعایت کنند. این فرض درســـت نیســـت؛ چرا که اساســاً ارجاع امر به داور بر اساس اصل آزادی اراده و عدم تمایل مراجعه به دادگاه‌های ملی بوده اســـت. طبق فرض نادرست دوم، قواعد حل تعارض ملی نه تنها بـــرای داوری‌های داخلی، بلکه باید برای داوری‌های تجاری بین‌المللی اعمال شـــود. چنین فرضی هم نادرست است؛ به علت دخالت یک رکن بین‌المللی، داوری تجاری بین‌المللی با داوری داخلی متفاوت اســـت و اساســاً هدف داوری تجاری بین‌المللی رها شـــدن از قید و بندهای قوانین داخلی کشورهاست. قطعی و قابل پیش‌بینی بودن قانون حاکم (Greenberg et al., 2004: 279) و قابلیت اجرای این قانون در کشـــور مقـــر داوری از جمله مزایای اعمال این روش محســـوب می‌شـــود. مخالفان این نظر معتقدنـــد که انتخاب این قانون با قصد واقعی طرفین در تضاد اســـت؛ چرا که ممکن است هیچ ارتباط مشخصی بین قاعده حل تعارض کشور مقر داوری و قرارداد اصلی وجود نداشته باشـــد. از طرف دیگر ممکن است انتخاب مقر داوری تصادفی باشد و

1. Award in ICC Case n 1422 101 JDI (Clunet). 844 (1974), Born, op.cit, p 1287.

صرفاً بر اســـاس مصالحی مانند دوری یا نزدیکی طرفین یا داوران انتخاب شده باشد؛ بنابرایـــن نمی‌تواند مبنای انتخاب قانون حاکـــم قرار گیرد (Lew et al. op.cit : 52). همچنین این نظریه با غیر بومی کردن داوری ناســـازگار اســـت؛ بر اساس این نظریه، دیوان داوری نباید به هیچ کشوری وابسته باشد و تحت تاثیر آن قرار گیرد (Ferrari et al., op.cit,: 90).

۲-۲-۳. معیار بیشترین[1] یا نزدیک‌ترین ارتباط[2]

بر اساس این معیار، داوران قوانین حل تعارض کشوری را انتخاب می‌کنند که بیشـــترین یا نزدیک‌ترین ارتباط را با اختلاف دارد (Fouchard et al.op.cit : 143). اســـتفاده از این معیار، با قصد ضمنی طرفین ســـازگاری بیشتری دارد؛ چرا که اوضاع و احوال و قصد مشـــترک طرفین قرارداد بر این اســـتوار است که قاعده حل تعارض کشوری انتخاب شود که مرتبط با قرارداد باشد. استفاده از قاعده حل تعارض کشوری که بیشترین یا نزدیک‌ترین ارتباط با قرارداد را دارد، از اصول پذیرفته شده در حقوق بین‌الملل خصوصی است. استفاده از این روش باعث می‌شود مناسب‌ترین قاعده حل تعارض برای تعیین قانون ماهوی حاکم بر اختلاف تعیین شـــود که ارتباط نزدیکی با قرارداد دارد. در این نظر، دیوان داوری وظیفه دارد بر اســـاس عناصر مرتبط با قرارداد و شرایط و اوضاع و احوالی که طرفین عقد را بر مبنای آن منعقد کرده‌اند، قاعده حل تعارض را انتخاب کند. معیار نزدیک‌ترین ارتباط در رویکرد مســـتقیم نیز وجود دارد، اما در نظریه اخیر منجر به شـــناخت قانون ماهوی به طور مســـتقیم می‌شود؛ لیکن در رویکرد غیر مســـتقیم صرفاً قاعده حل تعارض را تعیین می‌کند؛ بدون این‌که به طور مســـتقیم در حل و فصل اختلاف نقش داشته باشد. اگر بر اساس موافقت‌نامه داوری یا قانون ملی، داور ملزم به اســـتفاده از قواعد حل تعارض کشـــوری باشد که بیشتری ارتباط را با قرارداد داشـــته باشد، این راه حل اختیار گسترده‌ای برای داور در انتخاب قاعده حل تعارض ایجاد می‌کند. این کشـــور می‌تواند کشوری باشد که محل انعقاد یا اجرای قرارداد اســـت. انتخاب این روش باعـــث عدم قطعیت انتخاب قانون حاکم بر ماهیت دعوا در داوری تجاری بین‌المللی می‌شود و یک وظیفه دشوار و مهم به عهده

1. Conflict of laws rules of State most closely connected to the dispute
2. Closest connection test

داور است (Mukhopadhyay, 2013: 122).

۳-۲-۳. معیار ترکیبی[1]

از معیار ترکیبی به طور گسترده در داوری تجاری بین‌المللی استفاده می‌شود. در این شیوه برای تعیین قاعده حل تعارض از تمامی سیستم‌های حقوقی که با اختلاف مرتبط هستند، استفاده می‌شود. در این شیوه، تمامی عناصر ارتباط با اختلاف بررسی می‌شود و تمامی قواعد کشورهای درگیر در دعوا مشخص می‌گردد و سپس قواعد کشوری که بیشتری ارتباط با قرارداد دارد، به عنوان قاعده حل تعارض انتخاب می‌شود (Fouchard et al., op.cit: 872). برای نمونه، در پرونده شماره ۷۳۱۹ اتاق بازرگانی بین‌المللی،[2] داور واحد قواعد حل تعارض دو کشور فرانسه و ایرلند را انتخاب کرد. قواعد این دو کشور، ارتباط مستقیمی با اختلاف بین طرفین داشت و هر دوی قوانین، منتهی به انتخاب قانون ماهوی کشور ایرلند به عنوان قانون حاکم بر اختلاف شد. در معیار ترکیبی در بیشتر مواقع با «تعارض کاذب»[3] قوانین مواجه هستیم که بر اساس آن هیچ‌گونه تعارضی بین قوانین کشورهای درگیر در اختلاف وجود ندارد و قواعد حل تعارض تمامی سیستم‌های حقوقی درگیر در اختلاف، قانون ملی یک کشور خاص را صالح به رسیدگی می‌دانند (Born, op.cit: 2649).

٤. انتخاب محدود در مقابل انتخاب نامحدود

یکی دیگر از چالش‌های اساسی داوران در تعیین قانون حاکم در فرضی که طرفین نسبت به آن سکوت کرده‌اند این است که در انتخاب قاعده حل تعارض یا قانون مناسب، داوران مقید به قوانین ملی هستند یا می‌توانند قواعد حقوقی فراملی و بین‌المللی را نیز اجرا کنند. انتخاب قواعد حقوقی فراملی و بین‌المللی در هر دو رویکرد، اختیار عمل بیشتری را به داوران می‌دهد؛ چرا که این مقررات گسترده‌اند و انتخاب داوران از میان این قواعد با سهولت بیشتری انجام می‌شود. در این حالت داوران مقید به قانون خاصی نیستند و بین مقررات بین‌المللی یا حتی عرف‌های تجاری به عنوان یک قاعده حقوقی می‌توانند انتخاب کنند (Working Group Report, op.cit: 110-111). پذیرش این نظر با دکترین غیر بومی یا غیر محلی

1. Cumulative method
2. ICC Case No. 7319, Yearbook Commercial Arbitration (1999), p. 145.
3. False conflict

کردن داوری نیز مطابقت دارد که بر اســـاس آن طرفیـــن اختلاف و داور در انتخاب قانون حاکم بر داوری از اســـتقلال بیشتری برخوردار هســـتند و می‌توانند مستقل از نظام‌های ملی و محلی، قانون حاکم را انتخاب کنند. باید در نظر داشـــت که اصطلاح قواعد حقوقی[1] شـــامل اصول کلی حقوقی، عرف‌های تجـــاری و اصول منعکس در کنوانسیون‌های بین‌المللی می‌شـــود (Blessing, 1997: 55). برخی معتقدند انتخاب قانون مناســـب ماهوی در رویکرد مستقیم، صرفاً باید از بین مقررات قانونی کشورها انتخاب شـــود و داوران نمی‌توانند از قواعد حقوقی در انتخاب مستقیم استفاده کنند، اما در رویکرد غیر مســـتقیم، قاعده حل تعارض برای انتخاب قواعد ماهوی می‌تواند یک قاعده پذیرفته شده حقوقی یا یک عرف تجاری مسلم باشد. این عقیده را باید رد کرد و گفت در هر دو رویکرد، امکان انتخاب اصول کلی حقوق بین‌الملل خصوصی، قواعد حقوقی و مقررات کنوانســـیون‌ها و معاهـــدات بین‌المللی به جای قوانین ملی وجود دارد. اگر طرفین بر اســـاس اصل آزادی قراردادی می–توانند در قرارداد داوری هر قانون یا قاعده حقوقـــی را حاکم بر ماهیت اختلاف خود کنند، داوران نیز باید از چنین اختیاری برخوردار باشد و در نتیجه در رویکرد مستقیم و غیر مستقیم در تعیین قانون مناســـب یا قاعده ماهوی، به هر قانون یا قاعده حقوقی‌ای اعم از ملی یا فراملی اســـتناد کنند. مهم این است که انتخاب داوران شفاف باشد و مشخص شود که بر چه مبنایی انجام شده است (Working Group Report, op.cit: 91)؛ بنابراین‌اگر داوران در انتخاب قانون ماهوی، قاعده‌ای بین‌المللی را انتخاب کنند، با آزادی عمل داوران که از آزادی طرفین نشأت می‌گیرد منطبق است. انتخاب قوانین بین‌المللی مناسب باعث تقویت جنبه‌های بین‌المللی داوری می‌شود و هم‌سو با نظریه غیر بومی شدن داوری و عدم تبعیت از قوانین ملی کشورهاست.[2] البته انتخاب این قانون با جنبه‌های بین‌المللی باعث می‌شود نتایج غیر قابل پیش‌بینی ایجاد شود و قانونی حاکم بر اختلاف شود که مطلوب طرفین نیســـت و ممکن است شـــناختی از آن نداشته باشند (Ferrari et al., op.cit : 89). به نظر می‌رســـد داوران در انتخاب چنین قانونی در صورتی مجازند که طرفین چنین مجوزی به آن‌ها داده باشـــند؛ این مجوز می‌تواند صریح یا ضمنی باشد

1. Rules of law
2. Internationalising or delocalising effects of arbitration

و از اوضـــاع و احوال حاکم بر قضیه مورد اختلاف برآید؛ در غیر این صورت داوران نمی‌توانند قانون مناســـب را از بین قواعد بین‌المللـــی انتخاب کنند (Born, op.cit : 2663). برخی از ســـازمان‌های داوری با هدف غیر محلی و غیر بومی کردن داوری، قواعـــد بین‌المللی را اجرا می‌کنند. این روش در داوری‌هـــای موردی و داوری‌هایی که حداقل یکی از طرفین آن دولتی باشـــد، اعمال نمی‌شـــود؛ چرا که دولت ها اصرار دارند قوانیـــن دولتی خود را به اجرا بگذارند؛ طرفیـــن در داوری‌های موردی تمایل دارند قوانین ملی کشـــورها که قطعیت بیشتری دارد اجرا شـــود. اجرای قوانین ملی کشـــورها باعث می‌شود در زمان اجرای رای داور، دادگاه‌های ملی با سهولت بیشتری نســـبت به شناســـایی و اجرای رای داور اقدام کنند. ویژگی مهم قواعد بین‌المللی این اســـت که ارتباطی با قواعد ملی ندارد و فراملی است. قواعد حل تعارض بین‌المللی می‌تواند اصول کلی حقوق بین الملل خصوصی نیز باشـــد. در این روش داور باید در جست‌وجوی اصول پذیرفته شده رایج در نظام‌های حقوقی باشد (Fouchard et al., op.cit : 873). از جمله این مقررات بین‌المللی می‌توان به کنوانسیون رُم و کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا اشاره کرد. هر چند استفاده از این قواعد هنوز مرسوم نیست، اما با توجه به وحدت حقوق خصوصی، استفاده از این قواعد در آینده دور از ذهن نیست. انتخاب قواعد حل تعارض بین‌المللی مانند قواعدی که در کنوانســـیون رم آمده است این حُســـن را دارد که با اهداف داوری بین‌المللی ســـازگار است؛ چرا که هدف این نوع داوری، توجه به مقررات بین‌المللی و تصمیم بر اســـاس آن است. از طرف دیگر باعث می‌شـــود قانون ماهوی حاکم، قانونی بی‌طرف، کارا، قابل پیش‌بینی و قابل اجرا باشـــد (Born, op.cit : 2650)، اما این عیب مهم را نیز دارد که اجماع جهانی برای پذیرش آن وجود ندارد و به‌رغم تلاش‌هایی که صورت گرفته، وحدت جهانی ایجاد نشـــده است و هنوز اختلافات عمیقی در مقررات حل تعارض بین‌المللی وجود دارد (Born, op.cit : 2650; Lew et al. op.cit : 66; Greenberg et al. op.cit : 57). به نظر می‌رسد که اگر بخواهیم رای داور به صورت واقع‌بینانه و معقول[1] صادر شود، باید بـــه داوران این اختیار را بدهیم که به صورت نامحـــدود قانونی را انتخاب کنند که نزدیک‌ترین ارتبـــاط را با اختلاف دارد. در این صورت همان آزادی‌ای که طرفین

1. Objectively and reasonably

قرارداد در انتخاب قانون حاکم دارند به داوران داده ایم (Working Group Report, op.cit : 95). در هر حال، آنچه که داوران انتخاب می کنند باید قطعی و مسلم باشد و معیارهایی که برای انتخاب قانون حاکم در نظر گرفته می‌شـــود، در گردشکار رای داور منعکس شود (Waincymer, op.cit : 995-996).

برآمد

۱- تعیین قانون ماهوی حاکم بر اختلاف در صورت عدم انتخاب آن از سوی اصحاب دعوا، یک مسأله چند وجهی با آثار قانونی، عملی و حتی روانی متعدد است که بر جریان داوری تأثیر به سزایی دارد؛ چرا که این قانون به طور مستقل قدرت اجرایی دارد و در نتیجه دعوای مطروحه کاملاً موثر است. تعیین این قانون باعث می‌شود یکی از طرفین بر اساس آن ذی نفع شناخته شود و طرف دیگر محق نباشد. عدم قطعیت و غیر قابل پیش‌بینی بودن قانون ماهوی حاکم در صورت عدم انتخاب طرفین اختلاف، از چالش‌های اساسی انتخاب قانون مذکور است که با اهداف داوری تجاری بین‌المللی مانند شفافیت مسیر داوری و مشخص بودن حقوق و تکالیف اصحاب دعوا سازگار نیست.

۲- برای قاعده‌مند کردن تصمیم داوران و دوری از هر گونه شائبه جانبداری، در وهله نخست دو معیار اساسی برای داوران پیش‌بینی شده است: انتخاب مستقیم قانون ماهوی از طرق انتخاب قانون مناسب و انتخاب غیر مستقیم با بررسی قواعد حل تعارض. در انتخاب مستقیم این چالش اساسی وجود دارد که چه قانونی حاکم بر اختلاف است؛ قانونی با نزدیک‌ترین ارتباط یا قانون مقر داوری یا سایر قوانین مرتبط؟ اگر داوران معیار غیر مستقیم را برگزینند، این مسأله مطرح می‌شود که قواعد حل تعارض چه کشوری باید اجرا شود. چالش بعدی این است که داوران مقید به قوانین ملی کشورها هستند یا می‌توانند از قواعد حقوقی یا مقررات بین‌المللی یا فراملی استفاده کنند.

۳- بررسی قوانین داوری کشورهای پیشرفته در زمینه داوری و سازمان های داوری نشان می‌دهد که آن‌ها در قوانین خود، یکی از دو راه حل انتخاب مستقیم یا غیر مستقیم را برگزیده‌اند؛ بدون آن که در مورد انتخاب قوانین فراملی یا بین‌المللی در مقابل انتخاب قوانین ملی از یک سو و انتخاب محدود یا نامحدود حاوی حکمی باشند. به نظر می‌رسد که داوران در انتخاب قانون حاکم بر اختلاف از آزادی عمل گسترده‌ای برخوردار هستند؛ چرا که طرفین این آزادی عمل را دارند و قوانین کشورها اصل حاکمیت اراده طرفین را پذیرفته است؛ بنابراین داوران همان اختیاری را دارند که طرفین قرارداد در انتخاب قانون ماهوی حاکم بر اختلاف دارا هستند. در نتیجه، آن‌ها

در انتخاب رویکرد مستقیم یا غیر مستقیم در مرحله اول و در انتخاب قواعد ملی یا بین‌المللی یا حتی عرف‌های تجاری و اصول حقوق بین الملل خصوصی در مرتبه دوم آزاد هستند؛ اما انتخاب آن‌ها باید موجه و منطقی و بر اساس منطق حقوقی صورت گیرد و استدلال آن‌ها در انتخاب قانون حاکم در زمان صدور رأی ذکر شود؛ این انتخاب نباید باعث کندی روند داوری شود و نیز با خواست طرفین و قصد مشترک آن‌ها و انتظارات ایشان از قرارداد و ارجاع اختلافات به داوری باید هم‌سو باشد.

٤- در حقوق فعلی ایران، قانون ماهوی حاکم بر اختلاف بر اساس بند ۲ ماده ۲۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی تعیین می‌شود. بر اساس این بند از ماده یاد شده، داور باید قواعد حل تعارض را اعمال کند تا منتهی به شناخت قانون ماهوی حاکم بر اختلاف شود. به همین علت، حقوق ایران به خلاف معمول، شیوه کشورهای کامن‌لا در مورد انتخاب این راه حل برگزیده شده است. کشورهایی که این شیوه را برگزیده‌اند، تمایل دارند به نحوی قواعد خود را حاکم بر داوری کنند؛ در حالی که انتخاب این شیوه توسط قانون ایران، لزوماً منتهی به حاکمیت قوانین ماهوی ایران نمی‌شود و لازم است با نیازهای روز دنیا، این رویکرد با قبول حاکمیت اراده تغییر کند.

فهرست منابع

الف. فارسی

* جنیـــدی، لعیـــا (۱۳۷٦)، **قانون حاکم بر داوری‌های تجـــاری بین‌المللی**، چاپ نخست، تهران: دادگستر.

* جوهر، سعید (۱٤۰۱)، **داوری تجاری بین‌المللی**، تهران: جاودانه.

* خدابخشـــی، عبدالـــه (۱٤۰۳)، **حقوق داوری و دعاوی مربـــوط به آن در رویه قضایی**، چاپ پانزدهم، تهران: شرکت سهامی انتشار.

* شیروی، عبدالحسین (۱۳۹۸)، **داوری تجاری بین‌المللی**، تهران: سمت.

* صفایی، حســـین (۱۳۷۲)، «**تعیین قانـــون حاکم بر ماهیت دعوی در داوری‌های بین‌المللی**»، نشریه دانشکده حقوق دانشگاه تهران، شماره پیاپی ۱۱٤۲.

* علـــی‌دادی ده‌کهنه، علی و جوهری، ابوذر (۱٤۰۳)، **حقوق داوری کاربردی همراه با رویه قضایی ایران و بررسی مقررات آنسیترال**، چاپ هفتم، تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه.

* کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۷)، **قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی**، تهران: میزان.

* کاتوزیان، ناصـــر (۱۳۹۳)، **دوره حقوق مدنی، قواعـــد عمومی قراردادها**، جلد نخست، چاپ دوازدهم، تهران: شرکت سهامی انتشار.

* الماسی، نجادعلی (۱٤۰۰)، **تعارض قوانین**، تهران: مرکز نشر دانشگاهی.

* مافی، همایون (۱۳۹۷)، **شـــرحی بر قانون داوری تجاری بین‌المللی**، چاپ دوم، تهران: جنگل.

ب. انگلیسی و فرانسوی

* Abdulhay, S (2004). **Corruption in International Trade and Commercial Arbitration,** London: United Kingdom: Kluwer Law International.

* Annalisa De Grandi, Laurent Posocco, Patrick Posocco, **Droit commercial**, Ellipses, 2022.

* Ansari, J.A (2014). **Party Autonomy in Arbitration: A Critical Analysis** (ISSN: 1553-9865). <http://www.sciencepub.net/research-

er> accessed 12 August, 2015.

❋ Blackaby, N., Partasides, C., Redfern, A., & Hunter, M (2015). **Redfern and Hunter on international arbitration** (Sixth edition.). Oxford, United Kingdom: Oxford University Press.

❋ Blessing, M (1997). **Choice of Substantive Law in International Arbitration**, 14 (2). J. INT'L ARB. 39.

❋ Born, G (2020). **International commercial arbitration** (Third edition.). Alphen aan den Rijn, The Netherlands: Kluwer Law International.

❋ Chenoy, C (2018). **Theory of Delocalization in International Commercial Arbitration**, Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=3521053 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3521053.

❋ Conrad, N, Münch, P, Black-Branch, J, (2013). **International commercial arbitration: standard clauses and forms: commentary**, Basel, Switzerland: Helbing Lichtenhahn.

❋ De Boisséson M., Madesclair J., Fouchard C., **Le droit français de l'arbitrage,** 2023, Lextenso.

❋ Ferrari F, Silberman, L (2010). **Getting to the Law Applicable to the Merits in International Arbitration and the Consequences of Getting it Wrong**, 7 (26). REVISTA BRASILEIRA DE ARBITRAGEM 73.

❋ Fouchard, P., Gaillard, E., Goldman, B., & Savage, J (1999). **Fouchard, Gaillard, Goldman on international commercial arbitration**. The Hague ; Boston: Kluwer Law International.

❋ Greenberg, A. J., Yanowitz, J. L., & Schedl, P (2004). The Drosophila GAGA Factor is required for Dosage Compensation in Males and for the Formation of the Male-Specific-Lethal Complex Chromatin Entry Site at 12DE. Genetics, 166 (1).

❋ Jones, D (2014). **Choosing the Law or Rules of Law to Govern the Substantive Rights of the Parties**, Singapore Academy of Law Journal 26.

❋ Karton, J (2009). **Party Autonomy and Choice of Law: Is International Arbitration Leading the Way or Marching to the Beat of its Own Drummer?** (November 19, 2009). University of New Brunswick Law Journal, 2010, Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=1509764 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1509764.

❋ Lando, O (1998). **Dicey & Morris, the Conflict of Laws: A Review.** International and Comparative Law Quarterly, 47 (2).

❋ Lew, Mistelis, L. A., & Kröll, S (2003). **Comparative International Commercial Arbitration** / by Julian D.M. Lew, Loukas A. Mistelis, Stefan M. Kröll. Kluwer Law International.

❋ Louis Vogel, **Du droit commercial au droit économique**, 2021, LGDJ, 21e edition.

❋ Ma, W, (2015). **The Law Applicable to the Substance of Arbitral Disputes: Arbitrators' Choice in Absence of Parties' Choice** (November 30, 2015). Contemporary Asia Arbitration Journal, Vol. 8, No. 2.

❋ Mistelis, B, George A. Bermann and Loukas A (2011). **Mandatory Rules in International Arbitration**, New York: Juris Publishing.

❋ Morris & Collins, (2010). **The Conflict of Laws**, London: Sweet & Maxwell, 14th Ed, Vol. 2.

❋ Mukhopadhyay, R (2013). **The Possible Conflict of Law Rules Employed in International Commercial Arbitration to Discern the Governing Law: An Analysis**, Indian Journal of Arbitration Law 2, 110

❋ Park, William W (2008). **Non-Signatories and International Contracts: An Arbitrator's Dilemma** (January 1, 2008). Two Dispute Res. Int'l 84.

❋ Petche, MA, (2010). **International Commercial Arbitration and the Transformation of Conflict of Laws Theory**, Michigan State Journal of international law.

❋ Philip Ray, Ph, (2016). **Private Dispute Resolution in International Business: Negotiation, Mediation, Arbitration**, (3rd revised ed.), by Klaus Peter Berger, Arbitration International, Volume 32.

❋ Schmalz, G, (2015). **Arbitration in Germany – The Model Law in Practice**, 2nd edition, § 1051 ZPO.

❋ Schwartz EA, Derains, Y (2005). **Guide to the ICC Rules of Arbitration**, Alphen aan den Rijn, The Netherlands: Kluwer Law International BV, 2nd edition.

❋ Shackelford, E (2006), **Party Autonomy and Regional Harmonization of Rules in International Commercial Arbitration**, vol. 67 University of Pittsburgh Law Review 897.

❋ Waincymer, J. M (2012). **Procedure and Evidence in International Arbitration** (First Ed.). Kluwer Law International.

❋ Wilson Odoe, L O, **"Party Autonomy and Enforceability of Arbitration Agreements and Award as the Basis of Arbitration"** (January 2014). Thesis Submitted for the Degree of Doctor of Philosophy at the University of Leicester 48; Michael Pryles, "Limits of Party Autonomy in Arbitral Procedure".

❋ Working Group Report II, Rep. **of the Working Grp. on Int'l Contract Practices on the Work of Its 6th Sess.**, Aug. 29–Sept. 9, 1983, U.N. Doc. A/CN.9/245 (Sept. 22, 1983).

❊ Wortmann, B (1998). **Choice of Law by Arbitrators: The Applicable Conflict of Laws System**, Arbitration International, Volume 14, Issue 2.

مجله حقوقی دادگستری

مقاله پژوهشی/ دوره ۸۸/ شماره ۱۲۷/ صفحات: ۱۱۴-۹۷
تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۱۱/۰۱ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۹/۰۴

تحلیلی بر «تلفن مورد نیاز مدیون» به عنوان یکی از مصادیق مستثنیات دین

احسان نعمتی[۱]
سیدحسن حسینی مقدم[۲]

چکیده

ماده ۲۴ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی مصوب ۱۳۹۴ در قالب مستثنیات دین، حداقل‌های لازم برای تداوم یک زندگی معمولی و از جمله «تلفن مورد نیاز مدیون» را برشمرده و از توقیف مصون داشته است. شیوه درج این عبارت در قانون مذکور، بروز چالش‌هایی را حین اجرای حکم موجب شده است.

پرسش اصلی پژوهش حاضر، شرایط لازم برای شناسایی تلفن به عنوان مستثنیات دین و شرایط توقیف آن است که با استفاده از روش کتابخانه‌ای و رویکرد توصیفی و تحلیلی، به این پاسخ می‌رسد که اطلاق «تلفن مورد نیاز مدیون»، متعلقات آن را نیز در بر می‌گیرد و معیار اولیه جهت شناسایی نیاز و شأن محکوم، نوعی است، اما در موارد خاص می‌توان به معیار شخصی نیز توجه کرد. همچنین چنانچه تلفن، مورد نیاز محکوم و در شأن او بوده و یا ابزار کسب و کار و اثاثیه مورد نیاز برای زندگی وی باشد، تحت حمایت مستثنیات دین است. در موارد لوکس و غیرمتعارف بودن تلفن و متعلقات آن، تعدد خطوط تلفن محکوم، قرض بودن یا تعهد داشتن به استرداد تلفن و یا معرفی تلفن توسط محکوم، امکان توقیف فراهم خواهد بود.

واژگان کلیدی: مستثنیات دین، تلفن مورد نیاز، دائن، مدیون، توقیف، مزایده.

---

۱. کارشناس ارشد حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه مازندران، بابلسر، ایران
ehsannemati@umz.ac.ir

۲. دانشیار گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه مازندران، بابلسر، ایران. (نویسنده مسوول)

s.h.hoseinimoghadam@umz.ac.ir

درآمد

هنگامی‌که شخص طلبکار موفق به وصول مطالبات خـود از شـخص بدهکار نشود، ناچار به معرفی اموال آن شخص به محاکم قضایی می‌شـود تا از طریق فروش آن اموال، به طلب خود دست پیدا کند و اصل بر امـــکان وصـول محکوم‌به از اموال محکوم‌علیه است، لذا مستثنی شدن مال از این قاعده، خلاف اصل می‌باشـــد که نیاز به تصریح دارد (حیاتی، ۱۳۹۰: ۱۷۷). در این مـیان، اموالی وجود دارد که مقنن آن‌ها را تحت حمایت خود قرار داده و به عنوان «مستثنیات دین»[1] شنـــاسایی نموده است که مورد نیاز شـــخص مدیون و خانواده اوست و لذا توقیف و فروش آن‌ها ممـــنوع می‌باشد.

مســـتثنیات دین ریشـــه در تاریخ تمام ادیـــان و نظام‌های حقوقی دارد و در قوانیـــن و مقررات جدید، مقرره‌هایی تحت همین عـــنوان وضع گردیده اســـت که امـــوال ضروری و مورد نیاز مدیون را از توقیف جهـــت فروش در امان نگه می‌دارد (شاه‌حســـینی انگاسی، ۱٤۰۱: ۲٤). به عبارتی، در اکثر نظام‌های حقوقی، چنین نهادی مورد شناســـایی قرار گرفته اســـت که صرفاً در مصادیق تعیین شده، مقداری تفاوت وجود دارد.

در تعریف مستثنیات دین بیان داشـــته‌اند: «اموالی که در برابر قانون در هنگام اجرای حکم و قرار یا ســـند رســـمی مشـــمول مقررات اجرای‌حکم نبوده و توقیف نمی‌شـــوند و به ضرر مالک مدیون به فروش نمی‌رســـند» (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷: ٦٤۷). برخی دیگر نیز بیان داشته‌اند: «برخی از اموال مدیون که برای ادامه حیات وی ضروری است، باید از دسترس محکوم‌له به دور باشد که این تأسیس، مستثنیات دین نام دارد» (مافی و حسینی، ۱۳۹۰: ۱٤۷).

فقها تعریفی از مستثنیات دین ارائه نداده و صرفاً به بیان مصادیقی از آن بسنده نموده‌اند. به عنوان مثال، خانه و مانند آن را از مســـتثنیات دین دانســـته‌اند که مدیون برای تأدیه دین مجبور به فروش آن نمی‌شود و فروختن بر او واجب نیست (موسوی خمینی، ۱٤۱۳: ٦۱۸-٦۱۷). فقهای دیگری به قابل فروش نبودن منزل مدیون در مقام

---

۱. دین به معنای قرض یا وام و جمع آن دیون می‌باشد (معین، ۱۳۷٦: ۱۵۹) و به‌معنای مقروض شدن و وام گرفتن نیز به‌کار رفته است (دهخدا، ۱۳۷٤: ۱۰٤۵).

مطالبه دیون اشاره داشته‌اند (شیخ طوسی، ۱۳٦٤: ۱۹۸؛ کلینی، ۱۳٦٥: ۹۷) که به مرور بر دایره مصادیق مستثنیات دین افزوده شده است تا این‌که برخی از فقهای امامیه بیان داشته‌اند هر چیزی که عرفاً نیازهای ضروری انسان را برطرف نماید، در حکم مستثنیات دین است و ثمن لازم جهت تهیه دارو، مداوا و حتی هزینه‌های لازم جهت پذیرایی از میهمان را شامل می‌شود (روشن، ۱۳۸۳: ۳۰).

در مستثنیات دین مصادیقی شناسایی شده است که بیشتر به نیازهای اساسی و بنیادین یک زندگی معمولی (حداقل نیازها) توجه دارد؛ نیازهایی که حامی حیات و حیثیت، شرافت و کرامت انسانی است و اقتضاء آن دارد که ضروریات و مایحتاج شخص مدیون و خانواده‌اش در پناه باشند و توقیف نشود. با توجه به ماده ۲٦ قانون نحوه اجرای محکومیت مالی[1] قواعد مستثنیات دین صرفاً در خصوص اشخاص حقیقی جاری است؛ به عبارت دیگر، اگر یک شخص حقوقی محکوم به پرداخت مالی به‌شخص دیگری شود، مقررات مستثنیات دین جاری نمی‌گردد. در ماده ٥۲٤ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹ مواردی تحت عنوان مستثنیات دین ذکر شده است که مدتی بعد، مجدد مصادیقی در قانون نحوه اجرای محکومیت مالی مصوب ۱۳۹٤ تحت همین عنوان درج شد که به نظر، ماده ٥۲٤ را نسخ کرده است. با این‌توصیف، در حال حاضر در ارتباط با مستثنیات دین، قانون نحوه اجرای محکومیت مالی به عنوان قانون مؤخر حاکم است. در خصوص تشخیص مصادیق مستثنیات دین، در ماده ۲٦ آیین‌نامه اجرایی قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی مصوب ۱۳۹۹ بیان شده است: «تشخیص مصادیق مستثنیات دین مذکور در ماده ۲٤ قانون و کم و کیف آن با رعایت عرف و اوضاع و احوال فعلی شخص، با دادگاه مجری حکم است. دادگاه می‌تواند در صورت نیاز موضوع را به کارشناس ارجاع نماید».

با وجود اهمیت عملی موضوع، در آثار حقوق‌دانان چندان به این مهم توجه نشده است و صرفاً در برخی آثار حقوقی (محسنی، ۱۳۹٥: ۱۰۰؛ شمس، ۱۳۹۸: ۳۷۹؛

---

۱. ماده ۲٦ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی: «احکام مندرج در این قانون جز احکام راجع به حبس محکوم‌علیه، اعسار و مستثنیات دین حسب مورد در مواردی که محکوم‌علیه شخص حقوقی باشد نیز مجری است و نسبت به مدیران و مسئولان متخلف اشخاص حقوقی مطابق قانون مجازات اسلامی عمل می‌شود».

شاه‌حسینی انگاســی، ۱۴۰۱: ۸۷؛ موسوی، ۱۴۰۲: ۱۱۲)به صورت اجمالی به بررسی این موضوع پرداخته‌اند؛ لذا در پژوهش حاضر ســعی شده است ضمن توجه به منابع مذکــور و بهره‌گیری از آراء قضایی و نظریه‌های مشــورتی، این موضوع به صورت همه‌جانبه بررسی شود.

۱. مبانی شناسایی تلفن مورد نیاز به عنوان مستثنیات دین

در قوانین موضوعه کشور، علاوه بر ماده ۵۲۴ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومــی و انقلاب در امور مدنی، در ماده ۲۴ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی به درج مصادیقی از مســتثنیات دین توجه شده است. ماده ۲۴ مستثنیات دین را صرفاً شامل منزل مسکونی که عرفاً در شأن محکوم‌علیه در حالت اعسار او باشد، اثاثیه مورد نیاز زندگی برای رفع حوائج ضروری محکوم و افراد تحت تکفل وی، آذوقه موجود بــه قدر احتیاج محکــوم و افراد تحت تکفل وی برای مدتی کــه عرفاً آذوقه ذخیره می‌شود، کتب و ابزار علمی و تحقیقاتی برای اهل علم و تحقیق متناسب با شأن آن‌ها و وسایل و ابزار کار کسبه، پیشه‌وران، کشاورزان و سایر اشخاص که برای امرار معاش ضروری آن‌ها و افراد تحت تکفلشان لازم است و مبلغی که ضمن عقد اجاره به موجر پرداخت می‌شــود، مشروط بر این‌که پرداخت اجاره‌بها بدون آن موجب عسر و حرج شود و عین مستأجره مورد نیاز مدیون بوده و بالاتر از شأن او نباشد می‌داند و در بند «و» ایــن ماده، بر «تلفن مورد نیاز» محکوم تاکید دارد. مفهوم تلفن مورد نیاز و قلمرو آن برای دادگاه‌ها، اصحاب دعوی و وکلای آنان روشــن نیست؛ به ویژه در جایی که شــخص دارای چند تلفن و سیم‌کارت بوده یا افزون بر تلفن همراه، دارای تلفن ثابت نیز باشد، میزان ابهام بیشتر خواهد شد.

اساســاً تلفن خانگی و خط آن، تلفن همراه و ســیم کارت آن، لازم و ملزوم یکدیگر هســتند و به نظر می‌رسد قصد مقنن از به کارگیری عبارت «تلفن مورد نیاز مدیــون» این بوده که شــخص مدیون از این طریق به امور و مشــاغل روزمره خود بپردازد تا زندگی او با اخلال مواجه نشود. حال اگر خط تلفن یا سیم‌کارت از شمول مســتثنیات دین خارج شــود و طلبکار بتواند آن‌ها را توقیف کنــد، دیگر تلفن ثابت خانگی و تلفن همراه بدون خط و ســیم‌کارت، قســمت اعظمی از کارایی خود را از دســت می‌دهد و این امر با غایت مقنن از وضع مســتثنیات دین در تعارض می‌باشد

و زندگی شـــخص مدیون را با چالش‌های اساسی مواجه می‌سازد؛ لذا به نظر می‌رسد لازم است که سیم‌کارت و خط تلفن نیز تحت عنوان «تلفن مورد نیاز مدیون» مشمول حمایت مســـتثنیات دین قرار گیرد تا مصالح و منافع شخص مدیون به شکل مناسبی تأمین شود.

در حالت کلی، در خصوص یک شـــخص بدهکار نمی‌تـــوان گفت که فلان اموال او همواره جزء مستثنیات دین است؛ چون با احتساب شأن، شخصیت و جایگاه اجتماعی و شـــرایط زندگی محـــکوم، این امکان وجود دارد که برخی از اموال وی، تحت شـــمول مستثـــنیات دین قرار گیـــرد و برخی دیگر خارج از آن باشـــد. معیار تشخیص مستثنیات دین، عرف است و برای تشخیص ملاک عرف، باید ضوابط نوعی مورد نظر قرار گیرد؛ مگر در مواردی خاص که ضابطه شـــخصی ملاک قرار می‌گیرد (شاه‌حسینی انگاسی، ۱٤۰۱: ۱۷-۱٦). به عنوان مثال، در مورد تلفن همراه که یکی از ابزارهای کاربردی و مورد نیاز وکلا است، این سؤال مطرح می‌شود که داشتن چه مدل تلفنی در شـــأن یک وکیل است؛ تلفن ســـاده یا لوکس؟ سیم‌کارت اعتباری یا دائمی؟ شماره رند یا معمولی؟ یک سیم‌کارت یا چند سیم‌کارت؟ با این تفاسیر، می‌توان بیان داشـــت که ملاک اصلی و اولیه جهت تشـــخیص مورد نیاز بودن تلفن و خط، ملاک نوعی است.

۲. شرایط قانونی شمول حکم مستثنیات دین بر تلفن

جهت این‌که مصداق تلفن در چارچوب مســـتثنیات دیـــن قرار گیرد، نیازمند وجود شرایطی است که در ادامه به آن پرداخته می‌شود.

۲-۱. ضرورت در اختیار داشتن تلفن برای محکوم

امروزه داشـــتن تلفن و لوازم آن به یک حق اجتماعی و شهروندی تبدیل شده اســـت؛[1] چرا که نمی‌توان کارکردهای گســـترده آن را نادیده گرفت. تلفن پاسخ‌گوی مناســـبی به مواردی همچون ایجاد حس امنیت (در ســـایه در دسترس بودن)، حس تعلق خاطر داشـــتن، برقراری ارتباط، نیاز به عزت نفس و خوداظهاری است (جوادی

۱. به عقیده برخی حقوق‌دانان، بر خلاف ســـایر مصادیق مستثنیات دین که ممکن است مبنای آن‌ها، حق بشـــر و حق حیات باشـــد، مبنای مصـــداق تلفن مورد نیاز چنین نبـــوده و علت این‌که در قالب مستثنیات دین قرار گرفته، بیشتر به دلیل بی‌ارزشی مادی شماره‌های کارکرده و ارزشمندی معنوی آن از جهت «شناخته شده بودن از سوی مردم» است (محسنی، ۱۳۹۵: ۱۰۰).

یگانه و دیگران، ۱۳۹۰: ۵۰). اهمیت در اختیار داشتن تلفن، زمانی برجسته‌تر می‌شود که روش‌های ارتباطی و نهادهایی که امروزه تلفن جایگزین آن‌ها شـــده است، غالباً منسوخ شده و دیگر در جامعه وجود نداشته و در اختیار محکوم‌نیست. به این خاطر، توقیف تلفن، محکوم را در حالت مرگ مدنی قرار می‌دهد و موجبات فشار مضاعف بر وی را فراهم می‌سازد. استفاده از تلفن، جهت دسترسی به خدمات عمومی و دولتی مانند خدمات بانکی و پرداخت قبوض، بر اهمیت دسترسی به تلفن افزوده و جلوه‌گر این واقعیت است که زندگی بشری تحت تأثیر خدمات الکترونیکی و فضای مجازی است؛ در زمینه‌های تجاری، اقتصادی و اجتماعی جهت بهره‌مندی از خدمات گسترده الکترونیکی در ســـامانه‌ها یا نرم‌افزارها، این موضوع نهفته است که بهره‌مندی از چنین خدماتی، مســـتلزم در اختیار داشـــتن یک تلفن با قابلیت‌های حداقلی همچون مجهز بودن به سیستم اندروید است. به عقیده برخی حقوق‌دانان، قطع این وسیله ارتباطی و شـــبکه‌های اجتماعی و نرم‌افزارهای متصل به آن برای چند روز و حتی چند ساعت، اخلال جدی در زندگی بسیاری از شهروندان ایجاد می‌نماید و از این حیث، تلفن یک وسیله ضروری و حتمی اســـت و درج عبارت «مورد نیاز» در متن مقرره، حشو زاید می‌باشد (موسوی، ۱۴۰۲: ۱۱۲).

در زمینه مسائل قضایی نیز مقنن با تصویب آیین‌نامه نحوه استفاده از سامانه‌های رایانه‌ای یا مخابراتی مصوب ۱۳۹۵ در خصوص ابلاغ الکترونیکی از طریق سامانه ثنا، فرض اولیه را بر این دانســـته که هر شهروندی دارای تلفن همراه و پست الکترونیکی است و به عبارتی، داشـــتن تلفن و پست الکترونیکی را بدیهی دانسته است. چنانچه در تبصره ۲ ماده ۱۰ بیان داشـــته اســـت: «در صورتی‌که مخاطـــب فاقد تلفن همراه و پســـت الکترونیکی باشد، مرکز موظف است پســـت الکترونیکی ملی قضایی برای مخاطب ایجاد کند تا اطلاع‌رسانی ابلاغ از طریق آن انجام پذیرد». هم‌چنین به موجب ماده ۱۳ آیین‌نامه مذکـــور و ماده ۸ آیین‌نامه ارائه خدمات الکترونیک قضایی، وصول الکترونیکی اوراق قضایی به حساب کاربری مخاطب در سامانه ابلاغ، ابلاغ محسوب می‌شـــود. به عقیده برخی، تحقق این امر اقتضاء دارد شهروندان دارای تلفن همراه و اینترنت باشـــند و هر روز و به طور پیوسته حســـاب کاربری خود را مشاهده نمایند (وجدانی و دیگران، ۱۴۰۱: ۱۹۷).

بـــا این توصیـــف، در روزگاری که اکثریت مردم دارای تلفـــن همراه و بعضاً تلفن خانگی هســـتند و حتی در دورترین نقاط کشور، اشخاص فاقد توانایی خواندن و نوشـــتن، یک تلفن همراه یا خانگی در اختیار دارند، به نظر می‌رسد داشتن تلفن و لوازم آن برای هر شـــهروندی دور از تصور نباشد و به ثواب نزدیک‌تر است که مورد نیاز بودن یک خط تلفن با امکانات معمولی و ســـیم‌کارت را یک معیار نوعی بدانیم؛ مگر این‌که در مقام وصول طلب، خود شـــخص از داشـــتن آن صـــرف نظر یا اعلام بی‌نیازی کند یا دادگاه مورد نیاز نبودن تلفن را برای محکوم تشخیص دهد و یا این‌که محکوم‌له با ارائه مدارکی، مورد نیاز نبودن تلفن محکوم را به اثبات برســـاند؛ منتها در عمل این‌گونه نیســـت، چنان‌که در نظریه مشورتی شـــماره ۷/۹۵/۱۰۱۳ – ۱۳۹۵/۵/۲ اداره کل حقوقی قوه قضاییه بیان شـــده، ملاک این اســـت که خط و گوشـــی تلفن، مورد نیاز محکوم باشد و تشخیص مورد نیاز بودن با دادگاه اجرا کننده حکم است و قیمت فی‌نفســـه تعیین‌کننده نیست، بلکه نوع و نحوه کاربردی که تلفن برای رفع نیاز محکوم‌علیه دارد، ملاک تشخیص مورد نیاز بودن است (معاونت حقوقی قوه قضاییه، ۱۳۹۷: ٦٤).

گاه نیز ممکن اســـت محکوم مدعی شود که خط تلفن در حال توقیف، همان شماره تلفنی است که در سامانه ثنا ثبت شده و اطلاع‌رسانی‌های سامانه مذکور به این شـــماره صورت می‌گیرد و با این استدلال سعی در اثبات مورد نیاز بودن و به عبارتی اولویت داشـــتن خط تلفن مذکور نماید. به نظر می‌رسد چنین استدلالی صحیح نبوده و محکوم می‌تواند خط تلفن جدیدی را در ســـامانه ثنا به ثبت برساند تا اطلاع‌رسانی به خط جدید صورت گیرد. به عبارت دیگر، آن‌چه اولویت دارد، اثبات احتیاج و نیاز محکوم است که عرف نیز پذیرای آن باشد.

در نهایـــت با توجه به قانـــون نحوه اجرای محکومیت‌هـــای مالی باید گفت مهم‌ترین شـــرطی که باعث می‌شـــود تلفن و ملحقات آن (اعم از خط و شـــارژر) در شـــمول مســـتثنیات دین قرار گیرد، این اســـت که مورد نیاز محکوم باشد این امر در خصوص هر شخصی ممکن است متفاوت باشد و به تشخیص مقام قضایی است.

۲-۲. در شأن محکوم بودن تلفن

معیـــار در شـــأن بودن[۱] از جمله نـــوآوری های مقنن در قانـــون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی می‌باشـــد که در قوانین گذشـــته سابقه‌ای نداشته است. به عنوان مثال، برای استاد دانشگاه، مهندس ســـاختمان، انبوه‌ساز، پزشک یا وکیل دادگستری، خانه‌ای با زیربنای سیصد متر با امکانات و تجهیزات متناسب، از نظر عرف در شأن و متناسب با جایگاه او است و برای یک کارمند شرکت خصوصی تازه تأسیس، فراتر از شأن محسوب می‌شود. شأن هر شخص با توجه به جایگاه اجتماعی و مقام او متفاوت از دیگری است و این تفاوت ممکن است از ثروت، تحصیلات، شغل و مانند آن ناشی شده باشد که توسط مقام صادر کننده حکم ارزیابی می‌گردد؛ لذا شرایط زندگی افراد و نوع ابزار و وسایلی که برای ادامه زندگی به کار می‌گیرند، با توجه به درجه کرامت و شرافت آن‌هاست (شاه‌حسینی انگاسی، ۱٤۰۱: ۳٦).

در خصـــوص تلفن نیز همین حکم جاری اســـت؛ چنانچه محکوم دارای یک تلفن ساده باشد و امور خود را با همان تلفن پیش می‌برد، قواعد مستثنیات دین حاکم خواهد بود، اما ممکن اســـت مدیون یک گوشی لمســـی با امکانات بسیار بالا از یک برند لوکس همراه با یک خط رند چند صد میلیونی در اختیار داشـــته باشـــد؛ در این فرض، علاوه بر مورد نیاز بودن، باید بررسی کرد که داشتن چنین تلفن یا چنین خط رندی در شـــأن محکوم‌علیه اســـت یا خیر. در چنین حالتی، اگر گوشی تلفن یا خط مربوط در شأن محکوم باشـــد و از قضا نیازهای وی را برطرف سازد، در صورتی‌که لوکس بودن تلفن یا رند بودن خط به تشـــخیص مقام قضایی، قابل مسامحه باشد، در قالب مســـتثنیات دین قابل حمایت خواهد بود؛ در غیر این صورت و در فرض این‌که اختلاف قیمت گوشـــی لوکس و خط مربوط نســـبت به گوشی‌های دیگر موجود در

---

۱. تبصـــره ۱ ماده ۲٤ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی: «چنانچه منزل مســـکونی محکوم‌علیه بیش از نیاز و شـــأن عرفی او در حالت اعســـارش بوده و مال دیگری از وی در دســـترس نباشـــد و مشارالیه حاضر به فروش منزل مسکونی خود تحت نظارت مرجع اجرا کننده رأی نباشد به تقاضای محکوم‌له به وسیله مرجع اجرا کننده حکم با رعایت تشریفات قانونی به فروش رفته و مازاد بر قیمت منزل مناسب عرفی، صرف تأدیه دیون محکوم‌علیه خواهد شد مگر این‌که استیفای محکوم‌به به طریق ســـهل‌تری مانند اســـتیفا از محل منافع بخش مازاد منزل مسکونی محکوم علیه یا انتقال سهم مشاعی از آن به شـــخص ثالث یا طلبکار امکان‌پذیر باشد که در این صورت محکوم به از طرق مذکور استیفا خواهد شد».

بازار که دارای همان کارکرد هستند، زیاد باشد، بدون شک می‌توان آن تلفن و خط را به جهت دارا بودن جنبه تجملاتی توقیف نمود و در صورت اقتضاء می‌توان با قیمت بسیار کمتری، تلفن همراه متناسب با شأن و نیاز وی خریداری کرد؛ چنان‌که در دادنامه شماره ۱٤۰۳٦۸۳۹۰۰۰۲۸٤۱۹۲ صادره از شعبه ۲۰ دادگاه عمومی حقوقی تهران به این مهم اشاره شده است: «اگر بشود وسیله‌ای با قیمت کمتر تهیه کرد که آن نیاز را برطرف نمود و کرامت محکوم خدشه‌دار نشود، باید عملیات اجرایی ادامه یابد و آن‌چه در شأن و مورد نیاز است تهیه و مابقی به محکوم‌له پرداخت شود».

۳-۲. ابزار کسب و کار بودن تلفن محکوم

از جمله مواردی که در قالب مستثنیات دین تحت حمایت مقنن قرار گرفته است، وسایل و ابزار کار کسبه موضوع بند هـ ماده ۲٤ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی است. اشتغال به برخی مشاغل مستلزم داشتن تلفن و خط مربوط است. به عبارتی، زندگی شغلی و حرفه‌ای شخص به آن تلفن و خط بستگی دارد؛ لذا چنین توقیفی با نابودی موقعیت شغلی شخص همراه است؛ همانند رستورانی که شماره تلفن آن بر سر زبان اهالی یک شهر قرار گرفته و یا یک مؤسسه اتومبیل کرایه‌ای که شماره آن بر ذهن اهالی یک روستا نقش بسته است؛ لذا توقیف آن خط به معنای از بین رفتن درآمد آن شخص یا مجموعه خواهد بود و به عبارتی، آن خط تمام اعتبار آن شخص است و توقیف آن باعث می‌شود شخص در وضعیت عسر و حرج قرار گیرد.

در خصوص قابلیت توقیف گوشی و خط تلفن رند و گران‌قیمت محکوم که ابزار کسب و کار وی است، برخی بیان داشته‌اند ممکن است محکوم خدمتی ارائه نماید که مراجعان و مخاطبان وی صرفاً از طریق همان خط تلفن، امکان تماس با وی را داشته باشند و از این‌رو، توقیف و فروش خط تلفن باعث سختی امرار معاش محکوم و خانواده‌اش شود؛ در این حالت باید خط تلفن را به عنوان ابزار کار شخص تلقی کرد که قابل بازداشت نیست (شمس، ۱۳۹۸: ۳۷۸). برخی دیگر از حقوق‌دانان بیان داشته‌اند استفاده از شماره تلفن‌های رند در بازار آکنده از تجمل‌پرستی از سر نیاز و ضرورت شغلی نیست و شماره تماس رند، تأثیری در جذب مشتری نخواهد داشت؛ لذا منطقی نیست که اجازه داده شود محکوم برای اشباع خوی تجمل‌خواهی،

شماره تلفن چند میلیارد تومانی در اختیار داشته باشد (موسوی، ۱٤۰۲: ۱۱۳).

جهـــت تعدیل این دو دیدگاه، می‌تـــوان معیارهایی را ارائه داد؛ از جمله ایجاد افتـــراق در توقیف میان خطوطی که از ابتـــدا گران‌قیمت و خاص بوده (دارای ارزش ذاتی هســـتند) و خطوطی که ارزش ذاتی نداشته، اما به‌جهت شناخته شدن شماره نزد دیگران ارزش پیدا کرده‌اند؛[1] مشروط بر این‌که توقیف، منجر به عسر و حرج محکوم و از بین رفتن کســـب و کار وی نشود و شغل وی از جمله مشاغلی نباشد که شدت وابستگی بالایی با یک تلفن و خط خاص داشته باشد و تمام اعتبار آن شغل، در گرو موارد مذکور باشد.

همین امر در خصوص تلفن همراه نیز حاکم است و ممکن است تلفن همراه دارای قابلیت‌هایی باشـــد که تبدیل به وســـیله کاری و ابزار اشتغال شخص شود. به عنوان مثال، یک کارشناس نشـــریه نیازمند تلفن همراهی با قابلیت ایجاد، پشتیبانی و ویرایش فایل‌هایی با فرمت‌های خاص اســـت تا بتواند در هر زمان و مکان، مقاله‌های ارسالی از سوی نویسندگان را مشـــابهت‌یابی نموده و مورد بررسی اولیه قرار دهد و پنل نشـــریه را مدیریت کند. این تلفن لازمه اشتغال و کسب درآمد آن شخص است و تلفن‌های معمولی طبیعتاً قابلیت‌های چنین تلفنی را نخواهد داشـــت و از این حیث قابل جایگزینی نخواهند بود.

٤-۲. اسباب مورد نیاز برای زندگی

گوشـــی تلفن خانگی از جمله اموالی اســـت که تحت عنوان جهیزیه یا اثاثیه مورد نیاز زندگی از ســـوی زوجین تهیه می‌شـــود که در قالب بند ب ماده ۲٤ قانون نحوه اجرای محکومیت مالی قابلیت شناســـایی تحت عنوان مستثنیات دین را خواهد داشت؛ مشروط بر این‌که مدل و جنس تلفن متعارف باشد و در صورت خاص بودن، به گونه‌ای باشـــد کـــه در مقام توقیف بتوان از آن چشم‌پوشـــی کرد که آن‌هم نیازمند تشخیص قضایی است.

به عقیده برخی، در صورتی که در منزل محکوم، چندین گوشـــی تلفن وجود داشـــته باشد، مازاد بر نیاز محکوم قابل توقیف است و چنانچه گوشی تلفن خانگی با

---

۱. برخی دیگر از نویســـندگان بیان داشته‌اند که ارزش معنوی «شناخته شده بودن شماره نزد دیگران» بیشتر از ارزش ذاتی آن شماره است (محسنی، ۱۳۹۵: ۱۰۰).

مارک دارای ارزش بالایی باشد، می‌توان با کسر مقداری از ثمن حاصل از فروش، نیاز متعارف محکوم را برطرف کرد (موسوی، ۱٤۰۲: ۱۱۵). با این توصیف، می‌توان بیان کرد که یک تلفن خانگی از نوع معمولی و متعارف به جهت این‌که از جمله اسباب مورد نیاز برای زندگی است، در زمره مستثنیات دین خواهد بود.

۳. موارد قابل توقیف بودن تلفن محکوم

در این بخش به بررسی و تبیین حالت‌هایی که تلفن محکوم قابل توقیف است می‌پردازیم.

۱-۳. لوکس و غیر متعارف بودن

در مواردی که تلفن و ملحقات آن صرفاً برای سرگرمی و استفاده شخصی و تجملاتی در اختیار محکوم باشد و ضرورتی جهت داشتن آن شناسایی نشود، تلفن و ملحقات آن از شمول مستثنیات دین خارج می‌باشد. گاهی اوقات تلفن و خط دارای شرایط و مختصاتی است که ارزش بسیار بالایی دارد، به عنوان مثال، گوشی دارای برند خاصی است که با قیمت یک اتومبیل برابری می‌کند و یا شماره خطی بدین لحاظ که آسان به خاطر سپرده می‌شود، چندین برابر یک خط معمولی قیمت دارد که بیش از شأن مدیون در وضعیت خاص مدیونیت است.

به عقیده برخی، در مورد گوشی‌های گران‌قیمت با مارک ارزشمند و گاه لوکس و تجملاتی، شرط مورد نیاز بودن وجود ندارد؛ چون این‌شرط ناظر بر وسیله‌ای است که نیازهای ضروری شخص را برآورده سازد؛ نه آن‌که توقعات غیر ضروری محکوم را تأمین نماید (موسوی، ۱٤۰۲: ۱۱٤). بخشی از نظریه مشورتی شماره ۷/۹۵/۱۰۱۳ به تاریخ ۱۳۹۷/۵/۲ اداره حقوقی قوه قضاییه که آورده است تلفن مورد نیاز محکوم صرف نظر از قیمت و ارزش آن، جزء مستثنیات دین به حساب می‌آید، قابل ایراد است؛ چراکه تأدیه دین محکوم‌له به مراتب واجب‌تر از در اختیار داشتن تلفن لوکس و خط رند است و بر فرض این‌که محکوم مدعی مورد نیاز بودن تلفن باشد، ضرورت دارد دادگاه حمایت را تا جایی به عمل آورد که قابل تسامح باشد و تصمیم ایشان منجر به تشویق معضل اجتماعی لوکس‌گرایی نشود. در مقابل، برخی حقوق‌دانان بیان داشته‌اند که خطوط تلفنی به‌جهت عرضه گسترده‌ای که در سال‌های اخیر داشته‌اند، جز در موارد شماره‌های رند، ارزش چندانی ندارند (محسنی، ۱۳۹۵: ۱۰۰). به نظر

می‌رسد دامنه ارزشمندی خطوط تلفنی صرفاً محدود به شماره‌های رند نباشد، بلکه خطوطی که دارای پیش شماره‌های خاص است یا در گذشته در اختیار افراد مشهوری بوده‌اند و یا از سوی عموم مردم شناسایی شده است، در زمره خطوط ارزشمند قرار دارد و در چنین حالتی می‌توان آن را به مزایده گذاشت تا شخص دائن به طلب خود دست پیدا کرده و شخص مدیون نیز یک تلفن و خط متناسب با شأن و وضعیت خود تهیه نماید.

۲-۳. متعدد بودن تلفن‌های متعلق به محکوم

همگام با حمایت از محکوم جهت قرار نگرفتن در وضعیت عسر و حرج، باید نیم‌نگاهی به حقوق محکوم‌له داشت که در پی تعلل و غفلت محکوم، در دست‌یابی به‌طلب‌هایش ناکام مانده است. لذا هنگامی‌که محکوم از تلفن و خطوط متعدد هرچند معمولی بهره‌مند است، ضرورت دارد با زیاده‌خواهی مقابله کرد و از فروش خطوط و تلفن‌های متعدد وی ابایی نداشت و وفق قاعده شئون عرفی رفتار نمود و خطوط و تلفن‌های مازاد نام‌برده را جهت وصول طلب به‌فروش گذاشت؛ زیرا در حالت معمول، یک تلفن و خط پاسخ‌گوی نیازهای شهروندان است؛ مگر در حالتی که شخص مشغله‌های متعدد یا منصب‌های متفاوت داشته باشد که ضرورت و اقتضای دسترسی به تلفن و خطوط متعدد را برای وی ایجاب نماید. مقنن از واژه «تلفن مورد نیاز مدیون» بهره جسته که قابلیت توقیف تلفن‌های متعدد را به ذهن متبادر می‌سازد؛ مگر این‌که تعدد به جهت قرار داشتن در قالب ابزار کار یا اثاثیه منزل وی باشد که آن هم نیازمند تشخیص قضایی است.

۳-۳. موضوع قرض بودن یا متعهد بودن محکوم به استرداد تلفن

از مواردی که باعث می‌شود تلفن محکوم و متعلقات آن از شمول مستثنیات دین خارج و توقیف شود، این است که منشاء خریداری آن، قرض یا مال موضوع تعهد به استرداد باشد. در صورت اثبات این امر که محکوم وجه یا مال دریافتی از محکوم‌له را به قصد فرار از پرداخت دین، به تلفن یا خط آن تبدیل نموده، باتوجه به ماده ۲۵ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی[1] امکان بهره‌مندی از مستثنیات دین

۱. ماده ۲۵ قانون نحوه اجرای محکومیت مالی: «چنانچه منشاء دین، قرض یا در اختیار گرفتن اموالی از دیگران به موجب هر قرارداد دیگری باشد و محکوم‌علیه از بدو امر قصد عدم تادیه دین یا تبدیل آن به یکی از مستثنیات دین به منظور فرار از تادیه را داشته باشد، هر مالی که در عوض اموال مذکور

منتفی می‌شـــود. با این توصیف، به موجب این مقرره، سوء استفاده از مستثنیات دین و تقلب نســـبت به قانون ممنوع شده اســـت و محکوم نمی‌تواند جهت فرار از تأدیه دین، مبلغ قرض را به یکی از مصادیق مستثنیات دین تبدیل کند (شاه‌حسینی انگاسی، ۱٤۰۱: ۳۱). با توجه به نظریه مشورتی ۷/۹۶/۲۱۸۱ – ۱۳۹۶/۰۹/۱۸ اداره حقوقی قوه قضاییه، حکم ماده منحصر به حالتی اســـت که منشاء دین، قرض یا در اختیار گرفتن اموال دیگران از طریق ســـایر عقود باشد و محکوم از همان ابتدا، قصد تبدیل مال به یکی از مصادیق مســـتثنیات دین به قصد فرار از دین را داشـــته است و در حالتی که شرایط مذکور موجود نباشـــد، امکان توقیف مستثنیات دین وجود نخواهد داشت. از ســـوی دیگر، با توجه به تبصره ۲ ماده ٢٤ قانـــون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی[1] چنانچه تلفنی که در اختیار محکوم اســـت به موجـــب یک معامله به وجه نقد یا مال دیگری تبدیل شـــود که در زمره مستثنیات دین نیست، مال جدید توقیف خواهد شد؛ مگـــر این‌که محکوم اثبات کند که آن مال یا وجه دریافتی را جهت تهیه تلفن دیگری هزینه‌کرده است (موسوی، ۱٤۰۲: ۱۱۵).

٤-۳. معرفی تلفن از سوی محکوم

مبنای نظام مستثنیات دین، حمایت از محکوم و حفظ مایحتاج لازم برای ادامه حیات او و خانواده‌اش است، اما گاه محکوم اقدام به معرفی مالی که مصداق مستثنیات دین است می‌نماید و به توقیف آن رضایت می‌دهد. ماده ۲۷ آیین‌نامه اجرایی قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی بیان داشـــته است: «محکوم‌علیه می‌تواند با رضایت خود، مالی را که جزء مســـتثنیات دین اســـت، جهت استیفاء محکوم‌به معرفی نماید». برخی حقوق‌دانان با تکیه بر نظریه مشـــورتی اداره کل حقوقی قوه قضاییه به شـــماره ۷/۱۱۱ تاریخ ۱۳۸۱/۲/۷ چنین بیان داشـــتند که اگر محکوم‌و خانواده وی در صحنه توقیف حاضر باشند و تحت عنوان مستثنیات دین به تصمیم اجرای احکام در جهت توقیف مال اعتراض نکنند، توقیف با رضایت آن‌ها تلقی می‌شـــود و مانعی در جهت

خریداری کرده یا به موجب ســـایر عقود به ملکیت خود درآورد به عنوان جریمه اخذ و محکوم‌به از محل آن استیفاء و مابقی به وی مسترد خواهد شد».

۱. – تبصره ۲ ماده ٢٤ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی: «چنانچه به حکم قانون مستثنیات دین تبدیل به عوض دیگری شده باشد، مانند این‌که مسکن به دلیل قرار گرفتن در طرح‌های عمرانی تبدیل به وجه گردد، یا در اثر از بین رفتن، عوضی دریافت شـــده باشـــد، وصول محکوم‌به از آن امکان‌پذیر است، مگر این‌که محرز شود مدیون قصد تهیه موضوع نخستین را دارد».

توقیف و فروش اموال فوق که جزء مستثنیات دین بوده‌اند، وجود نخواهد داشت (شاه‌حسینی انگاسی، ۱۴۰۱: ۸۷) هم‌چنین به عقیده برخی، مستثنیات دین ازحقوق محکوم است و اگر در مورد توقیف این‌دسته از اموال اعتراضی نداشته باشد، مانعی برای توقیف و فروش آن‌ها نیست (خدابخشی، ۱۳۹۳: ٥٦٦). در نهایت می‌توان بیان داشت که چنانچه محکوم اموال مشمول مستثنیات دین را با اراده خود جهت توقیف به محکمه معرفی کند، قابلیت بازداشت را خواهد داشت و شخص آگاهانه خود را از حمایت نظام مستثنیات دین محروم ساخته و با اتکاء به قواعد تسلیط و اقدام، شخص حق تصمیم‌گیری نسبت به اموال خود را خواهد داشت و عواقب این تصمیم نیز به خود شخص برخواهد گشت.

برآمد

۱- تلفـــن مورد نیاز مدیون یکی از مصادیق منـــدرج در ماده ۲٤ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی اســـت که مقنن با شناســـایی آن در قالب مستثنیات دین، محکوم را مورد حمایت قرار داده است؛ چرا که حق کرامت و حیثیت انسانی، اقتضای برخورداری از حداقل امکانات زندگی را دارد.

۲- عبارت «تلفن مورد نیاز»، علاوه بر تلفن خانگی و همراه، متعلقات آن اعم از خط تلفن ثابت و ســـیم‌کارت را در برمی‌گیرد؛ لیکن حمایت از این مال، مســـتلزم وجود شـــرایطی است؛ از قبیل نیاز، ضرورت و داشتن شأن متناسب با آن و یا این‌که تلفن ابزار کسب و کار یا مال مورد نیاز برای زندگی محکوم و خانواده وی باشد.

۳- در خصوص مصداق ابزار کســـب و کار بودن، برخی قائل به عدم قابلیت توقیـــف تلفن حتی اگر لوکس باشـــد و همچنین خط مربوط حتی اگر بســـیار رند و گران‌قیمت باشـــد می‌باشـــند و برخی دیگر، با این ادله که گوشی لوکس و خط رند، ضرورت شغلی نیســـت و تأثیری در جذب مشتری ندارد، قائل بر قابل توقیف بودن آن هســـتند. می‌توان با ایجاد افتراق در توقیف میان خطوطی که از ابتدا گران‌قیمت و دارای ارزش ذاتی هستند و خطوطی که ارزش ذاتی نداشته، اما به جهت شناخته شدن شـــماره نزد دیگران، ارزش پیدا کرده‌اند، ضمن حمایت از محکوم، گامی جهت ایجاد انصاف و حمایت حداقلی جهت وجوب تأدیه دین محکوم‌له نیز برداشـــت؛ مشروط بر این‌که، توقیف منجر به عسر و حرج محکوم و از بین رفتن کسب و کار وی نشود و شـــغل وی از جمله مشاغلی نباشد که شدت وابستگی بالایی با یک تلفن و یا خط خاص داشته باشد.

٤- به‌رغم این‌که تلفن در زمره مســـتثنیات دین قرارگرفته اســـت، در مواردی می‌توان اقدام به توقیف تلفن محکوم نمود؛ از جمله موردی که تلفن یا خط محکوم، لوکس و غیر متعارف بوده یا تلفن و خطوط متعددی در اختیار داشـــته باشد که بنابر تشـــخیص مقام قضایی قابل تسامح نباشـــد و هم‌چنین در مواردی که تلفن موضوع قرض بوده یا محکوم متعهد به اســـترداد آن باشـــد. همچنین است فرضی که محکوم اقدام به معرفی تلفن جهت توقیف نماید و به فروش آن رضایت دهد.

۵- از آن‌جا کـــه در عصر تکنولوژی و دیجیتال امروزی، داشـــتن تلفن برای

اکثریت مردم یک نیاز تلقی می‌شـــود، عبارت «مورد نیـــاز» در بند «و» ماده ۲٤ قانون نحوه اجـــرای محکومیت‌های مالی در توصیف تلفن، زائد به نظر می‌رســـد و تحت شـــمول قرار گرفتن تلفن و خط در شـــأن محکوم اعم از ثابـــت و همراه را در قالب مستثنیات دین افاده نمی–کند؛ از این رو پیشنهاد می‌شود این بند از ماده ۲٤ به عبارت «تلفن و خط در شـــأن محکوم‌علیه، اعم از همراه و ثابت» اصلاح شـــود و دو متن به عنوان تبصره‌های ۳ و ٤ به ماده الحاق گردد:

تبصره ۳: «تلفن‌ها و خطوط متعدد محکوم که بیش از نیاز متعارف باشـــند، از شـــمول بند «و» این ماده خارج اســـت؛ مگر این‌که محکوم نیاز خود را به در اختیار داشتن موارد مذکور به اثبات برساند».

تبصره ٤: «تلفن و خطی که ابزار کســـب و کار محکوم اســـت، چنانچه جنبه تجمل داشـــته باشد، قابل توقیف اســـت؛ مگر این‌که به تشخیص دادگاه، شغل وی از جمله مشـــاغلی باشد که شدت وابســـتگی بالایی به نوع خاصی از تلفن یا خط داشته باشـــد و اختلاف قیمت چندانی میان آن‌ها با موارد مشـــابه آن که تقریباً دارای همان کارکرد باشـــند، وجود نداشته باشد و هم‌چنین است در موردی که توقیف آن‌ها منجر به عسر و حرج محکوم یا از بین رفتن کسب و کار وی شود».

فهرست منابع

الف. فارسی

* آذربایجانی، علیرضا و فروزان بروجنی، فرناز (۱۳۹۷)، «**نوآوری‌های قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی**»، مجله حقوق دادگستری، سال هشتاد و دوم، شماره ۱۰۳.

* جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۷)، **ترمینولوژی حقوق**، تهران: گنج دانش.

* جوادی یگانه، محمدرضا و کوثری، مسعود و خیرخواه، طاهره (۱۳۹۰)، «**تلفن همراه و کارکردهای آن برای کاربران ایرانی با تأکید بر تفاوت‌های جنسیتی**»، مطالعات و تحقیقات اجتماعی، دوره نخست، شماره ۲.

* حیاتی، علی‌عباس (۱۳۹۰)، **اجرای احکام مدنی درنظم کنونی**، چاپ دوم، تهران: میزان.

* خدابخشی، عبدالله (۱۳۹۳)، **حقوق حاکم بر اجرای احکام مدنی**، چاپ نخست، تهران: شرکت سهامی انتشار.

* دهخدا، علی‌اکبر (۱۳۷٤)، **لغت‌نامه دهخدا**، جلد هفتم، تهران: دانشگاه تهران.

* روشن، محمد (۱۳۸۳)، «**بررسی فقهی و حقوقی مستثنیات دین**»، ماهنامه حقوقی انصاف، شماره ۳.

* شاه حسینی انگاسی، رضا (۱٤۰۱)، **مستثنیات دین در حقوق ایران، نگرشی کاربردی**، تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه.

* شمس، عبداله (۱۳۹۸)، **اجرای احکام مدنی**، جلد نخست، چاپ سوم، تهران: دراک.

* مافی، همایون و حسینی، سیدکمال (۱۳۹۰)، «**مبانی فقهی مستثنیات دین**»، فقه و مبانی حقوق اسلامی، سال هفتم، شماره ۲٤.

* محسنی، حسن (۱۳۹۵)، «**نوآوری‌های قانون نحوه اجرای محکومیت های مالی**»، پژوهش حقوق خصوصی، سال چهارم، شماره ۱۵.

* معاونت حقوقی قوه قضائیه و اداره کل حقوقی (۱۳۹۷)، **قوانین اجرای احکام مدنی و نحوه اجرای محکومیت های مالی و نظریه‌های مشورتی اداره کل حقوقی**، چاپ دوم، تهران: روزنامه رسمی.

* معین، محمد (۱۳۷٦)، **فرهنگ فارسی**، چاپ نهم، تهران: نشر امیرکبیر.
* موسوی، سیدعباس (۱٤۰۲)، **مستثنیات دین با نگرشی کاربردی، نظری و تطبیقی**، چاپ دوم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
* وجدانی، اسماعیل و محمدی، سام و حسینی مقدم، سید حسن (۱٤۰۱)، «**چالش‌های اجرای دادرسی الکترونیکی در حقوق ایران از منظر دادرسی عادلانه و حقوق اصحاب دعوا**»، مطالعات حقوق خصوصی، دوره پنجاه و دوم، شماره ۱.

ب. عربی

* طوسی، محمدبن حسن (۱۳٦٤)، **تهذیب الاحکام**، تحقیق: سیدحسن موسوی فرسان، تهران: دارالکتب اسلامیه.
* کلینی، محمدبن یعقوب، (۱۳٦٥ق)، **الکافی**، جلد پنجم، تهران: دارالکتب اسلامیه.
* موسوی خمینی، روح اله (۱٤۱۳ق)، **تحریرالوسیله**، جلد دوم، قم: حوزه مدرسان حوزه علمیه قم.

مجله حقوقی دادگستری

مقاله پژوهشی/ دوره ۸۸/ شماره ۱۲۷/ صفحات: ۱۳۹-۱۱۵
تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۱۲/۰۶ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۵/۲۹

ضمانت اجراهای کیفری اشخاص حقوقی در نظام‌های کیفری آمریکا و ایران

امین نیکومنظری[۱]

چکیده

نظام کیفری آمریکا به عنوان یکی از پیش‌گامان شناسایی مسؤولیت کیفری برای اشخاص حقوقی، می‌تواند الگوی موفقی برای دیگر نظام‌های کیفری باشد. ارائه ضمانت اجراهای مناسب با شخص حقوقی و ارائه راهکار جهت تعیین دقیق هر یک از این ضمانت اجراها، از جمله ویژگی‌های نظام حقوقی آمریکا است. نوشتار حاضر با رویکرد تحلیلی توصیفی و استفاده از منابع کتابخانه‌ای، به معرفی و ارزیابی ضمانت اجراهای کیفری در آمریکا می‌پردازد و با نگاهی تطبیقی، خلاءهای تقنینی در حقوق ایران را مورد توجه قرار می‌دهد. تحلیل ضمانت اجراهای موجود در زرادخانه کیفری آمریکا حکایت از این دارد که آن‌ها به اعتبار گونه‌های اشخاص حقوقی، نوع فعالیتِ در پیش‌گرفته، درجه خطر، گردش مالی سالانه و نیز ابعاد ایراد آسیب بر بزه‌دیده، تضمین‌هایی را در سه دسته جبرانی، تنبیهی و پیشگیرانه گنجانده‌اند تا به انضمام رهنمودهای تعیین کیفر، هدف‌های سزاگرا و پیامدگرای نظام عدالت کیفری را به شکلی مطلوب تأمین کند. در نظام حقوقی ایران به‌رغم تنوع ضمانت اجراهای کیفری، دسته‌بندی مناسبی از ضمانت اجراهای اشخاص حقوقی ارائه نشده است. الگوبرداری از نظام حقوقی آمریکا در برخی موارد می‌تواند به خلاهای تقنینی در این حوزه پایان دهد.

واژگان کلیدی: اشخاص حقوقی، حقوق کیفری آمریکا، ضمانت اجرای جبرانی، ضمانت اجرای تنبیهی، ضمانت اجرای پیشگیرانه.

---

۱. دکتری حقوق، قاضی دادگستری

aminnikoomanzari@yahoo.com

درآمد

مجازات اشـــخاص حقوقی[1] از دیرباز یکی از دلایل مخالفان مسؤولیت کیفری اشخاص حقوقی بوده است. به‌رغم مخالفت‌های صورت گرفته تلاش بر این بود که با اجرای ضمانت اجراهای کیفری در مقابل رشد جرائم اشخاص حقوقی در کشورهای پیشـــرفته گرفته شـــود. در ابتدا با تاکید بر این که این اشخاص نه موجوداتی فرضی و خیالی، بلکه موجود اعتباری هســـتند و این امر فضا و بستر مناسبی برای شناسایی مجازات‌های متناســـب با اشـــخاص حقوقی را در پی دارد. در ابتدا ضمانت اجراهای مدنی پاســـخی مناسب برای این اشخاص به شـــمار می‌رفت، اما به مرور با گسترش نقض قوانین و مقررات از ســـوی اشـــخاص حقوقی و وقوع فجایع بزرگ اجتماعی، تعیین ضمانت اجراهای نوین متناسب با وضعیت این دسته از اشخاص در دستور کار نظام‌هـــای حقوقی قرار گرفت. یکی از مهم‌ترین ضمانت اجراها که در ابتدا به جهت سهل الوصول بودن آن و سپس به جهت هم‌سویی با مجازات اشخاص حقیقی، مورد توجه قرار گرفت، جریمه نقدی بود، اما با گذر زمان و روی کار آمدن مکاتب حقوقی و توجه بیشتر به حقوق بزهکار، نظام های مختلف حقوقی ضمانت اجراهای دیگری غیر از جزای نقدی را برای اشخاص حقوقی پیش‌بینی کردند. از سال ۱۸۳٤ مسؤولیت کیفری اشـــخاص حقوقی مورد قبول دســـتگاه قضایی آمریکا قرار گرفت. پس از آن، تحمیل مسؤولیت کیفری برای جرائم با ارتکاب فعل مثبت برای اول بار در پرونده راه آهن موریس صورت گرفت (Foerchler,1990:1287). اتهام شرکت مذکور، ساخت راه آهن در تقاطع با یک شـــاه‌راه عمومی بود که برای عبور قطارها از راه آهن ایجاد مانع می‌کرد و در نهایت به رفع مانع و پرداخت خســـارت[2] محکوم شد. دو سال بعد

---

۱. به‌زعـــم صاحب نظران، ســـازماندهی فعالیت‌های اقتصادی در قالب نهادی همچون شـــرکت‌های تجاری و انجام داد و ســـتد با این اشخاص به جای اشـــخاص حقیقی، از جلوه‌های اصلی اقتصاد و تجارت اســـت (طباطبایی حصاری و صفی‌زاده، ۱٤۰۲: ۲٤٦). این مقاله صرفاً شـــرکت‌های واقعی را مورد بحث قرار می‌دهد و شرکت‌های به اصطلاح کاغذی موضوع بحث نیست.

۲. پرداخت خســـارت و رفع مانع گویای این امر هســـت که حتی در نظـــام حقوقی آمریکا هر چند مســـئولیت کیفری شخص حقوقی به عنوان کنش‌گران حقوق کیفری مورد پذیرش قرار گرفته است، اما تا تعیین ضمانت اجراهای کیفری مناســـب با وضعیت شخص حقوقی، راه طولانی سپری شده و تا وضع قوانین جدید، اســـتفاده از ضمانت اجراهای مدنی یکی از راه‌های مقابله با جرائم اشـــخاص حقوقی بوده است (نیکومنظری، ۱٤۰۳: ۲٤).

در پرونده معروف به پل بد فورد[1] هم حکم مشابهی صادر گردید.

با تدوین و پیشنهاد قانون مجازات نمونه[2] در سال ۱۹۶۰، هر یک از ایالت‌های این کشـــور، آن را به عنوان یک متن نمونه مـــورد لحاظ قرار داده و به صورت ایالتی بـــه تصویب رســـاندند (نصیری، ۱۳۹۵: ۵). نقش شـــرکت‌های تجـــاری و ارتکاب جرائمی‌چون جرائم سازمان‌یافته، کلاهبرداری، رشوه و تقلب در کسب و کار موجب رشد سریع قوانین و مقررات کیفری در آمریکا گردید و در سال ۱۹۸٤ تصویب قانون اصلاح محور کیفردهی و ایجاد کمیســـیون تعیین کیفر اشخاص حقوقی، نقطه عطفی در مســـؤولیت کیفری و ضمانت اجراهای اشـــخاص حقوقی در نظام حقوق کیفری آمریکا محســـوب می‌شـــود (نیکومنظری، ۱٤۰۳: ۲۳). از این دوره به بعد و با وضع قانون جدید رویکردهای متفاوتی در نظام حـقوقی آمریکا به وجود آمد. نظام حقوقی ایران در مورد مســـؤولیت کیفری شخص حقـــوقی، اقتباسی ناقص از حقوق فرانسه اســـت و همان ضمانت اجراهای نظام حقوقی فرانســـه را با اندکی تغییر مورد توجه قرار داده است؛ بدون آن که دسته ندی خاصی از آن ارائه کند. عملکرد قانون‌گذار در قانون مجازات اسلامی‌مصوب ۱۳۹۲ که با وضع چهار ماده در مورد مسؤولیت کیفری اشخاص حقوقی، گســـتره‌ای از ضـــمانت اجراهای کیفری را ارائه داد با ایرادهایی مواجه اســـت؛ از این رو مطالعه نظام حقوقی آمریکا در ایـــن موضوع می‌تواند مؤثر واقع شود.

پرســـش اصلی این نوشـــتار، مصادیق ضمانت اجراهای کیفـــری در دو نظام حقوقـــی ایـــران و آمریکا و نقاط قوت و ضعف هر یک اســـت تا به یک سیاســـت جنایی تقنینی منسجم در زمینه اشـخاص حقـوقی نایل شویم. تبیین موارد پیش‌گفته، راهنمای خوبی برای نظام حقوقی ایران در اتخاذ یک سیاست جنایی تقنینی و قضایی منســـجم در مقابل جرائم اشـــخاص حقوقی خواهد بود و در این راستا، ابتدا پیشینه نظری موضوع ارائه می‌شـــود و پس از آن، دسته‌بندی جرائم با ذکر مصادیق مورد نظر قرار می‌گیرد.

1. Propritors of new Bedford bridge
2. Model penal code

۱. پیشینه و مبانی نظری

توجه به پیشـــینه و ســـیر تحولی قوانین و مقررات می‌تواند قانون‌گذار را در اصـــلاح، تجمیع و وضع قوانین آینده کمـــک نماید. نظام حقوقـــی آمریکا به لحاظ وســـعت کشـــور و وجود ایالت‌های متعدد، نیازمند رهنمودهایی برای دادســـتان‌ها و قضات رســـیدگی کننده به پرونده‌هـــای کیفری بوده اســـت. این رهنمودها در سال ۱۹۸٤ برای از بین بردن رویه مبهـم گذشته تصویب شد و در مورد اشخاص حقوقی تغییـــرات زیادی را به وجود آورد. از این رو بررســـی وضعیـــت قوانین و مقررات و رویه دادگاه‌ها پیش و پس از سال ۱۹۸٤، به روشن شدن مرزهای بحث کمک شایانی خواهد کرد.

۱-۱. دوره پیش از تصویب و انتشار رهنمودهای کیفر

کیفردهی غایت شناسایی و احراز مسؤولیت کیفری شخص حقوقی و پس از مرحله پیگرد، دومین گام برای تحقق عدالت و ارتقاء کارکردهای بازدارندگی کیفری و نیز بازسازگاری مجرمان دارای شخصیت حقوقی است. پیش از انتشار رهنمودهای کیفردهی، برای صدور حکم متناســـب نسبت به اشـــخاص حقیقی و حقوقی بزهکار در ســـطح فدرال، یک نظام کیفردهی نامعین وجود داشت؛ دادرسان تعیین کیفر دارای اختیارات وســـیعی بودند و برای تعیین کیفر در این دوره حد و مرز مشخصی وجود نداشـــت؛ به طوری که اختلاف و ناهمگونی چشـــم‌گیری بین میـــزان مجازات‌ها در پرونده‌های مشابه دیده می‌شد (Norman,2010:967). از سوی دیگر، پیش از انتشار رهنمودهای کیفر، حصول هدف بازدارندگی برای اشخاص حقوقی ناکافی بوده است؛ زیرا مجازات‌های تعیینی به طور عمده حبس بوده که بر اشخاص حقوقی قابل اعمال نیســـت و جزای نقدی تعیین شده نیز بسیار اندک بوده است؛ به عنوان مثال، ارتکاب کلاهبرداری الکترونیکی فدرال علاوه بر مجازات حبس تا پنج سال، حداکثر جریمه‌ای به مبلغ هزار دلار برای شخص حقوقی در پی داشت؛ به طوری که در سال‌های ۱۹۷۹ تا ۱۹۸٤، تنها چهل و یک شـــرکت سهامی‌عام برای ارتکاب جرائم فدرال در سراسر ایـــالات متحده تحـــت پیگرد قرار گرفتند و جریمه نقدی وصول شـــده در این دوره قریب به چهل و هشت هزار دلار بود که این میزان جریمه مبین بی‌منفعت بودن پیگرد اشـــخاص حقوقی و شـــمار ناچیز چنین پیگردهایی در دوره مذکور است (نصیری،

.(۱۳۹۵: ۱٤۹)

در سال ۱۹۷۰ کنگره «قانون جامع کنترل جرم»[1] را تصویب کرد که به موجب آن برای اشـــخاص حقیقی و حقوقی بزهکار که قانون مبارزه با اعمال نفوذ و فســـاد اشـــخاص درگیر در اخاذی[2] و قانون مبارزه با فعالیت‌های مجرمانه مســـتمر[3] را نقض نمایند، مجازات ضبط و مصادره تعیین شده است. کنگره در سال ۱۹۸۲ این مجازات را بـــه دیگر جرم‌های فدرال از جمله کلاهبرداری رایانه‌ای و نیز اظهارات نادرســـت در راســـتای تقلب و کلاهبرداری مؤسسه مالی و تخلفات راجع به گزارش‌های ارزی و پول‌شـــویی تعمیم داد. در ایـــن دوره، افزون بر جزای نقـــدی و مصادره اموال که مورد اشـــاره قرار گرفت، تعلیق مراقبتی نیز به عنوان یک مجازات جایگزین در مورد اشـــخاص حقوقی اجرا می‌شده اســـت. به لحاظ تاریخی می‌توان گفت قانون تعلیق مراقبتی فدرال[4] تنها در مورد اشـــخاص حقیقی و نه حقوقی به کار رفته اســـت؛ این بدان علت است که هدف از تعلیق مراقبتی در آن زمان مبتنی بر مدل بازپرورانه حبس بود که صرفاً با وضعیت اشـــخاص حقیقی تناسب داشت، ولی با توجه به روند رو به رشد اشخاص حقوقی از اوایل دهه هفتاد و ارتکاب جرائم از ناحیه آنان، دادگاه‌ها به اســـتفاده از این نهاد ترغیب شدند و تعلیق مراقبتی به دو بخش مالی و غیر مالی[5] قابل تقســـیم بود. تعلیق مراقبتی غیر مالی در راســـتای هدف اصلاحی بازپرورانه نسبت به اشـــخاص حقوقی اعمال خواهد شد و به طور نامتناسبی شدید و سنگین نخواهد بود .(Cohen,1991:20)

۲-۱. دوره پس از تصویب رهنمودهای کیفر

در سال ۱۹۸٤ کنگره «قانون اصلاح محور کیفردهی» را در پاسخ به رویه مبهم و نامتناسب حاکم بر مجازات‌ها از جمله مجازات‌های اشخاص حقوقی تصویب کرد.

---

1. The comprehensive crime control Act
2. The Racketeer influence and corrupt organization Act
3. The continuing criminal enterprise statute
4. The federal probation

۵. برای نمونه می‌توان به دعوای ایالات متحده علیه شـــرکت شـــیرینی‌پزی دانیلو اشاره کرد؛ متهم که یک شیرینی‌پزی عمده بود، به اتهام تبانی در قیمت‌ها محکوم شد و به عنوان یک شرط تعلیق مراقبتی، شـــرکت به عرضه مقادیر مشخصی از شیرینی‌های تولیدی خود به سازمان‌های اجتماع‌محور محکوم شد (نیکومنظری،۱٤۰۳: ۲۳٤).

این سند را به عنوان کامل‌ترین قانون کیفردهی فدرال در این قرن که هدف اصلاح و بازپروری بزهکاران را تحقق می‌بخشد توصیف کرده‌اند (Ilene,Nagel,1990:873). از جمله تغییرات بنیادین در این قانون، پیش‌بینی موضوع جریمه‌های نقدی اشخاص حقوقی اســـت. قانون مذکور کمیسیون تعیین کیفر ایالات متحده را در راستای تحقق هدف رهنمودهای کیفردهی الزامی‌در سطح فدرال ایجاد نمود.[۱]

در تعییـــن رهنمودهای کیفردهی اشـــخاص حقوقی، کمیســـیون تعیین کیفر رویکـــردی با نـــام «بازدارندگی و مجازات عادلانه» یا «رویکـــرد هویج و چماق»[۲] را مصوب کرد. محور این رویکرد در درجات متغیر جریمه نقدی نهفته اســـت که برای پاســـخ به هر واقعیتِ مربوط به جرم ارتکابی توسط یک شخص حقوقی از جمله این که، شخص حقوقی با توجه به آن واقعیت، پیش و حتی پس از فعالیت مجرمانه چقدر مسؤولانه عمل کرده است، در نظر گرفته می‌شود. چنین رهنمودهایی اجازه می‌دهد تا احکام کیفری و اجرای قضایی آن‌ها، دســـت‌یابی به بازدارندگی و مجازات عادلانه را بهتر تامین نماید (Abrams,2010:983).[۳] کمیسیون به دو دلیل عمده چنین رویکردی را مورد پذیرش قرار داده است: نخست، کمیسیون بر این باور بود که معیار مسؤولیت (کارگر- کارفرما) به اندازه کافی تعیین کننده تقصیر شخص حقوقی نیست؛ به عبارت بهتر، از این معیار نمی‌توان میزان ســـرزنش‌پذیری رفتار شـــخص حقوقی را برداشت کرد؛ دوم، پذیرش رویکرد بازدارندگی و مجازات عادلانه با جبران خسارت از طریق اجرای قانون اصلاح محور کیفردهی، اشـــخاص حقوقی را به قانون‌مندی بیشـــتری ترغیب می‌کند.

---

۱. قانـــون مذکور کمیســـیون تعیین کیفـــر را ملزم نمود که رهنمودها را به نحـــوی تدوین کند که به دادگاه‌ها کمک کند تا اهداف ذیل را محقق نمایند: نخســـت، توجه به شـــدت جرائم، ارتقاء رعایت قانون و برقراری مجازات عادلانه؛ دوم، تعیین مجازات‌هایی که از بازدارندگی کافی برخوردار است؛ ســـوم، حمایت از عموم مردم نســـبت به جرم‌های دیگری که متهم می‌تواند مرتکب شـــود؛ چهارم، بازپروری متهم از طریق تدارک برنامه‌های آموزشـــی یا حرفه‌ای، مراقبت‌های پزشـــکی یا هر درمان دیگری که متهم را بتواند به بهترین نحو اصلاح نماید (Gruner, 1994: 430).

2. The carrot and stick approach

۳. قانون جریمه نقدی اشـــخاص حقوقی که پیش از تصویب قانون بسیار ناچیز بود را به نحو دقیقی اصلاح کرد و میزان جزای نقدی را تا پانصد هزار دلار افزایش داد و جریمه نقدی اشخاص حقوقی را به مراتب بیش از جزای نقدی اشخاص حقیقی تعیین کرد (نصیری، ۱۳۹۵: ۱۵۹).

۲. ضمانت اجراهای مذکور در رهنمودهای کیفردهی

ضمانت اجراهای مندرج در رهنمودهای کیفردهی در سه دسته طبقه‌بندی شده و مورد شناسایی قرار گرفته است: دسته نخست شامل ضمانت اجراهای تنبیهی مانند تعیین جریمه نقدی، محرومیت شخص حقوقی از اموال و دارایی و ضبط و مصادره اموال است؛ دسته دوم، برخی ضمانت اجراهای پیشگیرانه مانند تعلیق مراقبتی و انتشار حکم محکومیت را مورد نظر قرار می‌دهد؛ و دسته سوم مربوط به ضمانت اجراهای جبرانی شامل پرداخت خسارت و خدمات اجتماع‌محور است. در این قسمت از نوشتار، هر سه دسته از ضمانت اجراهای پیش‌گفته، مورد بحث قرار می‌گیرد و به فراخور بحث، به حقوق کیفری ایران نیز می‌پردازیم.

۱-۲. ضمانت اجراهای تنبیهی

از آن‌جایی که بسیاری از ضمانت اجراهای سنتی همچون اعدام، حبس، تبعید و شلاق، با طبع اشخاص حقوقی بیگانه‌اند و نسبت به آن‌ها قابلیت اجرا ندارند، لذا تنبیه در مفهوم سنتی آن به معنای آسیب بر جسم در مورد این اشخاص موضوعیت خود را از دست خواهد داد و ناگزیر باید از جایگزینی متناسب با وضعیت این دسته از اشخاص چون ضمانت اجرای مالی بهره گرفت که به نوعی یک تنبیه برای اشخاص حقوقی محسوب می‌گردد. این ضمانت اجراها که از سوی نظام کیفری با اقبال مواجه گردیده‌اند، در بازدارندگی اشخاص تجاری از ارتکاب جرم، اثربخش‌تر از سایر ضمانت اجراها نشان داده است (شریفی،۱۳۹٤: ۲۸۳). ضمانت اجراهای تنبیهی در نظام حقوق کیفری آمریکا صورت‌های گوناگونی دارند: جزای نقدی، مصادره اموال و محروم کردن شخص حقوقی از دسترسی به اموال خود که در رهنمودهای تعیین کیفر مورد اشاره قرار گرفته‌اند.

۱-۱-۲. جزای نقدی[1]

جزای نقدی در زمره کیفرهای تعزیری است که برخلاف کیفرهای بدنی و سالب آزادی و حیثیت، هیچ‌گونه تعرضی به جسم و شخصیت معنوی و آزادی محکوم ندارد، بلکه نظر به مال وی داشته و اجرای آن، ایجاد نقصان در مال محکوم است (احمدی موحد، ۱۳۸۷: ۲۹۷). به عبارت بهتر، جزای نقدی یا جریمه که از

1. Fine

مهم‌ترین ضمانت اجراهای شـــخص حقوقی بوده، عبارت اســـت از الزام محکوم به پرداخت وجه نقد به حســـاب دولت (اردبیلـــی، ۱۳۹۳: ۱۶۷). جزای نقدی به دلایل متعددی مانند ســـرعت در وصول و اجرا، قابلیـــت درجه بندی و متناســـب کردن با شدت جرم و تقصیر اشخاص حقوقی، عدم تحـــمیل هزینه به خزانه عمومی‌دولت، ایجاد درآمد برای دولت، توان بالای مالی اشـــخاص حقوقی در پرداخت جزای نقدی مـــورد اقبال در کلیـــه نظام های حقوقی از جمله آمریکا و ایـــران قرار گیرد (Clark, 2005: 34).

در نظام کیفری آمریکا تعیین جریمه اشخاص حقوقی[1] با معیار دقیق‌تری نسبت به ســـایر نظام‌های حقوقی صورت می‌گیرد. دادگاه‌ها بـــا توجه به رهنمودهای تعیین کیفر کمیســـیون تعیین مجازات ایالات متحده، جریمه قابل اعمال بر اشخاص مزبور را طی پنج مرحله مشـــخص می‌کند. در مرحله نخست مبنای جریمه بر اساس سطح جرم مشـــخص می‌شـــود؛ به طوری که در مرحله دوم نمره یا سطح مجرمیت شخص حقوقی اســـت که در محدوده یک تا ده تعیین می‌شـــود. البته دادگاه باید از نمره پنج شروع کند و با تکیه بر کیفیات مشدده‌ای مانند نقش پرسنل عالی‌رتبه در تحقق جرم، بزرگی یا کوچکی شخص حقوقی، سابقه مجرمانه، نقض دستور یا قرار قضایی و نیز کیفیات مخففه مانند داشـــتن برنامه تبعیت از قانون، پذیرش مسؤولیت و همکاری در تحقیقات و ... آن را تعیین کند. مرحله سوم مربوط به تعیین ضریب حداقل و حداکثر جریمـــه با توجه به جدول مجرمیت اســـت و در مرحله چهارم محدوده جریمه قابل اعمال مشخص می‌شـــود و سرانجام در مرحله پنجم مبلغ دقیق جریمه‌ای که شخص حقوقی باید در چهارچوب محدوده مذکور به آن محکوم شـــود، انتخاب و در حکم

---

۱. معیارهای جریمه مشخص شده در رهنمودهای کیفردهی به اشخاص حقوقی تنها در مورد برخی از جرائم فدرال که به صراحت در رهنمودهای ذکر شـــده اســـت، قابل اعمال هستند. البته این جرائم در برگیرنده بســـیاری از جرائم ارتکاب یافته اشخاص حقوقی همچون رشوه، کلاهبرداری، سرقت، پول‌شویی، جرائم ضد تراست، جرم‌های نقض امنیت سازمان و جرم‌های مالیاتی می‌باشند. بسیاری از جرائم که امکان ارتکاب آن از سوی اشخاص حقوقی متصور است مانند جرائم مربوط به نقض امور غذایی، دارویی و کشـــاورزی، جرائم زیست‌محیطی و ممانعت از اجرای عدالت را از زمره معیارهای جریمه نقدی حذف نموده اســـت. جریمه‌های نقدی متناسب با برای چنین جرائمی‌را باید بر اساس مقررات عام حاکم بر مجازات در هر جرم تعیین کرد. این موضوع حکایت از این دارد که رهنمودها به‌رغم دقت بالا در تعیین جزای نقدی در جایی که خسارت وارده به صورت به صورت مالی باشد، در خسارات غیرمالی فاقد مبنا است (Gurner, 1994: 437).

دادگاه درج می‌شـــود. به عنوان مثال می‌توان به شـــکایت ایالات متحده علیه شرکت دارویی فایزر اشـــاره کرد. شرکت مذکور به شکلی غیر قانونی و با محتوایی دروغین اســـتفاده از چهار داروی خود را تبلیغ کرده بود که از آن جمله می‌توان به داروی ضد درد «بکسترا» اشاره کرد. این دارو برای شرکت فایزر برای درمان بیماری آرتروز تولید شـــد، اما این شرکت مدعی بود که یک مسکن اســـت و بر روی برچسب و تبلیغات بازرگانی آن نیز به همین نکته اشاره شده بود. تولید این دارو در سال ۲۰۰۵ از طرف دولت آمریکا ممنوع شـــد. تخلفات شرکت مذکور تا ســـال ۲۰۰۹ به حدی زیاد شد که وزارت دادگســـتری آمریکا تصمیم گرفت پرونده‌های کیفری متعددی را علیه این شرکت و مدیران آن به جریان اندازد که در نهایت شرکت مذکور به ۲/۳ میلیارد دلار توســـط دادگاه محکوم گردید.[1] البته در برخی از موارد مجازات‌های تعیین شده با این روش به میزان قابل توجهی افزایش می‌یابد. به عنوان مثال می‌توان به پرونده شـــرکتی که زن و مردی اقدام به تولید مواد شوینده نامرغوب می‌کنند دادگاه شرکت آن‌ها را به یک میلیارد دلار جریمه نقدی محکوم کرد که بســـیار بالاتر از توان شرکت تولید مواد شوینده بود[2] و در مقایسه با شرکتی مانند فایزر قابل توجیه به نظر نمی‌رسد.

به موجب ماده ۲۱ قانون مجازات اسلامی ایران، جزای نقدی اشخاص حقوقی به میـــزان حداقل دو برابر و حداکثر چهار برابرِ مبلغی اســـت که برای ارتکاب جرم توسط شخص حقیقی تعیین شده است. این مقرره در مورد جرائمی‌که مجازات جزای نقدی تعیین نشـــده اســـت، فاقد راهکار است و از ســـوی دیگر در بسیاری از موارد جزای نقدی تعیین شده برای شخص حقوقی بسیار اندک بوده که افزایش دو یا چهار برابری برای شـــخص حقوقی فاقد بازدارندگی لازم است؛ بنابراین می‌توان گفت که حقـــوق امریکا در مورد تعیین جزای نقدی با توســـل به مولفه‌های متعدد چون درجه تقصیر، زیان ناشـــی از جرم، میزان انطباق یا عدم انطباق‌پذیری اشـــخاص حقوقی با قانون و تلاش یا عدم تلاش آن‌ها برای ترمیم خســـارت وارده تغییر یا تعدیل می‌یابد. این رویه از یک ســـو تعقیب هدف‌های مجازات به ویژه بازدارندگی و اصلاح (تغییر شیوه و سیاست) و حمایت از بزه‌دیده را ممکن می‌نماید و از سوی دیگر از فروپاشی

1. https://www.alef.ir
2. https://www.nytimmes.com/2019/2 billion to couple in roundup weed killer cancer trial.

و ورشکستگی اشـــخاص حقوقی به دلیل توجه به واقعیت‌های مالی آن‌ها جلوگیری می‌کند (شریفی، ۱۳۹۵: ۱۸۳).

۲-۱-۲. مصادره اموال

مصـــادره اموال جایگاه خود را با گذشـــت زمـــان در زرادخانه کیفری حفظ کرده اســـت تا هم به عنوان مجازات به خدمت گرفته شـــده باشـــد و هم از گردش وسایل مضر و خطرناک در جامعه جلوگیری به عمل آورد (دلیر،۱۳۹۰: ۲۰). مصادره اموال که به عنوان یکی از مجازات‌های اشـــخاص حقوقی در ماده ۲۰ قانون مجازات اسلامی‌پیش‌بینی شده است از جمله مجازات‌های درجه یک بوده که در ماده ۱۹ قانون مذکور مقرر شده و طبق ماده ۲۰، این مجازات در دو فرض اعمال می‌شود: انحراف از هدف مشروع نخستین یا این‌که فعالیت خود را منحصراً در جهت ارتکاب جرم تغییر داده باشـــد. مصادره یا ضبط اموال نوعی مجازات عینی است که به استیلای دولت بر بخـــش یا تمامی اموال موجود در زمان ارتکاب جـــرم تعلق می‌گیرد (ولیدی، ۱۳۸۲: ٤۳۵). به طور کلی مصادره اموال در دو شـــکل عام و خاص تحقق می‌یابد. منظور از مصـــادره عام یا کلی، محرومیت محکوم از کلیه اموال خود اعم از نقدی و غیر نقدی است و منظور از مصادره خاص، مالکیت دولت بر بخشی از اموال و اشیایی است که به نحوی با جرم ارتکابی ارتباط دارند.

مصادره خاص را می‌تـــوان ضمانت اجرایی ضـــروری، منصفانه و در جهت تعقیب هدف سزادهی، بازدارندگی (که می‌تواند به صورت پیشگیری وضعی و سلب فرصت مجرمانه بروز پیدا کند) و ناتوان‌سازی مجازات توصیف کرد (خالقی، ۱۳۸۰: ۱۲) و در مقابل، مصادره عام را جلوه‌ای از سخت‌گیری کیفری غیر عادلانه و ضمانت اجرایی نامناسب است(اردبیلی، ۱۳۹٤: ۱۷۱). به کارگیری مصادره عام که در ماده ۲۰ برای اشخاص حقوقی پیش‌بینی شده است دارای آثار سوء بوده و افراد بی‌گناه زیادی از تبعات سوء آن متاثر می‌شوند؛ بنابراین در نظام حقوقی آمریکا که از جمله نظام‌های پیش‌رو در عرصه شناسایی مسؤولیت کیفری به شمار می‌رود، حتی در حالتی که این اشـــخاص به منظور ارتکاب جرم تاسیس شـــوند و یا پس از تاسیس از مسیر قانونی منحرف شـــوند و فعالیت خود را به ارتکاب جرم تخصیص دهند، از ضمانت اجرای مصادره کل اموال استفاده نشده است (شریفی، ۱۳۹٤: ۳۰۰). به عنوان مثال در دعوای

ایالت متحده علیه شـــرکت یونیمکس به جهت توطئه برای پول‌شـــویی مواد مخدر، شـــرکت به جهت عدم ارائه گزارش تراکنش‌های ارزی و این‌که تمام اموال شرکت از راه پول‌شـــویی به دست آمده بود، به مصادره اموال محکوم شد؛[1] شاید دلیل اصلی آن این اســـت که اموالی که ناشی از جرم نباشد همچنان در تصرف مالک بوده و توجیه منطقی برای مصادره اموال مشروع متهم اعم از شخص حقیقی یا حقوقی وجود ندارد؛ در چنین وضعیتی که اشخاص حقوقی اصلاح‌ناپذیر نشان می‌دهند و دفع و طرد آن‌ها گریزناپذیر اســـت، انحلال گزینه مناسبی به نظر می‌رسد (روح الامینی، ۱۳۸۷: ۱۵۱)؛ به این دلیل که ثبات و امنیت مادی و معنوی اجتماع صیانت شود و از حقوق و منافع طلبکاران، شرکا و سهام‌داران حمایت گردد. در نظام حقوقی آمریکا مصادره کل اموال پیش‌بینی نشـــده اســـت و با توجه به ابعاد گسترده‌ای که این نوع مجازات می‌تواند بر فعالیت اشـــخاص حقوقی بگذارد و این اشـــخاص را از فعالیت اقتصادی باز دارد، از دیگر ضمانت اجراهای کیفری برای مقابله با جرائم اشخاص حقوقی بهره گرفته شده است.

۳-۱-۲. محرومیت شخص حقوقی از دسترسی به اموال

از دیگر ضمانت اجراهای بازدارنده و ناتوان‌ســـاز اشخاص حقوقی از ارتکاب جرم، ســـلب اختیار آن‌ها ا ز دسترسی به اموال ســـازمان است. بر خلاف کشورهایی مانند ایران و انگلســـتان که انحلال را برای شـــخص حقوقی پیش‌بینی کرده‌اند، نظام حقوقی آمریکا از این ضمانت اجرا بهره جســـته اســـت (نیکومنظری، ۱٤۰۳: ۱٦۸). هرچند که نمی‌توان کیفر مرگ را بر اشخاص حقوقی تحمیل کرد، ولی محروم کردن شـــخص حقوقی از دسترســـی به اموال خود همانند کیفر مرگ برای وی است؛ زیرا زمانی که شخص حقوقی نمی‌تواند به اموال و دارایی خود دسترسی داشته باشد مانند این اســـت که این شـــخص موجودیت خود را به طور کلی از دست داده و ناتوان از هرگونه اقدام می‌گردد (میرمحمدصادقی،۱٤۰۰: ۱٥٦).

رهنمودهای کیفر در نظام حقوقی آمریکا بیان می‌کند: در مورد «ســـازمانی که از ابتـــدا با هدف یا ابزاری مجرمانه اقدام کرده اســـت»، حداکثـــر جریمه قانونی باید تعیین شـــود تا برای محرومیت شـــخص حقوقی از کلیه دارایی‌های خالصش کفایت

1. United States v. Unimax, Inc,991 F. 2d 546(9th Cir 1993)

کند (نصیری، ۱۳۹۵: ۱۷۰). به نظر می‌رسد محرومیت شخص حقوقی از دسترسی به اموال، ضمانت اجرای مستقلی نیست، بلکه دادگاه باید جزای نقدی را به میزان اموال و دارایی شخص حقوقی تعیین کند تا شخص حقوقی از دسترسی به اموالش منع شود. به عنوان مثال در پرونده ایالات متحده علیه شرکت بیمه سیگنا[1] به جهت تقلب و انجام اعمال و صدور بیمه‌نامه‌های بر خلاف حقیقت، دادگاه جریمه نقدی معادل مجموع خسارت وارده به بیمه‌گزاران را در نظر گرفت و به همین میزان شرکت مذکور را از دسترسی به اموال خود منع کرد.[2] در نظام حقوقی ایران چنین ضمانت اجرایی دیده نمی‌شود و در ماده ۲۲ قانون مجازات اسلامی انحلال و مصادره کل اموال پیش‌بینی شده است. این نوع ضمانت اجرا که موجب اضمحلال شخص حقوقی می‌شود، جز در موارد نادر نباید به کار گرفته شود.

۲-۲. ضمانت اجراهای پیشگیرانه

۱-۲-۲. تعلیق مراقبتی[3]

تعلیق مراقبتی که مختص نظام حقوق کیفری آمریکا است، هدف اصلاح و حمایت از بزه‌دیده را در کانون توجه خود قرار می‌دهد. چه بسا اجرای مجازات موجب انحلال یا حتی ورشکستگی شخص حقوقی شود و از این رهگذر خسارات جبران‌ناپذیری بر شرکا، سهامداران و طلبکاران شرکت وارد گردد. وجود چنین ضمانت اجراهایی که غیر مالی است، برای حمایت از اشخاص حقوقی و اصلاح فرهنگ مجرمانه آن‌ها می‌تواند موثر واقع شود. مطابق رهنمودهای کیفر[4] در صورت وجود حداقل یکی از شروط زیر، دادگاه ملزم است ضمانت اجرای تعلیق مراقبتی را اعمال کند:

نخست، اگر چنین مجازاتی برای تضمین پرداخت خسارت، اجرای قرار جبرانی یا تضمین انجام خدمات اجتماع‌محور ضروری و لازم باشد. در این مورد علاوه بر این که فعالیت شخص حقوقی ادامه دارد، به نوعی تضمین می‌دهد که خسارت را جبران کند و یا در کنار فعالیت‌های شرکت، خدمات عام المنفعه نیز انجام

1. Cigna
2. United States v. Cigna, 17F 3d 303 (9th Cir2011)
3. Probation
4. United State Sentencing Commision:SE1.4

دهد. این امر علاوه بر بقای حیات شـــرکت، به نوعی حمایت از بزه‌دیده را نیز در بر دارد.

دوم، اگر ســـازمان به پرداخت جریمه نقدی مثلاً پرداخت خســـارت، جریمه نقدی یا وضع مالیات ویژه از ســـوی دولت محکوم شـــده باشد، به منظور حمایت از شـــخص حقوقی از این جهت که بتواند ادامـــه فعالیت دهد، در زمان صدور حکم به طور کامل اعمال نمی‌شود؛ زیرا برخی از این مجازات‌ها می‌تواند ادامه فعالیت را برای شخص حقوقی سخت کند.

سوم، اگر در زمان صدور حکم شـــخص حقوقی دارای حداقل پنجاه کارمند باشـــد یا طبق قانون دارای یک برنامه موثر اصلاحی یا قانونی باشد، این شرط مانع از بیکار شـــدن پرسنل و مشکلات بعدی برای شـــخص حقوقی است یا این که مدیران شـــرکت رویه جرم‌زای شـــرکت را که موجب بروز جرم گردیده را شناســـایی و در این زمینه برنامه اصلاحـــی را ارائه نمایند که در این صورت می‌توانند از مواهب این ضمانت اجرا برخوردار شوند.

چهارم، اگر اطمینان حاصل شود که با اجرای مجازت تعلیق مراقبتی، در آینده نرخ جرم کاهش یابد.

پنجـــم، در صورتی که برای تحقق یکی از اهـــداف مجازات‌های مقرر در بند ۱۸ از بخش (۲) (الف)۳۵۵۳ مجموعه قوانین ایالات متحده، تعلیق مراقبتی ضرورت داشته باشد؛ که این اهداف می‌تواند اصلاح و حمایت از بزه‌دیده باشد.

اجرای تعلیق مراقبتی زمانی میســـر می‌شود که جبران خسارت صورت گرفته باشد و در صورت عدم جبران خسارت با وجود هر یک از شروط فوق، امکان تعلیق مجازات میسر نیست. در این زمینه می‌توان به پرونده شرکت پرودنشیال سکوریتیز از شرکت‌های تابعه بیمه پرودنشیال اشاره کرد؛ شرکت مذکور در اکتبر سال ۱۹۹٤ بابت انتشـــار اعلامیه‌ها و بیان اظهارات نادرســـت و گمراه کننده مبنی بر این که مشارکت و همکاری با آن واحد، ایمن و بســـیار ســـودآور است، موجب گردید تا سیصد هزار سرمایه‌گذار در سراسر کشور در هفتصد شعبه سرمایه‌گذاری کنند و برای جلوگیری از بیکار شدن هجده هزار نفر از پرسنل، دادگاه شرکت را مکلف به تاسیس یک صندوق تصفیه وجوه ســـیصد و ســـی میلیون دلاری کرد و در نتیجه از محکومیت شرکت با

استفاده از تاسیس فوق جلوگیری شد (Gibson, 2012: 123).

در نظام حقوقی ایران برای اشـــخاص حقوقی چنین ضمانت اجرایی پیش‌بینی نشـــده اســـت، ولی با توجه به پیش‌بینی نهاد تعلیق اجرای مجازات در مواد ٤٠ و ٤٦ قانون مجازات اســـلامی، صدور قرار تعلیق اجرای مجازات برای شخص حقوقی که بـــه یکی از مجازات‌های مندرج در ماده ۲۰ قانون مذکور محکوم شـــده اســـت فاقد اشـــکال می‌باشد. ممکن است ایراد شود که ماده ٤٠ قانون مذکور در بندهای الف، ب و ت صرفاً برای اشـــخاص حقیقی است و اشـــخاص حقوقی را در بر نمی‌گیرد؛ این ایراد وارد نیســـت؛ زیرا پیش‌بینی اصلاح مرتکب و وجـــود جهات تخفیف در مورد اشخاص حقوقی نیز امکان‌پذیر اســـت؛ هرچند ضرورت دارد قانون‌گذار با پیش‌بینی این نوع ضمانـــت اجراهای کیفری همانند نظام حقوقی آمریـــکا، در قانون مجازات اســـلامی‌نهادهای ارفاقی از جمله تعلیق تعقیـــب، تعویق صدور حکم و مجازات‌های جایگزین را نیز برای این دسته از اشخاص به رسمیت شناسد.

۲-۲-۲. انتشار حکم محکومیت

انتشار حکم محکومیت از آن دسته ضمانت اجراهایی است که مطلق اشخاص حقوقی غیر تجاری و تجاری اعم از کم درآمد یا پر درآمد را در بر می‌گیرد. انتشـــار حکم دادگاه وجاهت و اعتبار اشخاص حقوقی را در نزد افکار عمومی سست می‌کند و آن‌ها را وادار می‌ســـازد جهت اعاده اعتبار پیشـــین، رفتار و شـــیوه مدیریت خود را اصـــلاح کنند. در مورد اشـــخاص حقوقیِ غیر تجاری که بـــر پایه ارزش‌های غیر مالی شـــکل گرفته‌اند، به طریق اولی ضمانتِ اجراهای غیر مالی مانند انتشـــار حکم در رســـانه‌های جمعی، در تزلزل اعتبار و نفوذ اجتماعی این اشـــخاص موثر اســـت و آن‌ها را در تجدید سیاســـت‌های قانون‌شـــکنانه تحریک می‌کند (Schlegel, 1990: 38) و شـــریفی،۱۳۹٤: ۳۱۵). اثر دیگر این ضمانت اجـــرا، آگاهی مصرف کنندگان، معامله کنندگان و عموم اشـــخاص در خارج و داخل کشـــور از محکومیت اشخاص حقوقی اســـت تا امکان تنظیم روابط خود با آن‌ها را داشـــته باشـــند. طبیعی است که برخی اشـــخاص پس از اطلاع‌رســـانی، به قطع رابطه اقدام می‌کنند و برخی دیگر به کاهش رابطه خود با اشـــخاص حقوقی مجرم دست می‌زنند و به همین دلیل، اهمیت این ضمانت اجرا کمتر از دیگر ضمانت اجراها نیســـت (Deckert, 2011: 172). به

این ترتیب می‌توان اجرای انتشـــار حکم دادگاه را تامین کننده هدف‌های ســـزادهی، بازدارندگی و اصلاح مجازات ارزیابی کرد.

نظام کیفری آمریکا با همین تلقی در مقرره‌های مختلف به اهمیت این واکنش و ضرورت اســـتفاده از آن اشاره کرده است. طبق رهنمودهای کیفر ممکن است یک شخص حقوقی را به هزینه خود آن شخص و بنا به صلاحدید در رسانه مشخص شده توســـط دادگاه، به انتشـــار ماهیت جرم ارتکاب یافته، واقعیت محکومیت آن، ماهیت مجازات اعمال شـــده و گام‌هایی که برای جلوگیری از ارتکاب جرائم مشابه برداشته خواهد شد، محکوم نماید.[1] به عنوان مثال در پرونده یک شرکت نفتی، شرکت مذکور به دلیل تخلفات در حوزه نفت که منتهی به آلودگی محیط زیست شده بود، به جریمه نقدی و انتشـــار حکم در رسانه‌های جمعی محکوم شد. این موضوع از این حیث که اعتبار شخص حقوقی از بین رفته و می‌تواند منجر به از دست دادن بازار رقابت شود، مفید خواهد بود (نیکومنظری، ۱۴۰۳: ۱۵۸).

در نظام حقوق کیفری ایران زمانی می‌توان حکم به انتشـــار حکم محکومیت داد که شـــخص حقوقی به مجازات دیگری غیر از انتشـــارِ حکم محکوم شده باشد (مصدق، ۱۳۹۲: ۱۰۰)؛ وگرنه حکم به انتشـــار مجرمیت موجه نیست. از سوی دیگر، انتشـــار حکم محکومیت شخص حقیقی چون مجازات مضاعفی محسوب می‌شود، با عدالت سازگار نیست.

مطابق ماده ۳۶ قانون مجازات اســـلامی: «انتشـــار حکم محکومیت قطعی در جرائم زیر که میزان مال موضوع جرم ارتـکابی، یک میلـیارد ریال یا بیش از آن باشد، الزامی‌اســـت و در رســـانه‌های ملی یا یکی از روزنامه‌های کثیرالانتشار منتشر می‌شود ...»؛ از این رو قانون مـــجازات اسـلامی‌جرائم اقتـصادی را احصا کرده و قانون‌گذار شـــیوه انتشـــار حکم را بیان کرده و آن عبارت است از: قطـــعیت حکم، بیش از یک میلیارد ریال بودن موضوع جرم و انتشـــار حکم در رسانه ملی یا یکی از روزنامه‌های کثیرالانتشار. گستره بســـیاری از جرائم اشخاص حقوقی در قالب این دسته از جرائم جای نمی‌گیرد و از شـــمول ماده ۳۶ قانون مذکور خارج است. همچنین به طور دقیق مشخص نیســـت که این مجازات باید در روزنامه کثیرالانتشار یا روزنامه محلی و در

1. United States Sentencing Commission:8D1.4

چند نوبت انتشار یابد. رسانه نیز همان‌طور که بیان شد، دارای مصادیق متعدد است و مواردی شامل رادیو، تلویزیون و حتی فضای مجازی را در بر می‌گیرد. پس جهت جلوگیری از تضییع حقوق اشخاص حقوقی، ضرورت اصلاح قانون در این خصوص احساس می‌شود. مناسب است همانند نظام حقوقی آمریکا، انتشار حکم در رسانه و تعیین نوع مصداق آن، بسته به گستره فعالیت شخص حقوقی در اختیار دادگاه باشد و تحمیل هزینه‌های ناشی از انتشار نیز بر شخص حقوقی مرتکب جرم تحمیل شود.

۳-۲. ضمانت اجراهای جبرانی

۱-۳-۲. اصلاح وضعیت جرم‌زا و خدمات اجتماعی

اصلاح وضعیت جرم‌زا ضمانت اجرای نوینی است که در برخی کشورها از جمله انگلستان و آمریکا با هدف پیشگیری از تکرار جرم و تامین هدف اصلاح و بازپروری مجازات نسبت به اشخاص حقوقی مورد اقبال قرار گرفته و به بوته آزمایش برده شده است. این دسته از مجازات‌ها امتیازات ویژه‌ای دارند؛ از این حیث که: بر کلیه اشخاص حقوقی غیر تجاری و تجاری قابل اعمال است؛ از تسری آثار جرم ارتکابی به دیگر افراد و شرکا که در ارتکاب جرم دخیل نبوده‌اند پیشگیری می‌شود؛ برخلاف جریمه نقدی، مؤید آن است که جرم و مجازات اشخاص حقوقی قابل خرید نیست و جامعه در مورد آن‌ها تسامحی ندارد؛ و همچنین موجب تنویر افکار عمومی از وضعیت اشخاص حقوقی به منظور تنظیم رابطه خود با آن‌ها می‌شود (Fiss, 1990: 236).

نظام کیفری آمریکا با پیش‌بینی دوره یک تا پنج ساله و با بهره‌گیری از اصول راهنمای تعیین کیفر، زمینه را برای تحقق شرایط مذکور را فراهم کرده است. در پرونده آرمکو استیل،[1] شرکت قطعه معیوبی را به شرکت خودروسازی فروخت که موجب ورود آسیب به سرنشینان یک خودرو در زمان خطر شد. هر دو شرکت علاوه بر جبران خسارت، به اصلاح وضعیت جرم‌زا محکوم شدند. این ضمانت اجرا موجب شد علاوه بر حفظ بقای شرکت خودروسازی و آرامکو استیل و جلوگیری از بیکاری پرسنل و کارمندان این شرکت‌ها، وضعیت معیوب خودرو مرتفع و مجدد

1. Armco Steel

شرکت به چرخه صنعت بازگردد (Miriam, 2010: 19). پرونده دیگر در این حوزه، پرونده ایالات متحده علیه برخی شرکت‌های نفتی بزرگ از جمله اکسون موبیل است. این شـــکایت که در دادگاه عالی در سانفرانسیسکو تنظیم شد، به منظور جلوگیری از خطرات احتمالی اســـت که این شـــرکت‌ها می‌توانند برای آب و هوای منطقه ایجاد کنند و لذا از دادگاه خواســـتار جابه‌جایی شـــرکت‌های مذکور به دلیل ارتکاب جرائم زیســـت‌محیطی گردیدند. نماینده شرکت مذکور در پاســـخ به شکایت اعلام کرد که تصمیـــم در این خصوص بر عهده کنگره اســـت و نه دادگاه، امـــا کماکان پرونده در جریان رسیدگی است. این موضوع گویای این امر است که اصلاح وضعیت جرم‌زا، از ضمانت اجراهای موثر در نظام حقوقی آمریکا بوده که افراد می‌توانند در شکایت خود آن را از دادگاه بخواهند. در نظام حقوقی ایران این نوع ضمانت اجرا و امکان اصلاح رویه غلط شرکت وجود ندارد؛ همچنان که هر روزه تعداد قابل توجهی از سرنشینان خودروهای داخلی دچار حوادث ناگوار می‌شوند که امکان رفع ایرادها از شرکت‌های خودروسازی داخلی فراهم نمی‌باشد (نیکومنظری، ۱۴۰۳: ۱۶۷).

خدمـــات اجتماعی رایگان[1] از دیگر ضمانت اجراهایی اســـت که از ســـوی نظام‌های کیفری چون آمریکا به عنوان شرط تعلیق مجازات به منصه اجرا گذاشته شده است. برابر رهنمودهای تعیین مجازات ایالات متحده، دادگاه‌ها باید اشخاص حقوقی را با توجه به مهارت، تخصص و امکاناتی که دارند، به انجام خدمات اجتماعی مرتبط با آســـیب‌های ناشی از جرائم خود محکوم کنند (Doyle, 2013: 29). به عنوان مثال می‌توان بـــه رای دادگاه فدرال آمریکا در خصوص محکومیت شـــرکت ریلی بی.ان. اس.اف که در حادثه واژگونی قطارِ حامل محموله نفتی، آلودگی زیست‌محیطی ایجاد کرده بود اشـــاره کـــرد. در این حکم چهارصد میلیون دلار جریمه پیش‌بینی شـــد که بخشی از این مبلغ به منظور بر طرف کردن کامل آلاینده‌ها از منطقه و به‌سازی منطقه مورد آســـیب اختصاص یافـــت (Coffee, 2020: 219). در حقـــوق کیفری ایران از ضمانت اجرای خدمات اجتماعی به عنوان مجازات جایگزین حبس اشخاص حقیقی نام برده شده است، اما در مجازات اشخاص حقوقی نشانی از آن دیده نمی‌شود.

1. United States Sentencing Commission:8B1.3

۲-۳-۲. دیه[۱]

هر یک از نظام‌های حقوقی به نحوی در صدد جبران خسارت‌های وارده بر بزه‌دیده می‌باشند. جبران خسارت یک ضمانت اجرای کیفری محسوب نمی‌شود، ولی از آن‌جا که خسارت از ارتکاب جرم ناشی شده، بسیاری از قانون‌گذاران کشورها، جبران خسارت بزه‌دیده را شرط استفاده از نهادهای ارفاقی دانسته‌اند. نظام کیفری آمریکا بیش از دیگر نظام‌های حقوقی به جبران خسارت کیفری تمایل نشان داده است. مطابق رهنمودهای تعیین کیفر ایالات متحده، دادگاه می‌تواند جبران خسارت کیفری را به عنوان شرط تعلیق مجازات و همچنین در قالب ضمانت اجرایی مستقل مورد توجه قرار دهد. در رهنمود تعیین کیفر، صدور قرار جبران خسارت از سوی دادگاه در مواردی که خسارتی به بزه‌دیده وارد می‌شود الزامی است.[۲] مطابق رهنمودهای موجود، همه سازمان‌های محکومیت یافته، صرف نظر از تقصیر خود ملزم به پرداخت خسارت به منظور اصلاح تمام صدمات و آسیب‌های ناشی از جرم هستند (نصیری، ۱۳۹۵: ۱۵۸). در این خصوص می‌توان به پرونده شرکت فیلم سازی رابرت دو نیرو[۳] اشاره کرد که شرکت به لحاظ تبعیض جنسیتی مجرم شناخته شد و دادگاه شرط تعلیق مجازات را جبران خسارت طرف قرارداد برشمرد. شرکت نیز نتوانست رضایت شاکی خصوصی را جلب کند و در نهایت به پرداخت ۱/۲ میلیون دلار جریمه نقدی محکوم شد (نیکومنظری، ۱۴۰۰: ۲۲۲).

در نظام کیفری ایران دیه به عنوان یک مجازات پیش‌بینی شده است و علاوه بر مجازات، واجد وصف جبران خسارت نیز می‌باشد. این موضوع تا سال ۱۳۹۲ در مورد اشخاص حقوقی دارای وضعیتی مبهم بود و برخی محاکم پرداخت دیه در مورد اشخاص حقوقی را نمی‌پذیرفتند و شخص حقیقی را مسؤول می‌دانستند (شریفی،

---

۱. هرچند که ارتکاب جرائم عمدی منتهی به آسیب از جانب اشخاص حقوقی نامحتمل و بعید به نظر نمی‌رسد، اما حتی در صورت وقوع این گونه جنایات، صرفاً می‌توان اشخاص حقیقی درگیر که به طور مستقیم مرتکب این گونه جرائم شده‌اند را مستوجب کیفر قصاص دانست و تنها زمانی می‌توان به دیه استناد کرد که مجازات اصلی جرم ارتکابی، دیه باشد (کاظمی و چگینی، ۱۴۰۲: ۳۳۲).

۲. البته در مواردی که شخص حقوقی پیش‌تر خسارت بزه‌دیده را جبران کرده باشد یا تعداد بزه‌دیدگان زیاد باشد و رسیدگی به موضوع خسارت آن‌ها موجب تطویل تعیین مجازات شود و یا موضوع پرونده پیچیده ارزیابی شود، صدور چنین قراری الزامی‌نیست (United States Sentencing Commission 9c1).

3. Robert de niro

۱۳۹٤: ٦۱). تبصره ماده ١٤ قانون مجازات اسلامی به خلاف رویه سابق، یک ضابطه کلی وضع کرده است و بیان می‌دارد: «چنانچه رابطه علیت بین رفتار شخص حقوقی و خسارات وارده احراز شود، دیه و خسارت قابل مطالبه خواهد بود. اعمال مجازات تعزیری بر اشـــخاص حقوقی مطابق ماده ۲۰ خواهد بود». برای مثال در شرکت‌های ترابری زمینی، دارندگان وســـایل نقلیه مکلف هستند برای اطمینان از بی‌عیب و نقص بـــودن اتوبوس‌های خـــود، هر دوره با مراجعه به مراکز معاینه فنی، برچســـب معاینه دریافت کنند. حال اگر به علت نقص فنی خودرو (نه تقصیر راننده یا شخص ثالث)، اتوبوس واژگون شـــود و سرنشینان آن آسیب و خســـارت ببینند، شخص حقوقی از باب تســـبیب ضامن اســـت (اردبیلی، ۱۳۹۳: ۷۱). پرداخت دیه حسب مواعد مربوط به پرداخت دیه بوده و از این حیث، تفاوتی بین اشـــخاص حقیقی و حقوقی نیســـت. در این زمینه می‌توان به پرونده ١٤٠٠٩١٣٣٠٠٠٤٣٢٥١٥٦ دادگســـتری شهریار اشاره کرد که دادگاه شـــهرداری را با توجه به عدم نصب پلاکارد در اطراف رودخانه برای هشـــدارهای لازم در این زمینه، به پرداخت دیه دو کودک که در حین شنا غرق شده بودند محکوم کرد و با پرداخت دیه اولیای دم از سوی شهرداری و اخذ رضایت آنان، مجازات شخص حقوقی تعلیق شد.

نظام حقوقی آمریکا جبران خسارت را امری الزامی‌دانسته، اما در نظام حقوقی ایران غیر از دیه که به نوعی مجازات اســـت، در ســـایر موارد دادگاه الزامی به تعیین خســـارت ندارد؛ از آن‌جا که جرائم شـــخص حقوقی می‌تواند تعداد قابل توجهی از افراد را تحت تاثیر قرار دهد، بهتر است نظام حقوقی ایران همانند آمریکا، به پرداخت خسارت شخص حقوقی نگاه ویژه‌ای داشته باشد.

برآمد

۱- ضمانت اجراهای پیش‌بینی شده در نظام حقوق کیفری امریکا به سه دسته جبرانی، پیشگیرانه و تنبیهی تقسیم می‌شود. به‌رغم تنوع واکنش‌های کیفری قابل اعمال بر اشخاص حقوقی، جزای نقدی مرسوم‌ترین ضمانت اجرایی است که از سوی نظام کیفری امریکا مورد پذیرش قرار گرفته است. ضمانت اجراهای جبرانی که در نظام حقوق کیفری امریکا شامل جبران خسارت، اصلاح وضعیت جرم‌زا و خدمات رایگان می‌شود، در حقوق کیفری ایران فاقد پیشینه است و فقط در مورد دیات تا حدی قابل هم‌پوشانی با موضوع جبران خسارت در حقوق آمریکا است؛ از این رو وجود چنین ضمانت اجراهایی با توجه به گستردگی جرائم اشخاص حقوقی می‌تواند موجبات دغدغه عمومی جهت جبران خسارت را مرتفع کند. ضمانت اجراهای تنبیهی نظیر مصادره اموال و جلوگیری از دسترسی به اموال شخص حقوقی است. در حقوق آمریکا مصادره کل اموال پذیرش نشده است، بلکه اموالی که از جرم تحصیل شده است مصادره می‌شود. به نظام کیفری ایران از این حیث که مصادره کل اموال را مجاز دانسته، قابل ایراد است.

۲- نهاد جلوگیری از دسترسی شخص حقوقی به اموال خود در نظام حقوق کیفری آمریکا با تسامح قابل انطباق با انحلال است. آمریکا تعلیق مراقبتی به شرط جبران خسارت را یکی از شقوق مجازات‌های شخص حقوقی برشمرده است، ولی در قانون ایران چنین ضمانت اجرایی برای اشخاص حقوقی پیش‌بینی نشده است.

۳- با بررسی نظام حقوقی آمریکا، در جهت اصلاح قوانین ایران در ارتباط با اشخاص حقوقی، موارد زیر پیشنهاد می‌شود:

نخست، تعیین میزان جزای نقدی اشخاص حقوقی بر مبنای گردش مالی سالانه یا با تدوین اصول راهنمای تعیین کیفر و لحاظ مواردی از قبیل سطح جرم و نمره مجرمیت؛

دوم، اصلاح مصادره کل اموال به مصادره اموال ناشی از جرم در راستای جلوگیری از تضرر بی‌جهت اشخاص ثالث، شرکا و سهام‌داران شخص حقوقی؛

سوم، پیش‌بینی اصلاح وضعیت جرم‌زا به منظور ارتقا سطح کیفی شخص حقوقی؛

چهارم، پذیرش مجازات خدمات عمومی‌رایگان؛

پنجم، پیش‌بینی تعلیق مراقبتی برای شرکت متخلف با هدف جلوگیری از انحلال آن و آثار ناشی از انحلال.

فهرست منابع

الف. فارسی

* احمدی موحد، اصغر (۱۳۸۷)، **اجرای احکام کیفری**، چاپ سوم، تهران: میزان.
* اردبیلی، محمدعلی (۱۳۹۳)، **حقوق جزای عمومی**، جلد دوم، چاپ سی و دوم، تهران: میزان.
* پوربافرانی، حسن و سیفی، مهدی (۱۳۹٤)، «**گونه‌شناسی مجازات اشخاص حقوقی**»، آموزه‌های حقوق کیفری، شماره ۹.
* توجهی، عبدالعلی (۱۳۹٤)، **آسیب‌شناسی قانون مجازات اسلامی‌مصوب سال ۱۳۹۲**، چاپ نخست، تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه،
* جوان جعفری، عبدالرضا و ساداتی، سیدمحمدجواد (۱۳۹۱)، «**سزاگرایی در فلسفه کیفر**»، پژوهش‌نامه حقوق کیفری، سال سوم، شماره ۱.
* خالقی، سمیرا (۱۳۸۰)، **سنجش و ارزیابی انواع روش‌های پیشگیری از جرم**، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه شهید بهشتی.
* دادبان، حسن و آقایی، سارا (۱۳۸۸)، «**بازدارندگی و نقش آن در پیشگیری از جرم**»، فصل‌نامه حقوق، دوره ۳۹، شماره ۳.
* دلیر، حمید (۱۳۹۰)، **حقوق مصادره**، چاپ نخست، تهران: میزان.
* شامبیاتی، هوشنگ (۱۳۹۱)، **حقوق جزای عمومی**، جلد دوم، چاپ ششم، تهران: مجد.
* طباطبایی حصاری، نسرین و صفی‌زاده، سروش (۱٤۰۲)، «**شرکت‌های کاغذی و راهکارهای مقابله با آن در پرتو آسیب‌شناسی نظام ثبت شرکت‌ها**»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۱۲٤.
* شریفی، محسن (۱۳۹٤)، **مسوولیت کیفری اشخاص حقوقی در حقوق ایران و انگلستان**، چاپ نخست، تهران: میزان.
* شریفی، محسن (۱۳۹۵)، «**معیارهای تعیین جزای نقدی اشخاص حقوقی در نظام کیفری ایران، آمریکا و انگلستان**»، پژوهش‌نامه حقوق کیفری، سال هفتم، شماره ۱۳.
* کاظمی، سیدسجاد و چگینی، حامد (۱٤۰۲)، «**قرارهای تامین کیفری و نظارت قضایی اشخاص حقوقی تهدیدی جدی علیه تضمین حقوق بزه‌دیده**»، مجله حقوقی

دادگستری، دوره ۸۷، شماره ۱۲۱.
* مصدق، محمد (۱۳۹۲)، **شرح قانون مجازات اسلامی با رویکرد کاربردی**، چاپ نخست، تهران: جنگل.
* مصدق، محمد (۱۳۹۹)، **شرح قانون کاهش مجازات حبس تعزیری**، چاپ نخست، تهران: جنگل.
* میرمحمدصادقی، حسین (۱٤۰۰)، **حقوق جزای عمومی ۲ مسؤولیت کیفری**، چاپ نخست، تهران: دادگستر.
* موسوی مجاب، سید درید و رفیع‌زاده، علی (۱۳۹٤)، «**ضمانت اجراهای شخص حقوقی در قانون مجازات اسلامی**»، دیدگاه‌های حقوق قضایی، شماره ٦۹.
* مهرا، نسرین (۱۳۸۷)، «**نظام عدالت کیفری در انگلستان و ولز**»، مجله فقه حقوق، سال چهارم، شماره ۱٦.
* مهرا، نسرین (۱۳۸۹)، «**رهنمودهای تعیین مجازات در انگلستان و ولز**»، فصل‌نامه حقوق، دوره ٤۰، شماره ۳.
* مهرا، نسرین (۱۳۸٦)، «**کیفر و چگونگی تعیین آن در فرایند کیفری در انگلستان با تکیه بر کارکردهای کیفر**»، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ٤٥، ۱۳۸٦، ص۸٦-٤۹.
* نجفی ابرندآبادی، علی‌حسین (۱۳۸۸)، **کیفرشناسی نو، جرم شناسی نو: درآمدی برسیاست جنایی مدیریتی خطرمدار**، تازه‌های علوم جنایی، چاپ نخست، تهران: میزان.
* نصیری، علیرضا (۱۳۹٥)، **مسؤولیت کیفری اشخاص حقوقی در حقوق آمریکا**، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه تربیت مدرس.
* نیکومنظری، امین (۱٤۰۳)، **اصول حاکم بر مجازات اشخاص حقوقی**، تهران: دادگستری استان تهران.
* نیکومنظری، امین (۱٤۰۰)، «**ضمانت اجراهای اشخاص حقوقی با تکیه بر کارکردهای کیفری در نظام‌های حقوقی ایران، آمریکا و انگلستان**»، پژوهش‌نامه حقوق کیفری، سال دوازدهم، شماره ۱.
* نیکومنظری، امین (۱٤۰۳)، «**قابلیت انطباق مجازات اشخاص حقوقی با اصول سنتی حاکم بر مجازات‌ها در نظام حقوقی ایران با رویکردی به نظام‌های کیفری**

آمریکا و انگلستان»، پژوهش‌نامه حقوق کیفری، سال پانزدهم، شماره ۱.
* ولیدی، محمدصالح (۱۳۸۲)، **بایســـته‌های حقوق جزای عمومی**، چاپ نخست، تهران: خورشید.

ب. انگلیسی

* Abrams Norman Et Al., **Federal Criminal Law And its enforcement**. 5th ed, 2010.
* Balcher,A, **Imagining How a Company Thinks: What is Corporate Culture?**, Deakin Law 11,1, 2006
* Cavadino,M & Dignan, J, **The Penal system: An Introduction**, 3rdedn, London, 2002.
* Cohen James S, **Corporate Crime and Punishment: An Update on Sentencing Practice in the Federal courts**, 1988-1990, 71 B.U.L.REV., 1991.
* Clark, B & Lansford, **A Re- Brith of Corporate Killing?** Lessons From American in a New Law For Scotland, 2005.
* Cofee, John C, JR, **Corporate Crime and punishment**, Berrett-Koehler Publisher, Inc, 2020.
* Doyle, C, **Corporate Criminal Liability: An Overview of Federal Law, Congeressional Research Service**, Octobr30, 2013.
* Deckert, K, **Corporate Criminal Liability in France**, in Pieth, Mark Pieth & Ivory, Radha, Corporate Criminal Liability, Springer, 2011.
* Fiss, B, **Sentencing Ootion Against Corporations, Criminal Law Fourm**, 1, 1990.
* Foerchler Ann, **Corporate criminal intent: Toward a Better Understanding of Corporate Miscinduct**, California Law Review, 1990.
* Gruner, Richard, **Corporate Crime and Sentencing**, 1st ed, 1994.
* Gibson, Dunn, **Corporate Deferred Prosecution and Non-Pros-**

ecution Agreement, Jan 4, 2012.http://www.lexology.com/library/.

❋ Ilene H. Nagel, **Structuring Sentencing Discreation: The New Federal Sentencing Guidelines**, 80 J. CRIME. L and Criminology, 1990.

❋ Millington, T & Sutherland W, **The Proceeds of Crime: Law and Practice of Restraint, Confiscation, Condemnation and Forfeiture**, Secind Edition, Oxford University, 2007.

❋ Miriam H. Bear, **Organization Liability and The Tension between Corporate and Criminal Law**, 19J.L and POLY1, 2010.

❋ Schlegel, K, **Just Deserts for Corporate Criminal**, Boston: Northeastern University Press, 1990.

❋ Wells, C, **Corporate Criminal Responsibility**, Published in the Book of Research Hand book on Corporate Legal Responsibility, Edited By Steeohen Tully, Law Department London School of Economics and Political Science, UK, 2005.

مجله حقوقی دادگستری

مقاله پژوهشی/ دوره ۸۸/ شماره ۱۲۷/ صفحات: ۱۷۸-۱۴۱
تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۹/۰۲ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۶/۲۰

مبانی و اصول حاکم بر بازتعقیب متهم

سعید قائدی[۱]

چکیده

با صدور قرار منع تعقیب به استناد فقدان یا عدم کفایت دلیل، امکان بازتعقیب متهم به موجب ماده ۲۷۸ قانون آیین دادرسی کیفری پیش‌بینی شده است. قانون‌گذار در پی نیل به عدالت در مورد اشـــخاصی اســـت که در زمان رسیدگی، دلیل کافی در دســـترس آن‌ها نبوده و از ســـوی دیگر، به دنبال مقابله با هنجارشکنی و جلوگیری از رهایی ناموجه و زودهنگام مرتکب از چنگال عدالت است. حکم این ماده استثنایی و اصل بر عدم قابلیت تعقیب مجدد متهم است؛ مگر آن‌که اصول حاکم بر آن که منطبق با اهداف و اصول کلی آیین دادرســـی کیفری اســـت، در فرایند تجویز تعقیب توسط مقام‌های قضایی اِعمال شود.

هدف این پژوهش، شناخت مبانی و اصول حاکم بر تعقیب دوباره متهم است. به این منظور، با روش توصیفی تحلیلی و مطالعه پرونده‌های تجویز تعقیب شـــده، به دنبال تبیین مبانی و اصول بازتعقیب متهم است تا چالش‌ها و برداشت‌های سوء رویه قضایی شناســـایی شود و ضمن ارائه راهبرد، امنیت شهروندان و نظم عمومی تامین و تضمین گردد. از این رو نوشتار حاضر، با مطالعه نوزده پرونده بازتعقیب شده، به تبیین اصول حاکم بر اِعمال تجویز تعقیب متهم شامل اعتبار امر مختوم، مستدل بودن فرایند بازتعقیب متهم، تناظر، اســـتقلال و رجحان تشـــخیص دادگاه در برابر دادسرا، امکان بازتعقیب متهم توســـط دادگاه و اصل استقلال مقام تحقیق در برابر تشخیص دادستان و دادگاه می‌پـــردازد و نتیجه می‌گیرد که مقام‌هـــای قضایی دخیل در فرایند تجویز، با نقض اصول یاد شده در پی تعقیب مجدد متهم می‌باشند و در چرخه‌ای معیوب، غالب پرونده‌ها با قرار منع تعقیب مجدد یا حکم برائت مواجه می‌شود.

واژگان کلیدی: بازتعقیب متهم، قرار منع تعقیب، دلیل جدید، دادستان، دادگاه.

---

۱. دانشجوی دکتری حقوق کیفری و جرم شناسی دانشگاه علوم قضایی و قاضی دادگستری
saeedghaedilaw@gmail.com

درآمد

مطابق اصل یکصد و پنجاه و ششـــم قانون اساســـی جمهوری اسلامی ایران، قوه قضاییه «مســـؤول تحقق بخشیدن به عدالت» اســـت و یکی از عمده وظایف آن، «احیای حقوق عامه و گسترش عدل» می‌باشد. از مهم‌ترین ارکان قوه قضاییه در تحقق بخشیدن به چنین هدفی، دادستان است. این مقام متولی امر پیگرد و مرحله تعقیب به عنوان یکی از مراحل مهم در فرایند دادرسی کیفری است. ماده ۱۱ قانون آیین دادرسی کیفری در این باره مقرر می‌دارد: «تعقیب متهم و اقامه دعوی از جهت حیثیت عمومی بر عهده دادســـتان ... است». دادستان به عنوان مدعی عموم در اقامه دعوای عمومی و مقام مسؤول در اعاده حقوق جامعه، براســـاس اصل قانونی بودن تعقیب،[1] باید متهم را تحت تعقیـــب قرار دهد (آخوندی، ۱۳۸۸: ٦۰) و حقی جهت ســـازش با متهم یا صرف‌نظر کردن از تعقیب وی ندارد (طهماســـبی، ۱۳۹۸: ۱۱۲). با وجود این، مرحله تعقیب تابع اصول مختلفی می‌باشـــد که از مهمترین آن‌ها، اصل تفکیک این مرحله از مرحلـــهٔ تحقیق،[2] اصل برائت[3] و اصل ممنوعیت تعقیب مجدد[4] اســـت. به این معنا که تحقیقات مقدماتی برعهده مقامات تحقیق در دادسرا و منفک از مرحلهٔ تعقیب و مقام آن است[5] که این مقام‌ها در پرتو اصل برائت اقدام به جمع‌آوری ادله کرده و در پایان بسته به ادله گردآوری شـــده، اتخاذ تصمیم می‌نمایند، پس از قطعیت تصمیم، امکان تعقیب مجدد میسر نمی‌باشد.

به موجب ماده ۲٦۵ قانون آیین دادرســـی کیفری، یکی از تصمیمات بازپرس و دیگر مقامات تحقیق،[6] قرار منع تعقیب می‌باشـــد که بـــا توجه به این ماده از جمله

---

1. The principle of legality of prosecution
2. The principle of separation between prosecution and investigation
3. The principle of innocence
4. The principle of prohibition of re-prosecution

۵. بامداقه در اصل تفکیک مقام تعقیب از مقام تحقیق می‌توان دریافت که این اصل از دو اصل دیگر تشکیل شده است. از یک‌سو، به عدم مداخله مقام تعقیب در وظایف مقام تحقیق و از سوی‌دیگر، به عدم دخالت مقام تحقیق در اقدامات تعقیبی اشاره دارد (قائدی، ۱۳۹٦: ۱۹).

٦. در قانون آیین دادرسی کیفری ایران، مقام‌های تحقیق کنندهٔ دعوای کیفری متعدد می‌باشند، اگرچه بازپرس به عنوان مقام اصلی تحقیق است لیکن مقامات دادستان، دادیار، دادرس دادگاه نیز در مواردی برخلاف اصل تفکیک (تعقیب، تحقیق و رســـیدگی)، به امر تحقیـــق و اتخاذ تصمیم در پایان فرایند آن می‌پردازند.

مجاری صدور آن، فقدان یا عدم کفایت ادله بر وقوع بزه و یا توجه آن به متهم است. اکنون این پرسش اساسی مطرح می‌شود که چنان‌چه در مرحلهٔ تحقیقات جنایی به جهت فقدان ادله کافی، قرار منع پیگرد صادر شود و متعاقب آن ادله جدیدی کشف یا ارائه گردد که گویای تحقق بزه یا انتساب آن به متهم است، وظیفه دادسرا و مقامات تعقیب، تحقیق و رسیدگی چیست؟ آیین دادرسی کیفری یکی از بارزترین عرصه‌های تزاحم مصلحت عمومی و حقوق و آزادی‌های فردی است (شیدائیان و اسحاقی، ۱۳۹۹: ۱۰۸). در ادبیات حقوقی این تزاحم با تعابیری چون، تقابل حق جامعه و حق فرد، حق بر تامین و حق بر امنیت (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۹۱: ۱۹)، نظم عمومی، حقوق و آزادی‌های فردی (صابر، ۱۳۸۸: ١٤٤) انعکاس یافته است. بی‌تردید، در این وضعیت شاهد تعارض در مصالح عمومی و فردی هستیم، با این توضیح که از یک‌سو، حیثیت اشخاص به ویژه بعد از خاتمه فرایند کیفری (حق بر فرض بی‌گناهی تثبیت شده)،[1] از تعرض مقامات نظام عدالت جنایی مصون است و علی‌القاعده نباید با توسل به هر مجرایی، متهم را مجدداً به همان اتهام تحت تعقیب قرار داد (مصلحت فردی). از سوی‌دیگر، اقتضای دستیابی به عدالت که از آن سخن به میان آمد آن است که شخصی که با رفتار مجرمانه انضباط اجتماعی را مخدوش کرده است، تنها از این حیث که در مقطعی به ادله کافی بر انتساب جرم به وی، دسترسی نبوده، سود نبرد و از تنبیه عمومی بگریزد (مصلحت عمومی). این تعارض در مصالح، ضرورت و اهمیت شناخت دقیق مبانی، احکام و اصول حاکم بر تعقیب مجدد متهم و موضع حقوق کیفری و رویه قضایی ایران را نمایان می‌سازد.

مقنن ایران در ماده ۲۷۸ قانون آیین دادرسی کیفری[2] به منظور دستیابی به

---

۱. از آثار این حق در تشریفات رسیدگی عبارت است از الزام شاکی یا دادستان به اثبات اتهام یا ارائه دلیل (شاملو، ۱۳۸۳: ۲۷۹-۲۷۸).

۲. این ماده مقرر می‌دارد: «هرگاه به علت جرم نبودن عمل ارتکابی، قرار منع تعقیب صادر و به هر دلیل قطعی شود، نمی‌توان بار دیگر متهم را به همان اتهام تعقیب کرد. هرگاه به علت فقدان یا عدم کفایت دلیل، قرار منع تعقیب صادر و در دادسرا قطعی شود، نمی‌توان بار دیگر متهم را به همان اتهام تعقیب کرد، مگر پس از کشف دلیل جدید که در این صورت، با نظر دادستان برای یک‌بار قابل تعقیب است و اگر این قرار در دادگاه قطعی شود، پس از کشف دلیل جدید به درخواست دادستان می‌توان او را برای یک‌بار با اجازه دادگاه صالح برای رسیدگی به اتهام، تعقیب کرد. در صورتی که دادگاه، تعقیب مجدد را تجویز کند، بازپرس مطابق مقررات رسیدگی می‌کند». در این نوشتار، به منظور رعایت اختصار، صرفاً ماده ۲۷۸ ذکر می‌شود.

عدالت قضایی[1] و برخورد با رفتارهای مجرمانه خلاف نظم اجتماعی، سازِکاری را پیش‌بینی نموده که حکایت از پذیرش تعقیب مجدد و در عین حال مراعات مبانی و اصولی در بازتعقیب[2] متهم دارد که جملگی تعقیب دوباره متهم را همراه با محدودیت‌هایی نموده است. به سخن دیگر، از یک‌سو، قانون‌گذار تمایلی به رهایی ناموجه متهمی که مرتکب فعل مجرمانه مخل امنیت جامعه شده است را ندارد و از سوی‌دیگر، عدم تمایل خود جهت تجویز بی‌قید و شرط را با تصویب محدودیت‌هایی در راستای جلوگیری از سوء استفاده مقام تعقیب و تعرض به شهروندان اعلام داشته است.[3]

آن‌چه در جستار فرارو مورد واکاوی و هدف قرار گرفته است، مبانی و اصول حاکم بر بازتعقیب متهم است. از این رو پرسش اساسی نوشتار کنونی آن است که قانون‌گذار در جهت رعایت مصالح پیش‌گفته، چه مبانی و اصولی را در تجویز تعقیب متهم دنبال کرده است و رویارویی رویه قضایی با این اصول چگونه است؟ پیرامون این موضوع به یقین بیان می‌شود که پژوهش مستقلی موجود نمی‌باشد و صرفاً در اندیشه حقوقی ایران ذیل ماده ۲۷۸ یا مبحث اعتبار امر مختوم کیفری، اشاره‌ای موجز و گذرا و عمدتاً دارای ماهیتی نظری به آن شده است. از این رو، ساختار پژوهش در دو بخش سامان داده شده است. در ابتدا از مبانی بازتعقیب متهم سخن به میان آمده است و در بخش دوم، اصول حاکم بر فرایند بازتعقیب متهم به تصویر کشیده شده است.

---

1. Judicial justice
2. Re-prosecution

۳. در حقوق فرانسه با وضعیت مشابه روبه‌رو هستیم. قانون‌گذار این کشور در ماده ۱۷۷ قانون آیین دادرسی کیفری آن اشعار داشته است که بازپرس پس از انجام کلیه تحقیقات سودمند در کشف حقیقت، قرار خاتمه بازپرسی را صادر کرده و به کار خود پایان می‌دهد. در این قرار، بازپرس اظهار نظر می‌نماید که پرونده برای دادرسی به دادگاه ارجاع شود یا موضوع قابل تعقیب نیست (بوشهری، ۱۳۹۰: ٦١). سپس در مبحث سیزدهم در خصوص تکرار تحقیقات بر اساس ادله جدید، در ماده ۱۸۰ بیان داشته است: شخص تحت بررسی (متهم) که نسبت به او هیأت تحقیقاتی بازپرسی اعلام نموده که دلیلی برای تعقیب وجود ندارد، دیگر نمی‌توان او را به خاطر همان عمل تحت تعقیب قرار داد مگر این‌که ادله جدیدی به دست آید (تدین، ١٣٩٦: ٧٣).

۱. مبانی بازتعقیب متهم

اصل اولیه و بنیادی در دادرسی آن است که به هر دعوا و موضوعی فقط یک‌بار رسیدگی می‌گردد. ایجاد حس امنیت و آرامش برای افراد و جامعه ایجاب می‌نماید ریشه نزاع در نقطه‌ای برای همیشه قطع گردد. تجویز رسیدگی مجدد نه تنها باعث اتلاف وقت و هزینه برای دادگستری می‌شود (رحمدل، ۱۳۹٤: ۲۱٦)، بلکه موجب می‌گردد اشخاص با طرح شکایت‌های مجدد موجبات تشویش اذهان متهم را فراهم آورند. قانون‌گذار در بند چ ماده ۱۳ و صدر ماده ۲۷۸ قانون آیین دادرسی کیفری به دنبال نظام‌مند کردن عدم امکان بازتعقیب متهم است و در پی آن بوده است که از مبانی مختلفی در عدم قابلیت تعقیب مجدد متهم پیروی نماید. این مبانی که مشابه مبانی برخی دیگر از نهادهای حقوق کیفری از جمله مرور زمان است، بر این توجیه استوار است که با وجود تلاش دستگاه قضایی و صرف وقت و هزینه‌های دیگر در تعقیب و تحقیق سابق، رسیدگی مجدد، امنیت روانی و اجتماعی متهم و شهروندان را مختل می‌نماید و موجب گردیده تا متهم همواره در ترس و اضطراب ناشی از تعقیب مجدد به سر برد.

با این همه، قانون‌گذار در شرایط استثنایی امکان تعقیب مجدد متهم را پیش‌بینی کرده است و در مقام حل تزاحم مصلحت عمومی و حقوق بنیادین فردی، تا حد زیادی کفه را به نفع حقوق شهروندی سنگین کرده است؛ نمادی از گرایش به یک مدل سیاست جنایی مردم‌سالار که در آن از نظم عمومی‌ای حمایت می‌شود که حقوق مردم و جامعه مدنی در آن محاسبه شده است (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۹۱: ۹۰). پذیرش بازتعقیب متهم به منظور صیانت از مصلحت عمومی، همراه با چرایی بوده و از مبانی متعددی پیروی می‌کند. از مهم‌ترین ادله توجیهی که هم‌سو با اهداف و اصول دادرسی کیفری می‌باشد، دسترسی به عدالت و حقیقت قضایی و مقابله با رفتار مجرمانه و هنجارشکنی است. در مباحث زیر به این مبانی پرداخته خواهد شد.

۱-۱. دستیابی به عدالت و حقیقت قضایی

یکی از مهم‌ترین حوزه‌های عدالت که نسبت به ابعاد دیگر آن اهمیت خاص و راهبردی دارد، «عدالت قضایی»[۱] است؛ زیرا مهم‌ترین شاخص‌های داوری درباره کارآمدی هر نظام سیاسی، دستگاه قضایی آن است (مسعودیان، ۱۳۹۸: ۱۰٤). طبق بند ١٤ اصل سوم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، تامین حقوق همه‌جانبه افراد و ایجاد امنیت قضایی عادلانه برای همه، از وظایف حکومت اسلامی دانسته شده است. سیاق اصل شصت و یکم قانون اساسی نیز یادآور اهمیت عدالت قضایی است و همان‌گونه که سخن به میان آمد، تحقق عدالت قضایی از مهم‌ترین وظایف قوه قضاییه در اصل یکصد و پنجاه و ششم است. به این سان، تحقق عدالت قضایی را می‌توان هدف غایی هر نظام سیاسی و قضایی دانست. قانون‌گذار ایران برای دسترسی به این مهم و اجرایی نمودن اصول پیش‌گفته، تاسیس‌های حقوقیِ مختلفی را پیش‌بینی کرده که از رهگذر اعمال آن‌ها در نظام عدالت کیفری، به دنبالِ دستیابی به عدالت قضایی است که از مهم‌ترین آن‌ها، نهاد بازتعقیب متهم می‌باشد. بر این اساس، یکی از مبانی تعقیب مجدد متهم و به جریان انداختن دوباره آن، دستیابی به عدالت قضایی است.

هدف از دادرسی کیفری، دستیابی به حقیقت مطلق است که منظور آن چیزی است که در عالم خارج حادث شده یا می‌شود (تدین، ۱۳۹۱: ۲۸). با توجه به این اصل با توسل به قیاس اولویت می‌توان بازتعقیب متهم در امور کیفری را در جهت دستیابی به حقیقت ماهوی توجیه کرد. قانون‌گذار امکان بازنگری مجدد را بر اساس قواعدی همچون اعاده دادرسی پیش‌بینی نموده است و در امور کیفری مسأله با شکل‌گیری مفهوم نظم عمومی به مراتب واجد اهمیت بیشتری است. به عبارتی، هدف مهم قانون‌گذار در تدوین آیین دادرسی کیفری، ایجاد نظم و امنیت عمومی است (گلدوست، ١٣٩٤: ٧) و اجرای عدالت و تامین نظم و امنیت عمومی خدمتی است که از طریق تعقیب جرائم به وسیله دستگاه عدالت کیفری به جامعه

---

۱. مراد از عدالت قضایی، رعایت حقوق قانونی و شرعی اصحاب دعوا (اعم از شاکی، متهم، جامعه) در فرایندهای مختلف دادرسی است (مسعودیان، ۱۳۹۸: ۱۰٦). در این‌جا فرایند دادرسی به مفهوم مضیق آن یعنی مرحله دادرسی و صدور حکم نیست، بلکه از مرحله تحقیقات مقدماتی در دادسرا آغاز و حتی بعد از اجرای حکم نیز در برمی‌گیرد.

ارائه می‌شود (شیـــدائیان و اســـحاقی، ۱۳۹۹: ۱۰۳)، اقتضای نیل به عدالت قضایی و برقراری آسایش عـــمومی آن است که چـنان‌چه پس از تحقیقات و صدور قرار منع تعقیب، ادله جدیدی کشف شود، بتوان اقدام به تعقیب دوباره متهم نمود. این تجویز در پناه اصولی نیز قرار دارد که یکی از آن‌ها، اصل ضرورت رســیدگی به تمامی ادله است که این اقتضا را دارد که اگر به هر جهت به دلیلی رسیدگی نشـود نتیجه حاصل از دادرســی نامطلوب بوده و قابلیت اتکاء ندارد. بازتعقیب مـــتهم با توجه به آنچه در ماده ۲۷۸ آمده اســت، فاقد مهلت می‌باشـــد و سیاست قانونی به دنبال آن بوده که دسترسی به عدالت قضایی و کشف حقیقت ماهوی و مطلق، حـــتی بعد از مدت‌های طولانی در صورتی که ادله جدید بر توجه اتهام به متهم موجود بوده و از نگاه مقامات قضایی مغفول مانده است، حاصل شود و عدالت قضایی به مرحله خاصی از دادرسی کیـــفری محدود نگردد.[1] همچنین اصل پذیرفته شده دیگر، مستند بودن آرای دادگاه و دادســـرا است؛ به این معنا که حکم یا قراری که مســـتند به دلیل نباشد باطل تلقی می‌شـــود،؛هرچند این دلیل در جلسه دادگاه و دادسرا ارائه نشده باشد. بر این اساس، زمانی که دلیل جدیدی کشـــف می‌گردد که در دادرســـی سابق به هر جهتی از جمله عدم دسترســـی شاکی به آن ارائه نگردیده اســـت، می‌توان به استناد اصل فوق تجویز رسیدگی مجدد را صادر نمود.

۲-۱. مقابله با رفتار مجرمانه

اعـــاده نظم لطمه‌دیده از جرم از طریق ســـاماندهی نهادهای کیفری در جهت مقابله با پدیده مجرَمانه، از اهداف مهم آیین دادرســـی کیفری اســـت (خالقی، ۱۳۹۵: ۲٤). دادگســـتری شایسته آرمان مطلوبی است که با اســـتقرار آن، حقوق دادخواهان احقاق، متجاوزان تنبیه و عدالت گسترش می‌یابد (هاشمی، ۱۳۹۰: ۲۸۰). نهاد تجویز تعقیب این مبنا را دنبال می‌کند که شـــخصی که بـــا فعل مجرمانه خود موجب بر هم خوردن نظم جامعه شـــده و از تعقیب کیفری به لحاظ سهل‌انگاری مقامات قضایی یا شاکی و یا به هر جهت دیگر و به‌رغم مساعی حداکثری در آن برهه از تحقیقات، رها شده است، در صورت کشف ادله جدید، تعقیب مجدد او توجیه گردد.

به جریان افتادن تعقیب مجـــدد دارای کارکرد مثبت برای نظام عدالت جنایی

---

۱. این مهلت نیز تابع ضوابط عمومی مرور زمان است (خالقی، ۱٤۰۲: ۳۸۹).

از حیث بازدارندگی خاص و عام[1] است. صدور قرار منع تعقیب با وجود انجام رفتار مجرمانه توسط متهم، در بعد فردی، این نوید را به وی می‌دهد که در جرائم آتی همچون سابق نهایت تلاش خود را در اخفاء رفتار مادی یا امحای ادله به کارگیرد. در بعد اجتماعی امید بخش متهمان بالقوه در راستای ارتکاب رفتار مجرمانه و سوق آن‌ها به سمت عملی نمودن تصمیمات ذهنی است. بازتعقیب این پیام روشن را به مرتکبان بالفعل و بالقوه می‌دهد که گِرد جرم نگردند و در صورت هنجارشکنی با برخورد قانون‌گذار و دستگاه قضایی حتی در صورت صدور قرار منع تعقیب روبه‌رو می‌شوند؛ چه آن‌که فرض بر این است که هیچ متهمی با ارتکاب جرمی که نظم جامعه را مخدوش ساخته است، نباید از کیفر مصون باشد. از سوی‌دیگر، باز تعقیب متهم در پی کشف ادله جدید، حقوق بزه‌دیده را تامین می‌نماید. عدم دستیابی به حقیقت قضایی در تحقیقات مقدماتی که خاتمه آن با قرار منع تعقیب متهم مرتکب مواجه شده، به دلایل مختلف بوده که بی‌تردید بخشی از آن محصول کوتاهی قضایی است که به هر جهت اعم از زیرکی متهم در اخفاء یا امحای ادله یا بی‌تجربگی مقام تحقیق، منجر به مختومه شدن ماهوی پرونده گردیده است. پرواضح است که بزه‌دیده نباید در پی غفلت دستگاه قضایی، تاوان ضعف این سیستم را داده و با بزه‌دیدگی مضاعف روبه‌رو شود. نتیجه آشکار عدم پذیرش تجویز تعقیب متهم برای بزه‌دیده، تمسک به دادخواهی فردی[2] و بدبینی به دستگاه قضایی است.

به این ترتیب، پیش‌بینی نهاد بازتعقیب متهم توسط قانون‌گذار، واجد مبانی مختلف و کارکرد در حفظ حقوق جامعه در جرائم غیر قابل گذشت[3] و حمایت

---

۱. در نگاه تئوری بازدارندگی، هدف کیفر تحمیلی بر بزهکار صرفاً برقراری تعادل از دست رفته اجتماعی، وارد آوردن درد و رنج بر مجرم و ارضای افکار عمومی نیست، بلکه علاوه بر آن لازم است هر مجازات به گونه‌ای انتخاب و اجرا شود که برای خود مرتکب فعلی و مرتکبان بالقوه درس عبرتی باشد (بولک، ۱۳۸۵: ۱۳). لذا از این منظر، مجازات به این جهت اعمال می‌شود که مجرم در آینده مجدداً مرتکب جرم نشود و مجازات برای او درس عبرت باشد (بازدارندگی خاص یا Specefic Deterrence) و نیز سایر افراد جامعه که قابلیت ارتکاب جرم را دارند از اعمال کیفر بر مجرم درس عبرت گیرند و گِرد جرم نگردند (بازدارندگی عام یا General Deterrence) چرا که کیفر می‌ترساند و این خصیصه ذاتی آن است (نوربها، ۱۳۹۶: ۳۹۱).

2. Vengence Privee

3. Unforgivable crimes

از حقوق مدعی‌خصوصی یا بزه‌دیده در جرائم قابل گذشت[1] است. به عبارت بهتر، دادستان در جرائم غیر قابل گذشت در صورت کشف ادله جدید، باید بتواند رسالت خویش به عنوان مدعی‌العموم در تامین منافع جامعه را با تعقیب مجدد متهم دنبال کند. شاکی نیز از این حق برخوردار باشد که در صورت کشف ادله جدید که ممکن است با گذر زمان این ادله برای وی تحصیل شود، دادستان را متوجه تعقیب دوباره متهم براساس خواسته او کند.

۲. اصول حاکم بر بازتعقیب متهم

اصول به عنوان اساس ساختارهای حقوقی، نشان دهندهٔ مجموعه‌ای از ارزش‌های حاکم بر نظام حقوقی و قواعد موجود در آن‌اند (تدین و باقری‌نژاد، ۱۳۹۹، ۵۶).[2] این اصول به بیان ژان پرادل[3]: «اندیشه‌های واجد ارزش و اعتبار قاعده‌مند (هنجاری) هستند که بر اخلاق یا فایده اجتماعی استوار هستند. حال از این اصول، پیامدهای متنوع فنی ناشی می‌شوند که آن‌ها نیز خود، قاعده‌مند (هنجاری) می‌باشند» (pradel, 2006-2007: 324). لزوم احترام به اصول حقوقی، به خاطر موافقت با ارزش‌ها از جمله عدالت است (کاتوزیان، ۱/۱۳۸۵: ٤٠). بر اساس ماده ۲۷۸، بازتعقیب متهم یکی از طرق فوق‌العاده تحقیقات مقدماتی است که مربوط به دادسرا و در مراحل تعقیب و تحقیق می‌باشد. از آنجا که تعقیب دوباره متهم با حقوق و آزادی‌های او سروکار دارد، تعدادی اصول حقوقی بر فرایند تعقیب مجدد او حاکم است. بهره‌گیری از این اصول نیازمند شناسایی مصداقی و مفهومی آن‌ها است تا بر اساس آن بتوان اجرای عدالت را تضمین و مانع خودکامگی صاحبان قدرت شد. این بخش به این پرسش بنیادی پاسخ می‌دهد که اصول حاکم بر اعمال ماده ۲۷۸ قانون آیین دادرسی کیفری در نظام حقوقی ایران چیست و رویکرد رویه قضایی به اصول شش‌گانهٔ حاکم بر بازتعقیب متهم چگونه است؟ تبیین مستقل این اصول، ضرورتی اجتناب‌ناپذیر است و دریچه‌ای جدید فراروی مقامات دخیل در اعمال ماده یاد شده می‌گشاید.

---

1. Forgivable crimes

۲. برخی از اندیشمندان اصول حقوقی را چنین تعریف نموده‌اند: «اصولی که قانون‌گذار را در وضع قانون و قاضی را در صدور حکم و تفسیر قوانین راهنمایی می‌کند (Qtto kahn, 1973: 155).

3. Jean Pradel

۱-۲. اصل اعتبار امر مختوم

ممنوعیت تعقیب دوباره اتهامی که یک‌بار مورد رسیدگی قرار گرفته و منجر به رای نهایی شده است، یکی از اصول مهم دادرسی کیفری در نظام‌های داخلی است که به حوزه حقوق بین‌الملل نیز گام نهاده و دارای جایگاه ویژه‌ای می‌باشد[۱] (طهماسبی، ۱۳۹۶: ۲۴۵).[۲] این اصل که در حقوق کامن‌لا تحت قاعده گسترده‌ای به نام «قاعده استاپل»[۳] بررسی می‌شود (خدابخشی، ۱۳۸۷: ۱۴۲)،[۴] مبتنی بر دو دلیل فردی و اجتماعی است. از نظر فردی، لزوم تامین امنیت قضایی شهروندان ایجاب می‌کند که کسی که یک‌بار تعقیب و نسبت به او رایی صادر شده، بداند که دیگر به دلیل همان موضوع مورد تعقیب و مواخذه قرار نخواهد گرفت. از نظر اجتماعی نیز، لزوم پایان بخشیدن به دعوی ایجاب می‌کند که رسیدگی‌های قضایی سرانجام در یک نقطه خاتمه یابد و طرفین به مفاد تصمیمی که در پایان صادر می‌شود، گردن نهاده، مفاد آن را محترم و مُجرا دارند (خالقی، ۱۳۹۵: ۱۳۷). با مداقه در ماده ۲۷۸، حق متهم است تا در صورتی که راجع به اتهام او قرار منع تعقیب صادر گردید، موضوع مشمول اعتبار امر مختوم باشد. از طرف دیگر، با تحصیل ادله جدید، منافع عمومی و حق بزه‌دیده اقتضای بازتعقیب متهم را دارد. قانون‌گذار بر پایه آن‌که دلایل جدید به دست آمده است، منفعت عمومی و حق بزه‌دیده را بر حق متهم ترجیح داده است. با این همه، این موضوع امری استثنایی و نسبی است و استثنایی بودن آن باعث می‌شود تا نخست، در صورتی که قرار منع تعقیب پر پایه جرم نبودن فعل انتسابی و یا عدم تحقق جرم، صادر شده باشد به شکل غیرقابل بازگشت، مشمول اعتبار امر مختوم

---

۱. رجوع کنید به: طهماسبی، جواد (۱۳۹۱)، صلاحیت دیوان کیفری بین‌المللی، چاپ دوم، انتشارات جاودانه، صفحات ۳۴۶-۳۴۵.

۲. خاستگاه این اصل در حقوق رومی - ژرمنی است و در حقوق کامل‌لا تحت عنوان «Double Jeopardy» پذیرفته شده است. به موجب بند ۷ ماده ۱۴ میثاق حقوق مدنی و سیاسی (International Covenant on Civil and Political)، رعایت «اصل منع محاکمه و مجازات مجدد»، یکی از اصول راهبردی دادرسی عادلانه است.

3. Estoppel rule

۴. منظور از قاعدهٔ استاپل، ممنوعیت استناد، اعمال یا ادعای حق، تکلیف یا هر موضوع حقوقی است که شخص مدعی، سابقاً، اظهار یا بیانی مغایر با آن داشته یا ارائه نموده است. این قاعده در جایی اعمال می‌شود که فرصت منصفانه و کافی برای دفاع و طرح وجوه مختلف ادعا وجود داشته باشد (Anenson, 2007: 633).

گردد؛ و دوم، اکتفای به قدر متیقن در این مورد استثنایی، واجب است. بر این اساس، در صورتی که در زمان رسیدگی به پرونده، امکان تحصیل دلیل بوده اما به هر جهتی این دلایل جمع‌آوری نشود، نمی‌توان بعداً به همین دلایل استناد و آن‌ها را دلیل جدید خواند (یوسفی، ۱۳۹۳: ۱۳۳).

قانون‌گذار از دیرباز و همواره سعی نموده است که به مبانی حاکم بر اصل اعتبار امر قضاوت شده، پای‌بند باشد. این اصل از نگاه مقنن مطابق بند چ ماده ۱۳ قانون آیین دادرسی کیفری،[1] از موجبات صدور قرار موقوفی تعقیب و در نتیجه سقوط دعوی عمومی است. تعهد سیاست جنایی تقنینی به مفاد قاعده اعتبار امر مختوم و الزامات حاکم بر آن، در ماده ۲۷۸ به عنوان تنها استثنای آن (یوسفی، ۱۳۹۳: ۱۳۲)،[2] با تکرار عبارتِ «نمی‌توان بار دیگر متهم را به همان اتهام تعقیب کرد» نمایان می‌شود. قانون‌گذار ایران در این ماده در پی انذارِ مقامات قضایی به ویژه دادستان است که در موارد شک به خصوص در کشف و طرح ادله جدید، تابع اصل بوده و از پذیرش درخواست ناموجه یا به جریان انداختن مجدد تعقیب خودداری کند. مقنن تا جایی قدم نهاده که در این ماده فقط به یکی از قرارهای نهایی تصریح داشته و به قرار منع تعقیب به عنوان تنها مجرا برای اعمال روش فوق‌العاده تعقیب دوباره اشاره کرده است. این قرار نیز به طور نسبی مشمول اعتبار امر مختومه است؛ زیرا پس از کشف دلیل جدید، متهم با نظر دادستان برای یک‌بار قابل تعقیب است (رستمی، ۱۴۰۱: ۱۴۹). به این ترتیب، قرار منع تعقیب به سبب جرم نبودن عمل و سایر قرارهای نهایی از جمله قرار موقوفی تعقیب، به طور مطلق، پس از قطعیت، اعتبار امر مختوم داشته و با کشف دلیل جدید نیز قابل اعتراض نیست.

به‌رغم این‌که در پهنه ماده ۲۷۸ اصل اعتبار امر مختوم کیفری به دفعات مورد تاکید قرار گرفته است، رویه قضایی با بهره‌گیری ناموجه از این ماده، در پی خودکامگی و کاربست بدون ضابطه و حداکثری از نهاد بازتعقیب است. دادستان به

---

۱. در این ماده آمده است: «تعقیب امر کیفری که طبق قانون شروع شده است و همچنین اجرای مجازات موقوف نمی‌شود، مگر در موارد زیر ... چ- اعتبار امر مختوم ...».

۲. برخی از اندیشمندان دادرسی کیفری، ماده ۲۷۸ را استثنایی بر اصل اعتبار امر مختوم نمی‌دانند، ایشان بر این اعتقاد است که: «مقرره ماده ۲۷۸ وضعیت خاصی است که مطابق مقررات قانونی مربوط به آن عمل می‌شود و نقض قاعده منع محاکمه مجدد محسوب نمی‌شود بلکه تداوم فرایند محاکمه قبلی بوده و از آثار و تبعات آن می‌باشد نه محاکمه یا رسیدگی مجدد» (طهماسبی، ۱۳۹۶: ۲۴۷).

عنوان مقام تجویزکننده، بدون توجه به مبانی این اصل، با درخواست شاکی (و بدون توجه به کیفیت ادله ارائه شده)، اقدام به تجویز تعقیب و اعطای فرصت به شاکی برای اثبات ادعای خویش می‌کند. در پرونده شماره ۹۶۰۹۹۸۸۸۲۵۳۰۰۷۴۱ شعبه هفتم بازپرسی دادسرای عمومی و انقلاب شیراز، بازپرس به جهت عدم کفایت ادله، قرار منع تعقیب متهمان به اتهام مشارکت در سرقت از منزل صادر کرده است. پس از قطعیت قرار در دادسرا، شاکی درخواست دوباره تعقیب نموده و ادعا کرده دارای یک شاهد علیه یکی از متهمان است و سند رسمی شهادت‌نامه آن ضمیمه تقاضا نموده است. این درخواست با تجویز تعقیب دادستان برای همه متهمان مواجه گردیده است. ضمن ارجاع تجویز به شعبه هفتم، بازپرس بدون تفهیم اتهام و با برگزاری یک جلسه مواجهه حضوری، مجدداً قرار منع تعقیب به شماره ۹۸۰۹۹۷۰۷۳۰۶۰۰۲۹۲ با این استدلال که: «شهود تعرفه شده از ناحیه شاکی در جلسه مواجهه حضوری در دادسرا، به انجام سرقت از منزل توسط متهم (ب) گواهی نداده‌اند»، صادر و با موافقت مقام اظهار نظر قطعی شده است. در تحلیل این تجویز، با ملاحظه پرونده، شاکی فاقد ادله جدید بوده است و نمی‌توان تنها شاهد تعرفه شده که آن نیز فقط علیه احد از متهمان بوده، دلیل جدید محسوب نمود و اقدام به نقض اصل اعتبار امر مختوم کیفری کرد. صدور قرار منع تعقیب مجدد با توجه به استدلال مندرج در متن آن، دارای این پیام روشن به مقام تعقیب است که ادله شاکی را ارزیابی نموده و بر همین اساس اقدام به تجویز برای شخصی نماید که ادله بر علیه او ارائه گشته است. بی‌تردید عدم رعایت اصول و تشریفات دقیق تجویز دوباره تعقیب، می‌تواند دادستان را در معرض تخلف انتظامی[1] و محکومیت کیفری[2] قرار دهد (مردانی و همکاران، ۱۴۰۱: ٦٤-٦٥) و رسیدگی قضایی را در معرض بطلان و بی‌اعتباری قرار داده و از موجبات نقض رای

---

۱. بند ٤ ماده ۱۷ قانون نظارت بر رفتار قضات مصوب ۱۳۹۰، «خروج از بی‌طرفی در انجام وظایف قضایی» را تخلف دانسته و برای آن ضمانت اجرای درجه هشت آلی سیزده پیش‌بینی کرده است. بند «پ» ماده ٦ سند امنیت قضایی هم ضمن تاکید بر تکلیف به بی‌طرفی قاضی، اعمال تبعیض و پیش‌داوری مبنی بر حمایت از یکی از طرفین دعوا را نقض بی‌طرفی دانسته است.

۲. ماده ۵۷۵ قانون مجازات اسلامی بخش تعزیرات مصوب ۱۳۷۵: «هرگاه مقامات قضایی یا دیگر مامورین ذی‌صلاح برخلاف قانون توقیف یا دستور بازداشت یا تعقیب جزایی یا قرار مجرمیت کسی را صادر نمایند به انفصال دایم از سمت قضایی و محرومیت از مشاغل دولتی به مدت پنج سال محکوم خواهند شد». همچنین بنگرید به ماده ۵۷۰ همین قانون.

به شمار آید (ساقیان و اسلامی، ۱٤۰۰: ۱۳٦).

اهمیت اصول راهبردی حاکم بر بازتعقیب متهم به حدی است که نقض برخی از آن‌ها، نقض اصول دیگر را به همراه دارد. به سخن دیگر، این اصول، در متن قانون ذکر شوند یا خیر، به گونه‌ای هستند که مبنایی برای انسجام و یکنواخت کردن فرایند تجویز تعقیب می‌باشند و به مثابه نخی هستند که تمام دانه‌های تسبیح که همان اجرای صحیح و دقیق ماده ۲۷۸ است را در کنار هم و هم آوا به همدیگر گرد هم می‌آورند. با نقض اصل اعتبار امر قضاوت شـــده، سایر اصول حاکم بر فرایند تجویز تعقیب نیز تحت‌الشعاع قرار می‌گیرد. به عنوان نمونه، در تجویز تعقیب یاد شده، اصل اعتبار امر مختوم در صدر ماده ۲۷۸ نقض شده و با نادیده انگاری آن، اصل مستدل بودن تجویز تعقیب مغفول مانده است که در ذیل به نحو مبسوط بدان پرداخته خواهد شد.

۲-۲. اصل مستدل بودن فرایند بازتعقیب متهم

اصل مستدل بودن[1] تصمیمات قضایی به ویژه آرا، یکی از عناصر مهم دادرسی عادلانه[2] و از پیش‌شـــرط‌های اجرای عدالت است؛ چه آن‌که دادرسی منصفانه مستلزم شفافیت است و شفافیت منوط به مستدل و مستند بودن تصمیمات و اقدامات قضایی است.[3] منطبق نبودن تصمیمات با قوانین جاری کشور و نیز عدم پیروی آن از اصول، منطق و عقلانیت باعث می‌گردد تا نه تنها فاقد ارزش قانونی تلقی شود، بلکه حمایت اجتماعی را نیز از دست بدهد. «استدلال عبارت از تحلیلی است که قاضی در خصوص علـــت اِعمال حکم قانون بر موضوع معین بیـــان می‌کند» (نیک‌نژاد و حیدری، ۱٤۰۰: ۱٦۱)، این استدلال قدرت توانایی و اندیشه است که قاضی دارای این فن می‌تواند آرا و نظرات مقبول خلق نماید (شمس، ۱۳۸۷: ٤٤۱).

قانون‌گـــذار در ماده ۲۷۸، تجویز تعقیـــب را با وجود «دلیل جدید» امکان‌پذیر دانســـته است. مستفاد از این ماده منظور از دلیل جدید روشن است، نخست، مدرکی اســـت که اعتبار کافـــی و موثر برای ارائه به عنوان دلیل یا شـــکل‌دهی به علم قاضی به عنوان دلیل در دادرســـی را داشته باشـــد؛ دوم، در زمان تحقیقات قبلی که منجر به

1. The principle of being justified
2. Fair trial
۳. اصل یکصد و شـــصت و ششم قانون اساسی، ماده ۲۹٦ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب (در امور مدنی) و ماده ۳۷٤ قانون آیین دادرسی کیفری، به این اصل مهم توجه کرده است.

صدور قرار منع تعقیب شده، اصلاً وجود نداشته یا در دسترس نبوده است تا ارائه شود (خالقی، ۱۴۰۲: ۳۸۸).[1] اداره حقوقی قوه قضاییه در نظریات مشورتی متعدد به شماره‌های ۷/۹۹/۱۴۴۹، ۷/۱۴۰۱/۱۲۴۹، ۷/۹۴/۱۰۶۹، در جهت تبیین مفهوم ادله جدید و سوق‌دهی رویه قضایی به اجرای صحیح فرایند تجویز تعقیب متهم برآمده است، این مفهوم با دیدگاه اخیر از تعریف دلیل جدید هم‌سو است. مستدل بودن بازتعقیب متهم به موجب ماده ۲۷۸ را باید در سه مرحله مختلف بررسی و احراز کرد:

مرحله نخست زمانی است که شاکی به عنوان متقاضی، درخواست بازتعقیب متهم را تقدیم دادستان می‌کند.[2] شاکی باید ادله ماهوی و موضوعی خود را به منظور اقناع دادستان ارائه کند. این ادله بر اساس آنچه به تصریح ماده مذکور آمده است، باید «ادله جدید»[3] قلمداد شود. به عبارتی، درخواست شاکی با «دلیل» بودن و «جدید» بودن آن لازم است. بدیهی است که اگر ادله کافی نبوده و یا جدید نباشد، اساساً پرونده جهت بررسی در مرحله بعد توسط دادستان از بایگانی راکد یا شعبه مربوطه مطالبه نمی‌شود.

مرحله دوم زمانی است که درخواست تجویز تعقیب متهم توسط دادستان بررسی می‌گردد. دادستان بعد از اخذ درخواست از شاکی یا مقام یا نهاد گزارش دهنده، با مطالبه پرونده از شعبه مربوطه یا بایگانی راکد، ضمن توجه و تدقین در درخواست شاکی، پرونده را مطالعه و ادله موجود را با محتویات پرونده از حیث دلیل بودن و جدید بودن آن مطابقت می‌دهد و در پایان ضمن تنظیم صورت‌جلسه، اتخاذ تصمیم از حیث تجویز تعقیب یا رد درخواست (بند میانی ماده ۲۷۸) و یا درخواست از دادگاه (بند اخیر ماده ۲۷۸) می‌نماید. در این مرحله پرسشی که مطرح می‌شود آن

---

۱. بنابراین نمی‌توان بند اخیر این گفته را پذیرفت که: «منظور از دلیل جدید، دلیلی است که هنگام رسیدگی دسترسی به آن حاصل نبوده اعم از این‌که برای شاکی مکتوم بوده یا این‌که شاکی آن را در اختیار داشته ولی به هر دلیل آن را ارائه ننموده و نسبت به بازپرس مکتوم بوده است» (عابدی، ۱۴۰۲: ٤٣٤).

۲. ضرورتاً شاکی نمی‌باشد و ممکن است سابقاً گزارش وقوع جرم توسط مقام یا نهادی تقدیم شده باشد و پرونده با قرار منع تعقیب روبه‌رو شده و این مقامات یا نهادها درخواست تعقیب مجدد نمایند. این امکان نیز وجود دارد که دادستان راساً به ادله‌ای دست یابد و سپس در مقام ارزیابی دلیل جدید بودن آن برآید.

3. New evidence

اســـت که آیا دادستان در مقام تعقیب دوباره متهم، ملزم به درج ادله و توجیه موافقت یا مخالفت با درخواست تجویز می‌باشد یا خیر. قانون‌گذار به این مهم تصریح نکرده اســـت، اما می‌توان به فحوای ماده ۲۷۸ و اصطلاحات و نشـــانه‌هایی توجه داشت که دلالت بر مثبت بودن پاسخ دارد. توضیح آن‌که، مقنن در ماده مذکور ابتدا به عدم امکان بازتعقیب اشـــاره نموده است (با تمســـک به اصل اعتبار امر قضاوت شده)، سپس در صـــورت صدور قرار منع تعقیب به علت فقـــدان یا عدم کفایت دلیل، افزون بر تاکید بر اصل اخیر، فقط در فرض کشـــف دلیل جدید امکان بازتعقیب متهم را شدنی اعلام کرده و بر این مهم (کشـــف دلیل جدید) مرتباً تاکید داشته است و از سویی، با تاکید بر نوبت یک‌بار، مجدداً اســـتثنایی بودن نهاد بازتعقیـــب را یادآوری می‌کند. بنابراین، دادستان در مقام قابلیت بررسی، در صورت‌جلسه تنظیمی باید به توجیه اقدام خلاف اصل اعتبار مختوم و دلیل جدید بودن بپردازد[1] و در صورت رد تجویز نیز باید به اصل مذکور و نبودن دلیل جدید با استدلال استناد نماید تا درخواست کننده بداند که دلیل مقام قضایی برای عدم پذیرش درخواست وی و بایگانی کردن آن چیست.

مرحله ســـوم زمانی است که دادستان بر اســـاس بند اخیر ماده ۲۷۸ از دادگاه درخواســـت تجویز تعقیب می‌نماید. در فرض قطعیت قرار منـــع تعقیب در دادگاه، اســـتقلال و شان دادگاه نسبت به دادسرا که در مباحث آتی بدان پرداخته خواهد شد، اقتضای بررســـی درخواست توسط دادگاه دارد. در این موارد قابلیت ادله و به جریان انداختن تعقیب با توســـل به آن، به طور مســـتقل توسط دادگاه بررسی و با تایید این مرجع امکان‌پذیر اســـت. به سخن دیگر، از یک‌سو، دادگاه مستقل از دادستان است و تجویز ضمنی اولیهٔ تعقیب با درخواســـت دادستان خطاب به دادگاه نمی‌تواند تکلیفی برای آن ایجاد کند. از ســـوی‌دیگر، دادگاه تابـــع اصل اعتبار امر مختوم و جدید بودن ادله موجد تجویز است و باید در مقام توجیه پذیرش یا رد تقاضای بازتعقیب برآید.

در تبیین وضعیت رویه قضایی ایران پیرامون اصل مستدل بودن تعقیب دوباره متهم، چالش اساســـی در اندیشه آن، تشـــخیص صحیح «دلیل جدید» محسوب شدن

---

۱. به عبارت دیگر، دادستان مکلف است پیش از جواز تعقیب، به سنجش ادله و احراز دلیلیت بپردازد. به عنوان نمونه، چنان‌چه شاکی حاضر شود و اظهار کند دو شاهد برای ادعای خود حاضر نموده که سابقاً از حضور آن‌ها در محل جرم مطلع نبوده، دادستان باید شهود را دعوت و اظهارات ایشان اخذ و در صورت احراز دلیلیت شهادت ایشان، تعقیب مجدد را تجویز کند.

است. در تجویز تعقیب شماره ۳۵۰۰/۱۵۶۸ مورخ ۱۴۰۲/۸/۷ معاون دادستان عمومی و انقلاب شیراز آمده است: «ملاحظه می‌گردد آقای الف شکایتی دایر بر توهین، تهدید با چاقو و ایراد ضرب و جرح عمدی با چاقو علیه آقایان ب و پ مطرح کرده که در تاریخ ۱۴۰۱/۱۱/۱۲ منتهی به صدور قرار منع تعقیب و قطعی گردیده است و متعاقباً شاکی با ارائه شهادت‌نامه و گواهی پزشکی قانونی، تقاضای تجویز رسیدگی مجدد نموده است. علی ای حال با عنایت به مراتب یاد شده و تجویز حاصل از قسمت اخیر ماده ۲۷۸ و در راستای اجرای صحیح نصفت و عدالت قضایی، تجویز تعقیب قضایی مجدد آقایان ب و پ با عناوین اتهامی پیش گفته صادر و اعلام می‌گردد و پرونده به نظر بازپرس مرجوع‌الیه رسیده تا اقدامات قانونی لازم به عمل آید». این تجویز ناظربر پرونده شماره ۱۴۰۱۱۲۹۲۰۰۰۴۴۷۵۲۱۳ شعبه هفدهم بازپرسی این دادسرا است. با مداقه در پرونده و درخواست شاکی و شهادت نامه آن، اولاً، استدلال شاکی در درخواست بر مدار ایراد جرح عمدی با سلاح سرد توسط ب است؛ ثانیاً، شهادت شهود نیز ناظر بر ارتکاب همین جرم توسط شخص ب می‌باشد؛ بنابراین تجویز برای سایر اتهامات ب و پ و بازتعقیب پ وجاهتی نداشته و نقض مستدل بودن فرایند تجویز است.[1]

همان‌گونه که ذکر شد، در مواردی که قرار منع تعقیب در دادگاه قطعیت یافته است، در صورت درخواست شاکی با ادعای وجود مستندات جدید، دادستان باید به ارزیابی و سنجش ادله وی بپردازد و در صورت تشخیص وجود ادله آن هم جدید، درخواست تجویز از دادگاه نماید (مرحله دوم بررسی مستدل بودن درخواست). این دلیل‌مندی دادستان تابع مبانی‌ای است که بر اساس آن‌ها این مقام را به ارائه دلیل در تصمیم خود ملزم می‌کند. عقلایی و عادلانه بودن تصمیم، جلوگیری از تهمت و بدبینی به مقام تعقیب و جلوگیری از استبداد دادستان در صدور تصمیم، الزام دادستان به دلیل‌آوری در تصمیمات خود را توجیه می‌نماید (سبزواری، ۱۳۹۹: ۱۷۴). با این توضیح، پیشنهاد تجویز تعقیب معاون دادستان عمومی و انقلاب تهران در پرونده شماره ۱۴۰۰۱۲۹۲۰۰۰۲۸۸۶۲۳۸ شعبه ۲۷ دادیاری این دادسرا به دادگاه

۱. در این پرونده فقط در خصوص ایراد جرح عمدی با سلاح سرد توسط شخص ب قرار جلب به دادرسی صادر شده است. در خصوص متهم دیگر و سایر اتهامات متهمان قرار منع تعقیب صادر گردیده است.

بـــا موضوع کلاهبرداری، تحصیل مال از طریق نامشـــروع و خیانت در امانت با ایراد جدی روبه‌رو است. در پیشنهاد تجویز آورده شده است: «با بررسی محتویات پرونده و جهت جلوگیری از تضییع حقوق احتمالی شـــاکی در راستای ماده ۲۷۸ قانون آیین دادرســـی کیفری، پرونده جهت اظهار نظر پیرامون درخواســـت به دادگاه کیفری دو ارســـال می‌گردد». این تجویز نقض اصل مســـتدل بودن فرایند بازتعقیب است. نیک می‌دانیـــم که امکان جمع جرائـــم مذکور در رفتار واحد امکان‌پذیر نبوده و پیشـــنهاد کلی برای تمام جرائم خلاف اصل اعتبار امر مختوم بوده اســـت. تجویز با این کیفیت به درســـتی مورد نظر شـــعبه ۱۰۲۸ دادگاه کیفری دو تهران قرار گرفته و در رد آن به جهات عدم رعایت اصل مستدل بودن تجویز و رعایت استقلال و شأن خود در برابر دادستان بیان شده است: «با عنایت به محتویات پرونده و این‌که مقصود از دلیل جدید موضوع ماده ۲۷۸ دلیلی است که پس از صدور رای قطعی حادث شده باشد نه دلیلی که در زمان طرح شـــکایت و تحقیقات وجود داشته اما شاکی به هر دلیلی آن را ارائه نکرده ... لذا موردی برای تجویز تعقیب مجدد وجود ندارد». به این‌سان، شایسته است پیگرد مرتکبان جرائم از سوی مقام تعقیب بر مبنای ضوابط تعقیبی معین شده صورت پذیرد و این موازین شامل تمامی فرایند دادرسی کیفری از جمله شروع دوباره تعقیب می‌گردد.

۳-۲. اصل تناظر در تجویز تعقیب

اصل تناظر[1] در زمره اصول بنیادین دادرســـی است (Chemla, 2006: 59) و اقتضا دارد که هر یک از طرفین دعوا در زمان مناســـب به تمام عناصر اعم از ادعاها، جهات و ادله که به وســـیله طرف مقابل ارائه شـــده یا قاضی آن‌ها را استخراج نموده، اطـــلاع یابد و علاوه بر دارا بودن فرصت مناقشـــه در خصوص عناصر مزبور، امکان طرح ادعاها، ادله و استدلالات خویش را نیز داشته باشد (حیدری، ۱۳۸۹: ۱۲۳).[2]

مقنن در ماده ۲۷۸ به این اصل مهم به صراحت اشـــاره نکرده اســـت و همین امر موجب شـــده که این اصل اساسی در سیاســـت جنایی قضایی هنگام اعمال نهاد بازتعقیب متهم مغفول بماند. اهمیت این اصل زمانی دوچندان و برجســـته می‌شود که

1. Principe du contradictoire

۲. ریشه تاریخی اصل تناظر را در قاعده لاتین Audi alterma partem می‌توان یافت که از نظر لغوی به معنای «طرف دیگر را بشنو» است.

با نگرشی به رویه قضایی درمی‌یابیم که غالب تجویز تعقیب‌های انجام شده، در نهایت امر با منع تعقیب مجدد مواجه می‌گردد. با وجود سکوت قانون، تفسیر نظام‌مند[1] ماده اخیر ما را به مفهوم غایی رهنمود می‌سازد؛ زیرا که تفسیر قانون، فرایندی است که در آن مقصود مقنن، مفهوم قانون و مرزهای حاکمیت آن جســـت‌وجو می‌شوند (امیدی، ۱۳۷٦: ۸۵). مـــاده اخیر با بیان عباراتی در پی به‌کارگیـــری موجه و قاعده‌مند فرایند بازتعقیب متهم اســـت. بی‌تردید برخی ادله‌ای که از دیدگاه شاکی یا دادستان متقن و جدید محســـوب می‌شود با ارائه فرصت حداقلی به متهم در دفاع و پاسخ به آن، قابل خدشه و اقناع برای دادستان یا دادگاه است.[2]

با صدور قرار منع تعقیب و قطعیت آن، متهم در پناه دو اصل حیاتی قرار دارد، اصل اعتبار امر مختوم و اصل برائت که با مختومه شـــدن فرایند رسیدگی تقویت نیز گردیده اســـت. اتخاذ رویکرد یک‌جانبه توسط دادســـتان و دادگاه در استماع و توجه به ادله شـــاکی بدون توجه به دفاع و ادعای متقابل متهم، نقض اساسی حقوق دفاعی متهم در طی فرایند اعمال تجویز تعقیب اســـت. عدم تصریح قانون‌گذار را نمی‌توان به معنی عـــدم توجه به اصل تناظر تلقی کرد؛ چه آن‌که مقنـــن با تعابیر متعدد که در مباحث پیش‌گفته بدان پرداخته شد، به دنبال محدود نمودن بازتعقیب و پرهیز از سوء اســـتفاده دادستان و دادگاه از استثنای خلاف قاعده اســـت و برای نیل به این هدف، ارائه فرصت حداقلی به متهم و تســـلیم نسخه‌ای از لایحه همراه با ادله شاکی به وی، می‌تواند دادســـتان و دادگاه را در تشـــخیص موجه موضـــوع و اعمال صحیح تجویز تعقیب کمک نماید.[3]

---

۱. روشی است که در آن از تمام ابزارهای عقلانی استفاده می‌شود تا پاسخ مسائل از کل نظام حقوقی استخراج شـــود. منبع استنباط محدود به ماده یا عبارت مورد تفســـیر نیست، بلکه تمام منابع حقوق همچون یک کل یک‌پارچه و منســـجم در اختیار مفســـر قرار دارد. مفسر در این روش به ورای متن نمی‌رود و با اســـتفاده از ابزارها و فنون تمام پاســـخ‌ها را از منابع موجود استخراج می‌کند (صالحی و محمدی، ۱۳۹۹: ۱۰۷).

۲. ممکن است متهم بر این عقیده باشد که دلیل ارائه شده شاکی، جدید نبوده و سابقاً به آن پرداخته شـــده و یا موجود بوده و شاکی به هر جهت ارائه نکرده است. در مواردی که مدارک جدید در قالب «علم قضایی» قابل ارزیابی است، اخذ دفاع از متهم می‌تواند علم قضایی را تحت‌الشعاع قرار دهد.

۳. اصول بنیادین، مفاهیمی فراقانونی هستند که به عنوان میراث نسل‌های گذشته مورد پذیرش وجدان عمومی قرار گرفته و امروزه به عنوان مســـلمات حقوق نیازی به اثبـــات ندارند (تدین و باقری‌نژاد، ۱۳۹۹: ۱۸۷).

تقاضای تجویز تعقیب مهلت ندارد (خالقی، ۱٤۰۲: ۳۸۹). بی‌توجهی به اصل تناظر موجب می‌شـــود شـــخصی که قرار منع تعقیب وی صادر شـــده، بعد از سال‌ها اطمینان از بی‌گناهی خویش، به‌ناگاه متوجه مفتوح شدن پرونده قدیمی و احضار خود شود. ارائه فرصت دفاع به متهم نسبت به درخواست شاکی و ادله ادعایی وی، موجب اعتماد ایشـــان به نظام عدالت کیفری و دادستان به عنوان مدعی‌العموم و جلوگیری از شـــائبه جانبداری می‌شـــود. با این کیفیت حتی در صورت بازتعقیب بعدی، متهم این باور را دارد که به هر جهت دفاعیاتی ارائه نموده و باید در پی اثبات بی‌گناهی مجدد خویش نزد مقام تحقیق برآید.

اعمـــال اصل تناظر در بازتعقیب متهم در اندیشـــهٔ قضایی ایران مورد پذیرش قرار نگرفته اســـت. با اطمینان می‌توان گفت که این اصل بیش از ســـایر اصول حاکم بر فرایند تعقیب دوباره نادیده گرفته شـــده اســـت. به عنوان نمونه، در پرونده شماره ۹۹۰۹۹۸۷۱۱٤۹۰۰۵۵۱ شـــعبه اول بازپرسی دادســـرای عمومی و انقلاب فیروزآباد، قرار منع تعقیب متهم به لحاظ نبود ادله کافی به اتهام کلاهبرداری صادر و در دادسرا قطعی شـــده است. پس از راکد شدن پرونده، شاکی درخواست بازتعقیب با استناد به صوت متهم ارائه و بر همین اساس نیز تجویز تعقیب صورت می‌گیرد. صوت توسط بازپرس استماع و بلافاصله و بدون تعیین وقت، با این استدلال که ارکان کلاهبرداری با توجه به محتوای صوت نه تنها محرز نشـــده، بلکه با عنایت به گفته‌های شـــاکی و متهمان این ارکان رخ نداده و موضوع از اســـاس فاقد وصف کیفری اســـت، مجدداً قـــرار منع تعقیب این بار به جهت فقدان وصف کیفری و حقوقی بودن موضوع صادر می‌نماید، با اعتراض شـــاکی به مفاد قرار، این اعتراض در دادگاه رد می‌شـــود. روشن است تجویز تعقیب انجام شده، از ابتدا با اصول امر قضاوت شده، مستدل بودن جریان تجویز و تناظر منافات داشـــته اســـت. ارائه فرصت حداقلی به متهم توسط دادستان و فراهم نمودن شرایط جهت استماع صوت، موجب عدم ایجاد هزینه برای دادگستری و تبعات منفی اجتماعی و حیثیتی برای متهم می‌گردید.

٤-۲. رعایت شأن دادگاه در برابر دادسرا

اصل تفکیک وظایف قضایی،[1] به استقلال بازپرس در مقابل دادستان و قاضی دادگاه، اســتقلال قاضی دادگاه در برابر بازپرس و دادستان و استقلال دادستان نسبت به قاضی دادگاه و بازپرس اشــاره دارد (قائــدی، ۱۳۹٦: ۱۲۸). از دیدگاه قانون‌گذار، هر یک از مقامات و مراجع قضایی باید نســبت به حفظ شأن و استقلال خویــش بکوشند و از مداخله بی‌جهت در امور محوله دیگـری خودداری نمایند. در این راستا قانون آیین دادرسی کیفری کوشــیده است با شناســایی معیارهای دادرسی عادلانه، در راســتای حفظ شــؤون مقامات و مراجع قضایی، نصــوص مختلفی پیش‌بینی و تصـمیمات و آرا قضایی برخی مـقامات و مراجع را نسبت به مقام‌ها و مراجع دیگر، برتری دهد. نهاد بازتعقیب متهم، از یک‌ســو، یکی از فراینــدهای کیفری اســت که مــقنن با پذیرش آن به دنبال رعایت استقــلال دادگاه و حفظ شـأن آن در مواردی اســت که قرار منع تعقیب در دادگاه قطعیت یافته است. از سوی‌دیگر، این استقلال و برتری، اقتضای آن را دارد که در جرائمی که در صلاحیت مســتقیم دادگاه می‌باشــد، این مرجــع بتواند راساً نسبت به بازتعقیب متهم، اقدام کند. در این مبحث به تحلیل دو مقوله اخیر، پرداخته می‌شود.

۱-٤-۲. اصل استقلال و رجحانِ تشخیص دادگاه نسبت به دادسرا

مواد مختلف از قانون آیین دادرسی کیفری به اصل استقلال دادگاه و ارجحیت نظر این مرجع در برابر دادســرا[2] متذکر شده است که به عنوان نمونه می‌توان به مواد ۳، ۲٦۹، ۲۸۰، ٤۲٦ و ٤٦۹ توجه داشــت.[3] یکی از جلوه‌های استقلال دادگاه نسبت به

1. The principle of separation of judicial duties

2. The principle of independence and priority of the court's judgment over the prosecutor's office

۳. اداره حقوقی قوه قضاییه حتی در جرائم تعزیری درجه هفت و هشــت که در صلاحیت مســتقیم دادگاه اســت، قائل به برتری تشــخیص دادگاه نســبت به دادسرا اســت. در نظریه مشورتی شماره ۷/۱٤۰۱/۱۳۲۷ مورخ ۱٤۰۱/۱۲/۲٤ آمده اســت: «در خصوص جرائم تعزیری درجه هفت و هشت، چنان‌چه پرونده در دادســرا مطرح باشد، بدون دخالت دادسرا و صرفاً طی دستوری پرونده به دادگاه ذی‌صلاح ارســال می‌شــود و مورد از موارد صدور قرار عدم صلاحیت نیست. همچنین در صورتی که دادگاه جرمی را از جمله جرائمی بداند که رســیدگی به آن باید در مرحله مقدماتی در دادســرا صورت پذیرد، در این صورت به دســتور دادگاه، پرونده به دادسرا ارسال می‌شود و دادسرا باید طبق نظر دادگاه اقدام کند».

دادســـرا و نمود واقعی حفظ شـــأن این مرجع، تاسیس بازتعقیب متهم به موجب ماده ۲۷۸ اســـت. در بند اخیر این ماده آمده است: «... اگر این قرار در دادگاه قطعی شود، پس از کشـــف دلیل جدید به درخواست دادستان می‌توان او را برای یک‌بار با اجازه دادگاه صالح برای رسیدگی به اتهام، تعقیب کرد. در صورتی که دادگاه، تعقیب مجدد را تجویز کند، بازپرس مطابق مقررات رســـیدگی می‌کند». این بند به درستی درصدد قابل فهم نمودن این مهم اســـت که در صورت قطعیت قـــرار منع تعقیب در دادگاه، صرف تشـــخیص دادســـتان به وجود ادله جدید و متعاقب آن درخواست از دادگاه، نمی‌تواند موجد حق برای شاکی باشد و تایید نهایی با دادگاه و اعتبار در تشخیص با این مرجع است.

در این راستا پرســـش‌هایی که مطرح می‌شود آن است که در صورت قطعیت قرار منع تعقیب در دادگاه، آیا دادستان به صرف درخواست شاکی مبنی بر وجود ادله جدید، موظف به درخواست تجویز تعقیب از دادگاه است یا آن‌که ابتدا باید ادله مورد ادعا را ارزیابی و با پنداشت و توجیه ادله جدید، درخواست نماید؟ در صورت مثبت بودن پاســـخ، آیا تقویت استدلال لزوم بررسی اولیه توسط دادستان، خللی به استقلال دادگاه و شـــأن این مرجع وارد نمی‌کند؟ چنان‌چه از نگاه دادستان ادله و جدید بودن آن محل تردید بوده ولی از نظر دادگاه بدون شک ادلهٔ جدید محسوب گردد، راهکار چیست؟[1]

مقنن ایران در مقررات مربوط به آیین دادرســـی کیفری همواره دادستان را به عنوان مقام و مسؤول تعقیب قرار داده است؛[2] حتی در جرائم قابل گذشت که مستلزم شکایت شـــاکی اســـت و جرائمی که تحقیقات مقدماتی آن‌ها در صلاحیت مستقیم دادگاه اســـت و دادگاه امر تعقیب، تحقیق و رســـیدگی را توأمان دنبال می‌کند، نافی وظیفه ذاتی مقام دادســـتان و شـــأن تعقیبی او نگردیده است، این مهم از فحوای رای وحدت رویه شماره ۸۲۰ هیات عمومی دیوان عالی کشور و مواد ۱۱، ۱۲، ٤۲۷ و ٤۳۳

---

۱. گاهی در رویه قضایی ملاحظه می‌شود که شاکی به طور مستقیم به دادگاه مراجعه می‌کند و دادگاه نیز ضمن مشـــاهده تقاضای شاکی، مکاتبه‌ای با دادستان در راســـتای ادله شاکی می‌نماید که به نحو صریح یا ضمنی نظر بر پذیرش درخواست شاکی دارد.

۲. ماده ۲۲ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲: «به منظور ... تعقیب متهم ... دادسرای عمومی و انقلاب ... تشکیل می‌شود»، در ماده ۲۳ این قانون آمده است: «دادسرا به ریاست دادستان تشکیل می‌شود ...».

قانون آیین دادرسی کیفری، قابل ادراک است.[۱] بر این اساس از آنجا که دادستان مقام تعقیب است، نظر او در بازتعقیب متهم، امری ضروری و غیرقابل تفویض بوده و باید به ارزیابی ادله شاکی بپردازد. نظریه مشورتی شماره ۷/۹۹/۱٤٤۹ مورخ ۱۳۹۹/۱۰/۲۷ اداره حقوقی قوه قضاییه نیز مؤید این عقیده است.[۲] با این حال، به باور نگارنده نه تنها بررسی درخواست شاکی توسط دادستان، امری خلاف شؤون دادگاه نمی‌باشد که پالایش دقیق تقاضای شاکی، کاملاً در جهت حفظ جایگاه دادگاه و شؤون آن بوده است؛ چه آن‌که قانون‌گذار با تشکیل دادسرا و پیش‌بینی مقامات واجد صلاحیت در آن، از دیرهنگام در پی رد شکایت‌های واهی، بدون ادله و درخواست‌های متعاقب آن بوده است، تا وقت و هزینه دادگاه صرف امور مهم و تقاضاهای موجه و مدلل شود. با توجه به مراتب یاد شده، این یافته حاصل می‌شود که بازتعقیب از شؤون اختصاصی دادستان است و در صورت عقیده این مقام به عدم وجود ادله کافی، نظر دادگاه مبنی بر جدید بودن ادله واجد تکلیفی برای دادستان نمی‌باشد.[۳]

مستفاد از رویکرد نظام عدالت کیفری ایران، دادستان‌ها و مقامات جایگزین

---

۱. در نظریه مشورتی شماره ۷/۱٤۰۰/۵۸۹ مورخ ۱٤۰۰/۰٦/۰۸ اداره حقوقی قوه قضاییه آمده است: «در صورتی که عناوین کیفری متعدد (اعم از تعدد مادی یا معنوی) در پرونده مطرح باشد و برخی از جرایم درجه هفت و هشت باشد که مطابق ماده ۳٤۰ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ باید به طور مستقیم در دادگاه مطرح شود و برخی دیگر جرم تعزیری درجه شش و بالاتر باشد که انجام تحقیقات مقدماتی آن به عهده دادسرا است ... رسیدگی به جرایم مذکور در مرحله تحقیقات مقدماتی باید به صورت توأمان در دادسرا انجام شود».

۲. «مستنبط از ماده ۲۷۸ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ در صورتی که به علت فقدان یا عدم کفایت دلیل، قرار منع تعقیب صادر و قطعی شده و پس از آن دلیل جدیدی علیه متهم کشف شود. دادستان باید احراز کند: اولاً، آن‌چه که به نام دلیل کشف و ارائه شده است آیا از اعتبار کافی و موثر به عنوان «دلیل» برخوردار است. ثانیاً، آیا این دلیل در جریان تحقیقات مقدماتی دادسرا که به صدور قرار منع تعقیب منتهی شده است مورد رسیدگی قرار نگرفته است. با احراز این دو امر، برای یک‌بار دیگر با نظر دادستان تعقیب آغاز می‌شود و اگر قرار منع تعقیب در دادگاه قطعی شده باشد، به درخواست دادستان و تجویز دادگاه، متهم مجددا تعقیب می‌شود ... بدیهی است صرف اعلام شاکی برای دادستان تکلیفی ایجاد نمی‌کند».

۳. همان‌گونه که نظر دادستان مبنی بر جدید بودن ادله شاکی، به موجب نظریه مشورتی شماره ۷/۹۹/۱٤٤۹ وظیفه‌ای برای دادگاه ایجاد نمی‌کند و بیان شده است: «... ارزیابی دلیل یا ادله جدید و بررسی میزان تاثیر این ادله در انتساب اتهام به متهم با دادگاه صالح رسیدگی‌کننده است». این نظر با اصل اعتبار امر مختوم نیز سازگاری دارد. به عبارتی، در موارد قطعیت قرار در دادگاه، قانون‌گذار مهر تایید مرجع دیگر یعنی دادگاه را به صحت قرار منع تعقیب و فرایند تحقیقات مقدماتی زده است، به همین جهت معتقد به موافقت دو مقام یعنی دادستان و قاضی دادگاه در صورت درخواست بازتعقیب بوده و تایید احد از آن‌ها را کافی نمی‌داند.

آن‌ها، در زمان ارائه تقاضا توسط شاکی، در اغلب موارد، کنکاش در ادله شاکی از حیث دلیل و جدید بودن آن را به دادگاه محول می‌نمایند. استدلال صوری آن‌ها بر این مبنا است که فرصتی به شاکی اعطا شود و نیز نظر نهایی و ارجح با دادگاه است. همین توجیه موجب عدم بررسی دقیق درخواست شاکی و تطبیق ادله آن با محتویات پرونده و در نتیجه عدم ارزیابی کامل مستدل بودن تقاضا گردیده است. در پیشنهاد تجویز تعقیب پرونده شماره ۹۹۰۹۹۸۸۹۰٤۲۰۱۰۳۲ شعبه ۱۱ دادیاری دادسرای عمومی و انقلاب اصفهان، معاون دادستان بدون استدلال و توجیه آن آورده است: «نظر به مفاد اسناد ارائه شده از سوی شاکی، از نظر این مرجع دلیل جدید محسوب می‌شود لذا به ترتیب مقرر در ماده ۲۷۸، پیشنهاد تجویز تعقیب متهم به دادگاه کیفری دو اعلام می‌گردد». این پیشنهاد با ایراد همراه است و شأن دادگاه اقتضای آن را دارد که دادستان با اطمینان از وجود ادله جدید و اشاره دقیق به ادله در صورت‌جلسه و چرایی نظر بر تجویز، از دادگاه درخواست کند تا موجبات نقض توأمان اصول مستدل بودن و رعایت جایگاه و شأن دادگاه در فرایند تعقیب مجدد نشود.[۱]

۲-٤-۲. اصل امکان بازتعقیب متهم توسط دادگاه

تعقیب دوباره متهم یکی از راهبردهای قانون‌گذار در جهت رعایت عدالت قضایی و نیل به حقیقت ماهوی در مورد اشخاصی است که در زمان تحقیقات مقدماتی دلیل یا دلایل کافی علیه آن‌ها وجود نداشته است. از آنجایی که تحقیقات مقدماتی از شؤون دادسرا است، مقنن امکان بازتعقیب متهم در پی صدور قرار منع تعقیب را در ماده ۲۷۸ مورد اشاره قرار داده است. قانون‌گذار در پاره‌ای از مواد ضمن تحدید صلاحیت مقامات دادسرا در تعقیب و به ویژه تحقیقات مقدماتی، وظایف تعقیبی و تحقیقی را برعهده مقامی غیر از مقامات دادسرا گذارده است. نمونه آن ایجاد شایستگی تحقیقاتی برای دادگاه در جرائم جنسی،[۲] اطفال[۳] و جرائم تعزیری درجه هفت و هشت می‌باشد.[٤] مقنن در این موارد که تحقیقات مقدماتی جرائم در

---

۱. به جهت محدودیت‌های موجود بر سر راه اجرای پژوهش‌های کیفی و همراهی نکردن دادگاه، امکان بررسی و ارزیابی تصمیم آن میسر نگردید.

2. Sexual crimes

3. Juvenile crimes

٤. بنگرید به: مواد ۲۸۵، ۳۰٦ و ۳٤۰ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲.

مرجعی غیر از دادسرا صورت می‌گیرد و صدور قرار منع تعقیب محتمل می‌باشد، در خصوص تجویز تعقیب متهم ســـکوت اختیار کرده است و این ابهام و پرسش ایجاد شده که در صورت صدور قرار منع تعقیب توسط دادگاه، آیین تعقیب مجدد متهم به چه کیفیتی خواهد بود؟

پاسخ به این پرسش (قابلیت یا عدم قابلیت بازتعقیب متهم در قرار منع تعقیب دادگاه) در اندیشـــهٔ حقوقی و قضایی ایران موجب اختـــلاف نظر و طرح دو دیدگاه شده است:

دیدگاه نخســـت: قانون آیین دادرسی کیفری امکان تجویز تعقیب متهم پس از کشـــف ادله جدید را در خصوص قرار منع تعقیب صادر شده از سوی محاکم کیفری پیش‌بینی نکرده و تنها در خصوص قرار منع تعقیب صادره از ســـوی مقامات دادسرا در ماده ۲۷۸ تعییـــن تکلیف نموده؛ لذا امکان تعقیب مجدد متهم و تعمیم موازین آن بـــه قرار منع تعقیب دادگاه در این فرض وجود نـــدارد. در جهت تقویت این دیدگاه آورده‌اند که در سال ۱۳۷۳ به موجب قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب، نهاد دادســـرا از دستگاه قضایی حذف شـــد و تحقیقات مقدماتی توسط قضات در دادگاه انجام می‌پذیرفت، در آن زمان چنین مقرره‌ای در قانون پیش‌بینی نشده بود. از سویی، بـــه موجب این رویکرد، اصل تفســـیر به نفع متهم[1] و اصـــل اعتبار امر مختوم کیفری اقتضاء می‌نماید که در موارد تردید قائل به عدم تجویز چنین امری باشـــیم؛ چه آن‌که حکم ماده ۲۷۸ یک مقرره اســـتثنایی اســـت و حکم استثنایی قابل توسعه و تسری به دادگاه نیست و اصل بر عدم قابلیت بازتعقیب است (نظریه هیأت عالی نشست قضایی دادگستری اصفهان به شماره ۶۹/۲۵۴۸ مورخ ۱۳۹۵/۰۲/۳۰).[2]

دیـــدگاه دوم: قائلان به این رویکرد معتقدند که صلاحیت مرجعی که اقدام به انجام تحقیقات مقدماتی می‌نماید، نافی حق شاکی در طرح شکایت و ارائه ادله جدید نیست. این گروه در پاسخ به دیدگاه مخالف بر این باورند که اگرچه حکم ماده ۲۷۸

1. The principle of interpretation is in favor of the accused

۲. این نظریه مقرر می‌دارد: «مطابق قاعده بین‌المللی منع محاکمه مجدد، اصل بر این اســـت که فقط یک‌بار می‌توان متهم را در مورد همان جرم انجام شده مورد تعقیب قرار داد. ماده ۲۷۸ نیز این اصل را به صراحت بیان نموده است. موردی هم که برای تعقیب مجدد پیش‌بینی شده استثناء و خلاف اصل است که باید تفسیر مضیق نمود و دامنه‌اش را در حد استثناء تفسیر کرد؛ لذا نمی‌توان ماده ۲۷۸ را به جرائمی که به طور مستقیم در دادگاه مطرح می‌شود تسری داد».

یک حکم استثنایی است، این استثناء ناظر به صلاحیت خاص دادسرا در مورد تعقیب مجدد نیست، بلکه ناظر به قرارهای منع تعقیبی است که در مرحله تحقیقات مقدماتی به لحاظ فقدان یا عدم کفایت ادله صادر می‌شـــوند. به تعبیر دیگر، این اســـتثناء یک تخصیص (خروج حکمی) اســـت نه تخصص (خروج موضوعی)؛ لذا قانون‌گذار در این ماده در صدد خارج نمودن دادســـرا از سایر مراجع کیفری نمی‌باشد، بلکه مقصود خروج قرارهای منع تعقیب به دلیل فقدان یا عدم کفایت ادله از ســـایر قرارهای نهایی است که تعقیب کیفری را متوقف می‌سازد (نظریه مشورتی شماره ۷/۹۵/۱۸۲۳ مورخ ۱۳۹۵/۸/۳اداره حقوقی قوه قضاییه؛ عابدی، ۱۴۰۲: ٤٣٤).[1]

دیـــدگاه اخیر مورد تایید نگارنده اســـت؛ زیرا در مواردی کـــه دادگاه به نحو مستقیم به جرائمی رسیدگی می‌نماید، به موجب ماده ۲۸۵ قانون آیین دادرسی کیفری دارای «تمامی وظایفی» اســـت که بر دوش دادسرا اســـت. از سوی دیگر، به موجب ذیـــل ماده ۳٤۱ این قانـــون، در مواردی که پرونده به طور مســـتقیم در دادگاه مطرح می‌گـــردد انجام تحقیقات مقدماتی طبق «مقـــررات مربوط» صورت می‌گیرد. با توجه به عباراتِ «تمامی وظایفی» و «مقررات مربوط» این نتیجه حاصل می‌شـــود که اگرچه مقنن حکم مـــاده ۲۷۸ یعنی امکان بازتعقیب متهـــم را در خصوص دادگاه پیش‌بینی ننموده، لیکن این حکم مختص دادســـرا نبوده و با توجه بـــه مواد مزبور می‌توان آن را در خصوص محاکم نیز مُجرا دانســـت.[2] اداره حقوقی قوه قضاییه در نظریه شماره ۱۳۹۸۱٦۸۰۰۲٤۲۷۲٤٤ مـــورخ ۱۳۹۸/۰۵/۱۲ به نحو تلویحی اعمال ماده ۲۷۸ را در فرضی که تحقیقات مقدماتی به صورت مستقیم در دادگاه صورت می‌گیرد امکان‌پذیر دانسته است.[3]

---

۱. در نظریه آمده اســـت: «در فرضی که پرونده به صورت مستقیم در دادگاه مطرح می‌گردد، در واقع دادگاه خود راســـاً متکفل انجام مرحله تحقیقات مقدماتی اســـت و انجام این تحقیقات مقدماتی اعم از تحقیق و تعقیب با توجه به مواد ٢٤ و ۱۰۲ قانون آیین دادرســـی کیفری و ملاک قسمت ذیل ماده ۳٤۱ ایـــن قانون، باید طبق مقررات مربوط به مرحله تحقیقات مقدماتی مذکور در بخش همین قانون صورت گیرد، بنابراین در فرض ســـوال اعمال ماده ۲۷۸ قانون یاد شده در دادگاه امکان‌پذیر است و هرگاه قرار منع تعقیب در دادگاه کیفری یک صادر و قطعی شـــده باشـــد دادگاه مذکور پس از ارجاع مطابق مقررات رسیدگی می‌نماید».

۲. در تایید این گفته می‌توان به قاعده «اثبات شـــی نفی ما عدا نمی‌کند» اشـــاره کرد. این قاعده بدان معناست که اثبات مسأله‌ای به منزله نفی غیر از خود نیست.

۳. در این استعلام آمده است: «چنان‌چه رأی دادگاه کیفری یک در دیوان عالی کشور تایید شده باشد

پذیرش نظر اخیر ما را با پرسش دیگری روبه‌رو می‌سازد که در صورت امکان بازتعقیب متهم توسط دادگاه، چنان‌چه قرار منع تعقیب در مرجع عالی (تجدیدنظر یا دیوان عالی کشور) قطعیت یافته است، آیا تجویز تعقیب متهم نیازمند موافقت مرجع عالی[1] است یا خیر. پاسخ به این پرسش نیز محل اختلاف نظر و طرح دیدگاه‌های مختلف است. با وحدت ملاک از ماده ۲۷۸ این امر ضروری می‌باشد. مؤید این نظر، پاسخ استعلام شماره ۷/۹۴/۱۰۶۹ مورخ ۱۳۹٤/٤/۳۱ از اداره حقوقی قوه قضاییه است.[2] بر این اساس، در مواردی که قرار منع تعقیب صادر شده به دنبال اعتراض شاکی در دادگاه تجدیدنظر قطعیت یابد، تجویز تعقیب با این مرجع خواهد بود (شاه‌حیدری و رفیعی، ۱۳۹۵: ۱۱۹ و آشوری، ۱۳۹۸: ۲٤۰).[3] از طرف دیگر، قیاس در این موارد مع‌الفارق است؛ چه آن‌که همان‌گونه که مطرح شد، شأن دادگاه با دادسرا متفاوت است و برخلاف دادسرا که در معیت دادگاه بوده، دادگاه نخستین در معیت دادگاه تجدیدنظر قرار ندارد. از سویی، تکالیف و اختیارات مرجع عالی به موجب قانون معین است و امکان قیاس و وحدت ملاک صلاحیت‌ها نمی‌باشد. این نظر به عقیده نگارنده نزدیک به صواب است و دادگاه در صورت طرح و ارائه دلیل جدید توسط شاکی اگر تشخیص دهد که ادله جدید محسوب می‌شود راساً رسیدگی مجدد را تجویز خواهد نمود. نظریه مشورتی شماره ۱۳۹۸۱٦۸۰۰۲٤۲۷۲٤٤ نیز مؤید دیدگاه اخیر است مبنی بر این‌که چنان‌چه دیوان عالی کشور قرار دادگاه کیفری یک را ابرام نمود، قائل به بازتعقیب متهم توسط دیوان نیست.

با توجه به این‌که دیوان عالی کشور دادگاه تلقی نمی‌گردد، نیازی به تجویز تعقیب مجدد از سوی دیوان عالی کشور نیست».

۱. در صورت قطعیت قرار منع تعقیب در مرجع تالی، یقیناً نیازی به مجوز مرجع دیگر برای بازتعقیب متهم نیست.

۲. این نظریه مقرر می‌دارد: «با توجه به مواد ۲٤ و ۲۷۸ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲، در صورتی که در دادگاه عمومی بخش، قرار منع تعقیب به لحاظ فقد دلیل صادر شود ... چنان‌چه قرار منع تعقیب در دادگاه تجدیدنظر استان قطعی شود، درخواست رسیدگی مجدد از طرف رئیس یا دادرس دادگاه بخش مطرح می‌شود و تجویز رسیدگی مجدد در صلاحیت دادگاه تجدیدنظر استان است».

۳. در تایید این دیدگاه بنگرید به نظریه مشورتی شماره ۷/۹۹/۱۳۳۸ مورخ ۱۳۹۹/۹/۱۹ اداره حقوقی قوه قضاییه و دیدگاه اکثریت حاضر در نشست قضایی دادگستری اصفهان به شماره ٦۹/۲٥٤۸ مورخ ۱۳۹٥/۲/۳۰ که آمده است: «... بدیهی است در صورتی که قرار سابق‌الصدور در مراجع تجدیدنظر اعم از دادگاه تجدیدنظر یا دیوان عالی کشور قطعیت یافته باشد، موافقت مراجع مذکور برای تعقیب مجدد الزامی است».

۵-۲. اصل اســـتقلال مقـــام تحقیق در برابر تشـــخیص مقام‌های تعقیب و رسیدگی

در سیستم دادرسی کیفری مختلط، تحقیقات مقدماتی منفک و مستقل از دادگاه انجام می‌گیرد. تعقیب و تحقیق از جرم و متهم اغلب در دادســـرا و از شؤون این نهاد اســـت که این دو نقش بر عهده دو مقام قضایی مختلف به ترتیب دادستان و بازپرس می‌باشـــد (شاکری و هادی‌زاده، ۱۳۹۵: ۱٤٤). دو اصل تفکیک وظایف قضایی دادسرا و دادگاه و تفکیک مقام تعقیب از مقام تحقیق، از اصول پیشـــرفته دادرســـی منصفانه و حاکم بر تحقیقات مقدماتی و رســـیدگی اســـت. دادگاه نمی‌تواند استقلال دادسرا و مقامات آن را مخدوش نماید، دادســـتان نبایـــد در اقدامات تحقیقی[1] و بازپرس نیز شایسته نیست در وظایف تعقیبی مداخله کند.[2]

بـــه موجب ماده ۲۷۸ چنان‌چه دادســـتان و دادگاه، قائل بـــه وجود ادله جدید باشـــند، پس از تنظیم صورت‌جلسه تجویز تعقیب، پرونده به شعبه مرجوع‌الیه محول تـــا مقام تحقیق اعم از بازپرس و دادیار مطابق مقررات رســـیدگی کند. در این مقطع، بازتعقیب متهم توســـط دادستان و دادگاه، الزامی برای مقام تحقیق در پی ندارد و پس از تجویز، پرونده در شعبه تحقیق ثبت مجدد می‌گردد، مقام تحقیق که همان بازپرس یا دادیار ســـابق است،[3] مجدد و بدون توجه به تشخیص مقامات دادستان و دادگاه، به

---

۱. در این زمینه بیان شـــده اســـت که دادســـتان به عنوان نماینده جامعه یک طرف دعوا است و باید بـــه تعقیب بپـــردازد و بنا به دلایل متعدد انجام اقدامات تحقیقی توســـط او مغایر عدالت خواهد بود (Esmein, 2000: 500-504). بـــه همین دلیل «دون دیو دو وابـــر» (Donnedieu de Vabres)، در جریان اصلاحات قانون آیین دادرســـی کیفری فرانسه در سال ۱۹٤۹ میلادی، با مشاهده این‌که مقام تحقیق از نهاد تعقیب مســـتقل نیست و این‌که دادستان به نحو گسترده‌ای در تحقیقات مداخله می‌کند پیشنهاد واگذاری نقش تحقیقاتی دادستان به مرجع دیگری را مطرح نمود (Schwartz, 2007: 23).

2. Independly from other Judges

۳. آیـــا تحقیقات ســـابق بازپـــرس و دادیار و صدور قـــرار نهایی، از موارد رد بـــه جهت اظهار نظر ماهوی محســـوب می‌شود؟ اداره حقوقی قوه قضاییه در نظریه مشورتی شماره ۷/۱٤۰۱/۱۲٤۹ مورخ ۱٤۰۲/۳/۲۸ و نظریه مشورتی شماره ۲۷۰۱/۹٤/۷ مورخ ۱۳۹٤/۱۰/۰٦ اشعار داشته است: «... با ارجاع پرونده به بازپرس یا دادیار، مشـــارالیه مکلف به رسیدگی بوده و از موارد رد نیست، زیرا آن‌چه را که بازپرس یا دادیار رســـیدگی می‌کند، دلیل یا دلایل جدیدی اســـت که قبلاً به آن رسیدگی نکرده تا از موارد ســـبق اظهار نظر بوده و بازپرس یا دادیار بتواند به اســـتناد ماده ٤۲٤ قانون یاد شده ناظر به بند ت ماده ٤۲۱ این قانون از رســـیدگی امتناع کند، بلکه دلیل جدیدی اســـت که بازپرس و دادیار برای اولین بار به آن رسیدگی می‌کند. در واقع این رسیدگی، ادامه رسیدگی قبلی بوده و چون حکم مقرر در ماده ۲۷۸ حکمی اســـتثنائی است رسیدگی قبلی بازپرس یا دادیار از موارد رد دادرس نیست». این

بررسی و ارزیابی ادله شاکی می‌پردازد و در صورتی که ادله را مکفی نداند، بدون احضار متهم (حتی به محض ارجاع)، بر قرار منع تعقیب سابق با صدور قرار جدید اصرار نموده و پرونده را جهت اظهار نظر نزد دادستان ارسال می‌کند.

اهمیت این استقلال زمانی که مقام تحقیق دادیار است برجسته می‌شود؛ چه آن‌که بنابر تحلیلی دادیار جانشین دادستان بوده و طبق ماده ۸۸ قانون آیین دادرسی کیفری، وفق تشخیص دادستان مبنی بر جدید بودن ادله اقدام می‌نماید، این نگرش با تمسک به بند پایانی ماده ۲۷۸ که در آن متذکر شده «بازپرس مطابق مقررات رسیدگی می‌کند»، قائل به اقدام دادیار بر اساس نظر دادستان و تلقی ادله و جدید بودن آن می‌باشند. این عقیده به باور نگارنده ناصحیح است؛[1] چه آن‌که با وجود قیمومت دادستان نسبت به تصمیمات دادیار از طریق ارجاع، هدایت و نظارت، پذیرش استقلال دادیار به‌ویژه در قرار نهایی و قرار تامین منتهی به بازداشت متهم، نه‌تنها منافاتی با الگوی ارتباط سلسله‌مراتبی ندارد که استقلال قضایی اقتضای پذیرشِ بررسی مجدد ادله و ارزیابی آن توسط دادیار دارد. افزون بر آن، مقررات حاکم بر تحقیقات مقدماتی ناظر به تمامی مقامات تحقیق اعم از بازپرس، دادیار و دادرس (مواد ۹۲، ۲۸۵، ۳۰۶ و ۳۴۰ قانون آیین دادرسی کیفری) در جایگاه تحقیق صرف نظر از عنوان مقامات آن است (قائدی و جهانگیری، ۱۴۰۲: ۱۵۲). نتیجه بدیهی پذیرش دیدگاه تبعیت محض از تشخیص دادستان (و دادگاه) مبنی بر جدید بودن ادله، صدور قرار تامین و قرار نهایی بدون توجه به دفاعیات متهم است که بی‌تردید، با فلسفه مقرره ۲۷۸ سازگاری ندارد.

در خاتمه بحث، با توجه به آن‌چه به تصویر کشیده شد، ذکر نکاتی از وضعیت رویه قضایی ضروری است. اندیشه قضایی ایران[2] در تجویز تعقیب از محدوده مقررات ماده ۲۷۸ و اصول حاکم بر آن پا را فراتر نهاده است. بدین شرح که، مصمم به اجرای دقیق اصول شش گانه‌ای که در این بخش از آن سخن به میان آمد، نمی‌باشد. این

نظر و رویکرد رویه قضایی بر اساس آن، از نظر نگارنده محل تامل است چه آن‌که در هر حال سابقاً پیرامون موضوع اظهار نظر ماهوی شده و مقام تحقیق با ذهنیت قرار منع تعقیب سابق به بررسی مجدد موضوع می‌پردازد.

۱. دیدگاه مقابلِ استقلال دادیار را در پژوهش دیگری به چالش کشیده‌ایم (بنگرید به: قائدی، ۱۴۰۲).

2. Judgmental procedure

رویکرد، مصلحت‌گرایی[1] در راســـتای تامین منافع اشخاص را ترجیح و آن را سودمند و مفید برای نظام عدالت جنایی می‌داند.[2] اتخاذ رویکرد سلیقه‌ای در اعمال ماده ۲۷۸ و بازتعقیب متهم توسط دادستان و دادگاه با تاکید بر مبانی پیش‌گفته، موجب گردیده که پرونده مجدداً در مســـیر تحقیقات قرار گرفته و نقض اصول یاد شده و حقوق دفاعی متهم که در پناه اصل برائت قرار دارد را در پی داشته و در نهایت موجب صدور قرار منع تعقیب مجدد در غالب موارد تجویزی شود. به‌کارگیری نادرست دادستان و دادگاه از مقرره ۲۷۸ در زمان بررسی درخواست شاکی و سنجش ادله آن، باعث نقض سایر اصول حاکم بر آن شده است (نقض اصل مستدل بودن بازتعقیب = نقض سایر اصول حاکم بر بازتعقیب متهم)،[3] تلقی این مقامات چنین است که فرصتِ دوباره‌ای به شاکی اعطـــا تا از گذر آن مجدد بتواند اقامه دلیل کند. بی‌تردید این رویه خلاف فلســـفه و صراحت ماده اخیر و اصول مسلم دادرسی کیفری است.

اگرچه این رویه در تامین منافع شاکی موثر است، اما تضمین منافع امکان‌پذیر نبوده و این تاثیرگذاری می‌بایســـت در قلمرو مقرره ۲۷۸ باشـــد. قانون‌گذار با تاکید مؤکـــد و قیود متعدد در ماده موصوف به دنبال اســـتثنایی بودن حکم این ماده و اکتفا به قدر متیقن آن اســـت و پذیرش غالب درخواست شاکی بدون رعایت اصل مستدل

---

1. Pragmatism

۲. درحالی‌که همان‌طور که در ماده ۳ منشور جهانی قاضی (The universal charter of the Judge) ذکر شده، مقام قضایی در رسیدگی به موضوع مطروحه باید فقط تابع قانون باشد و لاغیر (Submission to the law).

۳. به عنوان نمونه، در پرونده شـــماره ۱۴۰۰۱۲۹۲۰۰۰۴۸۰۴۷۸۰ شعبه ۳۳ دادیاری دادسرای عمومی و انقلاب شـــیراز موضوع شـــکایت الف علیه ب دایر بر ایراد صدمه بدنی غیرعمدی ناشـــی از عدم رعایت موازین کار، ضمن قطعیت قرار منع تعقیب در دادسرا، در صورت‌جلسه تجویز آمده است: «با توجه به دلایل جدید مشتمل بر نظریه مورخ ۱۴۰۱/۳/۱۱ بازرس اداره کار، با اختیار حاصله از صور ماده ۲۷۸ با یک نوبت تعقیب مجدد موافقت می‌شـــود». پرونده ملاحظه گردید، مستفاد از محتویات پرونده، از همان ابتدا و قبل از صدور قرار منع تعقیب، امکان ارجاع به کارشناسی وجود داشته که این مهم توســـط مقام قضایی مغفول مانده و پرونده با منع تعقیب روبه‌رو شـــده و به جهت عدم اعتراض شاکی قطعیت یافته اســـت. بدیهی است موضوع از مصادیق کشف دلیل جدید محسوب نمی‌شود و امکان اســـتیفای حقوق شاکی از طریق اعاده دادرسی موضوع ماده ٤٧٧ قانون آیین دادرسی کیفری یا با ارائه دادخواســـت حقوقی مهیا است و نمی‌توان به بهانه تامین منافع شاکی، اصول اعتبار امر مختوم و مستدل بودن فرایند تجویز را نادیده انگاشت و اشتباهات قضایی را با تمسک ناصحیح به ماده ۲۷۸ جبران نمود. این پرونده با صدور قرار جلب به دادرســـی و کیفرخواست به شَعبه ۱۰۹ دادگاه کیفری دو شـــیراز ارجاع شده که ایراد اخیر مد نظر دادگاه قرار گرفته و حکم بر برائت متهم از اتهام مذکور صادر شده است.

بودن فرایند بازتعقیب، تبعات منفی فردی و اجتماعی برای متهم، شـــاکی و دســـتگاه قضایی در پی دارد. به این ترتیب، در حالی که دســـتگاه قضایی به ویژه دادسرا روزانه با افزایش ورودی پرونده و تراکم آن مواجه اســـت، بـــا تجویز بدون ضابطه تعقیب، پرونده‌های مختومه شـــده و راکد نیز دوباره در جریان پیگرد قرار می‌گیرد که این امر صرف‌نظر از اطاله دادرســـی،[1] فرسایش نیروی انســـانی و مقامات قضایی را به همراه دارد. نظر به مراتب توصیف شده و مطالعه نوزده پرونده قضایی که دادستان یا دادگاه با درخواســـت تجویز تعقیب موافقت نموده و پرونده مجدد در مدار تحقیقات جنایی قرار گرفته اســـت، ذکر موارد زیر جهت تبیین رویه قضایـــی به عنوان برایند ارزیابی نویسنده ضرورت دارد:

نخست، از نوزده پرونده یاد شده، چهارده فقره آن یا با قرار منع تعقیب مجدد روبه‌رو شـــده یا در دادگاه حکم برائت متهم صادر گردیده است (اصولاً منع تعقیب). این آمار به وضوح گویای نقض اصول اعتبار امر مختوم و مستدل بودن جریان تجویز تعقیب اســـت. شکی نیست که نگارنده با رد درخواست توسط مقام تعقیب نیز مواجه شده، لیکن تعداد جواز تعقیب خلاف ضابطه به مراتب بیش از رد درخواست‌ها است. تعداد پرونده‌های مخالفت شده، شش پرونده است که رد اغلب آن‌ها به جهت صدور قرار منع تعقیب بر اساس جرم نبودن رفتار ارتکابی بوده است.

دوم، توجه مقام تحقیق به اصل مســـتدل بودن درخواســـت بازتعقیب (بعد از تجویز) بیش از توجه دادســـتان و دادگاه در زمان بررسی تجویز است. این بی‌توجهی با مشـــورت علمی و رؤیت اولیه درخواست تجویز توسط مقام تحقیق و اظهار عقیده به دادستان جهت بررسی دقیق اصل مستدل بودن تقاضا مرتفع می‌شود. به همین دلیل معاون دادستان و سرپرست یکی از دادسراها در حوزه قضایی کلان شهری، تقاضاهای تجویز را ابتدا به نظر مقام تحقیق می‌رســـاند تا وی اعلام نظر نموده و ســـپس ایشان بررسی می‌کرد. در این مجتمع قضایی آمار تجویز تعقیب کمتر از سایر دادسراها بوده که ناشی از پای‌بندی آن‌ها به اصول حاکم بر بازتعقیب متهم است.[2]

---

۱. بدون تردید بخشـــی از تجویز تعقیب غیرموجه و در نتیجه اطاله دادرسی، ناشی از عدم احاطه بر جریان دعوا توسط دادستان است. جهتَ مطالعه تفصیلی، بنگرید به: اسدی‌نژاد، ۱۴۰۲.

۲. نادیده گرفتن اصول حقوقی باعث می‌شـــود که یک قاضی بنا به ســـلیقه خود مصلحت را در نظر گیرد و قاضی دیگر عدالت را؛ این امر ســـبب می‌شود که تصمیم قضات هیچ‌وقت به صورت منسجم

سوم، غالب تجویزهای انجام شده به دنبال قطعیت قرار منع تعقیب در دادسرا بوده است. این امر سبب شده که دادگاه بر درخواست دادستان و یک‌جانبه‌گرایی وی نظارت ننماید. از طرف دیگر، در درخواست‌های بازتعقیب دادستان از دادگاه با این انگاره که دادگاه باید راجع به مستدل بودن تقاضا اتخاذ تصمیم نماید، اصل مستدل بودن فرایند بازتعقیب توسط این مقام رعایت نمی‌شود.

چهارم، تجویز تعقیب دادستان و دادگاه با مبانی تشریحی در نوشتار حاضر فاصله دارد. به سخن دیگر، دادستان و دادگاه در اغلب موارد در پی اعطای فرصت به شاکی با نقض اصول بازتعقیب و سوء استفاده از این اختیار قانونی هستند؛ این در حالی است که تعهد توأمان مقامات به مبانی و اصول بازتعقیب ضرورتی انکارناپذیر است و نقض یکی از آن‌ها، با استثنایی بودن حکم ماده ۲۷۸ و فلسفه آن منافات دارد. ناگفته نماند که دادگاه برخی از درخواست‌های تجویز دادستان را در جهت رعایت شأن و استقلالی که از آن سخن به میان آمد رد می‌کند.

پنجم، گاهی دادستان و دادگاه تجویز غیر مستدلی را پذیرفته که باور آن‌ها موجه و مستند بودن آن است.[1] این امر ناشی از فقدان درک صحیح از «دلیل بودن» یا «جدید بودن» است. بی‌تردید، آن‌چه از مفهوم دلیل بر می‌آید، معنای خاص آن است. اماره قانونی و قضایی در چهارچوب دلیل (علم قضایی) معتبر است. به همین جهت صورت‌جلسه تقاضای ضمنی تجویز تعقیب در پرونده شماره ۱۴۰۰۱۲۹۲۰۰۰۲۳۰۲۴۴۴ شعبه هشتم بازپرسی دادسرای عمومی و انقلاب شیراز

صادر نشوند (جغتائی و همکاران، ۱۳۹۹: ۳۱۳).

۱. گاهی نیز در غیر موجه بودن آن هیچ‌گونه تردیدی حتی برای این مقامات نیست. در صورت‌جلسه بازتعقیب متهم در پرونده شماره ۹۹۰۹۹۸۷۱۱۴۹۰۰۳۶۰ شعبه نهم بازپرسی دادسرای عمومی و انقلاب شیراز با موضوع جعل، استفاده از سند مجعول و کلاهبرداری آمده است: «ملاحظه می‌گردد پیرامون موضوع قرار منع تعقیب صادر که به لحاظ عدم اعتراض قطعیت حاصل نموده و وکیل با ارائه لایحه‌ای تقاضای تجویز تعقیب مجدد مشتکی‌عنه کرده و دلایل جدید مشتمل بر: با بررسی محتویات پرونده از آنجا که شاکی در زمان رسیدگی قادر به صحبت نبوده است و حسب دادنامه استنادی جنون ایشان متصل به صغر است جهت جلوگیری از تضییع حقوق احتمالی شاکی با اختیار حاصله از ماده ۲۷۸ با تعقیب مجدد موافق می‌گردد». این صورت‌جلسه با این ایراد مواجه است که جنون شاکی در زمان تجویز نیز متصل به صغر است و از اساس درخواست اولیه توسط شخص ذی‌سمت ارائه نشده است. از نظر نگارنده و صرف‌نظر از این‌که موضوعیت با ادله جدید بوده نه وضعیت شاکی، حتی در صورت جنون، این امر ارتباطی با کشف ادله جدید که مستلزم حدوث ادله در زمان تجویز است ندارد. با این همه با مطالعه پرونده به جهت مستدل نبودن فرایند بازتعقیب، مجدد توسط مقام تحقیق قرار منع تعقیب صادر و قطعیت یافته است.

توسط شعبه دوم دادگاه کیفری یک استان فارس که صرفاً بر این مبنا که متهم پرونده در دادگاه اذعان به نقش معاونت در قتل عمدی توسط ب دارد، قابلیت نقض اصول مسلم اعتبار امر مختوم و برائت تثبیت شده را نداشته و مستدل تلقی نمی‌شود؛ به همین دلیل در استدلال معاون دادستان در پاسخ به صورت‌جلسه دادگاه آمده است: «با عنایت به این‌که جهت اعمال ماده ۲۷۸ می‌بایست ولی دم دلایل و مستندات قانونی جدید که سابقاً در پرونده نبوده ارائه نماید و چنین دلایلی ملاحظه نمی‌شود، لذا فعلاً شرایط تجویز رسیدگی مجدد نمی‌باشد». توصیه می‌شود مقامات قضایی به اصول شش‌گانه ذکر شده، ملتزم بوده و به منظور درک دقیق مبانی و اصول حاکم بر بازتعقیب متهم اقدام به برگزاری نشست‌های قضایی نمایند. ادراک صحیح جدید بودن ادله، مستلزم آموزش مقامات دخیل در فرایند اعمال بازتعقیب متهم است تا مصادیق متعدد ادله جدید به ویژه امارات قابل ارزیابی در پرتو علم قضایی[1] شناسایی شود. در این راستا نظریات مشورتی اداره حقوقی قوه قضاییه نقش راهبردی در تبیین دقیق ادله جدید با ذکر مصادیق آن ایفا می‌کند.

ششم، تجویز تعقیب در جرائمی که در صلاحیت دادگاه کیفری یک است به مراتب کمتر از جرائم موضوع صلاحیت دادگاه کیفری دو و سایر دادگاه‌های با نظام وحدت قاضی است.[2] علل مختلفی می‌توان برای آن قائل شد که از جمله حاکم بودن نظام تعدد قاضی در دادگاه کیفری یک در مقام رسیدگی به اعتراض شاکی نسبت به قرار منع تعقیب است. از طرفی بر اساس ماده ۲۷۳ قانون آیین دادرسی کیفری، حتی در صورت تایید قرار منع تعقیب توسط دادگاه کیفری یک، این تصمیم قابل فرجام‌خواهی در دیوان عالی کشور به موجب رای وحدت رویه شماره ۷۵٤ هیات عمومی دیوان عالی کشور است که این امر اشتباه مقامات تحقیق و تعقیب در صدور و تایید قرار منع تعقیب به لحاظ عدم بررسی تمامی زوایا و ادله موجود را به حداقل می‌رساند.

---

۱. آن‌چه مبنای تولید علم برای قاضی است، قرائن و امارات نوعاً علم‌آور حاصله در نتیجه تحقیقات قضایی است و مراد، قرائنی است که به طور بیّن و آشکار دلالت به واقع داشته باشد (کلانتری و سلمان‌پور، ۱۳۹۸: ۱۸۲). بر مبنای این گفته، گاهی ضرورت دارد دادستان در جهت بررسی ادله شاکی، اقدام به تحقیق جهت کشف ادله جدید وی نماید؛ به عنوان مثال، شهادت شهود شاکی را اخذ نموده و سپس اقدام به تجویز تعقیب نماید.

۲. بنگرید به مواد ۲۹٤، ۲۹۵، ۲۹٦، ۲۹۷، ۲۹۸، ۳۰۱، ۳۰۲، ۳۰۳ و ۳۰٤ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲.

برآمد

۱- اصل ممنوعیت تعقیب مجدد در بند چ ماده ۱۳ قانون آیین دادرسی کیفری اقتضا دارد شـــخصی که یک بار تحت تعقیب دادستان قرار گرفته و با گذر از مرحله تحقیقات مقدماتی، قرار منع تعقیب وی صادر شـــده اســـت، امکان بازتعقیب وی که همراه با تبعات فردی و اجتماعی اســـت میســـر نشـــود. این از اصول مسلم در نظام حقوقی داخلی است و قانون‌گذار با شناسایی آن از معیارهای دادرسی منصفانه تبعیت نموده اســـت. ماده ۲۷۸ قانون آیین دادرسی کیفری ضمن تاکید مداوم بر اصل اعتبار امر مختوم کیفری، استثنایی را قائل و بنای پذیرش آن را تامین عدالت قضایی و مقابله با رفتار مجرمانه و جلوگیری از تضییع حقوق شـــاکی و بی‌کیفرماندن مرتکبان واقعی، نهاده اســـت. سیاست جنایی تقنینی با پیش‌بینی صریح و تلویحی اصول متعدد که در راستای اصل اعتبار امر قضاوت شده بوده، در پی پیشگیری از تمسک بی‌ضابطه و توأم با سوءبرداشـــت مقامات قضایی از ماده مذکور بوده است. این اصول به ترتیب، اصل مســـتدل بودن فرایند بازتعقیب متهم، اصل تناظر، اصل استقلال و رجحانِ تشخیص دادگاه نسبت به دادسرا، اصل امکان بازتعقیب متهم توسط دادگاه و اصل استقلال مقام تحقیق در برابر تشخیص دادستان و دادگاه است.

۲- به‌رغم انذار مقامات قضایی توســـط قانون‌گذار از طریق به‌کارگیری مبانی و اصـــول مورد نظر در فرایند بازتعقیب متهم با تکیه بر الزام متعدد و قیود مختلف در ماده ۲۷۸، رویه قضایی در تامین اهداف و اصول توجیهی فاقد کارنامه موفق اســـت. رویکـــرد نظام عدالت کیفری ایران پا را از نـــص و اصول بنیادین فراتر نهاده و از آن حکم کلی و بدون ضابطه ســـاخته اســـت. با مطالعه و مداقه در پرونده‌های بازتعقیب شـــده، برآیند ارزیابی نگارنده بر این مبنا است که مهم‌ترین اصول نقض شده در طول فرایند بازتعقیب یعنی از آغاز با ارائه درخواست تا خاتمه با تجویز تعقیب دادستان و دادگاه، اصل اعتبار امر مختوم و مستدل بودن تجویز تعقیب است. بی‌توجهی به معیار اساسی بازتعقیب یعنی کشـــف دلیل جدید که گاهی ناشی از عدم آموزش صحیح و درک مصادیق جدید محسوب شدن ادله است، موجب اتخاذ رویکرد سلیقه‌ای و فاقد پشـــتوانه و ضربه بر پیکره حقوق دفاعی متهم که در پناه اصل برائتِ تثبیت شـــده در رسیدگی سابق قرار دارد، گردیده است. نتیجه بدیهی بی‌تفاوتی و به‌کارگیری ناموجه

این فرایند، صـــدور قرار منع تعقیب مجدد یا حکم برائت توســـط مقامات تحقیق و رســـیدگی است که خود اطاله دادرسی و فرســـایش کارکنان سیستم قضایی را در پی دارد.

۳- پیشـــنهاد می‌شود دادســـتان و دادگاه به مبانی و اصول شش‌گانه مقید بوده و قوه قضاییه به منظور درک صحیح اصول حاکم بر بازتعقیب متهم به ویژه مســـتدل بـــودن، اقدام به برگزاری دوره‌ها و نشســـت‌های قضایی نمایـــد. ادراک دقیق «دلیل» بودن و «جدید» بودن مدارک و مســـتندات، مســـتلزم آگاهی‌بخشی به مقامات دخیل در فراینـــد اعمال بازتعقیب متهم اســـت تا از رهگذر تجویز ناصحیح، شـــاکی متوقع نگردیده و هزینه‌های حیثیتی و مادی متوجه طرفین و قضات نگردد. دادستان می‌تواند نســـخه‌ای از درخواست شاکی و مستندات جدید مورد ادعا را نزد مقام تحقیق ارسال و از هم‌اندیشـــی علمی حاصل از شـــور قضایی در جهت اجرای موجه اصل مستدل بودن بهره ببرد. شناسایی و برشماری مصادیق متداول دلیل جدید در قالب بخش‌نامه داخلی از طریق رئیس قوه قضاییه یا دادستان کل کشور ابلاغ شود. با ایجاد و تقویت ســـازکارهای لازم، اقدامات و اختیارات مقام تعقیب در حوزه بازتعقیب کنترل شود تا افزونِ بر کاربست اصول حاکم بر تجویز دوباره تعقیب، تساوی سلاح‌ها بین دادستان، شاکی و متهم رعایت شود. اداره حقوقی قوه قضاییه نیز در کنار ذکر کلی دلیل جدید در نظریات مشورتی، به تبیین دقیق مصادیق و این‌که چه ادله‌ای به ویژه در چهارچوب علم قضایی جدید محسوب می‌شود، بپردازد. باید موازین و مقرراتی به عنوان مصادیق اصول شـــش‌گانه استخراج شـــوند که به واقع در اجرای درست فرایند تجویز تعقیب تأثیرگذار بوده و به اندازه‌ای اهمیت داشـــته باشـــند که در صورت عدم رعایت آن‌ها، ابطال فرایند بازتعقیب امری قابل قبول به نظر برسد.

فهرست منابع

الف. فارسی

* آخوندی، محمود (۱۳۸۸)، **آیین دادرسی کیفری**، جلد ششم، چاپ دوم، تهران: سازمان چاپ و انتشارات.
* آشوری، محمد (۱۳۹۸)، **آیین دادرسی کیفری**، جلد دوم، چاپ سیزدهم، تهران: سمت.
* اسدی‌نژاد، سیدمحمد و نیک‌کار، جمال (۱٤۰۲)، «**تاملی در اطاله دادرسی؛ پیامدها، علل و راهکارها**»، پژوهش‌نامه حقوق کیفری، سال چهاردهم، شماره ۲.
* امیدی، جلیل (۱۳۷٦)، «**تفسیر قانون در حقوق انگلستان**»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، دوره ۳۸، مقاله ۵.
* بوشهری، جعفر (۱۳۹۰)، **حقوق جزای فرانسه**، چاپ نخست، تهران، شرکت سهامی انتشار.
* بولک، برنار (۱۳۸۵)، **کیفرشناسی**، برگردان: علی‌حسین نجفی ابرندآبادی، چاپ ششم، تهران: مجد.
* تدین، عباس (۱۳۹٦)، **قانون آیین دادرسی کیفری فرانسه**، چاپ سوم، تهران: معاونت حقوقی قوه قضاییه.
* تدین، عباس (۱۳۹۱)، **تحصیل دلیل در آیین دادرسی کیفری**، چاپ دوم، تهران: میزان.
* تدین، عباس و باقری‌نژاد، زینب (۱۳۹۹)، «**هستی‌شناسی اصول بنیادین دادرسی کیفری**»، فصل‌نامه پژوهش حقوق کیفری، دوره ۹، شماره ۳۳.
* جغتائی، عباس و نصیران، داود و عباسیان، رضا (۱۳۹۹)، «**نقش اصول حقوقی در تفسیر قضایی قوانین**»، دیدگاه‌های حقوق قضایی، دوره ۲۵، شماره ۹۰.
* حیدری، سیروس (۱۳۸۹)، «**اصل تناظر در حقوق فرانسه و کامن‌لا**»، مجله مطالعات حقوقی، دوره ۲، شماره ۱.
* خالقی، علی (۱۳۹۵)، **آیین دادرسی کیفری**، جلد نخست، چاپ سی و دوم، تهران: شهر دانش.
* خالقی، علی (۱٤۰۲)، **نکته‌ها در قانون آیین دادرسی کیفری**، چاپ نوزدهم،

تهران: شهر دانش.
* خدابخشی، عبداله (۱۳۸۷)، «**نگرشی تازه به اعتبار امر مختوم در حقوق کیفری**»، فصل‌نامه مطالعات حقوق، دوره ۳۸، شماره ۳.
* رحمـــدل، منصور (۱۳۹٤)، **آیین دادرسی کیفری**، جلد نخست، چاپ دوم، تهران: دادگستر.
* رستمی، هادی (۱٤۰۱)، **آیین دادرسی کیفری**، چاپ دوم، تهران: میزان.
* ساقیان، محمدمهدی و اسلامی، زهرا (۱٤۰۰)، «**کارکردهای اصول راهبردی آیین دادرسی کیفری**»، آموزه‌های حقوق کیفری، دوره ۱۸، شماره ۲۲.
* ســـبزواری‌نژاد، حجت و سبزواری‌نژاد، مهدی (۱۳۹۹)، «**فلسفه دلیل‌مندی تصمیم قضایی**»، دیدگاه‌های حقوق قضایی، دوره ۲۵، شماره ۹۲.
* شاکری، ابوالحسن و هادی‌زاده، رضا (۱۳۹۵)، «**اصل تفکیک مقام تعقیب از مقام تحقیق در حقوق ایران**»، پژوهش‌نامه حقوق کیفری، سال شماره ۱.
* شـــاملو، باقر (۱۳۸۳)، «**اصل برائت کیفری در نظام‌های نوین دادرســـی**»، علوم جنایی (مجموعه مقالات در تجلیل از استاد دکتر محمد آشوری)، تهران. سمت.
* شـــاه‌حیدری‌پور، محمدعلی و رفیعی، احمد (۱۳۹۵)، **قانون آیین دادرسی کیفری**، معاونت حقوقی قوه قضاییه، تهران: روزنامه رسمی.
* شـــمس، عبداله (۱۳۸۷)، **آیین دادرسی مدنی**، جلد نخست، چاپ هفدهم، تهران: میزان.
* شیدائیان، مهدی و ســـیدجعفر اسحاقی (۱۳۹۹)، «**جلوه‌های مصلحت عمومی در آیین دادرسی کیفری و چالش آن با حقوق فردی**»، دیدگاه‌های حقوق قضایی، دوره ۲۵، شماره ۸۹.
* صابـــر، محمـــود (۱۳۸۸)، «**معیارها و تضمین‌های دادرســـی عادلانه در مرحلهٔ تحقیقات مقدماتی**»، مدرس علوم انسانی، شماره ٦۳.
* صالحـــی مازندرانی، محمد و پیام محمدی (۱۳۹۹)، «**کاربرد استنتاج بهترین تبیین در تفسیر قانون**»، پژوهش‌نامه حقوق اسلامی، ســـال بیست و یکم، شماره ۱ (پیاپی ۵۱).
* طهماسبی، جواد (۱۳۹٦)، **آیین دادرسی کیفری**، جلد نخست، چاپ چهارم، تهران:

میزان.
* طهماسبی، جواد (۱۳۹۱)، **صلاحیت دیوان کیفری بین‌المللی**، چاپ دوم، تهران: جاودانه.
* عابدی، احمدرضا (۱٤۰۲)، **آیین دادرسی کیفری**، چاپ هفتم، تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه.
* قائدی، سعید (۱٤۰۲)، «**چالش‌های فراروی استقلال دادیار در تحقیقات جنایی**»، پژوهش‌های حقوق جزا و جرم‌شناسی، دوره ۱۱، شماره ۲۲.
* قائدی، سعید (۱۳۹٦)، **حدود تفکیک مقام تعقیب از مقام تحقیق با تاکیدبر قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲**، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، شیراز: دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه شیراز.
* قائدی، سعید و جهانگیری، (۱٤۰۲)، «**تحلیل الگوی رابطه سلسله مراتبی میان دادستان و دادیار در حقوق کیفری ایران، تمدن حقوقی**»، دوره ٦، شماره ۱۵.
* کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۵)، **فلسفه حقوق**، جلد نخست، چاپ چهارم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
* کلانتری، کیومرث و سلمان‌پور، عباس (۱۳۹۸)، «**جایگاه علم قاضی در اثبات امر کیفری در حقوق ایران**»، پژوهش‌نامه حقوق کیفری، سال دهم، شماره ۲.
* گلدوست جویباری، رجب (۱۳۹٤)، **آیین دادرسی کیفری**، چاپ سوم، تهران: جنگل.
* مردانی، نادر و واعظی، سیدمجتبی و برزوئی، محسن (۱٤۰۱)، «**حقوق شهروندی و آزادی‌های فردی، در پرتو عملکرد دستگاه قضایی شایسته**»، تعالی حقوق، سال سیزدهم، شماره ۲.
* مسعودیان، مصطفی (۱۳۹۸)، «**تحلیل فقهی حقوقی شاخصه‌های عدالت قضایی در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران**»، دانش حقوق عمومی، سال هشتم، شماره ۲۵.
* نجفی ابرندآبادی، علی سین (۱۳۹۱)، **درباره امنیت‌شناسی از حق بر امنیت تا حق بر تامین (دیباچه در سودابه رضوانی)**، در: مدیریت انسان‌مدار ریسک جرم، چاپ نخست، تهران: میزان.

* نوربها، رضا (۱۳۹۶)، **زمینه حقوق جزای عمومی**، تجدیدنظر شده: عباس شیری، چاپ نخست، تهران: میزان.
* نیک‌نژاد، جواد و حیدری، نصرت (۱۴۰۰)، «**موجه، مستدل و مستند بودن رای دادگاه و داوری**»، مجله پژوهش حقوق خصوصی، دوره ۹، شماره ۳۵.
* هاشمی، سیدمحمد (۱۳۹۰)، **حقوق اساسی و ساختارهای سیاسی**، چاپ نخست، تهران: میزان.
* یوسفی، ایمان (۱۳۹۳)، **آیین دادرسی کیفری**، جلد نخست، چاپ نخست، تهران: میزان.

ب. انگلیسی و فرانسوی

* Anenson, T. (2007). Leigh, From Theory to practice: **Analyzing Equitable Estoppel Under a Pluralistic Model of law**, Lewis & Clark Law Review, Vol. 11, No. 3.
* Chemla, Denis (2006). **Dispute Resolution in 43 Jurisdictions Worldwide**. Getting the deal through. Available at: http://www. herbertsmith.com/NR/rdonlyres/5E275901-57D2-484.
* Esmein, A. (2000). **A history of continental criminal procedure: with special reference to France** (Vol. 5). The Lawbook Exchange, Ltd. (book).
* Pradel, Jean (2006-2007), **Procédure pénale**, Paris, Cujas.
* Schwartz, V. L. (2007). **Comparing the U.S. and French models of criminal pretrial investigation**. (Doctoral dissertation, Stanford University).
* Qtto Kahn-freud, claudin levy and Bernard Rudden (1973), **A source- Book on French Law oxford**: Clarendon press.

مقاله پژوهشی/ دوره ۸۸/ شماره ۱۲۷/ صفحات: ۲۰۲-۱۷۹
تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۹/۱۰ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۸/۲۲

قابلیت استناد به قسامه در دعوای خسارت بدنی در دادگاه حقوقی

حمید افکار[۱]

چکیده

ادله اثبات توسط قانون‌گذار ایران در دو حوزه مدنی و کیفری به طور مشخص متمایز گردیده است. برخی ادله مانند اقرار، شهادت و علم قاضی در مقررات مدنی و کیفری با کمترین تفاوت در جزئیات مورد تصریح قرار گرفته است، اما ادله‌ای مانند قسامه با تفسیری مضیق، فقط در مقررات کیفری ظهور یافته است. اگر چه حقوق کیفری از حیث هدف، ماهیت و نظام دادرسی، خود را از حقوق مدنی متمایز نموده، لیکن تصور بهره‌گیری از نظام ادله یکسان در قلمروی مشترک دو حوزه امری بعید نیست. به همین جهت، با فراهم آمدن قابلیت مطالبه دیه در مرجع حقوقی، توسل به قسامه به عنوان یکی از روش‌های اثبات دعوا قابلیت طرح دارد. در این پژوهش با شیوه توصیفی و تحلیلی و ضمن بهره‌گیری از رویه قضایی، قابلیت طرح دعوای مطالبه دیه در دادگاه حقوقی بررسی می‌شود و بهره‌گیری دادرس حقوقی از قسامه به عنوان دلیل اثبات در موضوع دیات که نقطه تقاطع بین مرجع حقوقی و کیفری است، ارزیابی خواهد شد. یافته‌های پژوهش نشان می‌دهد که منحصر نبودن ادله اثبات در امور مدنی، توانایی مطلق قاضی شرعی در رسیدگی به تمام امور بر اساس قواعد ثابت و امکان بسط تفکر دادرسی کیفری به دادرسی مدنی، بسترساز زمینه پذیرش قسامه به عنون دلیل اثبات در دادگاه حقوقی است، اما با توجه به عدم شایستگی دادگاه حقوقی در رسیدگی به اصل جنایت، لزوم تفسیر مضیق کارکرد نهاد قسامه و انحصار برخی ابزارهای کیفری به محاکم کیفری، باید از کارکرد قسامه به عنوان دلیل اثبات در دادگاه حقوقی چشم پوشید.

واژگان کلیدی: قسامه، دیه، قصاص، ادله اثبات دعوا، اثبات جنایت، دادگاه حقوقی.

---

۱. دکتری حقوق خصوصی دانشگاه فردوسی مشهد و قاضی دادگستری، مشهد، ایران
hamidafkar@mail.um.ac.ir

درآمد

نهادهای فقهی بخش عمده‌ای از مقررات نظام حقوقی ایران را تشکیل می‌دهد که کارکرد برخی از آن‌ها با توجه به گسترش تعقل‌گرایی در مسائل حقوقی، بسط یافته یا تعدیل شده است. قسامه از احکام امضایی اسلام است که به عنوان یکی از ادله اثبات جنایات در حقوق کیفری به آن توجه ویژه‌ای شده است. توسعه احکام و مقررات مربوط به قسامه در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ بر اساس موازین فقهی باعث شده تا تردید و تأمل در حجیت آن به عنوان دلیل اثبات، به کلی رد شود و تمسک به آن در رویه قضایی و به خصوص در بخش صدمات بدنی مورد استقبال واقع شود.[1] شهرت قسامه برای اثبات دیه صدمات بدنی عمدی و غیرعمدی در رویه قضایی این امکان را فراهم آورده تا مدعی دیه جایگاه ویژه‌ای در دادرسی یافته و با محتمل شدن قابلیت مطالبه دیه توسط وی، جامعه از گسترش جرم و تجاوز مصون بماند. بخش عمده دعاوی مبتنی بر ایراد صدمه بدنی که متضمن پرداخت دیه است، به جهت تلقی دیه به عنوان نوعی مجازات، از طریق مراجع کیفری دنبال می‌شود، لیکن ماهیت دوگانه دیه در قوانین ایران باعث شده تا طرح دعوای مطالبه دیه از طریق دادگاه حقوقی نیز محل تأمل جدی باشد و قابلیت تسری ادله اثبات از حقوق کیفری به حقوق مدنی در فرض صحت پذیرش طرح این دعوا، به چالشی نو در علم حقوق تبدیل شود.

اهمیت موضوع زمانی آشکار می‌گردد که تعیین مرجع رسیدگی توسط ذی‌نفع دعوا قابلیت اثبات دعوا را متفاوت نموده و نظام حقوقی در رسیدگی به موضوعی

---

۱. در رویه قضایی موارد متعددی دیده می‌شود که با استناد به قسامه و با وجود شرایط ظن‌آور، قسامه اجرا و رأی به پرداخت دیه صادر می‌شود. به عنوان مثال در دادنامه شماره ۷۳۰ مورخ ۱۳۹٤/۳/۲۸ شعبه ۱۱۲٤ دادگاه کیفری دو تهران آمده: «در خصوص اتهام ... دائر بر ایراد ضرب و جرح عمدی نسبت به شاکی ... دادگاه با توجه به کیفرخواست صادره به شماره ۹۳۰۹۹۸۰۲۳٤۸۰۰۸۵۱ از دادسرای عمومی و انقلاب ناحیه ١٤ تهران، شکایت شاکی، گزارش مرجع انتظامی، گواهی پزشکی قانونی و توجهاً به گواهی ارائه شده توسط متهم موصوف و ادعای وی مبنی بر مضروب شدن توسط شاکی که حکایت از قراین و امارات موجب ظن بر وقوع ارتکاب جرح دارد و استناد شاکی به اجرای قسامه و عدم ارائه دلیل از سوی متهم موصوف بر نفی اتهام و با عنایت به اتیان سوگند و اجرای قسامه وقوع بزه انتسابی را محرز و مسلم دانسته مستنداً به مواد ٤٤٨ و ٤٨٨ و ۷۰۹ و ۷۱٤ با رعایت قسمت اخیر ماده ۳۸٦ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ نامبرده را به ... در حق مجنی‌علیه ظرف یکسال از تاریخ وقوع صدمه محکوم می‌نماید ...».

واحد دچار آشـــفتگی گردد. به عبارت دیگر، امکان استناد به قسامه در دادگاه کیفری فرصـــت مطالبه دیه برای متضـــرر از جرم را در فرض تحقق لـــوث فراهم می‌آورد؛ در حالـــی که اگـــر زیان‌دیده همین دعوا را در دادگاه حقوقـــی طرح نماید و دادرس حقوقی امکان اجرای قســـامه نداشته باشـــد، حق زیان‌دیده به چالش کشیده می‌شود و به نظر می‌رســـد که درجه‌ای فراتر از ظن برای اثبات حق وی لازم است. به همین جهت، لازم اســـت تا امکان استناد به قسامه در دادگاه حقوقی از نظر مبانی حقوقی و بـــر مبنای نصوص قانونی مورد واکاوی قـــرار گیرد. بدین منظور ضرورت دارد که به این پرســـش‌ها پاسخ داده شود که آیا دعاوی مطالبه دیه ناشی از ارتکاب صدمه بدنی عمدی و غیرعمدی صرفاً بایســـتی در مرجع کیفری طرح و مورد رسیدگی قرار گیرد یا امکان رســـیدگی به این ادعا در دادگاه حقوقی نیز ممکن است و همچنین با توجه به بیان ادله اثبات دعوا در قانون مدنی، آیا توسل به قسامه برای پایان دادن به اختلاف از سوی دادرس حقوقی جایز است؟

بررسی ســـوابق پژوهشی موضوع حکایت از آن دارد که بدیهی انگاشته شدن پذیرش قســـامه به عنوان دلیل اثبات در دادگاه کیفری، مجال مطالعه و پژوهش برای پذیـــرش آن به عنوان دلیل اثبات در مراجـــع حقوقی را به کلی فراهم نیاورده و حتی امکان طرح دعوای مطالبه دیه ناشـــی از ایراد صدمه در دادگاه حقوقی نیز مســـکوت مانده اســـت؛ به همین جهت در این پژوهش برای نخستین بار به شیوه‌ای توصیفی و تحلیلی و ضمن بهره‌گیری از تصمیمات صادره در رویه قضایی سعی می‌شود قابلیت مطالبه دیه از طریق محاکم حقوقی بررســـی و قابلیت تمسک به ادله اثبات کیفری از جمله قسامه برای اثبات موضوع مشابه توسط دادرس حقوقی امکان‌سنجی گردد. در این راســـتا مطالب در دو بخش مورد تحلیل قرار می‌گیرد. با توجه به این‌که نتیجه به کارگیری قســـامه تحقق مجازات قصاص و دیه است، ابتدا امکان مطالبه این دو نهاد در دادگاه حقوقی مورد بحث قرار می‌گیرد و ســـپس بـــه منظور یافتن راه حل نهایی برای امکان‌سنجی بهره‌برداری از قسامه در دادگاه حقوقی، ادله موافق و مخالف مورد ارزیابی قرار می‌گیرد.

۱. امکان‌سنجی مطالبه دیه و قصاص در حوزه مدنی

کاربرد قسامه به عنوان دلیل اثبات در امور کیفری در چارچوب مشخصی تبیین شـــده اســـت که رعایت حد و مرز آن برای اعتبار رأی کیفری ضرورت دارد. ارزیابی ظرفیت دادگاه حقوقی برای صدور رأیی با همین اعتبار، مســـتلزم آگاهی از نهادهای قابل اثبات با قســـامه و بررسی امکان طرح آن‌ها در این مرجع است. به همین منظور، در این بخش ابتدا مجازات قابل اثبات با قســـامه طرح و سپس قابلیت طرح آن‌ها در دادگاه حقوقی متناسب با ماهیت هر یک بررسی می‌شود.

۱-۱. نهادهای حقوقی قابل اثبات با قسامه

قدرت اثباتی ادله در حقوق کیفری به یک میزان نیست و اگرچه دلایل یاد شده در قانون مجازات اسلامی قابلیت اثبات جرم را فراهم می‌آورند، لیکن میزان اعتبار هر یک از ادله در نظر مقنن و قاضی یکســـان نیست و اقرار، شهادت و علم قاضی درجه وثاقتی بیش از قسامه در نظر قاضی و اجتماع دارد. نوعی و مشروع تلقی شدن این ادله به حدی اســـت که اثبات انواع جرایم و حتی دعاوی حقوقی بر اساس این ادله، کمتر نقد حقوقی و اجتماعی به دنبال دارد، لیکن پذیرش نهادی همچون قســـامه که صرفاً در بخش خاصی از حقوق کیفری نمایان‌گر ظاهری جرم اســـت، روان جرم‌شـــناختی حقوق‌دانان را مشـــغول می‌نماید. قسامه در نگاه مقنن مجموعه سوگندهایی است که برای اثبات جنایت عمدی یا غیر عمدی یاد می‌شـــود[1] و اگرچه پذیرش آن به عنوان یکـــی از ادله اثباتی در حقوق کیفری مورد انتقاد بوده و هســـت،[2] لیکن نظام حقوقی ایران مهر تأییدی بر رســـمیت آن زده و صدور حکم بر اســـاس آن از رویکرد فقهی صرف به رویکردی قانونی تبدیل شـــده اســـت[3] که اســـتناد به آن در رویه قضایی به خصوص در بخش صدمات، به عنوان یک اصل مسلم شناخته شده است.

اســـتفاده از ادله عام اثبات دعوا شامل اقرار، شهادت و علم قاضی امکان اثبات هرگونـــه جنایتی را برای دادرس کیفری فراهم می‌آورد، لیکن با تحقق لوث و اجرای

---

۱. ماده ۳۱۳ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲: «قسامه عبارت از سوگندهایی است که در صورت فقدان ادله دیگر غیر از سوگند منکر و وجود لوث، شاکی برای اثبات جنایت عمدی یا غیرعمدی یا خصوصیات آن و متهم برای دفع اتهام از خود اقامه می‌کند».

۲. برای مطالعه بیشتر در این خصوص، بنگرید به: مجتهد سلیمانی و آگاه‌پور، ۱۴۰۱.

۳. ماده ۱۶۰ قانون مجازات اســـلامی: «ادله اثبات جرم عبارت از اقرار، شـــهادت، قسامه و سوگند در موارد مقرر قانونی و علم قاضی است».

قســـامه صرفاً اثبات مجازاتی ممکن خواهد شـــد که جنبه خصوصی دارد.[۱] به عبارت دیگر، ادله اثبات دعوای یاد شـــده منحصر به موضوع خاصی نیســـتند و قابلیت اثبات هرگونه مجازاتی را فراهم می‌آورند و در مفهومی وسیع‌تر، هم در موضوعات حقوقی کارایی دارند و هم در موضوعات کیفری (آشوری، ۱۳۹۸: ٤۰۰)، لیکن کاربرد قسامه خاص و محدود به جنایات است؛ بنابراین در جرائمی مانند کلاهبرداری یا خیانت در امانت و دیگر موضوعات حقوقی، نمی‌توان شـــخص را بر اساس قسامه محکوم کرد (ناظریان و محمدی‌نیا، ۱۳۹۹: ۱۸٦). بر این اساس، نتیجه اجرای قسامه، تعلق قصاص و دیه است که نوع نخست صرفاً در صورتی ایجاد می‌شود که شاکی بر اثبات ادعای قتل عمدی اقامه قسامه نماید و مطابق ماده ٤٥٦ قانون مجازات اسلامی، در کلیه موارد غیر عمدی و جنایات عمدی بر اعضا و منافع، صرفاً دیه ثابت می‌شود.

۲-۱. شناسایی ماهیت قصاص و دیه

شناســـایی ماهیت قصاص و دیه مستلزم شناخت آثار و احکام مترتب بر آن‌ها اســـت. تلقی قصاص به عنوان مجازات به اندازه‌ای بدیهی اســـت که کمتر کســـی از زاویه جبران خســـارت به آن نگریسته و ماهیت آن صرفاً مجازاتی با جنبه حق‌الناسی انگاشته شده است. البته که اجرای قصاص از بعد روانی باعث تشفی خاطر زیان‌دیده و تســـکین آلام وی می‌گردد که خود نوعی جبران خسارت معنوی محسوب می‌شود، لیکن این میزان از جبران خســـارت در اجرای هر مجازاتی دیده می‌شـــود و ماهیت قصاص را بدین اعتبار نمی‌توان جبران کننده خسارت دانست.

در خصوص دیه مســـأله با پیچیدگی و اختلاف بیشـــتری همراه است. آثار و احکام متعدد دیه باعث شـــده تا نگرش مجازات‌گونه صرف به این نهاد مانند قصاص

---

۱. در دادنامه شـــماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۲۲۰۰۸۵۲ مورخ ۱۳۹۲/٦/۲٦ شـــعبه ۲۲ دادگاه تجدیدنظر استان تهران آمده اســـت: «در خصوص تجدیدنظرخواهی خانم ... نســـبت به دادنامه شـــماره ۲٥٦ مورخ ۱۳۹۲/۳/۲٥ شعبه ۱۱۰٥ دادگاه عمومی جزایی تهران که بر اساس آن آقای ... به لحاظ ایراد ضرب و جرح عمدی (با حدوث لوث و اجرای مراسم قسامه) به پرداخت دیه ... محکوم گردیده، خانم ... در مقام تشریح تجدیدنظرخواهی خویش چنین تصریح نموده: از آن‌جا که درباره جنبه عمومی از حیث تعیین مجازات اظهار نظری صورت نگرفته، لذا به رأی صادره اعتراض دارد. علی‌هذا بایســـتی توجه داشـــت: اولاً، در مواردی که قضیه با حدوث لوث و اجرای مراسم قسامه ثابت می‌گردد نمی‌توان به بیـــش از جنبـــه خصوصی یعنی بیش از تعیین دیه و یا ارش بـــرای صدمات وارده حکم صادر نمود. به عبارت دیگر، اجرای مراســـم در ایراد ضرب و جرح صرفاً مثبت جنبه خصوصی است و لاغیر ... بنابراین دادگاه قرار رد تجدیدنظرخواهی صادر و اعلام می‌نماید».

تعدیـــل گردد و نقش جبرانی دیه مورد توجه جدی قرار گیرد. بین فقها و حقوق‌دانان از گذشـــته تا کنون اختلاف نظرهای جدی وجود داشـــته است و نظرات علمای فقه و حقوق در ســـه قالب کلی قابل طرح است. برخی (آقایی‌نیا، ۱۳۹۹: ۳۱۷؛ شامبیاتی، ۱۳۸٤: ۳۲۹؛ نوربها، ۱۳۸۵: ۳۱٦) با برجسته‌کردن چهره کیفری دیه و به جهت وجود ویژگی‌هایـــی چون قید نام دیه در ردیف مجازات‌ها، ثابت بـــودن میزان دیه، قابلیت انتخـــاب آن توســـط مرتکب حادثه و تغلیظ قهری در زمـــان و مکان خاص، قائل به مجـــازات تلقی کردن این نهاد شـــده‌اند و صدور حکم به پرداخـــت دیه را مجازات جنایت می‌دانند. در مقابل، برخی (مرعشـــی شوشـــتری، ۱٤۲۷: ۱۸۹؛ صانعی، ۱۳۸۲: ۳۳٤؛ گرجـــی، ۱۳۸۲: ۵۱؛ جواهـــرکلام، ۱٤۰۱: ۱٤۵) نیز احکام و قواعد خاص دیه مانند ضرورت پرداخت آن به زیان‌دیده به جای دولت و همچنین قابلیت بیمه‌کردن آن را قابل انطباق با قواعد مســـؤولیت مدنی و با هدف جبران خسارت زیان‌دیده در نظر می‌گیرنـــد که تلقی دیه به عنوان یک مجازات چنین قواعدی را برنمی‌تابد. در نهایت نیز بســـیاری (کاتوزیان، ۱۳۹۱: ۲۰٦؛ اردبیلی، ۱۳۷٤: ۲۷۵؛ میرمحمد صادقی، ۱۳۹۹: ۲۱۹؛ صفایـــی و رحیمـــی، ۱۳۹۱: ۸۰ و ۱٤۵) گنجیدن مطلق دیه در یکی از دو قالب فوق را غیر ممکن و غیر ضروری دانســـته و با توجه به قواعد کیفری و مدنی ماهیتی تلفیقی برای دیه قائل شده‌اند.

نگاه کلی به احکام و قواعد دیه در قانون مجازات اســـلامی نشـــان می‌دهد که ذکر نهاد مزبـــور در ردیف مجازات‌ها بیش از هر چیز بر تردید در ماهیت خصوصی دیه افزوده است و سایر ویژگی‌های دیه به خصوص تصریح مقنن در ماده ٤۵۲ قانون مجازات اســـلامی به جریان احکام و آثار مســـؤولیت مدنی در دیات، ماهیت آن را با خصوصی بودن ضمان در این نهاد قابل توجیه می‌نماید.[1] اگر چه دیه در مواد ۱٤ و ۱۷ قانون مجازات اســـلامی یکی از انواع مجازات در نظر گرفته شده که پاسخ جنایت بر شخصیت جسمانی انسان است، لیکن نگاه مجازات‌گونه به آن در همین قانون تلطیف شـــده[2] و به آن آثار و احکام ضمان داده شده است و در برخی قوانین نیز کاملاً چهره

۱. برای مطالعه بیشتر در این خصوص، بنگرید به: جواهرکلام، ۱٤۰۱: ۱٤۵ به بعد.
۲. ماده ٤۵۲ قانون مجازات اســـلامی: «دیه حسب مورد حق شـــخصی مجنی‌علیه یا ولی دم است و احـــکام و آثار مســـؤولیت مدنی یا ضمان را دارد. ذمه مرتکب جز بـــا پرداخت دیه، مصالحه، ابراء و تهاتر بری نمی‌گردد».

خصوصی به خود گرفته اســـت. به عنوان مثال، در ماده ۱ قانون بیمه اجباری مصوب ۱۳۹۵ دیه صرفاً خسارت تلقی شده است و چهره‌ای از مجازات در آن دیده نمی‌شود (افکار و معبـــودی، ۱٤۰۰: ۱۷۱– ۱۷۲؛ فرهودی‌نیا و محمدیاری، ۱۳۹۵: ۷۷). با این حال که جنبه جبران در ذات دیه نهفته و اصالت آن را تشـــکیل می‌دهد، لیکن نگرش جزاگونه به آن در قانون مجازات اســـلامی همچنـــان باقی و به دادرس کیفری امکان استفاده از ابزارهای این نظام مانند اخذ تأمین کیفری از متهم، احضار و جلب وی در صورت ایراد صدمه را می‌دهد و نشـــان دهنده بقای نگرش ظاهری حقوق کیفری به موضوع دیه به عنوان مجازات است.

۳-۱. شایستگی دادگاه حقوقی برای رسیدگی به قصاص و دیه

تراکم و تعدد پرونده‌های محاکم از یک سو و سهولت تصمیم‌گیری بر اساس ایرادهای شکلی از سوی دیگر موجب می‌شود تا بسیاری از دادگاه‌ها به محض احراز عـــدم صلاحیت خود، از پذیرش دعوا امتناع نمـــوده و با صدور قرار عدم صلاحیت پرونده را مختومه نمایند؛ به همین جهت، صلاحیت‌شناســـی یکی از امور اساســـی و ابتدایی اســـت که هر خواهانی پیش از طرح دعوا بایـــد به آن توجه نموده و با طرح دعوا در مرجع صالح، خود را از مبادله پرونده بین محاکم مصون دارد. دادگاه حقوقی و کیفری به عنوان دو مرجع عام رســـیدگی به دعاوی و شکایات، صلاحیت متمایزی دارند و جز در برخی موارد ضروری، رســـیدگی به امور حقوقی در صلاحیت محاکم حقوقی و رســـیدگی به امور کیفری در صلاحیت محاکم کیفری است.[۱] بر این اساس، مطالبه قصاص صدمه عمدی از دادگاه حقوقی با شـــئون این مرجع ســـازگار نبوده و شایستگی رسیدگی به ادعای مطالبه قصاص برای این مرجع متصور نمی‌باشد.

پذیرش ماهیت کیفرگونه دیه نیز منع رســـیدگی دادگاه حقوقی به دعوا را القا می‌نماید و نظریه عدم استماع دعوای مطالبه دیه ایراد صدمه بدنی عمدی یا غیرعمدی قوت خواهد یافت،[۲] لیکن قبول این نظر با توجه به ماهیت خصوصی دیه و شایستگی

---

۱. ماده ٤ قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب: «... دادگاه‌های حقوقی صرفاً به امور حقوقی و دادگاه‌های جزایی فقط به امور کیفری رسیدگی خواهند نمود ... در صورت ضرورت ممکن است به شعبه جزایی پرونده حقوقی و یا به شعبه حقوقی پرونده جزایی ارجاع شود».

۲. چنین رویکردی در دادنامه شـــماره ۹۳۰۹۹۷۰۲۳۱۳۰۰۰۸۷ مورخ ۱۳۹۳/۲/۲ صادره از شعبه ۱٤۸ دادگاه عمومی حقوقی تهران قابل ملاحظه است: «در خصوص دعوی خانم ... به خواسته مطالبه دیه موضوع تصـــادف مورخ ... مضافاً به این‌که دیه نوعی مجازات تلقـــی می‌گردد و جهت دریافت دیه

دادگاه حقوقی برای رسیدگی به دعاوی مدنی همواره قابل پذیرش نیست. پیشینه این اختلاف در رویه قضایی و به خصوص در پرونده‌های تصادف ملموس و قابل ملاحظه بوده است. غالباً در مواردی که امکان تعقیب کیفری مقصر وجود نداشت، مطالبه دیه توسط اولیای دم از دادگاه حقوقی به عمل می‌آمد که منجر به عدم پذیرش صلاحیت توسط برخی از شعب دادگاه‌های حقوقی می‌گردید، لیکن با صدور رأی وحدت رویه شماره ۵۶۳ هیأت عمومی دیوان عالی کشور،[1] توهم رسیدگی به موضوع مطالبه دیه در دادگاه کیفری پایان یافت و امکان رسیدگی به چنین دعوایی در دادگاه حقوقی نیز تثبیت شد.

از بعد حقوقی نیز تلقی ماهیت جبرانی صرف برای دیه یا حداقل غلبه بعد جبرانی بر کیفری آن باعث می‌شود تا مطالبه دیه ناشی از فعل زیان‌بار، نوعی دعوای خصوصی تلقی گردد که صلاحیت رسیدگی به آن از انحصار مرجع کیفری خارج است. به عبارت دیگر، دادگاه حقوقی صلاحیت رسیدگی به امور مدنی دارد که مطالبه دیه ناشی از رفتار عمدی یا غیر عمدی که از آن در قانون به عنوان جنایت نیز یاد می‌شود، بخشی از آن است و بدین ترتیب قابلیت طرح در محاکم حقوقی به جهت ذاتی بودن ماهیت جبرانی دیه و همچنین در دادگاه کیفری به جهت تصریح مقنن به مجازات بودن آن وجود دارد. صلاحیت مشترک محاکم حقوقی و کیفری در رسیدگی به نوع خاصی از دعوا منع قانونی ندارد و انتخاب مرجع صالح توسط ذی‌نفع، امتیاز قانونی وی در برخورداری از امتیازات خاص آن مرجع تلقی می‌شود. نمونه مشابه دیگر این حق را می‌توان در ضرر و زیان ناشی از جرم دید که زیان‌دیده علاوه بر امکان طرح دعوا در دادگاه حقوقی، توان ارائه دادخواست در دادگاه کیفری نیز دارد و

نیاز به تشکیل پرونده کیفری و اخذ گواهی پزشکی قانونی و صدور رأی دادگاه کیفری می‌باشد، لذا دادگاه نظر به استدلال صورت گرفته و به استناد ماده ۲ قانون آیین دادرسی مدنی قرار عدم استماع دعوی خواهان‌ها را صادر و اعلام می‌نماید».

۱. رأی وحدت رویه شماره ۵۶۳–۱۳۷۰/۳/۲۸ هیأت عمومی دیوان عالی کشور: «نظر به ماده اول قانون دیات مصوب ۲۴ آذرماه ۱۳۶۱ که مقرر می‌دارد «دیه مالی است که به سبب جنایت بر نفس یا عضو به مجنی‌علیه یا به اولیای دم او داده می‌شود» و با توجه به مفهوم مخالف جمله ذیل تبصره ماده ۱۶ قانون تشکیل دادگاه‌های کیفری یک و دو و شعب دیوان عالی کشور مصوب تیرماه ۱۳۶۸ چنانچه بر اثر تصادم بین دو وسیله نقلیه موتوری رانندگان آن‌ها فوت شوند و تعقیب کیفری راننده متخلف موقوف باشد رسیدگی به دعوی اولیای دم یکی از راننده‌ها علیه ورثه راننده دیگر از آن جهت که جنبه مالی دارد، در صلاحیت دادگاه‌های حقوقی است ...».

تا زمانی که ختم دادرسی کیفری اعلام نگردیده، انتخاب مرجع صالح از موارد اختیار زیان‌دیده محسوب می‌شود.[۱]

ایـــراد دیگر در نفی صلاحیت دادگاه حقوقی این اســـت که با توجه به این‌که در برخـــی فروض ایراد جنایـــت عمدی یا غیر عمدی، تعزیر نیـــز در کنار دیه مقرر شـــده است،[۲] اعتقاد عدم امکان رســـیدگی به موضوع مطالبه دیه در دادگاه حقوقی به جهت اختلاط جنبه کیفری و مدنی قوت می‌گیرد، اما برقراری تعزیر برای نقض نظم اجتماعی، آســـیبی به ماهیت جبرانی دعوا وارد نمی‌آورد. این دو بخش از مسؤولیت را می‌توان تفکیک کرد و آن را به جنبه عمومی و خصوصی بزه تقســـیم نمود. تعزیر و مســـؤولیت کیفری مقصر حادثه که با هدف تثبیت نظم و منافع عموم جامعه است، دارای جنبه کیفری، ولی پرداخت دیه ماهیتی خصوصی دارد که باید ماهیت هر بخش را جدا تفســـیر نمود و وضع تعزیر به عنوان جنبه عمومـــی بزه، باعث تحول ماهیت خصوصـــی و جبرانی دعاوی مطالبه دیه نمی‌شـــود. قابلیت تفکیک جنبه خصوصی و عمومی بزه این امکان را فراهم می‌آورد تا رســـیدگی به این دعاوی در بســـتر محاکم حقوقـــی فراهم آید، اما دادگاه حقوقـــی صرفاً حق ورود و صـــدور حکم به جبران خسارت در قالب دیه خواهد داشت. در کنار استدلال‌های یاد شده، مفاد رأی وحدت رویه شماره ۵۶۳ هیأت عمومی دیوان عالی کشور و تأکید بر صلاحیت دادگاه حقوقی به رســـیدگی به جنبه مالی دیه در این نظریه، مبنای قانونی رسیدگی دادگاه حقوقی به

---

۱. در دادنامه شـــماره ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۱۸۰۰۷۵۵ مورخ ۱۳۹۳/۶/۲۳ شـــعبه ۱۸ دادگاه تجدیدنظر استان تهران چنین آمده است: «دادنامه تجدیدنظرخواسته به شماره ۹۳۰۹۹۷۰۲۳۱۳۰۰۰۸۷ مورخ ۱۳۹۳/۲/۲ صادره از شعبه ۱۴۸ دادگاه عمومی حقوقی تهران که به موجب آن قرار رد دعوی تجدیدنظر خواهان ... به خواســـته مطالبه دیه موضوع تصادف ... اصدار گردیده است مخالف قانون و مقررات موضوعه بوده و اعتراض به شرح لایحه اعتراضیه وارد و متضمن جهت موجه در نقض آن می‌باشد؛ زیرا ... ثالثاً با توجه به قانون مجازات اسلامی دیه مالی است که به سبب جنایت بر نقص عضو به مجنی علیه داده می‌شود که به نظر جنبه خسارت بودن آن بر مجازات بودن آن رجحان دارد؛ رابعاً، طبق رأی وحدت رویه شـــماره ۵۶۳ مورخ ۲۸/۳/۱۳۷۰ دیوان عالی کشور دعوی مطالبه دیه به طور اعم در صلاحیت محاکم دادگستری اســـت؛ خامساً، در موازین قضایی برخلاف آنچه در رأی دادگاه بدوی آمده است الزامی مبنی بر طرح شکایت کیفری و رأی دادگاه جزایی مبنی بر پرداخت دیه وجود ندارد؛ علی‌هذا با توجه به موارد معنونی و مســـتنداً به قسمت آخر از ماده ۳۵۳ از قانون آیین دادرسی مدنی با نقض دادنامه معترض‌عنه، پرونده جهت رسیدگی ماهوی به دادگاه صادرکننده قرار منقوض اعاده می‌گردد. رأی صادره قطعی است».

۲. در برخـــی حوادث کار و همچنین تصادفات رانندگی عـــلاوه بر امکان مطالبه دیه، مقنن به جهت بی‌احتیاطی مرتکب تعزیر قانونی نیز مقرر کرده است.

چنین دعوایی را توجیه می‌نماید.

۲. مبانی پذیرش و عدم پذیرش قسامه در دادگاه حقوقی

عدم تناسب قسامه با مقتضیات اجتماعی و علم حقوق نوین، پذیرش اصالت آن به عنوان دلیل اثبات را در نظام حقوقی ایران با چالش‌هایی همراه کرده است و برخی (احمدی، ۱٤۰۰: ۱۰۷۰- ۱۰۷۱؛ علوی و خاتمی، ۱۳۹۹: ۲۳۸؛ احمدی، ۱۳۹٤: ۳۲) با توجه به غیر علمی بودن نهاد مزبور و احتمال خطا در اثبات جنایت، قابلیت اثباتی این نهاد را با تردیدهایی همراه ساخته‌اند، اما نظام حقوقی ایران با گذر از این انتقادها همچنان بر قابلیت اثباتی این نهاد تأکید نموده و حتی قلمروی اثبات آن در برخی موارد گسترش یافته است.[1] با فراهم آمدن زمینه مطالبه دیه از دادگاه حقوقی، مهم‌ترین پرسش این است که آیا با تحقق شرایط لوث، دادرس حقوقی نیز مانند دادرس کیفری می‌تواند حکم به اثبات دیه بر اساس قسامه دهد یا قسامه به عنوان دلیل انحصاری حقوق کیفری جایگاهی در دادگاه حقوقی ندارد. پاسخ به این پرسش مستلزم ارزیابی ادله موافق و مخالف است که در این بخش به آن پرداخته می‌شود.

۱-۲. قابلیت پذیرش قسامه در دادگاه حقوقی

در مقام پذیرش بهره‌گیری دادرس حقوقی از قسامه می‌توان به دلایل ذیل تمسک جست.

۱-۱-۲. عدم انحصار ادله اثبات مدنی

اثبات یک امر مدنی مستلزم رعایت چارچوب مشخص و تبعیت از ادله قانونی است. منظور از دلیل اثبات در امور مدنی شیوه‌ای است که برای اثبات عمل یا واقعه حقوقی به کار می‌رود (دیانی، ۱۳۹٤: ۲۵) و از نظر برخی نیز هر وسیله پیش‌بینی شده در قانون که با نمایاندن موضوع، سبب اقناع وجدان دادرس در مرجع قضاوتی به واقعیت ادعا گردد را می‌توان دلیل تلقی نمود (شمس، ۱۳۹۵: ۲۸). ادله اثبات

---

۱. در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰، مقنن قسامه را فقط در جراحات وارده به اعضاء در ماده ۲٥٤ قانون مجازات اسلامی پیش‌بینی نموده بود و اگر صدماتی غیر از جراحت بر بدن کسی اعم از عمدی و یا غیر عمدی وارد می‌شد و یا این‌که صدمه منجر به نقص عضو می‌گردید، مقررات مشخصی وجود نداشت، لیکن در قانون مجازات اسلامی مصوب سال ۱۳۹۲ این خلأ پر شد و در ماده ٤٥٦ قانون مجازات اسلامی جنایت بر اعضاء و منافع هر چند به صورت عمدی واقع شود قابل اثبات به وسیله قسامه تشخیص داده شده و مجنی‌علیه می‌تواند مطالبه دیه نماید (پورقاسمی و طباطبائی لطفی، ۱۳۹۷: ٤۷).

مدنی در قانون به اقرار، اسناد، شهادت، امارات و قسم تقسیم شده، لیکن انحصار آن‌ها برای اثبات دعوای مدنی محل تأمل جدی قرار گرفته است. نظام‌های حقوقی مبتنی بر سیستم قانونی ادله که محدود و انگشت شمار هستند، در مسیر مشخص شده قانون گام برمی‌دارند و ارزش ادله توسط قانون‌گذار مشخص می‌شود، لیکن نظام ادله معنوی به دادرس اجازه می‌دهد به هر امری که او را به حقیقت رهنمون می‌کند متوسل شود و تصمیم خود را رأساً بر یقین خود استوار نماید (عباسی سرمدی و معین، ۱٤۰۱: ۱۳۳– ۱۳٤). به‌رغم اختلاف نظر در پذیرش نظام ادله اثبات ایران که برخی (شمس، ۱۳۹۵: ۳۲) آن را مبتنی بر سیستم قانونی ادله و برخی (مختاری، ۱۳۹۸: ۱۸۱– ۱۸۲) آن را تابعی از سیستم معنوی ادله می‌دانند، توجه قاضی به قرائن، امکان بهره‌گیری از علم خود در چارچوب قانونی و ظهور برخی مقررات مانند ماده ۱۹۹ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی، پذیرش تلفیق دو سیستم قانونی و معنوی ادله را توجیه می‌نماید.

ترکیب سیستم قانون و معنوی ادله، این اختیار را به دادرس می‌دهد تا انحصار ادله برای صدور حکم را برنتابد و امکان توسل به روشی که اثبات دعوا را تسهیل می‌کند داشته باشد. بدین ترتیب، دادرس مدنی منحصر به دلایل قوانین مدنی نیست و در بهره‌گیری از قسامه برای کشف حقیقت منعی ندارد. ادله اثبات در امور کیفری و مدنی یکسان هستند و اصالت نظام ادله حوزه کیفری در برابر مدنی، نحوه ارزیابی ادله، ادعا و غایت دادرسی را دوگانه نمی‌کند (افکار، ۱٤۰۰: ۲۲۸). بر این اساس، همان طور که دادرس کیفری برای صدور حکم به پرداخت دیه می‌تواند قسامه را جاری سازد، دادرس حقوقی نیز شایستگی استناد به آن برای فصل خصومت طرح شده نزد خود را دارد. علاوه بر آن، اگرچه تمسک به قسامه به عنوان دلیل مصرح در قوانین مدنی فاقد جایگاه است، اما زمانی که دادرس حق هر گونه تحقیق یا اقدامی برای کشف حقیقت مطابق ماده ۱۹۹ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های مومی و انقلاب در امور مدنی دارد، استفاده از قسامه به عنوان اماره قضایی می‌تواند کارگشا باشد. به عبارت دیگر، قسامه نه به عنوان دلیل مستقل قانونی، بلکه به عنوان اماره قضایی برای اقناع وجدان قاضی کاربرد دارد. به این گفته در همین جا می‌توان پاسخ داد که بهره‌گیری از اماره قضایی در مرحله تشخیص لوث کاربرد دارد نه مرحله به‌کارگیری

قسامه؛ قسامه خود ابزاری برای برون‌رفت از چالش حین مواجهه با لوث است. لوث به عنوان مقدمه ضروری جریان قسامه اماره‌ای است که باعث ظن قاضی می‌شود و چنانچه دلایل و امارات دیگر توان به علم رساندن قاضی را داشته باشند، امکان صدور رأی بر مبنای علم قاضی فراهم است و چنانچه این توانایی حاصل نشود، نمی‌تواند مستند رأی دادرس به پرداخت دیه باشد. تصریح به دلیل بودن قسامه در ماده ۱۶۰ قانون مجازات اسلامی نیز تردید در تلقی آن به عنوان اماره قضایی را از ذهن می‌زداید.

از منظر ارزش اثباتی ادله نیز می‌توان گفت که اگر چه قسامه نسبت به اقرار و شهادت ارزش اثباتی کمتری دارد، لیکن اجرای آن در شرایطی صورت می‌گیرد که قرائن و امارت معقول ایجاد لوث نموده و وضعیت پرونده از مرحله تردید در صحت ادعا عبور کرده است. اگر بتوان پذیرفت که دادرس حقوقی در صورت تردید در صحت ادعا فصل خصومت را با قسم انجام می‌دهد، باید پذیرفت که فصل خصومت با قسامه در شرایط ظنی نیز ممکن است. به نظر می‌رسد این ادعا نیز قابل قبول نیست؛ زیرا قسم ابزاری است که اختیار عمل را به خوانده می‌دهد تا از اثبات بی‌جهت ادعا علیه خود مصون بماند و تمام نظام‌های حقوقی در صورت تردید در ادعا، چتر حمایتی خود را بر سر خوانده دعوا گشوده‌اند؛ در حالی که قسامه به روشی غیر علمی قابلیت اثبات حکم را علیه خوانده دعوا فراهم می‌آورد و از حیث اثباتی کارکردی مخالف قسم دارد.

۲-۱-۲. عدم تفکیک دادگاه حقوقی و کیفری در فقه

بدون شک ورود قسامه به قانون و اقتباس احکام این نهاد مبتنی بر مبانی فقهی است. سخن از لوث و قسامه در متون فقهی بیشتر در باب قصاص و دیات مطرح شده است و احکام وارده در این باب، صلاحیت قاضی و دادگاه را منوط به شرط خاصی ننموده است. به عبارت دیگر، تفکیک خاصی بین دادگاه حقوقی و کیفری از منظر فقهی به عمل نیامده و صلاحیت ویژه‌ای نیز برای اجرای قسامه در زمره شرایط قاضی و دادگاه قید نشده است. تفکیک صلاحیت دادگاه‌ها برای رسیدگی به امور کیفری و حقوقی برای تسهیل و تسریع در رسیدگی به این امور است که نمی‌توان برای آن سابقه فقهی متصور بود و قاضی در گذشته رسیدگی به یک دعوا را به دو اعتبار مورد

نظـــر قرار نمی‌داده اســـت؛ بنابراین، در صورت مطالبه دیه توســـط ذی‌نفع و حدوث شـــرایط برای اجرای قســـامه، قاضی بدون توجه به نوع دعوای کیفری و مدنی که در حقوق فعلی قابل تصور است، توانایی صدور حکم پس از اجرای قسامه را می‌یافت. بدین ترتیب با توجه به پیشـــینه فقهی، متفاوت بـــودن نوع دعوا و مرجع طرح آن را نمی‌توان مستمسکی برای خروج قسامه از زمره ادله اثبات در مرجع حقوقی دانست.

ســـابقه احـــکام و قواعد فقهی موضوع قضاوت نشـــان می‌دهـــد که تفکیک صلاحیت ذاتی بین مراجع قضاوتی در شـــرع به جهت قبیله‌ای بودن سبک زندگی و اندک بودن دعاوی مورد توجه جدی نبوده اســـت، لیکن با گذشـــت زمان و گسترش تحولات اجتماعی، زندگی از ســـطح قبیله خارج گردیده و عناصر جدیدی زمینه‌ساز طرح دعاوی متعدد در اجتماع شـــده است. به همین جهت، عدم امکان احاطه دادرس به تمام علوم و تســـهیل و تسریع در رســـیدگی به دعاوی در فرض اختصاصی شدن مراجع قضایی، باعث گردید تـــا تفکیک صلاحیت بین مراجع قضایی ضرورت یابد. تک بعدی بودن صلاحیت رســـیدگی قاضی شرع در گذشته، امکان تفکیک صلاحیت بیـــن دعاوی را ایجـــاد نمی‌نموده و بدین جهت ســـخن از تفکیک دعاوی در مرجع حقوقـــی و کیفری مطرح نبوده اســـت تـــا قابلیت طرح یک دعوا بـــه دو اعتبار قابل تصور باشـــد؛ با این حال در قواعد فقهی نیز به تناســـب نوع ضمانت اجرا و ماهیت، موضوعات به مدنی و جزایی تفکیک شـــده‌اند و فقیهان مباحث جزایی را از عبادات و معاملات جدا کرده‌اند (نوبهار، ۱۳۹۸: ۱۷۱). بر این اســـاس، برخی معتقدند که در احکام قضایی اســـلام، قسامه یکی از قوانین کیفری است که در باب قصاص و دیات مطرح می‌شود (ناظریان و محمدی‌نیا، ۱۳۹۹: ۱۸٦) و باید پذیرفت که با توجه به نوع نگاه مجازات‌گونه به قســـامه در فقه، مقررات مربوط به این بخش در حیطه مقررات جزایی فقهی است و نگرش به قسامه به عنوان دلیل اثبات جبران خسارت محل بحث نبوده یا حداقل جنبه فرعی دارد.

۳-۱-۲. یکسان بودن تفکر در دادگاه کیفری و حقوقی

نیـــل به قطعیت در اثبات وقایع کیفری و مدنی به یک میزان نیســـت و اصول حقوقی که در حوزه مدنی به کمک حل مسأله می‌آیند، در حقوق کیفری جایگاه قوی ندارند. ریشـــه تمایز ادله این دو حوزه را باید در هدف متفاوت حقوق کیفری نسبت

به حقوق مدنی، قلمرو و بازتاب متفاوت ضمانت اجرای آن‌ها دانست (خدابخشی، ۱۳۹۲: ٤٤٢). سنگین بودن ضمانت اجرا در حقوق کیفری، اهمیت حفظ کرامت انسانی و اهداف تنبیه و بازدارندگی از جمله دلایلی هستند که لزوم قطعیت در اثبات واقعه در این حوزه را می‌طلبد و بر خلاف حقوق مدنی که برای هدف فصل خصومت می‌توان از اصول حقوقی کمک گرفت، کشف حقیقت در حقوق کیفری با تردید قابل قبول نیست (افکار، ١٤٠٠: ٢٢٦). بدین ترتیب زمانی که در امور کیفری که نیاز به معیاری فراتر از تردید معقول دارد (خدابخشی، ۱۳۹۲: ٤٤٢)، قسامه به عنوان یکی از ادله اثبات قابل قبول است، پذیرش آن توسط دادرس حقوقی که به مرتبه کمتری از اطمینان برای اثبات دعوا نیاز دارد، دور از انتظار نیست. از سوی دیگر، ماهیت دعوای کیفری و مدنی مطالبه دیه بر خلاف سایر دعاوی، اصالت خصوصی و جبرانی خود را حفظ نموده و این وحدت ماهیت باعث می‌شود تا هدف واحدی در هر دعوا طلبیده شود. درست است که دادرس کیفری به دنبال نقض قواعد مقصود مقنن صدور حکم خود را نوعی مجازات می‌داند، لیکن هدف جبرانی در دعاوی کیفری مطالبه دیه به مانند دعوای مدنی آن مورد توجه است و حتی در نگاه دادرس ترجیح دارد. بدین ترتیب، قواعد جبران خسارت در دعاوی مدنی با هدف بازگشت زیان‌دیده به وضع قبل از ورود زیان در مرجع کیفری نیز باید به کار گرفته شوند و در مقابل دادرس حقوقی اختیارات قاضی کیفری را به دست آورد. نتیجه دعوا در هر دو مرجع صدور حکم به پرداخت دیه است و ماهیت آن برای زیان‌دیده یا مرتکب تأثیری ندارد. فلسفه تشریع قسامه عدم هدر خون است، پس زمانی که دادرس کیفری با حصول شرایط خاص قادر به اجرای قسامه باشد، چرا دادرس حقوقی نتواند برای دست‌یابی به نتیجه واحد از همین اختیار استفاده نماید؛ بنابراین انتظام حقوقی اقتضا دارد که در مسأله‌ای واحد، حکم مراجع مختلف یکسان باشد تا تعارض در آراء صادره حیات نظام حقوقی را به خطر نیندازد؛ در حالی که عدم پذیرش قسامه در دادگاه حقوقی باعث خواهد شد تا در رابطه با موضوع واحد، احکام متفاوتی از مراجع قضایی صادر گردد که این امر زیبنده دستگاه قضایی و حکومت اسلامی نیست.

۳. عدم امکان پذیرش قسامه در دادگاه حقوقی

به‌رغم قابل توجه بودن ادله مقبولیت قسامه در دادگاه حقوقی، جهات دیگری

نیز مشروعیت استعمال آن توسط دادرس حقوقی را به چالش می‌کشد. در این بخش با پذیرش انحصار قسامه به مراجع کیفری، عدم امکان پذیرش آن در دادگاه حقوقی بررسی می‌شود.

۱-۳. استقلال اصل جنایت از مجازات

ابتنای نظام حقوقی ایران بر احکام اسلامی، زمینه‌ساز ورود نهاد قسامه به عرصه قانون‌گذاری شده است. اصالت فقهی این واژه نشان می‌دهد که بر توجه قسامه به معنای خاصی اتفاق نظر نیست و برخی معتقدند که قسامه مجموعه سوگندهایی است که بر اولیای دم تقسیم می‌شود و ریشه آن را باید در قسم دانست (خطیب شربینی، ۱٤۱۵: ۳۷۸). همچنین گفته شده که قسامه اسم اولیای دم است که برای اثبات قتل بر مدعی‌علیه ادای سوگند می‌نمایند (شهید ثانی، ۱٤۱۳: ۱۹٦؛ نجفی، ۱٤۳۲: ۲۲٦؛ خطیب شربینی، ۱٤۱۵: ۳۷۸). برخی نیز از لحاظ فقهی آن را شیوه‌ای عنوان نموده‌اند که در فرض تحقق لوث، مدعی، مدعی‌علیه یا خویشان ذکور نسبی آن‌ها می‌توانند با سوگند خوردن موجب محکومیت یا برائت کسی از اتهام ارتکاب جنایت شوند (میرمحمدصادقی، ۱۳۹۹: ٤٦۳). تمسک به قسامه باعث می‌شود که مجازات قصاص و دیه بر عهده متهم استقرار یافته یا از عهده وی خارج گردد. به همین جهت، برخی قسامه را روشی برای تعیین قصاص یا دیه دانسته و به طور مستقیم از اثبات قصاص و دیه با قسامه نام برده‌اند (ابن اثیر، ۱۳۹۹: ٦۲).

استقرار دیه و قصاص با قسامه اگرچه در کلام برخی فقها یا حقوق‌دانان مفروض در نظر گرفته شده است، لیکن استعمالی مجازی است و آن‌چه در واقع امر قابلیت اثبات به وسیله قسامه دارد، اصل جنایت یا کیفیت آن است که در خصوص آن لوث ایجاد شده است.[۱] قانون‌گذار نیز در ماده ۳۱۳ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ با سامان‌دهی تعاریف ارائه شده در باب قسامه، آن را این چنین تعریف نموده است: «قسامه عبارت از سوگندهایی است که در صورت فقدان ادله دیگر غیر از سوگند منکر و وجود لوث، شاکی برای اثبات جنایت عمدی یا غیرعمدی یا خصوصیات آن و متهم برای دفع اتهام از خود اقامه می‌کند». همان‌طور که ملاحظه

۱. ماده ۳۲۹ قانون مجازات اسلامی: «قسامه فقط نسبت به مقداری که لوث حاصل شده است، موجب اثبات می‌شود و اثبات خصوصیات جنایت از قبیل عمد، شبه عمد، خطا، مقدار جنایت و شرکت در ارتکاب جنایت یا انفراد در آن نیازمند حصول لوث در این خصوصیات است».

می‌شـــود قسامه مجموعه‌ای از سوگندها و شیوه‌ای برای اثبات جنایت است که نتیجه آن، اســـتقرار دیه یا قصاص اســـت.[1] به عبارت دیگر، مرجع کیفری با اجرای قسامه، وقوع جنایت را احراز می‌نماید که مجازات آن حسب مورد دیه خواهد بود. به عنوان مثال، رویکرد دادگاه حقوقی و کیفری در رســـیدگی به مطالبه وجه ناشـــی از ارتکاب کلاهبرداری یکسان نیست. قاضی کیفری در چنین ادعایی به دنبال اثبات ارکانی است که ســـازنده بزه کلاهبرداری هســـتند، ولی دادرس حقوقی بدون توجه به این ارکان، وجـــود و بقای دین را مورد توجه قرار می‌دهد. به همین جهت ممکن اســـت نتیجه رســـیدگی به موضوعی واحد از حیث دادرس کیفری منتهی به عدم احراز بزه شـــود، لیکن دادرس حقوقی همان دعوا را قابل قبول تشخیص داده و حکم به رد مال دهد.

در تأیید این رویکرد می‌توان افزود که فلســـفه تشریعی وضع قوانین دادرسی کیفری و ایجاد محاکم کیفری، کشف جرم و تعقیب مجرم است. ادله اثباتی این حوزه از جمله قســـامه نیز به گونه‌ای تدوین شـــده تا اثبات اصل جنایت ممکن گردد و با پیشـــگیری از آن و یا تنبیه مقتضی، نظم اجتماعی استقرار یابد، ولی امور حکمی مانند الزام به پرداخت خســـارت تابع قواعد عام مدنی اســـت. نتیجه این تفکیک، استقلال ادله اثبات امور موضوعی از حکمی است و با وقوع هر جنایتی، کشف امر موضوعی مســـتفاد از ماده ۱ قانون آیین دادرســـی کیفری در صلاحیت دادگاه کیفری اســـت؛ بنابراین بعد از رســـیدگی دادگاه کیفری مشخص می‌شود که جنایت وارده مستوجب چه ضمانت اجرایی اعم از قصاص، تعزیر، حدود یا دیه اســـت و انتظار بررسی چنین امـــری از دادگاه حقوقی غیر معقول و فراتر از صلاحیت آن اســـت؛ بنابراین دادرس دادگاه حقوقـــی اگرچه امکان صدور حکم به پرداخـــت دیه از باب الزام به جبران را دارد، لیکن توانایی اثبات جنایت از توان این مرجع خارج است. نگرش دادگاه حقوقی به موضوع مطالبه دیه صرفاً جبرانی اســـت و هیچ رنگـــی از مجازات در این نگرش یافت نمی‌شود؛ در حالی که قسامه شیوه‌ای استثنایی برای اثبات جنایت است. در این صورت، چنانچه دادگاه حقوقی به کیفیت دیگری وقوع فعل زیان‌بار توســـط مرتکب

---

۱. این نکته در تصمیم شـــماره ۹۴۰۹۹۷۰۹۰۸۴۰۰۱۱۳ مورخ ۱۳۹۴/۳/۳ شعبه بیست و چهارم دیوان عالی کشـــور نیز قابل ملاحظه اســـت. به موجب این تصمیم: «مســـتنبط از ماده ٤٥٦ قانون مجازات اسلامی مصوب سال ۱۳۹۲ این است که در صورتی که جنایت بر عضو با قسامه ثابت شود، فقط دیه به عنوان مجازات اعمال می‌شود».

را را احراز شـــده بداند یا شناسایی مسؤولیت را موجه شمارد، امکان صدور حکم به پرداخت دیه دارد، ولی توسل به قسامه برای اثبات جنایت خلاف قاعده است.

با این توضیح، منـــع انحصار قاضی در تحصیل دلیل و تحقیق نیز حدود خود را بازمی‌یابد و اگرچه گفته شد که بهره‌گیری از سیستم مختلط ادله، به دادرس امکان می‌دهد به روشـــی که اثبات دعوا را تسهیل می‌کند توسل کند؛ لیکن این آزادی نباید به ســـایر قواعد مربوط به اعتبار ادله صدمه بزند و صلاحیت دادرس مدنی را افزایش دهد. همان طور که دادرس مدنی در صورت کشف جعلیت اسناد یا کلاهبرداری بودن رفتار، حق به کارگیری ادله برای رسیدگی به ماهیت مجرمانه ندارد، تمسک به قسامه برای احراز جنایت نیز برای وی با ممنوعیت همراه است.

۲-۳. منع استفاده از ابزارهای کیفری در دادگاه حقوقی

تبایـــن حوزه کیفری و مدنی از یکدیگـــر و تفکیک صلاحیت ذاتی محاکم در حقوق فعلی مبتنی بر مصالح منطقی و عملی اســـت. اگر چه اشتراک در بهره‌گیری از برخی قواعد مربوط به حوزه مسؤولیت‌شناســـی در باب دیات برای دادرس حقوقی و کیفری ممکن اســـت، لیکن اختیار هر یک از این دو مرجع در اثبات ماهیت قضیه متفاوت اســـت. مرجع کیفری صلاحیت رسیدگی به جرم و صدور حکم به مجازات دارد و رســـیدگی به دعوای مدنی در مرجع کیفری استثنا اســـت. دادگاه حقوقی نیز نقش متقابلی ایفا می‌نماید و رسیدگی به هر گونه جرمی با هر مجازاتی را برنمی‌تابد. چنانچه ماهیت جبران خسارت لباس مجازات نیز بر تن نماید، دادگاه حقوقی صرفاً از زاویه جبران خسارت به رفتار ارتکابی می‌نگرد و ترتیب اثر کیفری بر حکم این دادگاه قابل قبول نیست. به این ترتیب، دخالت هر یک از این دو دادگاه در موضوعات خارج از صلاحیت ذاتی آن‌ها ممنوع و صرفاً محدود به موارد منصوص است.

درســـت اســـت که ماهیت دوگانه دیه امکان رسیدگی هر دو مرجع حقوقی و کیفری را فراهم آورده و قواعد مدنی و کیفری در باب شناســـایی مسؤولیت قابلیت اســـتفاده در هر دو مرجع دارند، لیکن اختیار اســـتفاده از تمامی ابزارهای کیفری در مرجع حقوقی نیست. به عنوان مثال طرح شکایت ایراد صدمه بدنی ناشی از حوادث غیـــر عمدی این امکان را بـــه زیان‌دیده و این اختیار را به دادرس کیفری می‌دهد تا با اســـتفاده از تأمین کیفری، به سهولت به متهم دسترسی داشته باشد و جبران خسارت

در ابتدای راه دادرسی تضمین شود؛ در حالی که استفاده از چنین ابزاری برای دادرس حقوقی ممکن نیست. همچنین نهادهای احضار و جلب متهم که قانون آیین دادرسی کیفری پیش‌بینی نموده، از نظر اجبار به حضور قابل مقایسه با دعوت خوانده به جلسه دادرسی مدنی نیست. ذات این ابزارها با دادرسی کیفری منطبق است و به‌کارگیری آن در مرجع مدنی، قواعد حاکم در حوزه دادرسی مدنی مانند بی‌طرفی را متزلزل می‌نماید. نگرش اصلی شارع به قسامه که مقنن نیز دنباله‌روی آن است، بازدارندگی از ارتکاب جرم و جلوگیری از بزه‌دیدگی است تا ارتکاب جنایت در خفا کاهش یابد و ترس از قابلیت اثبات با قسامه، مرتکب جرم را از آن بازدارد (حر عاملی، ۱٤۱٦: ۱۵۱؛ سلیمی، ۱۳۹٤: ۱۳– ۱٤). وجود چنین نگرشی خاص حوزه کیفری است و پذیرش اجرای قسامه در دادگاه کیفری نیز در این راستا صورت گرفته و به عنوان ابزاری خاص در اختیار دادرس کیفری قرار گرفته است. ورود چنین شیوه‌ای به دادگاه حقوقی با فلسفه تشریع آن مطابقت ندارد و مستلزم نص خاص است.

۳-۳. تفسیر مضیق در تسری قسامه

نظام‌های حقوقی به دنبال تحولات اجتماعی، خود را تغییر داده و به روز می‌نمایند. ارزش اثباتی ادله از گذشته تا کنون همواره ثابت نبوده و دستاویز تحولات زیادی شده است. در جوامع نوین، پیشرفت علوم و تکنولوژی و کمتر بودن خطاپذیری ادله علمی و تجربی گرایش به این نوع ادله را افزایش داده و از اهمیت ادله اثبات سنتی کاسته است (گلدوست جویباری و فرهمندفر، ۱۳۹٦: ۲۰۷). قسامه که خود به نوعی کمترین ارزش در میان ادله اثبات کیفری دارد، بیش از سایر ادله از این تحولات تأثیر پذیرفته و ذهنیت بشر به امکان صدور حکم بر چنین اساسی را متأثر ساخته است. در این راستا، اگر چه با وجود تصریح مقنن به دلیل بودن قسامه، سخن از نفی مطلق آن توسط فقها و حقوق‌دانان مطرح نشده، لیکن به‌کارگیری محدود و مقید ساختن به شرایط در کلام مخالفان این نهاد فقهی همواره مشهود بوده است؛ به طوری که به عقیده برخی، در زمان فعلی که انواع آزمایش‌ها و دوربین‌ها وجود دارد، نمی‌توان فردی را با قسم پنجاه نفر به قصاص محکوم کرد و قانون‌گذار سعی کرده تا با اعمال تغییراتی، هم شرایط تحقق قسامه را دشوار نماید و کیفیت آن را در جهت کشف حقیقت افزایش دهد و هم از ارزش اثباتی آن بکاهد (علیپور و گلدوزیان،

۱٤۰۰: ۳۸٦). همچنین برخی معتقدند قضات دادگاه‌های کیفری نیز بدون این‌که احراز نمایند اولیای دم از روی علم و یقین ادای سوگند می‌نمایند، نباید به سراغ قسامه بروند و متهم را محکوم کنند (محقق داماد، ۱٤۰٦: ۳۲۸).

باید توجه نمود که ارتباط بین متون وحیانی و روایی با جامعه مدرن را نمی‌توان بر یک تفسیر لفظی مبتنی ساخت، بلکه باید بر تفسیری منطقی از روح و مقاصد کلی شریعت تأکید داشت (خاقانی اصفهانی، ۱۳۹۵: ۱۰۰). قسامه حکمی است امضایی (بجنوردی، ۱٤۰۱: ۲۷۵؛ نجفی، ۱٤۳۲: ۲۲٦) که در دایره احکام تعبدی می‌گنجد و دایره اجتهاد در آن وسیع نیست (علیپور و گلدوزیان، ۱٤۰۰: ۳٦۳)؛ زیرا تفسیر مضیق در نصوص تعبدی لازم است (قانت، ۱۳۹۸: ۳۵). این تضییق علاوه بر قابلیت شمول در مصادیق مردد، شامل مراجع مورد استفاده نیز می‌شود. همان‌طور که در صورت شک دادگاه کیفری در امکان استفاده از قسامه در برخی موارد، تمسک به قسامه مجاز نیست، در صورت شک مرجع حقوقی در قابلیت استفاده از قسامه برای اثبات فعل زیان‌بار نیز رجوع به آن قابل قبول نیست.

برآمد

۱- استقلال حقوق کیفری از حقوق مدنی زمینه‌ساز شکل‌گیری قواعد مخصوصی در هر یک از این دو نظام شده است. به‌رغم تفکیک نسبی حدود دادرسی هر یک از دو حوزه کیفری و مدنی از یکدیگر، پیوند دعاوی مدنی و کیفری جبران خسارت در برخی موضوعات ممکن است. همان طور که اختیار رسیدگی به دعوای ضرر و زیان ناشی از جرم به دادرس کیفری داده شده، سخن از رسیدگی دادرس حقوقی به موضوع دیه دور از انتظار نیست. اگرچه ماهیت صرفاً جزایی قصاص، صلاحیت دادرس حقوقی برای رسیدگی به جنایت مستوجب قصاص را نفی می‌نماید، لیکن ماهیت دوگانه دیه، قابلیت رسیدگی به مطالبه دیه در دادگاه حقوقی را قابل تأمل می‌سازد. ذاتی بودن ماهیت جبرانی در دیه این امکان را فراهم می‌آورد تا دادگاه حقوقی بدون توجه به نقض نظم عمومی، چهره خصوصی آن را مورد توجه قرار داده و به دنبال محقق ساختن جبران خسارت تصمیم گیرد.

۲- نتیجه این اعطای صلاحیت، زمینه‌ساز طرح اندیشه برابری ادله اثبات دعوای مربوط به مطالبه دیه در دو حوزه است، لیکن پروراندن این تفکر مستلزم بررسی مبانی فقهی و حقوقی و قابلیت‌های منطقی در حوزه دادرسی مدنی است. عدم انحصار دادرس حقوقی به ادله خاص برای اثبات ضمان مالی و دیه و همچنین حکایت پیشینه فقهی از مقید نبودن قاضی شرعی برای اجرای قسامه در دادگاه کیفری، زمینه پذیرش قسامه را تسهیل می‌نماید. از سوی دیگر، عدم موضوعیت دادگاه کیفری برای مطالبه دیه و لزوم بهره‌گیری از قواعد یکسان در موضوعی واحد توسط دادرس حقوقی و کیفری، باعث می‌شود تا عنوان مرجع رسیدگی‌کننده مانعی برای مطالبه دیه با قسامه نباشد و همان‌طور که قواعد استنباط مسؤولیت در دو مرجع یکسان است، به‌کارگیری ادله اثبات واحد نیز ضرورت دارد. ۳- جهات یاد شده هرچند قابلیت قبول قسامه در دادگاه حقوقی را قابل تأمل می‌سازد، لیکن از قوت کافی برای مقبولیت نهایی برخوردار نیست. استقلال موضوع اثبات جنایت از اثبات دیه مسئله‌ای است که حدود صلاحیت دادگاه حقوقی را محصور می‌نماید. تمسک به قسامه صرفاً برای اثبات اصل جنایت یا کیفیت آن است که رسیدگی به این عناوین در شایستگی دادگاه حقوقی نیست. همچنین اگر چه رسیدگی به موضوع واحد ضرورت استفاده از

قواعد حقوقی یکسان می‌طلبد، لیکن روحیه خاص و حاکم‌مآبانه نظام کیفری ایجاب می‌نماید تا انحصار استفاده از برخی ابزارهای کیفری همچون قسامه همچنان مختص همین حوزه باقی بماند. نقدهای وارده به قسامه به عنوان یک دلیل اثبات سنتی و تعبدی نیز ایجاب می‌نماید تا نه تنها تفکر تسری آن به سایر بخش‌ها و حوزه‌های مورد تردید محدود شود، بلکه برای تعدیل این نهاد حقوقی در حوزه کیفری نیز جایگزین علمی و تجربی مناسبی ارائه گردد.

فهرست منابع

الف. فارسی

* آشـــوری، محمد (۱۳۹۸)، **آیین دادرســـی کیفری (با آخرین اصلاحات تا سال ۱۳۹۷)**، جلد دوم، تهران: سمت.

* آقابابایی، اسماعیل (۱۳۹٦)، «**تعارض علم اجمالی با قسم و قسامه: نقدی بر ماده ٤٧٧ قانون مجازات اسلامی**»، حقوق اسلامی، شماره ٥٤.

* آقایی‌نیا، حســین (۱۳۹۹)، **حقـــوق کیفری اختصاصی جرایم علیه اشـــخاص (جنایات)**، تهران: میزان.

* ابـــن اثیر (۱۳۹۹)، **النهایه فی غریب الحدیث والأثر**، جلد چهارم، بیروت: المکتب العلمیه.

* احمدی، امیر (۱٤۰۰)، «**بازپژوهی فقهی و حقوقی قســـامه**»، پژوهش‌های فقهی، شماره ۳.

* احمدی، انور (۱۳۹٤)، «**رویکرد قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ به قسامه**»، مجله حقوقی دادگستری. شماره ۹۱.

* افـــکار، حمید (۱٤۰۰)، **استقلال و ارتباط دعاوی مدنی و جزایی جبران خسارت در نظام بیمه‌ای**، رساله دکتری، مشهد: دانشگاه فردوسی مشهد.

* افـــکار، حمید و معبودی، رضا (۱٤۰۰)، «**رویکـــرد تقنینی و الزامات قضایی در مسئله پرداخت مازاد دیه زن توسط بیمه‌گر در پرتو ماده (۱۰) قانون بیمه اجباری مصوب ۱۳۹۵**»، پژوهش‌نامه بیمه. شماره ۱٤٤.

* بجنوردی، سیدمحمد (۱٤۰۱)، **قواعد فقهیه**، جلد نخست، تهران: عروج.

* پورقاسمی، احمد و طباطبائی لطفی، عصمت‌السادات (۱۳۹۷)، «**قسامه و نقش آن در اثبات جنایت از منظر فقه و حقوق موضوعه ایران**»، مطالعات فقهی و فلســـفی، شماره ۳٤.

* جواهرکلام، محمدهادی (۱٤۰۱)، **مبانی و اصول جبران خســـارت بدنی**، تهران: شرکت سهامی انتشار.

* حیدری، الهام و فتحی، محمدجواد (۱۳۹۳)، «**گستره اصل آزادی تحصیل دلیل در دادرسی کیفری ایران و انگلستان**»، مطالعات حقوقی، شماره ۲.

* خاقانی اصفهانی، مهدی (۱۳۹٥)، «**کشمکش میان رویکرد تعقلی و تعبدی به فقه**

جزایی: درآمدی بر سیاست جنایی دولت در ایران»، فصل‌نامه دولت‌پژوهی. شماره ۸

* خدابخشـــی، عبدالله (۱۳۹۲)، **تمایز بنیادین حقوق مدنی و حقوق کیفری**، تهران: شهردانش.

* دیانی، عبدالرسول (۱۳۹٤)، **ادله اثبات دعوا در امور مدنی و کیفری**، تهران: میزان.

* ســـلیمی، محمد (۱۳۹٤)، «**فلسفه تشریع قسامه در نظام قضایی اسلام**»، دادرسی، شماره ۱۱۱.

* شامبیاتی، هوشنگ (۱۳۸٤)، **حقوق جزای عمومی**، جلد دوم، تهران: مجد.

* شمس، عبدالله (۱۳۹۵)، **ادله اثبات دعوا**، تهران: دراک.

* صفایی، سیدحســین و رحیمی، حبیب‌الله (۱۳۹۱)، **مســـؤولیت مدنی (الزامات خارج از قرارداد)**، تهران: سمت.

* عباســـی سرمدی، مهدی و معین، وحید (۱٤۰۱)، «**نقش قاضی در تحصیل دلیل و کشف حقیقت با نگاهی به اصول و قواعد آیین دادرسی مدنی فراملی**»، تحقیقات حقوقی بین‌المللی، شماره ۵۷.

* علوی، ثمانه و خاتمی، ســیدجواد (۱۳۹۹)، «**امکان ســـنجی بسندگی ادله علمی از اجرای قسامه در اثبات دعاوی کیفری**»، مبانی فقهی حقوق اسلامی. شماره ۲۵.

* علیپـــور، عادل و گلدوزیان، حســـین (۱٤۰۰)، «**عزیمت غیر ساختارمند نظام ادله اثبات کیفری به وادی کشـــف حقیقت با تأکید بر قسامه**»، مطالعات فقه و حقوق اسلامی. شماره ۲۵.

* فرهودی‌نیا، حسن و محمدیاری، پگاه (۱۳۹۵)، «**بحثی درباره دیه در پرتو تبصره ۲ ماده ٤ قانون بیمه اجباری مسؤولیت مدنی دارندگان وسیله نقلیه موتوری زمینی درمقابل اشخاص ثالث ۱۳۸۷**»، مجله کانون وکلای دادگستری، شماره ٤۱.

* قانت، عبدالباســـط (۱۳۹۸)، «**تعبد و تعقل در احکام شـــرعی از دیدگاه مذاهب اسلامی**»، مطالعات تقریبی مذاهب اسلامی (فروغ وحدت)، شماره ۵۱.

* کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۱)، **الزام‌های خارج از قرارداد (مســـؤولیت مدنی)**، جلد نخست، تهران: دانشگاه تهران.

* گرجی، ابوالقاسم (۱۳۸۲)، **دیات**. تهران: دانشگاه تهران.

* گلدوست جویباری، رجب و فرهمندفر، حیدر (۱۳۹۶)، «**مطالعه تطبیقی ادله علمی در نظام دادرسی کیفری ایران و انگلستان با تاکید بر جرائم علیه تمامیت جسمانی**»، تحقیقات حقوقی. شماره ۷۷.

* مجتهد سلیمانی، ابوالحسن و آگاه‌پور، مریم (۱۴۰۱)، «**چالش‌های نهاد قسامه؛ امکان و امتناع جایگزینی آن در حقوق کیفری ایران**»، پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی. شماره ۶۷.

* محقق داماد، سیدمصطفی (۱۳۸۹)، **قواعد فقه (٤) بخش جزایی**. تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.

* مختاری، رحیم (۱۳۹۷)، «**اثر حاکمیت نوع نظام ادله‌ای بر هدف دادرسی مدنی در حقوق ایران**»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۱۰۱.

* مرعشی شوشتری، سیدمحمدحسن (۱۴۲۷ق)، **دیدگاه‌های نو در حقوق**، جلد نخست، تهران: میزان.

* میرمحمدصادقی، حسین (۱۳۹۹)، **حقوق کیفری اختصاصی(۳): جرایم علیه تمامیت جسمانی اشخاص**، تهران: میزان.

* ناظریان، محمدقاسم و محمدی‌نیا، امید (۱۳۹۸)، «**مبانی فقهی قسامه و نحوه اجرای آن در حقوق موضوعه ایران**»، تحقیقات حقوقی آزاد، شماره ٤٨.

* نوبهار، رحیم (۱۳۹۸)، «**مکان‌یابی مقررات کیفری در فقه و پیامدهای روش شناختی آن**»، تحقیقات حقوقی آزاد. شماره ۸۵.

* نوربها، رضا (۱۳۸۵)، **زمینه حقوق جزای عمومی**، تهران: گنج دانش.

ب. عربی

* حر عاملی، محمدبن حسن (۱٤۱٦ق)، **تفصیل وسائل الشیعه إلی تحصیل مسائل الشریعه**، جلد بیست و دوم، قم: آل البیت علیهم‌السلام لإحیاء التراث.

* جبعی عاملی، زین‌الدین بن علی (شهید ثانی) (۱٤۱۳ق)، **مسالک الأفهام إلی تنقیح شرائع الإسلام**، جلد پانزدهم، قم: مؤسسه المعارف الإسلامیه.

* خطیب شربینی، محمدبن احمد (۱٤۱۵ق)، **مغنی المحتاج إلی معرفه معانی ألفاظ المنهاج**، لبنان: دارالکتب العلمیه.

* نجفی، محمدحسن (۱٤۳۲ق)، **جواهرالکلام فی شرح شرائع الاسلام**، جلد چهل و دوم، قم: مؤسسه نشر اسلامی.

مجله حقوقی دادگستری

مقاله پژوهشی/ دوره ۸۸/ شماره ۱۲۷/ صفحات: ۲۲۳-۲۰۳
تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۴/۰۳ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۳/۰۶

دادرسی حکمی یا موضوعی؛ رسیدگی به تصمیمات مراجع اختصاصی اداری

عادل شیبانی[۱]
زهرا بیدار[۲]

چکیده

با توجه به ابهامات موجود در مفاد مواد ۶۳ و ٦٤ قانون دیوان عدالت اداری، بررسی حدود صلاحیت شعب دیوان در رسیدگی به آرای مراجع اختصاصی اداری از اهمیت ویژه‌ای برخوردار است. این ابهامات شامل مفهوم «وجود ایرادات شکلی یا ماهوی»، «بررسی و تطبیق موضوع از جهت رعایت ضوابط قانونی» و «بررسی از حیث تشخیص موضوع» در مواد ۶۳ و ٦٤، عدم تفکیک مراجع موضوع مواد ۶۳ و ٦٤، عدم توجه به کارکردهای چندگانه برخی از مراجع، مشخص نبودن تکلیف شعب رسیدگی کننده به تصمیمات مراجع موضوع ماده ٦٤ در صورت وجود نواقص شکلی و آیینی و انجام رسیدگی حکمی به جای رسیدگی موضوعی یا به عکس می‌باشد. پاسخ‌گویی به این ابهامات، می‌تواند به بهبود کیفیت دادرسی و اجرای عدالت در دیوان عدالت اداری کمک کند و ظرفیت نظارتی این نهاد را جهت کنترل قضایی تصمیمات مراجع موضوع بند ۲ ماده ۱۰ قانون دیوان عدالت اداری ارتقا دهد.

یافته‌های این پژوهش که با روش توصیفی تحلیلی انجام شده، حاکی از این است که بازشناسی مراجع اختصاصی اداری از حیث نوع صلاحیت و کارکرد آن‌ها و تفکیک «دادگاه‌های اداری» از «مراجع اداری تشخیصی» و همچنین انجام دادرسی «حکمی» یا «موضوعی» بر اساس نوع مرجع اختصاصی و نحوه طرح شکایت، می‌تواند منجر به کاهش ابهامات و ارتقا شاخص‌های کیفی دادرسی در این حوزه شود.

واژگان کلیدی: صلاحیت، مراجع اختصاصی اداری، رسیدگی حکمی و موضوعی، دیوان عدالت اداری، دادرسی اداری.

---

۱. دکتری حقوق عمومی دانشگاه قم
adel.sheibani@yahoo.com
۲. دکتری حقوق عمومی دانشگاه قم (نویسنده مسوول)
zb.zahrabidar@gmail.com

درآمد

دیـــوان عدالت اداری به عنوان یک مرجـــع قضایی، وظایف و صلاحیت‌هایی دارد که در اصول یکصد و هفتاد و یکصد و هفتاد و ســـوم قانون اساســـی جمهوری اسلامی ایران و قانون دیوان عدالت اداری به آن‌ها شاره شده است. از جمله مهم‌ترین صلاحیت‌های شـــعب دیوان، صلاحیت رسیدگی به شـــکایات نسبت به آرای مراجع اختصاصـــی اداری اســـت که در بند ۲ ماده ۱۰ قانون دیوان عدالت اداری ذکر شـــده اســـت. ایجاد مراجع اختصاصی اداری براساس ضرورت‌های موجود در جامعه بوده اســـت و فعالیت‌های روزمره اداری به منظور تمشیت امور اجتماعی و ارائه خدمات عمومی، مســـتلزم کنش و اقدام متناوب مقامات اداری اســـت. استمرار این کنش‌گری موجب بروز چالش و تعارض در روابط افراد و اداره می‌شـــود. تقابل به وجود آمده ایجاب می‌کند مراجعی تشـــکیل شـــوند و به داوری میان این منافع متضاد بپردازند. ماهیت خاص مسائل اداری و تفاوت آن با امور مدنی و کیفری، فنی و تخصصی بودن موضوعات و ســـرعت در فصل اختلافات، از جمله مهم‌ترین دلایلی هستند که زمینه تشـــکیل و پذیرش دادگاه‌های اداری خارج از ســـاختار قوه قضاییه و برخلاف اصل صلاحیت عام دادگاه‌های دادگســـتری را فراهم آورده‌اند. در تعریف دادگاه‌های اداری (مراجع اداری ترافعی) گفته شده است: «دادگاه‌های اختصاصی اداری، مراجعی اداری، با صلاحیت ترافعی اختصاصی هستند که به موجب قوانین خاص در خارج از سازمان رســـمی قضایی و محاکم دادگســـتری و عموماً به عنوان واحدهای کم و بیش مستقل ولی مرتبط به ادارات عمومی تشکیل شده‌اند و صلاحیت آن‌ها منحصر به رسیدگی و تصمیم‌گیری در مورد اختلافات، شکایات و دعاوی اختصاصی اداری از قبیل دعاوی اســـتخدامی، انضباطی، مالی، اراضی و ساختمانی می‌باشد که معمولاً به هنگام اجرای قوانین خاص مرتبط با ارائه خدمات عمومی و فعالیت‌های دولت، میان ســـازمان‌های دولتی و مؤسسات عمومی (اشخاص حقوقی حقوق عمومی) و افراد (اشخاص حقوق خصوصی) به وجود می‌آید و مطرح می‌گردد» (هداوند و آقایی طوق، ۱۳۹۶: ۳۱).

مواد ٦٣ و ٦٤ این قانون نیز چگونگی رسیدگی به این دسته از شکایات را مقرر داشته‌اند. با این وجود سیاق عبارات قانون در خصوص نحوه نظارت بر آرای مراجع شـــبه قضایی و قلمرو آن ابهاماتی دارد که ارتقاء کیفیت دادرســـی مستلزم بررسی و

پاسخ‌گویی به این ابهامات است. نامشخص بودن عباراتی چون «وجود ایرادات شکلی یا ماهوی»، «بررسی و تطبیق موضوع از جهت رعایت ضوابط قانونی» و «بررسی از حیث تشخیص موضوع» یکی از چالش‌های رسیدگی به آرای مراجع اختصاصی اداری است. قانون در خصوص تفاوت رسیدگی ماهوی در ماده ٦٣ و رسیدگی از حیث تشخیص موضوع در ماده ٦٤، ساکت است و مشخص نیست که آیا منظور از رسیدگی از حیث تشخیص موضوع، همان رسیدگی ماهوی است یا این‌که عبارت یاد شده معنای دیگری دارد. همچنین قاضی رسیدگی کننده به آراء و تصمیمات مراجع اختصاصی اداری باید تشخیص دهد مرجع صادر کننده رأی یا تصمیم از مراجع مذکور در ماده ٦٣ است یا مراجع موضوع ماده ٦٤. علت اهمیت این موضوع سازِکار متفاوت پیش‌بینی شده جهت رسیدگی به آرای این مراجع می‌باشد. به گونه‌ای که اگر موضوع مشمول ماده ٦٤ و از نوع مراجع «تشخیصی» باشد و شکایت از حیث تشخیص موضوع صورت گرفته باشد، شعبه مکلف است بر اساس ماده ٦٤ با استفاده از نظر هیأت کارشناسی، مبادرت به رسیدگی نموده و به جای مرجع تشخیص، اقدام به اخذ تصمیم نماید، اما اگر موضوع مشمول ماده ٦٣ و «دادگاه اداری» باشد، شعبه رسیدگی کننده در مرحله نخست اقدام به رسیدگی حکمی می‌نماید و در صورت عدم تأمین نظر شعبه دیوان و شکایت مجدد از رأی، وارد رسیدگی موضوعی می‌شود. توجه به کارکرد چندگانه این مراجع نکته مهم دیگری است که در رسیدگی‌های شعب دیوان مورد غفلت واقع می‌شود؛ توضیح این‌که، برخی مراجع می‌توانند کارکرد مراجع موضوع مواد ٦٣ و ٦٤ را توأمان داشته باشند. برای مثال کمیسیون ماده ۲۰ قانون مربوط به مقررات امور پزشکی و دارویی و مواد خوردنی و آشامیدنی مصوب ۱۳۳٤/۳/۱۹ با اصلاحات بعدی، در عین این‌که صلاحیت تشخیص احراز شرایط لازم جهت صدور پروانه داروخانه برای متقاضیان را دارد و از این حیث یک مرجع تشخیصی به شمار می‌رود، مرجع رسیدگی به برخی از تخلفات نیز می‌باشد و از این حیث یک دادگاه اداری و از مصادیق ماده ٦٣ قانون دیوان عدالت اداری است. ابهام دیگر در رسیدگی شعب دیوان به آرای مراجع موضوع ماده ٦٤ قانون دیوان عدالت اداری، تکلیف دادرس در موردی است که تصمیمات این مراجع را دارای نواقص شکلی یا آیینی می‌داند و معلوم نیست که آیا باید تصمیم را نقض و پرونده

را برای برطرف کردن نواقص شـــکلی و رسیدگی مجدد به همان مرجع اعاده کند یا باید به گونه‌ای دیگر اقدام نماید. چالش دیگری که نتیجه چالش‌های پیش‌گفته است، رسیدگی موضوعی به جای رسیدگی حکمی یا به‌عکس آن است. در صورت شکایت از آرای مراجع موضوع ماده ٦٣، شعبه مکلف است به صورت حکمی وارد رسیدگی شـــده و حق رســـیدگی موضوعی و اتخاذ تصمیم به جای مرجع رســـیدگی کننده را ندارد. در صورت شکایت مجدد از همان رأی، قاضی موظف است ضمن نقض رأی مورد شـــکایت، وارد رسیدگی موضوعی شده و با استفاده از نظر کارشناسان، به جای مرجع شبه قضایی تصمیم اتخاذ نماید. در مورد شکایت از آرای مراجع تشخیصی، در صورتی که از حیث فرایند شـــکایت انجام شده باشد، شعبه رسیدگی کننده حق ورود به ماهیت نداشته و الزامات آیینی را باید مورد رسیدگی قرار دهد؛ در صورت شکایت از حیث تشخیص موضوع، شعبه رسیدگی کننده در همان مرحله اول چنانچه شکایت را وارد تشـــخیص دهد، تصمیم مورد شکایت را نقض و با استفاده از نظر کارشناسان اقدام به اتخاذ تصمیم می‌نماید.

مقالـــه پیش رو تلاش می‌کند ابهامات مذکور را بررســـی کرده و در هر مورد، راهکار مناســـب را جهت برطرف ساختن آن‌ها ارائه دهد؛ این نوشتار در چهار بخش ساماندهی شده است: در بخش نخست مفهوم و انواع صلاحیت بررسی و نسبت میان صلاحیت تکلیفی و صلاحیت اختیاری با صلاحیت تشخیصی روشن می‌شود. بخش دوم مربوط به مفهوم رســـیدگی حکمی و موضوعی و تفاوت آن‌ها است. بخش سوم انـــواع مراجع اختصاصی اداری و آیین نظارت قضایی بر تصمیمات آن‌ها را بررســـی کرده و بخش پایانی، شـــرایط رســـیدگی موضوعی و حکمی را مـــورد ارزیابی قرار می‌دهد.

۱. مفهوم صلاحیت و انواع آن

دخالت گســـترده دولت‌ها در حوزه‌های مختلف حیات اجتماعی افزایش کمّی ســـازمان‌های دولتی و مقامات شاغل در آن‌ها را موجب شده است، این فزایندگی به دنبال خود کثرت و تنوع اختیارات و صلاحیت‌های ســـازمان‌ها و مقامات پیش گفته را در پی داشـــته است؛ امری که ضرورت بازشناســـی و مداقه در مفهوم صلاحیت و انواع آن را اجتناب ناپذیر می‌نماید. مفهوم صلاحیت در واقع امتداد منطقی اندیشـــه

تفکیک قوا است؛ باوری که از نظر تاریخی دستاورد متفکران عصر روشنگری به شمار می‌رود و دربردارنده مجموعه تدابیری در خصوص نحوه توزیع قدرت سیاسی در جامعه به منظور تضمین حاکمیت مردم و جلوگیری از تمرکز قدرت و استبداد است (Harlow and Rawlings, 1997: 37-40). این اندیشه در حقوق اداری به «اصل صلاحیت» فروکاسته می‌شود و بر اساس آن فرض می‌شود که حوزه عمل و اقتدار مقامات عمومی محدود به صلاحیت‌های اعطایی از سوی قانون‌گذار است (هداوند و مشهدی، ۱۳۹۵: ۱۱۰)؛ بنابراین صلاحیت در حقوق اداری تعیین کننده حوزه اقدام و فعالیت اداره و مجرای اعمال اقتدار عمومی بر اساس اصل حاکمیت قانون است (مشهدی، ۱۳۹۱: ۲۲).

نویسندگان حقوق اداری با تکیه بر امری یا تجویزی بودن قاعده حقوقی موجد صلاحیت، صلاحیت‌های مقامات عمومی را به دو دسته صلاحیت‌های تکلیفی و اختیاری تقسیم کرده و به بیان آثار و ویژگی‌های هر یک پرداخته‌اند. در آثار این نویسندگان به‌طور خلاصه صلاحیت اداره هنگامی تکلیفی یا الزامی است که قانون در مواجهه با وضعیتی خاص، قبلاً نوع تصمیمی را که مأمور باید اتخاذ کند، معین نموده باشد. در مقابل هرگاه مقام یا مرجع اداری میان طیفی از گزینه‌های بدیل قدرت انتخاب داشته باشد، می‌توان صلاحیت‌های اداره را صلاحیت اختیاری یا گزینشی تلقی کرد (مشهدی، ۱۳۹۱: ۲۶؛ هداوند، ۱۳۹٤: ۵۵۳؛ فنازاد، ۱۳۹٤: ۳۹؛ گرجی، فتحی، ۱۳۹۱: ۲۱۲). برخلاف ادبیات حقوقی رایج که در آن صلاحیت‌های اختیاری، تشخیصی و گزینشی همه در یک معنا و در برابر صلاحیت‌های تکلیفی به‌کار رفته است، شناسایی مفهومی مستقل برای صلاحیت‌های تشخیصی امری لازم و دارای آثار حقوقی سودمند است. به طور خلاصه صلاحیت تشخیصی ناظر به موقعیتی است که در آن مرجع اداری مکلف به احراز یک وضعیت است؛ در جایی که قانون‌گذار بنا بر مقتضیات ارائه خدمات عمومی، شئون فنی و تخصصی امور و ضرورت‌های ناشی از سیاست‌های کلان توسعه، ارزیابی یک امر فنی و تخصصی را به اداره محول نموده است (شیبانی و مولابیگی، ۱٤۰۰: ۱۱۹).

تصمیم‌گیری بر اساس صلاحیت تشخیصی مقید به هنجارهایی با جنبه آمرانه است؛ لذا از این جهت صلاحیت تشخیصی خصلتی چون صلاحیت‌های تکلیفی

داشـــته و آثار آن ذیل همین دســـته و در برابر صلاحیت‌های اختیاری قابل بازشناسی است. مطالعه مستقل صلاحیت‌های تشخیصی و تمیز آن‌ها از صلاحیت‌های اختیاری با توجه به گســـتردگی اعمال اداری موضوع این صلاحیت‌ها و ارتباطی که با حقوق و آزادی‌های افراد پیدا می‌کنند، آثار قابل توجهی در تبیین محدوده اختیارات مقامات عمومی و چگونگـــی نظارت بر آن‌ها دارد. از جمله مهم‌تریـــن آثار این امر، تحلیلی اســـت که می‌توان در خصوص انواع مراجع اداری اختصاصی و شیوه نظارت بر آن‌ها در چارچوب مواد ٦٣ و ٦٤ قانون دیوان عدالت اداری ارائه داد (همان: ۱۲۷). بر این اساس می‌توان قائل به تفکیک دو نوع مرجع اداری شد؛ مراجع اداری ترافعی یا همان دادگاه‌های اداری و مراجع اداری تشخیصی.

۲. مفهوم رسیدگی حکمی و موضوعی

از چالش‌های رســـیدگی توسط شـــعب دیوان عدالت اداری، ابهامی است که در خصوص نحوه رســـیدگی بـــه آراء و تصمیمات مراجع موضـــوع مواد ٦٣ و ٦٤ قانون دیوان عدالت اداری وجود دارد. رســـیدگی دیوان عدالت اداری به شکایات از تصمیمات و آرای این مراجع را می‌توان در دو قالب حکمی و موضوعی مورد بررسی قرار داد که در ادامه به آن پرداخته می‌شود.

۲-۱. رسیدگی حکمی

این نحوه رســـیدگی که در حقوق کشـــور فرانسه اصطلاحاً نقض و ابرام و در کشـــور ما رسیدگی فرجامی نامیده می‌شـــود، در پاره‌ای از قوانین و مقررات با عنوان نارسای «رسیدگی شـــکلی» تعبیر شده است (صدرالحفاظی، ۱۳۷۲: ۲۹۸). «رسیدگی شـــکلی» مفهم نظارت بر نحوه رســـیدگی از حیث رعایت اصول محاکمات یا تخطی از آن اســـت؛ حال آن‌که «رسیدگی حکمی» شامل بررسی هر دو دسته قواعد شکلی و ماهوی می‌باشد که در قانون آیین دادرسی مدنی به رسیدگی فرجامی تعبیر شده است (همان: ۲۹۹). در آیین دادرســـی مدنی، رسیدگی فرجامی عبارت است از: «تشخیص انطبـــاق یا عدم انطباق رأی مورد درخواســـت فرجامی با موازین شـــرعی و مقررات قانونـــی»؛ بنابراین دیوان عالی کشـــور به عنوان مرجعی کـــه فرجام‌خواهی را انجام می‌دهد، امور را مورد قضاوت قرار نمی‌دهد، بلکه تنها آراء را در جهتی که گفته شـــد مورد قضاوت قرار می‌دهد. در نتیجه، دیوان عالی کشـــور یا رأی فرجام خواســـته را

ابرام و یا آن را نقض می‌نماید و در صورت اخیر چون شأن رسیدگی به ماهیت، یعنی دوباره قضاوت کردن و صدور رأی شایسته برای فصل خصومت را ندارد، پرونده را برای صدور رأی شایسته به مرجع پایین می‌فرستد (شمس، ۱٤۰۰: ۳۸۱). موارد نقض فرجامی در ماده ۳۷۱ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی طی پنج بند بیان شده است.

بر اســـاس بند ٤ ماده ٦۳ قانون دیوان عدالت اداری مصوب ۱٤۰۲، رسیدگی شـــعب دیوان به شکایات از تصمیمات و آرای قطعی مراجع اداری، «حکمی» است و دیوان عدالت اداری در این نوع رســـیدگی، شأنی همانند شأن دیوان عالی کشور دارد. اســـتفاده از عبارت ایراد «شـــکلی» یا «ماهوی» مؤثر که در این بند از ماده ٦۳ استفاده شـــده است «در مواردی که شـــعبه دیوان نقص تحقیقات و یا ایراد شکلی یا ماهوی مؤثری در رأی صادره مشـــاهده کند با ذکر تمام جهات و دلایل قانونی، رأی صادره را نقض و موضوع را جهت رســـیدگی مجدد بـــه آن مرجع اعلام می‌کند ...»، تأییدی بر صلاحیت شـــعب دیوان در باب رسیدگی حکمی به آرای این مراجع می‌باشد. در چنیـــن مـــواردی در نتیجه اعتراض، دعوی به طور کامل به دیوان منتقل نمی‌شـــود و از جمیع جهات مورد بررســـی قرار نمی‌گیرد؛ زیـــرا دیوان در این دعاوی، توجهی به اساس مناقشـــه و اختلاف از جهت احراز صحت و سقم ادعای مطروحه ندارد، بلکه محور کار دیوان در این قبیل دعاوی این اســـت که تشخیص دهد در ترتیب رسیدگی مدلول حکم قانون و مقررات رعایت شـــده است یا نه. در صورت مشاهده تخلف از قواعد آمره آن را نقض، والا ابرام (تأیید) می‌نماید و به هیچ وجه نباید وارد مســـائل موضوعی قضیه شـــود یا در مقام تصحیح و اصلاح رأی معترض‌عنه و یا انشای حکم جدیدی برآید؛ چه رســـیدگی و اتخـــاذ تصمیم در ماهیت ایـــن امور، در صلاحیت اختصاصی مراجع اداری قرار گرفته و ورود دیوان در مرحله اول رســـیدگی به آرای مراجع اختصاصی اداری بر اســـاس قسمت اول بند ٤ ماده ٦۳ مغایر قانون است. لازم به ذکر است بر اســـاس آخرین اصلاحات قانون دیوان عدالت اداری در سال ۱٤۰۲، نه تنها رســـیدگی بدوی در شـــعب دیوان حذف و پرونده‌ها به طور مستقیم در شعب تجدیدنظر رســـیدگی می‌شوند، بلکه شـــعب دیوان در رسیدگی به آرای مراجع بند ۲ ماده ۱۰ این قانون، علاوه بر صلاحیت مبنی بر «ابرام» یا «نقض» آرای این مراجع، در

صورتی که تشـــخیص دهند موجبی برای رسیدگی وجود نداشته یا موضوع رسیدگی منتفی شده یا از مصادیق تخلف نباشد مبادرت به «نقض بلاارجاع» نموده؛ همچنین در صورتی که مرجع رسیدگی‌کننده صلاحیت رسیدگی نداشته، رأی را نقض و آن را به مرجع صلاحیت‌دار ارسال می‌کند. پیش‌بینی دو صلاحیت مذکور در رسیدگی به آرای این مراجع برای دیوان عدالت اداری، شـــأن این مرجع را در رسیدگی به آرای مراجع اختصاصی اداری بیش از پیش به دیوان عالی کشور نزدیک کرده است.

در قانون دیوان عدالت اداری رســـیدگی حکمی در دو مورد پیش‌بینی شـــده اســـت: نخســـت، بند ۲ ماده ۱۰ شامل رسیدگی به اعتراض‌ها و شـــکایات از آراء و تصمیمات قطعی هیأت‌های رســـیدگی بـــه تخلفات اداری و کمیســـیون‌هایی مانند کمیســـیون‌های مالیاتی، هیأت حل اختلاف کارگر و کارفرما، کمیسیون موضوع ماده صد قانون شـــهرداری‌ها منحصراً از حیث نقض قوانین و مقررات یا مخالفت با آن‌ها؛ دوم، رســـیدگی موضوع بند ٤ ماده ٦٣ بدین ترتیب که هرگاه شـــعبه رسیدگی کننده دیوان در مرحله رســـیدگی به آراء و تصمیمات مراجع مذکور در بند ۲ ماده ۱۰ این قانون، نقص تحقیقات یا ایراد شـــکلی یا ماهوی مؤثری در رأی مشاهده کند، با ذکر تمام جهات و دلایل قانونی، رأی صادره را نقض و موضوع را جهت رسیدگی مجدد به آن مرجع اعلام می‌کند. مرجع مذکور مکلف است با رعایت مفاد رأی شعبه دیوان حداکثر ظرف دو ماه نسبت به اتخاذ تصمیم یا صدور رأی اقدام کند.

۲-۲. رسیدگی موضوعی

در این نوع رسیدگی، مرجع رسیدگی‌کننده تکلیف دارد با ارزیابی و فهم این‌که چه چیزی اتفاق افتاده اســـت، رسیدگی را آغاز کند. پس از طی مرحله اول که همان تبیین مسأله حقوقی اســـت، نوبت به کشف واقعه یا مصداق می‌رسد. در این مرحله، دادرس با اســـتفاده از ادله اثبات دعوا که ممکن است از سوی طرفین ارائه شده باشند یا خود قاضی رأســـاً به آن‌ها دست یافته باشد، موضوع را تعیین می‌کند. پس از تعیین موضوع یا همان مصداق، قاضی باید به سراغ منابع حقوقی برود و با استفاده از منابع حقوقی کـــه می‌تواند قانون، مقررات یا رویه قضایی باشـــد، قاعده حقوقی مرتبط را اســـتخراج و پس از تفســـیر آن اقدام به صدور رأی می‌نماید (دیلمی و بیدار، ۱٤۰۰: ۱۷۰۱ – ۱٦۹۹). نکته قابل توجه این اســـت که با توجه به پیچیدگی و جنبه‌های فنی

و تخصصی موضوعات، رسیدگی موضوعی به آراء و تصمیمات مراجع اختصاصی اداری نیازمند اخذ نظریه کارشناسی است.

این نوع رسیدگی در دو مورد در قانون دیوان عدالت اداری پیش‌بینی شده است: نخست، ذیل بند ٤ ماده ٦٣ قانون دیوان عدالت اداری که مقرر می‌دارد: «... در صورتی که رأی صادره را برخلاف قوانین و مقررات بداند آن را نقض و رأی مقتضی صادر می‌کند. چنانچه شعبه دیوان نظر کارشناس را لازم بداند، از نظر کارشناسان رسمی دادگستری یا متخصصان و مشاوران موضوع ماده ۷ این قانون استفاده می‌کند»؛ دوم، موضوع ماده ٦٤ قانون دیوان عدالت اداری که آورده است: «در مواردی که به موجب قانون یا مصوبه‌ای لازم‌الاجراء، تشخیص موضوعاتی از قبیل صلاحیت‌های علمی، تخصصی، امنیتی و گزینشی به عهده کمیسیون یا هیأت‌هایی واگذار شده باشد، شعب دیوان فقط از جهت رعایت ضوابط قانونی و تطبیق موضوع و فرایند بررسی آن بر اساس قانون یا مصوبه رسیدگی می‌کنند و در صورت شکایت شاکی از حیث تشخیص موضوع، شعبه رسیدگی کننده موظف است حسب مورد پس از ارجاع پرونده به هیأت کارشناسی تخصصی ذی ربط که توسط شعبه تعیین می‌گردد با کسب نظر آنان، مبادرت به انشاء رأی نماید».

۳. مراجع اختصاصی اداری، مفهوم و کارکردها

امروزه کمتر عرصه‌ای را می‌توان شناخت که به نوعی از سوی دولت و سازمان‌های اداری تنظیم، تمشیت و مقررات-گذاری نشده باشد. سازمان‌های اداری تا جایی گسترش یافته‌اند که تقریباً وظایف و کارویژه‌های قوای حکومتی را در خود جمع کرده و به تعبیری «قوه چهارم» را ساخته‌اند. این سازمان‌ها علاوه بر اجرای قوانین که وظیفه آن‌هاست (کارویژه اجرایی)، با وضع مجموعه وسیعی از مقررات و آیین‌نامه‌ها، عملاً بخش زیادی از مقررات‌گذاری در حوزه‌های مختلف اقتصادی، فرهنگی و اجتماعی را تحت سیطره خود درآورده‌اند و علاوه بر آن، اختلافات گروه‌های مختلف اجتماعی را در حوزه‌های کار، مالیات، شهرسازی، صنفی و ... از طریق دادگاه‌های اداری حل و فصل می‌کنند (عمل شبه قضایی)؛ همچنین با در اختیار داشتن منابع مادی و اطلاعات تخصصی، در تدوین سیاست‌گذاری عمومی نقش گسترده‌ای دارند (عمل شبه سیاسی)، به تولید و عرضه انواع کالاها و خدمات به شیوه

انحصـــاری، نیمه انحصاری یا تحت نظارت می‌پردازند (عمل شـــبه خصوصی) و در کنار این‌ها وظایفی چون برقراری نظم، امنیت، آرامش، بازتوزیع ثروت و تثبیت رشد اقتصادی را بر عهده دارند (وظایف حاکمیتی) (هداوند، ۱۳۹۵: ۹۰-۹۶). مجموع این شـــرایط اداره عمومی را برای رسیدگی به درخواست‌ها، احراز صلاحیت‌ها، دعاوی و اختلافات ناشـــی از فعالیت‌های اجرایی در موقعیت منحصر به فردی قرار داده است. با توجه به تعدد و تکثر درخواســـت‌ها، اختلافات و روابط ناشـــی از موارد مذکور در ساختار دســـتگاه‌های اجرایی و اداری، مراجع، هیأت‌ها و کمیسیون‌هایی تشکیل شده است که در خصوص موضوعات یاد شده تصمیم‌گیری کنند. می‌توان اذعان داشت در حـــال حاضر تأثیرگذاری این مراجع در حقوق و آزادی‌های افراد با هیچ نهاد دیگری قابل مقایسه نیست (شیبانی و مولابیگی، ۱۴۰۰: ۱۲۰).

مراجع اداری مذکور بر اساس ماهیت عملی که انجام می‌دهند، به مراجع ترافعی (دادگاه‌های اداری) و مراجع تشـــخیصی قابل تقسیم هســـتند. آنچه موجب شباهت مراجع ترافعی و تشـــخیصی می‌شود؛ اشـــتغال آن‌ها به امر رسیدگی است. رسیدگی طیفی از عملکردها را شـــامل می‌شـــود؛ از جمله دادرسی، اســـتماع، حل اختلافات، تصدیق یک امر یا صلاحیـــت، تصمیم‌گیری و غیره. در عین حال بین مراجع دوگانه مذکور تفاوت‌های قابل توجهی نیز به خصوص در نحوه نظارت قضایی بر تصمیمات آن‌ها وجود دارد. در ادامه برای تبیین تقســـیم‌بندی ارائه شـــده ویژگی‌های هر یک از مراجع اختصاصی ترافعی و تشـــخیصی را با ارائه برخی مصادیق آن‌ها نشـــان داده و شیوه نظارت قضایی بر تصمیمات‌شان را بر اساس قانون بررسی می‌کنیم.

۱-۳. مراجـــع اداری ترافعی (دادگاه‌هـــای اداری)، انواع آن‌ها و آیین نظارت قضایی بر آرای آن‌ها

به موجب تبصره ۳ ماده ۲ قانون دیوان عدالت اداری که در آخرین اصلاحات انجام شـــده در تاریخ ۱۴۰۲/۲/۱۰ به این قانون افزوده شـــده است، قانون‌گذار علاوه بر ذکر مصادیقی از مراجع اختصاصی اداری، برای نخســـتین بار اقدام به تعریف این مراجع بدین شـــرح نموده اســـت: «مقصود از مراجع اختصاصی اداری کلیه مراجع و هیأت‌هایی اســـت که به موجب قوانین و مقررات قانونی، خـــارج از مراجع قضایی تشـــکیل می‌شوند و اقدام به رســـیدگی به اختلافات، تخلفات و شکایاتی می‌کنند که

در صلاحیت آن‌ها قرار داده شـــده است؛ نظیر هیأت‌های رسیدگی به تخلفات اداری، کمیسیون‌های مواد (۹۹) و (۱۰۰) قانون شهرداری مصوب ۱۳۳٤/٤/۱۱ با اصلاحات و الحاقات بعدی، هیأت‌هـــای حل اختلاف مالیاتی، هیأت‌های حل اختلاف کارگر و کارفرما و کمیســـیون‌ها و هیأت‌هایی که به موجب قوانین و مقررات قانونی تشخیص موضوعاتی از قبیل صلاحیت‌های علمی، تخصصی، امنیتی و گزینشی به آن‌ها واگذار شده باشد».

قانون‌گـــذار در ایـــن تعریف از بـــه کار بردن عنوان دادگاه بـــرای این مراجع خودداری کرده اســـت، لیکن باید این امـــر را پذیرفت که مراجع اداری ترافعی همان دادگاه‌های اداری هســـتند که در خصوص اختلافات، شکایات و دعاوی اختصاصی اداری صلاحیت رســـیدگی دارند. به همین دلیـــل رعایت الزامات مربوط به حقوق و آزادی‌های بنیادین افراد در رســـیدگی-های این مراجع نیز مانند محاکم دادگســـتری ضروری اســـت. در نتیجه توجه به اصول دادرسی منصفانه از جمله اصل بی-طرفی، اصـــل برابری ســـلاح‌ها، اصل علنی بودن رســـیدگی‌ها، حق بـــر تجدیدنظرخواهی، لزوم مســـتند و مســـتدل بودن آراء، ممنوعیت محاکمه و مجـــازات مضاعف و ... در رســـیدگی‌های این مراجع الزامی است. بند ۲ ماده ۱۰ قانون دیوان عدالت اداری ناظر به صلاحیت دیوان جهت رســـیدگی به تصمیمـــات مراجع اختصاصی اداری یا همان دادگاه‌های اداری می‌باشد.

۱-۱-۳. انواع مراجع اداری ترافعی

در یک تقسیم‌بندی می‌توان مراجع اداری ترافعی را به دو دسته «شبه حقوقی» و «شبه کیفری» تقسیم کرد؛ توضیح این‌که برخی از مراجع اختصاصی اداری، صلاحیت رســـیدگی به اختلافات را دارند و همانند مراجع حقوقی، با استماع دلایل طرفین در مـــورد زمینه مورد اختـــلاف، اقدام به صدور رأی مقتضی می‌نماید. بر همین اســـاس می‌توان عنوان این مراجع را در یک دسته‌بندی کلی، مراجع شبه حقوقی دانست. این مراجع به اختلافات ناشی از اجرای قوانین مانند قانون مالیات-های مستقیم، بین اداره مجـــری و افراد متأثر از اجرا، رســـیدگی و آن را حـــل و فصل و اقدام به صدور رأی می‌نماینـــد (نجابت‌خواه و همکاران، ۱۳۹٦: ۲۰۳). از جمله مراجع مذکور می‌توان به مراجع صالح در امور ثبتی شـــامل هیأت نظارت و شورای عالی ثبت موضوع مواد ۲۵

و ۲۶ قانون ثبت اسناد و املاک مصوب ۱۳۱۰ با اصلاحات بعدی، مراجع صالح در امور اراضی شامل هیأت موضوع قانون تعیین تکلیف اراضی اختلافی موضوع اجرای ماده ۵۶ قانون جنگل‌ها و مراتع مصوب ۱۳۶۷، مراجع صالح در امور مالیاتی شامل هیأت حل اختلاف مالیاتی و شورای عالی مالیاتی موضوع مواد ۲۴۴ و ۲۵۲ قانون مالیات‌های مستقیم مصوب ۱۳۶۶ و مراجع رسیدگی به دعاوی ناشی از اجرای قانون کار شامل هیأت تشخیص و حل اختلاف کارگر و کارفرما موضوع قانون کار مصوب ۱۳۶۹ اشاره کرد.

دسته‌ای دیگر از مراجع اختصاصی اداری همانند دادگاه کیفری اقدام به بررسی تخلفات اداری، انتظامی و انضباطی و سایر تخلفات از قبیل تخلفات ساختمانی، گمرکی و تجاری می‌نمایند و در صورت وقوع تخلف، رأی بر کیفر یا تنبیه شخص متخلف به صورت‌های مختلف صادر می‌کنند. بخشی از این مراجع به تخلفات انضباطی، انتظامی و اداری مستخدمان و افراد صنفی در تخطی از انتظامات داخلی دستگاه‌های اجرایی و مجامع صنفی و عدم رعایت نظم داخلی آن‌ها و همچنین به تخلفات افراد جامعه که واجد عنوان جرم نبوده بلکه با تخطی از برخی قوانین و مقررات آمره مرتبط با نقش دولت در جامعه مثل قیمت‌گذاری و نظارت بر توزیع کالاها، باعث اخلال در نظم انجام برخی وظایف دولت و دستگاه‌های اجرایی می‌شوند رسیدگی می‌نمایند (رستمی و همکاران، ۱۳۸۸: ۵۱– ۵۲).

تخلفات بنا بر ماهیت از جرایم جدا و مستقل هستند. بسیاری از فعل و ترک فعل‌های کارمندان در رده‌های گوناگون صنفی، شغلی و در رده‌های مختلف ادارات دولتی، در قالب کلی و عام جرایم نمی‌گنجد و در نتیجه در مراجع عام قضایی قابلیت پیگیری ندارد. آن‌ها به طور عمده به موقعیت شغلی و سازمانی اشخاص برمی‌گردند و برخاسته از شغل، رده، مقام و موقعیتی هستند که اشخاص بنا بر جایگاه شغلی، صنفی از آن‌ها برخوردارند (امامی و موسوی، ۱۳۸۳: ۹۷ –۹۸). از جمله مراجع اختصاصی اداری شبه کیفری عبارت است از: هیأت عالی انتظامی مالیاتی، هیأت‌های رسیدگی به تخلفات اداری، شعب بدوی و تجدیدنظر سازمان تعزیرات حکومتی، کمیته انضباطی دانشجویان موضوع آیین‌نامه انضباطی دانشجویان، دادگاه انتظامی سردفتران و دفتریاران، هیأت انتظامی رسیدگی به شکایات و تخلفات

نیروهای مسلح، هیأت انتظامی اعضای هیأت علمی دانشگاه‌ها و مؤسسات آموزش عالی، هیأت رسیدگی به تخلفات در آزمون-های سراسری، کمیسیون‌های مواد نود و نه و صد قانون شهرداری، هیأت انضباطی سازمان تاکسی‌رانی و کمیسیون رسیدگی به اختلافات گمرکی.

۲-۱-۳. آیین نظارت قضایی بر آرای مراجع اداری ترافعی

ماهیت نظارت قضایی بر آرای مراجع اداری ترافعی شدید و قلمرو آن گسترده و شامل آیین‌ها و تشریفات رسیدگی می‌باشد؛ زیرا فصل خصومت و رسیدگی به اختلافات، یک صلاحیت تکلیفی است و نظارت قضایی بر این دسته از صلاحیت‌ها شدید است. دادگاه در چنین حالتی تصمیم اداری را تا کامل‌ترین حد ممکن کنترل و بازبینی می‌کند. توجه به نص ماده ٦٣ قانون دیوان عدالت اداری که شیوه نظارت قضایی بر مراجع اختصاصی ترافعی را به تفضیل بیان کرده است، موارد گفته شده را ملموس‌تر می‌کند.

ویژگی قابل توجه در خصوص رسیدگی به شکایات از آرای مراجع اختصاصی ترافعی در این ماده، شأن فرجامی دیوان عدالت اداری در رسیدگی اولیه است. منظور از شأن فرجامی، همان رسیدگی حکمی یا قانونی به جنبه‌های شکلی و ماهوی دعوی است. شعبه رسیدگی کننده در صورت وجود ایراد شکلی یا ماهوی مؤثر در آرای قطعی مراجع مذکور، آن را نقض و با قید ایرادات مورد نظر، رسیدگی مجدد را به همان مرجع اعاده می‌کند. پس از رسیدگی مجدد توسط مرجع اداری مربوطه، در صورت اعتراض دوباره نسبت به رأی اخیر آن، چنانچه به تشخیص شعبه رسیدگی کننده مرجع یاد شده بر تصمیم خود اصرار ورزیده و ایرادهای مورد نظر دیوان را رفع نکرده باشد، شعبه رسیدگی کننده صلاحیت رسیدگی موضوعی نیز پیدا می‌کند. دلیل اعطای این صلاحیت، لزوم تبعیت مرجع مذکور از رأی دیوان و جلوگیری از دور و تسلسل در شکایت از آرای مراجع موضوع بند ۲ ماده ۱۰ است (مشهدی، ۱۳۹۳: ۳۵۱). لازم به توضیح است که با توجه به پیچیدگی و تنوع موضوعات و عدم امکان احاطه بر همه جزئیات فنی و تخصصی آن‌ها، مقنن در این‌جا اختیار اخذ نظر کارشناسی را نیز مقرر نموده است.

۲-۳. مراجع اداری تشخیصی و آیین نظارت قضایی بر تصمیمات آن‌ها

رسیدگی در این دسته از مراجع اختصاصی مستلزم طرح دعوا، تنازع و ترافع نمی‌باشد و به‌رغم شباهتی که میان کارکرد آن‌ها با مراجع اختصاصی ترافعی (دادگاه‌های اداری) وجود دارد، نوع مأموریت‌شان متفاوت است. کارویژه اصلی این مراجع، تشخیص موضوعات تخصصی از قبیل صلاحیت‌های علمی، فنی، امنیتی و گزینشی است. فرایند تشخیص و رسیدگی در مراجع تشخیصی، گاه به موجب درخواست و مطالبه اشخاص خصوصی، گاه با ارجاع سایر دستگاه‌ها و گاه با ترکیبی از این دو آغاز می‌شود. می‌توان گفت تشخیص و احراز موضوعات در این مراجع دارای خصلتی «شبه ترافعی» است؛ به این دلیل که اولاً، در اغلب آن‌ها اشخاص در روند رسیدگی و اعلام نظر می‌توانند یا باید ادله و مستندات خود را در راستای اجابت خواسته مورد نظرشان ارائه کنند؛ ثانیاً، نظر و تصمیم اعلامی بعضاً در ساختار همان مراجع با درخواست اشخاص قابل بازبینی و تجدیدنظر است؛ لذا این مراجع را می‌توان چنین تعریف کرد: «مراجعی هستند که براساس قوانین و مقررات در ساختار دستگاه‌های دولتی تشکیل می‌شوند و متولی احراز صلاحیت‌ها، تشخیص موضوعات فنی و تخصصی و اعلام نظر و تصمیم‌گیری در سازمان‌های اداری می‌باشند» (شیبانی و مولابیگی، ۱٤۰۰: ۱۲۳). برخی از مراجع تشخیصی عبارتند از: تمام هسته‌ها و هیأت‌های گزینش دولتی موضوع قانون تسری قانون گزینش معلمان و کارکنان آموزش و پرورش به کارکنان سایر وزارتخانه‌ها و سازمان‌ها و مؤسسات و شرکت‌های دولتی مصوب ۱۳۷۵/۲/۹، کمیسیون پزشکی تعیین میزان از کار افتادگی سازمان تأمین اجتماعی موضوع ماده ۹۱ قانون تأمین اجتماعی، هیأت موضوع ماده ۱٤۷ قانون اصلاح قانون ثبت اسناد و املاک مصوب ۱۳٦٥/٤/۳۱، کمیسیون ماده ۲۰ قانون مربوط به مقررات امور پزشکی و دارویی و مواد خوردنی و آشامیدنی مصوب ۱۳۳٤/۳/۲۹ همراه با اصلاحات بعدی و کمیسیون ماده ۱۲ قانون زمین شهری مصوب ۱۳٦٦/٦/۲۲.

۱-۲-۳. آیین نظارت قضایی بر آرای مراجع اداری تشخیصی بر اساس ماده ٦٤

نکته مهم در خصوص مراجع تشخیصی، شیوه ممتاز نظارت بر تصمیمات آن‌ها در قانون دیوان عدالت اداری است. ماده ٦٤ قانون یاد شده، ناظر به این دسته

از مراجع اختصاصی و سازِکار رسیدگی به شکایت از تصمیمات آن‌هاست و عبارت «هیأت‌ها و کمیسیون‌ها» در این ماده، تعبیر دیگری از مراجع مذکور است. کنترل قضایی بر تصمیمات این مراجع نیز مانند مراجع شبه قضایی در بالاترین حد ممکن است؛ به طوری که مرجع قضایی می‌تواند تصمیم خود را در صورت لزوم جایگزین تصمیم مرجع اداری سازد. شاخص‌ترین تفاوت در نحوه نظارت بر آرای مراجع اداری شبه قضایی (دادگاه اداری) در قیاس با مراجع تشخیصی این است که در شکایت از تصمیمات مرجع اخیر در صورت اعتراض شاکی از حیث تشخیص موضوع، شعبه دیوان مکلف است پس از ارجاع امر به هیأت کارشناسی ذی‌ربط، به طور مستقیم اعلام نظر کند؛ امری که در رویه قضایی فعلی مغفول مانده و نظارت بر تصمیمات مراجع تشخیصی در رویه کنونی شعب دیوان، غالباً بر اساس ماده ٦٣ قانون صورت می‌پذیرد. این امر از یک سو ناشی از فقر دکترین و عدم شناخت کافی نسبت به ماهیت مراجع تشخیصی و کارکرد آن‌هاست و ازسوی دیگر، زاییده این واقعیت است که شعب دیوان توان رسیدگی به کلیه شکایات موضوع ماده ٦٤ را با سازکار مذکور در آن ندارند. در واقع ماده ٦٤ قانون دیوان این قابلیت را دارد که شعب دیوان عدالت اداری را به صرف تقاضای شکات جایگزین تمام مراجع تشخیصی کشور کرده تا به جانشینی همه آن‌ها درخصوص موضوعات دارای شئون فنی و تخصصی، اعلام نظر نمایند؛ امری که اثبات ناممکن بودن آن استدلال چندانی نمی‌خواهد (شیبانی و مولابیگی، ١٤٠٠: ١٢٥).

٤. شرایط رسیدگی حکمی و موضوعی

مقنن در مواد ٦٣ و ٦٤ قانون، شرایط و الزامات رسیدگی حکمی و موضوعی را بیان کرده است. در این بخش شرایط مذکور بررسی می‌شود.

١-٤. اصل بودن رسیدگی حکمی

طبق مقررات سابق، رسیدگی دیوان عدالت اداری به اعتراض از آرای مراجع شبه قضایی به صورت حکمی بوده است یعنی دیوان بعد از تطبیق رأی صادره با مقررات قانونی نسبت به نقض یا ابرام رأی معترض‌عنه اقدام می‌نموده و در واقع یک مرجع رسیدگی تمییزی بوده و حق رسیدگی به موضوع شکایت را بعد از نقض رأی نداشته است. باید توجه داشت که منظور از رسیدگی حکمی این نیست که دیوان

فقط در حدود تطبیق رأی صادره با مقررات و قوانین شـــکلی، صلاحیت رسیدگی و اظهار نظر دارد، بلکه منظور این اســـت کـــه دیوان پس از احراز عدم رعایت مقررات قانونی اعم از مقررات شـــکلی یا ماهوی رأی معترض‌عنه را نقض، ولی خود مجاز به رسیدگی نیســـت و پس از نقض رأی، موضوع را جهت رسیدگی به هیأت رسیدگی کننده یا هم‌عرض ارجاع می‌نماید، ولی طبق قســـمت ذیل بند ٤ ماده ٦٣ و همچنین قســـمت ذیل ماده ٦٤ قانون دیوان عدالت اداری، تحت شرایطی صلاحیت رسیدگی موضوعی نیز دارد.

۲-٤. شرایط رسیدگی موضوعی

شـــعب دیوان در دو مورد صلاحیت رسیدگی موضوعی را دارند که در ادامه طی دو بخش مجزا به آن می‌پردازیم.

۱-۲-٤. براساس قسمت اخیر بند ٤ ماده ٦٣ قانون دیوان عدالت اداری

مطابـــق بند ٤ مـــاده ٦٣ قانون دیوان عدالت اداری چنانچه شـــعبه دیوان رأی صادره از مراجع شـــبه قضایی را واجد ایراد شـــکلی یا ماهوی مؤثر تشخیص دهد و رأی را نقض نماید موضوع را جهت رســـیدگی برای بار اول به هیأت یا کمیســـیون صادرکننده رأی مورد اعتراض اعاده می‌کند و چنانچه کمیسیون مذکور از رأی دیوان عدالت اداری تبعیت نکرده و مجدد مبادرت به صدور رأی اصراری نماید، در صورت اعتراض مجدد شـــاکی به رأی صادره همان شـــعبه دیوان عدالت اداری با نقض رأی نسبت به رسیدگی ماهوی و در صورت لزوم با جلب نظریه مشاور یا کارشناس اقدام نموده و خود مبادرت به رســـیدگی موضوعـــی خواهد کرد؛ بنابراین صلاحیت دیوان عدالت اداری از جهت نوع رســـیدگی افزایش یافته است و افزون بر رسیدگی حکمی که فقط اختیار نقض رأی مراجع شـــبه قضایی را داشته است، رسیدگی موضوعی نیز طبق ماده ٦٣ نسبت به آن دسته از آرای مراجع شبه قضایی که یک بار در شعبه دیوان عدالت اداری رســـیدگی و نقض شده اســـت و برای مرتبه دوم هیأت رسیدگی کننده به نظر قبلی خود اصرار کرده و شـــاکی از رأی جدید اعتراض نموده است، پیش بینی شـــده است. رأی وحدت رویه شـــماره ۸۱۱ مورخ ۱۳۹٦/۸/۲۳ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری در همین ارتباط اعلام می‌دارد: «با توجه به حکم مقرر در ماده ٦٣ قانون تشـــکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب ســـال ۱۳۹۲ مبنی بر این‌که

پس از نقض آراء و تصمیمات مراجع مذکور در بند ۲ ماده ۱۰ این قانون و رسیدگی مجدد در مراجع مربوط چنانچه از رأی و تصمیم مجدد این مراجع اعتراض شـــود و شـــعبه دیوان شکایت را وارد تشخیص دهد، پس از جلب نظر مشاورین موضوع ماده ۷ قانون یاد شـــده، ضمن نقض به صدور رأی ماهوی مبادرت می‌ورزد؛ بنابراین رأی شـــعبه ٤٠ دیوان عدالت اداری به شماره دادنامه ۹۳۰۹۹۷۰۹۰٤۰۰۲۳۹۷ ـ ۱۳۹۳/۸/٤ کـــه بر همین مبنا پس از نقض رأی کمیســـیون ماده صد قانون شـــهرداری با صدور رأی ماهوی به تعیین جریمه مبادرت کرده اســـت صحیح و موافق مقررات تشخیص می‌شـــود. این رأی به استناد ماده ۸۹ قانون تشـــکیلات و آیین‌دادرسی دیوان عدالت اداری برای شـــعب دیوان عدالت اداری و سایر مراجع اداری مربوطه در موارد مشابه لازم‌الاتباع است».

۲-۲-٤. براساس ماده ٦٤ قانون دیوان عدالت اداری

تا پیش از تصویب قانون تشـــکیلات و آیین دادرســـی دیـــوان عدالت اداری، شعب دیوان نســـبت به تصمیمات و آرای هیأت‌ها و کمیسیون‌هایی که در خصوص موضوعات علمـــی، فنی و تخصصی تصمیم‌گیری می‌کردنـــد صرفاً از حیث رعایت قوانین و مقررات شکلی رسیدگی کرده و به ماهیت و محتوای تصمیم وارد نمی‌شدند. برای مثال اگر عضو هیأت علمی از تصمیم هیأت ممیزه راجع به عدم موافقت با ترفیع پایه یا ارتقای رتبه شـــکایت می‌کرد، دیوان عدالت اداری از حیث رعایت مقررات در تشـــکیل هیأت ممیزه و اتخاذ تصمیم به بررسی فرایند رسیدگی به موضوع در هیأت ممیزه از حیث رعایت مقـــررات می‌پرداخت و چنانچه عضو هیأت علمی مدعی بود که نسبت به مقاله علمی پژوهشی وی باید نمره چهار داده می‌شد حال آن‌که نمره دو اعطا شـــده است، این موضوع قابل رسیدگی نبود؛ یا این‌که فردی به تصمیم کمیسیون پزشکی در تشخیص نوع بیماری و عدم از کار افتادگی خود شکایت داشت، با استناد به رأی شـــماره ٦۱ مورخ ۱۳۷۷/۳/۲۳ که رسیدگی به تصمیمات فنی و تخصصی را فاقد جنبه امعان نظر قضایی تلقی می‌کرد و قابل رســـیدگی نمی‌دانست، موضوع قابل رســـیدگی در دیوان نبوده اســـت. با تصویب ماده ٦٤ قانون دیوان، این رأی منسوخ شده اســـت و دیوان حق ورود و رسیدگی به موضوعات فنی و تخصصی را با جلب نظر کارشـــناس دارد. قسمت ذیل ماده ٦٤ قانون تشـــکیلات و آیین دادرسی دیوان

عدالـــت اداری مقرر می‌دارد: «در مواردی که به موجـــب قانون یا مصوبه لازم‌الاجرا تشـــخیص موضوعاتی از قبیل صلاحیت‌های علمی، تخصصی، امنیتی و گزینشـــی به عهده کمیســـیون یا هیأتی واگذار شده باشـــد ... در صورت شکایت شاکی از حیث تشخیص موضوع، شـــعبه رسیدگی کننده موظف است حســـب مورد پس از ارجاع پرونده به هیأت کارشناسی تخصصی ذی‌ربط که توسط شعبه تعیین می‌گردد با کسب نظر آنان مبادرت به انشای رأی نماید».

با توجه بـــه مراتب پیش‌گفته، در حال حاضر رســـیدگی بـــه تصمیم مراجع تشـــخیصی در صورتی که از حیث موضوع مـــورد اعتراض قرار گیرند در صلاحیت دیوان اســـت. کنترل قضایی بر تصمیمات این مراجع نیز مانند مراجع مذکور در ماده ٦٣ در بالاترین حد ممکن اســـت؛ به طوری کـــه مرجع قضایی می‌تواند تصمیم خود را در صورت لزوم، جایگزین تصمیم مرجع اداری ســـازد. شـــاخص‌ترین تفاوت در نحوه نظارت بر آرای مراجع اداری شـــبه قضایـــی (دادگاه اداری) در قیاس با مراجع تشـــخیصی، این است که در شـــکایت از تصمیمات مرجع اخیر در صورت اعتراض شاکی از حیث تشخیص موضوع، شعبه دیوان مکلف است پس از ارجاع امر به هیأت کارشناسی ذی‌ربط، مستقیم اعلام نظر کند؛ در واقع ماده ٦٤ قانون دیوان؛ این ظرفیت را دارد که شـــعب دیوان عدالت اداری را به صرف تقاضای شـــکات جایگزین تمام مراجع تشخیصی کشور کرده تا به جانشینی همه آن‌ها در خصوص موضوعات دارای شئون فنی و تخصصی، اعلام نظر نماید.

برآمد

۱- نظارت بر آرای مراجـــع اختصاصی اداری به موجب بند ۲ ماده ۱۰ قانون دیوان عدالت اداری یکی از مهم‌ترین صلاحیت‌های نظارتی شـــعب دیوان اســـت و سهم به‌سزایی در برقراری حاکمیت قانون و احقاق حقوق شهروندان دارد. همین امر تلاش برای ارتقاء کیفت رسیدگی به شکایات از تصمیمات مراجع مذکور را ضروری می‌ســـازد. جهت نیل به هدف مذکور لازم بـــود مراجع اختصاصی اداری را از جهت نوع صلاحیت و کارکرد آن‌ها بازشناســـی و مراجع ترافعی یا «دادگاه‌های اداری» را از «مراجع تشخیصی» تفکیک شود که این مهم در قانون اصلاحی دیوان عدالت اداری به نحو قابل قبولی محقق گردید؛ هر چند تفکیک صریحی بین دادگاه‌های اداری کیفری

و حقوقی ایجاد نشد.

۲- ضرورت دیگری که جهت ارتقاء نظارت بر مراجع اختصاصی اداری باید مورد تبیین قرار گیرد، این اســـت که با توجه به نـــوع مرجع صادرکننده رأی و نحوه طرح شکایت از سوی شاکی، نحوه نظارت و رسیدگی نسبت به تصمیم مورد شکایت حســـب مورد به‌صورت «حکمی» یا «موضوعی» تعیین شود که تحقیق حاضر تلاش کرد ابهامات این حوزه را روشـــن نماید. شعب دیوان در دو مورد موظف به رسیدگی حکمی هســـتند و حق رســـیدگی موضوعی ندارند: نخست، هنگام رسیدگی به آرای مراجع شبه قضایی اعم از شبه حقوقی و شبه کیفری؛ دوم، در رسیدگی به آرای مراجع تشـــخیصی در صورتی که از حیث تشخیص موضوع شکایت نشده باشد. این شعب همچنین در دو وضعیت مکلف به رسیدگی موضوعی هستند: چنانچه پس از رسیدگی اولیه و نقض رأی مراجع شبه قضایی، آن مرجع اقدام به صدور رأی اصراری نماید؛ و دوم، در رسیدگی به آرای مراجع تشخیصی (در صورتی که از حیث تشخیص موضوع شکایت شده باشد).

۳- با توجه به تبیین نســـبی مفهوم مراجع اختصاصی اداری در قانون، پیشنهاد می‌شـــود در بند ۲ ماده ۱۰ و ماده ٦۳ به جای عبارات «بررســـی و تطبیق موضوع از جهت رعایت ضوابط قانونی»، «بررســـی از حیث تشـــخیص موضوع» و «رســـیدگی ماهوی» که در قانون فعلی به کار رفته است، از عبارت «رسیدگی حکمی» و «رسیدگی ماهوی» استفاده شود. همچنین ظرفیت‌سنجی و بررسی‌های لازم با لحاظ واقعیت‌های موجود درخصوص ماده ٦٤ قانون تمهید مقدمات اجرای آن ضروری است. مهم‌ترین جهت برای اصلاح این ماده در ارتباط با اجرایی شدن آن، این است که اعمال حکم ماده منحصر به درخواســـت شاکی نباشد، بلکه با تشـــخیص ضرورت توسط قاضی رســـیدگی‌کننده نیز این مهم میسر شود. نکته دیگر، تدارک هیأت کارشناسان موضوع ماده ۷ قانون است که در حال حاضر به کلی مغفول مانده است.

فهرست منابع

الف. فارسی

* احمدی، امیر و یوسفی، یاسر (۱٤۰۲)، «**تحلیل فقهی و حقوقی اصول دادرسی منصفانه در رسیدگی به تخلفات اعضای هیأت علمی**»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۷ ، شماره ۱۲۳.

* امامی، محمد و موسوی، سیدنصرالله، «**مبانی نظری مراجع شبه قضایی و جایگاه آن‌ها در نظام حقوقی ایران**»، مجله علوم اجتماعی و علوم انسانی دانشگاه شیراز، دوره ۲۱ ، شماره ٦.

* دیلمی، احمد و بیدار، زهرا (۱٤۰۰)، «**کارکرد استدلال قضایی در دادرسی اداری**»، مطالعات حقوق عمومی، دوره ۵۱، شماره ٤.

* رستمی، مرتضی و رستمی، محمد (۱٤۰۱)، «**اجرای آرای مراجع حل اختلاف کار**»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸٦، شماره ۱۱۹.

* رستمی، ولی و همکاران (۱۳۸۸)، **دادرسی عادلانه در مراجع اختصاصی اداری ایران**، تهران: دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران.

* فنازاد، رضا (۱۳۹٤)، **صلاحیت اختیاری در بستر حقوق اداری مدرن**، تهران: خرسندی.

* شمس، عبدالله (۱٤۰۰)، **آیین دادرسی مدنی دوره پیشرفته**، جلد دوم، چاپ چهل و ششم، تهران: دراک.

* شیبانی، عادل و مولابیگی، غلامرضا (۱٤۰۰)، «**درآمدی بر مفهوم صلاحیت تشخیصی و بایسته‌های نظارت قضایی دیوان عدالت اداری بر صلاحیت تشخیصی مراجع اختصاصی اداری**»، حقوق اداری، دوره ۸ ، شماره ۲٦.

* صدرالحفاظی، سیدنصرالله (۱۳۷۲)، **نظارت قضایی بر اعمال دولت در دیوان عدالت اداری**، تهران: شهریار.

* گرجی، علی‌اکبر و فتحی، یونس (۱۳۹۱)، «**مطالعه‌ی تطبیقی نظارت بر اعمال صلاحیت‌های گزینشی**»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۷٦، شماره ۷۸.

* مشهدی، علی (۱۳۹۱)، **صلاحیت تخییری**، تهران: معاونت حقوقی ریاست جمهوری.

* مشـــهدی، علی (۱۳۹۳)، **قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان در نظم حقوقی کنونی**، تهران: خرسندی.
* مشـــهدی، علی (۱۳۹۵)، «**تأملـــی بر نظارت قضایی دیـــوان عدالت اداری بر صلاحیت‌های تشـــخیصی در پرتو ماده ٦٤ قانون دیوان**»، تحقیقات حقوقی، دوره ۱۹، شماره ۷٤.
* نجابت‌خواه، مرتضی و همکاران (۱۳۹٦)، «**آسیب‌شناسی ساختار و صلاحیت‌های مراجع اختصاصی اداری در حقوق ایران**»، دیدگاه‌های حقوق قضایی، شـــماره ۷۷ و ۷۸.
* هداوند، مهدی (۱۳۹۵)، **حقوق اداری تطبیقی**، جلد نخســـت، چاپ پنجم، تهران: سمت.
* هداونـــد، مهـــدی (۱۳۹٤)، **حقوق اداری تطبیقی**، جلـــد دوم، چاپ پنجم، تهران: سمت.
* هداوند، مهدی و مشـــهدی، علی (۱۳۹۵)، **اصـــول حقوق اداری؛ در پرتو آرای دیوان عدالت اداری**، چاپ چهارم، تهران: خرسندی.
* هداونـــد، مهدی و آقایی‌طوق، مســـلم (۱۳۹٦)، **دادگاه اختصاصی اداری در پرتو اصول و آیین‌های دادرسی منصفانه**، چاپ سوم، تهران: خرسندی.

ب. انگلیسی

* E. Blythe Stason (1938), **"Administrative Tribunals -organization and reorganization"**, Michigan Law Review, Vol. 36, No. 4.
* Harlow, Carol and Richard Rawlings (1997), **Law and Administration**, Cambridge: Cambridge university press.
* Warren H. Pillsbury,(1923), **"Administrative Tribunals"**, Harvard Law Review, Vol. 36, 5.

مجله حقوقی دادگستری

مقاله پژوهشی/ دوره ۸۸/ شماره ۱۲۷/ صفحات: ۲۴۶-۲۲۵
تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۱۰/۱۴ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۸/۲۶

چالش واژگانی قانون‌گذار «عدالت اداری» در ارتباط با خسارت

آیت مولائی[۱]

چکیده

فرایند تطور و قافله تغییر و اصلاح در صلاحیت دیوان عدالت اداری در ارتباط با موضوع مسؤولیت مدنی دولت، اخیراً وارد فاز جدیدی شده است. در اردیبهشت سال ۱۴۰۲، جدیدترین موردِ اصلاحات را نزد قانون‌گذار دیوان عدالت شاهد هستیم. به نظر می‌رسد در این اصلاحیه، با در نظر گرفتن استعمال واژگان تازه، قلمروی تازه‌ای برای صلاحیت دیوان تعریف شده است که شایسته توجه علمی است. نوشتار حاضر با درک چنین اهمیتی، در پاسخ به این پرسش که چالش‌های واژگانی قانون‌گذار «عدالت اداری» در چارچوب تبصره ۱ ماده ۱۰ قانون دیوان عدالت اداری چیست، در پاسخ با استفاده از روش توصیفی تحلیلی، به این نتایج می‌رسد که: نخست، ابرواژگانِ مسؤولیت مدنی حکومت در این سند، «تخلف» و «اختصاصی» است و بدون فهم این واژه‌ها، امکان رمزگشایی و تبیین موضوع این نوع مسؤولیت ممکن نیست؛ دوم، تخلفِ موضوع این نوع مسؤولیت زمانی قابل تصور است که تخلف از «قانون» در کنار تخلف از «صلاحیت» اتفاق بیافتد؛ از این رو واژگان قانون و صلاحیت در اینجا یک کارویژه دارند و به عنوان دو مقوله مستقل از هم مطرح نیستند؛ سوم، از آن‌جا که در صدر تبصره بر عام بودن صلاحیت دادگاه‌ها تصریح شده است، می‌توان چنین فرض کرد که در اصلاحات جدید، این محاکم مهم‌ترین نامزد خالقِ تئوری مسؤولیت مدنی حکومت در ایران هستند.

واژگان کلیدی: تخلف از وظایف قانونی، تخلف از وظایف اختصاصی، ماده ۱۰ قانون دیوان عدالت اداری، مسؤولیت مدنی حکومت، عدالت اداری.

---

۱. دانشیار گروه حقوق دانشکده حقوق و علوم اجتماعی دانشگاه تبریز.
amulaee@tabrizu.ac.ir

درآمد

در فرایند تاریخیِ تغییر و اصلاح در صلاحیت دیوان عدالت اداری در ارتباط با موضوع مسؤولیت مدنی حکومت، اخیراً فاز جدیدی از این‌گونه مسؤولیت را شاهد هستیم. به صورتی که در اردیبهشت ۱۴۰۲، جدیدترین اصلاحیه بر این قانون دیوان عدالت اداری وارد گردید. در همین نگاه آغازین چنین می‌نمایاند که چهره عدالت «مسؤولیت مدنی حکومت» نزد قانون‌گذارِ عدالتِ اداری، دچار تعدیل در فرایند و مکانیزم گردید. چنین اصلاحیه‌ای ممکن است در نگاه اول آن‌چنان مهم جلوه نکند، اما با نگاه دقیق‌تر به موضوع، مشخص است که نباید این تغییرات را خنثی ارزیابی کرد، بلکه این تغییرات «مهم»، «باردار» و خط مشی‌ساز است؛ چرا که قانون‌گذار در لحظه اصلاح قانون به دنبال هدف خاصی است؛ بنابراین در عین حالی که حامل آثاری حقوقی بر مفهوم، قلمرو و خوانش مسؤولیت مدنی حکومت دارد، چهره عدالت را وارد مرحله جدیدی می‌کند و بدین وسیله مسیر عدالت را در قوه قضاییه در ارتباط با دولت مشخص می‌سازد. در این صورت، شناخت این مسیر نیازمند تبیین موضوع و تحلیل محتوایِ آن است که در این نوشتار بدان پرداخته می‌شود تا از این طریق، در عین حالی که راجع به مفهوم مسؤولیت مدنی حکومت، آشکارگیِ معنایی بیشتری حاصل شود، قلمروی این مفهوم بیش از پیش ایضاح معنایی بیشتری پیدا کند. در این راستا نقطه محوری این تحقیق، تمرکز بر واژگانی است که در چارچوب این قانون تازگی داشته و گویا قانون‌گذار مقصود خاصی از به‌کارگیری این واژگان داشته است.

بر این مبنا، نوشتار حاضر در پی پرداختن به این سوال است: چالش‌های واژگانی قانون‌گذار عدالت اداری در چارچوب تبصره ۱ ماده ۱۰ قانون دیوان عدالت اداری چیست؟ در پاسخ به این سوال تلاش خواهد شد با استفاده از روش توصیفی تحلیلی، پاسخ علمیِ درخوری برای این پرسش ارائه شود. در این راستا، رئوس ایرادها و چالش‌های قابل ذکر به بحث گذاشته می‌شود تا از این طریق، سرگشتگی‌های قانون‌گذار در انتخاب واژگان مناسب در خصوص مسؤولیت مدنی حکومت مطرح شود.

۱. جمله‌پردازیِ سردرگم کننده

یکـــی از روش‌هـــای نامعمول قانون‌گـــذار در مقام اصلاح قانون، توســـل به واژه‌پردازی‌های بدیع اســـت. ایـــن موضوع در عین حالی که ممکن اســـت موجب برداشـــت‌های متفاوت از معانی واژگان باشد، از نقطه‌نظر اصول و منطق قانون‌گذاری نیز محل تأمل جدی بوده و چالش برانگیز اســـت و در مقام عمل، تابعان، شهروندان و مکلفان قانون را با تکلیف ســـخت و پر مشقت روبه‌رو می‌کند. وضعیت چالش‌زایِ مذکور در تبصره ۱ ماده ۱۰ قانون دیوان عدالت اداری رخ داده اســـت. در این تبصره، شرط شناسایی و پذیرش خسارت در دیوان عدالت اداری به «تخلف در اجرای وظایف قانونی و اختصاصی یا ترک فعل از انجام وظایف مذکور از ســـوی واحدهای دولتی یا دســـتگاه‌های مذکور در بندهای ۱ و ۲ این ماده و مأمورین واحدها و دســـتگاه‌های یادشده» منوط شده است. از آن‌جایی که در ادبیات قانون‌گذار، این نوع از واژه‌پردازی راجع به «مســـؤولیت مدنی حکومت» مسبوق به سابقه نبوده و بدیع می‌نمایاند، برای فهم موضوع و مـــوارد داخل در صلاحیت دیوان عدالت اداری، نیازمند طرح فروض مختلف هستیم که رئوس آن‌ها به شرح زیر است.

۱-۱. فرض عبارت حشـــو در نسبت‌ســـنجیِ دو عبارت «وظایف قانونی» و «وظایف اختصاصی»

در پاســـخ به این ســـوال که چه زمانی مســـؤولیت مدنی واحدهای دولتی یا دســـتگاه‌های اجرایی مربوطه یا کارگزاران آن قابل تصور اســـت باید گفت که اگر در اجرای وظایف قانونی و اختصاصی، «تخلف» یا «ترک فعل» صورت گیرد مســـؤولیت مدنی واحدهای دولتی یا دستگاهِ مربوطه یا کارگزاران آن موضوعیت پیدا خواهد کرد. در این‌صورت اگر گفته شـــود که آیا میان «وظایـــف قانونی» و «وظایف اختصاصی» مـــرزی وجـــود دارد؛ به نحوی که این دو را به عمل حقوقی مســـتقل تبدیل کند؟ در چارچوب این فرض، پاســـخ منفی است و گفته خواهد شـــد که در اینجا قانون‌گذار ترادف معنایی دو واژه «قانونی» و «اختصاصی» را افاده کرده اســـت؛ لذا از یک سو با وضعیت بازگشـــتِ معناییِ وظایف اختصاصی به وظایف قانونی مواجه هســـتیم و از ســـوی دیگر وضعیتِ ارجاع معنایِ قانونی به اختصاصی پیش رو است؛ لذا دو کلمه قانونـــی و اختصاصی یک معنا، یـــک کارکرد و یک هدف را دارند. در چارچوب این

فرض، به قانون‌گذار این انتقاد وارد است که نباید به دنبال واژه‌های حشو در متن ماده باشد؛ چرا که از جمله اصول قانون‌گذاری این است از عبارت مترادف و در نتیجه حشو استفاده نشود. در نتیجه گفته خواهد شد که بر قانون‌گذار حکیم زیبنده نیست با شور شاعرانه به سراغ سندنویسی برود و در مقام شعرسرایی، واژگان مترادف و هم‌معنا یا زائد را در متن ماده بگنجاند، بلکه بایسته است در مقام واژه‌پردازی از عبارت‌پردازیِ دقیقِ حقوقی استفاده کند و از حشویات پرهیز کند؛ نه یک کلمه بیش بگوید و نه یک کلمه کم.

۲-۱. فرض «واو مکمل» در عبارت «اجرای وظایف قانونی و اختصاصی»

در چارچوب این فرض، با وضعیتِ بازگشت «اختصاصی» به «قانونی» در جهت تکمیل معنا روبه‌رو هستیم؛ لذا عبارت «وظایف اختصاصی» به عبارت «وظایف قانونی» بازگشت تکمیلی دارد. چنین بازگشتی برای ایضاح معنا بوده تا از این طریق به عنوان مکملِ معنایِ عبارتِ اولیه توسط عبارت ثانویه باشد و از این طریق، عدالت اداری محقق شود؛ لذا قانون‌گذار در این‌جا نظر بر رعایت اصل صلاحیت در ارتباط با اصل حکومت قانون دارد و کارمند با رعایت اصل صلاحیت، قانون را به اجرا می‌گذارد. در این صورت، هر دو عبارت فی حد ذاته فاقد معنای کامل بوده و در معیت هم، کمالِ معناییِ حقوق اداری را پیدا می‌کنند. بر این اساس، نقض هر یک از آن‌ها به تنهایی موجب حدوث وضعیت مسؤولیت مدنی حکومت نیست؛ لذا عبارت درست: «وظایف قانونی اختصاصی» است؛ یعنی وظایفی که قانون اختصاصاً برای کارمند یا ارگان دولتی تعریف کرده است. از این دیدگاه، هر تخلف از وظایف قانونی زمینه‌ساز احراز صلاحیت دیوان عدالت اداری نیست، بلکه تخلفی قابل پیگیری در دیوان است که در آن، تخلف از وظایف اختصاصی نیز رخ داده باشد. در این‌جا به یک اعتبار، به بیان اصولیین، تخلف از وظایف قانونی «مقدمه واجب» تخلف از وظایف اختصاصی است.

۳-۱. فرض وابستگی یکی بر دیگری

در این چارچوب فرضی، با وابستگی یکی بر دیگری مواجه هستیم. اگر عبارت اولی (وظایف قانونی) را وابسته به دومی(وظایف اختصاصی) بدانیم، عبارت اولیه فی حد ذاته فاقد معنای کامل بوده و در معیت عبارت دوم، کمالِ معناییِ حقوق

اداری را پیدا می‌کند؛ لذا به صرف نقض قانون، مسؤولیت مدنی حکومت یا کارگزار آن قابل احراز نخواهد بود؛ مگر این‌که به طور دقیق و مشخص معین شود مسبب خسارت چه کسی بوده است؛ لذا در مقام شک در موضوع یا ابتر بودن فرایند یا ناقص بودن عناصر خسارت، بر مبنای اصل کلی برائت عمل خواهد شد. لذا اگر مشخص نشود که مسبب یا مباشر خسارت چه کسی بوده است، بر مبنای قاعده برائت عمل خواهد شد، اما اگر عبارت دوم را وابسته به عبارت اولی بدانیم، عبارت دوم فی حد ذاته فاقد معنای کامل بوده و در معیت عبارت اول، کمالِ معنایی حقوق اداری را پیدا می‌کند. در نتیجه ممکن است در مقام هدف‌گذاری، قضات دچار سردرگمی شوند و گفته شود که به صرفِ نقضِ صلاحیت کارگزار، نمی‌توان حکم به مسؤولیت مدنی وی صادر کرد؛ مگر این‌که وی در مقام نقض چنین صلاحیتی، قانون حاکم بر موضوع را نیز نقض کرده باشد. در این وضعیت، محدوده‌های «مسکوت» قانونی به نفع کارگزار خاطی تعبیر خواهد شد.

بدیهی است که این فرض، ظالمانه‌ترین تفسیر را ارائه داده و پذیرش آن به شدت موجب به محاق رفتن عدالت اداری خواهد شد.

٤-١. فرض «واو ربطی» در عبارت: «تخلف از وظایف قانونی و اختصاصی... از سوی واحدهای دولتی یا دستگاه‌های مذکور در... این ماده و مأمورین واحدها و دستگاه‌های یادشده»

در چارچوب این فرض، با پدیده ربطیِ «فعل» و «فاعل» روبه رو هستیم. در نتیجه عبارت «وظایف قانونی» و «وظایف اختصاصی» به مثابه عمل، به ترتیب در ارتباط با «واحدهای دولتی یا دستگاه‌های مذکور در بندهای (۱) و (۲) این ماده» و «مأمورین واحدها و دستگاه‌های یاد شده» قرار دارد؛ بنابراین در چارچوب این فرض، عبارت «وظایف قانونی» با تکیه بر اصل حکومت قانون، ناظر بر واحدهای دولتی و دستگاه‌های اجرایی است که آن‌ها را مکلف به قانونمندی در اعمال حقوقی می‌سازد، اما عبارت «وظایف اختصاصی» با تکیه بر اصل صلاحیت، ناظر بر کارمندان آن ارگان‌ها است. در این قالب فرضی، تخلف یا ترک فعل راجع به وظایف اختصاصی مأمورین واحدها و دستگاه‌های یاد شده آغازگر پرونده خسارت در چارچوب صلاحیتیِ دیوان عدالت اداری است. در مقابل، تخلف یا ترک فعل راجع به وظایف قانونی از طرف

واحدها و دستگاه‌های یاد شده شروع کننده پرونده خسارت در چارچوب صلاحیتِ دیوان عدالت اداری است؛ لذا در قالب این فرض، دو نوع وضعیت قابل تصور است: نخست، خسارت ناشی از واحدهای دولتی یا دستگاه‌های مذکور در بندهای ۱ و ۲ این ماده (موضوع نقض اصل حکومت قانون)؛ دوم، خسارت ناشی از مأمورین واحدهای دولتی یا دستگاه‌های مذکور در بندهای ۱ و ۲ این ماده (موضوع نقض اصل صلاحیت).

۵-۱. فرض رابطه استقلالی «اجرای وظایف قانونی» از «اجرای وظایف اختصاصی»

بر مبنای این فرض هر یک از عبارات مذکور در این‌جا به تنهایی عنصر سازنده‌ای برای شناسایی خسارت هستند؛ لذا حدوث هر یک از این‌ها موجب مسؤولیت مدنی شخص خواهد بود. در چارچوب این فرض، به محض حدوث هر یک از وضعیت‌های دوگانه مذکور، پرونده خسارت قابلیت افتتاح و پیگیری توسط متضرر را در یکی از شعب بدوی دیوان عدالت اداری خواهد داشت. به این اعتبار، «واو» مقرر در میانه عبارت: «وظایف قانونی و اختصاصی» تساهلاً هم‌معنی با «یا» است؛ لذا معنای دقیق عبارت: «وظایف قانونی یا اختصاصی» است و تخلف از هر یک از وظایف «قانونی» یا «اختصاصی» مستوجب مسؤولیت مدنی حکومت یا کارگزاران آن در قلمروی امر اداری خواهد بود. در واقع نگاه از حیث پیامد عمل نیز مؤید این فرض است. از این دیدگاه، اگر این دو مؤلفه را مستقل از هم در نظر بگیریم، از حیث عملی با وضعیتی که این دو را وابسته به هم می‌داند تفاوتی نخواهد داشت. در نتیجه از این رویکرد می‌توان گفت که نباید نقش زیادی را به حرف «واو» در این عبارت داد.

موضوع را یک‌بار دیگر می‌توان مرور کرد و گفت: آیا وظیفه قانونی مستقل از وظیفه اختصاصی است؟ اگر قائل بر فرض استقلال این دو از همدیگر باشیم در نتیجه ناگزیریم وظیفه قانونی را متعین در مفهوم «اصل حکومت قانون» بدانیم و وظیفه قانونی را در معنای «عمل به قانون» تعبیر کنیم. در این صورت وظیفه اختصاصی ناظر بر «اصل صلاحیت» است؛ لذا قانون‌گذار در این‌جا نظر بر رعایت هر دو مفهوم: اصل صلاحیت و اصل حکومت قانون دارد. کارمند با رعایت اصل صلاحیت، قانون را

بـــه اجرا می‌گذارد و لذا نقض هر یک از این دو جزء (قانون/ صلاحیت) مســـتوجب مســـؤولیت است و اگر نقض هر یک از این‌ها موجب ورود خسارت به دیگری شود در نتیجه مســـؤولیت مدنی کارمند موضوعیت پیدا خواهـــد کرد، اما اگر نقض قانون یا صلاحیت موجب خســـارت نشـــود، به صرف نقض صلاحیت یا قانون، مسؤولیت کارمند محرز است؛ حال ممکن این مسؤولیت از نوع انتظامی یا اداری و اجرایی باشد.

در میان فروض بالا، از حیث کارکردگرایی، فروض اول و دوم تفاوت زیادی با همدیگر ندارند. بر مبنای غایتی که برای این دو فرض متصور است، هر تخلفی الزاماً منتج به مسؤولیت مدنی حکومت نیست؛ مگر این‌که در آن‌جا عملِ (فعل یا ترک فعل) مسؤولیت‌زا در راستای تخلف از وظایف قانونی-اختصاصی باشد؛ لذا تخلف از مطلق قوانین و مقررات مستوجب مسؤولیت مدنی حکومت نیست، بلکه چنین تخلفی باید در راســـتای تخلف از قوانین و مقررات اختصاصی آن واحد دولتی یا دستگاه اجرایی مربوطه یا صلاحیت‌های مأمورین آن‌ها باشد.

۲. ابهام در معنای «اختصاصی»

بـــا توضیحات مقرر در بالا، مشـــخص اســـت که در چارچـــوب اراده جدید قانون‌گذار، نقطه ثقل مســـؤولیت مدنی حکومت در واژه «اختصاصی» متمرکز شـــده است و رمزگشـــایی از آن، تا حدود زیادی می‌تواند نزاع نظری راجع به این موضوع را در چارچوب این تبصره برطرف سازد. حال سوال این‌جاست که منظور از وظایف اختصاصی چیست؟ در پاسخ سه فرض شاخص قابل تصور است.

۲-۱. برداشت موسع از وظایف اختصاصی

در چارچـــوب این فرض، نقطه آغازینِ طرح موضوعِ خســـارت در وضعیتی مطرح می‌شـــود که در قوانین و مقررات مربوط بـــه صلاحیت‌هایِ آن واحد دولتی یا دســـتگاه اجرایی، اجرای فعل یا ترک فعلی به شکل آشکار یا ضمنی پیش-بینی شده باشـــد یا مفروضاً عمل اداری کارگزاران آن واحد دولتی یا دســـتگاه اجرایی بر مبنای آن‌ها استوار شده باشـــد. به بیان دیگر، رعایت آن الزامات مقدمه واجب فعل یا ترک فعل آن دســـتگاه یا واحد دولتی به شـــمار آید و در غیر این صورت، فرض تخلف از قانون مطرح خواهد شـــد؛ بنابراین هرگونه ارتباط معنـــادار عمل با صلاحیت قانونیِ کارگزار یا دستگاه مربوطه، زمینه‌ساز شـــکل‌گیری مسؤولیت مدنی حکومت خواهد

بود.

بدیهی است که در قالب این برداشت، برخی از فعل‌ها یا ترک‌فعل‌هایی که منجر به تخلف از قانون شده‌اند ممکن است در ارتباط با سایر اشخاص نیز قابل تصور باشد، اما از این حیث که در این‌جا، مقدمه واجبِ عقلی برای اجرای قانونمندِ صلاحیت به شمار می‌آید، نقض آن‌ها مستوجب حدوث وضعیت تخلف از قوانین و مقررات اختصاصی خواهد بود؛ هر چند که هیچ‌گونه «خصوصیتی» برای این دستگاه یا مأمور آن نداشته باشد. از این دیدگاه، هر تخلفی از وظیفه اختصاصی، از آن‌جایی که به وظیفه قانونی پیوند خورده است، نقض آن مستوجب مسؤولیت مدنی حکومت است. برای مثال در فرضی که در اثر بی‌احتیاطی یک کارمند خسارتی به ارباب رجوع وارد شود، در صورتی که ارتباط معناداری میان «خسارت» و «خدمت» عمومی کارمند یا دستگاه اجرایی مربوطه داشته باشد، مسؤولیت مدنی حکومت محقق شده است.

۲-۲. برداشت متوسط از وظایف اختصاصی

در این چارچوب، هرگونه تخلف از وظایف قانونی و اختصاصی زمانی مستوجب مسؤولیت است که اولاً، اجرای آن «خدمت» در راستای وظایف «اختصاصی» آن کارمند یا دستگاه بوده باشد؛ ثانیاً، در قوانین خاص احکام خاصی برای آن عمل خاص پیش‌بینی نشده باشد؛ بنابراین مواردی را که قانون‌گذار در اسناد خاص دیگر از شمول حکم ماده مستثنا کرده باشد، رسیدگی به آن از صلاحیت دیوان عدالت خارج است؛ چرا که برای چنین عملی، عنوان قانونیِ خاصی پیش‌بینی شده است. برای مثال مریضی که خود را به دست تیغ تیز جراح متخصصی می‌سپارد در صورت تخلف از الزامات قانونی یا نظامات پزشکی در چارچوب قانون مجازات اسلامی یا قانون مسؤولیت مدنی مسؤولیت قانونی خواهد داشت. در چارچوب این فرض، همین که ارتباط مستقیم یا معنادار میان «خدمت عمومی» و «صلاحیت» ایجاد گردید و در اثر آن، خسارتی در اثر خدمت به شخصی وارد شد، پرونده مسؤولیت مدنی حکومت باز می‌شود؛ به شرطی که سایر عناصر خسارت نیز هویدا گردد.

۳-۲. برداشت مضیق از وظایف اختصاصی، وظایف انحصاریِ مقرر در قانون

در چارچـــوب این فرض، مســـؤولیت مدنی حکومت تحت شـــرایط خاصی موضوعیت دارد؛ به این معنا که برای حدوث وضعیت مسؤولیت مدنی حکومت باید چندین شـــرط حادث شـــود که به ترتیب از این قرارند: نخست، تخلف از قوانین و مقررات قانونی رخ داده باشـــد؛ یعنی حدوث وضعیت فعل یا ترک فعلِ عام راجع به اصل حکومت قانون؛ ثانیـــاً، چنین تخلفی تداوم منطقیِ تخلف از وظایفِ اختصاصی آن مأمور یا دســـتگاه مربوطه باشد؛ یعنی حدوث وضعیت فعل یا ترک فعل خاص در ارتباط با اصل حکومت قانون؛ ثالثاً، چنین فعل یا ترک فعل راجع وظایف اختصاصی در راســـتای تخلف از آن دسته وظایفی باشـــد که واجد «خصوصیت» است؛ لذا اگر چنین تخلف یا ترک فعلی درباره قانون، واجد «عمومیت» باشـــد؛ یعنی مشترک و عام میان همگان باشـــد، دیگر مجالی برای طرح موضوع مســـؤولیت مدنی حکومت پیدا نخواهد شـــد؛ یعنی حدوث وضعیت فعل یا ترک فعلِ اختصاصی از حکومت قانون؛ رابعاً، چنین فعل یا ترک فعلی ناشـــی از تخلـــف از وظایف «انحصاری» آن مأمور یا دستگاه باشـــد؛ یعنی حدوث وضعیت فعل یا ترک فعل انحصاری در خصوص اصل حکومت قانون؛ بنابراین در فرضی که تخلف از قانون، انحصاریِ پست اداری کارمند نبـــوده یا انحصاریِ صلاحیت‌هایِ قانونیِ آن واحد دولتی یا دســـتگاه اجرایی مربوطه نباشد، مسؤولیت مدنی «حکومت» موضوعیت پیدا نکرده است.

در ظاهر چنین می‌نمایاند که دیوان عدالت اداری با فرض اخیر هم‌ســـو است. اگـــر چه در این مدت کم، امکان نیل و ارزیابی عملی رویه شـــعب دیوان امکان‌پذیر نیست، اما نگاهی به کتابچه «نوآوری‌های مهم قانون دیوان عدالت اداری» منتشر شده از سوی معاونت حقوقی، پیشـــگیری و پژوهش دیوان عدالت اداری در پاییز ۱۴۰۲، گویای نزدیکی و هم‌دلی آن معاونت با این فرض است. در کتابچه مذکور می‌خوانیم: «منظور از تخلف از قوانین و مقررات، مطلق قوانین و مقررات نمی‌باشـــد، بلکه دیوان عدالت صلاحیت رســـیدگی به خســـارت‌هایی که در اثر تخلف از قوانین و مقررات اختصاصی اداری آن دستگاه تحقق یافته است را دارد. مثلاً صدور پروانه یا نظارت بر رعایت مقررات فنی ســـاختمان در احداث بنا از جمله وظایف اختصاصی شهرداری است که چنان‌چه در این‌گونه موضوعات از قوانین و مقررات تخلف نماید، رسیدگی

به موضوع احراز وقوع تخلف و مطالبه خسارت ناشی از آن در صلاحیت دیوان عدالت اداری خواهد بود؛ زیرا تخطی از قوانین و مقررات اختصاصی شهرداری صورت گرفته است» (معاونت حقوقی، پیشگیری و پژوهش دیوان عدالت اداری، ۱۴۰۲: ۹). در ادامه این استدلال، معاونت مذکور با ذکر یک مثالی، موضع خود را بیش از پیش به فرض اخیر نزدیک ساخته و چنین آورده است: «به عنوان مثال در صورتی که در فعالیت‌های عمرانی شهرداری، به جهت عدم نصب علائم هشدار دهنده خسارتی به اشخاص وارد شده باشد و علت خسارت نیز عدم نصب علائم هشدار دهنده باشد، موضوع از صلاحیت دیوان عدالت اداری خارج است؛ چرا که این امر ناشی از عدم رعایت نظامات و ناشی از بی احتیاطی و بی مبالاتی بوده است که اختصاصی به امر اداری ندارد» (همان: ۹-۱۰).

به‌رغم موضع دیوان در بالا، به نظر می‌رسد باید بر فراز تحلیل معاونت حقوقی دیوان قرار گرفت و با در کنار هم گذاشتن سه‌گانه «وظایف قانونی و اختصاصی»، «تخلف» و «ترک فعل» به یکی از موضوعات شایع مسؤولیت مدنی حکومت پاسخ داد و گفت که فعل یا ترک فعلی که موجب نقض قوانین و مقررات مربوط به پست سازمانی کارگزار شود یا برخلاف فلسفه وجودی واحد دولتی یا دستگاه اجرایی مقرر در بندهای ۱ و ۲ ماده ۱۰ گردد مستوجب مسؤولیت مدنی حکومت خواهد بود؛ هر چند که اداره مدعی عدم نقض قوانین و مقررات مربوط به صلاحیت خود باشد. به این اعتبار، واژه «اختصاصی» در اینجا نقش بارزی دارد و فراتر از معنای پوزیتویستی کلمه است و معنایش با عبارات: «خدمت عمومی» (آنچه که مقتضی اصل خدمت عمومی است)، «خدمت اختصاصی» (آنچه که مقتضی پست اداری است)، «وظیفه تخصصی» (آنچه که اقتضای آن تخصص اداره یا کارمند است)، «وظیفه حرفه‌ای» (آنچه که اقتضای آن حرفه است) تکمیل می‌شود. قاضی عدالت اداری نیز باید در لحظه دادرسی، با ایستادن بر فراز مواد قانونیِ بی‌روح در ارتباط با وظایف قانونی مقرر، با استعانت از معنای وظیفه اختصاصی، سرباز وفادار عدالت باشد در غیر این صورت، بازیچه دست طبقه زمام‌داری خواهد شد.

۳. ابهام در معنای تخلف

از جمله ستون فقرات مسؤولیت مدنی حکومت در ماده ۱۰ قانون دیوان عدالت اداری، واژه «تخلف» است. مسلم است که مطلق تخلف زمینه را برای شناسایی جبران خسارت فراهم نمی‌کند؛ آن‌سان که برخی از حقوق‌دانان در ارتباط با اعمال حاکمیت، دولت را معاف از مسؤولیت مدنی فرض کرده‌اند (طباطبائی، ۱۳۸۵: ۳۹۲) و برخی نیز عمل حاکمیت را اساساً شاخصی برای مسؤولیت مدنی دولت دانسته‌اند (واعظی، ۱۳۹٤: ۲۰۳-۲۰٦)؛ لذا برای فهم صلاحیت دقیق دیوان باید از واژه «تخلف» رمزگشایی کرد. این واژه کلمه‌ای سهل و ممتنع است. اگر بتوان فرض حکمت قانون‌گذار را تصور کرد، باید گفت که واژه تخلف در اینجا برای نشان دادن مقصودی به کار رفته است؛ در غیر این صورت، قانون‌گذار به راحتی می‌توانست از کلمات دیگر استفاده کند. بر این اساس، ناگزیر باید این واژه را فهمید. برای فهم آن، چند سطح مطرح است:

۱-۳. خوانش ادبی

در این سطح، تخلف در معانی «خلاف کردن، خلاف وعده کردن؛ خلاف گفته یا پیمان خود عمل کردن، عقب ماندن؛ واپس ماندن» آمده است. نگاهی به این تعابیر، گویای آن است که این معانی پوشش دهنده یکدیگر نیستند. در نتیجه در مقام تفسیر و معنای تخلف در لایه حقوق با استعانت از سطح ادبیِ واژه، با معضل مواجه هستیم. حداقل تفسیر از این واژه این است که این کلمه دو جنبه دارد. برابر فارسی تخلف را «سرپیچی» تعریف کرده‌اند که به نظر دقیق نیست؛ چرا که در سرپیچی، نوعی از عمد متصور است، اما در چارچوب معنایی فرهنگ لغت‌های فارسی مشاهده می‌شود که قلمروِ معنایی کلمه «تخلف»، وسیع‌تر از سرپیچی است. جالب این‌که مترادف‌های این واژه شامل تجاوز، تخطی، تمرد، اشتباه، خلاف، روی‌گردانی، سرپیچی، قصور، خلاف جستن، پیمان‌شکنی، خلف وعده، نقض عهد و خلاف‌کار است. اگر بتوان از این سطح استعانت معنایی جست، می‌توان گفت واژه «تخلف» ناظر بر عمل خسارت‌بارِ مبتنی بر تعدی یا تفریط از یک سو و خسارتِ عامدانه یا بدون عمد از سوی دیگر نظر دارد.

مشاهده می‌شود در لایه ادبی، معنای کلمه وسیع بوده و قلمروی زیادی را در

برمی‌گیرد و لذا اگر این برداشـــت را به فضـــای حقوقی عمل تخلف اعمال کنیم، هر گونه عدول از ریل قانونیِ مقرر را تخلف در بر خواهد گرفت.

۲-۳. معنای عرفی

اگر بتوان این گزاره را بدون چالش پذیرفت که «الفاظ محمول بر معانی عرفی هســـتند»، معنای عرفیِ کلمه «تخلف» در اینجا راهگشا خواهد بود. در عرف جامعه، واژه تخلف از معنای لغوی‌اش دور نیافتاده است. تخلف بسته به فضای کاربردی‌اش بر فعل یا ترک فعلی نظر دارد که در آن، «نقض عهد یا قانون یا عادات مسلم» صورت گرفته باشـــد. بدیهی اســـت که در این ســـطح نیز تخلف در برگیرنده قلمروی وسیع معنایی و کارکردی است که بر فراز قلمروی حقوق اداری قرار می‌گیرد.

۳-۳. معنای قانونی

ایـــن لایه بر خوانش قانونی تخلف نظر دارد؛ لذا معنایی که قانون‌گذار عدالت اداری افاده کرده، شـــاخص قانونی برای تخلف به شـــمار خواهد آمد. به‌رغم اهمیت زیاد این سطح، نه تنها قانون‌گذار مذکور، بلکه هیچ قانون دیگری راجع به این مفهوم رمزگشـــایی قانونی نکرده است. لازم به ذکر است که اگر معنای لغوی، برداشت ابعد از این واژه را به دســـت می‌دهد، در مقابل تعریف قانونی، برداشت اقرب این مفهوم را تبیین می‌کند؛ لـــذا تعریف قانونی نه تنها نزدیک‌ترین، بلکه عین معنای حقوقی آن را به دست می‌داد. مشکل آن‌جایی است که هیچ‌یک از لایه‌های سه‌گانه مذکور پاسخ شـــفاف و اجماعی را بدان نداده‌اند و در نبـــود تعریف به قانونِ «تخلف»، ناگزیر باید دست به دامن سطح دیگر شد.

٤-۳. لایه تفسیر و تأویل

به نظر می‌رســـد بـــا تلفیق معنای ادبی و کاربرد و کارکـــردی که این کلمه در فضایِ مقتضی حقوق عمومی و حقوق اداری دارد، می‌توان به تفســـیری از این مفهوم نایل شـــد. در حقوق اداری با تکیه بر سنجه «قانون»، می‌توان این واژه را تفسیر کرد. در چنین لحظه‌ای می‌توان تخلف را بر اســـاس اثر عمل و نه سایر زاویه‌های عمل به بحث گذاشت؛ یعنی به محض این‌که در ارتباط با «خدمت عمومی»، عملی از طرف اداره یا کارگزار موجب ورود خســـارت به ارباب رجوع شود، وی محق طرح دعوی خسارت در دیوان خواهد.

٤. قرینه‌سازیِ ناصوابِ «تخلف» در برابر «ترک فعل»

دیوان عدالت اداری در مقام رسیدگی به پرونده‌های خسارت، به درستی به مفاهیم «فعل» و «ترک فعل» اشاره داشته است. هیأت عمومی دیوان عدالت اداری در رأی وحدت رویه شماره ١٤٢٧ مورخ ١٣٨٦/١٢/٥ برای این عنصر از مسؤولیت مدنی، از عبارت «فعل یا ترک فعل» استفاده کرده است (مولائی و لطفی، ۱۳۹۷: ۱۹۸؛ نجابت–خواه، ۱۳۹۰: ١٤٥)، اما هیچ‌گاه تخلف را به معنای «فعل غیر قانونی» به کار نبرده است.

از دهه گذشته، قانون‌گذار عدالت اداری در این تبصره، واژه «تخلف» استفاده کرد که فرض نظریه مسؤولیت مبتنی بر تقصیر را تقویت می‌کرد، اما اخیراً در ظاهر چنین به نظر می‌رسد که قانون‌گذار برای ایضاح معنای این واژه، قرینه آن را در «ترک فعل» دیده است و بدین وسیله افق تازه‌ای را پیش روی حقوق‌دانان گشود. ترک فعل در نگاه اول فاقد خصوصیت است؛ لذا در هر دو حوزه حقوق عمومی و حقوق خصوصی قابل اعمال است، اما زمانی که این مفهوم وارد فضای دو دانش مذکور می‌شود کاربرد، کارکرد و کارویژه آن تا حدودی رنگ و بوی اختصاصی آن دانش را پیدا می‌کند و در نتیجه، این عبارت خصوصیت پیدا می‌کند. این نوآوری بیش از آن‌که راهگشا باشد، سردرگم کننده است. دلیل اصلی چنین ادعایی در این واقعیت نهفته است که هر واژه‌ای در فضای دانشی خود ظرفیت شایسته خود را نشان می‌دهد و به درستی می‌توان ادعا کرد که قرینه «ترک فعل» در برابر «فعل» قرار دارد و این دو در دانش حقوق خصوصی به میزانی که ظرفیت شایسته‌تری برای ارائه دارند، در حقوق اداری راهگشا نیستند؛ چرا که اقتضای ساحت حقوق اداری از حقوق خصوصی متمایز است. در حقوق اداری «تخلف» در برابر «جرم»، موضوع دانش حقوق جزا و جرم‌شناسی به کار می‌رود و در هر دوی آن‌ها، «قانون» سنجهٔ اساسی برای ترسیم معنای تخلف و جرم است. در ارتباط با مسؤولیت مدنی حکومت نیز واژه بنیادی، «قانون» است و اگر بتوان به «فعل» یا «ترک فعل» نیز توجهی داشت، زمانی دو عبارت اخیر در حقوق اداری واجد اهمیت می‌شوند که در سایه‌سار «قانون» قرار گیرند. بر این اساس است که «فعل قانونی» در برابر «فعل غیرقانونی» قرار می‌گیرد و «ترک فعل قانونی» در برابر «ترک فعل غیرقانونی» قابل تصور است.

۵. سردرگمی تئوری مسؤولیت مدنی حکومت

از گذشته تئوری‌هایی در باب مسؤولیت مدنی حکومت وجود داشته است که نویسندگان حقوق اداری ایران بدان‌ها پرداخته‌اند،[۱] اما به نظر می‌رسد این موضوع همچنان مسأله حقوق اداری ایران است. در تبصره ۱ ماده ۱۰، از یک سو چنین می‌نمایاند که قانون‌گذار عدالت اداری با اصرار بر استفاده از واژه «تخلف» در پی بنیان گذاشتن تئوری برای مسؤولیت مدنی حکومت در فضای تقصیر است. در این چارچوب احراز رابطه سببیت میان ضرر و فعل زیان‌بار شرط ایجاد مسؤولیت به شمار می‌آید (امیدیان، وحدتی شبیری و سعیدی، ۱۴۰۱: ۲۹). از سوی دیگر، با قرینه‌سازی «تخلف» با «ترک فعل»، در عین حال که مسیر تهی‌سازیِ معنایِ اصطلاحیِ واژۀ تخلف را در حقوق اداری کلید زده؛ راه تفسیر موضوع را باز گذاشته است. یکی از تفاسیر هم‌دلانه با متن اصلاحی اخیر، این است که گفته شود اساساً هم‌چنان بنیان تئوریک مسؤولیت مدنی حکومت در منطوق ماده هویدا نیست و این موضوع به «زمان» واگذار شده است تا قاضی عادل از لابلایِ خاکسترِ خاموشیِ قانون‌گذار عدالت اداری، «عدالت» را در رگ‌های پرونده و در لحظه‌ای که اقتضای منصفانه و عادلانه بودن است به جریان اندازد. اگر این تفسیر پذیرفته شود آن‌سان که در پرونده معروف به «سنتوری» چنین شد، می‌توان هم‌چنان به مسیر لایتناهیِ عدالت اداری در چارچوب این قانون امیدوار بود و در غیر این صورت، دست‌کم تا زمان دوام تبصره اصلاحی اخیر، مسیر عدالت اداری در چنبره مواد بی‌جان ماده مذکور گرفتار باقی خواهد ماند.

٦. استفاده از واژه «مامور» به جای «کارمند»

نگاهی به ادبیات قانون‌گذار، مؤید آن است که نزد قانون‌گذار، واژه «مأمور» ناظر بر مفهوم خاص حقوق اداری نیست؛ لذا به عنوان یک نهاد اداری متعین و متشخص نیست، بلکه برای فهم آن در ابتدا باید سراغ معنای ادبی واژه برویم و البته چنین ادبیاتی زیبنده قانون‌گذار اداره نیست؛ چرا که با وجود واژگان و تأسیسات مشخص حقوق اداری، استفاده از عبارات نامأنوس قابلیت دفاع حقوقی ندارد. از

---

۱. برای مثال، بنگرید به: ابوالحمد، ۱۳۷۹: ۷۹۸-۸۰۰؛ غمامی، ۱۳۷٦: ۲۱-۵۰؛ موسی‌زاده، ۱۳۸۹: ۲٦۷-۲٦۹.

گذشـــته تا به امروز، در قوانین اداری ایران، واژه نهادینه شـــده و مرسوم در خصوص نیروهای انســـانی دستگاه‌های حکومتی، «مستخدم» بوده است؛ آن سان که از نخستین قانون اســـتخدام کشـــوری مصوب ۱۳۰۱/۹/۲۲ (ماده ۵ به بعد) تا قانون اســـتخدام کشـــوری مصوب ۱۳٤٥ از این عبارت برای شناســـایی نیروهای انسانی دستگاه‌های اجرایی استفاده می‌شده اســـت.، اما با اصلاحاتی که در قوانین استخدامی دهه ۱۳۸۰ رخ داد، در راســـتای ایده «مدیریت عمومی نوین» ذائقه قانون‌گذار عوض شد و کلمه «کارمند» جایگزین واژه مستخدم گردید و تا به امروز نیز این رویه ادامه داشته است. بر این مبنا ستون فقرات نیروی انسانی دستگاه‌ها را دو کلمه قدیم «مستخدم» و جدید «کارمند» تشکیل داده است. حال جای این سوال است که چرا قانون‌گذار به جای این دو کلمه مرســـوم و نهادینه شـــده از واژه «مأمور» استفاده کرده است. منطوق و سیاق ماده پاسخ راه‌گشایی ندارند. در این‌جاست که نه تنها شائبهٔ جهل قانون‌گذار نسبت به مفاهیم حقوق عمومی به وجود می‌آید، بلکه فرض بحران در حاکمیت دیدگاه حقوق عمومـــی در مورد موضوعات مربوط به ســـاحت حقوق عمومی بیش از پیش تقویت می‌شود (مولائی و احمدی، ۱٤۰۱: ۳۲۰).

نکته سخت ماجرا مربوط به جایی است که در هیچ قانونی واژهٔ مأمور تعریف نشده اســـت. تنها در برخی اسناد قانونی، نظیر قانون مجازات اسلامی (مواد ۵۷۰ الی ۵۸۳) و قانون استخدام کشـــوری مصوب ۱۳۰۱ (مواد ۱۲ و ۱۸) از این واژه استفاده شده اســـت؛ بدون این‌که تعریفی از این کلمه ارائه شـــود. اگر هم تعریفی از واژگان هم‌خانواده آن‌ها ارائه شـــده اســـت، در ظرف آن قانون قابل استفاده است. از معدود تعاریـــف مرتبط با این واژه، می‌توان به ماده ۱۱ قانون اســـتخدام کشـــوری مصوب ۱۳٤٥/۳/۳۱ اشاره داشت که در آن مقرر شده است: «مأموریت عبارت است از محول شدن وظیفه موقت به مستخدم غیر از وظیفه اصلی یا عادی که در پست ثابت سازمانی خود دارد». در ماده ۱۲ نیز فاعـــلان این نوع از جابه‌جایی را «مأمور» نام‌گذاری کرده اســـت. در نتیجه حتی در جایی که قانون‌گذار اداره از واژه مأمور استفاده کرده است، اساساً بر آن دســـته از نیروهای انسانی اداره (کارمند یا مستخدم) نظر داشته است که به صورت موقت از نقطه‌ای به نقطه دیگری جابه‌جا می‌شـــوند و وظیفه جدیدی را به شکل مقطعی بر عهده می‌گیرند نظیر تبصره ٤ ماده ۸٤ قانون مدیریت خدمات کشوری.

حتی اگر بتوان مدعی شـــد که قانون‌گذار در اینجا با اســـتعانت از معنای لغویِ کلمه «مأمور» به ســـراغ حل مسأله رفته است، مأمور به معنی «آن‌که برای انجام کاریِ معین و منصوب می‌شود» است، گفته خواهد شد هر فردی که کاری از کارهای حکومت را متقبل گردیده داخل در معنای «مأمور» خواهد بود. نیک می‌دانیم که این قلمرو معنایی تا چه اندازه نادقیق است؛ چرا که برخی از افراد نظیر پیمانکاران و کارگران تحت امر پیمانکار، به‌رغم تقبل وظیفه‌ای از وظایف حکومت، از این حیث که شـــخصیت وی مســـتقل از دستگاه اجرایی است، اعمال منتسب به وی و کارگران تحت امر وی قابل انتســـاب به دولت نبوده و لذا از اســـاس، مقوله صلاحیت دیوان عدالت اداری برای رسیدگی به اعمال خسارت‌بار آن‌ها موضوعیت پیدا نخواهد شد. جالب اینجاست که عموماً واژه «مأمور» در اســـناد قانونی با پسوندی آمده است. برای مثال در مواد ۵۷۰ الی ۵۸۳ قانون مجازات اسلامی، با پسوند «دولتی» آمده و به شکل «مأمور دولتی» ذکر شـــده است یا اینکه در معدود تعریفی که ذکر شده است با پسوند «خدمت عمومی» آمده و به صورت «مأمور به خدمت عمومی» است (ابوالحمد، ۱۳۷۹: ۵۲).

برای برون‌رفـــت از وضعیت بالا، با در نظر گرفتـــن تعریفی که ماده ۷ قانون مدیریت خدمات کشـــوری راجع به کارمند دســـتگاه اجرایی ارائه داده است می‌توان گفت مناســـب‌ترین واژه همانا «کارمند» به جای «مأمور» اســـت؛ چرا که در این ماده مقرر شـــده است: «کارمند دستگاه اجرائی فردی است که بر اساس ضوابط و مقررات مربوط، بـــه موجب حکم و یا قرارداد مقام صلاحیت‌دار در یک دســـتگاه اجرائی به خدمت پذیرفته می‌شـــود». شـــاید در گذشـــته در زمان رواج واژه «مستخدم»، نظر به سخت‌گیری‌هایی که قانون استخدام کشوری راجع به قلمروی معناییِ مستخدم دولت داشت برخی از کارکنان دولت از قلمروی شمول نیروهای انسانی دستگاه‌های اجرایی مســـتثنا می‌شدند، اما با وسعت نظری که قانون‌گذار در ماده ۷ مذکور راجع به کارمند دســـتگاه اجرایی داشته اســـت، در حال حاضر هر نوع رابطه قراردادی یا قانونی میان نیروی انسانی با یک دستگاه اجرایی، در برگیرندهٔ همه کارکنان آن دستگاه‌ها می‌باشد که با عنوان «کارمند» شناخته می‌شوند.

نکتـــه قابل توجه در این‌جا، ناظر بر واژهٔ «مأمورین» اســـت. در حقوق اداری زمانی که از ســـوژه‌های اداری سخنی به میان می‌آید مفاهیم «مستخدم» و «کارمند» به

ذهن متبادر می‌شـــود. از قدیمی‌ترین اســـناد مربوط، قانون استخدام کشوری و قانون مدیریت خدمات کشـــوری چنین برمی‌آید که در آن‌هـــا واژه «مأمور» ناظر بر مفهوم خاص حقوق اداری نیســـت؛ لذا به عنوان یک نهاد اداری متعین و متشـــخص نیست، بلکـــه برای فهم آن در ابتدا باید ســـراغ معنای ادبی واژه برویـــم و البته چنین ادبیاتی زیبنده قانون‌گذار اداری نیست؛ چرا که با وجود واژگان و تأسیسات مشخص حقوق اداری نظیر کارمند، استفاده از عبارات نامأنوس قابلیت دفاع حقوقی ندارد.

۷. به کارگیری عبارات «واحد دولتی» و «دســـتگاه دولتی» در برابر «دستگاه اجرایی»

اگر بتوان قلمروی کارکردی و کاربردی تبصره ۱ ماده ۱۰ قانون دیوان عدالت اداری را متعین در امر اداری دانســـت، ناگزیر باید اســـناد مربوط به حقوق اداری را مهم‌ترین ســـنجه برای تعریف، ترســـیم و تبیین واژگان به کار رفته در این تبصره در نظر گرفت. نگاهی به این تبصره، در لحظه ترسیم ارگان‌ها، دو عبارت «واحد دولتی» و «دستگاه دولتی» را به غلط به جای عبارت «دستگاه اجرایی» به کار برده است؛ چرا که قانون‌گذار «اداره» در آخرین سند مادرِ اداری، قانون مدیریت خدمات کشوری، در مواد ۱ تا ٤ به احصاء ارگان‌های اداری و اجرایی پرداخته اســـت و در ماده ۵ همه آن مفاهیم را ذیل عنوان کلی «دســـتگاه اجرایی» آورده است.[۱] این عبارت ظاهراً نخستین بار در قانون برنامه و بودجه کشـــور مصوب ۱۳۵۱/۱۲/۱۰ مطرح گردیده اســـت.[۲] در ســـایر اســـناد قانونی نیز به کارگیری این عبارت مسبوق به سابقه است. برای مثال در قانون محاسبات عمومی مصوب ۱۳٦٦/٦/۱ از عبارت دستگاه اجرایی استفاده شده و در متن قانون بیســـت و سه بار مورد استفاده قرار گرفته است. از این دیدگاه، ارگانی که وظیفه «امر اداری» را بر عهده دارد یا اجرای آن را متقبل می‌شود در چنین لحظه‌ای

۱. ماده ۵ این قانون در مقام تعریف مقرر داشته است: «دستگاه اجرائی: کلیه وزارتخانه ها، مؤسسات دولتی، مؤسســـات یا نهادهای عمومی غیر دولتی، شـــرکت‌های دولتی و کلیه دستگاه‌هایی که شمول قانون بر آن‌ها مســـتلزم ذکر و یا تصریح نام اســـت از قبیل شرکت ملی نفت ایران، سازمان گسترش و نوسازی صنایع ایران، بانک مرکزی، بانک‌ها و بیمه‌های دولتی، دستگاه اجرائی نامیده می‌شوند».

۲. در بند ۱۱ ماده یک این ســـند، قانون‌گذار در مقام تعریف مفاهیم، درباره «دســـتگاه اجرایی» چنین مقرر داشته اســـت: «منظور وزارتخانه، نیروها و ســـازمان‌های تابعه ارتش شاهنشاهی، استانداری یا فرمانداری کل، شهرداری و مؤسســـه وابسته به شهرداری،–مؤسسه دولتی، مؤسسه وابسته به دولت، شـــرکت دولتی، مؤسسه عمومی عام‌المنفعه و مؤسســـه اعتباری تخصصی است که عهده‌دار اجرای قسمتی از برنامه سالانه بشود».

چنین نهادی ذیل عنوان حقوق اداری «دستگاه اجرایی» قرار داشته و مشمول احکام حقوق اداری نظیر تبصره ۱ ماده ۱۰ مذکور خواهد بود. با این حال، قانون‌گذار دست به دامن عبارات دیگری شده است.

به بیان دقیق‌تر، اگرچه مفهوم دستگاه اجرایی بعد از گذشت بیش از پنج دهه در حقوق اداری ایران ایضاح معنایی کاملاً روشن و دقیقی پیدا نکرده است، اما زمانی موضوع پیچیده‌تر می‌شود که قانون‌گذار از این عبارت عدول کرده و عبارت دیگری را مورد استفاده قرار دهد. چالش‌برانگیزتر آن‌که قانون‌گذار در هیچ سند قانونی دست به تعریف عبارات ابداعی خود در چارچوب قانون دیوان عدالت اداری نزده است؛ بنابراین در مقام تعریف به ماهیت، قانون‌گذار با چالش مفهوم‌شناختی ارگان حکومتی مواجه است. این وضعیت زمانی بغرنج‌تر می‌شود که تعریف به مصداق و تعریف به نوع نیز بدان اضافه گردد.

ممکن است گفته شود در چارچوب این تبصره، قلمروی نوعی و مصداقیِ موضوع مسؤولیت مدنی حکومت محدود به ارگان‌هایی است که در صدر ماده استَ و فراتر از آن‌ها را در بر نمی‌گیرد، اما در مقابل باید گفت که برخی از ارگان‌ها از گذشته مشمول این قانون نبوده‌اند. برخی دیگر از این ارگان‌ها در اثر به اصطلاح خصوصی سازی از شمول بخش دولتی به بخش خصوصی وارد شده‌اند و پدیده زشت «خصولتی» را موجب شده‌اند و محدوده پرتوافکنی قانون‌گذار را تیره و تار ساخته‌اند و در نتیجه دیوان عدالت اداری به مثابه «مرجع قضایی عام در امور اداری» (عباسی، ۱۳۹۰: ۲۹۲؛ مشهدی، ۱۳۹۵: ۳۵) را با چالش روبه‌رو ساخته است.

فرض هم‌دلانه با قانون‌گذار این است که از جمله دلایل به کارگیری عبارات مذکور این بوده است که قلمروی مسؤولیت مدنی حکومت را متعین در دستگاه‌های اداری و اجرایی نبیند و با ایستادن بر فراز اصل تفکیک قوا، هر واحد یا دستگاهی که پسوند «دولتی» را مفروضاً یا تصریحاً یدک می‌کشد، مشمول حکم تبصره قرار دهد.

۸. چالش تبصره ۱۰ از حیث عملی

با نگاهی به منطوق تبصره مذکور، قابل مشاهده است که از جنبه عملی هم این شیوه از نگارش متن ایراد و چالش دارد. از جمله شایع‌ترین آن‌ها این است که اگر پرونده‌های مربوط به مسؤولیت مدنی حکومت به طور مستقیم در دادگاه عمومی

مطرح شـــود، احراز تخلف در صلاحیت دادگاه عمومی اســـت یا بایســـتی به دیوان عدالت اداری ارجاع داده شود. اگر پاسخ منفی باشد، همان معضل رسیدگی دوگانه و مشکلات سابق خود را نشان خواهند داد، اما اگر پاسخ مثبت باشد، نقض غرض رخ داده و فلسفه وجودی دیوان عدالت اداری به محاق خواهد رفت.

با همه نقدها به وضعیت بالا، نمی‌توان چشـــم امید را از «قاضی»، آن ســـرباز راســـتینِ عدالت بســـت. در واقع قاضی در لحظه ســـکوت قانون می‌تواند ســـکوت را بـــه نفع «حق» و نه ســـایر مفاهیـــم مبهم و کلی که از اراده‌های آغشـــته به منافع و لابی‌های قانون‌گذاران برمی‌آید تفســـیر نماید و در نتیجه از انجماد تقسمیات دانشی فراتر رود؛ آن ســـان که برای نمونه در دادنامه شماره ۱٤۰۲٦۸۳۹۰۰۱٤٥۸٥۰٥ مورخ ۱٤۰۲/۹/۲۹ صادره از شـــعبه ۱۲ دادگاه تجدیدنظر تهران که در تایید رای به شـــماره دادنامه ۱٤۰۲٦۸۳۹۰۰۰۰۹۹۸٥۹۳ مورخ ۱٤۰۲/۱/۳۰ شعبه ٥۲ دادگاه عمومی حقوقی مجتمع قضایی کارکنان دولت تهران صادره گردیده است؛ قضات سکوت قانون را به نفع «حق»ها تفســـیر کرده و نظر به عدم صلاحیت دیوان عدالت اداری در خصوص رسیدگی به شکایات از مصوبات رئیس قوه قضاییه، دادخواست خواهان دال بر ابطال ماده ٦ آیین‌نامه موضوع تبصره ۳ قانون اصلاح پاره‌ای از مواد دفاتر اســـناد رسمی را پذیرفته و حکم به ابطال ماده مذکور داده است.

برآمد

۱- این نوشـــتار نشان می‌دهد تا چه اندازه قانون‌گذار «عدالت اداری» در مقام سندنویسی، استانداردهای حقوقی را به کنار نهاده و در انتخاب واژگان مناسب دچار سرگشتگی شـــده اســـت. قانون‌گذار در انتخاب واژگان، کمال بی‌دقتی یا بدسلیقگی را داشـــته اســـت و پس از گذشـــت بیش از چهار دهه از عمر قانون‌گذاریِ «عدالت اداری»، بـــا مفاهیم حقوق اداری بیگانه بوده و به صورت رها از واژگان «دل‌بخواهی»، «ابهام‌آلود» و «ســـردرگم کننده» اســـتفاده می‌کند. باید توجه داشت که «قانون خشت اول است»؛ بر این اساس است که فرض «آلوده بودن سرچشمهٔ عدالت اداری»، یعنی «قانون‌گذار عدالت اداری» در ایران بیش از پیش تقویت می‌شود.

۲- عدم توجه قانون‌گذار به پندهای حقوق‌دانان آشکار است؛ این همه مقالات انتقادی راجع به مســـیر ناصواب قانون‌گذار عدالت اداری برای آن است که وی را از این مسیر برحذر دارد، اما قانون‌گذار یا نظرات حقوق‌دانان حقوق عمومی را نمی‌شنود یا اگر می‌شـــنود خلاف آن عمل می‌کند. در چنین وضعیتی، یا راه ما نادرست است یا راه قانون‌گذار.

۳- قانون‌گذار به اجزای ســـازنده مســـؤولیت مدنی حکومت توجهی نداشته است. اگر بپذیریم که مفهوم مسؤولیت مدنی حکومت لاجرم از یک دروازه انحصاری می‌گـــذرد، بی‌تردید آن دروازه، دروازه «واژگان» اســـت و عـــدم دقت یا کم توجهی بدان موجب گمراهی اســـت. این وضعیت در مورد قانون‌گذار عدالت اداری در طول دهه‌های گذشته در حال اتفاق افتادن بوده است. نگاهی به اصلاحات چهار دهه اخیر راجع به موضوع خســـارت و مسؤولیت مدنی حکومت، شاهد بارزی بر این ادعاست که البته هیچ وقت مورد توجه قانون‌گذار عدالت اداری نبوده اســـت. یک بار و برای همیشـــه باید پذیرفت که «کل» یعنی مســـؤولیت مدنی حکومت، متشکل از «اجزاء»، یعنی واژگان به کار رفته در گزاره است.

فهرست منابع

* ابوالحمد، عبدالحمید (۱۳۷۹)، **حقوق اداری ایران**، تهران: توس.
* عباسی، بیژن (۱۳۹۰)، **حقوق اداری**، تهران: دادگستر.
* غمامی، مجید (۱۳۷٦)، **مسؤولیت مدنی دولتی نسبت به اعمال کارکنان خود**، تهران: دادگستر.
* طباطبائی، منوچهر (۱۳۸۵)، **حقوق اداری**، تهران: سمت.
* مشهدی، علی (۱۳۹۵)، **قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری در نظم حقوقی کنونی**، تهران: خرسندی.
* معاونت حقوقی، پیشگیری و پژوهش دیوان عدالت اداری (۱٤۰۲)، **نوآوری‌های قانون جدید دیوان عدالت اداری**، تهران: دیوان عدالت اداری.
* موسی‌زاده، رضا (۱۳۸۹)، **حقوق اداری**، تهران: میزان.
* نجابت‌خواه، مرتضی(۱۳۹۰)، **قانون دیوان عدالت اداری در نظم حقوقی کنونی**، تهران: جنگل.
* آقایی طوق، مسلم (۱۳۹۸)، «**تحلیلی تاریخی بر دوگانگی فرایند رسیدگی به دعاوی مسؤولیت دولت در ایران**»، پژوهش حقوق عمومی، سال بیست و یکم، شماره ٦۲.
* آیینه نگینی، حسین و ابریشمی راد، محمدامین (۱٤۰۱)، «**نقش شعب دیوان عدالت اداری در رسیدگی به دعاوی مسؤولیت مدنی ناشی از تخلف دولت**»، اندیشه‌های حقوق عمومی، سال دوازدهم، شماره ۱ (پیاپی ۲۲).
* استوار سنگری، کورش (۱٤۰۰)، «**حوزه صلاحیت دیوان عدالت اداری و دادگاه‌های عمومی در تبصره یک ماده ۱۰ قانون دیوان عدالت اداری**»، جستارهای حقوق اداری، سال اول، شماره ۱ و ۲.
* امامی، محمد و واعظی، سیدمجتبی و رستمی، مریم (۱٤۰۰)، «**تأملی بر استثنائات مسؤولیت مدنی دولت در نظام حقوقی ایران**»، پژوهش‌های نوین حقوق اداری، سال سوم، شماره ٦.
* امیدیان، علیرضا و وحدتی شبیری، سیدحسن و سعیدی، محمدعلی (۱٤۰۱)، «**توزیع مسؤولیت مدنی به میزان درجه تأثیر در تصادفات رانندگی با تکیه بر مواد**

۵۲۶ و ۵۲۸ قانون مجازات اسلامی»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۶، شماره ۱۱۹.

* حیدری، وحید و غمامی، سیدمحمدمهدی (۱۴۰۰)، «**تقابل قاعده لا ضرر و قاعده احسان در مسؤولیت مدنی دولت**»، اندیشه‌های حقوق عمومی، سال دهم، شماره ۲ (پیاپی ۱۹).

* رحیمی، حبیب‌الله (۱۳۹۷)، «**تحولات مسؤولیت مدنی دولت به سبب صدور و اجرای آرای قضایی با تصویب قانون مجازات اسلامی و قانون آیین دادرسی کیفری جدید**»، پژوهش حقوق عمومی، سال بیستم، شماره ۵۹.

* صالحی مازندرانی، محمد (۱۳۹۴)، «**مطالعه تطبیقی مبنا و ماهیت مسؤولیت مدنی دولت**»، حقوق تطبیقی، جلد ۱۱، شماره ۱.

* کاشانی، جواد (۱۳۹۵)، «**مرجع صالح برای رسیدگی به دعوای مسؤولیت به طرفیت دولت**»، دیدگاه‌های حقوق قضایی، شماره ۷۳ و ۷۴.

* حیاتی، علی‌عباس (۱۳۹۸)، «**بررسی و نقد قانون مسؤولیت مدنی در حقوق موضوعه کنونی ایران**»، پژوهش‌نامه انتقادی متون و برنامه‌های علوم انسانی، سال نوزدهم، شماره ۱۲ (پیاپی ۷۶).

* مولائی، آیت و لطفی، حسن (۱۳۹۷)، «**تحلیل انتقادی نحوه اثبات ارکان مسؤولیت مدنی اداره در چارچوب ماده ۱۰ قانون دیوان عدالت اداری**»، مطالعات حقوقی، دوره ۱۰، شماره ٤.

* مولائی، آیت و میراحمدی، فاطمه (۱۴۰۱)، «**چالش‌های آرای هیئت‌های تشخیص مطالبات سازمان تأمین اجتماعی با تأکید بر آرای دیوان عدالت اداری**»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۶، شماره ۱۲۰.

* واعظی، سیدمجتبی (۱۳۹٤)، «**معیار عمل حاکمیت در حقوق اداری ایران**»، مطالعات حقوقی، دوره ۷، شماره ۲.

مقاله پژوهشی/ دوره ۸۸/ شماره ۱۲۷/ صفحات: ۲۷۴-۲۴۷
تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۶/۰۳ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۳/۲۰

رویه قوه مقننه ایران در تعیین مراجع ملی[۱]

عبدالمجید سودمندی[۲]
محمود عباسی[۳]

چکیده

بسیاری از معاهدات بین‌المللی به‌طور صریح یا ضمنی مستلزم تعیین مرجع ملی توسط هر یک از کشـــورهای متعاهد جهت اجرای تمام یا بخشـــی از تعهدات معاهده هستند و از این رو، بررســـی فرایند تعیین مراجع ملی، حائز اهمیت اســـت. در نظام حقوقی ایران تاکنون فقط قوای مقننه و مجریه در تعیین مراجع ملی نقش داشته‌اند؛ در این نوشتار به منظور شناسایی نقاط ضعف و قوت رویه قوه مقننه ایران در تعیین مراجع ملی، به بررسی این رویه به شیوه توصیفی تحلیلی پرداخته و نتیجه گرفته‌ایم که با توجه به عدم وضع ضابطه در قانون اساسی درباره تعیین مراجع ملی، قوه مقننه بر اساس صلاحیت عام قانون‌گذاری، اختیار تعیین مراجع ملی برای تمام معاهدات و نهادهای بین‌المللی را دارد. با وجود این، قوه مقننه در بســـیاری از موارد، تعیین و تغییر مراجع ملی را به قوه مجریه واگذار کرده که موجب انتقاد اســـت به‌ویژه با توجه به این‌که بعضی از این مراجع ملی، غیراجرایی هستند. در هر صورت آگاهی جامع از محتوای معاهده که لازمه تعیین مرجع ملی است، در زمان تصویب معاهده برای نمایندگان مجلس حاصل می‌شود و از این رو، مناسب‌ترین ابزار برای تعیین مرجع ملی، قانون تصویب‌کننده معاهده است، اما قوه مقننه در موارد بســـیار نادر از این قوانین برای تعیین مراجع ملی استفاده کرده است. در ضمن، تصویب معاهده توسط قوه مجریه که در بعضی موارد مجاز شناخته شده است و همچنین تعیین مراجع ملی در متن معاهدات که مجلس اختیار تغییر آن‌ها را ندارد، سبب محدودیت اختیار قوه مقننه برای تعیین مراجع ملی شده است.

واژگان کلیدی: مرجع ملی، معاهـــدات بین‌المللی، قانون تصویب‌کننده معاهده، قانون مربوط به اجرای معاهده، قانون تعیین حق عضویت در نهادهای بین‌المللی.

---

۱. این مقاله برگرفته از طرح پژوهشی نگارندگان تحت عنوان «رویکردها و چالش‌های تعیین مراجع ملی در نظام حقوقی ایران» است که با حمایت مالی اندیشکده بین‌المللی کرامت انسانی انجام شده است.

۲. استادیار دانشکده حقوق و علوم اجتماعی، دانشگاه پیام نور، تهران، ایران (نویسنده مسؤول).
Soudmandi@pnu.ac.ir

۳. دانشیار مرکز تحقیقات اخلاق و حقوق پزشکی، دانشگاه علوم پزشکی شهید بهشتی، تهران، ایران.
dr.abbasi@sbmu.ac.ir

درآمد

پای‌بندی کشـــورها به معاهدات و اجرای دقیق تعهدات معاهداتی و همچنین حضور فعال آن‌ها در نهادهای بین‌المللی، تضمین‌کننده تداوم روابط دوستانه و بهبود تعاملات بین‌المللی است و در همین راستا «اجرای معاهدات به کلیه ارکان یا مقامات سیاســـی، اداری، اجرایی، قانون‌گذاری و قضایی و امثال آن‌ها در محدوده صلاحیت نسبی‌شان منتقل شده و تخصیص یافته است» (ضیائی بیگدلی، ۱۳۹۵: ۱۲۱)؛ البته بسته به موضوع معاهده، ممکن اســـت نقش بعضی نهادهای حکومتی در اجرای تعهدات معاهداتی بیشتر باشد (Venice Commission, 2014: 39)؛ به‌ویژه با توجه به این‌که «کشورها، معاهدات را با هدف تنظیم سه نوع رابطه منعقده می‌کنند: روابط افقی[1] میان کشورها، روابط عمودی[2] میان کشورها و بازیگران خصوصی (اعم از اشخاص حقیقی و شـــرکت‌ها) و روابط فراملی[3] میان بازیگران خصوصی که تعاملات فرامرزی دارند» (Sloss, 2020: 12-13). بر همین اســـاس، «گر چه قاضی و به طور کلی دستگاه قضا به عنـــوان یکی از ارکان دولت، از منظر حقوق بین‌الملـــل مکلف به اجرای تعهدات بین‌المللی دولت بوده و عدم پای‌بندی نظام قضایی به این تعهدات به مثابه نقض تعهد از ســـوی دولت به‌شـــمار می‌رود» (ذبیحی، ۱۴۰۱: ۱۲۱)، اما نقش دادگاه‌های داخلی در اجرای تعهدات معاهداتی تا حدود فراوان بســـتگی به این دارد که تعهدات افقی، عمودی یا فراملی هستند (Sloss, 2020: 13).

در دهه‌های اخیر، بعضی معاهدات لازم دانســـته‌اند که هر یک از کشـــورهای متعاهد، یک یا چند دســـتگاه داخلی را به عنوان مســـؤول اجرای تمام یا بخشـــی از تعهدات معاهداتی تعیین کنند و معمـــولاً از آن‌ها با عنوان «مرجع ملی»[4] یاد می‌کنند. برای مثال، ماده ۹ کنوانســـیون تجارت بین‌المللی گونه‌های حیوانات و گیاهان وحشی در معرض نابودی[5] منعقد شده در ۱۹۷۳، کشورها را ملزم به ایجاد یک یا چند مرجع ملی اداری و یک یا چند مرجع ملی علمی کرده اســـت. همچنین طبق قوانین اتحادیه

1. Horizontal
2. Vertical
3. Transnational
4. National authority
5. Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora

اروپا، ایجاد مقام‌های نظارتی ملی[1] توسط کشورهای عضو اتحادیه اجباری است (De Somer, 2017: 1).

البته بسیاری از معاهدات در زمان‌های گذشته و حتی در زمان معاصر به لزوم تعیین مرجع ملی تصریح نکرده‌اند؛ در حالی که به طور ضمنی مستلزم تعیین مرجع ملی هستند. برای مثال می‌توان از کنوانسیون بین‌المللی مبارزه با تبعیض در امر تعلیمات[2] منعقد شده در ۱۹۶۰ نام برد که به لزوم تعیین مرجع ملی تصریح نکرده است، اما ماده ۷ این معاهده از کشورها خواسته است گزارش‌های ادواری خود را درباره اجرای معاهده به کنفرانس عمومی یونسکو ارائه دهند و از این رو، کشورهای متعاهد باید مرجعی را جهت ارائه این گزارش‌ها تعیین کنند.

همچنین در بعضی موارد، نهاد ایجادشده از یک معاهده، لازم می‌داند کشورهای طرف معاهده یک یا چند مرجع ملی با وظایفی مشخص پیش‌بینی کنند. برای مثال، جزء ٦ بند الف ماده ۳ اساسنامه سازمان بین‌المللی انرژی اتمی که یکی از وظایف سازمان را وضع استانداردهای ایمنی دانسته است، سبب وضع «مقررات انتقال ایمن مواد رادیواکتیو»[3] توسط این سازمان شد و در بند ۲۰۷ این مقررات، لازم دانسته شد مقام‌های صلاحیت‌دار[4] ملی و بین‌المللی برای نظارت بر اجرای این مقررات ایجاد شوند (IAEA, 2004: 6). به عنوان مثالی دیگر، شورای وزیرانِ شورای اروپا در سال ۲۰۰۸ به کشورهای عضو پیشنهاد کرد یک فرد یا نهاد هماهنگ‌کننده[5] برای اجرای آرای دیوان اروپایی حقوق بشر تعیین کنند (Venice Commission, 2014: 24).

در هر صورت، با پیوستن ایران به یک معاهده بین‌المللی که به طور صریح یا ضمنی مستلزم تعیین مرجع ملی است، مقام‌های ایرانی باید مرجع ملی ایران را در آن معاهده تعیین کنند؛ زیرا این اقدام جزء تعهدات معاهداتی است و بهره‌مندی کشور از معاهده بدون تعیین مرجع ملی، به طور کامل محقق نخواهد شد؛ چنان‌که عدم تعیین

1. National regulatory authorities.
2. Convention against Discrimination in Education
3. Regulations for the Safe Transport of Radioactive Material.
4. Competent authority.
5. Individual or body coordinator.

مرجع ملی برای کنوانسیون بین‌المللی مبارزه با تبعیض در امر تعلیمات منعقد شده در ۱۹۶۰ [1] و یا عملکرد نامناسب آن، این‌گونه مورد انتقاد قرار گرفته است: «متأسفانه با بررسی که تاکنون به عمل آمد و پرسشی که از کمیسیون ملی یونسکو صورت گرفته، نشانی از گزارش مقدماتی و دوره‌ای ایران در مورد کنوانسیون‌ها و توصیه‌های یونسکو و به ویژه در مورد کنوانسیون مبارزه با تبعیض در امر آموزش دیده نشد» (مهرپور، ۱۳۸۳: ۲۱۱). تعیین مرجع ملی و برگزیدن دستگاه حکومتی مناسب به‌عنوان مرجع ملی غیر از آن‌که می‌تواند مانع بروز اختلاف‌هایی همچون شکایت سازمان ثبت اسناد و املاک ایران در دیوان عدالت اداری بابت تعیین وزارت دادگستری به عنوان مرجع ملی ایران در سازمان جهانی مالکیت معنوی شود، از جهت نقش مرجع ملی در ارتقای جایگاه کشور در سطح بین‌المللی نیز حائز اهمیت است؛ چرا که بعضی از مراجع ملی وظایف بین‌المللی همچون ارتباط با کشورها و نهادهای بین‌المللی (برای مثال، ماده ۱۹ پروتکل کارتاهنا درباره ایمنی زیستی نسبت به کنوانسیون تنوع زیستی منعقد شده در ۲۰۰۰) و ارائه گزارش درباره اجرای تعهدات (برای مثال، ماده ۱۵ کنوانسیون استکهلم در خصوص آلاینده‌های آلی پایدار منعقد شده در ۲۰۰۱) بر عهده دارند. از این رو، به عنوان مثال، گفته شده است: «مقام‌های ملی [2] از موقعیت‌های بسیار متفاوت برخوردارند ... و موقعیت آن‌ها در چارچوب قانون اساسی‌شان، مهم‌ترین عاملِ تعیین‌کننده تأثیر آن‌ها در سطح اتحادیه اروپا است» (Bomberg & Peterson, 1998: 219).

نخستین و اساسی‌ترین پرسشی که درباره تعیین مراجع ملی مطرح می‌شود، این است که کدام نهادهای حکومتی صلاحیت دارند مراجع ملی ایران را تعیین کنند و این صلاحیت را در چه قالب‌هایی اِعمال می‌کنند. در این خصوص لازم به ذکر است که گرچه بعضی معاهدات در خصوص وابستگی سازمانی مرجع ملی، کم یا بیش ضوابطی را مقرر کرده‌اند، اما همان‌طور که انتظار می‌رود در خصوص نهاد صلاحیت‌دار برای تعیین مرجع ملی سکوت کرده‌اند؛ زیرا نمودار سازمانی کشورها مختلف است و اختیارات نهادهای مختلف حکومتی نیز متفاوت است و از این رو

۱. نگارندگان در هیچ‌یک از قوانین و مقررات، نشانه‌ای از تعیین مرجع ملی ایران برای کنوانسیون فوق نیافتند.

2. Sub-national authorities.

نمی‌توان دستگاهی یکسان را به عنوان نهاد صلاحیت‌دار برای تعیین مرجع ملی در کشورهای مختلف در نظر گرفت؛ چنان‌که به عنوان مثال، درباره مرجع ملی کشورها برای نظارت بر مقررات وضع‌شده توسط سازمان بین‌المللی انرژی اتمی برای انتقال ایمن مواد رادیواکتیو گفته شده است: «ایجاد مرجع صلاحیت‌دار ملی، یک موضوع مربوط به کشور مربوطه است و به چارچوب نظارتی و نهادی و همچنین ابعاد برنامه انتقال مواد رادیواکتیو آن کشور بستگی دارد» (Blackman, 1997: 181).

در هر صورت، رویه جاری در ایران حاکی از این است که تاکنون فقط قوای مقننه و مجریه در تعیین مراجع ملی نقش داشته‌اند. در این نوشتار به منظور شناسایی نقاط ضعف و قوت رویه قوه مقننه ایران در تعیین مراجع ملی به بررسی این رویه به شیوه توصیفی تحلیلی می‌پردازیم و در این راستا، منشأ صلاحیت قوه مقننه برای تعیین مراجع ملی و نوع قوانینی که برای تعیین مراجع ملی استفاده می‌کند را به بحث می‌گذاریم و نهادهای پیشنهاد دهنده مراجع ملی به قوه مقننه و عواملی که موجب عدم تعیین مراجع ملی توسط قوه مقننه شده است را مورد تأمل قرار می‌دهیم.

۱. صلاحیت قوه مقننه برای تعیین مراجع ملی

معاهدات بین‌المللی اصولاً به صلاحیت قوه مقننه یا قوای دیگر برای تعیین مراجع ملی اشاره نمی‌کنند و حقوق بین‌الملل این موضوع را به نظام‌های داخلی واگذار کرده است؛ چنان‌که به عنوان مثال گفته شده است: «استقلال سازمانی کشورهای عضو [اتحادیه اروپا] ... این اختیار را به آن‌ها می‌دهد که نهادهای مسؤول اجرای وظایف مقرر در دستورالعمل‌های اتحادیه اروپا را (که به مقام‌های ملی واگذار شده است) ... انتخاب کنند» (Marek Szydło, 2012: 1142). از این رو، برای تعیین نهاد صلاحیت‌دار برای تعیین مراجع ملی در نظام حقوقی ایران باید به قوانین ایران مراجعه کرد. در این خصوص باید گفت که قوه مقننه ایران چه پیش از انقلاب ۱۳۵۷ و چه پس از آن، صلاحیت عام قانون‌گذاری داشته است؛ در این خصوص می‌توان به اصل پانزدهم قانون اساسی مشروطیت و اصل هفتاد و یکم قانون اساسی جمهوری اسلامی استناد کرد که به ترتیب مقرر می‌کنند: «مجلس شورای ملی حق دارد در عموم مسائل ... با رعایت اکثریت آرا در کمال امنیت و اطمینان با تصویب مجلس سنا به توسط

شخص اول دولت به عرض برساند ... و به موقع اجرا گذارده شود»؛ «مجلس شورای اسلامی در عموم مسائل در حدود مقرر در قانون اساسی می‌تواند قانون وضع کند». عبارت «در حدود مقرر در قانون اساسی» در اصل هفتاد و یکم به این معنا نیست که فقط در مواردی که قانون اساسی، قانون‌گذاری مجلس را لازم دانسته است؛ یعنی در مواردی که قانون اساسی عباراتی همچون «تفصیل آن را قانون معین می‌کند» یا «مگر به حکم قانون» را به‌کار برده است، مجلس صلاحیت وضع قانون دارد. استفاده از عبارات فوق حاکی از موارد صلاحیت انحصاری مجلس است و «بدان معنا نیست که قوه مقننه در سایر زمینه‌ها حق وضع قانون و اتخاذ تصمیم ندارد، بلکه منظور این بوده که پاره‌ای از امور فقط محتاج رأی و تأیید مجلس است و در این‌گونه امور که اصطلاحاً جزء صلاحیت‌های تکلیفی مجلس به شمار می‌آید، قوه مجریه در آن حیطه تا زمانی که قانون وضع نشده، فاقد اقتدار است» (حسینی، ۱۳۹۲: ۱٦٦)؛ از این رو عدم اشاره قانون اساسی به صلاحیت تعیین مراجع ملی، مانع صلاحیت مجلس در این زمینه نیست. در ادامه به بررسی قالب‌های اِعمال صلاحیت قوه مقننه در تعیین مراجع ملی می‌پردازیم.

۲. انواع قوانین تعیین‌کننده مراجع ملی

با توجه به این‌که تعیین مرجع ملی معاهده، جزئی از فرایند تصویب معاهده و یا در ارتباط با آن است، تفاوت رویکرد نظام‌های داخلی درباره لزوم و فرایند تصویب معاهده، موجب تفاوت فرایند تعیین مرجع ملی در نظام‌های داخلی است. «کنوانسیون وین [حقوق معاهدات] از وضع یک قاعده کلی در لزوم یا عدم لزوم تصویب معاهدات خودداری و این امر را به توافق متعاهدان و قصد و نیت آنان واگذار نموده است» (عنایت، ۱۳٦۸: ٤٥) و از طرف دیگر، «قوانین اساسی کشورها هر کدام مقامات صلاحیت‌دار خاصی را جهت تصویب معاهدات، مقرر و انتخاب کرده‌اند؛ گاهی قوه مجریه، گاهی قوه مقننه و گاهی تقسیم صلاحیت میان قوه مجریه و قوه مقننه» (ضیائی بیگدلی، ۱٤۰۱: ۸۸)؛ از این رو نمی‌توان انتظار داشت فرایند تعیین مرجع ملی و از جمله نهاد صلاحیت‌دار برای تعیین مرجع ملی در کشورهای مختلف یکسان باشد. به عنوان مثال، در تحقیقی که کمیته مشاوران حقوقی شورای اروپا انجام داده است، اعلام رضایت کشورهای مختلف اروپا به

معاهـدات بین‌الـــمللی به یکی از این اَشـکال است: رضـایت به التزام توسط رئیس کشور، تقسیم صلاحیت میان رئیس کشور و دولـت، انعقاد معاهـده به عنوان بخشی از امتیاز سلطنتی، انعقاد معاهده به عنوان بخشی از وظیفه دولـت و صـلاحیت واحدهای دولت فدرال (Committee of Legal Advisers on Public International Law, 2001: 23-30).

در نظام حقوقی ایران پیش و پس از انقلاب ۱۳۵۷، معاهدات باید به تصویب قوه مقننه می‌رسیدند. در این خصوص می‌توان به اصل بیست و چهارم قانون اساسی مشـــروطیت و اصل هفتاد و هفتم قانون اساســـی جمهوری اسلامی استناد کرد که به ترتیـــب مقرر می‌کنند: «بســـتن عهدنامه‌ها و مقاوله‌نامه‌هـــا ... باید به تصویب مجلس شورای ملی برسد به استثنای عهدنامه‌هایی که استتار آن‌ها صلاح دولت و ملت باشد»؛ «عهدنامه‌هـــا، مقاوله‌نامه‌ها، قراردادها و موافقت‌نامه‌هـــای بین‌المللی باید به تصویب مجلس شورای اسلامی برسد».

بـــا وجود ایـــن، هم در دوران پیش از انقـــلاب ۱۳۵۷ و هم پس از آن، امکان انعقاد بعضی معاهدات بدون تصویب قوه مقننه وجود داشته است. در دوران پیش از انقلاب نه‌تنها اصل بیست و چهارم قانون اساسی مشروطیت، «عهدنامه‌هایی که استتار آن‌ها صلاح دولت و ملت» بود را از تصویب مجلس مستثنا کرده بود، بلکه گفته شده است: «در رژیم سابق، تصویب کلیه معاهدات بین‌المللی در صلاحیت قوه مقننه بوده اســـت؛ جز این‌که در بعضی موارد ... مجلس شورای ملی به قوه مجریه اجازه می‌داد کـــه بعضی از موافقت‌نامه‌های بازرگانـــی ... را با تصویب هیأت وزیران منعقد نماید» (عنایت، ۱۳٦۵: ۱۲٤). به عنوان مثال، تبصره ٤۳ قانون بودجه اصلاحی سال ۱۳٤۳ کل کشـــور مقرر کرد: «به دولت اجازه داده می‌شود با توجه به مصالح سیاسی و اقتصادی و اجتماعی کشـــور بنا به پیشـــنهاد وزارت امور خارجه، روادید مسافرت بین ایران و کشورهای دیگر را لغو و یا مجدداً برقرار نماید».

پس از انقلاب ۱۳۵۷ نیز به‌رغم تصریح اصول هفتاد و هفت و یکصد و بیست و پنجم قانون اساسی به لزوم تصویب معاهدات، حقوق‌دانان در تفسیر آن‌ها اختلاف نظر دارند؛ به طوری که بعضی این دو اصل را مبین آن دانسته‌اند که «تمامی معاهدات بین‌المللی تحت هر عنوان که باشـــند، باید مورد تصویب مجلس قرار گیرند» (ضیائی

بیگدلـــی، ۱٤۰۱: ۸۸)؛ در حالی که بعضی حقوقدانان معتقدند اگر ظاهر اصل هفتاد و هفت را در نظر بگیریم، خواهیم گفت که قانون‌گذار اساسی با تکرار عناوین مختلف معاهده، خواســـته این معنا را القا کند که هر معاهده اعم از دوجانبه یا چندجانبه، مهم یا غیر مهم باید به تصویب مجلس برسد، اما تفسیر دیگری که با توجه به روح کلی و مفاد قانون اساســـی (اشارات صریح قانون‌گذار به موارد منع انعقاد بعضی معاهدات و تصویب پاره‌ای از پیمان‌ها) از این اصل می‌توان نمود، آن است که قانون‌گذار اساسی فقط خواســـته است معاهدات مهم به تصویب مجلس برسند» (فلسفی، ۱۳۷۹: ۱۷۰). البته اختلاف نظر فوق تا حدودی از جنبه عملی برطرف شـــده اســـت؛ زیرا شورای نگهبان طی نظرهای تفســـیری ۳۹۰۳ مـــورخ ۱۳٦۰/۸/۷ و ۹۹۹۳ مورخ ۱۳٦۲/۹/۸ و ۲۰۰۹ مورخ ۱۳٦۳/۸/۱٦، اســـتثناهایی را درباره لـــزوم تصویب معاهدات بین‌المللی پذیرفته اســـت (فتحی و کوهی اصفهانی، ۱۳۹۷: ۱۲۵ و ۱۲۷–۱۲۸). از این رو گفته شـــده است: «مبتنی بر ... مجموعه نظرهای شورای نگهبان در مقام تفسیر اصول هفتاد و هفت و یکصد و بیست و پنجم قانون اساسی، شمول حکم این دو اصل، تنها شامل معاهداتی می‌شـــود که دارای دو وصف «بین‌المللی بودن» و «ایجاد تعهد برای دولت ایران» باشـــد و ســـایر موافقتنامه‌های دولت ایران که فاقد هر یک از این دو قید باشد، نیازمند تصویب مجلس شـــورای اسلامی نیســـت و با امضای مقام دارای صلاحیتِ انعقاد، لازم‌الاجرا می‌شـــود» (بهادری جهرمی و فتاحی زفرقندی، ۱۳۹٤: ۱۱۸). البته به نظر می‌رســـد در بعضی موارد، لزوم تصویب معاهده در نظام حقوقی ایران رعایت نشـــده است؛ چنان‌که گفته شده اســـت: «در قانون ایران بحثی از اجرای موقت نشده است و ماده صریحی در این باره وجود ندارد و با این اوصاف به نظر می‌رسد هر گونه اجرای موقت معاهدات رســـمی باید مراحل تصویب را طی کند. البته در چند مورد، ایران اجرای موقت را پذیرفته اســـت، از جملـــه ... اجرای موقت «پروتکل الحاقی به توافق‌نامـــه بین دولت‌ها و آژانس بین‌المللی انرژی اتمی به منظور اِعمال تدابیر ایمنی» که با تصمیم مقامات عالی کشـــور به امضای ایران و آژانس رسیده است» (جنیدی و کشاورزی، ۱۳۹٦: ۸٦۳).

در هر صورت، پیوســـتن ایران به بســـیاری از معاهـــدات بین‌المللی مبتنی بر تصویب قوه مقننه بوده اســـت که در این نوشـــتار از این مصوبـــات با عنوان «قانون

تصویب‌کننده معاهده» نام خواهیم برد. این قوانین نخستین و بهترین ابزار برای تعیین مراجع ملی هستند، زیرا مجلس نباید فرصتِ آگاهی جامع از محتوای معاهدات که لازمه تعیین مراجع ملی است و این آگاهی فقط در زمان تصویب معاهدات برای نمایندگان مجلس حاصل می‌شود را از دست بدهد. همچنین تعیین مرجع ملی در قانون تصویب‌کننده معاهده که آخرین اقدام مجلس در زمینه التزام ایران به معاهده است، مانع از لزوم قانون‌گذاریِ بعدی برای تعیین مرجع ملی است که ممکن است فرایندی طولانی داشته باشد. از سوی دیگر، با توجه به این‌که مسؤولیت اصلی اجرای تمام یا بخشی از تعهدات معاهداتی بر عهده مرجع ملی است، عدم تعیین مرجع ملی در قانون تصویب‌کننده معاهده ممکن است موجب تأخیر در اجرای معاهده و ایجاد مسؤولیت بین‌المللی برای ایران شود؛ و سرانجام آن که، رویه دولت در تعیین مراجع ملی در موارد سکوت قانون‌گذار ممکن است منجر به تعیین نهادهای غیر اجرایی به عنوان مرجع ملی و نقض محدودیت‌های صلاحیتی قوه مجریه شود. با وجود این، رویه قوه مقننه حاکی است که بسیاری از قوانین تصویب‌کننده معاهدات، از مراجع ملی نام نبرده‌اند و در واقع، مراجع ملی ایران در قوانین متنوع که در ادامه آمده است، تعیین شده‌اند.

۱-۲. قانون تصویب‌کننده معاهده یا پذیرش عضویت در نهاد بین‌المللی

با نگاهی به قوانین تصویب‌کننده معاهدات یا پذیرش عضویت در نهادهای بین‌المللی چه پیش از انقلاب ۱۳۵۷ و چه پس از آن، مشخص می‌شود که این قوانین در موارد بسیار نادر، به طور صریح یا ضمنی مشخص‌کننده مراجع ملی ایران بوده‌اند؛ نگارندگان با بررسی ده‌ها قانون تصویب‌کننده معاهده یا پذیرش عضویت در نهاد بین‌المللی، فقط سه عنوان قانون پیش از انقلاب و دوازده قانون پس از انقلاب را حاوی نام مرجع ملی یافتند. بعضی از این قوانین به صراحت از اصطلاح مرجع ملی استفاده کرده‌اند، اما بعضی دیگر از این اصطلاح استفاده نکرده‌اند. در ضمن، بعضی از این قوانین مشخص کرده‌اند که مرجع ملی چه تعهداتی را بر عهده دارد و یا در راستای کدام مواد معاهده ایجاد شده است، اما بعضی دیگر از این قوانین یا اصلاً به این موضوع اشاره نکرده‌اند و یا مرجع ملی را مسئول اجرای (تمام) معاهده دانسته‌اند.

یکـــی از قوانین پیـــش از انقلاب در این زمینه، قانون اجازه مشـــارکت دولت ایران در مقررات کنفرانس منعقده در برتن وودز مربوط به تأســـیس صندوق و بانک بین‌المللی مصوب ۱۳۲٤ اســـت که به طور ضمنـــی وزارت دارایی را به عنوان مرجع ملی ایران در بانک جهانی و صندوق بین‌المللی پول معرفی کرد. همچنین است قانون اجازه قبول عضویت قطعی ایران به ســـازمان تربیتـــی و علمی و فرهنگی ملل متحد مصوب ۱۳۲۷ و قانون اجازه قبول عضویت و پرداخت حق عضویت کنگره بین‌المللی راه مصوب ۱۳٤٥.

یکی از قوانین پـــس از انقلاب در این زمینه، قانـــون الحاق دولت جمهوری اسلامی ایران به کنوانسیون بین‌المللی کنترل و مدیریت آب توازن و رسوبات کشتی‌ها مصوب ۱۳۸۹ است که سازمان بنادر و دریانوردی را به عنوان مرجع ملی این معاهده تعیین کرد. همچنین اســـت قانون اجازه عضویت مرکز مبارزه با بیماری‌های ریوی در اتحادیه بین‌المللی مبارزه با سل مصوب ۱۳٦۱، قانون اجازه عضویت سازمان مبارزه با سرطان در فدراسیون آسیایی سازمان‌های مبارزه با سرطان مصوب ۱۳٦۱، قانون راجع به ادامه عضویت ایران در سازمان اپیکا و کنگره جهانی نفت و اوپک مصوب ۱۳٦۲، قانون عضویت ســـازمان مبارزه با جذام در بخش مبارزه با جذام ســـازمان بهداشـــت جهانـــی مصوب ۱۳٦۲، قانون الحاق دولت جمهوری اســـلامی ایران به کنوانســـیون گمرکی مربـــوط به حمل و نقل بین‌المللی کالا تحـــت کارنه‌های تیر مصوب ۱۳٦۳، قانون اجازه عضویت بیمه مرکزی ایران در اتحادیه نظارت‌کننده بر شـــرکت‌های بیمه در کشورهای در حال توســـعه مصوب ۱۳٦٥، قانون الحاق دولت جمهوری اسلامی ایران به کنوانســـیون منع گسترش، تولید، انباشت و به‌کارگیری سلاح‌های شیمیایی و انهـــدام آن‌ها مصوب ۱۳۷٦، قانون الحاق دولت جمهوری اســـلامی ایران به معاهده بین‌المللی ذخایر ژنتیکی گیاهی برای غذا و کشـــاورزی مصوب ۱۳۸٤، قانون الحاق دولت جمهوری اسلامی ایران به کنوانســـیون چارچوب سازمان بهداشت جهانی در مورد کنترل دخانیات مصوب ۱۳۸٤، قانون الحاق دولت جمهوری اســـلامی ایران به مقررات اســـتفاده از واگن‌ها و کانتینرها مصوب ۱۳۸۷ و قانون تصویب کنوانســـیون حقوق افراد دارای معلولیت مصوب ۱۳۸۷.

۲-۲. قانون مربوط به اجرای معاهده

مطالعه نظام‌های حقوقی داخلی حاکی از این است که جذب مقررات بین‌المللی از جمله معاهدات بین‌المللی در نظام‌های داخلی تحت تأثیر دو رویکرد یگانگی و دوگانگی است. یکی از آثار دو رویکرد فوق را می‌توان در توزیع متفاوت صلاحیت‌های قوای مقننه و مجریه و دادگاه‌های داخلی کشورها در اجرای معاهدات بین‌المللی مشاهده کرد (Venice Commission, 2014: 33-34). «اساسی‌ترین وجه تمایز نظام‌های یگانگی حقوقی و دوگانگی حقوقی این است که پس از تصویب معاهده از سوی مراجع ذی‌صلاح داخلی و لازم‌الاجرا شدن آن ... در کشورهای تابع نظریه یگانگی ... نیازی به قانون‌گذاری در این زمینه نیست، اما در کشورهای تابع دوگانگی، پس از تصویب معاهده و لازم‌الاجرا شدن آن ... قانون‌گذاری نهاد تقنینی در خصوص معاهده مربوطه، پیش‌نیاز اجرای آن ... است» (ایزدی، ۱۳۹٤: ۵۰۵). در ایران شاید بتوان پذیرفت که تا پیش از تصویب قانون مدنی و با استناد به اصل بیست و چهارم قانون اساسی مشروطیت، نظر قانون‌گذارِ قانون اساسی بر دوگانگی بود (هاشمی، ۱۳۸۸: ۲۳۳)، اما «قرائت ماده ۹ قانون مدنی نشان از آن دارد که قانون‌گذار ایرانی معتقد به یگانگی حقوق بین‌الملل و حقوق داخلی است و بر اجرای تعهدات بین‌المللی مبتنی بر شیوه خوداجرایی یا انتقال نظر دارد» (هاشمی، ۱۳۸۸: ۲۳۲).

با وجود این، در تمام نظام‌های حقوقی اعم از این‌که تابع نظریه یگانگی یا دوگانگی باشند، ممکن است اجرای بعضی تعهدات معاهداتی مستلزم وضع قوانین و مقررات تکمیلی باشد؛ زیرا:

نخست، امروزه نظام‌های یگانگی و دوگانگی خالص نداریم (ایزدی، ۱۳۹٤: ۵۰٤)؛ چنان‌که به عنوان مثال «در برخی کشورهای تابع یگانگی، دادگاه‌ها بین معاهدات خوداجرا و غیر خوداجرا تفکیک قائل می‌شوند و هنگامی که دادگاهِ داخلی معاهده‌ای را غیر خوداجرا تلقی می‌نماید، به‌گونه‌ای عمل می‌کند که گویی معاهده در حقوق داخلی جذب نشده است» (ایزدی، ۱۳۹٤: ۵۰٦) و یا «در کشورهای تابع دوگانگی، دادگاه‌ها در فعالیت قضایی خویش، استراتژی‌هایی جهت استفاده از معاهدات جذب نشده به‌کار برده‌اند» (ایزدی، ۱۳۹٤: ۵۰۵).

دوم، ممکن اســت یک معاهده بعضی جنبه‌هــای مرتبط با تعهدات معاهداتی را به اقدام بعدی کشــورها یا به انعقاد توافق‌نامه‌هــای بعدی موکول کند؛ چنان‌که به عنوان مثال درباره کنوانســیون ســازمان ملل متحد برای مبارزه با جرائم سازمان‌یافته فراملی گفته شــده اســت در زمینه قاچاق مهاجر، دو دسته تمهیدات مطرح می‌شود: تمهیداتی در ســطح ملی که هر یک از دولت‌های متعاهدِ عضو کنوانسیون و پروتکل، ملزم هســتند با وضع مقررات خاص و دیگر اقدامات لازم به مرحله اجرا درآورند؛ و دیگر اقدامات در ســطح بین‌المللی که دولت‌های متعاهد ملزم به همکاری با یکدیگر در ســطح بین‌المللی می‌شوند (موسوی و مســلمی بیدهندی، ۱۳۹۲: ۱۹۱). به عنوان مثال دیگر، مواد مختلف کنوانســیون سازمان ملل متحد برای مبارزه با فساد، کشورها را مکلف به اتخاذ «اقدامــات قانون‌گذاری»[1] کــرده‌اند؛ از این رو گفته شده است: فصل سوم کنوانســیون ملل متحد برای مبارزه با فساد، اختصاص به عناوین مجرمانه دارد کــه پنج مورد از مصادیق مندرج در این فصــل در قوانین ایران وصف مجرمانه ندارد. اگرچه متن کنوانسیون به تصویب مجلــس شورای اسلامی رسیده است و به اعتبــار حکم مــاده ۹ قانون مدنی در ردیف قوانین عادی ایران تلقی می‌شــود، لیکن هر کــدام از مصادیق مورد بحث نیــاز به پیش‌بینی جزئیــات و عناصر آن در قالب قوانین داخلی دارد (قاســمی، ۱۳۹۵: ۱۵۱). درباره مقررات وضع شده توسط سازمان بین‌المللی انرژی اتمی برای انتقال ایمن مواد رادیواکتیو نیز گفته شــده اســت: دامنه وظایفــی که این مقررات به مرجع ملی واگذار کرده‌اند بسیار گسترده است و به دو دسته فعالیت‌های قانون‌گذاری[2] و فعالیت‌های نظارتی[3] تقسیم می‌شوند (Blackman, 1997: 181-182).

ســوم، ممکن است، تعهدات معاهداتی از اساس مشروط به خواست کشورها شــود؛ چنان‌که به عنوان مثال گفته شده اســت به‌رغم تدوین مقررات بین‌المللی در خصوص بحث حمایت از دانش سنتی، تاکنون در هیچ سند بین‌المللی تعهدی بر ذمه دولت راجع به حمایت از این دانش و پیشــگیری از اســتفاده غیر مجاز وضع نشده اســت. مقررات کنوانسیون تنوع زیســتی دولت‌ها را ترغیب به حمایت می‌کند و از

1. Legislative measures
2. Legislative activities
3. Regulatory activities

آن‌ها می‌خواهد در این زمینه تلاش نمایند. پروتکل ناگویا نیز به‌رغم وضع مقررات با جزئیات بیشتر و صریح‌تر، تعهدِ بدون قید و شرطی را بر عهده دولت‌های عضو قرار نمی‌دهد و آن‌ها را با قیدی همچون «طبق صلاحدید دولت‌های عضو» و یا «اقدام بر اساس مقررات داخلی» مطرح می‌کند. در چنین حالتی، وضع و اجرای قوانین و مقررات حمایتی عملاً در اختیار دولت‌ها خواهد بود» (زاهدی و عرفان‌منش، ۱۳۹٦: ۱٥٤).

چهارم، ممکن است به‌دلیل عدم هماهنگی قوانین و مقررات داخلی با تعهدات معاهداتی و بدون این‌که معاهده تصریح کند، کشورها ملزم به وضع یا اصلاح قوانین و مقررات داخلی شوند؛ زیرا همان‌طور که گفته شده است هرگاه اجرای تعهدات معاهده‌ای منوط به قانون‌گذاری یا اتخاذ دیگر تدابیر ملی مانند اقدام از سوی دستگاه قضایی باشد، دولت‌های متعاهد مکلف به دادن ترتیب اثرِ قانونی به آن تعهدات در نظام حقوقی ملی هستند. در همین راستا، ماده ۲۷ معاهده وین ۱۹٦۹ مقرر داشته است: «دولت‌ها نمی‌توانند با استناد به نظام حقوقی خود مانند خلأهای قانونی، از عمل به تعهدات خود شانه خالی کنند». مفهوم مخالف این ماده آن است که کشورهای متعاهد به‌منظور اجرای تعهدات بین‌المللی، موظف به اتخاذ تدابیر عملیاتی در نظام داخلی، چه از نظر اصلاحات ماهوی و چه از نظر قواعد شکلی می‌باشند» (پورهاشمی و سبحانی‌نیا، ۱۳۹۹: ۲۷٦).

در هر صورت، بعضی معاهدات به طور صریح یا ضمنی، خواستار وضع یا اصلاح قوانین و مقررات داخلی در راستای اجرای معاهده شده‌اند؛ چنان‌که به عنوان مثال درباره بند ۲ ماده ۲ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی گفته شده است: «دولت را مکلف به قانون‌گذاری یا اتخاذ سایر تدابیری می‌نماید که ممکن است برای تنفیذ حقوق مندرج در این میثاق ضروری باشند؛ بنابراین دولت‌ها باید قوانین خود را جهت تطبیق با تعهدات خود به موجب میثاق تغییر دهند» (جوزف و دیگران، ۱۳۹٥: ۱۸).

اهمیت یا لزوم وضع قانون برای اجرای بعضی معاهدات سبب شده است قانون‌گذار ایران در قوانین تصویب‌کننده آن معاهدات به این موضوع تصریح کند. تبصره ۲ ذیل ماده واحده قانون الحاق دولت جمهوری اسلامی ایران به پروتکل

اختیاری کنوانسیون حقوق کودک در خصوص فروش، فحشا و هرزه‌نگاری کودکان مصوب ۱۳۸٦، بیان می‌کند: «... در مواردی که جهت تحقق اهداف پروتکل نیاز به پیش‌بینی مجازات‌های جدید یا تشدید مجازات‌های فعلی باشد، لایحه لازم با نظر قوه قضاییه تهیه و برای سیر مراحل تصویب ارائه خواهد شد».

با توجه به توضیحات فوق، می‌توان مشاهده کرد در ایران بعضی قوانین در راستای اجرای بعضی معاهدات به تصویب رسیده است و حتی در بعضی موارد، پیش از تصویب یک معاهده در ایران، قانونی در راستای اجرای موضوع آن معاهده تصویب شده است؛ برای مثال، به‌رغم این‌که لایحه الحاق ایران به کنوانسیون مواد روان‌گردان در تاریخ ۱۳۷٦/۱۱/۵ به تصویب هیأت وزیران رسید و در نهایت قانون مربوطه در تاریخ ۱۳۷۷/۳/۲٦ به تصویب مجلس رسید، اما «قانون مربوط به مواد روان‌گردان مصوب ۱۳٥٤ با اتکا به فهرست‌بندی مندرج در کنوانسیون مواد روان‌گردان مصوب ۱۹۷۱، چهار فهرست از این مواد را ارائه و فعالیت‌های غیر مجاز مرتبط با آن‌ها را جرم‌انگاری نموده است» (صادقی، ۱٤۰۲: ۱۹۳).

در هر صورت، نکته حائز اهمیت در نوشتار حاضر این است که قوانین مربوط به اجرای معاهده در بعضی موارد تعیین‌کننده یا تغییردهنده مراجع ملی هستند. نگارندگان فقط با دو قانون از این نوع مواجه شده‌اند:

نخست، اگرچه قانون الحاق دولت جمهوری اسلامی ایران به کنوانسیون چارچوب سازمان بهداشت جهانی در مورد کنترل دخانیات مصوب ۱۳۸٤، وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی را به عنوان مرجع ملی کنوانسیون مزبور تعیین کرد، اما قانون جامع کنترل و مبارزه ملی با دخانیات مصوب ۱۳۸۵، ستاد کشوری کنترل و مبارزه با دخانیات را به عنوان شورای مرجع ملی کنوانسیون فوق ایجاد کرد.

دوم، ایران به موجب قانون الحاق دولت جمهوری اسلامی ایران به پروتکل ایمنی زیستی مصوب ۱۳۸۲، پروتکل مزبور را تصویب کرد، اما این قانون به مرجع ملی ایران اشاره نکرد. در عوض، ماده ۱۱ قانون ایمنی زیستی جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۸۸ بیان کرد: «مرجع (کانون ملی) موضوع ماده ۱۹ پروتکل، وزارت جهاد کشاورزی تعیین می‌شود».

۳-۲. قوانین پیش از انقلاب در زمینه تعیین حق عضویت ایران در نهادهای بین‌المللی

پس از عضویت ایران در سازمان ملل متحد در سال ۱۳۲٤، اصولاً یکی از ردیف‌های هزینه‌ای بودجه همچون ردیف ۵۷ جدول هزینه‌های قانون بودجه سال ۱۳۲۸ کل کشور، مربوط به حق عضویت ایران در این سازمان بود. پس از آن، با پیوستن ایران به نهادهای بین‌المللی دیگر، اصولاً یک ردیف هزینه‌ای بودجه همچون ردیف ٥٦ جدول هزینه‌های قانون بودجه کل سال ۱۳۳٤ کل کشور به حق عضویت ایران در تمام نهادهای بین‌المللی اختصاص می‌یافت. قوانین فوق از مراجع ملی ایران در نهادهای بین‌المللی نام نمی‌بردند مگر موارد استثنایی همچون ردیف ۱۰۷ جدول هزینه‌های قانون بودجه سال ۱۳٤۳ کل کشور با عنوان «حق عضویت ایران در یونیسف». ظاهراً نخستین بار، تبصره ۲٦ قانون بودجه سال ۱۳٤٦ کل کشور که مقرر کرد: «پرداخت مبلغ مندرج در ردیف ٥۹۰٤ قسمت هزینه بودجه مربوط به سهمیه و حق عضویت دولت ایران در مجامع و مؤسسات بین‌المللی و تغییرات آن بنا به پیشنهاد نخست‌وزیر و تصویب کمیسیون بودجه مجلس شورای ملی خواهد بود»، مبنایی شد برای نام بردن از مراجع ملی ایران در قوانین مربوط به حق عضویت ایران در نهادهای بین‌المللی؛ هرچند تبصره فوق خواستار نام بردن از مراجع ملی ایران نبود.

به نظر می‌رسد درباره تعیین بعضی مراجع ملی ایران، قوانین و مقرراتی صریح وجود ندارد، اما قوانین پیش از انقلاب در زمینه تعیین حق عضویت ایران در نهادهای بین‌المللی، از آن‌ها نام برده‌اند. برای مثال، قانون اجازه الحاق دولت ایران به سازمان بهداشت جهانی مصوب ۱۳۲۷ از مرجع ملی ایران در این سازمان نام نبرده است، اما طبق مصوبات کمیسیون بودجه مجلس شورای ملی درباره تعیین حق عضویت ایران در نهادهای بین‌المللی همچون ردیف ۲۵ فهرست مصوبه مورخ ۱۳٤۷/۹/٦، وزارت بهداری به عنوان مرجع ملی ایران در سازمان فوق تعیین شده بود.

٤-۲. قوانیـــن پس از انقلاب در زمینه تعیین حق عضویت ایران در نهادهای بین‌المللی

تبصره ١٤ قانون متمم بودجه ســـال ١٣٦١، عضویت‌هـــای جدید ایران را در نهادهـــای بین‌المللی و همچنین ادامه عضویت ایران را در نهادهای بین‌المللی که پیش از انقلاب ۱۳۵۷ به آن‌ها پیوســـته بود مشروط به پیشـــنهاد دولت و تصویب مجلس شـــورای اســـلامی کرد. ضابطه دوم فوق برخلاف اصل دوام دولت‌ها است؛ چرا که «در حقوق بین‌الملل اصل دوام دولت‌ها مفید انتقال تعهدات بین‌المللی دولت ســـابق به دولت لاحق اســـت» (زمانی، ۱۳۸۵: ۸۰)، اما در هر صورت، بر اساس تبصره فوق، لوایح متعدد توسط دولت تقدیم مجلس شده و به تصویب مجلس رسید که در آن‌ها از مراجع ملی ایران در نهادهای بین‌المللی نام برده شـــده است؛ تبصره فوق خواستار نام بردن از مراجع ملی ایران نبود. نخستین قانون از این سری، قانون عضویت دولت جمهوری اســـلامی ایران در سازمان‌ها و مجامع بین‌المللی مصوب ١٣٦٥ است که از یکصد و چهل و چهار نهاد بین‌المللی نام برده است.

٥-۲. دیگر قوانین

در مـــواردِ نادر، قانونی کـــه موضوع اصلی آن ارتباطی بـــه مراجع ملی ایران ندارد، به طور فرعی تعیین‌کننده مرجع ملی در یک معاهده یا نهاد بین‌المللی اســـت. به عنوان مثال، می‌توان به قانون اصلاح موادی از قانون شـــکار و صید مصوب ۱۳۷۵ اشـــاره کرد که به‌طور ضمنی حاکی از این اســـت که سازمان حفاظت محیط زیست، مرجع ملی ایران در کنوانسیون تجارت بین‌المللی گونه‌های در معرض خطر انقراض اســـت؛ ماده ۲ این قانون بیان می‌کند: «... ســـازمان [حفاظت محیط زیست] می‌تواند گونه‌هایی که برخلاف مقررات کنوانســـیون [تجارت بین‌المللی گونه‌های در معرض خطر انقراض] به کشـــور وارد شـــده‌اند ضبط و در صورت لزوم با هزینه وارد کننده، به کشـــورِ مبدأ عودت دهد». مواد ١٤ و ١٧ قانون مدیریت پسماندها مصوب ۱۳۸۳، از ســـازمان حفاظت محیط زیست به عنوان مرجع ملی کنوانسیون بازل درباره کنترل انتقـــالات برون‌مرزی مواد زاید زیان‌بخش و دفع آن‌ها نام برده اســـت. ماده ۵۲ قانون ثبـــت اختراعات، طرح‌های صنعتی و علائم تجاری مصوب ١٣٨٦ در حالی ســـازمان ثبت اســـناد و املاک را به عنوان مرجع ملی در سازمان جهانی مالکیت معنوی معرفی

می‌کند که این قانون دارای شـــصت و شش ماده است و هیچ ماده دیگر آن، مربوط به سازمان جهانی مالکیت معنوی نیست.

از جمله قوانین دیگری که می‌توانند در تشـــخیص و یا تغییر مراجع ملی مؤثر باشـــند، قوانین تغییردهنده وظایف و یا ســـاختار دستگاه‌های داخلی هستند. هدف از تصویب ایـــن قوانین، ارتباطی به مراجع ملی ندارد، اما تغییرات حاصل از این قوانین که به یکی از ســـه شکل ادغام چند دســـتگاه، تجزیه یک دستگاه به چند دستگاه و یا واگذاری بخشی از وظایف یک دستگاه به دستگاه دیگر است، می‌تواند موجب تغییر مرجع ملی شـــود. به عنوان مثال، قانون اجازه قبول عضویت قطعی ایران به ســـازمان تربیتی و علمی و فرهنگی ملل متحد مصوب ۱۳۲۷ وزارت فرهنگ را به عنوان مرجع ملی ایران در یونســـکو معرفـــی کرد، اما طبق ماده ۲ قانـــون تفکیک وزارت فرهنگ مصـــوب ۱۳۴۳ که وزارت فرهنگ را به وزارت آموزش و پرورش، وزارت فرهنگ و هنر و سازمان اوقاف تجزیه کرد، وزارت آموزش و پروش به عنوان مرجع ملی ایران در یونسکو تعیین شد.

اکنون که با انواع قوانین حاوی نام مراجع ملی آشنا شدیم، لازم است به بررسی این موضوع بپردازیم که چه نهادهایی پیشنهاد دهنده مراجع ملی مذکور در این قوانین بوده‌اند.

۳. پیشنهاددهنده مراجع ملی به قوه مقننه

از جنبه نظری می‌توان گفت که هیأت وزیران، پانزده نماینده مجلس، شـــورای عالی اســـتان‌ها و رئیس قوه قضاییـــه می‌توانند مرجع ملی ایـــران را در یک معاهده بین‌المللی به مجلس پیشـــنهاد کنند؛ زیرا «در قانون اساســـی جمهوری اسلامی ایران ابتکار قانون در ســـه اصل هفتاد و چهار، یکصد و دو و بند ۲ اصل یکصد و پنجاه و هشـــتم قانون اساسی مورد توجه بوده اســـت. طرح‌های قانونی به موجب اصل هفتاد و چهارم توســـط پانزده نفر از نمایندگان مجلس تهیه می‌شـــوند. لوایح قانونی نیز به موجب همین اصل با تصویب هیأت وزیران به مجلس ارسال می‌شوند. علاوه بر این موارد، به موجب اصل یکصد و دوم، شورای عالی استان‌ها صلاحیت یافته است تا در حدود وظایف خود از طریق دولت یا به صورت مســـتقیم، طرح پیشنهادی به مجلس ارائه دهد. بند ۲ اصل یکصد و پنجاه و هشـــتم قانون اساسی نیز تهیه لوایح قضایی را

در صلاحیت رئیس قوه قضاییه دانسته است» (کدخدایی و ابریشمی‌راد، ۱۳۹۵: ۲). از جهت عملی، به دلیل عدم ارتباط شورای عالی استان‌ها با معاهدات، پیشنهاد مرجع ملی توسط این نهاد موضوعیت ندارد و نگارندگان نیز نمونه‌ای از آن را نیافته‌اند. پیشنهاد مرجع ملی توسط رئیس قوه قضاییه نیز اگر چه در معاهدات مرتبط با این قوه موضوعیت دارد، اما نگارندگان نمونه‌ای از پیشنهاد مرجع ملی در لوایح قضایی را مشاهده نکرده‌اند. پیشنهاد مراجع ملی توسط نمایندگان مجلس شورای اسلامی و دولت، نه تنها منطق، بلکه عملاً تاکنون مراجع ملی مندرج در قوانین به پیشنهاد این دو نهاد بوده است؛ البته همان‌طور که در ادامه ملاحظه خواهد شد، اکثر قریب به اتفاق این مراجع مبتنی بر پیشنهاد دولت بوده‌اند.

۱-۳. قانون تصویب‌کننده معاهده

تمام قوانین تصویب‌کننده معاهدات مبتنی بر لوایح دولت هستند؛ زیرا فقط دولت صلاحیت تقاضای پیوستن به معاهدت بین‌المللی را دارد؛ چنان‌که گفته شده است ابتکار انعقاد معاهدات با قوه مجریه است نه قوه مقننه و تصویب آن توسط مجلس شورای اسلامی در مقام نظارت استصوابی و صرفاً به منزله صدور مجوز انعقاد می‌باشد (هاشمی، ۱۳۷۷: ۳۵۹). قوانین مربوط به آیین‌نامه داخلی مجالس ایران نیز مؤید این موضوع است؛ زیرا تمام این قوانین ـ همچون ماده ۳۲ نظام‌نامه داخلی مجلس شورای ملی مصوب ۱۲۸۸ و ماده ۲۰۲ قانون آیین‌نامه داخلی مجلس شورای اسلامی مصوب ۱۳۷۸ تصویب معاهده را فقط در قالب تقدیم لایحه دولت مورد بحث قرار داده‌اند. البته این موضوع مانع از آن نیست که «قوه مقننه چهارچوب کلی مذاکرات با دولت خارجی و شرایط خاصی را که برای انعقاد موافقت‌نامه مورد نظر لازم تشخیص می‌دهد معین نموده و به قوه مجریه اختیار دهد که در این چهارچوب، با دولت خارجی مذاکره و موافقت‌نامه مربوط را به تصویب رساند» (عنایت، ۱۳۶۵: ۱۴۸-۱۴۹). با وجود این، در زمان بررسی یک لایحه معاهداتی و فارغ از موضع دولت در زمینه تعیین مرجع ملی در آن لایحه، مجلس این اختیار را دارد که به پیشنهاد نمایندگان، مرجع ملی مورد نظر خود را در قانون بگنجاند؛ زیرا برخلاف عدم امکان تغییر در متن معاهده توسط مجلس، مجلس می‌تواند ماده واحده لایحه معاهداتی مزبور را که حاوی موضوعاتی همچون اِعمال شرط بر معاهده و نام مرجع ملی

است تغییر دهد؛ چنان‌که گفته شده است: «بعضی از مقاماتِ قانون‌گذاری ایران اعلام نموده‌انـــد که چون نمی‌توان به هنگام تصویـــب در مجلس، متن یک معاهده را تغییر داد و اصلاحاتی را در آن وارد نمود، طرحِ هیچ‌گونه قید و شـــرطی هم میسور نیست، ولی حقوق معاهدات و رویه موجود در حقوق بین‌الملل و نظام حقوقی ایران در این مورد بین تصویب مقید و مشروطِ یک معاهده با ایجاد تغییر در متن معاهده به هنگام تصویب فرق قائل است» (عنایت، ۱۳٦۵: ۱۷۲).

در هر صورت، مراجع ملی مذکور در دوازده عنوان قانون تصویب‌کننده معاهده که نگارندگان از میان ده‌ها معاهده مصوب پس از انقلاب ۱۳۵۷ اســـتخراج کرده‌اند و پیش‌تر به آن‌ها اشاره شد، همگی مبتنی بر لوایح دولت هستند.[۱] از مراجع ملی مذکور در ســـه عنوان قانون تصویب‌کننده معاهده که نگارندگان از میان ده‌ها معاهده مصوب پیش از انقلاب ۱۳۵۷ اســـتخراج کرده‌اند و پیش‌تر به آن‌ها اشاره شد، فقط به «لایحه مشـــارکت دولت ایران در مقررات کنفرانس منعقده در برتن وودز مربوط به تأسیس صندوق و بانک بین‌المللی» دسترسی پیدا کردند که لایحه مذکور نیز حاوی نام مرجع ملی بود.[۲] در هر صورت، نگارندگان با هیچ قانون تصویب‌کننده معاهده که مرجع ملی نام برده شده در آن به پیشنهاد نمایندگان مجلس باشد، مواجه نشدند.

۲-۳. قانون مربوط به اجرای معاهده

قوانیـــن مربوط به اجرای معاهده و مراجـــع ملی مذکور در آن‌ها می‌توانند هم مبتنی بر پیشـــنهاد دولت باشند و هم مبتنی بر پیشـــنهاد نمایندگان مجلس. دو قانون مربوط به اجرای معاهده که تعیین‌کننده مرجع ملی هستند و پیش‌تر به آن‌ها اشاره شد، مبتنـــی بر طرح نمایندگان مجلس بودند (طرح جامع کنترل و مبارزه با دخانیات ارائه شـــده در سال ۱۳۸۲ و طرح ایمنی زیستی جمهوری اسلامی ایران ارائه شده در سال ۱۳۸۷). البتـــه پیش‌بینی مرجع ملی در لایحه قانونی مربوط به اجرای یک معاهده نیز قابل تصور است؛ چنان‌که لایحه ناظر بر اجرای معاهده منع گسترش، تولید و انباشت و به‌کارگیری سلاح‌های شـــیمیایی و انهدام آن‌ها مصوب ۱۳۸٤/٤/۱۵ هیأت وزیران، تعیین‌کننده شورای مرجع ملی این معاهده بود.

---

۱. برای ملاحظه متن لوایح معاهداتی مذکور، مراجعه کنید به: تارنمای شورای نگهبان به نشانی: http://nazarat.shora-rc.ir/Default.aspx

۲. بنگرید به: مشروح مذاکرات جلسه ۱۷۵ دوره چهاردهم مجلس شورای ملی مورخ ۱۳۲٤/۱۰/٦.

۳-۳. قوانین پیش از انقلاب در زمینه تعیین حق عضویت ایران در نهادهای بین‌المللی

تمـــام قوانین پیش از انقلاب در زمینه تعییـــن حق عضویت ایران در نهادهای بین‌المللی که منحصراً با اســـتناد به تبصره ۲٦ قانون بودجه ســـال ۱۳٤٦ کل کشور به تصویب کمیسیون بودجه مجلس شورای ملی رسیدند مبتنی بر پیشنهاد نخست وزیر بودند. لازم به ذکر است متن تبصره مزبور و مصوبات کمیسیون بودجه در راستای این تبصره، حاکی از این نبود که کمیسیون مزبور اختیار تغییر مراجع ملی تعیین‌شده توسط دولت (به پیشنهاد نخست وزیر) را دارد؛ احتمالاً تبصره فوق به کمیسیون بودجه فقط اختیار مـــی‌داد ادامه عضویت ایران در نهادهای بین‌المللـــی و نیز میزان کمک و حق عضویت را مورد بررسی و تصویب قرار دهد.

٤-۳. قوانیـــن پس از انقلاب در زمینه تعیین حق عضویت ایران در نهادهای بین‌المللی

تمـــام قوانین پس از انقلاب در زمینه تعیین حـــق عضویت ایران در نهادهای بین‌المللـــی که با اســـتناد به تبصـــره ۱٤ قانون متمم بودجه ســـال ۱۳٦۱ به تصویب رسیده‌اند مبتنی بر لوایح دولت بوده‌اند. البته در این قوانین نیز همانند قوانین تصویب کننده معاهدات، مجلس صلاحیت تغییر مراجع ملی پیشـــنهادی دولت را داشته است؛ چنان‌که به‌عنوان مثال از شـــصت و دو مرجع ملی مندرج در فهرســـت نخست قانون عضویت دولت جمهوری اســـلامی ایران در ســـازمان‌ها و مجامع بین‌المللی مصوب ۱۳٦۵، ردیف‌های ۲، ۳، ۳۵، ۳٦ و ۳۷ با لایحه دولت متفاوت است که حاکی از تغییر آن‌ها به پیشنهاد نمایندگان مجلس است.

۵-۳. دیگر قوانین

همان‌طور که پیش‌تر ملاحظه شـــد قوانین پراکنده ایران در موارد نادر به طور فرعی در تعیین مراجع ملی نقش داشـــته‌اند؛ این قوانین نیز می‌توانند مبتنی بر پیشنهاد دولت یا نمایندگان مجلس باشـــند. برای مثال، قانون تفکیک وزارت فرهنگ مصوب ۱۳٤۳ که موجب تغییر مرجع ملی ایران در یونســـکو شد، مبتنی بر لایحه دولت بود،[1] اما قانون ثبت اختراعات، طرح‌های صنعتی و علائم تجاری مصوب ۱۳۸٦ که سازمان

۱. بنگرید به: مشروح مذاکرات جلسه ۱۲٤ دوره ۲۱ مجلس شورای ملی مورخ ۱۳٤۳/۹/۱۵.

ثبت اســـناد و املاک را به عنوان مرجع ملی در سازمان جهانی مالکیت معنوی معرفی کرد، مبتنی بر طرح نماینـــدگان مجلس بود (طرح ثبت اختراعات، طرح‌های صنعتی، علائم و نام‌های تجاری ارائه شده در ۱۳۸۲).

اکنـــون که با انواع قوانین حاوی نام مراجع ملی و پیشـــنهاد دهنده مراجع ملی مذکور در این قوانین آشنا شدیم، لازم است به بررسی مواردی بپردازیم که قوه مقننه در تعیین مراجع ملی نقش نداشته است.

٤. عوامل عدم تعیین مراجع ملی توسط قوه مقننه

غیر از مباحث بند پیشـــین که حاکی اســـت قوه مقننه ایـــران در موارد نادر از اختیار تعیین مراجع ملی استفاده کرده است و از این رو مراجع ملی ایران در بسیاری از معاهدات و نهادهای بین‌المللی مبتنی بر پیشنهاد و خواست قوه مجریه بوده است، سه عامل زیر نیز در تعیین و تغییر مراجع ملی توسط دولت مؤثر بوده‌اند.

٤-١. تصویب معاهده توسط دولت

بـــا توجه به این‌که اصولاً نهاد داخلی صلاحیت‌دار برای تصویب معاهدات، به طور مســـتقیم یا غیرمستقیم در تعیین مراجع ملی نقش دارد، در کشورهایی که نهادی غیر از قوه مقننه، اختیار تصویب معاهـــدات را دارد، این نهاد می‌تواند تصمیم‌گیرنده اصلی برای تعیین مراجع ملی باشـــد؛ چنان‌که برای مثال، در کشورهای ایرلند، مالت، ســـن‌مارینو، ســـوئیس و لیتوانی که قوه مجریه صلاحیت انحصاری انعقاد معاهدات بین‌المللـــی را دارد (Committee of Legal Advisers on Public International Law, 2001: 29)، می‌توان انتظار داشـــت که تعیین مراجع ملی معاهدات نیز منحصراً توسط قوه مجریه انجام شود.

در نظام حقوقی ایران اصولاً معاهدات باید به تصویب قوه مقننه می‌رســـیدند، اما امکان تصویب بعضی معاهدات توســـط قوه مجریه وجود داشـــته است؛ عملاً نیز عضویت ایران در بســـیاری از معاهدات و نهادهـــای بین‌المللی متکی به تصویب قوه مقننه نبوده است. برای مثال، فهرســـت دوم قانون عضویت دولت جمهوری اسلامی ایران در ســـازمان‌ها و مجامع بین‌المللی مصوب ۱۳٦٥ حاوی نام هشتاد و دو نهاد و ســـازمان بین‌المللی اســـت که ایران پیش از انقلاب ۱۳۵۷ بدون تصویب قوه مقننه به عضویت آن‌ها در آمده است. بدیهی است در خصوص این نوع معاهدات و نهادهای

بین‌المللی، تعیین مراجع ملی ایران منحصراً توسط دولت انجام شده است.

۲-٤. تعیین مرجع ملی در متن معاهده

بررسی ده‌ها معاهده دوجانبه و چندجانبه بسته (محدود) ایران حاکی از این است که این معاهدات اصولاً به طور صریح یا ضمنی از مراجع ملی کشورها نام می‌برند. بدیهی است که در این موارد مجلس نقشی در تعیین مراجع ملی نداشته است؛ زیرا مجلس حق تغییر در متن معاهدات که حاصل توافق دو یا چند کشور است را ندارد؛ چراکه «پذیرش متن معاهده حاکی از پایان مرحله مذاکره و تهیه و تنظیم معاهده است. پذیرش متن معاهده از دو دسته عملیات مستقل و جداگانه تشکیل می‌شود. یکی تأیید متن و دیگری تصدیق اعتبار متن. تأیید متن به این معنی است که مذاکره خاتمه یافته و مذاکره‌کنندگان معاهده را در یک نگاه اولیه مورد پذیرش قرار داده‌اند، اما تصدیق اعتبار متن، آیینی است که بنا بر آن، قصد مذاکره‌کنندگان قطعی تلقی کردنِ متنِ نگاشته شده است. در نتیجه، اصولاً متنی که اعتبار آن تصدیق شده، قابل جرح و تعدیل نیست» (ضیائی بیگدلی، ۱۳۹۵: ۳۸-۳۹). از جمله موارد تعیین مراجع ملی در متن معاهده، ماده ٤ موافقت‌نامه ایران و روسیه جهت معاضدت در پرونده‌های مدنی و جزایی منعقد شده در سال ۱۳۷٤ و بند ۱ ماده ۲ پروتکل همکاری در زمینه مبارزه با جرایم سازمان‌یافته در دریای خزر منعقد شده در سال ۱۳۹۷ است.

۳-٤. واگذاری تعیین مرجع ملی به دولت توسط مجلس

در ایران قوه مقننه در بعضی موارد تعیین مرجع ملی را به قوه مجریه واگذار کرده است. قوانینی که به اختیار دولت برای تعیین یا تغییر مرجع ملی تصریح کرده‌اند را می‌توان به دو دسته تقسیم کرد: نخست، تعیین مرجع ملی در قانون و اعطای اختیار تغییر آن به دولت؛ دوم، عدم تعیین مرجع ملی در قانون و اعطای اختیار تعیین و تغییر آن به دولت.

۱-۳-٤. تعیین مرجع ملی در قانون و اعطای اختیار تغییر آن به دولت

در هر یک از قوانین حاوی نام مرجع ملی که انواع آن‌ها را پیش‌تر ملاحظه کردیم، قانون‌گذار می‌تواند اختیار تغییر مرجع ملیِ تعیین شده را به دولت واگذار کند. البته ظاهراً تاکنون هیچ‌یک از قوانین مربوط به اجرای معاهده و قوانین پیش از

انقـــلاب در زمینه تعیین حق عضویت ایران در نهادهـــای بین‌المللی، به اختیار دولت برای تغییر مرجع ملی اشـــاره نکرده‌اند. قوانین تصویب کننده معاهدات که حاوی نام مرجع ملی هستند نیز فقط در موارد بسیار نادر به اختیار دولت برای تغییر مرجع ملی اشـــاره کرده‌اند؛ از پانزده عنوان قانون تصویب کننده معاهده که حاوی نام مرجع ملی هستند و پیش‌تر به آن‌ها اشاره شد، فقط قانون الحاق دولت جمهوری اسلامی ایران به کنوانسیون بین‌المللی کنترل و مدیریت آب توازن و رسوبات کشتی‌ها مصوب ۱۳۸۹ اختیار تغییر مرجع ملی را به دولت داده است.

برخلاف موارد فوق، قوانینی که بر اســـاس تبصره ١٤ قانون متمم بودجه سال ١٣٦١ بـــه تصویب مجلس رســـیده‌اند از مراجع ملی نام برده‌انـــد و اختیار تغییر تمام مراجـــع ملی مذکور را به دولت داده‌انـــد. در این خصوص تبصره ۵ مندرج در قانون الحاق دو تبصره به قانون عضویت دولت جمهوری اســـلامی ایران در ســـازمان‌ها و مجامع بین‌المللی مصوب ۱۳۷۰ و قانون عضویت دولت جمهوری اســـلامی ایران در برخی از سازمان‌ها و مجامع بین‌المللی مصوب ۱۳۸۱ شایان ذکر است.

۲-۳-٤. عدم تعیین مرجـــع ملی در قانون و اعطای اختیار تعیین و تغییر آن به دولت

عـــدم تعیین مرجع ملی در قانون و اعطای اختیـــار تعیین و تغییر آن به دولت اصـــولاً فقـــط در قوانین تصویب‌کننـــده معاهدات یا پذیرش عضویـــت در نهادهای بین‌المللی موضوعیت دارد. پس از تصویب آیین‌نامه چگونگی تنظیم و انعقاد توافق‌های بین‌المللی در سال ۱۳۷۱ که ماده ۹ آن بیان می‌کند: «عضویت در اتحادیه‌ها، سازمان‌ها و مجامع بین‌المللی صرفاً به نام دولت جمهوری اســـلامی ایران پذیرفته خواهد شد و هیأت وزیران با توجه به وظایف قانونی دســـتگاه‌ها، حسب مورد دستگاه ذی‌ربط را معین خواهد نمـــود»، رویه رایج مبنی بر نام نبردن از مرجع ملی در لایحه معاهداتی، با قوت بیشـــتر ادامه پیدا کرده اســـت؛ البته با این تفکیک کـــه لوایح تصویب کننده معاهـــدات اصولاً به اختیار دولت برای تعیین و تغییر مرجع ملی تصریح نکرده‌اند، اما لوایح پذیرش عضویت در نهادهـــای بین‌المللی اصولاً به اختیار دولت برای تعیین و تغییر مرجع ملی تصریح کرده‌اند. در هر صورت، آن دسته از لوایحی که با تصریح به اختیار دولت برای تعیین و تغییر مراجع ملی به تصویب رسیده‌اند، مبنای قانونی برای این اختیار دولت هستند.

برآمد

۱- بررسی رویه قوه مقننه ایران در تعیین مراجع ملی مشخص شد که صلاحیت قوه مقننه برای تعیین مراجع ملی مبتنی بر صلاحیت عام قانون‌گذاری است.

۲- رویه قوه مقننه حاکی از استفاده از قوانین متنوع زیر برای تعیین مراجع ملی است: قانون تصویب‌کننده معاهده، قانون مربوط به اجرای معاهده، قانون تعیین حق عضویت ایران در نهادهای بین‌المللی و سایر قوانین. قوانین تصویب‌کننده معاهدات در موارد بسیار نادر به طور صریح یا ضمنی مشخص‌کننده مراجع ملی ایران بوده‌اند.

۳- در نظام‌های حقوقیِ تابع نظریه یگانگی همچون ایران، جذب مقررات بین‌المللی در نظام داخلی مستلزم قانون‌گذاریِ مجزا از تصویب معاهده نیست، اما ممکن است اجرای بعضی تعهدات معاهداتی مستلزم وضع قوانین و مقررات تکمیلی باشد. بر این اساس، در ایران قوانینی هر چند معدود برای اجرای بعضی معاهدات به تصویب رسیده‌اند که اتفاقاً بعضی از آن‌ها تعیین‌کننده مرجع ملی هستند.

٤-بسیاری از مراجع ملی ایران در قوانین تعیین حق عضویت ایران در نهادهای بین‌المللی مشخص شده‌اند. در نقد این رویه باید گفت که گرچه اختیار عام قانون‌گذاری مجلس، این اجازه را به مجلس می‌دهد که در هر زمان، اقدام به تعیین مرجع ملی کند، اما مناسب‌ترین ابزار برای تعیین مرجع ملی، قانون تصویب‌کننده معاهده است؛ به این دلیل که مانع از لزوم قانون‌گذاریِ بعدی برای تعیین مرجع ملی می‌شود که ممکن است فرایندی طولانی داشته باشد و این تأخیر می‌تواند منجر به مسئولیت بین‌المللی ایران شود.

۵- طبق قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، هیأت وزیران، پانزده نماینده مجلس، شورای عالیِ استان‌ها و رئیس قوه قضاییه صلاحیت ابتکار پیشنهاد قانون را دارند، اما تاکنون عملاً فقط نمایندگان مجلس و هیأت وزیران، پیشنهاد دهنده مراجع ملی به مجلس بوده‌اند. با توجه به رویه غالب مجلس در عدم تغییر در متن لوایح دولت در زمینه مراجع ملی و همچنین نادر بودن قوانین حاوی نام مراجع ملی که مبتنی بر طرح نمایندگان مجلس بوده باشد، در موارد بسیار نادر، مراجع ملی مذکور در قوانین مبتنی بر پیشنهاد نمایندگان مجلس بوده است.

٦- قانون‌گذار می‌تواند در هر یک از انواع قوانین حاوی نام مرجع ملی، اختیار تغییـــر مرجع ملی را به دولت واگذار کند، اما ظاهراً تاکنون هیچ‌یک از قوانین مربوط بـــه اجرای معاهـــده و قوانین پیش از انقلاب در زمینه تعییـــن حق عضویت ایران در نهادهـــای بین‌المللی، به اختیار دولت برای تغییر مراجع ملی اشـــاره نکرده‌اند. قوانین تصویب‌کننده معاهدات نیز در موارد بســـیار نادر بـــه اختیار دولت برای تغییر مراجع ملی اشاره کرده‌اند.

۷- با توجه به این‌که امکان تصویب بعضی معاهدات توسط قوه مجریه وجود داشـــته اســـت، تعیین مراجع ملی در این معاهدات نیز صرفاً توسط دولت انجام شده است. همچنین با توجه به این‌که مجلس نمی‌تواند در متن معاهده پذیرفته‌شده توسط دولـــت تغییری ایجـــاد کند و اصولاً در متن معاهدات دوجانبـــه یا چندجانبه محدود ایران، مراجع ملی مشخص شده‌اند، این مراجـع ملی نیز صرفاً با تصمیم دولت تعیین شده‌اند.

فهرست منابع

الف. فارسی

* ایزدی، علی (۱۳۹٤)، «**نگاهی تطبیقی به اجرای حقوق بین‌الملل در محاکم ملی**»، مطالعات حقوق عمومی، دوره ٤٥، شماره ۳.

* بهادری جهرمی، علی و فتاحی زفرقندی، علی (۱۳۹٤)، «**بررسی ابهامات صلاحیت مجلس شورای اسلامی در تصویب موافقت‌نامه‌های بین‌المللی با نگاه به نظرهای شورای نگهبان**»، دانش حقوق عمومی، سال چهارم، شماره ۱۲.

* پورهاشمی، سیدعباس و سبحانی‌نیا، مجتبی (۱۳۹۹)، «**جایگاه معاهده در نظام حقوقی ایران با نگاهی به نحوه اجرای معاهدات زیست‌محیطی در ایران**»، علوم و تکنولوژی محیط زیست، دوره ۲۲، شماره ۹.

* جنیدی، لعیا و کشاورزی، غزال (۱۳۹٦)، «**تحلیل اجرای موقت معاهده منشور انرژی در پرتو رأی یوکاس و مقایسه با نظام حقوقی ایران**»، مطالعات حقوق عمومی، دوره ٤۷، شماره ٤.

* جوزف، سارا و شولتز، جنی و کسن، ملیسا (۱۳۹٥)، **میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی؛ دعاوی، آموزه‌ها، تفاسیر**، جلد نخست، برگردان: سیدقاسم زمانی و همکاران، تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی.

* حسینی، سیدابراهیم (۱۳۹۲)، «**محدودیت‌های مجلس شورای اسلامی در قانون‌گذاری (موضوع اصل ۷۱ قانون اساسی)**»، حکومت اسلامی، سال هفدهم، شماره ٤ (پیاپی ٦٦).

* ذبیحی، عاطفه (۱٤۰۱)، «**شاخص‌های اتقان آرای قضایی مستند به اسناد بین‌المللی؛ با تأکید بر آرای دعاوی خانواده**»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸٦، شماره ۱۲۰.

* زاهدی، مهدی و عرفان‌منش، محمدحسین (۱۳۹٦)، «**ارزیابی پیش‌نویس سازمان جهانی مالکیت فکری برای حمایت از طب سنتی**»، حقوق پزشکی، سال یازدهم، شماره ٤۲.

* زمانی، سیدقاسم (۱۳۸٥)، «**موازین بین‌المللی حقوق بشر و بازداشت محکومین مالی در ایران**»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۳٥.

* صادقـــی، آزاده (۱٤۰۲)، «**فهرست‌بندی مواد مخدر و روان‌گردان در نظام عدالت کیفری ایران و ایالات متحده آمریکا**»، مجله حقوقی دادگســـتری، دوره ۸۷، شماره ۱۲۱.
* ضیائـــی بیگدلی، محمدرضا (۱۳۹۵)، **حقوق معاهدات بین‌المللی**، چاپ ششـــم، تهران: گنج دانش.
* ضیائی بیگدلی، محمدرضا (۱٤۰۱)، **حقوق بین‌الملل عمومی**، چاپ هفتاد و پنجم، تهران: گنج دانش.
* عنایت، سیدحســـین (۱۳٦۵)، «**تنظیم معاهدات بین‌المللی در حقوق کنونی ایران و مطالعه تطبیقی آن با فقه اســـلامی و حقوق بین‌الملـــل معاصر**»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۷.
* عنایت، سیدحســـین (۱۳٦۸)، «**تنظیم معاهدات بین‌المللی در حقوق کنونی ایران و مطالعه تطبیقی آن با فقه اســـلامی و حقـــوق بین‌المللی معاصر**»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۱۰.
* فتحـــی، محمد و کوهی اصفهانی، کاظم (۱۳۹۷)، **قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران به همراه نظرات تفسیری شورای نگهبان**، تهران: پژوهشکده شورای نگهبان.
* فلسفی، هدایت‌الله (۱۳۷۹)، **حقوق بین‌الملل معاهدات**، تهران: فرهنگ نشر نو.
* قاســـمی، غلامعلـــی (۱۳۹۵)، «**تدابیر بازدارنده علیه مفاســـد اقتصادی در پرتو کنوانسیون مبارزه با فساد و مقررات ایران**»، حقوق تطبیقی، شماره ۱۰٦.
* کدخدایی، عباسعلی و ابریشمی‌راد، محمدامین (۱۳۹۵)، «**رویه شورای نگهبان در خصوص اصول و ضوابط حاکم بر ابتکار قانون**»، دانش حقوق عمومی، سال پنجم، شماره ۱۳.
* موسوی، سیدفضل‌الله و مسلمی بیدهندی، فرشته (۱۳۹۲)، «**مهاجرت غیرقانونی از طریق دریا در پرتو حقوق بین‌الملل**»، فصل‌نامه حقوق، دوره ٤۳، شماره ٤.
* مهرپور، حســـین (۱۳۸۳)، «**یونســـکو و رسیدگی به نقض حقوق بشر در ایران**»، راهبرد، شماره ۳۲.
* هاشـــمی، حمیـــد (۱۳۸۸)، «**اجرای تعهدات بین‌المللـــی در نظام قضایی ایران: محدودیت‌ها و ظرفیت‌ها**»، مجله پژوهش‌های حقوقی، شماره ۱۵.

❋ هاشـــمی، محمد (۱۳۷۷)، **حقوق اساســـی جمهوری اســـلامی ایران**، جلد دوم (حاکمیت و نهادهای سیاسی)، چاپ سوم، تهران: دادگستر.

ب. انگلیسی

❋ Blackman, D. J. (1997), **"The National and International Roles of the Competent Authority"**, International Journal of Radioactive Materials Transport, Vol. 8, No 3-4.

❋ Bomberg, Elizabeth & Peterson, John (1998), **"European Union Decision Making: the Role of Sub-national Authorities"**, Political Studies, Vol. 46, No. 2.

❋ Committee of Legal Advisers on Public International Law (2001), **Expression of Consent by States to be Bound by a Treaty: Analytical Report and Country Reports**, Strasbourg: Council of Europe.

❋ De Somer, S. (2017), **"The Powers of National Regulatory Authorities as Agents of EU Law"**, ERA Forum, Published Online.

❋ IAEA (2004), **Regulations for the Safe Transport of Radioactive Material, 1996 Edition (As Amended 2003)**, Vienna: International Atomic Energy Agency.

❋ Marek Szydło H. (2012), **"National parliaments as regulators of network industries: In search of the dividing line between regulatory powers of national parliaments and national regulatory authorities"**, International Journal of Constitutional Law, Vol. 10, No. 4.

❋ Sloss, David L. (2020), **"Domestic Application of Treaties (Second Edition)"**, The Oxford Guide to Treaties (2nd ed.), Santa Clara Univ. Legal Studies Research Paper, available at SSRN https://ssrn.com/abstract=3650400 (Last visited 5/12/2023).

❋ Venice Commission (2014), **Report on the Implementation of International Human Rights Treaties in the Domestic Law and the Role of Courts**, Strasbourg: Council of Europe.

مجله حقوقی دادگستری

مقاله پژوهشی/ دوره ۸۸/ شماره ۱۲۷/ صفحات: ۳۰۰-۲۷۵
تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۱/۲۹ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۴/۲۰

چالش‌های تخصیص بهینه منابع مالی به قوه قضاییه در جمهوری اسلامی ایران

رحیم نوبهار[۱]
مجتبی قاسمی[۲]
فاطمه صفاری[۳]

چکیده

این مقالـــه با تکیه بر روش توصیفی تحلیلی بـــه واکاوی چالش‌های تخصیص کارآمد و مدیریت صحیح منابع مالی در قوه قضاییه جمهوری اســـلامی ایران می‌پردازد. برابـــر یافته‌های این پژوهش، برخی از چالش‌های این حوزه عبارتند از: تخصیص منابع بدون توجه به برنامه‌های میان‌مدت و به صورت دل‌خواه، نبود معیاری برای ســـنجش عملکرد و کنترل نتایج، فقدان انضباط مالی، متاثر بودن فرایند بودجه‌ریزی از چانه‌زنی‌ها و مذاکرات فاقد پشتوانه علمی در سطح گسترده، اتکاء صرف بر بودجه‌ریزی افزایشی، عدم کاربســـت سیستم‌های حســـابداری، فقدان شـــفافیت، مطلوب نبودن مکانیزم‌های نظارتی سایر قوا بر عملکرد مالی قوه قضاییه، برداشت افراطی از مفهوم استقلال قضایی و مقاومت ساختار موجود در برابر اعمال اصلاحات در حوزه عملکرد مالی. این عوامل ســـبب شده است تا ســـاختار بودجه‌ریزی قوه قضاییه بهینه‌سازی و کارایی را برنتابد و فرایند بودجه‌ریزی بدون توجه به اصول علمی و منطقی صورت گیرد. مقاله برای گذار از این وضعیت نامطلوب، پیشنهادهایی را مطرح کرده است.

واژگان کلیدی: قوه قضاییه، اســـتقلال قوه قضاییـــه، نظارت مالی، بودجه‌ریزی، برنامه‌ریزی قضایی.

---

۱. دانشیار گروه حقوق اسلامی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران (نویسنده مسوول)
rnobahar@gmail.com

۲. استادیار گروه حقوق عمومی و حقوق اقتصادی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران
mojtaba_ghasemi@sbu.ac.ir

۳. دانشجوی دکتری رشته حقوق جزا و جرمشناسی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران
f_saffari@sbu.ac.ir

درآمد

مقامات قوه قضاییه جمهوری اسلامی ایران همواره از ناکافی بودن بودجه تخصیصی به این قوه گلایه‌مند بوده و ساماندهی امور دستگاه قضا را به رفع نیازهای مالی این قوه وابسته دانسته‌اند (قاضی‌خرم‌آبادی، ۱۳۸۸: ۵۵؛ موتمن، ۱۳۸۲: ۳۰). به‌رغم افزایش تدریجی بودجه قوه قضاییه در سال‌های اخیر، مسؤولان قضایی همچنان معتقدند با این میزان از بودجه، قوه –قضاییه نمی‌تواند وظایف خود را به‌خوبی انجام دهد (آقایی طوق، ۱۳۹۶: ۷۳–۸۰).

ادعای کمبود بودجه تخصیصی به قوه قضاییه و مطالبه افزایش سهم این قوه از این منظر اهمیت دارد که به دلیل محدودیت منابع مالی، افزایش بی‌حسابِ سهم نظام عدالت می‌تواند مشکلاتی را برای بخش‌های دیگر جامعه پدید آورد و ایفای وظَایف این نهاد را دچار اختلال کند.

تجربه دیگر کشورها نشان می‌دهد که پیش از حمایت از افزایش بودجه تخصیصی به دستگاه قضا، می‌بایست نحوه تخصیص بودجه و مدیریت منابع مالی در این دستگاه ارزیابی شود؛ زیرا ممکن است مشکل اصلی، فقدان مدیریت صحیح منابع باشد نه کمبود منابع مالی. در این صورت، افزایش بودجه دستگاه قضا، سبب بهبود عملکرد آن نمی‌شود (پژوهشکده حقوق خصوصی پژوهشگاه قوه قضاییه، ۱۳۹۳: ٦٨)؛ بنابراین باید به سمت اصلاح ساختار مدیریت منابع و بهینه‌سازی منابع تخصیصی به این حوزه حرکت کرد. در این صورت، ضمن تخصیص سهم مناسبی از منابع محدود به نظام عدالت برای ایفاء صحیح وظایف خود، از هدررفت منابع نیز جلوگیری خواهد شد.

موضوع «بهینه‌سازی منابع تخصیصی به دستگاه قضا» ذیل بحث‌های «حقوق و اقتصاد» قرار می‌گیرد. مقاله‌های منتشر شده در این حوزه، بیشتر به معرفی جنبش نوپای «حقوق و اقتصاد» پرداخته و سعی در شناخت مبانی و زوایای مختلف آن داشته‌اند. شمار کمی از مقاله‌ها تلاش کرده‌اند این نگاه را در بحث پیشگیری از وقوع جرم به کار بندند. برخی نیز بر مبنای رویکرد اقتصادی به حقوق، به ارزیابی هزینه‌های جرم پرداخته‌اند. در خصوص این‌که چگونه می‌توان در جهت بهینه‌سازی کل منابع تخصیصی به نظام عدالت جمهوری اسلامی ایران گام برداشت، پژوهش مستقلی

صورت نگرفته اســـت. البته جهت ارائه راهکار برای بهینه‌ســـازی منابع تخصیصی به نظام عدالت، باید ســـاختار و چالش‌های موجود شناسایی شود. به عبارت دیگر، برای تحلیل‌های اقتصادی، سه ســـطح خرد، کلان و توسعه درنظر گرفته می‌شود. موضوع تخصیـــص بهینه منابع بـــه نظام عدالت، نگاه به موضوع از دریچه تحلیل‌های ســـطح خرد اســـت. از منظر اقتصاد نهادگرایی جدید که در سایه کشف و شفاف‌سازی چهره تحلیل‌های خرد و تفصیلی پیشـــرفت کرده، پیش از یک واحد سطح خرد، سه سطح دیگر وجود دارد؛ ســـطح یک، نهادهای غیررسمی اســـت که شامل هنجارها، رسوم، اخلاق، سنت‌ها و مذهب می‌شـــود؛ سطح دوم، ناظر به قواعد رسمی (قوانین اساسی و قوانین عادی) اســـت؛ و ســـطح ســـوم، نهادهای اعمال مدیریت (حکمرانی) است (ویلیامسون، ۱۳۸۱: ۵-۸). اگر این سه سطح که بر واحدهای سطح خرد احاطه دارند نادیده گرفته شود و بحث‌های سطح خرد نقطه عزیمت قرار گیرند، مباحث سطح خرد صورت انتزاعی پیدا می‌کند. در واقع، اگر بحث بهینه‌سازی منابع تخصیصی به دستگاه قضـــا بدون ملاحظه تعاملات دســـتگاه قضا با نهادهای ســـطح بالاتر صورت پذیرد، با شکســـت مواجه می-شـــود؛ بنابراین موضوع اصلی این پژوهش، چهارچوب‌های نهادی حاکم بر تخصیص بودجه به دســـتگاه قضا و چالش‌های آن با هدف شناسایی راهکارهایی برای اصلاح ســـاختار بودجه‌ریزی و تخصیـــص بهینه منابع به این نظام است.

چهارچوب تحلیلی در این پژوهش، رویکرد نهادگرایی جدید است و مباحث پیش رو مبتنی بر مطالعات کتابخانه‌ای اســـت. همچنین نظر به این‌که در این حوزه با فقر منابع مکتوب و فقدان آمار رســـمی مواجه‌ایـــم، ناگزیر به مصاحبه با متخصصانی که در این زمینه‌ها دارای مســـؤولیت اجرایی هستند روی آوردیم. در این مقاله سعی شده ناکارآمدی چهارچوب نهادی که متشکل است از قوانین رسمی، هنجارهای غیر رســـمی و شـــیوه اعمال مدیریت، ابتدا فرایند تخصیص بودجه به قوه قضاییه از زمان تهیه لایحه بودجه تا تصویب نهایی آن در مجلس بررســـی شـــود؛ سپس چالش‌های مکانیزم نظارت بر اجـــرای بودجه در این قوه مورد بحث قرار می‌گیرد. خروجی این بحث‌ها شناسایی چالش‌های موجود بر سر بهینه‌سازی منابع تخصیصی به دستگاه قضا خواهد بود. در پایان نیز با استفاده از یافته‌ها، پیشنهادهایی برای تخصیص بهینه منابع

به نظام عدالت ارائه می‌شود.

۱. ناکارآمدی‌های چهارچوب نهادی حاکم بر تخصیص بودجه به قوه قضاییه

در این قسمت با ملاحظه هنجارهای رسمی و غیررسمی در حوزه بودجه‌ریزی و نحوه اجرای این هنجارها، شیوه‌های مورد استفاده در قوه قضاییه جمهوری اسلامی ایران برای تخمین هزینه‌ها شناسایی می‌شود. همچنین بحث می‌شود که شیوه‌های حاکم با چه خلاءهایی مواجه است و چگونه کارآمدی منابع تخصیصی به قوه قضاییه را به چالش می‌کشد.

۱-۱. عدم موفقیت در اجرای بودجه‌ریزی برنامه‌ای

به موجب قانون برنامه و بودجه کشور مصوب ۱۳۵۱ که به جز اندکی اصلاحات تاکنون تغییر محسوسی نداشته است (بابایی، ۱۳۷۹: ۹)، بودجه باید به شیوه برنامه‌ای و بر اساس برنامه‌های سالانه که خود مبتنی بر برنامه‌های میان‌مدت است تهیه شود. با آن‌که پس از انقلاب اسلامی، کشور دارای شش برنامه میان‌مدت بوده است، هیچ‌گاه ارتباط مناسبی میان برنامه و بودجه وجود نداشته (قاسمی و پناهی و خضری و مخبر، ۱۳۸۷: ۶۲-۶۳؛ ویانچی، ۱/۱۳۸۸: ۱۷۹؛ ریاضی و مهدوی ایزدی، ۱/۱۳۸۸: ۳۲۰) و احکام قانون فوق به طور کامل اجرا نشده است (حسن‌آبادی و نجار صراف، ۱۳۸۸: ۲۹۱). در قوه قضاییه نیز برنامه‌های میان‌مدتی همچون برنامه‌های توسعه قضایی و سند تحول قضایی تدوین شده است و در برنامه‌های توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی کشور نیز یک بخش تحت عنوان بخش حقوقی و قضایی، به برنامه‌های قوه قضاییه اختصاص دارد. با این حال، میان بودجه قوه قضاییه و برنامه‌های فوق ارتباط موثری وجود ندارد.

نخستین گام برای قرار گرفتن بودجه در محدوده برنامه‌ها این است که برنامه‌های میان‌مدت دارای قواعد مشخصی در زمینه نحوه تنظیم بودجه باشند؛ در حالی که بخش حقوقی برنامه‌های پنج‌ساله توسعه‌ی کشور نه تنها حاوی چنین دستورالعملی نبوده بلکه بیشتر به صورت یک سلسله مواد کلی با فصل‌بندی خاص خود است. همچنین مشخص نیست که کدام یک از فصل‌ها و ردیف‌های بودجه باید در مقام اجرای رهنمودهای کلی قانون برنامه‌ی توسعه تدوین شود (دفتر مطالعات برنامه و بودجه، ۱۳۸۱: ۱۸۶). در برنامه چهارم توسعه قضایی نیز حجم زیادی از

برنامه‌ها به صورت کلی و فهرست‌وار بیان شده و از ورود به جزئیات و توضیح نحوه دستیابی به آن‌ها خودداری شده است. برای نمونه، یکی از راهبردهای مطرح شده برای پیشگیری از وقوع جرم، اصلاح و بازپروری مجرمان است. برای تحقق این امر، دو برنامه به صورت مبهم و کلی مطرح شده است که عبارت است از: ارتقاء نقش عفو، تخفیف مجازات و آزادی مشروط در اصلاح زندانیان و اصلاح نگرش جامعه نسبت به پذیرش محکومان و زندانیان بازاجتماعی‌شده. عدم دقت کافی برنامه‌ها و برنامه‌ریزی بدون توجه به الزامات اجرایی، تبعیت از برنامه‌ها را در مرحله اجرا دچار مشکل کرده است.

سند تحول قضایی با جزئیات بیشتری به ماموریت‌های قوه قضاییه پرداخته و راهکارهایی را برای انجام این ماموریت‌ها ارائه داده است، اما همچنان مشخص نیست که کدام یک از فصل‌ها و ردیف‌های بودجه باید در مقام اجرای هر ماموریت باشد. به علاوه، سازکاری برای نظارت بر هم‌سویی بودجه دستگاه قضا با برنامه‌های مذکور وجود ندارد.

افزون بر موارد فوق، برخی از رویه‌ها مانع برنامه‌ای شدن بودجه است. پیش‌تر اداره کل بودجه و تخصیص اعتبار قوه قضاییه ذیل معاونت راهبردی قرار داشت. در معاونت راهبردی، طبق اطلاعات به دست‌آمده از بخش‌های مختلف و براساس اولویت‌سنجی، برنامه‌ها تنظیم و بودجه آن‌ها برآورد می‌شد. بر همین اساس، قوه قضاییه با سازمان برنامه و بودجه وارد مذاکره می‌شد و توزیع بودجه میان واحدها صورت می‌گرفت؛ بنابراین یک چهارچوب برنامه‌ای وجود داشت. اخیراً اداره کل بودجه و تخصیص اعتبار ذیل معاونت مالی، پشتیبانی و امور عمرانی قرار گرفته است. در این چیدمان، بودجه از برنامه جدا شده و چانه‌زنی مبنای تخصیص قرار گرفته است.

از سال ۱۳۷۸ مبلغ معینی از محل سپرده‌های موضوع ماده ۳۰ قانون محاسبات عمومی کشور، به صورت غیر قابل برداشت و بلوکه شده در حساب یا حساب‌هایی متمرکز نزد بانک ملی سپرده می‌شود تا رئیس قوه سود حاصل را در جایی‌که بودجه مصوب کفاف نمی‌دهد هزینه کند.[1] چنین درآمدهایی که نظارت‌ناپذیر و تابع سلیقه‌های

۱. تمامی وجوهی که مردم به حساب‌های قوه قضاییه پرداخت می‌کنند، به حساب خزانه دولت

فردی‌اند، سد راه برنامه‌ای شدن بودجه هستند.

وابستگی بودجه کشور به درآمدهای نفتی نیز از جمله عواملی است که مانع اجرایی شدن برخی از برنامه‌های مورد توافق میان قوه قضاییه و سازمان برنامه و بودجه می‌شود. زمان‌بر بودن فرایند فروش نفت سبب می‌شود در بسیاری از اوقات اعتبار لازم برای اجرای برنامه‌ها در ماه‌های پایانی سال مالی (بهمن و اسفند) وارد سیستم قضایی شود. یک اصل سنتی در حوزه بودجه‌ریزی وجود دارد که به موجب آن، مجوز بودجه هزینه‌های نقدی به دوره دوازده ماهه محدود بوده و تخصیص-های جذب نشده در پایان سال لغو می‌گردد (لاینرت، ۱۳۸۷: ۱۲۸). حاکم بودن اصل مذکور در نظام بودجه‌ریزی جمهوری اسلامی ایران سبب می‌شود اعتباراتی که در ماه‌های پایانی سال وارد سیستم قضایی می‌شوند به صورت شتابزده و ناکارآمد هزینه شود.

۲-۱. کاستی‌های سنتی بودن شیوه بودجه‌ریزی

با وجود عدم اجرای کامل بودجه‌ریزی برنامه‌ای، از سال ۱۳۷۸ تهیه بودجه به روش عملیاتی به عنوان یک هدف میان‌مدت در دستور کار سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی کشور قرار گرفت (حسن‌آبادی و نجار صراف، ۱۳۸۸: ۲۹۱). بودجه‌ریزی عملیاتی ابتدا در قانون بودجه سال ۱۳۸۲ و سپس در قوانین فرادستی از جمله قانون برنامه چهارم توسعه کشور مطرح شد (امیرکبیری و الماسی و محمودی، ۱۳۹۳: ۲۱). اعمال چنین تغییری نیازمند بسترسازی در ابعاد مختلف از جمله قوانین مالی، اداری، استخدامی و بودجه‌ریزی بود، اما اقدام مؤثر و جامعی صورت نپذیرفت (رضایی، ۱۳۹۵: ٦٥). طبق گزارش تفریغ بودجه سال ۱۳۹۹ کل کشور، «تعداد ۱۰۵۲ دستگاه اجرایی نسبت به راه‌اندازی سیستم یکپارچه بودجه‌ریزی مبتنی بر عملکرد اقدام ننموده‌اند» (دیوان محاسبات، ۱۳۹۹: ۲۱).

جمهوری اسلامی ایران واریز می‌شود. برخی از این وجوه همچون هزینه دادرسی (ابطال تمبر دعاوی) غیر قابل برگشت است. برخی دیگر از وجوه همچون خسارت احتمالی یا وجوه توقیفی قابل برگشت است. در هر ماه درصدی از وجوه قابل برگشت از ناحیه خزانه جهت استرداد وجوه سپرده به صورت تن‌خواه در اختیار قوه قضاییه قرار می‌گیرد و ذی‌حساب مربوطه به استناد حکم قاضی، مجوز استرداد را صادر می‌کند. همچنین خزانه از محل وجوه قابل برگشت (موضوع ماده ۳۰ قانون محاسبات عمومی کشور) مبلغ معینی را به منظور سپرده‌گذاری و استفاده از سود حاصله در اختیار قوه قضاییه قرار می‌دهد (خبرگزاری ایسنا، ۱۳۹۹).

در حـــال حاضر، ضابطه اصلی در تخصیص اعتبارات جاری به دســـتگاه‌ها از جمله قوه قضاییه، حفظ موجودیت ســـازمان اســـت؛ نه حجـــم عملیات اجرایی آن. فشـــارهای اجتماعی نیز بر جهت‌گیری بودجه اثر می‌گذارند. در این صورت، طبیعی اســـت که ضرورت شناسایی دقیق حجم عملیات اجرایی دستگاه و ارتباط آن با منابع تخصیص یافته، ارزیابی مدیریت و کارایی سازمان، زمان‌بندی اجرایی و روند هزینه‌ها بر اساس پیشرفت کار نادیده گرفته شود (محنت‌فر و جعفری صمیمی، ۱۳۹۲: ۲۱۷). در نتیجه، بودجه‌ریزی به روش غیر برنامه‌ای و کاملا سنتی صورت می‌پذیرد (بابایی، ۱۳۷۹: ۲-۳).

در بودجه‌ریزی ســـنتی، هزینه‌ها به تفکیک ســـازمان و عنوان هزینه (ردیف-قلم)[1] طبقه‌بندی می‌شود و نوع و ماهیت هزینه-ها نشان داده می‌شود (فرجوند، ۱۳۸۵: ۱۵۹)، اما با ملاحظه ارقام و اطلاعات مندرج در سند بودجه نمی‌توان تشخیص داد که هر هزینه برای دســـتیابی به کدام هدف یا اجرای کدام برنامه می‌باشد و در قبال پولی که خرج می‌شـــود چه نتایجی به دست می‌آید. در این روش تاکیدها روی ابزار مالی و حسابداری دریافت‌ها و پرداخت‌های سازمان استوار است. در نتیجه، نقش مجلس در بررســـی بودجه فقط متوجه حفظ و کنترل مخارج دولت در چهارچوب اعتبارات مصوب می‌باشـــد که هزینه‌ای از اعتبارات مصوب تجاوز ننموده باشد و هر هزینه‌ای در محل و مورد خود به مصرف رســـیده باشـــد (فرزیب، ۱۳۷۵: ۳٦۵)، اما نظارتی بر عملکرد دســـتگاه‌ها، میزان کارایی آنان و نتایج حاصله وجود ندارد. برای نمونه، اگر برای خرید کالا، یک ریال خارج از ضوابط مالی و محاسباتی هزینه شود، موضوع به دیوان محاســـبات گزارش می‌شود، اما اگر امکانات خریداری شده اضافه باشد، دیوان به آن رسیدگی نمی‌کند (فرجوند، ۱۳۸۵: ۱۹۹-۲۰۰).

بودجه‌ریزی ســـنتی امکان کنترل هزینه‌ها و جلوگیـــری از حیف و میل منابع بخش عمومی را فراهم می‌کند (فرجوند، ۱۳۸۵: ۱۵۹)، اما اگر این شیوه بودجه‌ریزی با کنترل شـــدید و بدون انعطاف جزئیات هزینه‌های دولت و بی‌توجهی به عملکرد و خروجی‌ها همراه شود، اولویت‌بندی برنامه‌ها و تخصیص و اجرای بودجه به صورت کارا مختل می‌شـــود (شـــیائوکامپو و توماســـی، ۱۳۸۹: ۱۳۳ و ١٦٤). در قوه قضاییه

1. Line-item

جمهوری اسلامی ایران از یک سو کنترل‌های دست و پاگیر و ناکارآمد هزینه‌ها وجود دارد که سبب عقیم ماندن توانمندی‌های مدیران و کارشناسان می‌شود و از سوی دیگر، امکان جابه‌جایی اعتبارات میان فصول مختلف وجود دارد. ماده ۷۹ قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت مصوب ۱۳۸۰، مجوز جابه‌جایی حدود سی درصد کل اعتبارات جاری و عمرانی را صادر کرده است. گاه از محلِ اعتباری که در قالب طرح عمرانی آمده، حقوق و دستمزد پرداخت می‌گردد (قاسمی و پناهی و خضری و مخبر، ۱۳۸۷: ۳۳). انعطاف‌پذیری بیشتر در بودجه‌ریزی مطلوب است، اما این‌که در خلال اجرای بودجه تغییری در آن صورت گیرد اشتباه است (شیائوکامپو و توماسی، ۱۳۸۹: ۱۳۰-۱۲۹). به علاوه، در کشور ما چون مدیران نسبت به نتایج و خروجی‌ها پاسخ‌گو نیستند و معیاری برای سنجش عملکرد مدیران در تحقق برنامه‌ها وجود ندارد، اعطای اختیارات بیشتر به مدیران، کنترل هزینه‌ها را ناممکن ساخته و موجب اتلاف بیشتر منابع و فساد مالی می‌شود (حسن‌آبادی و نجار صراف، ۱۳۸۸: ۲۰٤). در مجموع، با یک افراط و تفریط در کنترل هزینه‌های قوه قضاییه مواجهیم که هر دو حالت نامطلوب است.

۳-۱. نقش رویه‌های بودجه‌ریزی غیر اصولی در ناکارآمدی تخصیص منابع

منحصر ساختن نظام بودجه‌ریزی یک کشور به یک شیوه بودجه‌ریزی، مطلوب نیست. اکثر کشورها از چندین شیوه به طور هم‌زمان به عنوان بخشی از فرایند بودجه‌ریزی استفاده می‌کنند (محنت‌فر و جعفری صمیمی، ۱۳۹۲:۸۰). در ساختار سنتی بودجه‌ریزی جمهوری اسلامی ایران نیز رویه‌های غیر اصولی همچون «چانه‌زنی بیش از حد» و «بودجه‌ریزی افزایشی» در برآورد هزینه دستگاه‌ها نقش دارند (اعتباریان و عمادزاده و روحانی، ۱۳۹۲: ۱ و ۱۳-۱٤).

برای تهیه بودجه قوه قضاییه، ابتدا طبق اطلاعات جمع‌آوری شده از بخش‌های مختلف، نیاز مالی این قوه تخمین زده می‌شود. سپس قوه قضاییه در زمینه درآمد، هزینه و نحوه هزینه‌کرد منابع با سازمان برنامه و بودجه وارد مذاکره می‌شود. توافق صورت گرفته در قالب موافقت‌نامه مشترک میان قوه قضاییه و سازمان برنامه و بودجه تنظیم می‌شود. بدین‌ترتیب، چهارچوب بودجه قوه قضاییه مشخص گردیده و درلایحه بودجه گنجانده می‌شود.در مذاکرات میان قوه قضاییه و سازمان برنامه و بودجه برای

برآورد هزینه‌ها، به بودجه سال قبل قوه توجه شده و بر اساس «بودجه‌ریزی افزایشی» اقدام می‌شود.

از منظر برخی پژوهشـــگران، درســـت نیست که هر سال شـــیوه بودجه‌ریزی بر مبنـــای صفر صورت پذیرد و پروژه‌ها و برنامه-هایی که چند ســـال از آغاز آن‌ها می‌گذرد هر ســـال از اســـاس و ریشه ارزیابی شـــود. این روش حتی اگر توجیه‌پذیر باشـــد، در عمل تقریبا ناممکن و بسیار پرهزینه اســـت. با این حال، اتکای صرف به «بودجه‌ریزی افزایشی» سبب می‌شود مذاکره میان دستگاه‌ها و سازمان برنامه و بودجه در فرایند تدوین بودجه، منحصر به مرور اقلام بودجه پیشـــین و توافق بر سر کاهش یا افزایش تخصیص اعتبار به اقلام و ردیف‌های بودجه باشـــد. بدین ترتیب مذاکرات به شـــکل چانه‌زنی، فقط بر داده‌های ورودی متمرکـــز خواهد بود و توجهی به نتایج و خروجی‌ها نمی‌شود. در نتیجه، مســـائلی همچون اثربخشی، کارایی و اولویت‌های برنامه‌ای به فراموشی سپرده می‌شود؛ بنابراین بودجه‌ریزی افزایشی ابزار مفیدی برای کنترل هزینه‌ها نخواهد بود (Schiavo-Campo & Tommasi, 1999: 126؛ محنت‌فر و جعفری صمیمی، ۱۳۹۲: ۸۱-۸۳).

در وضعیت کنونی که بودجه نظام عدالت مبتنی بر برنامه نیســـت و در فرایند تدوین بودجه ســـالانه نیز تنها تمرکـــز روی کاهش یا افزایـــش اعتبار تخصیصی به ردیف‌های بودجه اســـت، طبیعی اســـت که نقش «چانه‌زنی سیاســـی» تقویت شود. بررسی‌ها نیز نشان می‌دهد که در فرایند تهیه بودجه قوه قضاییه و به طور کلی بودجه کشور، در مقایسه با ســـایر روش‌ها، چانه‌زنی سیاسی نقش مهم‌تری در تنظیم بودجه ســـالانه کشـــور دارد (اعتباریان و عمادزاده و روحانی، ۱۳۹۲: ۱۳-۱٤).فرایند تدوین بودجه همواره با مذاکره و چانه‌زنی همراه اســـت. اگر نتیجـــه فرایند بودجه‌ریزی به شدت متاثر از چانه‌زنی باشد؛ به طوری که تصمیم‌گیری‌ها به دور از واقعیت‌ها و نتایج و بر اســـاس قدرت سیاسی طرف‌های مذاکره‌کننده صورت پذیرد، نتیجه آن ناکارایی در تخصیص منابع خواهد بود. همان‌گونه که برخی نویسندگان یادآور شده‌اند، نتیجه تخصیص اعتبارات از طریق تبانی و توافق پشـــت درهای بســـته، شـــدت یافتن عدم شفافیت است (Schiavo-Campo & Tommasi, 1999: 127). ملاحظه ردیف‌های بودجه قوه قضاییه جمهوری اسلامی ایران طی ده سال گذشته بیان‌گر آن است که در

سال‌های اخیر اطلاعات و اسناد بودجه این قوه کلی‌تر شده و عدم شفافیت در امر بودجه‌ریزی بیش از پیش قوت گرفته است.

استفاده از رویه‌های غیر اصولی فوق سبب شده که اطلاعات حسابداری کاربرد چندانی در فرایند بودجه‌ریزی نداشته باشد. در نتیجه، نیازی به تعبیه سیستم‌های حسابداری مناسب احساس نمی‌شود؛ حال آن که اطلاعات حسابداری دقیق می‌تواند در زمینه برنامه‌ریزی، ارزیابی عملکرد و به طور کلی تهیه بودجه به شکل بهینه مورد استفاده قرار گیرد. بدون داشتن سیستم حسابداری مناسب و کارا، راهبری مطلوب عملیات و فعالیت‌ها برای دسترسی به هدف‌ها و برنامه‌های دستگاه‌ها ممکن نیست، اقدامات مدیریت محدود به تصمیم‌گیری‌ها و کنترل موردی و بدون ضابطه و هدف خواهد بود و احتمال بروز فساد افزایش می‌یابد (اعتباریان و عمادزاده و روحانی، ۱۳۹۲: ۱-۳).

پس از تقدیم لایحه بودجه به مجلس شورای اسلامی نیز همچنان امکان چانه‌زنی وجود دارد. طبق قاعده نمایندگان مجلس نباید در اعداد و ارقام بودجه که توسط متخصصان تنظیم می‌شود مداخله کنند؛ زیرا علاوه‌بر فقدان زمان کافی، اکثر نمایندگان از صلاحیت علمی و فنی لازم برای بررسی دقیق بودجه برخوردار نیستند (قاسمی و پناهی و خضری و مخبر، ۱۳۸۷: ٦٩). اصل هفتاد و پنجم قانون اساسی نیز اختیارات نمایندگان را در تغییر ارقام بودجه محدود کرده است (جلالی و تنگستانی، ۱۳۹۳: ۷۳؛ حسینی و فاتحی‌زاده و تهرانی، ۱۳۹۱: ۱۳۳). نمایندگان هنگام رسیدگی به بودجه باید به برنامه‌های دولت و سناریوهای مختلف نیل به آن‌ها رای دهند و تخصیص منابع به اولویت‌ها و انطباق بودجه با برنامه‌های توسعه را ارزیابی نمایند. با این حال، مجلس به جای ایفای وظیفه اصلی خود، به مسائل حاشیه‌ای بودجه پرداخته و با مداخله در بودجه دستگاه‌ها، اعتبارات آن‌ها را کم یا زیاد می‌کند (قاسمی و پناهی و خضری و مخبر، ۱۳۸۷: ۷۰ و ۷۳). نفوذ نمایندگان در ارقام بودجه با قواعد رسمی قابل توضیح نیست، بلکه حاصل مجموعه‌ای از محدودیت‌های نامکتوب است که از بطن تعامل‌های مکرر میان بازیگران برآمده و رواج یافته است. در چنین فضایی، مقامات قوه قضاییه نیز سعی می‌کنند از طریق مذاکره و رایزنی با نمایندگان مجلس، در مرحله تصویب بودجه در مجلس شورای اسلامی، بودجه این قوه را افزایش دهند.

با تلاش‌های مقامات قضایی، بودجه قوه قضاییه که در گذشـــته یک درصد از بودجه عمومی کل کشـــور بود، به تدریج افزایش یافت. در نهایت به موجب ماده ۱۱۹ قانون برنامه ششـــم توســـعه مصوب ۱۳۹۵/۱۲/۱٤، دولت مکلف شد حداقل دو و نه دهم درصد از منابع بودجه عمومی دولت را به قوه قضاییه اختصاص دهد. در حال حاضر نیز به موجب بند ح ماده‌ی ۱۱۳ قانون برنامه‌ی پنج‌ســـاله هفتم پیشـــرفت جمهوری اســـلامی ایران دولت مکلف شده در ســـال اول اجرای برنامه نسبت به افزایش سهم قوه قضاییه از محل درآمدهای عمومی کشـــور به نسبت سال پایه ۱٤۰۲ به میزان سی درصد علاوه بر افزایش ســـنواتی اقدام کند. این افزایش باید در سال‌های بعدی برنامه به عنوان عدد پایه بودجه قوه در نظر گرفته شود.

افزون بر این‌که تعیین چنین درصدهایی مبتنی بر نیازسنجی و محاسبات دقیق نیســـت، برخی از محققـــان معتقدند تخصیص درصد معینی از بودجه کل کشـــور به دستگاه قضا ممکن است در عمل شفافیت و کارایی را تضعیف نماید؛ زیرا لازم نیست دســـتگاه قضایی در خصوص اقدامات صورت گرفته و نحوه هزینه‌کرد بودجه‌اش در برابر قوه مقننه پاســـخ‌گو باشد (Office of democracy and governance, 2002: 26).

٤-۱. مقاومت نظام بودجه‌ریزی در برابر اعمال اصلاحات

بنا بر مطالب فوق، به صرف مطالعه قوانین نمی‌توان درک درستی از واقعیت‌های بودجه‌ریزی و شـــیوه‌ای داشت که در عمل اجرا می‌شود؛ زیرا علاوه بر این که قوانین مختلف رویکردهای متفاوتی دارند، در عمل به شـــیوه دیگری رفتار می‌شـــود. تصور ما بر این اســـت که قوانین رسمی به زندگی و سیاســـت نظم می‌بخشند؛ حال آن که حتی در توسعه یافته‌ترین کشورها، قوانین رسمی بخش کوچک و اگر چه بسیار مهم، از کل محدودیت‌هایی هســـتند که به انتخاب‌ها شـــکل می‌دهند. در واقع، آمیزه‌ای از هنجارهای غیر رســـمی، قوانین و ویژگی‌های اجرایی است که مجموعه انتخاب‌ها را مشـــخص می‌کند و نتایج را به بار می‌آورد. اگر فقط قوانین رســـمی را مورد نظر قرار دهیم، برداشـــت ما ناقص خواهد بود. بر اساس این قرینه که قوانین رسمی مشابه در جوامع گوناگون دستاوردهای متفاوتی داشـــته‌اند، آشکار می‌شود که محدودیت‌های غیر رسمی، به خودی خود مهم هستند. از این رو،تغییرات چشم‌گیر چهارچوب‌های

نهادی مستلزم دگرگون شـــدن قوانین، محدودیت‌های غیر رسمی و نوع و اثربخشی شیوه اعمال آن‌ها است، اما گرایش آنی این است که قوانین رسمی جدید را جایگزین محدودیت‌های غیر رســـمی کنیم و میراث‌های فرهنگی ریشه‌داری که اساس بسیاری از محدودیت‌های غیر رسمی‌اند را نادیده بگیریم (نورث، ۱۳۸۵: ٢٤ و ٦٩-٧٠ و ٩٣ و ١٤٦)؛ همچنان‌که برای ســـامان دادن به نظام بودجه‌ریزی در ایران صرفاً به نگارش قانون برنامه و بودجه و طرح بودجه‌ریزی عملیاتی در قانون برنامه توســـعه بســـنده شـــده است؛ بی‌آن که به هنجارهای غیر رسمی که ســـال‌ها ملاک عمل بوده و ریشه دوانده توجه شـــود. نتیجه چنین امری، ناسازگاری میان قوانین رسمی و هنجار-های غیر رسمی و در پی آن، فاصله گرفتن رویه بودجه‌ریزی از قوانین موضوعه است، اما تغییرات در ســـطح محدودیت‌های غیر رســـمی بسیار آرام بوده و ممکن است قرن‌ها به طول انجامد (ویلیامســـون، ۱۳۸۱: ۷)؛ زیرا این هنجارها که کم‌کم از تعمیم قوانین پیشین شـــکل گرفته‌اند،جزئی از سنت‌ها، رســـوم، اصول و قواعد رفتاری شده‌اند و اســـتعداد قوی برای بقا دارند (نـــورث، ۱۳۸۵: ٢٤ و ١٤٦)؛ بنابراین تغییرات نهادی متشکل از محدودیت‌های رسمی و غیر رسمی با تاثیر از ویژگی نهادهای غیر رسمی، تدریجی است (مومنی‌پور، ١٣٩٤: ٥٦). این امر سبب تداوم نهادهای یک جامعه و به دنبال آن پیوند حال و آینده با گذشـــته می‌شود. در واقع، گذشته انتخاب‌های امروز و فردا را شکل می‌دهد (نورث، ۱۳۸۵: ۱۳).

به‌رغم تدریجی بودن تغییرات نهادی، از طریق ایجاد نهادهای رسمی کارآمدی که به افزایش شفافیت می‌انجامد می‌توان به تغییرات نهادی سرعت بخشید، اما چنین تحولی زمانی رخ می‌دهد که تشـــکیلات سیاســـی اراده جدی برای اعمال اصلاحات کارآمد داشـــته باشند (مومنی‌پور، ١٣٩٤: ٥٦)؛ زیرا به طور معمول، نهادها یا دست کم قوانین رسمی ساخته نمی‌شوند که به لحاظ اجتماعی کارآ باشند، بلکه ایجاد می‌شوند تا در خدمت منافع کســـانی باشند که برای طرح قوانین جدید قدرت چانه‌زنی دارند. اگر برخی از کشورها توانســـته‌اند از طریق خلق نهادهای نسبتاً کارا منافعی را کسب نمایند، به علت آن اســـت که در شـــرایطی معین اهداف افراد دارای قدرت چانه‌زنی بـــه راه‌حل‌هایی منجر شـــده که از نظر اجتماعی کارا هســـتند؛ بنابرایـــن تا زمانی که چهارچوب‌های نهادی ناکارامد برای افراد برخوردار از قدرت چانه‌زنی مطلوب باشد،

تغییر نهادی رخ نمی‌دهد (نورث، ۱۳۸۵ :۳۹ و ۱۱۵).

اگر چهارچوب نهادی را قاعده بازی بدانیم و سازمان را بازیگر (دادگر، ۱۳۹٦: ٥٤)، هر چهارچوب نهادی منجر به نوع مشـــخصی از ســـازمان می‌شود. مدیریت هر ســـازمان برای ایفای وظایف نیازمند توســـعه دانش ضمنی است. نوع دانشی که یک ســـازمان بدان نیاز دارد را چهارچوب نهادی تعییـــن می‌کند (North, 1994: 3). در ساختار تخصیص بودجه به قوه قضاییه جمهوری اسلامی ایران، قاعده بازی به‌گونه‌ای اســـت که پای‌بندی به برنامه وجود ندارد، مذاکره و چانه‌زنی نقش مهمی ایفا می‌کند و شفافیت و انضباط مالی مخدوش است. در چنین چهارچوبی نمی‌توان توقع داشت که قوه قضاییه به مثابه یک ســـازمان، به خلاف قاعده بازی و به نحو بهینه و کارآمد ایفـــای نقش کند. چنیـــن چهارچوب نهادی به تولید و اشـــاعه دانش بودجه‌ریزی و برنامه‌ریزی ارج نمی‌دهد و مدام گسستگی میان نظام تصمیم‌گیری و نظام کارشناسی افزایش می‌یابد. ســـازمانی که در این شرایط نهادی توسعه می‌یابد کاراتر می‌شود، اما کاراتر از حیث غرق شـــدن در مناسبات رانتی تا بدان جا که از بودجه تنها یک پوسته فریب‌کارانه و بدون کارکرد باقی می‌ماند.

۲. نبود سازِکارهای مناســـب برای نظارت دیگر قوا بر اجرای بودجه در قوه قضاییه

عواملی چنـــد که در ادامه می‌آید، نظارت بر اجـــرای بودجه قوه قضاییه را با مشکل مواجه کرده است.

۲-۱. تاثیر دیدگاه حداکثری قوه قضاییه ایران از مفهوم «استقلال» بر عدم تعامل با قوه مجریه

پس از انقلاب اســـلامی ایران، تجربه ناخوشایند انقلابیون از وضعیت پیشین دســـتگاه قضا و وابســـتگی آن به قوه مجریه، تدوین‌کنندگان قانون اساســـی را بر آن داشت که استقلال ساختاری کم نظیری برای دستگاه قضایی در نظر گیرند تا همچون ســـابق اسیر و آلت دست قوه مجریه نباشد (راســـخ، ۱۳۹۷: ۱۵۱). از این رو، برخی از تدوین‌کنندگان قانون اساســـی معتقد بودند که وابستگی دستگاه قضا به قوه مجریه خطرناک اســـت و پیش‌بینی یک قوه قضاییه مســـتقل معقول است(صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، ۳/۱۳۵۸: ۱۵۹٤).

شـــاید بتوان گفت قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران مستقل‌ترین قوه قضاییه را بنا نهاده است (Cross, 2003: 199)؛ به طوری که این قوه و مسائل مربوط به آن جدای از دولت دیده می‌شود (آقایی طوق، ۱۳۹۵:۲۰). در همین راستا نقش وزیر دادگستری که جزئی از قوه مجریه است، به شدت تضعیف شده است (صورت مشروح مذاکرات شـــورای بازنگری قانون اساسی جمهوری اســـلامی ایران، ۱/۱۳۶۹-۲: ۳۲۲-۳۵۱ و ۷۳۱ و ۸۸۵-۸۸۹؛ مهرپور، ۱۳۹۳: ۳۵٤-۳۵۵). برخی از تدوین‌کنندگان قانون اساسی معتقد بودند که بودجه قوه قضاییه می‌بایســـت توسط مقامات این قوه تنظیم شود و به طور مستقیم تحویل مجلس گردد تا از دستبرد و حذف کردن‌ها و ایراد و اعتراض‌های دولـــت دور باشـــد. از این رو، در اصل یکصد و چهل و چهـــارم پیش-نویس قانون اساسی، برای دادگستری استقلال در امور مالی در نظر گرفته شد، اما به دلیل مخالفت اکثریت حاضر در مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و عملی نبودن این امر، اصل مذکور تصویب نشـــد (صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، ۳/۱۳۵۸: ۱٤۱۷-۱٤۱۹ و ۱۵۹٤-۱۵۹۷). اگر چه قوه مجریه بر اساس اختیاراتی که در تهیه لایحه بودجه کل کشور دارد بر قوه قضاییه تاثیر می‌گذارد، به اقتضای استقلال قوه قضاییه و جلوگیری از نفوذ مقامات بر کار این قوه، بین رئیس جمهور و قوه قضاییه ارتباط چندانی وجود ندارد (هاشـــمی، ۲/۱۳۸٦: ۳۰۷). در واقع به دلیل پیشینه تاریخی و بدبینی‌هایی که نسبت به قوه مجریه وجود داشته، تلاش بر این بوده که سهم قوه مجریه در نظام نظارت و تعادل به حداقل ممکن رسد (راسخ، ۱۳۹۷: ۱۵۱).

به نظر می‌رسد در کشور ما مفهوم استقلال قضایی به درستی درک نشده است. استقلال قضایی که وسیله‌ای برای دستیابی به اهدافی چون حکومت قانون و دادرسی عادلانه اســـت (Debeljak, 1999: 35; Ferejohn, 1998: 353; Boies, 2006: 58؛ آقایی طوق، ۱۳۹٦: ۳۲؛ امیـــری، ۱۳۹۳: ٤؛ عزیزی و امیری و ویژه، ۱۳۹۲: ۱۲۲)، به معنای اســـتقلال مطلق نیســـت، بلکه به معنای آزادی از نفوذ نامناسب و نابه‌جا است (Warren: 3). مطلق تاثیرگذاری ســـایر قوا بر قوه قضاییه ناموجه نیســـت. در اداره دســـتگاه قضا، حدی از وابســـتگی به پارلمان (در مقام تصویـــب بودجه) و به دولت (ناشـــی از نقش وزیر دادگســـتری در مدیریت این قوه) اجتناب‌ناپذیر است (تورپن،

۱۳۸۲: ۱۰). برای نمونه، در ایالات متحده امریکا از استقلال قضایی حمایت می‌شود، اما نه از اســـتقلال مطلق؛ زیرا استقلال کامل اولویت‌های دموکراتیک را تهدید می‌کند. (Cross, 2003: 213; Gur-Arie & Wheeler, 2001: 136-137, 144)

استقلال قضایی دارای دو جنبه است: استقلال فردی قاضی، استقلال ساختاری دســـتگاه قضایی. استقلال ســـاختاری دســـتگاه قضا مبتنی بر نظام تفکیک قوا بوده و معرف سیســـتم قضایی به عنوان یک شاخه مســـتقل و هم‌تراز با سایر قوای حکومت است (سلمانی سیبنی، ۱۳۹۶: ۱۸۳؛ مقیمیان بروجنی، ۱۳۹۸: ٤۳؛ حبیب‌زاده و کرامت و شهبازی‌نیا، ۱۳۸۹: ۲٦). استقلال ســـاختاری دستگاه قضایی ایجاب می‌کند که این قوه مســـتقل، صلاحیت انحصاریِ رســـیدگی به کلیه امور با ماهیت قضایی را داشته باشـــد؛ همچنین هر گونه مداخله نابه‌جا و غیر قابـــل توجیه در فرایند قضایی ممنوع بـــوده و قوای مقننه و مجریه و دیگر مقام‌ها باید به قضاوت‌ها و تصمیمات صادره از سوی نظام قضایی احترام بگذارند؛ حتی زمانی که موافق با تصمیمات اتخاذی نیستند (Ward, 2008: 4, 12-13). برای این منظور لازم اســـت دستگاه قضا در امور مالی و امور اداری مستقل از قوه مجریه باشد.

مطابق معیارهای اســـتقلال قضایی IBA [1] اســـتقلال اداری دستگاه قضا به این معنا اســـت که مدیریت امور قضایی، اعم از مسؤولیت قضایی دادگاه‌ها و آن دسته از امور اداری که به طور مستقیم مربوط به مسائل قضایی است همچون ارجاع پرونده‌ها به قضات، گزینش قضایی و ابقا و حفظ قضات، به صورت انحصاری بر عهده دستگاه قضا قرار گیرد (Danilet, 2008: 6؛ آقایی طوق، ۱۳۹٦: ۵۹).

اســـناد بین‌المللی مختلفی به موضوع اســـتقلال قضایـــی پرداخته‌اند؛ همچون اصل هفتم از ســـند «اصول اساسی اســـتقلال قضایی»، «منشور اروپایی قوانین مربوط به قضـــات»،[2] «اعلامیه پکن»،[3] «رهنمودهایی در خصوص حقِ دسترســـی به محاکمه

1. Minimum Standards of Judicial Independence adopted by the International Bar Association in New Delhi, in 1982
2. The European Charter on the statute for judges
3. Beijing Principles

عادلانه در آفریقا»،[1] «منشور جهانی قضات»[2] و «منشور اروپایی قضات»،[3] اما تعریفی از استقلال مالی ارائه نداده‌اند. اسناد مذکور تنها به ضرورت دریافت بودجه کافی توسط دستگاه قضایی اشاره کرده‌اند؛ زیرا برخورداری از بودجه کافی، یکی از اجزای اساسیِ استقلال قضایی است (Office of democracy and governance, 2002: 25). برابر اسناد بین‌المللی، مقصود از استقلال دستگاه قضایی در امور مالی نیز این است که هنگام تهیه بودجه پیشنهادی برای این دستگاه و تصویب آن، به نیازهای آن توجه شود و بودجه کافی در اختیارِ دستگاه قضایی قرار گیرد. همچنین مسؤولان این دستگاه در تعیین میزان بودجه اختصاصی به دستگاه قضایی مورد مشورت قرار گیرند و در تهیه لایحه بودجه پیشنهادی سالیانه خود مشارکت داشته باشند. عدم مشارکتِ مسئولان دستگاه قضایی در تنظیم و تدوین لایحه بودجه پیشنهادی و دخالت سایر قوا در تخصیص منابع به این دستگاه، احتمال تاثیرگذاری بر خروجیِ پرونده‌های حساس و خدشه به استقلال قضایی را بالا می‌برد. به علاوه، در صورتی که دیگر قوا یا نهادهای دولتی، تاثیر مهمی بر اداره منابع اختصاص‌یافته به دستگاه قضایی داشته باشند، استقلال قضایی تضعیف می‌شود. از این رو، از دیگر الزامات اختیارات مالی دستگاه قضایی، اعطای اختیار به این دستگاه برای تصمیم‌گیری در خصوص نحوه هزینه‌کرد منابع خویش است. دیگر نهادها می‌بایست از مداخله در نحوه هزینه‌کرد بودجه تخصیصی به دستگاه قضایی خودداری کنند. در مقابل، دستگاه قضا نیز می‌بایست به موجبِ سیستم نظارت و تعادل، به سایر قوا پاسخ‌گو باشد (International Principles on the Independence and Accountability of Judges, 2007: 33-35)؛ بنابراین استقلال در امور مالی و اداری به صورت مطلق مورد نظر نیست. غرض از استقلال ساختاری این نیست که هر یک از قوای سه‌گانه به صورت جزیره‌ای مستقل و بی‌توجه به اهداف و غایات کلی نظام سیاسی عمل کنند (آقایی طوق، ۱۳۹۵: ۱۶). در عمل نیز مشخص شده که ایجاد استقلال حداکثری و محدود کردن نقش وزیر دادگستری، نه تنها به ارتقای عملکرد قوه قضاییه منجر نشده است (صورت مشروح مذاکرات شورای بازنگری قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، ۱/۱۳۶۹-۲: ۳۳۶

1. the Guidelines on a Right to a Fair Trial in Africa
2. Universal Charter of the judge
3. Judges charter in Europe

و ۷۳۱ و ۸۸۰ و ۸۸۵–۸۸۶ و ۸۸۹)، بلکه با خدشـــه‌دار کردن پاسخ‌گویی، شفافیت از بین رفته اســـت. نباید تنها درصدد ایجاد و حمایت از استقلال قضاییِ حداکثری بود، بلکه باید از طریق ایجاد سیستمی شفاف و تقویت نظام نظارت و تعادل، نفوذ ناروای قوه مجریه در قوه قضاییه را به حداقل رساند. در صورت محدود کردن اختیارات قوه مجریه در زمینه بودجه‌ریزی و انتقال صلاحیت تعیین بودجه سیســـتم قضایی به قوه قضاییه، چگونه می‌توان این نهاد مستقل را در رابطه با مدیریت اقتصادی خود پاسخ‌گو کرد؟ سیستم قضایی تنها از طریق مبتنی کردنِ تصمیماتِ بودجه‌ای بر مدلی شفاف و عینی در خصوص حجم کار این دســـتگاه، می‌تواند از اعمال فشارهای مالی از سوی سایر قوا در امان بماند (Wittrup, 2010: 6).

۲-۲. چالش‌های سازِکارهای نظارتی قوه مقننه بر عملکرد مالی قوه قضاییه

در شـــورای بازنگری قانون اساسی در سال ۱۳۶۸ «نظام مدیریت متمرکز» در قوه قضاییه جایگزین «نظام شـــورایی» شد و در نتیجه کلیه مسؤولیت‌های قوه قضاییه در امور قضایی، اداری و اجرایی در اختیار یک مجتهد عادل آگاه به امور قضایی قرار گرفت. برخی از اعضا اصرار داشتند که رئیس قوه قضاییه باید در برابر نهادی پاسخ‌گو باشـــد (صورت مشروح مذاکرات شـــورای بازنگری قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، ۱/۱۳۶۹: ۳۳۱ و ۳۴۹–۳۵۰). با این وجود، در راســـتای تضمین اســـتقلال قوه قضاییـــه، رئیس این قوه تکلیف و تمکینی (جز اجرای قوانین و هماهنگی در بودجه) نســـبت به قوای دیگر ندارد و در برابر ســـایر قوا پاسخ‌گو نیست (هاشمی، ۲/۱۳۸۶: ۳۷۰). تنها به اســـتناد اصل پنجاه و هفت و نیز بند شـــش اصل یکصد و دهم قانون اساســـی جمهوری اسلامی ایران، مقام رهبری بر رئیس قوه قضاییه نظارت دارد. البته در این رابطه بازوی نظارتی دقیقی برای این مقام پیش‌بینی نشـــده است. همچنین در قانون اساسی ایران و دیگر قوانین و مقررات مربوط، سازکاری برای مسؤولیت مدیران عالی دستگاه قضایی پیش‌بینی نشده است (تنگستانی، ۱۳۹۷: ۳۳۰).

اســـتقلال قضایی و پاســـخ‌گویی قضایی دو روی یک ســـکه هستند؛ این دو تضـــادی با هم ندارند و مکمل یکدیگرند. اگر سیســـتم قضایی به گونه‌ای مناســـب پاســـخ‌گو نباشد، استقلالی که لازم دارد را از دســـت خواهد داد (Burbank, 2007: 912-914). پاســـخ‌گویی باید به گونه‌ای باشد که در طولانی‌مدت، استقلال و بی‌طرفیِ

قضات و اعتماد و احترام جامعه برای دادرسان افزایش یابد (Griffith, 1998: 11).

نظارت مالی، سوال و استیضاح و تحقیق و تفحص ابزارهای نظارت مجلس بر عملکرد مالی دستگاه‌ها است (هدایتی ظفرقندی، ۱۳۹۶:۵۲-۵۳)؛ با این حال، به‌علت عدم مسؤولیت مستقیم رئیس و مدیران ارشد قوه‌قضاییه در برابر مجلس، اثربخشی مکانیزم‌های نظارتی فوق در قبال قوه قضاییه با مشکلات جدی مواجه شده است (تنگستانی، ۱۳۹۷: ۳۲۹). دیوان محاسبات کشور به نمایندگی از مجلس عهده‌دار نظارت مالی بر سایر دستگاه‌ها است (هاشمی، ۲/۱۳۸۶: ۲۰۵). دیوان محاسبات تنها بر هزینه‌کردِ بودجه تخصیصی به قوه قضاییه نظارت می‌کند؛ حال آن‌که قوه قضاییه درآمدهای دیگری نیز دارد که نظارتی بر آن نمی‌شود. برای نمونه، عدم مسؤولیت رئیس قوه قضاییه سبب شده است تا دیوان محاسبات بر سود حساب‌های سپرده قوه قضاییه که از محل وجوه واریزی مردم به این قوه کسب می‌شود و رئیس قوه قضاییه اختیار تصرف در آن را دارد، نظارتی نداشته باشد. همچنین سازمان زندان‌ها افزون بر ردیف بودجه مستقلی که در قانون بودجه سالانه دارد، از ارگان‌های دیگر همچون انجمن حمایت از زندانیان و ستاد دیه کمک‌های مالی دریافت می‌کند. درصدی از درآمد زندانیانی که در زندان مشغول به کارند نیز به سازمان زندان‌ها پرداخت می‌شود. فروشگاه‌ها و رستوران‌های مستقر در زندان‌ها هم برای سازمان زندان‌ها درآمدزا است. هزینه‌کرد این درآمدها تابع صلاح‌دید رؤسای سازمان زندان‌ها بوده و نظارتی بر آن نمی‌شود.

نظر به این‌که نسبت به رئیس و مدیران عالی قوه قضاییه امکان سوال و استیضاح وجود ندارد (هاشمی، ۲:۳۷۰/۱۳۸۶)، نمایندگان مجلس، به استناد ماده ٤ قانون نحوه اجرای قسمتی از اصل یکصد و شصتم قانون اساسی مصوب ۱۳۹٤، در رابطه با کلیه مسائل قوه قضاییه، وزیر دادگستری را مورد سؤال قرار می‌دهند. مسؤولان واحدهای مختلف قوه قضاییه موظفند به منظور پاسخ‌گویی وزیر به سؤال‌های نمایندگان، اطلاعات و مدارک لازم را در اختیار وزیر دادگستری قرار دهند (ماده ۵ قانون نحوه اجرای قسمتی از اصل یکصد و شصتمقانون اساسی مصوب ۱۳۹٤). البته برابر تبصره ماده ۵ قانون فوق، مواردی که رئیس قوه قضاییه ارائه اسناد و اطلاعات مربوط به قوه قضاییه را ناقض استقلال قضایی و یا برخلاف مصالح نظام

تشخیص دهد، از شمول این ماده خارج است. حکم مذکور به اندازه‌ای موسع هست کـــه اِعمال چنین نظارت-هایی بر قوه قضاییه را با تمســـک به موارد کلی نظیر نقض استقلال قضایی یا مصالح نظام با چالش مواجه سازد (تنگستانی، ۱۳۹۷: ۳۲۱). افزون بر این، با توجه به این‌که ضمانت اجرای سیاســـی طرح سؤال از وزیر دادگستری، در حد تذکر اســـت یا در نهایت به عدم رای اعتماد به وزیر مورد سوال منتهی می‌شود و مسؤولیتی متوجه رئیس و مدیران عالی قوه قضاییه نیست، بازدارندگی چندانی ندارد.

طبق اصل هفتاد و ششـــم قانون اساسی، مجلس دارای حق تحقیق و تفحص در تمام امور کشـــور است. شورای نگهبان نیز به موجب نظریه تفسیری شماره ۹۰۷۵ مورخ ۱۳٦۲/٤/۱٦ اعلام داشـــته بود در مواردی که مجلس شورای اسلامی تحقیق و تفحص از عملکرد قوه قضاییه را لازم بداند می‌تواند طبق اصل هفتاد و ششـــم قانون اساسی اقدام کند؛ با این حال تبصره ۷ ماده ۲۱۲ قانون آیین‌نامه داخلی مجلس مصوب ۱۳۹۹ دامنه شـــمول اصل فوق را محدود نموده اســـت. برابر تبصره مذکور، تحقیق و تفحص شـــامل پرونده‌های قضایی نمی‌شود و در سایر امور قوه قضاییه (امور مالی و اداری) نیز تحقیق و تفحص تنها با کســـب اجازه از مقام رهبری امکان‌پذیر است.در صورتی هم که تحقیق و تفحص از قوه قضاییه منتهی به تشـــخیص تخلف یا کشـــف جرم شود، مجلس نمی‌تواند به صورت مستقیم وارد عمل شود و تنها قادر است ضمن ارســـال پرونده به مراجع صالح جهت رسیدگی، مراتب را به اطلاع رئیس قوه قضاییه برساند تا ایشـــان به صلاح‌دید خود تدابیر مدیریتی را اتخاذ کند. البته امکان انعکاس موضوع به مقام رهبری نیز وجود دارد (تنگستانی، ۱۳۹۷: ۳۱۹).

برآمد

۱- در ساختار بودجه‌ریزی قوه قضاییه، عدم تنظیم برنامه‌های میان‌مدت بر مبنای آمار دقیق و اصول علمی و همچنین وجود رویه-هایی که مانع پشتیبانی بودجه از برنامه‌های میان‌مدت است همچون درآمدهای نظارت‌ناپذیر و وابستگی بودجه به درآمدهای نفتی سبب شده که بودجه بدون توجه به برنامه‌ها و اولویت‌ها، به صورت سلیقه‌ای و فراخور پیش‌آمدها تهیه و اجرا شود. بودجه‌ریزی سنتی امکان کنترل هزینه‌ها را فراهم می‌آورد، اما به علت عدم توجه به برنامه‌ها در تنظیم بودجه قوه قضاییه، انضباط مالی در این قوه ناپایدار و شکننده است و در این ساختار سنتی، عملکرد دستگاه‌ها از منظر کارایی تحت نظارت و ارزیابی قرار نمی‌گیرد.

۲- استفاده گسترده از رویه‌های غیر اصولی همچون بودجه‌ریزی افزایشی و چانه‌زنی سیاسی، فرایند بودجه‌ریزی را بی‌نیاز از اطلاعات حسابداری ساخته است و تلاش چندانی برای پیش‌بینی و اجرای سیستم‌های مناسب حسابداری در قوه قضاییه صورت نمی‌گیرد. با پررنگ شدن نقش چانه‌زنی در تصمیم‌گیری‌ها، توجه به واقعیت‌ها و نتایج حاصل از اجرای برنامه‌ها کاهش یافته و قدرت سیاسی طرف‌های مذاکره کننده عامل مهمی در تعیین نتیجه فرایند بودجه‌ریزی شده است.

۳- به دنبال برداشت افراطی از مفهوم استقلال قضایی، سازِکار مناسبی برای نظارت بر عملکرد مالی مقامات قوه قضاییه پیش‌بینی نشده است و مکانیزم‌های نظارتی موجود به نحو مطلوب ایفای نقش نمی‌کنند؛ امری که به نوبه خود مایه تشدید عدم شفافیت در قوه قضاییه بوده است. مجموعه عوامل فوق که چالش‌های بهینه‌سازی منابع تخصیصی به قوه قضاییه ایران هستند،چهارچوب نهادی حاکم بر بودجه‌ریزی قوه قضاییه ایران را تشکیل می‌دهند. سازمانی که در چنین چهارچوب نهادی فعالیت می‌کند متأثر از این چهارچوب بوده و هم‌سو با آن اقدام می‌نماید؛ بنابراین از قوه قضاییه به مثابه یک سازمان، نمی‌توان انتظار داشت که در چنین ساختاری عملکرد بهینه داشته باشد.

٤- اصلاح این ساختار منوط به تغییر در همه ابعادِ چهارچوب مذکور اعم از محدودیت‌های حقوقی و هنجارهای رفتاری است. اجرای موفق بودجه‌ریزی عملیاتی مستلزم انضباط مالی، شفافیت و مکانیزم‌های نظارتی دقیق است. ابتدا باید راهبردها

و سیاســـت–های کلی نظام عدالت مشخص شود و بر مبنای سیاست‌های تعیین شده، برنامه‌های میان‌مدت (ســـه الی پنج ساله) دقیقی که قابلیت اجرایی دارد تدوین گردد. در جهت تقویت ســـازکارهای نظارت بر اجرای بودجه قوه قضاییه، ســـازمان برنامه و بودجـــه باید با برگزاری جلســـات منظم نظارتی در انتهای ســـال، عملکرد این قوه را پایش کرده و از آن به عنوان معیاری برای بودجه‌ریزی ســـال آینده اســـتفاده کند. گزارش تفریغ بودجه نیز نکات مهمی را در خصوص عملکرد مالی دستگاه‌ها آشکار می‌سازد. این گزارش می‌تواند به شناسایی قوانین ناکارامد، نقاط مثبت و منفی عملکرد دستگاه‌ها و مصرف نادرست اعتبارات انجامد. افزون بر اصلاح ساختار بودجه‌ریزی، لازم است بر پایه ارزیابی‌ها و نیازسنجی‌های دقیق، سهم متناسبی از بودجه عمومی کل کشور برای قوه قضاییه درنظر گرفته شود. برای تعیین سهم بهینه قوه قضاییه از بودجه عمومی دولت، ناگزیر از توزیع بهینه منابع میان بخش‌های این قوه هســـتیم. با توزیع بهینه منابع میان بخش‌های نظام عدالت، ســـهم عادلانه و کارامد هر بخش مشـــخص شـــده و حاصل جمع منابع توزیع شـــده، ســـهم کارا و بهینه نظام عدالت را مشخص می‌ســـازد. برای این منظور، ابتدا باید اولویت‌های این نظام مشخص شود؛ برنامه‌ها و اهداف بخش‌های مختلف ارزیابی شـــده و اقدامات مفید مورد حمایت قرار گیرد. در این راستا، با تصویب «دستورالعمل سنجش بهره‌وری و پرداخت فوق‌العاده اضافه‌کار کارکنان واحدهای قضایی اســـتان‌ها» اقداماتی در حوزه دادگســـتری‌ها صورت گرفته است، اما نیاز به اصلاح و بازبینی دارد.

۵– با ایجاد سیستم شفاف و تعریف شاخص عملکرد برای بخش‌های مختلف نظام عدالت و تخصیص بودجه بر مبنای حجم کار و شـــاخص عملکرد، تخصیص و توزیع بودجه در قوه قضاییه غیر قابل نفوذ شـــده و نیازی به اعطای استقلال مطلق به این قوه نیست.

فهرست منابع

الف. فارسی

* اعتباریـــان، اکبر و عمادزاده، مصطفی و روحانی، علی، «**بررســـی نقش اطلاعات حسابداری در بودجه و بودجه‌ریزی**»، پژوهش حسابداری، سال سوم، شماره ۱۰.
* آقایی طوق، مسلم (۱۳۹۶)، **استقلال مالی قوه قضاییه**، چاپ نخست، تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه.
* آقایی طوق، مســـلم (۱۳۹۵)، «**بررسی وضعیت بودجه قوه قضاییه در پرتو اصول قانون اساسی**»، تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه.
* امیرکبیری، علیرضا و الماســـی، حسن و محمودی، حسین (۱۳۹۳)، «**بودجه‌ریزی عملیاتی؛ ابزاری برای شفاف‌ســـازی رابطه بین منابع مصرف شده و نتایج بدست آمده در سازمان**»، ماهنامه کار و جامعه، شماره ۱۷٤.
* امیری، محســـن و ویـــژه، محمدرضا (۱۳۹۳)، «**اصول بنیادیـــن ناظر بر تضمین اســـتقلال قضایی در نظام حقوقی ایران با نگاهی به حقوق فرانسه**»، پژوهش‌های حقوق تطبیقی، دوره ۱۸، شماره ۳.
* بابایـــی، حســـن (۱۳۷۹)، **بودجه‌ریزی دولتی از نظریه تا سیاست**، تهران: شرکت چاپ و نشر بازرگانی.
* پژوهشـــکده حقوق خصوصی پژوهشگاه قوه قضاییه (۱۳۹۳)، **مروری بر تجارب برخی از کشورها در اصلاحات قضایی**، برگردان: فاطمه فتاحی‌منش و لیلی منفرد، تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه.
* تنگستانی، محمدقاسم (۱۳۹۷)، **استقلال و مسؤولیت قوه قضاییه**، تهران: میزان.
* تورپن، دومینیک (۱۳۸۲)، «**قوه یا مقام قضایی**»، برگردان: اســـدالله یاوری، حقوق اساسی، سال نخست، شماره ۱.
جلالی، محمد و تنگستانی، محمدقاسم (۱۳۹۳)، «**نگاهی به اصل ۷۵ قانون اساسی با تاکید بر آرا و نظرهای شورای نگهبان در مورد مصوبات مجلس شورای اسلامی تا دوره هشتم**»، دانش حقوق عمومی، سال سوم، شماره ۱۰.
* حبیب‌زاده، محمدجعفر و کرامت، قاســـم و شهبازی‌نیا، مرتضی (۱۳۸۹)، «**استقلال قضایی در نظام حقوقی ایران با مطالعه تطبیقی**»، پژوهش‌های حقوق تطبیقی، دوره

۱٤، شماره ٤.
* حسن‌آبادی، محمد و نجار صراف، علیرضا (۱۳۸۸)، **مدل جامع نظام بودجه‌ریزی عملیاتی**، چاپ چهارم، تهران: انتشارات مرکز آموزش و تحقیقات صنعتی ایران.
* حسینی، سیدمحمدرضا و فاتحی‌زاده، محسن و تهرانی، ایمان (۱۳۹۱)، «**اصل ۷۵ قانون اساسی و اختیارات قوه قضاییه در بودجه‌ریزی**»، مجلس و راهبرد، سال نوزدهم، شماره ۷۰.
* خبرگزاری ایسنا (۱۳۹۹)، «**گزارش جامع قوه قضاییه در خصوص نحوه هزینه‌کرد سود حساب‌های سپرده دستگاه قضا**»، Available at: https://www.isna.ir/news/99031609310
* دادگر، یدالله (۱۳۹٦)، **اصول تحلیل اقتصادی خرد و کلان**، چاپ هفتم، تهران: آماره.
* دفتر مطالعات برنامه و بودجه (۱۳۸۱)، **بودجه‌ریزی در ایران: مسائل و چالش‌ها**، تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی.
* دیوان محاسبات (۱۳۹۹)، **گزارش تفریغ بودجه سال ۱۳۹۹ کل کشور**، Available at: https://www.dmk.ir/dorsapax/userfiles/file/1399.pdf
* راسخ، محمد (۱۳۹۷)، **نظارت و تعادل در نظام حقوق اساسی**، چاپ پنجم، تهران: دراک.
* رضایی، مهدی (۱۳۹۵)، «**الزامات بودجه‌ریزی عملیاتی در ایران**»، پژوهش حقوق عمومی، سال هجدهم، شماره ۵۱.
* ریاضی، محسن و مهدوی ایزدی، میترا (۱۳۸۸)، «**پیاده‌سازی چارچوب میان‌مدت هزینه‌ای به منظور پیوند بین برنامه و بودجه در سازمان تامین اجتماعی**»، در: مجموعه مقالات اولین کنفرانس بین‌المللی بودجه‌ریزی عملیاتی، جلد نخست، تهران: انتشارات مرکز آموزش و تحقیقات صنعتی ایران.
* سلمانی سیبنی، مرضیه (۱۳۹٦)، «**مطالعه استقلال قضایی در ایران با نگاهی به نظام قضایی ایالات متحده آمریکا**»،جستارهای حقوق عمومی، سال نخست، شماره ۲.
* شیائوکامپو، سالواتور و توماسی، دانیل (۱۳۸۹)، **مدیریت هزینه‌های عمومی**،

برگردان: گروه مترجمان، به کوشش: محمد قاسمی و بهزاد لامعی، تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی.

* **صورت مشروح مذاکرات شورای بازنگری قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران** (۱۳۶۹)، جلدهای اول و دوم.

* **صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران** (۱۳۵۸)، جلد سوم.

* عزیزی، ابراهیم و امیری، محسن و ویژه، محمدرضا (۱۳۹۲)، «**تاثیر روش انتخاب قاضی بر استقلال قاضی در حقوق ایالات متحده با نگاهی به حقوق ایران**»، پژوهش‌های حقوق تطبیقی، دوره ۱۷، شماره ۱.

* فرجوند، اسفندیار (۱۳۸۵)، **فراگرد تنظیم تا کنترل بودجه**، چاپ هفدهم، تبریز: فروزش.

* فرزیب، علیرضا (۱۳۷۵)، **بودجه‌ریزی دولتی در ایران**، چاپ دوم، تهران: مرکز آموزش مدیریت دولتی.

* قاسمی، محمد و پناهی، علی و خضری، محمد و مخبر، عباس (۱۳۸۷)، **بودجه‌ریزی در ایران؛ بودجه و دست‌اندرکاران (نظرسنجی)**، تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی.

* قاضی‌خرم‌آبادی، مهدی (۱۳۸۸)، «**مدیریت شورایی قوه قضاییه احساس استقلال به قضات می‌دهد**»، قضاوت، شماره ۵۸.

* قلی‌زاده، رحمانقلی (۱۳۹۱)، **نظام بودجه‌ریزی در ایران (نظریه و عمل)**، تهران: چاپار.

* لاینرت، یان (۱۳۸۷)، **بودجه‌ریزی در جهان؛ چهارچوب حقوقی نظام‌های بودجه‌ای (مطالعه تطبیقی)**، برگردان: افشین خاکباز، تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی.

* محنت‌فر، یوسف و جعفری صمیمی، احمد (۱۳۹۲)، **مبانی بودجه و برنامه‌ریزی در ایران (تحلیلی بر بودجه و برنامه‌ریزی در ایران)**، تهران: نور علم.

* مقیمیان بروجنی، فرشید (۱۳۹۸)، **ایدئولوژی، استقلال و بی‌طرفی قضایی**، رساله دکتری، تهران: دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی.

* مؤتمن، رحمت‌الله (۱۳۸۲)، «**مسؤولان فعلی هم مقداری از راه صواب خارج گردیده‌اند**»، ماهنامه قضاوت، سال دوم، شماره۲۱.
* مؤمنی‌پور، الهام (۱۳۹٤)، **تحلیل اقتصادی مالکیت بر نفت در پرتوحقوق مالکیت کارآمد**، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، تهران: دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی.
* مهرپور، حسین (۱۳۹۳)، **مختصر حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران**، چاپ پنجم، تهران: دادگستر.
* نورث، داگلاس سی (۱۳۸۵)، **نهادها، تغییرات نهادی و عملکرد اقتصادی**، برگردان: محمدرضا معینی، چاپ دوم، تهران: سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی کشور.
* ویانچی، امیر (۱۳۸۸)، «**بررسی روند بودجه‌ریزی عملیاتی از دیدگاه اقتصاد سلامت**»، در: مجموعه مقالات اولین کنفرانس بین‌المللی بودجه‌ریزی عملیاتی، جلد نخست، تهران: مرکز آموزش و تحقیقات صنعتی ایران.
* ویلیامسون، الیور ای (۱۳۸۱)، «**اقتصاد نهادگرایی جدید: دستاوردهای گذشته و نگاهی به فرارو**»، برگردان: محمود متوسلی، مجله برنامه و بودجه، شماره۷۳.
* هاشمی، محمد (۱۳۸٦)، **حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران**، جلد دوم، چاپ چهاردهم، تهران: میزان.
* هدایتی ظفرقندی، محمد (۱۳۹٦)، «**نقش و کارکرد دیوان محاسبات در تحقق نظارت مالی**»، پژوهش ملل، دوره دوم، شماره ۱۸.

ب. انگلیسی

* Boies, David (2006), **"Judicial Independence and the Rule of Law"**, Washington University Journal of Law and Policy, Volume 22, Number 57.
* Burbank, Stephen B. (2007), **"Judicial Independence, Judicial Accountability and Interbranch Relations"**, The Georgetown Law Journal, Vol. 95: 909.
* Cross, Frank B. (2003), **"thoughts on goldilocks and judicial independence"**, Ohio State Law Journal, Vol. 64: 195.
* Danilet, Cristi (2008), **"Independence and impartiality of justice–**

International Standards", Romania.

❋ Debeljak, Julie (1999), **"Judicial Independence in the Modern Democratic State"**, Reform Journal, Australian Law Reform Commission.

❋ Ferejohn, John (1998), **"Independent Judges, Dependent judiciary: Explaining Judicial Independence"**, Hein Online.

❋ Griffith, Gareth (1998), **"Judicial Accountability"**, NSW Parliamentary Library Research Service.

❋ Gur-Arie, Mira & Wheeler, Russell (2001), **"Judicial Independence in the United State: Current Issues and Relevant Background Information"**, Federal Judicial Center, U.S.

❋ International Commission of JURISTS (2007), **International Principles on the Independence and Accountability of Judges, Lawyers and Prosecutors**; A Practitioners Guide No. 1, Switzerland.

❋ Office of democracy and governance (2002), **Guidance for promoting judicial independence and impartiality**, Technical publication series,U.S., available at: https://pdf.usaid.gov/pdf_docs/PNACM007.pdf.

❋ North, Douglass C. (1994), **"Institutional Change: A Framework of Analysis"**, book Social Rules.

❋ Schiavo-Campo, Salvatore & Tommasi, Daniel (1999), **Managing Government Expenditure**, Asian Development Bank (ADB).

❋ Ward, Tanya (2008), **"independence, accountability and the Irish judiciary"**, judicial studies institute journal, No. 1.

❋ Warren,Roger K., **"The Importance of Judicial Independence and Accountability"**, National Center for State Court.

❋ Wittrup, jesper (2010), **"Budgeting in the era of judicial independence"**, international journal for court administration.

مجله حقوقی دادگستری

مقاله پژوهشی/ دوره ۸۸/ شماره ۱۲۷/ صفحات: ۳۲۶-۳۰۱
تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۳/۲۲ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۸/۰۴

بایسته‌های الگوی مطلوب نظارت بر قضات در پرتو اصل استقلال قاضی

سلمان عمرانی[۱]
هادی رضوان[۲]
رامین مالک[۳]

چکیده

اصل «استقلال قاضی» و لزوم «نظارت بر قضات» از جمله چارچوب‌های حاکم بر نظام قضایی است که ضرورت و نقش آن‌ها در تحقق اهداف حکم‌رانی مطلوب و به ویژه در دادرسی عادلانه و عدالت قضایی انکارناپذیر است. هر چند در تحقیقات متعدد بر این جایگاه تأکید شده، اما همواره در رابطه با تعریف و مفهوم دقیق این دو و ارتباط آن‌ها با یکدیگر و سازِکار رعایت اصل استقلال قاضی در فرایند نظارت بر قضات اختلاف بوده است.

این مقاله با روش توصیفی تحلیلی و با استفاده از منابع کتابخانه‌ای، ارائه تعریفی دقیق از اصل استقلال قاضی و تبیین چارچوب نظارت بر قضات و ارتباط این دو را مورد نظر قرار می‌دهد و نتیجه می‌گیرد که دو اصل پیش‌گفته مشروط بر آن‌که در معیارها و در فرایند نظارت الزام‌هایی رعایت شود، نافی و نقض‌کننده یکدیگر نیستند. معیارهای نظارت بر قضات باید دارای جامعیت و مانعیت و شفاف، عام و فراگیر، ارزش‌بنیان، عینی و سنجش‌پذیر باشد تا استقلال قضات مصون بماند. حفظ حرمت و عزت قاضی در فرایند نظارت، التزام مرجع نهایی ناظر بر تفکیک قوا و عدم واگذاری تصمیم به مقام مسؤول مستقیم، از جمله بایسته‌های این حوزه است.

واژگان کلیدی: استقلال قاضی، نظارت بر قضات، دادرسی عادلانه، امنیت قضایی، بی‌طرفی قاضی.

---

۱. استادیار دانشکده معارف اسلامی و حقوق، دانشگاه امام صادق علیه السلام، تهران، ایران. (نویسنده مسوول) salman.emrani@live.com
۲. دانشجوی کارشناسی ارشد دانشکده معارف اسلامی و حقوق، دانشگاه امام صادق علیه السلام، تهران، ایران h.rezvan@isu.ac.ir
۳. دانشجوی دکتری دانشکده معارف اسلامی و حقوق، دانشگاه امام صادق علیه السلام، تهران، ایران ramin.malek@isu.ac.ir

درآمد

امروزه یکی از اساسی‌ترین مؤلفه‌های ارزیابی قوه قضاییه کارآمد و دادرسی عادلانه اعم از حقوقی، کیفری و اداری، استقلال قضایی عنوان می‌شود؛ به‌نحوی‌که در قوانین اساسی اکثر کشورها به‌عنوان عالی‌ترین قانون حاکم بر کشور، واردشده است. برای مثال در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در مقدمه[1] و اصول پنجاه و هفتم، یکصد و پنجاه و ششم و یکصد و شصت و چهارم، به صورت مستقیم و در اصول متعدد دیگر به صورت غیر مستقیم به آن اشاره شده است. همچنین در اسناد متعدد بین‌المللی از جمله قطع‌نامه مجمع عمومی سازمان ملل متحد به شماره‌های «۲۲/٤۰» و «۱٤٦/٤۰» مورخ ۲۹ نوامبر و ۱۳ دسامبر ۱۹۸۵ در رابطه با «اصول بنیادین استقلال قوه قضاییه»،[2] ماده ۱۰ [3] «اعلامیه جهانی حقوق بشر»[4]، بند ۱ ماده ۱٤ [5] «میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی»،[6] «اصول بنگلور در مورد رفتار قضایی مصوب ۲۰۰۲»[7] و بسیاری از اسناد و معاهدات منطقه‌ای بر آن تأکید شده است. استقلال قضایی نقش اساسی در اجرای عدالت، دادرسی عادلانه، حاکمیت قانون، پشتیبانی از حقوق و آزادی‌های مشروع فردی و اجتماعی، تأمین اعتماد عمومی به قوه قضاییه و تأمین امنیت قضایی و به‌تبع آن، امنیت اقتصادی و ملی و توسعه کشور دارد؛ بنابراین

---

۱. «مسأله قضا در رابطه با پاسداری از حقوق مردم در خط حرکت اسلامی به‌منظور پیشگیری از انحرافات موضعی در درون امت اسلامی، امری است حیاتی. از این رو ایجاد سیستم قضایی بر پایه عدل اسلامی و متشکل از قضات عادل و آشنا به ضوابط دقیق دینی پیش‌بینی‌شده است. این نظام به دلیل حساسیت بنیادی و دقت در مکتبی بودن آن لازم است به دور از هر نوع رابطه و مناسبات ناسالم باشد (و اذا حکمتم بین الناس ان تحکموا بالعدل). از آنجا که هسته مرکزی و اصلی دستگاه تأمین‌کننده عدالت هر کشور دادگستری است لذا باید از قضات مستقل تشکیل‌شده و در واقع استقلال رأی قاضی زیربنای عدالت قضایی است».

2. Basic Principles on the Independence of the Judiciary

۳. «هر کس با مساوات کامل حق دارد دعوایش به‌وسیله دادگاه مستقل و بی‌طرف، منصفانه و علنی رسیدگی شود و چنین دادگاهی درباره حقوق و الزامات او یا هر اتهام جزایی علیه وی اتخاذ تصمیم نماید».

4. Universal declaration of human rights

۵. «همه در مقابل دادگاه‌ها و دیوان‌های دادگستری متساوی هستند. هر کس حق دارد به این‌که به دادخواهی او منصفانه و علنی در یک دادگاه صالح مستقل و بی‌طرف تشکیل‌شده طبق قانون رسیدگی بشود و آن دادگاه درباره حقانیت اتهامات جزایی علیه او یا اختلافات راجع به حقوق و الزامات او در مورد مدنی اتخاذ تصمیم بنماید».

6. International covenant on civil and political rights

7. The Bangalore principles of judicial conduct 2002

ضروری اســـت که در همه فرایندهـــا و امور مختلف مربوط به قـــوه قضاییه و نظام دادرسی، استقلال قضایی حاکم باشد.

از طرفی این قدرت و اختیارات گســـترده کـــه در اختیار قاضی و قوه قضاییه اســـت اگر در مســـیر درســـت خود که همان مسیر تحقق بخشـــیدن به عدالت است جریان پیدا نکند، موجب رســـیدن کشـــور به توســـعه و عدالت نخواهد شد و خود یکی از مستحکم‌ترین ســـدها در برابر این امر خواهد بود؛ بنابراین نظارت بر قضات و پاســـخ‌گویی آن‌ها نیـــز از ضرورت‌های غیر قابل انکار اســـت و ارتقاء نهاد قضا و پیشـــگیری از فســـاد ایجاب می‌کند که نظارت بر کیفیت و سلامت و عملکرد قضات مورد توجه جدی قرار گیرد. در فرمان امیرالمؤمنین علی علیه‌الســـلام به مالک اشـــتر نیز در بخش قضاوت، پس از ســـفارش‌هایی در رابطه بـــا ویژگی‌های قضات خوب و جایگاه و معیشـــت قضـــات، می‌فرمایند که: «پس از انتخاب قاضی هرچه بیشـــتر در قضاوت‌های او بیندیش ...»[1] (ســـیدرضی، ١٤١٤: ٤٣٥)؛ به این معنا که ســـپس با جدیت هرچه بیشتر داوری‌های او را بررسی کن؛ که بیان‌گر توجه ویژه حضرت علی علیه‌السلام به امر نظارت بر قضات است. در موازین بین‌المللی ناظر بر مسائل قضات نیز در ابتدا تأکید را تنها بر استقلال قضات می‌گذاشتند ولی اسناد مؤخر توجه بیشتری به پاسخگویی دارند برای مثال در «اصول اساسی در مورد استقلال دستگاه قضایی»[2]، قضات تنها موظف به پاســـخ‌گویی در فرض مورد اتهام واقع‌شدن هستند ولی «اصول بنگلور در مورد رفتار قضایی مصوب ۲۰۰۲»[3] در «مقدمه» با این عبارت، اســـتقلال و پاســـخ‌گویی را جمع می‌کند: «قضات باید در برابر نهادهای مرتبطی که به‌منظور حفظ معیارهای قضایی تشکیل شده و مستقل و بی‌طرف هستند در برابر رفتار خود پاسخ‌گو باشند»[4] (گرجی ازندریانی و رحمتی‌فر، ١٣٩٦: ٣٢).

بنابراین به نظر از بایســـته‌های تحقق قوه قضاییه موفق، جامه عمل پوشاندن به

---

۱. «ثُمَّ أَكْثِرْ تَعَاهُدَ قَضَائِهِ» (نامه ۵۳ نهج البلاغه)

2. Basic principles on the independence of the judiciary

3. The Bangalore principles of judicial conduct 2002

4. These principles presuppose those judges are accountable for their conduct to appropriate institutions established to maintain judicial standards, which are themselves independent and impartial, and are intended to supplement and not to derogate from existing rules of law and conduct which bind the judge.

این دو اصل اساسی است؛ اما با وجود این‌که نظام‌های حقوقی مختلف بر اهمیت و جایگاه مهم این دو اصل اجماع دارند، لیکن این سؤال مطرح می‌شود که آیا تحقق این دو اصل در کنار یکدیگر ممکن است؛ و اگر ممکن است، باید چه سازکاری طراحی شود تا این دو اصل در ظاهر متعارض، در کنار یکدیگر قرار گیرند و به تحقق دادرسی عادلانه و درنتیجه عدالت اجتماعی که از مهم‌ترین اهداف در نایل شوند. در این راستا مسأله اصلی این مقاله، بررسی رابطه اصل استقلال قاضی و نظارت بر قضات و طراحی و بیان اصول اساسی و سازکارهای مناسب برای تحقق این مهم است.

با توجه به آن‌چه گفته شد، در این مقاله تلاش بر این است تا با روش تحلیلی توصیفی و استفاده از منابع کتابخانه‌ای، تبیین جامعی از مفهوم و تعریف دو اصل استقلال قاضی و نظارت بر قضات و ارتباط آن دو باهم ارائه شود؛ سپس در سه بخش، اصول حاکم بر معیارهای نظارت بر قضات، اصول حاکم بر فرایند نظارت بر قضات و اصول حاکم بر مرجع نهایی تصمیم‌گیر در نظارت بر قضات، در پرتو اصل استقلال قاضی، بررسی و در هر مرحله، بایسته‌های تحقق توأمان این دو اصل ارائه شود.

۱. مفهوم‌شناسی و بررسی ارتباط اصل استقلال قاضی و نظارت بر قضات

۱-۱. مفهوم‌شناسی اصل استقلال قاضی

استقلال در لغت به معنای آزادی از دستور، کنترل و نفوذ و تأثیر دیگری است (Collin, 2014: 152). در فرهنگ معین نیز استقلال، «ضابط امر خویش بودن، به‌خودی خود به کاری بر ایستادن بی‌شرکت غیر» (معین، ۱۳۸۵: ۲۵۶) معنا شده است و در فرهنگ دهخدا نیز «استقلال داشتن» به معنای «قدرت و اختیار تصمیم‌گیری داشتن» آمده است (دهخدا، ۱۳۸۵: ۱۴۲).

اصل استقلال قاضی فاقد تعریف قانونی در نظام حقوقی ایران است و در قطع‌نامه‌ها و معاهدات بین‌المللی نیز تعریفی از آن ارائه نشده است، اما در آثار مکتوب اندیشمندان تعاریف متعددی ارائه شده است که ابتدابه ذکر آن‌ها پرداخته و سپس با توجه به معنای لغوی و تعاریف اندیشمندان حقوقی، تعریفی جامع و سازگار با نظام حقوقی ایران ارائه می‌شود.

استقلال قضایی در معنای عام بر سه قسم است: استقلال نهادی، استقلال

قاضی و بی‌طرفی قاضی که فهم صحیح مفهوم اســـتقلال قاضی نیازمند تبیین صحیح استقلال نهادی و بی‌طرفی قاضی و ارتباط این‌ها با اصل استقلال قاضی است.

اســـتقلال نهادی عبارت است از استقلال قوه قضاییه از دیگر قوای حکومت؛ اســـتقلال در این بعد ناظر به کلیت دستگاه قضایی اســـت که آن را به عنوان یکی از شـــاخصه‌های سنجش عدالت در دســـتگاه قضایی ذکر کرده‌اند (یاوری و تنگستانی، ۱۳۹۵: ۱۵٤)؛ در قانون اساسی ایران نیز اصول پنجاه و هفتم و یکصد و پنجاه و ششم بر این جنبه از استقلال دستگاه قضایی اشاره کرده است.

کمیته حقوق بشـــر سازمان ملل متحد در ســـال ۱۹۹۲ در خصوص بی‌طرفی قاضـــی چنین نظر داد: «بی‌طرفی دادگاه به این معنا اســـت که قاضی نباید در پرونده مطروحه پیش‌داوری داشـــته باشد و نباید به‌گونه‌ای عمل کند که منافع یکی از طرفین را ارتقا دهد» (Office of the high commissioner for human rights, Inter-national bar association,2003: 135) در ایـــران نیـــز اغلب بی‌طرفی را این‌گونه تعریف کرده‌اند: «بی‌طرفی معمولاً اشاره دارد به عدم پیش‌داوری یا جانب‌داری، خواه نســـبت به یک عقیده و رویکرد باشـــد و خواه نســـبت به فرد، گروه، حزب یا قوم خـــاص» (خندانی و دیگـــران، ۱۳۹۷: ۱۹۵). بی‌طرفی را مصونیـــت در مقابل عوامل داخلی و مربوط به اراده و عقیده شخص قاضی تعریف کرده‌اند و در حفظ بی‌طرفی، مسؤولیت کامل بر عهده شخص قاضی است و اوست که اگر تمام شرایط یک دادگاه عادلانه نامطلوب باشـــد، می‌تواند بی‌طرفی دادگاه را حفـــظ کند و به‌عکس اگر تمام شـــرایط مطلوب باشد، می‌تواند بی‌طرفی را زیر پا بگذارد. گرچه از اصل بی‌طرفی در قانون اساســـی ایران به صراحت نام برده نشده است اما از برآیند اصول سوم، پنجاه و ششـــم و یکصد و شصت و ششم این قانون، ضرورت وجود این فرضیه را به خوبی می‌توان احراز کرد (امیری و دیگران، ۱٤۰۲: ۳۲).

در کنار اصول استقلال نهادی و بی‌طرفی قاضی، مفهوم استقلال قاضی مطرح اســـت. در نظریات مکتوب اندیشمندان حقوق تعاریف متعددی برای استقلال قاضی ارائه شده است که در سه دسته به شرح آتی طبقه‌بندی می‌شود.

۱-۱-۱. تعریف استقلال قاضی با رویکرد قاضی‌محور

این دســـته از نویســـندگان، نقش اصلی در حفظ اســـتقلال قاضی را بر عهده

قاضی قرار داده‌اند و مطابق این دسته از تعاریف، در تشخیص مستقل یا غیرمستقل بودن دادگاه باید به نحوه صدور رأی قاضی توجه کرد که آیا وی در صدور رأی تنها قانون و وجدان را حاکم قرار داده است یا عوامل دیگر را (آخوندی، ۱۳۸٤: ۳۱۱). در این راستا برخی استقلال قاضی را این‌گونه تعریف کرده‌اند: «استقلال قاضی بدین معناست که قاضی در جایگاه دادرسی نسبت به موضوع مطرح‌شده با آزادی کامل و بر مبنای واقعیت‌ها و بر پایه قانون و بی هرگونه دخالت، فشار یا نفوذ نادرست از جانب هر یک از بخش‌های حکومت یا جای دیگر رسیدگی و تصمیم‌گیری کند» (دهقانی، ۱۳۸۸: ۸۳؛ هاشمی، ۱۳۹۳: ۲۹۵) و نویسندگان دیگر نیز همچون مشابه این تعریف را با تفاوت در تحقیقات خود به کار برده‌اند (علیپور و دیگران، ۱٤۰۱: ۲۳۷). مطابق این تعریف ممکن است که فشار یا نفوذی هم وجود داشته باشد، اما مسؤولیت اصلی حفظ استقلال قضایی بر عهده قاضی است و اگر قاضی در شرایطی باشد که بتواند رأی را صرفاً بر مبنای واقعیات و بر پایه قانون صادر کند، دارای استقلال است؛ هرچند که فشارهایی نیز بر وی وارد شود. نکته دیگر در رابطه با این تعریف، عبارت «فشار یا نفوذ نادرست» است که بر مبنای مفهوم مخالف می‌توان برداشت کرد که نویسنده فروضی را برای فشار و نفوذ درست نیز قائل است.

۲-۱-۱. تعریف استقلال قاضی با رویکرد شرایط‌محور

نویسندگان متعددی استقلال قاضی را برخوردار بودن قاضی از جایگاهی مستحکم (علی‌نژاد و روستایی‌حسین‌آبادی، ۱۳۹۵: ۲۳)، دارا بودن صلاحیت انحصاری تشخیص درست از نادرست و قانونی از غیرقانونی (گرجی ازندریانی و رحمتی‌فر، ۱۳۹٦: ۲۸) یا به عبارتی، مصونیت قاضی از هرگونه نفوذ و عدم حاکمیت هرگونه اراده سیاسی یا غیر سیاسی هرچند با توجیهات موجه بر قاضی دانسته‌اند (آزمایش، ۱۳۸۰: ۱۵)؛ این گروه همچنین نفوذ را بر دو دسته عوامل خارجی و عوامل داخلی و مرتبط با نفس و عقاید قاضی دانسته‌اند، اما برخی فشار درونی که مربوط به حقیقت و واقعیت اجتماعی است را استثنا کرده‌اند (پارسا و صالحی، ۱۳۹۷: ۱۹۳). مطابق تعریفی که از بی‌طرفی ارائه شد، فشار و نفوذ داخلی و ناشی از نفس قاضی را باید از دایره مفهوم استقلال قاضی خارج بدانیم و آن را در حوزه مفهوم بی‌طرفی قرار دهیم. مطابق این تعریف، آن‌چه در استقلال قاضی مهم است، آزادی اراده قاضی از عوامل

فشـــار خارجی اســـت و به نظر این تعریف با توجه به جنبه‌های مختلف بیان‌شده از اســـتقلال قاضی در اسناد بین‌المللی و در قانون اساسی به ویژه اصل یکصد و شصت و چهارم آن، تعریف خوبی از استقلال قاضی است.

۳-۱-۱. استقلال قاضی با رویکرد عدم وابستگی به طرفین دعوا

این نظر نیز در بین اندیشـــمندان حقوق، مطرح شده است که استقلال قاضی را به معنای وضعیتی دانســـته‌اند که قاضی فاقد رابطه نزدیک و وابسته مالی، حرفه‌ای یا شـــخصی به یکی از طرفین دعوا یا نماینده آن‌ها باشد. (ویژه و محمدی کشکولی، ۱۳۹۷: ۲۸٤). بر این تعریف دو ایراد وارد اســـت؛ نخســـت این‌که وابستگی و رابطه نزدیک محدود به وابســـتگی مالی، حرفه‌ای یا شخصی نیست و می‌تواند ابعاد دیگری همچون سیاسی و عقیدتی داشته باشد؛ دوم، این تعریف بیشتر ناظر به بی‌طرفی قاضی و در حال ذکر مواردی اســـت که موجب فشـــار داخلی بر قاضی و منجر به تعصب قاضی به یکی از طرفین دعوا می‌شود که این امر در تعریف بی‌طرفی قاضی می‌گنجد؛ لذا این تعریف به‌هیچ‌وجه مانع نیست و اساساً مفهوم دیگری را تبیین کرده است.

٤-۱-۱. تعریف مختار

از معنای لغوی استقلال و همچنین جمع تعاریفی که ذکر شد، این‌گونه برداشت می‌شود که عناصر تعریف استقلال قاضی عبارت است از:

نخست، استقلال قاضی یک وضعیت برای جایگاه قضاوت است؛ به این معنا که مجموعه‌ای از شـــرایط باید فراهم شود تا این وضعیت برای جایگاه قضاوت ایجاد شـــود و در تحقق استقلال قاضی، خود قاضی نقش ندارد؛ هرچند که نقش قاضی در تحقق بی‌طرفی قاضی و اســـتقلال قضایی در معنای عام بی‌بدیل اســـت، اما آن‌چه در اصل اســـتقلال قاضی به معنای خاص تعیین‌کننده است شـــرایط مطلوب ایجادشده توسط نظام قضایی برای قضاوت است.

دوم، این وضعیت باید به نحوی باشـــد که شـــخصی که در جایگاه قضا قرار می‌گیرد دارای اراده آزاد باشد و هیچ عامل خارجی نتواند در امور وی دخالت کند و اراده حاکم و تصمیم‌گیر، اراده قاضی اســـت که در این جایگاه قرار گرفته است. باید توجـــه کرد که تأثیر عوامل داخلی ماننـــد اعتقادات قاضی و نفس وی، مؤثر در نقض بی‌طرفی قاضی است و به استقلال قاضی در معنای خاص، لطمه وارد نمی‌کند.

سوم، علاوه بر این‌که اراده حاکم باید اراده قاضی باشد و کسی نتواند اراده خود را به قاضی تحمیل کند، شرایط باید به نحوی باشد که حتی کسی نتواند با استفاده از اختیارات خود در اراده قاضی تزلزل ایجاد کند و وی را در حالت اجبار یا اکراه قرار دهد.

چهارم، اراده قاضی مطلق نیست، بلکه مقید به منابع تصمیم‌گیری و رأی‌دهی نظام قضایی است که در آن قضاوت می‌کند؛ برای مثال، قاضی که در سیستم قضایی ایران قضاوت می‌کند اراده آزاد دارد که فقط یک قید دارد و آن هم صدور رأی مستند و مستدل به قانون[1] و در صورت سکوت قانون، منابع فقهی معتبر است.[2]

در نتیجه، تعریف مختار از استقلال قاضی عبارت است از وضعیتی که در آن تنها اراده تصمیم‌گیر در جایگاه قضاوت، مطابق منابع تصمیم‌گیری نظام قضایی مربوط، اراده قاضی است و هیچ عامل خارجی توان و امکان قانونی برای تحمیل، اجبار، اکراه و حتی ایجاد تزلزل در اراده قاضی را نداشته باشد.

۲-۱. مفهوم‌شناسی نظارت بر قضات

نظارت در لغت به معنی «مراقبت و در تحت نظر و دیده‌بانی داشتن کاری»، «نگریستن، دیدن و مراقبت در کاری» آمده است (دهخدا، ۱۳۷۷: ۲۲۵۶۱؛ معین، ۱۳۸۶: ۱۹۴۷). معنی اصطلاحی نظارت نیز آن‌چنان از معنی لغوی آن دور نیست و نظارت را عبارت از «مقایسه آن‌چه باید انجام گیرد و آن‌چه انجام گرفته است» (احمدی، ۱۳۷۶: ۳۰) دانسته‌اند. همچنین در علم اداره، نظارت عبارت است از «مورد بررسی قرار دادن منظم مجموعه اداره جهت یافتن هماهنگی یا نماهنگی با برنامه‌ها، قوانین و اهدافی که چارچوب فعالیت‌های اداره را مشخص می‌کند تا از این طریق حرکت اداره و اجزایش اصلاح گردد و در صورت ناهماهنگی، با برنامه‌ها، قوانین و اهداف هماهنگ شود» (قدسی، ۱۳۷۱-۱۳۷۲: ۸۵). در مفهوم نظارت حقوقی نیز بیان گردیده است: «بازرسی و سنجش و ارزیابی اقدامات مجریان و ناظر کسی است که

---

۱. اصل یکصد و شصت و ششم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران: «احکام دادگاه‌ها باید مستدل و مستند به مواد قانون و اصولی باشد که بر اساس آن حکم صادر شده است».

۲. اصل یکصد و شصت و هفتم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران: «قاضی موظف است کوشش کند حکم هر دعوا را در قوانین مدونه بیابد و اگر نیابد با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر حکم قضیه را صادر نماید و نمی‌تواند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین مدونه از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزد».

به منظور چنین بازرسی و ارزیابی و سنجشی تعیین می‌شود» (عمید زنجانی و موسی زاده، ۱۳۹٦: ۱۵).

در بسیاری از موارد، واژه «کنترل» مترادف با نظارت دانسته شده است و دارای معانی و تعاریف مشـــابهی می‌باشـــند. کنترل تلاشی است که جهت تطبیق عملیات با برنامه‌ها انجام می‌گیرد و صحت یا ســـقم فعالیت‌ها بررســـی می‌شود (تقوی دامغانی، ۱۳۹۳: ۹۵)؛ همچنین کنترل اســـتفاده از مجموعه راهکارهای علمی، عملی و انسانی اســـت تا از انطباق فعالیت‌ها و اعمال با قوانین و مقررات اطمینان حاصل شـــود و به منظور بررسی اقتصادی بودن فعالیت‌ها، شناخت نقاط قوت و ضعف، ارائه راهکارهای اصلاحی و افزایش بهره‌وری انجام می‌گیرد (دادگر، ۱۳۸۰: ١٤).

همه این تعاریف بیان‌گر یک مفهوم در رابطه با نظارت می‌باشد که عبارت است از سنجش عملکرد اشخاص یا سازمان‌ها در مقایسه با اهداف تعیین‌شده که می‌تواند به طرق مختلف مثل قانون یا مدیریت سازمان تعیین شده باشد؛ بنابراین تعریف نظارت بر قضات عبارت خواهد بود از «ســـنجش و ارزیابی میزان انطباق عملکرد قضات با وظایف و اهداف تعیین‌شده برای آن‌ها». در نتیجه، مطابق با تعریف ارائه‌شده، نظارت دارای ســـه رکن اساسی تعیین اهداف و به‌تبع معیارهای نظارت و سنجه‌های ارزیابی این معیارها، فرایند و روش‌های جمع‌آوری اطلاعات و ارزش‌گذاری هر یک از آن‌ها و در نهایت، مرجع نهایی انطباق‌دهنده اطلاعات با معیارها که با بررســـی اطلاعات به دســـت آمده از فرایند نظارت، جهت نیل به اهداف ســـازمان، اقدام به تصمیم‌گیری و اتخاذ تدابیر مناســـب می‌کند؛ حال متناسب با این‌که آیا این مرجع فقط نقش ارزیابی را دارد یا می‌تواند اقدامات دیگری را نیز انجام دهد و ســـایر معیارها، نظارت به انواع مختلف مثل استصوابی و استطلاعی و ... تقسیم می‌شود که در این مقاله مراد از مرجع تصمیم‌گیر نهایی در نظارت، مرجعی است که نقش فعال دارد و اختیار انجام اقدامات لازم در چارچوب قانونی را دارد؛ و نه مرجعی که فقط به ارزیابی اطلاعات می‌پردازد.

۳-۱. ارتباط‌سنجی بین نظارت بر قضات و استقلال قضات

متناسب با مفهوم‌شناســـی صورت‌گرفته در خصوص اصول استقلال قاضی و نظارت بر قضات، نتایج زیر حاصل می‌شود:

نخســـت، بنا به تعریفی که از استقلال قاضی ارائه شد و تأکید شد که استقلال

قاضی یک وضعیت و مجموعه‌ای از شـــرایط و تضمینات است که باید وجود داشته باشد تا جایگاه قضاوت یک جایگاه مستقل باشد و رعایت استقلال قاضی از وظایف خود وی نیســـت، بلکه از وظایف حکومت و قوه قضاییه است که باید این شرایط را فراهم ســـازند و اســـتقلال قاضی یک اصل فرادستی است که باید در کلیه فرایندهای مربوط به نظام قضایی اصل باشد تا موجبات خدشه بر استقلال قضات فراهم نشود.

دوم، با مشـــخص شـــدن تعریف نظارت، مشـــخص می‌شـــود که این امر از ضروریات هر ســـازمان و نهاد و حکومتی است تا میزان تحقق اهداف مشخص شود و در صورت ضعف در تحقق اهداف با آسیب‌شناســـی، مسیر حرکت اصلاح شود تا به سمت اهداف حرکت شود. این امر در رابطه با قضات و دستگاه قضایی از اهمیت دوچنـــدان برخوردار اســـت؛ چرا که نظام قضایی در اغلب کشـــورها و به ویژه نظام جمهوری اســـلامی ایران[1] متولی تحقق عدالت در کشور است و قضات در تحقق این هدف اصلی‌ترین و پررنگ‌ترین نقش را دارا می‌باشـــند و از طرف دیگر در راســـتای تحقق این مهم دارای اختیارات گسترده می‌باشند و در صورت انحراف از مسیر حق، تأثیرات جبران‌ناپذیری بر حقوق مردم و البته بر اعتبار نظام قضایی خواهند گذاشت.

سوم، هدف از مصونیت قضات که تـــحت عـــنوان استقلال قاضی از آن یاد می‌شود، ایجاد مصونیت به نفع وی نیست، بلکه تـــأمین دادرســـی بی‌طرفانه، تساوی مردم در اجرای قـــانون نـــسبت بـــه آنان و ایجاد اعـــتماد نـــسبت به دستگاه قضایی اســـت. ایـــن مصونیت ضامن اجرای عدالت و تأمین حقوق مردم و نیز تأمین اقتدار دستگاه قضایی اســـت (پورحسین‌شـــقلان، ۱۳۸٦: ٦۰)؛ بنابراین نظارت که به بیانی ضمانت اجرای حاکمیت قانون در عدم خروج مقامات از حیطه صلاحیت قانونی‌شان است می‌تواند در جلوگیری از این امر نقش مهمی داشته باشد و استقلال قضات نباید مانع نظارت باشد بلکه مهم شکل این نظارت است که به استقلال قضات خدشه وارد نکند.

بنابراین اصل اســـتقلال قاضی در ذات خود نفی‌کننده امکان نظارت بر قضات نیست و نظارت بر قضات نیز نقض‌کننده استقلال آنان نخواهد بود، بلکه این دو اصل

---

۱. اصل یکصد و پنجاه و ششم: «قوه قضاییه قوه‌ای است مستقل که پشتیبان حقوق فردی و اجتماعی و مسؤول تحقق بخشیدن به عدالت و ...».

مکمل یکدیگر در تحقق نظام عادلانه دادرسی می‌باشند و با توجه به این رابطه باید در کلیه مراحل و ارکان نظارت (معیارهای نظارت و سنجه‌های معیارهای نظارت، فرایند و روش‌هـــای جمع‌آوری اطلاعات و مرجع نهایـــی تصمیم‌گیر در نظارت بر قضات) اصل اســـتقلال قاضی همواره مورد توجه قرار گیرد و این ارکان به‌گونه‌ای تنظیم شود که حداقل لطمه و خدشه را به این اصل وارد سازد.

۲. بایسته‌های حاکم بر نظارت بر قضات

نظارت بر قضات از ســـه رکن معیارهای نظارت، فرایند نظارت و مرجع نهایی تصمیم گیر در نظارت تشـــکیل شـــده است که باید در پی‌ریزی هریک از این مراحل بایســـته‌های خاصی حاکم شـــود. در ادامه بایســـته‌ها و اصول حاکم بر هریک از این مراحل مورد بررسی قرار می‌گیرد.



نمودار مفهومی

۲-۱. بایسته‌های حاکم بر معیارهای نظارت بر قضات

معیارهای نظارت به‌عنوان اولین رکن نظارت، به این معناســـت که اساساً چه چیزهایی باید مورد ســـنجش قرار گیرد. از ســـوی دیگر، ســـنجه‌های این معیارها که ارزیابی‌کننده میزان تحقق آن‌هاست، کدام است؛ تا در فرایند نظارت بر قضات، استقلال قضات به شکلی کامل حفظ شود؟ در راستای حفظ استقلال قضات، بایسته‌های حاکم

بر معیارهای نظارت در زیر مورد نظر قرار می‌گیرد.

۱-۱-۲. جامعیت و مانعیت معیارها

اولین بایسته در معیارهای نظارت بر قضات اصل جامعیت و مانعیت معیارها است. به عبارت دیگر، معیارهای نظارت باید دربرگیرنده تمامی ابعاد قضاوت باشد تا بتواند تصویری جامع از عملکرد افراد نشان دهد؛ اما این اصل در مقام بیان این معنا نیست که هر معیاری که به ذهن می‌رسد و می‌تواند مورد ارزیابی قرار گیرد، مؤثر در سنجش قرار گیرد، بلکه معیارها باید در حیطه اهداف و وظایف قضات بوده و مبتنی بر اهداف و نقش‌ها مرتبط با افراد باشد یا از آن نشات گرفته باشد (گنجعلی و رضاییان، ۱۳۹۰: ۲۲۶). همچنین باید توجه داشت که نباید معیارهایی را که ارزش و نقشی در فرایند و نتیجه قضاوت ندارند را وارد چرخه نظارت کرد؛ چراکه این امر منجر به خطا در ارزیابی می‌شود. همان‌طور که در تعریف و ارکان نظارت بیان شد، نظارت باید معطوف به وظایف و اهداف مقام مورد نظارت باشد و ارزیابی موضوعات خارج از آن نه‌تنها ارزشی نخواهد داشت، بلکه منجر به بی‌ارزشی و انحراف نتایج مربوط به ارزیابی معیارهای صحیح نیز خواهد شد؛ بنابراین برای نظارت صحیح ضروری است که ابتدا به دقت اهداف و وظایف قاضی مشخص شده و در ادامه، معیارهای متناسب با این وظایف و اهداف تعیین شود. به عبارت دیگر، باید آن چیزی که نیاز است سنجیده شود مورد بررسی قرار گیرد؛ نه آن‌چه قابلیت سنجش دارد.

۲-۱-۲. شفافیت معیارها

شفافیت در معیارها، دومین بایسته در معیارهای نظارت بر قضات است. معیارهایی که بر اساس آن قضات سنجیده می‌شوند، لازم است که نسبت به خود قضات، شفاف و مشخص باشد. از آنجایی که معیارها و ملاک‌های ارزیابی، نشان‌دهنده ارزش‌ها، اولویت‌ها، استراتژی‌ها و چالش‌های سازمان هستند، شفافیت در آن‌ها به کارکنان نشان می‌دهد که هنجارها و استانداردهای سازمان چیست و مدیران سازمان از کارکنان چه انتظاراتی دارند (قربانزاده، ۱۳۹۲: ٤٠). به همین خاطر، با آگاهی قضات از انتظارات سازمان از آن‌ها، عملکرد آن‌ها بهبود پیدا می‌کند و می‌توانند به نحو شایسته از عملکرد خود دفاع کنند و قاعده قبح عقاب بلا بیان یا قانونی بودن در مقام نظارت بر قضات نیز جاری می‌گردد تا باعث بی‌عدالتی نسبت

به قضات نگردد. این مسأله در قوانین مختلف به اشکال گوناگون قابل مشاهده است؛ در بندهای الف، ب، پ و ت ماده ٢٤ آیین‌نامه نحوه بازرسی، نظارت و ارزشیابی رفتار و عملکرد قضات مصوب ۱۳۹۲/۳/۸، به ترتیب معیارهای «رعایت نزاکت و اخلاق و آداب اسلامی»، «حسن خلق با همکاران و ارباب رجوع»، «رعایت شأن قضایی» و «حسن شهرت» از شفافیت در تعریف و تشخیص برخوردار نیست. قانون «دستورالعمل تنظیم کارنامه قضایی» مصوب ۱۳۹٤/۳/۲۷ در ماده ٤، به شاخص‌هایی اشاره می‌کند که بر اساس آن، کارنامه قضایی تنظیم می‌شود؛ شاخص‌های رفتاری، قضایی و مدیریتی ذکر شده در این ماده مانند «رعایت نزاکت و اخلاق»، «رعایت شأن قضایی»، «رعایت استاندارد زمانی رسیدگی»، «مدیریت پرونده»، «توان پیگیری و رفع مشکلات و کاستی‌ها» و «برنامه‌ریزی و تدبیر در امور»، مجمل بوده و نیاز به تبیین بیشتری دارد. مثال دیگر که معیارها به صورت غیر شفاف و مجمل بیان شده است، «آیین‌نامه تعیین گروه‌های شغلی و ضوابط مربوط به ارتقاء گروه و تغییر مقام قضات» مصوب ۱۳۹۳/٦/۹ است که در ماده ۳، شرایط ارتقای پایه قضایی را ذکر کرده است؛ یکی از معیارهای ارتقای پایه قضایی، «عملکرد مناسب و رعایت شؤون قضایی» است که در بند ج ذکر شده است؛ حال آن‌که مشخص نیست چه فعالیت‌هایی از سوی قضات، مصداق این عملکرد مناسب بود و متناسب با شؤون قضایی است.

با شفافیت معیارها برای قضات و جامعه، مرجع ناظر نمی‌تواند به هر بهانه‌ای در کار قاضی دخالت کرده و وی را محکوم کند و این امر در حفظ استقلال قضات نقش به‌سزایی دارد؛ چرا که مطابق اصل یکصد و شصت و چهارم قانون اساسی و نظریه تفسیری شورای نگهبان ذیل آن، «قاضی را نمی‌توان از مقامی که شاغل آن است بدون محاکمه و ثبوت جرم یا تخلفی که موجب انفصال است به‌طور موقت یا دائم منفصل کرد»، اما برای تحقق اراده موجود در قانون اساسی از این اصل که همان حفظ امنیت شغلی قاضی و در نتیجه بستن راه اعمال فشار بر قاضی و حفظ استقلال وی است، باید معیارها و مصادیق نظارت و تخلف نیز شفاف شود؛ وگرنه این اصل در عمل ارزشی نداشته و متروک خواهد شد. به طور مثال، در بند ٦ ماده ۱۵ «قانون نظارت بر رفتار قضات» مصوب ۱۳۹۰/۷/۱۷، یکی از تخلفاتی که برای قضات در نظر گرفته شده است، «رفتار خارج از نزاکت حین انجام وظیفه» است؛

حال آن‌که، این تخلف وضوح نداشـــته و مشخص نیست منظور از این رفتار چه بوده و معیارهای تشخیص آن چیست. مورد دیگر از عدم رعایت شفافیت معیارها، عبارت «خروج از بی‌طرفی» در بند ٤ ماده ۱۷ و «رفتار خلاف شأن قضایی» در بند ٦ ماده ۱۷ همین قانون اســـت که مشخص نیســـت نحوه تحقق آن به چه شکل می‌باشد. در این راستا بسیاری از کشورها اقدام به تهیه کدهای رفتاری قضات کرده‌اند که از این طریق می‌توان بخشی از معیارها را که رفتار حرفه‌ای قضات تلقی می‌شوند، شفاف ساخت؛ بـــرای مثال در آمریکا کدهای رفتاری به ابتـــکار کنفرانس قضایی در ۵ آوریل ۱۹۷۳ تدوین و به‌عنوان «کد رفتاری برای قضات ایالت متحده» معروف شد. سپس کنفرانس قضایی تغییراتی در آن اعمال کرد که آخرین اصلاحات مربوط به ۲۰۱٤ است (همتی و داوودی، ۱۳۹٦: ۲۸۹).

۳-۱-۲. عام و فراگیر بودن معیارها

منظور این اســـت که رعایت آن‌ها محدود به نوع و شیوه خاصی از دادرسی یا قضات معینی نبوده و برخوردار از مناسبتی عام برای استفاده همه نظام‌های قضایی است (همتی و داوودی، ۱۳۹٦: ۲۸۰). این اصل صرفاً در رابطه با معیارها و اســـتانداردهای مربوط به رفتار قضایی صادق اســـت و پرواضح است که در رابطه با معیارهای دیگر همچون علم و مهارت‌های لازم، بســـته به نوع دادگاه یا دادســـرا و همچنین پســـت مدیریتی یا صفی می‌تواند متفاوت باشد؛ حال آن‌که در بند ج ماده ٢٤ قانون « آیین‌نامه نحوه بازرســـی، نظارت و ارزشیابی رفتار و عملکرد قضات»، دانش و مهارت قضایی، به تناسب می‌تواند متفاوت باشد، ولی در ماده به صورت کلی اشاره شده است.

٤-۱-۲. ارزش‌بنیان بودن معیارها

طبق این بایسته، استانداردها منطبق بر منابع ارزشی نظیر اخلاق، مذهب، حقوق طبیعی و فرهنگ بومی هســـتند و رابطه تنگاتنگی میان این اســـتانداردها و ارزش‌ها و هنجارهای کلی حاکم بر جامعه وجود دارد (همتی و داوودی، ۱۳۹٦: ۲۸۱). معیارهای نظارت بر قضات برگرفته از ارزش‌های نهادینه‌شده در جامعه و مبانی نظام حکم‌رانی کشور است و قضات که خود نگهبانی برای حفظ ارزش‌های کشور می‌باشند، باید از هر شخص و نهادی معتقدتر و عامل‌تر به این ارزش‌ها باشند.

۵-۱-۲. عینی و سنجش‌پذیر بودن معیارها

منظور از عینی بودن معیارهای نظارت این است که یک معیار، قابلیت سنجش و ارزیابی به‌صورت بی‌طرفانه را داشته باشند و در ارزیابی آن‌ها نظرات و برداشت‌های شخصی مقام ناظر مؤثر نبوده یا حداقل تأثیر را داشته باشد؛ همچنین ارزیابی معیارها باید از طریق داده‌ها و شواهد قابل‌سنجش صورت گیرد. برای مثال ممکن است برخی مردمی بودن را از معیارهایی تأثیرگذار در ارزیابی قاضی بدانند؛ اما آیا مردمی بودن قابلیت ارزیابی دارد؟ ممکن است افراد مختلف، برداشت‌های متفاوتی را از مردمی بودن داشته باشند و این امر موجب تأثیر قابل‌توجه و غیر قابل اجتناب نظرات و برداشت‌های شخصی مقام ناظر در نتیجه ارزیابی می‌شود.

در خصوص عینی و قابل‌سنجش بودن معیارها، «اساسنامه جهانی قضات مصوب اتحادیه بین‌المللی قضات»[1] مصوب ۱۹۹۹ و اصلاحی سال ۲۰۱۷، در ماده (۷-۱) معتقد است که: «اقدامات اداری و انضباطی نسبت به قضات باید به‌گونه‌ای سازمان‌دهی شود که استقلال واقعی قضات را به خطر نیندازد و فقط به ملاحظات عینی و مرتبط توجه شود»؛[2] این در حالی است که در بند ٦ ماده ۱۷ قانون «نظارت بر رفتار قضات»، معیار خلاف شأن قضات در نظر گرفته شده و در تعریف این معیار در تبصره ماده ۱۷، ارتکاب جرایم را خلاف شأن قضات دانسته است یا رفتارهایی که توسط قضات مذموم دانسته شود که در تعریف سنجه اخیر در آیین نامه این قانون که در سال ۱۳۹۲ صادر شده است، آن را هر رفتاری می‌داند که باعث «تخفیف جایگاه قاضی یا ایجاد بدبینی یا بی‌اعتمادی مردم نسبت به دستگاه قضایی گردد»؛ که هر دوی این تعاریف برای شناخت معیار «خلاف شأن قضات»، مشخص نبوده و قابل سنجش و اندازه‌گیری نیست. این ویژگی در «آیین‌نامه نحوه بازرسی، نظارت و ارزشیابی رفتار و عملکرد قضات» مصوب ۱۳۹۲/۳/۸ و ماده ٤ «دستورالعمل تنظیم کارنامه قضایی» نیز رعایت نشده است. به طور مثال، «حسن شهرت»، «حسن خلق» و موارد این چنینی، به راحتی قابل اندازه‌گیری نبوده و نمی‌توان قضات را متناسب

1. The universal charter of the judge
2. The administration of the judiciary and disciplinary action towards judges must be organized in such a way, that it does not compromise the judge's genuine independence, and that attention is only paid to considerations both objective and relevant

با آن‌ها ارزیابی کرد و جزء مواردی هستند که در حالات مختلف می‌تواند سنجش خاص خود را در پی داشته باشد.

۲-۲. بایسته‌های حاکم بر فرایند نظارت بر قضات

علاوه بر بایسته‌های حاکم بر معیارهای نظارت، فرایند نظارت نیز به‌عنوان دومین رکن نظارت باید از اصول و استانداردهای ویژه‌ای پیروی کند تا موجب خدشه به استقلال قضات نشود. منظور از فرایند نظارت، فرایند کسب اطلاعات از میزان انطباق عملکرد قاضی با معیارهای تعیین‌شده است که باید به صورت مستمر انجام گیرد. در ادامه به بررسی این اصول پرداخته می‌شود.

۲-۲-۱. قانونی و شفاف بودن

فرایند نظارت بر قضات نیز همانند معیارهای نظارت، می‌بایست کاملاً شفاف و مبتنی بر قوانین و مقررات معتبر باشد. به عبارت دیگر، در نظارت بر قضات، ارزیابی و نظارت غیر رسمی (تصور مدیران از چگونگی انجام وظایف توسط کارکنان و متأثر از فرایندهای سیاسی و روابط شخصی) (اورعی‌یزدانی، ۱۳۸۲: ۱۰۰)؛ در مقابل، ارزیابی و نظارت رسمی جایگاهی ندارد؛ این در حالی است که در بند ۲ ماده ۱۱ «قانون نظارت بر رفتار قضات»، یکی از وظایف و اختیارات دادسرا، «نظارت مستمر بر عملکرد قضات، ارزشیابی آنان و تحقیق در اعمال و رفتار منافی با حیثیت و شأن قضایی با رعایت حریم خصوصی آنان» می‌باشد که با بررسی این اختیار، مشخص می‌شود که رعایت این مسأله نه تنها به وضوح و شفافیت بیان نشده که نیازمند نظارت بر چه مواردی می‌باشد، بلکه ممکن است که حقوق قانونی قضات نیز با این اختیارات، نادیده انگاشته شود. در بند ٤ همین ماده نیز قید «خدمات علمی و عملی» شفاف نبوده و می‌تواند به سوء استفاده از جایگاه قضات منجر شود.

۲-۲-۲. نقش داشتن قضات در تعیین معیارها

نکته قابل توجه این است که باید در تعیین معیارهای نظارت بر قضات، قضات نقش داشته باشند؛ زیرا از سویی، اصل نظارت و تعادل[1] موجب خواهد شد که قدرت با قدرت مقابل خنثی شود؛ به عبارت دیگر، قدرت و اراده مقامات قوه قضاییه که خود ناظر بر قضات می‌باشند و تعیین معیارها میزان اختیارات آن‌ها در نظارت بر

1. Check and balance

قضات را نیز تعیین می‌کند، با قدرت و اراده قضات که موضوع این نظارت می‌باشند با یکدیگر به تعادل رسیده و معیارهایی عادلانه وضع خواهد شد. از سوی دیگر، «اگر کارکنان در تعیین شاخص‌ها سهیم نباشند و احساس کنند که به آن‌ها بی‌توجهی شده است، برخلاف مقصود مدیریت عالی، به شاخص‌ها واکنش نشان خواهند داد و موجب تضعیف خدمات تمامی زمینه‌ها خواهند شد» (ناصرشیخ‌الاسلامی و رضوان، ۱۳۹۲: ٦۳).

۳-۲-۲. حفظ حرمت، عزت و شأن قضات

یکی از شرایط اساسی تضمین و تقویت استقلال قضایی حفظ حرمت، عزت و شأن قضات در کلیه فرایندهای ناظر بر قضات است (حبیب‌زاده و دیگران، ۱۳۸۹: ۳۸) که از مهم‌ترین این فرایندها، فرایند نظارت بر قضات است؛ بنابراین در هرگونه بازرسی و نظارت باید بر حفظ احترام قضات تأکید کرد و برای نقض آن ضمانت اجراهای متناسب تعیین کرد. نمونه‌ای از این معیار را می‌توان در ماده ۱۷ «آیین‌نامه نحوه بازرسی ، نظارت و ارزشیابی رفتار و عملکرد قضات» مشاهده کرد؛ هرچند ضمانت‌اجرای عدم رعایت مشخص نشده است. در «آیین‌نامه اجرایی قانون نظارت بر رفتار قضات» مصوب ۱۳۹۲/۲/۲۵ نیز به رعایت شؤون قضایی اشاره شده است، ولی در آنجا نیز ضمانت اجرای عدم رعایت آن، پیش‌بینی نگردیده است.

٤-۲-۲. عدم انحصار در مسؤول مستقیم

در مورد این موضوع که چه کسی باید جمع‌آوری اطلاعات را انجام دهد، افراد مختلفی از جمله سرپرست مستقیم، سرپرست مافوق سرپرست مستقیم، همکاران هم‌رده، کارمندان زیردست، نظارت کمیته‌ای و نظارت ترکیبی و ... پیشنهاد شده‌اند، اما در رابطه با قضات، جمع‌آوری اطلاعات نباید منحصراً توسط مسؤولان مستقیم و سرپرستان مسؤولان مستقیم انجام شود. هرچند در این روش سرپرست به آسانی قادر به ارزیابی مستقیم عملکرد مرئوس خویش بوده و هزینه‌های نظارت کاهش می‌یابد، اما به دلیل امکان دخالت سلیقه شخصی (قادرپناه و دیگران، ۱۳۹۳: ۳۱) و در نتیجه خدشه بر استقلال قاضی، این روش مناسب دستگاه قضایی و نظارت بر قضات نیست و بهتر است که از ارزیابان متعدد و متفاوت که به روش جمع‌آوری اطلاعات سیصد و شصت درجه شناخته می‌شود بهره گرفت.

۵-۲-۲. استفاده از اطلاعات دقیق و منصفانه

فرایند نظارت در کلیه سازمان‌ها باید با استفاده از اطلاعات دقیق و منصفانه باشد (قربانزاده، ۱۳۹۲: ٤٦)، اما این امر در رابطه با نظارت در دستگاه قضایی و به ویژه در نظارت بر قضات، از اهمیت دوچندان برخوردار است. فرایند نظارت باید مبتنی بر اطلاعات دقیق بوده و از وزن‌دهی به اطلاعات غیر دقیق و مبتنی بر حدس و گمان اجتناب کرده و تلاش نمود که خطاهای فرایند نظارت مثل گناه ناشی از مشارکت،[۱] گزینشی عمل کردن،[۲] خطای کلیشه‌ای،[۳] بازی سرزنش،[٤] اثر همانندی[٥] و مانند این‌ها به حداقل ممکن رساند؛ از این رو، در ماده ۱۵ «آیین‌نامه نحوه بازرسی ، نظارت و ارزشیابی رفتار و عملکرد قضات» مقرر شده است که هیأت پنج نفره پس از بررسی آمار عملکرد هر یک از قضات، درباره توان قضایی آنان اظهار عقیده می‌نماید. در ماده ١٦ این آیین‌نامه نیز، تحقیق از مسؤولان محلی و افراد موثق به منظور ارزیابی قضات پیش‌بینی شده است. در ماده ۲ «دستورالعمل تنظیم کارنامه قضایی» در خصوص مبادی کسب اطلاع برای «معاونت نظارت و ارزشیابی»، منابعی مقرر شده است.

۳-۲. بایسته‌های حاکم بر مرجع نهایی تصمیم‌گیر در نظارت بر قضات

یکی از مهم‌ترین مباحث در رابطه با نظارت بر قضات، مرجع تصمیم‌گیر نهایی در رابطه با اطلاعات جمع‌آوری‌شده از عملکرد قضات است. اگر همه مراحل و اصول بیان‌شده در معیارها و فرایند نظارت رعایت شود و مرجع مناسب در مرحله ارزیابی اطلاعات و تصمیم‌گیری در این رابطه وجود نداشته باشد، قطعاً استقلال قضات به خطر خواهد افتاد. در کشورهای مختلف نهادهای مختلفی این امر را بر عهده دارند، اما برای عدم خدشه بر استقلال قضات، رعایت اصولی در تعیین و رسیدگی‌های این

---

۱. عملکرد عالی یک فرد تحت تأثیر همکاری و دوستی فرد با یک گروه با عملکرد ضعیف، به صورت ضعیف تلقی می‌شود (گنجعلی و رضاییان، ۱۳۹۰: ۱۷۵).
۲. تمایل مدیر به اقدام‌های گزینشی بر اساس تمایلات خود (گنجعلی و رضاییان، ۱۳۹۰: ۱۷۵).
۳. تمایل به تعمیم ویژگی‌های میان اعضای گروه و بی‌توجهی به تفاوت‌های فردی (گنجعلی و رضاییان، ۱۳۹۰: ١٧٦).
٤. سرزنش کارکنان به دلیل عملکرد ضعیف بدون بررسی علل عملکرد ضعیف که منجر به تکرار سرزنش در قالب یک چرخه می‌شود (گنجعلی و رضاییان، ۱۳۹۰: ١٧٦).
٥. تمایل به دادن امتیاز بالا به کسانی که به خود ارزیاب شبیه است (گنجعلی و رضاییان، ۱۳۹۰: ١٧٦).

مرجع ضروری است که در ادامه می‌آید.

۱-۳-۲. عدم مداخله دیگر قوا

یکی از زیرشاخه‌های اصل استقلال قضایی در معنای عام، استقلال نهادی قوه قضاییه است که در اصول متعدد قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران از جمله اصول پنجاه و هفتم و یکصد و پنجاه و ششم بر آن تأکید شده است. این اصل بیان‌گر این مهم است که در تنظیم روابط بین قوا و تعادل قدرت، نباید به‌گونه‌ای عمل کرد که قوه قضاییه تحت فشار و نفوذ دیگر قوا قرار گیرد. از آن‌جایی که مهم‌ترین ارکان قوه قضاییه نیز قضات می‌باشند؛ بنابراین مقررات مرجع تصمیم‌گیر نهایی در نظارت بر قضات باید به‌گونه‌ای باشد که مداخله قوای دیگر در این موضوع غیرممکن شود.

۲-۳-۲. جمعی بودن تصمیم‌گیری

اگر تصمیم‌گیری به یک فرد سپرده شود موجب قدرت بی‌حد وحصر وی خواهد شد و با توجه به اصل خنثی‌سازی قدرت با قدرت، بهتر است که در درون قوه قضاییه نیز یک نفر به‌تنهایی تصمیم‌گیر و تعیین‌کننده نباشد تا امکان اعمال ملاحظات سیاسی و نظرهای شخصی در رابطه با قضات منتفی شود یا کاهش یابد (حبیب‌زاده و دیگران، ۱۳۸۹: ۳۵). از این رو، در تبصره ۱ ماده ۳ «دستورالعمل تنظیم کارنامه قضایی»، یکی از اعضای هیأت بازرسی از واحد دیگر انتخاب می‌شود تا توازن لازم برقرار شود.

۳-۳-۲. عدم تصمیم‌گیری توسط مسؤول مستقیم

با توجه به این‌که مسؤول مستقیم قضات همواره در ارتباط با قضات می‌باشد و ممکن است نظر قاضی با سرپرست مستقیم خود در تعارض باشد، در صورتی که وی از مسؤولان تصمیم‌گیر در رابطه با نتایج ارزیابی و نظارت قاضی باشد، امکان اعمال فشار بر قاضی بسیار زیاد خواهد بود و این امر موجب خدشه بر استقلال قاضی است؛ بنابراین مسؤول مستقیم قاضی نباید عضو مرجع تصمیم‌گیری در مورد وی باشد.

٤-۳-۲. مستقل و بی‌طرف بودن مرجع تصمیم‌گیر

همان‌طور که استقلال قضایی در کلیه دادگاه‌ها یکی از اصول دادرسی عادلانه است، این امر در رابطه مرجع تصمیم‌گیر نهایی در مورد نظارت بر قضات نیز صادق

است و باید از سوی یک نهاد کاملاً مستقل و بی‌طرف که رسیدگی بر اساس قانون را تضمین می‌کند، صورت گیرد (میرحسینی، ۱۳۹۹: ۱٦۱)؛ حال آن‌که، وفق بند الف ماده ٤ «آیین‌نامه تعیین گروه‌های شغلی و ضوابط مربوط به ارتقا گروه و تغییر مقام قضات» ترفیع پایه قضایی موکول به پیشنهاد یا درخواست از جانب مقام مافوق شده است که در تعارض با اصل یادشده است.

۵-۳-۲. تصمیم‌گیری بر اساس دلایل معتبر و متقن

از بررسی‌های انجام‌شده در رویه قضایی محاکم بین‌المللی مستفاد این است 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 به‌طور کلی اصل بر بی‌طرفی و استقلال است، مگر این‌که دلایل معتبری خلاف آن موجود باشد (توحیدی و رشیدی، ۱۳۹۵: ۲۳). به نظر می‌رسد این اصل باید در رابطه با مرجع تصمیم‌گیر نهایی در نظارت بر قضات دادگاه‌های داخلی نیز حاکم باشد؛ زیرا در صورت تصمیم‌گیری بر اساس اطلاعات مشکوک و مورد تردید در مورد قضات، هیچ‌گونه امنیت شغلی و در نتیجه استقلالی برای آن‌ها قابل‌تصور نخواهد بود.

٦-۳-۲. شفافیت

یکی از پرسش‌های مطرح در اقدامات انضباطی این است که آیا قوه قضاییه مجاز است خود مسائل انضباطی و نظارتی بخش قضایی را انجام دهد؛ آیا این روش منجر به این خطر نخواهد شد که قوه قضاییه نسبت به قضات که همکار هستند، اغماض و تخفیف داشته باشد؟ طرح‌های مختلفی برای تدابیر انضباطی در دستگاه قضایی و نیز توافق اندکی نیز در مورد این‌که کدام‌یک از این طرح‌ها بهتر عمل می‌کند وجود دارد. هرگونه آیین دادرسی که بخواهد مورد استفاده قرار گیرد، باید طوری موازنه شود که ضمن حفظ استقلال قضایی، موجبات پاسخ‌گویی و انضباط قضات را فراهم سازد. چنین رویه‌ای مستلزم شفافیت خواهد بود تا اعتماد عموم را جلب کند (جاوید و شاه‌مرادی، ۱۳۹٤: ۱٤).

برآمد

۱- اصل اســـتقلال قاضی نفی‌کننده امکان نظارت بر قضات نیســـت و نظارت بر قضات نیز در ذات خود نقض‌کننده استقلال قاضی نمی‌باشد. این دو اصل به‌شرط رعایت اصول صحیح نظارت بر قضات، مکمل یکدیگر در تحقق نظام عادلانه دادرسی می‌باشند و با توجه به این رابطه، باید در کلیه مراحل و ارکان نظارت (تعیین معیارهای نظارت بر قضات، فرایند و روش‌های جمع‌آوری اطلاعات و مرجع نهایی تصمیم‌گیر در نظارت بر قضات) اصل استقلال قاضی همواره مورد توجه قرار گیرد و این مراحل و ارکان به‌گونه‌ای تنظیم گردد که حداقل لطمه و خدشه به اصل استقلال قضات وارد شود.

۲- در تعییـــن معیارهـــای نظارت بر قضات و ســـنجه‌های ایـــن معیارها باید توجه داشـــت که این معیارها جامع و مانع، شفاف، عام و فراگیر، ارزش‌بنیان، عینی و ســـنجش‌پذیر باشد و در تعیین آن‌ها قضات از نقش مؤثری برخوردار باشند و فرایند نظارت بر قضات نیز قانونی، شـــفاف، با اســـتفاده از اطلاعات دقیق و منصفانه باشد، توأم با رعایت حرمت، عزت و شأن قضات و تنها مرجع جمع‌آوری و کسب اطلاعات مسؤول مســـتقیم قاضی نباشد و در نهایت مرجع تصمیم‌گیر نهایی که وظیفه ارزیابی اطلاعـــات و تصمیم‌گیری مبتنی بر این اطلاعات را دارد، مرجعی مســـتقل، بی‌طرف، مصون از دخالت ســـایر قوا و مسؤول مســـتقیم قاضی باشد و تصمیم‌گیری در آن به صورت جمعی و مبتنی بر دلایل معتبر و متقن و در فرایندی شفاف انجام گیرد.

فهرست منابع

الف. فارسی

* آخوندی، محمود (۱۳۸٤)، **آیین دادرسی کیفری**، جلد چهارم، چاپ نخست، تهران: مجد.

* آزمایش، رسول (۱۳۸۰)، «**آسیب‌شناسی حقوقی استقلال قاضی و دستگاه قضایی**»، مجله وکالت، سال سوم، شماره ۹.

* احمدی، مرتضی (۱۳۷٦). **ساختار نظارتی در تشکیلات جمهوری اسلامی ایران مجموعه مقالات نظارت و بازرسی**، تهران: سازمان بازرسی کل کشور.

* اخوان‌کاظمی، بهرام (۱۳۹۲)، **نظارت در نظام اسلامی**، چاپ نخست، تهران: سازمان انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.

* امیری، علی و طهماسبی، جواد و پاکزاد، بتول (۱٤۰۲)، «**کاربرد اصل مساوات در تضمین دادرسی بی‌طرفانه کیفری**»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۷، شماره ۱۲۱.

* انصاری، ولی‌الله (۱۳۷۸)، **کلیات حقوق اداری**، تهران: میزان.

* اورعی‌یزدانی، بدرالدین (۱۳۸۲)، «**مروری انتقادی بر ارزیابی عملکرد و نحوه اعمال آن در سازمان‌ها با تأملی بر برخی از سازمان‌های ایران**»، مجله کمال مدیریت، سال دوم، شماره ۲ و ۳.

* پورحسین شقلان، شکور (۱۳۸٦)، «**استقلال قضایی از منظر اسناد بین‌الملل با نگاه به حقوق داخلی**»، مجله قضاوت، سال پنجم، شماره ٤۹.

* تقوی دامغانی، سیدرضا (۱۳۹۳)، **نگرش بر مدیریت اسلامی**، چاپ چهارم، تهران: سازمان تبلیغات اسلامی.

* توحیدی، احمدرضا و رشیدی، مهناز (۱۳۹۵)، «**استقلال و بی‌طرفی رسیدگی‌های قضایی در نظام کیفری بین‌المللی**»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۰، شماره ۹۵.

* جاوید، محمدجواد و عصمت شاه‌مرادی (۱۳۹٤)، «**تعهد رسانه در قبال شفافیت قضایی**»، پژوهش حقوق عمومی، دوره ۱٦، شماره ٤۷.

* جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۷)، **ترمینولوژی حقوق**، چاپ نوزدهم، تهران: گنج دانش.

* حبیب‌زاده، محمدجعفر و قاسم، کرامت و شهبازی‌نیا، مرتضی (۱۳۸۹)، «**استقلال**

قضایی در نظام حقوقی ایران با مطالعه تطبیقی»، پژوهش‌های حقوق تطبیقی، دوره ١٤، شماره ٤.

* خندانی، وحید و عامری‌نیا، محمدباقر و کریمی، قوام (۱۳۹۷)، «**استقلال قضایی در حقوق ایران و انگلیس»**، تحقیقات حقوقی تطبیقی ایران و بین‌الملل، دوره ۱۱، شماره ٤١.

* دادگر، داوود (۱۳۸۰)، «**مبانی بازرسی و تهیه گزارش‌های ویژه نظارتی»**، فصل‌نامه دیده، شماره ۱۳.

* دهخدا، علی‌اکبر (۱۳۷۷)، **لغت‌نامه دهخدا**، جلد چهاردهم، چاپ دوم، تهران: دانشگاه تهران.

* دهخدا، علی‌اکبر (۱۳۸۵)، **فرهنگ متوسط دهخدا**، جلد نخست، چاپ نخست، تهران: دانشگاه تهران.

* دهقانی، علی (۱۳۸۸)، «**استقلال قاضی در نظام قضایی ایران در پرتو تحولات قانون‌گذاری»**، مجله پژوهش‌های حقوقی، دوره ۸، شماره ۱۵.

* روستایی‌حسین‌آبادی، یاسر و علی‌نژاد، احمد (۱۳۹۵)، «**استقلال قضایی پیش‌شرط داوری عادلانه (مطالعه تطبیقی قانون اساسی ایران و فرانسه)»**، مطالعات حقوق بشری، دوره پنجم، شماره ۱۱.

* سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی کشور (۱۳۸۰)، **گزارش نظارت سال اول اجرای برنامه سوم توسعه**، تهران: سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی کشور

* صالحی، فیض‌الله و پارسا، سیروس (۱۳۹۷)، «**ارزیابی و تحلیل اصول حاکم بر شاخص‌های نظارت قضایی در حقوق شهروندی»**، مطالعات علوم سیاسی، حقوق و فقه، دوره ٤، شماره ۱.

* علیپور، محمدعلی و موسوی مجاب، سیددرید و موالی‌زاده، سیدباسم (١٤٠١)، «**استقلال نهاد تحقیق از نهاد تعقیب کیفری در نظام حقوقی ایران و لبنان»**، مجله حقوقی دادگستری، دوره ٨٦، شماره ١١٨.

* عمید زنجانی، عباسعلی و موسی‌زاده، ابراهیم (١٣٩٦)، **نظارت بر اعمال حکومت و عدالت اداری**، چاپ دوم، تهران: دانشگاه تهران.

* قادرپناه، فریبرز و بهدادفر، محمدرسول و شیخ‌علی، علیرضا (۱۳۹۳)، «**آسیب‌شناسی**

نظام مدیریت عملکرد ارتش جمهوری اسلامی ایران»، مجله مدیریت نظامی، سال چهاردهم، شماره ٥٦.

* قدسی، محمد (۱۳۷۱-۱۳۷۲)، **نظارت در نظام اداری اسلامی**، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، تهران: دانشگاه تهران.

* قربانزاده، منصور (۱۳۹۲)، «**مدیریت عملکرد کارکنان**»، کار و جامعه، سال بیست و دوم، شماره ۱٦۰.

* گرجی ازندریانی، علی‌اکبر و رحمتی‌فر، سمانه (۱۳۹٦)، «**استقلال قضایی به‌مثابه پیش‌شرط توسعه حقوق شهروندی**»، جستارهای حقوق عمومی، سال اول، شماره ۱.

* گنجعلی، اسدالله و رضاییان، علی (۱۳۹۰)، **مدیریت عملکرد چیستی چرایی و چگونگی**، تهران: دانشگاه امام صادق (ع).

* مسعودیان، مصطفی (۱۳۹۸)، «**تحلیل فقهی حقوقی شاخصه‌های عدالت قضایی در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران**»، دانش حقوق عمومی، سال هشتم، شماره ۲٥.

* معین، محمد (۱۳۸٥)، **فرهنگ فارسی معین**، جلد نخست، چاپ بیست و سوم، تهران: امیرکبیر.

* معین، محمد (۱۳۸٦)، **فرهنگ فارسی معین**، جلد دوم، چاپ چهارم، تهران: آدنا.

* میرحسینی، وحید (۱۳۹۹)، «**بررسی نقش عوامل مستقیم و غیرمستقیم احساس عدالت قضایی در ارتقاء امنیت عمومی جمهوری اسلامی ایران**»، فصل‌نامه علمی امنیت ملی، سال ۱۰، شماره ۳۷.

* ناصر شیخ‌الاسلامی، معصومه و رضوان، مهدی (۱۳۹۲)، «**پیاده‌سازی نظام مدیریت عملکرد**»، نشریه کار و جامعه، سال بیست و دوم، شماره ۱٥٦.

* وفاقی، داریوش (۱۳۷۷)، «**نظارت انتظامی بر دستگاه قضایی**»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ٦۲، شماره ۲۲.

* ویژه، محمدرضا و محمدی کشکولی، محمدرضا (۱۳۹۷)، «**اصول بنیادین ناظر بر تضمین اصل بی‌طرفی قضایی در نظام بین‌الملل و حقوق ایران**»، دیدگاه‌های حقوق قضایی، دوره ۲۳، شماره ۸٤.

* هاشمی، سیدمحمد (۱۳۹۳)، **حقوق بشر و آزادی‌های اساسی**، چاپ سوم، تهران:

میزان.
* همتی، مجتبی و داوودی، غلامرضا (۱۳۹٦)، «**مطالعه تطبیقی استانداردهای رفتار قضایی (اســـلام، ایران، آمریکا، چین) در پرتو اصول بنگلور**»، مطالعات حقوقی، دوره ۲، شماره ۲.
* یاوری، اسدالله و تنگستانی، محمدقاسم (۱۳۹۵)، «**نظام پاسخگویی قوه قضاییه و نسبت آن با استقلال این قوه**»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۰، شماره ۹۵.

ب. عربی

* ســـید رضی، محمد بن حســـین (١٤١٤ ق)، **نهج البلاغـــه (للصبحی صالح)**، قم: هجرت.

پ. انگلیسی

* Collin, p. (2014). **Dictionary of Law**, Fourth Edition: Bloomsbury Publishing.
* International Association of Judges (2017), **The universal charter of the judge**, adopted by the IAJ Central Council in Taiwan on November 17th, 1999, Updated in Santiago de Chile on November 14th, 2017
* Office of the high commissioner for human rights and international bar association (2003), **Human rights in the administration of justice: a manual on human rights for judges, prosecutors and lawyers**, New York and Genova: United nations.
* judicial group on Strengthening judicial integrity (2001), **The Bangalore draft code of judicial conduct 2001**, adopted by the judicial group on Strengthening judicial integrity, as revised at the round table meeting of chief justices held at the peace palace, The Hague, November 25-26, 2002
* United Nations (UN), **Basic principles on the independence of the judiciary**, adopted by the seventh United Nations congress on

the prevention of crime and the treatment of offenders held at Milan, endorsed by general assembly resolutions 40/32 of 29 November 1985 and 40/146 of 13 December 1985.

❋ United Nations (UN), **Universal declaration of human rights**, Adopted by the United Nations general assembly in Paris on 10 December 1948.

❋ United Nations (UN), **International Covenant on Civil and Political Rights**, Adopted by the General Assembly of the United Nations on 19 December 1966.

مجله حقوقی دادگستری

مقاله پژوهشی/ دوره ۸۸/ شماره ۱۲۷/ صفحات: ۳۴۶-۳۲۷
تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۷/۳۰ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۸/۱۳

صورت‌بندی شاخص‌ها و طراحی الگوی توسعه قضایی؛ مطالعه موردی دادگستری استان تهران[۱]

مهدی حاجی حسینی[۲]
خلیل میرزایی[۳]
حسن محدثی گیلوایی[۴]

چکیده

این جستار با هدف بررسی و شناسایی شاخص‌ها و طراحی الگوی توسعه قضایی، به مطالعه و کاوش در رابطه با مفهوم توسعه قضایی پرداخته است. روش این مطالعه، کیفی است که در مرحله اول به صورت مطالعه اسنادی و کتابخانه‌ای و در مرحله دوم با استفاده از تکنیک دلفی، با بیست نفر از صاحب‌نظران و مدیران قوه قضاییه و دادگستری استان تهران، به عنوان متولیان اجرایی حوزه توسعه قضایی، که به شکل تصادفی انتخاب شده‌اند، با استفاده از ابزار مصاحبه نیمه ساخت‌یافته انجام شده است. مفهوم توسعه قضایی عبارتست از؛ کارآمدی قوه قضاییه جهت رسیدگی مستقل، سریع، دقیق و تخصصی به پرونده‌های قضایی، تلاش برای پیش‌گیری از وقوع جرم، گسترش عدالت و آزادی، ثبات ساختار و تشکیلات و تامین منابع انسانی و فیزیکی، نظارت بر حسن اجراء قانون و اصلاح و به‌روز رسانی رویه‌ها، نظارت و ارتقاء عملکرد ضابطان، تلاش برای مبارزه با فساد و حل بحران مشروعیت، توسعه دادرسی الکترونیک و فناوری‌ها و گسترش مشارکت‌های مردمی و به کارگیری روش‌های غیر قضایی حل و فصل دعاوی. سرانجام توسعه قضایی بر اساس منطق علمی شاخص‌سازی در هشت بعد و بیست شاخص اصلی دسته‌بندی شد.

واژگان کلیدی: توسعه قضایی، دادگستری، قوه قضاییه، کارآمدی، توسعه مشارکتی.

---

۱. این مقاله برگرفته از رساله دوره دکتری تخصصی مهدی حاجی حسینی تحت عنوان «توسعه قضایی در ایران و عوامل اقتصادی- جامعه‌شناختی موثر بر آن (مورد مطالعه: دادگستری استان تهران)» با راهنمایی آقای دکتر خلیل میرزایی و مشاوره آقای دکتر حسن محدثی گیلوایی در دانشگاه آزاد اسلامی تهران مرکز است.

۲. دانشجوی دکتری جامعه‌شناسی گرایش جامعه‌شناسی اقتصادی و توسعه دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران مرکز
m.haji.h@gmail.com

۳. دانشیار جامعه‌شناسی، گروه علوم اجتماعی دانشکده علوم اجتماعی و روان‌شناسی دانشگاه آزاد اسلامی استان تهران واحد رودهن (نویسنده مسؤول)
mirzaeei_khalil@riauac.ir

۴. استادیار جامعه‌شناسی، گروه جامعه‌شناسی دانشکده علوم اجتماعی دانشگاه آزاد اسلامی استان تهران واحد تهران مرکز
ziresagfeaseman2017@gmail.com

درآمد

دادگستری (عدالت)، مفهومی است که می‌تواند بر اساس تصور معناهای بسیار متفاوتی داشته باشد؛ نخست، در معنایی بسیار گسترده، یک فضیلت اخلاقی، احساس انصاف و برابری است که انسان‌ها در وجود خود دارند؛ و دوم، در معنایی بسیار فنی، یک وظیفه و کارکرد است؛ یعنی وظیفه قضاوت و بیان حق، هنگام وقوع اختلاف؛ و سوم، در معنایی بسیار محدود، دادگستری مجموعه‌ای از نهادها را شامل می‌شود که از رهگذر آن‌ها وظیفه قضاوت و دادگستری اجرا می‌شود؛ مانند دادگاه‌ها، دیوان‌ها، دادرسان و ... (پرو، ۱۳۸٤: ۲۵).

بر اساس اصل یکصد و پنجاه و ششم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران؛ قوه قضاییه پنج وظیفه بنیادین و اساسی دارد که عبارت است از: رسیدگی و صدور حکم در مورد تظلمات و شکایات برای رفع خصومت و اخذ تصمیم و اقدام لازم در آن قسمت از امور حسبیه که قانون معین می‌کند؛ احیاء حقوق عامه و گسترش عدالت و آزادی‌های مشروع، نظارت بر حسن اجراء قوانین، کشف جرم و تعقیب و مجازات و تعزیر مجرمان و اجراء حدود و مقررات جزایی اسلام و اقدام مناسب برای پیش‌گیری از وقوع جرم و اصلاح مجرمان.

در قانون اساسی از سه محور به عنوان وظایف اصلی قوه قضاییه یاد شده است: نخست، قضاوت که مختص فیصله دعاوی، احقاق حقوق و رسیدگی به شکایات و تظلمات است؛ دوم، نظارت که به عنوان مقدمه وظیفه اول یا به عنوان یک وظیفه دیگر و وظیفه اصلی است و قوانین و مقررات و بخش اجرا را شامل می‌شود؛ و محور سوم، پیش‌گیری از وقوع جرم و اصلاح مجرمان است؛ بنابراین در صورتی‌که این وظایف محقق شود، می‌توان گفت قوه قضاییه به توسعه مطلوب رسیده است.

دست‌یابی به عدالت و کارآمدی قضایی از جمله اهداف هر نظام قضایی محسوب می‌شود. نیل به این هدف به عوامل متعدد و متنوعی نظیر سهولت دسترسی به دادگاه‌ها، دادرسی عادلانه و اجرای صحیح آرا، وجود دادگاه‌های تخصصی، منابع انسانی کافی و متخصص، تجهیز دادگاه‌ها به انواع امکانات از جمله جدیدترین تجهیزات در زمینه فناوری اطلاعات و ارتباطات و تامین ملزومات سخت‌افزاری و نرم‌افزاری مورد نیاز وابسته است.

با نگاهی به عملکرد قوه قضاییه و وضعیت پرونده‌های قضایی و مقایسه آن با جمعیت کشـــور در ده سال اخیر، مشاهده می‌شود که ایران در سال ۱۳۸۸ با جمعیتی بالغ بر هفتاد و دو میلیون نفر، به میزان ٦٢٣٢٥٥٣ فقره پرونده وارده به کلیه واحدهای قضایی اعم از دادسرا، دادگســـتری شهرستان و دادگاه عمومی بخش و در پایان سال ۱۳۹۸ با جمعیتی بالغ بر هشـــتاد و دو میلیـــون نفر، به میزان ١٣٥٦٣٢٣٤ فقره پرونده وارده داشـــته است (عملکرد ده ســـاله قوه قضاییه، ۱۳۹۸: ٦) یعنی با افزایش حدود چهارده درصد جمعیت شـــاهد افزایش ۱۱۷/٦۲ درصدی پرونده‌های قضایی بوده‌ایم. هرچند دســـتگاه قضایی به تنهایی قادر به کنترل ورودی پرونده‌ها نبوده و کمک دیگر دســـتگاه‌ها خصوصاً دستگاه اجرائی را می‌طلبد اما شلوغی محاکم و دادسراها و اطاله دادرســـی که نقطه مقابل توسعه قضایی است، این قوه را در معرض بحران مشروعیت قرار داده است.

بر پایه مفروضات نظریه انســـجام درونی، توسعه یافتگی به طور اصولی تابعی از عوامل و محرکه‌های داخلی اســـت و توسعه یافتگی عمدتاً تابع انسجام درونی یک واحد سیاسی است (ســـریع‌القلم، ١٣٩٦: ۳۸). پایه حرکت در توسعه بر اساس لوزی انسجام درونی در مشروعیت قرار دارد، یعنی حل بحران مشروعیت و یا آغاز جریانی که به حل آن منجر شود، نقطه شروع اصلاحات و رشد کمی و کیفی در جامعه است (ســـریع القلم، ١٣٩٦: ۳۹). محصول حل بحران مشـــروعیت، نگرش عقلائی و نظام تربیتی و آموزش پویا، روش‌ها، کاربردها و به‌عبارت دیگر، رشـــد و توسعه اقتصادی است. توســـعه اقتصاد، نتیجه فرایند پر مشقت فرهنگی و سیاسی است (سریع القلم، ١٣٩٦: ٤٠).

از آن‌جـــا که هر کنش یا نهاد اجتماعی متاثـــر از عوامل درونی و بیرونی قرار می‌گیرد، مســـاله توسعه در دســـتگاه قضایی نیز تحت‌تاثیر دو عامل درون‌سازمانی و برون‌سازمانی اســـت؛ کنترل بخش زیادی از عوامل برون‌سازمانی، توسط قوه قضاییه امکان‌پذیر نیست، اما می‌توان با شـــناخت و بررسی عوامل درون سازمانی، به سمت حل بحران مشـــروعیت و پس از آن گســـترش نگرش عقلائی و نهایتاً توسعه قضایی حرکت کرد.

با مرور برنامه‌های توســـعه کشور، مشاهده می‌شـــود که جهت‌گیری برنامه‌ها

معطوف به توسعه اقتصادی است و ابعاد اجتماعی در برنامه‌های توسعه بسیار کم‌رنگ است؛ هم‌چنین امور حقوقی و قضایی به عنوان بخشی از توسعه اجتماعی بسیار مورد بی‌مهری و بی‌توجهی قرارگرفته است. این پژوهش بر آن است که از طریق مصاحبه با نخبگان دادگستری تهران و با بهره‌مندی از تکنیک دلفی، شاخص‌های توسعه قضایی را شناسایی نموده و مورد کندوکاو قراردهد و نهایتاً الگوی جامعی از توسعه قضایی را طراحی و صورت‌بندی نماید.

۱. توسعه و رابطه آن با توسعه قضایی

بر اساس یک تعریف، شاخص‌های ارائه شده در برنامه‌های توسعه کشور، دو دسته‌اند: شاخص‌های «توسعه‌ساز» و «توسعه‌سنج». وضعیت شاخص‌های توسعه‌ساز منجر به حرکت در مسیر توسعه می‌شود، مثلاً توسعه زیرساخت‌های صنعت با شاخص‌های توسعه‌ساز نشان داده می‌شود و نتیجه گرفته می‌شود که «سطح تولید» افزایش یافته و درآمد سرانه بیشتر شده است و در نتیجه آن توسعه محقق می‌شود و لذا به آن‌ها شاخص‌های توسعه‌ساز می‌گویند. در مقابل آن‌ها شاخص‌های «توسعه‌سنج» هستند. این شاخص‌ها نشان می‌دهند که توسعه از یک منظر و پنجره خاص چه وضعیتی دارد. شاخص‌های توسعه‌سنج به طور مستقیم تغییری در وضعیت توسعه ایجاد نمی‌کنند، بلکه وضعیت موجود را اندازه‌گیری کرده و سطح آن را نشان می‌دهند. بسیاری از شاخص‌های «توسعه‌ساز» و «توسعه‌سنج» ماهیت یا کارکردی کاملاً حقوقی و قضایی دارند. مثلاً «حمایت از آزادی‌های فردی» یا «حقوق مالکیت» یا «حاکمیت قانون» و امثال آن شاخص‌هایی هستند که در تمام برنامه‌های توسعه‌ای کشور موثرند یا بر آن‌ها تاثیر می‌گذارند (درویش‌زاده، ۱۴۰۲: ۱۴).

توسعه یک کشور امری میان‌بخشی، چندوجهی و پیچیده است. آراء قضایی از دو جهت کمیت و کیفیت بر شاخص‌های توسعه‌سنج و توسعه‌ساز تأثیر مستقیم دارد. منظور از جهت کمیت آن است که سالانه بیش از پنج میلیون منازعه مطرح می‌شود، برای حل و فصل این منازعات قریب به پانزده میلیون رای قضایی صادر می‌شود. این موضوع به آن معناست که سالانه حدود پانزده میلیون رای قضایی برای حل و فصل رویدادهای اختلافی در کشور صادر شده و به وسیله این آراء نحوه حل و فصل اختلاف مشخص می‌شود. در جریان صدور این آراء به صورت مستقیم وضعیت

شاخص‌های مؤثر در توسعه کشور تعیین تکلیف می‌شود. به عنوان مثال شاخص‌هایی هم‌چون «میزان حمایت از حقوق مالکیت» و یا «حاکمیت قانون» و یا «ضمانت اجرای قراردادها» با این حدود پانزده میلیون پرونده رای به طور مستقیم مشخص می‌شود و فراوانی این حجم رای قضایی تاثیری مستقیم در فرایند توسعه کشور ایجاد می‌کند و وضعیت شاخص‌های مزبور را مشخص می‌کند. از جهت کیفی، تاثیر آراء قضایی در شاخص‌های توسعه‌ساز و یا توسعه‌سنج از آن جهت است که وضعیت بهبودیافته و یا آسیب‌دیده هر یک از شاخص‌های مزبور به طور مستقیم تحت‌تأثیر آراء قضایی است (درویش–زاده، ۱٤۰۲: ۱۰).

بسیاری از کشورها اصلاحات قانونی و قضایی را به عنوان بخشی از برنامه‌های توسعه کلی پیاده می‌کنند. تحقق قوی اصلاحات اقتصادی نیاز به یک چارچوب قانونی به‌روز شده دارد و عملکرد خوب قضایی می‌تواند قوانین را به شکلی عادلانه و کارآمد تفسیر و اجرا کند (باکولیاس، ۲۰۰۳: ۲٦).

نقش توسعه قضایی در توسعه اقتصادی بسیار پررنگ است و یکی از شرایط توسعه اقتصادی پس از تأمین صلح و اصل دارا شدن بدون جهت و تصویب قوانین مطلوب، وجود قوه قضاییه مستقل و توانمندی است که بتواند اجرای دقیق و صحیح قوانین را تضمین کند. برای سرمایه‌گذار داخلی یا خارجی تضمینی بالاتر از احساس امنیت در کشور یا منطقه میزبان سرمایه وجود ندارد. وجود یک نهاد مستقل و کارآمد قضایی در نظارت بر عملکرد اقتصادی، افزون بر آن‌که می‌تواند بیش از پیش به ایجاد شفاف‌سازی اقتصادی و عدم فساد اقتصادی کمک کند، امنیت و توسعه اقتصادی را در مقوله سرمایه‌گذاری نیز به دنبال دارد (طهماسبی و همکاران، ۱٤۰۱: ۱۰٦).

۲. توسعه مشارکتی

رویکرد توسعه مشارکتی به ویژه در اواسط دهه ۱۹۷۰ میلادی سعی در پر کردن خلاء عظیم مشارکت عمومی در فرایند توسعه داشته و دو منظر را القا می‌کند؛ نخست، مشارکت افراد در مراحل مختلف برنامه‌های مرتبط با زندگی آنان فی‌نفسه یک هدف تلقی می‌شود؛ دوم، توسعه واقعی همواره با مشارکت و فعالیت‌های عمومی تحقق می‌پذیرد (عنبری، ۱۳۹۰: ۲۸٤). مشارکت آگاهانه، داوطلبانه، جمعی و مبتنی بر

اهداف معین و مشخص که منجر به سهیم شدن در منابع قدرت می‌شود و قالب‌هایی چون انجمن‌ها، گروه‌ها و سازمان‌های مردمی را به خود می‌گیرد، بخشی از فرایند این توسعه را تشکیل می‌دهند (غفاری، ۱۳۸۰: ٦). در این رویکرد؛ مشارکت دیگر یک عامل توسعه در کنار عوامل دیگر به حساب نمی‌آید، بلکه هدفی بزرگ است که توسعه در صدد رسیدن به آن است (عنبری، ۱۳۹۰: ۲۸٦-۲۸٤).

با توجه به نقش کلیدی مشارکت در توسعه انسان‌محور، چهار کارکرد برای مشارکت ذکر شده است: کارکرد شناختی، کارکرد اجتماعی، کارکرد سیاسی و کارکرد ابزاری (غفاری، ۱۳۸۰: ۱۳). حسب کارکرد شناختی، مشارکت مولد گفتمان و عملیات مربوط به توسعه‌ای است که مبتنی بر شیوه متفاوتی از فهم واقعیت‌های مربوط به توسعه است ... مشارکت مردمی معنا و نقش جدیدی از توسعه ارائه می‌دهد که مبتنی بر صورت‌های متفاوتی از تعامل، کاوش و کنکاش مشترک برای نیل به شناخت مردمی و بومی جدیدی است.

به لحاظ اجتماعی، مشارکت می‌تواند نهادها، گروه‌ها و افراد درگیر در فرایند و فعالیت‌های توسعه‌ای را در قالب بازه‌ای جدید صف‌آرایی نموده و به آن‌ها توانمندی لازم را جهت برآوردن نیازهای اصلی و ریشه‌کن نمودن فقر اعطا نماید. از منظر سیاسی، مشارکت می‌تواند به‌واسطه توانمند سازی افراد فاقد قدرت و خاموش منبع مشروعیت بخش به توسعه باشد. به لحاظ ابزاری، رویکرد مشارکتی با آگاهی از نقصان‌های راهبردهای سنتی و متعارف توسعه و نیز با بهره‌گیری از فرایند توانمندسازی، آسیب پذیران را به مراقبت از خودشان فرا می‌خواند (رهنما، ۱۹۹۹: ۱۲۱-۱۲۲؛ غفاری، ۱۳۸۰: ١٤).

۳. توسعه قضایی در منظومه توسعه مشارکتی

پس از پیروزی انقلاب اسلامی اصلاحات متعددی در نظام قضایی صورت گرفته است، اما مفهوم توسعه قضایی مربوط به اوایا دهه هشتاد است. توسعه قضایی اقدامات زیربنایی، اساسی و هدفمند است برای رسیدن به کیفیت و کارایی و عدالت و اعتماد سازی مردم نسبت به نظام قضایی است. بر اساس این تعریف، توسعه قضایی از جنس اقدامات سطحی نیست، بلکه یک اقدام زیربنایی است؛ زیرا مبتنی بر هدف مشخص است و هدف آن ایجاد تحول است. هدف توسعه قضایی دستیابی

به عدالت برای بالا بردن کیفیت و کارایی نظام قضایی است. به عبارت دیگر، توسعه قضایی مجموعه اقداماتی است که بر اساس اصول علمی و حقوقی برنامه‌ریزی و تدوین شده است و هدف آن اصلاح و بهبود نظام قضایی به مفهوم عام آن است. نظام قضایی به مفهوم عام، تدوین قوانین، نظارت بر اجرا، فرایند دادرسی و اجرای حکم را دربرمی‌گیرد. برای دست‌یابی به توسعه قضایی و هر یک از مولفه‌های آن ضروری است تا برنامه‌ریزی مدونی صورت گیرد. توجه به دو مقوله اساسی می‌تواند تا حدود زیادی اهداف ما را در توسعه قضایی برآورده سازد؛ یکی نگاه سیستمی و اصلاحات مدیریتی در نظام قضایی و دیگری اصلاح در حیطه قوانین و مقررات (افشارنیا و مبین، ۱۳۸۹: ۱۸).

مشارکت از سه عنصر اساسی آگاهانه بودن، داوطلبانه و ارادی بودن و تاثیرگذار بودن تشکیل شده است. در سیاست جنایی مشارکتی، تامین امنیت به عنوان برآیند مبارزه با پدیده‌های اجتماعی است که با مشارکت مردم تحقق می‌پذیرد. به بیان دیگر، قانون‌گذار و مجری قانون در سیاست جنایی مشارکتی با گذر از پاسخ‌های سرکوبگر صرف، در مقابل جرم و بزه و هنجارشکنی اجتماعی، تمرکز خود را بر روی ارائه واکنش توسعه‌محور، توجه هم‌زمان به پیش‌گیری در کنار مجازات‌های رسمی و واکنش‌های غیرکیفری معطوف می‌دارد تا در نهایت منجر به ایجاد و توسعه و ترویج سازکارهای غیرکیفری بدون توسل به فرایندهای قضایی شود (جمشیدی، ۱۳۸۸: به نقل از نادری و همکاران، ۱۳۹۹: ۱۸۹۲).

مشارکت مردم در توسعه قضایی را می‌توان از جنبه‌های گوناگونی مورد بررسی قرار داد: نخست، مشارکت در مراحل رسیدگی مانند اقامه گواهی و علنی بودن رسیدگی‌ها (نظارت مردم بر فعالیت دستگاه قضایی و مشارکت غیرمستقیم مردم در عادلانه شدن رسیدگی‌ها)؛ دوم، بازپروری و اصلاح مجرمان با کمک مردم از طریق روش‌های محیط باز و نیمه آزادی و یا تشکیل انجمن‌ها و موسسات خصوصی در راستای کمک به بزه‌کاران و بزه‌دیدگان؛ سوم، مشارکت از طریق عضویت در شوراهای حل اختلاف، شورای مصلحان و ... و کمک در راستای حل و فصل امور از طریق صلح و سازش و یا روش‌های غیر قضایی.

٤. یافته‌های تحقیق

در این پژوهش، برای شناسایی شاخص‌های توسعه قضایی بر اساس تئوری زمینه‌ای عمل شده است. این تئوری نوعی استراتژی پژوهشی برای علوم اجتماعی است که توسط دو جامعه شناس آمریکایی به نام گلیسر و استراوس در اوایل دهه ۱۹۶۰ در کتابی با عنوان نظریه داده بنیاد ارائه شد (یوسفی، ۱۳۹۷: ۱۰۵). در تئوری زمینه‌ای هدف اکتشاف و خلق نظریه از داده‌های نظری گردآوری شده با ابزارهای مختص پژوهش‌های کیفی مانند مصاحبه، سندکاوی و ... است. این تئوری متشکل از شش مقوله شرایط علی، تبیین پدیده، شرایط زمینه‌ای، شرایط واسطه‌ای، راهبردهای عملیاتی و پیامدها (فراست‌خواه، ۱۳۹۵: ۱۰۰-۱۰۱) بوده که به روش کدگذاری داده‌های کیفی در قالب یک مدل نمود پیدا می‌کند (یوسفی، ۱۳۹۷: ۱۰۵). در این مرحله با تحقیق میدانی با استفاده از تکنیک دلفی، از طریق مصاحبه با نخبگان، قضات و کارمندان اداری خبره که از میان بیست معاون قضایی و هشت معاون ستادی رئیس کل دادگستری استان، بیست و دو سرپرست مجتمع قضایی، سی و هشت سرپرست ناحیه دادسرا و پانزده مدیر اداری (منابع انسانی قوه قضاییه به روایت آمار، ۱۳۹۸)، ده نفر به روش تصادفی ساده انتخاب می‌شوند. در این بخش با استفاده از مصاحبه نیمه‌ساخت‌یافته به پرسشی مبنی بر این‌که: «شاخص‌های توسعه قضایی کدامند؟» پاسخ می‌دهند. در ادامه پنج نفر دیگر به روش تصادفی ساده انتخاب می‌شوند و نمونه‌گیری و مصاحبه با نخبگان تا حصول اشباع نظری ادامه می‌یابد. نهایتاً مشاهده شد که پس از مصاحبه با بیست نفر از نخبگان، پاسخ‌های ارائه شده تکراری است.

در مرحله آخر از فرایند تحلیل کیفی حاضر، یافته‌های حاصل از تجزیه و تحلیل، حول محور هدف اصلی قرار گرفت و با پیوند دادن کدها (کدگذاری باز)، مفاهیم (کدگذاری محوری) مشخص شد. شاخص‌های توسعه قضایی به شرح جدول شماره ۱ می‌باشد.

جدول شماره ۱: فهرست شاخص‌های توسعه قضایی

ردیف	مفاهیم استخراج شده اولیه	شاخص‌های توسعه قضایی	فراوانی	کد
۱	استقلال دستگاه قضایی	استقلال دستگاه قضایی	۱۱	A1
۲	استقلال قاضی و عدم دخالت هیچ مقامی در امر قضا			A1
۳	رسیدگی تخصصی به جرائم و دعاوی	رسیدگی تخصصی و عادلانه به جرائم و دعاوی	۲۴	A2
۴	تصمیم‌گیری و تصدی امور حسبیه			A2
۵	تعقیب و مجازات مجرمان			A2
۶	حل و فصل دعاوی بر اساس حق و عدل			A2
۷	حمایت از حقوق عمومی و خصوصی			A2
۸	تلاش برای برخورداری از دادرسی عادلانه			A2
۹	افزایش اتقان آراء قضایی	رسیدگی دقیق و سریع	۱۹	A3
۱۰	رسیدگی سریع و دقیق وکاهش پرونده‌های مانده			A3
۱۱	کاهش مراحل رسیدگی قضایی			A3
۱۲	کاهش مدت زمان رسیدگی			A3
۱۳	پیش‌گیری از وقوع جرم-جرم‌زدایی و پالایش جامعه	پیش‌گیری از جرائم و دعاوی	۱۸	B1
۱۴	کاهش ورودی پرونده‌ها			B1
۱۵	کاهش دعاوی حقوقی و خانواده			B1
۱۶	کاهش زندانیان، مجرمان و دعاوی			B1
۱۷	سهولت دسترسی به مراجع قضایی	گسترش عدالت و امنیت قضایی	۱۷	B2
۱۸	توسعه عدالت اسلامی اجتماعی			B2
۱۹	ایجاد امنیت قضایی در جامعه			B2
۲۰	تلاش در راستای افزایش خدمات حقوقی قضایی ارزان			B2
۲۱	صیانت از آزادی‌های مشروع	صیانت از آزادی و حقوق شهروندی	۱۴	B3
۲۲	تلاش در جهت ارتقاء فرهنگ حقوقی جامعه			B3
۲۳	تلاش در جهت برخورداری از وکیل و مشاور حقوقی			B3
۲۴	تکریم و حفظ حقوق شهروندی			B3
۲۵	تلاش برای علنی بودن دادرسی‌ها			B3
۲۶	رعایت حقوق انسانی مجرمان			B3
۲۷	تلاش برای بازدارندگی مجازات‌ها	اصلاح و به‌روزرسانی قوانین و رویه‌های قضایی	۲۸	C1
۲۸	تقویت ارشاد و معاضدت قضایی			C1
۲۹	پالایش قوانین و مقررات و حذف قوانین زائد			C1
۳۰	الگوبرداری از سایر سازمان‌های موفق			C1
۳۱	رشد و توسعه رویه‌های قضایی مناسب و رعایت تشریفات آئین دادرسی			C1

۳۲	پالایش شکوائیه‌ها و رویه‌های قضایی			C1
۳۳	به‌روزرسانی قوانین و مقررات و عناوین دعاوی و جرائم			C1
۳۴	اصلاح قوانین با معیارهای اسلامی			C1
۳۵	نظارت بر اجرای صحیح قوانین	نظارت بر حسن اجراء قانون	۱۵	C2
۳۶	نظارت بر عملکرد محاکم، دادسراها و اجراء احکام			C2
۳۷	نظارت بر ضابطان و زندان‌ها			C2
۳۸	نوسازی و تجهیز سازمان قضایی از طریق فناوری در بستر شبکه امن	توسعه فناوری اطلاعات و ارتباطات	۲۰	D1
۳۹	توسعه فناوری اطلاعات و ارتباطات در دستگاه قضایی			D1
۴۰	تقویت دادرسی الکترونیک و گسترش فناوری‌ها			D1
۴۱	توسعه دفاتر خدمات الکترونیک قضایی	الکترونیکی شدن خدمات مرتبط با قضا	۱۶	D2
۴۲	دسترسی سریع و برخط به اطلاعات اشخاص			D2
۴۳	افزایش استفاده از فناوری‌های نوین و دسترسی سریع به اطلاعات پرونده‌ها			D2
۴۴	گسترش کمی و کیفی محاکم قضایی الکترونیکی			D2
۴۵	توسعه ارتباطات محاکم با سازمان‌های وابسته و نهادهای کارشناسی با استفاده از فناوری‌ها			D2
۴۶	ارتقاء سیستم زندان‌ها و اقدامات تامینی و تربیتی	نظارت بر دستگاه‌های مرتبط زندان، پزشکی قانونی، ثبت و ...	۱۷	E1
۴۷	ارتقاء سیستم پزشکی قانونی			E1
۴۸	ارتقاء سیستم ثبت اسناد و املاک و توسعه ثبت رسمی معاملات و اجراء سریع و دقیق کاداستر			E1
۴۹	الزامی نمودن ثبت معاملات ملکی و خودرو			E1
۵۰	ارتقاء وضعیت وکلا و مشاوران حقوقی ماده ۱۸۷	ارتقاء وضعیت نهادهای حرفه‌ای مرتبط با قوه قضاییه (وکالت، کارشناسان ومترجمان رسمی، مشاوران خانواده و...)	۱۲	E2
۵۱	ارتقاء وضعیت کارشناسان رسمی، مترجمان و مشاوران خانواده			E2
۵۲	ارتقاء وضعیت دفاتر اسناد رسمی و خدمات الکترونیک			E2
۵۳	انسجام درونی و وجود ارتباط معنی‌دار و تضمین شده	انسجام درون سازمانی	۱۲	F1
۵۴	کاهش تضاد، تعارض و تبعیض بین کارکنان			F1
۵۵	توسعه شبکه‌های یادگیری و فعالیت‌های تیمی			F1
۵۶	ارتقاء نظارت داخلی، کاهش فساد اداری در قوه قضاییه	کاهش فساد و حل بحران مشروعیت	۱۶	F2
۵۷	افزایش اعتماد عمومی به قوه قضاییه و حل بحران مشروعیت			F2
۵۸	استانداردسازی ساختار و ثبات تشکیلات	ثبات ساختار و مدیریت منابع	۷	F3
۵۹	توسعه منابع فیزیکی و افزایش حوزه عملکردی			F3
۶۰	توسعه سیستم مدیریت اداری			F3

۶۱	استفاده از روش‌های غیرقضایی حل و فصل دعاوی	به‌کارگیری روش‌های غیرقضایی حل و فصل دعاوی	۱۴	G1
۶۲	واگذاری امور به شوراهای حل اختلاف و تقویت صلح و سازش			G1
۶۳	تقویت حضور نمایندگان قوه در نهادهای اجرایی	افزایش تعامل با دیگر دستگاه‌ها	۱۲	G2
۶۴	قضازدایی و استفاده از ظرفیت نهادهای شبه قضایی			G2
۶۵	اصلاح و ایجاد نهادهای تکمیلی			G2
۶۶	افزایش تعامل با دیگر قوا و دستگاه‌های اجرایی			G2
۶۷	واگذاری مسؤولیت‌ها به دستگاه‌های متولی و مرتبط			G2
۶۸	تقویت سازمان‌های مردم‌نهاد و ارتقاء مشارکت‌های مردمی	توسعه مشارکت‌های مردمی	۵	G3
۶۹	افزایش نسبت آراء صادر شده توسط نهادهای داوری و میانجی‌گری			G3

۵. شاخص‌های توسعه قضایی

با توجه به یافته‌های این تحقیق، شـــاخص‌های توســـعه قضایی به شرح آتی است.

۵-۱. کارآمدی قوه قضاییه

کارآمدی قوه قضاییه به معنای رســـیدگی مستقل، سریع، دقیق و تخصصی: بر اساس مصوبات هفتمین کنگره سازمان ملل متحد در سال ۱۹۸۵، استقلال قوه قضاییه باید توســـط دولت تضمین و در قانون اساسی یا قانون کشـــور تصریح شود. وظیفه تمامی نهادهای دولتی و ســـایر نهادها رعایت احترام به اســـتقلال قوه قضاییه اســـت (علم، ۱۳۸٤: ۱۰).

اتقان آراء قضایی از جمله ضرورت‌های نظام قضایی عادلانه به‌شمار می‌رود که فراگیر شدن آن در ردیف پیش‌نیازهای اساسی تحول قوه قضاییه دانسته شده و تحقق آن، ارتقاء کیفیت دادرســـی را در پی خواهد داشت. در جهت دست‌یابی به این مهم، اصول یکصد و شـــصت و شش[1] و یکصد و شصت و هفتم[2] قانون اساسی جمهوری

---

۱. احکام دادگاه‌ها باید مســـتدل و مســـتند به مواد قانون و اصولی باشد که بر اساس آن حکم صادر شده است.

۲. قاضی موظف اســـت کوشـــش کند حکم هر دعوا را در قوانین مدونه بیابد و اگر نیابد با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر حکم قضیه را صادر نماید و نمی‌تواند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین مدونه از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزد.

اســـلامی ایران، ماده ۲۹٦ قانون آیین دادرســـی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹ [۱] و ماده ۳۷٤ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲،[۲] تصریح به لزوم مستند و مستدل بودن آراء صادره دادگاه‌ها نموده است (ذبیحی، ۱٤۰۱: ۱۱۸).

دادرســـی بنیادی‌ترین وظیفه تعیین شده برای قوه قضاییه است؛ بنابراین برای نیل به توسعه قضایی تمهید سازِکارهای لازم برای افزایش سرعت، دقت و تخصصی شدن رســـیدگی به پرونده‌های قضایی با رعایت اســـتقلال قضات و دستگاه قضایی اســـت؛ لذا می‌توان نتیجـــه گرفت که کارآمدی قوه قضاییه نیز بنیادی‌ترین شـــاخص توسعه قضایی است که بر اســـاس طبقه‌بندی پاسخ‌های نخبگان، در سه محور فرعی قابل تعریف است: استقلال دستگاه قضایی، رسیدگی تخصصی و عادلانه به جرائم و دعاوی و رسیدگی دقیق و سریع.

۲-۵. پیش‌گیری از وقوع جرم، گسترش عدالت و آزادی

علاوه بر اصل یکصد و پنجاه و ششـــم قانون اساسی که به دو مقوله «گسترش عدالت و آزادی‌های مشروع» و «اقدام مناسب برای پیش‌گیری از وقوع جرم و اصلاح مجرمان» به عنوان بخشـــی از وظایف قوه قضاییه اشـــاره کرده اســـت، برای حفظ و گســـترش عدالت و آزادی‌های مشـــروع نیز اصول متعددی مقرر شده است. اقدامات تامینی ســـالب آزادی برخی مجرمان، اقدامات محدودکننده آزادی و ســـایر اقدامات تامینی برای حفظ نظم و رعایت حقوق و آزادی مردم به عنوان مکانیزم‌های پیش‌گیرانه قابل استفاده است (گلدوزیان، ۱۳۸۲: به نقل از کرمی، ۱۳۹٤: ۵۵)؛ بنابراین بر اساس یافته‌های به دســـت آمده در مطالعه میدانی و مقایســـه مقررات وضع شده و اقدامات تامینی مرتبط می‌توان مقوله «پیش‌گیری از وقوع جرم،گسترش عدالت و آزادی» را به عنوان یکی از شـــاخص‌های توسعه قضایی در نظر گرفت که ناظر بر سه محور فرعی است: نخســـت، پیش‌گیری از وقوع جرائم و دعاوی؛ دوم، گسترش عدالت و امنیت قضایی؛ و سوم، صیانت از آزادی و حقوق شهروندی.

---

۱. رای دادگاه پس از انشاء لفظی باید نوشته شده و به امضای دادرسی یا دادرسان برسد و نکات زیر در آن رعایت گردد ... .

۲. دادگاه پس از ختم دادرســـی با استعانت از خداوند متعال، با تکیه بر شرف و وجدان و با توجه به محتویات پرونده و ادله موجود، در همان جلسه و در صورت عدم امکان در اولین فرصت و حداکثر ظرف یک هفته به انشای رای مبادرت می‌کند.

۳-۵. توسعه ساختار و منابع

بر اســـاس اصول یکصد و پنجاه و هفت[۱] و یکصد و پنجاه و هشـــتم[۲] قانون اساســـی به منظور انجام مســـؤولیت‌های قوه قضاییه در تمام امـــور قضایی، اداری و اجرایی و ایجاد ساختار و تشکیلات و استخدام قضات عادل و شایسته، عزل و نصب و تغییر محل خدمت و امور اداری از این قبیل، از اختیارات رئیس قوه قضاییه اســـت که بدون دخالت قوه مجریه شکل می‌گیرد.

بر پایه مفروضات نظریه انســـجام درونی، توسعه‌یافتگی به طور اصولی تابعی از عوامل و محرکه‌های داخلی اســـت و توسعه‌یافتگی عمدتاً تابع انسجام درونی یک واحد سیاســـی است (سریع القلم، ۱۳۹۶: ۳۸). از آن‌جایی‌که سرمایه انسانی به عنوان اصلی‌ترین ســـرمایه هر سازمانی می‌باشد، طراحی و برنامه‌ریزی ساختار و تشکیلات برای تعیین جایگاه کارکنان و جهت‌دهی رفتار ســـازمانی و پس از آن فرایندنگاری و بهبود روش‌های انجام کار برای ایجاد انســـجام درون ســـازمانی به عنوان اولین گام و پس از آن پیش‌بینی منابع مالی، فیزیکی و انســـانی گام‌های بعدی در راســـتای توسعه ســـازمانی است بنابراین می‌توان شاخص «توسعه ساختار و منابع» را به عنوان یکی از شاخص‌های توســـعه قضایی در نظر گرفت که در سه محور فرعی تبیین شده است: نخست، انسجام درون سازمانی؛ دوم، ثبات ساختار و تشکیلات؛ و سوم، توسعه منابع فیزیکی و سرمایه انسانی.

٤-۵. حاکمیت قوانین، مقررات و رویه‌ها

تجربه بشـــری حکایت از قانون‌گریزی اشخاص حقیقی و حقوقی دارد. قوای مجریه و قضاییه دو دســـتگاه مجری قانون به‌شـــمار می‌روند. پـــس از وضع قانون، ابتدایی‌ترین انتظار این است که قانون به مرحله اجرا برسد تا موجبات امنیت و کلیت جامعه را فراهم آورد. تجربه قانون‌گذاری در همه کشورها حاکی از آن است که برای

---

۱. به منظور انجام مسؤولیت‌های قوه قضاییه در کلیه امور قضایی و اداری و اجرایی، مقام رهبری یک نفـــر مجتهد عادل و آگاه به امور قضایی و مدیر و مدبر را برای مدت پنج ســـال به عنوان رئیس قوه قضاییه تعیین می‌نماید که عالی‌ترین مقام قوه قضاییه است.

۲. وظایف رئیس قوه قضاییه به شـــرح زیر اســـت: ایجاد تشـــکیلات لازم در دادگستری به تناسب مسؤولیت‌های اصل یکصد و پنجاه و ششـــم؛ تهیه لوایح قضایی متناسب با جمهوری اسلامی ایران؛ استخدام قضات عادل و شایسته و عزل و نصب آن‌ها و تغییر محل ماموریت و تعیین مشاغل و ترفیع آنان و مانند این‌ها از امور اداری طبق قانون.

اجراء صحیح و مطلوب قانون، یک مولفه نقش بنیادی دارد و آن نظارت است (کرمی، ۱۳۹٤: ٥٦).

در اصـــول اصول یکصد و پنجـــاه و هفت و یکصد و پنجاه و هشـــتم قانون اساســـی مکانیزم‌ها و تضمینات موکدی در خصوص وظیفه نظارتی قوه قضاییه لحاظ شده اســـت. با عنایت به موارد فوق‌الذکر و با توجه به این‌که نظارت بر اجرای قانون از وظایف بنیادی قوه قضاییه است، یکی از شاخص های توسعه قضایی عبارت است از «حاکمیت قوانین، مقررات و رویه‌ها» که در دو محور فرعی شامل نظارت بر حسن اجرای قانون و اصلاح و به‌روزرسانی قوانین و رویه‌های قضایی بیان شده است.

۵-۵. نظارت و ارتقاء عملکرد مرتبطان

تمیـــز حق از باطل، اجرای عدالت و حکومـــت بین اصحاب دعوا در محاکم، اگرچه به عهده دادرســـان و با همکاری کارمندان اداری دادگســـتری است، اما انجام این مهم به گونه‌ای شایســـته و دقیق، مستلزم همکاری اشخاصی است که با توجه به تخصـــص خویش در این امور با محاکم معاونت می‌نمایند (افشـــارنیا و مبین، ۱۳۸۹: ۱۱۱). با توجه به این‌که دادرسی عادلانه، نظارت بر حسن اجرای قوانین و پیش‌گیری از وقوع جرم وظایف بنیادی قوه قضاییه اســـت، بی‌شـــک مرتبطان با دستگاه قضایی اعم از وکلا، کارشناســـان، ضابطان و ... نقش بســـیار مهمی در انجام وظایف محوله دارند؛ بنابراین شـــاخص «نظارت و ارتقاء عملکرد مرتبطان» را می‌توان به عنوان یکی از شـــاخص‌های توســـعه قضایی منظور کرد که در دو محور فرعی شامل نظارت بر دســـتگاه‌های مرتبط (سازمان‌های پزشکی قانونی، زندان‌ها و اقدامات تامینی و تربیتی و ثبت اســـناد و املاک و ...) و ارتقاء وضعیت نهادهای حرفه‌ای مرتبط با قوه قضاییه بیان شده است.

٦-۵. مبارزه با فساد و حل بحران مشروعیت

پایه حرکت در توسعه بر اساس لوزی انسجام درونی در مشروعیت قرار دارد؛ یعنی حل بحران مشـــروعیت و یا آغاز جریانی که به حل آن منجر شود، نقطه شروع اصلاحات و رشـــد کمی و کیفی در جامعه اســـت. محصول حل بحران مشروعیت، نگرش عقلائی و نظام تربیتی و آمـــوزش پویا، روش‌ها، کاربردها و به عبارت دیگر، رشـــد و توسعه اقتصادی است. توســـعه اقتصادی، نتیجه فرایند پر مشقت فرهنگی و

سیاســـی است (سریع‌القلم، ۱۳۹۶: ۳۹-٤۰). نخســـتین گام برای رسیدن به توسعه در هر سازمان، حل بحران مشـــروعیت است. بدیهی‌ترین اصل برای این‌که هر سازمانی در معـــرض این بحران قرار نگیرد، افزایش مقبولیت در ســـطح جامعه و جلوگیری از فساد درون آن سازمان می‌باشد. با این اوصاف، شاخص «مبارزه با فساد و حل بحران مشـــروعیت» را می‌توان به عنوان یکی از شـــاخص‌های توسعه قضایی در نظر گرفت که در دو محور فرعی شـــامل ارتقاء نظارت داخلی و مبارزه با فساد اداری و افزایش اعتماد عمومی و حل بحران مشروعیت بیان شده است.

۷-۵. نوسازی و فناوری

ظهور نظریه‌های مدیریت عمومی نوین و این عقیده که مدیریت قضایی تفاوتی با مدیریت در سایر ادارات عمومی ندارد، موجب ایجاد این عقیده شده که «اعتبار نظام قضایی نه تنها به قضاوت‌های متقن و عادلانه بلکه به ارائه خدمات مناسب نیز وابسته اســـت (فابری و لنگبروک، ۲۰۰۰: به نقل از شاهسوند و خجسته بخت، ۱۳۸۸: ۲۵). با گســـترش روزافزون فناوری اطلاعات و ارتباطات، ارائه هرگونه خدمتی به جز در بستر فناوری‌ها امکان‌پذیر نیست. بی‌شک توسعه فناوری‌ها نیز یکی از ابعاد کارآمدی هر ســـازمانی می‌باشـــد، اما با توجه به گســـترش و تغییرات روز به روز فناوری‌های نوین می‌توان شـــاخص «نوســـازی و فناوری» را به عنوان یک شاخص مستقل برای توسعه قضایی در نظر گرفت که در دو محور فرعی شامل توسعه فناوری اطلاعات و ارتباطات و الکترونیکی شدن خدمات مرتبط با قضا بیان شده است.

۸-۵. مشارکت و توسعه حل غیر قضایی اختلاف

طبیعت خاص روابط اجتماعی و ویژگی‌های جامعه‌شناختی ایران، امکان حل و فصل بســـیاری از اختلافات مردم را بدون مراجعه به دادگاه فراهم می‌آورد. اهمیت و احتـــرام فوق‌العاده مردم ایران به نهـــاد روحانیت و نیز پای‌بندی آن‌ها به ارزش‌های اخلاقی مورد تاکید دین اسلام مانند لزوم پرهیز از کینه و حل مسالمت‌آمیز اختلافات، از جمله زیرســـاخت‌های روانی و جامعه‌شناختی ایران است که زمینه حل اختلافات از طریق ریش‌سفیدی و روش‌های آشـــتی‌جویانه را فراهم می‌آورد (افشارنیا و مبین، ۱۳۸۹: ۱۵۸)

توسعه مشارکتی وائتلاف و تفاهم و نگرش ترکیبی، یکی از اصول اساسی در

مملکت‌داری است. مشارکت عمومی به طور طبیعی جامعه را به سوی هدفمند شدن و مهم‌تر از آن به سوی اهداف مشترک میان نیروهای علاقه‌مند به پیشرفت و تکامل سوق می‌دهد و متعاقباً تشکل اجتماعی به عنوان یک ضرورت در فرایند توسعه‌یافتگی ظهور می‌کند؛ بنابراین شاخص «مشارکت و توسعه حل غیرقضایی اختلاف» نیز یکی از محورهای توسعه قضایی است که در سه محور فرعی بیان شده است: نخست، به‌کارگیری روش‌های غیرقضایی حل و فصل دعاوی؛ دوم، توسعه مشارکت‌های مردمی؛ و سوم، افزایش تعامل با دیگر دستگاه‌ها.

برآمد

۱- در ارزیابی کارآمدی قوه قضاییه، شـــاخص‌های اســـتقلال دستگاه قضایی، رســـیدگی تخصصی و عادلانه و سریع و دقیق به جرائم و دعاوی باید مورد نظر قرار گیرد.

۲- توســـعه ساختار و منابع قوه قضاییه منوط به تحقق انسجام درون سازمانی، ثبات ساختار و تشکیلات و توسعه منابع فیزیکی و سرمایه انسانی است.

۳- ارزیابی حاکمیت قوانین، مقررات و رویه‌ها در قوه قضاییه با شاخص‌هایی چون نظارت بر حسن اجرای قانون و اصلاح و به‌روزرسانی آن‌ها میسر خواهد بود.

٤- در مبارزه با فســـاد باید به ارتقاء نظارت داخلی و مبارزه با فســـاد اداری و افزایش اعتماد عمومی و حل بحران مشروعیت توجه داشت.

۵- به‌کارگیری روش‌های غیر قضایی حل و فصل دعاوی، توسعه مشارکت‌های مردمی و افزایش تعامل با دیگر دســـتگاه‌ها، شاخص‌هایی است که در ارزیابی توسعه قوه قضاییه باید مورد نظر قرار گیرد.

فهرست منابع

الف. فارسی

* افشـــارنیا، طیب و مبین، حجت (۱۳۸۹)، **اطاله دادرسی و توسعه قضایی**، تهران: خرسندی.
* امین، سیدحسین (۱۳۸۲)، **تاریخ حقوق ایران**، تهران: دایره المعارف ایران.
* پرو، روژه (۱۳۸٤)، **نهادهای قضایی فرانســـه**، برگردان: شهرام ابراهیمی و عباس تدین، قم: سلسبیل.
* زاهدی، محمدجواد (۱۳۹۳)، **توسعه و نابرابری**، تهران: مازیار.
* زندیه، حســـن (۱۳۸۷)، «**نخستین چالش‌های نظام کهن قضایی و تجارب عصر جدید (عصر حکومت ســـنتی قاجار/ عصر پیش از مشروطیت)**»، فرهنگ، تهران: پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی.
* قلی‌پور، آرین (۱۳۹۵)، **جامعه‌شناسی سازمان‌ها**، تهران: سمت.
* عنبری، موسی (۱۳۹۵)، **جامعه‌شناسی توسعه از اقتصاد تا فرهنگ**، تهران: سمت.
* گلشـــن فومنی، محمد (۱۳۹۰)، **جامعه‌شناسی سازمان‌ها و توان سازمانی**، تهران: دوران.
* ندروین پیترز، جان (۱۳۹۵)، **نظریه توســـعه**، برگـــردان: انور محمدی، تهران: گل آذین.
* مرکز مطالعات راهبردی و مدیریت تحول قوه قضاییه (۱۳۹۸)، **عملکرد ده ســـاله قوه قضاییه**، تهران: مرکز مطالعات راهبردی و مدیریت تحول قوه قضاییه.
* معاونت منابع انســـانی قوه قضاییـــه (۱۳۹۸)، **منابع انسانی به روایت آمار تا پایان سال ۱۳۹۷**، تهران: معاونت منابع انسانی قوه قضاییه.
* مهدی شاهســـوند، مجتبی خجسته‌بخت (۱۳۸۸)، **سیســـتم مدیریت پرونده‌های قضایی**، تهران: روزنامه رسمی.
* یوسفی، یحیی (۱۳۹۷)، **اخلاق حرفه‌ای در نظام قضایی ایران**، تهران: پژوهشگاه قوه قضاییه.
* علم، محمود (۱۳۸٤)، **دادگستری استاندارد در اسناد بین‌المللی**، تهران: میزان.
* مینا، محســـن و سیاهپور، محمدرضا (۱٤۰۲)، **بایســـته‌های قانون‌گذاری ایرانی**،

تهران: میزان.
* ذبیحی، عاطفه (۱٤۰۱)، «**شاخص‌های اتقان آراء قضایی مستند به اسناد بین‌المللی؛ با تأکید بر آراء دعاوی خانواده**»، تهران: مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸٦، شماره ۱۲۰.
* مرادخانی، فردین (۱٤۰۲)، «**کوشش ایرانیان برای تاسیس شورای دولتی در عصر مشروطیت**»، تهران: مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۷، شماره ۱۲۲.
* رضاقلی، علی (۱۳۹۱)، «**تاریخ توسعه و توسعه نیافتگی**»، تهران: صفحه مجازی نگارنده.
* شهری، شهرزاد (۱۳۸۰)، **سند همکاری برنامه عمرانی توسعه ملل متحد با معاونت آموزش و تحقیقات قوه قضاییه**، تهران: معاونت آموزش و تحقیقات قوه قضاییه.
* فره‌وشی، فاطمه (۱۳۹۷)، «**نقش فناوری در دادرسی**»، تهران: مرکز مطالعات راهبردی و مدیریت تحول قوه قضاییه، سال نخست، شماره ۱.
* قاسمی، آمنه و دلبری، شهربانو (۱۳۹٤)، «**تطبیق و واکاوی تاثیرات دادگستری و دادرسی در ایران باستان بر دادگستری نوین**»، فصل‌نامه فقه و تاریخ تمدن، شماره ٤٤.
* درویش‌زاده، محمد (۱٤۰۲)، «**کارکرد توسعه‌سنجی و توسعه‌سازی در رای قضایی**»، نقد و تحلیل آراء قضایی شماره ۱.
* طهماسبی، فرهاد و گرجی، علی‌اکبر و یاور، اسدالله (۱٤۰۱)، «**نقش نهادهای قضایی در توسعه و امنیت اقتصاد سیاسی ایران**»، ماهنامه جامعه‌شناسی ایران، شماره ۵.
* نادری، قائم و عباسی، اصغر و اسماعیلی، مهدی (۱۳۹۹)، «**سیاست‌های جنایی مشارکتی**»، جامعه‌شناسی سیاسی ایران، شماره ۱۲.

ب. انگلیسی

* Bakolius, Maria (2000), **Legal and Judicial Development: The Role of Civil Society in the Reform Process**, Fordham International Law Journal, Vol. 24, Issue 6.
* C. Teehankee. Julio, Fellow, Senior (2003), Background Paper on Ac-

cess to Justice Indicators in Asia- Pacific Region, U.N.D.P.

❋ E. Messick, Richard (1999), **Judicial Reform and Economic Development: A Survey of the Issues**, The Word Bank Research Observer, Vol.14, no.1.

❋ Leczykiewicz, Dorota (2019), **Judicial Development of EU Fundamental Rights Law in the Digital Era- A fresh look at the concept of 'General Principles'**, Oxford Legal studies research, no. 54, London, U.K.

❋ Rudolf V.Van Paymbroeck (2001), **Comprehensive Legal and Judicial Development (Toward an agenda for a just and equitable society in 21'st century**, The Word Bank, Washington D.C, U.S.A.

❋ Sen, Amartya (2000), **Role of Legal and Judicial Reform in Development**, Word Bank Legal Conference, Washington D.C, U.S.A.

مجله حقوقی دادگستری

مقاله پژوهشی/ دوره ۸۸/ شماره ۱۲۷/ صفحات: ۳۶۵-۳۴۷
تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۰۴/۰۷ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۹/۱۱

ضرورت یا امکان الهی بودن کرامت ذاتی انسان

سید قاسم زمانی[۱]
محمدجواد فیض[۲]

چکیده

کرامت انسان از ارزش‌های پذیرفته شده در مکاتب الهی و بشری است که تأثیری به‌سزا در امور اخلاقی و فقهی و مسایل سیاسی اجتماعی داشته و دارد. در عصر حاضر که به عصر دفاع از حقوق بشر و کرامت انسانی نیز مشهور است، بیش از گذشته نیازمند تصحیح و بازنگری در مفهوم و اثرات و لوازم کرامت انسان هستیم. در میان مکاتب مختلف الهی و بشری رویکردهای متفاوتی درباره کرامت انسان به وجود آمده و در این میان، دین اسلام و کتاب آسمانی مسلمانان مبانی گران‌سنگی از کرامت انسان را ارائه کرده است؛ چرا که در نگاه قرآن کریم، انسان از این نظر که انسان است، صاحب کرامت است.

هدف اصلی این پژوهش، بررسی موضوع ضرورت و امکان الهی بودن کرامت ذاتی انسان است و بدین منظور، با استفاده از آیات قرآن کریم و روایات، تعریف و فهم و مقصود از کرامت از دیدگاه‌های مختلف مورد بررسی قرار می‌گیرد. مهم‌ترین یافته‌های پژوهش این است که کرامت انسانی از ضرورت وجودی انسان ناشی می‌شود؛ از باب «لقد کرمنا بنی آدم»، ضروری‌ترین معیار نگاه اسلام به انسان، کرامت ذاتی اوست که به عنوان یک مبنا پذیرفته شده و به عبارت دیگر، یک ضرورت قطعی است و با توجه به نفخ الهی در آفرینش انسان، انسان‌ها مبتنی بر اصل منع تبعیض، دارای کرامت ذاتی می‌باشند.

واژگان کلیدی: کرامت الهی، حقوق بشر، حقوق بشر اسلامی، کرامت ذاتی انسان.

---

۱. استاد روابط بین الملل دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه علامه طباطبایی
drghzamani@gmail.com

۲. دانشجوی دکتری حقوق بین‌الملل عمومی دانشگاه علامه طباطبایی (نویسنده مسؤول)
Feiz@acecr.ac.ir

درآمد

بخشی از علوم را نظریه‌ها تشکیل می‌دهد. نظریه دیدگاه کلان و فراگیری است که با در اختیار داشتن جایگاه‌های مهم علم، بخش‌های دیگر را تحت تاثیر قرار می‌دهد و بحث نظریه الهی بودن کرامت ذاتی انسان نیز از این امر مستثنی نیست.

«کریم» از نام‌های خداوند متعال است (فَإِنَّ رَبِّی غَنِیٌّ کَرِیمٌ)؛[1] یکی از مشهورترین نام‌های قرآن نیز همین نام مقدس است (إِنَّه لَقُرآنٌ کَریم). خداوند انسان را نیز به همین مقام ستوده است (وَلَقَد کرَّمنَا بَنی آدَم).[2] خداوند متعال عبودیت را به عنوان رمز حراست و حفاظت از کرامت انسان در اختیار بشر نهاده است تا انسان در اثر ارتباط عبودیت‌گرایانه با معبود خویش نگذارد گرد اهانت بر دامن کرامتش بنشیند و از این بالاتر، با استمرار در عبودیت به عزت ربوبیت برسد.

انسان اشرف مخلوقات و امانت‌دار ذات باری‌تعالی در روی این کره خاکی است و به همین دلیل بر دیگر موجودات عالم برتری دارد. این ارزش ذاتی که کرامت نامیده شده است، حقوق بسیاری را برای انسان به ارمغان آورده که در آموزه‌های دینی اسلام بر آن‌ها تأکید فراوان شده است. خداوند به همه انسان‌ها که از نسل آدم ابوالبشرند کرامت ذاتی بخشیده و این کرامت عطیه‌ای الهی است که تنها مختص انسان است. از آیه «لقد کَرّمنا» لام «لقد» و «قد» و «کرّمنا» ۳ تأکید آورده شده و از «بنی آدم» هم افاده عموم می‌شود؛ بنابراین معنای آیه این‌گونه می‌شود که «به تحقیق ما تمام ابناء بشر را کرامت بخشیدیم»؛ بنابراین از نظر قرآن و روایات، کرامت شامل هر انسانی بدون تبعیض می‌شود؛ ضمن این‌که آیه کریمه مطابق با حکم عقل و بر اساس حسن و قبح ذاتی است؛ زیرا عقل هر کار خوبی را حسن و هر کار بدی و لئیم را قبیح می‌داند. از طرفی ظاهر آیه عام است و وجهی ندارد که بدون سبب تخصیص داده شود و اصلاً به عبارت دیگر کرامت تخصیص بردار نیست. در اهمیت این عنوان، کافی است که با مراجعه به قرآن کریم می‌بینیم که خدای سبحان وحی را با وصف کرامت آغاز و می‌فرماید: «اقرء و ربک الاکرم»[3] و انسان را با توجه به آیه شریفه «و

۱. نمل، ۴۰
۲. اسراء، ۷۰
۳. بخوان به نام پرودگار کریمت (علق، ۲)

لقد کرّمنا بنی آدم و حملناهم فی الّبر و البحر و رزقناهم من الطیّبات و فضلّناهم علی کثیر ممّن خلقنا تفضیلا»[۱] ستوده است.

این مقاله به دنبال اثبات ضـــروری و مـــفروض بودن کرامت انسانی در نگاه الهی اســـت. و نه صرف امکان کرامت انســـان و در این راســـتا، پس از تعریف واژه کرامت، منشـــأ کرامت و اقســـام آن، به جلوه‌هایی از کرامت انسان در قرآن و روایات می‌پردازد و با ادله کتاب و ســـنت و عقل، ضرورت الهی بودن کرامت ذاتی انسانی و این که منشأ دیگری نمی‌تواند در الهی بودن کرامت ذاتی انسان موثر باشد را به اثبات می‌رساند.

۱. مفهوم کرامت انسانی

کرامت انسانی در متون فارسی، منابع دینی و مذهبی اسناد حقوق بشری مکرر به کار رفته اســـت در تعریف آن گفته‌اند: «کرامت عبارت از ارزش، حرمت، حیثیت، بزرگواری، عزت و شـــرافت انسانیت، شأن، مقام، منزلت، نزاهت از فرومایگی و غیره اســـت». بعضی از مؤلفان حقوق بشـــری معتقدند که واژگان کرامت انسانی غلط‌انداز بوده و بســـیاری از مسلمانان را در سنت اسلامی در فهم این مفهوم دچار سردرگمی و به راه خطا برده اســـت. پس بهتر است به جای کرامت ذاتی، از واژگانی چون شأن، حیثیت یا منزلت انســـانی استفاده شود تا گرفتار تفســـیرهای غلط از آیه شریفه «لقد کرّمنا بنی آدم» نشـــویم (قاری سیدفاطمی، ۱۳۹۰: ۳۷). اصل کرامت انسانی یک اصل بنیادین و حقوق بشـــری اســـت و از نقطه نظر حقوق بشری نیاز به اثبات ندارد، بلکه در مقام ثبوت است و وقتی می‌گوییم انسان دارای کرامت ذاتی یا حیثیت و شأن ذاتی اســـت، از یک باید اخلاقی سخن به میان آمده که بنیادی‌ترین باید اخلاقی است و در یک کلام، اصل کرامت ذاتی انســـان یک قاعده اخلاقی است و به عنوان یک صفت و ویژگی انسان نیست (قاری سیدفاطمی،۱۳۹۰: ۳۸-۳۹) و منشأ الهی دارد؛ زیرا خداوند به انســـان عقل داده و انسانیت انســـان با عقل او تعریف می‌شود که عقلی خود بنیاد اســـت. به عبارت دیگر، ذات و جوهره حقوق بنیادین بشری چنان خدشه‌ناپذیر است که ماهیت و جوهره وجودی انســـان و هنجارهای قواعد فردی و اجتماعی بدون این

۱. وحقا که ما فرزندان آدم را کرامت و شـــرافت بخشیدیم و آن‌ها را در خشکی و دریا سوار کردیم و آن‌ها را از انواع پاکیزه‌ها روزی نمودیم و آن‌ها را بســـیاری از آفریده‌های خود برتری کامل دادیم (اسراء، ۷۰).

ذات، قدرت الزام‌آوری خود را از دست می‌دهد و قواعد برآمده از حقوق بنیادین بشری از نظر ماهوی یک قاعده حقوقی کلی را بیان می‌کنند (بابایی و ترابی،۱۴۰۰: ۱۰۰). در طول قرون وسطی هم با بالا گرفتن بحث پیرامون امور عقلی راجع به رابطه خداوند و بشر، اندیشه کرامت به عنوان راهی برای تمیز میان بشر و سایر مخلوقات استفاده می‌شد. اصطلاح «کرامت ذاتی بشر» به معنی جایگاه و وضعیت بشر در هستی‌شناسی است؛ جایگاهی که نهایتاً از مفاهیم بنیادین غربیان که از امتزاج یکتاپرستی یهودی مسیحی با مفاهیم کلاسیک و انسان‌گرایانه بشر نشأت می‌گیرد به وجود آمده است.[1]

۲. مقصود از کرامت ذاتی انسان

کرامت ذاتی در بسیاری از متون حقوقی به‌کار رفته، لیکن سوال اصلی این است که مقصود از کرامت ذاتی انسان چیست؟ در این خصوص دو تفسیر مختلف ارائه شده است:

نخست، معنای دقیق عقلی و منطقی ذاتی است و ذاتی در منطق معمولاً در دو موضع به کار می‌رود: اول، ذاتی کلیات خمس یا به قول ارسطو ایساغوچی که ذاتی در اینجا عبارت از یک مفهوم کلی است یعنی همان نوع انسان؛ دوم، ذاتی باب برهان که یک مفهوم کلی است که از ذات و ماهیت انتزاع شده است مانند امکان برای انسان که در اینجا ممکن است بگوییم مرادِ افرادی که از کرامت سخن گفته‌اند این معناست. کرامت بدین معنا برای انسان بما هو انسان قابل اثبات نیست.

دوم، معنای محاوره‌ای و عرفی ذاتی است. عرف این معنا را برای مفهومی اعم از معنای پیشین به‌کار می‌بندد. مثلاً گفته می‌شود فلان شخص ذاتاً انسان خیرخواه یا پاکی است. در این معنا اعم از ذاتی و عرضی باب ایساغوچی است و اگر مراد شخص که این‌گونه استعمال می‌کند این معنا باشد، کرامت ذاتی انسان عبارت نادرستی نخواهد بود (حقیقت‌پور، ۱۳۹۲: ٤٦).

---

۱. از طرف تعالیم کلیسای کاتولیک این اندیشه را که بشر در شمایلی از خداوند خلق شده است، در درون مفهوم کرامت جای می‌دهد (مک کوردن کریستوفر، ۱۳۹۷: ۲٤).

۳. منشأ کرامت[۱]

در قرآن کریم آیات بسیاری انسان را از حیث اتصاف به صفات پسندیده ستایش و از حیث اتصاف به صفات نکوهیده، نکوهش کرده است و مبداء این ستایش‌ها، فطرت‌گرایی انسان و منشأ نکوهش‌ها نیز طبیعت‌گرایی انسان است و لذا نه فطرت بالذات و نه طبیعت بالذات آن‌گونه که بعضی از دانشمندان علم حقوق به آن قائل‌اند، با افعال انسان ارتباط ندارد تا استحقاق ستایش و نکوهش را در پی داشته باشد؛ زیرا هر دوی این‌ها مخلوقی از مخلوقات تکوینی جهان هستی هستند؛ بنابراین تمام فضائل و اوصاف نیکو، ریشه در فطرت‌گرایی انسان دارد؛ همان‌گونه که همه رذائل و اوصاف زشت انسان‌ها ریشه در طبیعت‌گرایی او دارد. از دیدگاه قرآن کریم، راز برتری و منشأ کرامت انسان اعم از ذاتی و اکتسابی، نفخه روح الهی است که در وی دمیده شده و وی را مسجود ملائکه الله قرار داده است. در نتیجه ریشه و منشأ کرامت انسان خداوند است. خداوند در مقام نکوهش انسان‌هایی که دلشان ندای فطرت را درک نمی‌کند و ایده‌شان راهی را که فطرت به آنان نشان می‌دهد نمی‌بیند و گوششان ندای نظام فطرت را نمی‌شنود، می‌فرماید: «اولئک کالانعام بل هم اضلّ اولئک هم الغافلون»؛[۲] بسان چهارپایانند بلکه گمراه‌تر از آنان غافلان‌اند و

---

۱. کرامت، کریم، کرم، مکرم، همگی از یک ریشه و خانواده هستند. کرامت از ریشه‌ی عربی «کرم» و اسم مصدر باب تکریم یا اکرام است. در زبان فارسی به معنای بخشنده، بزرگوار، ستوده و گرامی داشته آمده است. در ترجمه تاج العروس آمده که واژه کریم را در بیش از سی معنا به کار برده‌اند. همچون رزق کریم، قول کریم، کتاب کریم و اجر کریم. عرب هر چیز با ارزشی را با ماده کرم و مشتقات آن می‌ستاید. معادل انگلیسی آن از واژه «dignity» استفاه شده است که به معنای شرف، افتخار، استحقاق، احترام، عنوان، رتبه و مقام، امتیاز شرافت برجسته و ارزش و حرمت ذاتی آمده است. در دائره‌المعارف آکسفورد در مورد معنای واژه کرامت «dignity» آمده است. واژه کرامت «dignity» از عبارت لاتینی«dignitas» از اواخر قرن سیزدهم میلادی واژه انگلیسی آن Harper,Dong las(2014),Online Etgmilpgg Dictionurg گرفته شده و به معنای شرافت، حیثیت، افتخار و استحقاق احترام است. کرامت در اصطلاح به معانی گوناگونی به‌کار می‌رود: از جمله، از نگاه قرآن و حدیث، آیه ۷۰ سوره اسراء و روایات و احادیث فراوانی که همگی دلالت بر کرامت انسان دارد؛ از نگاه دانشمندان علم کلام، عبارت از کارهایی شبیه معجزه است که فراعادات بشر از اولیای الهی صادر می‌شود؛ از نگاه فلاسفه اسلامی از جمله ملاصدرا که می‌گوید جسم به روح مقدم است و ابن سینا می‌گوید روح انسان از جای دیگری حلول می‌کند؛ از نگاه حقوق‌دانان که معتقدند کرامت ذاتی است و تمام ابناء بشر، انسان بماهو انسان دارای کرامت است؛ از نگاه صاحب‌نظران علوم تربیتی عبارت است از عظمت و ارزش‌های ذاتی و درونی که در انسان نهفته است و این خصیصه در دیگر موجودات یافت نمی‌شود.

۲. اعراف، ۷۹

نظریات مختلفی هم در این مورد بیان شـــده اســـت؛ از جمله نظریه حقوق طبیعی و نظریه فردگرایی و اصالت انســـان و نظریه پوزیتیویستی که به‌طور اختصار ذیلاً به آن می‌پردازیم.

۱-۳. نظریه حقوق طبیعی

به موجب ایـــن نظریه، به مجموعه‌ای از قواعد بـــا موضوعات جهانی اطلاق می‌شـــود که کاملاً معقول و منطقی است و چون این قواعد و مفاهیم ریشه در شعور بشـــر دارد و این قواعد و اصول حقوق طبیعی، اصول و قواعدی هستند که از فطرت و طبیعت انســـان نشأت گرفته و از طریق عقل کشف و استنباط می‌شود. این مکتب در دوره‌های مختلف تفاسیر گوناگونی از آن شـــده که بعضـی از آن تفاسیر با دیگر تفســـیرها متعارض است. این نظریه نخستین بار توسط فلاسفه یونان به صورت یک نظریه علمی مطرح شـــد (حقیقت‌پـــور، ۱۳۹۲: ۱۰٤) و می‌توان این نظریه را از مبانی مهم حقوق بشـــر غرب دانست و مبنای کرامت انســـان از دیدگاه این مکتب، توانایی عقلانی و شخصیت و وجدان اخلاقی انسان است و این امر مطلق، تغییرناپذیر و ازلی و ابدی است (همان: ۱۰٦).

۲-۳. نظریه فردگرایی و اصالت انسان

رواقیون و اپیکوریان از جمله نخســـتین کسانی بودند که از طریق طرح نظریه رابطـــه دولت با فرد و مبنا و اســـاس قـــرار دادن خود فرد و منافـــع او، مقدمات این مکتب را فراهم آوردند. رواقیون پیش‌تازان طرح ایده انســـان اســـتعلایی بودند. آنان برای نخســـتین بار تعریفی از کرامت انسان به ذات خود، جدای از موقعیت اجتماعی و حرمت منبعث از آن تعریف و ترســـیم کردند. کـــورت بایرتز (۱۹۹۵) ایده کرامت انسان، انسان اســـتعلایی رواقی به انسان فیلسوف فراگرایی حقوق بشری شباهت تام دارد؛ زیرا هویت استعلایی او نه در خمیر مایه الهیاتی وی؛ که در غیرمعطوف بودنش به موقعیت‌های اجتماعی نهفته اســـت. مسیحیت هم مفهوم استعلایی انسان را مطرح می‌کنـــد البته با خمیرمایه‌ای الهیاتی و در نتیجه آغشـــته به متافیزیک ماورائی اســـت (قاری سیدفاطمی، ۱۳۹۰: ۳۳). از دید مسحیت، انسان جایگاه ویژه‌ای در خلقت دارد و تنها اوســـت که صورت خدا است و دارای روح نامی است (کورت بایرتز، ۱۳۸٤: ۱۱۵-۱۳۵). به‌سان مسیحیت، ظواهر آیات قرآنی نیز مفهومی استعلایی از انسان ارائه

می‌دهد که انسان موجودی است که روح الهی در او دمیده شده و خلیفه خدا بر روی زمین است.[۱] انسان اســـتعلایی قرآن، موجودی است که قابلیت فرود حیوانی[۲] و فراز ربانی دارد (قاری ســـیدفاطمی، ۱۳۹۰: ۳٤) که می‌فرمایـــد: «ارجعی الی ربّک راضیه مرضیه». در ســـده‌های بعدی فلاسفه و اندیشمندان دیگری همچون رنه دکارت، جان لاک، ژان ژاک روســـو و دیگران با دفاع از اســـتقلال و آزادی و برابر افراد در مقابل قدرت دولت و طرح نظریه قرارداد اجتماعی زمینه را برای رشد و شکوفائی آن فراهم آوردند (رحیمی‌نژاد، ۱۳۹۲: ۳۳). تأمل در مبانی انسان‌شـــناختی و فلسفی بنیان‌گذاران این مکتب به خوبی نشان می‌دهد که از نظر آنان مبنا و اساس اصالت و شرافت فرد، آزادی و استقلال ذاتی انسان است. طرفداران این مکتب، صرفاً به حیثیت ذاتی انسان بـــر همه چیز، تأکید و اعتقاد به تقدم آن دارند، لیکن ملاک این تمایز را بیان نمی‌کنند که چرا آدمی در بین ســـایر موجودات و مخلوقات واجد چنین حیثیت ممتازی است. در عمل جهان غرب دچار یک تناقض روشـــن نسبت به دیدگاه‌های فلسفی خود در مورد جایگاه فرد و اصالت آن شـــده که منجر به تنزل ارزش انسان در آن نظام فکری گردیده اســـت؛ لذا فردگرایی آن‌گونه که در نظر طرفداران آن تصویر شـــده، به دلیل تأکید بیش از حد بر ابعاد مادی حیات انســـان و بریدن انســـان از خالق هستی و جدا کردن خدا از زندگی انســـان، فاقد مبنایی برای حیثیت ذاتی انســـان است و به همین دلیل به فردگاهی شـــخصیت انسان منجر می‌شود و نه احترام نهادن به وی (حقیقت و میرموسوی، ۱۳۹۳: ۱۰۹).

۳-۳. نظریه پوزیتیویستی (اثبات‌گرایی)

طرفـــداران این نظریه اعتقاد دارند که منشـــأ قواعد حقوقی در اراده عمومی و وقایع اجتماعی اســـت و منکر هر گونه منبع پیشینی برای حقوق بشر هستند. گروهی دیگر از طرفداران این نظریه بر این باورند که منشأ حقوق، اراده مقامات صالح (دولتی و قضایی و قانون گذاری) است و بر این اساس، کرامت انسان نیز همان چیزی خواهد بود که توســـط اراده عمومی و یا مقامات صالح دولتی به رســـمیت شناخته می‌شود و میزان و شـــرایط آن نیز از جامعه‌ای به جامعـــه دیگر و از حکومتی به حکومت دیگر

۱. بقره، ۳۰
۲. بقره، ۱٦۹

متغیر است. اینان مبانی اخلاقی بشر را نفی می‌کنند. به‌موجب این نظریه، با جدا شدن نظام حقوقی از مبانی اخلاقی و هستی‌شـــناختی، به راحتی می‌توان قواعد موضوعه‌ای را که با حقوق و آزادی‌های اساسی افراد مغایر است توجیه کرد. همچنین حقوق بشر بر اســـاس این دیدگاه یک پدیده کامل نسبی است که با هدف اولیه آن تعارض دارد (حقیقت‌پور، ۱۳۹۲: ۱۱۰). در نتیجه کرامت انسان از دیدگاه طرفداران این نظریه، آن چیزی اســـت که توسط جوامع بشری به رسمیت می‌شناسند و قائل نیستند که کرامت امری فرابشری است.

٤-۳. نظریه کرامت مبتنی بر وحی

ایـــن نظریه منشـــأ حقوق بالاخص حق کرامت و میـــزان و کیفیت آن را الهی دانســـته و آن را از قرآن بیان می‌نماییم. قـــرآن کریم پس از مقام الوهیت، دومین مقام رفعت و شـــکوه هستی را برای انسان ترسیم ساخته و انسان را به موجودی خداگونه و نهاد تمام عیار آفریننده جهان در زمین تعریف و سرشت آفرینش او را برتر از تمام موجودات زمینی و آســـمانی نشان داده است (حقیقت‌پور، ۱۳۹۲: ۱۱۵). ستایش‌های قرآن از انســـان در ســـور و آیات ۲۹-۳۱ سوره بقره، ۱۷۲ سوره اعراف، ۷ و ۹ سوره ســـجده، ۱۲۲ ســـوره طه و ۷۲ ســـوره احزاب به تفصیل آمده است. بعضی از علماء معاصر گفته‌اند آیه ۷۲ ســـوره احزاب از آن جهت که «انســـان بما هو انســـان» را که شایسته حمل امانت الهی دانسته دلالت به کرامت انسان دارد (سبحانی، ۱۳٦۷: ۱٤۳) و همچنین اســـت آیات ۳ ســـوره دهر،[۱] ۷۰ سوره اسراء،[۲] ۷ و ۸ سوره شمس،[۳] ۲۸ ســـوره رعد، [٤] ٦ سوره انشقاق،[٥] ۱۳ ســـوره جاثیه،[٦] ٥٦ سوره ذاریات[۷] و ۱۹ سوره حشـــر.[۸] بدین ترتیب از نظر قرآن، انســـان موجودی است برگزیده خداوند، خلیفه و جانشین او در زمین. مرکب از جسم و روح، دارای فطرتی خدا آشنا، مستقل، امانت‌دار

---

۱. إنّا هَدَیْناهُ السّبیلَ إمّا شاکراً وَ إمّا کَفُوراً
۲. وَلَقَـــدْ کَرَّمْنَا بَنِـــیَ آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِی الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُمْ مِنَ الطَّیِّبَـــاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَی کَثِیرٍ مِمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِیلاً
۳. وَ نَفْسٍ وَ ما سَوَّاها فَأَلْهَمَها فُجُورَها وَ تَقْواها
٤. الذینَ آمنوا وتطمئن قلوبهم بذکر الله الا بذکر الله تطمئن القلوب
٥. یَا أَیُّهَا الإِنْسَانُ إِنَّکَ کَادِحٌ إِلَی رَبِّکَ کَدْحًا فَمُلَاقِیهِ
٦. وَ سَخَّرَ لَکُمْ ما فِی السَّماواتِ وَ ما فِی الأَرْضِ جَمِیعاً مِنْهُ
۷. وَمَا خَلَقْتُ الْجِنَّ وَالْإِنْسَ إِلَّا لِیَعْبُدُونِ
۸. وَلَا تَکُونُوا کَالَّذِینَ نَسُوا اللَّهَ فَأَنْسَاهُمْ أَنْفُسَهُمْ أُولَئِکَ هُمُ الْفَاسِقُونَ

خدا و مسئول خویشتن و جهان، مسلط بر طبیعت و آسمان و زمین، آشنا به خیر و شر، کمال‌پذیر، سیر کننده به سوی خدا، دارای ظرفیت عملی و علمی نامحدود، برخوردار از شرافت و کرامت، شایسته بهره‌مندی از نعمت‌های خداوندی و مسئول در برابر خداوند خویش. از طرفی با توجه به آیات قرآنی و احادیث و روایات از جمله داستان کشیده شدن خلخال از پای یک زن یهودی (نهج البلاغه[۱]، خطبه ۲۷) و نامه حضرت به مالک اشتر نخعی (نامه ۵۳)[۲] و روایت جابربن عبدالله انصاری که نقل می‌کند جنازه یک یهودی را از کنار ما عبور می‌دادند؛ پیامبر صلی الله علیه و آله به احترام جنازه قیام کردند[۳] (بخاری، ۲/۱۳۸۷: ۸۷) و شبیه به همین روایت به این مضمون که حضرت احترام کردند و اصحاب به حضرت گفتند این جنازه متعلق به یک یهودی است؛ فرمودند: آیا یک نفس (انسان) نیست؟ (همان: ۸۸) و روایاتی که دلالت بر مدارا با مردم می‌کند بدون این‌که دلالتی بر تفاوت بین مسلمان و غیرمسلمان داشته باشند (اصول کلینی، ۲/۱۳۸۵: ۱۱۶–۱۱۸) از این روایت و شبیه به آن، قبح هتک حرمت و قهراً کرامت هر انسانی مستفاد می‌شود و لذا به این نکته باید توجه داشت که انسان هرگز به نابودی و نیستی منتهی نمی–شود، بلکه قرآن کریم انسان را موجودی با روح جاودان می‌شمارد که از پس این جهان به جهانی دیگر پای می‌نهد و در آن از خلود برخوردار است.

---

۱. وَ لَقَدْ بَلَغَنِي أَنَّ الرَّجُلَ مِنْهُمْ كَانَ يَدْخُلُ عَلَى الْمَرْأَةِ الْمُسْلِمَةِ وَ الْأُخْرَى الْمُعَاهِدَةِ، فَيَنْتَزِعُ حِجْلَهَا وَ قُلْبَهَا وَ قَلَائِدَهَا وَ رُعُثَهَا مَا تَمْتَنِعُ مِنْهُ إِلَّا بِالِاسْتِرْجَاعِ وَ الِاسْتِرْحَامِ.

۲. وَ أَشْعِرْ قَلْبَكَ الرَّحْمَةَ لِلرَّعِيَّةِ وَ الْمَحَبَّةَ لَهُمْ وَ اللُّطْفَ بِهِمْ وَ لَا تَكُونَنَّ عَلَيْهِمْ سَبُعاً ضَارِياً تَغْتَنِمُ أَكْلَهُمْ فَإِنَّهُمْ صِنْفَانِ إِمَّا أَخٌ لَكَ فِي الدِّينِ وَ إِمَّا نَظِيرٌ لَكَ فِي الْخَلْقِ يَفْرُطُ مِنْهُمُ الزَّلَلُ وَ تَعْرِضُ لَهُمُ الْعِلَلُ وَ يُؤْتَى عَلَى أَيْدِيهِمْ فِي الْعَمْدِ وَ الْخَطَإِ فَأَعْطِهِمْ مِنْ عَفْوِكَ وَ صَفْحِكَ مِثْلِ الَّذِي تُحِبُّ وَ تَرْضَى أَنْ يُعْطِيَكَ اللَّهُ مِنْ عَفْوِهِ وَ صَفْحِهِ فَإِنَّكَ فَوْقَهُمْ وَ وَالِي الْأَمْرِ عَلَيْكَ فَوْقَكَ وَ اللَّهُ فَوْقَ مَنْ وَلَّاكَ وَ قَدِ اسْتَكْفَاكَ أَمْرَهُمْ وَ ابْتَلَاكَ بِهِمْ.

۳. حدثّنا معاذبن فضاله: حدثّنا هشام عن یحیی عن عبیدالله بن مقسم عن جابر بن عبدالله رضی الله عنها قال: مرّ بناجنازه فقام (لها) النبّی صلی الله علیه واله و سلم فقمنا فقلنا: یا رسول الله آنها جنازه یهودی قال: اذا رایتم الجنازه فقوموا.

٤. شاخصه‌ها و مبانی کرامت انسان از دیدگاه اسلام

از نظر اسلام نخستین شاخص کرامت انسان، مقام جانشینی او نسبت به خداوند است که می‌فرماید: «و اذ قال ربک للملائکه انی جاعل فی‌الارض خلیفه»[1] و مراد از خلیفه شخصیت حقوقی آدم و مقام انسانیت او است و خلافت از نوع خلافت تکوینی است، نه خلافت اعتباری و قراردادی. دومین شاخصه، درک حقایق عینی عالم است و علم به آن اسماء از منظر قرآن کریم از چنان منزلتی برخوردار است که حتی ملائکه و فرشتگان مقرب الهی شایستگی آگاهی از این اسماء را ندارد. خداوند در آیه ۳۱ سوره بقره می فرماید: «و علّم آدم الاسماء کلّها»؛ شاخص سوم، مسجود فرشتگان بودن است که خداوند می‌فرماید: «و اذ قلنا للملائکه اسجدوا لآدم فسجدوا الا ابلیس ابی»[2] و این سجده فرشتگان به انسان به معنای تکریم مقام انسانیت بود؛ شاخص چهارم، تسخیر موجودات جهان که انسان می‌تواند از نیروی عقل و توان جسمی خود تمام نیروهای طبیعت را مسخر خود گرداند. خدای سبحان می‌فرماید: «الله الذی خلق السموات والارض و انزل من السماء ماءً فاخرج به من الثمرات رزقاً لکم و سخّر لکم الفلک لتجری فی البحر بامره و سخّر لکم الآنهار و سخّر لکم الشمس و القمر دائبین و سخّرلکم اللیل و النهار»؛[3] شاخص پنجم، حامل بار امانت الهی بودن انسان است که خداوند کریم بشر را امانت‌دار خداوند معرفی و می‌فرماید: «انّا عرضنا الامانه علی‌السموات و الارض والجبال فابین ان یحملنها و اشفقن منها و حملها الانسان»؛[4] بنابراین آیه، « امانت» دلالت بر کرامت ذاتی انسان و شناخت هویت انسان‌ها دارد و به طور خلاصه مبانی کرامت انسان در جهان‌بینی الهی در این است که انسان خلیفه‌الله و اشرف مخلوقات بوده (یعنی بهره‌مندی از عقل) و اینکه انسان

---

۱. و به یاد آر هنگامی که پرودگارت به فرشتگان گفت: همانا من در روی زمین جانشینی قرار خواهم داد (بقره، ۳۰).

۲. به یاد آر هنگامی که به فرشتگان گفتیم به آدم سجده کنید همه سجده کردند جز ابلیس که سر باز زد و ... (بقره، ٣٤).

۳. خداوند همان است که آسمان‌ها و زمین را بیافرید و از آسمان آبی فرو ریخت پس به وسیله آن از محصولات گوناگون برای شما روزی بیرون آورد و کشتی‌ها را مسخر شما کرد تا در دریا به اراده او روان گردند و نهرها را نیز مسخر شما نمود و خورشید و ماه را که دائم و مستمرند مسخر شما نمود و شب و روز را مسخر شما کرد (ابراهیم، ۳۲-۳۳).

٤. ما امانت را بر آسمان‌ها و زمین و کوه‌ها عرضه داشتیم آن‌ها از تحمل (و تعهد) سرباز زدند و ترسیدند و انسان آن را بر دوش گرفت (احزاب، ۷۲).

مختار بوده و دارای فطرت الهی است و از دیدگاه حکمت اسلامی که ریشه در تعالیم وحیانی دارد، انسان بماهو انسان در ذات خویش خداشناس، خداخواه و موحد است.

۵. انواع کرامت انسانی

کرامت و ارزش انسانی به دو نوع اساسی منقسم می‌باشد؛

نخست، کرامت ذاتی، طبیعی و تکوینی که در پرتو نعمت‌ها و قابلیت‌های خاص به انسان‌ها ارزانی داده شده است (اسراء، ۷۰). بر اساس این آیه شریفه، انسان در میان موجودات از کرامت ذاتی برخوردار است و لذا تمام انسان‌ها در این موهبت الهی، یکسان هستند. از این آیه کریمه استفاده می‌شود که هر کمالی در دیگر موجودات وجود دارد، حد اعلای آن در بشر هست و وصف ذاتی که به دنبال کرامت آمده، آن است که تصور شیء بدون تصور ذات محکم نیست و از این نظر به معنای جوهری انفکاک ناپذیر است و بر این پایه، انسان نه با اوصاف عرضی نظیر جنسیت، رنگ، نژاد و نه با ارتکاب جنایت یا ارتداد از منزلتش کاسته می‌شود (بابایی و ترابی، ۱٤۰۰: ۸۲). کرامت اکتسابی، غیر ذاتی و اختیاری که عبارت از شرف و ارزشی است که با تلاش و کوشش خود انسان حاصل می‌شود، یک نوع علو روحی و اعتلای معنوی انسان است که آیه ۱۳ سوره حجرات در این خصوص می‌فرماید: «انّ اکرمکم عندالله اتقیکم» که همانا گرامی‌ترین شما در نزد خدا پرهیزگارترین شماست؛ یعنی کریم نزد خداوند تبارک و تعالی، انسان با تقوا است و اکرم نزد خداوند، انسان اتقی است و چون خدا حق است و ثابت، آن‌چه نزد خداست هم ثابت و هم زوال ناپذیر است؛ پس معیار کرامت، هم حق است و هم مطلق. این آیه نشان می‌دهد که انسان‌ها در رابطه با کرامت از مقام یکسانی برخوردار نیستند و لذا هر چه پرهیزگاری آن‌ها بیشتر باشد، کرامت‌شان نزد خدا بیشتر است. به عبارت دیگر، کرامت اکتسابی عبارت از حیثیتی است که انسان به طور ارادی با به کارگیری استعدادها و تلاش خود در جامعه به دست می‌آورد. رفتار انسان در این مسیر رسیدن به کمال انسانی و دارا شدن منزلت‌های متفاوت و ایجاد برتری ظاهری در جامعه است (بابایی و ترابی،۱٤۰۰: ۸۳).

دوم، کرامت به یک تقسیم دیگر به کرامت الهی و کرامت انسانی منقسم است. کرامت الهی مخصوص به انسان به تعریف حکمت متعالیه است؛ زیرا همین

انسان است که از کرامت الهی که همان فیض رحیمی خداوند است بهره‌ای دارد، اما کرامت انسانی عمومی بوده و شامل انسان به تعریف منطقیون نیز می‌شود؛ یعنی هر حیوان ناطق دارای کرامت انسانی است که این ناشی از فیض رحمانی خداوند است. منظور از این تقسیم‌بندی آن است که آن‌که کرامت الهی دارد، لزوماً دارای کرامت انسانی نیز هست، اما آن‌که کرامت انسانی برایش در نظر گرفته می‌شود، لزوماً نمی‌توان گفت که دارای کرامت الهی است. در عالم اثبات می‌-توانیم بگوییم که قرآن کریم یک عبد مومن را از هر مشرکی با هر عنوان و مقام بالاتر می‌داند و در مقابل هر نوع برتری را برای کافران علیه مسلمانان با عنایت به قاعده نفی سبیل نفی کرده است (حقیقت‌پور، ۱۳۹۲: ۵۵). افزون بر آن، آیه ۱۳ سوره حجرات که تقوا را تنها عامل برتری خدامحوران بر یکدیگر می-داند، عهده‌دار بیان همین مطلب است؛ بنابراین کرامت در متون دینی از جهتی به دو سنخ، کرامت الهی و کرامت انسانی تقسیم شده است که منشاء اولی آن، دینداری و خداپرستی و منشاء دومی، انسانیت انسان بدون هیچ قید و شرطی است (حقیقت‌پور، ۱۳۹۲: ۵۵). بعضی هم در مقابل کرامت ذاتی، از کرامت اقتضایی نام برده و منظور از کرامت ذاتی را کرامتی می‌دانند که قابل سلب و تفکیک از موضوع خود نباشد؛ یعنی همان مفهوم ذاتی در علم منطق. کرامت اقتضایی یعنی اگر مانعی در میان نبود به فعلیت رسیده و شکوفا خواهد شد، اما اگر مانع وجود داشته باشد، از حدوث یا بقای آن جلوگیری خواهد کرد. ذاتی و اقتضایی در اینجا به همان معنای ذاتی و اقتضایی در باب حسن و قبح عقلی است و این تقسیم‌بندی کاربرد بسیار مهمی در تبیین مطلب دارد؛ یعنی تا وقتی که حفظ حرمت افراد بشر مصداقی از عدل باشد حسن است و اگر این عنوان زیرمجموعه ظلم قرار گیرد قبیح خواهد بود؛ مثلاً عقلاء حکم می‌کنند که اگر کسی به هر عنوان آسایش و رفاه شهروندان را مورد تعرض قرار دهد و در جامعه ایجاد رعب و وحشت کند، حفظ حرمت او ظلمی است ناروا و اساساً چنین فردی از کرامت بی‌بهره است (حقیقت‌پور، ۱۳۹۲: ۱۵۱).

٦. کرامت ذاتی یا خدادادی انسان از دیدگاه علمای معاصر

کرامت خدادادی عبارت از امتیازاتی است که انسان نسبت به سایر موجودات دیگر دارد و مهم‌ترین چیزی که موجب امتیاز انسان است، همان بهره‌مندی او از عقل

می‌باشـــد و آیه «لقد کرّمنا» اشـــاره به کرامت ذاتی دارد و فقط در مقام بیان این نکته است که خدا به انسان عقل، چشم و گوش و قامت استوار و صورت زیبا داده و انسان باید در پی شـــکر و سپاس آن باشد و هیچگاه با توجه به سیاق آیه، در مقام بیان این مطلب نیســـت که این کرامت موجب اثبات یک حق اجتماعی باشد. آیه «انّ اکرمکم عندالله اتقیکم» در مقام بیان کرامت اکتسابی است که انسان با اعمال اختیاری خویش می‌تواند این نوع از کرامت را برای خـــود ایجاد کند. این آیه می‌فرماید ارجمندترین شما نزد خدا پرهیزگارترین شماست. این واژه به معنای عزّت نفس، داشتن شخصیت و کرامت اســـت؛ یعنی از میان انســـان‌ها، کسی دارای کرامت بیشتری است که تقوای بیشتری پیشه کرده باشد و لذا از نظر قرآن کریم بین «تقوا»، و «کرامت» رابطه مستقیم وجود دارد؛ به این معنا که هر چه تقوا بیشـــتر باشد کرامت فزون‌تر می‌شود. از طرفی تقوا یک امر اختیاری و اکتسابی است و انسان باید آگاهانه و از روی اختیار، با اطاعت از دستورات الهی، ویژگی تقوا را در خود ایجاد کند. اگر این برداشت را از سیاق آیه اســـتنباط نماییم که کرامت موجب اثبات یک حق اجتماعی است، تالی فاسد آن ختم به فاشیسم خواهد شد (مصباح یزدی، ۱۳۸٦: ۲٦۱-۲٦۲).

۷. کرامت فردی و کرامت اجتماعی

گاه کرامت و فضیلت یک انســـان بدون توجه به بعد اجتماعی و ارتباط او با دیگر انســـان‌ها مورد نظر قرار می‌گیرد. در این حالت، این فضیلت جنبه شخصی پیدا کرده و تنها برای خود او یک ارزش محســـوب می‌شـــود. گاه نیز کرامت و فضیلت‌ها و ارزش‌هایی که یک انســـان داراست، مربوط به زندگی اجتماعی او و ارتباط با دیگر انســـان‌ها اســـت و در این حالت نظام حقوقی شـــکل می‌گیرد. نظام حقوقی ناظر به زندگی اجتماعی و مدنی و نوع انسان‌هاســـت. هدف از زندگی اجتماعی این است که فرد بتواند از زمینه‌های رشـــد و تکامل بهتر و بیشـــتری برخوردار شود و در مجموع نیز همه انسان‌ها به مراتب بالایی از کمال دست یابند. حق کرامت همانند حق حیات از حقوق اساســـی بشر است که به دنبال آن حقوق فرعی دیگری مانند حق رأی، حق معامله و حق مالکیت نیز ثابت می‌شود. اندیشمندان غربی حقوق طبیعی را برای انسان از آن جهت که انســـان است به طور مطلق و فراگیر ثابت می‌دانند، اما در مقام اجرای این حق دچار تناقض می-شـــوند؛ زیرا از یک طرف می‌گویند هر انسانی بدون قید و

شـــرط دارای حق حیات و حق کرامت است و از طرف دیگر، شخص را در اجرای آن حقوق تابع محدودیت‌هایی می‌دانند که به وســـیله قانون اساســـی یا قوانین عادی اعمال می‌شـــود (ماده ۳ [۱] و بند ۲ ماده ۲۹ [۲] اعلامیه جهانی حقوق بشـــر(۱۹٤۸)). در ساحت حقوق بین‌الملل، کرامت انسان را در حقوقی که برای او به رسمیت می‌شناسند نشـــان می‌دهند؛ از قبیل این‌که، کرامت انسان به این است که آزادی بیان و حق تعیین سرنوشت داشته باشـــد یا دادرسی عادلانه در حق او اجراء شود. آنان از تعریف کلی مفهومی کرامت عاجزند و به تعریف مصداقی روی آورده‌اند.

۸. ملاک کرامت حقوقی انسان

کرامت حقوقی یک امر تکوینی، طبیعی یا جبری به مانند کرامت ذاتی و فردی نیست، بلکه انسان با رفتار اختیاری خود زمینه تحصیل این کرامت را فراهم می‌سازد. امام علی علیه‌السـلام در بخشی از نامه‌اش به مالک اشتر می‌فرماید: ای مالک مهربان باش و رعیت را با چشمی پرعاطفه و سینه‌ای لبریز از محبت بنگر؛ ... فرمانبران تو از دو صنف بیرون نیســـتند یا مسلمان و برادر دینی تو هستند یا پیروان مذهب بیگانه‌اند که در این صورت همانند تو انسان هستند (نهج البلاغه، نامه۵۳)

در نتیجه انســـان دارای حق کرامت و احترام است که خداوند بدون توجه به نژاد، رنگ پوســـت، دین و قوم به او ارزانی داشته اســـت. این کرامت الهی است که آحاد بشر را شامل می‌شود و مبتنی بر اصل منع تبعیض است. بعضی از دانشمندان در خصوص حق کرامت، تقســـیم‌بندی دیگری ارائه داده و قائل بر آنند که کرامت فردی یا اجتماعی (حقوقی) و در بحث اجتماعی، با طرح این شـــرط که انســـان زمینه این کرامت را برای خویشـــتن فراهم سازد و در سیر تکامل و رشد خود قدم بردارد، نائل شدن شخص به عالی‌ترین مراتب قرب و کمالات معنوی را ممکن دانسته‌اند (مصباح یزدی، ۱۳۸٦: ۲٤٦).

---

۱. ماده ۳: هر کس حق زندگی، آزادی و امنیت شخصی دارد.

۲. ماده ۲۹، بند ۲: هر شـــخص در قبال جامعه‌ای که در آن زندگی می‌کند، دارای وظایفی است و در عین حال، این حقوق و آزادی‌ها ممکن است تحت محدودیت‌هایی قرار گیرد که به موجب قانون و در چارچوبی که برای احترام به حقوق دیگران و نیازها و الزامات عمومی در یک جامعه دموکراتیک ضروری است، معین می‌شود.

۹. اصل اول در کرامت انسان‌ها؛ ثبوت یا عدم ثبوت؟

اگر از طریق مفهوم ضد کرامت یعنی لئامت و حقارت مسأله را حل کنیم پاسخ دقیق‌تر خواهد بود؛ یعنی اصل اولی در هتک حرمت انسان‌ها کدام است؟ به عبارت دیگر آیا اساساً انسان جدای از نژاد، رنگ، عقیده و دین، کرامت انسانی دارد یا خیر؟ در حقیقت پرسش اصلی این است که آیا انسان کرامت دارد یا خیر؛ نه این‌که اصل اولی در رعایت کرامت انسان دارای کرامت کدام است. برای پاسخ به آن باید به سراغ مفهوم متضاد کرامت برویم و سوال کنیم اصل اولی در انسان‌ها به عنوان موضوع، قضیه متهم بودن انسان است یا برائت آن؟ دقیقاً شبیه به این‌که بگوییم اصل در اشیاء نجاست است یا طهارت؛ پس اگر فقیه در مقام استنباطِ حکم شرعی به بن‌بست رسید، اصل اولی در مورد انسان‌ها کدام است؟ جواز هتک حرمت است یا عدم جواز؟ طبیعی است اصل اولی عدم جواز است (حقیقت پور، ۱۳۹۲: ۹۵).

۱۰. جلوه‌های کرامت انسان در قرآن و روایات:

جلوه‌های کرامت در قرآن فراوان است: نخست، علم به اسمای الهی؛[1] دوم، خلافت الهی.[2] روایاتی هم در این مورد وارد شده از جمله «من عرف نفسه فقد عرف ربّه» (مجلسی، ۲/۱۳۸۸: ۳۲۰). قسمت مهم قرآن کریم برای تربیت انسان است و خداوند انسان را به عنوان نوع کریم معرفی فرموده است و کرامت، کرامت نفسی است و این نوع فی‌نفسه کریم خلق شده و شایسته کرامت است. در نتیجه، صدر آیه «لقد کرّمنا» ناظر به کرامت نفسی و ذیل آن «و فضلّنا» ناظر بر کرامت نسبی است (همان) و ضمیر «نا» در «کرّمنا»؛ این‌که چرا در «کرّمنا» از ضمیر متکلم وحده استفاده نشده است، بعضی معتقدند که بر اساس مطابقت با سیاق جمله در آیات قبل و بعد باشد؛ سوم، نفخه روح الهی که خداوند روح را و دمیدن آن در کالبد انسان را، با ضمیر متکلم وحده به خود نسبت داده و می‌فرماید: و «فاذا سوّیته و نفخت فیه من روحی» که در دو موضع از قرآن شامل سوره ص آیه ۷۳ [3] و دیگری سوره حجر آیه

---

۱. و همه نام‌ها را به آدم آموخت سپس این معانی را به فرشتگان عرضه داشت و گفت نام‌های این‌ها را به من خبر دهید اگر راستگویید. گفتند تو منزهی ما را دانشی جز آنچه خود به ما آموخته‌ای نیست حقاً تویی که دانا و حکیمی (بقره، ۳۱ –۳۳).

۲. و به یاد دار هنگامی که پروردگارت به فرشتگان گفت همانا من در روی زمین جانشینی قرار خواهیم داد (بقره، ۳۰).

۳. چون ساخت کالبد او را کامل کردم و از روح (منسوب به) خود در آن دمیدم پس همگی سجده

۲۹ [۱] تکرار شـــده اســـت و در جای دیگر می فرماید: «ثم انشاناها فتبارک الله احسن الخالقین»؛[۲] چهارم؛ آزادی و اختیار یکی از جلوه‌های کرامت انســـانی اســـت. انسان تنها موجودی اســـت که تا این اندازه از اختیار و آزادی برخوردار است و می‌تواند با بهره‌گیری از این اختیار به مراتب عالی کرامت دســـت یابد. آیات ۲۵٦ سوره بقره[۳] و ۲۹ ســـوره کهف[٤] دلالت بر این امر دارند؛ پنجم؛ فطـــرت الهی که خداوند می‌فرماید پس به طرف حنیف روی آور؛ دینی که فطری اســـت و خداوند انســـان را بر اساس آن آفریده اســـت برای خلقت خدا تغییری نیست. این‌ها همه نمونه‌هایی از جلوه‌های کرامت انســـان در قرآن کریم بود، اما مهم‌ترین و مشهورترین سند برای اثبات کرامت انسانی، آیه تکریم (اسراء، ۷۰) است. در این‌که آیا کرامت انسان ذاتی است، اختلاف نظر اســـت. ولی به نظر میرســـد کرامت بنی آدم که نوعی تکریم الهی نسبت به آحاد بشر است ذاتی است.

در ســـیره معصومین علیهم الســـلام هم بی‌حرمتی و اهانت به اهل ذمه و اهل کتاب منع شـــده و بعضی از روایات بر این اســـت که به ایشان احسان کنید؛ از جمله این روایات که پیش‌تر نیز به آن اشـــاره شـــد، عبارت است از: نامه حـــضرت علی علیه‌الســـلام به مالک اشتر نخعی کارگزار خود در مصر؛ داستان کشیدن خلـــخال از پای زن یهودی؛ روایت جابر بن عبدالله انصاری و عبور جنازه یک یهـــودی از کنار آنان؛ روایت اسماعیل بن فضل از امام صادق علیـــه‌السلام در باره حکم افتراء بر اهل ذمه و اهل کتاب؛ که حضرت فرمودند باید تعزیر شـــود (کلینی، ۷/۱۳۸۵: ۲٤۰) نهی امام صادق علیه‌الســـلام از قذف غیر مسلمانان (همان‌جا) و روایت شیخ صدوق دائر بر این‌که، اگر یک یهودی نیز با تو هم‌نشـــین شد هم‌نشینی او را گرامی بدار (صدوق، ٤/۱۳۹۰: ۱۸۹).

کنان در برابر او در افتید.

۱. فاذا سوّیته؛ پس چون آن را درست کردم و در آن از روح خود دمیدم، همگی برای او سجده‌کنان به رو درافتید.

۲. ســـپس آن را به صورت خلقی دیگر ایجاد کردیم. پس پر خیر و برکت اســـت خدا که نیکوترین آفرینندگان است (مومنون،۱٤).

۳. لَا إِكْرَاهَ فِي الدِّينِ قَدْ تَبَيَّنَ الرُّشْـــدُ مِنَ الْغَيِّ فَمَنْ يَكْفُرْ بِالطَّاغُوتِ وَيُؤْمِنْ بِاللَّهِ فَقَدِ اسْتَمْسَكَ بِالْعُرْوَةِ الْوُثْقَىٰ لَا انْفِصَامَ لَهَا وَاللَّهُ سَمِيعٌ عَلِيمٌ

٤. وَقُلِ الْحَقُّ مِنْ رَبِّكُمْ فَمَنْ شَـــاءَ فَلْيُؤْمِنْ وَمَنْ شَاءَ فَلْيَكْفُرْ إِنَّا أَعْتَدْنَا لِلظَّالِمِينَ نَارًا أَحَاطَ بِهِمْ سُرَادِقُهَا وَإِنْ يَسْتَغِيثُوا يُغَاثُوا بِمَاءٍ كَالْمُهْلِ يَشْوِي الْوُجُوهَ بِئْسَ الشَّرَابُ وَسَاءَتْ مُرْتَفَقًا

۱۱. دلالت عقل بر کرامت انسان

حکم عقل بر دو قسم مترتب است:

نخســـت، قاعده ملازمه: اصولیون بحث کرده‌اند که هر گاه ضرر محتمل ضرر دنیوی (در زمینه جان، مال و حیثیت افراد) بود، میان قاعده وجوب دفع ضرر محتمل و حکمی که از سوی شارع مقدس وارد شده، ملازمه عقلی وجود خواهد داشت (کل ما حکم به العقل حکم به الشرع) یعنی هر گاه عقل به صورت مستقل به وجوبِ دفع آن حکم نمود، بر اســـاس همین قاعده ملازمه، شارع نیز طبق همین حکم عقل، حکم خواهد نمود؛ پس ریختن آبروی انسانی و هتک حرمت و کرامت انسان حرام است.

دوم، اقتضای اولیه اهانت، نســـبت به هر فردی که باشـــد، قبیح است و قاعده اولیه در حفظ حرمت افراد نیز حُســـن آن است (حقیقت‌پور، ۱۳۹۲: ۱۵۱)؛ بنابر این حکم عقل آن است که اهانت به هر بشری قبیح است؛ چه این‌که ظلم است و هر چه نزد عقل قبیح اســـت، نزد آفریننده عقل نیز قبیح اســـت. به عکس، حفظ حرمت افراد به حکم عقل حســـن است؛ چه این‌که عدل اســـت و آنچه نزد عقل حسن است، نزد شارع مقدس نیز حسن است؛ پس شارع نیز به حفظ حرمت و کرامت افراد بشر حکم می‌کند (حقیقت‌پور، ۱۳۹۲: ۱۵۲).

برآمد

۱- انسان در مرحله خلقت که با دمیدن نفخ الهی پا به عرصه وجود نهاده، قطعاً دارای کرامتی است که هیچ‌یک از موجودات عالم خلقت از جمله ملائکه الهی از آن برخوردار نیستند.

۲- پذیرش کرامت برای انسان در شرایطی معقول است که انسان یک موجود مادی مانند دیگر موجودات مادی در عالم نباشد. الهی بودن کرامت انسان صرفاً یک امکان نیست، بلکه یک ضرورت هم هست؛ زیرا در دیدگاه اسلامی، بشر تکویناً و تشریعاً بنده خداوند است و خداوند انسان را به فطرتی خلق کرده است که همه افراد بشر را صاحب کرامت ذاتی می‌کند.

۳- انسان در اصل خلقت و ذات خویش به واسطه بهره‌مندی از روح الهی که موهبتی الهی است و به امانت در انسان‌ها قرار داده، موجودی دارای کرامت است و این کرامت، عطیه‌ای الهی برای همه انسان‌ها و مبتنی بر اصل منع تبعیض است؛ بنابراین هر گونه برتری قومی و نژادی، مالی و مانند آن، با کرامت ذاتی انسان منافات دارد.

٤- کرامت انسان به واسطه عقل، خرد، آزادی و اختیاری است که خداوند به او ارزانی داشته و اگر عقل نباشد، کرامت هم درک نمی‌شود؛ در واقع این عقل است که کرامت دارد و مقدمه اختیار است. این کمالات موجودی برای انسان اصالتاً و بالذات از آن خداست؛ چرا که انسان مظهر کمالات حق و خلیفه الهی است.

کرامت ذاتی انسان با الهی بودن آن رابطه مستقیم دارد؛ از یک مقوله است و به عبارتی، لازم و ملزوم یکدیگرند.

فهرست منابع:

الف. فارسی

* اعوانـــی، غلامرضا (۱۳۸۸)، «**کرامت انسان**»، در: مجموعه آثار همایش امام خمینی و قلمرو دین، جلد سیزدهم، تهران: عروج.

* اکبریان، رضا و محمدپور دهکردی، سیما (۱۳۸٦)، «**تجرد نفس سفری از جسمانیه الحدوث تا روحانیه البقاء**»، فصل‌نامه دانشگاه قم، شماره ۳٤.

* بابایـــی، ایرج و ترابی، مرتضی (۱٤۰۰)، «**جایگاه اصل حقوق بشـــری حیثیت و منزلت انسانی در حقوق قراردادها**»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۵، شماره ۱۱٤.

* حقیقت‌پور، حســین (۱۳۹۲)، «**جایگاه کرامت انسان در فرایند استنباط احکام**»، فقه و اصول، شماره ۳.

* حقیقت، صادق و میرموسوی، علی (۱۳۹۳)، **مبانی حقوق بشر از دیدگاه اسلام و دیگر مکاتب**، تهران: سازمان انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.

* قاری ســیدفاطمی، ســیدمحمد (۱۳۹۰)، **حقوق بشر در جهان معاصر دفتر یکم**، چاپ سوم، تهران: نشر دانش.

* کورت، بایرتز (۱۳۸٤)، **ایده کرامت انســـان، مسائل و تناقض‌ها**، برگردان: شهین اعوانی، تهران: کویر.

ب. عربی

* بخاری، محمدبن اســماعیل (۱۳۸۷)، **صحیح البخاری**، جلد دوم، چاپ نخســت، خراسان رضوی: شیخ الاسلام احمد جام.

* کلینی، ابوجعفر محمدبن یعقوب بن اسحاق (۱۳۸۵)، **اصول کافی**، جلد دوم، قم: موسسه قائم آل محمد (عج).

* صــدوق، ابوجعفر محمدبن علی بن حســین (۱۳۹۰)، **من لا یحضره الفقیه**، جلد چهارم، تهران: دارالکتب الاسلامیه

* مجلسی (۱۳۸۸)، **بحارالانوار**، جلد دوم، چاپ ششم، تهران: دارالکتب الاسلامیه.

* مصباح یزدی، محمدتقی (۱۳۸٦)، **نظریه حقوقی اســـلام**، قم: موسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی(ره).

Abstract

Necessity or Possibility to be Divine Inherent Human Dignity

S. Ghasem Zamani[1]\ Mohammad Javad Feyz[2]

Human dignity is one of the values accepted in theological and human schools that has had and continues to have a significant impact on moral, jurisprudential, and social and political issues. In the present era, which is also known as the era of defending human rights and human dignity, we need more than ever to correct and review the concept, effects, and requirements of human dignity. Different approaches to human dignity have emerged among different theological and human schools, and in the meantime, the religion of Islam and the Muslim holy book have presented precious foundations of human dignity; because in the eyes of the Holy Quran, man is a possessor of dignity by virtue of being a human being. The main purpose of this research is to examine the necessity and possibility of the divine nature of human dignity, and for this purpose, using verses of the Holy Quran and narrations, the definition, understanding, and purpose of dignity are examined from different perspectives. The most important findings of the research are that human dignity arises from the existential necessity of man. Finally, it should be emphasized that, firstly, from the point of view of " We have honored the sons of Adam", the most essential criterion of Islam's view of man is his inherent dignity as an accepted basis, in other words, it is a definite necessity. Secondly, human dignity arises from the necessity of his existence. Thirdly, considering the blowing the divine spirit forms in the creation of human beings, human beings certainly have dignity based on the principle of non-discrimination.
Keywords: Celestial Dignity, Human Rights, Islamic Human Rights, Innate Dignity of Humanity.

1. Associated Professor at Allameh Tabatabaei University
2. Ph.d student of low at Allameh Tabatabaei University

Formulating the Indicators and Designing the Model of Judicial Development (Case study: Judiciary of Tehran province)

Mehdi Haji Hosseini[1]\ Khalil Mirzaei[2]\ Hassan Mohaddasi Gilvai[3]

With the aim of reviewing and identifying the indicators and designing a judicial development model, the current essay studies and explores the concept of judicial development. The method of study is qualitative and performed in two stages: First; in the form of library and document study, second; using the Delphi technique for 20 experts and managers of the judiciary and justice administration of Tehran as the executive administrators of judicial development field, who have been selected randomly, using a semi-structured interview tool. The concept of judicial development consists of the efficiency of the judiciary for independent, fast, accurate and specialized handling of judicial cases, efforts to prevent crime, development of justice and freedom, stability of structures and organizations and provision of human and physical resources, supervision of law enforcement and reformation and update of procedures, supervision and improvement of the performance of law enforcement officers, efforts to fight corruption and solve the crisis of legitimacy, development of electronic proceedings and technologies and expansion of public participation and application of non-judicial methods of dispute resolution. Finally, judicial development was categorized into 8 main dimensions and 20 main indicators on the basis of the scientific logic of indexing.

Keywords: Judicial Development, Justice Administration, Judiciary, Efficiency, Collaborative Development.

1. Doctoral student of Sociology majoring in Economic Sociology and Development, Islamic Azad University, Central Tehran Branch

2. Associate Professor of Sociology, Department of Social Sciences, Faculty of Social Sciences and Psychology, Islamic Azad University, Tehran Province, Roudhen Branch (Corresponding Author)

3. Assistant Professor of Sociology, Department of Sociology, Faculty of Social Sciences, Islamic Azad University of Tehran, Central Tehran Branch

Requirements of the Ideal Model of Supervising Judges in the Light of the Principle of Independence of the Judge

Salman Emrani[1]\ Hadi Rezvan[2]\ Ramin Malek[3]

The principles of judge's independence and supervision of judges are among the consensus principles governing justice, whose necessity and essential role in realizing various governance goals, especially in fair proceedings and judicial justice, is undeniable. Although this position has been emphasized in many types of research, there has always been a difference regarding the exact definition and concept of these two principles and their relationship with each other, and the mechanism of observing the principle of the judge's independence in the process of supervising judges. This article has investigated this issue with a descriptive-analytical method using library sources. At first, by examining and providing a detailed definition of the principles of independence of judges and supervision of judges. It has been determined that these two principles are not originally negating and violating each other. Still, they are complementary to each other under the condition of respecting the judge's independence in the different stages of supervision of judges, which is possible by following the principles. Then according to this, the principles must be followed in the three stages and pillars of supervision. It has been explained that the principle of independence of the judges should be respected to protect the judges.

Keywords: Independence of the Judge, Supervision Over Judges, Fair Trial, Judicial Security, The Impartiality of the Judge.

1. Ph.D in Department of Criminal Law and Criminology, Faculty of Islamic Studies and Law, University of Imam Sadiq, Tehran, Iran

2. student of Master of Faculty of Islamic Studies and Law, University of Imam Sadiq, Tehran, Iran

3. Ph.d student of Faculty of Islamic Studies and Law, University of Imam Sadiq, Tehran, Iran

The Challenges of Optimization of Resource Allocation in the Judiciary of the Islamic Republic of Iran

Rahim Nobahar[1]\ Mojtaba Ghasemi[2]\ Fateme Saffari[3]

The present study deals with challenges in the current structureof the Judiciary of the Islamic Republic of Iran regarding efficient allocation and proper management of financial resources. The findings of this descriptive and analytical study show that in effect the budgeting structure of Iran's Judiciary does not accept optimization and efficiency. Of major challenges of resource allocation are arbitrary allocation of resources regardless of long-term and middle-term planning, the lack of proper standards for measuring the performance of the plans and control of the results, the lack of fiscal discipline, the excessive influence of non-scientific bargaining and negotiationson the process of budgeting, relying merely upon incremental budgeting, failure to use of a suitable and efficient accounting system, the lack of accurate accounting information, the lack of transparency, and inefficiency of supervisory mechanisms of other powers on financial performance of the Judiciary. Also, the article proposes some suggestions and solutions to overcome such an undesirable situation.

Keywords: Judiciary of I.R.I, Independence of the judiciary, financial supervision, budgeting, judicial planning.

1. Associate Professor, Department of Islamic Law, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran

2. Assistant professor, Shahid Beheshti University, Faculty of Law, Law and Economics, Department of Public Law and Economic Law, Tehran, Iran

3. PhD candidate, Shahid Beheshti University, Faculty of Law, Department of Criminal Law and Criminology, Tehran, Iran

Procedure of the Iranian Legislature in Determining the National Authorities

Abdolmajid Soudmandi[1]\ Mahmoud Abbasi[2]

Many international treaties explicitly or implicitly require the determination of national authorities by the contracting parties in order to implement all or part of the treaty obligations, and therefore, it is important to study the process of determining national authorities. In Iran, only the legislative and executive branches have played a role in determining national authorities; In this article, in order to identify the strengths and weaknesses of the Iranian legislature's procedure in determining national authorities, we have analyzed this procedure in a descriptive-analytical way. The result of the study is that due to the silence of the Constitution regarding national authorities, the legislature has, based on the general competence of legislation, the authority to determine national authorities for all international treaties and institutions. Despite this, in many cases, the legislature has left the determination/changing of national authorities to the executive branch, which is critical, especially considering that some of these national authorities are non-executive. Anyway, comprehensive knowledge of the treaty, which is required to determine a national authority, is generally obtained for parliamentarians at the time of ratification of a treaty, and therefore, the most appropriate tool for determining the national authority is the Act ratifying the treaty, but the legislature in rare cases has used these Acts to determine national authorities. Meanwhile ratification of a treaty by the executive branch, which is allowed in some cases, and determination of national authorities in the text of the treaties, have limited the power of the legislature to determine national authorities.
Keywords: National Authority, International Treaties, Act Ratifying a Treaty, Act related to the Implementation of a Treaty, Act Determining Membership Fee in International Institutions.

1. Assistant Professor of Law and Social Sciences, Payame Noor University, Tehran, Iran.

2. Associate Professor of Medical Ethics and Law Research Center, Shahid Beheshti University of Medical Sciences, Tehran, Iran

The Lexical Challenge of the Legislator of Administrative Justice in Connection with Damages in the Reforms of May 2023

Ayat Mulaee[1]

The process of evolution and the series of changes and reforms in the jurisdiction of the Administrative Court of Justice in connection with the civil responsibility of the government has recently entered a new phase. In the way that in May 2023, we witness the most recent case of reforms by the legislator of the Court of Justice. It seems that in this amendment, taking into account the use of new words, a new territory has been defined for the jurisdiction of the court, which deserves scientific attention. The present article has addressed this question with the understanding of such importance: What are the lexical challenges of the legislator "administrative justice" in the framework of Note (1) of Article 10 of the Law of the Court of Administrative Justice? In answering this question using the descriptive-analytical method, the most important results are as follows: First; the keywords of the government's civil responsibility in this document are "violation" and "special" and without understanding these words, it is not possible to decipher and explain the issue of this type of responsibility. Secondly; Violation of the subject of this type of responsibility can be imagined when a violation of "law" occurs alongside a violation of "jurisdiction". Therefore, the words "law" and "jurisdiction" have a special function here and are not considered as two independent categories. Thirdly; since at the top of the note, it is specified that the jurisdiction of the courts is general, as a result, it can be assumed that in the new reforms, these courts are the most important candidates for creating the theory of government civil responsibility in Iran.

Keywords: Violation of Legal Duties, Violation of Special Duties, Article 10 of the Law of the Administrative Court of Justice, Civil Liability of the Government, Administrative Justice.

1. Associate Prof. Department of Law, Faculty of Law & Social Sciences, University of Tabriz, Tabriz, Iran.

Judicial or Thematic Proceedings; Challenges and Ambiguities of Proceedings the Decisions of Specific Administrative Authorities

Adel Sheibani[1]\ Zahra Bidar[2]

Considering the ambiguities in the provisions of Articles 63 and 64 of the Administrative Justice Court Act, it is of particular importance to examine the limits of the jurisdiction of the Court's branches in dealing with the opinions of special administrative authorities. These ambiguities include the concept of "the presence of formal or substantive objections", "examination and adaptation of the issue in order to comply with the legal regulations" and "examination in terms of identifying the issue" in Articles 63 and 64, the lack of separation of the subject authorities in Articles 63 and 64, lack of attention to the multiple functions of some authorities, The lack of the task of the branches dealing with the decisions of the authorities is the subject of Article 64 in case of formal and procedural objections, Conducting legal proceedings instead of thematic proceedings or vice versa. A detailed examination and response to these uncertainties can help to improve the quality of proceedings and the justice in the Administrative Justice Court and improve the supervisory capacity of this institution to judicially control the decisions of the authority's subject to Article 10 Clause 2 of the Administrative Justice Court act. The findings of this research, which was carried out with a descriptive-analytical method indicate that the recognition of dedicated administrative organization in terms of their competence and function and the separation of "administrative courts" from "diagnostic administrative organizations" on the one hand, and "legal" or "thematic" proceedings on the other hand, based on the type of authority and how to file a complaint The plaintiff can reduce ambiguities and improve the quality indicators of proceedings in this field.

Keywords: Jurisdiction, special administrative authorities, legal and thematic proceedings, administrative court of justice, administrative proceedings.

1. Ph.D in Public Law, Department of Public Law, Faculty of Law, University of Qom, Qom, Iran

2. Ph.D in Department of Public Law. Faculty of Law, University of Qom, Qom. Iran

Feasibility to Invoke Qasame in Civil Tribunals

Hamid Afkar[1]

Evidence of proof has been clearly distinguished by the Iranian legislator in two area, civil and criminal. Some evidences such as confession, testimony and knowledge of the judge have been specified in civil and criminal regulations with the least difference in details, but some evidences such as Qasame have appeared with a narrow interpretation only in criminal regulations. Although criminal law has distinguished itself from civil law in terms of its purpose, nature and judicial system, the idea of using the same evidence system in the common domain of the two areas is not unlikely. For this reason, with the provision of the feasibility to demand Diya in the civil tribunals, invoking Qasame can be proposed as one of the means of proving the claim. In this research, with a descriptive and analytical method, while using the judicial procedure, the possibility to file a lawsuit for demanding Diya in the civil tribunals is endorsed, and following the adoption of this approach, the civil judge uses Qasame as a proof in the case of Diya, which is the intersection point between the civil and criminal tribunals, will be assessed. The findings of the research show that the non-exclusivity of evidence in civil matters, the absolute ability of the judge in handling all legal matters based on fixed rules, and the possibility of expanding the thinking of criminal proceedings to civil proceedings are the grounds for accepting Qasame as evidence in a civil tribunal; However, due to the incompetence of the civil court in dealing with the essence of the crime, the need for a narrow interpretation of the function of Qasame institution and the monopoly of some criminal tools to the criminal courts, the function of Qasame as a proof in the civil court should be abandoned.

Keywords: Qasame, Diya, Qesas, Proof of claim, Proof of crime. Civil tribunal.

1. Ph.D. in Private Law

Basics and Principles Governing the Re-Prosecution of the Accused

Saeed Ghaedi[1]

By issuing a restraining order based on the lack or insufficiency of evidence, the possibility of re-prosecution of the accused is foreseen according to Article 278 of the Criminal Procedure Law on the basis of ensuring judicial justice and dealing with criminal behavior. On the one hand, the legislator seeks to achieve justice for the persons who were not able to access them at the time of the hearing. On the other hand, it seeks to deal with breaking the norm and prevent unjustified and early release of the perpetrator from the clutches of justice. Despite this, the ruling of this article is exceptional and the principle that the accused cannot be re-prosecuted unless the principles that govern it, which are in line with the goals and general principles of the criminal procedure, are applied in the process of prescribing prosecution by the judicial authorities. The purpose of this research is to know the basics and principles governing the re-prosecution of the accused. Therefore, the fundamental question is, what are the principles governing the prosecution of the accused and is the judicial procedure determined to strictly implement these principles? This article, with a descriptive analytical method and by studying 19 re-prosecuted cases in Iran's criminal justice system, explains in detail the principles of the validity of the sealed order, the reasonableness of the process of re-prosecuting the accused, the correspondence, independence and priority of the court's judgment against the prosecutor's office, the possibility of re-prosecuting the accused by the court and The principle of the independence of the investigating authority against the judgment of the prosecutor and the court is the governing principle for the application of the prosecution of the accused And at the end, it is found that the judicial authorities involved in the application of the prescription

Keywords: re-prosecution of the accused, restraining order, new reason, prosecutor, court.

1. Ph.d student of Criminal Law and Criminology of university of judicial sciences

The Enforcement Guarantee of Criminal Actions Against Legal Entities in the Criminal Systems of the United States and Iran

Amin Nikoomanzari[1]

The American criminal justice system, as one of the pioneers in identifying criminal responsibility and determining various forms of criminal enforcement guarantees for legal entities, can serve as successful model for other criminal justice systems. Providing appropriate enforcement guarantees for legal entities and offering solutions for the precise determination of each of these enforcement guarantees can be considered among the characteristics of the American legal system. The present paper adopts an analytical-descriptive approach and utilizes library sources to introduce and evaluate each of the criminal enforcement guarantees in this country. Furthermore, in line with the discussion, it examines the legislative gaps in the field of criminal law in Iran from a comparative perspective. The analysis of the enforcement guarantees present in the American criminal justice system indicates that they are designed to ensure the objectives of reparation, punishment, and prevention, taking into account the types of legal entities, the nature of their activities, the level of risk, annual financial turnover, and the extent of harm caused. Along with the guidelines for determining penalties, these guarantees aim to achieve the desired goals and consequences of the criminal justice system. However, despite the diversity of criminal enforcement guarantees in the Iranian legal system, it has failed to provide a suitable categorization of enforcement guarantees for legal entities, unlike the American legal system. Drawing inspiration from the American legal system in certain aspects of criminal enforcement guarantees can help address legislative gaps in this area.

Keywords: legal entities, American criminal law, reparation enforcement guarantee, punishment enforcement guarantee, preventive enforcement guarantee.

1. Ph.D. in Law, Judge in the Judiciary System

An Analysis of "Debtor's Required Telephone" as an Example of Debt Exceptions

Ehsan Nemati[1]\ Seyyed Hasan Hoseini Moghaddam[2]

Article 24 of Financial Convictions Enforcement Law, approved in 2015, has enumerated the minimum requirements for the continuation of an ordinary life, such as "the debtor's required telephone," in the form of debt exceptions and exempts it from seizure. The way of inserting the phrase "Required Phone" in aforementioned law is such that in practice has caused challenges during the enforcement of the sentences. The main question of the current research is the necessary circumstances for identifying a phone as an exception to debt, and the conditions of its seizure. Using a library method and a descriptive and analytical approach this study reaches the answer that the example of " required phone " includes its belongings too and the primary criterion for identifying the need and the dignity of the condemned person will be the reasonable criterion and in special cases, personal criteria can also be taken into account. Also, if the phone is needed by the condemned person and is in his dignity, or if it is a business tool and furniture needed for his life, then it is supported under debt exceptions. In cases of luxury and unreasonableness of the phone and its accessories, multiplicity of sim cards of the condemned person, whether it is a loan, having an obligation to return the phone, or introducing the phone by condemned person, seizure becomes possible.

Keywords: Debt Exceptions, the Required Phone, Creditor, Debtor, Seizure, Bid.

1. Master of Private Law, Faculty of Law and Political Science, University of Mazandaran, Babolsar, Iran.

2. Associate Professor, Department of Private Law, Faculty of Law and Political Science, University of Mazandaran, Babolsar, Iran.

The Applicable Law to The Substance Of Arbitral Disputes In International Commercial Arbitration In The Absence Of The Selection by the Parties To The Dispute

Saeed Johar[1]

In international commercial arbitration, the parties to the dispute are free to select the law that governs the substance of their dispute; provided that the chosen law is not contrary to the public order and peremptory norms. In case the parties have not chosen the law, which governs the nature of the dispute, the dissention arises. The absence of the selection of the applicable law governing the dispute slows down the arbitration process. In this case, the "arbitrator" must determine the law according to which the nature of the case is heard; due to the involvement of an international body in the dispute and the silence of the parties, the law governing the nature of the dispute is not clear from the beginning. Based on what is mentioned above, the "arbitrator" confronts several options which are discussed as the approaches in this research paper; meanwhile, the orientation of the countries and the arbitration organizations towards the approaches included the restrictions of such selection is examined. This article, while conducting a comparative study with the library method, relies on the assumption that the arbitrator has the same will as the parties in choosing the law that governs the nature of their dispute.

Keywords: Arbitration, international commercial, direct and indirect approach, applicable law, substantive law.

1. Ph.D. in Private Law, Judge of Sirjan

Abstract

Critical Analysis of the Uniform Judicial Precedent Vote No. 805 The Plenary Assembly of the Supreme Court

Mostafa Karbalaei Aghazadeh[1]

Based on the application of Article 230 of the Civil Law and the last part of Article 522 of the Civil Procedure Law approved in 1379, it is stated in the unanimous decision No. 805 dated 16 January 1399 that individuals can agree on more than "reduction in the purchasing power of money" and "monetary benefit". ; An analysis that makes money in its modern sense, which is considered as a means of exchange and public storage of the value of goods and services and a debt document of banks and governments, private individuals can create money for "nothing" alongside them. In this article, based on the principle of the necessity of uniting the case of debt with the case of surrender and that "natural benefit of money" is a separate thing from "decrease in purchasing power of money" and all of them are different from "usury", it was proved that the compensation of "decrease in purchasing power of money" And "natural interest (interest) of money" is considered one of the meanings of today's money. However, it is contrary to public order that the parties can agree on more than them. Because it leads to interference in the debt documents of governments and banks. Therefore, what is stated in the unanimous vote is subject to serious criticism. It is hoped that the judges of the Supreme Court will revise it in a new decision considering its inflationary effects.

Keywords: Money, creation of money, usury, lack of benefit of money, purchasing power of money, natural benefit of money.

1. Ph.D. in Private Law, Law School, Mofid University, qom, Iran

The Challenges of Legal Requirement for Draft, and the Delivery of the Cheque in the Sayyad System

Nader Vellaei[1]\ Ali Hossein Zadeh[2]\ Reza Khatabakhsh[3]

The legal requirement for draft, and the delivery of the cheque in the Sayyad system, is prescribed in Cheque Issuance Act; article 21, note 1. Regarding to cheques that not submitted in the Sayyad system are not govern under Cheque Issuance Act .The situation of this non submitted cheques in compliance with holder rights related issuance and delivery is needed to review and it seems with there is legal gap resulted casue dispute in the judicial procedure. The major requirements of the cheques has been determined in Tejart Act, and the changes in the Cheque Issuance Act has caused legal disputes in this requirements; in this matter the aim of the legislator and legal phrases has a single significance as to the abrogation or not implied abrogation Commercial Act implied abrogation is an exception because contrary to express abrogation; in this situation conflict in a single issue is attributed to the legislator,The purpose of the legislator was to supervised the cheques in circulation and increase their credits, for example the use of stolen and lost cheques were limited. On the other hand, the terms of the above regulation have only excluded the unregistered cheques from the scope of the Cheque Issuance Act, and in the sense of negating the possibility of the flow of the provisions of the Commercial Act on this cheque. In the present research, emphasizing on the judicial procedure and existing disputes, the examples related to the present discussion are analyzed analytically

Keywords: cheque, Sayyad system, requirements of the cheques draft, sanction, judicial procedure.

1. Phd in Private Law
2. Phd Student in Criminal Law and Criminology
3. Master of Private Law

Contents

The Challenges of Legal Requirement for Draft, and the Delivery of the Cheque in the Sayyad System ..... E
Nader Vellaei\ Ali Hossein Zadeh\ Reza Khatabakhsh
Critical Analysis of the Uniform Judicial Precedent Vote No. 805 The Plenary Assembly of the Supreme Court ..... F
Mostafa Karbalaei Aghazadeh
The Applicable Law to The Substance Of Arbitral Disputes In International Commercial Arbitration In The Absence Of The Selection by the Parties To The Dispute ..... G
Saeed Johar
An Analysis of "Debtor's Required Telephone" as an Example of Debt Exceptions ..... H
Ehsan Nemati\ Seyyed Hasan Hoseini Moghaddam
The Enforcement Guarantee of Criminal Actions Against Legal Entities in the Criminal Systems of the United States and Iran I
Amin Nikoomanzari
Basics and Principles Governing the Re-Prosecution of the Accused .. J
Saeed Ghaedi
Feasibility to Invoke Qasame in Civil Tribunals ..... K
Hamid Afkar
Judicial or Thematic Proceedings; Challenges and Ambiguities of Proceedings the Decisions of Specific Administrative Authorities L
Adel Sheibani\ Zahra Bidar
The Lexical Challenge of the Legislator of Administrative Justice in Connection with Damages in the Reforms of May 2023 ..... M
Ayat Mulaee
Procedure of the Iranian Legislature in Determining the National Authorities ..... N
Abdolmajid Soudmandi\ Mahmoud Abbasi
The Challenges of Optimization of Resource Allocation in the Judiciary of the Islamic Republic of Iran ..... O
Rahim Nobahar\ Mojtaba Ghasemi\ Fateme Saffari
Requirements of the Ideal Model of Supervising Judges in the Light of the Principle of Independence of the Judge ..... P
Salman Emrani\ Hadi Rezvan\ Ramin Malek
Formulating the Indicators and Designing the Model of Judicial Development (Case study: Judiciary of Tehran province) ..... Q
Mehdi Haji Hosseini\ Khalil Mirzaei\ Hassan Mohaddasi Gilvai
Necessity or Possibility to be Divine Inherent Human Dignity ..... R
S. Ghasem Zamani\ Mohammad Javad Feyz

The Judiciary's

Law Journal

Scientific Research Quarterly Journal of the Judiciary

■ **Director-in-Charge:** Alireza Amini
■ **Editor-in-Chief:** Mohammad Hasan Sadeghi Moghadam
■ **Director-in-Chief:** Leilasadat asadi
■ **English Text Editor:** Marzieh Aghamirsalim
■ **Technical Editor:** Somayeh Safaei
■ **Designer and layout:** Maryam Heidari
■ **Address:** Tehran\ Shahid Chamran Highway\ Yadegar Imam Highway\ After Evin Darkeh exit\ Judiciary Research Institute
■ **Postal Code:** 1983846514
■ **Telex:** 021-22091869
■ **Web Site:** www.jlj.ir
■ **Email:** law.journal1316@gmail.com

Editorial Board

Rabiaa Eskini
Professor of Tehran Nuclear Science and Technology Research Institute
Gholamhossein Elham
Associate Professor of University of Tehran
Khirollah Parvin
Professor of Tehran University
Mohammad Javad Javid
Professor of Tehran University
vali rostami
Professor of Tehran University
Siamak Rahpeik
Professor of University of Judicial Sciences and Administrative Services
Mohammad Hadi Sadeghi
Professor of Shiraz University
Mohammad Hasan Sadeghi Moghadam
Professor of Tehran University
Abbasali Kadkhodaei Elyadrani
Professor of Tehran University
Fazlollah mousavi
Professor of Tehran University
Hossein Mirmohammadsadeghi
Professor of Shahid Beheshti University

The Judiciary's

Law Journal