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

مطالعه تطبیقی شرط «حین انجام کار کارگر» در مسؤولیت مدنی کارفرما ۵
حبیب اله رحیمی، خسرو محمودزاده
انعقاد و انحلال عقد نکاح با شرط نتیجه ۳۷
سجاد علمی کنک لو، علی غریبه، اسماعیل صغیری
بررسی تطبیقی تعهدات ناشی از قراردادهای بیمه حمایت حقوقی ۵۷
محسن قاسمی
مسؤولیت انتظامی در نظام پرداخت الکترونیکی کارتی ایران ۸۵
بهزاد عبداله‌زاده، جواد حسین‌زاده، فاطمه قناد
تحلیلی نو از موضوع، اوصاف و احکام عقد سرقفلی در قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۷۶ (با نقدی بر رویه قضایی) ۱۱۹
مصطفی کربلائی آقازاده
امکان‌سنجی طرح دعوای متقابل در دیوان عدالت اداری ۱۴۹
پردیس ازاری، محمدامین ابریشمی راد
بررسی مقایسه‌ای استانداردهای «رفتار منصفانه و عادلانه» و «حمایت و امنیت کامل» در حقوق سرمایه‌گذاری خارجی ۱۷۷
امین کلیشادی نجف‌آبادی، مسعود شیرانی، رضا سلطانی
بررسی فقهی حقوقی بازگشت منفعت و زوال عضو یا نفس در زمان انتظار ۲۰۹
انسیه سلیمی، عادل ساریخانی
حق بر ترجمه و جایگاه آن در تحقق دادرسی عادلانه در نظام عدالت کیفری ایران .....
..... ۲۳۷
حیدر پیری
گستره موضوعی مسؤولیت مدنی داور از حیث تصمیمات صادره از سوی او .. ۲۶۹
محمدجواد چراغی، بهنام انصافی‌آذر، حکمت‌الله عسکری
داوری؛ روش طبیعی یا استثنایی حل و فصل اختلاف ۲۹۳
محمدرضا آرام، فیض‌الله جعفری
بررسی استقلال سازمانی قوه قضاییه؛ با تاکید بر امور اداری، استخدامی و تشکیلاتی، در ایران و آمریکا ۳۲۱
سکینه سرباز، خیراله پروین
الگوهای دخالت دولت در کانون‌های وکلا؛ مطالعه موردی اتریش ۳۵۷
علی بهادری جهرمی، روح اله همت طبالوندانی، کمال کدخدامرادی
واکاوی نظریه شناسایی صلاحیت اختصاصی برخی وکلا ۳۸۳
رضا زهروی، زهرا امامیان دهقی، علی استرکی
عوامل اجتماعی و فرهنگی مؤثر بر بروز نزاع‌های دسته‌جمعی: مطالعه موردی شهرستان شهریار ۳۹۹
راضیه صابری، زینب باقری‌نژاد، سجاد شکیبایی
چالش‌های قضایی نهاد نظارت الکترونیکی ۴۴۱
فرید محسنی، عارف جعفریان

مجله حقوقی دادگستری

مقاله پژوهشی/ دوره ۸۹/ شماره ۱۲۹/ صفحات: ۳۵-۵
تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۳/۲۵ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۰۳/۰۸

مطالعه تطبیقی شرط «حین انجام کار کارگر» در مسؤولیت مدنی کارفرما

حبیب اله رحیمی[۱]، خسرو محمودزاده[۲]

چکیده

در ماده ۱۲ قانون مسؤولیت مدنی، برای تشخیص محدوده شرط «حین انجام کار کارگر»، که در صدد تعیین قلمرو مسؤولیت کارفرما بوده، معیاری اعلام نشده است و محدوده این شرط دارای خلاء قانونی است. از طرفی، از معیارهای ماده ٦٠ قانون تأمین اجتماعی نمی‌توان برای شرط حین انجام کار در ماده ۱۲ قانون مسؤولیت مدنی وحدت ملاک گرفت؛ چون این دو ماده از لحاظ مسؤول پرداخت خسارت، اشخاص تحت حمایت و نوع خسارت تحت پوشش دارای تفاوت های اساسی می‌باشند. خلاف قاعده بودن مسؤولیت کارفرما و مطابق قاعده بودن مسؤولیت سازمان تأمین اجتماعی از دیگر تفاوت های اساسی این دو ماده است.

رویه قضایی انگلیس که سابقه‌ای دیرینه با این شرط دارد، با انتخاب معیارهای متفاوت بر مبنای تحولات اجتماعی، نقشی فعال در تعیین معیار شرط موضوع بحث داشته؛ به این نحو در سال ۲۰۰۲ در پرونده معروف به لیستر، با انتخاب معیار «ارتباط نزدیک»، با هدف جبران خسارت قربانیان، موجب گسترش محدوده حین انجام کار کارگر شد، اما متعاقباًدیوان عالی کشور انگلیس در سال ۲۰۲۰ در پرونده موریسون، معیار ارتباط نزدیک به مفهوم ارتباط متعارف بین کار مورد استخدام و فعل زیان‌بار کارگر را به عنوان قاعده تعیین کرد. در حقوق ایران، هر چند رویه قضایی از قید و بند تقصیر و قواعد عام رهایی نیافته است، اما در برخی موارد، با گسترش مصادیق تقصیر کارفرما یا انتساب خسارت به مجموعه فعالیت کارفرما، سعی در گسترش محدوده مسؤولیت کارفرما داشته و بلکه ساختار معیار «ارتباط نزدیک» متعارف حقوق انگلیس را به ذهن متبادر می‌نماید.

واژگان کلیدی: مسؤولیت مدنی، معیار ارتباط نزدیک، کارگر، کارفرما، حین انجام کار

---

۱. دانشیار دانشکده حقوق دانشگاه علامه طباطبایی (نویسنده مسئول)
Rahimi@atu.ac.ir

۲. دوره دکتری حقوق خصوصی دانشکده حقوق دانشگاه علامه طباطبایی
babaklegally@gmail.com

درآمد

قاعده آن است که هر شخصی مسؤول جبران خسارت ناشی از تقصیر خویش باشـــد، اما به طور استثناء، ممکن است شـــخصی بدون این‌که مرتکب تقصیریشود به سبب فعل زیان‌بار دیگری مسؤول قرار گیرد. مسؤولیت کارفرما ناشی از فعل زیان‌بار کارگر، از مصادیق بارز مســـؤولیت مدنی ناشی از فعل غیر است، که علاوه بر شرایط عمومی مسؤولیت، مستلزم شرایط ویژه‌ای می‌باشد که شرط وقوع فعل زیان‌بار کارگر «حین انجام کار» او، از جمله آن شرایط است.

ماده ۱۲قانون مســـؤولیت مدنی، ضرورت حیـــن انجام کار بودن فعل زیان‌بار کارگر را به عنوان یکی از شرایط تحقق مسؤولیت کارفرما تصریح نموده، اما ابعاد این شرط، به خصوص معیار تعیین محدوده آن، در ابهام است. از آن‌جائی که شرط حین انجام کار کارگر، موجب تعیین قلمرو مسؤولیت کارفرما به سبب فعل زیان‌بار کارگر می‌شود، پس قلمرو مسؤولیت کارفرما، به علت مجهول ماندن محدوده شرط موضوع بحث نیز نامعلوم است.

در حقوق دو کشـــور انگلیس و فرانسه، به عنوان نمونه بارز نظام‌های حقوقی کامن لو و رومی ژرمنی، قواعد مســـؤولیت مدنی مبتنی بر آرای قضایی بوده و دارای اختلاف ساختاری با حقوق ایران می‌باشند (صفایی و رحیمی، ۱۳۹۹: ۱۴-۱۷). شرط موضوع بحث تا حدودی در حقوق فرانســـه مورد تحقیق واقع شـــده است (یزدانیان، ۳/۱۴۰۲: ۱۶۰ به بعد)؛ پژوهش حاضر با اعتقاد به اســـتخراج قواعد مسؤولیت مدنی از رویه قضایی (صفایی و رحیمـــی، ۱۳۹۹: ۱۴-۱۷)، واجد وصف تطبیقی با حقوق انگلیس اســـت که مبتنی بر رویه قضایی و در خصوص شرط حین انجام کار کارگر، دارای تحولات قابل ملاحظه بوده است.

در این مقاله، ضمن بررســـی مفهوم و معیار شـــرط حین انجام کار کارگر، به ترتیب معیارهای به کار گرفته شده برای احراز این شرط در حقوق انگلستان و سپس ایران، تبیین و ارزیابی می‌شود.

۱. مفهوم شرط حین انجام کار کارگر

شرط حین انجام کار، در نظام کامن لو، خصوصاً حقوق انگلیس، تحت عنوان (In the course (scope) of employment) مطـــرح و به علت عدم وجود معیاری

معلوم و معین جهت تشـــخیص آن و وجود اختلاف نظر شدید، یک محدوده وسیع و نامشـــخص را در اختیار رویه قضایی قرار داد. معیارهای مختلف ارائه شده بر تفسیر مضیق و یا تفسیر موســـع آن تاثیرگـذار می‌باشد؛ چنانچه مبنای این شرط، در جهت ایجاد انگیزه و حمایـــت از کارفرما باشـــد، محدوده شرط محدود و مبتنی بر تفسیر مضیق است؛ اما چنانچه مبنای شرط، حمایت از زیان‌دیده و جبران خسارت او باشد، محدوده شرط مبتنی بر تفســـیر موسـع خواهد بود. این شرط به قدری دارای اهمیت است که در دو نظـــام حقوقی مبـــتنی بر نظریه مسؤولیت بدون تقـصیر و مبتنی بر نظریه تقـصیر[1] مطرح اسـت (Giliker, 2010: 20). با این توصیـف، به نظر می رسد شـــرط موضوع بحث که متضـــمن دو عنصر «رابطه کارگر و کارفرمایی» و «ارتباط تنگاتنگ و متعارف بین فعل زیان‌بار کارگر با کار مورد استخدام او» می‌باشد، در صدد بیان و اعلام یک محدودیت برای قلمرو مســؤولیت کارفرما به سبـــب فعل زیان‌بار کارگر است، اما این شرط خود معیار نیست که بر اساس آن بتوان قلمـــرو معلوم و معین برای محدوده فعل زیان‌بار تحت شمول مسؤولیت کارفرما را ترسـیم کرد؛ بلکه مفهومی اســـت که برای تعیین و مشـــخص نمودن محدوده آن، تعیین معیار ضروری است.

در حقوق ایران شـــرط موضوع بحث بدین نحو در ماده ۱۲ قانون مسؤولیت مدنی آورده شـــده است: «کارفرمایانی که مشـــمول قانون کار هستند مسؤول جبران خساراتی می‌باشـــند که از طرف کارکنان اداری و یا کارگران آنان در حین انجام کار یا به مناســـبت آن وارد شده است ...». این ماده فاقد تعریف یا توضیحی در ارتباط با مفهوم یا معیار شـــرط مذکور می‌باشد و اندیشمندان حقوقی جهت تشریح و تبیین آن به ماده ٦٠ قانون تامین اجتماعی مصوب ۱۳٥٤ رجوع نموده اند (صفایی و رحیمی، ۱٤۰۲: ۳٤۲؛ کاتوزیان، ۲/۱٤۰۲: ۱٥) که به شرح آتی مورد تحلیل و نقد قرار خواهد گرفت.

در نظر دکترین حقوق مسؤولیت مدنی ایران، انجام کاری که مرتبط با وظیفه و

---

۱. شـــرط حین انجام کار کارگر و تعیین معیاری مشـــخص برای این شرط در این فرض هم اثرگذار می‌باشد؛ چنانچه فعل زیان‌بار کارگر در محل کار در حالی که مشغول انجام کار می‌باشد واقع گردد، تقصیر به ســـهولت قابلیت انتســـاب به کارفرما را دارد (بر مبنای نظریه تقصیر) و مسؤولیت بر عهده کارفرما قرار می‌گیرد؛ درغیر این صورت تقصیر متوجه کارگر بوده و مسؤولیت بر عهده وی می‌باشد.

کار مورد استخدام کارگر باشد (صفایی و رحیمی، ۱۴۰۲: ۳۴۳) و یا در زمره لوازم کار کارگر باشـــد (کاتوزیان، ۱۴۰۲/۲: ۱۵)؛ به عبارتی کاری که ارتباط تنگاتنگ با فعالیت کارگاه و وظایف محوله به کارگر داشته باشد، دلالت بر شرط حین انجام کار کارگر دارد (بابایی، ۱۴۰۱: ۱۵۲).

۲. معیار شرط حین انجام کار کارگر

در این قســـمت، معیار شرط حین انجام کار کارگر، ابتدا در حقوق انگلیس و سپس در حقوق ایران مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۱-۲. حقوق انگلیس

در حقوق انگلیس چند معیار برای تشخیص شرط موضوع بحث مطرح و به کار گرفته شـــده که ضمن تبیین وضعیت فعل زیان‌بار ممنوع شده، هر یک از معیارها به شرح آتی تبیین می‌شود.

۱-۱-۲. فعل زیان‌بار ممنوع شده

صرف سرپیچی کارگر از دســـتورالعمل کارفرما، به خودی خود موجب قطع ارتباط فعل زیان‌بار و کار مورد اســـتخدام و رهایی کارفرما از مســـؤولیت نمی‌شـــود (Markesinis &Beakin, 1999: 548)[1]؛ بلکه آثار تخلف کارگر بســـتگی به موضوع منع کارفرما دارد؛ اگر موضوع منع تعیین محدوده و نوع کار مورد اســـتخدام نباشـــد، اصولاً فعل زیان‌بار کارگر حین انجام کار تلقی می‌شود؛ به طور مثال در پرونده شرکت بیمـــه قرن علیه حمل و نقل جاده‌ای[2]، راننده کامیون حمل بنزین در حین رانندگی به طور تقصیر آمیز کبریتی را برای روشـــن کردن سیگار خود رها نموده و این کبریت موجب انفجار تانکر بنزین، ماشین و چند خانه مجاور گردید. مجلس اعیان انگلیس، فعل زیان‌بار کارگر را در حین انجام وظیفه تلقی نمود؛ زیرا اولاً، روشن کردن سیگار یک عمل برای راحتی و آســـایش کارگر می‌باشد و لازمه کار است؛ ثانیاً، در جایی که کارفرما کارگر را از انجام فعلی منع نموده، منظور ارشـــاد و راهنمایی کارگر در نحوه انجام وظیفه خویش است؛ نه تعیین نوع کار یا محدوده و قلمرو کار موضوع استخدام؛ ضمن این‌که ارتکاب بعضی از افعال زیان‌بار، از لوازم و ضروریات کار مورد استخدام

1. (… It is equally clear that disobedience of instructions will not automatically remove any connection between the employee's actions and his employment…).
2. Century Insurance v NI Road Transport Board (1942) AC 509.

می‌باشـــد؛ لذا صرف منع از جانب کارفرما و ســـرپیچی کارگـــر موجب خروج فعل زیان‌بار ارتکابی از محدوده کار نمی‌باشـــد (Century Insurance, 1942). البته اگر کارگر جهت حفظ منافع کارفرما، عمداً از دستورالعمل وی سرپیچی کند، فعل زیان‌بار حین انجام کار تلقی می‌شـــود (Giliker, 2010: 154). اگر موضوع دستورالعمل منع کارگر، تعیین محدوده و نوع کار موضوع اســـتخدام باشـــد؛ به طور مثال، کارفرما به راننده اتوبوس دســـتور دهد در محدوده مشخصی اقدام به حمل و نقل کند و راننده بعد از رســـیدن به مقصد، اقدام به حمل و نقل در مســـیری مازاد بر مسیر تعیین شده نماید و مرتکب فعل زیان‌بار منجر به خســـارت شـــود، چون منظور از دستور العمل منع، راجع به تعیین محدوده و قلمرو کار می‌باشـــد، ســـرپیچی کارگر و فعل زیان‌بار محقق شده و کارفرما فاقد مسؤولیت است (Giliker, 2010: 154). البته در فرضی که خروج از محدوده تعیین شـــده، با کار مورد استخدام ارتباط نزدیک و تنگاتنگ داشته و به نفع کارفرما هم باشـــد، به نظر می رسد فعل کارگر در حین کار تلقی و خسارت وارده تحت مسؤولیت کارفرما قرار گیرد.

۲-۱-۲. معیار سنتی« سالموند»[1]

در حقوق انگلیس، معیار ســـنتی برای تعیین محدوده «حین انجام کار کارگر» را جان ســـالموند[2] مطرح نمود؛ به این مفهوم که فعل زیان‌بار کارگر در صورتی «حین انجام کار» تلقی می‌شـــود که کارفرما انجام آن را به کارگر دســـتور داده باشـــد و یا کارگر فعل دســـتور داده شـــده کارفرما را به طریق غیر مجاز انجام دهد (Salmond and Heuston and Salmond, 1997: 443 ;Giliker, 2010: 158)[3]؛ دـــر غیر این صورت، فعل زیان‌بار کارگر حین انجام کار تلقی نمی‌شود و کارفرما متحمل مسؤولیتی نخواهد بود.

قاعده نخست معیار ســـالموند، دستور انجام فعل زیان‌بار از جانب کارفرما به کارگر، به علت این‌که موجب اختلاط بین مســـؤولیت شـــخصی و مسؤولیت ناشی

1. Salmond test
2. Sir John Solmond
3. (… A master is not responsible for a wrongful act done by his servant unless it is done in the course of his employment. It is deemed to be so done if it is either (1) a wrongful act authorised by his master, or (2) a wrongful and unauthorized mode of doing some act authorized by the maste)

از فعل غیر می‌شـــود، غیر مفید و غیر معتبر اســـت؛ چرا که دستور انجام فعل زیان‌بار از کارفرما، همان معیار یا تئوری دســـتور صریح یا ضمنی اســـت که در قالب نظریه نمایندگی مطرح و به موجب آن، فعل کارگر به منزله فعل کارفرما تلقی می‌شود؛ پس مســـؤولیت مدنی شخصی و مبتنی بر تقصیر بر عهده کارفرما بوده و مسؤولیت ناشی از فعل غیر و به تبع آن شـــرط موضوع بحث منتفی است (Giliker, 2010: 158)؛ اما قاعده دوم معیار سالموند، طریقه غیرمجاز انجام فعل اجازه داده شده از سوی کارفرما به کارگر، کاربردی و معتبر بوده و در قرن بیســـتم بر نظام حقوقی کامن لو حاکمیت داشـــته است؛ به طور مثال در پرونده لیمپوس علیه لاندن[1]، شرکتی که کارگر خویش (راننده اتوبوس) را از ســـرعت غیرمجاز منع نمود و راننده به علت تخطی از سرعت مجاز موجب خســـارت گردید، بر اساس تصمیم دادگاه به علت فعل زیان‌بار کارگر مسؤول قرار گرفت؛ به این علت که راننده در زمان تخلف (سرعت غیر مجاز) و وقوع حادثه در حال انجام کاری بوده که بدان علت اســـتخدام شـــده بود و این طبق قاعده دوم معیار ســـالموند انجام دادن کار اجازه داده شده از کارفرما توسط کارگر می‌باشد که کارگر آن را به طریق غیر قانونی انجام داده اســـت (Limpus. 1862)؛ به عبارت دیگـــر، هر چند دلیل حدوث تصادف، تقصیر راننده یعنی ســـرعت غیر مجازی بوده کـــه کارفرما آن را منع کرده بود، اما نبایـــد به جزئیات فعالیت مثل رانندگی، بارگیری یا باربندی توجه نمود، بلکه باید به کلیت کار توجه شـــود (Nicholas, 2018: 839; Tunk, 1983: chpter13 part 2; Markesinis & Beakin, 1999: 547).

معیار ســـالموند مبتنی بر اقتدار کارفرما است؛ به این مفهوم که دادگاه در زمان تحلیل فعل زیان‌بار، انگیزه کارگر را مورد بررســـی قرار می‌دهد و چنان‌چه این انگیزه در جهت انجام کار مورد استخدام و منافع کاری کارفرما بوده باشد، فعل زیان‌بار حین انجام کار تلقی می‌شود (Nolan, 2020: 609-625)[2].

1. Limpus v London General Omnibus (1862).

۲. بـــا این تحلیل به نظر می رســـد، زمانی می توان گفت که فعل زیان‌بـــار کارگر به انگیزه انجام کار مورد استخدام بوده که خود فعل زیان‌بار کارگر، جزئی از کار مورد استخدام یا از لوازم آن بوده باشد، اگرچه ، به طریق نادرســـت، غیر مجاز و یا غیر قانونی واقع شـــده باشد. بنابر این فعل زیان‌بار تقصیر آمیز کارگر در جهت انجام کار مورد استخدام، حین انجام کار تلقی می گردد، به طور مثال کارگری هنگام بنایی، آجری از دستش رها و موجب ورود خسارت به ثالث می گردد، اما فعل زیان‌بار عمدی به علت این‌که نمی تواند جزئی از کار مورد اســـتخدام یا از لوازم آن باشد، حین انجام کار تلقی نمی

معیار سالموند در خصوص فعل زیان‌بار عمدی کارکرد نداشت و لذا مجلس اعیان انگلیس در پرونده سوء استفاده جنسی معروف به پرونده لیستر[1]، معیار «ارتباط نزدیک» را جایگزین آن نمود (Nolan, 2020: 609-625; Giliker, 2017: 158). منظور از فعل زیان‌بار عمدی، فعلی نیست که موضوع کار مورد استخدام یا از لوازم آن باشد؛ چرا که در این صورت، به علت این‌که فعل زیان‌بار موضوع دستور کارفرما بوده، پس مسؤولیت مدنی ناشی از فعل غیر و به تبع آن شرط موضوع بحث منتفی است و موضوع مشمول مسؤولیت شخصی می‌باشد.

۳-۱-۲. معیار ارتباط نزدیک

در پرونده معروف به لیستر، مؤسسه‌ای جهت تهیه مکان و مسکن برای مدیریت و مواظبت بچه‌های دارای عقب‌ماندگی ذهنی، اقدام به استخدام مدیری به نام واردن[2] نمود که در سال‌های ۱۹۷۹ الی ۱۹۸۲ بچه‌های تحت سرپرستی خود را مورد سوء استفاده جنسی قرار می‌داد. از لحاظ کیفری دعاوی متعدد بر علیه واردن مطرح شد و موجب محکومیت کیفری او به حبس گردید، اما از لحاظ جبران خسارت، به دلیل عدم کنترل و نظارت مؤسسه و عدم دقت در انتخاب واردن، دعاوی زیادی برای جبران خسارت علیه مؤسسه طرح شد که دادگاه‌های بدوی و تجدید نظر انگلیس دعاوی خواهان‌ها را در خصوص مسؤولیت کارفرما به سبب فعل زیان‌بار واردن، به علت عمدی بودن آن، نپذیرفتند (Lister, 2002). به واقع، محکومیت شرکت خوانده بر اساس معیار سالموند ممکن نبود؛ زیرا فعل سوء استفاده جنسی مدیر از بچه‌ها، طریق یا وسیله غیر مجاز فعلی که مؤسسه اجازه داده باشد محسوب نمی‌گردید تا دادگاه‌ها بر اساس معیار سنتی سالموند بتوانند حکم بر محکومیت شرکت به سبب فعل زیان‌بار واردن صادر نمایند. بر این اساس، دادگاه‌های بدوی و تجدید نظر انگلیس، شرکت استخدام کننده را مسؤول تلقی ننمودند (Giliker, 2017: 6-9; Lister, 2002).

گردد؛ به طور مثال کارگری هنگام بنایی عمداً آجری را به سوی ثالث پرتاب نماید. مگر این‌که موضوع کار مورد استخدام متضمن ورود خسارت به اشخاص ثالث باشد که در اینصورت به نظر می رسد به علت این‌که فعل زیان‌بار موضوع دستور کارفرما بوده پس مسأله مسؤولیت مدنی ناشی از فعل غیر و به تبع آن شرط موضوع بحث منتفی و موضوع مشمول مسؤولیت شخصی می‌باشد.

1. Lister v Hesley Hall Ltd] 2002[1 AC 2015
2. Warden

در سال‌های ۱۹۷٤ الی ۱۹۹۰ آمار رو به افزایشی از سوء استفاده جنسی از بچه‌ها در منازل مسکونی توسط اشخاص مورد اعتماد در بریتانیا بر ملا شد و این وضعیت به یک مشکل حاد و حقیقتی نگران کننده برای خانوادها تبدیل شده بود. در این راستا مجلس اعیان انگلیس[1] در پرونده معروف به لیستر، جهت جمع کردن این رسوایی و مشکلات ناشی از عدم شناسائی فاعل فعل زیان‌بار، نداشتن تمکن مالی او یا گذشت مدت زمان مدید از این فاجعه و فوت فاعل، مسؤولیت فعل غیر کارفرما را به عنوان ابزاری جهت جبران خسارت اشخاصی که مورد سوء استفاده قرار گرفته بود، با ارائه معیار «ارتباط نزدیک[2]» به جای معیار سالموند، برگزید؛ با این استدلال که فعل زیان‌بار فاعل به نحوی با کار مورد استخدام او ارتباط نزدیک دارد که تحمیل مسؤولیت جبران خسارت زیان دیده بر کارفرما منصفانه[3] و عادلانه[4] است؛ اگر چه مراقبت و احتیاط معقول از جانب کارفرما رعایت شده و او مرتکب تقصیری نشده باشد (Giliker, 2017: 6-9; Nolan, 2020: 609-625).

منظور از ارتباط در معیار ارتباط نزدیک، آن است که صرف وجود ارتباط زمینه‌ای وقوع فعل زیان‌بار با کار مورد استخدام، برای تلقی حین انجام کار کارگر کافی می‌باشد؛ به عبارت روشن‌تر، منظور ارتباط در این معیار، پاسخ مثبت به این سؤال است که آیا اگر کار مورد استخدام نبود، فعل زیان‌بار کارگر هم واقع نمی‌شد (Morgan, 2012: 636). با این استدلال به نظر می‌رسد وجه تمایز اصلی معیار سالموند با معیار ارتباط نزدیک، آن است که معیار سالموند به علت این‌که مبتنی بر اقتدار کارفرما می‌باشد، بر انگیزه کارگر در انجام کار مورد استخدام تمرکز دارد؛ اما معیار ارتباط نزدیک به علت خروج از مبنای اقتدار کارفرما، از طریق احراز نوعی ارتباط گسترده، نامحدود و نامعقول بین فعل زیان‌بار و کار مورد استخدام و بر مبنای مفاهیم انصاف و عدالت، سعی در انتساب خسارت به کارفرما دارد. این معیار از معیار ارتباط نزدیک که توسط دیوان عالی کشور کانادا در پرونده معروف به بازلی[5] پذیرفته

1. Hous of Lord
2. Close Connection
3. Fair
4. Just
5. Bazley v. Curry, [1999] 2 S.C.R. 534

شده، نشأت گرفته و با کارکردهای سهولت در جبران خسارات و بازدارندگی، مبتنی بـــر نظریه خطر می‌باشـــد (Bazley, 1999; Morgan, 2015: 178; Giliker, 2010: 168)؛ بـــه این مفهوم که، چون کارفرمـــا موقعیتی از خطر و حادثه را ایجاد نموده که فرصت و زمینه برای ایجاد خســـارت تلقی می‌شـــود و ریسک وقوع حادثه را بیشتر می‌نمایـــد (Keating, 2001, 1323)[1]، پس بین موقعیت خطر ایجاد شـــده از جانب کارفرما (فعالیت) و خســـارت وارده ارتباط نزدیک وجود دارد (نظریه ایجاد خطر)؛ بنابراین عادلانه و منصفانه اســـت که مسؤولیت جبران خسارت بر کارفرما که قابلیت توزیع خسارت را دارد تحمیل شود (Cappelletti, 2023: 5; Keating, 2022: 4).

ســـوألی که پاســـخ آن هنوز معلوم نبوده و در مباحث بعدی مشخص می‌شود این است که آیا معیار ارتباط نزدیک مطرح شده در پرونده لیستر توسط مجلس اعیان انگلیس، به طور کلی (در همه پرونده‌ها) جایگزین معیار ســـالموند شد؛ یا این معیار اختصاص به پرونده‌های ســـوء استفاده جنسی دارد و در دیگر پرونده‌ها، هنوز معیار ســـالموند حاکمیت دارد. با توجه به دو پرونده معروف به محمود[2] و ســـوپر مارکت موریسون[3]، پاسخ به این سوأل مشخص می‌شود.

٤-١-٢. گسترش نامحدود معیار ارتباط نزدیک

آنچه از جانب دیوان عالی کشـــور توســـط قاضی میلت[4] در پرونده لیستر به عنوان معیار حین انجام کار کارگر ارائه شده بود، صرفاً یک معیار اصلاح شده از معیار ســـالموند بود که به عنوان راهنما در موقعیت‌های خاص مورد اســـتفاد قرار می‌گیرد؛ چرا که معیار سالموند با تحولات روابط اجتماعی، در برخی موارد خشک، بی‌روح و مبالغه‌آمیز بود؛ بنابراین معیار ارتباط نزدیک گسترده پرونده لیستر به منظور رها کردن معیار ســـالموند و یا به معنی ایجاد کردن معیار جدید بـــه منظور رویه یا قانون ثابت و حاکـــم نبـــود (Lister,2002; Nolan, 2020: 609-625). با وجود این، در حقوق

---

۱. نظریه خطر نه تنها به عنوان مبنای مســـؤولیت مدنی ناشی از فعل غیر در نظر گرفته می‌شود، بلکه عاملی برای احراز و اثبات معیار «ارتباط نزدیک» در شرط حین انجام کار کارگر در نظر گرفته می‌شود (Morgan, 2013: 143).

2. Mohamud v WM Morrison Supermakets plc [2016] UKSC 10, AC677.

3. Wm Morrisons Supermarket plc v Various Claimants [2020] UKSC 12.

4. Lord Millett

انگلیس بعد از پرونده لیستر، رویه‌ای اتخاذ شد که نسبت به معیار سنتی سالموند انحراف ایجاد گردید؛ به نحوی که معیار ارتباط نزدیک در مفهوم گسترده، جایگزین معیار سنتی سالموند شد و تا قبل از پرونده معروف به سوپرمارکت موریسون[1]، در شماری از پرونده‌ها[2] از جمله پرونده معروف به شرکت آلومینیوم[3]، این معیار به عنوان رویه ثابت مورد پذیرش قرار می‌گرفت و این انحراف در پرونده معروف به محمود[4] به حد اعلای خود رسید (Nolan, 2020: 609-625; Giliker, 2017: 16).

در پرونده معروف به محمود، کارگر پمپ بنزین در داخل کیوسک (پمپ بنزین کوچک متعلق به سوپر مارکت) واقع در محوطه سوپر مارکت، به عنوان فروشنده مستقر بود که ضمن توهین نژادپرستانه به مشتری، درخواست او را رد کرد و سپس مشتری را دنبال کرده و مورد حمله و ضرب و شتم قرار داد. در این پرونده دیوان عالی کشور انگلیس، با ارائه معیاری دو مرحله‌ای، فعل زیان‌بار کارگر پمپ بنزین را حین انجام کار تشخیص داد و مسؤولیت جبران خسارت واردہ بر مشتری را بر عهده کارفرما قرار داد.

معیار دو مرحله‌ای ارائه شده توسط قاضی تولسون[5] در دیوان عالی کشور در پرونده محمود بدین نحو است که در مرحله نخست دادگاه باید کار مورد استخدام فاعل فعل زیان‌بار را مشخص نماید و در مرحله دوم باید از خود سوأل کند که آیا بین زمینه و موقعیتی که کارمند برای استخدام در آن قرار دارد با فعل زیان‌بار او، آن چنان رابطه‌ای وجود دارد که تحقق مسؤولیت مدنی ناشی از فعل غیر کارفرما را به عنوان پدیده اجتماعی ایجاب نماید. به عبارتی، بر اساس معیار مطرح شده در پرونده محمود، صرف این‌که کار مورد استخدام کارگر و شغل او زمینه و فرصت وقوع فعل زیان‌بار را فراهم کند کافی است تا فعل زیان‌بار کارگر حین انجام کار تلقی و

1. Wm Morrisons Supermarket plc v Various Claimants [2020] UKSC 12.
2. Bellman v Northampton Recruitment Ltd [2018] EWCA Civ 2214, [2019] 1 All ER 113; Group Seven Ltd v Notable Services LLP [2019] EWCA Civ 614, [2019] PNLR 22; and Shelbourne v Cancer Research UK [2019] EWHC 842 (QB), [2019] PIQR P16.
3. Dubai Aluminium Co Ltd v Salaam [2002] UKHL 48, [2003] 2 AC 366.
4. Mohamud v WM Morrison Supermakets plc [2016] UKSC 10, AC677.
5. Lord Toulson

مسؤولیت جبران خسارت بر کارفرما بار شود (Nolan, 2020: 609-625).

با توجه به معیار مطرح شـــده در این پرونده، اولاً معیار اتخاذ شده که موضوع آن کاری و غیر از ســـوء استفاده جنسی است، از معیار ارتباط نزدیک گسترده پرونده لیســـتر وحدت ملاک گرفته شده اســـت؛ بنابراین معیار اتخاذ شده توسط دیوان عالی کشـــور در پرونده محمود، به این معنی است که اگر کار مورد استخدام کارگر و شغل او زمینه و فرصت وقوع فعل زیان‌بار را فراهم نماید، کافی است تا فعل زیان‌بار کارگر حین انجام کار تلقی شود (معیار ایجاد زمینه وقوع فعل زیان‌بار)؛ این معیار نامحدود و خطرناک بود و در دکترین حقوق انگلیس کمتر مورد پذیرش قرار گرفت؛ بنابراین پرونده لیســـتر در تصمیمات متعدد قضات در پرونده‌های مختلف موجب گســـترش بی‌رویه مســـؤولیت فعل غیر و مسؤولیت کارفرما به سبب فعل زیان‌بار کارگر شد که حد اعلای این گستردگی محدوده مســـؤولیت کارفرما، در پرونده محمود در دیوان عالی کشور ظهور یافت (Giliker, 2016: 10; Nolan, 2020: 609-625). از طرفی، معلوم اســـت که فعل زیان‌بار کارگر پمپ بنزین (ایراد ضرب و شـــتم) جزئی از کار مورد اســـتخدام او و حتی از لوازم کار نیز نبوده اســـت؛ بنابراین معیار پرونده محمود ســـنخیتی با معیار ســـالموند ندارد؛ چون انگیزه کارگر در خصـــوص انجام کار مورد اســـتخدام جهت احراز اقتدار کارفرما که مبنای اصلی معیار ســـالموند است، کاملاً بی ربط در نظر گرفته شده است.

۵-۱-۲. تعدیل معیار ارتباط نزدیک گسترده

دیوان عالی کشـــور انگلیس در پرونده معروف به ســـوپر مارکت موریسون[1]، ارجاع این پرونده به دیوان عالی کشـــور در اثر تجدید نظرخواهی را فرصت مناسبی برای رفع ابهام و شـــفافیت در خصوص انحرافی که پس از پرونده لیســـتر در معیار ارتبـــاط نزدیک در رویه قضایی انگلیس در پرونده‌های متعدد رخ داده بود دانســـت (Nolan, 2020: 609-625). در این پرونده، اندرو اسکلتون[2] حسابرس سوپر مارکت زنجیره‌ای موریسون، به طور مخفیانه اطلاعات مربوط به حقوق اکثریت کارکنان را در وب سایتی در اختیار عموم مردم به اشتراک گذاشت که طبق قانون حفاظت اطلاعات

1. Wm Morrisons Supermarket plc v Various Claimants [2020] UKSC 12.
2. Andrew Skkelton

مصوب ۱۹۹۸، جرم سوء استفاده از اطلاعات خصوصی افراد و نقض وظیفه قانونی محسوب می‌شد. کارکنان علیه مالک سوپر مارکت دعوای مسؤولیت مدنی ناشی از فعل غیر مطرح نمودند. دادگاه بدوی و تجدید نظر با تکیه بر استدلال و معیار ارتباط نزدیک گسترده اعلام داشتند با توجه به این‌که فعل زیان‌بار اندرو اسکلتون با کار مورد استخدام او ارتباط کافی دارد، حین انجام کار تلقی می‌شود و رای بر محکومیت و مسؤولیت سوپر مارکت صادر نمودند. با اعتراض محکوم، قاضی رید[1] در دیوان عالی کشور انگلیس، رای دادگاه بدوی و تجدید نظر را نقض و چنین استدلال کرد: فعل زیان‌بار کارگر باید دارای آن چنان ارتباط نزدیک با کار مورد استخدام او باشد که بر مبنای اهداف مسؤولیت مدنیِ کارفرما در قبال اشخاص ثالث و بر مبنای انصاف و تناسب بتوان گفت که فعل زیان‌بار کارگر در حالت عادیِ اشتغال به کارِ مورد استخدام او واقع شده است. در این پرونده، منصفانه نیست که بگوییم اندرو در حال عادی اشتغال به کار مورد استخدام، اقدام به فاش نمودن اطلاعات خصوصی کارکنان دیگر نموده است.

معیار مطرح شده در پرونده موریسون بیان‌گر تلاش دیوان عالی کشور انگلیس در برقراری نظمی بر هرج و مرج و انحراف نامعقول و نامحدود واقع شده در پرونده‌های قبلی در خصوص معیار ارتباط نزدیک برای شرط حین انجام کار کارگر بود؛ به این نحو که معیار جدید مطرح شده در پرونده موریسون به جهت حفظ و احیای مبنای اقتدار کارفرما در فعل زیان‌بار کارگر، هماهنگ و سازگار با معیار سالموند بود؛ چرا که معیار ارتباط نزدیک گسترده (معیار ایجاد زمینه وقوع فعل زیان‌بار) مبتنی بر رابطه علی و نامحدود بود[2]؛ در حالی است که طبق معیار ارتباط نزدیک تعدیل یافته، دادگاه باید احراز کند که کارگر در وقوع فعل زیان‌بار، دارای انگیزه اشتغال به کار مورد استخدام کارفرما بوده است یا انگیزه شخصی؛ که در فرض نخست، فعل زیان‌بار حین انجام کار تلقی می‌شود و در فرض دوم، خارج از حین انجام کار؛ بنابراین معیار ارتباط نزدیک تعدیل یافته، با تکیه بر انگیزه کارگر در انجام کار مورد استخدام، به سطحی از قطعیت و ثبات دست یافته است. در اعمال این معیار،

1. Lord Reed

۲. منظور رابطه علی آن است که بگوییم اگر کار مورد استخدام نبود، فعل زیان‌بار کارگر هم واقع نمی‌شد.

حالت عادی کارگر در اشـــتغال به کار مورد نظر قـــرار می‌گیرد و از این رو، می‌توان آن را معیـــار ارتباط نزدیک متعارف نامید. به عبارتی، بر اســـاس معیار ارتباط نزدیک تعدیل یافته، دادگاه باید تحلیل نماید که آیا بر مبنای انصاف و تناسب، می‌توان گفت که کارگر در حالت عادی اشـــتغال به کار مورد استخدام هم مرتکب فعل زیان‌بار می گردید. منظور از دو واژه تناســـب و عدالت که در پرونده موریســـون به عنوان مبانی معیار ارتباط نزدیک تعدیل یافته مطرح گردید، برداشت شخصی دادگاه از واژه مذکور نیســـت، بلکه دادگاه باید در هر پرونده بر اساس اطلاعات و داده‌های موجود در آن پرونده و بر اساس رویه و اصول سابق در تصمیم‌گیری‌های قبلی اتخاذ تصمیم نماید (Nolan, 2020: 609-625). همچنین روشـــن شد که معیار ارتباط نزدیک گسترش یافته که تا قبل از پرونده موریســـون، بر کلیه پرونده‌های دارای موضوع سوء استفاده جنسی یا غیر آن حاکمیت داشته، به موجب رای دیوان عالی کشور انگلیس در پرونده موریســـون، به پرونده‌های ســـوء استفاده جنسی محدود شـــد و معیار ارتباط نزدیک تعدیل یافته، با ارائه ســـاختار جدید به شـــرح فوق، به پرونده‌های با موضوعی غیر از سوء استفاده جنسی اختصاص یافت (Nolan, 2020: 609-625).

۲-۲. معیار شرط «حین انجام کار کارگر» در حقوق ایران

شرط حین انجام کار کارگر با عبارت «در حین انجام کار یا به مناسبت آن»، در حالی در ماده ۱۲ قانون مسؤولیت مدنی ایران تصریح شده که معیاری برای تشخیص آن ارائه نشـــده است. دکترین حقوق مسؤولیت مدنی ایران جهت تعیین معیاری برای شـــرط حین انجام کار کارگر در ماده ۱۲ قانون مسؤولیت مدنی، به معیارهای مطرح شـــده در ماده ٦٠ قانون تأمین اجتماعی استناد نموده و از آن وحدت ملاک گرفته‌اند (کاتوزیان، ۲/۱٤۰۲: ۱٤؛ صفایی و رحیمی، ۱٤۰۲: ۳٤۲؛ قاسم‌زاده، ۱٤۰۰: ۷٦؛ بهرامی احمدی، ۱٤۰۰: ۱۹۹؛ حیاتی، ۱۳۹۸: ۲۷۵).

در ماده ٦٠ قانون تأمین اجتماعی، چند معیار برای تشـــخیص شرط موضوع بحث مطرح شـــده که پژوهش حاضر ضمن تبیین آن معیارها، قابلیت یا عدم قابلیت اســـتناد به آن معیارها جهت تعیین معیار «حین انجـــام کار کارگر» در ماده ۱۲ قانون مســـؤولیت مدنی را تحلیل می‌کند و موضع رویه قضایی ایران را در این راســـتا تبیین می‌نمایدو

۱-۲-۲. معیار «محل کار»

قسمت نخست ماده ٦٠ قانون تأمین اجتماعی جهت تعیین معیاری برای شرط حین انجـــام کار، بدون تعیین بازه زمانی، به محل کار کارگر تکیه نموده اســـت: «... مقصود از حین انجام وظیفه تمام اوقاتی اســـت که بیمه شـــده در کارگاه یا موسسات وابسته یا ســـاختمان ها و محوطه آن مشغول کار باشد ...». معیار مذکور مطلق نبوده و مقید به مشـــغول بودن کارگر به کار مورد استخدام در محل انجام کار می‌باشد، اما از حیث زمانی، قیدی نداشـــته و تمام اوقات شبانه‌روز را شـــامل می‌شود؛ لذا به نظر می‌رسد، معیار مذکور با شرایط توسعه یافته، تخصصی و پیچیده کاری فعلی هم‌خوانی نـــدارد؛ چرا که در زمان قدیم روابط کاری در حد کارگاه‌های کوچک بوده و کارفرما بیشتر اوقات در کارگاه حضور فیزیکی داشته و بر نوع فعالیت و نحوه فعالیت کارگر اشـــراف داشته اســـت[1]. با توجه به عبارت: «تمام اوقاتی است که» مندرج در قسمت نخســـت ماده ٦٠ قانون تأمین اجتماعی، به نظر می‌رسد معیار مذکور منحصر به فعل زیان‌باری نیست که از جانب کارفرما صریحاً دستور داده شده باشد، بلکه فعل زیان‌بار مبتنی بر دستور ضمنی کارفرما را هم در بر می‌گیرد؛ زیرا از اطلاق ماده فوق استنباط می‌شود منظور از تمام اوقات، افزون بر اوقاتی که کارفرما در محل کار حضور داشته و انجام فعل زیان‌بار را به کارگر دستور می‌دهد، شامل اوقاتی هم می‌شود که کارفرما به رغم عدم حضور در محل کار و عدم دســـتور بـــه کارگر برای انجام فعل زیان‌بار، نسبت به ارتکاب فعل زیان‌بار رضایت دارد.

۲-۲-۲. معیار «به مناسبت انجام کار»

با توجه به قدیمی بودن معیار محل کار و عدم هم‌خوانی آن با شـــرایط کاری، اجتماعی و صنعتی توسعه یافته، قانون‌گذار در ماده ٦٠ قانون تأمین اجتماعی، در کنار

---

۱. قســـمت دوم ماده ٦٠ قانون تأمین اجتماعی که متعاقب معیار محل کار مورد استخدام آورده شده است این نظر را تایید می‌نماید:«... و یا به دستور کارفرما در خارج از محوطه کارگاه عهده دار انجام ماموریتی باشد ...»؛ با این توضیح که در ماده مذکور در معیار محل کار مورد استخدام، فعالیت کارگر در محل کار مورد استخدام منوط به دستور صریح کارفرما نشده است؛ چرا که در محل مورد استخدام کارفرما حضور فیزیکی و مستمر داشته و بدیهی است تمام فعالیت های کارگر تحت نظارت و کنترل کارفرما و بنا به دستور او می‌باشد. اما طبق قسمت دوم ماده، فعالیت کارگر خارج از محل کار مورد استخدام، منوط به دستور صریح کارفرما است (معیار دستور صریح)؛ چرا که اصولاً کارفرما در خارج از محل کار مورد استخدام، حضور فیزیکی نداشته و امکان کنترل و نظارت وجود ندارد.

این معیار، معیار «به مناسبت انجام کار» را نیز ارائه داده است. این معیار با عبارت «به سبب انجام کار» آمده و اگر چه که از آن تعریفی به عمل نیامده است[۱]، اما به مصادیق خاص آن از قبیل حادثه حین مسیر، اوقات درمانی و توان‌بخشی کارگر و یا حین نجات سایر کارگران تصریح شده است: «اوقات مراجعه به درمانگاه و یا بیمارستان و یا برای معالجات درمانی و توان‌بخشی و اوقات رفت و برگشت بیمه شده از منزل به کارگاه جزء اوقات انجام وظیفه محسوب می‌شود؛ مشروط بر این‌که حادثه در زمان عادی رفت و برگشت به کارگاه اتفاق افتاده باشد. حوادثی که برای بیمه شده حین اقدام برای نجات سایر بیمه شدگان و مساعدت به آنان اتفاق افتد، حادثه ناشی از کار محسوب می‌شود». این مصادیق هر چند جزو کار مورد استخدام کارگر تلقی نمی‌شود، اما به جهت نوعی ارتباط با کار مورد استخدام کارگر، مصادیق تمثیلی برای معیار «به مناسبت انجام کار» کارگر بوده و بر مبنای اصل حمایتی و اصل فراگیر بودن مسؤولیت سازمان تأمین اجتماعی و عمومی بودن نوع سازمان، موجب گسترش مسؤولیت سازمان تامین اجتماعی می‌شود (بادینی و رستمی، ۱٤۰۲: ۳٦٤-۳۷۰ ؛ مولانی و میر احمدی، ۱٤۰۱: ۳۰٦).

معیار «به مناسبت انجام کار» که در تکمیل معیار محل انجام کار مطرح شد، شامل فعل زیان‌بار واقع شده در زمان و مکان کار مورد استخدام یا خارج از آن است. رویه قضایی ایران با تفسیر موسع از زمان و مکان و حتی نوع حادثه، حادثه واقع شده در هر مکانی از محل کار از جمله محل استراحت موقت محل کار و محل صرف غذا؛ و در هر زمانی شامل ساعت رسمی کار و خارج از ساعت رسمی؛ و در مورد هر حادثه‌ای از جمله حمله قلبی (دادنامه شماره ۹۵۰۹۹۷۰۹۵۵۵۰۱۰٦۳ مورخ ۱۳۹۵/۰۳/۱٦، سامانه ملی آرای قضایی)[۲] را حادثه ناشی از کار تلقی نموده است؛ چرا

---

۱. برخی به تبع حقوق فرانسه، بین عبارت«به سبب انجام وظیفه» و «به مناسبت انجام وظیفه» تفاوت قائل شده‌اند؛ که معیار نخست گسترده‌تر از معیار دوم می‌باشد (یزدانیان، ۳/۱٤۰۳: ۱٦؛ یزدانیان، ۱۳۹۱: ٦٤-٦۵).

۲. «... شاکی برابر مدارک موجود در پرونده من جمله نامه شماره ... مورخ ۹۱/۵/۱۷ اداره کل کار و تعاون اجتماعی استان مرکزی در حین انجام وظیفه دچار عاضه سکته قلبی منجر به فوت گردیده و با التفات به بند ۸ ماده ۲ قانون مارالذکر که وقوع حادثه علاوه بر تأثیر عوامل خارجی را می‌توان ناشی از بروز یک اتفاق ناگهانی دانست و عارضه مذکور مصداق اتفاق ناگهانی در ابن ماده بوده است، علی‌هذا با استناد به مواد معنونه و ماده ٦٦ قانون تأمین اجتماعی و همچنین نوع حادثه، شکایت شاکی درخور پذیرش تشخیص و حکم به ورود شکایت مشارالیه مبنی بر الزام سازمان خوانده به پذیرش

که فرض بر آن اســـت که در این شـــرایط، کارگر تحت سلطه و اقتدار کارفرما است؛ مگر آن‌که خلاف آن ثابت شـــود (عراقی و همـــکاران، ۱۳۸۶: ۱۵۲؛ دلاوری، ۱۳۹۶: ۸۶). مبنای تفســـیر موسع فوق به تصریح ماده ۶۰ قانون تأمین اجتماعی در خصوص حادثه حین مسیر و زمان مراجعه به بیمارستان، درمانگاه و یا معالجات توان بخشی بر می شـــود. بر این اساس، به نظر می رسد طبق مصادیق تمثیلی ماده ۶۰ قانون تأمین اجتماعـــی ایران و موضع رویه قضایی، صرف این‌که کار مورد اســـتخدام زمینه وقوع فعل زیان‌بار را فراهم آورد و بتوان گفت اگر کار مورد استخدام نبود فعل زیان‌بار واقع نمی‌شـــد، کافی برای تحقق مســـؤولیت و تلقی فعل زیان‌بار به عنوان فعل حین انجام کار مورد استخدام باشد.

مصادیـــق مذکور در ماده ۶۰ قانون تأمین اجتماعـــی هر چند در ماهیت امر، موضوع اصلی کار مورد استخدام کارگر محسوب نمی‌شود، اما دارای نوعی ارتباط با کار مورد اســـتخدام کارگر است؛ از این رو، به نظر می‌رسد به معیار «ارتباط نزدیک[1]» انحراف یافته اتخاذ شده توسط دیوان عالی کشور انگلیس در پرونده محمود، نزدیک باشد. طبق معیار پیش‌گفته که در حقوق انگلیس هم مورد استقبال نیست، صرف این‌که کار مورد اســـتخدام زمینه وقوع فعل زیان‌بار را فراهم آورد، برای تحقق مســـؤولیت کارفرما کافی است.

نویسندگان مســـؤولیت مدنی ایران، به رغم این‌که در تعیین معیار حین انجام کار کارگر به معیار نامحدود و گسترده ماده ۶۰ قانون تأمین اجتماعی ارجاع نموده‌اند، در مقام تبیین معیار به مناسبت انجام کار، ضمن انتقاد از مصادیق اخیر ماده ۶۰ قانون مذکور و عدم شـــمول مسؤولیت کارفرما (خدابخشـــی، ۱۴۰۰: ۳۸۳)، اعلام داشته‌اند اگر کاری از لوازم وظیفه مورد اســـتخدام باشـــد و کارگر حین انجام آن کار مرتکب فعل زیان‌بار شـــود، «حین انجام کار» تلقی می‌شود؛ به عبارت دیگر بین فعل زیان‌بار کارگر و کار مورد اســـتخدام باید رابطه منطقی، متعارف و تنگاتنگ وجود داشته باشد (صفایـــی و رحیمی، ۱۴۰۲: ۳۴۲؛ بابایـــی، ۱۴۰۱: ۱۵۲)؛ به طور مثال، اگر کارگر در کامیونی که به او ســـپرده شده تفنگی پنهان کند تا به شکار قاچاق بپردازد، ارتباطی با

خواسته شاکی به عنوان حادثه ناشی از کار صادر و اعلام می‌گردد ...».

1. Close Connection

کار مورد اســـتخدام ندارد و لذا کافی نیست که کار مورد استخدام کارگر، زمینه وقوع فعل زیان‌بار کارگر را فراهم آورد؛ به عبارت دیگر، صرف این‌که بگوییم اگر کار مورد اســـتخدام کارگر نبود خسارت هم واقع نمی‌شد، کافی برای تحقق مسؤولیت کارفرما نیست (کاتوزیان، ۲/۱٤۰۲: ۱۵). این تفسیر متعارض و دوگانگی در دکترین مسؤولیت مدنی ایران که از یک ســـو در تعیین معیار حین انجـــام کار کارگر در ماده ۱۲ قانون مسؤولیت مدنی، به ماده ٦۰ قانون تأمین اجتماعی که مبتنی بر معیار موسع و گسترده «ایجاد زمینه وقوع فعل زیان‌بار» می‌باشـــد، اســـتناد نموده و از سوی دیگر در تحلیل معیار حین انجام کار طبق ماده ٦۰ قانون تأمین اجتماعی از معیار موســـع «ایجاد زمینه وقوع فعل زیان‌بار» عدول و معیار «ارتباط متعارف و منطقی» را مطرح نموده است، از تفاوت اساسی بین مسؤولیت کارفرما ناشی از فعل زیان‌بار کارگر طبق ماده ۱۲ قانون مســـؤولیت مدنی در مقابل خسارت وارده به اشـــخاص ثالث حین انجام کار کارگر، با مســـؤولیت ســـازمان تأمین اجتماعی طبق ماده ٦۰ قانون تأمین اجتماعی در مقابل آســـیب‌های وارده به کارگر[1] نشأت می‌گیرد؛ که اولی مسؤولیت مدنی نهاد خصوصی (کارفرما) و خلاف قاعده اســـت و دومی مسؤولیت مدنی نهاد عمومی و مطابق قاعده بوده و به شرح آتی تحلیل می‌شود.

۳-۲-۲. وحدت ملاک از ماده ٦۰ قانون تأمین اجتماعی

با توجه به وجوه تمایز اشـــخاص تحت حمایت، مسؤولان پرداخت، مبانی و حتی نوع ضرر مورد حمایت در مواد ٦۰ قانون تأمین اجتماعی و ۱۲ قانون مسؤولیت مدنـــی، قابلیت وحدت ملاک گرفتـــن از ماده ٦۰ برای تعیین معیـــار حین انجام کار کارگر، قابل پذیرش نمی‌باشد. این وجوه تمایز به شرح زیر است:

نخست، تمایز ناظر بر اشخاص تحت حمایت قانون: ماده ۱۲ قانون مسؤولیت مدنی در حمایت از اشـــخاص ثالث است[2] که در اثر خسارت وارده از فعل کارگران

---

۱. طبـــق مقررات موضوعه، کارفرما در خصوص خســـارات وارده به کارگـــر حین انجام کار مورد استخدام(حادثه ناشی از کار)، در صورت عدم وجود یا احراز تقصیر از جانب کارفرما، فاقد هر گونه مســـؤولیت می‌باشد. اما با وحدت ملاک و قیاس اولویت با مسؤولیت کارفرما در قبال اشخاص ثالث طبق ماده ۱۲ قانون مســـؤولیت مدنی، به طریق اولی کارفرما می بایســـت در قبال خسارات وارده به کارگر حین انجام کار هم مسؤول باشد(خدابخشی،۱٤۰۰: ۱۱۹).

۲. بنا بر نظر برخی از نویسندگان، علیرغم سکوت قانونی، می توان با با قیاس اولویت گفت مسؤولیت کارفرما در ماده ۱۲ قانون مسؤولیت مدنی شامل کارگران نیز می‌شود(خدابخشی، ۱۳۹۵: ۱۱۹).

و یا کارکنان متضرر شـــده‌اند، اما ماده ٦۰ قانون تأمین اجتماعی در حمایت از کارگر آسیب‌دیده (و نه شخص ثالث) می‌باشد[۱].

دوم، اختلاف در مســـؤولان پرداخت خسارت: مسؤولیت پرداخت خسارت طبـــق ماده ٦۰ قانون تأمین اجتماعی، بر عهده ســـازمان تامین اجتماعی به عنوان نهاد عمومی دولتی است، که به جهت ماهیت حمایتی بودن و مبتنی بر اصل فراگیر بودن نســـبت به نیرو و سرمایه کار و قشـــر ضعیف و بی بضاعت کارگر، گستره وسیعی از خســـارت واردە را شامل می‌شود (بادینی و رســـتمی، ۱٤۰۲: ٤۱٦؛ استوار سنگری، ۱٤۰۲: ۲۵) و در ماده ۱۲ قانون مســـؤولیت مدنی، علیه کارفرما است که ممکن است شـــخص حقیقی یا حقوقی غیر دولتی باشد؛ لذا گسترش محدوده مسؤولیت موجب تحمیل تعهدی ناعادلانه بر عهده کارفرما می‌شـــود؛ امری که با مبانی شـــرط موضوع بحث در تعارض است؛ این تفاوت ناشی از مطابق قاعده بودن ماده ٦۰ و اصل تفسیر موســـع مبتنی بر آن و خلاف قاعده بودن ماده ۱۲ و اصل تفســـیر مضیق مبتنی بر آن می‌باشد.

ســـوم، وجه تمایز ناظر بر نوع خسارت واردە: ماده ۱۲ قانون مسؤولیت مدنی شـــامل هر نوع خســـارتی اعم از مالی یا بدنی است؛ در حالی است که ماده ٦۰ قانون تأمین اجتماعی فقط ناظر بر آســـیب‌های وارد بر جسم و روان کارگران بوده (عراقی و همکاران، ۱۳۸٦: ۱۵۲) و ســـازمان تامین اجتماعی کل خســـارت واردە بر جسم و روان را جبران نمی‌کند و خسارت قابل جبران شامل هزینه درمان، مستمری و مبلغی مقطوع به عنوان غرامت اســـت (نعیمی و پرتـــو، ۱۳۹۸: ۲٦۰؛ عراقی، ۲/۱٤۰۲: ۲۳۰؛ هاشمی، ۱٤۰۱: ۱۲۷).

چهارم، تفاوت در منشـــا ورود خسارت: خسارت تحت شمول ماده ٦۰ قانون تأمین اجتماعی، حوادث ناشی از کار شامل حوادثی است که دارای شرایط قوه قاهره باشد (همتی، ۱۳۹٦: ۱۹۸) و خســـارت تحت شمول ماده ۱۲ قانون مسؤولیت مدنی مســـتثنی از قوه قاهره است و قوه قاهره از اسباب معافیت کارفرما از جبران خسارت محسوب می‌شود.

---

۱. اثر این تمایز در برخی موارد موجب متفاوت بودن مرجع قضایی صالح به رســـیدگی به اختلاف می‌باشد (بنگرید به: رستمی و رستمی، ۱٤۰۱: ۱۹۵– ۲۱۸).

با توجه به تمایزات پیش‌گفته، به نظر می‌رسد ماده ٦٠ قانون تأمین اجتماعی صرفاً واجد جنبه ارشادی برای ماده ۱۲ قانون مسؤولیت مدنی است و وحدت ملاک گرفتن از آن پذیرفته نیست. از این رو، شرط حین انجام کار کارگر در مسؤولیت مدنی سازمان تأمین اجتماعی که خارج از موضوع این پژوهش است، با شرط حین انجام کار کارگر در مسؤولیت مدنی کارفرما طبق ماده ۱۲ قانون مسؤولیت مدنی، بر خلاف نظر نویسندگان حقوق مسؤولیت مدنی ایران، دو مقوله متفاوت می‌باشد.

٤-۲-۲. رویه قضایی ایران

رویه قضایی ایران در برخی موارد به نتیجه معقول که پوشش دهنده تحولات اجتماعی است پاسخ داده است، اما هنوز به درک صحیح از معیار موضوع بحث و چالش‌های آن نرسیده و در برخی از حوزه‌ها از جمله سرپرستی از قشر آسیب‌پذیر، با این موضوع مواجه نشده و به جهت رعایت احتیاط هنوز گرفتار قواعد عام می‌باشد. به چند رای اشاره می‌شود.

برخی دادگاه‌ها از چهارچوب نظریه تقصیر خارج نمی‌شوند و اعتقادی به مسؤولیت کارفرما طبق ماده ۱۲ قانون مسؤولیت مدنی و به تبع آن شرط حین انجام کار کارگر ندارند؛ به طور مثال در دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۳۳۰۰۰۱۹ مورخ ۱۳۹۲/۱/۱۹ شعبه ۲۱۵ دادگاه عمومی حقوقی تهران[1]، موضوع خسارت وارده به شخص ثالث در اثر تقصیر راننده شرکت به علت عدم رعایت فاصله طولی (طبق نظر کارشناس) بوده که دادگاه به علت تقصیر راننده (کارگر)، مسؤولیت را بر عهده او قرار داده و با این استدلال که تقصیر ارتباطی به شرکت (کارفرما) ندارد، حکم به عدم مسؤولیت وی صادره نموده است. البته برخی در مقام تحلیل رای فوق، ضمن تایید استدلال دادگاه، منظور از عدم ارتباط بین فعل راننده با شرکت در استدلال دادگاه را حمل بر شرط معاف کننده کارفرما در ماده ۱۲ قانون مسؤولیت مدنی و عدم ارتباط فعل زیان‌بار به فعالیت شرکت دانسته‌اند؛ چرا که اگر شرکت تمام احتیاط‌های لازم را هم می‌نمود، باز هم قابلیت جلوگیری از تقصیر راننده میسر نمی‌شد (بابایی، ۲/۱٤۰۲: ۱٤۲). با توجه به این‌که راننده در حال رانندگی در حین انجام کار مورد استخدام

۱. برای مشاهده دادنامه‌های مورد استناد در این مقاله، مراجعه کنید به: پژوهشگاه قوه قضاییه، سامانه ملی آرای قضایی؛ https://ara.jri.ac.ir/

شرکت بوده و بر اساس قسمت اخیر ماده فوق (حق رجوع کارفرما به کارگر مقصر)، تقصیر غیر عمدی راننده موجب خروج او از حین انجام وظیفه نمی‌شود و فرض عدم ارتباط فعـــل زیان‌بار کارگر با فعالیت کارفرما را باید حمل بر موردی نمود که کارگر در ارتکاب فعل زیان‌بار عمد داشته و یا به غیر کار مورد استخدام مشغول باشد؛ پس به نظر می‌رسد رای دادگاه و استدلال فوق قابل انتقاد باشد.

برخی دیگر از دادگاه‌ها، ضمن شـــناخت و اعتقاد به مسؤولیت مدنی کارفرما دـــر قبال فعل زیان‌بار مبتنی بر تقصیر کارگر و پذیرش ضمنی فعل زیان‌بار تقصیرآمیز یا ممنوع شـــده کارگر در محدوده حین انجام کار کارگر، مسؤولیت مدنی کارفرما به سبب فعل زیان‌بار کارگر را بر مبنای قرارداد مورد تحلیل و ارزیابی قرار داده اند؛ به طور مثال، دادنامه شماره ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۲۵۰۰۵۵۳ مورخ ۱۳۹۳/٤/۲۹ شعبه ۲۵ دادگاه تجدید نظر اســـتان تهران، در موضوع دعوی ثالث خســـارت دیده با این مضمون که ایشان خودرو خود را جهت تعمیر به تعمیرگاه کارفرما تحویل داده که به علت تقصیر تعمیر کار (و نه کارفرما) در خروج خودرو از تعمیرگاه در خارج از ساعت کاری، با انجام آزمایشات نامتعارف با سرعت بالا باعث ورود خسارت به خودرو شده است و کارشناس رسمی کارفرما را به لحاظ به کارگیری تعمیرکار ناآشنا مقصر دانسته است. البته دادگاه اعلام داشته نظریه کارشناسی حاکمیتی بر دادگاه ندارد، اما با تحلیل روابط طرفین بر مبنای قراردادی، اعلام داشته به علت راه اندازی تعمیرگاه توسط کارفرما و تصدی‌گری او، نوعی قرارداد و قبول مســـؤولیت توسط کارفرما در قبال ارباب رجوع وجود دارد و بر این مبنا حکم بر محکومیت کارفرما صادره نموده است؛ ضمن این‌که حق کارفرما در رجوع به تعمیرکار مقصر را محفوظ اعلام داشته است. در این دادنامه، دادگاه تقصیر و سرپیچی کارگر را موجب خروج او از حین انجام کار ندانسته است، به نظر می رسد در بطن استدلال دادگاه احراز نوعی ارتباط بین فعل زیان‌بار کارگر و کار مور استخدام نهفته است که مبتنی بر اقتدار کارفرما می‌باشدو با معیار سنتی قاعده دوم سالموند(شـــیوه غیر مجاز انجام کار مورد استخدام) در حقوق انگلیس مطابقت و نزدیک می‌باشـــد؛ چون تعمیر کار در جهت تشخیص عیب خودرو آزمایشات را به روش غیرمجاز صورت داده، که با فعالیت و پویایی رویه قضایی می تواند به عرصه ظهور برسد.

در دادنامه شماره ۹۱۰۰٤۱۳ مورخ ۹۱/٦/۲۷ شعبه ۲۱۷ عمومی حقوقی تهران، دادگاه فعل زیان‌بار تقصیرآمیز راننده کامیون متعلق به شرکت هواپیمایی خوانده را در ورود خسارت به پوشش ریل هواپیمای خواهان، به جهت این‌که خسارت به علت تقصیر راننده کامیون شرکت خوانده بوده، تحت مسؤولیت شرکت خوانده قرار داد؛ این در حالی است که شعبه ۳۷ دادگاه تجدید نظر استان تهران به موجب دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۳۷۰۱۲٦٤ مورخ ۱۳۹۲/۱۱/۱۵ به جهت این‌که راننده کامیون متعلق به شرکت خوانده، در واقعیت امر کارگر شرکت خوانده نبوده، بلکه کارگر یک شرکت پیمانکاری بوده که با شرکت خوانده قرارداد پیمانکاری منعقد کرده، دادنامه صادره از شعبه ۲۱۷ را نقض و به طرح دعوی علیه شرکت پیمانکاری تصریح کرد.

همچنان که ملاحظه می‌شود، در هر دو دادنامه، دادگاه بدون تصریح به مفاد ماده ۱۲ قانون مسؤولیت مدنی و مسؤولیت کارفرما در قبال فعل زیان‌بار کارگر و شرط موضوع پژوهش، مسؤولیت کارفرما را نسبت به فعل زیان‌بار کارگر پذیرفته است؛ زیرا انجام کار مورد استخدام به شیوه تقصیرآمیز یا غیر مجاز (تقصیر راننده در نحوه رانندگی) در محدوده حین انجام کار کارگر تلقی شده است که به نظر می رسد، با قاعده دوم معیار سنتی سالموند (شیوه غیر مجاز انجام کار مورد استخدام) در حقوق انگلیس مطابقت دارد.

بعضی از دادگاه‌ها با در نظر داشتن ماده ۱۲ قانون مسؤولیت مدنی و تحلیل مبانی آن و رعایت مصلحت و با آگاهی از حقوق پیشرفته تطبیقی، هر چند از قید و بند مفهوم تقصیر رهایی نیافته‌اند، اما با ابزارهای قانونی از جمله گسترش قلمرو تقصیر کارفرما، به خصوص برقراری رابطه استنادی بین مجموعه تشکیلات و فعالیت کارفرما و خسارت وارده به ثالث، رای بر محکومیت کارفرما به جبران خسارت صادر نموده‌اند؛ به طور مثال، در دادنامه شماره ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۱٦۰۱۳٥٦ مورخ ۱۳۹۳/۱۰/۲۲ شعبه ۱٦ دادگاه تجدید نظر استان تهران، کارفرما و پیمانکار (هر دو شرکت) در جریان انفجار به منظور راه سازی، موجب آسیب درختان شخص ثالث در اثر ریزش سنگ از کوه شده بودند. دادگاه با احراز رابطه سببیت بین خسارت وارده و اقدامات کارفرما و پیمانکار، حکم به مسؤولیت مشترک هر دو در جبران خسارت داد. در موضوع این دادنامه، مباشرت در ورود خسارت توسط کارگران و مدیران و عوامل درگیر در کار

صورت می‌پذیرد (و نه شرکت) و دستورالعمل صریح یا ضمنی راه سازی بدون ورود خسارت به اشخاص ثالث مورد نظر شرکت بوده است؛ لذا شعبه ١٦ دادگاه تجدید نظر استان تهران با آگاهی از مبانی ماده ۱۲ قانون مسؤولیت مدنی، رابطه استنادی بین مجموعه تشکیلات و فعالیت کارفرما (نه تقصیر کارفرما) را با خسارت وارده به خواهان احراز نموده است. با توجه به این‌که ارتباط بین مجموعه فعالیت و خسارت وارده از طرف دکترین مسؤولیت مدنی ایران هم، به عنوان معیار حین انجام کار مورد پذیرش واقع شده است (صفایی و رحیمی، ۱٤۰۲: ۳٤۲؛ کاتوزیان، ۲/۱٤۰۲: ۱۵؛ بابایی، ۱٤۰۱: ۱۵۲)، به نظر می‌رسد شعبه ١٦ دادگاه تجدید نظر در مقام تحلیل و تبیین مسؤولیت کارفرما و معیار شرط حین انجام کار کارگر، گامی مؤثر، اساسی و پیشرو برداشته است و معیار «رابطه استنادی (ارتباط نزدیک) بین مجموعه تشکیلات و فعالیت کارفرما و خسارت وارده به ثالث» مطرح شده توسط این شعبه، با معیار ارتباط نزدیک متعارف مطرح شده در پرونده سوپر مارکت موریسون در حقوق انگلیس که از یک سو مبتنی بر اقتدار کارفرما و از سوی دیگر مبتنی بر نظریه ایجاد خطر می‌باشد، نزدیک بوده و هم‌خوانی دارد. دادگاه تجدید نظر پا را فراتر گذاشته و واگذاری کار به پیمانکار را رافع مسؤولیت کارفرما ندانسته است؛ این گستردگی در محدوده مسؤولیت کارفرما در قبال خسارات وارده به اشخاص ثالث به سبب فعل زیان‌بار کارگر، در حقوق انگلیس هم پذیرفته نشده است؛ چرا که در حقوق این کشور، کارفرما در خصوص خسارت ناشی از فعل زیان‌بار پیمانکار مستقل مسؤولیتی ندارد (Morgan, 2015: 178 ;Giliker, 2010: 168).

در این دسته از آراء قضایی، چند نکته اساسی قابل استنباط است:

نخست، هر چند در همه پرونده‌ها، جهت احراز مقصر، موضوع به کارشناس ارجاع می‌شود؛ اما در بطن ذهن و نظریه اکثریت کارشناسان، این نکته نهفته ظهور پیدا می‌کند که با تفسیر موسع از تقصیرات کارفرما، تمام تقصیر یا بخش اصلی تقصیر را به کارفرما تحمیل کنند. دلیل این امر آن است که چون سود مجموعه و تشکیلات فعالیت متعلق کارفرما است، پس مسؤولیت جبران خسارت هم باید عهده او باشد؛ مگر در مورد تقصیرات فاحش و غیر قابل اغماض و یا عمدی. با این تحلیل، مبنای ذهنیت کارشناسان مبتنی بر نظریه خطر بوده که به عنوان یکی از مبانی معیار ارتباط

نزدیک در حقوق انگلیس در پرونده لیســـتر و سوپر مارکت موریسون مورد پذیرش واقع گردیده، اما در حقوق ایران، به عنوان یک قاعده موقعیت ظهور نیافته است.

دوم، در اکثریت موارد، کارشناس با تفسیر موسع تقصیر، منشأ تخلف کارگر از دستورات کارفرما و تقصیرات غیر عمدی کارگر در ورود خسارت را، تقصیر کارفرما در انتخاب، نظارت بر کارگر یا آموزش وی دانسته است؛ پس به نظر می‌رسد تخلف و سرپیچی کارگر از دســـتورالعمل کارفرما و همچنین تقصیرات کارگر، از موجبات خـــروج او از حین انجام کار تلقی نگردیده و خســـارت وارده به ثالث در این حین، تحت مســـؤولیت کارفرما قرار دارد؛ لذا به رغم خـــلأ قانونی، حقوق ایران همگام با حقـــوق انگلیس، تخلف و تقصیر کارگر را غالبـــاً حین انجام کار تلقی کرده و تحت مسؤولیت کارفرما قرار داده است.

سوم، ذهنیت برخی دادگاه‌ها که به دنبال احراز رابطه استنادی بین تشکیلات و فعالیت کارفرما با خسارت هستند، با نظریه ایجاد خطر هم‌خوانی دارد؛ این مبنا ارائه کننـــده معیار ارتباط نزدیک در حقوق انگلیس و به عنوان آخرین معیار مطرح و مورد پذیرش اســـت؛ با این تفاوت اساســـی که معیار مذکور در حقوق کشور مورد تطبیق، جهت گسترش قلمرو مسؤولیت کارفرما و تحت پوشش قرار دادن برخی تقصیرات عمدی کارگران مطرح گردیده اســـت؛ در حالی که، رویه قضایی ایران تاب این تفسیر و تلقی فعل زیان‌بار عمدی کارگر در حین انجام کار را ندارد.

برآمد

۱- شرط «حین انجام کار» کارگر، که در صدد تعیین قلمرو مسؤولیت کارفرما به سبب فعل زیان‌بار کارگر و متضمن نوعی ارتباط بین فعل زیان‌بار کارگر و کار موضوع استخدام او بوده، دارای هدف و مبنای قابلیت انتساب ضرر به مسؤول پرداخت خسارت (کارفرما)، با کارکردهای جبران خسارت و بازدارندگی؛ و در عین حال، جلوگیری از تحمیل تعهدی ناعادلانه بر کارفرما می‌باشد.

۲- در حقوق انگلیس، معیار سنتی حین انجام کار کارگر، طریقه غیر مجاز انجام کار مورد استخدام کارگر بود (معیار سالموند). مجلس اعیان انگلیس در پرونده لیستر در سال ۲۰۰۲، به جهت جمع کردن فاجعه گسترده سوء استفاده جنسی از بچه‌ها، معیار ارتباط نزدیک گسترده (معیار ایجاد زمینه قوع فعل زیان‌بار) را جایگزین معیار سالموند نمود تا از این طریق، شرط حین انجام کار شامل فعل زیان‌بار عمدی هم بشود؛ اما دادگاه‌ها با تفسیر موسع، این معیار را در پرونده‌های با موضوع غیر سوء استفاده جنسی هم مورد پذیرش قرار دادند که این امر موجب نوعی بی‌نظمی در محدوده حین انجام کار را در پی داشت. در نهایت دیوان عالی کشور انگلیس در سال ۲۰۲۰ و در پرونده معروف به سوپر مارکت موریسون، بین پروندهای سوء استفاده جنسی و غیر آن تفکیک قائل شد؛ به این نحو که در پرونده‌های سوء استفاده جنسی با توجه به واقعیات پرونده، معیار ارتباط نزدیک گسترده را پذیرفت و در غیر آن، معیار ارتباط نزدیک متعارف مورد نظر قرار گرفت.

۳- در حقوق ایران، جهت تعیین معیار حین انجام کار کارگر در ماده ۱۲ قانون مسؤولیت مدنی به ماده ٦۰ قانون تأمین اجتماعی استناد می‌شود؛ در حالی که با توجه به تفاوت‌های اساسی بین دو ماده مذکور شامل تفاوت در مسؤول پرداخت خسارت، تفاوت در اشخاص تحت حمایت، تفاوت در نوع خسارت تحت پوشش مسؤولیت و تفاوت در مبانی و اصول، به نظر می‌رسد وحدت ملاک موضوعیت نمی‌یابد.

٤- به رغم خلأ قانونی و حاکمیت نظریه تقصیر، رویه قضایی نتوانسته از قید و بند نظریه تقصیر و قواعد عام رهایی یابد؛ اما از طریق گسترش مصادیق تقصیر کارفرما یا احراز رابطه استنادی بین مجموعه فعالیت کارفرما و خسارت وارده، مسؤولیت را هر چند که در اثر تقصیر کارگر بوده باشد، بر عهده کارفرما قرار داده

است؛ که نشـــان از نفوذ امیدوار کننده واقعیات جامعه کنونی از مجاری رویه قضایی به قواعد حقوقی دارد.

۵- در جهت رفع خلاء قانونی، پیشـــنهاد می‌شـــود یک تبصره به این شـــرح، به ماده ۱۲ قانون مســـؤولیت مدنی الحاق شـــود: «معیار شرط حین انجام وظیفه یا به مناســـبت انجام وظیفه کارگر، ارتباط نزدیک متعارف بیـــن فعل زیان‌بار کارگر و کار مورد استخدام او می‌باشد».

فهرست منابع

الف. فارسی

* استوار سنگری، کورش (۱٤۰۲)، **حقوق تامین اجتماعی**، چاپ هفتم، تهران: میزان.
* انصاری، علی و مبین، حجت (۱۳۹۰)، «**نظریه قابلیت انتساب در حقوق مسؤولیت مدنی مطالعه تطبیقی در فقه امامیه و حقوق فرانسه**»، پژوهش‌های حقوق تطبیقی، دوره ۱۵، شماره ۱.
* بابایی، ایرج (۱۳۸۰)، **مبنای مسؤولیت کارفرمایان در ماده ۱۲ قانون مسؤولیت مدنی**، پژوهش‌های حقوق عمومی، دوره ۳، شماره ۵.
* بابایی، ایرج (۱٤۰۱)، **حقوق مسؤولیت مدنی و الزامات خارج از قرارداد**، چاپ سوم، تهران: میزان.
* بابایی، ایرج (۱٤۰۱)، **نظریه عمومی مسؤولیت مدنی**، چاپ نخست، تهران: شهر دانش.
* بابایی، ایرج (۱٤۰۲)، **حقوق مسؤولیت مدنی مبتنی بر نقد و بررسی آراء و رویه قضایی**، جلد دوم، چاپ ششم، تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه.
* بادینی، حسن و رستمی، مرتضی (۱٤۰۲)، **حقوق تامین اجتماعی**، چاپ دوم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
* بجنوردی، سیدمحمد (۱٤۲٤ق)، **القواعد الفقهیه**، جلد دوم، قم، دلیل ما.
* بهرامی احمدی، حمید (۱٤۰۰)، **مسؤولیت مدنی**، چاپ چهارم، تهران: میزان.
* تنک، آندره (۱۳۹۸)، **مبانی و اصول مسؤولیت مدنی از دیدگاه حقوق تطبیقی**، برگردان: سیدحسین صفایی سید احسان حسینی، تهران: شرکت سهامی انتشار.
* حیاتی، علی‌عباس (۱۳۹۸)، **مسؤولیت مدنی**، چاپ دوم، تهران: میزان.
* حمزوی حمزه‌خانی (۱٤۰۰)، **بررسی آرای قضایی در باب مسؤولیت مدنی کارفرما در قبال اعمال کارکنان و کارگران خود (در استان تهران، آراء سال ۱۳۸۰ تا ۱۳۹۸)**، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، تهران: دانشگاه تربیت مدرس.
* حسینی مراغی، میرعبدالفتاح (۱٤۱۸ق)، **العناوین**، جلد دوم، قم، مؤسسه نشر اسلامی.
* خدابخشی، عبدالله (۱٤۰۰)، **جبران خسارت کارگران در نظام مسؤولیت مدنی**،

چاپ پنجم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
* خویی، سیدابوالقاسم (۱٤۲۲ق)، **مبانی تکمله المنهاج**، جلد چهل و یکم، قم، مؤسسه احیاء آثار الامام الخویی (ره).
* دلاوری، محمدرضا (۱۳۹٦)، **رویه قضایی شعب دیوان عدالت اداری در رسیدگی به برخی دعاوی مرتبط با تأمین اجتماعی**، تهران: جنگل.
* رحیمی، حبیب‌اله (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.
* رستمی، مرتضی و رستمی، محمد (۱٤۰۱)، «**اجرای آرای مراجع حل اختلاف کار در نظام قضایی ایران**»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸٦، شماره ۱۱۹.
* صفایی، سیدحسین و رحیمی، حبیب‌اله (۱٤۰۲)، **الزامات خارج از قرارداد**، چاپ هجدهم، تهران: سمت.
* صفایی، سیدحسین و رحیمی، حبیب‌اله (۱۳۹۹)، **مسؤولیت مدنی تطبیقی**، چاپ دوم، تهران: شهردانش.
* طباطبایی، سیدعلی (۱٤۲۲ق)، **ریاض المسائل**، جلد چهاردهم، تهران: دارالکتاب الاسلامیه.
* عراقی، سیدعزت‌الله و همکاران (۱۳۸٦)، **درآمدی بر حقوق تامین اجتماعی: نقد قانون تامین اجتماعی ایران بر اساس مطالعه تطبیقی**، چاپ نخست، تهران: مؤسسه عالی پژوهش تامین اجتماعی.
* عراقی، سیدعزت‌اله و بادینی، حسن (۱۳۸٤)، «**بررسی کاستی‌های قانون تامین اجتماعی بر اساس مطالعات تطبیقی**»، فصل‌نامه تامین اجتماعی، دوره ۷، شماره ۳.
* عراقی، سیدعزت‌اله (۱٤۰۲)، **حقوق کار**، جلد دوم، چاپ نهم، تهران: سمت.
* علویان کرانی، سیدروح اله (۱۳۹٤)، «**نگرش فقهی به مسؤولیت مدنی ناشی از فعل غیر**»، گفتمان حقوق، شماره ۲۷ و ۲۸.
* قاسم‌زاده، سیدمرتضی (۱٤۰۰)، **الزام‌ها و مسؤولیت مدنی بدون قرارداد**، چاپ یازدهم، تهران: میزان.
* کاتوزیان، ناصر (۱٤۰۲)، **الزامات خارج از قرارداد (مسؤولیت مدنی)**، جلد دوم،

چاپ پنجم، تهران: گنج دانش.
* کاشـــانی، ابوبکر بن مسعود (۱۴۰۹ق)، **بدایع الصنایع**، جلد هفتم، پاکستان: مکتبیه الحبیبیه.
* کرمی، محمدباقر (۱۴۰۱)، **مجموعه اســـتفتاآت فقهی و نظریات حقوقی راجع به قتل**، چاپ نخست، تهران: فردوسی.
* میرشـــکاری، عباس و صمدی، افروز (۱۳۹۷)، **اصول اروپایی حقوق مســـؤولیت مدنی**، چاپ دوم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
* مولایی، آیت و میراحمدی، فاطمه (۱۴۰۱)، «**چالش‌های آرای هیئت‌های تشخیص مطالبات ســـازمان تأمین اجتماعی با تأکید بـــر آرای دیوان عدالت اداری**»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۶، شماره ۱۲۰.
* نجفی، محمدحسن (۱۳۶۲)، **جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام**، جلد چهارم، تهران: دارالکتاب الاسلامیه.
* نعیمـــی، عمران و پرتو، حمیدرضا (۱۳۹۸)، **حقـــوق تامین اجتماعی با تاکید بر حوزه بیمه‌ای**، چاپ پنجم، تهران: سمت.
* هاشمی، سیدمحمد (۱۴۰۱)، **حقوق کار**، چاپ دوم، تهران: میزان.
* همتـــی، مجتبی (۱۳۹۶)، **حقوق تامین اجتماعی**، تهران: دانشـــگاه علوم قضایی و خدمات اداری.
* یزدانیان، علیرضا (۱۳۹۱)، «**نظریه عمومی مســـؤولیت مدنی متبوع ناشی از عمل تابع در حقوق فرانسه**»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۷۷.
* یزدانیـــان، علیرضا (۱۴۰۲)، **قواعد عمومی مسؤولیت مدنی (با مطالعه تطبیقی در حقوق فرانسه)**، جلدهای سوم و چهارم، چاپ سوم، تهران: میزان.
* پژوهشگاه قوه قضاییه، سامانه ملی آرای قضایی https://ara.jri.ac.ir

ب. انگلیسی

* Cappelletti. Marco (2022), **Jastifying Strict Liability**, A Comparative Analysis in Legal Reasoning, Oxford University Press.
* Cappelletti. Marco (2023), **A Pluralist View Of Vicarious Liability In Tort**, University Of Oxford, 1-34.

❋ Deakin, Simon (2017), **The Evolution of Vicarious Liability**, Cambrige Privat Law Cent.

❋ Giliker. Paula (2010), **Vicarious Liability in Tort (A Comparative perspective)**, Cambridge university press.

❋ Giliker. Paula (2017), **A revolution in vicarious liability**: Lister, the Catholic Child Welfare Society case and beyond, Hart Publishing.

❋ Giliker. Paula (2016), **'Vicarious Liability in the Supreme Court'** in D. Clarry (ed), The UK Supreme Court Yearbook, Volume 7.

❋ Gray, Anthony (2018), **Vicarious Liability (Critique and Reform)**, first ed, Hart Publishing.

❋ Harpwood, Vivienne (2000), **LLB Barrister, Principal of Tort Law**, Fourth edition, London Sydney.

❋ Keating, Gregory C (2001), **The Theory of Enterprise Liability and Common Law Strict Liability**, University of Southern California Law School Los Angele.

❋ Keating, Gregory C (2022), **Enterprise Liability**, University of Southern California Law School Los Angele.

❋ Lengell, Eric (2015), **Wisconsin Worker's Compensation**: Course of Employment, Independent.

❋ Morgan, Phillip (2015), **Revising Vicarious Liability- a commercial perspective**.

❋ Morgan, Phillip (2013), **Vicarious Liability on The Move**, University of York.

❋ Morgan, Phillip (2015), **Vicarious liability of companies: the final frontier of vicarious liability**, Professional Negligence.

❋ Markesinis.b.s& Beakin.s.f, **TORT LAW**, clarendon press oxford university, 1999.

❋ Martin Petrin & Barnali Choudhury (2018), **Group Company Liability**, published in Eus Org Law Rev. Vol. 20. Pp. 1-26.

❋ Nolan, Donal (2020), **Riening in Vicarious Liability**, Industrial Law Jornal 49.

❋ Nicholas J. McBride and Rodrick Bagshow (2018), **Tort Law**, Pearson UK.

❋ Neyers .j .w (2004), **A Theory of Vicarious Liability**, university of western Ontario.

❋ Pollok, F and Maitland, FW (1895), **The History of English LAW**, Cambridge University Press.

❋ Salmond, S.J.W and Heuston, R.F.V and Buckley, R.A (1997). **Salmond and heuston on the law of torts**.

❋ Tunk, andre (1983), **international encyclopedia of comparative law**, martinus nijhoff publisher Dordrecht. Boston. Lansacter.

❋ Wigmore, J (1894), **Responsibility For Tortious Acts**: Its History, Harvard Law Review.

❋ White, G. Edward (1985), **Tort Law In American, an intellectual history**, new York university press.

❋ Limpus v London General Omnibus (1862).

❋ Mohamud v WM Morrison Supermakets plc [2016] UKSC 10, AC677.

❋ Wm Morrisons Supermarket plc v Various Claimants [2020] UKSC 12.

❋ Century Insurance v NI Road Transport Board [1942] AC 509.

❋ Bazley v. Curry, [1999] 2 S.C.R. 534.

❋ Bellman v Northampton Recruitment Ltd [2018] EWCA Civ 2214, [2019] 1 All ER 113.

❊ Group Seven Ltd v Notable Services LLP [2019] EWCA Civ 614, [2019] PNLR 22.

❊ Shelbourne v Cancer Research UK [2019] EWHC 842 (QB), [2019] PIQR P16.

❊ Dubai Aluminium Co Ltd v Salaam [2002] UKHL 48, [2003] 2 AC 366.

مجله حقوقی دادگستری

مقاله پژوهشی/ دوره ۸۹/ شماره ۱۲۹/ صفحات: ۵۵-۳۷
تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۶/۳۰ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۸/۲۹

انعقاد و انحلال عقد نکاح با شرط نتیجه

سجاد علمی کنک لو[۱]، علی غریبه[۲]، اسماعیل صغیری[۳]

چکیده

مستفاد از ماده ۲۳٤ قانون مدنی که مقرر داشته شرط نتیجه آن است که تحقق امری در خارج شرط شود، شرط نتیجه به نفس انشاء تشکیل می‌شود؛ بنابراین از نظر اکثریت حقوق‌دانان، به لحاظ تشـــریفاتی بودن انعقاد و انحلال عقد نکاح و ضرورت تحقق شـــرط نتیجه به نفس اشتراط، این دســـته از اعمال حقوقی نمی‌توانند موضوع شـــرط نتیجه قرار گیرند. با وجود این، برخـــی معتقدند که انعقاد و انحلال عقد نکاح با شـــرط مذکور، مقدور بوده و بررسی‌های فقهی نیز گویای این امر است که انعقاد و انحلال عقد نکاح نمی‌تواند متعلق شرط نتیجه باشد.

این پژوهش با روش توصیفـــی تحلیلی، ضمن نقد برخی از ادبیات موجود، انعقاد و انحلال عقد نکاح با شرط نتیجه را با توجه به انواع مختلف عقد نکاح، سلسله طرق پیش‌بینی شده برای انحلال آن و احتجاج به مکانیسم تعلیق، با تفکیک بین شرط نتیجه معلق و انشای اعمال حقوقی یاد شده به صورت منجز، مورد امکان‌سنجی قرار داده و بـــا ارائه تحلیل‌های نوین، امکان انعقاد و انحلال عقد نکاح را با این شـــرط، استنتاج می‌نماید.

واژگان کلیدی: شرط، شرط نتیجه، انعقاد نکاح، انحلال نکاح.

---

۱. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، واحد تبریز، دانشگاه آزاد اسلامی، تبریز، ایران.
sajad.elmii@gmail.com

۲. استادیار گروه حقوق خصوصی، واحد تبریز، دانشگاه آزاد اسلامی، تبریز، ایران (نویسنده مسؤول).
gharibelawyer@gmail.com

۳. استادیار گروه حقوق خصوصی، واحد تبریز ، دانشگاه آزاد اسلامی، تبریز، ایران.
esmaeilsaghiri@yahoo.com

درآمد

نگرشی کوتاه به ماده ۲۳٤ قانون مدنی که مقرر داشته: «... شرط نتیجه آن است که تحقق امری در خارج شـــرط شود ...» و در نظر گرفتن ماده ۲۳٦ همین قانون که اشعار می‌دارد: «شرط نتیجه در صورتی که حصول آن نتیجه موقوف به سبب خاصی نباشـــد آن نتیجه به نفس اشتراط حاصل می‌شـــود»، گویای این امر است که هدف از اندراج شرط نتیجه، ایجاد غایت امری با نیروی تراضی و در سایه عقد اصلی است.

به موجب ماده ۱۹۰ قانون مدنی[1] و لحاظ این‌که قصد انشای طرفین در حقیقت یک شرط به معنی حقیقی کلمه که فقط زمینه را برای پیدایش عقد فراهم کند نیست؛ بلکه عنصر سازنده عقد است که در مقایسه با شرایط دیگر و بر اساس اصل حاکمیت اراده در اعمال حقوقی، نقش ممتازی در تحقق عقد دارد (شـــهیدی، ۱۳۸۸: ۱۳۲) و همچنین لحاظ مواد ۱۹۱ لغایت ۱۹٤ همان قانون، می‌توان گفت، برای تشـــکیل عقد، وجود شرایط اساسی برای صحت معاملات کافی بوده و رعایت تشریفات دیگر فاقد ضرورت اســـت. این است که گفته شده، در نظام حقوقی ما عقد با تراضی واقع شده و نیاز به تشـــریفات خاصی ندارد (کاتوزیـــان، ۱۳۸۸ الف: ۸۸). به‌علاوه نظر اخیر که بـــر مبنای اصل حاکمیت اراده ارائه گردیده (همان: ۱٤٦)، ویژه عقود نبوده و از اصل حاکمیت اراده در اعمال حقوقی، افزون بر آزادی شـــخص در انشـــای عقد، انشای ایقاع نیز اســـتفاده می‌شـــود (شهیدی، ۱۳۸۸: ۵۷)؛ لذا انشـــای ایقاع نیز جز در موارد اســـتثنایی، نیاز به تشـــریفات خاصی ندارد؛ بنابراین جز در موارد استثنائی و از جمله عقود عینی، انعقاد و انحلال عقد نکاح با لحاظ تشتت نظرات موجود و طبق اصول در تحقق ســـایر اعمال حقوقی با شرط نتیجه تردید روا نیست؛ لیکن می‌دانیم که بررسی تحقق عقود عینی یا تشریفاتی با شرط یاد شده، موضوع تحقیق حاضر نیست؛ مع‌هذا موضوع تحقیق حاضر تحت عنوان انعقاد و انحلال عقد نکاح با شرط نتیجه، به لحاظ ضرورت رعایت تشـــریفات یا عدم ضرورت آن، در معرض تضارب اندیشـــه‌ها قرار گرفته و برخی از تحلیل‌های ارائه شده مشعر بر عدم امکان تشکیل عقد نکاح با شرط نتیجه، از اتقان لازم برخوردار نبوده و برخی از ادبیات موجود در خصوص عدم امکان

---

۱. «برای صحت هر معامله شـــرایط ذیل اساســـی اســـت: ۱- قصد طرفین و رضای آن‌ها؛ ۲-اهلیت طرفین؛ ۳- موضوع معین که مورد معامله باشد؛ ٤- مشروعیت جهت معامله».

انحلال عقد نکاح با شرط یاد شده نیز، به واسطه انتقادات وارده، فاقد استغنای علمی کافی است.

از این رو، در نوشـــتار حاضر به منظور تحلیل نظریات موجود، توسعه ادبیات حقوقی کشـــور در این زمینه و به ویژه پاسخ به این پرسش که امکان انعقاد و انحلال عقد نکاح با شرط مزبور قابل تصور است یا خیر، سعی برآن است تا تشکیل و انحلال عقد نکاح با شرط نتیجه، به صورت علی‌حده مورد امکان‌سنجی قرار گیرد.

۱. انعقاد عقد نکاح

در خصوص حکم وضعی انشـــای عقد نکاح با شرط نتیجه، دو نظریه وجود دارد؛ لذا برای نیل به هدف تحقیق حاضر، اقوال مختلف را طی دو نظریه مستقل مورد مطالعه قرار می‌دهیم.

۱-۱. نظریه عدم امکان تشکیل عقد نکاح با شرط نتیجه

بررسی‌های به عمل آمده گویای این امر است که از نظر فقهای عظام، تشکیل عقـــد نکاح صرفاً با صیغـــه مخصوص و در حد مقدور با الفاظ عربی ممکن اســـت (طوســـی، ۱٤۲۸ الف: ٤۳۰؛ محقق حلـــی، ۱٤۱۵ الف: ٤۹۹؛ علامه حلی، ۱٤۳٤: ۸۸؛ شهید اول، ۱۳۹۲: ۱٦۱ ؛ شهید ثانی، ۱٤۲۹ الف: ۹۵؛ نجفی، بی‌تا الف: ۱٤۱؛ طباطبایی یزدی، ۱٤۱٤: ٦۳۲). این قول از چنان شـــهرتی برخوردار اســـت که شـــهید ثانی در مسالک نسبت به آن ادعای اجماع کرده است (شهید ثانی، ۱٤۲۹ الف: ۹٦)؛ لذا در فقه پس از بررســـی نظریه شروط به صورت قاعده مستقل و برای اولین بار توسط برخی از فقها (نراقی، ۱٤۰۸: ۱۲٦؛ مراغی، ۱٤۱۷: ۲۷۱)؛ صاحب مکاسب نخستین بار نظریه شروط را با ظرافت خاص و فراتر از قاعده توسعه داده، شروط صحیح را به صورت علی‌حده و منسجم احصاء نموده (انصاری، ۱٤۳۲: ۱۱) و مشخصاً در خصوص امکان انشای عقد نکاح با شرط نتیجه اظهار داشته‌اند هرگاه مراد از اشتراط غایت، عقد نکاح با تحصیل اســـباب شرعی باشد، به شـــرط فعل باز خواهد گشت و لیکن اگر مراد از آن، تحقق نکاح به نفس اشتراط باشد، چون تحقق نکاح موقوف به سبب خاص بوده و جز به حکم شـــرع با اسباب مربوط تشـــکیل نمی‌شود، در قالب شرط نتیجه محقق نخواهد شد (انصاری، ۱٤۲۳: ۵۹). مضمون نظر فوق در برخی دیگر از تالیفات معتبر بعدی نیز دیده می‌شود (طباطبایی یزدی، ۱٤۲۹: ۳۰۳؛ بجنوردی، ۱٤۳۰: ۲۹٦؛ موسوی

خمینی، ۱۳۹۲: ۲۲۷؛ سبحانی، ۱٤۱٤: ٥۰٤).

در حقوق موضوعه نیز ماده ۱۰٦۲ قانون مدنی در خصوص نحوه تشکیل عقد نکاح مقرر می‌دارد: «نکاح واقع می‌شود به ایجاب و قبول به الفاظی که صریحاً دلالت بر قصد ازدواج نماید» و اگرچه در مقرره مزبور تشـــریفاتی برای انشـــای عقد نکاح پیش‌بینی نشـــده اســـت؛ با این وصف، اکثریت حقوق‌دانان نکاح را عقدی تشریفاتی انگاشـــته و در خصوص امکان انشای آن با شـــرط نتیجه اظهار داشته‌اند: زوجیت با شـــرط نتیجه محقق نمی‌شود؛ زیرا برای تحقق زوجیت، طبق ماده ۱۰٦۲ قانون مدنی ایجاب و قبول لفظی با الفاظی که صریحاً دلالت بر قصد ازدواج نماید، ضروری است و بنابرایـــن صـــرف پیش‌بینی نکاح در ضمن عقد بدون تحقـــق ایجاب و قبول لفظی مذکور در بالا، موجب تحقق رابطه زوجیت نمی‌شود. به دیگر سخن، مقنن به پیروی از فقـــه امامیه، ایجاب و قبـــول را با اظهار الفاظی که به صراحت قصد و اراده طرفین برای ازدواج را آشـــکار و مبین نماید، لازم دانسته است (شهیدی، ۱۳۹۱: ۸۲؛ جعفری لنگرودـــی، ۱۳۸۸: ۱۱٦؛ همو، ۱۳۸٦: ۱۰۲؛ همـــو، ۱۳۸۷: ۲۸۵؛ محقق داماد، ۱۳۹۵: ۱٦۷؛ همو، ۱۳۹۰: ۲۳۲). نظر فوق از حیث نتیجه و لیکن بدون ارائه تحلیل، در برخی دیگر از منابع نیز دیده می‌شـــود (عبده بروجردی، ۱۳۸۳: ۷۷؛ افتخاری، ۱۳۸۲: ۲۵۲؛ ره‌پیک، ۱۳۹۸: ۱۷۰).

ملاحظه می‌شود که مبنای نظر اکثریت حقوق‌دانان مشعر بر عدم امکان تشکیل عقد نکاح در قالب شـــرط نتیجه، همانا استفاده مقنن از واژه «صریحاً» در ماده ۱۰٦۲ قانون مدنی اســـت؛ بنابراین به نظر می‌رسد می‌توان گفت از آن‌جا که از نظر این گروه از حقوق‌دانان، صرف توافق دو انشـــای متقابل برای انعقـــاد عقد نکاح کافی نبوده، بلکه صراحت الفاظ نیز ضرورت دارد؛ لذا از نظر ایشـــان، نکاح عقد رضایی محض محســـوب نمی‌شود. از این رو، پرســـش این است که آیا وجود واژه معنونه در مقرره مذکور، نکاح را از شمول عقود رضایی خارج نموده و با توجه به تشریفاتی بودن آن، امکان انشای آن در قالب شرط نتیجه وجود نخواهد داشت. به نظر می‌رسد پاسخ منفی است. در حقیقت، پذیرش این نظر با لحاظ ماده ۳٤۰ قانون مدنی که مقرر داشته: «در ایجاب و قبول الفاظ و عبارات باید صریح در معنی بیع باشد»؛ ملازمه با این دارد که بیع نیز از شـــمول عقود رضایی خارج شـــده و امکان تشکیل آن با شرط نتیجه وجود

نداشـــته باشـــد؛ در حالی که با توجه به بدیهی بودن امکان تحقق بیع در قالب شرط نتیجه، هیچ کس این امر را نمی‌پذیرد؛ بنابراین باید قائل بر این بود که صرف استعمال واژه «صریحاً» در ماده ۱۰٦۲ قانون مدنی، با تشریفاتی بودن عقد نکاح ملازمه نداشته و اصل نیز، بر رضایی بودن عقود است؛ بنابراین با احتجاج به صرف استفاده از واژه «صریحاً» در این مقرره، نمی‌توان نســـبت به عدم قابلیت تشکیل نکاح در قالب شرط مورد بحث اظهار نظر کرد.

۲-۱. نظریه امکان تشکیل عقد نکاح با شرط نتیجه

در این قســـمت سعی بر آن است تا نخست پیشینه نظریه بررسی و سپس طی مبحثی مســـتقل، تحلیل نوین نگارندگان ارائه و به اشـــکالات احتمالی نیز پاسخ داده شود. باید افزود همان‌طور که در مبحث قبلی گذشت، از نظر فقها امکان تشکیل عقد نکاح با شـــرط نتیجه وجود ندارد؛ از این رو در مبحث آتی، صرفاً پیشینه موجود که همانا نظر برخی از علمای حقوق است، مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

۱-۲-۱. پیشینه نظریه

بـــه موجب ماده ۱۰٦۲ قانون مدنی: «نکاح واقع می‌شـــود به ایجاب و قبول به الفاظی که صریحاً دلالت بر قصد ازدواج نماید». ماده ۱۰٦٦ این قانون نیز مقرر داشته: «هر گاه یکی از متعاقدین یا هر دو لال باشـــند عقد به اشـــاره از طرف لال نیز واقع می‌شود مشروط بر این‌که به طور وضوح حاکی از انشاء عقد باشد».

ملاحظه می‌شـود از نظر قانون مدنی برای تشکیل عقد نکاح، تشریفات خاصی وجـــود ندارد و لذا پـــاره‌ای از حقوق‌دانان، نکاح را عقدی رضایی دانســـته و اظهار داشته‌اند هـــمین که زن و مردی قصد تشکیل خانواده و زندگی مشترک داشتـــه و اراده خود را به طور صـــریح بیان کنـند، از توافـق آن‌ها عقد نکاح به وجود می‌آید و اگرچه به لحاظ دشوار بودن اثبات نکاح، تشریفات ثبت آن ضرورت دارد، عـــدم رعایت تشریفات یاد شده، تنـها ضمانت اجرای کیفری دارد و به درستـی عقد خللی وارد نمی‌ســـازد (کاتوزیان، ۱۳۸۸ ب: ۳۳؛ امـــامی، ۱۳۷٤: ۲٦۸؛ صفـــایی و امامی، ۱۳۹۳: ۵۲). این است که در خصـــوص امکان انعقاد نکـــاح با شـرط نتیجه اظهار داشـــته‌اند در موردی که نکاح یکی از دو طرف قرارداد با شخص ثالث به طور نتیجه شرط شود، حداکثر این است که نتیجه در حکم پیشنهاد به او باشد و با قبول شخص

ثالث نکاح واقع شود. این فرض را نباید با شرط نکاح بین دو طرف قرارداد قیاس کرد؛ زیرا در فرض اخیر، نتیجه مطلوب با تراضی زن و شوهر واقع می‌شود و به هیچ مشکلی بر نمی‌خورد (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۲۰۰). طبق این نظر، تشکیل عقد نکاح در قالب شرط نتیجه در صورتی که با شخص ثالث باشد، در حکم ایجاب است، اما تحقق عقد با شرط نتیجه در صورتی که زوجین طرفین عقد مشروط باشند پذیرفته است.

یکی دیگر از نویسندگان در مورد اثر انحلال عقد مشروط با فسخ یا اقاله نسبت به شرط نتیجه اظهار داشته است هرگاه شرط نتیجه حاصل شده باشد، به وسیله اقاله و فسخ معامله، آن نتیجه نیز فک خواهد شد؛ مگر این‌که بر هم زدن نتیجه حاصل از شرط، احتیاج به تشریفات و شرایط خاص داشته باشد و برای قسم اخیر عقد نکاح را مثال زده و می‌افزاید هر گاه در فروش خانه زن به مردی شرط شود که زن زوجه دائم مرد باشد، به نفس معامله خانه، زوجیت بین آن دو حاصل می‌شود، ولی اقاله معامله خانه یا فسخ آن موجب انحلال نکاح نخواهد شد؛ زیرا نیازمند به تشریفات مخصوص است (امامی، ۱۳۹۰: ۳۵۵)؛ طبق این نظر، تشکیل نکاح در قالب شرط نتیجه ممکن است.

۲-۲-۱. تحلیل نوین مبتنی بر مکانیسم تعلیق با پاسخ اشکالات

به موجب ماده ۱۱۱۹ قانون مدنی: «طرفین بعد از ازدواج می‌توانند هر شرطی را که مخالف با مقتضای عقد مزبور نباشد در ضمن عقد ازدواج یا عقد لازم دیگر بنمایند مثل این‌که شرط شود هرگاه شوهر زن دیگر بگیرد یا در مدت معینی غایب شود یا ترک انفاق نماید یا بر علیه حیات زن سوء قصد کند یا سوء رفتاری نماید که زندگانی آن‌ها با یکدیگر غیر قابل تحمل شود زن وکیل و وکیل در توکیل باشد که پس از اثبات تحقق شرط در محکمه و صدور حکم نهایی خود را مطلقه سازد».

قانون‌گذار با شناسایی تحقق وکالت در صورت از جمله تجدید فراش توسط شوهر و ترک انفاق، به صراحت شرط نتیجه معلق را پذیرفته است (علمی و دیگران، ۱۴۰۲: ۲۵۲)؛ این است که یکی از نویسندگان، بحث تعلیق در شروط ضمن عقد را بخشی از تعلیق در اعمال حقوقی دانسته (محقق داماد، ۱۳۹۵: ۱۴۴) و ضمن مباحث

خویش در خصوص تبیین ماهیت وجه التزام، از شرط نتیجه معلق نیز صحبت نموده است (همان: ٤٧٧). حتی برخی شرط نتیجه معلق را طی مبحثی مستقل مورد بررسی قرار داده و اظهار داشته‌اند شـــرط نتیجه معلق مطابق قاعده صحیح بوده و دلیلی بر بطلان آن وجود ندارد (شهیدی، ۱۳۹۱: ۷۷).

در مقـــام تقویت این نظرات می‌توان گفت چنانچه شـــرط نتیجه معلق ضمن عقدی وارد قصد مشـــترک طرفین گردیده و در حکم وضعی آن از حیث این‌که انشاء به صورت معلق صحیح است یا خیر تردید حاصل شود، نظر به این‌که شرط به عنوان نهاد وابســـته عقد، جزء عقد مشروط محسوب می‌شـــود، مشمول اصل صحت عقود خواهد شد؛ از این رو، به نظر می‌رسد باید به صحت شرط نتیجه معلق که با مکانیسم حقوقی خود به نحو تعلیق در تاثیر انشاء می‌شود اظهار نظر کرد؛ لذا پرسش این است که بر فرض تشـــریفاتی بودن نکاح، آیا می‌توان آن را در قالب شرط نتیجه و معلق به اجرای تشریفات مربوطه (صیغه مخصوص یا صراحت الفاظ) توسط وکیل و در موعد معهود انشـــاء کرد و امکان انشای آن با شرط نتیجه، به نحوی که معلق‌علیه آن اجرای تشریفات یاد شده توسط وکیل و در موعدی مشخص باشد وجود دارد؟

در نگاه نخســـت ممکن است با نگرشی سطحی به فرض مساله گفته شود به موجب ماده ۱۰٦۸ قانون مدنی که مقرر داشـــته: «تعلیق در عقد موجب بطلان است»، امکان تشکیل نکاح در قالب شرط نتیجه معلق وجود ندارد؛ لیکن به نظر می‌رسد باید ایـــن توهم را از ذهن زدود؛ زیرا در موضوع مورد بحث، آن‌چه با جریان تعلیق همراه اســـت، شرط نتیجه بوده که با اجرای تشریفات نکاح (از صیغه مخصوص مطابق نظر فقهای عظام و الفاظ صریح بر اســـاس دیدگاه برخی از حقوق‌دانان) به صورت منجز، شـــرط حاصل خواهد شد. به دیگر ســـخن، آن‌چه در مقرره یاد شده به عنوان نکاح معلق نهی شده، انشـــای خود عقد نکاح به صورت معلق است و چنان‌چه عقد نکاح با اجرای ایجاب و قبول به شرح مورد نظر کسانی که آن را عقدی تشریفاتی می‌دانند موضوع شرط نتیجه با مکانیسم تعلیق قرار گیرد، با توجه به عدم سرایت جریان تعلیق از شرط معلق به موضوع شرط مذکور که همانا تشکیل عقد نکاح است، چنین شرطی محمول بر صحت خواهد بود.

همان‌طور که علمای حقوق اظهار داشـــته‌اند، ممکن است گفته شود در نهاد

تعلیق، معلق‌علیه باید امری محتمل الوقوع باشـــد (کاتوزیان، ۱۳۸۸ الف: ۵۲؛ شهیدی، ۱۳۸۸: ۷۲) و از آن‌جـــا که در مثال موصوف، اجرای تشـــریفات منوط به اراده وکیل شده است، معلق‌علیه با توجه به ماهیت عقد وکالت، وابسته به اراده طرفین بوده و از این حیث با ســـاختمان حقوقی نهاد تعلیق سازگار نمی‌باشد، اما می‌توان گفت راست اســـت که وکیل به نیابت از موکل اقدام به اعمال وکالت نموده و در حقیقت انشـــای تشریفات نکاح توســـط نامبرده، به منزله انشای آن توسط موکل است؛ با این وصف قدر متیقن از اجرای مفاد نیابت در عقد وکالت، تاثیر اراده وکیل در حقوق موکل بوده و در موضوع بحث، تشـــخیص وکیل در اعمـــال وکالت، زمان اجرای نیابت، رعایت مصلحت و ...، اموری ذهنی و مستقل بوده و ارتباطی با اراده موکل ندارد و لذا به نظر می‌رسد صرف تاثیر اراده وکیل در حقوق موکل، نمی‌تواند ماهیت معلق‌علیه در مثال را از امری محتمل الحصول، به امری وابسته به اراده زوجین دگرگون نماید. به‌علاوه، مقتضای اصل نیز، عدم وابستگی معلق‌علیه به اراده زوجین است.

۲. انحلال نکاح

بـــا توجه به انواع نکاح و متفاوت بودن اســـباب انحلال آن به صراحت ماده ۱۱۲۰ قانون مدنی که اشعار داشته: «عقد نکاح به فسخ یا به طلاق یا به بذل مدت در عقد انقطاع منحل می‌شـــود»، به امکان سنجی انحلال عقد نکاح در قالب شرط نتیجه می‌پردازیـــم. به‌رغم غفلت قانون‌گذار در این مقرره، نکاح منقطع با فســـخ نیز مرتفع می‌شـــود؛ لذا به فراخور نوشتار حاضر، این امر نیز مورد مطالعه قرار می‌گیرد. در فقه صرفاً نظریه عدم امکان انشـــای طلاق با شـــرط نتیجه وجود دارد، که در مباحث آتی تبیین خواهد شد.

۱-۲. نکاح منقطع

در این قســـمت بین انحلال نکاح موقت با فســـخ و بذل مدـــت باید قائل به تفکیک شد؛ لذا ابتدا به انحلال نکاح یاد شده در قالب شرط نتیجه با فسخ می‌پردازیم و سپس انحلال آن از طریق بذل مدت مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۱-۱-۲. تحلیل انحلال نکاح موقت با فسخ

بر خلاف ظاهر ماده ۱۱۲۰ قانون مدنی که مقرر داشته: «عقد نکاح به فسخ یا بـــه طلاق یا به بذل مدت در عقد انقطاع منحل می‌شـــود» و ماده ۱۱۳۹ این قانون که

اشـــعار داشته: «طلاق مخصوص عقد دائم است و زن منقطعه با انقضای مدت یا بذل آن از طرف شوهر از زوجیت خارج می‌شود» و همان‌طور که گفته شده، نهاد فسخ در عقد موقت نیز می‌تواند مصداق داشـــته باشد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸٦: ۲۳۷). همین معنی از ماده ۱۱۵۲ قانون مدنی که مقرر داشته: «عده طلاق و فسخ نکاح و بذل مدت و انقضای آن در نکاح منقطع در غیر حامل دو طهر اســـت ...»؛ چون مفهوم فســـخ به عقد نکاح منقطع نیز عارض شـــده است، به روشنی استنباط می‌شود. اساساً برخی از علما مقرره فوق را ناظر به نکاح منقطع دانســـته و درج ترکیب (عده طلاق) را در آن زاید می‌دانند (کاتوزیان، ۱۳۹٦: ۷۰۲).

پرســـش این است که آیا فســـخ نکاح منقطع می‌تواند متعلق شرط نتیجه قرار گیرد. در پاسخ می‌توان گفت از آن‌جا که انشای فسخ نکاح در زمره ایقاعات بوده و به هیچ تشریفاتی نیاز ندارد (کاتوزیان، ۱۳۸۸ ب: ۲٥٤)، چنان‌چه مثلا در عقد بیع، فسخ نکاح موقت در قالب شـــرط نتیجه حتی در صورتی که یکی از زوجین شخص ثالث باشـــد، در قالب شرط نتیجه اندراج شـــود؛ در این صورت نظر به این‌که برای انحلال نکاح منقطع از طریق فســـخ آن، سبب خاصی پیش‌بینی نشده است، در تحقق انحلال نکاح یاد شده به کیفیت مورد نظر، تردید روا نیست.

۲-۱-۲. تحلیل انحلال نکاح موقت با بذل مدت

بذل مدت را نباید نوعی طلاق شـــمرد؛ زیرا نه فقط مقررات قانون ویژگی‌های زیادی به طلاق بخشیده است، از نظر ماهوی نیز بین احکام این دو تفاوت‌های آشکار و مهمی وجود دارد. طلاق ایقاعی اســـت تشریفاتی که باید به صیغه مخصوص و در حضور دو مرد عادل انجام گیرد و جز در مورد طلاق های بائن، در زمان عده می‌توان از آن رجوع کرد، اما بذل مدت ایقاعی است که تنها به اراده شوهر واقع می‌شود و به تشـــریفات دیگری نیاز ندارد (کاتوزیان، ۱۳۸۸ ب: ٤۳٤؛ محقق داماد، ۱۳۹٥: ٤۰۳)؛ این است که ماده ۱۱۳۹ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «طلاق مخصوص عقد دائم است و زن منقطعه با انقضای مدت یا بذل آن از طرف شـــوهر از زوجیت خارج می‌شود»؛ لذا پرســـش این اســـت که آیا بذل مدت در نکاح موقت به عنوان یک ایقاع، می‌تواند متعلق شرط نتیجه قرار گیرد.

به نظر می‌رســـد باید به پرسش فوق پاسخ مثبت داد. چنانچه مثلا در عقد بیع

انحلال نکاح موقت در قالب شـــرط نتیجه حتی در صورتی که زوجه شـــخص ثالث باشـــد، اشـــتراط شـــود، نظر به این‌که برای انحلال نکاح موقت از طریق بذل مدت، تشریفات خاصی پیش‌بینی نشده است؛ لذا تحقق انحلال نکاح یاد شده در قالب شرط نتیجه با مانعی مواجه نخواهد شد.

۲-۲. نکاح دائم

در این قسمت باید بین انحلال نکاح دائـــم با فسخ و طلاق قائل به تفصیل شد.

۱-۲-۲. تحلیل انحلال نکاح دائم با فسخ

در خصوص ماهیت فسخ نکاح و قلمرو آن گفته شد که از حیث نحوه انشای فسخ، امتیازی برای نکاح منقطع و دائم نیست و به موجب مواد ۱۱۲۰ و ۱۱۳۹ قانون مدنی امکان فسخ نکاح دائم پیش‌بینی شده است؛ بنابراین به این پرسش که آیا انحلال نکاح دائم با فسخ می‌تواند موضوع شرط نتیجه قرار گیرد، باید پاسخ مثبت داد. ماده ۱۱۳۲ قانون مدنی مقرر داشـــته: «در فسخ نکاح رعایت ترتیباتی که برای طلاق مقرر اســـت شرط نیســـت»؛ از این رو چنان‌چه ضمن یک معامله، فسخ نکاح دائم با شرط نتیجه وارد قصد مشترک طرفین شود، در صورت وجود سایر شرایط حق فسخ، اعمال آن با لحاظ فوریت، در قالب شرط مورد بحث محقق خواهد شد.

۲-۲-۲. انحلال نکاح دائم با طلاق

در این‌که انحلال نکاح دائم از رهگذر عمل حقوقی تشریفاتی طلاق، می‌تواند متعلق شـــرط نتیجه قرار گیرد، اختلاف نظر اســـت. ذیل این قسمت به بررسی اقوال مختلـــف طی دو نظریه می‌پردازیم و ضمن نظریه دوم متضمن نظریه امکان انشـــای طلاق در قالب شرط نتیجه، دیدگاه نوین نگارندگان نیز تبیین می‌شود

الف. نظریه عدم امکان انشای طلاق در قالب شرط نتیجه

از نظر فقها، انشای طلاق با صیغه مخصوص و نزد دو نفر شاهد عادل ممکن است (شیخ طوســـی، ۱٤۲۸ ب: ٦؛ محقق حلی، ۱٤۱٥ ب: ٥۸۳؛ علامه حلی، ۱٤۳٤: ۳٤۷؛ شـــهید اول، ۱۳۹۲: ۱۷۹؛ شـــهید ثانی، ۱٤۲۹ ب: ٦۳؛ نجفی، بی‌تا ب: ٥٦)؛ از این رو پس از بررسی نظریه شروط به صورت قاعده مستقل و برای اولین بار توسط برخـــی از فقها (نراقی، ۱٤۰۸: ۱۲٦؛ مراغی، ۱٤۱۷: ۲۷۱)؛ شـــیخ اعظم نخســـتین بار

نظریه شـــروط را با ظرافت خاص و فراتر از قاعده توسعه داده، شروط صحیح را به صورت علی‌حده و منسجم احصاء نموده (انصاری، ١٤٣٢: ١١) و در خصوص امکان انشای طلاق با شرط نتیجه اظهار داشته است طلاق به لحاظ موقوف بودن تحقق آن به اســـباب خاص، نمی‌تواند موضوع شرط نتیجه قرار گیرد (همان: ٦٠). مضمون نظر فـــوق در برخی تالیفات معتبر بعدی نیز دیده می‌شـــود (طباطبایی یزدی، ١٤٢٩: ٣٠٣؛ غروی نائینـــی، ١٣٧٣: ١٢٨؛ بجنوردی، ١٤٣٠: ٢٩٦؛ موســـوی خمینی، ١٣٩٢: ٢٢٧؛ سبحانی، ١٤١٤: ٥٠٤).

این نظر توسط اکثریت علمای حقوق نیز پذیرش و گفته شده است در مواردی که تحقق نتیجه مطلوب نیاز به سبب خاص دارد، اجرای شرط با مانع حقوقی مواجه می‌شـــود و در حکم شرط نامشروع است؛ زیرا نتیجه‌ای را می‌خواهد که به تشریفات خاص نیاز دارد و تنها به تراضی ایجاد نمی‌شود (کاتوزیان، ١٣٨٧: ٢٠١). این نویسنده برای اموری که به ســـبب خاص نیاز دارند، انحلال نکاح را مثال زده و افزوده است انحلال نکاح جز در مورد خاص فســـخ که با اراده زن یا شوهر انجام می‌پذیرد، نیاز به طلاق دارد که ایقاعی اســـت تشریفاتی؛ لذا نهاد شرط، شوهر را از رعایت شرایط و تشـــریفات طلاق معاف نمی‌کند (همان: ١٣٨)؛ در حالی که دست کم انحلال نکاح منقطـــع از رهگذر بذل مدت کـــه نوعی ایقاع بوده، تنها به اراده زوج نیاز داشـــته و تشریفات خاصی ندارد؛ می‌تواند موضوع شرط نتیجه قرار گیرد.

یکی دیگر از علما اظهار داشته است طلاق بدون صیغه خاص واقع نمی‌شود؛ پس نمی‌تواند موضوع شـــرط نتیجه قرار گیرد؛ زیرا سبب خاص وقوع طلاق، صیغه مخصوص است (جعفری لنگرودی، ١٣٩١: ٢٠٩)، اما به نظر می‌رسد نحوه بیان ایشان طوری اســـت که گویا حضور دو شاهد عادل از اســـباب طلاق نیست؛ در حالی که همین نویســـنده در منبع دیگری، صیغه طلاق و حضور شهود را در زمره ارکان طلاق می‌داند (همو، ١٣٨٦: ٢٣١)؛ لذا بهتر اســـت گفته شود مولف در منبع پیشین در مقام بیان نبوده است.

از نظـــر برخی دیگر از علما، برای تحقق جدایـــی بین زوجین به عنوان نتیجه طلاق، اجرای صیغه طبق ماده ١١٣٤ به بعد قانون مدنی لازم اســـت و لذا این جدایی به صورت شرط مندرج در ضمن عقد محقق نمی‌شود (شهیدی، ١٣٩١: ٨٣). با وجود

این، به نظر می‌رسد قطع نظر از این‌که طلاق می‌تواند متعلق شرط فعل از جمله شروط ضمن عقد قرار گیرد و در این خصوص تردید روا نیست؛ این مطلب از حیث این‌که صرفاً به ضرورت اجرای صیغه اشـــاره کرده و به حضور عدلین تصریح نکرده است، محل تامل است.

از نظر برخی حقوق‌دانان، شـــرط نتیجه در صورتی حاصل می‌شـــود که کلیه شرایط لازم برای حصول آن حین انعقاد معامله اصلی وجود داشته باشد و در صورت نبود شـــرایط، چنان‌که آن نتیجه موقوف به سبب خاصی باشد نتیجه حاصل نمی‌شود؛ مانند طلاق که باید بر اساس مواد ۱۱۳٤ و ۱۱۳۵ قانون مدنی به صیغه طلاق و منجز انشـــاء شود (امامی، ۱۳۹۰: ۳٤۵). در مقابل می‌توان گفت اگرچه در خصوص اجرای صیغه مخصوص و حضور شهود، تردیدی وجود ندارد، اما منجز بودن طلاق یا معلق نبودن آن، شـــرطی نیســـت که بتوان گفت به علت ضرورت وجود تنجیز در انشای طلاق، امکان تحقق آن با شـــرط نتیجه مقدور نیست؛ زیرا نمی‌توان گفت که با شرط نتیجه منجز می‌توان طلاق را در قالب شـــرط یاد شده انشاء کرد. وانگهی منجز بودن طلاق از اســـباب خاص انشای آن نبوده، بلکه از شرایط صحت طلاق است و الا باید شرایط دیگری چون طهر غیر مواقعه را نیز به آن افزود.

همچنین گفته شده، شرط نتیجه هنگامی معتبر است که نتیجه مورد نظر احتیاج به ســـبب خاصی نداشته باشد و به محض اشتراط، در خارج محقق شود؛ در غیر این صورت، شـــرط نتیجه باطل خواهد بود؛ مثلا کســـی نمی‌تواند ضمن عقدی شرط کند که زوجه‌اش مطلقه باشـــد؛ زیرا شرط ضمن عقد کافی برای تحقق طلاق نیست، بلکه برای طلاق تشریفات خاصی از جمله اجرای صیغه طلاق لازم است (صفایی، ۱۳۸۵: ۱۹۳؛ محقق داماد، ۱۳۹۰: ۲۳۲).

مضمون نظرات فوق از این حیث که به لحاظ ضرورت اجرای صیغه و حضور دو شاهد عادل، طلاق را نمی‌توان با شرط نتیجه محقق نمود، در برخی دیگر از منابع نیز (عبده بروجردی، ۱۳۸۳: ۷۷؛ امامی، ۱۳۹۸: ۲۰۳؛ قاســـم‌زاده، ۱۳۸۹: ۱٤۱؛ امینی، ۱٤۰۱: ۲۸؛ شیروی، ۱۳۹٦: ۱٦۵؛ بهرامی احمدی، ۱۳۸٦: ۱۸۹) دیده می‌شود.

ب. نظریه امکان انشای طلاق در قالب شرط نتیجه

یکی از نویسندگان اشتراط مطلقه شدن زنی را به عنوان مثالی برای شرط نتیجه آورده (حائری شاه‌باغ، ۱۳۸۷: ۲۱۵) و افزوده است انشای شرط نتیجه به دو صورت تحقق آن به نفس اشتراط و نیز تحقق آن با اسباب قانونی ممکن است (همان: ۲۱۷). تدقیق و تدبر در اندیشه‌های ایشان و به ویژه ارائه مطلقه شدن زن به عنوان مثالی برای شرط نتیجه، به‌رغم این‌که برای حصول آن اسباب خاص ضرورت دارد و آوردن مطالب ذیل ماده ۲۳۶ قانون مدنی، گویای این امر است که مبنای نظر ایشان مفهوم مخالف مقرره یاد شده است؛ لذا پرسش این است که آیا می‌توان با تمسک به مفهوم این مقرره، از امکان انشای طلاق با شرط نتیجه سخن گفت.

ممکن است با نگرشی سطحی به تعریف مفهوم مخالف متضمن این‌که، مفهوم آن چیزی است که در جمله به آن تصریح نشده و لیکن از آن فهمیده می‌شود (قمی، ۱۳۶۳: ۱۸۱؛ خراسانی، ۱۴۳۲: ۲۱۷؛ خوئی، ۱۴۱۰: ٥٤؛ مظفر، ۱۳۸٦: ۱۹۸)، گفته شود ماده ۲۳٦ قانون مدنی دارای مفهوم مخالف بوده (باقری و دیگران، ۱۳۹٤: ۱۷۷) و بنابراین پاسخ مثبت است، لیکن به نظر می‌رسد این استنباط صحیح نباشد؛ زیرا مفهوم ماده ۲۳٦ قانون مدنی از نوع مفهوم وصف بوده و حجیت آن از نظر علما محل تردید جدی است (قمی، ۱۳٦۲: ۱۸۱؛ خراسانی، ۱٤۳٤: ۲۸٤)؛ به ویژه آن‌که مفهوم پیش‌گفته از مقرره فوق به ذهن متبادر نمی‌شود؛ لذا باید گفت اساساً ماده ۲۳٦ قانون مدنی تاکیدی بر ضرورت تحقق شرط نتیجه به نفس اشتراط، به شرح مستنبط از آن قسمت از ماده ۲۳٤ است که مقرر داشته: «شرط نتیجه آن است که تحقق امری در خارج شرط شود». در حقیقت قانون‌گذار با وضع ماده مرقوم، خواسته است آن دسته از اعمال حقوقی که برای تحقق به تشریفات خاص نیاز دارند را از حوزه شرط یاد شده خارج کند.

یکی دیگر از علما نیز، انشای طلاق را با شرط نتیجه در صورتی که با تشریفات قانونی محقق شود صحیح پنداشته و در توجیه آورده است هر چند که چنین شرطی به شرط فعل بر می‌گردد، لیکن نوعی شرط نتیجه بوده و محمول بر صحت است (شهابی، ۱۳۹۰: ٥٦)؛ در حالی که به نظر می‌رسد این شرط به شرط فعل بر نمی‌گردد، بلکه مصداقی مفروغ عنه از شرط فعل بوده و از قلمرو شرط نتیجه خروج موضوعی

دارد.

پ. تحلیل نوین مبتنی بر مکانیسم تعلیق با پاسخ اشکالات

در مباحث قبلی دیدیم که امکان انشـــای شـــرط نتیجه به صورت معلق وجود داشـــته و نیازی به تکرار مطالب نیست؛ لذا پرسش این است که آیا می‌توان طلاق را در قالب شرط نتیجه و معلق به اجرای تشریفات مربوطه (صیغه مخصوص و حضور دو شاهد مرد مشخص) در موعد معهود انشاء کرد؟

در بادی امر ممکن اســـت با نگرشـــی سطحی به فرض مســـاله گفته شود، به موجب ماده ۱۱۳۵ قانون مدنی که مقرر داشـــته: «طلاق باید منجز باشد و طلاق معلق به شـــرط باطل است»، امکان انشای طلاق در قالب شـــرط نتیجه معلق وجود ندارد، لیکن به نظر می‌رسد باید این توهم را از ذهن زدود؛ زیرا در موضوع ما آن‌چه با جریان تعلیق همراه اســـت، خود شرط نتیجه اســـت که با اجرای تشریفات طلاق به صورت منجز، محقق خواهد شـــد. به دیگر ســـخن، آن‌چه در مقرره یاد شده به عنوان طلاق معلق نهی شـــده، انشای خود طلاق به صورت معلق است؛ و لذا چنان‌چه خود طلاق با اجرای تشریفات مربوطه، موضوع شرط نتیجه با مکانیسم تعلیق قرار گیرد، با توجه به عدم ســـرایت جریان تعلیق از شرط معلق به موضوع شرط مذکور که همانا انشای طلاق است، چنین شرطی محمول بر صحت خواهد بود.

هم‌چنین ممکن است گفته شود، همان‌طور که علمای حقوق اظهار داشته‌اند، در نهاد تعلیق، معلق‌علیه باید امری محتمل الوقوع باشـــد (کاتوزیان، ۱۳۸۸ الف: ۵۲؛ شـــهیدی، ۱۳۸۸: ۷۲) و از آن‌جا که در مثال موصـــوف، اجرای صیغه طلاق منوط به اراده زوج شده است، معلق‌علیه وابسته به اراده نامبرده بوده و از این حیث با ساختمان حقوقی نهاد تعلیق ســـازگار نمی‌باشد، لیکن این اشـــکال با نگرشی کاملاً سطحی به فرض مسأله استوار بوده و حقیقت این است که در مثال عنوان شده، از جمله حضور شهود مشخص در موعد معهود، امری کاملا محتمل الوقوع بوده و صرف انشای صیغه طلاق توســـط زوج، از جمله نظر به غیر قابل تفکیک بودن معلق‌علیه که همانا اجرای صیغه مخصوص در حضور شـــهود مشخص اســـت، نمی‌تواند معلق‌علیه را از امری محتمل الحصول، به امری وابسته به اراده زوج دگرگون نماید. مقتضای اصل نیز، عدم وابستگی معلق‌علیه به اراده زوج است.

برآمد

۱- دـــر رضایی بودن عقد نکاح تردید نیســـت و از این رو انشـــای نکاح که برای تحقق به سبب خاصی نیاز ندارد، در قالب شرط نتیجه ممکن است. حتی اگر با پیروی از برخی علما، تشکیل عقد نکاح را منوط به سبب خاص که مراد از آن در فقه، صیغه مخصوص و در حقوق موضوعه، الفاظ صریح است بدانیم، امکان تشکیل آن با تمسک به مکانیسم حقوقی تعلیق و تفکیک بین مرحله انشای شرط نتیجه به صورت معلـــق با تحقق نکاح به صورت کاملا منجز وجود دارد و تحلیل حاضر با ملاحظات سنتی در خصوص نحوه انعقاد نکاح منافاتی ندارد.

۲- در پاسخ به این پرسش که آیا انحلال عقد نکاح با شرط نتیجه قابل تصور است، باید قائل به تفصیل شد. نکاح منقطع را می‌توان با فسخ و بذل مدت منحل کرد و از آن‌جا که انشـــای هر یک از مفاهیم فسخ و بذل مدت، نیاز به سبب خاصی ندارد، انحلال نکاح منقطع از رهگذر فســـخ و بذل مدت، می‌تواند موضوع شرط نتیجه قرار گیرد. در خصوص انحلال نکاح دائم نیز باید دانســـت؛ در امکان تحقق انحلال نکاح یاد شده با فسخ تردید روا نیست و در خصوص انحلال عقد نکاح با طلاق نیز می‌توان گفت اگر چه انشای طلاق به لحاظ وجود ضرورت اجرای صیغه مخصوص و حضور دو شـــاهد مرد از یک سو و ضرورت تشکیل شرط نتیجه به نفس اشتراط با توجه به ماهیت شرط یاد شده از سوی دیگر، نمی‌تواند متعلق شرط نتیجه قرار گیرد و بنابراین، نظریه عدم امکان تحقق طلاق در قالب شرط نتیجه در حدود قلمرو خود از استغنای علمی کافی برخوردار اســـت. با توجه به خلاقیت اراده که در نظام حقوقی ما جایگاه ویژه‌ای دارد، تحقق طلاق با شـــرط نتیجه و معلق به اجرای تشریفات مربوطه (انشای صیغه مخصوص و حضور دو شاهد مرد مشخص) در موعد معهود، از طریق تفکیک بین مرحله انشای شرط نتیجه به صورت معلق با تحقق طلاق به صورت کاملاً منجز، دســـت کم از حیث نظری قابل تصور بوده و این تحلیل، همان‌سان که در خصوص تشـــکیل عقد نکاح با فرض تشریفاتی بودن آن گفته شد، منافاتی با ملاحظات فقهی و قانونی ندارد.

فهرست منابع

الف. فارسی

* افتخـــاری، جواد (۱۳۸۲)، **کلیات عقود و حقوق تعهدات**، چاپ نخســـت، تهران: میزان.

* امامـــی، سیدحســـن (۱۳۷٤)، **حقوق مدنی**، جلد چهارم، چـــاپ دوازدهم، تهران: اسلامیه.

* امامی، سیدحســـن (۱۳۹۰)، **حقوق مدنی**، جلد نخســـت، چاپ سی و دوم، تهران: اسلامیه.

* امامی، اسدالله (۱۳۹۸)، **کلیات حقوق تعهدات**، چاپ نخست، تهران: میزان.

* امینی، عیسی (۱٤۰۱)، **حقوق قرارداد ها، انعقاد، آثار و انحلال**، چاپ سوم، تهران: گنج دانش.

* باقری، عباس و شـــیری، جمشید و ســـخنور، مهدی (۱۳۹٤)، «**نگاهی متفاوت به قابلیت امکان اعمال عقود تشـــریفاتی در قالب شرط نتیجه**»، آموزه‌های فقه مدنی، دوره ۷، شماره ۱۱.

* بهرامـــی احمدی، حمید (۱۳۸٦)، **کلیات عقـــود و قرارداد ها: حقوق مدنی (۳)**، چاپ دوم، تهران: میزان.

* جعفری لنگرودی، محمدجعفـــر (۱۳۸۸)، **دائره المعارف عمومی حقوق: الفارق**، جلد سوم، چاپ دوم، تهران: گنج دانش.

* جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸٦)، **حقوق خانواده**، چاپ چهارم، تهران: گنج دانش.

* جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۷) **اســـاس در قوانین مدنی: المدونه**، چاپ نخست، تهران: گنج دانش.

* جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۹۱)، **مجموعه محشـــی قانون مدنی (علمی- تطبیقی -تاریخی)**، چاپ پنجم، تهران: گنج دانش.

* حائری شـــاه‌باغ، سیدعلی (۱۳۸۷)، **شـــرح قانون مدنی**، جلد نخست، چاپ سوم، تهران: گنج دانش.

* ره‌پیک، حســـن (۱۳۹۸)، **حقوق مدنی: حقوق قراردادها**، چاپ نخســـت، تهران:

خرسندی.
* شهابی خراسانی، محمود (۱۳۹۰)، **قواعد فقه (خلاصه تقریر درس)**، چاپ پنجم، تهران: دانشگاه تهران.
* شهیدی، مهدی (۱۳۸۸)، **تشکیل قراردادها و تعهدات**، چاپ هفتم، تهران: مجد.
* شـــهیدی، مهدی (۱۳۹۱)، **حقوق مدنی، ج چهارم: شروط ضمن عقد**، چاپ سوم، تهران: مجد.
* شـــیروی، عبدالحســـین (۱۳۹٦)، **حقوق قراردادها: انعقاد، آثار و انحلال**، چاپ نخست، تهران: سمت.
* صفایی، سیدحســـین و امامی، اسدالله (۱۳۹۳)، **حقوق خانواده: نکاح و انحلال آن (فسخ و طلاق)**، جلد نخست، چاپ سیزدهم، تهران: دانشگاه تهران.
* صفایی، سیدحسین (۱۳۸۵)، **دوره مقدماتی حقوق مدنی: قواعد عمومی قراردادها**، جلد دوم، چاپ چهارم، تهران: میزان.
* عبده بروجردی، محمد (۱۳۸۳)، **کلیات حقوق اســـلامی**، چاپ نخســـت، تهران: دانشگاه تهران.
* علمی کنک لو، ســـجاد و غریبه، علی و صغیری، اســـماعیل (۱٤۰۲)، «**باز پژوهی نظریه غیر قابل اسقاط بودن شرط نتیجه**»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۷، شماره ۱۲٤.
* قاسم‌زاده، سیدمرتضی (۱۳۸۹)، **حقوق مدنی: اصول قرارداد ها و تعهدات**، چاپ چهاردهم، تهران: دادگستر.
* کاتوزیان، ناصر (۱۳۹٦)، **قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی**، چاپ ســـی و دوم، تهران: میزان.
* کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۸ الف)، **قواعد عمومی قراردادها**، جلد نخست، چاپ هشتم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
* کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۷)، **قواعد عمومی قراردادها**، جلد سوم، چاپ پنجم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
* کاتوزیـــان، ناصر (۱۳۸۸ب)، **دوره حقوق مدنی- حقوق خانواده**، جلد نخســـت، چاپ نخست، تهران: شرکت سهامی انتشار.

* مظفر، محمدرضا (۱۳۸۶)، **اصول فقه**، جلد دوم، برگردان: محسن غرویان، چاپ ششم، قم: دارالفکر.
* محقق داماد، سیدمصطفی (۱۳۹۰)، **نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی**، چاپ دوم، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
* محقق داماد، سیدمصطفی (۱۳۹۵)، **بررسی فقهی حقوق خانواده**، چاپ هجدهم، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی

ب. عربی

* موسوی خمینی، سیدروح‌الله (۱۳۹۲)، **کتاب البیع**، جلد پنجم، چاپ چهارم، تهران: موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
* انصاری، مرتضی (۱۴۳۲ق) **کتاب المکاسب**، جلد ششم، چاپ هجدهم، قم: مجمع الفکر الاسلامی.
* بجنوردی، سیدمحمدحسن (۱۴۳۰ق) **القواعد الفقهیه**، جلد سوم، چاپ چهارم، قم: دلیل ما.
* خراسانی، محمدکاظم (۱۴۳۴ق)، **کفایه الاصول**، جلد نخست، چاپ چهارم، قم: ظهور.
* خوئی، سید ابوالقاسم (۱۴۱۰ق)، **محاضرات فی اصول فقه**، جلد پنجم، چاپ پنجم، قم: صدر
* سبحانی، جعفر (۱۴۱۴ق)، **المختار فی احکام الخیار**، چاپ نخست، قم: موسسه الامام الصادق (ع).
* مکی عاملی، شمس‌الدین محمد (شهید اول) (۱۳۹۲)، **اللمعه الدمشقیه**، چاپ سوم، قم: دارالفکر.
* جبعی عاملی، زین‌الدین بن علی (۱۴۲۹ق – الف)، **مسالک الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام**، جلد هفتم، چاپ چهارم، قم: موسسه المعارف الاسلامیه
* جبعی عاملی، زین‌الدین بن علی (۱۴۲۹ق – ب)، **مسالک الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام**، جلد نهم، چاپ چهارم، قم: موسسه المعارف الاسلامیه.
* طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم (۱۴۱۴ق)، **العروه الوثقی**، جلد دوم، چاپ نخست، قم: مهر.

* طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم (۱٤۲۹ق)، **حاشیه کتاب المکاسب**، جلد سوم، چاپ دوم، قم: موسسه طیبه لاحیاء التراث
* طوسی، ابی‌جعفر (۱٤۲۸ق -الف)، **المبسوط فی فقه الامامیه**، جلد سوم، چاپ نخست، قم: موسسه النشر اسلامی.
* طوسی، ابی‌جعفر (۱٤۲۸ق -ب)، **المبسوط فی فقه الامامیه**، جلد چهارم، چاپ نخست، قم: موسسه النشر اسلامی.
* علامه حلی، الحسن بن یوسف بن المطهر الاسدی (۱٤۳٤ق)، **مختلف الشیعه فی احکام الشریعه**، جلد هفتم، چاپ سوم، قم: موسسه النشر الاسلامی.
* غروی نائینی، محمدحسین (۱۳۷۳ق) **منیه الطالب فی حاشیه المکاسب**، جلد دوم، تهران: مطبعه حیدری.
* قمی، ابوالقاسم (۱۳٦۳)، **قوانین الاصول**، چاپ نخست، تهران: علمیه اسلامیه.
* محقق حلی، ابوالقاسم نجم الدین جعفر بن الحسن (۱٤۱۵ق - الف)، **شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام**، جلد دوم، چاپ چهارم، تهران: استقلال.
* محقق حلی، ابوالقاسم نجم الدین جعفر بن الحسن (۱٤۱۵ق - ب)، **شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام**، جلد سوم، چاپ چهارم، تهران: استقلال.
* مراغی، میرعبدالفتاح (۱٤۱۷ق)، **العناوین الفقهیه**، جلد دوم، چاپ دوم، قم: موسسه نشر الاسلامی.
* نجفی، محمدحسن (بی‌تا الف)، **جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام**، جلد بیست و نهم، بی‌جا، بی‌نا.
* نجفی، محمدحسن (بی‌تا ب)، **جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام**، جلد سی و دوم، بی‌جا، بی‌نا.
* نراقی، احمد (۱٤۰۹ق)، **عوائد الایام**، چاپ دوم، قم: مکتبه بصیری.

مجله حقوقی دادگستری

مقاله پژوهشی/ دوره ۸۹/ شماره ۱۲۹/ صفحات: ۸۳-۵۷
تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۱/۳۱ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۰۳/۱۷

بررسی تطبیقی تعهدات ناشی از قراردادهای بیمه حمایت حقوقی

محسن قاسمی[۱]

چکیده

این پژوهش به روش توصیف و تحلیل داده‌های حاصل از مطالعات کتابخانه‌ای، در پی فراهم‌سازی بخشی از ادبیات حقوقی لازم برای تاسیس و گسترش بیمه‌های حمایت حقوقی (بیمه هزینه‌های دادرسی، وکالت و مشاوره حقوقی) است که بر اساس یافته‌های حاصل از مطالعه تطبیقی رژیم حقوقی این نوع بیمه‌ها در اتحادیه اروپا و کشورهای سوئیس، فرانسه و بلژیک و با توجه به ماهیت، هدف و کارکرد بیمه‌های حمایت حقوقی، تعهدات هر یک از بیمه‌گذار و بیمه‌گر در این نوع قراردادها را مورد بررسی قرار می‌دهد و بر اساس نظریات و اصول و قواعد حقوقی، توجیه و تبیین می‌نماید. مطابق یافته‌های تحقیق، در قراردادهای بیمه حمایت حقوقی، تعهدات هر یک از طرفین ترکیبی متوازن از تعهدات گوناگون اصلی و فرعی، مالی و غیر مالی و نقدی و غیر نقدی است که در دیگر انواع قراردادهای بیمه تجاری یافت نمی‌شود؛ از این رو با پیچیدگی رژیم حقوقی قراردادهای بیمه حمایت حقوقی مواجه هستیم؛ امری که تاسیس و ترویج آن را در نظام حقوق بیمه‌های تجاری ایران، منوط به مقررات‌گذاری دقیق و مناسب می‌نماید.

واژگان کلیدی: بیمه حمایت حقوقی، معاضدت حقوقی و قضایی، تعهدات بیمه‌گذار، تعهدات بیمه‌گر، تعهدات مالی، تعهدات غیر مالی

---

۱. استادیار گروه حقوق خصوصی، واحد تهران مرکزی، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران
Mo.Ghasemi70@ iau.ac.ir

درآمد

امروزه بیمه‌های حمایت حقوقی که به سبب کاهش موثر هزینه اقدامات حقوقی و قضایی، یکی از نهادهای مهم تامین حق دسترسی موثر، برابر و ارزان همگان به دادگستری، سازکارهای جایگزین حل و فصل اختلافات و خدمات وکلا و مشاوران حقوقی به عنوان لوازم تامین حق بشری برابری نزد قانون و دادرسی منصفانه[۱] به شمار می‌رود، در نظام بیمه‌های تجاری کشورهای اروپایی و آمریکای شمالی (ایالات متحده و کانادا) به خوبی استقرار یافته و اتحادیه اروپا اصول و قواعد کلی رژیم حقوقی آن را برای کشورهای عضو مقرر کرده است. وانگهی پس از چند دهه اجرای این نوع بیمه در کشورهای اروپایی و آمریکا، قوانین و مقررات آن مورد آسیب‌شناسی قرار گرفته و از منظر تحلیل اقتصادی نیز بررسی و نقد گردیده است[۲]، اما در ایران جز یک مورد طرح شرکت بیمه مرکزی ایران با عنوان« بیمه حق‌الوکاله» یا «بیمه تامین هزینه حق‌الوکاله» که مجوز اجرای آن به برخی شرکت‌های بیمه داده شده است[۳] و بند ۲ ماده ۸ شرایط عمومی قرارداد بیمه مسؤولیت مدنی متصدیان حمل داخلی (آیین‌نامه شماره ۸۷ شورای عالی بیمه) که به موجب آن در قالب تعهد فرعی و ثانوی، حداکثر تا بیست درصد هزینه متعارف دادرسی و دفاع از بیمه‌گذار در مراجع قضایی که در ارتباط با خطرات بیمه شده باشد برعهده بیمه‌گرخواهد بود، مشروط بر این‌که مجموع خسارت پرداختی و هزینه‌های موضوع این ماده از حداکثر تعهد بیمه‌گر بیشتر نشود[٤]، اقدام تقنینی دیگری برای تاسیس و ترویج این نوع بیمه صورت نگرفته است و ماده ۱۳ آیین‌نامه اجباری شدن وکالت در دعاوی حقوقی مصوب ۱۳۸٤/۲/۵ رئیس قوه قضاییه که طرح بیمه حق‌الوکاله را پیش‌بینی کرده بود نیز، با توجه به رای وحدت

---

۱. مواد ۷ و ۱۰ اعلامیه جهانی حقوق بشر و ماده ١٤ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی

2. See: Gagnon & Brune, 2013: 235-246, Faure & de Mot, 2012: 743-777, Ancelot et.al., 2012: 115-148, Kilian, 2003: 31-48, Doriat-Duban, 2001: 97, Depoorter et.al, 2016: 1-31, Genoud & Paquier, 2016: 101-127, Heyes et.al, 2004: 107–119, Velthoven & Wijck, 2001: 1-12, Blanc, 2007: 1-47.

۳. رجوع کنید به: سایت اینترنتی بیمه مرکزی جمهوری اسلامی ایران (محصولات بیمه‌ای جدید دارای مجوز) و شرکت بیمه کوثر که بیمه هزینه‌های حقوقی را تحت عنوان بیمه‌نامه حامی ارائه می‌کند.

٤. در مورد شرط پرداخت هزینه دادرسی در بیمه‌های مسؤولیت مدنی، بنگرید به: کاتوزیان و ایزانلو، ۳/۱۳۸۷: ٦٢-٦٦.

رویه شـــماره ۷۱٤ مورخ ۱۲/۱۱/ ۱۳۸۸ هیات عمومی دیوان عالی کشور، امکان اجرا پیدا نکرده است. از این رو در نوشتار پیش رو، آثار قراردادهای بیمه حمایت حقوقی در سه کشور سوئیس، فرانسه و بلژیک که از پیشروان این نوع بیمه در اروپا می‌باشند، با نگاهی به دســـتورالعمل اتحادیه اروپا مورد بررسی و تحلیل قرار می‌گیرد تا بخشی از ادبیـــات حقوقی لازم بـــرای مقررات گذاری درخصوص این نـــوع بیمه و ترویج وگسترش آن در صنعت بیمه‌های تجاری ایران فراهم گردد. در این راستا ابتدا مفهوم بیمه حمایت حقوقی بررسی می‌شود و سپس تعهدات گوناگون بیمه‌گذار و بیمه‌گر در این نوع قراردادها دسته‌بندی شده و مورد تحلیل و تبیین قرار می‌گیرد.

۱. مفهوم بیمه‌های حمایت حقوقی

به موجب بند ۱ ماده ۱۹۸ دستور العمل شماره ۲۰۰۹/۱۳۸ مصوب ۲۵ نوامبر ۲۰۰۹ پارلمان و کمیســـیون اتحادیه اروپا راجع به دسترسی به خدمات و فعالیت‌های بیمه‌ای و بیمه اتکایی[1]، بیمه حمایت حقوقی[2] چنین تعریف شده است: «بیمه حمایت حقوقی عبارت اســـت از بر عهده گرفتن هزینه‌های حـــل و فصل اختلافات و تامین دیگر انواع خدمات (حقوقی) مســـتقیماً مرتبط با موضوع عقد بیمه، توســـط شرکت بیمه‌گر در مقابل پرداخت حق بیمه از سوی بیمه شده، به‌ویژه در موارد زیر:

الف- جبران زیان‌های شـــخص بیمه شده از طریق روش‌های دوستانه حل و فصل اختلافات و یا دادرسی‌های قضایی مدنی و کیفری؛

ب- دفاع یا نمایندگی از جانب بیمه شده درجریان دادرسی‌های مدنی،کیفری و اداری و دیگر آیین‌های حل و فصل اختلافات و هم‌چنین، در مقابل هرگونه مطالبه اشخاص ثالث علیه وی».

بر اســـاس ماده ال. ۱-۱۲۷ کد (مجموعه قوانین و مقررات) بیمه‌های فرانسه[3]

---

1. Directive 2009/138/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 sur l'accès aux activités de l'assurance et de la réassurance et leur exercice (solvabilité II) - Directive 2009/138/EC of the European Parliament and of the Council of 25 November 2009 on the taking-up and pursuit of the business of Insurance and Reinsurance (Solvency II).

۲. از این پس، به جای عبارت «بیمه حمایت حقوقی»، از نشانه اختصاری «ب.ح.ح» استفاده خواهد شد.

3. Article L127-1 du Code des assurances francaises (Dernière mise à jour : 29 avril 2022)

نیز، بیمه حمایت حقوقی عبارت از هرگونه عملیاتی اســت که شامل بر عهده گرفتن پرداخت هزینه‌های دادرسی یا فراهم کردن خدمات موضوع پوشش بیمه در صورت بروز اختلاف یا دعوا میان بیمه شــده و اشــخاص ثالث در مقابل دریافت حق بیمه (تدریجی) یا یک مبلغ یک‌جای از پیش توافق شده بوده و با هدف دفاع از بیمه شده در دعاوی و یا نمایندگی از جانب او (وکالت) در اقامه دعاوی مدنی، کیفری، اداری و مانند آن و یا دفاع از وی در مقابل ادعاهای مطالباتی دیگران (اجرائیه‌ها، اظهارنامه‌ها و ...) و یا جبران خسارت به صورت توافقی (دوستانه) منعقد می‌شود.

هم‌چنین مطابق ماده ۱۶۱ فرمان (آیین‌نامه) راجع به نظارت بر شرکت‌های بیمه خصوصی کشور سوئیس[1]، قرارداد بیمه حمایت حقوقی عبارت از قراردادی است که به موجب آن، یک شــرکت بیمه‌گر در مقابل دریافت حق بیمه معین، خطر هزینه‌های اقدامــات حقوقی و قضایی و یا تامین خدمات حقوقــی و قضایی معینی را در برابر بیمه شده بر عهده می‌گیرد. به تعبیر دیگر، قرارداد بیمه حمایت حقوقی، یک نوع بیمه خســارت و یا نوعی بیمه دارایی شخص بیمه شــده است که مشتمل بر پشتیبانی در مقابل پیامدهای مالی منفی ناشــی از مسائل و اختلافات حقوقی بوده و به موجب آن، بیمه‌گر بیمه شده را در مقابل زیان‌های (هزینه‌های) اقتصادی ناشی از نیاز به معاضدت حقوقی حمایت می‌کند (Bohne & Ecklin, 2016: 43-45).

بــه موجب ماده ۹۰ قانون راجــع به بیمه زمــینی بلژیک مصوب ۲۵ ژوئن ۱۹۹۲ [2] نیز بیمه حمایت حقوقی قراردادی اســت که طی آن بیمه‌گر متعهد به تامین خدمات و پرداخت هزینه‌هایی می‌گردد که هدف آن کمک به بیمه شده برای استیفای حقــوق خود در مقام خواهان یا خوانده، در رســیدگی‌های قضایی، اداری و یا دیگر آیین‌های رسیدگی به دعاوی و یا امور غیر ترافعی است. موضوع این نوع بیمه اصولاً تامین خدمات حقوقی (از قبیل مشــاوره، مذاکره و وکالت) و نیز پرداخت هزینه‌های لازم از ســوی بیمه‌گر در یک مهلت معقول و متعارف برای احقاق حقوق بیمه شده اســت (بند ۱ بخشنامه شماره ۲۲-۲۰۱۰ کمیسیون امور بانکی، مالیاتی و بیمه بلژیک.

1. Ordonnance sur la surveillance des entreprises d’assurance privées. Suisse (Modification du 30 novembre 2012)

2. Article 90 de la loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance Terrestre (modifieé par la loi du 16 mars 1994)

(Jeunehomme & Wildemeersch, 2012: 12-13).

در حقوق ایران نیز می‌توان بر اساس مفاد مواد ۱ و ٤ قانون بیمه مصوب ۱۳۱٦، قرارداد بیمه حمایت حقوقی را بر پایه یکی از تعاریف فوق‌الذکر به عنوان یک نوع خاص از بیمه‌های خسارت (بیمه دارایی) که متفاوت از بیمه‌های مسؤولیت مدنی است پذیرفت و برخی از حقوق‌دانان با به‌کار بردن اصطلاح «بیمه هزینه‌های دادخواهی» و تقسیم آن به سه نوع بیمه تبعی (شرط ضمن عقد بیمه‌های مسؤولیت)، بیمه مستقل و بیمه پس از شروع دعوا، آن را مخالف قواعد آمره، نظم عمومی و اخلاق حسنه ندانسته و با توجه به اصل حاکمیت اراده و آزادی قراردادها، معتبر و مشروع به شمار آورده‌اند (طهماسبی، ۱۳۹۸: ۸۰-۸۹ و ۹٦-۹۵) و کارکردهای آن در تامین حق دسترسی موثر، برابر و ارزان همگان به سازکارهای قضایی و غیر قضایی حل و فصل اختلافات و خدمات مشاوره و کالت دادگستری، مورد تبیین قرار گرفته است (منصوری بروجنی وسلطانی، ۱۳۹۷: ۱۵۰-۱۳۱ ،حبیبی درگاه، ۱۳۹۹: ۷۱-۷٤ ، صفری،۱٤۰۱: ۱۸۳-۱٦۳).

۲. تعهدات بیمه‌گذار و بیمه‌گر

با انعقاد قرارداد بیمه حمایت حقوقی، هر یک از بیمه‌گذار (بیمه شده) و بیمه‌گر تعهداتی را در مقابل یکدیگر پیدا می‌کنند که برخی از آن‌ها اگر چه در دیگر انواع قرارداد بیمه نیز وجود دارد، اما دارای ویژگی‌های خاص خود بنا بر مقتضیات ذاتیبیمه حمایت حقوقی است و برخی دیگر، خاص« ب.ح.ح» بوده و از نوآوری‌های حقوق بیمه‌های تجاری به شمار می‌آید.

۱-۲. تعهدات بیمه‌گذار

۱-۱-۲. تعهد اصلی؛ پرداخت حق بیمه[1]

به‌طور کلی، حق بیمه‌ای که بیمه‌گذار در عوض پوشش بیمه‌ای هزینه خدمات حقوقی می‌پردازد، باید معین و یا قابل تعیین[2] بر اساس ضوابط و معیارهای نوعی باشد.

حق بیمه سالیانه این نوع بیمه غالباً بر اساس حق‌الوکاله (حق‌المشاوره) ساعتی

1. Prime
2. Déterminable

وکلا تعیین می‌گردد و این ضابطه، اصولاً منصفانه به شمار می‌آید؛ زیرا به عنوان نمونه، چنانچه در یک پرونده مسؤولیت مدنی ناشی از زیان‌های بدنی، دریافت خسارت از یک سازمان بیمه اجتماعی، مستلزم حداقل پانزده ساعت کار یک وکیل باشد، هزینه پوشش بیمه‌ای آن برای بیمه‌گر، معادل ده سال حق بیمه و اگر نیازمند دادرسی و رسیدگی قضایی یا غیر قضایی باشد، حداقل معادل سی سال حق بیمه خواهد بود و بدین ترتیب، نهاد« ب.ح.ح» بخش زیادی از مردم را در دسترسی کم هزینه به سازکارهای بیش از پیش گران و پرهزینه قضایی و غیر قضایی حل و فصل اختلافات توانا می‌سازد (Guyaz, 2016 :140).

باید توجه داشت که در حقوق سوئیس، حق بیمه نمی‌تواند درصدی از اموالی (منقول یا غیر منقول و یا وجوه نقد) باشد که در نتیجه مداخلات بیمه‌گر و ارائه خدمات حقوقی به بیمه شده (اقدامات حقوقی و رسیدگی‌های قضایی و غیر قضایی، از جمله اقامه دعوا در دادگاه، رجوع به داوری و یا مراجعه به بیمه‌های اجتماعی) نصیب بیمه شده می‌شود والا بیمه‌گر به سبب سوء استفاده از حق، از مطالبه چنین حق بیمه‌ای محروم خواهد بود (ماده ۱۷۰ آیین‌نامه نظارت بر شرکت‌های بیمه خصوصی سوئیس). ناگفته نماند که گرچه شخص وکیل مشمول چنین ممنوعیتی نیست، اما حق ندارد پیش از معلوم شدن نتیجه اقدامات حقوقی و قضایی، طی قراردادی با موکل خود، حق‌الوکاله خویش را درصدی از اموال حاصل از اقدامات مذکور تعیین کند و در عین حال، تعهد وی به اسقاط حق‌الوکاله خویش در صورت شکست در اقدامات حقوقی و قضایی نیز بی اثر دانسته شده است (بند ۵ ماده ۱۲ قانون راجع به عقد بیمه سوئیس (Guyaz, 2016: 141-142).

در حقوق ایران، حکم خاصی در مورد نوع مال موضوع حق بیمه و چگونگی پرداخت آن وضع نشده است و به نظر می‌رسد که تابع قواعد عمومی قراردادها در قانون مدنی و شروط ضمن عقد باشد (بابایی،۱۴۰۰: ۱۰۹-۱۰۳). با این همه، شورای عالی بیمه می‌تواند بر اساس اصول محاسبات بیمه‌ای (اکچوئری)، در مورد حق بیمه در قراردادهای بیمه حمایت حقوقی، ضوابط خاصی را مقرر کند (بند ۳ ماده ۱۷ و تبصره ۲ ماده ۳۱ قانون تاسیس بیمه مرکزی ایران و بیمه‌گری مصوب ۱۳۵۰) و یا این‌که به استناد ماده ۳۵ قانون بیمه، ضوابط خاصی در قالب شرط ضمن عقد پیش‌بینی

شود.

۲-۱-۲. تعهدات فرعی (ثانوی)[1]

منظور از این نوع تعهدات، تکالیف قانونی اســت که در راســتای اجتناب از برخی امور زیان‌بار و پیامدهای نامطلوب حقوقی وضع شــده و ضمانت اجرای آن‌ها، صرفــاً محرومیت از برخی امتیازات و حقوق قانونی یا قراردادی به‌ویژه ســقوط یا کاهش تعهدات طرف مقابل اســت و اجرای اجباری (الزام و محکومیت قضایی) در مــورد آن‌ها موضوعیت نــدارد (Cornu, 2008: 478). تکلیف به آگاه کردن بیمه‌گر از حادثه رخ داده[2]، تکلیف به اطلاع‌رســانی در مورد تمام وقایع مفید برای تشخیص اوضاع و احوال و شرایط موجب حادثه و یا تشخیص آثار و پیامدهای آن، تکلیف به مقابله با خســارت[3]، تکلیف به همکاری در ارزیابی خسارت[4] و تکلیف به خودداری از تغییر مال موضوع عقد بیمه[5]، تعهدات فرعی عام بیمه شدگان در انواع قراردادهای بیمه اســت که کم یا بیش با تفاوت‌هایی، تعهدات فرعی بیمه شــدگان بیمه حمایت حقوقی را نیز تشکیل می‌دهد و البته «رد هزینه‌ها و خسارات دریافتی به بیمه‌گر»، تعهد فرعی خاص بیمه شــدگان بیمه حمایت حقوقی می‌باشد. به‌طور کلی، نقض عامدانه و یا تقصیرآمیز این گونه تعهدات، موجب ســقوط یا کاهش تعهد بیمه‌گر به حمایت حقوقی از بیمه شــده می‌گردد (بند ۱ ماده ٤٥ قانون راجع به عقد بیمه ســوئیس) و بر اســاس دکترین حقوقی غالب کشور سوئیس، تقصیر بیمه شده در نقض تعهدات مزبــور، مفروض بوده و وی باید عدم آن را اثبات کنــد. البته در مورد این‌که تقصیر بیمه شــده باید سنگین باشد ویا این‌که تقصیر سبک وی نیز کافی است، اختلاف نظر است اما دادگاه فدرال سوئیس در خصوص نقض تکلیف به مقابله با خسارت، سقوط تعهدات بیمه‌گر را مشــروط به عمد (تدلیس و تقلب) بیمه شــده و کاهش تعهدات وی را مشــروط به تقصیر سنگین بیمه شــده می‌داند. هم‌چنین بر اساس تفسیر رویه قضایی کشــور ســوئیس از ماده ٤٥ قانون راجع به عقد بیمه این کشور، اصولاً اثبات

1. Incombances (devoirs accessoires)/ Obligenheiten
2. Devoir d'annonce
3. Obligation de diminuer le dommage) obligation de sauvetage(
4. Devoir de collaborer à l'évaluation du dommage
5. Interdiction de changements

ورود زیان به بیمه‌گر در اثر نقض تکالیف مذکور شرط نیست و لذا شرط ضمن عقد مبنی بر این‌که «نقض تقصیرآمیز یکی از تکالیف فرعی بیمه شـــده، حتی اگر موجب زیان بیمه‌گر نشده باشد نیز از اسباب سقوط یا کاهش تعهد بیمه‌گر خواهد بود»، منعی ندارد. البته لازم اســـت در هر پرونده، حســـن‌نیت بیمه‌گر در استناد به نقض تعهدات فرعی بیمه شده، به دقت بررسی گردد تا از پیامدهای سنگین این قاعده نسبت به بیمه شده کاسته شود (Guyaz, 2016: 142-144).

۱-۲-۱-۲. مقابله با خسارت (کاهش هزینه‌های حمایت حقوقی)[1]

بیمه شـــده مکلف به انجام کلیـــه اقدامات ممکن برای محدـــود کردن دامنه هزینه‌های حمایت حقوقی اســـت وردر صورتی که خطری تهدیدش نکند، می‌بایست از بیمه‌گر خود در مورد تدابیر و راهکارهای آن، راهنمایی خواســـته و بر اســـاس آن عمل کند (بند ۱ ماده ٦١ قانون راجع به عقد بیمه سوئیس). غالباً طی یک شرط ضمن عقد، ایـــن تکلیف صورت جزیی‌تر و ملموس‌تری می‌یابد و اقداماتی که بیمه شـــده باید برای کاهش دامنه هزینه‌ها انجام دهد، به شـــکل دقیق‌تری معین می‌شود و از این طریق اســـت که بیمه‌گر می‌تواند میزان هزینه‌ها و تعهدات ناشـــی از نیاز بیمه شده به حمایت حقوقی را پیش‌بینی و محاســـبه کند. مثلاً غالباً شـــرط می‌شود که به جز در موارد فوریت‌دار و اضطراری، بیمه شـــده حق ندارد برای قضیه تحت پوشـــش بیمه، وکیل بگیرد یا خود متوسل به یک آیین حل و فصل اختلاف شود، با طرف دعوا بر سر موضوع اختلاف یا دعوای تحت پوشـــش بیمه، توافق (مصالحه) کند و یا این‌که از برخـــی از حقوق خود در توســـل به اقدامات قضایـــی و حقوقی صرف نظر نماید (اسقاط حق دادخواهی به‌طور کلی یا جزیی)؛ زیرا این بیمه‌گر است که از صلاحیت انحصاری در بررســـی و تحلیـــل وضعیت حقوقی پیش آمده و پیشـــنهاد اقدامات و تدابیر لازم به بیمه شـــده در راستای مدیریت بهینه پرونده حقوقی تحت پوشش بیمه برخوردار اســـت. هم‌چنین برخی از بیمه‌گران به صراحت شـــرط می‌کنند که دفاع از منافع بیمه شده به‌طور مستقیم (بدون واسطه) منحصراً بر عهده آن‌ها است و یا این‌که اختلاف یا دعوا تا حد ممکن باید از طریق داوری، ســـازش یا میانجی‌گری[2] (برخی

1. Réduction des coûts (frais et prestations) découlant du besoin de soutien(protection) juridique/ Mitigation

2. Une tentative de transaction ou de médiation

طرق جانشین و غیر قضایی) حل وفصل شود و بیمه شده می‌بایست از اقامه دعوای واهی که موجب مسؤولیت مدنی است (بهرامی و السان، ۱۴۰۲: ۶۹-۶۶ و ۵۱-۵۳) خودداری نماید. البته در موارد استثنایی، بیمه شده حق دارد واگذاری پرونده به یک وکیل بیرونی یعنی وکیل مستقلی که طرف قرارداد بیمه‌گر نیست را درخواست کند (Guyaz,2016:144-145). با این همه در بیمه حمایت حقوقی، صلاحیت انحصاری بیمه‌گر در راهبری و مدیریت پرونده‌های حقوقی و قضایی موضوع عقد بیمه، مطلق نبوده و دارای قیود و حدود خاص خود است:

نخست این‌که، در صورتی‌که بیمه‌گر شخصاً پرونده را راهبری و مدیریت می‌کند، مکلف به حداکثر تلاش و کوشش ممکن برای تامین منافع بیمه شده، همانند یک وکیل در برابر موکل خود است و در نتیجه، بیمه شده از حقوق ذاتی یک موکل در دفاع از منافع خود برخوردار بوده و به‌طور کلی می‌تواند نقطه نظرات و راهنمایی‌های خویش را به بیمه‌گر خود ارائه دهد و بیمه‌گر باید به آن توجه کرده و از تصمیم‌گیری انفرادی و خودسرانه پرهیز کند؛ چرا که جلب موافقت بیمه شده در چگونگی حل و فصل نهایی پرونده لازم است؛ گرچه بیمه‌گر نیز از حق مخالفت موجه با خواسته‌های بیمه شده برخوردار است (Guyaz, 2016: 145).

دوم این‌که، در صورت اخذ وکیل مستقل (بیرونی)[1] از سوی بیمه شده مطابق شرایط قرارداد بیمه حمایت حقوقی، تنها اوست که از صلاحیت راهبری وکیل برخوردار می‌باشد؛ در عین این‌که باید به تکلیف خود مبنی بر کاهش هزینه‌های ناشی از آن عمل کند و در تصمیم‌گیری در مورد چگونگی حل و فصل پرونده حقوقی خود و هزینه‌های آن، از آزادی کامل و مطلق برخوردار نیست (Guyaz, 2016: 145).

سوم، در فرضی که بیمه‌گر صلاحیت تصمیم‌گیری در مورد هزینه‌های که باید عهده‌دار شود را به بیمه شده واگذار کرده است، خطر تضییع منافع بیمه‌گر در اثر تبانی احتمالی بیمه شده با اشخاص ثالث به میان می‌آید و بدین سبب، معمولاً در قراردادهای بیمه حمایت حقوقی شرط می‌شود که هزینه‌کردهای قطعی باید با موافقت قبلی بیمه‌گر باشد و بیمه شده موظف به رعایت غبطه (مصالح و منافع) بیمه‌گر نیز هست.

1. Avocat indépendent (externe)

به هرحال، در صورت نقض عامدانه یا تقصیرآمیز تکلیف به کاهش دامنه هزینه‌های ناشی از حل و فصل موضوعات تحت پوشش عقد بیمه حمایت حقوقی، بیمه‌گر می‌تواند جبران خسارت (تامین هزینه‌ها) را به میزانی که در صورت عمل به تکلیف مزبور باید می‌پرداخت کاهش دهد؛ مشروط بر این‌که نقض این تکلیف سبب متعارف تحمیل هزینه‌های اضافی بر بیمه‌گر بوده باشد، اما این حکم قانونی، آمره نیست و توافق بر ضمانت اجرای شدیدتر در فرض تقصیر بیمه شده مجاز است (بند ۱ ماده ٤٥ قانون راجع به عقد بیمه سوئیس (Guyaz, 2016 :146).

در حقوق ایران نیز ماده ۱۵ قانون بیمه، تکلیف کلی و عام مقابله با خسارت را بر عهده بیمه‌گذار قرار داده است (بابایی،۱٤۰۰: ۱۱۱-۱۱٤) و شورای عالی بیمه می‌تواند این تکلیف را در قراردادهای بیمه حمایت حقوقی به صورت خاص با جزئیات مقتضی مقرر کند و یا این‌که ضوابط خاصی به استناد ماده ۳۵ قانون بیمه، در قالب شرط ضمن عقد پیش‌بینی شود.

۲-۲-۱-۲. دادن اطلاعات

معمولاً مطابق شرایط عام عقد بیمه حمایت حقوقی، بیمه شده مکلف است اطلاعات مربوط به پرونده سپرده شده به وکیل مستقل را به بیمه‌گر منتقل کند و باید به وکیل خود اجازه دهد که بخش‌های مهم و اساسی پرونده را در اختیار بیمه‌گر قرار دهد و او را در جریان تحولات و سیر پیشرفت دعوا بگذارد.

این تعهد چهره خاصی از تعهد عام بیمه شده به دادن اطلاعات در مورد حادثه رخ داده (قضیه حقوقی مطرح شده)ای است که تحت پوشش بیمه است (بند ۱ ماده ۳۹ قانون راجع به عقد بیمه سوئیس)، اما از دیدگاه رویه قضایی سوئیس، این حکم قانونی به تنهایی نمی‌تواند کم و کیف اطلاعاتی که بیمه‌گر می‌تواند به منظور بررسی و تشخیص دامنه و ابعاد قضیه حقوقی مورد نظر، از بیمه شده درخواست کند را به‌طور دقیق و کامل تعیین کند و طرفین می‌توانند حدود این تعهد را در قالب تعهدات قراردادی فرعی[1] تعیین کنند (Bohne & Ecklin, 2016: 47-48, Guyaz, 2016: 146-147).

درست همانند درخواست مستقیم اطلاعات از بیمه شده، بیمه‌گر تنها در

1. Au moyen d’incombances contractuelles

صورتی حق دارد دسترسی به اسرار پرونده سپرده شده به وکیل مستقل را از وی درخواست کند که برای ارزیابی و تشخیص دامنه تعهدات بیمه‌گر در برابر بیمه شده، ضروری باشد و افزون بر این، اصول حسن نیت و تناسب[1] نیز باید از سوی بیمه‌گر رعایت شود (بند ۲ ماده ٤ قانون فدرال حمایت از اطلاعات سوئیس[2]). با این همه، حق بیمه‌گر بر درخواست این اطلاعات، صلاحیت ویژه‌ای برای وی در تعیین اطلاعات لازم برای مدیریت پرونده حقوقی فراهم می‌کند. البته باید توجه داشت که بر اساس ماده ١٦٨ آیین‌نامه نظارت بر شرکت‌های بیمه خصوصی سوئیس، شرط ضمن عقدی که طی آن، بیمه شده متعهد به ارائه اسرار حرفه‌ای وکیل خود به بیمه‌گر درخصوص پرونده موضوع وکالت می‌شود، در صورت تعارض منافع[3] و در فرضی که ارائه اطلاعات می‌تواند برای بیمه شده زیان‌بار باشد، قابل مطالبه نخواهد بود و وکیل شخص بیمه شده نمی‌تواند صرف انعقاد قرارداد بیمه حمایت حقوقی و درج شرط مزبور را، مجوز انتقال اطلاعات پرونده موضوع وکالت به بیمه‌گر تلقی کند. وانگهی بیمه شده باید در هر مورد، پس از مشورت کافی با وکیل خود، در خصوص ارائه اطلاعات درخواستی بیمه‌گر تصمیم‌گیری کند. هم‌چنین لازم است وجود تعارض منافع به‌طور موردی در هر قضیه بررسی شود و نمی‌توان در این مورد به یک قاعده کلی بسنده کرد. مثلاً در صورتی که بیمه‌گر طرف مقابل دعوای بیمه شده را در خصوص همان دعوا بیمه حمایت حقوقی کرده باشد، تعارض منافع مسلم بوده و مانع مطالبه اطلاعات خواهد بود و در چنین حالتی، بیمه‌گر صرفاً اطلاعاتی را می‌تواند درخواست کند که از نظر وکیل شخص بیمه شده، خطری برای وی ندارد و مطالبه اطلاعات فراتر از این حدود، حسب مورد می‌تواند نقض اصل تناسب و یا حتی نقض اصل حسن نیت به شمار آید؛ زیرا همان اطلاعات محدودی که وکیل بیمه شده مجاز می‌داند، در کنار اطلاعاتی که بیمه‌گر در خصوص طرف مقابل شخص بیمه شده دارد می‌تواند برای مدیریت پرونده (ارزیابی وضعیت قضیه حقوقی مطرح شده و تخمین میزان احتمال موفقیت اقدامات حقوقی و قضایی وکیل بیمه شده) از سوی شرکت بیمه‌گر کافی باشد (Guyaz, 2016: 147).

1. Les principes de la bonne foi et de la proportionnalité
2. Loi fédérale suisse sur la protection des données
3. Conflit d'intérêts

در صورت خودداری بیمه شـــده از تجویز ارائه اطلاعات قابل مطالبه پرونده مورد وکالت به بیمه‌گر توســـط وکیل مســـتقل، اجرای تعهدات بیمه‌گر معلق خواهد شـــد (ماده ٤١ قانون راجع به عقد بیمه ســـوئیس) و حتی ممکن است در ضمن عقد بیمه حمایت حقوقی، ضمانت اجرای شـــدیدتری نظیر سقوط قطعی تعهدات بیمه‌گر (فسخ یا انفساخ عقد) مورد توافق واقع شده باشد. با این همه بیمه‌گر مکلف است به صورت کتبی و ضمن تعیین یک مهلت معقول به بیمه شـــده، پیامدهای خودداری از دادن اطلاعات درخواستی را به او یادآوری کند. وانگهی بیمه شده در صورت داشتن عذر موجه می‌تواند اطلاعات درخواســـت شـــده را پس از مهلت تعیین شده نیز ارائه کند (Guyaz, 2016: 148).

لازم به ذکر اســـت که بـــه موجب ماده ۱۲۷-۷ کد بیمه‌های فرانســـه، تمامی اشخاصی که در چارچوب قرارداد بیمه حمایت حقوقی، حق آگاهی از اطلاعات ارائه شـــده از سوی بیمه شـــده را در جهت تامین منافع وی دارند، مکلف به حفظ اسرار حرفه‌ای او می‌باشـــند و نقض آن، موجب مسؤولیت کیفری بر اساس ماده ۲۲٦-۱۳ قانون مجازات فرانسه خواهد بود.

درحقوق ایران به موجب مواد ۱۲، ۱۳ و ۱۵ قانون بیمه، صرفاً دادن اطلاعات لازم بـــه هنگام انعقاد قرارداد و نیز اعلام به موقع وقوع حادثه موضوع بیمه، بر عهده بیمه‌گذار است و دادن اطلاعات دیگر برای اجرای قرارداد در قراردادهای بیمه حمایت حقوقی را می‌توان در قالب شـــروط ضمن عقـــد (ماده ۳۵ قانون بیمه) و یا مصوبات شورای عالی بیمه مقرر کرد و چنانچه به موجب مصوبه خاصی (نظیر ماده ٦ شرایط عمومی بیمه‌نامه مســـؤولیت مدنی پزشکان مصوب ۱۳۷۷ شورای عالی بیمه)، بیمه‌گر حق اقامه دعوا و یا دفاع از بیمه شـــده را در مراجع ذی‌صلاح داشـــته باشد، تکلیف بیمه‌گذار به دادن اطلاعات و ارائه اســـناد و مدارک راجع به حادثه و دعوا را از لوازم منطقی ایفای حق بیمه‌گر دانست (بابایی،۱٤۰۰: ۱۹۱-۱۹۲). ضمانت اجرای این تعهد می‌تواند حســـب مورد، فســـخ عقد، بطلان و یا ابطال آن باشد؛ گرچه پیشرفت های اخیرصنعت بیمه، مقتضی محدود شـــدن موارد فســـخ، بطلان و ابطال عقد بیمه در اثر نقض تعهد به دادن اطلاعات دانســـته شـــده اســـت (محمدی و جواهر کلام، ۱٤۰۱: ۲۸٦-۲۹٤).

۳-۲-۱-۲. رد مبالغ دریافتی به بیمه‌گر[1]

در غالب قراردادهای بیمه حمایت حقوقی شرط می‌شود که چنان‌چه در فرایند اقدامات حقوقی یا قضایی، مبالغی بابت خسارات، مخارج و هزینه‌های تحت پوشش عقد بیمه نظیر هزینه دادرسی و حق‌الوکاله به بیمه شده پرداخت شود، وی مکلف است آن را به بیمه‌گر بپردازد و اگر دریافت نکرده است، حق مطالبه آن را به وی منتقل نماید (اصل قائم‌مقامی)، اما اگر مبلغ دریافت شده، بابت خسارات، مخارج و هزینه‌های تحت پوشش عقد بیمه نبوده باشد، مثلاً در فرضی که مطابق قرارداد و به سبب تقصیر بیمه شده، خود وی باید هزینه دادرسی یا حق‌الوکاله را می‌پرداخته است، در صورت پیروزی وی در دعوا و اجرای حکم محکومیت خوانده به پرداخت خسارات دادرسی، آن‌چه بیمه شده از این بابت دریافت می‌کند، مشمول این تکلیف نخواهد بود (Guyaz, 2016: 149).

در حقوق ایران نیز با توجه به اصل قائم‌مقامی بیمه‌گر (ماده ۳۰ قانون بیمه)، چنین تکلیفی قابل استنباط به نظر می‌رسد و حداقل این‌که در قالب شرط ضمن عقد (ماده ۳۵ قانون بیمه) و یا مصوبات شورای عالی بیمه، قابل پیش‌بینی خواهد بود.

۲-۲. تعهدات بیمه‌گر

تعهدات بیمه‌گر مشتمل بر دو نوع متفاوت است:

نخست، تعهد مالی معمول و مشابه دیگر انواع عقد بیمه؛ یعنی پرداخت هزینه اقدامات حقوقی انجام شده برای دفاع از منافع بیمه شده که عموماً محدود به یک سقف تعیین شده در بیمه‌نامه است؛

دوم، تعهد ویژه‌ای که خاص قرارداد بیمه حمایت حقوقی است؛ یعنی تعهد به ارائه خدمات (معاضدت) حقوقی و قضایی مستقیم به بیمه شده که مشتمل بر مشاوره حقوقی و نمایندگی از جانب بیمه شده در امور حقوقی غیر قضایی و یا انواع اقدامات قضایی ضروری در مساله و دعوای حقوقی پیش آمده است. تعهدات بیمه‌گر در قرارداد بیمه حمایت حقوقی نیز از انواع تعهدات مالی به شمار می‌رود؛ زیرا از یک سو، وی خدمات حقوقی مورد تعهد خود را تامین مالی می‌کند و از سوی دیگر، هرگونه خدمات حقوقی که به بیمه شده ارائه می‌کند، وی را از تحمل هزینه‌های آن،

1. Abandon des dépens

صرف وقت و زیان‌های اقتصادی مصون می‌دارد و به همین دلیل است که تعهد به ارائه خدمات حقوقی نیز از تعهدات بیمه‌ای به شمار می‌آید و امروزه عموم بیمه‌گران آن را نیز بر عهده می‌گیرند و بر این اساس است که تعهدات بیمه‌گر حمایت حقوقی نیز مانند دیگر انواع بیمه‌های خسارت، جنبه جبران کننده و غرامت[1] دارد؛ بنابراین تکالیف اصلی بیمه‌گر حمایت حقوقی دوگانه است؛ زیرا از یک سو تامین هزینه‌های ناشی از اقدامات حقوقی و قضایی و از سوی دیگر، تامین نفس خدمات (اقدامات) حقوقی و قضایی را شامل می‌باشد[2] و حتی موضوع برخی از قراردادهای بیمه حمایت حقوقی، تنها تامین خدمات حقوقی توسط خود بیمه‌گر بوده و وی مکلف است رأساً اقدامات حقوقی و قضایی لازم برای احقاق حق بیمه شده را انجام دهد. وانگهی، واقعیت بازار بیمه حمایت حقوقی نشان دهنده این است که اغلب بیمه‌گران تامین نفس خدمات حقوقی را به عنوان تعهد اصلی (مستقیم) خود برعهده می‌گیرند و پرداخت هزینه اقدامات حقوقی و قضایی که خود بیمه شده انجام داده است به عنوان تعهد ثانوی و یا جایگزین (غیر مستقیم) بیمه‌گر مورد توافق واقع می‌شود (Jeune-homme & Wildemeersch, 2012: 64-73, Guyaz, 2016: 150-151, Bohne & Ecklin, 2016: 44-45,52-55).

بدین ترتیب، تعهدات بیمه‌گر بیمه حمایت حقوقی حسب توافق طرفین، عبارت است از تامین (راهبری و مدیریت) اقدامات حقوقی و قضایی، موافقت با اخذ وکیل مستقل در صورت لزوم، پرداخت هزینه اقدامات حقوقی پیشاقضایی و هزینه اقدامات حقوقی و قضایی.

۱-۲-۲. راهبری و مدیریت مذاکرات و اقدامات حقوقی و قضایی

در صورتی‌که بیمه‌گر شخصاً دفاع از منافع بیمه شده را عهده‌دار شده باشد، باید رأساً اقدامات حقوقی و قضایی لازم نظیر اخذ وکیل، ارجاع پرونده به کارشناسی، رجوع به مراجع اداری ذی‌ربط، ارجاع دعوا به داوری یا دیگر طرق غیر قضایی حل و فصل اختلافات نظیر صلح و سازش و میانجی‌گری و اقامه دعوای قضایی را انجام دهد و در این راستا باید جدیت و سخت‌کوشی کافی داشته باشد. عموماً پذیرفته

1. Indemnitaire
2. Les deux types de prestation (prestation de frais et de service en nature)

شـــده است که دامنه تکلیف به سخت‌کوشـــی و جدیت[1] در جریان مدیریت اقدامات حقوقی و قضایی، باید مطابق قواعد وکالت مدنی[2] تعیین گردد و در نتیجه، مشـــاوران حقوقی یا وکلای دادگســـتری که خود بیمه‌گر برای دفاع از منافع بیمه شده استخدام کرده اســـت، باید صلاحیت و توانایی‌های یک وکیل مستقل (بیرونی)[3] که خود بیمه شده ممکن است به کارگیرد را داشته باشند و تکالیف آن‌ها اصولاً همان تکالیف وکیل مستقل اســـت؛ به طوری‌که اگر بیمه‌گر نتواند چنین درجه‌ای از وکالت را تامین کند، باید با اخذ وکیل مستقل (بیرونی) توسط بیمه شده موافقت کند (Bohne & Ecklin, 2016: 55-58).

به صـــورت ملموس‌تر، بیمه‌گر اصـــولاً همانند یک وکیل مســـتقل مکلف به سخت‌کوشـــی، اطلاع‌رسا[4]نی و رعایت محرمانگی[5] اسرار حرفه‌ای وکالت است و در این راســـتا باید از دانش و تجربـــه کافی برای مدیریت اقدامـــات حقوقی و قضایی برخوردار باشد و در صورت لزوم، از مشاوره یک متخصص استفاده کند و چنان‌چه ضروری باشـــد، یک وکیل مســـتقل متخصص برای مدیریت پرونـــده به هزینه خود استخدام کند و از ســـپردن آن به حقوق‌دان یا وکیل غیر متخصص خودداری نماید. هم‌چنین در مقام عمل به تکلیف اطلاع‌رسانی، بیمه‌گر باید رأساً بیمه شده را در مورد هر آن‌چه در پرونده وی اثرگذار اســـت آگاه کند که شـــامل تحلیل وضعیت حقوقی پرونده و ارزیابـــی وتخمین خطرات احتمالی و میزان احتمـــال پیروزی در اقدامات حقوقـــی یا قضایی مورد نظر می‌باشـــد. با این همه، بیمه‌گـــر حمایت حقوقی مکلف به وفاداری[6] نیســـت و می‌تواند طرف دعوای سابق بیمه شده فعلی خود را نیز تحت پوشـــش بیمه حمایت حقوقی قراردهد. وانگهی اجـــرای قواعد حقوقی وکالت مدنی در خصوص بیمه‌گر حمایت حقوقی، مطلق نیســـت و از جمله این‌که، برخلاف عقد وکالت، وی اصولاًحق فســـخ قرارداد یا خودداری از انجام اقدامات حقوقی و قضایی

1. Devoir de diligence
2. les règles du mandat
3. Avocat independent (externe)
4. Information
5. Confidentialité
6. Fidélité

موضوع آن را ندارد؛ زیرا عقد بیمه حمایت حقوقی یک عقد لازم اســـت (Bohne & Ecklin, 2016: 59-63, Guyaz, 20016: 151-153).

۲-۲-۲. موافقت با گرفتن وکیل مستقل (بیرونی)[1] از سوی بیمه شده

امروزه در کشـــور سوئیس، بیمه‌گران حمایت حقوقی متعهد می‌شوند که راساً خدمـــات حقوقی موضـــوع قرارداد بیمه حمایت حقوقـــی را از طریق حقوق‌دانان و وکلایی که در اســـتخدام خود دارند انجام دهند و اصولاً بیمه شده حق ندارد پرونده موضوع قرارداد بیمه حمایت حقوقی را به وکیل مستقل واگذار کند؛ مگر این‌که خود هزینه آن را بپردازد یا حداقل این‌که، پیش از اخذ وکیل مستقل، موافقت بیمه‌گر را در مورد آن و نیز شخص وکیل مورد نظر جلب کند؛ زیرا بیمه‌گر باید بتواند از هزینه‌های اضافی ناشی از گرفتن وکیل ناوارد و یا حق‌الوکاله گزاف اجتناب کند و وکیل مستقل نیز به موجب تکلیف به سخت‌کوشی و جدیت، موظف است موکل خود را در مورد تکالیف ناشی از قرارداد بیمه حمایت حقوقی به‌ویژه، لزوم جلب موافقت بیمه‌گر در خصوص گرفتن وکیل مستقل آگاه سازد؛ همان‌طور که بیمه‌گر نیز مکلف به آگاه کردن بیمه شـــده از حق خود مبنی بر گرفتن وکیل مســـتقل است (بند ۳ ماده ۱۶۷ آیین‌نامه نظارت بر شرکت‌های بیمه خصوصی سوئیس). باید توجه داشت که گرچه در حقوق ســـوئیس، اصولاً پیش‌بینی حق گزینش آزاد وکیل برای بیمه شـــده قانوناً لازم نیست، اما در فرض ســـکوت قرارداد و عدم موفقیت اقدامات بیمه‌گر، گرفتن وکیل مستقل، حق بیمه شده به شمار می‌آید. هم‌چنین به موجب بند ۱ ماده ۱۶۷ آیین‌نامه نظارت بر شرکت‌های بیمه خصوصی سوئیس، در صورتی که اخذ وکیل دادگستری در یک دعوا قانوناً اجباری باشد؛ همانند دعاوی که از حیث موضوعی و یا حکمی بسیار پیچیده و یا موجد یک مســـاله حقوقی اساسی و بنیادین است، دعواهای با ارزش اقتصادی بالا، نابرابری آشـــکار طرفین دعوا و یا برخورداری طرف مقابل از وکیل؛ و نیز در صورت وجود تعارض منافع، بیمه‌گر مکلف به موافقت با گرفتن وکیل مســـتقل از سوی بیمه شده است (Bohne & Ecklin, 2016: 63-64, Guyaz, 2016: 153-154).

بر اســـاس ماده ۹۲ قانون راجع به بیمه زمینی بلژیک مصوب ۲۵ ژوئن ۱۹۹۲ نیز در قرارداد بیمه حمایت حقوقی باید حداقل تصریح شود که به هنگام لزوم توسل

1. Mise en œuvre d'un avocat externe

به آیین‌های رسیدگی قضایی یا اداری و یا تعارض منافع با بیمه‌گر، بیمه شده از آزادی انتخاب یک وکیل یا هرشخص ذی‌صلاح دیگر به منظور دفاع، نمایندگی و یا استیفای منافع خود برخوردار است (Jeunehomme & Wildemeersch, 2012: 75-80, Delvau, 2021: 113-120)، اما در خصوص درجه تعارض منافع اتفاق نظر وجود ندارد. عموماً پذیرفته شده است که در صورت برخورداری طرفین یک دعوا از پوشش بیمه حمایت حقوقی بیمه‌گر واحد در همان دعوا و یا وجود دعوا میان بیمه شده و شرکت بیمه‌گر حمایت حقوقی، تعارض منافع چنان شدید است که بیمه‌گر را مکلف به موافقت با درخواست بیمه شده مبنی بر گرفتن وکیل مستقل می‌کند (جزء ب بند ۱ ماده ۱۶۷ آیین‌نامه نظارت بر شرکت‌های بیمه خصوصی سوئیس). وانگهی در فرضی که بیمه‌گر خود نمایندگی (وکالت) بیمه شده را در یک قضیه حقوقی یا قضایی بر عهده دارد، خطر تعارض منافع به‌وضوح جدی است؛ زیرا منافع بیمه‌گر مقتضی کاهش هرچه بیشتر هزینه اقدامات حقوقی و قضایی و پرهیز از اطاله دادرسی است؛ در حالی که بیمه شده خواستار نیل به بهترین نتیجه ممکن، به‌رغم افزایش هزینه‌ها است. با این همه، تفسیر موسع تعارض منافع می‌تواند خطر سلب عملی امکان ارائه خدمات حقوقی توسط خود شرکت‌های بیمه‌گر را به دنبال داشته باشد و بر همین اساس است که صرف بی‌اعتمادی[1] بیمه شده نسبت به بیمه‌گر، موجب تعارض منافع دانسته نمی‌شود؛ مگر این‌که ناشی از نقض تقصیر آمیز تعهدات اساسی بیمه‌گر به‌ویژه تکلیف به جدیت و سخت‌کوشی در دفاع از منافع بیمه شده باشد (Guyaz, 2016: 155-156)؛ به هر حال در صورت بروز تعارض منافع در حدود مذکور، بیمه شده حق اخذ وکیل مستقل را خواهد داشت؛ گر چه اختلاف و مناقشه بیمه شده و شخص ثالث هنوز منجر به اقامه دعوا نشده و فرایند قضایی آغاز نگردیده باشد (Jeunehomme & Wildemeersch, 2012: 80-84, Guyaz, 2016: 157).

در حقوق فرانسه نیز بر اساس ماده ۱۲۷-۲-۳ کد بیمه این کشور، در صورتی که طرف دعوای بیمه شده در شرایط مشابه، از خدمات حقوقی یک وکیل دادگستری یا معاضدت حقوقی شخص ذی‌صلاح برخوردار شده باشد، وی نیز حق گرفتن وکیل یا مشاور حقوقی مستقل را خواهد داشت. هم‌چنین به موجب بند یک ماده ۲۰۱

1. Défiance

دستور العمل شماره ۲۰۰۹/۱۳۸ مصوب ۲۵ نوامبر ۲۰۰۹ پارلمان و کمیسیون اتحادیه اروپا راجع به دسترسی به خدمات و فعالیت‌های بیمه‌ای و بیمه اتکایی و ماده ۱۲۷-۳ کد بیمه فرانسه، باید در قرارداد بیمه حمایت حقوقی به صراحت شرط شود که در صورت تعارض منافع بیمه شده با بیمه‌گر، بیمه شده از حق گرفتن آزادانه وکیل و یا انتخاب هر شخص ذی‌صلاح دیگر برای معاضدت حقوقی بهره‌مند خواهد بود (Cerveau, 2000: 1686-1687). حال باید دید که شرایط و قیود اجرای حق بیمه شده در گرفتن وکیل مستقل چیست.

اصل برآزادی بیمه شده در انتخاب وکیل مستقل و یا هر شخص ذی‌صلاح دیگر برای معاضدت حقوقی در هر نوع آیین و فرایند قضایی و اداری است (بند ۱ ماده ۲۰۱ دستور العمل شماره ۲۰۰۹/۱۳۸ مصوب ۲۵ نوامبر ۲۰۰۹ پارلمان و کمیسیون اتحادیه اروپا راجع به دسترسی به خدمات و فعالیت‌های بیمه‌ای و بیمه اتکایی) و حتی به موجب ماده ۱۲۷-۳ کد بیمه فرانسه، این حق بیمه شده باید به صراحت در قرارداد پیش‌بینی گردد و هر گونه شرطی که در حدود مقرر برای حمایت (در چارچوب تعهدات بیمه‌گر)، آزادی بیمه شده در گزینش وکیل یا مشاور حقوقی را محدود کند، باطل است؛ زیرا اصل آزادی بیمه شده در انتخاب وکیل و مشاور حقوقی، مربوط به نظم عمومی است.

باید توجه داشت که این آزادی مطلق نیست و صرفاً در چهارچوب قرارداد قابل اعمال است، به‌طوری‌که اولاً، نمی‌تواند مانع تعیین حداکثر حق‌الوکاله و دیگرهزینه‌هایی باشد که بیمه‌گر بر عهده می‌گیرد (Siret-Robert, 1991: 480). ثانیاً، به‌طور معمول در قالب شروط عمومی ضمن قرارداد بیمه حمایت حقوقی، شرط می‌شود که چنانچه وکیل مورد نظر بیمه شده، مورد پذیرش بیمه‌گر نباشد وی حق دارد تا سه وکیل دیگر به بیمه‌گر معرفی کند و بیمه‌گر ملزم است از میان آن‌ها یکی را بپذیرد. گاهی این حق بیمه‌گر نیز با افزودن شرایطی هم‌چون لزوم تخصص وکلای معرفی شده در شاخه‌های گوناگون محدود می‌شود که البته مفید است؛ زیرا کارایی مکانیسم مزبور را حفظ می‌کند و بر همین اساس است که مطابق رویه قضایی کشور سوئیس، وکیلی که قبلاً از سوی بیمه‌گر رد شده است، نمی‌تواند جزء سه نفر وکیل معرفی شده جدید باشد، اما شرط ضمن عقدی که بیمه شده را ملزم به

معرفی وکلای مقیم (ساکن) در محل دادگاه صالح می‌کند، باطل به شمار می‌آید؛ زیرا می‌تواند ذی‌نفعان ساکن در مناطق پیرامونی را از خدمات متخصصین محروم کند؛ مگر این‌که از لحاظ قانونی، صلاحیت وکالت محدودیت محلی نداشته باشد و گردش آزاد وکلا پذیرفته شده باشد (Bohne & Ecklin, 2016: 63-71). هم‌چنین بیمه‌گر می‌تواند یک یا چند وکیل مستقل را به بیمه شده پیشنهاد کند؛ گرچه چنین چیزی در قرارداد پیش‌بینی نشده باشد؛ زیرا صرفاً جنبه توصیه دارد و برای بیمه شده الزامی به همراه نخواهد داشت. به موجب ماده ۱۲۷-۳ کد بیمه فرانسه، بیمه‌گر تنها در صورت درخواست کتبی بیمه شده، مجاز به پیشنهاد وکیل مستقل به وی می‌باشد. در این راستا، بیمه‌گر می‌تواند فهرستی از وکلای خبره مورد اعتماد خود را که دارای روابط خوبی با وی بوده و از صلاحیت و دانش و تجربه کافی برای مدیریت پرونده بیمه شده برخوردارند به بیمه شده معرفی کند، اما شرط ضمن عقدی که بیمه شده را ملزم به گزینش وکیل مستقل از میان این فهرست کند و یا رد آن از سوی بیمه شده را موجب کاهش پوشش بیمه‌ای دانسته باشد، باطل به شمار می‌آید (بند ۱ ماده ۱۶۷ آیین‌نامه نظارت بر شرکت‌های بیمه خصوصی سوئیس :Bohne & Ecklin, 2016 72-74).

وانگهی به‌رغم حق بیمه شده بر اداره پرونده حقوقی خود و به موجب شروط عمومی ضمن قرارداد بیمه حمایت حقوقی، در صورت فقدان نیروی انسانی متخصص در شرکت بیمه و یا صلاح‌دید بیمه‌گر در جهت کارایی بیشتر، وی حق دارد دفاع از بیمه شده را به یک وکیل مستقل واگذار کند. البته صرف نظر از شرایط و اوضاع و احوالی که موجب پیشنهاد وکیل مستقل به بیمه شده از سوی بیمه‌گر می‌شود، وی باید همواره منافع (غبطه) بیمه شده را حداقل در حد منافع خود رعایت کند؛ زیرا این پیشنهاد توصیه و مشاوره‌ای است که می‌تواند در سرنوشت پرونده حقوقی بیمه شده موثر باشد و همان‌طور که آمد، تعهد بیمه‌گر به مشاوره دادن و راهنمایی بیمه شده، باید با سخت‌کوششی و دقت کافی ایفاء گردد؛ لذا بیمه‌گر باید وکیلی را پیشنهاد کند که دارای توانایی و تجربه کافی برای مدیریت حقوقی پرونده بیمه شده باشد و چنان‌چه در حوزه مورد نظر، وکالت تخصصی بوده و وکیل متخصص وجود داشته باشد، باید یک یا چند وکیل متخصص و یا وکیلی که تجربه معادل یک وکیل

متخصص را داشـــته باشد پیشنهاد شـــود. البته ممکن است در صورت ارائه دلایل و اطلاعات کافی، معرفی یک وکیـــل عمومی و غیر متخصص در برخی از پرونده‌های حقوقی قابل پذیرش و موجه باشد، اما به‌طور کلی، بیمه‌گری که بیمه شده را از وجود وکلاء متخصـــص و خبره در حوزه مربوط به پرونده حقوقـــی مورد نظر آگاه نکند، مرتکب نقض تکلیف به راهنمایی (آگاهی دهی)[1] شده است که در برخی از کشورها نظیر ســـوئیس (به موجب ملاک بند ۲ مادـــه ۳۹۸ قانون تعهدات) در مورد بیمه‌گران نیز حاکم می‌باشـــد. البته باید توجه داشت که شرط استخدام مستقیم وکیل مستقل از ســـوی بیمه‌گر، خالی از اشکال نیست؛ زیرا در صورت وجود تعارض منافع، می‌تواند بی‌طرفی وکیل را خدشـــه‌دار کند، اما شرط مزبور باطل دانسته نشده و عموماً پذیرفته شده است که در چنین فرضی، شرکت بیمه‌گر نماینده مستقیم بیمه شده در برابر وکیل مستقل خواهد بود (Guyaz, 2016: 157-160).

ناگفته نماند مسائل و مناقشـــاتی که در خصوص اجرای اصل آزادی انتخاب وکیل در حقوق سوئیس و فرانسه به‌طور خلاصه مورد بررسی قرار گرفت، کم یا بیش در حقوق بلژیک نیز مصداق داشـــته و مطرح شده است (Delvaux, 1998: 12-26, Paris, 2000: 5-29).

۳-۲-۲. پرداخت هزینه‌ها و مخارج امور پیشاقضایی[2]

اگر به موجب قرارداد بیمه حمایت حقوقی، بیمه‌گر هزینه‌ها و مخارج اقدامات پیشاقضایی برای احقاق حق بیمه شده نظیر پیگیری پرونده در مراجع اداری را نیز بر عهده گرفته باشـــد، مکلف است آن را بپردازد و حتی ممکن است پرداخت خسارت ناشـــی از مسؤولیت مدنی اشخاص ثالث در برابر بیمه شده را نیز عهده‌دار شده باشد که در این صورت، پس از پرداخت آن به بیمه شـــده، به عنوان قائم‌مقام (جانشـــین) وی حق رجوع به شخص عامل زیان را خواهد داشت (Guyaz, 2016: 160-162).

٤-۲-۲. پرداخت هزینه‌های وکالت مستقل (تضمین پوشش بیمه‌ای)[3]

در هر مورد که بیمه‌گر با گرفتن وکیل مســـتقل از ســـوی بیمه شـــده موافقت می‌کنـــد؛ اعم از موارد اختیاری و اجباری، اصولاً متعهد به پرداخت هزینه‌های آن نیز

1. Devoir de renseigner
2. Prise en charge des frais d'avocat avant procès
3. Garantie de couverture

می‌گردد و حق بیمه شـــده در مطالبه این گونه هزینه‌ها به‌طور مســـتقیم ناشی از خود قرارداد بیمه حمایت حقوقی اســـت؛ مشروط بر این‌که تمامی شرایط مقرر در قرارداد رعایت شده باشـــد؛ به‌ویژه این‌که اقدامات وکیل مستقل، در مجموع موجه بوده و از پیش محکوم به شکست نبوده باشد (Guyaz, 2016: 164).

۱-٤-٤-۲. ماهیت حقوقی تضمین پوشش بیمه‌ای

در مورد ماهیت حقوقی این نوع تضمین، اتفاق نظر وجود ندارد. برخی آن را از مصادیق تعهد به پرداخت دین دیگری[1] می‌دانند (ماده ۱۷۵ قانون تعهدات سوئیس)، امـــا برخی دیگر آن را در قالب تعهد به نفع ثالـــث[2] توجیه می‌کنند (بند ۲ ماده ۱۱۲ قانون تعهدات ســـوئیس). دلیل عمده نظریه نخست، اصل ممنوعیت هرگونه قرارداد میان بیمه‌گر و وکیل مستقل به منظور پرهیز از خدشه‌دار شدن استقلال وکیل و خطر تعارض منافع وی با بیمه شـــده است؛ گرچه نهاد تعهد به پرداخت دین دیگری (بیمه شـــده) در مقام پرداخت حق‌الوکاله وکیل مستقل نیز فی‌نفسه می‌تواند خطر تعارض منافع بیمه‌گر و بیمه شده را در پی‌داشته باشد (Bohne & Ecklin, 2016: 86-87).

وانگهی نهاد تعهد به نفع ثالث نیز خطر تعارض منافع وکیل مستقل و شخص بیمه شـــده را به دنبال دارد؛ زیرا به موجب آن، وکیل می‌تواند برای مطالبه حق‌الوکاله به‌طور مستقیم به بیمه‌گر مراجعه کند؛ لذا در هر حال، همواره این خطر وجود دارد که وکیل مســـتقل منافع خود را بر منافع بیمه شده ترجیح دهد و گریزی از آن نیست، اما چنان‌چه شـــرط شود که وکیل حق مراجعه مستقیم به بیمه‌گر را نداشته و برای مطالبه حق‌الوکالـــه خود، تنها باید از طریق بیمه شـــده اقدام کند، خطـــر مزبور به میزان قابل توجهی کاهش خواهد یافت. هم‌چنین باید توجه داشت که اگر با جلب رضایت وکیل (طلب‌کار)، تعهد به پرداخت دین دیگری موجب نقل ذمه به ذمه[3] شـــده باشد، وکیل مستقل تنها می‌تواند به بیمه‌گر مراجعه کند وگرنه اصولاً موجب ضم ذمه به ذمه[4] است و در نتیجه، وکیل مســـتقل از حق رجوع مستقیم به هر دوی بیمه‌گر و بیمه شده برای مطالبه حق‌الوکاله خود برخوردار خواهد بود و در صورت رجوع وکیل به بیمه شده

1. Reprise de dette d" autrui
2. Stipulation pour autrui
3. Reprise privative de dette
4. Reprise cumulative de dette

(موکل)، وی نیز حق خواهد داشـــت به بیمه‌گر که بدهکار اصلی اســـت مراجعه کند (Bohne & Ecklin, 2016: 87-89, Guyaz, 2016: 165-166).

۲-٤-٤-۲. حدود تضمین پوشش بیمه‌ای

تضمین پوشش بیمه‌ای می‌تواند به موجب شرط ضمن عقد، دارای محدودیت‌ها و استثنائاتی باشد:

نخست، ممکن است پوشش بیمه‌ای این‌گونه هزینه‌ها مرحله‌ای باشد، به‌طوری کـــه در ابتدا محدود به یک مرحله معین از دعوا مثلاً مذاکرات پیشـــاقضایی به منظور صلح و ســـازش و ... شـــود و پس از احراز موجه بودن اقدام برای هر یک از مراحل بعد مثلاً اقامه دعوای قضایی، هزینه‌های آن مراحل نیز پوشـــش داده شود و یا این‌که به‌طور کلی، تنها هزینه‌های طرق غیر قضایی حل و فصل اختلافات، پوشـــش بیمه‌ای داشته باشد (Guyaz, 2016: 162).

دوم، ممکن است پوشش هزینه‌های اقدامات قضایی و غیر قضایی برای حل و فصل دعوا، مشروط به معقول و متعارف بودن آن شود و اقدامات فاقد احتمال معقول موفقیت، تحت پوشش نباشـــد (Guyaz, 2016: 162). با این همه، شرط محدودیت تعهد بیمه‌گر به یک مبلغ معین ناکافی برای پوشـــش هزینه‌های متعارف، نوعی رفتار با سوء نیت به شمار می‌آید؛ زیرا دست وکیل را در انجام اقدامات لازم برای پیگیری پرونده بیمه شـــده می‌بندد و می‌تواند مانع نیل به نتیجه مطلوب شـــود و حتی از نظر برخـــی، به‌طور کلی تحدید تعهد بیمه‌گر به یک مبلـــغ معین، صرف نظر از میزان آن، ممنوع اســـت زیرا اگر کم باشد، تامین منافع بیمه شـــده را به خطر می‌اندازد وهزینه جمعی(گلوبال) پرونده را افزایش می‌دهد؛ زیرا وکیل ناچار اســـت در هر مورد اقدام مورد نظر را توجیه کند و دلایل و مســـتندات کافی برای آن فراهم ســـازد و اگر این مبلغ خیلی بالا باشد، بیمه‌گر امکان مدیریت هزینه‌ها را نخواهد داشت و حتی ممکن است خطر تشویق بیمه شده و وکیل او به انجام اقدامات بیهوده را در پی داشته باشد (Guyaz, 2016: 163).

ســـوم، ممکن است قانون‌گذار حداقلی را برای پوشش بیمه تعیین کرده باشد؛ همانند بند۱ ماده ۸ قانون ۲۲ آوریل ۲۰۱۹ بلژیک راجع به تســـهیل بیمه‌های حمایت

حقوقی[1] که حداقل پوشش هزینه‌های حقوقی را شامل مخارج و حق‌الزحمه وکیل و ضابطان دادگستری، هزینه رسیدگی‌های قضایی و غیر قضایی، مخارج و حق‌الزحمه کارشناسان، مشاوران فنی، میانجی‌گران، داوران و دیگر اشخاص ذی سمت به موجب قانون حاکم بر آیین رسیدگی و هزینه‌های اجرا دانسته است (Guyaz, 2016: 164).

لازم به ذکر است که در حقوق فرانسه به موجب ماده ۱۲۷-۲-۲ کد بیمه‌های فرانسه[2]، مشاورها و اقدامات حقوقی و قضایی انجام شده پیش از اعلام وقوع مساله حقوقی (اختلاف یا دعوا) به بیمه‌گر، نمی‌تواند موجب قطع پوشش بیمه‌ای باشد و هر گونه شرط خلاف آن باطل است، اما پرداخت هزینه این گونه اقدامات بر عهده بیمه‌گر نخواهد بود؛ مگر این‌که بیمه شده بتواند فوریت و ضرورت آن‌ها را اثبات کند. هم‌چنین مطابق ماده ۱۲۷-۵-۱ همین کد[3] حق‌الزحمه وکیل مستقل بر اساس توافق میان وی و بیمه شده تعیین می‌شود و بیمه‌گر حق دخالت ندارد؛ ضمن این‌که، در قرارداد بیمه حمایت حقوقی باید تصریح شود که کلیه مبالغ لازم برای تامین حق‌الوکاله و هزینه‌های ناشی از حل و فصل اختلافات و دعاوی، در ابتدا باید به منظور تامین مخارجی که بر عهده شخص بیمه شده بوده است، به وی پرداخت شود و بیمه‌گر در مرتبه بعدی، حق دریافت آن را به عنوان قائم‌مقام بیمه شده تا سقف تعهدات ایفاء شده خود خواهد داشت.

در حقوق ایران نیز شورای عالی بیمه می‌تواند بر پایه تفسیر موسع از ماده ۱۹ قانون بیمه و لحاظ اصول محاسبات بیمه‌ای (اکچوئری)، تکالیف خاص بیمه‌گر در بیمه‌های حمایت حقوقی را مقرر کند و یا این‌که به استناد ماده ۳۵ قانون مذکور، چنین تکالیفی در قالب شرط ضمن عقد پیش‌بینی شود تا انعطاف‌پذیری قرارداد که از اصول امروزین قراردادها است (طالب احمدی، ۱۴۰۳: ۲۲۲-۲۲۶) در قراردادهای بیمه حمایت حقوقی نیز تامین شود.

---

1. Loi du 22 Avril 2019 visant à rendre plus accessible l'assurance protection juridique
2. Article L127-2-2 :Les consultations ou les actes de procédure réalisés avant la déclaration du sinistre ne peuvent justifier la déchéance de la garantie. Toute clause contraire est réputée non écrite. Cependant, ces consultations et ces actes ne sont pas pris en charge par l'assureur, sauf si l'assuré peut justifier d'une urgence à les avoir demandés.
3. Article L127-5-1: Les honoraires de l'avocat sont déterminés entre ce dernier et son client, sans pouvoir faire l'objet d'un accord avec l'assureur de protection juridique.

برآمد

۱- تعهدات ناشـــی از قراردادهای بیمه حمایت حقوقی در اتحادیه اروپا و سه کشور پیشـــروی سوئیس، فرانســـه و بلژیک دارای ترکیبی پیچیده و متوازن از انواع تعهدـــات اصلی و فرعی، مالی و غیر مالی و پولی و غیر پولی اســـت که می‌تواند بر اساس نظریات و اصول و قواعد حقوقی پذیرفته شده در نظام حقوقی ایران نیز مورد تبیین و توجیه قرار گیرد به‌طوری که در حقوق ایران نیز شـــورای عالی بیمه می‌تواند بـــا توجه به بنـــد ۳ ماده ۱۷ و تبصره ۲ ماده ۳۱ قانون تاســـیس بیمه مرکزی ایران و بیمه‌گری مصوب ۱۳۵۰ و بر اساس برداشت موسع از واژه «حادثه» در ماده ۱ قانون بیمه مصوب ۱۳۱٦ که هر گونه مســـائل و دعاوی حقوقی خطرآفرین ناشـــی از رفتار انســـانی را نیز شامل می‌شـــود و با اقتباس از رژیم حقوقی قراردادهای بیمه حمایت حقوقی در نظام‌های حقوقی خارجی و منطقه‌ای مورد بررسی در این نوشتار و لحاظ اقتضائات و شـــرایط بومی کشور، اقدام به وضع مقررات خاص این نوع بیمه و تعیین شرایط عمومی و تعهدات گوناگون ناشی از آن در چارچوب تفسیر مناسب از مواد ۲ تا ٦ و ۱۲ تا ۱۹ و مواد ۸ و ۳۵ قانون بیمه ایران کند.

۲- تاسیس وگسترش بیمه‌های حمایت حقوقی، گام موثری در راستای اجرای هر چه بهتر بندهای ۹ و ۱٤ اصل سوم و نیز اصول بیست، سی و چهار و سی و پنجم قانون اساسی (حقوق آحاد ملت بر رفع تبعیض‌های ناروا و ایجاد امکانات عادله برای همه، تامین حقوق همه جانبه افراد، ایجاد امنیت قضایی عادلانه برای همه، تســـاوی عموم در برابر قانون، برخورداری یکسان همه افراد ملت از حمایت قانون، دادخواهی و دسترسی برابر به دادگاه و برخورداری از وکیل) خواهد بود؛ زیرا در دنیای معاصر، قراردادهای بیمه حمایت حقوقی به یکی از مهم‌ترین نهادهای حقوقی موثر در تامین هر چه بهتر حق شـــهروندان بر دسترسی موثر، برابر و ارزان به سازکارهای حقوقی و قضایی حل و فصل مسائل واختلافات حقوقی تبدیل شده است.

فهرست منابع

الف. فارسی

* بابایی، ایرج (۱٤۰۰)، **حقوق بیمه**، چاپ هفدهم، تهران: سمت.

* بهرامی، احسان و السان، مصطفی(۱٤۰۲)، «**جایگاه تقصیر و سوء نیت در مطالبه خسارات ناشی از دعوای واهی، مطالعه تطبیقی در حقوق ایران و آمریکا**»، مجله حقوقی دادگستری، دوره۸۷، شماره ۱۲۳.

* حبیبی درگاه، بهنام (۱۳۹۹)، «**مفهوم اصل دسترسی ارزان به دادگستری و جلوه‌های آن**»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸٤، شماره ۱۰۹.

* طالب احمدی، حبیب (۱٤۰۳)، «**انعطاف پذیری در قراردادها**»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۸، شماره ۱۲۵.

* کاتوزیان، ناصر و ایزانلو، محسن (۱۳۷۸)، **مسئولیت مدنی**، جلد سوم: بیمه مسئولیت مدنی، چاپ نخست، تهران: دانشگاه تهرانو

* صفری، ناهید (۱٤۰۱)، «**ارزیابی بیمه هزینه های دادرسی از منظر حقوق مصرف کنندگان**»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸٦، شماره ۱۱۸.

* طهماسبی، علی (۱۳۹۸)، «**نقش بیمه در ارتقای دسترسی شهروندان به نظام عدالت مدنی**»، پژوهش‌های حقوق تطبیقی، دوره ۲۳، شماره ۱.

* محمدی, مجتبی و جواهرکلام، محمدهادی (۱٤۰۱)، «**تعدیل ضمانت اجرای تعهد به ارائهٔ اطلاعات در قراردادهای بیمه، مطالعهٔ تطبیقی در حقوق ایران و انگلیس**»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸٦، شماره ۱۱۷.

* منصوری بروجنی، محمد و سلطانی، ناصر (۱۳۹۷)، «**بیمه هزینه‌های حقوقی: الگویی برای توانمندسازی شهروندان**»، دانشنامه حقوق اقتصادی دانشگاه فردوسی، سال بیست و پنجم، شماره ۱٤.

ب. انگلیسی

* Depoorter,N, De Mot,J, Faure, M. (2016), **The Multiplication Effect of Legal Insurance**, New York University Journal of Law and Business, No.13

* Heyes , A, Rickman , N, Tzavara, D (2004), **Legal expenses insur-**

ance, risk aversion and litigation, International Review of Law and Economics, No. 24

❋ Kilian, M (2003), **"Alternatives to Public Provision: The Role of Legal Expenses Insurance in Broadening Access to Justice: The German Experience",** Journal of Law and Society, Vol.30, No.1

❋ Velthoven, B. V, Wijck P.V (2001), **Legal cost insurance and social welfare**, Economics Letters, Elsevier, Vol.72(3)

پ. فرانسه

❋ Ancelot, L, Doriat-Duban, M, Lovat, B (2012), **"Aide juridictionnelle et assurance de protection juridique :coexistence ou substitution dans l'accès au droit "**, Revue française d'économie, Vol. 27, No.4

❋ BLANC, E (2007), **Rapport n. 3661, Assemmlee nationale, portant réforme de l'assurance de protection juridique**

❋ Bohnet, F, Ecklin , M. (2016), **"Avocat et assurance de la protection juridique"**, in deuxième journée des droits de la consummation et de la distribution, edité par Carron et Müller, Helbing Lichtenhahn,Bâle,CEMAJ, Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel

❋ Cerveau , B (2000), **"Protection juridique :libre choix de l'avocat"**, Gazette du Palais, No. 27-28

❋ Cornu, G. (2008), **Vocabulaire juridique**, Paris, puf

❋ CBFA, **Circulaire 2010-22 du 19 octobre 2010 sur l'assurance protection juridique en Belgique**

❋ Delvaux, P-H (2021), **"À propos de la liberté de choix de l'avocat en matière d'assurance de protection juridique"** , in L'assurance protection juridique, Louvain, Belgique, Larcier.

❋ Delvaux, P.-H (1988), **La Grande illusion de l'assurance de la**

protection juridique, Revue Générale des Assurances et des Responsabilités, No. 12964

❋ Doriat-Duban, M (2001), **"Analyse économique de l'accès à la justice : les effets de l'aide juridictionnelle"** , Revue internationale de droit économique, Vol. 15, No. 1.

❋ Gagnon, P & Brune, G (2013), **Assurance juridique : Regards croisés sur son évolution au Québec et en France**, Assurances et gestion des risques,Vol.81(3-4)

❋ Genoud , PH & Paquier, M.(2016), **Protection juridique : un besoin socio-économique?**, in deuxième journée des droits de la consommation et de la distribution, edité par Carron et Müller, Helbing Lichtenhahn,Bâle,CEMAJ, Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel.

❋ Guyaz, A (2016), **" L'assurance de protection juridique dans les dossiers de responsabilité civile"**, in Les relations entre la responsabilité civile et les assurances privées, Bern,Stämpfli Editions.

❋ Jeunehomme, J-F ,Wildemeersch, J (2012), **L'assurance protection juridique**, Anthemis, Belgique

❋ Paris, C (2000), **Avocat et assureur protection juridique: la fin des tensions?** Revue Générale des Assurances et des Responsabilités, , No. 13295

❋ Siret-Robert, .D (1991), **" Les effets du contrat d'assurance de protection juridique"**, Revue juridique de l'Ouest, No.4

مجله حقوقی دادگستری

مقاله پژوهشی/ دوره ۸۹/ شماره ۱۲۹/ صفحات: ۱۱۷-۸۵
تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۷/۲۳ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۰۲/۰۸

مسؤولیت انتظامی در نظام پرداخت الکترونیکی کارتی ایران

بهزاد عبداله‌زاده[۱]، جواد حسین‌زاده[۲]، فاطمه قناد[۳]

چکیده

نظام پرداخت الکترونیکی کارتی در کشـــور ایران سابقه‌ای بیش‌تر از یک دهه دارد، اما مقررات و ضوابط حقوقی موجود در این عرصه، هم‌چنان با ایرادها و نواقصی مواجه اســـت. اختیارات اعطایی به شرکت شـــبکه الکترونیکی پرداخت الکترونیکی کارت (شاپرک)، عدم شفافیت ضوابط و هنجارهای حقوقی موجود و مغایرت برخی از این هنجارها با حقوق بنیادین و اساسی اشخاص از جمله آزادی کسب و کار و نیز با اصول حقوقی مانند قانونی بودن جرائم و مجازات‌ها، از جمله این ایرادها است.

این مقاله با رویکردی تحلیلی توصیفی و با استفاده از منابع کتابخانه‌ای، به این پرسش پاسخ می‌دهد که مسؤولیت انتظامی در نظام پرداخت الکترونیکی کارتی ایران چه کاســـتی‌هایی دارد و راهکارهای بهبود این نظام چیست. یافته‌های مقاله بر اساس مطالعه تطبیقی کشـــورهای پیشرفته، پیشـــنهاد بازنگری در قوانین و مقررات مربوط به‌گونه‌ای اســـت که ضمن حفظ شفافیت، مانع از تفسیرهای متعدد و اعمال سلیقه‌ای شـــود. به‌کارگیری ابزارهای مناسب از ســـوی بانک مرکزی با تمرکز بر نقش نظارتی خود، به منظور کنتـــرل و نظارت دقیق بر عملکرد بازیگران مختلف نظام پرداخت و توسعه ســـامانه‌های اطلاع‌رســـانی و آموزش عمومی برای افزایش آگاهی شهروندان و فعالان اقتصادی در زمینه حقوق و مســـؤولیت‌های قانونی، دیگر پیشـــنهادهای این نوشتار است.

واژگان کلیدی: نظام پرداخت الکترونیک کارتی، شاپرک، مسؤولیت انتظامی، بانک مرکزی، ضابطه‌گذاری حقوقی

---

۱. دکتری تخصص حقوق خصوصی، دانشگاه علم و فرهنگ تهران، (نویسنده مسؤول)
Abdollahzadeh.attorney@gmail.com
۲. دانشیار دانشکده حقوق، دانشگاه علم و فرهنگ تهران hoseinzadeh@usc.ac.ir
۳. دانشیار دانشکده حقوق، دانشگاه علم و فرهنگ تهران ghanad@usc.ac.ir

درآمد

نظام پرداخت الکترونیکی کارتی یکی از ابزارهای حیاتی در تسهیل تبادلات مالی و اقتصادی است. در ایران، این نظام با چالش‌های متعددی در حوزه شفافیت، تطبیق با حقوق اساسی افراد و کارآمدی مقررات مواجه است.

در نظام حقوقی ایران، تعریف مشخصی از مسؤولیت انتظامی دیده نمی‌شود و تنها مصادیق متعددی از آن در قوانین مختلف وجود دارد (شهیدی و دیگران، ۱۳۹۷: ۱۳۰)؛ با این حال مسؤولیت را می‌توان تعهد قانونی شخص بر جبران ضرری که به دیگری وارد کرده دانست؛ چه این ضرر ناشی از تقصیر ایجاد کننده ضرر باشد و چه آن‌که ضرر از فعالیت وی حاصل شده باشد (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۰: ٦٤٢). این مفهوم با مقررات انتظامی تشابه دارد و عموماً از آن به مرز میان مسؤولیت مدنی وکیفری تعبیر می‌شود (طباطبائی‌نژاد، ۱۳۹۵: ۸۳ –۹٦). بر این اساس مسؤولیت انتظامی به تعهدات قانونی و حرفه‌ای اشخاص در قبال رعایت ضوابط و مقررات اشاره دارد. این مفهوم به‌طور خاص در نظام‌های حقوقی برای تنظیم رفتارهای اشخاص فعال در حوزه‌های حساس مانند بانک‌داری به‌کار می‌رود. در حقوق ایران، قانون بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران، مقررات مصوب ۱۴۰۲ به عنوان چارچوب اصلی مسؤولیت انتظامی در این حوزه شناخته می‌شود.

اصولاً اعضا و فعالان مؤسساتی که طبق بند ب ماده ۱ قانون ارتقاء سلامت نظام اداری و مقابله با فساد به عنوان «مؤسسات خصوصی عهده دار ماموریت عمومی» شناخته می‌شوند، با مفهوم مقررات انتظامی و انضباطی بیشتر مواجه‌اند. این‌جاست که در راستای هم‌سویی مقررات انتظامی و انضباطی، مفهوم حقوق انضباطی (عبداله‌زاده شهربابکی، ۱۳۹۹: ۳٤٥) شکل می‌گیرد که شامل آگاهی از تخلفات نسبت به مقررات و وظایف و تعهدات وآگاهی از مجازات برای تخلف از این مقررات است. این مقررات می‌تواند شامل قواعد مربوط به سلامتی و امنیت در محیط کار، سلامت عمومی و حفاظت از محیط زیست، ایمنی کالاها، ایمنی جاده‌ها، برخی زمینه‌های حمایت از مصرف کننده و مقررات عمومی ساختمان شود (Ogus, 2007: 377-389).

با توجه به این‌که در قانون جدید بانک مرکزی جمهوری اسلامی‌ایران از

عنوان انتظامی استفاده شده است، در این نوشتار به‌تبع آن، از همین اصطلاح استفاده می‌شود.

پرسش اصلی این مقاله آن است که مسؤولیت انتظامی در نظام پرداخت الکترونیک کارتی ایران چه ویژگی‌ها و ایرادهایی دارد و چگونه می‌توان آن را با اصول حقوقی تطبیق داد. روش پژوهش توصیفی تحلیلی است. ابتدا فعالان نظام پرداخت الکترونیکی کارتی معرفی می‌شود و در ادامه، مبانی مسؤولیت انتظامی فعالان و پس از آن مسؤولیت انتظامی هر یک از فعالان مورد بررسی و تحلیل قرار می‌گیرد. قوانین و مقررات موجود ایران در حوزه نظام پرداخت الکترونیکی مورد تحلیل قرار گرفته است. هدف، استخراج نقاط قوت و ضعف و ارائه راهکارهایی برای بهبود وضعیت موجود است. در این راستا، توجه ویژه‌ای به اصول شفافیت، استقلال نهادهای نظارتی و تطبیق با استانداردهای بین‌المللی شده است.

۱. فعالان نظام پرداخت الکترونیکی کارتی

فعالان اصلی این نظام شامل شرکت‌های ارائه‌دهنده خدمات پرداخت، پرداخت‌یاران، اشخاص پذیرنده و نهادهای تنظیم‌گر نظیر بانک مرکزی و شاپرک هستند. هر یک از این فعالان نقش خاصی در اجرای تراکنش‌ها و تضمین امنیت آن‌ها بر عهده دارند.

از فعالان این نظام در بند ر ماده ۱ قانون بانک مرکزی، به عنوان اشخاص تحت نظارت یاد شده است[۱]. بخش دوم ماده ۵۹ این قانون به نحوی نگارش شده که به نظر می‌رسد اشخاص فعال در حوزه پرداخت الکترونیکی کارتی را نیز از جمله اشخاص تحت نظارت شناسایی نموده است. به موجب ماده ۵۹ نهادهای فعال در نظام‌های پرداخت اشخاص تحت نظارت بانک مرکزی تلقی شده اند.

---

۱. ر ـ اشخاص تحت نظارت: کلیه مؤسسات اعتباری، صندوق‌های قرض‌الحسنه، تعاونی‌های اعتبار و سایر مؤسسات سپرده‌پذیر، شرکت‌های واسپاری (لیزینگ)، صرّافی‌ها، شرکت‌های مدیریت دارایی‌های مؤسسات اعتباری، شرکت‌های اعتبارسنجی ارائه دهنده خدمات به مؤسسات اعتباری و سایر اشخاصی که به انجام عملیات یا ارائه خدمات بانکی و ارائه ابزارهای پرداخت، اشتغال دارند، در این قانون، با عنوان «اشخاص تحت نظارت» یاد می‌شوند. تشخیص مصادیق بر عهده بانک مرکزی است.

۲. مبنای قانونی مسؤولیت انتظامی اشخاص تحت نظارت

در خصـــوص نحوه پیگرد متخلفان، قوانین مربـــوط از الگوی واحدی پیروی نکرده اســـت. در برخی از آن‌ها مرجع مستقلی برای این امر تعریف شده است که از جمله می‌توان کانون کارشناســـان رسمی دادگستری را نام برد که در ماده ۲۱ آورده است: «دادسرای انتظامی هر یک از کانون‌ها، مرجع تعقیب تخلفات انتظامی کارشناسان رســـمی متخلف حوزه آن کانون می‌باشـــد ...»، اما در برخی از قوانین چنین تدبیری اندیشیده نشـــده و در نتیجه بین تعقیب و قضاوت، تفکیکی صورت نگرفته است. از جمله ماده ۱۹ قانون تشکیل ســـازمان نظام روان‌شناسی و مشاوره جمهوری اسلامی ایران، رسیدگی به تخلفات صنفی و حرفه‌ای اعضا را صرفاً به «هیأت مرکزی رسیدگی به تخلفات صنفی و حرفه‌ای در سازمان مرکزی و هیأت‌های بدوی در مناطق» محول کرده اســـت. در مجموع، با عنایت به اصول حقوقی و مدیریتی حاکم بر دادرسی‌ها، الگوی نخست قابل دفاع‌تر به نظر می‌رسد (تنگستانی و رفیعی، ۱۳۹۹: ۱٤).

اولین مبنای حقوقی خاص برای مســـؤولیت انتظامی اشخاص تحت نظارت، چهاردهـــم مورد تخلف قانونی مصـــرح در بخش الف ماده ۲۳ قانـــون بانک مرکزی جمهوری اســـلامی ایران مصوب ۱٤۰۲ [۱] است که برخی از آن‌ها ارتباط مستقیمی با

---

۱. الف ـ انجام موارد زیر از ســـوی «اشخاص تحت نظارت» یا سهام‌داران مؤثر و مدیران آن‌ها تخلف محسوب می‌شود. معاون تنظیم‌گری و نظارت در مقام دادستان انتظامی بانک مرکزی موظف است در صورت مشاهده هر یک از تخلفات، اعمال تنبیهات مذکور در بند «ب» این ماده را از هیأت انتظامی درخواســـت کند: ۱ـ تخلف از احکام این قانون و ســـایر قوانین مربـــوط و نیز تخلف از مقررات و تصمیمات بانک مرکزی شامل دستورالعمل‌ها و بخشنامه‌ها؛ ۲ـ تخلف از شرایط و ضوابط مجوزهای صادرشـــده بانک مرکزی یا نقض هر یک از شـــرایط و ضوابطی که مجوزهای مذکور بر اساس آن‌ها صادر شده است؛ ۳- تخلف از مفاد اساسنامه شخص تحت نظارت؛ ٤- تخلف از تعهدات ارائه شده بـــه بانک مرکزی در مورد انجام اقدامات اصلاحی؛ ۵- هرگونه رفتار «شـــخص تحت نظارت» که به تشـــخیص معاون تنظیم‌گری و نظارت می‌تواند به ناترازی وی یا ســـایر «اشخاص تحت نظارت» یا اخلال در نظام پرداخت کشور منتهی شود؛ ٦- عدم رعایت ضوابط تنظیم و نگهداری صحیح دفاتر، حساب‌ها، اطلاعات و صورت‌های مالی مطابق با مقررات و دستورالعمل‌های ابلاغی بانک مرکزی و عدم ارائه به‌موقع، صحیح و کامل داده‌ها، اطلاعات، صورت‌های مالی و گزارش‌ها به بانک مرکزی؛ ۷ـ مشـــارکت حقوقی یا ســـرمایه‌گذاری مستقیم و بنگاهداری مؤسســـه اعتباری خارج از ضوابط و حدودـــی که بانک مرکـــزی با رعایت و در چهارچوب قوانین اعلام می‌کنـــد؛ ۸- خودداری از ارائه اطلاعات در مواردی که «شخص تحت نظارت» مکلف به ارائه آن بوده و خودداری از آن به‌موجب قانون تخلف محســـوب شده باشـــد؛ ۹- جلوگیری از اعمال نظارت بانک مرکزی یا اخلال در آن از طریق اقداماتی نظیر جلوگیری از حضور بازرســـان، ارائه اطلاعات و آمار اشتباه و گمراه کننده، ارائه اطلاعات ناقص، تعلل و تأخیر در ارائه اطلاعات خواســـته شده؛ ۱۰- بکارگیری افراد به عنوان عضو

فعالان نظام پرداخت الکترونیکی کارتی دارد.

در ماده ۲۳ قانون بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران، تخلفاتی که منجر به مسؤولیت انتظامی اشخاص تحت نظارت، سهام‌داران مؤثر و مدیران آن‌ها می‌شود، شناسایی شده است. برخی از این تخلفات ارتباطی به صنعت پرداخت الکترونیکی کارتی ندارند. نحوه نگارش برخی دیگر از این تخلفات علاوه بر این‌که حاکم بر سایر اشخاص فعال در صنعت بانکی است، به اندازه‌ای تفسیرپذیر است که می‌توان این قواعد را ناظر بر فعالان صنعت پرداخت الکترونیکی کارتی نیز دانست.

در صدر ماده ۲۳ قانون بانک مرکزی مصوب ۱۴۰۲، «مقام دادستان انتظامی بانک مرکزی» به عنوان اصلی‌ترین نهاد تعقیب‌کننده معرفی شده و شمول تخلفات یاد شده بر سه گروه از فعالان مورد بحث قرار گرفته است. گروه اول اشخاص تحت نظارت، گروه دوم سهام‌داران مؤثر آن‌ها و گروه سوم هیأت مدیره اشخاص تحت نظارت هستند. نکته حائز اهمیت در این تقسیم‌بندی، این است که ملاک و معیاری برای مؤثر یا غیر مؤثر بودن سهام‌داران در این ماده ارائه نشده است و مشخص نیست در صورتی که سهام‌داری تخلفات مندرج در بند الف را مرتکب شود، چگونه می‌توان مؤثر یا غیر مؤثر بودن او را احصا نمود.

در ادامه جزئیات تخلفات احصا شده خواهد آمد.

۱-۲. عدم رعایت احکام قوانین و مصوبات بانک مرکزی

طبق دیدگاه رایج و آن‌گونه که در نظریات حقوقی مطرح شده است، تعیین ضمانت اجرا و اعمال آن از صلاحیت‌های انحصاری دولت است (شیروی و وکیلی مقدم، ۱۳۹۳: ۱). بر اساس صدر بخش الف ماده ۲۳ و بند ۱ بخش الف این ماده، عدم رعایت احکام قانون بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران، سایر قوانین مربوط و

هیأت مدیره و هیأت عامل و یا سایر مناصبی که حسب قانون یا مقررات، نیازمند تأییدیه هستند، بدون کسب تأییدیه صلاحیت عمومی و حرفه‌ای از بانک مرکزی یا مرجع مربوط. تبصره ـ حکم این جزء مانع رعایت قانون نحوه انتصاب اشخاص در مشاغل حساس مصوب ۱۴۰۱/۷/۱۰ در مواردی که مشمول قانون مذکور می شوند، نیست؛ ۱۱- توقف فعالیت بدون عذر موجه؛ ۱۲- ارائه خدمت به اشخاصی که به موجب این قانون یا سایر قوانین، ارائه خدمت به آن‌ها ممنوع است؛ ۱۳- عدم اجرای درخواست‌های صندوق ضمانت سپرده‌ها در مواردی که به موجب این قانون یا قوانین دیگر به صندوق اختیار داده شده است؛ ۱۴- عدم رعایت سقف‌های مذکور در بندهای (۹)، (۱۰) و (۱۱) ماده (۸) این قانون.

تصمیمات، دستورالعمل‌ها و بخشنامه‌های بانک مرکزی توسط اشخاص تحت نظارت یا سهام‌داران مؤثر و مدیران آن‌ها تخلف محسوب می‌شود.

۲-۲. نقض ضوابط مربوط به شرایط مجوز صادر شده توسط بانک مرکزی

در بند ۲ بخش الف ماده ۲۳ قانون بانک مرکزی، تخلف از شرایط و ضوابط مجوزهای صادر شده بانک مرکزی یا نقض هر یک از شرایط و ضوابطی که مجوزهای مذکور بر اساس آن‌ها صادر شده است، از جمله تخلفات اشخاص تحت نظارت، سهام‌داران مؤثر و مدیران آن‌ها شناخته شده است. با توجه به این‌که مجوزهای اشخاص فعال در صنعت پرداخت الکترونیکی کارتی قبل از تصویب قانون جدید بانک مرکزی صادر شده‌اند، بنا به مورد در خصوص هر مجوز، شرایط بانک مرکزی در صدور مجوز و ضوابط تعیین شده در آن زمان مورد بررسی قرار گیرد.

مبنای این استدلال آن است که اصل عدم عطف به‌ماسبق شدن قانون درباره نظامات و مقررات اداری هم صادق است و رویه دیوان عدالت اداری نیز به وضوح حکایت از عدم جواز عطف به‌ماسبق شدن قوانین و مقررات اداری دارد. از سوی دیگر باید در نظر داشت با تصویب قانون بانک مرکزی در سال ۱۴۰۲، مقررات تازه‌ای برای صدور مجوزها به وجود آمده است. لازمه این امر آن است که گونه‌ای مقررات چندمعیاری را در یک زمان معتبر بدانیم. فرضاً در سال ۱۴۰۳ که یک سال از تاریخ تصویب قانون بانک مرکزی در سال ۱۴۰۲ گذشته است، برخی از اشخاص تحت نظارت، مجوز اقدامات خود را قبل از سال ۱۴۰۲ گرفته‌اند و برخی دیگر پس از تصویب قانون. بر این اساس، برخی از اشخاص تحت نظارت از لحاظ شمول این بند، دارای استانداردهای قبل از تصویب قانون تلقی می‌شوند و برخی دیگر از متقاضیان باید استانداردهای بعد از تصویب قانون را جهت دریافت مجوزهای لازم داشته باشند؛ بنابراین اصل «برابری در ورود به خدمات عمومی» که مورد تأکید نظام حقوقی اداری و قضایی ایران است (جلالی و حیدری، ۱۳۹۳: ۵۸)، زیر سوال می‌رود.

۳-۲. تخلف از مفاد اساسنامه شخص تحت نظارت

این تخلف که در بند ۳ بخش الف ماده ۲۳ پیش‌بینی شـــده، بیشـــتر شـــامل سهام‌داران مؤثر و مدیران اشخاص تحت نظارت می‌شود.

٤-۲. اخلال در نظام پرداخت

این تخلف در بند ۵ بخش الف ماده ۲۳ قانون پیش‌بینی شـــده، عام و در اجرا تفسیرپذیر و فردمحور است. به ویژه آن‌که تشخیص معاون تنظیم‌گری و نظارت بانک مرکزی، معیار شناســـایی این تخلف پیش‌بینی شده است. همان طور که بیان شد، در ماده ۲۲ و صدر ماده ۲۳، معاون تنظیم‌گری و نظارت به عنوان «مقام دادستان انتظامی» معرفی شده است. مقام دادستانی انتظامی در برخی قوانین صنفی پیش‌بینی شده است، ولی در قوانینی مانند قانون رسیدگی به تخلفات اداری کارکنان دولت مصوب ۱۳۷۲ و قانون مقررات انتظامی هیأت علمی دانشگاه‌ها و مؤسسات آموزش عالی و تحقیقاتی کشور، مقام دادستانی انتظامی وجود ندارد.

به دلیل این که در فرایند عدالت کیفری طرف دعوای عمومی است و جایگاه قضایی مستلزم بی‌طرف بودن آن است دادستان نمی‌تواند جایگاه قضایی داشته باشد (صالحـــی و افراســـیابی، ۱۳۹٦: ۱۹۵)؛ هرچند صلاحیت‌ها و حدـــود اختیارات مقام دادســـتان انتظامی بانک مرکزی در ماده ۲٤ قانون مشخص شده، ولی می‌توان گفت حدود صلاحیت دادســـتان انتظامی یاد شـــده دارای ابهام‌هایی است. از جمله ابهام‌ها آن اســـت کـــه با توجه به معیار بیان شـــده دـــر مـــواد ۲۳، ۲٤ [۱] و ۲۸ [۲] قانون بانک

---

۱. ماده ۲٤: الف- معاون تنظیم‌گری و نظارت علاوه بر انجام وظیفه به عنوان دادستان انتظامی بانک مرکـــزی، وظایف و اختیارات زیر را بر عهده دارد: ۱- صدور، تعلیق، تمدید و لغو مجوز «اشـــخاص تحـــت نظارت» در چهارچوب قوانین مربوط. تبصره- صدور، تعلیق، تمدید و لغو مجوز مؤسســـات اعتباری توســـط معاون تنظیم‌گری و نظارت مســـتلزم اخذ موافقت هیأت عالی است؛ ۲- نظارت بر حُســـن اجرای مقررات توسط «اشخاص تحت نظارت» و ارائه گزارش به رئیس کل و هیأت عالی؛ ۳- اعلان عمومی و به روزرســـانی فهرست «اشخاص تحت نظارت»؛ ٤- پایش مستمر شاخص‌های ثبات و سلامت بانکی و ارائه گزارش به رئیس کل و هیأت عالی؛ ۵- راهبری فرایند بازسازی و گزیر مؤسسات اعتباری؛ ٦- انجام سایر وظایفی که از طرف رئیس کل یا هیأت عالی به معاون تنظیم‌گری و نظارت ارجاع می‌شود. ب- هر یک از اعضای هیأت عامل حسب مورد موظفند دستورالعمل‌هایی را که برای اعمال اختیارات نظارتی بانک مرکزی لازم تشخیص می‌دهند، تهیه کنند. دستورالعمل‌های یاد شده در صورت موافقت رئیس کل، در دستور شورای تنظیم‌گری و نظارت بانکی قرار خواهد گرفت.
۲. ماده ۲۸: چنانچه معاون تنظیم‌گری و نظارت در نتیجه اقدامات اکتشافی یا از طرق دیگر تشخیص دهد که مؤسســـه اعتباری از حدود مجاز شـــاخص‌های مذکور در ماده (۲۰) این قانون تخلف کرده،

مرکزی، دادستان انتظامی قادر به تعلیق و لغو مجوز اشخاص تحت نظارت یا الزام به تغییر در هیات عامل، هیات مدیره، توقف یا تحدید عملیات شخص تحت نظارت، ممنوعیت یا محدودیت در ارائه خدمات و نظایر آن است و موظف است تخلفات مندرج در بخش الف ماده ۲۳ قانون بانک مرکزی را به هیأت انتظامی اطلاع دهد. ولی مشخص نیست سرنوشت اعمال محدودیت‌ها و مجازات‌هایی که دادستان انتظامی بانک مرکزی طبق مواد ۲٤ و ۲۸ قانون مزبور برای اشخاص تحت نظارت اعمال کرده، چه می‌شود.

باید در نظر داشت که در ماده ۲۲ قانون بانک مرکزی[1]، هیأت نظارت بانک

یا در آستانه تخلف از آن‌ها قرار دارد، می‌تواند پس از کسب موافقت رئیس کل، مؤسسه اعتباری را با رعایت تناسب ملزم به اجرای تمام یا بخشی از اقدامات پیشگیرانه زیر کند: ۱- الزام هیأت مدیره به تغییر تمام یا بخشی از اعضای هیأت عامل؛ ۲- الزام مجمع عمومی به تغییر تمام یا بخشی از اعضای هیأت مدیره؛ ۳- افزایش حدود ذخیره مطالبات مشکوک الوصول؛ ٤- کاهش یا ممنوعیت توزیع سود و ممنوعیت توزیع اندوخته بین سهام‌داران؛ ۵- اصلاح ترکیب دارایی‌ها و بدهی‌ها؛ ٦- توقف یا تحدید عملیات یا فعالیت‌های پر مخاطره؛ ۷- افزایش دارایی‌های نقد یا بهبود کیفیت نقد شوندگی دارایی‌ها؛ ۸- ارتقای نظام حاکمیت شرکتی و نظارت (کنترل)های داخلی؛ ۹- محدود کردن هزینه‌های عملیاتی؛ ۱۰- محدود کردن اعطای تسهیلات یا ایجاد تعهدات؛ ۱۱- ممنوعیت یا محدودیت در انجام برخی از خدمات یا عملیات بانکی؛ ۱۲- ممنوعیت پرداخت پاداش به مدیران مؤسسه اعتباری؛ ۱۳- تشدید شاخص‌های احتیاطی مذکور در بند «الف» ماده (۲۰) این قانون. تبصره ـ اعمال محدودیت‌های مذکور در اجزای (۱)، (۲)، (٤) و (۱۳) این ماده منوط به تصویب هیأت عالی است.

۱. ماده ۲۲: به منظور رسیدگی به تخلفات «اشخاص تحت نظارت» یا مدیران و سهام‌داران مؤثر آن‌ها از قوانین، مقررات و تصمیمات بانک مرکزی شامل دستورالعمل‌ها و بخشنامه‌ها و نیز برای رسیدگی به کلیه اعتراضات مؤسسات اعتباری از جمله در خصوص تعلیق یا لغو مجوز، تعیین هیأت سرپرستی موقت و گزیر مؤسسه اعتباری و تصمیمات موضوع مواد (۲۷)، (۲۸) و (۲۹) این قانون، هیأت انتظامی بدوی و تجدیدنظر به شرح زیر در بانک مرکزی تشکیل می‌شود: الف- هیأت انتظامی بدوی بانک مرکزی متشکل از سه نفر کارشناس خبره بانکی با حداقل ده سال تجربه مفید مرتبط است که به پیشنهاد رئیس کل، توسط هیأت عالی برای مدت دو سال انتخاب می‌شوند و انتخاب مجدد آن‌ها بلامانع است؛ ب- هیأت انتظامی تجدیدنظر بانک مرکزی متشکل از پنج نفر به شرح زیر است: ۱- یک قاضی مسلط به قوانین و مقررات پولی و بانکی با حداقل پانزده سال تجربه قضائی مفید و مرتبط با انتخاب رئیس قوه قضائیه؛ ۲- چهار نفر کارشناس خبره بانکی با حداقل پانزده سال تجربه مفید مرتبط که به پیشنهاد رئیس کل، توسط هیأت عالی برای مدت دو سال انتخاب می‌شوند و انتخاب مجدد آن‌ها بلامانع است؛ پ- رئیس هیأت انتظامی بدوی و هیأت انتظامی تجدیدنظر بانک مرکزی توسط رئیس کل از میان اعضای همان هیأت انتخاب می‌شود. رئیس هیأت انتظامی بانک مرکزی می‌تواند از اشخاص مطلع برای شرکت در جلسات هیأت دعوت به عمل آورد؛ ت- معاون تنظیم‌گری و نظارت با حفظ مسؤولیت، به عنوان دادستان هیأت انتظامی بانک مرکزی تعیین می‌شود و بدون حق رأی در جلسات هیأت انتظامی بدوی و تجدیدنظر بانک مرکزی شرکت می‌کند؛ ث ـ

مرکزی، مرجعی شبه‌قضایی عنوان شده که دادستان انتظامی بانک مرکزی حق اعتراض بـــه آرای آن را در مرحله بدوی دارد، ولی در عمل، دور از ذهن به نظر می‌رســـد که هیأت انتظامی بانـــک مرکزی بر خلاف تصمیمات دادســـتان انتظامی، برای تبرئه یا کاهش اعمال مجازات برای اشـــخاص تحت نظارت، رأی صادر کند. از آن‌جایی که آرای هیأت مزبور دارای دو بعد اداری و قضایی اســـت، باید ضمن حاکمیت اصول دادرســـی منصفانه، اصول دادرســـی اداری را نیز بر بررسی این هیأت حاکم دانست (مسعودی‌نیا و اسدپور کندلجی، ۱۳۹۶: ۱۳۰) تا از بروز بی‌عدالتی و ظلم به اشخاص

دبیرخانه هیأت انتظامی بانک مرکزی در حوزه معاونت تنظیم‌گری و نظارت تشـــکیل میشود. ترتیب رســـیدگی به تخلفات و صدور و ابلاغ اوراق و احکام انتظامی، اخذ دفاعیات و ترتیبات درخواست تجدیدنظر از آراء و تصمیمات، طرز رسیدگی مجدد و اجرای احکام انتظامی و شرایط عزل و نصب و انتصاب مجدد و جلوگیری از تعارض منافع اعضا، به موجب ضوابطی خواهد بود که به پیشنهاد بانک مرکزی به تصویب هیأت عالی می‌رســـد؛ ج- آرای هیأت انتظامی بدوی و تجدیدنظر بانک مرکزی در صورت عدم اعتراض محکوم‌علیه یا دادســـتان انتظامی بانک مرکزی یا اشخاص ثالث متضرر ظرف ده روز از تاریخ ابلاغ رأی، قطعی و لازم‌الاجراست؛ چ- آرای هیأت انتظامی تجدیدنظر بانک مرکزی ظرف ده روز از تاریخ ابلاغ، انحصاراً در شعبه قضائی ویژه‌ای که در دیوان عدالت اداری توسط رئیس قوه قضائیه به ترتیب زیر ایجاد می‌شـــود، قابل تجدیدنظرخواهی است: ۱- شعبه قضائی ویژه موضوع این بند، متشـــکل از سه قاضی مســـلط به امور پولی و بانکی با حداقل پانزده سال تجربه رسیدگی به پرونده‌های اقتصادی، پولی و بانکی اســـت که توسط رئیس قوه قضائیه برای مدت سه سال منصوب می‌شوند و انتصاب مجدد آن‌ها بلامانع است. رئیس شعبه قضائی ویژه موضوع این بند توسط رئیس قوه قضائیه از میان قضات عضو انتخاب می‌شـــود؛ ۲- جلسات شـــعبه قضائی ویژه موضوع این بند باید با حضور هیأت کارشناسی تشکیل شود. هیأت مذکور متشکل از پنج نفر افراد خبره مورد وثوق با حداقل پانزده ســـال تجربه مفید در حوزه‌های اقتصادی، پولی و بانکی هستند که به پیشنهاد رئیس کل و تأیید رئیس قوه قضائیه، برای مدت ســـه ســـال تعیین می‌شـــوند و انتخاب مجدد آن‌ها بلامانع اســـت؛ ۳- جلسات شـــعبه قضائی ویژه موضوع این بند با حضور اکثریت قضات و اکثریت اعضای هیأت کارشناســـی تشکیل می‌شود. ملاک صدور رأی، رأی حداقل دو نفر از قضات عضو شعبه است و نظرات کارشناســـان مشورتی می‌باشد. در متن رأی صادره باید نظرات این کارشناسان درج گردد و در صورتی که رأی صادره با نظر اکثریت کارشناســـان عضو هیأت مخالف باشد، لازم است دلایل عدم پذیرش نظر اکثریت کارشناســـان، در متن رأی صادره به صراحت بیان شـــود؛ ٤- شعبه قضائی موضـــوع این بند صرفاً به تقاضاهای تجدیدنظرخواهی از آرای هیأت انتظامی تجدیدنظر بانک مرکزی رســـیدگی می‌کند و موظف است رســـیدگی به تقاضاهای واصله را به فوریت انجام دهد. آرای شعبه قضائی موضوع این بند، قابل تجدیدنظرخواهی، ابطال، توقف، فرجام‌خواهی و رســـیدگی مجدد، در هیچ مرجع دیگری (به جز اعمال ماده٤٧٧) نمی‌باشد. تبصره ـ رئیس قوه قضائیه در صورت ضرورت و جهت رسیدگی سریع‌تر به پرونده‌ها، می‌تواند شعب دیگری را با ترتیبات مذکور در این بند ایجاد نماید؛ ح- صدور دســـتور موقت یا حکم توقف نســـبت به تصمیماتی که بانک مرکزی در مقام ناظر حوزه پول و بانک اتخاذ می‌کند، توسط مراجع قضائی و غیرقضائی مجاز نمی‌باشد. تبصره ـ رسیدگی به موارد صدر این ماده انحصاراً از طریق سازوکار مذکور در این ماده انجام می‌شود.

تحت نظارت جلوگیری شـــود. از طرفی عنوان «نظام پرداخت» در ماده ۲۲ به‌صورت مفـــرد و مطلق اســـت؛ لذا می‌توان نتیجه گرفت که این عبارت شـــامل کلیه نظام‌های پرداخت شبکه بانکی می‌شود.

۵-۲. خودداری از ارائه اطلاعات

بندهای ٦، ۸ و ۹ بخش الف ماده ۲۳ قانون درباره تخلفاتی راجع به مرجع مورد درخواســـت، کیفیت ارائه اطلاعات، به‌هنگام نبودن، نقص یا تعلل در ارائه اطلاعات، توضیح داده است.

٦-۲. جلوگیری در اعمال نظارت

تخلف بیان شده در بند ۹ بخش الف ماده ۲۳ قانون مزبور نمایان‌گر آن است که چنان‌چه شـــرکت ارائه‌دهنده خدمات پرداخت از پذیرش ناظران (بانک مرکزی و شـــاپرک) خودداری کند، بانک مرکزی مجاز به تعلیق مجوز شرکت متخلف و تمامی قراردادهای این شرکت با پذیرندگان و شاپرک خواهد بود.

۷-۲. توقف فعالیت بدون عذر موجه

ایـــن مجازات که در بند ۱۱ بخش الف ماده ۲۳ قانون بانک مرکزی پیش‌بینی شـــده، در نظام پرداخت الکترونیکی کارتی اهمیـــت زیادی دارد؛ زیرا توقف فعالیت موجب اختلال در کســـب و کار شهروندان و مشکلات اقتصادی و اجتماعی می‌شود؛ به ویـــژه اگر این توقف فعالیت از طرف شـــرکت‌های ارائه دهنده خدمات پرداخت صورت گیرد. نکته آن‌جاســـت که طبق این بند نمی‌توان رابطه بین گیرندگان خدمات بانکی و اشـــخاص تحت نظـــارت را رابطه‌ای مبتنی بر عقود معیـــن قانونی از جمله حواله، اجاره یا بیع دانســـت (محبی مجـــد، ۱۳۹٤: ۲۰۱)، بلکه طبق این بند، می‌توان فارغ از اشـــارات ماده ٦٤ قانون بانک مرکزی، اشـــخاص تحـــت نظارت را گونه‌ای مؤسســـات خصوصی عهده‌دار مأموریت عمومی دانست و مأموریت عمومی آن‌ها را ارائـــه خدمات بانکی؛ البته نه با تعریفـــی که در قانون بانک مرکزی از خدمات بانکی ارائه داده است عنوان کرد.

۸-۲. ارائه خدمات به اشخاص غیر مجاز

در بند ۱۲ بخش الف ماده ۲۳ قانون مذکور، ارائه خدمات به اشـــخاصی که به موجب این قانون یا ســـایر قوانین ارائه خدمات به آن‌ها ممنوع است، تخلف شمرده

شده است. هم‌چنین روش اجرایی مدیریت پذیرندگان پرخطر مصوب شاپرک، مستند الزام‌آور دیگری در ممنوعیت ارائه خدمات به اشخاص غیرمجاز است.

۳. مسؤولیت انتظامی شرکت‌های ارائه‌دهنده خدمات پرداخت

عدم رعایت مصوبات بانک مرکزی موجب مسؤولیت انتظامی اشخاص تحت نظارت، از جمله شرکت‌های ارائه دهنده خدمات پرداخت می‌شود. اصلی‌ترین اشخاص درگیر در نظام پرداخت الکترونیکی کارتی، شرکت‌های ارائه دهنده خدمات پرداخت هستند. علت این امر آن است که کلیه تراکنش‌های مبتنی بر کارت از حساب این شرکت‌ها به شبکه شاپرک منتقل می‌شود. اصلی‌ترین مصوبه بانک مرکزی در این نظام، مقررات ناظر بر ارائه دهندگان خدمات پرداخت است. در این مقرره که اولین مقرره ناظر بر نظام نوین پرداخت الکترونیکی کارتی است، تخلفات برای شرکت‌های ارائه‌دهنده خدمات پرداخت، مرجع رسیدگی و ضمانت اجراهای ارتکاب تخلفات پیش‌بینی شده است.

۱-۳. ضمانت اجرای انضباطی تخلفات شرکت‌های ارائه دهنده خدمات پرداخت

در ماده ٤٢ مقررات مذکور[1]، ضمانت اجرای انضباطی تخلف شرکت ارائه دهنده خدمات پرداخت پیش‌بینی شده است. در حال حاضر، محمل قانونی مسؤولیت انتظامی شرکت‌های ارائه دهنده خدمات پرداخت، بند ۱ بخش الف ماده ۲۳ قانون بانک مرکزی است. ایرادی که به پیش‌بینی مسؤولیت در مقررات ناظر بر ارائه دهندگان خدمات پرداخت وارد است این است که در زمان تصویب مقررات در سال ۱۳۹۰، نص قانونی مبنی بر مسؤولیت شرکت‌های ارائه دهنده خدمات پرداخت در رابطه با عدم رعایت مصوبات بانک مرکزی وجود نداشت. در حقیقت، ابتدا بانک مرکزی اقدام به تعیین مسؤولیت برای این شرکت‌ها نمود و دوازده سال بعد مجوز قانونی برای این اقدام در قانون بانک مرکزی مصوب ١٤٠٢ صادر شد.

---

۱. مؤسسه متعهد به رعایت کامل ضوابط تعیین شده است؛ در صورت تخلف مؤسسه از این مقررات و ضوابط، بانک مرکزی حسب مورد اقدامات انضباطی زیر را به عمل می‌آورد: ۱- اخطار کتبی به مؤسسه با ذکر مهلت جهت رفع ایراد؛ ۲- تعلیق مجوز و قرارداد مؤسسه تا رفع ایراد؛ ۳- عدم تمدید مجوز موضوع فصل چهارم؛ ٤- لغو دائم مجوز و قراردادهای مؤسسه. تبصره ۱- تخلفات و اقدامات انضباطی متناظر با آن‌ها به این مقررات پیوست می‌گردد. تبصره۲- موارد فوق باید در قرارداد مؤسسه با پذیرندگان و شاپرک قید گردند.

از اصول مشـــترک مســـؤولیت کیفری و انتظامی، اصل قانونی بودن جرائم و مجازات‌هاســـت. باید تعیین تخلف و اعمال مجازات انتظامی برای مرتکبان بر اساس مقررات مدون و توسط مرجع صالح صورت گیرد. با توجه به وجوه اشتراک مسؤولیت کیفـــری و انضباطی که هر دو بر برخورد با متخلف تاکید دارند، می‌توان به حاکمیت این اصل در مســـؤولیت انضباطی اشـــاره کرد. طبق این اصـــل، جرم‌انگاری و اعمال مجازات بدون تصریح در قانون، مجاز و مشـــروع نیست (هاشمی، ۱۳۹٤: ۱۹٤). در قانون بانک مرکزی، اختیار تعیین تخلف و اعمال مجازات برای این نهاد پیش‌بینی شده است، اما ابهامی در خصوص صلاحیت این نهاد قبل از تصویب قانون وجود دارد. به نظر می‌رســـد با توجه به عدم وجود نص قانونی صریح در اعطای صلاحیت به بانک مرکزی قبل از تصویب این قانون، تصویب مقرره مربوط به شناسایی تخلف و ضمانت اجراهای آن برای فعالان نظام پرداخت الکترونیکی کارتی، از جمله شرکت‌های ارائه دهنده خدمات پرداخت، در تعارض با اصل قانونی بودن جرائم و مجازات‌ها به جهت عدم صلاحیت مرجع تصویب کننده آن است. به عبارت دیگر، اقدامات بانک مرکزی پیش از تصویب قانون جدید در ۱٤۰۲ فاقد وجاهت قانونی بود.

از حیث بی‌طرفی نیز غالباً پذیرفته شده هیچ‌کس طبق اصول نمی‌تواند دادرس یا داور اختلافات خود با دیگران باشد و لازم است که مرجع مستقل و بی‌طرفی برای تمییز حق و رسیدگی به دعاوی و اختلافات وجود داشته باشد (هداوند و آقایی طوق، ۱۳۹٦: ۱۰۵). در پیش دادرسی مقامی که تصمیم مورد اختلاف را اتخاذ کرده، مجدد تصمیم قبلی خود را ارزیابی و رســـیدگی می‌نماید؛ لذا طبعاً به نظر قبلی خود بیش از هر نظر مخالف دیگری تمایل دارد؛ زیرا قبول نظر شـــاکی به معنای مخدوش شـــدن دلایل و ارزیابی تصمیم گیرنده اســـت؛ امری که کمتر از ســـوی مقامات اداری مورد پذیرش قرار می گیرد (تنگستانی، توازنی زاده و صادقی، ۱٤۰۲: ۱۱٤).

۲-۳. ابـــهام در مـورد قـــراردادهای شـــرکت‌های ارائه‌دهـنده خدمات پرداخت

دـــر تبصره ۲ ماده ٤۲ مقررات ناظر بـــر ارائه‌دهندگان خدمات پرداخت آمده اســـت: «موارد فوق باید در قرارداد شرکت ارائه‌دهنده خدمات پرداخت با پذیرنده و شاپرک قید شود.» اما مشخص نیست که آیا «پیش‌بینی موارد فوق در قراردادها» شامل

حکم مقرر در تبصره ۱ (پیوست بودن تخلفات و اقدامات انتظامی متناظر با آنها) هم می‌شود یا خیر؟ آیا شـــرکت ارائه‌دهنده خدمات پرداخت مکلف است تمام پیوست تخلفات و اقدامات انتظامی متناظر با آن‌ها را در قراردادهای خود با شاپرک و پذیرنده درج نماید؟ ابهام از آن جهت اســـت که مقررات انتظامی چه در قرارداد درج شود و چه نشود، لازم‌الاتباع است. از طرفی، اگر مرجع تصویب‌کننده فاقد صلاحیت قانونی باشد، درج این موارد در قرارداد بین شاپرک و شرکت ارائه دهنده خدمات پرداخت، موجب ایجاد صلاحیت برای مرجع ثالث (بانک مرکزی) نمی‌شـــود. پس از تصویب قانون جدید، بدون پیش‌بینی این موارد در قراردادها، شرکت‌های ارائه دهنده خدمات پرداخت، دـــر صورت تخلف از مصوبات بانک مرکزی، دارای مســـؤولیت انتظامی هستند.

۳-۳. تعـلیق مجـــوز و قـراردادهای شـــرکت‌های ارائه دهنـده خدمات پرداخت

دـــر ماده ٤٣ مقررات ناظر بر ارائه دهندـــگان خدمات پرداخت و تبصره آن[1] پیش‌بینی شـــده که بانک مرکزی تحت شـــرایطی مجاز است مجوز مؤسسه و تمامی قراردادهای آن با پذیرندگان و شاپرک را تعلیق نـماید و رفع تعلیق منوط به اطمینان بانک مرکزی از کفایت اطلاعات و داده‌های مورد نـیاز و تصمیم کمیته داوری است. اگـــر چـــه از نظر برخی مراجع شـــبه‌قضایی هر چند که در مقام رســـیدگی به برخی دعاوی کیفری شبیه دستگاه قضایی و مراجع قضـــایی عمل می‌کنند و احکامشان هم لازم‌الاجراست، اصولاً تابع رسیدگی مراجـــع قضایی نیســـتند (رحمتی وند، ۱۳۹۵: ۳). باید گفت تعلیق قرارداد بین دو شـــخص توســـط مرجع ثالـــث که در ماده ٤٣ پیش‌بینی شده، نیازمند اختیار قانونی و حکم قانون‌گذار است. دخالت در قراردادهای خصوصی اشخاص و تعلیق آن، محـدود کردن آزادی اشخاص در روابط اقتصادی و حقوقی است؛ بنابرایـن چون چنین ضمانت اجرایی در بخش ب ماده ۲۳ قانون جدید

---

۱. در صورت اســـتنکاف مؤسسه از پذیرش ناظران بانک مرکزی و شاپرک، عدم ارائه اطلاعات مورد نیاز و یا ارائه اطلاعات و داده‌های مخدوش و ناقص، بانک مرکزی مجاز اســـت نســـبت به تعلیق مجوز مؤسســـه و تمامی قراردادهای آن با پذیرندگان و شاپرک اقدام نماید. تبصره- رفع تعلیق منوط بـــه حصول نظر بانک مرکزی در خصوص کفایت اطلاعات و داده‌هـــای مورد نیاز و تصمیم کمیته داوری است.

بانک مرکزی[1] پیش‌بینی نشـــده، طبق اصـل عدم صلاحیت نـهادهای عمومی، بانک مرکزی بدون جواز قانونی چنـــین صلاحیـتی نـــدارد؛ با این وجود، شاهد هستـیم که صلاحیت قانونی به بانک مرکـــزی برای وضع مـقررات در سال ۱۴۰۲ از سوی قانـــون‌گذار اعطا شده است. سؤال این است که آیا می‌توان با تمسک به صلاحیـت بانـــک مرکزی، مصوبات قبلی این نهاد که به صراحـــت خلاف قوانین آمره اســت را قانونی شـــمرد یا باید قائل به این باشیم که اگرچه به دلیـــل فقـــدان صلاحیت بانک مرکـزی پیش از سال ۱۴۰۲، صدور دستورالعمل‌های تجـویز تعلیق قراردادهای خـــصوصی فعالان نظام پرداخت الکترونیـک کارتی غیر قانونی بوده، ولی تا زمانی که این دستورالعمل‌ها در مراجع ذی‌صلاح از جمـــله دیوان عدالت اداری ابطـــال نشـده‌اند، لازم‌الاتباع هستند.

دـــر تبصـــره بند ۳ ماده ۲۱ قانـــون بانک مرکزی آمده اســـت: «رئیس کل در چهارچـــوب این قانون و مصوبات هیأت عالـــی، نماینده تام‌الاختیار بانک مرکزی در کلیه موارد فوق اســـت و می‌تواند اختیارات نظارتـــی خود را به هر یک از معاونانش تفویـــض کند. وظایـــف و اختیاراتی که در قانون برای معاونـــان رئیس کل پیش‌بینی شـــده، نافی اختیارات و مســـؤولیت رئیس کل نیست». این مقرره حکایت از آن دارد که امـــکان تفویض اختیار نیازمند مجوز و نص قانونی اســـت. با توجه به اصل عدم صلاحیت نهادهای عمومی، می‌توان نتیجه گرفت که در سایر مواردی که چنین امکانی پیش‌بینی نشده اســـت، باید به عدم امکان تفویض اختیار از سوی بانک مرکزی قائل

---

۱. ب ـ هیـــأت انتظامی می‌تواند با توجه به نوع تخلف و متناســـب با آن، «شـــخص تحت نظارت» متخلف را به یک یا چند مورد زیر محکوم کند: ۱ـ اخطار کتبی به «شـــخص تحت نظارت» متخلف یا هریک از ســـهام‌داران مؤثر و مدیران آن؛ ۲ـ ســـلب صلاحیت موقت یا دائم هر یک از سهام‌داران مؤثر و مدیران «شخص تحت نظارت»؛ ۳ـ اعمال جریمه نقدی برای سهام‌داران مؤثر «شخص تحت نظارت» تا ســـقف پانصد میلیارد (۵۰۰.۰۰۰.۰۰۰.۰۰۰) ریال یا ده درصد (۱۰%) ارزش روز ســـهام آن‌ها یا پنج برابر میزان تخلف، هر کدام که بیشتر باشد؛ ٤ـ اعمال جریمه نقدی برای مدیران «شخص تحت نظارت» تا ســـقف پنجاه میلیارد (۵۰.۰۰۰.۰۰۰.۰۰۰) ریال یا پنج برابر میزان تخلف هرکدام که بیشتر باشد؛ ۵ـ انفصال موقت یا دائم هر یک از اعضای هیأت مدیره، هیأت عامل یا مدیران «شخص تحـــت نظارت» از خدمات دولتی و عمومی؛ ٦ـ اعمـــال محدودیت یا ممنوعیت در خصوص توزیع سود یا اندوخته بین سهام‌داران مؤثر توسط «شخص تحت نظارت» تا سقف پنج سال؛ ۷ـ سلب حق رأی سهام‌دار مؤثر متخلف؛ ۸ـ سلب حق تقدم ناشی از افزایش سرمایه «شخص تحت نظارت» برای ســـهام‌دار مؤثر متخلف؛ ۹ـ تعلیق مجوز «اشخاص تحت نظارت» متخلف حداکثر به مدت سه سال؛ ۱۰ـ لغو مجوز «اشخاص تحت نظارت» متخلف.

شد. این تلقی با اصول حقوق عمومی هم‌ساز است. اصول حقوق عمومی اقتضا دارد مقـــام تفویض‌کننده اختیار در هر مرحله و زمانی که صـــلاح بداند، در امور دخالت کند؛ زیرا مســـؤولیت قانونی وی پابرجا بوده و مســـؤولیت بدون داشتن اختیار فاقد معنا اســـت (فقیه حبیبی و باصـــری، ۱۴۰۲: ۱۳۰)؛ لذا تفویض اختیار رئیس کل نافی مسؤولیت وی نیست و تفویض اختیار استثنایی برای اصل «انجام وظایف توسط مقام صلاحیت‌دار» به شـــمار می‌رود. در این‌جا می‌توان تفویض اختیار را برحسب قاعده ضرورت به عنوان تکنیکی اداری برای تســـهیل و انجام بهتر امور دانست که پدیده‌ای درون ســـازمانی است و ناظر بر حقوق و تکالیف اشـــخاص خارج از بانک مرکزی نمی‌باشد (همان‌جا).

با وجود شناسایی اشـــخاص حقوقی خصوصی و عمومی در قوانین تجارت، مدیریت خدمات کشـــوری و نزد نویســـندگان حقوقی، دسته سومی به نام مؤسسات خصوصی حرفه‌ای عهده‌دار ماموریت عمومی وجود دارد که نه تنها در مقالات و کتب حقوقی به آن اشاره‌ای نشده اســـت، بلکه ماهیت حقوقی آن نیز در قوانین مشخصی نیســـت و مسؤولیت کیفری و نحوه مجازات آن‌ها مبهم است (عبدالهی، ۱۳۹۹: ۱۶۸). در حـــال حاضر در نظام پرداخت الکترونیکی کارتـــی، بانک مرکزی برخی وظایف حاکمیتی خود را به شرکتی (شاپرک) که وابستگی حقوقی به بانک مرکزی ندارد و از جمله اشخاص دسته سوم مزبور هم نیست، برون‌سپاری کرده است (مقررات ناظر بر ارائه دهندگان خدمات پرداخت). برون‌ســـپاری این بخش از وظایف حاکمیتی اساساً با تفویض اختیار درون‌سازمانی برخی اختیارات رئیس کل به معاونان متفاوت است. ســـؤال این است که آیا بانک مرکزی صلاحیت برون‌سپاری وظایف حاکمیتی خود را جزئاً یا کلاً به این قبیل شرکت‌ها دارد.

در پاسخ باید به تفاوت بین برون‌سپاری و تفویض اختیار درون‌سازمانی دقت کرد. در تفویض اختیار، حکم قانونی در تبصره ذیل بند ۳ ماده ۲۱ قانون بانک مرکزی[1] وجود دارد، اما حکمی در خصوص برون‌ســـپاری این وظایف به شـــرکتی خارج از

---

۱. رئیـــس کل در چهارچـــوب این قانون و مصوبات هیأت عالی، نماینـــده تام‌الاختیار بانک مرکزی در کلیه موارد فوق اســـت و می‌تواند اختیارات نظارتی خود را به هر یک از معاونانش تفویض کند. وظایف و اختیاراتی که در قانون برای معاونان رئیس کل پیش‌بینی شده، نافی اختیارات و مسؤولیت رئیس کل نیست.

چارت اداری و سازمانی بانک مرکزی وجود ندارد. از طرفی، نقش حاکمیتی بانک مرکزی که در ماده ۲۱ قانون آمده است، ایجاب می‌کند که وجود چنین اختیاری برای بانک مرکزی نیازمند نص قانونی باشد. با نبود چنین نصی، باید به نبود چنین اختیاری قائل شد.

باید در نظر داشت که با وجودی که برخی نویسندگان قائل به این هستند که نمی‌توان برای برون‌سپاری یا عدم برون‌سپاری وظایف حاکمیتی به طور مطلق حکم صادر کرد (مشهدی و کشاورز، ۱۳۹۷: ۲٤)، ولی غالب اندیشمندان بر این عقیده‌اند که هرگونه برون‌سپاری وظایف حاکمیتی از سوی دولت به بخش‌های غیردولتی نیازمند تصریح قانونی است. مصادیق این برون‌سپاری باید دقیقاً توسط مقنن تصریح شده و ارائه ملاک یا معیار کلی کفایت نمی‌کند (طباطبایی حصاری، ۱۳۹۷: ۲٦۱)؛ بنابراین پذیرش فقد صلاحیت برون‌سپاری وظایف حاکمیتی بانک مرکزی به شرکت شاپرک به این معناست که در صورت عدم پذیرش ناظران شاپرک توسط شرکت‌های ارائه دهنده خدمات پرداخت، مسؤولیتی متوجه این شرکت‌ها نخواهد بود.

در خصوص رفع تعلیق از مجوزهای صادره نیز شرایط پیش‌بینی شده محل تأمل است؛ زیرا این رفع تعلیق منوط به حصول نظر بانک مرکزی و تصمیم کمیته داوری شده است.

به نظر می‌رسد منظور آن است که ابتدا نظر مساعد بانک مرکزی در رابطه با رفع تعلیق جلب شود و سپس موضوع در کمیته داوری مطرح و نسبت به آن اتخاذ تصمیم شود. صلاحیت کمیته داوری پیش‌بینی شده در این مقررات نیز با توجه به تشکیل هیأت‌های انتظامی بدوی و تجدیدنظر بر اساس ماده ۲۲ قانون و صلاحیت عام این هیأت‌ها در رسیدگی به تخلفات اشخاص تحت نظارت، از بین رفته و فاقد موضوعیت است. به این ترتیب، با توجه به بند ب ماده ٦۷ قانون جدید[1] می‌توان این بخش از احکام دستورالعمل سابق را منسوخ دانست.

مقرره دیگری که در آن مسؤولیت انتظامی شرکت‌های ارائه‌دهنده خدمات

---

۱. این قانون شش ماه پس از ابلاغ به رئیس جمهور لازم‌الاجراست. رئیس کل موظف است در مهلت یاد شده، دستورالعمل‌های اجرائی مورد نیاز را به تصویب هیأت عالی برساند. دستورالعمل‌هایی که قبلاً توسط بانک مرکزی ابلاغ شده، مشروط بر این‌که به تشخیص رئیس کل با مفاد این قانون معارض نباشد، همچنان لازم‌الاجرا خواهدبود.

پرداخت پیش‌بینی شـــده، آیین‌نامه انضباطی شرکت‌های ارائه‌دهنده خدمات پرداخت مصوب ۱۳۹۵/۳/۲۶ شـــاپرک اســـت. این آیین‌نامه در اختیار عموم مردم قرار ندارد و محرمانه‌نـــگاری خاصی در مورد آن وجود دارد که ناقض اصل شـــفافیت اســـت. جمله‌ای ذیل تمامی صفحات مقررات شـــاپرک درج شـــده که ناقض اصل شفافیت، اصل آزادی جریان اطلاعات، شفافیت اطلاعات و آزادی بیان است: «هرگونه استفاده، چاپ، پخش و رونوشت‌برداری از این مستند بدون تأیید کتبی شرکت شاپرک ممنوع می‌باشد» (شاپرک، ۱۳۹۹).

مطابق ماده ۲ قانون انتشـــار و دسترسی آزاد به اطلاعات[۱]، هر شخص ایرانی حق دسترسی به اطلاعات عمومی را دارد؛ مگر آن‌که قانون منع کرده باشد. واژه قانون در این ماده و در هر متن دیگر، تنها ناظر به قانون مصوب مجلس اســـت و شـــرکت شاپرک صلاحیت منع دسترســـی و انتشار این مقررات را ندارد. مطابق ماده ۵ همین قانون: «مؤسســـات عمومی مکلفند اطلاعات موضوع این قانـــون را در حداقل زمان ممکن و بدون تبعیض در دسترس مردم قرار دهند». مهم‌تر از آن، در تبصره این ماده آمده است: «اطلاعاتی که متضمن حق و تکلیف برای مردم است، باید علاوه بر موارد قانونی موجود، از طریق انتشار و اعلان عمومی و رسانه‌های همگانی به آگاهی مردم برسد».

بسیاری از مصوبات شاپرک ناظر بر حقوق و تکالیف پذیرندگان اعم از معمولی و پشتیبانی شده است. اشخاص مذکور شامل تمامی افرادی هستند که در محل کسب خود یا بر بستر اینترنت اقدام به فروش کالا یا خدمات می‌نمایند؛ لذا مصوبات شاپرک برای شـــهروندان زیادی حقوق و تکالیفی وضع می‌کند. ماده ۱۱ قانون مذکور[۲] الزامی بودن نشر مصوبات و تصمیمات موجد حق یا تکلیف عمومی را تکلیف کرده است؛ بنابراین شـــاپرک نه تنها اجازه محدودیت دسترســـی به مصوبات و الزامات را ندارد، بلکه نمی‌تواند اجازه اســـتفاده از آن‌ها را منوط به اجازه مکتوب خود نماید و موظف

---

۱. ماده ۲ قانون انتشـــار و دسترســـی آزاد به اطلاعات: هر شخص ایرانی حق دسترسی به اطلاعات عمومی را دارد مگر آن که قانون منع کرده باشـــد. اســـتفاده از اطلاعات عمومی یا انتشار آن‌ها تابع قوانین و مقررات مربوط خواهد بود.

۲. ماده ۱۱: مصوبه و تصمیمی که موجد حق یا تکلیف عمومی است قابل طبقه‌بندی به عنوان اسرار دولتی نمی‌باشد و انتشار آن‌ها الزامی خواهد بود.

به انتشار و اعلان عمومی مستندات خود است.

ایراد اساسی وارد بر آیین‌نامه انضباطی مذکور، صلاحیت مرجع تصویب کننده آن یعنی شـــرکت شاپرک اســـت. بنا بر آنچه ذکر شد، چه قبل از تصویب قانون بانک مرکزی در سال ۱٤۰۲ و چه پس از آن، بانک مرکزی صلاحیت تفویض مقرره‌گذاری، به ویژه در زمینه شناسایی تخلف و ضمانت اجراهای متناظر با تخلفات را به دیگری (شاپرک) نداشته و ندارد؛ بنابراین شاپرک که اختیارات خود را از بانک مرکزی دریافت نموده، مجوز قانونی لازم در زمینه تصویب آیین‌نامه انضباطی شرکت‌های ارائه دهنده خدمات پرداخت را نداشـــته اســـت. مؤید این نظر، مفاد نامه شماره ۰۲/۳۸٦۱ مورخ ۱٤۰۲/۱/۱٤ اداره بررســـی‌های حقوقی بانک مرکزی خطـــاب به روابط عمومی این بانک اســـت که در آن آمده است: «قواعد و سازوکار ناظر بر نحوه اعمال برخوردهای انضباطی (در قبال تخلف از ضوابط مندرج در دســـتورالعمل یادشـــده و سایر قوانین و مقررات ناظر بر ارائه‌دهندگان خدمات پرداخت)، بنا به پیشـــنهاد شرکت شاپرک و تأیید بانک مرکزی اداره نظام‌های پرداخت تعیین می‌گردد ... شرکت (شاپرک) صرفاً پیشنهاد دهنده قواعد و سازوکار بوده و مرجع تعیین آن‌ها تلقی نمی‌گردد ... و مبنایی برای اقدام علی‌الراس شرکت شـــاپرک نسبت به اعمال جرائم و مجازات‌های مربوط وجود ندارد ...».

به نظر می‌رســـد با تصویب قانون بانک مرکزی و پیش‌بینی تخلفات و ضمانت اجراهای ناظر بر تخلفات اشخاص تحت نظارت، آیین‌نامه انضباطی شرکت‌های ارائه دهنده خدمات پرداخت که در تعارض با این قانون است، دست کم از زمان تصویب قانون بانک مرکزی به بعد فاقد اعتبار قانونی لازم است.

دیگر ایراد این است که بسیاری از موارد تخلف پیش‌بینی‌شده در این آیین‌نامه دـــر تقابل با اصل قانونی بودن جرائـــم و مجازات‌ها و قاعده قبح عقاب بلا بیان قرار دارد. از آثار اصل پیش‌گفته این اســـت که عمل موضوع جرم یا تخلف می‌بایست به نحو روشن باشـــد و قابلیت تفسیر حداقلی را داشته باشد. در تبصره ۲ ذیل بند ٦-۳ آیین‌نامه مذکور، موضوعاتی تخلف‌انگاری شده است که تفسیرپذیر و سلیقه‌ای است: «در خصوص ســـایر تخلفاتی که ... به آن‌ها اشاره نشده، بر حسب مورد و در زمان و شرایط مربوطه بررسی و تصمیم‌گیری خواهد شد». مفاد این تبصره به طور کامل اصل

قانونی بودن جرائم و مجازات‌ها را نقض کرده است. همین ایراد بر تبصره ٤ ذیل بند ٦-٥ [1] و بندهای ٦-٣-٢، ٦-٣-٣ و ٦-٣-٤ نیز وارد است.

٤. مسؤولیت انتظامی پرداخت‌یاران

١-٤. اختیار شاپرک در تصویب مقررات انتظامی

در مقدمه آیین‌نامه انضباطی شرکت‌های پرداخت‌یار مصوب ١٤٠٠/٥/١٦ شاپرک آمده است: «شبکه الکترونیکی پرداخت کارت (شاپرک) در راستای کنترل اجرای ماده ٣ مستند الزامات، ضوابط و فرایند اجرایی فعالیت پرداخت‌یاران و پذیرندگان پشتیبانی شده در نظام پرداخت کشور، بخشی از وظیفه نظارتی خود بر فعالیت شرکت‌های پرداخت‌یار را به انجام می‌رساند. شرکت شاپرک ... عملیات نظارت بر شرکت‌های پرداخت‌یار و هم‌چنین راهکارهای اخذ تصمیمات مناسب به منظور برخورد با شرکت‌های پرداخت‌یار خاطی را معین می‌نماید».

دو نکته مهم در این مقدمه وجود دارد. نخست آن‌که شاپرک اختیار خود در تصویب آیین‌نامه انضباطی شرکت‌های پرداخت‌یار را به ماده ٣ الزامات، ضوابط و فرایند اجرایی فعالیت پرداخت‌یاران و پذیرندگان پشتیبانی شده در نظام پرداخت کشور مصوب بانک مرکزی [2] مستند کرده است. این ماده صرفاً بیان‌گر صلاحیت نظارتی شاپرک در محدوده مستند پیش‌گفته است و مؤید صلاحیت دیگری از جمله تصویب آیین‌نامه انضباطی نیست. شاپرک تصویب آیین‌نامه انضباطی را در راستای اقدامات نظارتی خود می‌داند؛ در حالی که نظارت و تصویب آیین‌نامه انضباطی دو امر کاملاً مجزا است. بر اساس اصل قانونی بودن جرائم و مجازات‌ها و مطابق اصل سی و ششم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، اختیار تعیین تخلف و ضمانت اجرای ارتکاب تخلف نیازمند حکم قانون‌گذار است. در همین زمینه توجه به بخش دیگری از نامه شماره ٠٢/٣٨٦١ مورخ ١٤٠٢/١/١٤ اداره بررسی‌های حقوقی بانک مرکزی به روابط عمومی این بانک خواندنی است: «با وجود عدم واگذاری وظایف بانک مرکزی

---

١. تبصره ٤: تخلفات خارج از جداول شماره (١) تا (٤)، بر اساس اهمیت، آثار و خطرآفرینی هر مورد، در زمان و شرایط مربوطه توسط کارگروه تعیین تخلف بررسی و بر حسب طبقه‌بندی‌های مذکور در این مقررات، در مورد تعیین اقدام انضباطی متناسب با آن‌ها تصمیم‌گیری خواهد شد.

٢. این سند بر کلیه فعالیت‌ها و خدمات پرداخت یاران از جمله پرداخت‌های درون‌برنامه‌ای مبتنی بر زیرساخت‌های همراه و روابط میان پرداخت‌یار و شرکت‌های ارائه دهنده خدمات پرداخت، پذیرندگان پشتیبانی شده و صلاحیت نظارتی شرکت شاپرک، حاکم است.

در حوزه‌های حاکمیتی به شرکت شاپرک، با توجه به صلاحیت نظارتی شرکت مزبور نسبت به مؤسسات مشمول دستورالعمل فوق‌الذکر (دستورالعمل اجرایی فعالیت و نظارت بر ارائه‌دهندگان خدمات پرداخت)، دستورالعمل‌ها و الزاماتی که شرکت مزبور ... تصویب و به مؤسسات مشمول نظارت خود ابلاغ (و یا در وب‌سایت خود منتشر می‌نماید)، برای مؤسسات مزبور لازم‌الرعایه خواهد بود».

از این اظهار نظر چند نکته قابل برداشت است. نخست آن‌که، مستند قانونی اختیار نظارت توسط شاپرک، دستورالعمل اجرایی فعالیت و نظارت بر ارائه دهندگان خدمات پرداخت است. همان‌طور که از نام این دستورالعمل پیداست، صرفاً ناظر به شرکت‌های ارائه دهنده خدمات پرداخت است و مبنای نظارت بر سایر فعالان نظام پرداخت الکترونیکی کارتی از جمله پرداخت‌یاران نیست؛ ثانیاً، اختیار نظارت صرفاً معطوف به عملکرد فنی و اجرایی است و شامل تصویب مقررات انضباطی نمی‌شود؛ ثالثاً، وظایف حاکمیتی بانک مرکزی به شاپرک تفویض نشده؛ بنابراین از نظر بانک مرکزی نیز هر موردی که جزء وظایف حاکمیتی بانک مرکزی است، قابل تفویض و واگذاری به شاپرک نیست؛ رابعاً،ب در بخش پایانی نامه آمده است که شاپرک به طور مستقل صلاحیت قانونی برای تصویب آیین‌نامه انضباطی ندارد.

به نظر می‌رسد با تصویب قانون بانک مرکزی و پیش‌بینی تخلفات و ضمانت اجراهای ناظر بر تخلفات اشخاص تحت نظارت، آیین‌نامه انضباطی شرکت‌های پرداخت‌یار، از زمان تصویب قانون بانک مرکزی فاقد اعتبار قانونی است.

۲-٤. فلسفه درجه‌بندی تخلفات

صرف نظر از ایرادهای وارده به تصویب آیین‌نامه انضباطی شرکت‌های پرداخت‌یار مصوب ۱٤۰۰، موضوع جالب توجه و مترقی که شاپرک در آیین‌نامه انضباطی شرکت‌های پرداخت‌یار پیش‌بینی نموده، بیان فلسفه درجه‌بندی تخلفات است. در بند ۲-۱ آیین‌نامه انضباطی پرداخت‌یاران آمده است: «تخلفات شرکت‌های پرداخت‌یار براساس سطوح خطرآفرینی و تأثیرات و عواقب ناشی از آنها، مطابق دسته‌بندی به شرح زیر می‌باشد:

درجه یک: از اهمیت بسیار بالایی برخوردار است و می‌تواند عواقب اجتماعی مخربی به همراه داشته باشد (سطح ریسک بالا همراه با ماندگاری)؛

درجه دو: از اهمیت نسبتاً بالایی برخوردار است، ولی عواقب اجتماعی ناگواری به همراه ندارد (سطح ریسک بالا ولی فاقد ماندگاری)؛

درجه سه: این تخلف می‌تواند قشر، گروه یا کسب و کار خاصی را مورد هدف و تحت‌الشعاع قرار دهد (سطح ریسک متوسط)».

بر همین اساس در این آیین‌نامه، اقدام به تعیین تخلفات و درجه‌بندی آن‌ها شده است.

۳-٤. مشکلات مرتبط با توسعه اختیارات شاپرک

در انتهای جدول تخلفات شرکت‌های پرداخت‌یار در آیین‌نامه انضباطی آمده است: «در مواردی که به وضوح به عنوان موارد تخلفاتی به آن اشاره نشده، در صورت تشخیص شرکت شاپرک به موارد مرتبط ارجاع داده می‌شود». به نظر می‌رسد نگارندگان آیین‌نامه نگران بودند که ممکن است برخی از تخلفات را فراموش کرده و برای آن تنبیه یا اقدام انضباطی پیش‌بینی نکرده باشند؛ لذا تصمیم به توسعه اختیارات شاپرک در برخورد با این موارد دارند. همان‌طور که پیش‌تر اشاره شد، در مقرراتی که واجد پیش‌بینی اقدامات تنبیهی و انضباطی است، تعیین حد و مرز مشخص برای تخلف‌شناسی اعمال اشخاص جامعه هدف اهمیت دارد؛ چرا که اقدام خلاف این ترتیب، موجب نقض اصل قانونی بودن جرائم و مجازات‌ها شده و در تعارض با اصل سی و ششم قانون اساسی قرار می‌گیرد.

نادیده‌انگاری اصل قانونی بودن جرائم و مجازات‌ها و قاعده قبح عقاب بلا بیان در آیین‌نامه انضباطی شرکت‌های پرداخت‌یارعلاوه بر موارد مذکور، در سایر بندها از جمله در ۲-۳-۱ [۱] و ۲-۳-۲ [۲] نیز قابل ملاحظه است.

از سوی دیگر، بنا بر صلاحیت نهادهای اداری در اتخاذ تصمیمات یک‌جانبه که شامل امتیاز تقدیم قضایی و امتیاز حق اجرای قهری تصمیم است (Chevallier, 1988: 58). نباید به اشخاص حقوق خصوصی مانند شرکت شاپرک اجازه داده شود

---

۱. ۲- ۳- ۱- در صورت تکرار تخلف بیش از ۳ مرتبه، بر اساس نظر کارگروه بررسی تخلفات در شاپرک، با شرکت خاطی برخورد مقتضی صورت خواهد گرفت.

۲. ۲- ۳- ۲- در خصوص سایر تخلفاتی که در جدول فوق به آن‌ها اشاره نشده است، شرکت شاپرک بر اساس اهمیت، آثار و خطرآفرینی هر مورد، در خصوص تعیین اقدام انضباطی متناسب با آن‌ها در زمان و شرایط مربوطه تصمیم‌گیری خواهد نمود.

بدون آن‌که در مقام مدعی قرار گیرند و علیه اشخاص تحت نظارت خود ادعای تخلف مطرح کنند، خود در جایگاه بانک مرکزی، از حق اتخاذ تصمیمات یک‌جانبه استفاده نمایند (واعظی، ۱۴۰۲: ۲۲۸).

تمامی این موارد باید به نحوی پیش‌بینی شود که جامعه هدف این الزامات به وضوح تکلیف خود را نسبت به اعمال ارتکابی در فعالیت‌های جاری خود بدانند؛ نه این‌که اشخاص همواره هراس تخلف‌انگاری اعمالی را داشته باشند که در ضوابط و الزامات شاپرک نسبت به آن‌ها پیش‌بینی صورت نگرفته و ممکن است توسط مدیران شاپرک به‌یک‌باره تصمیم به تخلف‌انگاری یک فعل یا ترک فعل یا اعمال مجازات نسبت به امری شود. 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 ۱۴۲۷ مورخ ۱۳۸۶/۱۲/۵ برای این عنصر از مسؤولیت مدنی، از عبارت «فعل یا ترک فعل» استفاده کرده است (مولائی و لطفی، ۱۳۹۷: ۱۹۸؛ نجابت‌خواه، ۱۳۹۰: ۱۴۵)، اما هیچ گاه تخلف را به معنای «فعل غیر قانونی» به کار نبرده است (مولائی، ۱۴۰۳: ۲۳۳).

۵. مسؤولیت انتظامی پذیرندگان پشتیبانی شده

در سند روش اجرایی مدیریت پذیرندگان پشتیبانی شده پرخطر مصوب ۱۳۹۹/۷/۲۱ شاپرک، تخلفات و مسؤولیت‌های پذیرندگان پشتیبانی شده پرخطر مشخص شده است. در این سند، تاسیس جدیدی به نام «لیست سیاه» معرفی شده است. صرف نظر از ایرادهایی که به تصویب الزامات پیش‌گفته وارد است، با توجه به این‌که در عمل، پذیرندگان متخلف در لیست سیاه قرار می‌گیرند و آثار مهم و فراوانی برای آن‌ها ایجاد می‌شود، لازم است این سند بررسی و تحلیل شود.

۱-۵. تعریف لیست سیاه

در بند ۵-۲ این الزامات، در تعریف لیست سیاه آمده است: «به فهرستی از پذیرندگان اطلاق می‌شود که به دلیل تخطی از الزامات و مقررات، تمامی ابزارهای پذیرش تخصیص‌یافته به آنها در شبکه الکترونیکی پرداخت کارت/شاپرک غیر فعال شده و ارائه خدمات پرداخت به آن‌ها تا زمان خروج از فهرست سیاه ممنوع و متوقف می‌گردد».

۲-۵. مراجع ذی‌صلاح برای شناسایی پذیرندگان پرخطر

مطابق بند ۲-۵- سند[۱]، مراجع ذی‌صلاح جهت شناسایی و اعلام پذیرندگان پرخطر عبارتند از: مراجع قضایی، امنیتی و انتظامی، شرکت شاپرک، شرکت‌های ارائه دهنده خدمات پرداخت و پرداخت‌یاران. باید توجه داشت که قرار دادن اشخاص در لیست سیاه موجب محرومیت از برخی حقوق قانونی، بنیادین و اساسی افراد مانند آزادی کسب و کار و اشتغال و هم‌چنین آزادی تجارت است که در اصول متعدد قانون اساسی به آن اشاره شده است. بند ۳ این الزامات در این خصوص مقرر نموده است: «پذیرندگان پشتیبانی شده‌ای که در فهرست سیاه پذیرندگان قرار می‌گیرند، مطابق با فرایند ارائه شده در این سند با محدودیت‌هایی در استفاده از خدمات پرداخت الکترونیکی روبرو خواهند شد».

محرومیت از حقوق قانونی نیازمند نص قانون است و در آن نوع محرومیت و مرجعی که قدرت تعیین این محرومیت را دارد مشخص می‌شود. طبق ماده ۲۳ قانون مجازات اسلامی[۲] تنها دادگاه صالح می‌تواند فردی را که به مجازات محکوم شده، متناسب با جرم ارتکابی به یک یا چند مجازات از مجازات‌های تکمیلی محکوم نماید؛ بنابراین محرومیت از حقوق قانونی فرع بر رسیدگی قضایی یا شبه‌قضایی و صدور حکم قطعی توسط مرجع صالح است؛ در حالی که در این مستند، شاپرک پیش‌بینی کرده است که به صرف اعلام اشخاص مذکور در بند ۲-۵-۱ اقدام به قرار دادن آن‌ها در لیست سیاه می‌نماید. هیأت عمومی دیوان عدالت اداری در رأی شماره ۲۶۸ مورخ ۱۳۸۱ با موضوع ابطال مواد ۹۲ و ۹۳ آیین‌نامه اجرایی ماده ۵۰ قانون تأمین اجتماعی، با تأکید بر اصل استقلال قوا این نظر را تأیید کرده است.

---

۱. ۲-۵- فرایند برخورد با پذیرنده پرخطر بسته به این‌که تخلفات مندرج در جدول (۱) این سند، توسط کدام‌یک از مراجع ذی‌صلاح کشف و شناسایی شوند، طی فرایندهایی که در بندهای ذیل شرح داده می‌شود، بررسی و تعیین تکلیف می‌گردند.
۲-۵-۱- شناسایی پذیرنده پرخطر توسط شرکت ارائه دهنده خدمات پرداخت ...۲-۵-۲- شناسایی پذیرنده پرخطر توسط شرکت شاپرک ... ۲-۵-۳- کشف تخلف و تقلب توسط مراجع قضایی، امنیتی و انتظامی ... .

۲. ماده ۲۳ قانون مجازات اسلامی: دادگاه می‌تواند فردی را که به حد، قصاص یا مجازات تعزیری محکوم کرده است، با رعایت شرایط مقرر در این قانون، متناسب با جرم ارتکابی و خصوصیات وی به یک یا چند مجازات از مجازات‌های تکمیلی بندها و تبصره‌های این ماده محکوم نماید.

۳-۵. ایرادهای قانونی وارد به فرایند قرار دادن افراد در لیست سیاه

بند مذکور مربوط به اشخاصی است که صلاحیت اعلام پذیرندگان پرخطر جهت قرار گرفتن در لیست سیاه را دارند. مطابق این بند، اشخاص خصوصی (شرکت‌های ارائه دهنده خدمات پرداخت و پرداخت‌یاران) صلاحیت اعلام پذیرندگان پرخطر را دارند؛ در حالی که اولاً، هیچ معیار و ضابطه‌ای برای این اعلام توسط این افراد تعیین نشده است؛ ثانیاً، ضمانت اجرای اشتباه در اعلام نام پذیرنده پشتیبانی شده که منجر به محرومیت از برخی حقوق برای این افراد می‌شـــود پیش‌بینی نشده است؛ لذا چنان‌چه این افراد به اشـــتباه یا با غرض‌ورزی اقدام به اعلام نام پذیرنده‌ای جهت قرار گرفتن در لیست ســـیاه نمایند، ضمانت اجرایی برای این اشتباه‌ها در نظر گرفته نشده است. به نظر می‌رسد بر اساس اصول عام مسؤولیت مدنی، متضرر از اقدامات این اشخاص می‌تواند اقدام به مطالبه خسارات واردہ نماید.

٤-۵. مسؤولیت مدنی شاپرک

شـــاید در مسیر مطالبه مسؤولیت مدنی شرکت شاپرک این مشکل مطرح شود که نمی‌توان اشخاص غیر دولتی عهده‌دار مأموریت عمومی را بنا به اعمال حاکمیتی، دارای مسؤولیت مدنی دانست و عدم مسؤولیت شرکت شاپرک نیز در این قالب قابل اثبات اســـت. در پاســـخ باید عنوان کرد نه تنها بانک مرکزی صلاحیت برون‌سپاری اعمال حاکمیتی خود را به شرکتی خارج از چارت اداری خود ندارد و بر این اساس، نمی‌توان شرکت شاپرک را قائم‌مقام قانونی بانک مرکزی در اعمال حاکمیتی دانست، بلکه باید از باب تسبیب، مسؤولیت مدنی شخص پذیرنده (شرکت شاپرک) را نیز در ادامه مسؤولیت برون‌سپار (بانک مرکزی) قرار داد.

از سوی دیگر، باید توجه داشت که تلقی‌های مدرن حقوقی از مسؤولیت مدنی نهاد دولت حتی در اعمال حاکمیتی نیز وجود دارد (صالحی مازندرانی و بافهم، ۱۳۹۹: ۱۸٦) و مسؤولیت‌ناپذیری بانک مرکزی منطبق بر بخش ذیل ماده ۱۱ قانون مسؤولیت مدنی، دارای شرایطی است که در مسئله شرکت شاپرک، اصولاً چنین شرایطی غایب است؛ لذا به نظر می‌رسد راه برای مطالبه خسارات ناشی از تصمیم بانک مرکزی برای برون‌ســـپاری این بخش از وظایف حاکمیتی به شرکت شاپرک باز است و می‌توان بر اســـاس قانونی نبودن تصمیم یا اقدام بانک مرکزی در برون‌سپاری وظایف حاکمیتی

خود، دعاوی مسـؤولیت مدنی را تا مراحل احراز تخلف و تعیین خسارات پیش برد (جلالی و دیگران، ۱۳۹۹: ۱۱۱).

۵-۵. ایرادهای وارد بر فرایند شناسـایی پذیرنده پشـتیبانی شده پرخطر توسط شاپرک

برای جلوگیری از خودسری دادگاه‌های اختصاصی، رسیدگی در این دادگاه‌ها بایسـتی با رعایت اصول و آیین‌های دادرسی منصفانه انجام شود که نوعی از کنترل درونی‌شکلی به حسـاب می‌آید (هداوند و آقایی طوق، ۱۳۹۶: ۲۳) و به طریق اولی در فرایندهای شـاپرک نیز می‌بایسـت این اصول رعایت شود. هر چند برخی اصول دادرسـی عادلانه به دعاوی کیفری و مدنـی اختصاص دارد، ولی از آن‌جا که برخی ضمانـت اجراهای مربوط بـه مراجع غیر قضایی نیز دارای جوهـره کیفری بوده و پیامدهای مجازات را بر شـخص بار می‌کنند، علاوه بر دادرسی‌های کیفری و مدنی، در دادرسی‌های شبه قضایی و اداری نیز به جهت بیم از تضییع حقوق احتمالی افراد در مقام دفاع، انجام دادرسی عادلانه الزامی است (نکوئی، ۱۴۰۰: ۱۹۱).

در فرایند شناسایی تخلف پذیرندگان پشتیبان شده توسط شاپرک، ابتدا شاپرک اقدام به قرار دادن پذیرنده مشکوک به ارتکاب تخلف در فهرست سیاه می‌کند؛ پیش از آن‌که تخلف آن پذیرنده به‌طور قطعی اثبات شـود؛ به این ترتیب که: شـاپرک در مرحله اول، پس از شناسـایی درگاه پرداخت اینترنتی با رفتار غیر متعارف، پذیرنده مربوط را در فهرسـت سـیاه قرار می‌دهد؛ سپس مشـخصات پذیرنده و وب‌سایت شناسایی شده به شـرکت پرداخت‌یار ارسال می‌شود تا بررسـی‌های تکمیلی انجام گیرد. در صورت تایید تخلف توسـط پرداخت‌یـار، اطلاعات کامل و دقیق پذیرنده متخلف به شـاپرک ارسال می‌شود و شـاپرک اطلاع‌رسانی لازم به شرکت‌های دیگر انجام می‌دهد. اگر پرداخت‌یار بتواند اثبات کند که تخلفی صورت نگرفته است، باید درخواسـت حذف نام پذیرنده از فهرست سیاه را به شاپرک ارسال کند، همراه با فرم تعهدنامه پذیرش ریسک‌ها.

بر این فرایند ایرادهایی وارد است که در ادامه می‌آید.

۱-۵-۵. قرار دادن پذیرنده در فهرست سیاه پیش از احراز تخلف

از اشـــکالات اصلی این فرایند، اعمال مجازات (قرار دادن در فهرست سیاه) پیش از احراز قطعی تخلف اســـت. در سیستم‌های قانونی، مجازات باید پس از اثبات قطعی تخلف اعمال شـــود؛ در حالی که در این فرایند، شـــاپرک ابتدا پذیرنده را در فهرست ســـیاه قرار می‌دهد و ســـپس از پرداخت‌یار درخواست می‌کند تا تخلف را بررسی کند. این روش ممکن است به پذیرندگان لطمه وارد کند؛ زیرا آن‌ها در مرحله بررسی در حالت بلاتکلیفی قرار خواهند گرفت و امکان آسیب به کسب و کار آن‌ها وجود دارد؛ بنابراین باید مدت زمانی مشخص برای رسیدگی به تخلف و رفع ابهام‌ها پیش‌بینی شود تا پذیرنده در وضعیت نامعلومی قرار نگیرد.

۲-۵-۵. بار اثبات عدم ارتکاب تخلف بر عهده پرداخت‌یار

بار اثبات عدم ارتکاب تخلف به‌طور نادرســـت بر دوش پرداخت‌یار گذاشته شـــده اســـت. بر اســـاس اصول حقوقی، اثبات تخلف بر عهده کسی است که ادعای تخلف را مطرح می‌کند؛ نه کسی که ادعای عدم تخلف دارد. بر اساس اصل برائت که در اصل سی و هفتم قانون اساسی آمده است، هیچ فردی نمی‌تواند به دلیل عدم اثبات تخلف مجازات شـــود. به عبارت دیگر، باید ابتدا اثبات شود که تخلفی صورت گرفته است و سپس اقدامات قانونی صورت گیرد. در این‌جا، پرداخت‌یار مجبور است ثابت کند که تخلفی انجام نشـــده است؛ امری که به‌طور اصولی غیر ممکن است. به‌علاوه، چنانچه پرداخت‌یار نتواند عدم تخلف را اثبات کند، ریسک‌های مالی و قانونی ممکن است متوجه او شود.

۳-۵-۵. تحمیل ریسک‌ها به پرداخت‌یار

در بند ۳-۲-۲-٤ روش اجرایی مدیریت پذیرندگان پشـــتیبانی شده پر خطر[1] اشاره شده است که اگر پرداخت‌یار بتواند اثبات کند که تخلفی صورت نگرفته است،

---

۱. در صورتی که شـــرکت پرداخت‌یار بتواند با دلایل و شـــواهد کافی عدم تخلف پذیرنده پشتیبانی شده را اثبات کند، باید تعهدنامه پذیرش ریسک‌ها و مخاطرات پذیرندگان تقاضای حذف نام پذیرنده پشـــتیبانی شده از لیست ســـیاه را به همراه فرم که در پیوست شماره (٤) آمده است تکمیل نموده و از طریق نامه رســـمی با پشتیبانی شـــده پرخطر توسط شرکت پرداخت‌یار امضای مدیرعامل شرکت پرداخت‌یار به شـــرکت شاپرک اعلام نماید. بدیهی است تمامی ریسک‌ها و مخاطرات نامه فوق‌الذکر متوجه شـــرکت پرداخت‌یار بوده و در صورت احراز تخلف پذیرنده پشـــتیبانی شده مطابق قوانین و مقررات با شرکت پرداخت‌یار رفتار خواهد شد.

باید فرم تعهدنامه پذیرش ریسک‌ها و مخاطرات پذیرندگان پرخطر را تکمیل و به شاپرک ارسال کند. این موضوع نگران‌کننده است؛ زیرا شرکت پرداخت‌یار که به‌طور معمول نهاد واسطه‌ای است، باید ریسک‌های تجاری و قانونی قابل توجهی را متحمل شود؛ در حالی که ریسک‌های مرتبط با پذیرنده باید توسط خود او یا شاپرک بررسی و مدیریت شوند، این فرایند به طور غیر منصفانه‌ای بار این ریسک‌ها را بر دوش پرداخت‌یار قرار می‌دهد. این می‌تواند منجر به تشدید مشکلات مالی و حقوقی برای شرکت‌های پرداخت‌یار شود که مسؤولیت‌های گسترده‌تری را در زمینه نظارت و شفافیت بر عهده دارند.

در این فرایند، ابتدا باید شاپرک تخلف را به طور قطعی احراز کرده و پس از آن اقدام به قرار دادن پذیرنده در فهرست سیاه نماید. هم‌چنین بار اثبات عدم تخلف باید بر عهده شاپرک باشد و نه پرداخت‌یار؛ زیرا اثبات عدم وقوع تخلف به طور منطقی غیر ممکن است. افزون بر این، ریسک‌های قانونی و مالی باید به طور عادلانه بین شاپرک، پرداخت‌یار و پذیرنده تقسیم شود و این ریسک‌ها نباید تنها بر دوش پرداخت‌یار قرار گیرد.

٦-٥. فرایند کشف تخلف و تقلب توسط مراجع قضایی، امنیتی و انتظامی

در این فرایند، هنگامی که تخلف یا تقلب توسط مراجع قضایی، امنیتی و انتظامی کشف و احراز می‌شود، این مراجع از طریق مکاتبه با شاپرک، مشخصات پذیرنده پشتیبانی شده متخلف را اعلام می‌کنند و شاپرک بر اساس این اطلاعات اقدام به قرار دادن نام پذیرنده در فهرست سیاه می‌کند؛ سپس این اطلاعات به تمامی شرکت‌های ارائه دهنده خدمات پرداخت و پرداخت‌یارها که با پذیرنده متخلف قرارداد دارند، اطلاع‌رسانی می‌شود.

یکی از اشکالات این فرایند، عدم شفافیت در تعریف مراجع قضایی، امنیتی و انتظامی است که می‌توانند از شاپرک درخواست قرار دادن نام پذیرنده در فهرست سیاه نمایند؛ آیا فقط مقامات قضایی خاص مانند دادیار یا بازپرس صلاحیت درخواست چنین اقدامی را دارند یا ضابطان قضایی نظیر پلیس فتا نیز می‌توانند چنین درخواست‌هایی داشته باشند؟ بر اساس اصول حقوقی و مفهوم صلاحیت عمومی دادستان برای پیشگیری از وقوع جرم، ممکن است چنین اختیاری برای مقامات

دادسرا قابل توجیه باشد، اما نمی‌توان آن را به طور مطلق برای سایر مراجع قضایی و انتظامی پذیرفت. این اقدام به ویژه اگر در چارچوب دستورالعمل‌های داخلی شاپرک صورت گیرد، نمی‌تواند به طور قانونی دایره صلاحیت ضابطان قضایی را گسترش دهد. به عبارت دیگر، شاپرک نمی‌تواند به طور غیر قانونی برای مراجع قضایی و انتظامی صلاحیت ایجاد کند.

۷-۵. خروج از فهرست سیاه

در خصوص خروج از فهرست سیاه، ضوابط پیش‌بینی کرده‌اند که برای پذیرندگانی که بر اساس دستور مراجع قضایی در فهرست سیاه قرار گرفته‌اند، رفع مسدودی تنها با دستور مراجع قضایی امکان‌پذیر است (بند ۳-۳-۱). این بند منطقی به نظر می‌رسد؛ زیرا زمانی که پذیرنده به دستور مرجع قضایی در فهرست سیاه قرار می‌گیرد، تصمیم در خصوص رفع مسدودی باید تنها توسط همان مرجع قضایی اتخاذ شود، اما در خصوص پذیرندگانی که بر اساس شناسایی شاپرک یا شرکت‌های پرداخت‌یار و ارائه دهنده خدمات پرداخت در فهرست سیاه قرار گرفته‌اند (بند ۳-۳-۲)، رفع مسدودی منوط به گذراندن مدت زمان مشخصی است که در جدول شماره (۲) آمده است. این موضوع به ویژه زمانی که پذیرنده ممکن است دلیلی برای اعتراض داشته باشد، مشکل‌آفرین است. برای پذیرنده‌ای که به طور غیر عادلانه در فهرست سیاه قرار گرفته است، راهی برای اعتراض یا فرایند قانونی جهت رفع مسدودی وجود ندارد. این وضعیت می‌تواند مشکلات جدی برای پذیرندگان ایجاد کند و اصول عدالت و شفافیت را نقض نماید.

برآمد

۱- نظام پرداخت الکترونیکی کارتی ایران در سال‌های اخیر با گسترش استفاده از فناوری‌های نوین مالی، اهمیتی فزاینده یافته است. با این حال، ساختار حقوقی و نظارتی این نظام هنوز به بلوغ کافی نرسیده و نیازمند اصلاحات عمیق است. یکی از اصلی‌ترین چالش‌ها، عدم شفافیت در تعریف صلاحیت‌ها و اختیارات نهادهای نظارتی مانند شاپرک است که می‌تواند زمینه‌ساز تعارض منافع، اعمال سلیقه‌ای مقررات، و نقض حقوق شهروندی شود.

۲- در سطح مقایسه تطبیقی، مشاهده می‌شود که کشورهای پیشرفته با استفاده از ابزارهای قانونی شفاف، تفکیک مسؤولیت‌ها و بهره‌گیری از فناوری‌های نوین، توانسته‌اند نظام‌های نظارتی کارآمدتری ایجاد کنند. این الگوها می‌تواند الهام‌بخش اصلاح نظام حقوقی ایران باشند. از جمله نکات کلیدی در این زمینه، اهمیت تفکیک دقیق میان وظایف نظارتی و اجرایی و تضمین استقلال و پاسخ‌گویی نهادهای نظارتی است.

۳- در راستای بایسته مذکور در بند پیشین، موارد زیر پیشنهاد می‌شود:

۱-۳- بازنگری قوانین و مقررات موجود به‌گونه‌ای که ضمن حفظ شفافیت، مانع از تفسیرهای متعدد و اعمال سلیقه‌ای شود؛

۲-۳- پیش‌بینی ابزارهای مناسب توسط بانک مرکزی برای کنترل و نظارت دقیق بر عملکرد بازیگران مختلف نظام پرداخت فراهم کند؛

۳-۳- توسعه سامانه‌های اطلاع‌رسانی و آموزش عمومی برای افزایش آگاهی شهروندان و فعالان اقتصادی در زمینه حقوق و مسؤولیت‌های قانونی؛

٤-۳- بازنگری در قوانین موضوعه کشور در رابطه با نقش شاپرک در مقرره‌گذاری برای تطبیق با اصول شفافیت و قانونی بودن جرائم و مجازات‌ها؛

۵-۳- تقویت نظارت بانک مرکزی؛ به‌گونه‌ای که تمامی اختیارات نظارتی و انضباطی باید به طور مستقیم تحت کنترل بانک مرکزی باشد و برون‌سپاری وظایف نظارتی به نهادهای خصوصی محدود شود؛

٦-۳- طراحی و راه‌اندازی سامانه‌های الکترونیکی برای اعلام تخلفات و پیگیری آن‌ها، با مشارکت کلیه ذی‌نفعان؛

۷-۳- آگاهی‌بخشی به فعالان حوزه پرداخت الکترونیکی در خصوص مسؤولیت‌های انتظامی و حقوق قانونی خود.

۸-۳- انجام مطالعات تطبیقی دوره‌ای برای اطمینان از هماهنگی نظام حقوقی ایران با استانداردهای بین‌المللی.

فهرست منابع

الف. فارسی

* تنگستانی، محمدقاسم و رفیعی محمدرضا؛ (۱٤۰۰)، «**ارزیابی تشکیل نظام‌های صنفی از منظر سیاست‌گذاری تقنینی**»، حقوق اداری، سال هشتم، شماره ۲۷.
* تنگستانی، محمدقاسم و توازنی‌زاده، عباس و صادقی، محمدحسین (۱٤۰۲)، «**پیش‌بینی مرحله پیش‌دادرسی اداری در دستگاه‌های اجرایی ایران با رویکرد قضازدایی؛ چالش‌ها و راهکارها**»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۷، شماره ۱۲٤ .
* جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۹۰)، **ترمینولوژی حقوق**؛ چاپ چهارم، تهران: گنج دانش.
* جلالی، محمد و حیدری، فروغ (۱۳۹۳)، «**اصل برابری ورود به خدمات عمومی در پرتو آرای دیوان عدالت اداری**»، فصل‌نامه رأی؛ دوره سوم، شماره ۳ (پیاپی ۸).
* جلالی، محمد و حسنوند، محمد و میری، ایوب (۱۳۹۹)، «**تفکیک صلاحیت دیوان عدالت اداری و دادگاه عمومی در دعاوی مسؤولیت مدنی علیه دولت**»، سال هشتاد و یکم، شماره ۹۹.
* رحمتی‌وند، علی (۱۳۹۵)، «**مراجع قضایی و شبه قضایی**»، پژوهش در فقه و حقوق، سال اول، شماره ۱.
* شهیدی، سیدمرتضی و دهقان نبی، بدیع و صنایع، امین (۱۳۹۷)، «**ارتباط مسؤولیت انتظامی با مسؤولیت کیفری و مدنی**»، دیدگاه‌های حقوق قضایی، دوره ۲۳، شماره ۸۳.
* شیروی، عبدالحسین و وکیلی مقدم، محمدحسین (۱۳۹۳)، «**ضمانت اجراهای فراحقوقی و جایگاه آن در حقوق نرم**»، دانشنامه حقوق اقتصادی، سال بیست و یکم، شماره ٤.
* صالحی، محمدخلیل و افراسیابی، علی (۱۳۹٦)، «**جایگاه و حدود اختیارات دادستان در نظام کیفری ایران**»، پژوهش حقوق کیفری، سال هفتم، شماره ۲۵.
* صالحی مازندرانی، محمد و بافهم، محمد (۱۳۹۹)، «**مسؤولیت یا مصونیت دولت در قبال اعمال زیان‌بار حاکمیتی (بازخوانی جدیدی از ماده ۱۱ قانون مسؤولیت مدنی)**»، مجله دانش حقوق مدنی، سال نهم، شماره۲ (پیاپی ۱۸).

* طباطبایی حصاری، نسرین (۱۳۹۷)، «**تحلیل حقوقی ماهیت حاکمیتی امور ثبتی و امکان برون‌سپاری آن به دفاتر اسناد رسمی**»، تحقیق و توسعه در حقوق تطبیقی، شماره ۱.
* عبدالله‌زاده شهربابکی، آزاده (۱۳۹۹)، «**مسؤولیت انضباطی قضات در نظام حقوقی کامن‌لا: مطالعه تطبیقی ایالات متحده آمریکا، کانادا و انگلستان**»، پژوهش‌های حقوقی؛ دوره ۱۹، شماره ۴۲.
* عبدالهی، افشین (۱۳۹۹)، «**مسؤولیت کیفری مؤسسات خصوصی حرفه‌ای عهده‌دار ماموریت عمومی**»، پژوهش‌نامه حقوق کیفری، سال یازدهم، شماره ۲.
* فقیه حبیبی، علی و باصری، بابک (۱۴۰۲)، «**نظام تفویض اختیار در حقوق عمومی، ماهیت، مبانی و محدودیت‌ها**»، حقوق اداری؛ سال دهم، شماره ۳۵.
* محبی مجد، رضا (۱۳۹۴)، **ابعاد فقهی و حقوقی کارت‌های اعتباری بانکی**، چاپ نخست، اراک: ای سانا.
* مسعودی‌نیا، محمد و اسدپور کندلجی، رسول (۱۳۹۶)، «**قلمرو و صلاحیت مراجع شبه قضایی در حقوق ایران**»، فقه و مبانی حقوق اسلامی، سال دهم، شماره ۱.
* مشهدی، علی و کشاورز، اسماعیل (۱۳۹۷)، «**خصوصی‌سازی وظایف واحدهای حقوقی دستگاه‌های اجرایی در حقوق ایران و فرانسه**»، حقوق اداری، سال پنجم، شماره ۱۵.
* نکویی، محمد (۱۴۰۰)، «**آسیب‌شناسی آرای هیات‌های رسیدگی به تخلفات اداری کارمندان از منظر اصول دادرسی عادلانه (با تاکید برآرای دیوان عدالت اداری)**»، پژوهشهای نوین حقوق اداری، سال سوم، شماره ۹.
* واعظی، سیدمجتبی (۱۴۰۲)، «**مفهوم و کارکرد صلاحیت در حقوق اداری**»، حقوق عمومی، دوره ۲۵، شماره ۸۰.
* هداوند، مهدی و آقایی طوق، مسلم (۱۳۹۶)، **دادگاه‌های اختصاصی اداری**، چاپ سوم، تهران: خرسندی.
* شرکت شبکه الکترونیکی پرداخت کارت (۱۳۹۹)، **کتابچه جامع الزامات پرداخت‌یاری**، تهران: شرکت شبکه الکترونیکی پرداخت کارت.
* بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران، **مقررات ناظر برارائه دهندگان خدمات**

پرداخت، سایت بانک مرکزی، ویرایش دوم، ۲۵ آذر ۱۳۹۰
* مولائی، آیت (۱٤۰۳)، «**چالش واژگانی قانون‌گذار «عدالت اداری» در ارتباط با خسارت**»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۸، شماره ۱۲۷.
* مولائی، آیت و لطفی، حسن (۱۳۹۷)، «**تحلیل انتقادی نحوه اثبات ارکان مسؤولیت مدنـــی اداره در چارچوب ماده ۱۰ قانون دیوان عدالت اداری**»، مطالعات حقوقی، دوره ۱۰، شماره ٤.
* نجابـــت خواه، مرتضـــی(۱۳۹۰)، «**قانون دیوان عدالـــت اداری در نظم حقوقی کنونی**»، تهران: جنگل.

ب. انگلیسی

* Ogus, A. (2007). **Regulation: Legal Form and Economic Theory**. Oxford University Press.
* Chevallier, J. (1988). **The Administrative Judge and Public Law**. Revue Francaise D'administration Publique.
* European Central Bank. (2022). **Guidelines on Payment Systems and Regulations**. ECB Publications.
* Federal Reserve System. (2021). **Regulatory Framework for Electronic Payments**. Washington, D.C.
* Basel Committee on Banking Supervision. (2020). **Principles for Sound Payment Systems**. Bank for International Settlements.
* https://shaparak.ir/a5chlv8s.html(last visited: 2022-09-20)

پ. فرانسه

* Chevallier Jacques; (1988); **Le droit administratif droit de privilège?** Revue Pouvoirs, Paris

مجله حقوقی دادگستری

مقاله پژوهشی/ دوره ۸۹/ شماره ۱۲۹/ صفحات: ۱۴۷-۱۱۹
تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۳/۲۰ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۹/۰۹

تحلیلی نو از موضوع، اوصاف و احکام عقد سرقفلی در قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۷۶ (با نقدی بر رویه قضایی)

مصطفی کربلائی آقازاده[1]

چکیده

اکثریت قضات محاکم با مجرد نمودن حق سرقفلی از منبع حقوقی آن یعنی عقد، تبصره ۲ از ماده قانون روابط موجر و مستأجر ۱۳۷۶ را چنین معنا می‌کنند که مالک در پایان مدت اجاره بدون جلب رضایت مشتری یا مستأجرِ دارنده حق سرقفلی می‌تواند با پرداخت قیمت عادله حق سرقفلی، تخلیه او را مطالبه کند؛ تحلیلی که به وضوح مغایر با قصد مشترک متعاقدین و مفهوم فقهی و عرفی از حق سرقفلی است و مالک با دریافت مبلغ سرقفلی حق تخلیه خود در پایان مدت اجاره را ساقط می‌نماید. در مقاله اثبات شده که موضوع عقد سرقفلی، دادن «حق اختیار اجاره» به مشتری یا مستأجر است که به واسطه آن، حق تخلیه مالک در پایان مدت اجاره از بین می‌رود. به این ترتیب، این‌که مالک در چه مواردی می‌تواند درخواست تخلیه ملک را مطرح کند، نظر به تبعیتِ معاملات اموال در حقوق مبتنی بر فقه از نظریه علّی یا سببی، مفهوم تخلیه و قیمت عادله در تبصره ۲ از ماده قانون روابط موجر و مستأجر ۱۳۷۶، به موارد فسخ عقد سرقفلی و کاهش ارزش مالی که در نتیجه عقد به دست آمده و قرار است به واسطه فسخ استرداد شود، بازگشت دارد.

واژگان کلیدی: اختیار اجاره، تقدم اجاره، حق سرقفلی، حق کسب و پیشه و تجارت.

---

۱. دانش آموخته دکتری حقوق خصوصی، دانشکده حقوق مفید قم، قم، ایران
mkaghazadeh64@gmail.com

درآمد

از دید عده‌ای از فقها عقلای عالم حق قانون‌گذاری ندارند که شخصی را صاحب حق کنند یا حق شخصی را زایل نمایند. چنین اندیشه‌ای موجب شد امکان بقای مستأجر پس از انقضای مدت اجاره با اتکا به مفهوم عرفی «حق کسب و پیشه و تجارت» در قوانین روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۳۹ و ۱۳۵۶ که در حقیقت یک نوع جعلِ حق از سوی عقلا و مغایر شریعت بود و از احکام غصب به حساب می‌آمد، در تحولات بعدی قانون‌گذاری در راستای حقوق مبتنی بر فقه در قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۷۶ جای خود را به مفهوم شرعی «حق سرقفلی» بدهد؛ مفهومی که در واقع قرار است جایگزین مفهوم عرفی «حق کسب و پیشه و تجارت» شود و کارکردی مشابه آن داشته باشد؛ با این مبنای شرعی که صاحب حق سرقفلی با اتکا به «ارادهٔ متعاقدین» پس از انقضای مدت اجاره، همچون صاحب حق کسب و پیشه و تجارت، امکان بقا در عین را بیابد، اما این جایگزینی به دلایل زیر آن‌گونه که باید محقق نشد:

نخست این‌که مواد سرقفلی در قانون روابط موجر و مستأجر ۱۳۷۶ تقریباً بدون هیچ دخل و تصرفی از مسائل سرقفلی کتاب تحریرالوسیلهٔ مرحوم سید روح‌الله موسوی خمینی گرفته شده است و چون در آن کتاب به ماهیت، آثار و احکام حقِ سرقفلی هیچ اشاره‌ای نشده بود، چنین امری موجب شد این ابهام به قانون موصوف سرایت کند و در این قانون نیز اشارهٔ روشنی به ماهیت، آثار و احکام آن نشود؛ امری که سبب شد قضات و حتی دکترین حقوقی بر خلاف حق کسب و پیشه و تجارت که در قانون روابط موجر و مستأجر ۱۳۵۶ به تفصیل ماهیت، آثار و احکام آن به روشنی آمده بود، در این قانون نظر به سکوت ماهیت، آثار و احکام سرقفلی در رفع تنازعات میان صاحب حق و مالک عین، متحیر و سرگردان بمانند. برای نمونه، این‌که در هنگام تخلیه معیار برآورد حق سرقفلی چیست، برخی به کاهش ارزش مبلغ پرداختی (سکوتی، ۱۳۸۲: ۷۹) و برخی دیگر به برآورد قیمت نوع مشابه حق سرقفلی نظر دارند (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۵۳؛ عبدی‌پور، ۱۳۸۴: ۱۰۵)[۱]. در ادامه، در صورتی که به

۱. در نظریهٔ مشورتی شمارهٔ ۱۴۱۹/ ۱۴۰۰/ ۷ مورخ ۱۲/ ۱۱/ ۱۴۰۰ در پاسخ به این سوال که منظور از قیمت عادله روز مندرج در تبصره ۲ ماده ۶ قانون روابط موجر و مستاجر مصوب ۱۳۷۶/۵/۲۶ چیست و نحوه محاسبه آن به چه نحو است؛ آیا منظور، محاسبه مبلغ پرداختی سرقفلی به قیمت

درخواست مالک، حکم تخلیه به همراه پرداخت قیمت عادلهٔ حق سرقفلی صادر شود، ولی مالک از اجرای حکم تخلیه در مدت مدیدی امتناع نماید، این‌که میزان مندرج در حکم در اجرای تبصرهٔ مادهٔ ۱۹ قانون کانون کارشناسان رسمی دادگستری قابل تغییر اســـت یا حکم تخلیه همچون مقررات ۱۳۵٦ ملغی می‌شود و یا این‌که میزان آن حین اجرا با کارشناسی باید معین شود، معرکهٔ آرا و انظار در رویهٔ قضایی است[1].

روز تخلیه اســـت که بر اساس شـــاخص بانک مرکزی (به عنوان وسیله‌ای که در تقویم معادل ریالی آن موثر اســـت) و با ارجاع موضوع به کارشناس حسابداری مشخص می‌گردد یا مفهوم دیگری دارد که در این صورت، مبنای محاســـبه ســـرقفلی به قیمت عادله روز چیستٍ و چه کارشناسی و با چه صلاحیتی می‌بایســـت در این خصوص اظهار نظر نماید، آمده است: «اولاً، در خصوص اجاره اماکن تجاری مشـــمول قانون روابط موجر و مســـتأجر مصوب ۱۳۷٦ با توجه به ذیل تبصره ۲ ماده ٦ این قانون، هنگام تخلیه، ســـرقفلی بایدِ به قیمت عادله روز تخلیه پرداخت شود و در تعیین قیمت عادله روز سرقفلی، همه عواملی که عرفاً موثر است با عنایت به وضعیت و موقعیت کنونی ملک باید لحاظ شـــود؛ به گونه‌ای که اگر قرار باشـــد ســـرقفلی ملک در وضع کنونی واگذار شود، عرفاً به چه قیمتی واگذار می‌شـــود؛ ثانیاً، حدود صلاحیت کارشناس رسمی بر اساس پروانه‌ای است که از سوی مرجع ذی‌ربط صادر شده است و برای تشخیص کارشناس ذی‌ربط، مقام قضایی می‌تواند با مراجعه به کتب فهرست کارشناسان رسمی دادگستری، گرایش‌ها و حوزه تخصصی هر کارشناس را ملاحظه کند».
در نظریهٔ مشـــورتی دیگری به شـــمارهٔ ۱۷۱۹/ ۱٤۰۰/ ۷ مورخ ۵/ ٤/ ۱٤۰۱ در پاسخ به این سوال که در خصوص حق دریافت ســـرقفلی مستأجر موضوع تبصره ۲ ماده ٦ قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۷٦، چنانچه مســـتأجری که به طریق صحیح شرعی، سرقفلی مغازه‌ای را از مالک (موجر) آن دریافت کرده است، مبادرت به تخلیه ملک موضوع اجاره و سرقفلی نماید؛ اما موجر از پرداخت حق سرقفلی به نرخ عادله روز به وی خودداری کند، در صورت طرح دعوی از سوی مستأجر جهت مطالبه این حق، بعد از مدت طولانی از تاریخ خلف وعده توسط مالک (موجر)، آیا ملاک در ارزیابی ســـرقفلی، روز تخلیه است یا روز پرداخت آن به مستأجر، گفته شده است: «اولاً، در خصوص اجاره اماکن تجاری مشـــمول قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۷٦ با توجه به ذیل تبصره ۲ ماده ٦ این قانون، هنگام تخلیه، سرقفلی باید به قیمت عادله روز پرداخت شود و در تعیین قیمت عادله روز سرقفلی، همه عواملی که عرفاً موثر است با توجه به وضعیت و موقعیت کنونی ملک باید لحاظ شود؛ به گونه‌ای که اگر قرار باشـــد ســـرقفلی ملک در وضع کنونی واگذار شود، عرفاً به چه قیمتی واگذار می‌شود؛ ثانیاً، چنانچه زمان تخلیه به هر علتی، سرقفلی به قیمت عادله آن زمان پرداخت نشود، ملاک قیمت همان زمان تخلیه اســـت و چنانچه به‌رغم مطالبه در پرداخت آن تأخیر شـــده باشد، خسارت ناشی از کاهش ارزش پول با رعایت ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹ قابل مطالبه است».
۱. در نظریهٔ مشـــورتی شماره ۲۱۰۰/ ۹۷/ ۷ مورخ ۲۱/ ۷/ ۱۳۹۷ در پاسخ به این پرسش که با توجه به این‌که در قانون موجر و مســـتاجر سال ۱۳۷٦ طی تبصره ۲ ماده ٦ آن قانون در مواردی که موجر سرقفلی را به مستاجر منتقل نموده باشد و تخلیه منوط به پرداخت حق سرقفلی به قیمت عادله روز گردیده باشـــد چنان‌چه در مرحله رسیدگی ســـرقفلی ملک به قیمت روز کارشناسی شود و در حکم قطعی دادگاه مبلغ سرقفلی قید گردد و لیکن محکومٌ‌له بعد از صدور حکم مدت چند سال نسبت به پرداخت سرقفلی مستاجر اقدامی ننموده باشد و تخلیه صورت نگرفته است آیا با گذشت مدت مدید ممکن اســـت قیمت سرقفلی تغییر کرده باشـــد و با توجه به این‌که برابر تبصره ماده ۱۹ قانون کانون

دوم این‌که برخلاف اکثر مفاهیم و تأسیســـات حقوقی که پیشینه‌ای طولانی در فقه دارند و از آن‌ها می‌توان در رفع ابهام و تکمیل قانون بهره جســـت، حق سرقفلی دارای ســـابقهٔ بســـیار کمی در فقه بوده و تنها در کتب صد سال اخیر فقها و فقط با اشـــارات اندکی به ماهیت، آثار و احکام آن پرداخته شده و این مهم نیز مزید بر علت شـــده که میان آن‌چه در عرف وجود دارد و در دادگاه‌ها حاکم است، مطابقتی وجود

کارشناسان رسمی دادگستری چنان‌چه قیمت عادله روز ملک با جلب نظر کارشناس تعیین شده باشد تا صرفاً شش ماه معتبر است در مانحن فیه آیا بعد از صدور حکم دادگاه باید قرار کارشناسی مجدد صادـــر نماید و نظریه جدید اخذ نماید و آن را ملاک عمـــل قرار دهد یا همان مبلغ مذکور در حکم ملاک عمل دادگاه اســـت و آیا اخذ نظریه کارشناس بعد از صدور رأی مغایر قاعده فراغ دادرس می باشـــد یا خیر، آمده است: «هرگاه موجر دعوای تخلیه مطرح کرده باشد و دادگاه ضمن حکم تخلیه به اســـتناد تبصره ۲ ماده ٦ قانون روابط موجر و مستأجر ۱۳۷٦، تخلیه را منوط به پرداخت سرقفلی به قیمت عادله روز نموده باشد، اولاً دادگاه در این گونه موارد علی‌الاصول نباید مبلغی را به عنوان سرقفلی تعیین نماید؛ زیرا زمان قطعی شدن و اجرای حکم تخلیه در هنگام صدور رأی معلوم نیست و آن‌چه موجر مکلف به پرداخت آن اســـت، ســـرقفلی به قیمت عادله روز تخلیه است نه قبل از آن؛ ثانیاً، اگر دادگاه در رأی خود ضمن حکم تخلیه، مبلغ مزبور را تعیین نموده باشد، تعیین مبلغ مزبور به عنوان بخشـــی از محکوم‌به نمی‌باشـــد؛ زیرا محکوم‌له پرونده تخلیه موجر است در حالی که وی مکلف شده است مبلغ مزبور را به محکوم علیه (مستأجر) بپردازد؛ بنابراین در فرض سوال در صورت انقضای مدت شـــش ماه از تاریخ صدور نظریه کارشناســـی، دادگاه در اجرای تبصره ماده ۱۹ قانون کانون کارشناسان رسمی دادگستری می‌تواند با ارجاع امر به کارشناسی قیمت عادله روز سرقفلی را تعیین نماید».

در نظریه مشـــورتی دیگری به شمارهٔ ۱۷۰/ ۱٤۰۱/ ۰۷ مورخ ۱٤۰۱/۵/۹ در پاسخ به این سوال که بر اساس قانون روابط موجر و مســـتأجر مصوب ۱۳۷٦، چنانچه مستأجر دارای حق سرقفلی یک باب مغازه باشد و به درخواست مالک، رأی بر تخلیه یک ماه پس از تودیع سرقفلی صادر شود، اما مهلتی برای تودیع مبلغ سرقفلی از سوی مالک تعیین نشود، با توجه به ارزش روز سرقفلی، آیا با اخذ ملاک از ماده ۲۸ قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۵٦، در صورت عدم تودیع ظرف مهلت سه ماه، حکم بی‌اثر است یا باید هنگام اجرای احکام قیمت روز سرقفلی دوباره تعیین شود، گفته شده است: «در فرض سؤال که مستأجر دارای حق سرقفلی است و دادگاه رأی بر تخلیه یک ماه پس از پرداخت ســـرقفلی صادر؛ اما مهلتی برای تعیین سرقفلی تعیین نکرده است، از آن‌جا که وفق تبصره ۲ ماده ٦ قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۷٦ سرقفلی باید هنگام تخلیه به قیمت عادله روز به مستأجر پرداخت شود؛ اولاً، موجبی برای اخذ ملاک از ماده ۲۸ قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۵٦ که ناظر بر حق کســـب، پیشـــه یا تجارت است، نمی‌باشد و نمی‌توان با اخذ ملاک از حکم این ماده، موارد ملغی‌الاثر شدن رأی دادگاه پس از مهلت سه ماه قانونی را به فرض سؤال نیز توسعه و تسری داد؛ ثانیاً، موضوع از شمول تبصره ماده ۱۹ قانون کانون کارشناسان رسمی دادگستری مصوب ۱۳۸۱ خروج موضوعی دارد و در فرض ســـؤال، دادگاه مکلف به تجدید کارشناسی و تعیین قیمت عادله روز اســـت؛ زیرا این تکلیف نشأت گرفته از مقرره‌ای است که موضوع را به قیمت عادله روز احاله کرده است؛ بنابراین در فرض سؤال که موجر پس از چند ماه از تاریخ رأی سرقفلی را پرداخت نکرده است، با توجه به تکلیف قانونی پیش‌گفته، در صورت عدم تراضی طرفین، با ارجاع امر به کارشناس، قیمت عادله روز سرقفلی تعیین می‌شود».

نداشـــته باشـــد. برای نمونه، این‌که منظور از «هنگام تخلیه» در تبصرهٔ ۲ از مادهٔ قانون روابط موجر و مســـتأجر ۱۳۷٦ چیســـت، معنای این تبصره از دید اکثریت قضات آن اســـت که موجر در پایان مدت اجاره بدون نیاز به ســـببی می‌تواند درخواست تخلیهٔ مشـــتری یا مستأجر دارندهٔ حق ســـرقفلی را بدهد[1]؛ درحالی که چنین امری برخلاف مفهـــوم فقهی (لنکرانـــی، ۱۳۹٤، درس خارج فقه؛ حائـــری، ۱/۱٤۲۳: ۱٦٥) و رایج سرقفلی در عرف و قصد مشـــترک متعاقدین است که مالک با دریافت مبلغ سرقفلی حق تخلیهٔ خود را اسقاط می‌کند.

ســـوم، به دلیل این‌که فقهای معاصر در مقابله با مفهوم عرفی «حق کســـب و پیشـــه و تجارت» چنین حقی را وضع نمودند، سبب شد آن‌ها بیشترین زمان خود را صرف شناساندن مشروع بودن حق سرقفلی در برابر حق کسب و پیشه و تجارت کنند و کمتر به بیان ماهیت، آثار و احکام آن بپردازند؛ همین امر به قانون مذکور ســـرایت نمود و موجب شـــد قانون‌گذار نیز بدون هیچ بیان روشـــنی از ماهیت، آثار و احکام حق ســـرقفلی، فقط معاملات راجع به آن را صحیح بداند؛ درحالی که از دلالت‌های قانون‌گـــذاری مطلوب آن اســـت که مقنن به بیان ماهیت، آثـــار و احکام موضوعات مطروحه بپردازد تا در مقام رفع تحیر قضات حکم آن را مشخص نماید.

چهارم، از آن‌جا که در رفع ابهام و تکمیل ماهیـت، آثار و احکـام حق سرقفـلی نمی‌توان با توجه به تفاوت مبـــنایی آن با حق عرفی کســـب و پیشه و تجارت که به تفصیل ماهیت، آثار و احکام آن در قانون روابط مـــوجر و مستأجر ۱۳٥٦ آمده بهره برد، جملگی این موارد موجـــب شده است این جایـــگزینی آن‌گونه که باید انجام نشود.

اهمیت موضوع زمانی بیشتر احساس می‌شـــود که نظر به تمایز و جدایی حق صاحب سرقفلی از مالکیت عین در طول مدت بهره‌برداری و استفاده از عین، ممکن اســـت تعارضاتی میان حق صاحب سرقفلی، مالک و حتی دیگران به وجود آید؛ نظیر تعدی و تفریط صاحب حق ســـرقفلی در عین مستأجره، عدم پرداخت مابه‌ازای انتقال حق ســـرقفلی یا اجاره‌بها از سوی صاحب حق سرقفلی به مالک عین، اسباب و موارد

---

۱. بـــرای ملاحظه چنیـــن نظری، بنگرید به نظریه‌های مشـــورتی ۹۷/۲۱۰۰/ ۷ مورخ ۱۳۹۷/۷/ ۲۱ و ۱٤۰۰/۱۷۱۹/ ۷ مورخ ٥/ ٤/ ۱٤۰۱.

تخلیهٔ عین مستأجره، تصرفات بدون مجوز مالک عین یا دیگران در عین متعلق حق سرقفلی، اتلاف یا تلف عین متعلق حق سرقفلی بعد از انعقاد قرارداد حق سرقفلی، انتقال حق سرقفلی یا منفعت عین مستأجره از سوی صاحب حق سرقفلی به دیگران، نیاز به تعمیرات کلی یا جزئی عین متعلق حق سرقفلی، اختلاف مالک و صاحب حق سرقفلی در برآورد میزان سرقفلی در فرض تخلیه که جملگی این موارد نمونه‌ای از این تعارضات پیدا و پنهان میان مالک عین، غیر و صاحب حق سرقفلی است. مواردی که نظر به استمرار رابطهٔ میان صاحب حق سرقفلی با مالک، فروض بعید و نادری نیستند و جمع میان مالک و دارندهٔ حق جز با بیان ماهیت این حق ممکن نیست. اما به دلیل آن‌که احکام حق کسب و پیشه و تجارت به‌صورت کم‌وبیش تفصیلی در قانون روابط موجر و مستأجر ۱۳۵۶ آمده است، در مقررات روابط موجر و مستأجر ۱۳۷۶ هیچ اشاره‌ای به ماهیت، آثار و احکام حق سرقفلی نشده است و پاسخ به آن‌ها جز در سایهٔ کشف ماهیت، آثار و احکام حق سرقفلی ممکن نیست.

مطالعهٔ نظریه‌های دکترین حقوق ایران راجع به حق سرقفلی، حاکی از آن است که با وجود مطالعات متعدد، به نحو مطلوبی به این موضوع پرداخته نشده است؛ بنابراین ضرورت نوشتن مقالهٔ حاضر بیشتر آشکار می‌شود؛ زیرا در مقاله‌های دیگر نظیر «رویکرد تحلیلی به ماهیت حق کسب و پیشه و تجارت و حق سرقفلی» (۱۳۸۴)، «تحلیل فقهی و حقوقی سرقفلی در قانون روابط موجر و مستأجر ۱۳۷۶» (۱۳۹۵)، «رویکردی نوین نسبت به حق کسب یا پیشه یا تجارت و حق سرقفلی از دیدگاه نظام حقوقی مالکیت فکری» (۱۳۹۳)، «سرقفلی حق کسب و پیشه (با رویکردی به دیدگاه امام خمینی)» (۱۳۹۴)، «وحدت یا تعدد حق کسب، پیشه و تجارت با حق سرقفلی» (۱۳۹۱)، و «نقدی بر سرقفلی و حق کسب و پیشه و تجارت در قانون روابط موجر و مستأجر سال ۱۳۷۶» (۱۳۸۰) تا آنجا که مطالعه شد، جز پاره‌ای اشارات کلی به ماهیت حق سرقفلی که آن نیز مغایر با نظر این مقاله است، عمدتاً بیشترین تمرکز بر تمایز میان حق کسب و پیشه و تجارت از حق سرقفلی گذاشته شده است؛ و اگر نگوییم هیچ، کمتر بحثی راجع به آثار و احکام حق سرقفلی در فروضی که تصویر آن آمد، شده است؛ در حالی که نظر به اهمیت موضوع و فزونی معاملات سرقفلی در جامعه، باید بیشترین تمرکز در پاسخ به فروضی باشد که بیان شد؛ مواردی که پاسخ به آن‌ها

جز در سایهٔ کشف ماهیت، آثار و احکام حق سرقفلی ممکن نیست. کوتاه سخن این‌که در این مقاله کوشش شده است در سایهٔ روشن شدن ماهیت، آثار و احکام حق سرقفلی، پاسخ به فروض مطروحه داده شود و رویه‌های مرسوم در محاکم که عمدتاً بر پایهٔ نظریات مشورتی بنا شده‌اند به نقد کشیده شوند.

این‌که ماهیت، آثار و احکام حق سرقفلی به چه نحوی طرح شود، می‌توان موضوع را به دو شیوه مطرح نمود؛ یا ماهیت، آثار و احکام حق سرقفلی را مجرد و قطع نظر از منبع حقوقی آن مطرح کرد، همچنان که در دادگاه‌ها اصولاً به این شیوه به مسئلهٔ حق سرقفلی نگاه می‌شود و یا با تأکید بر منبع حقوقی، ماهیت، آثار و احکام حق سرقفلی را طرح کرد. این‌که کدام‌یک از این شیوه‌ها را می‌توان در طرح موضوع انتخاب نمود، در پاسخ به آثار و احکام موضوع تحقیق نیز تأثیرگذار است.

مطابق این شیوه که حق سرقفلی مجرد از منبع حقوقی است، همچنان که چنین نگرشی کم یا بیش حاکم بر قانون روابط موجر و مستأجر ۱۳۵٦ است، مفهوم تبصرهٔ ۲ از مادهٔ ٦ قانون روابط موجر و مستأجر ۱۳۷٦ این‌گونه معنا می‌شود؛ اولاً، مالک بدون نیاز به سبب خاصی به صرفِ انقضای مدت اجاره به هر علتی که بخواهد می‌تواند تخلیهٔ صاحب حق سرقفلی را مطالبه نماید و ثانیاً، به دلیل آن‌که تخلیه در این حالت با اضمحلال حق سرقفلی در عین و دارا شدن ناعادلانهٔ مالک ملازمه دارد، تخلیه مطابق تبصرهٔ ۲ از مادهٔ ۱۵ قانون روابط موجر و مستأجر ۱۳۵٦ منوط به پرداخت ارزش روز حق سرقفلی است؛ بدون این‌که توجه شود عقد به‌عنوان منبع حقوقی آن عقد لازم است یا جایز؛ در حالی که مطابق شیوهٔ دوم، درخواست تخلیهٔ عین از سوی مالک، متفرع از فسخ عقد سرقفلی است و تا مادامی که عقد فسخ نشود، مالک نمی‌تواند تخلیهٔ صاحب حق سرقفلی را مطالبه نماید و در ادامهٔ فسخ آن‌چه به مشتری پرداخت می‌شود چیزی بیش از استرداد عوض قراردادی نیست. به عبارت دیگر، در این طرح اسباب و موارد تخلیه به اسباب فسخ عقد بازگشت می‌کند که آیا عقد سرقفلی عقد لازمی است که جز در موارد معین، هیچ‌یک از طرفین حق فسخ آن ندارند یا عقد جایزی است که هریک از طرفین هر موقع بخواهند می‌توانند آن را برهم بزنند.

مجرد ساختن حق سرقفلی از منبع حقوقی، موجب دور افتادن آن از منابع

حقوقی و دیگر اصول حقوقی می‌شـــود؛ این در حالی اســـت که تجریدی بودن حق از منبع حقوقی آن، خلاف ســـیرهٔ عقلایی حاکم بر معاملات مبتنی بر فقه اســـت. از آن‌جـــا که فقیهان برای پرهیز از چنین تجریدی در فقه ســـنتی محور اصلی مباحث را «عقود معین» و «قواعد خاص ضمان قهری» قرار داده‌اند (کاتوزیان، ۱۳۸۲: ۱۶– ۱۷) تا موجب افراط و دور ماندن موضوع از منبع حقوقی و دیگر اصول حقوقی نشـــود، عنوان مقاله تحلیل موضوع، اوصاف و احکام عقد ســـرقفلی انتخاب شد؛ بنابراین در مقاله پس از بیان فلســـفه، تاریخچه و ماهیت حقوقی سرقفلی که در واقع بازگشت به موضوع عقد سرقفلی است، اوصاف و احکام عقد سرقفلی بیان می‌شود که به پشتوانهٔ آن آثار و احکام حق سرقفلی و پاسخ مسائلِ مفروض داده شود.

۱. فلسفه و تاریخچهٔ حق سرقفلی

از آن‌جا که کشـــف ماهیت حقـــوقی هر چیزی متفرع از شناخت مفهوم آن است، برای شناخت سرقفلی می‌توان دو طـــریق را انتخاب کرد یا با مراجعه به کتب لغوی و یا رجوع به تاریخ و شـــناخت سیر تـــحولات آن. در این میان در مقالات و کتب حقوقی عموماً از رویکرد نخست استـــفاده می‌شود، اما از آن‌جا که مراجعه به سیر تحولات تاریخ و عرف حاکم میان مردم می‌تواند درک بهتری از این موضوع ارائه دهد، نویســـنده معتقد است رویکرد دوم کمک بیشتری به کشف ماهیت حق سرقفلی می‌کند.

پس از خلق اشیا، بشر برای رفع نیازمندی‌های خود مفاهیمی را وضع نمود که به واســـطهٔ آن‌ها نیازهای خود را برطرف سازد؛ مفاهیمی که به تبعِ توسعه و پیشرفت جوامع بشـــری و نیاز به تغییر جوامع در طول حیات خود روز به روز در حال تحول و دگرگونی هستند که از آن جمله می‌توان به مفهوم «سرقفلی» در حقوق اشاره کرد. با مراجعه به تاریخ بشر دلایل ایجاد حق سرقفلی به قرار زیر است:

نخســـت، از آن‌جا که در فعالیت‌های اقتصادی از یک سو مستأجرانِ ناتوان از خرید مالکیت، نگران تخلیهٔ ملک در پایان مدتِ اجاره و گران و کمیاب شـــدن منافع و از دست رفتن مشتریان خود بودند و از سوی دیگر موجران نیز نگرانی‌های متعدد خود را داشـــتند، مانند کمبود مســـتأجر و پول، جملگی این فعالان اقتصادی به فکر ابزاری افتادند که بتوانند این ریســـک‌ها را مدیریت کنند تا از یک سو هم نگرانی‌های

مســـتأجران برطرف شود و از سوی دیگر نیازمندی‌های موجران تأمین گردد. یکی از این روش‌ها «معاملهٔ حق سرقفلی» بود؛ امری که موجب می‌شد هم نگرانی مستاجران برطرف شـــود و با اجاره بهای کمتری به تصرفات خود بعد از پایان اجاره ادامه دهند و هم با پرداخت مبلغ مابه‌ازای ســـرقفلی نیازمندی‌های موجران برطرف شود. مطابق این تصویر، صاحب سرقفلی همچون مســـتأجری است که باید به ازای مبلغ کمتری اجاره‌بها عین مستأجره را به مالک پرداخت کند و با پرداخت مبلغ سرقفلی حق تخلیهٔ مالک ساقط می‌شود.

دـــوم، دلیل دیگری که فعالان اقتصادی در فکر ابداع مفهومی به نام ســـرقفلی افتادند، مخالفت فقها با مفهوم عرفی «حق کســـب و پیشه و تجارت» در قانون روابط موجر و مســـتأجر ۱۳۵٦ بود. فعالان اقتصادی یادشده در مقابل این منع شرعی، برای این‌که امر دیگری را جایگزین مفهوم عرفی «حق کســـب و پیشه و تجارت» در قانون روابط موجر و مستأجر ۱۳۵٦ کنند؛ حقی که کارکردی مشابه با آن داشته باشد، مفهوم سرقفلی را ابداع نمودند که با اتکا به ارادهٔ مالک و صاحب حق سرقفلی امکان بقا در عین مســـتأجره را همچون حق کسب و پیشه و تجارت داشته باشد و مالک نتواند او را از عین تخلیه کند. حقی که به اعتبار آن صاحب ســـرقفلی بتواند هم از منافع عین اســـتفاده و بهره‌برداری نماید و هم در مقابل این اســـتفاده باید اجاره‌بهای کمتری را پرداخت کند؛ هم‌چنان که در حق کسب و پیشه و تجارت، مالک با انقضای مدت، حق تخلیهٔ مســـتأجر را ندارد، در این حالت نیز با انقضای مدت اجاره، حق تخلیهٔ صاحب حق سرقفلی را نداشته باشد.

۲. ماهیت حقوقی حق سرقفلی

بنا بر آن‌چه از فلســـفه و تاریخچهٔ حق ســـرقفلی مشـــخص می‌شود، صاحب ســـرقفلی پس از انقضای مدت اجاره حق دارد بـــه تصرفات خود ادامه دهد و بدون جلب رضایـــت او مالک نمی‌تواند تخلیهٔ وی را درخواســـت کند (عبدی‌پور، ۱۳۹۲: ۲٤٤)، اما آن‌چه محل بحث اســـت، ماهیت این حق، آثار و لوازم آن اســـت. آیا چنین حقی تابع صاحب حق اســـت یا بر ملک تعلق می‌گیرد؟ که این مهم نه‌تنها در تعیین معیار ارزش حق سرقفلی مؤثر اســـت، بلکه این‌که چنین حقی در تقسیم‌بندی اموال، ذیل اموال منقول قرار می‌گیرد یا غیر منقول نیز تأثیرگذار خواهد بود.

بر اساس آن‌چه در فلسفه و تاریخچهٔ حق سرقفلی بیان شد، در عرف معاملی متعاقدین حق سرقفلی را قطع نظر از «عین»، «منفعت»، «اجاره‌بها»، «قرض» و «اباحهٔ تصرف»، سلطهٔ دیگری برای صاحب حق سرقفلی اعتبار می‌کنند (لنکرانی، ۱۳۹٤، درس خارج فقه؛ عبدی‌پور، ۱۳۸٤: ۹۹) که موجب می‌شود صاحب حق سرقفلی با اجاره‌بهای کمتری به تصرفات خود ادامه دهد، اما چون مقنن در توصیف ماهیت این حق، سکوت اختیار کرده است، این‌که امکان بقا از آثار چه حقی است، تصویرهای آن می‌تواند به قرار زیر باشد.

۱-۲. حق انتفاع

مطابق این تصویر که در کلمات مرحوم خویی آمده است، ماهیت حق سرقفلی، «حق سکنی» به عنوان قسمی از اقسام حق انتفاع است که صاحب حق سرقفلی می‌تواند به تصرفات خود پس از انقضای مدت ادامه دهد (خویی، ۳۰/۱٤۱۸: ۵۱۱؛ باریکلو، ۱۳۹۵: ۱۹۹).

مطابق این تصویر، مبلغ سرقفلی مابه‌ازای انتقال حق انتفاع به مشتری است که مشتری می‌تواند به تصرفات خود ادامه دهد. از لوازم این تصویر آن است که اولاً، مشتری نمی‌تواند منفعت عین را به دیگری انتقال دهد؛ چون آن‌چه به صاحب سرقفلی منتقل شده است چیزی بیش از حق انتفاع نیست؛ حقی که ضعیف‌تر از مالکیت منفعت در حقوق ما است (خویی، ۳۰/۱٤۱۸: ۵۱۱)؛ ثانیاً، مطابق این تصویر، صاحب سرقفلی بدون این‌که موظف باشد اجرت منافع را پرداخت نماید، به واسطهٔ این‌که مابه‌ازای حق انتفاع را پرداخت نمود، موظف به پرداخت اجاره‌بها در طول مدت تصرف نیست.

اگر چه تصویر ارائه‌شده مغایر با قوانین آمره نیست و طرفین می‌توانند همچون این تصویر توافق کنند، اما کلیت تحلیل ارائه‌شده با مفهوم عرفی سرقفلی و آنچه در قانون آمده است سازگار نیست؛ زیرا اولاً، از آثار مفهوم عرفیِ حق سرقفلی آن است که مشتری با وجود پرداخت مبلغی، موظف به پرداخت مبلغ دیگری به مالک در طول مدت بقا است؛ مبلغی که کمتر از اجارهٔ متعارف عین است و در عرف از آن با عنوان «اجاره‌بها» یاد می‌شود؛ ثانیاً، از دلالت‌های مفهوم حق سرقفلی آن است که صاحب حقِ سرقفلی می‌تواند منافع عین مستأجره را در موعدهای معینِ کوتاه‌مدت یا بلندمدت

به اشـــخاص دیگر انتقال دهد؛ هم‌چنان که در عرف، در صورت سکوت متعاقدین، از آثار حق ســـرقفلی آن است که صاحب آن حق دارد منافع ملک را در موعدهای معین کوتاه‌مدـــت یا بلندمدت به دیگری اجاره دهد؛ در حالی که مطابق تصویر ارائه شـــده، صاحب حق انتفاع حق تملیـــک منفعت را در موعدهای معین کوتاه‌مدت یا بلندمدت ندارد؛ تحلیلی که نشـــان می‌دهد تصویر ارائه‌شده مغایر با آثار و لوازم عرفی سرقفلی در قانون و قصد مشترک متعاقدین در عرف است.

۲-۲. ملکیت منفعت دائم

مطابق این تصویر، به خلاف اجاره که تملیک منفعت موقت است، مالک عین منفعت عین مســـتأجره را به صورت دائم به مشـــتری یا مستأجر تملیک می‌نماید. بر اســـاس این تصویر، مبلغ سرقفلی مابه‌ازای تملیک منفعت دائمی عین مستأجره است که مشـــتری یا مســـتأجر می‌تواند به تصرفات خود ادامه دهد. این ایراد که در اجارهٔ منفعت باید مدت معین باشـــد، پس در عقد ســـرقفلی نیز مدت باید معین شود، مانع از صحت چنین قراردادی نیســـت؛ زیرا این‌که مدت استفاده از منفعت در عقد اجاره باید معین باشد، از شرایط و اوصاف عقد اجاره است و مربوط به نظم عمومی نیست که نتوان در دیگر عقود چنین شـــرطی را وارد نمود؛ هم‌چنان که در وصیت، موصی می‌تواند منافع عین را به صورت مطلق یا دائمی به دیگری واگذار نماید.

از لوازم این تصویر آن اســـت که صاحب حـــق می‌تواند اولاً، منفعت را که به صورت دائمی به ملکیت وی درآمده اســـت، در طول مدت معینی و به عبارت دیگر، قســـمتی از آن را به دیگران تملیک کند و پس از انقضای مدت، چون منافع دائم عین مســـتأجره متعلق به اوست، مستأجر مکلف به اســـترداد عین به او خواهد بود؛ ثانیاً، دارندهٔ حق ســـرقفلی که مالک دائمی منفعت است، می‌تواند منفعت دائمی عین را که در این تصویر از آن به حق سرقفلی تعبیر می‌شود، در صورتی که شرط مغایری نشده باشد به دیگری منتقل نماید.

تحلیل ارائه شـــده با آثار سرقفلی و قصد مشترک متعاقدین مطابقت ندارد؛ زیرا در عرف پس از انعقاد عقد ســـرقفلی، صاحب ســـرقفلی در موعدهای معین یا مقرر، بهای منفعت را با عنوان اجاره‌بها به مالک می‌دهد. این مهم دلالت دارد بر این‌که مبلغ ســـرقفلی که مشـــتری به مالک پرداخت می‌کند در برابر تملیکِ منفعت نیست، بلکه

امر مجزایی اســـت که موجب می‌شود صاحب حق سرقفلی بهای منفعت را به مالک پرداخت کند؛ بنابراین تحلیل ارائه شـــده مغایر با مفهوم عرفی حق سرقفلی و قانونی آن است.

۳-۲. حق تقدم در اجاره

در این تصویر وجه و مبلغی که مالک عین از مشـــتری تحت عنوان ســـرقفلی دریافـــت می‌کند، مابه‌ازای حق تقدم در اجاره نمودن عین اســـت؛ به این صورت که مالک عین هر موقع که خواســـت عین را به اجارهٔ دیگری قرار دهد، مشتری یا همان صاحب ســـرقفلی را در اجارهٔ عین، مقدم بر دیگـــران بداند. در صورت صحت این تحلیل، مالک در عقدی مستقل یا شروط ضمن عقد متعهد می‌شود در صورتی که در آینده قصد اجاره دادن عین را داشـــته باشد، طرف مقابل را مقدم بر انعقاد عقد اجاره در نظر گیرد (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۵۲؛ عبدی‌پور، ۱۳۸٤: ۹۹).

مطابق این تصویر، مالک تعهدی بر اجاره دادن مال به دیگری ندارد و می‌تواند بـــه تصرفات خود در ملک پس از انعقاد عقد ســـرقفلی ادامه دهد. تنها زمانی باید به مشتری اجاره دهد که قصد اجاره دادن آن را داشته باشد و با مشتری در مورد شرایط معیـــن عقد اجاره به توافق برســـد. این تحلیل با قصد مشـــترک متعاقدین و آثار عقد سرقفلی ناسازگار است؛ زیرا اولاً، در عرف به محض انعقاد عقد سرقفلی، مالک متعهد به تحویل عین به مشتری می‌شود؛ نه این‌که اختیار داشته باشد به تصرفات خود ادامه داده، هر موقع خواســـت ملک را در اجـــارهٔ دیگری قرار دهد و طرف مقابل را مقدم بر انعقاد عقد اجاره در نظر گیرد؛ ثانیاً، قصد مشترک طرفین در عرف، دلالت دارد بر این‌که آن‌ها به امری بیشـــتر از حق تقدم و کمتر از ملکیت نظر دارند؛ امری که برزخ میان این دو اســـت و بر این دلالت دارد که به محض انعقاد عقد ســـرقفلی، عین در اختیار مشـــتری قرار گیرد و پس از انقضای مدت، مشتری به تصرفات خود همچنان ادامه دهد و مالک حق تخلیهٔ او را ندارد.

٤-۲. حق اختیار در اجاره

مطابق این تصویر، پرداخت مبلغ ســـرقفلی مابه‌ازای قیمت حق اختیار اجاره اســـت که به سبب آن مشتری یا مستأجر با پرداخت مبلغ معینی به مالک، حق اختیار اجـــاره کردن عین را با قیمت قابل اِعمال در آینده به دســـت می‌آورد. در واقع مبلغ

تعیینی میان مالک عین و مشـــتری یا مستأجر اول، قیمت حق اختیار اجارۀ ملک است که دارندۀ سرقفلی آن را به مالک پرداخت می‌کند؛ حقی که با پرداخت عوض در یک قرارداد مستقل برای مشـــتری یا بر مبنای شروط ضمن عقد اجاره برای مستأجر اول حاصل می‌شـــود که درصورتی که اختیار آن را داشته باشد می‌تواند آن را به مستأجر دوم منتقل نماید (حائری، ۱/۱٤۲۳: ۱٦٥؛ حسین‌زاده و شیروی، ۱۳۸٦: ۱۱۹).

آن‌چـــه موجب تمایز حق اختیار از مفاهیم مشـــابه ماننـــد وکالت در اجاره یا حق تقدم در اجاره می‌شـــود، این است که طرفین در حق اختیار اجاره، پیش از عقد اجاره شـــرایط عقد آینده را معین می‌کنند و تنها حلقۀ مفقود این رابطۀ حقوقی، قصد مشـــتری یا مستأجر است که با الحاق آن به قصد مالک که پیشاپیش اعلام شده است عقد تشکیل می‌شود؛ در حالی که در وکالت در اجاره، مستأجر به نمایندگی از موجر قرارداد را منعقد می‌نماید و در حق تقدم، شـــرایط عقد اجارۀ آینده مشخص نیست و طرفین باید در قرارداد دیگری شرایط را معین کنند.

آن‌چه موجب تمایز بیشتر حق اختیار از وکالت می‌شود آن است که در وکالت، هم در زمان انعقاد عقد وکالت و هم در زمان انشـــای عقدی که وکیل منعقد می‌نماید، باید موکل دارای اهلیت باشد؛ در حالی که در حق اختیار اجاره، تنها باید طرفین حین عقد اختیار دارای اهلیت باشـــند و لازم نیست مالک در زمان عقد نهایی یعنی اجاره، دارای اهلیت باشـــد؛ زیرا با انشای عقد اختیار، توافقی که میان طرفین صورت گرفته، آن اســـت که مالک حق اختیار خود را در اجاره، به دیگری واگذار نموده اســـت؛ نه این‌که دیگری را مأذون در تصرف حقوقی نماید.

مطابق این تصویر، حســـب مادۀ ٦ قانون روابط موجر و مستأجر ۱۳۷٦ چنین حقی با پرداخت عوض در یک قرارداد مستقل ایجاد می‌شود که با اِعمال قیمت اجاره از سوی مشـــتری، عقد اجاره اتوماتیک‌وار میان متعاقدین منعقد می‌شود؛ در حالی که مطابق تصویر دیگر یعنی شـــروط ضمن عقد اجاره که دـــر مواد ۷ و ۸ قانون روابط موجر و مســـتأجر ۱۳۷٦ به آن تصریح شـــده، مالک موظف است در صورت تصمیم مستأجر به اجاره و استفاده از حق خود با وی قرارداد اجاره منعقد نماید و در صورتی که مالک امتناع نماید، حاکم به نمایندگی از او عقد اجاره را منعقد می‌کند.

تحلیلی که ارائه شـــد، با مفهوم عرفی سرقفلی، قصد مشترک متعاقدین و مواد

٦، ۷ و ۸ قانون روابط موجر و مستأجر ۱۳۷٦ منطبق است؛ زیرا از یک سو، مشتری با پرداخت مبلغ سرقفلی حقی متفاوت با ملکیت منفعت و حق انتفاع به دست می‌آورد و از سوی دیگر، چون حق اختیار اجاره کردن عین در آینده را به‌دست آورده است، اجاره‌بهای کمتری از مبلغ متعارف به مالک پرداخت می‌کند و به واسطهٔ حق اختیار اجاره، حق مالک در اخراج مشتری یا مستأجر در انتهای اجاره از او سلب می‌شود. نمونه‌ای از این تصویر را می‌توان در مقررات حق شفعه در فقه اسلامی مشاهده نمود که شفیع حق اختیار تملک مورد شفعه را با پرداخت مبلغ معین دارد.

به این ترتیب، این‌که اکثریت قضات تبصرهٔ ۲ از مادهٔ ٦ قانون روابط موجر و مستاجر ۱۳۷٦ را این گونه معنا می‌کنند که بدون جلب رضایت دارندهٔ سرقفلی، مالک می‌تواند تخلیهٔ ملک را همراه با پرداخت ارزش سرقفلی درخواست کند، با این انتقادهای جدی مواجه است که اولاً، مفهوم عرفی سرقفلی و آن‌چه قصد مشترک متعاقدین است را از درون تهی و بدون محتوا می‌کند؛ ثانیاً، این ابتکار قضات با مفهوم حق که سلطنت ضعیف برای دارنده در فقه معنا شده است؛ بنابراین نمی‌توان بدون رضایت دارندهٔ و به صورت قهری آن را به دیگری منتقل نمود، منافات دارد؛ ثالثاً، این‌که چنین حقی ضمن عقد اجاره یا معاوضهٔ دیگری به مشتری یا مستأجر واگذار می‌شود، اگر بدون رضایت دارندهٔ حق، نقض عمدی آن به مالک داده شود، در تنافی و تهافت با اصول و قواعد اخلاقی و حقوقی، از جمله اصل لزوم در عقود در حقوق ما است.

این تصویر از آن‌جایی تقویت می‌شود که در مادهٔ ۱ قانون راجع به تعدیل مال‌الاجاره ۱۳۱۷ و مواد ۵ و ١٤ قانون روابط موجر و مستأجر ۱۳۳۹ و مواد ۷ و ۹ قانون روابط موجر و مستأجر ۱۳۵٦، آن‌چه مانع حق تخلیهٔ مالک می‌شد ریشهٔ آن به حق اختیار اجاره بازگشت داشت که در مقررات ۱۳۳۹ و ۱۳۵٦ از آن به حق کسب و پیشه و تجارت یاد می‌شد؛ حقی که به دلیل آن‌که ارتباط بیشتری با عین دارد، با این‌که قسمی مجزا از ملکیت عین، منفعت، حق انتفاع و حق ارتفاق است، در تقسیمات اموال ذیل حقوق اموال می‌آید. در قانون روابط موجر و مستأجر ۱۳۷٦ به پشتوانهٔ عرف معاملی، متعاقدین آن را خلق می‌کنند و همچنان که در مواد ٦، ۷ و ۸ قانون روابط موجر و مستأجر ۱۳۷٦ آمد، طرفین نه تنها می‌توانند بر وجود

چنین حقی در املاک تجاری توافق کنند، بلکه قادرند بر وجود آن در املاک مسکونی (لنکرانـــی، ۱۳۹٤، درس خارج فقه) با توجه به اطلاق مواد ۷ و ۸ قانون ۱۳۷٦ توافق نمایند[۱].

۳. ارکان حق سرقفلی

با توجه به این‌که ماهیت حق سرقفلی حق اختیار اجاره است، ارکان و اجزای این حق به قرار زیر است:

نخســـت، قیمت حق اختیار اجاره: به مبلغی اطلاق می‌شـــود که صاحب حق سرقفلی در ازای کســـب حق اختیار اجاره به مالک عین پرداخت می‌کند که بسته به موقعیت ملک و شرایط حاکم بر روابط معاملی، میزان آن متفاوت است.

دوم، مال مورد حق اختیار اجاره: منظور از مال مورد ســـرقفلی در حق اختیار اجـــاره، مال مورد قرارداد اجارهٔ آینده اســـت که حق اختیار اجارهٔ آن به مشـــتری یا مســـتأجر واگذار می‌شـــود که این مال در قانون روابط موجر و مستأجر ۱۳۷٦ اماکن تجاری و مسکونی آمده است.

ســـوم، قیمت قابلِ اِعمال اجاره‌بها: به مبلغی اطلاق می‌شـــود که می‌توان با آن مورد حق سرقفلی را در آینده اجاره نمود که این قیمت دارای صور معینی است، اما چون این حق ناشـــی از توافق طرفین است که شخص بتواند در آینده اجاره را منعقد نماید، مطابق توافق دارای صور مختلفی است؛ مثـلاً می‌تواند برای سه بار تمدید کند یا هر چند بار که خواســـت تمدید کند یا با همـــان مبلغ یا به قیمت کارشناسی و یا درصد معینی افزایش ســـالیانه تمدید را انجام دهد. به عبارت دیگر، طرفین می‌توانند حین قرارداد به صورت مقطوع یا با بیان ضابطـــه‌ای میزان آن را در آینده مشـــخص کنند. از آن‌جا که ممکن اســـت چنین توافقی وجـــود نداشته باشد؛ زیرا قیمت آینده ممکن اســـت مشخص نباشد، در صورت اختلاف میان طرفین، دادگاه مقدار آن را بر اساس عرف معاملی حسب مواد ۲۲۰ و ۳۸۲ قانون مدنی مشخص می‌نماید (دارویی، ۱۳۹۹: ۲۷۷).

چهارم، مدت قابلِ اِعمال اجاره: مقدار مدتی اســـت که اجاره تمدید می‌شـــود. این مدت مطابق مادهٔ ۱ قانون راجع به تعدیل مال‌الاجاره‌ها ۱۳۱۷، ســـه ســـال تعیین

---

۱. برای دیدن نظر مخالف، بنگرید به: کاتوزیان، ۱۳۸۷: ٥٤.

شـــده بود که در مقررات بعدی مطابق مادۀ ١٤ قانون روابط موجر و مســـتأجر ۱۳۳۹ و مادۀ ۹ قانون روابط موجر و مســـتأجر ١٣٥٦ به یک سال کاهش پیدا کرد. از آن‌جا که دـــر قانون ١٣٧٦ این حق اختیار یا تمدید به ارادۀ طرفین بازگشـــت دارد، این‌که مدت تمدید چه مقدار است به ارادۀ طرفین واگذار شده است که در صورت سکوت متعاقدین، عرف معاملی حسب مواد ۲۲۰ و ۳۸۲ قانون مدنی جایگزین ارادۀ متعاقدین می‌شود (دارویی، ۱۳۹۹: ۲۷۰).

پنجم، سررسید یا تاریخ انقضای حق اختیار اجاره: برخلاف دیگر موارد از حق یا ملکیت که عموماً با گذشت زمان ازبین نمی‌روند، حق سرقفلی به مانند حق تمدید و اختیـــار در قانون ۱۳۳۹ و ١٣٥٦ بنا بر مقتضای ذاتی آن دارای مدت انقضا اســـت که باید دارندۀ حق در مدت مقرر حق خود را اعمال نماید؛ مهلتی که باعث می‌شـــود درصورتی که دارنده حق خود را اِعمال نکند، حق اختیار او یا به عبارت دیگر، مبلغی که بابت اختیار اجاره کردن پرداخت نموده است از بین برود. از آن‌جا که حق کسب و پیشه و تجارت در قانون روابط موجر و مستأجر ۱۳۳۹ و ١٣٥٦ به چنین موضوعی بازگشت دارد، مقنن در آن قوانین ترتیباتی به منظور اِعمال چنین حقی پیش‌بینی نموده بود که اگر صاحب حق از اِعمال حق تمدید خود در مهلت‌های مقرر خودداری نماید، حق تمدید وی ســـاقط و حکم تخلیۀ وی صادر می‌شود، اما این‌که سررسید یا تاریخ انقضای حق اختیار یا تمدید اجاره در ســـرقفلی شـــرعی قانون ١٣٧٦ چگونه است، این امر بســـته به ارادۀ طرفین متفاوت خواهد بود که عموماً متعاقدین در جامعۀ ما در قرارداد به ســـکوت برگزار می‌کنند. در این شرایط در صورت حدوث اختلاف میان طرفیـــن، مالک می‌تواند برای تعیین اجاره‌بها و تنظیم اجاره‌نامه به دادگاه مراجعه کند و در صورتی که مشـــتری یا مستأجر از تمدید یا اختیار اجاره امتناع نماید، با تقاضای بعدی او حکم تخلیه صادر می‌شود؛ زیرا همان‌طور که پیش‌تر بیان شد، از ویژگی‌های حق، اختیاری بودن اِعمال آن اســـت؛ بنابراین دادگاه در این حالت نمی‌تواند از باب ولایت حاکم بر ممتنع، جانشـــین صاحب حق ســـرقفلی شـــود و قرارداد اجاره را به نمایندگی از او امضا نماید.

٤. اوصاف عقد سرقفلی

پس از این‌که مشـــخص شد حق سرقفلی مجرد از منبع حقوقی آن، یعنی عقد نیســـت، این‌که آثار و احکام این حق به چه نحوی باید تبیین شود، باید این مهم را از اوصاف عقد سرقفلی کشف نمود. برخی از فقها مانند مرحوم خویی برای انتقال حق سرقفلی، عقد مستقلی تحت عنوان «عقد سکنی» را تصویر کرده و اظهار نموده‌اند که انتقال حق ســـرقفلی علاوه بر این‌که در قالب این عقد مستقل ممکن است، متعاقدین می‌توانند آن را ضمن عقد دیگری به صورت شـــرط منتقل کنند؛ عقدی که مطابق این مبنا معاوضی اســـت و طبق اصل لزوم، رجوع از آن جایز نیســـت (خویی، ۳۰/۱٤۱۸: ۵۱۱- ۵۱۳). مقنـــن بدون این‌که نـــوع عقدی را که چنین حقی به واســـطهٔ آن منتقل می‌شود مشـــخص نماید، در بیان نوع عقد در تبصرهٔ ۲ از مادهٔ ٦ قانون روابط موجر و مســـتاجر ۱۳۷٦، تنها به عبارت «طریق صحیح شـــرعی» اکتفا نموده است؛ بنابراین می‌توان گفت متعاقدین می‌توانند بنا بر نیاز و خواســـتهٔ خود از میان قالب‌های تعیینی دـــر قانون، یکی را برگزینند، اما بر اســـاس تصریحات این قانون، اوصاف اصلی عقد سرقفلی به قرار زیر است.

٤-۱. حقی بودن عقد سرقفلی

عموماً حقوق‌دانان ما موضوعات عقود را به ســـه دستهٔ «تملیکی»، «عهدی» و «إذنی» تقسیم می‌کنند. ریشهٔ این تقســـیم‌بندی به حقوق رومی ژرمنی بازمی‌گردد که حقوق‌دانان ما بر پایهٔ مفاهیم «حق عینی» و «حق شخصی» موضوعات عقود را به این شـــکل تقســـیم می‌کنند. از آن جا که در حقوق مدنی ما به مفاهیم «حق عینی» و «حق شخصی» که ســـتون فقرات نظام‌های غربی را تشـــکیل می‌دهد اشاره‌ای نشده است (نعمت‌اللهی، ۱۳۹۰: ۱۱۲) و در مقابل، در حقوق ما بر اســـاس مفاهیم «ملک»، «حق» و «تکلیف» موضوعات عقود و ضمانات قهری دســـته‌بندی می‌شوند؛ این‌که موضوع عقد ســـرقفلی چیست، می‌توان گفت بر اساس این تقسیم‌بندی، موضوع عقد سرقفلی «ایجاد حق» در معنای فقهی آن برای دارندهٔ ســـرقفلی است که نظر به ارزش معاملی آن، این حق ذیل تقسیمات حقوق مالی می‌آید. به عبارت دیگر، آن‌چه موضوع اصلی قرار اختیار یا تمدید اجاره است، حق مالی است نه تکلیف، که تکلیفِ مالک در انعقاد عقد اجاره، اثر ایجاد این حق اختیار یا تمدید است.

در این‌جا این سؤال مطرح می‌شود که محل استقرار این حق مالی، «ذمهٔ» مالک است یا عین خارجی. به نظر می‌رسد چون طرفین بر حق اختیار یا تمدید اجاره بر مال معینی توافق می‌کنند؛ که چنین حقی بر عین اِعمال می‌شود نه شخص و بر اساس آن حق اختیار مالک در اجاره دادن و به تبع آن تخلیهٔ عین سلب می‌شود، می‌توان گفت این حق در تقسیمات حقوق مالی ذیل مفهوم حق عینی در معنای فقهی آن می‌آید که به تبع آن، دارنده در تصرف عینِ مورد سرقفلی مأذون می‌شود.

۲-٤. قصدی بودن عقد سرقفلی

قانون‌گذار بدون اشـــاره به این‌که عقد ســـرقفلی در تقسیمات عقود ذیل عقد قصدی قرار می‌گیرد یا تشـــریفاتی، تنها به بیان این امر اکتفا کرده که معاملات راجع به حق ســـرقفلی که به طریق شرعی منعقد شـــود صحیح است. نظر به این‌که در این قانون به این که چنین عقدی باید در قالب سند رسمی تنظیم شود، اشاره نشده است، می‌توان گفت که تنظیم ســـند رسمی شرط تحقق عقد ســـرقفلی مطابق قانون روابط موجر و مستاجر ۱۳۷٦ نیازمند نیست، اما در تحولات بعدی مطابق قانون الزام به ثبت رسمی معاملات اموال غیرمنقول مصوب ۱٤۰۳ ثبت در «سامانه ثبت الکترونیک» شرط استماع دعوا معامله سرقفلی (الشریف و صادقی، ۱٤۰٤: ۱۰۲) و ثبت در دفتر املاک شرط تحقق حق سرقفلی، مطابق سیستم ثبتی عینی است (طباطبائی حصاری، ۱٤۰۳: ۱۷). این‌که چنین عقدی در تقســـیمات حقوق، ذیل عقود عینی از اقســـام تشریفاتی قرار می‌گیرد یا قصدی، ممکن اســـت گفته شـــود چون در عرف معاملی تا زمانی که هیچ‌یک از طرفین مبلغ ســـرقفلی و عین مورد سرقفلی را تسلیم نکنند، عقد سرقفلی میان طرفین منعقد نمی‌شـــود؛ بنابراین عقد ســـرقفلی در تقسیمات حقوق ذیل عقود عینی قرار می‌گیرد[۱]. به نظر می‌رســـد، چنین ادعایی درست نیست و با قواعد عمومی

۱. برای ملاحظه چنین نظری، بنگرید به دادنامهٔ شـــمارهٔ ۹۳۰۹۹۸۰۰۰۳۰۱۰۰٦ مورخ ۱۳۹٤/۱۲/۱٦ صادره از شـــعبهٔ ٦۲ دادگاه تجدیدنظر اســـتان تهران که در آن آمده است: ... تجدیدنظر خواهی نیز با هیچ یک از شقوق ماده ۳٤۸ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مطابقت ندارد و در خصوص تجدیدنظر خواهی آنان از رای شماره ٤۰۸ مورخ ۱۳۹٤/٤/۱٤ که طی آن مطالبه حق ســـرقفلی مردود اعلام گردیده و آقای وکیل مدعی اســـت که سطور انتهایی سند عادی اجاره که در آن قید شـــده هرگاه مســـتاجرین پس از انقضای مهلت اجاره از تخلیه عین مســـتاجره خودداری ورزند ســـفته‌های مذکور به‌عنوان حق سرقفلی اخذ خواهد شد و همچنین مبالغی که مستاجرین از طرف موجرین به‌عنوان عوارض به شهرداری جهت تغییر کاربری به تجاری پرداخت نموده دلالت بر پرداخت حق سرقفلی دارد و نظر به آن‌که ایجاد حق سرقفلی از جمله عقود بوده که نیاز به اراده

حاکـــم بر معاملات مغایرت دارد. به عنوان قاعدهٔ عمومی می‌توان گفت تســـلیم عین مورد سرقفلی و پرداخت مبلغ سرقفلی از آثار ایجاد حق برای مشتری و ملکیت دین برای مالک اســـت؛ و نه شـــرط تحقق عقد؛ بنابراین تشکیل چنین عقدی عادتاً نیازمند تسلیم و تسلم مورد سرقفلی و مبلغ آن نیست و در صورتی که هر یک از طرفین بعد از ایجاد حق و ملکیت دین از تســـلیم آن امتناع نمایـــد، طرف دیگر می‌تواند از باب مطالبهٔ حق و ملکیت دین، الزام دیگری به تسلیم را بخواهد.

۳-٤. معوض بودن عقد سرقفلی

حقوق‌دانان نظر به تمایز آثار و احکام عقود از حیث تعدد یا وحدت موضوع، عقود را به معاوضی و غیر معاوضی تقســـیم می‌کنند. از آن‌جا که در عقد سرقفلی بر اساس عرف حاکم در جامعه هر یک از طرفین به دنبال منافع خود هستند، همین امر موجب می‌شود مقنن آن را در زیرمجموعهٔ عقود معاوضی قرار دهد (باریکلو، ۱۳۹۵: ۲۰۲). این مهم از آن‌جاســـت که قانون‌گذار در مادهٔ ٦ قانون روابط موجر و مستأجر ۱۳۷٦ تصریـــح نموده، ایجاد چنیـــن عقدی در ازای مبلغ اســـت؛ عاملی که موجب می‌شود همچون دیگر عقود معاوضی که عادتاً شخصیت طرفین در انعقاد عقد تأثیری ندارد و حق حبس جریان پیدا می‌کند، در عقد ســـرقفلی نیز عادتاً شـــخصیت طرفین مؤثر نباشـــد و حق حبس در آن جریان پیدا کند و این‌که قانون‌گذار در مادهٔ ٦ قانون روابط موجر و مســـتأجر ۱۳۷٦ تصریح نموده ایجاد چنین حقی در ازای مبلغ است، مانع از آن اســـت که در راســـتای اصل حاکمیت، مالک آن را به دیگری مجانی و در قالب عقد صلح منتقل نماید.

انشایی و تحقق ایجاب و قبول دارد که پرونده و ادله ابرازی خواهان‌های اولیه و تجدیدنظر خواندگان بری از تحقق آن می باشـــد و صرف ذکر چند فقره سفته که دلیلی به مطالبه آن وجود نداشته و اینکه موجب اقاله قرارداد مشـــارکت مورخ ۳۱/۳/٦۸ آقای ع. ت. ســـه فقره سفته امانتی را دریافت نموده و منشـــاء صدور آن مشـــخص نمی‌باشد و پرداخت وجه عوارض به شـــهرداری صرف نظر از آنکه موجرین منکر هرگونه اذن در پرداخت می‌باشند نیز دلالتی بر محق شدن مستاجرین بر حق سرقفلی ندارد لذا من حیث المجموع تجدیدنظر خواهی را وارد ندانســـته و به اســـتناد مواد ۳٤۸ و ۳۵۸ قانون آیین دادرســـی مدنی ضمن رد تجدیدنظر خواهی‌های به عمل آمده آراء مورد تجدیدنظر را عیناً تائید می‌نماید.

٤-٤. لازم بودن عقد سرقفلی

در فقه و حقوق عقد را از حیث دوام و بقای آن به لازم و جایز تقسیم می‌کنند. این‌که چنین عقدی لازم است یا جایز، باید به ماهیت عقد مراجعه شود که آیا موضوع عقد إذن اســـت یا بر اساس نظم عمومی امکان برهم زدن آن وجود دارد یا خیر. در صورتی که هیچ‌یک از موارد وجود نداشت، عقد سرقفلی لازم است (شهبازی، ۱۳۸۵: ۵۹). از آن‌جا که در عقد ســـرقفلی موضوع عقد ایجاد حق برای مشـــتری یا مستأجر اســـت که این ایجاد حق در برابر عوض صـــورت می‌گیرد و برهم زدن چنین عقدی بدون رضایت طرف دیگر دخالت مســـتقیم در حقوق شـــخص دیگر است، می‌توان گفت عقد سرقفلی در تقسیمات حقوق ذیل عقود لازم می‌آید؛ ضمن این‌که مصلحت کامنه نیز دلالتی بر جواز چنین عقدی ندارد (خوبیاری و طباطبائی، ۱۳۹۹، ۲۵۲؛ افشار و صابری و فخعلی، ۱۳۹۹: ۵۹۷). این‌که از ویژگی‌های حق، اختیاری بودن آن است نباید موجب این توهم شـــود که عقد سرقفلی عقد جایزی است؛ زیرا چنین اختیاری از مقولهٔ اِعمال و اسقاط حق است و کاملاً متفاوت با انحلال عقد (حسین‌زاده، ۱۳۸۸: ٦۹). این‌که در اثر عقد ید دارندهٔ ســـرقفلی امانی می‌شود نیز نباید موجب این تصور شود که چنین عقدی جایز است؛ زیرا این امانت نه نتیجهٔ مستقیم عقد، بلکه به واسطهٔ ایجاد حق برای دیگری حاصل شـــده است که موجب نخواهد شد چنین عقدی جایز محسوب شود.

۵. احکام عقد سرقفلی

بر اســـاس آنچه از اوصاف عقد سرقفلی آمد و از ماهیت حق سرقفلی تصور شـــد، در تعارضات میان مالک و مشتری یا مستأجر، احکام حق سرقفلی به قرار زیر است.

۱-۵. اسباب تخلیهٔ مورد سرقفلی

این‌که احکام حق ســـرقفلی چگونه و به چه نحوی تحلیل شود، مطابق آن‌چه پیش‌تر بیان شد، جز در سایهٔ تبیین ماهیت و اوصاف عقد سرقفلی ممکن نیست؛ زیرا برخـــلاف برخی دیگر از نظام‌های حقوقی مانند حقـــوق ژرمنی که به محصول منبع حقوقی، مجرد از منبع حقوقی آن نگاه می‌کنند؛ محصولی که با تجرید از منبع حقوقی، حمایت از آن به واسطهٔ قاعدهٔ «دارا شدن ناعادلانه» صورت می‌گیرد، در قانون ما این

حمایت بر اساس فقه امامیه در سایهٔ عقد به عنوان منبع حقوقی انجام می‌شود؛ بنابراین می‌توان گفت این‌که در چه مواردی حق تخلیه برای مالک وجود دارد، باید به قواعد عمومی عقود و خیارات مراجعه و حکم آن را استخراج نمود.

در قانون روابط موجر و مستأجر ۱۳۳۹ و ۱۳۵٦ به‌تفصیل موارد و اسباب تخلیه احصا شده، اما در قانون روابط موجر و مستأجر ۱۳۷٦ مقنن از بیان این مهم خودداری نموده و موجب شده است برخی از حقوق‌دانان برجسته (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۵۳) و اکثریت قضات محاکم ما بر پایهٔ مفهوم تبصرهٔ ۲ از مادهٔ ٦ قانون روابط موجر و مستأجر ۱۳۷٦ آن را این‌گونه درک کنند که مالک می‌تواند بدون این‌که نیازمند سبب خاصی باشد حق تخلیهٔ خود را در پایان مدت اجاره اِعمال نماید[1]. در ادامهٔ این تصویر، در مواجهه با دارا شدن ناعادلانهٔ مالک بر پایهٔ تبصرهٔ ۲ از مادهٔ ۱۵ قانون روابط موجر و مستأجر ۱۳۵٦، مفهوم «قیمت عادله» در این تبصره را به ارزش روز حق سرقفلی معنا می‌کنند (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۵۳)؛ تصویری که به وضوح هم مغایر با آثار و احکام حق کسب و پیشه و تجارت است که در آن اسباب تخلیه محصور شده بود و هم ناسازگار با مفهوم حق اختیار اجاره در سرقفلی، قصد مشترک متعاقدین و مواد ٦، ۷ و ۸ قانون روابط موجر و مستأجر ۱۳۷٦و نیز مخالف با اوصاف عقد سرقفلی است؛ زیرا:

اولاً، در قانون روابط موجر و مستأجر ۱۳۵٦، حق تخلیهٔ مالک نیازمند سبب خاصی بود که بدون تحقق آن اسباب، امکان تخلیهٔ ملک وجود نداشت؛ در حالی که در مفهوم جدید بدون نیاز به هیچ سببی مالک حق تخلیهٔ ملک را دارد؛

ثانیاً، در عقد سرقفلی طی توافق میان مالک با مشتری یا مستأجر، مالک حق اختیار اجاره را به مشتری یا مستأجر واگذار نموده که از آثار و لوازم چنین حقی احترام مالک و دیگران به آن است؛ امری که موجب می‌شود بدون رضایت دارندهٔ حق امکان تخلیهٔ عین وجود نداشته باشد. همچنانکه در موارد مشابه‌ای نظیر قانون راجع به تعدیل مال الاجاره مصوب ۱۳۱۷، قانون روابط موجر و مستاجر ۱۳۵٦ و قانون ابطال اسناد و فروش رقبات، آب و اراضی موقوفه ۱۳۷۱ درخواست تخلیه بدون رعایت حق اختیار مستاجر با مانع استماع دعوا مواجه می‌شود. این‌که از ویژگی‌های حق،

---

۱. برای ملاحظه چنین نظری، بنگرید به نظریهٔ مشورتی ۹۷/۲۱۰۰/ ۷ مورخ ۲۱/ ۱۳۹۷/۷.

اختیاری بودن اِعمال آن اســـت، نباید موجب این توهم شود که مالک حق برهم زدن عقد یا زوال حق دیگران را دارد. در این شرایط این‌که در چه مواردی مالک حق تخلیه دارد، باید به قواعد عمومی خیارات در عقود لازم مراجعه کرد؛ نه این‌که با مجرد کردن حق ســـرقفلی از منبع حقوقی آن و دادن ابتکار نقض عمدی به حقوق دیگران، آثار و احکام آن را ترسیم نمود.

پس، این‌که در بخشـــی از نظریهٔ مشـــورتی ۹۵۶/ ۹۸/ ۷ مورخ ۱۳۹۸/۱۰/۱۰ اداره حقوقی قوه قضاییه آمده اســـت «واگذاری حق سرقفلی باعث نمی‌شود که ملک مذکور از شمول مقررات مربوط به قانون یادشده (۱۳۵۶) از جمله مقررات مربوط به حق فسخ و تخلیه خارج شود» و یا در برخی آرای محاکم قضایی تصریح شده است، فرض حق سرقفلی به طور مجزا و مستقل از حق کسب و پیشه در قانون روابط موجر و مســـتاجر ۱۳۵۶ منتفی است و سرقفلی مستأجر یکی از عناصر مؤثر در تعیین میزان حق کســـب و پیشه است (رأی شـــمارهٔ ۹۴۰۹۹۷۰۲۲۲۸۰۱۵۳۰ مورخ ۱۳۹۴/۱۲/۰۳ صادره از شـــعبهٔ ۲۸ دادگاه تجدیدنظر اســـتان مازندران)، جملگـــی مغایر مبنای حق ســـرقفلی است که ناشی از توافق میان مالـــک با مشتری یا مستأجر است؛ زیرا پیش از تصویب قانون روابط موجر و مستأجر ۱۳۵۶ چنیـــن حقی در سایهٔ اصل حاکمیت ارادهـــ در مادهٔ ۹ آیین‌نامهٔ قانون تعدیل مال‌الاجارهٔ مســـتغلات مصوب ۱۳۱۷/۱۱/۱۵ [۱] وجود داشـــت. وضع مقرراتی در خصوص پیدایش و زوال حق «کســـب و پیشه و تجارت» در قانون روابط موجر و مستأجر ۱۳۵۶ موجب نخواهد شد به حقوق ناشی از توافقات طرفین عقد که ممکن اســـت در قالب عقد مســـتقل یا شروط ضمن عقد ایجاد شـــود، خللی وارد گردد. از این رو، در فرضی که احراز شود در قرارداد اجارهٔ مشـــمول قانون سال ۱۳۵۶، طرفین نیز حق سرقفلی را پیش‌بینی کرده‌اند، سقوط حق کسب و پیشـــه ناشی از حکم قانون، موجب سقوط حق سرقفلی مقرر میان متعاقدین

۱. مادـــهٔ ۹ آیین‌نامهٔ قانون تعدیل مال‌الاجارهٔ مســـتغلات مصوب ۱۳۱۷/۱۱/۱۵: در مواردی که بعلت غیبت موجر یا مخالفت او تنظیم اجاره‌نامه به نمایندگی مدعی‌العموم می‌شـــود ســـایر شرایطی که در اجاره‌نامه قید و بعهده موجر و مســـتأجر گذارده می‌شود باید منطبق با شرایط اجاره‌نامه قبلی باشد و چنانچه اجاره‌نامهٔ در بین نباشـــد شرایط عمومی از قبیل آب‌بها و هزینه برف‌روبی و ازاله خاکروبه و جبران کسر شیشه که معمولاً بعهده مستأجر است و تأدیه عوارض مستغل و تعمیرات ضروری آن که بعهده موجر اســـت و حق فسخ در صورت عدم تأدیه مال الاجاره تا ده روز بعد از موعد و هم‌چنین نبودن هیچ‌گونه حقی برای مستأجر از قبیل سرقفلی و صنفی و غیره در اجاره‌نامه قید می‌شود.

نمی‌شود.

پرسشی که بعد از فسخ عقد سرقفلی یا قرارداد اجاره‌ای که در ضمن آن شرط تمدید مطرح می‌شود، آن است که میزان مبلغی که قرار است به مشتری یا مستأجر استرداد شود چه مقدار است. آیا باید بر پایهٔ قواعد عمومی خیارات صرفاً عین مبلغی که در ازای حق تمدید یا اختیار پرداخت شده است، مسترد گردد یا این‌که با ملاحظهٔ کاهش ارزش اسکناس، همان مبلغ پرداختی استرداد شود یا باید افزون بر عین مبلغ استردادی، به دارندهٔ حق سرقفلیِ ازدیاد مشتریان که موجب ازدیاد قیمت عین می‌شود نیز پرداخت نمود؟ این سؤالی است که اهمیت بسیاری در فرض مسأله دارد.

به نظر می‌رسد در این شرایط پاسخ به این سؤال را باید از احکام عمومی خیارات استنباط نمود. مطابق مادهٔ ۲۸۸ قانون مدنی که اکثر حقوق‌دانان به جریان آن در خیارات نظر دارند (کاتوزیان، ۱۳۸۰: ۳۹؛ شهیدی، ۱۳۸۳: ۱۷۳)، پاسخ به این سؤال وابسته به آن است که آیا افزایش قیمت عین ناشی از ازدیاد مشتریان در نتیجهٔ مستقیم عمل گیرندهٔ مال است یا به اقتضای ذات مورد معامله به طور طبیعی حاصل شده است (شهیدی، ۱۳۸۳: ۱۷۶).

مطابق مادهٔ ۱۱ منسوخِ در قانون روابط موجر و مستأجر ۱۳۳۹ که در آن آمده بود دارندهٔ حق کسب و پیشه و تجارت مستحق قیمت ناشی از ازدیاد مشتریان است، ممکن است گفته شود دارندهٔ سرقفلی بعد از فسخ، مستحق ازدیاد قیمت مورد سرقفلی است؛ زیرا قانون‌گذار با پذیرش این‌که ازدیاد قیمت ملک ناشی از عمل مستأجر است، حکم به پذیرش استحقاق مستأجر داده بود. نسبت دادن چنین دیدگاهی به مقننی که در مقام بازگشت به احکام قانون مدنی و نظریهٔ عقود در فقه است، ثقیل به‌نظر می‌رسد (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۵۷؛ شهیدی، ۱۳۸۳: ۱۰۵؛ شیروی، ۱۳۷۹: ۳۱)؛ چرا که از دلالت‌های این دیدگاه آن است در اجاره و حتی عقود دیگر که ملک با رضای مالک در اختیار شخصی قرار می‌گیرد، در تمام این موارد، شخص، مستحقِ ازدیاد قیمتِ عین ناشی از مشتریان است و تخلیهٔ عین متفرع از پرداخت آن است؛ ادعایی که مانع از حق تخلیهٔ مالک با انقضای مدت می‌شود و مفهوم تخلیه در اجارهٔ فقه سنتی را بدون محتوا می‌کند. فقهای امامیه بنابر این ملاحظات، ازدیاد مشتریان را اقتضای ذات

مورد عین مستأجره به طور طبیعی می‌دانند و به تخلیهٔ عین مستأجره در پایان مدت اجاره بدون هیچ مابه‌ازایی حکم می‌کنند. عواملی که موجب شد در بازگشت به نظریهٔ عقود در قانون مدنی، قانون روابط موجر و مستأجر ۱۳۷۶ وضع شود و مطابق تبصرهٔ مادهٔ ۱۰ قانون نامبرده، تصریح شود که مطالبه چنین وجوهی ممنوع است؛ لذا این‌که در تبصرهٔ ۲ مادهٔ ٦ قانون روابط موجر و مستأجر ۱۳۷٦ تصریح شده است «... هنگام تخلیه مستأجر حق مطالبهٔ سرقفلی به قیمت عادلهٔ روز را دارد»، مفهوم تخلیه به موارد فسخ عقد سرقفلی و قیمت عادله به کاهش ارزش مالی که در نتیجهٔ عقد به‌دست آمده و قرار است به واسطهٔ فسخ استرداد شود بازگشت دارد[1].

۲-۵. تعارض میان مالک و دارندهٔ حق سرقفلی در تخلیه و اِعمال حق اختیار یا تمدید

همان‌طور که بیان شد، به واسطهٔ عقد سرقفلی برای مشتری یا مستأجر حق اختیار یا تمدید اجاره ایجاد می‌شود که به تبع این حق، مالک یا موجر مکلف به بقای مشتری یا مستأجر در ملک می‌شوند. به عبارت دیگر، قرارداد یاد شده برای مشتری یا مستأجر ایجاد حق کرده، به تبع این حق، برای مالک یا موجر تکلیف ایجاد می‌شود.

از آن جا که از ویژگی‌های حق، اختیاری بودن اِعمال حق از سوی صاحب آن است که هرگاه مایل باشد حق خود را اِعمال کند بدون این‌که دارندهٔ حق متعهد به اجرای آن باشد و از سوی دیگر، مالک نمی‌تواند برای مدت نامشخصی در وضعیت نامعلومی قرار گیرد؛ بنابراین احتمال تعارض میان مالک و دارندهٔ سرقفلی در اجرای حقوق خود، امر بعیدی نیست. بر اساس این منطق در مادهٔ ۱ قانون راجع به تعدیل مال‌الاجاره ۱۳۱۷ در جمع میان این دو مقرر شده بود که «درخواست خلع ید مستأجر در مدت مزبور در دادگاه‌ها و ادارات ثبت به استناد انقضاء مدت اجاره یا قرارداد یا اجارهٔ سابق پذیرفته نخواهد شد ...»؛ عدم استماع دعوا تخلیه‌ای که در تحولات بعدی در مواد ۵ و ١٤ قانون روابط موجر و مستأجر ۱۳۳۹ و مواد ۷ و ۹ قانون روابط موجر و مستأجر ۱۳۵٦ جای خود را به «درخواست تجدید اجاره» از سوی مالک یا موجر

۱. برای دیدن نظر مخالف، بنگرید به: نظریهٔ مشورتی ۹۷/۲۱۰۰/ ۷ مورخ ۲۱/ ۱۳۹۷/۷ اداره حقوقی قوه قضاییه.

داد (محمدی، ۱۳۹۳: ۹)؛ به این صورت که اگر مستأجر مطابق تشریفات مقرر از تجدید اجاره در مهلت‌های مقرر با توجه به اختلاف میان آن‌ها خودداری کند، متعاقب تقاضای مالک، حکم تخلیهٔ عین مستأجره صادر می‌شود. به عبارت دیگر، مقنن در تعارض میان مالکیت مالک و مستأجر در اِعمال حق اختیار یا تمدید اجاره، اولویت را به مستأجر داده؛ بدون این‌که مستقیماً به موجر حق تخلیه دهد، تخلیهٔ عین مستاجره را وابسته به این امر نمود که مستأجر از حق اختیار یا تمدید اجارهٔ خود استفاده نکند؛ امری که قانون‌گذار در مقررات ۱۳۷٦ دربارهٔ آن ساکت مانده و شرایط و احکام آن را مشخص نکرده است.

به نظر می‌رسد در این حالت چون مبنای حق سرقفلی ارادهٔ متعاقدین است، باید به مفاد قرارداد میان متعاقدین مراجعه کرد که آیا طرفین ترتیباتی در این باره در قرارداد مقرر نموده‌اند یا خیر. در صورتی که طرفین در این باره در قرارداد سکوت کرده باشند، در فرض اختلاف میان طرفین، اولویت با دارندهٔ حق سرقفلی است و موجر مستقیماً نمی‌تواند درخواست تخلیه را مطرح نماید، بلکه مالک مکلف است ابتدا علیه مشتری یا مستأجر برای تمدید اجاره اقامهٔ دعوا نماید. در این صورت، دادگاه با تعیین شرایط انعقاد عقد اجاره بر پایهٔ قواعد حاکم بر اجرای احکام مدنی، حکم به تجویز تجدید اجاره میان طرفین می‌دهد. متعاقب این حکم در مرحلهٔ اجرا، در صورتی که مشتری یا مستأجر در مهلت‌های مقرر از تمدید امتناع نماید، با درخواست بعدی مالک، حکمِ تخلیهٔ مشتری یا مستأجر بدون پرداخت بهای سرقفلی صادر می‌شود[1].

۱. برای دیدن مواردی که مستأجر از حق اختیار یا تمدید اجارهٔ خود استفاده نمی‌کند، تخلیه متفرع بر بهای حق مکتسب مستاجر است، بنگرید به: طهماسبی، ۱٤۰۲: ۲۷٦.

برآمد

۱- ماهیت حق کسب و پیشه و تجارت در قانون روابط موجر و مستأجر ۱۳۵۶ و حق سرقفلی در قانون روابط موجر و مستأجر ۱۳۷۶، جملگی به مفهوم «حق اختیار یا تمدید اجاره» بازگشت دارد. تفاوت آن‌ها در منابع حقوقی است که اولی ناشی از «حکم قانون» و دیگری ناشی از «ارادهٔ متعاقدین» است؛ به این ترتیب که حق کسب و پیشه و تجارت در قانون روابط موجر و مستأجر ۱۳۵۶ ریشه در حکم قانون‌گذار داشته و مقنن در مواد این قانون آثار و احکام آن را به تفصیل معین کرده بود. اما ازآنجا که حق سرقفلی شرعی در قانون روابط موجر و مستأجر ۱۳۷۶ ریشه در ارادهٔ متعاقدین دارد، موجب شد قانون‌گذار از بیان آثار و احکام آن خودداری نماید؛ عاملی که سبب شد در رویهٔ قضایی در طول این سال‌ها میان آثار و احکام حق سرقفلی و قصد مشترک متعاقدین و آثار عقد سرقفلی ناسازگاری حادث شود.

۲- از آن‌جا که مطابق عرف حاکم در جامعه عموماً در قراردادهای سرقفلی متعاقدین عموماً در مورد آثار و احکام حق سرقفلی سکوت می‌کنند، این‌که آثار و احکام حق سرقفلی شرعی چگونه تحلیل شود باید به منبع حقوقی آن یعنی عقد و ماهیت حق سرقفلی مراجعه کرد. در این مقاله اثبات شد که ماهیت حق سرقفلی «حق اختیار یا تمدید اجاره» است که متعاقدین با اتکا به اراده، آن را خلق می‌کنند؛ امری که موجب می‌شود چون مشتری یا مستأجر حق اختیار یا تمدید اجاره را به دست می‌آورد، حق تخلیهٔ مالک سلب شود و به تبع آن، مشتری یا مستأجر با تمدید، اجاره‌بهای کمتری پرداخت نماید؛ لذا این‌که از دید اکثریت قضات منظور از «هنگام تخلیه» در تبصرهٔ ۲ مادهٔ قانون روابط موجر و مستأجر ۱۳۷۶ آن است که مالک در پایان مدت اجاره بدون نیاز به سببی و با پرداخت ارزش روز سرقفلی می‌تواند درخواست تخلیهٔ مشتری یا مستأجر دارندهٔ حق سرقفلی را بدهد، مغایر با ماهیت حقوقی سرقفلی و قصد مشترک متعاقدین در عرف است. از این رو، این‌که در چه مواردی مالک حق تخلیه دارد باید به موارد فسخ عقد رجوع کرد، نه این‌که با مجرد نمودن حق سرقفلی از منبع حقوقی آن، احکام میان طرفین را تنظیم نمود.

فهرست منابع

الف. فارسی

* افشـــار، اباذر و صابری، حســـین و فخعلی، محمدتقی (۱۳۹۹)، «**جایگاه مصلحت در تحقـــق مقتضیات عقود با تأملی بر راه‌حل مصلحت کامنه**»، پژوهش‌های فقهی، دورهٔ ۱٦، شمارهٔ ٤.

* الشـــریف، محمدمهدی و صادقی، ســـیدوحید (۱٤۰٤)، **شرح قانون الزام به ثبت رسمی معاملات اموال غیرمنقول**، تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه.

* باریکلو، علیرضا (۱۳۹۵)، «**تحلیل فقهی و حقوقی سرقفلی در قانون روابط موجر و مستأجر ۱۳۷٦**»، فقه و مبانی حقوق اسلامی، دورهٔ ٤۹، شمارهٔ ۲.

* بیگدلی، ســـعید (۱۳۸۰)، «**نقدی بر ســـرقفلی و حق کسب و پیشه و تجارت در قانون روابط موجر و مستأجر سال ۱۳۷٦**»، فصل‌نامهٔ پژوهشی دانشگاه امام صادق، شماره‌های ۱۳ و ۱٤.

* حبیبا، سعید و حسین‌زاده، مجید (۱۳۹۳)، «**رویکردی نوین نسبت به حق کسب یا پیشه یا تجارت و حق سرقفلی از دیدگاه نظام حقوقی مالکیت فکری**»، دیدگاه‌های حقوقی قضایی، دورهٔ ۱۹، شمارهٔ ٦۷.

* حسین‌زاده، جواد (۱۳۸۸)، «**اوصاف قرارداد اختیار معامله**»، حقوق اسلامی، دورهٔ ٦، شمارهٔ ۲۲.

* حســـین‌زاده، جواد و شیروی، عبدالحســـین (۱۳۸٦)، «**وضعیت فقهی و حقوقی قرارداد اختیار معامله**»، اقتصاد اسلامی، دورهٔ ۷، شمارهٔ ۲۷.

* خوبیـــاری، حامد و طباطبائی، محمدصادق (۱۳۹۹)، «**تحلیل تطبیقی نظریه عوض به عنوان مبنای لزوم اعمال حقوقی در حقوق ایران و انگلســـتان**»، مطالعات فقه و حقوق اسلامی، سال دوازدهم، شمارهٔ ۲۲.

* دارویی، عباســـعلی (۱۳۹۹)، «**ماهیت و اعتبار تعهد تمدید قرارداد**»، مطالعات فقه و حقوق اسلامی، دورهٔ ۱۲، شمارهٔ ۲۲.

* ســـکوتی، رضا (۱۳۸۲)، «**تأملی بر مفهوم سرقفلی و جایگاه آن در قانون روابط موجر و مستأجر ۱۳۷٦**»، فصل‌نامهٔ علامه، شماره‌های ٦ و ۷.

* شیروی، عبدالحســـین (۱۳۷۹)، «**نگاهی به قانون روابط موجر و مستأجر**»، مجله

مجتمع آموزش عالی قم، شماره‌های ۷ و ۸.
* شهبازی، محمدحسین (۱۳۸۵)، **مبانی لزوم و جواز اعمال حقوقی**، تهران: مؤلف.
* شهیدی، مهدی (۱۳۸۳)، **اصول قراردادها و تعهدات**، تهران: مجد.
* شهیدی، مهدی (۱۳۸۳)، **عقود معین ۱**، تهران: مجد.
* طباطبائی حصاری، نسرین (۱٤۰۳)، «**نگرشی انتقادی به رویکردهای قانون الزام به ثبت رسمی معاملات اموال غیرمنقول در حل چالش‌های معاملات املاک**»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۸، شماره ۱۲۸.
* طهماسبی، علی (۱٤۰۲)، «**حق مستأجر ملک موقوفه یا مأذون در ساخت بنا بر استمرار تصرف در عین مستأجره**»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۷، شماره ۱۲۲.
* عبدی‌پور، ابراهیم (۱۳۸٤)، «**رویکرد تحلیلی به ماهیت حق کسب یا پیشه یا تجارت و حق سرقفلی**»، حقوق اسلامی، دورهٔ ۲، شمارهٔ ٦.
* عبدی‌پور، ابراهیم (۱۳۹۲)، **مباحث تحلیلی از حقوق تجارت**، قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.
* غلامعلی، صدقی (۱۳۹۱)، «**وحدت یا تعدد حق کسب، پیشه و تجارت با حق سرقفلی**»، رویهٔ قضایی (نقد رأی)، شمارهٔ ۱.
* کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۷)، «**نقد تحلیلی بر قانون روابط موجر و مستاجر مصوب ۲٦/ ۰۵/ ۱۳۷٦**»، مجلهٔ دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دورهٔ ٤۵، شماره ۰.
* کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۲)، **نظریه عمومی تعهدات**، تهران: میزان.
* کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۰)، **قواعد عمومی قراردادها**، جلد پنجم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
* محمدی، پژمان (۱۳۹۳)، **جایگاه قانون روابط موجر و مستاجر مصوب ۱۳۵٦ در نظام حقوقی ایران**، اهواز: دانشگاه شهید چمران.
* ملک‌زاده، فهمیه (۱۳۹٤)، «**سرقفلی حق کسب و پیشه (با رویکردی به دیدگاه امام خمینی)**»، پژوهش‌نامه متین، دورهٔ ۱۷، شمارهٔ ٦۸.
* نعمت‌اللهی، اسماعیل (۱۳۹۰)، «**تحلیل فقهی حق عینی و حق دینی و مفاهیم مرتبط**»، مطالعات فقه و حقوق اسلامی، دورهٔ ۲، شمارهٔ ۳.

ب. عربی

* حائری، سیدکاظم (۱٤۲۳ق)، **فقه العقود**، جلد نخست، قم: مجمع اندیشهٔ اسلامی.
* موسوی خویی، سیدابوالقاسم (۱٤۱۸ق)، **موسوعهٔ الإمام الخوئی**، جلد سی‌ام، قم: مؤسسهٔ إحیاء آثار الإمام الخوئی (ره).
* لنکرانی، محمدفاضل (۱۳۹٤)، **درس خارج فقه، کتاب البیع**، بر اساس تحریرالوسیله (شرایط عوضین).

مقاله پژوهشی/ دوره ۸۹/ شماره ۱۲۹/ صفحات: ۱۷۵-۱۴۹
تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۵/۳۱ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۰۳/۰۹

امکان‌سنجی طرح دعوای متقابل در دیوان عدالت اداری

پردیس ازاری[۱]، محمدامین ابریشمی راد[۲]

چکیده

دعوای متقابل از اقسام دعاوی طاری می‌باشد که تاکنون در قانون دیوان عدالت اداری شناسایی نشـــده و طرح آن در دیوان مستلزم استماع شکایت از سوی دستگاه دولتی اســـت. با عنایت به رویه عملی دیوان که صلاحیت رسیدگی به دعاوی دولت علیه مردم را ندارد، در وهله اول ممکن اســـت اقامه دعوای متقابل در دیوان عدالت اداری محل تردید باشد؛ بر این اساس، پژوهش حاضر با روشی توصیفی تحلیلی در پی پاســـخ به این پرسش است که با توجه به شـــرایط و ضوابط طرح دعوای متقابل، امکان اقامه این نوع از دعوا در دیوان عدالت اداری چگونه سنجیده می‌شود. بر مبنای بررسی‌های صورت گرفته، می‌توان بیان داشت که پیش روی طرح دعوای متقابل در دیوان عدالت اداری موانع شـــکلی و ماهوی وجود دارد که مهم‌ترین آن عبارت‌اند از: دادگاه دادگستری قلمداد نشدن دیوان، خصوصی نبودن شخصیت خواهان جهت اقامه دعوای متقابل، امکان‌پذیر نبودن طرح دعوای اداری از سوی دستگاه دولتی علیه مردم، عدـــم تصریح قانون دیوان به دعوای تقابل و خلاف اصل بودن آن، هم‌چنین ناممکن بودن رعایت مهلت و شرایطی مانند وحدت منشأ و ارتباط. با این حال، یافته‌های این تحقیق گویای امکان رفع موانع فوق است؛ چرا که با توجه به فلسفه شناسایی دعاوی طاری در نظام دادرسی کشـــور و مزایای قابل شناسایی برای آن، امکان‌پذیر دانستن طرح همه اقســـام دعاوی طاری از جمله دعوای متقابل در دیوان عدالت اداری دارای مطلوبیت می‌باشد و در این مسیر بهتر است از حدود صلاحیت شکلی و ماهوی دیوان عدالت اداری تفسیری موسع و واقعی ارائه کرد.

واژگان کلیـــدی: دیوان عدالت اداری، دعاوی طـــاری، دعوای متقابل، دعوای اداری.

---

۱. دانش آموخته کارشناسی ارشد حقوق عمومی، دانشگاه سمنان،سمنان، ایران.
Pardis4783e@gmail.com

۲. استادیار گروه حقوق، دانشکدهٔ علوم انسانی، دانشگاه سمنان، سمنان، ایران (نویسنده مسئول).
Abrishamirad@semnan.ac.ir

درآمد

در ارتباط با دعوا و در جریان رسیدگی ممکن است طواری دادرسی بدون این‌که انتظار رود بروز نماید و در این صورت معمولاً صدور رأی قاطع دعوا موکول به تصمیم‌گیری نسبت به آن خواهد بود (شمس،۱۳۹۰: ۶۰-۶۲). بخشی از طواری ناشی از دعاوی طاری است که به استناد ماده ۱۷ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹ در اثنای رسیدگی به دعوای دیگر به ناگاه روی می‌دهد و بر دعوای اصلی عارض می‌شود و اگر با دعوای اصلی مرتبط یا دارای یک منشأ باشد در دادگاهی اقامه می‌گردد که دعوای اصلی در آن‌جا مطرح شده است.

دعاوی طاری به عنوان یکی از استثنائات اصل تغییرناپذیری دادرسی، استقلال دعاوی و رعایت قاعده صلاحیت محلی به جهت مصلحت مهم‌تری مثل جلوگیری از صدور آرای متعارض، صرفه‌جویی در وقت و هزینه در قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی پیش‌بینی شده است و اقسامی دارند که عبارت است از: نخست، دعاوی طاری اقامه شده بین اصحاب دعوای اصلی که شامل دعوای اضافی و دعوای متقابل است؛ دوم، دعاوی طاری با دخالت شخص ثالث مانند دعوای ورود ثالث و جلب ثالث. در میان اقسام مذکور، دعوای متقابل که موضوع اصلی این پژوهش می‌باشد در مواد ۱۴۱ تا ۱۴۳ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی ذیل فصل ششم (امور اتفاقی) مورد شناسایی قرار گرفته است. بدین لحاظ دادرسی عادلانه ایجاب می‌کند که با وجود شرایطی در جریان رسیدگی به دعوای اصلی، به خوانده اجازه داده شود علیه خواهان اقامه دعوا کند؛ بنابراین خوانده‌ی دعوای اصلی، خواهان دعوای تقابل و خواهان دعوای اصلی، خوانده دعوای تقابل محسوب می‌شود.

به‌رغم این‌که در مواد ۵۴ و ۵۵ قانون دیوان عدالت اداری اصلاحی ۱۴۰۲ برخی از اقسام دعاوی طاری هم‌چون دعوای جلب ثالث و ورود ثالث پیش‌بینی شده، بررسی قانون دیوان گویای آن است که این قانون در زمینه تعیین شرایط و ضوابط سایر اقسام دعاوی طاری مانند دعوای متقابل ساکت است. بر این اساس، با استناد به ماده ۱۲۲ قانون مذکور که در موارد سکوت این قانون موضوع به قانون آیین دادرسی

دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی احاله داده شده، ممکن است طرح دعوای متقابل در دیوان عدالت اداری مجاز دانسته شود. این در حالی است که در برخی مقالات با این استدلال که طرح دعوای متقابل در دیوان الزاماً باید از طرف نهادها و مأمورین دولتی باشد و از سوی دیگر این نهادها صلاحیت اقامه دعوا در شعب بدوی دیوان را ندارند، اساساً طرح دعوای متقابل در دیوان عدالت اداری محل تردید تلقی شده است (ابریشمی راد و آئینه نگینی، ۱۳۹۹: ۱۲۷).

مبتنی بر شبهه موجود در خصوص امکان طرح دعوای متقابل در دیوان عدالت اداری، پژوهش حاضر در قالبی توصیفی تحلیلی در پی پاسخ به این سؤال اصلی است که با توجه به شرایط و ضوابط طرح دعوای متقابل، امکان طرح این نوع از دعوا در دیوان عدالت اداری چگونه سنجیده می‌شود.

فرضیه نویسندگان این تحقیق آن است که با عنایت به ملاک شکلی و ظاهری صلاحیت دیوان عدالت اداری که آن را مرجع رسیدگی به شکایات مردم علیه دولت می‌داند، امکان طرح دعوای متقابل در این دیوان منتفی است، لیکن با عنایت به عدول نسبی قانون‌گذار عادی از این ملاک، اعراض از آن در خصوص دعوای متقابل و امکان‌پذیر نمودن طرح این قبیل دعاوی در دیوان برای نظام حقوقی دارای مطلوبیت است.

بررسی این موضوع بیانگرآن است که تاکنون هیچ مقاله، پایان‌نامه یا کتابی که مشخصاً در خصوص امکان‌سنجی طرح دعوای متقابل در دیوان عدالت اداری باشد در دسترس نیست. مقالات «دعاوی طاری در قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۹۲ و مقایسه آن با قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی[۱]» و «نظام حقوقی حاکم بر دعاوی طاری در محاکم حقوقی و دیوان عدالت اداری[۲]» که قرابت زیادی با موضوع این مقاله دارند نیز به صورت کلی به تمام اقسام دعاوی طاری پرداخته‌اند و کمتر به موضوع امکان طرح دعوای متقابل با عنایت به شرایط و اقتضائات آن در دیوان توجه داشته‌اند. از سوی دیگر، این مقاله با عنایت به اصلاحات قانون دیوان عدالت اداری در سال ۱۴۰۲ نگارش یافته و سایر

۱. شهنازی جنک‌تپه، ۱۳۹۹.
۲. جعفری و خالقیان و مالکی، ۱۴۰۱.

آثار دیگر این حوزه، مربوط به قوانین قبلی دیوان است؛ ضمن این‌که، فرضیه و بخش قابل توجهی از ادله مذکور در این مقاله با آثار علمی دیگر متفاوت می‌باشد و از این جهات این مقاله واجد وصف بدیع بودن است.

نظر به سکوت قانون دیوان عدالت اداری در زمینه امکان طرح دعوای متقابل در دیوان و آثار و مزایایی که بر این بررسی‌ها بار خواهد شد، انجام این پژوهش ضروری است.

مبتنی بر مقدمات فوق، پس از مفهوم‌شناسی دعوای متقابل و تبیین شرایط آن بر اساس قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی، موانع اقامه دعوای متقابل در دیوان عدالت اداری با عنایت به ویژگی‌ها و معیارهای حاکم بر طرح دعوا در دیوان که البته لزوماً مورد تأیید نویسندگان این تحقیق نیستند به صورت موردی سنجیده می‌شود؛ متعاقباً استدلال‌هایی که امکان طرح دعوای متقابل در دیوان را اثبات می‌کنند شناسایی و تبیین خواهند شد.

۱. مفهوم، ماهیت و شرایط طرح دعوای متقابل[۱]

هرچند دعوای متقابل به مفهومی که امروزه می‌شناسیم در فقه سابقه ندارد،اما این نهاد حقوقی بدون عنوان و اصطلاح خاصی در فقه شیعه و سنی مورد توجه بوده است (شمسی، ۱۳۹۸: ۲۲-۲۰). پس از استقرار مشروطیت و با الهام از حقوق کشورهای غربی، مواد ١٤، ١٥٩، ٢٤٦ تا ٢٤٩ قانون اصول محاکمات حقوقی مصوب ۱۲۹۰ خورشیدی به موضوع دعوای متقابل اختصاص یافتند (مقصودپور، ١٤٠٠: ٢٤٠). برگرفته از حقوق فرانسه در متون قانونی قدیم ایران از جمله قانون مذکور، از اصطلاح دعوای متقابل به عنوان یکی از «حواشی محاکمه» یاد شده بود (اسدزاده طالعی و داور، ١٣٩٥: ٤٣). سرانجام قانون‌گذار در سال ۱۳۱۸ هجری شمسی مقررات جامع مربوط به دعاوی طاری از جمله دعوای متقابل را از قانون فرانسه و بعضی کشورهای دیگر از جمله قانون لبنان اقتباس کرد (واحدی، ۱۳۷۰: ۷).

ماده ١٤١ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی که تقریباً تکرار ماده ٢٨٤ قانون سابق آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۱۸ است، در

۱. در زبان فرانسوی واژه Demande reconventionnelle و در انگلیسی Counter claim معادل دعوای متقابل می‌باشد.

خصوص دعوای متقابل بیان داشـــته: «خوانده می‌تواند در مقابل ادعای خواهان اقامه دعوا نماید. چنین دعوایی در صورتی که با دعوای اصلی ناشـــی از یک منشـــأ بوده یا ارتباط کامل داشـــته باشـــد، دعوای متقابل نامیده شـــده و توأمان رسیدگی می‌شود و چنانچه دعوای متقابل نباشـــد، در دادگاه صالح به طور جداگانه رســـیدگی خواهد شـــد ...». هم‌چنین مستند به مواد ۱۴۲ و ۱۴۳ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقـــلاب در امور مدنی دعـــوای متقابل باید به موجب دادخواســـت تا پایان اولین جلسه دادرسی تقدیم شود و شرایط و موارد رد یا ابطال دادخواست همانند مقررات دادخواست اصلی خواهد بود.

حقوق‌دانان در مقام تعریف و شناسایی دعوای متقابل، آن را دعوایی می‌دانند که: «خوانده تحت شـــرایطی می‌تواند در مقابل دعوای خواهان به منظور کاســـتن از محکومیتـــی که او را تهدید می‌کند، جلوگیری کلی از این محکومیت و یا حتی گرفتن حکم محکومیت خواهان اصلی به دادن امتیاز، علیه او اقامه نماید» (شـــمس، ۱۳۹۰: ۵۲). در تعریفی دیگر، دعوای متقابل عبارت دانســـته شده از: «دعوایی که مدعی‌علیه دـــر مقابل ادعای خواهان اقامه می‌کند، به منظور پاســـخ‌گویی بـــه آن و یا علاوه بر پاســـخ‌گویی الزام خواهان به پرداخت چیزی یا انجام امری» (زراعت، ۱۳۸۹: ۳۷۵). هم‌چنین ذکر شده است: «دعوای متقابل، دعوایی است که خوانده علیه خواهان مطرح می‌سازد و به موجب آن مردود اعلام شدن خواسته‌ی خواهان و یا علاوه بر آن التزامی اضافی برای خواهان را از طریق تأسیس موقعیت حقوقی جدید از دادگاه درخواست می‌کند» (غمامی، ۱۳۸۳: ۲۲۹).

بنا بر مطالب گفته شـــده، دعوای متقابل یکی از اقسام دعاوی طاری و یکی از راه‌های دفاعی است که از سوی خوانده برای تثبیت حقی که مورد تجاوز یا انکار واقع شـــده، در مقابل ادعای خواهان به موجب دادخواست تا پایان اولین جلسه دادرسی به شـــرط وحدت منشأ یا ارتباط کامل با دعوای اصلی اقامه می‌شود و به این مناسبت به صورت توأمان مورد رســـیدگی قرار می‌گیرد و باید شـــرایط عمومی اقامه دعوا و مقررات شکلی در آن رعایت شود.

در خصوص ماهیـــت دعوای متقابل می‌توان بیان داشـــت که، دعوای متقابل دفاعی است آمیخته با حمله و جامه ادعا به تن دارد (غمامی، ۱۳۸۳: ۲۲۸) که احراز

صحت آن نفیاً یا اثباتاً نیازمند رسیدگی مراجع قضایی می‌باشد (اسماعیلی، ۱۳۹۳: ۲۱)؛ بدین صورت از تشریفات دعوا پیروی می‌کند و یک دعوای تمام عیار محسوب می‌شود. در حقیقت نباید آن را به تنهایی دفاع یا فقط دعوا دانست. اگر دفاع است، به دنبال چیزی مازاد بر رد صرف ادعاست و اگر دعواست ضمن دفاع مطرح می‌گردد (محسنی، ۱۳۹٤: ۱۷٤). بر این اساس قانون‌گذار در ماده ۱٤۲ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی با علم به آنکه دعوای متقابل از دفاع صرف فراتر است و با دعاوی تهاتر، صلح، فسخ، رد خواسته و امثال آن که صرفاً برای دفاع از دعوای اصلی اظهار می‌شود تفاوت دارد، این امتیاز ویژه را برای خوانده قائل شده تا با توجه به محاسنی که دعاوی طاری دارند بتواند با وجود شرایط عمومی و اختصاصی دعوای متقابل را طرح کند. پس هدف یا نتیجه از طرح آن می‌تواند محکومیت خواهان اصلی نیز باشد. در این خصوص با توجه به ذیل ماده ۱٤۱ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی چنان‌چه دعوایی شرایط دعوای متقابل را نداشت، امتیاز دعوای تقابل از خوانده گرفته می‌شود و همانند دعوایی ساده (اصلی، ابتدایی) در دادگاه صالح به طور مستقل مورد رسیدگی قرار می‌گیرد.

بنا به تعاریف ذکر شده، ویژگی‌های اختصاصی به شرح زیر را می‌توان برای دعوای متقابل ذکر کرد.

۱-۱. اقامه دعوای تقابل از سوی خوانده علیه خواهان

مطابق صدر ماده ۱٤۱ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی دعوای متقابل الزاماً از سوی خوانده مطرح می‌شود. خوانده شخصی است که دعوا علیه او اقامه شده و می‌تواند در مقام دفاع نسبت به طرح دعوای متقابل اقدام نماید (شمس، ۱۳۹۰: ۵۲-۵۳). به اعتقاد برخی از حقوق‌دانان به طور کلی خوانده حق طرح دعوای متقابل را خواهد داشت؛ اعم از این‌که خوانده دعوای اصلی باشد یا طاری (واحدی، ۱۳۷۰: ۸؛ مقصودپور، ۱٤۰۰: ۲٦۰؛ غمامی، ۱۳۸۳: ۲۳۱).

۲-۱. اتحاد منشأ یا ارتباط کامل میان دعوای اصلی و متقابل

منظور از وحدت منشأ، رابطه حقوقی مشخصی است که بر عمل یا واقعه‌ای حقوقی و یا قانون مبتنی بوده و براساس آن خواهان خود را مستحق مطالبه می‌داند. در واقع خواهان مبنای ادعای خود را معین کرده و رابطه حقوقی‌اش را با خوانده

شـــرح می‌دهد و در دادخواســـت تنظیمی و تقدیمی خود بایـــد توضیح دهد که حق ادعایی او بر چه پایه و اساســـی قرار دارد تا دادرس با ارزیابی، صحت یا سقم آن را احراز کند. حق ادعایی خواهان ممکن اســـت یکی از عقود معین مثل بیع یا اجاره ... و یا قراردادهای غیر معین باشـــد (صباغیان، ۱۳۹۸: ۵-٦؛ شمس، ۱۳۹۰: ۵۳). دعوای متقابل ممکن اســـت با دعوای اصلی دارای منشـــأ واحد نباشد اما با آن ارتباط کامل داشته باشد. مطابق ذیل ماده ۱٤۱ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی بین دو دعوا وقتی ارتباط کامل موجود اســـت که اتخاذ تصمیم در هریک مؤثر بر دیگری باشـــد؛ بنابراین باید یکی از دو شـــرط مذکور وجود داشته باشد. بر اســـاس رأی شماره ۳۷۷/۱٤۷۷۵ مورخ ۱۳۱۷/۲/۲٤ شعبه حقوقی دیوان عالی کشور، مراد از ارتباط کامل این است که صدور رأی در یکی از آن دو دعوا موجب بی‌نیازی از انشـــاء رأی در مورد دعوای دیگر باشد یا اثبات یکی از آن دو دعوا موجب اثبات یا رد دعوای دیگر گردد.

۳-۱. طرح دعوای متقابل در مهلت قانونی

بـــه موجب ماده ۱٤۳ قانون آیین دادرســـی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی دادخواست دعوای متقابل باید تا پایان اولین جلسه دادرسی ارائه شود. به دلالت رأی اصراری شماره ۳۰۳۱ مورخ ۱۳۲۹/۱۰/۳ هیأت عمومی دیوان عالی کشور «منظور از اولین جلسه دادرســـی، جلسه‌ای است که موجبات قانونی طرح و استماع دعوای طرفین فراهم باشد. در صورتی که به جهتی جلسه مذکور تجدید گردد، جلسه بعدی، اولین جلسه محسوب نمی‌شود». هم‌چنین گفته شده است که جلسه اول «اولین جلســـه‌ای است که موجبات رسیدگی فراهم بوده و خوانده فرصت و امکان دفاع در برابر دادخواست خواهان را داشته باشد ولو این‌که دفاع نکند» (شمس، ۱۳۸۵: ۱۵۸-۱۵۹؛ صباغیان، ۱۳۹۸: ٤۳).

٤-۱. رعایت صلاحیت دادگاه

دعوای متقابل در دادگاهی رسیدگی می‌شود که در قانون صلاحیت رسیدگی به دعوای اصلی را دارد. منظور از صلاحیت، ذاتی است نه محلی؛ زیرا صلاحیت ذاتی از قواعد آمره و مربوط به نظم عمومی اســـت. لازمه صلاحیت ذاتی رعایت سه معیار صنف، نوع و درجه اســـت. از منظر حقوق‌دانان (شـــمس، ۱۳۸٤: ۳۸۷؛ متین دفتری،

۱۳٤۸: ٤۱۸؛ واحدی، ۱۳۸٤: ۳۳٤) در سازمان قضاوتی ایران دعاوی به سه صنف حقوقی، کیفری و اداری تقسیم شده است که در هر یک از این سه صنف مرجعی با درجات مختلف (بدوی، تجدیدنظر و فرجامی) و صلاحیت‌های عام و استثنایی وجود دارد؛ به این ترتیب دادگاه‌های عمومی حقوقی در صنف دعاوی حقوقی و دیوان عدالت اداری در صنف دعاوی اداری، صلاحیت ذاتی رسیدگی را دارند و دو نوع از مراجع عمومی و اختصاصی محسوب می‌شوند.

۲. موانع طرح دعوای متقابل در دیوان عدالت اداری

با عنایت به تعریف و خصوصاً ویژگی‌های ذکر شده برای دعوای متقابل، ممکن است برای طرح دعوای متقابل در دیوان عدالت اداری موانعی به ذهن متبادر شود که در ادامه مورد بررسی قرار می‌گیرند. در این زمینه تأکید بر این نکته لازم است که لزوماً همه این موانع مورد پذیرش نویسندگان این تحقیق نیستند؛ لیکن به جهت این‌که ممکن است این شبهات از سوی دیگر حقوق‌دانان مطرح شود، در ادامه تلاش شده به صورت جامع به همه موانع قابل طرح پرداخته شود.

۲-۱. دادگاه تلقی نشدن دیوان عدالت اداری جهت طرح دعوای متقابل

مبتنی بر تعاریف ذکر شده از دعوای متقابل، امکان طرح دعوای متقابل صرفاً در دادگاه وجود دارد؛ این در حالی است که با عنایت به این‌که پیش‌بینی شورای دولتی در نظام دادرسی اداری ایران که در تشکیل دیوان عدالت اداری نقش داشت، تا حدود زیادی از حقوق اداری فرانسه تأثیر پذیرفته بود (ابوالحمد، ۱۳٤۹: ۸۰۹؛ طباطبایی مؤتمنی، ۱۳۸۷: ٤۷٦؛ صدرالحفاظی، ۱۳۷۰: ۳٤) و در فرانسه نظام دادرسی اداری خارج از نظام قضایی تعریف می‌شود، برخی حقوق‌دانان معتقدند که پس از تصویب قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و با وجود شناسایی دیوان عدالت اداری ذیل قوه قضاییه، کماکان دیوان عدالت اداری به عنوان یک مرجع عالی در عرض دیوان عالی کشور و خارج از ساختار دادگستری محسوب می‌شود (شمس، ۱۳۸٦: ۱۱۳؛ طباطبایی مؤتمنی، ۱۳۸۷: ٤۲۳-٤۲٤؛ محمودی، ۱۳۸٦: ٤۲)؛این برداشت موجب شده تا در رویه قضایی نیز بعضاً دیوان عدالت اداری به عنوان «دادگاه دادگستری» قلمداد نشده و نهادی اداری تفسیر شود. به عنوان نمونه، در رأی وحدت رویه شماره ۷۵۹ مورخ ۱۳۸۵/۱۱/۱۵ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری، رأی شماره ۷۲ مورخ

۱۳۸۵/۲/۱۷ هیـــأت عمومی دیوان عدالت ادـــاری، رأی وحدت رویه هیأت عمومی دیوان عالی کشـــور شـــماره ۵۳۷ مورخ ۱۳٦۹/۸/۱ و رأی وحدت رویه شماره ۹۹۷ مـــورخ ۱۳۸٦/۹/۱۸ هیأت عمومی دیوان عدالت ادـــاری، قرار عدم صلاحیت دیوان عدالت اداری به اعتبار صلاحیت دادگاه‌های دادگســـتری صادر شده که آرای مذکور مبین تلقی دادگاه نبودن دیوان عدالت اداری از نظر رویه قضایی است. هم‌چنین اداره کل حقوقی قوه قضاییه در تعدادی از نظرات مشورتی خود مانند آرای شماره ۷/۵۵۳۹ مورخ ۱۳٦٦/۹/۱۰ و شـــماره ۷/٤۰۹٦ مورخ ۱۳۷٤/۷/۱۸، اصطلاح «دادگاه صالح» را شـــامل دادگاه‌های عمومی ذی‌صلاح دادگستری دانسته و دیوان عدالت اداری را از آن منصرف نموده اســـت؛ مضاف بر این، با شناسایی دیوان عدالت اداری به موجب اصول یکصد و هفتاد و یکصد و هفتاد و ســـوم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و ظهور اصل یکصد و پنجاه و نهم آن مبنی بر ضرورت تشکیل دادگاه‌های دادگستری به موجب قانون عادی، ممکن اســـت این ابهام مطرح شـــود که چون دیوان در قانون اساسی پیش‌بینی شده، نمی‌توان آن را به عنوان یکی از دادگاه‌های دادگستری موضوع اصل یکصد و پنجاه و نهم قانون اساســـی به شـــمار آورد (ابریشمی‌راد و آئینه نگینی، ۱٤۰۰: ۱۹۹)؛ لذا با این تعبیر از دیوان عدالت اداری باید این مرجع را به عنوان دیوانی خاص و مجزا از دادگاه‌های دادگستری محسوب کرد.

بنا بر نظر ذکر شـــده، ممکن اســـت به دلیل فقدان وصف دادگاه برای دیوان عدالت اداری، امکان طرح دعوای متقابل در این دیوان نفی شود.

۲-۲. اختصاص صلاحیت دیوان عدالت اداری به رسیدگی به شکایات مردم از دولت

دیوان عدالت ادـــاری به موجب تصریح اصل یکصد و هفتاد و ســـوم قانون اساســـی و ماده ۱۰ قانون دیوان، به منظور رســـیدگی به شکایت مردم از مأمورین یا واحدهای دولتی تأســـیس شـــده و مبتنی بر آن، شـــاکی در دیوان عدالت اداری باید «مردم» باشند.

دـــر مقام اثبات این رویکرد، در دکترین حقوقـــی با نظر به صلاحیت خاص دیوان عدالت اداری نســـبت به دادگاه‌های عمومی، همراه با تفسیری مضیق، حداقلی و حصرگرایانه نســـبت به صلاحیت دیوان نگاه می‌شـــود. به تعبیر روشن‌تر، «دیوان

عدالت اداری یک مرجع قضایی اختصاصی اســـت و حدود صلاحیت و اختیارات آن محدود به اموری اســـت که مقنن تعیین نموده است و تجاوز از آن با اصول و قواعد حاکم بر مراجع اختصاصی منافات دارد. قبول صلاحیت دیوان در رسیدگی به دعاوی واحدهـــای دولتی علیه یکدیگر، مخالف هدف و غـــرض قانون‌گذار از ایجاد دیوان و مغایر نص صریح قانون اســـت عدم ذکر وصف حقوق خصوصی به دنبال اشـــخاص حقوقی و همچنین عدم ذکر واژه مردم یا اشخاص حقیقی و حقوقی حقوق خصوصی ... از حیث وضوح اصل «اختصاص جایگاه شـــاکی به مردم» و حکومت و اشراف آن بر همه‌ی مقررات قانون دیوان عدالت اداری بوده است و تلقی دیگری از آن معقول و مقبول نمی‌باشد» (صدرالحفاظی، ۱۳۷۲: ۳-۱۱۲). بر این اساس، شخصیت خواهان در دیوان مختص مردم بوده و خصوصـــی بودن خواهان به عنوان یک ضابطه برای تشـــخیص دعاوی قابل طرح در دیوان شناخته می‌شود که بر اساس آن تنها اشخاص حقوق خصوصی حق طرح دعوا در دیوان را دارند و در صورتی که دادخواســـتی از سوی اشـــخاص حقوق عمومی مطرح شود، با اثبات دولتی بودن شخصیت خواهان صرفاً با معیار شـــکلی و سازمانی به عدم صلاحیت دیوان رأی داده می‌شود؛ بی‌آن‌که تفاوتی میان امور حاکمیتی و تصدی‌گری قائل شوند یا به شأن و جایگاه طرف دولتی توجهی کنند (مولابیگی، ۱۴۰۰: ۲۲).

در تأیید نظر فوق، رأی وحدت رویه شـــماره ۳۷-۳۸-۳۹ مورخ ۱۳۶۸/۷/۱۰ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری مقرر داشته: «با توجه به معنی عرفی و لغوی کلمه مردم در اصل ۱۷۳، واحدهای دولتی از شـــمول مردم خارج و به اشخاص حقیقی یا حقوقی حقوق خصوصی اطلاق می‌شـــود علی‌هذا شـــکایات و اعتراضات واحدهای دولتی در هیچ مورد قابل طرح و رســـیدگی در شـــعب دیوان نمی‌باشد». این رأی که مســـتند آرای بعدی دیـــوان نیز قرار گرفته، موجب عدم پذیرش شـــکایات واحدهای دولتی علیه یکدیگر یا مردم در شـــعب دیوان بوده اســـت. این رویکرد، اغلب مبتنی بر فلســـفه وجودی دیوان یعنی بـــرای حمایت از حقوق مردم دـــر برابر تعدیات و قدرت برتر دولت می‌باشد. هم‌چنان که در این خصوص گفته شده: «اشخاص حقوق خصوصی می‌توانند در مقام شاکی در دیوان قرار گیرند، لکن چنانچه اشخاص حقوق عمومی را نیز در زمره شاکیان در محضر دیوان بدانیم، فلسفه تأسیس دیوان، زیر سؤال

می‌رود» (محمودی، ۱۳۸٦: ۲۳۵).

رأی وحدت رویه شماره ٦۹۹ مورخ ۱۳۸٦/۳/۲۲هیأت عمومی دیوان عالی کشور مبنی بر صلاحیت دادگاه‌های دادگستری جهت رسیدگی به اعتراض سازمان‌های دولتی از آراء کمیسیون موضوع ماده ۷۷ قانون شهرداری، دادنامه شماره ۹۰۰۹۹۷۰۹۰٦٤۰۰۱٦٤ مورخ ۱۳۹۰/٤/۲۹ شعبه دیوان عالی کشور مبنی بر محدودیت طرح شکایت شهرداری علیه واحدهای دولتی در دیوان عدالت اداری و دادنامه شماره ۹۰۰۹۹۷۰۹۰۷۸۰۰۲۵۰ مورخ ۱۳۹۰/٤/۸ شعبه دیوان عالی کشور مبنی محدودیت طرح شکایت توسط شرکت‌های دولتی در دیوان عدالت اداری نیز همگی نشان از ضرورت خصوصی بودن شخصیت خواهان جهت طرح دعوا در شعب دیوان را دارند؛ لذا طبق این قاعده که به عنوان یک اصل قطعی در نظام قضایی ایران پذیرفته شده، دیوان عدالت اداری جهت رسیدگی به شکایات مأمورین یا واحدهای دولتی علیه مردم که با دعوای متقابل در دیوان عدالت اداری ظهور خواهد کرد، صلاحیت رسیدگی ندارد؛ چرا که هر واحدی که دولتی باشد و بتواند در جایگاه خوانده در دیوان عدالت اداری قرار گیرد، حق ندارد در جایگاه خواهان باشد.

۳-۲. امکان‌پذیر نبودن طرح دعوای اداری از سوی دستگاه دولتی علیه مردم

مبتنی بر مبنای تأسیس دیوان عدالت اداری در نظام قضایی جمهوری اسلامی ایران که در مقام شناسایی یک مرجع اختصاصی جهت رسیدگی به دعاوی «اداری» بوده و نیز از قید «اداری» در عنوان «دیوان عدالت اداری»، نتیجه‌ای که حاصل می‌شود آن است که این دیوان صرفاً جهت رسیدگی به دعاوی «اداری» صلاحیت دارد؛ این در حالی است که احتمال بروز عمل اداری از سوی مردم که در دعوای متقابل موضوع رسیدگی دیوان قرار می‌گیرد، منتفی یا حداقل بعید است.

به عبارت دیگر، صلاحیت دیوان عدالت اداری صرفاً رسیدگی به دعاوی عمومی دولتی[1] ناظر بر اعمال اداری یک جانبه و دو جانبه دولت (تصمیمات، اقدامات

---

۱. در یک تقسیم‌بندی کلی از حیث موضوع و دایره شمول، دعاوی را می‌توان شامل دو دسته «دعاوی عمومی» و «دعاوی خصوصی» دانست. برخلاف دعاوی خصوصی که مربوط به حقوق شخص یا اشخاص معینی می‌باشد، دعاوی عمومی مربوط به حقوق الهی یا جامعه هستند. ذیل «دعاوی عمومی»، «دعاوی عمومی دولتی» وجود دارد که در مفهوم خاص به دعاوی ناشی از اختلاف

و قرادادهای اداری) اســـت که در آن‌ها قواعد حقوق عمومی (قانون اساســـی، قانون عادی، شـــرع و اصول کلی حقوق عمومی مثل اصل اســـتمرار، اصـــل انطباق، اصل تســـاوی، اصل رعایت سلسله مراتب هنجاری و ...) نقض شده باشد و اساساً اعمالی را می‌توان «اداری» نامید که اداره یا کارمندان آن در جهت حفظ نظم عمومی یا ارائه خدمـــات عمومی و با برخورداری از امتیـــازات مربوط به قدرت عمومی آن را انجام دهند یا حداقل اراده دولت در شکل‌گیری وضعیت اداری دخیل باشد (ابریشمی راد و آئینه نگینی، ۱٤۰۰: ۳۳؛ امامی و سلیمانی، ۹۲: ۳۱).

با این مقدمه، امکان طرح دعوای «اداری» توسط دستگاه دولتی علیه اشخاص خصوصی محل تأمل جدی اســـت و امکان بروز اعمال اداری از ســـوی اشـــخاص خصوصی با نظر به جایگاه آن‌ها منتفی به نظر می‌رســـد. در نتیجه اگر دعوای متقابل از سوی دولت نسبت به مردم طرح شود، دیوان عدالت اداری از لحاظ ذاتی به دلیل زایل شدن وصف «اداری» دعوا، صالح به رسیدگی نمی‌باشد. از این رو به نظر می‌رسد که وحدت منشـــأ یا ارتباط کامل موضوع دعوا به عنوان یکی از شـــرایط طرح دعوای متقابـــل، در دعاوی مطروحه در دیوان عدالت اداری محقق نخواهد شـــد. به عبارتی دعوایی که توسط مردم به طرفیت دستگاه دولتی در دیوان عدالت اداری طرح می‌شود (دعوای اداری)، با دعوایی که دستگاه دولتی به طرفیت مردم در دادگاه عمومی اقامه می‌کند (دعوای غیر اداری) وحدت منشأ یا ارتباط کامل نخواهد داشت.

٤-۲. عدم امکان رعایت مهلت جهت اقامه دعوای متقابل در دیوان

همان‌گونه که پیش‌تر بیان شـــد، مســـتند به ماده ۱٤۳ قانون آیین دادرســـی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی، مهلت طرح دعوای متقابل تا پایان اولین جلســـه دادرسی است؛ لذا از آن‌جایی که اساساً دادرسی در دیوان عدالت اداری غیر حضوری و مبتنی بر تبادل لوایح می‌باشد و جلسه‌ای در معنای اخص با حضور طرفین تشکیل نمی‌شود، عملاً رعایت این مهلت برای اقامه دعوای متقابل در دیوان غیرممکن

دستگاه‌های دولتی با یکدیگر اطلاق می‌شود؛ هم‌چنین در مفهوم عام علاوه بر این‌که دعاوی نهادهای دولتی با یکدیگر را شـــامل می‌شود، آن دســـته از دعاوی که یک طرف آن‌ها دولت باشد را نیز در بر می‌گیرد؛ بنابراین به منظور شناســـایی یک دعوای دولتی، دولت باید حداقل یک طرف دعوا باشـــد و آن دعوا مربوط به دولت (در معنای عام اعم از قوای ســـه‌گانه و دستگاه‌های اجرایی موضوع ماده ۵ قانون مدیریت خدمات کشـــوری) یا امور در صلاحیت آن باشد (ابریشمی راد و آئینه نگینی، ۱٤۰۰: ۲۳-۲٤).

است (شهنازی جنک‌تپه، ۱۳۹۹: ٦).

۵-۲. عدم تصریح قانون دیوان به دعوای متقابل و خلاف اصل بودن آن

در خصوص طرح دعوای متقابل در دیوان عدالت اداری ممکن است ایرادی مبنی بر عدم تصریح به این دعوا در قانون دیوان ذکر شود؛ با این توضیح که در قانون فعلی دیوان فقط به دو قسم از دعاوی طاری یعنی جلب ثالث و ورود ثالث در مواد ٥٤ و ٥٥ اشاره شده و با توجه به آن‌که عده‌ای معتقدند اصل یکصد و هفتاد و سوم قانون اساسی تنها برای شکایت از سوی مردم علیه دستگاه دولتی می‌باشد، باید آن دو قسم از دعاوی طاری مذکور را به عنوان استثنائی در برابر اصل یکصد و هفتاد و سوم قانون اساسی در نظر داشت. از سوی دیگر، دعاوی طاری استثنائی بر اصول تغییرناپذیری دادرسی و استقلال دعاوی و قواعد صلاحیت محلی می‌باشد؛ لذا از آن‌جایی که استثناء باید در محدوده نص تفسیر شود، پیش‌بینی امکان اقامه دعاوی ورود و جلب ثالث قابل تسری به دعوای متقابل نیست؛ ضمن این‌که قانون‌گذار در خصوص طرح دعاوی طاری در قانون دیوان در مقام بیان بوده، اما سخنی از امکان طرح دعوای متقابل در دیوان به میان نیاورده است (شهنازی جنک‌تپه، ۱۳۹۹: ٤-٥).

۳. ادله مثبت امکان طرح دعوای متقابل در دیوان عدالت اداری

اثبات امکان طرح دعوای متقابل در دیوان که مورد پذیرش نویسندگان این تحقیق می‌باشد، نیازمند رد موانع مذکور و ارائه استدلال در این زمینه است که در این بند به طرح آن خواهیم پرداخت.

۱-۳. «دادگاه» تلقی شدن دیوان عدالت اداری

پیش‌تر دادگاه دادگستری تلقی نشدن دیوان به عنوان یکی از موانع طرح دعوای متقابل در دیوان عدالت اداری ذکر شد؛ این در حالی است که در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران برای تشخیص دادگاه بودن یک مرجع، باید مجموعه‌ای از مؤلفه‌ها مثل «ذیل ساختار قوه قضائیه بودن»، «ماهیت قضایی داشتن عملکرد»، «تشکیل توسط قانون» و «دادرسی توسط قاضی منصوب و واجد صلاحیت» محرز باشد (ابریشمی راد و آئینه نگینی، ۱٤۰۰: ۱۹۳-۱۹٤).

با بررسی فرایند تشکیل دیوان عدالت اداری، این مطلب به دست می‌آید که

هرچند در پیش‌نویس قانون اساسی، دیوان عدالت اداری ابتدائاً به عنوان مرجعی مستقل و در عرض قوه قضاییه قرار داشت (مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، ۱۳٦۸: ۲۱-۳)، اما در نهایت دیوان در اصل یکصد و هفتاد و سوم مندرج در فصل یازدهم قانون اساسی که به قوه قضاییه اختصاص یافته، زیر نظر رئیس قوه قضاییه و ذیل ساختار قوه قضاییه شناسایی شد و از این جهت باید آن مرجع را به عنوان دادگاه دادگستری محسوب کرد (صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، ۱۳٦٤: ۱٦۵۲).

از آن‌جایی که بر اساس اصل یکصد و پنجاه و نهم قانون اساسی تشکیل دادگاه از طریق قانون «اعم از قانون اساسی یا عادی» می‌باشد و دیوان از معدود دادگاه‌های دادگستری است که به طور مستقیم توسط قانون اساسی شناسایی شده، لذا شرط تشکیل دیوان عدالت اداری توسط قانون نیز محقق است.

در خصوص ماهیت قضایی عملکرد دیوان عدالت اداری (عملکرد غالب این مرجع حل و فصل اختلافات و تطبیق حکم بر موضوع به منظور صدورحکم است)، هم‌چنین در دادرسی توسط قاضی منصوب و واجد صلاحیت نیز با توجه به مواد مختلف قانون دیوان عدالت اداری به ویژه ماده ٤ آن تردیدی نیست؛ لذا مبتنی بر دلایل ذکر شده، دیوان عدالت اداری همه ویژگی‌های لازم برای دادگاه قلمداد شدن در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران را دارد و این استدلال که دیوان دادگاه نیست و از این جهت امکان طرح دعوای متقابل در آن وجود ندارد اشتباه است.

در تأیید نظر فوق، در برخی از آرای دیوان عالی کشور مثل رأی شعبه ۲۵ به شماره ۹۲۰۹۹۷۰۹۰۸۵۰۰۰۱۱ مورخ ۱۳۹۲/۱/۱۰ به صراحت تأکید شده که دیوان از جمله محاکم و مراجع قضایی محسوب می‌شود و صدق عنوان دادگاه برای آن محرز است. هم‌چنین با توجه به بخشی از مذاکرات اصل یکصد و هفتاد و سوم قانون اساسی، دیوان دادگاه اختصاصی بوده و مربوط به دادگستری می‌باشد (صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، ۱۳٦٤: ۱٦۵۲) و از این حیث طرح دعوای متقابل در آن بلامانع است.

هم‌چنین از آن‌جایی که دعاوی طاری باید با تقدیم دادخواست در دادگاه

طرح شـــوند، پیش‌بینی دو قســـم از دعاوی طاری در قانون دیوان، مؤید آن است که دیوان عدالت اداری طبق آنچه گفته شـــد، از نظر قانون «دادگاه دادگســـتری» قلمداد می‌شود.

۲-۳. امکان‌پذیر بودن طرح دعوا توسط دستگاه‌های دولتی در دیوان

همان‌طور که گفته شـــد، یکی از موانع طرح دعـــوای متقابل در دیوان عدالت اداری، اختصاص صلاحیت دیوان عدالت اداری به رســـیدگی به شـــکایات مردم از دولت است. به عبارتی ضابطه دانســـتن «خصوصی بودن شخصیت خواهان» جهت طرح دعوا در دیوان، مانع از طرح دعوای متقابل توســـط دستگاه‌های دولتی در دیوان می‌باشد.

برخلاف رویکرد فوق، در دکترین حقوقی رویکردی مبتنی بر تفسیر موسع و نگاهی عام به صلاحیت دیوان در خصوص شخصیت خواهان جریان دارد؛ به صورتی که تمامی اشـــخاص خصوصی و عمومی در دیوان البته به فراخور موضوع، می‌توانند شاکی واقع شوند و مقید به خصوصی بودن شخصیت نیست و به عنوان ضابطه کاربرد ندارد (امامی و سلیمانی، ۱۳۹۳: ۳-۶).

رویکرد مذکور بر این مبناســـت که قســـمت آخر اصل یکصد و هفتاد و سوم کـــه حدود اختیارات و نحوه عمل دیوان را به قانـــون عادی واگذار کرده و هم‌چنین استعمال واژه «هرکس» در اصل یکصد و هفتادم و «اطلاق عبارت اشخاص حقیقی و حقوقی» در ماده ۱۰ و ۱۲ قانون دیوان عدالت اداری، دلالت بر شمول اشخاص حقوق عمومـــی (واحدهای دولتی) جهت طرح دعوا در دیـــوان دارد (صدرالحفاظی، ۱۳۷۲: ۱۰۷)؛ هم‌چنین به اعتقاد برخی حقوق‌دانان اصل یکصد و هفتاد و سوم را نمی‌توان به عنوان مبنایی برای محدودیت گستره شاکیان در دیوان قلمداد کرد؛ زیرا قانون‌گذار در مقام بیان شرایط طرفین شکایت نبوده و در بند آخر اصل مذکور نیز با توجه به همین مسأله تعیین حدود اختیارات و نحوه عمل دیوان را به قانون عادی واگذار کرده است (آقایی طوق و لطفی، ۱۴۰۱: ۳۱۵-۳۱۶).

در حوزه صلاحیت هیأت عمومی دیوان این رویکرد از ابتدا مورد توجه بوده و شـــخصیت خصوصی یا عمومی خواهان بـــرای طرح دعوا در هیأت عمومی دیوان اساســـاً ملاک نمی‌باشـــد و دســـتگاه دولتی نیز می‌تواند خواهان واقع شود (امامی و

سلیمانی، ۱۳۹۳: ۲۱-۲٤؛ امامی و سلیمانی، ۱۳۹۲: ۲۲-۲۳). این رویکرد در نهایت در اصلاحات قانون دیوان عدالت اداری مصوب ۱٤۰۲ نیز پذیرفته شده و مستند به تبصره ۱ الحاقی ماده ۱۷و تبصره ۲ الحاقی به ماده ۳ قانون مذکور، امکان طرح دعوا توسط برخی از مقامات و مراجع عمومی هم‌چون دادستان کل کشور یا سازمان بازرسی کل کشور و اشخاص حقیقی و حقوقی اعم از عمومی و خصوصی در شعب دیوان پذیرفته شده که این امر مؤید آن است که امکان طرح دعوا توسط اشخاص حقوق عمومی در دیوان وجود دارد[۱].

مبتنی بر رویه قضایی هم‌چون رأی وحدت رویه شماره ۱۵۵ مورخ ۱۳۷۱/۰۷/۲۵ نیز شکایت سازمان اوقاف در شعب دیوان پذیرفته شده است. افزون بر این، طرح دعوای متقابل از جانب دستگاه دولتی به منزله شکایت ابتدایی نمی‌باشد[۲](یعنی اگر دعوای اولیّه‌ای اقامه نمی‌شد، دعوای تقابل به دنبال آن به وجود نمی‌آمد) و حال آن‌که منظور از ممنوعیت شکایت دستگاه‌های دولتی در دیوان عدالت اداری، شکایت ابتدایی است و دعاوی طاری از مصادیق دعاوی ابتدایی تلقی نمی‌شوند تا با مانع عدم امکان شکایت دستگاه دولتی رو به رو گردند، بلکه نوعی دفاع در مقابل شکایت مطروحه می‌باشند (مولابیگی، ۱٤۰۰: ۲۱).

در این زمینه شعب دیوان عدالت اداری رویه‌های متفاوتی دارند و به عنوان نمونه در خصوص شکایت دستگاه دولتی در دیوان از حیث ورود ثالث آرای متعارضی صادر کرده‌اند که نشان از پذیرش دعوای طاری از سوی شخص دولتی دارد[۳] و این

---

۱. شایان ذکر است که قبل از اصلاحات اخیر قانون دیوان نیز برخی نظرات، دلالت بر امکان شکایت سازمان بازرسی کل کشور در شعب دیوان عدالت اداری داشته است. جهت مطالعه بیشتر رک: (مولابیگی و دیگران، ۱٤۰۳: ۳٤۱ به بعد)

۲. منظور از شکایت ابتدایی (دعوای اصلی) آن است که «دعوا یعنی محاکمه را بدواً تولید و ایجاد کند یعنی آغاز تنازع مطروحه در مرجع قضایی صالحه به وسیله دادخواست از سوی خواهان علیه خوانده صورت گیرد» (متین دفتری، ۱۳۷۸: ۲۵۳). از جمله در تعریف دعوای اولی(ابتدایی) بیان شده است: «دعوایی را که برای بار اول در محکمه مطرح می‌شود، در مقابل دعوایی که به نحوی از انحاء با دعوای اول مرتبط است و در اثنای محاکمه و رسیدگی به دعوای اول حادث می‌شود، دعوای اولی می‌نامند» (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۰: ۲۹۳).

۳. در خصوص پرونده (شکایت شرکت ارتباطات زیرساخت به عنوان وارد ثالث در دیوان) ابتدائاً رأیی از شعبه بدوی دیوان عدالت اداری این چنین صادر شد: «با عنایت به محتویات پرونده و صرف نظر از صحت و سقم قضیه، نظر به این‌که شرکت شاکی از شرکت‌های دولتی زیر نظر وزارت ارتباطات و فناوری می‌باشد و مطابق ماده یک قانون دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۹۲ صرفاً

موضوع مبین آن است که اگر دستگاه دولتی شرایط عمومی و اختصاصی طرح دعوای متقابل و علاوه بر آن ضوابط مرتبط با آیین دادرسی اداری را رعایت کند نیز می‌تواند از امتیاز اقامه دعوای متقابل در دیوان استفاده نماید تا دعوایش با دعوای اصلی توأمان رسیدگی شود.

علاوه بر این، برخی به درستی بیان داشته‌اند «این‌که به طور مطلق گفته شود دستگاه‌های دولتی به هیچ عنوان نمی‌توانند در شعب دیوان به عنوان شاکی حضور پیدا کنند، محل اشکال است و باید جایگاه حقوقی دستگاه دولتی را متناسب با هر وضعیت متفاوت حقوقی در نظر گرفت و نمی‌توان به شکل مطلق گفت دستگاه دولتی به هیچ‌وجه حق شکایت در دیوان عدالت اداری را ندارد» (استوارسنگری، ۱٤۰۰: ۷).

بنا بر مطالب ذکر شده، با مفروض بودن امکان طرح دعوا توسط دستگاه‌های دولتی در دیوان عدالت اداری، مانع ذکر شده جهت طرح دعوای متقابل در دیوان عدالت اداری مرتفع خواهد بود. این نظر از این جهت ترجیح خواهد داشت که در صورت عدم پذیرش طرح دعوای متقابل در دیوان، اشخاص حقوق عمومی باید در دادگاه‌های عمومی دعوای اداری خود را طرح کنند که این موضوع علاوه بر این‌که خلاف صلاحیت دادگاه‌های عمومی است، با مبانی و دلایل طرح دعوای متقابل در مرجع واحد مغایرت دارد و می‌تواند موجب تعارض در آراء و صرف وقت و هزینه

شکایات مردم در دیوان قابلیت استماع داشته و شکایت نهادها و شرکت‌های دولتی قابلیت استماع در دیوان نداشته، لذا نظر به مراتب قرار رد شکایت صادر می‌شود. قرار صادره ظرف بیست روز پس از ابلاغ قابل تجدیدنظرخواهی در شعب تجدیدنظر دیوان است». (رئیس شعبه اول دیوان عدالت اداری)؛ سپس در رأی تجدیدنظر آمده است: «هرچند شرکت ارتباطات زیرساخت یک شرکت دولتی است و به استناد اصل یکصد و هفتاد و سوم و ماده ۱۰ قانون تشکیلات وآیین دادرسی دیوان عدالت اداری اختیار طرح شکایت ابتدایی در دیوان عدالت اداری را ندارد، لیکن ورود ثالث به منظور دفاع از یکی از طرفین پرونده و دفاع از حقوق احتمالی خود شخص وارد ثالث است که نفع خود را در حاکم شدن یکی از طرفین تشخیص می‌دهد؛ بنابراین ورود ثالث طرح شکایت ابتدایی تلقی نمی‌شود و از طرفی اطلاق ماده ۵۵ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری دلالت بر امکان طرح دعوی ورود ثالث از جانب واحدهای دولتی دارد؛ بنابراین چون شرکت زیرساخت به عنوان وارد ثالث دادخواست مطرح کرده، لذا دعوای وارد ثالث طرح شده از جانب شرکت مذکور قابلیت استماع داشته و ضمن نقض رای معترض عنه مستندا به ماده ۷۲ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری موضوع جهت رسیدگی به شعبه مربوط اعاده می‌گردد و رای صادره قطعی است». (دادنامه شماره ۹٤۰۹۹۷۰۹۰۵٦۰۲۲۹۸ مورخ ۱۳۹٤/۱۲/۸ شعبه اول تجدیدنظر دیوان عدالت اداری)

غیرقابل توجیه باشد.

۳-۳. امکان طرح دعوای اداری توسط دستگاه‌های دولتی علیه مردم

از آن‌جایی که دیوان عدالت اداری صلاحیت رسیدگی به دعاوی با موضوعی اداری را داراست، با توجه به آن‌چه در بخش موانع بیان شد، به دلیل تفاوت جایگاه و عملکرد مردم نسبت به واحدهای دولتی امکان بروز عمل اداری از سوی مردم وجود ندارد و از این جهت طرح دعوای متقابل در دیوان فاقد موضوع می‌باشد؛ این در حالی است که منصرف دانستن طرح دعوای اداری از سوی مردم علیه دولت اساساً فاقد وجه است و امکان طرح دعوای اداری از سوی دولت علیه مردم و به تبع آن تأمین وحدت منشأ یا ارتباط کامل دعاوی کاملاً محتمل است.

به عنوان نمونه، در اجرای بند ۳ ماده ۱۰ قانون دیوان عدالت اداری اگر کارمند دستگاه اجرایی از اداره شکایت کند و در تقابل با این دعوا، اداره نیز از کارمند به جهت تخلف یا ترک وظایف اداری‌اش شکایت داشته باشد، دعوای متقابلی که از سوی اداره علیه کارمند در دیوان طرح می‌شود، می‌تواند ماهیتی اداری داشته باشد؛ چون از همان عمل اداری که اراده دولت به عنوان یکی از اصحاب دعوا در آن دخیل بوده، نشأت گرفته و یا با آن مرتبط است. به هر حال دعوایی که بین شخص خصوصی و عمومی به وجود آمده به واسطه رابطه حقوقی مشخص اداری بین مردم و دولت بوده است. مثلاً ممکن است شخص خصوصی، با رفتار خود یک عمل اداری را نقض کرده باشد. بدین لحاظ اثبات یا رد هر کدام از دعاوی اصلی و تقابل، بر دیگری اثرگذار است؛ بنابراین از این حیث مانعی برای طرح دعوای متقابل در دیوان عدالت اداری وجود ندارد. به عبارت دیگر، اگر ماهیت دعوای متقابل اداری باشد (یعنی با صلاحیت ذاتی دیوان منطبق باشد)، نه تنها ایراد عدم صلاحیت دیوان صحیح نیست، بلکه دیوان صالح‌ترین مرجع قضایی در رسیدگی به این قبیل دعاوی است.

٤-۳. امکان رعایت مهلت جهت اقامه دعوای متقابل در دیوان

پیش‌تر بیان شد که در دیوان عدالت اداری به دلیل غیر حضوری بودن رسیدگی و عدم تشکیل جلسه، مهلت طرح دعوای متقابل قابل رعایت نیست؛ حال آن‌که در مقام رد این ادعا باید گفت که: اولاً، در دعاوی مطروحه در شعب دیوان قبل از تشکیل جلسه دادرسی به موجب مواد ۲۹ و ۳۰ قانون دیوان تبادل لوایح صورت می‌گیرد و

طبیعتاً در این تبادل لوایح که قبل از پایان «اولین جلسه دادرسی» است امکان طرح دعوای متقابل وجود دارد و از این حیث شرط مذکور در ماده ۱۴۳ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی رعایت شده است؛ ثانیاً، غیرحضوری بودن رسیدگی در دیوان به منزله منتفی بودن مطلق برگزاری جلسه دادرسی در دیوان نیست و مطابق ماده ۴۳ قانون دیوان و تبصره‌های ۱ و ۲ و ۳ این ماده، شعبه دیوان می‌تواند جلسه دادرسی برگزار کند؛ بنابراین بدیهی است که در این فرض صرفاً تا قبل از پایان اولین جلسه دادرسی امکان طرح دعوای متقابل در دیوان وجود دارد.

۵-۳. حصری نبودن دعاوی طاری در قانون دیوان و نقض ادعای خلاف اصل بودن آن

مطابق آن‌چه تبیین شد، یکی از موانع طرح دعوای متقابل در دیوان آن است که خلاف سایر اقسام دعاوی طاری، از دعوای تقابل در قانون دیوان ذکری به میان نیامده و به جهت عدم تصریح به آن در قانون دیوان، دعوای مذکور را قابل رسیدگی در دیوان نمی‌دانند. در راستای رد این ادعا می‌توان بیان داشت که هرچند طرح دعوای متقابل از گذشته تاکنون در قانون دیوان تصریح نشده و تنها دو قسم از دعاوی طاری مورد پذیرش این قانون بوده، لکن اثبات شیء نفی ماعدا نمی‌کند. در واقع تصریح به امکان‌پذیر بودن دعاوی ورود ثالث و جلب ثالث به معنای عدم امکان طرح دعوای متقابل توسط دستگاه دولتی در دیوان نمی‌باشد؛ بر این اساس، برخی حقوق‌دانان معتقدند به‌رغم آن‌که طرح دعوای متقابل در قانون دیوان پیش‌بینی نشده، اما خصوصیت خاصی در دعاوی طاری ورود ثالث و جلب ثالث وجود ندارد که آن‌ها را از دعوای متقابل جدا سازد (مولابیگی، ۱۴۰۰: ۲۱)؛ مضاف بر آن، وقتی ثالثی که نه دعوای اصلی را طرح کرده و نه دعوای اصلی علیه او اقامه شده و در واقع نقشی در به جریان افتادن دادرسی نداشته، بتواند برای احقاق حق خویش و جلوگیری از تضییع آن در دیوان عدالت اداری طرح دعوا نماید، با قیاس اولویت، خوانده دعوای اصلی که اصیل محسوب می‌شود باید برای تحقق عدالت جواز اقامه دعوا در دیوان را داشته باشد؛ لذا دعوای متقابل از باب تسامح مطرح نشده است کما این‌که در خصوص آن منعی در قانون وجود ندارد؛ هم‌چنین به استناد ماده ۱۲۲ قانون دیوان در موارد سکوت مقررات به قانون آیین دادرسی مدنی ارجاع داده شده است.

در مقام توجیه خلاف اصل (صلاحیت محلی، استقلال دعاوی و تغییرناپذیری دادرسی) بودن دعوای تقابل در دیوان، شایان توجه است که فارغ از این‌که به جهت استقرار دیوان در تهران اساساً موضوع رعایت صلاحیت محلی هنگام رسیدگی به دعاوی توسط دیوان قابل تصور نیست، جمع شدن دعوای متقابل با دعوای اصلی و رسیدگی هم‌زمان به دو پرونده در دیوان بر طبق مصلحت مهمی مبنی بر اجتناب از صدور احکام متناقض بوده و موجب می‌شود که جریان اقامه دعوا از ابتدا تا مقطع صدور رأی به نحوی ساماندهی شود که با صرفه‌جویی در وقت دادگاه و اصحاب دعوا و پرداخت هزینه‌ی حق‌الوکاله کمتر، رسیدگی و حل‌وفصل سریع‌تر و توأمان به اختلافات و صدور آراء صحیح را به همراه داشته باشد و از تجدید دعاوی نیز جلوگیری شود (غمامی، ۱۳۸۳: ۲٤۱). بنا بر مزایای ذکر شده، تمثیلی بودن مصادیق دعاوی طاری در قانون دیوان و امکان‌پذیر دانستن طرح دعوای متقابل در دیوان توجیهی منطقی دارد.

٦-۳. امتیازات فنی امکان‌پذیر دانستن طرح دعوای متقابل در دیوان

به صورت یک قاعده کلی، قانون دیوان اصل حمایت کردن از مردم را پذیرفته و بر همین اساس یکی از اهداف مهم تشکیل دیوان آن است که در فضای نابرابری، شخص خصوصی بتواند به عنوان طرف ضعیف دعوا از یک نهاد دولتی شکایت و احقاق حق نماید. این فلسفه تناقضی با امکان دادخواهی اشخاص حقوق عمومی در دیوان ندارد و می‌تواند با آن قابل جمع باشد؛ زیرا فلسفه وجودی یک نهاد ممکن است متعدد باشد یا در گذشت زمان با تغییر اوضاع و احوال تغییر کند و می‌تواند با فلسفه وجودی دیگر که لزوم رسیدگی تخصصی به مسائل نوین حقوق اداری است توجیه گردد (امامی و سلیمانی، ۱۳۹۳: ۵).

در این زمینه باید در نظر داشت که تخصصی کردن حوزه‌های قضاوت و رسیدگی به موضوعات با ماهیت اداری در مرجع اختصاصی توسط قضاتی متخصص و با آیین دادرسی خاص و ویژه اداری امکان‌پذیر می‌باشد؛ لذا رسیدگی به دعاوی اداری در دادگاه‌های عمومی توسط قضات غیر متخصص به اقتضائات دادرسی اداری و عدم بهره‌مندی از آیین دادرسی خاص اداری می‌تواند باعث عملکرد ضعیف نظام قضایی در فرایند دادرسی باشد. علاوه بر آن، اقامه دعوا به صرف دولتی بودن خواهان

در دادگاه عمومی و طرح همان موضوع با ماهیت مشـــابه توسط شخص خصوصی در دیوان موجب اختلاف در رویه‌های قضایی خواهد شـــد؛ بنابراین به منظور ارتقای کیفیت دادرسی اداری در نظام قضایی، مطلوب آن است که با تصریح به امکان طرح دعوای متقابل در قانون دیوان به سمت تمرکز دعاوی اداری در دیوان گام برداریم و در صدد اصلاح رویه قضایی باشیم.

برآمد

۱- در راستای امکان‌سنجی اقامه دعوای متقابل در دیوان عدالت اداری در وهله اول موانع شکلی و ماهوی به ذهن متبادر شد و متعاقباً از پژوهش حاضر نتایجی به شرح بندهای زیر به دست آمد که بیان‌گر نقض موانع پیش‌روی می‌باشد.

۲- از آن‌جایی که دعوای متقابل مانند سایر دعاوی طاری باید با تقدیم دادخواست در دادگاه طرح شود، پیش‌بینی دو قسم از دعاوی طاری در قانون دیوان مضافاً شرح برخی از آراء و مذاکرات، مؤید آن است که دیوان عدالت اداری مؤلفه‌هایی هم‌چون: «ذیل ساختار قوه قضائیه بودن»، «ماهیت قضایی عملکرد»، «تشکیل توسط قانون» و «دادرسی توسط قاضی واجد صلاحیت و منصوب رئیس قوه قضاییه» را داراست و دادگاه دادگستری قلمداد می‌شود و همانند هر مرجع قضایی دیگری، برای رسیدگی به دعاوی، وقت رسیدگی و نظارت تعیین می‌شود و در صورت نیاز، طرفین به دادرسی دعوت و جلسه دادرسی تشکیل می‌گردد. بدین ترتیب موانع «دادگاه تلقی نشدن دیوان عدالت اداری جهت طرح دعوای متقابل» و «عدم امکان رعایت مهلت جهت اقامه دعوای متقابل در دیوان» مرتفع می‌شود.

۳- با عنایت به عبارت «هر کس» در اصل یکصد و هفتادم قانون اساسی، اطلاق عبارت «اشخاص حقیقی و حقوقی» در مواد ۱۰ و ۱۲ قانون دیوان، به کار بردن عبارت «اشخاص حقیقی و حقوقی اعم از عمومی و خصوصی» در تبصره ۲ الحاقی به ماده ۳ قانون دیوان مصوب ۱٤۰۲، تبصره ۱ الحاقی به ماده ۱۷ قانون مذکور دیوان، در دیوان عدالت اداری ضابطه خصوصی بودن شخصیت خواهان امری مطلق نیست و در مواردی قانون‌گذار با عدول نسبی از آن قائل به امکان طرح دعوای اداری از سوی شخص حقوق عمومی بوده است؛ از این رو مانع «اختصاص صلاحیت دیوان عدالت اداری به رسیدگی به شکایات مردم از دولت» رد خواهد شد.

٤- اداری بودن موضوع دعوای متقابل یک بحث «ماهوی» محسوب می‌شود و شخصیت خواهان یا خوانده که بُعدی «شکلی» دارد در آن اثری نخواهد داشت؛ لذا در برابر این ایراد که به واسطه تفاوت جایگاه مردم با مأمورین و دستگاه دولتی، از شخص خصوصی عمل اداری سر نمی‌زند که دعوای متقابل در دیوان امکان طرح داشته باشد؛ می‌توان گفت دعوایی که بین شخص خصوصی و عمومی به وجود آمده

از یک عمل اداری دولتی ریشـــه گرفته است، یعنی رابطه حقوقی مشخصی بین مردم و دولت وجود داشته که بر عمل یا واقعه‌ای حقوقی و یا قانون مبتنی بوده و بر اساس آن خواهان خود را مســـتحق مطالبه می‌داند؛ هم‌چنین جوهره اصلی دعوای متقابل با موضوعی اداری در زمینه تحقق وحدت منشأ یا ارتباط کامل، تفاوت خاصی با دعوای متقابل با موضوعی مدنی ندارد؛ بر این اســـاس مانـــع «امکان‌پذیر نبودن طرح دعوای اداری از ســـوی دستگاه دولتی علیه مردم» و عدم رعایت وحدت منشأ و ارتباط رفع می‌گردد.

۵- دعاوی طاری مصرح در قانون دیوان حصری نمی‌باشـــد و قانون‌گذار این دعاوی را برای شخص ثالث نیز مقرر داشته؛ لذا با قیاس اولویت می‌توان بیان داشت، دعاوی طاری میان اصحاب دعوای اصلی هم قابل طرح می‌باشـــد. هم‌چنین به استناد ماده ۱۲۲ قانون دیوان در موارد ســـکوت مقررات به قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی ارجاع داده شده و دعاوی طاری به عنوان یک استثناء بر اصول تغییرناپذیری دادرسی، استقلال دعاوی و انحراف از رعایت قاعده صلاحیت محلی به شـــمار می‌آید؛ لذا قانون‌گذار در مقام بیان بوده و با قصد احقاق حق طرفین دعوای اصلی یا ثالث از فواید دعاوی طاری، این دعاوی را شناســـایی نموده اســـت؛ بدین لحاظ مانع «عدم تصریح قانون دیوان به دعوای متقابل و خلاف اصل بودن آن» نقض خواهد شد.

٦- در خصوص صلاحیت دیوان عدالت اداری جهت رسیدگی به اقامه دعوای متقابل، علاوه بر هم‌خوانی دیدگاه نویســـندگان با بخش ســـوم مقاله، این نظر ارجح اســـت که مبنای ممنوعیت شکایت توسط دستگاه دولتی علیه مردم، در مورد دعوای اصلی(ابتدایی) قابلیت اعمال دارد نه دعاوی طاری و دعوای متقابل یک امتیاز اســـت که اگر با موضوعی اداری طرح شود و با دعوای اصلی دارای منشأیی واحد و ارتباط باشد و سایر شـــرایط لازم در آن رعایت شده باشد، صرف نظر از ممنوعیت‌هایی که برای دعوای اصلی وجود دارد، قابل رسیدگی در دیوان عدالت اداری است.

۷- با توجه به رســـیدگی تخصصی دیوان به دعاوی اداری با آیین دادرســـی ادـــاری و مزایایی که طرح دعاوی طاری به همراه خواهد داشـــت، با رفع موانع در پژوهش حاضر می‌توان نتیجه گرفت حـــوزه صلاحیت دیوان اقتضای آن را دارد که

به کلیه دعاوی که ماهیتی اداری دارند فارغ از شـــخصیت خصوصی یا عمومی اقامه کننده آن، رســـیدگی کند؛ بنابراین پذیرش دعوای متقابل با موضوعی اداری در دیوان و تفســـیری گســـترده و واقعی از حدود صلاحیت شکلی و ماهوی دیوان، برای نظام حقوقی مفید خواهد بود. در این راســـتا بهتر است قوانین دیوان عدالت اداری و رویه قضایی اصلاح گردد.

فهرست منابع

الف. فارسی

* آقایی طوق، مسلم و لطفی، حسن (۱۴۰۱)، **حقوق اداری ۱**، چاپ سوم، تهران: شرکت سهامی انتشار.

* آئینه نگینی، حسین و ابریشمی راد، محمدامین (۱۴۰۰)، **آیین دادرسی اداری دوره قضایی**، جلد نخست، تهران: مجد.

* ابریشمی راد، محمدامین و آیینه نگینی، حسین (۱۳۹۹)، «**حدود استناد پذیری قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی در دیوان عدالت اداری**»، دانش حقوق عمومی، دوره ۹، شماره ۲۹.

* اسدزاده طالعی، سیمین و داور، منوچهر(۱۳۹۵)، «**مطالعه تطبیقی دعوای متقابل در حقوق ایران و ایالت متحده آمریکا**»، تحقیقات حقوق خصوصی و کیفری دانشنامه حقوق و سیاست، دوره ۱۲، شماره ۳۰.

* اسماعیلی، حسین (۱۳۹۳)، **قواعد عمومی دعاوی طاری**، پایان‌نامه برای دریافت درجه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، تهران: دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران.

* امامی، محمد و سلیمانی، مهستی (۱۳۹۲)، «**ضوابط تشخیص دعاوی قابل طرح در دیوان عدالت اداری**»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۷۷، شماره ۸۲.

* امامی، محمد و سلیمانی، مهستی (۱۳۹۳)، «**شخصیت خواهان در دیوان عدالت اداری**»، مجله مطالعات حقوقی دانشگاه شیراز، دوره ٦، شماره ۱.

* استوار سنگری، کوروش(۱۴۰۰)، «**رأی وحدت رویه ۷۹۲ مورخ ۱۳۹۹/٤/۲٤ هیئت عمومی دیوان عالی کشور و تأثیر آن بر صلاحیت شعب دیوان عدالت اداری و دادگاه‌های عمومی**»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۵، شماره ۱۱۵.

* جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۰)، **ترمینولوژی حقوق**، چاپ پنجم، تهران: گنج دانش.

* زراعت، عباس (۱۳۸۹)، **محشای قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی**، چاپ سوم، تهران: ققنوس.

* شمس، عبداله (۱۳۹۰)، **آیین دادرسی مدنی(دوره بنیادین)**، جلد سوم، چاپ دهم،

تهران: دراک.
* شمس، عبداله (۱۳۸٦)، **آیین‌دادرسی مدنی (دوره پیشرفته)**، جلد نخست ، چاپ پانزدهم ، تهران: دراک.
* شمســی، جواد (۱۳۹۸)، **دعوای متقابل (نظری کاربردی)**، چاپ نخست، تهران: شرکت سهامی انتشار.
* شــهنازی جنک‌تپه، ســالار (۱۳۹۹)، «**دعاوی طاری در قانون تشکیلات و آیین دادرســی دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۹۲ و مقایسه آن با قانون آیین دادرسی دادگاه‌هــای عمومی و انقلاب در امور مدنی**»، کنفرانس ملی حقوق فقه و فرهنگ، شماره ۱.
* صباغیان، حســین (۱۳۹۸)، **شرح کامل دعاوی طاری و ویژگی‌های آن‌ها (علمی و کاربردی)**، چاپ دوم، تهران: جنگل.
* اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شــورای اسلامی (۱۳٦٤)، **صورت مشــروح مذاکرات مجلس برررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران**، جلد سوم، تهران: اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی.
* اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شــورای اسلامی (۱۳٦۸)، **صورت مشــروح مذاکرات مجلس برررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران**، جلد چهارم، تهران: اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی.
* صدرالحفاظی، ســید نصراله (۱۳۷۲)، **نظــارت قضایی بر اعمال دولت در دیوان عدالت اداری**، چاپ نخست، تهران: شهریار.
* صدرالحفاظی، ســیدنصراله (۱۳۷۰)، «**دیوان عدالت اداری و فلسفه تأسیس آن**»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۵۵، شماره ۲.
* طباطبایی مؤتمنی، منوچهر (۱۳۸۷)، **حقوق اداری**، چاپ پانزدهم، تهران: سمت.
* عبدالحمید، ابوالحمد (۱۳٤۹)، **حقوق اداری**، جلد نخست، تهران: دانشگاه تهران.
* غمامی، مجید (۱۳۸۳)، «**دعوای متقابل**»، مجله دانشــکده حقوق و علوم سیاســی دانشگاه تهران، دوره ٦٦، شماره پیاپی ۵۲۰.
* متین‌دفتری، احمد (۱۳۷۸)، **آیین دادرسی مدنی و بازرگانی**، جلد نخست، چاپ نخست، تهران: مجد.

* متین‌دفتری، احمد (۱۳٤۸)، **آیین دادرسی مدنی و بازرگانی**، جلد نخست، چاپ نخست، تهران: مجد.
* محمودی، جواد (۱۳۸٦)، «**قانون جدید دیوان عدالت اداری در بوته نقد**»، نشریه حقوق اساسی، سال چهارم، شماره ۲۲۳.
* محسنی، حسن (۱۳۹٤)، «**رویکردی تطبیقی بر دعوی تقابل**»، تحقیقات حقوقی، دوره ۱۹، شماره ۷۳.
* مولابیگی، غلامرضا، قطبی، میلاد و محمدی احمدآبادی، حسین(۱٤۰۳)، «**تحلیلی بر دادخواهی سازمان بازرسی کل کشور در شعب دیوان عدالت اداری**»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۸، شماره ۱۲٦.
* مقصودپور، رسول (۱٤۰۰)، **دعاوی طاری و شرایط اقامه آن**، چاپ سوم، بازچاپ، تهران: مجد.
* مولابیگی، غلامرضا (۱٤۰۰)، **صلاحیت و آئین دادرسی دیوان عدالت اداری**، چاپ ششم، تهران: جنگل.
* واحدی، قدرت‌اله (۱۳۸٤)، **آیین دادرسی مدنی**، چاپ چهارم، تهران: میزان.
* واحدی، جواد (۱۳۷۰)، «**دعوای متقابل**»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۵۵، شماره ۲.
* یاری، الیاس (۱۳۹۷)، «**معیارهای دعاوی طاری**»، همایش ملی پژوهش‌های مدیریت علوم انسانی در ایران (دانشگاه تهران)، شماره ۵.

مجله حقوقی دادگستری

مقاله پژوهشی/ دوره ۸۹/ شماره ۱۲۹/ صفحات: ۲۰۷-۱۷۷
تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۴/۰۴ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۷/۲۳

بررسی مقایسه‌ای استانداردهای «رفتار منصفانه و عادلانه» و «حمایت و امنیت کامل» در حقوق سرمایه‌گذاری خارجی

امین کلیشادی نجف‌آبادی[۱]، مسعود شیرانی[۲]، رضا سلطانی[۳]

چکیده

امروزه درج معیارهای«رفتار منصفانه و عادلانه» و «حمایت و امنیت کامل» به عنوان دو استاندارد رفتاری، به یک الگوی ثابت در اکثر قریب به اتفاق معاهدات سرمایه‌گذاری بدل گشته است. فراوانی ارجاع به این دو معیار در معاهدات سرمایه‌گذاری از یک سو و توالی و به دنبال یکدیگر آمدن آن‌ها، این سوال را مطرح می‌سازد که آیا بین این دو معیار رابطه خاصی وجود دارد یا این دو معیار کاملاً متفاوت و از یکدیگر مستقل هستند. بررسی رویه داوری در این خصوص، رویکرد واحدی را نشان نمی‌دهد. برخی آراء داوری این دو معیار را به خصوص زمانی که به دنبال یکدیگر و در یک ماده از معاهده سرمایه‌گذاری درج می‌شود، یکسان و معادل یکدیگر دانسته‌اند؛ برخی دیوان‌های داوری با رد رویکرد یکسان‌انگاری و معادل‌سازی دو معیار، قائل به نوعی هم‌پوشانی خاص (و نه کامل) بین دو معیار هستند و بسیاری دیگر، این دو را کاملاً متفاوت و مستقل دانسته‌اند که مفهوم، محتوا و آثار خاص خود را دارا بوده و بنابراین می‌بایست به صورت مستقل مورد بررسی قرار گیرد.

در این مقاله که با روش توصیفی و تحلیلی و با استفاده از منابع کتابخانه‌ای اعم از کتاب‌ها و آراء داوری در زمینه سرمایه-گذاری خارجی انجام شده است، به این نتیجه دست یافتیم که این دو معیار کاملاً متفاوت و مستقل از یکدیگر هستند و بنابراین سرمایه‌گذار خارجی برای اثبات نقض هر یک از این دو معیار، می‌بایست با در نظر گرفتن محتوا، آثار و قلمرو خاص هر یک، ادعای نقض آن معیار را مطرح سازد.

واژگان کلیدی: سرمایه‌گذاری خارجی، معاهدات دوجانبه، استاندارد رفتاری، رفتار منصفانه و عادلانه، حمایت و امنیت کامل.

---

۱. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، گروه حقوق، واحد نجف آباد، دانشگاه آزاد اسلامی، نجف آباد، ایران. aminkelishadi@gmail.com

۲. استادیار گروه حقوق، واحد نجف آباد، دانشگاه آزاد اسلامی، نجف آباد، ایران (نویسنده مسئول) masoudshirani2019@gmail.com

۳. استادیار گروه حقوق، واحد نجف آباد، دانشگاه آزاد اسلامی، نجف آباد، ایران. rezasoltani{at}phu.iaun.ac.ir

درآمد

با عنایت به گسترش روز افزون توافقات سرمایه‌گذاری در سطح بین‌المللی و ریسک‌پذیری سرمایه‌گذاری در کشور بیگانه، به ویژه با توجه به تحولات و دگرگونی‌های سیاسی و اقتصادی عصر حاضر، اصولاً اشخاص و دولت‌ها تمایلی به سرمایه‌گذاری‌های پر ریسک در کشورهای دیگر ندارند؛ مگر این‌که از امنیت سرمایه‌گذاری از دو جهت حفظ سرمایه‌های مادی و معنوی سرمایه‌گذار و تضمین سوددهی سرمایه‌گذاری اطمینان حاصل نمایند. کشورهای سرمایه‌پذیر نیز به دلیل مزایایی که سرمایه‌گذاری خارجی در این کشورها دارد، به دنبال جلب اطمینان سرمایه‌گذار هستند (انصاری و رئیسی، ۱۳۹۷: ۲). مکانیسمی که در طول چندین دهه در این جهت مورد استفاده قرار گرفته و به مرور زمان نیز کامل‌تر و پیچیده‌تر شده است، درج برخی شروط و معیارها در معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری می‌باشد. از جمله معیارهایی که بیشترین استفاده را در معاهدات سرمایه‌گذاری دوجانبه دارد و در بیشتر این معاهدات نیز درج می‌شود، معیار «رفتار منصفانه و عادلانه» و معیار «حمایت و امنیت کامل» است (زمانی و حسیبی، ۱۳۹۸: ۱٦۷). برخی از نویسندگان، این دو شرط را به عنوان دو استاندارد رفتاری در ذیل حداقل استانداردهای بین‌المللی رفتاری بررسی نموده‌اند و برخی دیگر این دو را به عنوان دو استاندارد مستقل در نظر گرفته‌اند. این دو معیار، امروزه از مهم‌ترین استانداردهای رفتاری به شمار می‌آید؛ زیرا نه تنها به صورت شرط در اکثر معاهدات سرمایه‌گذاری درج می‌شود، بلکه بسیاری از دعاوی طرح شده در مراجع داوری بین‌المللی، با ادعای نقض این دو معیار شکل می‌گیرد و بنابراین، بیش از هر معیار دیگری منتج به صدر رای علیه دولت‌ها می‌گردد (حسیبی، ۱۳۸۸: ۱٦۸).

به‌رغم این‌که در ظاهر امر، مفاد این دو شرط بسیار ساده و روشن به نظر می‌رسد، لیکن تفسیر معنای این دو استاندارد و مصادیق و موارد استناد به آن، به یکی از مناقشات حقوق سرمایه‌گذاری بین‌المللی تبدیل شده و با وجود سابقه طولانی رویه های داوری، هنوز ابهامات و اختلافات زیادی بر سر مفهوم، مفاد و محتوای این دو شرط وجود دارد (Islam,2018: 171). از طرف دیگر، با توجه به این‌که این دو معیار در معاهدات سرمایه‌گذاری معمولاً در کنار هم ذکر می‌شوند، این سوال مطرح

می‌شـــود که آیا این دو، معیار واحد هستند یا دو معیار متفاوت با مفهوم، مفاد و محل اعمال متفاوت.

بنـــا بر آنچه گفته شـــد و با عنایت بـــه این‌که این دو معیار در اغلب اســـناد ســـرمایه‌گذاری بین‌المللی و از جمله موافقت‌نامه‌هایی که توسط ایران نیز منعقد شده است، وجود دارد و همچنین رویه داوری در خصوص معیارهای ذکر شده همواره در حال تحول و تطور می‌باشـــد و از طرف دیگر این دو معیار در برخی حوزه‌ها به هم نزدیک شـــده و حتی با یکدیگر هم‌پوشـــانی دارند، بررسی تحلیل و مقایسه آن‌ها با یکدیگـــر و تعیین دقیق‌تر محل اعمال هر یک با در نظر گرفتن معنا و مفهومی که در رویه داوری به این دو معیار داده شده است، ضروری به نظر می‌رسد.

برای مقایسه بهتر دو معیار که موضوع اصلی این پژوهش به شمار می‌رود، ابتدا شناخت و درک مفهوم، عناصر و آثار هر یک ضرورت دارد؛ بنابراین پژوهش حاضر در سه بخش سامان‌دهی شـــده است. در بخش اول، محتوا و کاربرد استاندارد «رفتار منصفانه و عادلانه» و در بخش دوم، محتوا و کاربرد استاندارد «حمایت و امنیت کامل» بررسی شده و در بخش سوم به مقایسه این دو معیار پرداخته‌ایم.

۱. محتوا و کاربرد استاندارد «رفتار منصفانه و عادلانه»

با توجه به ابهام ذاتی اســـتاندارد «رفتار منصفانه و عادلانه»، دیوان‌های داوری ســـعی کرده‌اند با تحلیل و ارائه عناصر این معیار، آن را تفســـیر نمایند. بررسی رویه داوری سرمایه‌گذاری خارجی نشان می‌دهد که محاکم داوری در طول زمان و در سیر تکامل و تطور رویه داوری، موارد مختلفی را به عنوان محتوای معیار «رفتار منصفانه و عادلانه» ذکر کرده‌اند، که نقض هر یک از این موارد منجر به نقض این معیار می‌گردد. در ادامه این موارد بررسی می‌گردد.

۱-۱. حمایت از انتظارات مشروع سرمایه‌گذار

شاید بتوان گفت مهم‌ترین تعهدی که درج معیار «رفتار منصفانه و عادلانه» برای دولت میزبان ایجاد می‌نماید، حمایت از انتظارات مشروع سرمایه‌گذار است (Wong-kaew, 2019: 22). این اصل در بســـیاری از آراء داوری و معاهدات سرمایه‌گذاری مورد تاکید قرار گرفته اســـت. به عنوان مثال در قضیه «ســـالوکا»[1]، دیوان بیان داشته

1. Saluka Investments BV v. The Czech Republic, UNCITRAL, Partial Award, 17

اســـت: « معیار رفتار منصفانه و عادلانه به شدت به مفهوم انتظارات مشروع که عنصر غالب آن است گره خورده است». این موضع در رای دیوان در قضیه «ای دی اف»[1]، به این ترتیب بیان شـــده اســـت: «دیوان با دیگر محاکم در این باره هم عقیده اســـت که یکی از مولفه‌های اساســـی معیار رفتار منصفانه و عادلانه احراز انتظارات مشروع طرفین در خصوص سرمایه‌گذاری است».

یکی از مهم‌ترین دلایل انعقاد معاهدات سرمایه‌گذاری بین‌المللی، تقویت ثبات فضای ســـرمایه‌گذاری اســـت که این امر در معیار «رفتـــار منصفانه و عادلانه» تجلی بیشـــتری یافته است. از آن‌جا که سرمایه‌گذاری یک پروژه اقتصادی است که در بستر زمان اتفاق افتاده و بنابراین نیازمند مدت زمان قابل توجهی اســـت، این امکان وجود دارد که در طول پروژه تغییراتی ایجاد شود که تاثیراتی منفی بر سرمایه‌گذاری بر جای گذارد. کاربرد اصل حمایت از انتظارات مشروع در این نقطه است که از دولت میزبان می‌خواهد از اقداماتی که ثبات فضای ســـرمایه‌گذاری را بر هم می‌زند اجتناب نماید (Potesta, 2012: 15).

منابعی که ممکن اســـت انتظارات مشـــروعی را در سرمایه‌گذار پدید آورد، بر اساس رویه داوری، عبارت اســـت از روابط قراردادی فیمابین سرمایه‌گذار و دولت میزبان، اظهارات، وعده‌ها و تضمینات ارائه شـــده توســـط دولت میزبان و چارچوب حقوقی و قانونی دولت میزبان (Kopar,2021 : 122-140).

۲-۱. شفافیت

شـــفافیت یکی دیگر از قواعدی اســـت که برخی دیوان‌های داوری، آن را از عناصر معیار «رفتار منصفانه و عادلانه» دانسته‌اند. در علم حقوق، شفافیت عبارت از این اســـت که مقررات، قوانین یا فرایندهای حقوقی شـــفاف باشند. از این رو از بعد صرفاً حقوقی، فرایند و آثار متون قانونی بایســـتی به سهولت قابل فهم باشند و قلمرو حقوق و تکالیف ناشـــی از آن نیز باید به آسانی برای مخاطبان آن قابل ارزیابی باشد. در حقوق داخلی و حقوق عمومی، اصل شفافیت به عنوان یکی از عناصر و مؤلفه‌های حکمرانی مطلوب معرفی می‌شود که دولت را در برابر شهروندان خود، متعهد به ارائه

March 2006

1. EDF (Services) Limited v. Romania, ICSID Case No. ARB/05/13, Award on 8 October 2009

عملکردی شـــفاف می‌کند، اما در حقوق بین‌الملل، به طور کلی اصطلاح شفافیت، از یک ســـو به قابلیت دسترســـی و وضوح تعهدات مندرج در یک معاهده بین‌المللی و همچنین فعالیت‌های طرف‌های دخیل در چنین سند بین‌المللی اشاره دارد و از دیگر ســـو، تعهد به شـــفاف بودن عملکرد تابعان حقوق بین‌الملل بر اساس الزامات نظام حقوقی بین‌المللی است (شمسایی و حسینی، ۱٤۰۰: ۷۹۹). همچنین بر اساس گزارش ســـازمان تجارت جهانی به گروه کاری تجارت و ســـرمایه‌گذاری (۲۰۰۲)، تضمین شفافیت در معاهدات تجاری بین‌المللی، معمولاً شامل سه الزام اصلی است: نخست، در دســـترس قرار دادن اطلاعات مربوط به قوانین، مقررات و سایر سیاست ها برای عموم؛ دوم، اطلاع اشـــخاص ذی‌نفع از قوانین و مقررات مربوط و تغییرات آن‌ها؛ و ســـوم، اطمینان از این‌که قوانین و مقررات به شیوه‌ای یکسان، بی‌طرفانه و معقول اجرا می‌شوند (Musu and Trisnamansyah, 2024: 6).

دیوان داوری در رای «تکمد»[1]، بیان داشته است: «سرمایه‌گذار خارجی انتظار دارد، دولت میزبان به شیوه‌ای یکنواخت، دور از ابهام و در مجموع شفاف رفتار کند؛ به طوری کـــه وی از قبل، تمام قواعد و مقرراتی را که به ســـرمایه‌گذاری‌اش اعمال خواهد شـــد و همچنین اهداف، خط مشی‌ها و رویه‌های اجرایی و آیین‌نامه‌ها را بداند تا قادر باشد فعالیت خود را مدیریت کرده و از این مقررات تبعیت کند. تمام اقدامات دولت نه تنها دستورالعمل‌ها، آیین‌نامه‌ها و یا بیانیه‌هایی که از جانب دولت صادر شده، بلکه اهداف پشت آن‌ها نیز باید با این ضابطه تطبیق داشته باشد».[2]

۳-۱. منع رفتار خودسرانه و تبعیض‌آمیز

یکی دیگر از مؤلفه‌های معیار رفتار منصفانه و عادلانه، «منع رفتار خودســـرانه و تبعیض‌آمیز» اســـت. برخی از معاهدات دوجانبه ســـرمایه‌گذاری، ممنوعیت رفتار خودســـرانه، غیر معقول و تبعیض‌آمیز را به عنوان تعهدی مســـتقل درج نموده‌اند؛ در حالـــی که در تعدادی دیگر از معاهدـــات، این الزام را ذیل رفتار منصفانه و عادلانه و به‌عنوان بخشی از این معیار آورده‌اند (Dumberry, 2014:122).

---

1. TECMED
2. Tecnicas Medioambientales Teamed, S.A v. The United Mexican States, ICSID Case No ARB (AF/00/2, Award, 29 May 2003. Para.190

۱-۳-۱. منع تبعیض

همان‌گونه که برخی نویسندگان نیز اذعان داشته‌اند، نمی‌توان معنای دقیقی از تبعیض ارائه داد (Klager, 2011: 234). برخی مراجع داوری در تفسیر مفهوم تبعیض بر اساس کنوانسیون وین در تفسیر معاهدات، معنای عادی و معمول این واژه را مورد توجه قرار داده‌اند. بر این اساس تعاریف مختلفی از تبعیض ارائه شده است:

– عدم برخورد یکسان با همه افراد، در زمانی که نمی‌توان تمایز معقولی پیدا کرد؛

– رفتار با یک فرد، به دلیل غیرمرتبط با شایستگی و کمتر مطلوب نسبت به دیگران (Dumberry, 2014: 123)؛

– تأثیر یک قانون و یا یک رویه مستقر که به گروه خاصی اولویت بخشیده یا امتیازاتی را از گروه خاصی بر اساس مذهب، سن، جنسیت، ملیت، مذهب یا معلولیت محروم می‌سازد (Orellana, 2011: 3).

اقدامات تبعیض‌آمیز می‌تواند بر اساس نژاد، مذهب، وابستگی سیاسی، ناتوانی و معیارهایی از این قبیل باشد. در زمینه برخورد با سرمایه‌گذاری خارجی، بیشترین مشکل تبعیض بر اساس ملیت است. در نتیجه بیشتر رویه‌های مربوط به تبعیض بر ملیت متمرکز است، اما این بدان معنا نیست که موضوع تبعیض لزوماً محدود به تابعیت است (Renish, 2020: 835).

در پرونده اولیسه علیه اکوادور، خوانده ادعا کرده بود که تنها معیار رفتار تبعیض‌آمیز، تابعیت است. دیوان این استدلال را رد کرد و گفت:

«از نظر دیوان، برای تبعیض‌آمیز بودن یک اقدام، کافی است که از نظر عینی با دو وضعیت مشابه به طور متفاوت برخورد شود. همان‌طور که توسط دیوان ایکسید در دعوی گوتز علیه بوروندی بیان شد، تبعیض به معنای رفتار متفاوتی است که با افرادی که در موقعیت‌های مشابه هستند اعمال می‌شود. به این ترتیب، تبعیض ممکن است ملیت را نادیده بگیرد و به سرمایه‌گذار خارجی مربوط باشد که با سرمایه‌گذار دیگر، اعم از داخلی یا خارجی در وضعیت مشابه، متفاوت رفتار می‌شود».[1]

1. Ulysseas Inc. v Ecuador (UNCITRAL), Final Award (12 June 2012). Para 292.

۲-۳-۱. رفتار خودسرانه

مانند رفتـــار تبعیض‌آمیز، معاهـــدات و موافقت‌نامه‌های دـــاوری که حتی به صراحـــت رفتار خودســـرانه و نامعقول را منع کرده‌اند، تعریفـــی از این مفاهیم ارائه نداده‌اند. دیوان‌های داوری نیز برای تفســـیر مفهوم رفتار خودســـرانه و غیر معقول، روش‌های متفاوتی را پیش گرفته‌اند. برخی از مراجع، قاعده معنای عادی کنوانســـیون وین حقوق معاهدات را مبنای تفســـیر قرار داده‌انـــد. بعضی دیگر آن را به حاکمیت قانون و آیین دادرســـی عادلانه مرتبط کرده و عده‌ای نیز به نیات کشور میزبان نگاه کرده‌اند (Tudor,2009: 266)، اما مهم‌تر از همه، آن‌ها بررســـی کرده اند که آیا یک اقدام، نتیجه یک فرایند تصمیم‌گیری منطقی بوده است یا خیر (Corten, 2012: 7).

دیوان بین‌المللی دادگستری[1] در پرونده «ال سی»[2] تعریفی را ارائه کرد که پس از آن اغلب مورد اســـتناد دیوان‌های داوری قرار گرفته اســـت. در این رابطه، دیوان اظهار داشت: «خودســـری چیزی جز مخالفت با حاکمیت قانون نیست. عملی است که با بی‌توجهی عامدانه به تشریفات قانونی همراه باشد؛ عملی که احساس شایستگی قضایی را شـــوکه می‌کند یا حداقل غافلگیر می‌کند. در این قضیه، دیوان بیان داشـــت که عملی که بنا بر حقوق داخلی یک کشـــور، غیر قانونی است، ضرورتاً بنا بر حقوق بین‌الملل خودسرانه تلقی نمی‌شود».[3]

٤-۱. رسیدگی عادلانه و رعایت تشریفات قانونی[4]

در حقوق بین‌الملـــل، اصل مهمی که مربوط به رســـیدگی عادلانه و رعایت تشـــریفات قانونی می‌گردد در قالب منع انکار عدالت[5] شـــناخته می‌شـــود. تبعیت از رویه‌های عادلانه به طور قابل توجهی به مشروعیت و ثبات یک سیستم حقوقی کمک می‌کند و برای این‌که رفتاری منصفانه و عادلانه تلقی شـــود، نقش مهمی ایفا می‌نماید (Francioni, 2009: 7).

اگر چه اصطلاح «انکار عدالت» در حقوق بین‌الملل به روشـــنی تعریف نشده

---

1. International Court of Justice (ICJ)
2. Elettronica Sicula SpA (ELSI)
3. Elettronica Sicula S.P.A. (ELSI) (USA v. Italy), International Court of Justice Judgment, (20 July 1989)
4. Due Prosess
5. Denial of Justice

است، ماده ۹ پیش‌نویس تحقیقاتی هاروارد در سال ۱۹۲۹ در مورد مسؤولیت دولت چنین برداشـــتی دارد: «انکار عدالت زمانی وجود دـــارد که انکار، تأخیر غیرموجه یا ممانعت از دسترســـی به دادگاه‌ها، نقص فاحش در اجرای فرایند قضایی یا جبرانی، عدم ارائه ضمانت‌هایی که عموماً برای اجرای صحیح عدالت ضروری تلقی می‌شوند یا آشکارا ناعادلانه است، وجود دارد. خطای دادگاه ملی که موجب بی عدالتی آشکار نمی‌شود، به معنی نفی عدالت نیست».[1]

منـــع انـــکار عدالت، همچنین دـــر بســـیاری از معاهدات دو یـــا چند جانبه ســـرمایه‌گذاری منعکس گردیده که در برخی از این معاهدات، به صراحت از عناصر معیار «رفتار منصفانه و عادلانه» معرفی شـــده اســـت. به عنـــوان مثال در مدل ۲۰۰۴ معاهدات دوجانبه ســـرمایه‌گذاری ایالات متحده آمریکا، انکار عدالت و عدم رعایت تشریفات قانونی، از موارد نقض معیار رفتار منصفانه شمرده شده است: «رفتار منصفانه و عادلانه شـــامل تعهد به عدم انکار عدالت در دادرسی‌های کیفری، مدنی یا اداری مطابق با اصل روند قانونی مندرج در نظام‌های حقوقی اصلی جهان است».[2]

همچنین در بسیاری آز آراء داوری بر پیوند «رفتار منصفانه و عادلانه» و «عدم انکار عدالت» تاکید شـــده است. به عنوان مثال در دعوی بایندر علیه جمهوری چک[3]، دیوان بر این پیوند تأکید و اظهار داشـــت: «وقتـــی دادگاه‌ها قادر به اجرای قانون به شیوه‌ای بی‌طرفانه و عادلانه نیستند، سرمایه‌گذار ممکن است خود را در معرض انکار عدالت احساس کند که به وضوح مشخص است که با مفهوم رفتار منصفانه و عادلانه در تعارض قرار دارد».[4]

بـــه طور کلی و با اســـتقراء در آراء داوری می‌تـــوان گفت، مواردی همچون دسترســـی به دادگاه، عدم تاخیر و اطاله رسیدگی غیر موجه، حق بر استماع دعوی و استقلال و بی‌طرفی دادگاه که در تمام نظام‌های حقوقی دنیا از الزامات دادرسی عادلانه به شـــمار می‌رود، در حقوق ســـرمایه‌گذاری بین‌المللی نیز بر اســـاس اصل دادرسی

1. Article 9 Harvard Research Draft on the Law of State Responsibility, cited in: E. M. Borchard The Law of Responsibility of States for Damage Done in their Territory to the Person or Property of Foreigners' (1929) 23 AJIL Spec. Suppl. 131, 173.
2. Article 5(2)(a) US Model BIT (2004).
3. Binder v. Czech Republic
4. Binder v. Czech Republic, Final Award (Redacted), 15 July 2011, Para 418

عادلانه و رعایت تشـــریفات قانونی و همچنین اصل عدـــم محرومیت از عدالت، از عناصر معیار« رفتار منصفانه و عادلانه» شـــناخته شـــده است که نقض هر یک از این عناصـــر می‌تواند منجر به نقض معیار «رفتار منصفانه و عادلانه» و مســـؤولیت دولت میزبان در قبال سرمایه‌گذار گردد (Reinisch, 2008: 342).

۲. استاندارد «حمایت و امنیت کامل»

در خصوص کارکرد معیار حمایت و امنیت کامل، می‌توان در رویه داوری دو دیدگاه متفاوت را مشاهده نمود. رویکرد نخست که بیشتر به طور سنتی در برخی آراء داوری وجود دارد، رویکردی مقید به این معیار اســـت؛ به این معنا که این این معیار را صرفاً محدود به حفاظت و امنیت فیزیکی می‌داند. رویکرد دوم، نگاهی وسیع‌تر به معیار «حمایـــت و امنیت کامل» دارد و محدوده این معیار را به حمایت و امنیت فراتر از امنیت فیزیکی گســـترش می‌دهد. در ادامه این دو رویکرد متفاوت بررسی خواهد شد.

۲-۱. حمایت از امنیت فیزیکی سرمایه‌گذاری

در مفهوم کلی، این معیار به طور ســـنتی، معطـــوف به تعهد دولت میزبان در خصوص حمایت از ســـرمایه‌گذار خارجی از طریق حفظ امنیت ســـرمایه‌گذاری وی در قبال آســـیب‌ها و صدمات فیزیکی بوده اســـت؛ بنابراین در خصوص تعهد دولت میزبان به حفاظت فیزیکی از سرمایه‌گذاری خارجی تردیدی وجود ندارد و نوشته‌های دانشـــگاهی و آراء داوری نیز کارکرد اصلی و ذاتی معیار «حمایت و امنیت کامل» را ایجـــاد تعهد برای دولت میزبان در جهت حفاظت و در امنیت قرار دادن ســـرمایه و دارایی ســـرمایه‌گذار خارجی از یک سو و شخص سرمایه‌گذار و کارکنان او از جهت دیگر در مقابل آســـیب‌ها، صدمات و خسارات فیزیکی دانســـته‌اند؛ خواه منشاء این صدمات و خسارات، اشخاص ثالث (افرادی که قابل انتساب به دولت نیستند) باشد و یا نهادها ارگان‌ها و یا مامورین دولت (Miljenić, 2019: 52)، لیکن در خصوص این مساله که آیا این معیار، شامل حمایتی فراتر از حمایت از امنیت فیزیکی نیز می‌گردد یا خیر، در رویه داوری اختلاف نظرهای بنیادینی وجود دارد. در واقع، برخی دیوان‌های داوری با این اســـتدلال که زادگاه اصلی معیـــار حمایت و امنیت کامل، در خصوص آســـیب‌ها، صدمات و خسارات مادی و فیزیکی بوده و حقوق بین‌الملل عرفی نیز آن

را تایید می‌نماید، در خصوص توسعه این معیار به حـــمایت‌های فراتر از امنـــیت فیزیکـــی، ابراز تردید نموده‌اند. البته در جایی کـــه طرفین معاهده، خود، به صراحت مـــحدوده معیار را مقید به امنیت فیزیکی نموده‌اند مرجع داوری نمی‌تواند بر خلاف قصـــد طرفین و مفاد معاهده، شـــمول معیار را به امنیت غیز فـــیزیکی توسعه دهد (Malik, 2011: 11). به عنوان مثال ماده ۸,۱۰(۵) معاهده «ستا»[1] مقرر می‌دارد: «برای اطمینان بیشتر، «حفاظت و امنیت کامل» به تعهدات طـرفین در رابطه با امنیت فیزیکی سرمایه‌گذاران و سرمایه‌گذاری‌های تحت پوشش اشاره دارد».[2] همچنین به طور مشابه در معاهده بین هلند و ونزوئلا از اصـــطلاح «حمایت و امنیت کامل فیزیکی» استفاده شده است.[3]

دـــر دعوی «او آی یوروپن گـــروپ بی وی»[4] علیه ونزوئـــلا، مرجع داوری ایکســـید، در حال بررســـی ادعای خواهان در خصوص نقض معیار حمایت و امنیت بود، داوران رســـیدگی خود را با بحث در خصوص دامنه معیار شـــروع کردند: «به طور گســـترده بحث شـــده اســـت که آیا دامنه اولیه حفاظت از استاندارد «حمایت و امنیـــت کامل»، که فقط امنیت فیزیکی را پوشـــش می‌دهد، می‌تواند تا اطمینان قانونی نیز گســـترش یابد. اگر چنین گستره‌ای پذیرفته شـــود، هر گونه تغییر خودسرانه در چارچوب قانونی و نظارتی نیز می‌تواند منجر به نقض اســـتاندارد شود. در موردی که در پیش داریم، موضوع به زبان خود ماده ۳ (۲) معاهده حل می‌شود».[5]

بنابرایـــن از آن‌جا که در معاهده مورد بررســـی دیوان، حمایت و امنیت با قید «فیزیکی» همراه بوده است، دیوان با ارجاع به همان ماده–ای که در آن به معیار ارجاع داده شده است خود را از بحث بیشتر در این خصوص بی‌نیاز دانسته و آن را منحصر به امنیت فیزیکی نموده اســـت؛ با این وجود حتی در مواردی که حمایت و امنیت با

1. CETA (Comprehensive Economic and Trade Agreement)
2. Comprehensive Economic and Trade Agreement between Canada and theEuropean Union (signed 30 October 2016, provisionally entered into force 21 September 2017 (art.8.10)5
3. Agreement on Encouragement and Reciprocal Protection of Investmentsbetween the Kingdom of the Netherlands and the Republic of Venezuela (1991) art. 3(2).
4. OI European Group B.V
5. OI European Group B.V. v Venezuela, Award, ICSID Case No. ARB/11/25 (10 March 2015) para [575-6].

قید فیزیکی همراه نبوده اســت، بسیاری از دیوان‌های داوری، معیار را به عنوان اشاره به امنیت فیزیکــی درک کرده‌اند (Blanko, 2019: 344)؛ یــک مثال می تواند رای صادر شــده در پرونده «اسپایریدون روســالیس»[1] علیه رومانی باشد. دیوان رسیدگی کننده، به این واقعیت توجه کرد که عبارت «حفاظت و امنیت کامل» به عنوان تضمینی تعبیر شــده اســت که به فراتر از محافظت در برابر خشونت فیزیکی می‌رسد و برای ســرمایه‌گذار نیاز به حمایت قانونی دارد. با این حال، دــاوران از رویکرد «حفاظت فیزیکــی» پیروی کردند و دعــوی خواهان را به این دلیل که بــه «تمامیت فیزیکی» سرمایه‌گذاری مربوط نمی‌شود، رد کردند.[2]

در قضیه کریستالکس علیه ونزوئلا[3]، داوران معتقد بودند که شرط «حفاظت و امنیــت کامل» در ماده ۲ (۲) معاهده کانادا ونزوئلا «تنها به وظیفه دولت میزبان برای اعطای حفاظت فیزیکی و امنیت تعمیم می‌یابد ... این تفسیر به بهترین وجه با معنای معمولی اصطلاحات «حمایت» و «امنیت» مطابقت دارد».[4]

۲-۲. حمایت از امنیت حقوقی و قانونی سرمایه‌گذاری

هســته اصلی معیار «حمایت و امنیت کامل» در جریان خشونت‌های فیزیکی شــکل گرفته و به تکوین رسیده اســت، ولی به مرور زمان در برخی آراء داوری، به امنیت فرافیزیکی به معنای حمایت از امنیت حقوقی ســرمایه‌گذاری گســترش یافته اســت (رضایی، ۱٤۰۰: ۱٤٤)؛ بنابراین بســیاری از دیوان‌های داوری خود را متعهد به مفهوم ســنتی، عرفی و تاریخی این معیار دانســته و به هیچ وجه آن را قابل تعمیم و توســعه به حمایتی فراتر از حمایت فیزیکی نمی‌دانند، اما دسته‌ای دیگر، مانعی در جهت توســعه مفهوم حمایت و امنیت به امنیت قانونی ندیده‌اند و در تفاسیر خود از ایــن معیار، علاوه بر حمایت و امنیت فیزیکی، آن را شــامل امنیت حقوقی و قانونی سرمایه‌گذاری نیز دانسته‌اند (افتخار جهرمی و حیدری، ۱٤۰۰: ۸۸).

عده دیگری از دیوان‌های داوری نیز، به زبان و متن معاهده و نحوه درج معیار

---

1. Spyridon Roussalis
2. Spyridon Roussalis v Romania, Award, ICSID Case No. ARB/06/1 (7 December 2011) [609].
3. Crystallex. v Venezuela
4. Crystallex International Corp. v Venezuela, Award, ICSID Case No. ARB(AF)/11/2 (4 April2016) [632].

در آن اهمیت داده و تمایزی را به این نحو ایجاد کرده‌اند که: چنانچه در متن معاهده این معیار بدون هیچ قیدی به کار رفته باشد صرفاً بر حمایت و امنیت فیزیکی دلالت دارد، ولی اگر این معیار همراه با قید دیگری به کار رفته باشد، بایستی با توجه به آن قید تفسیر شود. این دسته از دیوان‌های داوری به گوناگونی و تنوع در الفاظ مورد استفاده در خصوص این معیار اشاره و استناد می‌نمایند (عسکری و سعیدی، ۱۴۰۰: ۱۷). واقعیت این است که در معاهدات سرمایه‌گذاری، تعهد دولت میزبان به حمایت و امنیت سرمایه‌گذاری، به صورت یک اصطلاح ثابت و مشخص حقوقی به کار نرفته است. گر چه در معاهدات معاصر، بیشتر از اصطلاح «حمایت و امنیت کامل» استفاده شده است، اما در برخی از معاهدات نیز از اصطلاحات دیگری همچون «حمایت و امنیت پایدار و مداوم»[1]، «حمایت و امنیت کافی»[2] و «حمایت و امنیت حقوقی و قانونی»[3] استفاده شده است. در برخی معاهدات نیز از اصطلاح «حمایت و امنیت» بدون هیچ قیدی استفاده شده است (Blanko, 2019: 338).

در ادامه با مطالعه آراء دیوان‌های داوری بر اساس رویکردهای فوق، به تشریح این نظریات خواهیم پرداخت.

در قضیه آزوریکس علیه آرژانتین[4]، دیوان داوری در نظر گرفت که عبارت «کامل» همان‌طور که در ماده ۲(a) معاهده آرژانتین-ایالات متحده استفاده می‌شود، تفسیر گسترده‌ای از استاندارد را توجیه می‌کند: «دیوان می‌داند که در موافقت‌نامه‌های اخیر تجارت آزاد، که توسط ایالات متحده، به عنوان مثال، با اروگوئه امضا شده است، حفاظت و امنیت کامل، به سطح حمایت پلیسی که طبق قوانین بین‌الملل عرفی لازم است، محدود می‌شود. با این حال، هنگامی که اصطلاحات «حفاظت و امنیت» با «کامل» بدون هیچ وصف یا قید دیگری آمده باشد، به معنای عادی خود، محتوای این استاندارد را فراتر از امنیت فیزیکی گسترش می‌دهند».[5]

---

1. Constant Protection and Security
2. Adequate protection
3. Legal Protection
4. Azurix Corp. v. The Argentine Republic
5. Azurix Corp. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/12, Award, 14 Jul.2006.

رای صادره در این پرونده چند سال بعد در قضیه بیواتر علیه تانزانیا[1] به شکل دیگری مورد تایید قرار گرفت: «دیوان داوری به تصمیم آزوریکس پای‌بند است که وقتی اصطلاحات «حفاظت» و «امنیت» با قید «کامل» همراه شده باشند، محتوای استاندارد ممکن است به موضوعاتی غیر از امنیت فیزیکی نیز گسترش یابد. این به معنای تضمین ثبات یک دولت در یک محیط امن اعم از فیزیکی، تجاری و قانونی است. از نظر دیوان داوری، به ویژه با توجه به استفاده از این اصطلاح، در معاهده فیمابین که در جهت حمایت از سرمایه‌گذاری‌های تجاری و مالی است، این که مفهوم «امنیت کامل» را فقط به یک جنبه از امنیت محدود نماییم غیر منطقی خواهد بود».[2]

دیوان «بیواتر» علاوه بر این، این دیدگاه را رد کرد که «استاندارد امنیت کامل» یک الزام پیشگیری را فقط در رابطه با «اقدامات اشخاص ثالث» تحمیل می‌کند، بلکه به گفته داوران، عبارت «کامل» نشان می‌دهد که این معیار به اقدامات ارگان‌ها و نمایندگان خود دولت نیز تسری می‌یابد».[3] همچنین دیوان رسیدگی کننده به دعوی توتال علیه آرژانتین نیز از استدلال مشابهی پیروی کرد. دیوان اعلام داشت: « تفسیر عادی و معمولی عبارات معاهده نشان می‌دهد که حمایت‌های ارائه شده در بند ۱ ماده ۵ از سرمایه‌گذاران تحت پوشش و دارایی‌های آن‌ها به حمایت فیزیکی محدود نمی‌شود، بلکه شامل امنیت قانونی نیز می‌شود. ارتباط صریح این استاندارد با استاندارد رفتار منصفانه و عادلانه این تفسیر را پشتیبانی می‌کند».[4]

به عنوان جمع‌بندی این بحث، همان‌گونه که بیان گردید، برخی دیوان‌های داوری بدون در نظر گرفتن زبان معاهده و عبارات و اصطلاحات استفاده شده در آن، معیار«حمایت و امنیت کامل» و یا عباراتی شبیه آن را علاوه بر امنیت فیزیکی، ناظر بر امنیت حقوقی و قانونی کشور میزبان نیز می‌دانند. دقیقاً در جهت مخالف نیز برخی دیوان‌ها نوع عبارات و الفاظ به کار رفته برای توصیف شرط حمایت و امنیت

1. Biwater Gauff Ltd. v Tanzania
2. Biwater Gauff Ltd. v Tanzania, Award, ICSID Case No. ARB/05/22 (24 July 2008) [730].
3. Ibid
4. Total S.A. v Argentina, Decision onLiability, ICSID Case No. ARB/04/1 (27 December 2010) [343].

در معاهدات سرمایه‌گذاری را فاقد اثر ماهوی در تفسیر آن دانسته و در شمول معیار بر امنیتی فراتر ار امنیت فیزیکی تردید نموده‌اند.

۳-۲. مسؤولیت دولت میزبان بر اساس استاندارد «حمایت و امنیت کامل»

در ادامه مباحث مربوط به استاندارد حمایت و امنیت کامل، این سوال مهم مطرح می‌شود که حدود مسؤولیت دولت میزبان در قبال حمایت از سرمایه‌گذار خارجی تا چه حدودی است و بر اساس چه ملاک و معیاری سنجیده می‌شود. به عبارت دیگر، بر اساس چه معیاری می‌توان گفت کشور میزبان به تعهد خود در قبال حمایت از سرمایه‌گذار عمل نموده است و آیا در صورتی که به هر علت، آسیب یا خسارتی به سرمایه‌گذار و یا سرمایه وی وارد آید، در هر حال منجر به مسؤولیت دولت میزبان خواهد شد؟

در پاسخ به این سوال، اکثر نویسندگان و دیوان‌های داوری معتقدند که تعهد دولت میزبان در خصوص معیار «حمایت و امنیت کامل» به صورت مسؤولیت محض یا مطلق نیست، بلکه کافی است که دولت میزبان، مراقبت و اهتمام لازم را در جهت حمایت از سرمایه‌گذار، به عمل آورده باشد (Besson, 2023: 161). در این صورت حتی با وجود ورود خسارت به اموال سرمایه‌گذار، دولت میزبان مسؤولیتی در جهت جبران خسارت وارده نخواهد داشت (Kulesza, 2016: 115)؛ بنابراین سوال بعدی که مطرح می‌شود این است که منظور از «اهتمام لازم» چیست و حدود و ثغور آن کدام است و در واقع چه زمانی می‌توان به طور قاطع به این نتیجه رسید که دولت میزبان به این تعهد عمل نموده و یا آن را نقض کرده است.

برخی از مفسران تلاش کرده‌اند تا با پیوند دادن مفهوم اهتمام لازم با حکمرانی خوب، آن را تعریف کنند. به عنوان مثال، دوپی[1] اهتمام لازم را به عنوان «کوششی که از یک دولت خوب» انتظار می‌رود؛ یعنی از دولتی که به تعهدات بین‌المللی خود توجه دارد توصیف می‌کند. برخی دیگر نیز، آن را دقت نظر رفتاری می‌دانند که از یک دولت معقول در شرایط معین انتظار می‌رود (McDonald, 2019: 5).

برخی محققین و همچنین دیوان‌های داوری، جهت روشن ساختن مفهوم

1. Doupeiy

اصـــل اهتمام لازم، ســـه مولفه را به عنـــوان عناصر مهم و کلیدی ایـــن اصل معرفی نموده‌اند؛ مولفه اول عبارت اســـت از تعهد دولت میزبان به خودداری و پیشـــگیری (Brabanderet, 2015: 333)؛ مولفه دوم، شامل تعهد دولت به جبران خسارت واردہ و اعاده وضع سرمایه‌گذار بوده (Krajewski, 2020: 9)؛ و بالاخره مولفه سوم، عبارت اســـت از پیگیری و مجازات اشخاص و عواملی که باعث ورود ضرر به سرمایه‌گذار گردیده‌اند (Ollino, 2022: 164).

البته همان‌طور که برخی نویسندگان نیز گفته‌اند، مولفه اصلی معیار اهتمام لازم عبارت از تعهد دولت میزبان به پیشـــگیری از اقداماتی است که باعث ورود ضرر به سرمایه‌گذار می‌شـــود. این‌که چرا مولفه اصلی معیار اهتمام لازم را تعهد به پیشگیری تشـــکیل می‌دهد، بیشتر به این دلیل است که ادعاهای مربوط به عدم جبران خسارت، اغلب تحـــت عناوین مختلف مانند انکار عدالت، رفتار منصفانه و عادلانه یا شـــرط ابزار مؤثر ارائه می‌شـــوند؛ بنابراین به نظر می‌رسد تنها معیاری که ذاتاً مربوط به تعهد پیشگیری دولت میزبان می‌گردد، معیار «حمایت و امنیت کامل است (Blanko,2019: 445).

۳. رابطه دو استاندارد رفتار منصفانه و عادلانه و حمایت و امنیت کامل

از دیرباز بین دیوان‌های داوری در خصوص رابطه دو معیار «رفتار منصفانه و عادلانه» و «حمایت و امنیت کامل» اختلاف نظرهای جدی وجود داشته است. به طور کلی، در خصوص رابطه این دو معیار، ســـه رویکرد اصلی در رویه داوری به چشـــم می‌خورد؛ رویکرد یکســـان انگاری دو معیار، رویکرد وابستگی و هم‌پوشانی دو معیار و رویکرد استقلال دو معیار.

قبل از بررســـی این سه رویکرد در رویه داوری، ذکر این نکته ضروری است که این اختلاف رویکردها، به اختـــلاف نظر در مبنای معیار «حمایت و امنیت کامل» باز می‌گردد. همان‌گونه که در بخش مربوط به «استاندارد حمایت و امنیت کامل» بیان شـــد، در خصوص این‌که معیار حمایت و امنیـــت کامل، در خصوص امنیت فیزیکی ســـرمایه‌گذاری اعمال می‌گردد، بین دیوان‌های داوری اختلافی وجود ندارد. اختلاف نظر از آنجا شـــروع می‌شـــود که برخی دیوان‌های داوری، این معیار را در خصوص امنیت حقوقی و قانونی سرمایه‌گذاری نیز قابل اعمال دانسته‌اند؛ بنابراین وقتی صحبت

از مسؤولیت دولت میزبان در خصوص صدمات و خشونت‌های فیزیکی می‌شود، ذهن دیوان‌های داوری بر معیار «حمایت و امنیت کامل» متمرکز می‌گردد، ولی وقتی بحث از حمایت‌های حقوقی و قانونی دولت میزبان از سرمایه‌گذار به میان می‌آید، این اختلاف دیدگاه‌ها بروز یافته و دیوان‌های مختلف رویکردهای متفاوتی اتخاذ نموده‌اند.

۱-۳. رویکرد یکسان‌انگاری دو معیار

برخی از دیوان‌های داوری، تفاوتی بین دو معیار ندیده، تفاوت در عبارات دو معیار را بی‌اهمیت دانسته و ذکر هر دو معیار در معاهدات سرمایه‌گذاری را از باب تاکید تلقی نموده‌اند. از نظر این دسته، اثبات نقض یکی از این دو معیار، به صورت خودکار، نقض معیار دیگر خواهد بود (Weeramantry, 2021: 9). یکی از نخستین آرایی که به وضوح بر اساس این رویکرد صادر شده است رای صادره در پرونده اکسیدنتال علیه اکوادور[1] است. داوران در تجزیه و تحلیل خود[2] از رابطه معیار «رفتار منصفانه و عادلانه» با معیار «حمایت و امنیت کامل» اظهار داشتند: «دیوان معتقد است که خوانده تعهد خود را برای اعطای رفتار منصفانه و عادلانه طبق ماده II(۳) (a) معاهده نقض کرده است. در چارچوب این یافته، این سؤال که آیا علاوه بر این، نقض «حفاظت و امنیت کامل» تحت این ماده وجود داشته است، مطرح می‌شود؛ زیرا رفتاری که منصفانه و عادلانه نیست، به طور خودکار، مستلزم فقدان حفاظت و امنیت کامل از سرمایه‌گذاری است».[3]

در نشنال گرید علیه آرژانتین، مدعی استدلال کرد همان‌طور که در معاهده آرژانتین بریتانیا آمده است، «وظیفه عمومی برای محافظت از سرمایه‌گذاری با رفتار منصفانه و عادلانه مرتبط است». بر اساس این استدلال و با توجه به این‌که معاهده حاوی تعریف گسترده‌ای از سرمایه‌گذاری است که شامل دارایی‌های مشهود و نامشهود می‌شود، سرمایه‌گذار به این نتیجه رسید که شرط حمایت و امنیت کامل نمی‌تواند به تضمین حفاظت فیزیکی محدود شود. دیوان با اظهارات شاکی متقاعد

1. Occidental v Ecuador
2. National Grid. v Argentina
3. Occidental Exploration and Production Co. v Ecuador, Final Award, LCIA Case No. UN 3467 (1 July 2004) Para 187

شد و این ایده را که حمایت و امنیت کامل محدود به حفاظت فیزیکی است رد کرد. در این رابطه، داوران خاطرنشـــان کردند که «این نتیجه‌گیری با گنجاندن این تعهد در همان ماده معاهده به عنوان زبان رفتار منصفانه و عادلانه تقویت می‌شود».[1] دیوان در ادامه، نقض اســـتاندارد «حمایت و امنیت کامل» را به این دلیل که آرژانتین چارچوب نظارتی ســـرمایه‌گذاری را اصلاح کرده و در نتیجه باعث ایجاد «عدم اطمینان» شـــده است اعلام کرد. به گفته دیوان، چنین اقداماتی «مخالف حمایت و امنیت دائمی است که خوانده موافقت کرده بود برای ســـرمایه‌گذاری طبق معاهده تأمین کند». به همین دلیل، داوران اعلام کردند که «خوانده تعهد خود را برای ارائه حمایت و امنیت کامل در همان تاریخی نقض نموده اســـت که تعهد خود را برای رفتار منصفانه و عادلانه نقض کرده است».[2]

برخی دیوان‌ها با تصریح به این‌که هم‌پوشـــانی بین دو اســـتاندارد تنها زمانی رخ می‌دهد که اســـتاندارد «حمایت و امنیت کامل» به طور گســـترده تفسیر شود؛ به طوری که مفهـــوم ثبات قانونی را در بر گیرد، رویکـــرد دقیق‌تری را دنبال کرده‌اند. در قضیه پالما علیه بلغارســـتان[3]، داوران خاطرنشـــان کردند که وقتی گفته می شـــود حمایت وامنیت کامل، مســـتلزم تضمین یک محیط قانونی باثبات اســـت، «استاندارد ارتباط نزدیکی با مفهوم رفتار منصفانه و عادلانه پیدا می‌کند»[4]. بیانیه مشابهی در دعوی آچمیا علیه اســـلواکی[5] بیان شـــد: «در جایی که، مانند اینجا، اساساً شکایت این است که ســـرمایه‌گذاری در برابر سیاست‌های دولت محافظت نشده است، این سؤال که آیا نقض معاهده وجود داشته است، از این سؤال که آیا سیاست‌های مورد بحث، منصفانه و عادلانه بوده‌اند یا خیر، جدا نیست»[6].

دـــر برخی موارد دیگر، دیوان‌های داوری بدون توضیح در خصوص تفســـیر

1. National Grid P.L.C. v Argentina (UNCITRAL), Award (3 November 2008) Para181
2. Ibid
3. Plama v Bulgaria
4. Plama Consortium Ltd. v Bulgaria, Award, ICSID Case No. ARB/03/24 (27 August 2008) Para 180
5. Achmea v Slovakia
6. Achmea B.V. v Slovakia (UNCITRAL),PCA Case No. 2008-13 (26 October 2010) Para 284]

موسع یا مضیق از معیار حمایت و امنیت کامل و همچنین بدون تصریح به معادل بودن دو معیار، صرفاً پس از بررسی معیار حمایت و امنیت کامل، بررسی مسؤولیت دولت بر اساس معیار حمایت وامنیت کامل را ضروری ندانسته‌اند[1]. یک مثال مناسب در این خصوص می‌تواند پرونده مورفی علیه اکوادور[2] باشد. دیوان در حکم نهایی خود در نظر گرفت که اثبات مسؤولیت، تحت استاندارد رفتار منصفانه، بررسی بیشتر ادعای حمایت و امنیت کامل سرمایه‌گذار را غیر ضروری می کند. در مرحله بعدی دادرسی، شاکی از داوران درخواست کرد که در این رویکرد تجدید نظر کنند. داوران توضیح دادند که قبلاً حدود مسؤولیت خوانده را بر اساس معیار رفتار منصفانه بررسی نموده‌اند. در این راستا، آن‌ها تأکید کردند که «اگر دیوان بخواهد مجدد بررسی کند که آیا خوانده مفاد شروط معاهده‌ای غیر از رفتار منصفانه را نقض کرده است، این یک بررسی مجدد غیر ضروری و تکراری در ماهیت خواهد بود»[3].

بنابر آنچه گفته شد در رویکرد یکسان‌انگاری دو معیار، اثبات نقض هر یک از معیارها به معنی نقض معیار دیگر خواهد بود.

۲-۳. رویکرد وابستگی دو معیار

رویکرد دوم، ضمن مخالفت با دیدگاه معادل‌سازی و یکسان‌انگاری دو معیار، معتقد است که این دو معیار به گونه‌ای خاص با یکدیگر وابستگی و هم‌پوشانی دارند؛ به این معنا که تعهد دولت میزبان به ارائه حمایت و امنیت، یک مسؤولیت جداگانه

---

۱. این رویکرد در حقوق تطبیقی به صرفه‌جویی رویه‌ای (procedural economy) یا صرفه‌جویی قضایی (Judicial Economy) معروف بوده و به این معناست که منابع محدود سیستم حقوقی یا یک دادگاه معین باید با امتناع از تصمیم‌گیری در مورد یک یا چند ادعای مطرح شده در یک پرونده حفظ شود. به عنوان مثال، شاکی ممکن است ادعا کند که اقدامات متهم سه قانون متمایز را نقض کرده است. دادگاه پس از احراز تخلف متهم از قانون اول، این اختیار را دارد که صرفه‌جویی قضایی کرده و از تصمیم‌گیری در مورد دو ادعای باقی‌مانده خودداری کند، به این دلیل که تشخیص یک تخلف باید برای رضایت شاکی کافی باشد. (بنگرید به: https://en.wikipedia.org/wiki/Judicial_economy) در بحث حاضر نیز این اصل بدان معناست که برخی دیوان‌های داوری بدون اعتقاد به معادل بودن دو معیار «رفتار منصفانه و عادلانه» و«حمایت و امنیت کامل» و صرفاً از باب صرفه‌جویی قضایی با احراز نقض یکی از دو معیار و به دلیل این‌که نقض یکی از این دو معیار برای اثبات مسؤولیت دولت کافی است بررسی معیار دیگر را بیهوده و غیر ضروری دانسته‌اند.

2. Murphy v Ecuador

3. Murphy Exploration & Production Co. v Ecuador (UNCITRAL), Partial Final Award (6 May2016) Para 294

نیست، بلکه صرفاً عنصری از تعهد به ارائه رفتار منصفانه و عادلانه است. منشاء این نوع تفسیر و برداشت در برخی موارد، مفاد معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری بوده که به گونه‌ای خاص دو معیار را با هم ترکیب کرده اســت (Blanko, 2011: 557)؛ به عنوان مثال، در ماده ۵ (۱) معاهده فرانســه آرژانتین آمده است: «سرمایه‌گذاری‌های انجام شــده توســط ســرمایه‌گذاران هر یک از طرف‌های متعاهد، در قلمرو و منطقه دریایی طرف متعاهد دیگر، با استفاده از اصل رفتار عادلانه و منصفانه مذکور در ماده ۳ این موافقت‌نامه، از حمایت و امنیت کامل برخوردار خواهد بود».

در دعوی ویوندی علیــه آرژانتین[1]، دیوان تصمیم گرفت که این ماده معاهده، حفاظتــی فراتر از امنیت فیزیکی اعطا می‌کند. در این راســتا، دیوان توجه خاصی به نحوه درج معیار «حمایت و امنیت کامل» در معاهده، مبذول داشت: «حمایت مندرج در بند ۱ ماده ۵ باید به گونه‌ای تفسیر شود که برای دستیابی به هر اقدام یا عملی که سرمایه‌گذاری سرمایه‌گذار را از حمایت و امنیت کامل محروم می‌کند، اعمال می‌شود و مطابق با عبارت خاص معاهده، شــامل اقدــام یا عملی که غیر منصفانه و ناعادلانه اســت نیز می‌گردد. چنین اقداماتی نیازی به تهدید مالکیت فیزیکی یا شرایط حفاظت شده قانونی سرمایه‌گذاری ندارد»[2].

رویکرد مشابهی در دعوی سوئز و آرژانتین دنبال شد. داوران با اشاره خاص به عبارات معاهده فرانسه و آرژانتین توضیح دادند: «دیوان حاضر بر این عقیده است که بر اســاس ماده ۳ [رفتار منصفانه و عادلانه]، که در بالا نقل شد، مفهوم حمایت و امنیت کامل در مفهوم رفتار منصفانه و عادلانه گنجانده شده است، اما دامنه حفاظت و امنیت کامل محدودتر از رفتار منصفانه و عادلانه است؛ بنابراین اقدام دولت که معیار حمایــت و امنیت کامل را نقض می‌کند، لزومــاً نقض رفتار منصفانه و عادلانه تحت معاهده مذکور است، ولی تمام موارد نقض رفتار منصفانه و عادلانه به طور خودکار نقض حمایت و امنیت کامل نیســت. بر این اســاس، این امکان برای آرژانتین وجود دــارد که تعهد خود مبنی بر رفتــار منصفانه و عادلانه را بدون نقض تعهد حفاظت و امنیت کامل خود نقض کند. به طور خلاصه، اقداماتی وجود دارد که رفتار منصفانه و

1. Vivendi v Argentina
2. S.A. and Vivendi Universal S.A. v Argentina, Award, ICSIDCase No. ARB/97/3 (20 August 2007) Paras: [7.4.13-7.4.17].

عادلانه را نقض می‌کند، ولی حمایت و امنیت کامل را نقض نمی‌کند»[1].

علاوه بر معاهده فرانسه و آرژانتین، تعداد دیگری از قراردادهای سرمایه‌گذاری دیگر نیز، معیار حمایت و امنیت کامل را به عنوان یک عنصر یا کاربرد خاص استاندارد رفتار منصفانه توصیف کرده‌اند. این نحوه عبارت‌پردازی به ویژه در معاهدات هلند معمول است. به عنوان مثال ماده ۳ معاهده بین هلند و جمهوری فدرال چک و اسلواکی مقرر می‌دارد: «هر طرف متعاهد، رفتار منصفانه و عادلانه را با سرمایه‌گذاری‌های سرمایه‌گذاران طرف متعاهد دیگر تضمین خواهد کرد ... به ویژه، هر یک از طرف‌های متعاهد باید به چنین سرمایه‌گذاری‌هایی امنیت و حفاظت کامل را اعطا کند»[2].

در پرونده جان اوستراگتل علیه اسلواکی[3]، سرمایه‌گذار ادعاهایی «یکسان» را تحت استانداردهای حمایت و امنیت کامل و رفتار منصفانه و عادلانه مطرح کرد. داوران به این نتیجه رسیدند که رفتار اسلواکی با استاندارد «رفتار منصفانه و عادلانه» مطابقت داشته است[4]. این یافته همراه با نحوه عبارت‌پردازی معاهده، باعث شد که دادگاه ادعای نقض معیار «حمایت وامنیت کامل» را رد کند: «دیوان هیچ نقضی از رفتار منصفانه و عادلانه پیدا نکرد. با توجه به این‌که حقایق ادعا شده یکسان است و با توجه به این‌که در معاهده پیش رو، حفاظت و امنیت کامل به عنوان یک کاربرد خاص از استاندارد عمومی رفتار منصفانه و عادلانه به نظر می‌رسد، دیوان تجزیه و تحلیل مجدد این ادعاها را غیرضروری می داند [...] در زمینه پرونده حاضر، اگر هیچ تخلفی از ماده ۳.۱ معاهده (رفتار منصفانه و عادلانه) مشاهده نمی‌شد، نقض ماده ۳.۲ [حمایت و امنیت کامل] نیز وجود نداشت»[5].

---

1. Suez Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. and Vivendi Universal S.A. v Argentina,Decision on Liability, ICSID Case No. ARB/03/19 (30 July 2010) Para 171
2. Agreement between the Kingdom of the Netherlands and the Czech and Slovak Federal Republic on the Encouragement and Reciprocal Protection of Investments (adopted24 April 1991, entered into force 1 October 1992) arts. 3(1) and 3(2)
3. Jan Oostergetel v Slovakia
4. Jan Oostergetel and Theodora Laurentius v Slovakia (UNCITRAL), Final Award (23 April 2012) Para 307
5. Ibid, Para. 304

همان‌گونه که در توضیح آراء صادر شـــده بر اســـاس ارتبـــاط دو معیار رفتار منصفانـــه و عادلانه و حمایت و امنیت کامل نیز آمده اســـت، رابطه این دو معیار را می‌توان نوعی رابطه عموم خصوص مطلق دانســـت. در علم منطق این رابطه این‌گونه تعریف شده است: «عموم و خصوص مطلق یکی از نسب اربعه است. این نسبت میان مفاهیمی برقرار اســـت که یکی بر تمام مصداق‌هـــای دیگری صدق می‌کند و دیگری بر بعضی از مصداق‌های آن صادق اســـت»[1]. بر اساس استدلال دیوان‌های مختلف که به آن‌ها اشـــاره شد، این رابطه در خصوص معیارهای رفتار منصفانه و عادلانه به این مفهوم اســـت که معیار حمایت و امنیت کامل به عنوان مفهومی جزئی‌تر، درون دایره مصادیق معیار رفتار منصفانه و عادلانه قرار می‌گیرد (Blanko, 2019: 559)؛ بنابراین همان‌گونه که دیوان ذی‌ربط در دعوی ســـوئز علیه آرژانتین توضیح داد: «اقدام دولت که معیار حمایت و امنیت کامل را نقض می‌کند، لزوماً نقض رفتار منصفانه و عادلانه تحت معاهده مذکور اســـت، ولی تمام موارد نقـــض رفتار منصفانه و عادلانه به طور خودکار نقض حفاظت و امنیت کامل نیست ... به طور خلاصه، اقداماتی وجود دارد که رفتـــار منصفانه و عادلانه را نقض می‌کند، ولی حمایـــت و امنیت کامل را نقض نمی‌کند»[2].

این رویکرد در آراء متعدد دیگری نیز دنبال شـــده اســـت. به عنوان مثال در پرونده تنویر علیه آرژانتین[3]، ســـرمایه‌گذار بر رابطه نزدیک بین استاندارد «حمایت و امنیت کامل» و استاندارد «رفتار منصفانه و عادلانه» تاکید کرد. در پاسخ، خوانده تاکید کرد که این دو اســـتاندارد در ماده‌های مختلف معاهده آمده اســـت و بنابراین باید به معنای دو چیز متفاوت بوده باشند.

دیـــوان داوری در خصوص این اختلاف چنین اظهـــار نظر کرد: «در معاهده، مقررات مربوط به حمایت از ســـرمایه‌گذاری و رفتار منصفانه و عادلانه در دو ماده مجزا آمده اســـت که به این معناست که طرف‌ها باید در نظر داشته باشند که مخاطب

1. https://fa.wikifeqh.ir/
2. Suez Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. and Vivendi Universal S.A. v Argentina,Decision on Liability, ICSID Case No. ARB/03/19 (30 July 2010) Para 171
3. Teinver v Argentina

موضوعات مختلفی هستند ... در نتیجه، دیوان معتقد است که به این دو استاندارد باید معانی و زمینه‌های کاربردی مجزا داده شود. با این وجود، دیوان پذیرفته است که هم‌پوشانی قابل توجهی بین مفاهیم رفتار منصفانه و عادلانه و حفاظت و امنیت کامل، همان‌طور که توسط شاکیان ارائه شده است، وجود دارد. از نظر دیوان، استاندارد رفتار منصفانه و عادلانه، گسترده‌تر از معیار حفاظت و امنیت کامل است. در نتیجه در حالی که نقض معیار حفاظت و امنیت، احتمالاً نقض رفتار منصفانه و عادلانه است، لزوماً به عکس این موضوع صادق نیست؛ همه موارد نقض استاندارد رفتار منصفانه و عادلانه به طور خودکار نقض استاندارد حفاظت و امنیت کامل نیست»[1].

۳-۳. رویکرد استقلال دو معیار

در حالی که رویکرد معادل‌سازی و رویکرد وابستگی دو معیار «رفتار منصفانه و عادلانه» و «حمایت و امنیت کامل» در گذشته از حمایت‌هایی برخوردار بوده‌اند، اما پذیرفته شده‌ترین دیدگاه این است که این دو استاندارد، متفاوت و مستقل از یکدیگر هستند. این رویکرد از نظر اصولی قانع کننده به نظر می‌رسد، اما مسأله واقعی در تعیین تفاوت دقیق بین این دو تعهد نهفته است. برخی از دیوان‌های داوری به درستی اعلام کرده‌اند در حالی که استاندارد «رفتار منصفانه و عادلانه» به هیچ استاندارد مسؤولیت خاصی ضمیمه نشده است، توافق گسترده‌ای وجود دارد که نقض معیار«حمایت وامنیت کامل» مستلزم عدم رعایت «اصل اهتمام لازم» است (Schreuer, 2010: 365). همان‌طور که داوران در پرونده جان دو نول علیه مصر[2] توضیح دادند: «مفهوم حمایت و امنیت مستمر، در اینجا باید از استاندارد رفتار منصفانه و عادلانه متمایز شود؛ زیرا آن‌ها در دو ماده مختلف معاهده قرار می‌گیرند. حتی اگر این دو تضمین با هم تداخل داشته باشند، همان‌طور که توسط مدعیان مطرح شد، این مفهوم به اعمال اهتمام لازم توسط دولت مربوط می‌شود»[3].

همچنین در پرونده جم پلاس علیه مکزیک[4]، دیوان داوری، تمایز دقیقی بین

1. Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. and Autobuses Urbanos del Sur S.A. v Argentina, Award, ICSID Case No. ARB/09/1 (21 July 2017) Para.900
2. Jan de Nul v Egypt
3. Jan de Nul N.V. and Dredging International N.V. v Egypt, Award, ICSID Case No. ARB/04/13 (6 November 2008) Para 269
4. Gemplus . v Mexico

دو اســـتاندارد قائل شـــد. داوران، اختلاف این دو معیار را از دو جنبه بررسی کردند: «اولاً، معیـــار حمایت و امنیت کامل مســـؤولیت مطلقی را به دولـــت میزبان تحمیل نمی‌کند؛ ثانیاً، هر یک از دو معیار راجع به منابع مختلف خطر هســـتند ... معیار رفتار منصفانه بیشـــتر ناظر به رفتار دولت میزبان با ســـرمایه‌گذار است؛ در حالی که معیار حمایـــت و امنیت کامل ناظر بـــر ارتباط دولت میزبان و ســـرمایه‌گذار در خصوص اقدامات اشخاص ثالث است»[1].

ســـایر تصمیمات داوری از استدلال‌های مشـــابهی پیروی کرده‌اند. در قضیه ال پاســـو[2]، داوران خاطرنشـــان کردند که در مواردی که اقداماتی که سرمایه‌گذار از آن‌ها شـــکایت می‌کند «از خود دولت نشـــأت می‌گیرد»، مســـؤولیت بین‌المللی باید تحت اســـتانداردهایی غیر از «حمایت و امنیت کامل» تعیین شـــود. آشـــکار است که ایـــن نتیجه‌گیری، به ویژه برای ارزیابی رابطه بین اســـتاندارد «حمایت و امنیت کامل» و اســـتاندارد »رفتار منصفانه و عادلانه» تعیین کننده اســـت[3]. در پرونده الکترابل علیه مجارستان[4]، دیوان داوری اعلام کرد که استاندارد «حمایت و امنیت کامل» با «استاندارد رفتار منصفانه و عادلانه» یکســـان نیست. در این راســـتا دیوان با یافته‌های دیوان ال پاســـو که معیار «حمایت وامنیت کامل» از سرمایه‌گذاری‌ها در برابر اعمال اشخاص ثالث محافظت می‌کند، موافق بود: «در حالی که استاندارد رفتار منصفانه به آسیب‌های مستقیمی که توسط ارگان‌های دولتی صورت می‌گیرد، اشاره دارد، استاندارد حمایت و امنیت، تعهد مثبتی را برای محافظت از سرمایه‌گذاران خارجی در برابر رویدادهای مضری که از رفتار دولت میزبان سرچشمه نمی‌گیرد، تحمیل می‌کند»[5].

در دعوی اولیسه علیه اکوادور[6]، سرمایه‌گذار استدلال کرد که دو معیار «حمایت و امنیت کامل» و «رفتار منصفانه و عادلانه» باید به طور مشترک ارزیابی شوند؛ زیرا

1. Gemplus S.A., SLP S.A. and Gemplus Industrial S.A. de C.V. v Mexico, Award, ICSID Cases No. ARB(AF)/04/3 & ARB(AF)/04/4 (16 June 2010) Para 9.10
2. El Paso
3. El Paso Energy International Co. v Argentina, Award, ICSID Case No. ARB/03/15 (31 October 2011) Para. 524
4.Electrabel . v Hungary
5. Electrabel S.A. v Hungary, Decision on Jurisdiction, Applicable Law and Liability, ICSID Case 3. No. ARB/07/19 (30 November 2012) [7.83].
6. Ulysseas . v Ecuador

«هر دو معیار از دولت می خواهند که ثبات و قابلیت پیش بینی را فراهم کند». داوران با دیدگاه سرمایه‌گذار موافق نبودند: «دیوان با این دیدگاه موافق نیست. «حفاظت و امنیت کامل» یک استاندارد رفتاری غیر از «رفتار منصفانه و عادلانه» است، ارجاع جداگانه به این دو استاندارد، در دو ماده مختلف از معاهده، تایید کننده این دیدگاه است»[1]. دیوان تاکید کرد که برخلاف استاندارد رفتار منصفانه، معیار «حمایت و امنیت کامل» یک تعهد «اهتمام لازم» ایجاد می‌کند که شامل پیشگیری و جبران صدمات ناشی از رفتار نهادهایی غیر از دولت میزبان است[2].

در قضیه آکسوس گلد علیه ازبکستان[3]، دیوان داوری اعلام کرد که، به عنوان یک قاعده، معیار «حمایت و امنیت کامل» وظیفه ارائه حفاظت در برابر رفتار شخص ثالث را ایفا می‌کند[4]. در مورد رابطه بین دو استاندارد، داوران توضیح دادند: «مگر این‌که در یک معاهده خاص به گونه‌ای دیگر مقرر شده باشد، استاندارد «حمایت و امنیت کامل» با ارائه حفاظت در برابر اعمال اشخاص ثالث، یعنی بازیگران غیر دولتی، که تحت پوشش استاندارد «رفتار منصفانه و عادلانه» نیستند، این استاندارد را تکمیل می‌کند؛ بنابراین هنگامی که یک عمل مجرمانه توسط یک ارگان دولتی انجام می‌شود، استاندارد قابل اجرا رفتار منصفانه و عادلانه است؛ در حالی که در جایی که چنین عملی توسط یک نهاد غیر دولتی انجام می‌شود، استاندارد قابل اجرا به استاندارد حمایت و امنیت کامل تبدیل می‌شود.

1. Ulysseas Inc. v Ecuador (UNCITRAL), Final Award (12 June 2012) Para. 271
2. Ibid, Para. 272
3. Oxus Gold v Uzbekistan
4. Oxus Gold v Uzbekistan (UNCITRAL), Final Award (17 December 2015) Para353.

برآمد

۱- در خصوص دو استاندارد «رفتار منصفانه و عادلانه» و «حمایت و امنیت کامل» و بر اساس تجزیه و تحلیل رویه داوری در این خصوص باید از رویکردی دفاع نمود که این دو معیار را متفاوت و مستقل از یکدیگر می‌داند. تحلیل عناصر و ارکان این دو معیار، نشان می‌دهد که این دو معیار هم از جهت منشاء و مبنا، هم از جهت محتوا و کاربرد و هم از جهت مبنای مسؤولیت با یکدیگر تفاوت‌های اساسی دارند.

۲- از جهت منشاء و مبنای دو استاندارد، گرچه برخی از نویسندگان و آراء داوری، مبنای هر دو معیار را قواعد حقوق بین‌الملل عرفی و از جمله حداقل استاندارد بین‌المللی دانسته‌اند، اما در تحلیلی دقیق‌تر، برخی نویسندگان مبنا و منشاء این دو معیار را متفاوت دانسته‌اند. در واقع این گروه منشاء استاندارد «حمایت و امنیت کامل» را «اصل تاریخی حمایت از حقوق بیگانگان» و مبنای استاندارد «رفتار منصفانه و عادلانه» را اصل «حسن نیت» دانسته‌اند.

۳- از جهت محتوا و کاربرد، با توجه به تطورات رویه داوری در خصوص این دو معیار، امروزه برخی عناصر، مانند انتظارات مشروع، شفافیت، رسیدگی عادلانه و رعایت تشریفات قانونی و عدم انکار عدالت از مولفه‌های اختصاصی استاندارد «رفتار منصفانه و عادلانه» محسوب می‌شود؛ در حالی که استاندارد «حمایت و امنیت کامل» بیشتر ناظر به حمایت از سرمایه‌گذار و تضمین امنیت فیزیکی سرمایه‌گذاری است. از طرف دیگر، منبع ریسک در دو معیار متفاوت است؛ در حالی که منبع خطر در خصوص معیار «حمایت و امنیت کامل» بیشتر مربوط به تعهد دولت میزبان به پیشگیری از اقدامات مضر و مخرب اشخاص ثالث در قبال سرمایه‌گذاری می‌شود، استاندارد «رفتار منصفانه و عادلانه»، مربوط به خود دولت و زیر مجموعه‌های آن می‌گردد؛ بنابراین حتی چنانچه تعهد ایجاد شده بر اساس معیار «حمایت و امنیت کامل» را فراتر از امنیت فیزیکی سرمایه‌گذاری بدانیم، نوع اجرای تعهدات در دو معیار شبیه به هم نیست. در واقع می‌توان چنین تعبیر نمود که تعهد دولت میزبان بر اساس معیار «حمایت و امنیت کامل»، بیشتر جنبه ایجابی دارد؛ در حالی که بر اساس معیار «رفتار منصفانه و عادلانه» بیشتر جنبه سلبی غالب است. به عنوان مثال بر اساس معیار

«حمایت و امنیت کامل» تعهد دولت میزبان، تعهدی مثبت برای برداشتن گام‌های معقول برای محافظت از سرمایه‌گذاران یا سرمایه‌گذاری‌های آن‌ها (اعم از ملموس یا ناملموس) در برابر آسیب‌های نادرست ارگان‌ها یا سازمان‌های دولت و یا طرف‌های غیر دولتی است؛ در حالی که بر اساس معیار «رفتار منصفانه و عادلانه»، متعهد به خودداری از تغییر رفتار یا تضمین‌های خود دولت است که تصمیم سرمایه‌گذار برای سرمایه‌گذاری یا انتظارات مشروع مبتنی بر آن بوده است. همچنین تعهد مثبت برای ارائه یک سیستم حقوقی یا اداری که به سرمایه‌گذار امنیت حقوقی اعطا می‌کند؛ به عنوان مثال، سرمایه‌گذار را قادر می‌سازد تا در رابطه با نقض قوانین داخلی در محاکم یا دادگاه‌های بی‌طرف و مؤثر، طرح دعوی و یا تجدید نظرخواهی نماید، از تعهداتی است که به واسطه معیار «حمایت و امنیت کامل» برای دولت میزبان شناخته شده است؛ در حالی که تعهد به خودداری از تغییر اساسی چارچوب قانونی که در آن، سرمایه‌گذار به طور مشروع، حقوق یا انتظاراتی را کسب کرده است، از عناصر معیار «رفتار مصفانه و عادلانه» محسوب می‌شود.

٤- رویکرد یکسان‌انگاری و معادل‌سازی دو معیار، همان‌گونه که برخی از نویسندگان و دیوان‌های داوری نیز گفته‌اند، با اصل اثر مفید (موضوعات مختلف باید به گونه‌ای تفسیر شوند، که بتوان برای هریک اثر مفیدی در نظر گرفت) در تعارض است؛ در صورتی که بپذیریم دو معیار واقعاً یکی بوده و تفاوت ماهوی بین آن‌ها نیست، درج یکی از دو معیار در معاهده سرمایه‌گذاری بیهوده خواهد بود؛ این در حالی است که وقتی طرفین معاهده هر دو معیار را در معاهده ذکر می‌نمایند، اصولاً بایستی هر یک، محتوا و کاربرد خود را داشته و اثر جداگانه‌ای بر آن بار شود.

فهرست منابع

الف. فارسی

* افتخار جهرمی، گودرز و حیدری، احمد (۱٤۰۰)، «**تعامل استاندارد حمایت کامل و امنیت (FPS) با استثناء بهداشت عمومی درحقوق سرمایه‌گذاری بین‌المللی با تأکید بر کووید ۱۹**»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۵، شماره ۱۱۳.

* انصاری مهیاری، علیرضا و رئیسی، لیلا (۱۳۹۷)، «**استانداردهای بین‌المللی حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی**»، دانشنامه حقوق اقتصادی، سال بیست و پنجم، شماره ۱۳.

* حسیبی، به‌آذین (۱۳۸۸)، **تعهد دولت میزبان به رعایت استاندارد رفتاری در معاهدات دوجانبه تشویق و حمایت از سرمایه‌گذاری**، رساله دکتری حقوق بین‌الملل عمومی، تهران: دانشگاه علامه طباطبایی.

* حسینی آزاد، سیدعلی و عسگری، پوریا (۱٤۰۰)، «**شفافیت سرمایه‌گذاری خارجی، بازتعریف اصل شفافیت در حقوق سرمایه‌گذاری بین‌المللی**»، دانشنامه حقوق اقتصادی، شماره ۱۹.

* دالزر، رادولف و شروئر، کریستف (۱۳۹۸)، **اصول حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری**، برگردان: سیدقاسم زمانی و به‌آدین حسیبی، تهران: شهر دانش.

* رضایی، علی (۱٤۰۰) «**شرط «اقدامات منع نشده» در معاهدات سرمایه گذاری خارجی؛ مفهوم، مبانی و چالش‌ها**»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۵ ،شماره ۱۱۳.

* شمسایی محمد و حسینی آزاد، سیدعلی (۱٤۰۰)، «**نقش شفافیت در تفسیر شرط رفتار عادلانه و منصفانه درحقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری**»، مطالعات حقوق عمومی، دوره ۱۱ ، شماره ۲.

* عسگری، پوریا و سعیدی، نیلوفر (۱٤۰۰)، «**چیستی و دامنه استاندارد حمایت و امنیت کامل**»، پژوهش حقوق خصوصی، دوره ۹، شماره ۳۵.

ب. انگلیسی

* Brabandere, Eric (2015), **Host States' Due Diligence Obligations in International Investmen Law**, Syracuse Journal of International Law and Commerce, Vol. 42, No. 2

* Besson, Samantha (2023), **Due Diligence in International Law**,

Brill.

❋ Blanko, Sebastián (2019), **Full Protection and Securityin International Investment Law**, Springer.

❋ Dolzer, Rudolf (2005), **Fair and Equitable Treatment: A Key Standard in Investment Treaties**, Journal of International Law, Vol 39.

❋ Dumberry, Patrick (2014), **The Prohibition against Arbitrary Conduct and the Fair and Equitable Treatment Standard under NAFTA Article 1105**, the journal of world investment & trade. Vol 15

❋ Francioni, Francesco (2009), **Access to Justice, Denial of Justice and International Investment Law**, The European Journal of International Law Vol. 20 no. 3.

❋ Islam, Rumana (2018), **The Fair and Equitable Treatment (FET) Standard in International Investment Arbitration**, Springer.

❋ Kläger, Roland (2011), **Fair and Equitable Treatment in International Investment Law**, Cambridge University Press.

❋ Kopar, Rahmi (2021), **Stability and Legitimate Expectations in International Energy Investments**, Hart Publishing.

❋ Kulesza, Joanna (2016), **Due Diligence in International Law**, Brill.

❋ Malik, Mahnaz (2011), **The Full Protection and Security Standard Comes of Age: Yet another challenge for states in investment treaty arbitration?**, The International Institute for Sustainable Development.

❋ McDonald, Neil (2019), **The Role of Due Diligence in International Law**, International and Comparative Law Quarterly. Vol 68.

❋ Miljenić, Orsat (2019), **Full Protection and Security Standard in International Investment Law**, Original Scientific Paper UDK. Vol 35.

❋ Musu, Clara, Trisnamansyah, Purnama (2024), **The Role of Transparency Standard: Effectivity in Proving the Breach of Fair and Equitable Treatment**, Transnational Business LawJournal,Volume 5, Number 1.

❋ Ollino, Alice (2022), **Due Diligence Obligations in International Law**, Cambridge.

❋ Orllena, Marcos (2011), **Investment Agreements & Sustainable Development: the Non-Discrimination Standards**, Sustainable Development Law & Policy. Vol 11.

❋ Potestà, Michele (2012), **Legitimate expectations in investment treaty law. Understanding the roots and the limits of a controversial concept**, ICSID Review, Vol.28, Issue 1

❋ Reinisch, August (2020), **Advanced Introduction to International Investment Law**, Elgar.

❋ Schreuer, Christoph (2010), **Full Protection and Security**, Journal of International Dispute Settlement. Downloaded http://jids.oxfordjournals.org.

❋ Tudor, loana (2009), **The Fair And Equitable Treatment Standard In International Law Of Foreign Investment**, Oxford University Press.

❋ UNCTAD (2004), **International Investment Agreements: Key Issues**.

❋ Weeramantry, Romesh (2021), **Full Protection and Security and Its Overlap with Fair and Equitable Treatment**, Handbook of International Investment Law and Policy.Vol 6.

❋ Wongkaew, Teerawat (2019), **Protection of Legitimate Expectations in Investment Treaty Arbitration**, Cambridge.

❋ Achmea B.V. v Slovakia (UNCITRAL), PCA Case No. 2008-13 (26

October 2010)
❋ Binder v. Czech Republic, Final Award(15 July 2011)
❋ Biwater Gauff Ltd. v Tanzania, Award, ICSID Case No. ARB/05/22 (24 July2008)
❋ Crystallex International Corp. v Venezuela, Award, ICSID Case No. ARB(AF)/11/2 (4 April2016)
❋ EDF (Services) Limited v. Romania, ICSID Case No. ARB/05/13, Award on 8 October 2009
❋ El Paso Energy International Co. v Argentina, Award, ICSID Case No. ARB/03/15 (31 October 2011)
❋ Electrabel S.A. v Hungary, Decision on Jurisdiction, Applicable Law and Liability, ICSID Case 3. No. ARB/07/19 (30 November 2012)
❋ Gemplus S.A., SLP S.A. and Gemplus Industrial S.A. de C.V. v Mexico, Award, ICSID Cases No. ARB(AF)/04/3 & ARB(AF)/04/4 (16 June 2010)
❋ Jan de Nul N.V. and Dredging International N.V. v Egypt, Award, ICSID Case No. ARB/04/13 (6 November 2008)
❋ Jan Oostergetel and Theodora Laurentius v Slovakia (UNCITRAL), Final Award (23 April 2012)
❋ Murphy Exploration & Production Co. v Ecuador (UNCITRAL), Partial Final Award (6 May2016)
❋ National Grid P.L.C. v Argentina (UNCITRAL), Award (3 November 2008)
❋ Occidental Exploration and Production Co. v Ecuador, Final Award, LCIA Case No. UN 3467 (1 July 2004)
❋ OI European Group B.V. v Venezuela, Award, ICSID Case No. ARB/11/25 (10 March 2015)
❋ Oxus Gold v Uzbekistan (UNCITRAL), Final Award (17 December

2015)

❋ Plama Consortium Ltd. v Bulgaria, Award, ICSID Case No. ARB/03/24 (27 August 2008)

❋ S.A. and Vivendi Universal S.A. v Argentina, Award, ICSID Case No. ARB/97/3 (20 August 2007)

❋ Saluka Investments BV v. The Czech Republic, UNCITRAL, Partial Award, 17 March 2006

❋ Suez Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. and Vivendi Universal S.A. v Argentina, Decision on Liability, ICSID Case No. ARB/03/19 (30 July 2010)

❋ Suez Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. and Vivendi Universal S.A. v Argentina,Decision on Liability, ICSID Case No. ARB/03/19 (30 July 2010)

❋ Spyridon Roussalis v Romania, Award, ICSID Case No. ARB/06/1 (7 December 2011)

❋ Tecnicas Medioambientales Teamed, S.A v. The United Mexican States, ICSID Case No ARB (AF/00/2, Award, 29 May 2003.

❋ Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. and Autobuses Urbanos del Sur S.A. v Argentina, Award, ICSID Case No. ARB/09/1 (21 July 2017)

❋ Total S.A. v Argentina, Decision onLiability, ICSID Case No. ARB/04/1 (27 December 2010)

❋ Ulysseas Inc. v Ecuador (UNCITRAL), Final Award (12 June 2012).

مقاله پژوهشی/ دوره ۸۹/ شماره ۱۲۹/ صفحات: ۲۳۵-۲۰۹
تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۴/۲۰ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۹/۱۴

بررسی فقهی حقوقی بازگشت منفعت و زوال عضو یا نفس در زمان انتظار

انسیه سلیمی[۱]، عادل ساریخانی[۲]

چکیده

در مواردی که جنایت بـــر منافع، زوال یا نقصان موقت منفعت را به همراه دارد، جهت ســـنجش استقرار جنایت، مهلتی برای بازگشـــت منفعت توسط کارشناسان تعیین می‌شود. در این مهلت، گاه مرگ مجنی‌علیه یا از بین رفتن عضوی از او رقم می‌خورد. با وجود پرداختن به این موضوع در مواد ٦٧٢ و ٦٧٤ قانون مجازات اسلامی، صور مختلف بحث تحت تأثیر عوامل گوناگون و تشخیص کارشناسان مبنی بر قطعی یا احتمالی بودن بازگشـــت منفعت، مورد توجه قانون‌گذار قرار نگرفته اســـت. پژوهش پیش رو با روش توصیفی تحلیلی و با تکیه بر نظرات و آراء فقهی و حقوقی، عوامل مختلفی چون «سرایت جنایـــت»، «وقـــوع جنایت ثانویه» و «علل طبیعی» که در تداخـــل و عدم تداخل دیات و ثبوت دیه یا ارش زوال دائم یا موقت منفعت تأثیرگذار اســـت را تبیین می‌نماید و نتیجه می‌گیرد که سرایت جنایت بر منفعت به عضو یا نفس، موجب تداخل دیات و ثبوت دیه بیشـــتر می‌شود؛ در حالی که وقوع جنایت ثانویه توسط مرتکب یا شخص ثالث، هر یک دیه جداگانه دارد. در زوال نفس یا عضو به سبب عوامل طبیعی نیز، دیه یا ارش زوال یا نقصان دائم منفعت ثابت اســـت. بر این اساس، برخلاف مفاد مواد قانونی پیش‌گفته، در تعییـــن ملاک ثبوت دیه یا ارش، میان زوال نفس و عضو مجنی‌علیه در مهلت مقرر برای بازگشـــت منفعت تفاوتی وجود ندارد؛ بلکه قطعی یا احتمالی بودن بازگشت منفعت به تشخیص اهل خبره، سبب تغییر معیار ثبوت دیه یا ارش در آن‌ها می‌شود.

واژگان کلیدی: بازگشت منفعت، زوال عضو، مرگ مجنی‌علیه، مهلت انتظار، دیه، ارش.

---

۱. دانشجوی دکتری رشته حقوق جزا و جرم شناسی، دانشگاه قم، قم، ایران. (نویسنده مسئول)
Ensieh.Salimi@stu.qom.ac.ir
۲. استاد تمام گروه حقوق جزا و جرم شناسی، دانشکده حقوق، دانشگاه قم، قم، ایران.
adelsari@yahoo.com

درآمد

جنایت بر منفعت یکی از اقسام جنایات وارده بر مادون نفس است که زوال یا نقصان دائم یا موقت یک منفعت را به همراه دارد. منفعت در لغت به معنای سود و بهره (معین، ۱۳۸۷: ۱۰۹۰) و در اصطلاح به معنای فایده و بهره‌ای است که از عین به دست می‌آید و قابل اشاره حسی نمی‌باشد (جعفری لنگرودی، ٤/۱٤۰۱: ۲۷۰۲). زمانی که از منفعت در عضوی از بدن یاد می‌شود، منظور بخشی از فواید و مزایای مرتبط با آن عضو است که قابلیت اشغال فضا را مانند اعضای بدن ندارد. منافع به فراخور ملازمت و عدم ملازمت آن با عضو، به منافع قائم بر عضو و غیر قائم بر عضو تقسیم می‌شوند. در منافع قائم بر عضو، با زوال یا نقصان عضو منفعت نیز زایل یا ناقص می‌شود مانند منفعت بینایی؛ اما در منافع غیر قائم به عضو، آسیب بر منفعت لزوماً با زوال یا نقصان عضو همراه نمی‌باشد؛ مانند آسیب وارده بر گوش یا بینی که همواره موجب زوال یا نقصان منفعت شنوایی و بویایی نمی‌شود.

آثار جنایات وارده بر منفعت ممکن است متفاوت باشد، گاه جنایت وارده موجب زوال یا نقصان دائم آن می‌شود و گاه این زوال یا نقصان، موقتی و بازگشت‌پذیر است و منافعی که پیش‌تر در اثر جنایت بر مجنی‌علیه یا قصاص از جانی دچار زوال یا نقصان شده، بازیابی می‌شود. محاکم عموماً زمان مشخصی را جهت صدور حکم و ایجاد اطمینان از استقرار جنایت و بازگشت ناپذیری آن تعیین می‌نمایند.

فارغ از بحث استقرار یا عدم استقرار جنایت، ممکن است در مدت تعیین شده، عضوی از اعضای مجنی‌علیه زایل یا دچار نقصان شود و یا این که مجنی‌علیه در مدت تعیین شده فوت کند. قانون‌گذار در مواد ٦۷۲ و ٦۷٤ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ بدون پرداخت به شقوق مختلف این فرض، در موارد فوت مجنی‌علیه، دیه و در موارد زوال یا نقصان عضو قائم بر منفعت، ارش زوال موقت را پیش‌بینی کرده است؛ در حالی که تعیین مجرای بحث در صور مختلف و استنباط احکام جاری در هریک از آن‌ها، با توجه به عوامل موثر در وقوع جنایت از اهمیت برخوردار است.

بر این اساس سوال مورد نظر پژوهش حاضر این است که آیا در صورت زوال نفس یا عضو در اثر عوامل مختلف همچون وقوع جنایت (توسط مرتکب اول

یا ثالث)، سرایت جنایت و یا علل طبیعی، همچنان به موجب مواد مذکور دیه یا ارش زوال موقت منفعت ثابت است. هم‌چنین با توجه به اتخاذ رویکرد شرعی در وضع قوانین کیفری در ایران، منطوق مواد قانونی تا چه میزان با مبانی فقهی احکام مورد نظر مطابقت دارد؟ در راستای پاسخ به سوالات مذکور، پژوهش پیش رو با روش توصیفی و تحلیلی درصدد است با تبیین مفهوم بازگشت منفعت و شرایط لازم در تحقق ثبوت حکم جنایت بر منفعت، مبانی فقهی زوال عضو یا نفس را در زمان انتظار بر بازگشت منافع مورد بررسی قرار دهد و صور مختلف آن یعنی زوال نفس یا عضو در اثر عوامل مختلفی مانند جنایات و علل طبیعی را بررسی و در تطبیق با قانون مجازات اسلامی مورد تحلیل قرار دهد.

۱. جنایت وارده بر منفعت

صدمات وارده بر منافع به موجب ماده ۳۸۷ قانون مجازات اسلامی به عنوان یکی از جنایات عمدی یا غیر عمدی وارده بر اعضا، محسوب می‌شود که معیار «دائمی و موقتی بودن» آسیب، به ضمیمه «زوال یا نقصان منفعت»، در ثبوت حکم قصاص، دیه یا ارش نسبت به آن تأثیرگذار خواهد بود؛ بدین ترتیب که در موارد «زوال یا نقصان دائمی منفعت»، قصاص یا دیه و در «زوال یا نقصان موقت منفعت» ارش ثابت است. در واقع دیه و ارش در اعضا و منافع قسیم یکدیگر هستند، هرچند عضو بدن انسان نقش محوری در قوام منفعت دارد و قسمی از عضو محسوب می‌شود (نیازی و هادی، ۱۴۰۳: ۱۱۸).

لازم به ذکر است که بنابر قاعده اولیه در همه جنایات عمدی ولو جنایت بر منفعت، حکم قصاص جاری می‌باشد؛ مگر این که به دلیل وجود موانع، امکان یا جواز قصاص وجود نداشته باشد که در این صورت «دیه» به عنوان مجازات بدیل جایگزین آن می‌گردد. این در حالی است که قانون مجازات اسلامی ذیل شرایط قصاص عضو و در ماده ٤٠٤، تنها امکان قصاص در منفعت بینایی بدون آسیب به حدقه چشم را مورد توجه قرار داده و در سایر منافع به حکم قصاص اشاره‌ای نکرده است. اتخاذ این رویکرد توسط قانون‌گذار، برگرفته از دیدگاه برخی از فقهای امامیه در عدم امکان قصاص منفعت به دلیل مشخص نبودن محل، عدم مماثلت و خوف تغریر و آسیب بیشتر است (نجفی، ٤٣/١٤٠٤: ٢٩٢؛ محقق حلی، ٤/١٤٠٨: ٢٥٥؛

علامه حلی، ۳/۱٤۱۳: ٦۸٤؛ فاضل اصفهانی، ۱۱/۱٤۱٦: ٤۰٦؛ موسوی خمینی، بی‌تا/۲: ۵۸۷).

اما باید در نظر داشت با توجه به پشتوانه فقهی و قانونی قاعده کلی ثبوت قصاص در موارد جنایت عمدی اعم از نفس، عضو و منفعت[1] و امکان قانونی (ماده ٤۰٤ قانون مجازات اسلامی) و فقهی اجرای قصاص در مواردی از منافع مانند بینایی[2]، مانعی از اجرای قصاص در موارد جنایت عمدی بر منافع وجود ندارد. همچنین امروزه پیشرفت‌های دانش پزشکی امکان واقعی اجرای قصاص، بدون خوف ضرر و آسیب به سایر اعضا را فراهم آورده است. در این راستا فقهای متأخر نیز به جواز امکان قصاص، در صورت رعایت مماثلت و عدم خوف تلف یا صدمه به عضو دیگر ملتزم شده‌اند (حسینی شیرازی، بی‌تا: ۳۵۰؛ گنجینه استفتائات قضایی: سوال ۵۱۲).

۲. بازگشت منفعت

همان طور که بیان شد به فراخور عنصر روانی مرتکب در جنایت وارده بر منافع، مجازات قصاص، دیه یا ارش ثابت است. ثبوت این احکام در گرو استقرار جنایت بر منفعت و عدم بازیابی منافعی است که به علت عدم اشغال فضای قابل حس، تعیین آن دشوار می‌باشد.

۲-۱. معیار در استقرار یا بازگشت منفعت

با تتبع در آثار فقها در بحث از زوال یا نقصان منفعت و مفهوم ماده ٦۷۱ قانون مجازات اسلامی، «نظریه اهل خبره یا کارشناس»، «تعیین مهلت» و «اختبار و آزمایش» به عنوان ملاک‌های اساسی جهت تعیین استقرار یا بازگشت منفعت مورد نظر قرار می‌گیرد. فقها در تشخیص زوال یا نقصان بعضی از منافع مانند بینایی (نجفی، ٤۲/۱٤۰٤: ۳۰۳؛ محقق حلی، ٤/۱٤۰۸: ۲۸۲؛ علامه حلی، ۳/۱٤۱۳: ٦۸٦؛ اردبیلی، ۱٤/۱٤۱٦: ٤۳۵)، شنوایی (طوسی، ٤/۱۳۸۷: ۱۲۵؛ محقق حلی، ٤/۱٤۰۸: ۲۸۱؛ علامه حلی، ۳/۱٤۱۳: ٦۵۸)، بویایی (نجفی، ٤۲/۱٤۰٤: ۳۱۱) و عقل (نجفی، ٤۲/۱٤۰٤:

---

۱. مستند به آیات قرآن (بقره: ۱۹٤؛ شوری: ٤۰؛ مائده: ٤۵)، روایات متواتر (حر عاملی، ۲۹/۱٤۱٤: ۱۸۳-۱٦۳)، اجماع و عقل (نجفی، ٤۲/۱٤۰٤: ۳٤۳).

۲. جواز قصاص در بینایی: طوسی، ۵/۱٤۲۰: ۱۷۵؛ خویی، ٤۲/۱٤۲۲: ۲۰۰؛ محقق حلی، ٤/۱٤۰۸: ۲۲۱؛ شهید اول، ۱٤۱۰: ۲۷۲؛ شهید ثانی، ۱۵/۱٤۱۳: ۲۸۲؛ نجفی، ٤۲/۱٤۰٤: ۳۷۱.

۲۲۵؛ شـــهید ثانی، ۱۵/۱٤۱۳: ٤۱۹) بـــه کاربرد «نظریات اهل خبره و کارشناســـی» اشـــاره نموده‌اند. به اعتقاد برخی از فقها نظریه کارشناســـی و اهل خبره، در صورت احراز شـــرایط شهادت شرعی، اعتبار شهادت را دارد (طوسی، ۷/۱۳۸۷: ۱۲۷؛ نجفی، ۱٤۰٤/:٤۳: ۳۰۲؛ محقـــق حلی، ٤/۱٤۰۸: ۲۵٦؛ علامه حلی، ۵/۱٤۱۳: ٦۱۰)، اما فراتر از آن عقلایی بودن اصل رجوع جاهل به عالم، به آن اعتبار می‌دهد که موارد شـــمول گســـترده‌تری دارد (بجنوردی، ۳/۱٤۱۹: ۲٤). این ســـیره در تمام امور و شئون عقلا جاری می‌باشـــد و عدم مخالفت شـــارع نیز بر حجیت آن تأکید می‌نماید (حسن‌زاده، ۱۳۸۸: ۱۵-۱٤). بـــر این اســـاس جایگاه نظریه اهل خبره در صدـــور آرای مرتبط با آســـیب‌های وارده بر جسم و منفعت امری انکارناپذیر اســـت و رویه محاکم نیز در رســـیدگی به پرونده‌های مذکور بدین شکل است که نظریه‌های پزشکی قانونی را که توســـط پزشکان متخصص ارائه می‌شـــود، ملاک عمل خود قرار می‌دهند و به عنوان امارات علم‌آور، زمینه علم قاضی و صدور حکم را فراهم می‌سازند.

یکی دیگر از معیارهای تشـــخیص در اســـتقرار منافع «تعیین مهلت» می‌باشد که امروزه در رســـیدگی‌های قضایی بـــه پرونده‌های منتهی به دیه، تحت عنوان «طول درمان» از آن یاد می‌شود. در واقع در این مدت اثرات جنایات وارده و امکان بهبودی یا ســـرایت آن‌ها به سایر اعضا مورد ســـنجش قرار می‌گیرد و در روند صدورحکم به قضات نیز یاری دهنده اســـت. از منظر فقها این مهلت بر اســـاس مبانی روایی آن در منافع شـــنوایی[۱] (طوســـی، ۱۰/۱٤۰۷: ۲٦٤؛ محقق اردبیلی، ۱٤/۱٤۱٦: ٤۳۳) بینایی[۲] (طوسی، ۱۰/۱٤۰۷: ۲٦٦) و عقل[۳] (همان: ۲۵۸) یک سال در نظر گرفته شده است. با پیروی از این دیدگاه در پیش نویس قانون مجازات اسلامی نیز مهلت یک ساله برای تشـــخیص بازگشت منفعت نیز مورد توجه قرار گرفته بود، اما با ایراد شورای نگهبان

---

۱. «عَنْ سُلَيْمَانَ بْنِ خَالِدٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ (ع) أَنَّهُ قَالَ: فِي رَجُلٍ ضَرَبَ رَجُلًا فِي أُذُنِهِ بِعَظْمٍ فَادَّعَى أَنَّهُ لَا يَسْـــمَعُ قَالَ يُتَرَصَّدُ وَ يُسْتَغْفَلُ وَ يُنْتَظَرُ بِهِ سَنَةً فَإِنْ سَـــمِعَ أَوْ شَهِدَ عَلَيْهِ رَجُلَانِ أَنَّهُ سَمِعَ وَ إِلَّا حَلَفَهُ وَ أَعْطَاهُ الدِّيَةَ قِيلَ يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ فَإِنْ عُثِرَ عَلَيْهِ بَعْدَ ذَلِكَ أَنَّهُ سَـــمِعَ قَالَ إِنْ كَانَ اللَّهُ عَزَّوَجَلَّ رَدَّ عَلَيْهِ سَمْعَهُ لَمْ أَرَ عَلَيْهِ شَيْئاً».

۲. «عَنْ سُـــلَيْمَانَ بْنِ خَالِدٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ (ع) قَالَ: سَـــأَلْتُهُ عَنِ الْعَيْنِ يَدَّعِي صَاحِبُهَا أَنَّهُ لَا يُبْصِرُ قَالَ يُؤَجَّلُ سَـــنَةً ثُمَّ يُسْـــتَحْلَفُ بَعْدَ السَّـــنَةِ أَنَّهُ لَا يُبْصِرُ ثُمَّ يُعْطَى الدِّيَةَ قَالَ قُلْتُ فَإِنْ هُوَ أَبْصَرَ بَعْدَهُ قَالَ هُوَ شَيْءٌ أَعْطَاهُ اللَّهُ إِيَّاهُ».

۳. «هِشَـــام بْنِ سَالِمٍ قَالَ: كُلُّ مَا كَانَ فِي الْإِنْسَـــانِ اثْنَانِ فَفِيهِمَا الدِّيَةُ وَ فِي أَحَدِهِمَا نِصْفُ الدِّيَةِ وَ مَا كَانَ وَاحِداً فَفِيهِ الدِّيَةُ».

در لزوم ارائه ملاک عرفی و عقلایی برای بازگشت، مهلت یک ساله از مواد قانون حذف گردید.

معیار سوم در تشخیص زوال یا نقصان منفعت «آزمایش و اختبار» است که فقها نیز بر مبنای روایات به آن ملتزم بوده‌اند (نجفی، ٤۳/۱٤۰٤: ۲۹۸؛ علامه حلی، ۳/۱٤۱۳: ٦۸٥؛ شهید ثانی، ۱۰/۱٤۱۳: ۲٥٥؛ محقق اردبیلی، ۱٤/۱٤۱٦: ٤۳۱؛ فاضل اصفهانی، ۱۱/۱٤۱٦: ٤۱۰). البته نوع اختبار در اعصار گذشته با توجه به سطح دانش بشری با روش‌های سنتی و ساده صورت می‌گرفت، اما در زمان کنونی و با توسعه علم پزشکی و آزمایشگاهی، تشخیص بسیاری از آسیب‌ها به سهولت امکان‌پذیر است. با این وجود زمانی که اختبار و آزمایش، موجبات علم قاضی را فراهم آورد، معتبر می‌باشد و به عنوان دلیل مستقل پذیرفته نمی‌شود.

۲-۲. صور بازگشت منفعت

با توجه به معیارهای پیش گفته، پس از وقوع جنایت و اختبار و آزمایش به وسیله کارشناسان در صورت «عدم احتمال بازگشت منفعت»، اصولاً بدون تعیین مهلت، میزان جنایات وارده محاسبه و حکم به پرداخت دیه می‌شود. اما در صورت بازیابی منافع زوال یا نقصان یافته پس از پرداخت دیه، در استرداد و عدم استرداد دیه و یا پرداخت ارش زوال موقت، میان فقها اختلاف نظر وجود دارد.

برخی بازگشت منفعت پس از انتظار مدت را مستلزم استرداد دیه یا ارش پرداختی می‌دانند، چرا که اساساً منفعتی زایل نشده است که مستحق دیه یا ارش باشد (نجفی، ٤۳/۱٤۰٤: ۲۹۷؛ موسوی خمینی، بی‌تا/۲: ٥٥۸؛ فاضل لنکرانی، ۱٤۱۸: ۲۲۲). دیدگاه این گروه به طور موردی و به موجب ماده ٦۷۹ قانون مجازات اسلامی در زوال موقت منفعت عقل مورد پذیرش قرار گرفته است.

گروهی دیگر با استناد به روایات و به دلیل این که بازگشت منفعت، هدیه‌ای از جانب خداوند است، حکم به عدم استرداد دیه یا ارش پرداختی نموده‌اند (شیخ طوسی، ٥/۱٤۰۷: ۲۳۸؛ محقق حلی، ٤/۱٤۰۸: ۲٥٥؛ علامه حلی، ٥/۱٤۲۰: ٦۰۷). در این میان برخی دیگر از فقها نیز با معیار قرار دادن نظریه اهل خبره قائل به تفصیل شده‌اند و تنها در مواردی که کارشناسان احتمال بازگشت دهند، حکم به استرداد دیه نموده‌اند (شهید ثانی، ۱٥/۱٤۱۳: ٤٤۷؛ فاضل اصفهانی، ۱۱/۱٤۱٦: ٤۱۹).

در صورت «احتمال بازگشـــت منفعت» طبق قاعده با تعیین مهلت به سنجش ثبوت آن و اســـتقرار یا عدم اســـتقرار دیه پرداخته می‌شود. پس از سپری شدن مدت مذکور، در صورت بازگشـــت منفعت، حکم به «ارش نقصـــان یا زوال موقت» و در صورت عدم بازگشـــت، حکـــم به ثبوت «دیه یا ارش نقصان یـــا زوال دائم» منفعت می‌شود.

اما صورت دیگری نیز در فرض تعیین مهلت متصور اســـت که به موجب آن در مهلت مذکور جنایت بر منفعت یا عواملی دیگر، منجر به مرگ مجنی‌علیه یا زوال عضو وی می‌شود که این فرض موضوع اصلی بحث پیش رو می‌باشد.

۳. زوال عضو یا نفس در مهلت بازگشت

گاهی با وجود این که کارشناســـان و اهل خبره، بازگشـــت منفعت را احتمال می‌دهند و برای اطمینان از ثبوت و اســـتقرار جنایت، مهلت تعیین می‌کنند، مجنی‌علیه فـــوت می‌نماید یا عضوی از اعضـــای بدن وی دچار زوال یـــا نقصان می‌گردد. در این راســـتا ماده ٦٧٢ قانون مجازات اسلامی عنوان نموده است: «در مواردی که نظر کارشناسی بازگشت منفعت زایل یا ناقص شده در مدت معینی باشد چنانچه مجنی‌علیه قبل از مدت تعیین شـــده فوت کند، دیه ثابت می‌شـــود». نسبت به زوال عضو نیز در ماده ٦٧٤ آمده اســـت: «هرگاه در مهلتی که به طریق معتبری برای بازگشـــت منفعت زایل یا ناقص شـــده تعیین گردد عضوی که منفعت قائم به آن اســـت از بین برود، به عنوان مثال چشمی که بینایی آن به طور موقت از بین رفته است از حدقه بیرون بیاید، مرتکب فقط ضامن ارش زوال موقت آن منفعت است و چنانچه از بین رفتن آن عضو به ســـبب جنایت شخص دیگر باشد مرتکب دوم ضامن دیه کامل آن عضو می‌باشد». قانون‌گـــذار به طور مطلق و بدون تفکیـــک عوامل موثر در وقوع مرگ یا زوال عضو، یک حکم ثابت برای آن‌ها درنظر گرفته اســـت، در حالی که بر صور مختلف، احکام متفاوتی جاری می‌باشد.

۱-۳. زوال نفس

زوال نفس یا مرگ مجنی‌علیه در مدت تعیین شـــده جهت بازگشـــت منفعت، ممکن است در اثر وقوع جنایت بر منفعت و سرایت آن به نفس یا در اثر وقوع جنایت ثانوی رقم بخورد و همچنین ممکن است علت مرگ عاملی غیر از جنایت واقع شده

بر منفعت فرد باشد که به تفصیل در ذیل بدان پرداخته می‌شود.

۱-۱-۳. تأثیر جنایات بر زوال نفس

موارد زوال نفس در اثر جنایات واردہ بر منافع در سه فرض قابل تصور است: «زوال نفس در اثر سرایت جنایت اولیه بر منفعت»، «زوال نفس در اثر جنایت ثانویه مرتکب» و «زوال نفس در اثر جنایت ثانویه شخص ثالث».

الف. سرایت جنایت اولیه بر منفعت

با توجه به این که جنایت بر منفعت بر اساس ماده ۳۸۷ قانون مجازات اسلامی[۱] یکی از انواع جنایت بر عضو به شمار می‌رود، در مواردی که سرایت بر نفس، سبب مرگ مجنی‌علیه شود، به موجب ماده ٦۷۳ قانون مجازات اسلامی[۲] و با تبعیت از نظر مشهور فقهای امامیه، دیه یا ارش منفعت در دیه نفس تداخل می‌نماید و تنها دیه نفس قابل مطالبه می‌باشد (نجفی، ٤۲/۱٤۰٤: ۳۵۹؛ علامه حلی، ۵/۱٤۲۰: ٤۳٤؛ طوسی، ۵/۱٤۲۰: ۱٦۳) و از این رو میان منفعت استقرار یافته و منفعت بازیابی نشده نیز تفاوتی وجود ندارد.

البته در مقابل دیدگاه مشهور، برخی از فقها قائل به عدم تداخل (خویی، ٤۲/۱٤۲۲: ۲۳) و برخی نیز قائل به عدم تداخل در صورت فاصله زمانی زیاد هستند (خوانساری، ۷/۱۳٦٦: ۱۹۰؛ محقق اردبیلی، ۱۳/۱٤۱٦: ٤٤٦) که قانون‌گذار رویکرد مشهور را در فرض بحث، مورد نظر قرار داده است.

ماده ٦۷۳ در بحث عمدی یا غیرعمدی بودن جنایات واردہ بر منافع اطلاق دارد و در هر دو نوع جنایات عمدی و غیر عمدی، به تداخل دیه و ثبوت دیه نفس حکم می‌نماید. این رویکرد قانون‌گذار با ماده ۵۳۹ قانون مجازات اسلامی[۳] در جنایات غیر عمدی هم‌سو می‌باشد؛ چرا که به موجب نظریه مشورتی شماره ۷/۹٦/٦۵۰ مورخ

---

۱. ماده ۳۸۷ قانون مجازات اسلامی: جنایت بر عضو عبارت از هر آسیب کمتر از قتل مانند قطع عضو، جرح و صدمه‌های وارد بر منافع است.

۲. ماده قانون مجازات اسلامی ٦۷۳: هرگاه جنایتی که موجب زوال یکی از منافع شده است، سرایت کند و سبب مرگ مجنی‌علیه شود، دیه منفعت در دیه نفس تداخل می‌کند و تنها دیه نفس قابل مطالبه است.

۳. ماده ۵۳۹ قانون مجازات اسلامی: هرگاه مجنی‌علیه در اثر سرایت صدمه یا صدمات غیر عمدی فوت نماید یا عضوی از اعضای او قطع شود یا آسیب بزرگتری ببیند به ترتیب ذیل دیه تعیین می‌شود: الف- در صورتی که صدمه واردہ یکی باشد، تنها دیه نفس یا عضو یا آسیب بزرگتر ثابت می‌شود ... .

۱۳۹۶/۳/۲۰، «منظور از سرایت در ماده ۵۳۹ این است که فوت ناشی از صدمه یا صدمات باشد» که در این صورت به حکم تداخل، تنها دیه نفس قابل مطالبه است.

اطلاق ماده ٦٧٣ در حکم ثبوت دیه نفس در جنایات عمدی، با مفهوم مواد ٥٤٠ [1] و ٢٩٦ قانون مجازات اسلامی [2] در تعارض است؛ زیرا ماده ٥٤٠ در مواردی که صدمه عمدی نوعاً کشنده نباشد اما اتفاقاً سرایت کند، علاوه بر حق قصاص یا دیه نسبت به جنایات عمدی بر منفعت، دیه نفس را نیز الزام می‌نماید و حکم به تداخل دیات نمی‌شود. این دیدگاه در ماده ٢٩٦ قانون مذکور نیز مورد توجه قرار گرفته و در مواردی که اصل جنایت وارده بر عضو عمدی باشد، اما سرایت جنایت و فوت مجنی‌علیه مشمول تعریف جنایات عمدی نگردد، شبه عمد محسوب شده و علاوه بر قصاص عضو، پرداخت دیه نفس نیز برعهده مرتکب قرار می‌گیرد.

در تفسیر و رفع تعارض میان این دو ماده باید عنوان نمود:

نخست، به نظر می‌رسد اطلاق ماده ٦٧٣ در جنایات عمدی و غیر عمدی، به رویکرد قانون‌گذار در عدم اجرای قصاص در جنایات بر منافع اشاره دارد و از این جهت در جنایات عمدی و غیرعمدی، تنها حکم به دیه نفس نموده است و نه قصاص نفس. اما همان طور که پیش‌تر مطرح شد، با توجه به پشتوانه فقهی ثبوت قصاص در جنایت عمدی به طور مطلق و امکان قانونی و واقعی اجرای قصاص بدون خوف ضرر و آسیب به سایر اعضا، مانعی از قصاص در موارد جنایت عمدی بر منفعت وجود ندارد.

دوم، مشهور فقها در فرض ماده ٥٤٠، قائل به ثبوت قصاص به ازای جنایت بزرگ‌تر هستند، با این استدلال که جنایت اولیه عمدی بوده و سرایت بر اثر جنایت

---

۱. ماده ٥٤٠ قانون مجازات اسلامی: هرگاه صدمه وارده عمدی باشد و نوعاً کشنده یا موجب قطع عضو یا آسیب بیشتر نباشد لکن اتفاقاً سرایت کند، علاوه بر حق قصاص یا دیه نسبت به جنایت عمدی کمتر، حسب مورد دیه جنایت بیشتر نیز باید پرداخت شود، مانند این‌که شخصی عمداً انگشت دیگری را قطع کند و اتفاقاً این قطع سرایت کند و موجب فوت مجنی‌علیه یا قطع دست او گردد، علاوه بر حق قصاص یا دیه انگشت، حسب مورد دیه نفس یا دیه دست مجنی‌علیه نیز باید پرداخت شود.

۲. ماده ٢٩٦ قانون مجازات اسلامی: اگر کسی عمداً جنایتی را بر عضو فردی وارد سازد و او به سبب سرایت جنایت فوت کند، چنانچه جنایت واقع شده مشمول تعریف جنایات عمدی باشد، قتل عمدی محسوب می‌شود، در غیر این صورت، قتل شبه عمدی است و مرتکب علاوه بر قصاص عضو به پرداخت دیه نفس نیز محکوم می‌شود.

عمدی نیز مفروض و تعهد آور است و در اثر سرایت جنایت و وقوع مرگ، قصاص ثابت است (نجفی، ٤۲/۱٤۰٤: ٤۲۷). گروهی دیگر از فقها همچون مرحوم خویی با رد این استدلال معتقد هستند که نوع ضمان در جنایت، متأثر از قصد ضارب است و چیزی که اتفاقاً بر جنایت اولیه ضمیمه شده، اگر عمد مرتکب را به همراه نداشته باشد یا نوعاً کشنده نباشد، شبه عمد محسوب می‌شود (خویی، ۲/۱٤۲۲: ٦). قانون‌گذار نیز با پیروی از نظریه اخیر و منصرف دانستن اطلاق ماده ٥٤۰ از موارد قاصد بودن مرتکب نسبت به جنایت بیشتر (جمعی از پژوهش‌گران، ۱۳۹۷: ۳۳۹)، حکم به ثبوت دیه در فرضی نموده که جنایات عمدی بر منفعت وارد شده، اما سرایت آن به نفس به طور اتفاقی، نادر و غیر عمدی بوده است.

سوم، با توجه به این که میان مواد ۲۹٦ و ٥٤۰ با ماده ٦۷۳ قانون مجازات اسلامی رابطه عموم و خصوص مطلق وجود دارد، اطلاق ماده ٦۷۳ توسط ماده ٥٤۰ تخصیص می‌خورد و بر این اساس در موارد کشنده نبودن جنایت عمدی بر منفعت، همان قاعده اولیه و اصلی یعنی عدم تداخل دیات حاکم خواهد بود و مجرای ماده ٦۷۳ تنها در مواردی است که جنایت بر منفعت به صورت غیر عمدی یا عمدی با فعل کشنده که نوعاً سرایت می‌کند واقع شود.

از جمع میان مواد مذکور استنباط می‌شود که در موارد سرایت جنایت وارده بر عضو یا منفعت به نفس مجنی‌علیه، اگر جنایت اولیه غیر عمدی باشد، به اقتضای استثنا بر قاعده اصل عدم تداخل، تنها دیه نفس ثابت خواهد بود. در جنایت عمدی اولیه اگر سرایت جنایت مشمول تعریف جنایات عمدی قرار گیرد، منجر به تداخل و ثبوت دیه نفس می‌شود و اگر مشمول تعریف جنایات عمدی نباشد به طور مثال غالباً کشنده نباشد، اما اتفاقاً سرایت نموده و منجر به مرگ مجنی‌علیه شود، قاعده عدم تداخل به مقتضای اصل جاری می‌باشد و مرتکب علاوه بر قصاص یا دیه جنایت عمدی باید دیه نفس را نیز بپردازد.

ب. وقوع جنایت ثانویه

گاهی سرایت جنایت اولیه منجر به مرگ مجنی‌علیه نمی‌شود؛ بلکه وقوع جنایت ثانویه گاه توسط مرتکب سابق وگاه توسط شخص ثالث، سبب زوال نفس می‌شود. در مواردی که مرتکب سابق بر اثر رفتار مجرمانه‌ای سبب وقوع جنایت

ثانویـــه بر مجنی‌علیه می‌گردد، با توجه به اطلاق ماده ٥٤٢ قانون مجازات اســـلامی، بروز آسیب‌های متعدد از جانب مرتکب واحد ولو در اثر رفتارهای متعدد، آسیب‌های جداگانه تلقی می‌شود و به موجب قاعده عدم تداخل دیات، مرتکب علاوه بر پرداخت دیـــه جنایت بر منفعت، به فراخور عنصر روانی جـــرم در جنایت دوم، به قصاص یا پرداخت دیه کامل نفس محکوم می‌شود.

همچنین در موارد وقوع جنایت ثانویه بر مجنی‌علیه توســـط مرتکب ثالث، با تمســـک به اطلاق ماده ٥٤٢ که شـــامل جنایات متعدد توسط افراد متعدد نیز می‌شود و ذیل ماده ٣٦٨ قانون مجازات اســـلامی[1] که ضمان هر دو مرتکب را مورد نظر قرار می‌دهد، حکم به پرداخت دیه منفعت توسط جانی اول و قصاص یا پرداخت دیه نفس توسط جانی دوم، به فراخور علم و عمد مرتکب می‌شود.

۲-۱-۳. تأثیر عوامل طبیعی بر زوال نفس

در صورتی که علت مرگ مجنی‌علیه در مهلت تعیین شـــده توسط کارشناس برای بازگشت منفعت، سرایت جنایت وارده بر منفعت و وقوع جنایات دیگر بر نفس نباشـــد، بلکه علل خارجی و طبیعی دیگری اسباب زوال نفس وی را فراهم آورد، به موجب ماده ٦٧٢ قانون مجازات اسلامی، دیه زوال یا نقصان دائم منفعت ثابت است؛ زیرا:

اولاً، به‌کارگیری تعبیر «فوت» در منطوق ماده، ظهور در «مرگ طبیعی» دارد و در این صورت ماده ٦٧٢ از موارد مرگ عمدی ناشـــی از قتل توسط مرتکب سابق یا مرتکب دیگر انصراف دارد.

ثانیاً، از نظر مشـــهور فقهای امامیه نیز در مـــوارد زوال و نقصان دائم منافعی چـــون بینایی، بویایی و شـــنوایی در صورت فوت مجنی‌علیه در مهلت تعیین شـــده جهت بازگشـــت منفعت، دیه ثابت می‌باشد (نجفی، ٤٣/١٤٠٤: ٢٩٨؛ فاضل اصفهانی، ١١/١٤١٦: ٤١١؛ موســـوی خمینی، بی‌تـــا/٢: ٥٩١). مبنای فقهی این رویکرد نیز ادامه داشتن زوال منفعت تا پایان عمر (علامه حلی، ٥/١٤٢٠: ٦١٠؛ فاضل لنکرانی، ١٤١٨:

---

۱. ماده ٣٦٨ قانون مجازات اســـلامی: اگر عده‌ای آسیب‌هایی را به مجنی‌علیه وارد کنند و تنها برخی از آســـیب‌ها موجب قتل او شود، فقط وارد کنندگان این آسیب‌ها شریک در قتل می‌شوند و دیگران حسب مورد به قصاص عضو یا پرداخت دیه محکوم می‌شوند.

۲۲٦) و جاری شـــدن «اصل عدم بازگشت منفعت» اســـت (طوسی، ۷/۱۳۸۷: ۱۲۸؛ محقق حلی، ۱٤۰۸: ۲٥٦؛ ســـبزواری، ۲۹/۱٤۱۳: ۲٦٥؛ نجفی، ٤۳/۱٤۰٤: ۳۰۲) که در تعارض با اصل برائت قرار دارد (فاضل اصفهانی، ۱۱/۱٤۱٦: ٤۰٦). در واقع این یک تعارض واقعی نیست؛ چرا که در فرض موضوع بحث، دو شک جریان دارد که یکی از آن دو سبب ایجاد دیگری شده است و طبعاً با از بین رفتن شک اول (شک سَبَبی)، شک بعدی (شک مُسبّبی) نیز مرتفع می‌شود.

بنا به اعتقاد اصولیون در این موارد همواره اصل سببی بر اصل مسبّبی مقدم و حاکم اســـت؛ زیرا اجرای اصل سببی باعث از بین رفتن شک سببی و به تبع آن شک مســـببی خواهد شـــد (انصاری، ۲/۱٤۱۱: ۷۳۷؛ آخوند خراسانی، ۱٤۱۲: ٤۹۰؛ صدر، ۲/۱٤۲۱: ٤۹۰) و بر این اســـاس با اجرای اصل سببی که اصل عدم بازگشت منفعت باشد، نوبت به اجرای اصل مسببی یعنی برائت نخواهد رسید.

با وجود این به نظر می‌رســـد با توجه به پیشـــرفت‌های پزشکی در امکـــان تشخیص قطعی بازگشت یا عدم بازگشـــت منافع، قانون‌گذار باید جهت اثبات «اصل عدم بازگشـــت منفعت»، میان مواردی که کارشنـــاسان نـــظر قطعی و یقینی بر عدم بازگشت منفعت دارند با مواردی که احتمال بازگشت وجـود دارد، تفکیک قائل شده و تنهـــا در موارد اثبات یقینی بودن عدم بازگشـــت منفعت، حکم به ثبوت دیه کامل نماید.

البته باید در نظر داشت که حکم به دیه در فرض مذکور، به معنای «دیه زوال یا نقصان دائم منفعت» است که از جامعیت برخوردار نمی‌باشد، زیرا در بعضی از منافع مانند لامســـه دیه مقدر تعیین نشـــده بلکه حکم به ثبوت ارش شده است؛ مگر این که در توجیه این مطلب به اطلاق تعبیر «دیه» متمسک شویم و به موجب ماده ٤٤۹ قانون مجازات اسلامی[۱]، حکم آن را در «ارش» (دیه غیر مقدر) نیز جاری نماییم که در این صورت با زوال منفعت لامسه و فوت فرد، ارش زوال یا نقصان دائم منفعت بر اساس ماده ٦۷۲ ثابت خواهد بود.

---

۱. ادہ ٤٤۹ قانون مجازات اســـلامی: ارش دیه غیر مقدر است که میزان آن در شرع تعیین نشده است و ... .

۲-۳. زوال عضو

قانون‌گذار در مواد ٥٤٥ و ٥٤٦ قانون مجازات اسلامی[1] موارد آسیب به عضوی را که منجر به زوال منفعت شـــود، پیش‌بینی کرده اســـت؛ بدین صورت که با تفکیک منافع قائم به عضو از منافع غیر قائم به عضو، حکم به تداخل دیه و ثبوت دیه بیشـــتر کرده و در جنایت بر منافعی که قائم به عضو نیســـتند مانند شنوایی و بویایی حکم به تعدد دیات نموده است، اما در فرض عکس مساله یعنی آسیب به منفعتی که موجب زوال یا نقصان عضو شـــود، به موجب ماده ٦٧٤ تنها در موارد جنایت بر عضوی که منفعت قائم به آن اســـت، بدون تعیین شقوق و صور مختلف آن، حکم به ارش زوال موقت منفعت شده است.

در منفعت قائم بر عضو، جنایت بر عضو با زوال یا نقصان منفعت ملازمه پیدا می‌کند و میان آن‌ها رابطه علیت وجود دارد، اما با زوال منفعت لزوماً عضو دچار زوال یا نقصان نمی‌گردد. این در حالی اســـت که در منافع غیر قائم به عضو اساســـاً چنین رابطه‌ای نیز وجود ندارد. مؤید این نظر نیز بند دوم نظریه مشورتی شماره ۷/۹۸/۷٦٥ مورخ ۱۳۹۸/۱۰/۸ اســـت که در پاســـخ به رابطه لازم و ملزومی در ماده ٥٤٦ قانون مجازات اســـلامی در موضوع شکستگی استخوان جمجمه و زوال عقل بیان می‌دارد: «رابطه لازم و ملزومی به این معناســـت که بین شکستگی جمجمه و زوال عقل رابطه علیت وجود داشته باشد و شکستگی جمجمه موجب زوال عقل باشد». بر این اساس اگر در جهت سنجش استقرار و عدم استقرار جنایت، مهلتی توسط افراد کارشناس و

---

۱. ماده ٥٤٥ قانون مجازات اســـلامی: هرگاه منفعتی قائم به عضوی باشد، در جنایت بر آن عضو که منجر به زوال یا اختلال منفعت گردد، تنها دیه بیشـــتر ثابت می‌شود ولی اگر منفعت قائم به آن عضو نبودـــه و میان از بین رفتن عضو و زوال منفعت ملازمه نباشـــد، اگـــر چه وجود آن عضو در تقویت شـــنوایی و بویایی موثرند و به ســـبب قطع لاله گوش یا بینی که در تقویت شنوایی و بویایی موثرند، شنوایی یا بویایی نیز زائل یا ناقص گردد، هرکدام دیه جداگانه دارد.
ماده ٥٤٦ قانون مجازات اسلامی: چنانچه به سبب ایراد ضربه یا جراحت، صدمه بزرگتری به وجود آید مانند این که با شکســـتن سر، عقل زایل شـــود، هرگاه آن جراحت علت و سبب زوال یا نقصان منفعت باشد، اگر با یک ضربه یا جراحت واقع شده باشد دیه ضربه یا جراحت در دیه بیشتر تداخل می‌کند و تنها دیه زوال یا نقصان منفعت که بیشتر است پرداخت می‌شود و چنان‌چه زوال منفعت یا نقصان آن با ضربه یا جراحت دیگری غیر از ضربه‌ای که جراحت را ایجاد کرده است واقع شده باشد و یا ضربه یا جراحت وارده علت زوال یا نقصان منفعت به گونه‌ای که لازم و ملزوم یکدیگرند نباشد و اتفاقاً با آن ضربه و جراحت، منفعت نیز زایل گردد یا نقصان یابد، ضربه یا جراحت و منفعت، هر کدام دیه جداگانه دارد.

اهل خبره تعیین شـــود، اما برخلاف انتظار در بازگشت منفعت، عضوی از مجنی‌علیه نیز دچار زوال یا نقصان گردد، زوال عضو در منافعی که قائم به عضو هســـتند نسبت به منافع غیر قائم به عضو شرایط متفاوتی را دربرخواهد داشت.

۱-۲-۳. منافع قائم بر عضو

در موارد زوال عضو در مدتی که جهت بازگشـــت منفعت تعیین شـــده است، در صورتی که عضو قائم به منفعت از بین برود، دیگر امکان بازگشـــت منفعت وجود ندارد؛ اما تا زمانی که عضو از بین نرفته اســـت، احتمال بازگشـــت منفعت نیز وجود دارد. در هر صورت زوال عضو ممکن است تحت تأثیر «جنایات» یا «عوامل طبیعی» واقع شود.

الف. تأثیر جنایات بر منافع قائم بر عضو

عضوی که منفعت آن در اثر جنایت سابق، پیش‌تر زایل یا ناقص شده، ممکن اســـت در اثر ســـرایت جنایت اولیه یا وقوع جنایت ثانوی توسط مرتکب یا شخص ثالث از بین برود.

در صورت سرایت جنایت، برخی معتقدند با احراز رابطه سببیت میان جنایت موجـــب زوال منفعت و از بین رفتن عضو محل منفعت، دیه یا ارش کمتر، در دیه یا ارش بیشتر تداخل نموده و بر اساس ماده ٥٤٦ قانون مجازات اسلامی و اعمال قاعده تداخل، مرتکب به پرداخت دیه یا ارش بیشـــتر محکوم می‌شـــود (زراعت، ٥/١٣٩٦: ٤٠).

به نظر می‌رســـد این دیدگاه میان نوع جنایت اولیه و نتیجه وارده در دو فرض تفاوتی قائل نشـــده است؛ چرا که ماده ٥٤٦، آسیب وارده بر عضوی را شامل می‌شود کـــه موجب زوال یا نقصان منفعت شـــود، مانند از حدقه درآمدن چشـــم که منجر به زوال بینایی گردد، اما در فرض پیش رو آســـیب وارده بر منفعتی مورد نظر است که موجب زوال یا نقصان عضو گردد؛ مانند جـایی که از بین رفتن بیـنایی موجب شود تا چشـــم از حدقه بیرون درآید. بر این اســـاس باید در فرض مورد بحث با وحدت ملاک گرفتن از موضوع ماده ٦٧٣ (حکم به تداخل و ثبوت دیه نفـــس به عنوان دیه بیشـــتر)، در موارد ســـرایت جنایت بر منفعت عضو نیز قائل به حکم تداخل و ثبوت دیه بیشتر شویم.

در صورتی که زوال عضو تحت تأثیر ســـرایت جنایت واردہ بر منفعت نباشد؛ بلکه جنایت ثانویه توســـط همان مرتکب موجـــب زوال عضو گردد، مرتکب باید بر اســـاس ماده ٥٤٢ قانون مجازات اســـلامی، علاوه بر پرداخت ارش زوال یا نقصان موقت، دیه کامل عضو را نیز بپردازد؛ زیرا هر آسیب دیه جداگانه دارد، اما در مواردی که جنایت ثانویه توسط شخص ثالث موجب از بین رفتن عضوی از مجنی‌علیه شود، بـــه موجب ذیل ماده ٦٧٤، مرتکب دوم ضامن دیه کامل آن عضو خواهد بود و حکم جانی اول نیز در ماده مشـــخص نشده اســـت. تتبع در آثار فقهی بیان‌گر این است که موضـــوع فرض تنها دـــر جنایت بر بینایی و از حدقه درآمدن آن توســـط ثالث مورد عنایت فقها قرار گرفته اســـت که قانون‌گذار این حکم را در سایر اعضایی که منفعت قائم به آن است نیز جاری نموده است.

مشـــهور فقها در جریان فرض معتقدند برای جانی اول دیه کامل زوال منفعت بینایـــی[1] و برای مرتکب دوم به موجب اصل برائـــت و از باب جنایت بر عضوی که منفعت آن پیش‌تر توســـط مرتکب دیگر زایل شـــده، یک سوم دیه ثابت است. ایشان در اثبات مدعای خود اســـتدلال نموده‌اند که در زوال بینایی تحت تأثیر جنایت اول و احتمال بازگشـــت آن شک وجود دارد که این امر منجر به تعارض میان «اصل برائت از ضمان دیه کامل» و «اصل عدم بازگشت منفعت» می‌گردد (طوسی، ۷/۱۳۸۷: ۱۲۸؛ نجفی، ٤٣/١٤٠٤: ٣٠٢؛ سبزواری، ٢٩/١٤١٣: ٢٦٥؛ فاضل اصفهانی، ١١/١٤١٦: ٤١٥؛ علامه حلی، ٥/١٤٢٠: ٦١٠). همان‌طور که پیش‌تر مطرح شد در این موارد اصل عدم بازگشـــت منفعت به عنوان اصل ســـببی بر اصل برائت به عنوان اصل مســـببی مقدم می‌شـــود (انصاری، ٢/١٤١١: ٧٣٧؛ آخوند خراســـانی، ١٤١٢: ٤٩٠؛ صدر، ٢/١٤٢١: ٤٩٠).

دیدگاه دیگری نیز به عنوان یک احتمال توســـط صاحب جواهر مطرح شـــده اســـت که بر اساس آن بعد از تشـــخیص اهل خبره بر بازگشت منفعت، اساساً زوال

---

۱. برخـــی از فقها بر ثبوت قصاص نســـبت به مرتکب اول در مواردی که جنایت عمدی اســـت نیز حکم داده‌اند (طوسی، ۷/۱۳۸۷: ۱۲۸؛ علامه حلی، ٥/١٤٢٠: ٦١٠). در این راستا برخی از حقوق‌دانان نیـــز مجرای ثبوت دیه در مواد مذکور را محدـــود به جرائم غیر عمدی نموده‌اند و معتقدند در جرائم عمدی در صورت ادای قـــسم، قـــصاص ثابت خواهد بود ولو همه اولیای دم قسم یاد نکنند؛ زیرا اصل جنایت و وصف عمدی یا غیر عمدی بودن آن به وســـیله ادله دیگر ثابت شـــده است (زراعت، ۱/۱۳۹۳: ۱۷٤).

دائمی منفعت واقع نمی‌شـــود تا ملاک ثبوت دیه قرارگیرد و به دلیل اصل (عدم زوال دائـــم منفعت و عدم لزوم) دیه ثابت نخواهد بود (نجفـــی، ٤۳/۱٤۰٤: ۳۰۲). در این صورت مرتکب اول تنها ملزم به پرداخت ارش و مرتکب دوم، ملزم به پرداخت دیه چشـــم صحیح یا ارشی اســـت که در صورت بازگشت منفعت تعیین می‌شود (فاضل اصفهانی، ۱۱/۱٤۱٦: ٤۱٥)[۱].

ظاهر این اســـت که قانون‌گذار نیز در ذیل مادـــه ٦۷٤، از این احتمال پیروی نموده و به طور مطلق بر عهده مرتکب ثالث، دیه کامل عضو قرار داده است؛ اما باید در نظر داشت که در جریان یافتن «اصل عدم زوال دائم منفعت» در اینجا تردید وجود دارد؛ زیرا زوال یا عدم زوال دائم منفعت همان موضوع مورد مناقشه است که با ثبوت جنایت بر منفعت و اســـتصحاب عدم بازگشت منفعت، زوال آن ثابت شده است و با وجود «اصل عدم بازگشـــت منفعت»، جایی برای «اصل عدم زوال دائم منفعت» باقی نمی‌ماند. البته اگر ثابت شـــود بر بازگشـــت منفعت میان مرتکب و مجنی‌علیه توافق باشـــد و یا اماره‌ای بر بازگشـــت منفعت وجود داشته باشد، مرتکب اول ضامن ارش و مرتکب دوم ضامن دیه خواهد بود (ســـبزواری، ۲۹/۱٤۱۳: ۲٦٥؛ فاضل اصفهانی، ۱۱/۱٤۱٦: ٤۱٥؛ موســـوی خمینی، بی‌تـــا/۲: ٥۹۰؛ فاضل لنکرانی، ۱٤۱۸: ۲۳۲-۲۳۳؛ سبحانی، ۱۳۹۲: ٤۲٤).

بر این اســـاس ماده مذکور تنها در موارد توافق بر بازگشت یا وجود اماره بر آن قابـــل توجیه خواهد بود و قانون‌گـــذار باید با تفکیک میان موارد یقینی و احتمالی در عدم بازگشـــت منفعت به تشخیص کارشناسان، در صورت یقین بر عدم بازگشت منفعت، حکم به ثبوت دیه کامل زوال منفعت بینایی بر عهده جانی اول و یک ســـوم دیه کامل بر عهده جانی دوم نماید و در صورت احتمالی بودن عدم بازگشـــت، برای جانی اول، ارش و برای جانی دوم دیه چشـــم صحیح یا ارش بازگشت منفعت تعیین کند.

لازم به ذکر اســـت که باید میان فرض موضوع بحث با مفهوم ماده ٦۹۲ قانون مجازات اسلامی نیز تفاوت قائل شد. به موجب ماده ٦۹۲ در موارد درآوردن چشم از

---

۱. قول دیگری نیز به ثبوت دیه بر عهده مرتکب دوم بعد از کسر ارش پرداختی توسط مرتکب اول نقل شده است (حسینی عاملی، بی‌تا/۱۰: ٤٦٥).

حدقه و زوال بینایی در اثر یک جنایت، به پیروی از فتوای اجماعی فقها (شهید ثانی، ۱۰/۱٤۱۰: ۲٥٦؛ نجفی، ٤۳/۱٤۰٤: ۳۰۱؛ سبزواری، ۲۹/۱٤۱۳: ۲٦۳؛ فاضل اصفهانی، ۱۱/۱٤۱٦: ٤۱۳؛ حسینی عاملی، بی‌تا/۱۰: ٤٦٤) تنها دیه درآوردن چشم از حدقه ثابت می‌باشد، اما فرض بحث در ماده ٦۷٤ منوط به جایی است از حدقه درآمدن و زوال بینایی در اثر دو جنایت و توسط دو نفر واقع شده است، یعنی از بین رفتن بینایی در اثر عملکرد جانی اول بوده و از حدقه در آمدن چشم نیز در اثر رفتار مجرمانه جانی دوم صورت گرفته است. در زوال بینایی تحت تأثیر جنایت اول، دیه بینایی ثابت است، اما در جنایت دوم با توجه به این که بینایی چشم در اثر جنایت سابق از بین رفته است، مرتکب باید در دو چشم، یک سوم دیه کامل و در یک چشم بر اساس ماده ۵۸۹ قانون مجازات اسلامی یک ششم دیه کامل را بپردازد.

ب. تأثیر عوامل طبیعی بر منافع قائم بر عضو

در مواردی ممکن است زوال عضو در اثر عوامل طبیعی و قهریه واقع شده باشد و انتساب آن به افراد دیگر ممکن نباشد. در این صورت به موجب صدر ماده ٦۷٤ قانون مجازات اسلامی، مرتکب تنها ضامن ارش زوال موقت آن خواهد بود. با این استدلال که نسبت به ضمان مرتکب در «زوال موقت منفعت» یقین و نسبت به مازاد آن یعنی «زوال دائم منفعت» تردید وجود دارد و با جاری ساختن اصل برائت بر مازاد تنها مورد یقینی ثابت می‌شود (امامی، ۱۳۹۹: ۱۱۹).

در مبنای فقهی فرض مساله، مشهور فقها میان «زوال عضو در مهلت تعیین شده برای بازگشت منفعت» و «مرگ مجنی‌علیه در مدت انتظار» تفاوتی قائل نشده‌اند و حکم هر دو فرض را یکسان می‌دانند؛ یعنی در هر دو صورت دیه کامل زوال منفعت را بر عهده جانی قرار داده‌اند (موسوی خمینی، بی‌تا/۲: ۵۹۰)، چرا که در هر دو موضوع، منفعت زایل شده و بازگشتی نیز نداشته است (حسینی عمیدی، ۳/۱٤۱٦: ۷۹۳) و اصل نیز عدم بازگشت منفعت است که دیه بر اساس آن ثابت می باشد (فاضل لنکرانی، ۱٤۱۸: ۲۳۲)؛ در حالی که رویکرد مغایر قانون‌گذار در در مواد ٦۷٤ و ٦۷۲، نشان از تفکیک دو فرض مذکور با ملاک یکسان می‌باشد. هم‌چنین تعلق ارش بر موضوع مذکور زمانی صحیح است که بازگشت منفعت به طور قطع ثابت شده باشد (موسوی خمینی، بی‌تا/۲: ۵۹۰) و صرف احتمال بازگشت در مهلت تعیین

شـــده هم‌چون مرگ مجنی‌علیه مستلزم دیه خواهد بود؛ در حالی که اطلاق صدر ماده ٦٧٤ هم موارد احتمال بازگشـــت و هم موارد قطع بر بازگشت را شامل می‌شود و در هر دو صورت ارش را ثابت می‌داند.

بنابرایـــن با وجود ابهام موجـــود در صدر ماده ٦٧٤ و ٦٧٢ به نظر می‌رســـد قانون‌گـــذار باید معیار تفکیک دو فرض را، قطع یا احتمال به بازگشـــت منفعت قرار دهد و نه این که میان دو موضوع زوال عضو و مرگ مجنی‌علیه در مدت تعیین شـــده برای بازگشت منفعت تفاوت قائل شود.

۲-۲-۳. منافع غیر قائم بر عضو

اگر در مهلت معتبر بر بازگشت، زوال عضوی واقع شود که میان از بین رفتن منفعـــت و عضو رابطه لازم و ملزومی وجود ندارد، امکان بازگشـــت منفعت هم‌چنان باقی اســـت و جهت سنجش استقرار یا عدم اســـتقرار منفعت، مهلت مشخصی برای بازگشـــت منفعت تعیین می‌شـــود. در صورت بازگشـــت منفعت، «دیه یا ارش زوال موقت» و در صورت عدم بازگشـــت، «دیه یا ارش زوال دائم» ثابت است، اما عوامل موثر در وقوع جنایت، احکام متفاوتی را در میزان ثبوت دیه یا ارش موجب می‌شود.

الف. تأثیر جنایات بر منافع غیر قائم بر عضو

دـــر جنایات وارده بر منافعی که قائم به عضو نیســـتند، به طور معمول تصور فرض ســـرایت جنایت به عضوی دیگر و زوال آن امکان‌پذیر نمی‌باشد، اما بر فرض ثبوت، برخـــلاف جنایت بر منفعت قائم به عضو، قاعده عدـــم تداخل و تعدد دیات حاکم است. در موارد وقوع جنایت ثانویه توسط مرتکب و شخص ثالث نیز همچون موارد گذشته، هر جنایت دیه جداگانه دارد و در صورت اول، علاوه بر پرداخت ارش یا زوال نقصان منفعت، دیه عضو نیز به موجب به ماده ٥٤٢ قانون مجازات اســـلامی برعهده مرتکب خواهد بود و در صورت دوم پرداخت ارش توســـط مرتکب اول و پرداخت دیه عضو، بر عهده شخص ثالث خواهد بود.

ب. تأثیر علل طبیعی بر منافع غیر قائم بر عضو

قانون مجازات اســـلامی در مواردی که منفعت غیر قائم به عضو باشد و زوال عضو در مهلت تعیین شـــده تحت تأثیر علل طبیعی واقع شـــود ساکت است. در این حالـــت با تنقیح منـــاط از ماده ٦٧٢ قانون مذکور که به موجـــب آن حکم به دیه در

موارد فوت مجنی‌علیه در مهلت تعیین شده برای بازگشت منفعت ثابت است، آشکار می‌شـــود که فوت مجنی‌علیه در آن موضوعیت نداـــرد و در موارد از بین رفتن عضو نیز با جریان یافتن «اصل عدم بازگشـــت منفعت» و «استصحاب بقای زوال یا نقصان منفعت» حکم به دیه یا ارش زوال یا نقصان دائم منفعت ثابت خواهد بود.

٤. اختلاف در بازگشت منفعت

پس از احراز وقوع زوال یا نقصان منفعت به وسیله یکی از ادله اثباتی، یکی از موارد بروز اختلاف میان مرتکب و مجنی‌علیه یا ولی دم او در صورت وفات، ادعای مرتکب بر بازگشت منفعت و انکار آن توسط مجنی‌علیه یا اولیای دم است.

١-٤. اختلاف مجنی‌علیه یا ولی دم با مرتکب

دـــر صورت بروز اختلاف میان مجنی‌علیه یا ولـــی دم او (در صورت فوت) بـــا مرتکب، به موجب مواد ٦٧١، ٤٦٠ و ٤٦١ قانون مجازات اســـلامی و قاعده بیّنه، بار اثبات دعوا بر عهده مرتکب خواهد بود. بر این اســـاس اگر مرتکب بتواند با ادله اثباتی مدعای خود یعنی بازگشـــت منفعت را اثبـــات نماید، حکم به پرداخت «ارش زوال یا نقصان موقت منفعت» خواهد شـــد، اما در صورت ناتوانی وی در ارائه دلیل و اثبات مدعای خود، قول مجنی‌علیه یا اولیا با ســـوگند مقدم اســـت و در نتیجه «دیه یـــا ارش زوال یا نقصان دائم منفعت» ثابت خواهـــد بود. این رویکرد قانون‌گذار از دیدگاه مشهور فقهای امامیه بر تقدم قول مجنی‌علیه با سوگند (محقق حلی، ٤/١٤٠٨: ٢٥٦؛ علامه حلی، ٣/١٤١٣: ٦٨٦؛ نجفی، ٤٣/١٤٠٤: ٣٠٣؛ موســـوی خمینی، بی‌تا/٢: ٥٩٠؛ خویی، ٤٢/١٤٢٢: ٤٤١) یا اولیای دم با سوگند (طوسی، ٧/١٣٨٧: ١٢٨؛ فاضل اصفهانی، ١١/١٤١٦: ٤١٤؛ نجفـــی، ٤٣/١٤٠٤: ٣٠٣؛ عاملی، بی‌تا/١٠: ٤٦٥؛ تبریزی، ١٤٢٨: ٢٥٦) در موارد اختلاف در بازگشت منافع اتخاذ شده است.

٢-٤. اختلاف مجنی‌علیه با مرتکبان

در مواردی که وقوع جنایت بر مجنی‌علیه در اثر رفتار دو مرتکب واقع شـــده باشـــد هم‌چون ذیل مادـــه ٦٧٤ قانون مجازات اســـلامی (زوال بینایی در اثر جنایت مرتکب اول و از حدقه درآمدن چشـــم توسط مرتکب دوم)، در صورتی که مرتکب اول مدعی بازگشـــت منفعت و مرتکب دوم منکر آن باشد، قول مرتکب دوم با قسم ثابت اســـت (علامه حلـــی، ٥/١٤٢٠: ٦١٠؛ طوســـی، ٧/١٣٨٧: ١٢٨). اگر مجنی‌علیه

مرتکب اول را تصدیق نماید، بیشتر از ارش زوال موقت منفعت را نمی‌تواند از وی مطالبه نماید؛ چرا که تصدیق او نوعی اقرار علیه خودش محسوب می‌شود، اما ادعای او دربـــاره مرتکب دوم مورد پذیرش قرار نمی‌گیرد (علامـــه حلی، ۵/۱٤۲۰: ٦۱۰)؛ زیرا اصل، عدم بازگشـــت منفعت است و اقرار در مورد سایرین نیز مسموع نمی‌باشد (فاضل اصفهانی، ۱۱/۱٤۱٦: ٤۰٦) و در این صورت مرتکب دوم نیز ملزم به پرداخت دیه است (ســـبزواری، ۲۹/۱٤۱۳: ۲٦۵)، لیکن در صورتی که مجنی‌علیه مرتکب اول را تکذیب نماید؛ یعنی ادعای او مبنی بر بازگشـــت منفعت را نپذیرد، سخن او با قسم پذیرفته می‌شـــود؛ زیرا اصل بر عدم بازگشت منفعت است و در صورت ادای قسم، می‌تواند دیـــه را از مرتکب اول و ارش را از مرتکب دوم مطالبه نماید (ســـبزواری، ۲۹/۱٤۱۳: ۲٦۵؛ فاضل اصفهانی، ۱۱/۱٤۱٦: ٤۰٦).

۳-٤. مبنای سوگند مذکور در موارد اختلاف

در میان ادله اثبات کیفری، ســـوگند به عنوان یکـــی از ادله اثباتی در دعاوی مســـتوجب قصاص یا دیه قابل اســـتناد می‌باشـــد؛ با این وجود در موارد اختلاف در بازگشـــت منفعت، به‌کارگیری تعبیر سوگند در مواد ٤٦۰، ٤٦۱ و ٦۷۱ قانون مجازات اســـلامی، زمینه بروز تفاسیر گوناگون را در تعیین نوع قسم و مبنای فقهی پذیرش آن در فرض اختلاف در بازگشت منفعت ایجاد نموده است.

در این راستا برخی معتقدند که با توجه به ظاهر قانون و الزام منکر به قسم به نحو مطلق، مبنای فقهی ســـوگند، قاعده «کل من یسمع قوله فی المرافعه فعلیه الیمین» می‌باشـــد؛ زیرا یکی از مصادیق قاعده در جایی اســـت که اولاً، مدعی مطلبی را ادعا می‌کند که از امور درونی و معنوی اســـت و قابلیت اثبات خارجی ندارد؛ ثانیاً، طرفین دعوا اعم از مدعی و منکر دلیلی بر ســـخن خود ندارند و قاضی با ادله ضعیف مانند اســـتصحاب ســـخن یک طرف دعوا را مقدم می‌دارد. در چنین مواردی برای تقویت دلیل (اصل عملی) باید کســـی که به نفع او حکم شده است، قسم هم بخورد تا گفتار او ثابت شـــود (زراعت، ۵/۱۳۹٦: ۲۲)؛ از این رو ســـوگند مجنی‌علیه یا اولیای دم در موضوع بحث، نوعی سوگند استظهاری است؛ زیرا اصل جنایت پیش‌تر با دلیل ثابت شده است و زمانی که اصل جنایت با دلیل ثابت شده باشد نیازی به سوگند نمی‌باشد (زراعت، ۱/۱۳۹۳: ۱۷۰).

در مقابل برخی دیگر با عدم پذیرش این ادعا، سوگند مذکور را بر مبنای قاعده «البینه علی المدعی و الیمین علی من انکر» توصیف نموده‌اند، اما اجرای آن را متوقف بر درخواست مرتکب نمی‌دانند. ایشان معتقدند که بر اساس قاعده مدعی و منکر، سوگند زمانی متوقف بر درخواست دیگری است که سوگند خورنده منکر و طرف دیگر دعوا مدعی باشد؛ در حالی که در فرض موضوع، مرتکب مدعی محسوب نمی‌شود؛ زیرا ارتکاب جنایت از سوی او ثابت شده است و در اصل دعوای جنایت، مجنی‌علیه یا اولیای دم مدعی و صاحب حق هستند. همچنین اگر قاضی درخواست سوگند را بر عهده مرتکب قرار دهد تا فصل خصومت متوقف بر درخواست وی شود، چه بسا مرتکب با سوء استفاده از این حق، مانع از قسم خوردن مجنی‌علیه یا اولیای دم و صدور حکم علیه خود شود (امامی، ۱۳۹۹: ٦٤).

هیچ یک از دیدگاه‌های موجود با آرای فقها و اصول حاکم بر قاعده بیّنه مطابقت ندارد؛ زیرا:

نخست، فقها در تبیین قاعده «کل من یسمع قوله فی المرافعه فعلیه الیمین» درصدد اثبات جواز سوگند از جانب مدعی، در موارد عدم امکان ارائه دلیل اثباتی می‌باشند (حسینی مراغی، ۲/۱٤۱۷: ٦۱٦-٦۱۲؛ بجنوردی، ۳/۱٤۱۹: ۱۱۲-۱۱۹) و مجرای قاعده را جایی می‌دانند که مدعی دلیلی برای اثبات مدعای خود ندارد و منکر نیز قسم را به او برنمی‌گرداند (سبحانی، ۱۳۹۲)[1] اما پذیرش قول منکر (مجنی‌علیه یا ولی‌دم) با سوگند، امری فراتر از جریان قاعده بیّنه نمی‌باشد.

دوم، با توجه به تصریح برخی از فقها، سوگند در موارد اختلاف در بازگشت منفعت به قاعده بیّنه اشاره دارد (خویی، ٤۲/۱٤۲۲: ٤٤۱، سبحانی، ۱۳۹۲: ٤۲٦). بر مبنای این قاعده در اختلاف در بازگشت منفعت، از این جهت که مرتکب خلاف استصحاب را ادعا می‌نماید، مدعی محسوب می‌شود و اگر بیّنه‌ای نداشته باشد، نوبت به قسم منکر می‌رسد و هنگامی که منکر (مجنی‌علیه یا اولیای دم در صورت فوت) قسم بخورد، دیه مستقر می‌شود (تبریزی، ۱/۱٤۲۸: ۲۵۷)؛ بنابراین در این موارد که مرتکب هیچ دلیل اثباتی برای مدعای خود ندارد، از سوگند جهت فیصله دادن به دعوا استفاده می‌شود که تحت عنوان سوگند قاطع دعوا از آن یاد می‌شود و نه سوگند

1. https://www.eshia.ir/feqh/archive/sobhani.

استظهاری.

سوم، استدلال دیدگاه دوم نیز که با وجود پذیرش قاعده بیّنه به عنوان مبنای این سوگند، با استثنا قائل شدن بر مفاد قاعده، مطالبه آن را در این مورد از جانب مدعی لازم نمی‌داند، صحیح نمی‌باشد؛ زیرا تفسیری ارائه شده که هیچ پشتوانه فقهی و قانونی ندارد و صرف احتمال سوء استفاده مرتکب از عدم مطالبه قسم، دلیل منطقی برای خروج از جریان اصلی قاعده نمی‌باشد.

چهارم، تکلیف قانون‌گذار در مواد ٦٧٤، ٤٦٠ و ٤٦١ قانون مجازات اسلامی به قسم منکر (مجنی‌علیه یا ولی دم در صورت فوت) به معنای عدم لزوم رعایت شرایط قاعده بیّنه نمی‌باشد؛ زیرا قانون‌گذار در مواد مذکور در مقام بیان نحوه ثبوت دیه با قسم نمی‌باشد؛ بلکه به تبعیت از آرای فقهی، درصدد تمایز قائل شدن میان موارد بروز اختلاف میان مجنی‌علیه یا ولی دم با مرتکبین در موارد «زوال یا نقصان منفعت» با موارد «بازگشت منفعت» است. از این جهت که در موارد اختلاف در اثبات زوال یا نقصان منفعت، مجنی‌علیه می‌تواند در صورت نبود سایر ادله اثباتی از قسامه نیز در اثبات مدعای خود استفاده نماید، اما در موارد اختلاف در بازگشت منفعت نوبت به دلیل قسامه نمی‌رسد (حسینی عاملی، بی‌تا/۱۰: ٤٦٥؛ خویی، ٤٢/١٤٢٢: ٤٤١؛ موسوی خمینی، بی‌تا/۲۲: ۵۹۰؛ سبحانی، ۱۳۹۲: ٤٢٦).

مؤید این استدلال نیز تفسیر منطقی مواد مذکور است؛ بدین ترتیب که قانون‌گذار در ماده ٤٥٩ قانون مجازات اسلامی به جواز به‌کارگیری قسامه در موارد اختلاف در زوال یا نقصان منفعت اشاره دارد و در ادامه در مواد ٤٦٠ و ٤٦١ به عدم جواز به‌کارگیری قسامه در موارد اختلاف در بازگشت منفعت تأکید می‌نماید. بر این اساس قانون‌گذار در مواد مذکور در مقام تبیین جایگاه قسامه در موارد اختلاف طرفین بوده است و نه بیان نحوه اجرای سوگند که زمینه این گونه تفاسیر را فراهم آورد.

برآمد

۱- مرگ مجنی‌علیه یا زوال عضـوی از او (اعم از قائم و غیر قائم بر منفعت) در مهلت تعیین شده برای بازگشت منفعت، برخـــلاف کلی‌گویی قانون‌گذار در مواد ٦٧٢ و ٦٧٤ قانون مجازات اسلامی، تحت تأثیر عـوامل مختلفی چون سرایت جنایت اولیه، تحقق جنایت ثانویه توســط مرتکب یا شخـــص ثالــث و عوامل طبیعی واقع می‌شـــود که احکام متفاوتی را نیز بر آن حاکم می‌سازد. سرایت جنایت اولیه، موجب تداخل و اثبات دیه یا ارش بیشـــتر اســـت، اما در وقوع جنایت ثانویه توسط مرتکب یا شـــخص ثالث، قاعده عدم تداخل دیات جریان دـــارد که به موجب آن قصاص یا دیه جنایت بر منفعت به ضمیمه دیه نفس یا عضو ثابت می‌باشـــد. فوت مجنی‌علیه یا زوال عضو تحت تأثیر عوامل طبیعی نیز مـــستوجب دیه یا ارش زوال یا نقصان دائم منفعت است.

۲- با توجه به دیدگاه فقها در موارد بازگشـــت منفعت و زوال نفس یا عضوی از مجنی‌علیه، معیار تفکیک در ثبوت دیه یا ارش، قطع یا احتمال به بازگشت منفعت اســـت؛ بدین صورت که در صورت قطع به بازگشت منفعت به دلیل اصل عدم زوال دائم منفعت، دیه ثابت اســـت و دـــر صورت احتمال به بازگشـــت منفعت، به دلیل جاری شدن اصل عدم بازگشت منفعت، ارش زوال موقت ثابت می‌باشد؛ درحالی که قانون‌گـــذار به موجب مواد ٦٧٢ و ٦٧٤ قانون مجازات اســـلامی، معیار تفکیک را در فـــرض بحث، فوت و زوال عضو مجنی‌علیه (آن هم فقط در اعضایی که منفعت قائم بر آن اســـت) قرار داده و در فرض فوت، حکم به دیه و در فرض زوال عضو حکم به ارش نموده است.

۳- در موارد اختلاف در بازگشت منفعت میان مجنی‌علیه یا ولی‌دم با مرتکب یا مرتکبان، طبق قاعده بیّنه قول منکر (مجنی‌علیه یا ولی‌دم) با قســـم مقدم اســـت که ادای آن مستلزم مطالبه سوگند توسط مرتکب است. مواد ٤٦٠ و ٤٦١ قانون مجازات اســـلامی نیز در راستای جاری نبودن قســـامه در موارد اختلاف در بازگشت منفعت وضع شده است، برخلاف ماده ٤٥٩ که به جریان یافتن قسامه و شرایط آن در موارد اختلاف در زوال یا نقصان منفعت اشاره دارد.

٤- براساس نتایج فوق نکات زیر پیشنهاد می‌شود:

٤-١- افزودن قید «علل طبیعی» به ماده ٦٧٢ قانون مجازات اســـلامی باعث

می‌شـــود که علل دیگری که موجب زوال نفس می‌شوند، هم‌چون سرایت جنایت و وقوع جنایت دیگر توســـط مرتکب سابق و ثالث، مشـــمول حکم ثبوت دیه به طور مطلق نگردد. همچنین اضافه نمودن قید «نظر قطعی» موارد یقینی از بازگشت منفعت را از موارد محتمل تفکیک می‌ســـازد. بدین ترتیب ماده مذکور بهتر است بدین شکل اصلاح گردد: «در مواردی که نظر قطعی کارشناســـی بازگشت منفعت زایل یا ناقص شـــده در مدت معینی باشد، چنانچه مجنی‌علیه قبل از مدت تعیین شده به علل طبیعی فوت کند، دیه ثابت می‌شود».

٤-۲- جهـــت تبیین حکم زوال عضو در ماده ٦٧٤ قانون مجازات اســـلامی، قانون‌گذار در ابتدا میان عضو قائم بر منفعت و عضو غیر قائم بر منفعت تفکیک قائل شده و حکم هر یک از آن‌ها را نیز با توجه به علل مختلف زوال یعنی سرایت جنایت، وقوع جنایت توســـط مرتکب سابق یا ثالث و علل طبیعی و احتمال قطعی یا یقینی بر عدم بازگشـــت منفعت، به طور مجزا بیان نماید. بر این اساس بهتر است ماده مذکور بدین صورت اصـــلاح گردد: «هرگاه در مهلتی که به طریق معتبری برای بازگشـــت منفعت زایل یا ناقص شـــده تعیین گردد، عضوی که منفعت قائم به آن است به علل طبیعی از بین برود، در صورتی که به عنوان مثال چشـــمی که بینایی آن به طور موقت از بین رفته اســـت از حدقه بیرون بیاید، در صورت یقین به بازگشت منفعت، مرتکب فقط ضامن ارش زوال موقت آن منفعت است و در صورت احتمال بازگشت منفعت، دیه کامل آن منفعت ثابت خواهد بود. چنانچه از بین رفتن آن عضو به ســـبب جنایت شـــخص دیگر باشد در صورت یقین به عدم بازگشت منفعت، دیه کامل زوال منفعت بینایی بر عهده جانی اول و یک ســـوم دیه کامل بر عهده جانی دوم ثابت اســـت و در صورت احتمالی بودن عدم بازگشت، مرتکب اول ضامن ارش و مرتکب دوم ضامن دیه کامل آن عضو می‌باشد.

٤-۳- با توجه به کاربردی بودن مســـاله اختلاف در بازگشـــت منفعت میان طرفین دعوا در محاکم کیفری، شایسته است قانون‌گذار با تجمیع مواد ٦٧١ و ٤٦٠ و ٤٦١ قانون مجازات اسلامی، حکم موارد اختلاف در بازگشت منفعت میان مجنی‌علیه یـــا ولی دم با مرتکب یا مرتکبان را به طـــور مجزا قانون‌گذاری نماید و روند اجرای قســـم را نیز در جریان اختلاف، طبق قاعده بیّنه مورد تاکید قرار دهد تا شبهه موجود در مطالبه قسم از جانب مرتکب یا مرتکبین مطرح نشود.

فهرست منابع

الف. فارسی

* امامی، مسعود (۱۳۹۹)، **شرح مبسوط قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲**، تهران: موسسه دایره المعارف فقه اسلامی.

* جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱٤۰۱)، **مبسوط در ترمینولوژی حقوق**، چاپ نهم، تهران: گنج دانش.

* جمعی از پژوهش‌گران (۱۳۹۷)، **مبانی نظرات شورای نگهبان در خصوص قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲**، تهران: پژوهشکده شورای نگهبان.

* حسن‌زاده، مهدی (۱۳۸۸)، **بررسی فقهی حقوقی کارشناسی و ارزش اثباتی آن**، قم: دانشگاه قم.

* زراعت، عباس (۱۳۹۳)، **شرح مبسوط قانون مجازات اسلامی**، جلد نخست، چاپ اول، تهران: جاودانه.

* زراعت، عباس و شهرآبادی، محمد (۱۳۹٦)، **شرح مبسوط قانون مجازات اسلامی**، جلد پنجم، چاپ اول، تهران: جاودانه.

* مرکز تحقیقات فقهی و حقوقی قوه قضاییه، گنجینه استفتائات قضایی (نرم‌افزار)، قم.

* معین، محمد (۱۳۸۷)، **فرهنگ فارسی**، تهران: فرهنگ‌نما.

* نیازی، عباس و هادی، مهدی (۱٤۰۳)، «**جبران صدمه بر زیبایی در فقه عامه و امامیه؛ با نگاهی به رویه قضایی**»، مجله حقوقی دادگستری، دوره۸۸، شماره ۱۲٦، صفحات: ۱۱۵-۱۳۸.

ب. عربی

* آخوند خراسانی، محمدکاظم (۱٤۱۲ق)، **کفایه الاصول**، قم: جامعه مدرسین.

* بجنوردی، سیدحسن (۱٤۱۹ق)، **القواعد الفقهیه**، قم: الهادی.

* تبریزی، جواد (۱٤۲۸ق)، **تنقیح مبانی الاحکام (الدیات)**، قم: دارالصدیقه الشهیده.

* حسینی شیرازی، سیدمحمد (بی‌تا)، **الفقه (کتاب الدیات)**، بی‌جا: دار القرآن الکریم.

* حسینی عاملی، سیدمحمدجواد (بی‌تا)، **مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه**، بیروت: دار احیاء التراث العربی.

* حسینی عمیدی، سیدعمیدالدین بن محمد (١٤١٦ق)، **کنز الفوائد فی حل مشکلات القواعد**، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
* حسینی مراغی، سیدمیرعبدالفتاح (١٤١٧ق)، **العناوین الفقهیه**، چاپ دوم، قم: النشر الاسلامی.
* حر عاملی، محمد بن حسن (١٤١٤ق)، **وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه**، چاپ دوم، قم: آل البیت.
* خوانساری، سیداحمد (١٣٦٦ق)، **جامع المدارک**، چاپ دوم، قم: اسماعیلیان.
* خویی، سید ابوالقاسم (١٤٢٢ق)، **مبانی تکمله المنهاج**، قم: احیاء آثار الامام الخویی(ره).
* سبزواری، سیدعبدالاعلی (١٤١٣ق)، **مهذب الاحکام فی بیان الحلال والحرام**، چاپ چهارم، قم: المنار.
* سبحانی، جعفر (١٣٩٢)، **احکام الدیات فی الشریعه الاسلامیه الغراء**، قم: الامام الصادق (ع).
* مکی عاملی، محمدبن‌جمال الدین (شهید اول) (١٤١٠ق)، **اللمعه الدمشقیه فی فقه الامامیه**، بیروت: دارالتراث- الدار الاسلامیه.
* جبعی عاملی، زین‌الدین بن علی (شهید ثانی) (١٤١٣ق)، **مسالک الافهام فی شرح شرائع الاسلام**، قم: المعارف الاسلامیه.
* جبعی عاملی، زین‌الدین بن علی (شهید ثانی) (١٤١٠ق)، **الروضه البهیه فی شرح اللمعه الدمشقیه**، قم: داوری.
* صدر، سیدمحمدباقر (١٤٢١ق)، **دروس فی علم الاصول**، قم: الابحاث و الدراسات التخصصیه للشهید الصدر.
* طوسی، محمد بن حسن (١٣٨٧ق)، **المبسوط فی الفقه الامامیه**، چاپ سوم، تهران: المکتبه المرتضویه.
* طوسی، محمد بن حسن (١٤٠٧ق)، **تهذیب الاحکام**، چاپ چهارم، تهران: دارالکتب الاسلامیه.
* طوسی، محمد بن حسن (١٤٢٠ق)، **الخلاف**، چاپ دوم، قم: النشر الاسلامی.
* علامه حلی، حسن بن یوسف (١٤١٣ق)، **قواعد الاحکام فی معرفه الحلال و**

الحرام، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
* علامه حلی، حسن بن یوسف (۱٤۲۰ق)، **تحریر الاحکام الشرعیه علی مذهب الامامیه**، قم: موسسه امام صادق (ع).
* فاضل اصفهانی، محمد بن حسن (۱٤۱٦ق)، **کشف اللثام عن قواعد الاحکام**، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
* فاضل لنکرانی، محمد (۱٤۱۸ق)، **تفصیل الشریعه فی شرح تحریرالوسیله**، قم: مرکز فقهی ائمه اطهار (ع).
* محقق حلی، نجم الدین (۱٤۰۸ق)، **شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام**، چاپ دوم، قم: اسماعیلیان.
* محقق اردبیلی، مولی احمد (۱٤۱٦ق)، **مجمع الفائده و البرهان فی شرح اشاد الاذهان**، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
* موسوی خمینی، سیدروح الله (بی‌تا)، **تحریرالوسیله**، چاپ دوم، قم: دارالعلم.
* نجفی، محمد بن حسن (۱٤۰٤ق)، **جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام**، بیروت: دار احیاء التراث العربی.

پ. پایگاه اینترنتی

* سبحانی، جعفر، **درس خارج فقه (قواعد فقهیه)**، در دسترس در:
https://www.eshia.ir/feqh/archive/sobhani 92/920702> <
(آخرین مراجعه: ۱٤۰۳/۱/۱٤)

مجله حقوقی دادگستری

مقاله پژوهشی/ دوره ۸۹/ شماره ۱۲۹/ صفحات: ۲۶۷-۲۳۷
تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۴/۲۰ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۱۰/۲۸

حق بر ترجمه و جایگاه آن در تحقق دادرسی عادلانه در نظام عدالت کیفری ایران

حیدر پیری[۱]

چکیده

یکی از مؤلفه‌های دادرسی عادلانه که بر دیگر جنبه‌های آن تأثیرگذار است، حق بر دارا بودن مترجم برای متهمانی است که به زبان کاری دادگاه صحبت نمی‌کنند یا دچار نقص شنوایی هستند. مطابق ماده ۱۴(۳) (و) میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی و مواد ۲۰۰، ۲۰۱، ۳۶۷ و ۳۶۸ قانون آیین دادرسی کیفری، در تمام مراحل دادرسی مستقل از نتیجه دادرسی بایستی بهره‌مندی از خدمات مترجم فراهم شود و عدم رعایت آن ممکن است مانعی برای اجرای عدالت باشد. پرسش نوشتار حاضر این است که، آیا انکار حق متهم بر ترجمه، به ریشه تضمین‌های بنیادین دادرسی کیفری عادلانه آسیب وارد می‌کند؛ و با فرض پاسخ مثبت به این پرسش، حق بر ترجمه به عنوان یک فرایند پیچیده و حقی شکلی، چه تأثیری بر دادرسی کیفری و به تبع آن بر دیگر حقوق شکلی خواهد گذاشت؟ یافته مقاله این که، تأثیر ترجمه بر فرایند دادرسی متهم ناتوان زبانی، یک جنبه ذاتی است که با تمامی اصول شکلی دادرسی عادلانه و حقوق دفاعی متهم ارتباط دارد و عدم پیش‌بینی و رعایت آن، با هیچ ابزار عملی قابل جبران نیست. وجود چنین حقی، عقلانیت و انسجام ساختار حقوقی را تضمین می‌کند و فقدان آن، آشفتگی و بی‌نظمی حقوقی را در پی دارد.

واژگان کلیدی: حق بر ترجمه، دادرسی عادلانه، دادرسی کیفری، میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی.

---

۱. استادیار گروه حقوق، دانشکده علوم انسانی و اجتماعی، دانشگاه کردستان، سنندج، ایران.
heidar.piri@gmail.com

درآمد

تحقق عدالت در فرایند کیفری نیازمند ملاک‌ها و معیارهای عینی است. تحقق عینی عدالت در فضای حیات اجتماعی به ویژه در بستر قضا، بیش از آن که مرهون حقوق ماهوی باشد، در گروی آیین و مقررات شکلی است (فضائلی، ۱۳۹۲: ٦۰). حق دسترسی به عدالت زمانی که متهم فاقد امکانات ضروری است، مستلزم حق بر مساعدت و حمایت حقوقی است. انکار معاضدت حقوقی می‌تواند به منزله انکار عدالت نگریسته شود. کمیته حقوق بشر تأکید کرده است: «در اغلب اوقات وجود یا نبود مساعدت حقوقی است که تعیین می‌کند آیا یک شخص می‌تواند به مراحل مربوطه دادرسی، دسترسی داشته باشد یا به نحو معناداری در آن‌ها مشارکت کند یا نه» (General Comment No. 32, 2007: para.10).

حق بر مساعدت و حمایت حقوقی به عنوان حقی شکلی و تضمین‌کننده یک دادرسی عادلانه برای متهمان کیفری در مقررات داخلی و اسناد بین‌المللی حقوق بشر پیش‌بینی شده است. مطابق قسمت ششم بند ۳ ماده ١٤ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی، متهمی که زبان دادگاه برای او قابل فهم نیست یا قادر به تکلم به آن زبان نیست، حق دارد در تمامی مراحل دادرسی و با هر نتیجه‌ای که از این دادرسی‌ها حاصل شود، از کمک رایگان یک مترجم برخوردار باشد. حق بهره‌مندی از مترجم در قوانین ایران نیز مورد تأکید قرار گرفته است. قانون اساسی مقرره‌ای در این خصوص در بر ندارد، اما قانون‌گذار ایران در مواد ۲۰۰، ۲۰۱، ۳٦۷ و ۳٦۸ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ حق برخورداری از مترجم را در مراحل تحقیقات مقدماتی و دادرسی پیش‌بینی کرده است. این حق محدود به وضعیتی نیست که متهم به زبان مورد استفاده در دادگاه صحبت نمی‌کند، بلکه مطابق مواد ۲۰۱ و ۳٦۸ قانون آیین دادرسی کیفری به متهمانی که دارای اختلالات شنوایی یا گفتاری هستند نیز تسری می‌یابد؛ بنابراین، حق بر داشتن مترجم، در صورت لزوم شامل حق داشتن مترجم زبان اشارات نیز می‌شود.

استماع عادلانه با رعایت عدالت و انصاف رویه‌ای همراه با تضمین‌های لازم برای متهم پشتیبانی می‌شود. متهم حق مشارکت کامل در دادرسی دارد. در صورتی که متهم زبان دادرسی را درک نکنند، نمی‌تواند به طور مؤثر از حقوق خود دفاع کند.

بهره‌مندی از خدمات مترجم در وضعیت‌هایی که متهم به زبان مورد استفاده دادگاه جاهل است یا قادر به درک آن نیست، مانع بزرگی بر حق دفاع قلمداد می‌شود و علاوه بر این، حقی است که مستقل از نتیجه دادرسی (برائت یا محکومیت متهم) است و نسبت به بیگانگان و حتی اتباع قابل اعمال است (General Comment No.13, 1984: para.13). حق برخورداری از مترجم مبین برگزاری یک دادرسی به معنای صحیح است. اگر کمک مترجمی برای متهمی که تسلط کافی بر زبان دادگاه ندارد فراهم نشود، محاکمه عادلانه‌ای وجود ندارد. این حق شکلی بنیادین در فرایند حقیقت‌یابی بر سایر جنبه‌های حق دادرسی عادلانه تأثیر می‌گذارد؛ از این رو پرسش‌هایی مطرح می‌شود: حق بر ترجمه به عنوان یک فرایند پیچیده و حق شکلی چه تأثیراتی بر دادرسی‌های کیفری و به تبع آن بر سایر حقوق شکلی خواهد گذاشت؟ چه ارتباطی بین حق بر ترجمه و عادلانه بودن کل فرایند دادرسی کیفری وجود دارد؟ آیا فقدان ترجمه یا انکار حق متهم بر ترجمه به ریشه تضمین‌های بنیادین دادرسی کیفری عادلانه آسیب وارد می‌کند؟ نقش واقعی مترجم دادگاه در دادرسی کیفری دو زبانه چیست؟

برای پاسخ به این پرسش‌ها، ابتدا تضمین‌های مقرر در قوانین ایران در خصوص حق برخورداری متهم از خدمات مترجم بیان می‌شود. سپس به حق بر دادرسی عادلانه در قوانین کشور نظری می‌افکنیم. در ادامه به طور خاص، نقش ترجمه در تضمین حداقلی دادرسی عادلانه در نظام عدالت کیفری ایران تشریح می‌شود و در نهایت پیامدهای ارزیابی ارتباط حق بر ترجمه با سایر حقوق شکلی بررسی می‌شود.

۱. منابع قانونی حق برخورداری از خدمات مترجم در قوانین ایران

مواد ٤٦ و ۱۹۵ قانون آیین دادرسی کیفری حق متهم برای اطلاع فوری از ماهیت جرمی که ادعا می‌شود ارتکاب یافته است را تضمین می‌کند. از تفهیم اتهام فوق، ضرورت تبیین و تشریح اتهام به زبانی که متهم به آن آشنایی دارد استنباط می‌گردد. مقررات فوق باید همراه با ماده ۲۰۰ خوانده شود که مقرر می‌دارد: «بازپرس برای شاکی، مدعی خصوصی، متهم، شاهد و مطلعی که قادر به سخن گفتن به زبان

فارسی نیســـت، مترجم مورد وثوق از بین مترجمان رسمی تعیین می‌کند ...»[1]. بر این اســـاس، زمانی که شخصی به یک جرم کیفری متهم می‌شود، حق نامحدودی دارد که با زبانی که می‌فهمد درباره موضوع اتهام و دلایل آن اطلاعات کامل داشـــته باشد. به همین منظور ماده ۳٦۷ قانون آیین دادرسی کیفری مقررات مشابهی در زمان رسیدگی در دادگاه پیش‌بینی نموده و یکی از حقوق دفاعی مظنون و متهم را داشـــتن مترجم دانسته است؛ بنابراین قانون آیین دادرسی کیفری دادگاه را موظف می‌کند که اگر متهم زبان فارســـی را نفهمد عناصر جرمی را که شخص به آن متهم شده و هر آنچه که در دادرسی گفته می‌شود به زبانی که او می‌فهمد با تفصیل تشریح نماید. عدم رعایت این شرط، ممکن است کل دادرسی شخص متهم را باطل کند. در نتیجه، حق برخورداری از مترجم در تمام مراحل دادرسی (تحقیقات نزد ضابطان، مرحله تحقیقات مقدماتی و محاکمه در دادگاه) ضروری است.

دـــر قوانین کیفری برای افراد دارای ناتوانی شـــنوایی نیز پیش‌بینی مترجم هم دـــر مرحله تحقیقات مقدماتی و هم در مرحله دادرســـی به صورت صریح پیش‌بینی شده است؛ زیرا متهم ناشنوا قادر به درک مذاکرات و اظهارات نیست، هم‌چنین متهم فاقـــد قدرت تکلم، توان انتقال منظور و بیانات خود را به مقام قضایی ندارد. این افراد همانند کسی هستند که زبان مقام قضایی را نمی‌دانند. بر همین اساس به موجب ماده ۲۰۱ قانون آیین دادرسی کیفری مقرره مشابه ماده ۲۰۰ برای این افراد پیش‌بینی شده اســـت که بر اساس آن، «بازپرس برای شاکی، مدعی خصوصی، متهم، شاهد و مطلعی که ناشـــنوا اســـت یا قدرت تکلم ندارد، فرد مورد وثوقی که توانایی بیان مقصود را از طریق اشـــاره یا وســـایل فنی دیگر دارد، به عنوان مترجم انتخاب می‌کند ...»[2]. مقرره مشـــابهی در ماده ۳٦۸ برای رسیدگی در دادگاه در نظر گرفته شده است. این مقرره از مادـــه ۳۹۹ قانون اصول محاکمـــات جزایی مصوب ۱۲۹۰ و ماده ۲۰٤ قانون آیین

۱. ماده ۲۰۲ قانون آیین دادرســـی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری مصوب ۱۳۷۸ مقرر داشت: «در صورتی که شاکی و مدعی خصوصی یا متهم فارسی ندانند، دادگاه دو نفر را برای ترجمه تعیین می‌کند ...».

۲. بر اســـاس ماده ۲۰٦ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، در مواردی که اشاره مفهوم نباشد یا قاضی به زبان شـــخصی که سوگند یاد می‌کند، آشنا نباشد و یا اداء کننده سوگند قادر به تکلم نباشد، دادگاه به وسیله مترجم یا متخصص امر، مراد وی را کشف می‌کند.

دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری مصوب ۱۳۷۸ [۱] الهام گرفته است. هم‌چنین در ماده ۲۷٦ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹ پیش‌بینی شده اگر خوانده به علت لکنت زبان یا لال بودن در قبال ادعای خواهان سکوت کند قاضی دادگاه راساً یا به وسیله مترجم با متخصص امر مراد وی را کشف می‌کند؛ بنابراین چنانچه متهم یا شهود فارسی ندانند یا کر یا لال باشند به‌کارگیری مترجم و اهل خبره از سوی دادگاه الزامی است و حتی اگر مرجع قضایی بتواند معنای اظهارات آن‌ها را بفهمد، باز باید از مترجم و اهل خبره استفاده کند. هر چند اداره حقوقی قوه قضائیه به موجب نظریه‌های مشورتی شماره ۷/٦۲۸۹– ۱۳٦۹/۱۱/۱٤ [۲] و شماره ۷/۹٤/۱٦۷٤–۱۳۹٤/٦/۲۸ [۳] خلاف آن را اظهار داشته است.

حق بر مترجم در اسناد حقوق بشری مورد تصریح واقع شده است. مطابق قسمت ششم بند ۳ ماده ۱٤ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی، متهمی که زبان دادگاه برای او قابل فهم نیست یا قادر به تکلم به آن زبان نیست، حق دارد از کمک رایگان یک مترجم برخوردار باشد. میثاق اشاره‌ای به حق مزبور در مرحله تحقیقات مقدماتی و بازجویی ننموده است، اما در ماده ۱٤ (۳) (الف) در خصوص مرحله تحقیقات مقدماتی آمده است: «هر کس متهم به ارتکاب جرمی شود باید در اسرع وقت و به تفصیل به زبانی که بفهمد، از نوع و علل اتهامی که به او نسبت داده می‌شود، مطلع گردد». از این بند استنباط می‌شود که حق برخورداری از مساعدت مترجم محدود به مرحله رسیدگی در دادگاه نمی‌باشد بلکه در مرحله تحقیقات مقدماتی نیز اعمال می‌گردد (Dijk & Van Hoof, 1998: 478). از آنجا که ایران به میثاق پیوسته است، مقررات مندرج در آن بر اساس ماده ۹ قانون مدنی در حکم قانون عادی قلمداد می‌شود و برای تمامی دادسراها و دادگاه‌های کیفری

---

۱. مطابق ماده ۲۰٤ قانون سابق دادرسی کیفری، در صورتی که مدعی خصوصی یا متهم یا مطلعین کر یا لال باشند، دادگاه اقدام لازم را برای تحقیق از آن‌ها به وسیله اشخاص خبره معمول خواهد داشت.
۲. مطابق نظریه مشورتی فوق، اگر دادرس دادگاه بتواند پی به معنای اظهارات متهم یا شهودی که فارسی نمی‌دانند یا افراد کر یا لال ببرد نیازی به استفاده از مترجم و اهل خبره نیست.
۳. نظریه مشورتی شماره ۷/۹٤/۱٦۷٤ مقرر می‌دارد: در صورت عدم دسترسی به مترجم، بازپرس می‌تواند با استفاده از روش‌های مطمئن (مانند وسایل الکترونیکی یا افراد مورد اعتماد) یا در صورت آشنایی با زبان متهم، مستقیماً نسبت به تفهیم اتهام، تحقیق و صدور قرار تأمین اقدام کند.

لازم‌الاجراست.

این‌ها اجزای اساسی اجرای عدالت در نظام کیفری ایران برای متهمانی هستند که قادر به درک زبان کاری دادگاه‌ها نیستند. در این راستا، برای این‌که محاکمه عادلانه و حکم مطابق و سازگار با آیین دادرسی و تشریفات قانونی باشد که در قاعده عدالت طبیعی بیان شـــده است، سیاســـت دوگانه عدالت طبیعی بایستی حاکم باشد؛ بنابراین در حالی که ماده ١٤ (٣) (الف) میثاق و مواد ٤٦ و ١٩٥ قانون آیین دادرســـی کیفری به حقوق پیش از تعقیب مبنی بر اطلاع از جرمی که ادعا می‌شـــود ارتکاب یافته است می‌پردـــازد، اما ١٤(٣) (و) میثاق و مواد ٢٠٠ و ٣٦٧ قانون آیین دادرســـی کیفری به حق شخص متهم برای اطلاع از جرم در زمان تعقیب به زبانی که او می‌فهمد مربوط می‌شود؛ در حالی که اولی به ارتباط کتبی می‌پردازد، دومین مقرره تا حدود زیادی به ارتباط شفاهی و کلامی می‌پردازد (پیری، ١٤٠٣: ٩٦).

۲. نقش ترجمه در تضمین حداقلی دادرســـی عادلانـــه و ارتباط آن با دیگر حقوق شکلی

یکـــی از لوازم بهره‌مندی از امکاناتی نظیر آگاهی از کلیه حقوق، دسترســـی به اطلاعات پرونده، آشـــنایی و فهم زبان مقام قضایی اســـت که این حق باید به صورت تأکید بر حق داشتن مترجم برای تمامی طـــرف‌های دعوای کـیفری پیش‌بینی گـردد که در صورت ناتواتی در درک، این زبان برای او ترجـــمه و تفـــهیم شود (توسـلی نائینی و دیگران، ۱۳۹۵: ۷۷). کمک مترجم حقی است که تـحقق یک حق گسترده‌تر یعنی حق دادرســـی عادلانه را تسهیل می‌کند. اگر متهم در صحبت کردن، فهمیدن و خواندن زبان دادگاه مشکل داشته باشد، حق ترجـمه برای تضمین دادرسی عادلانه مهم و حیاتی اســـت. این امور برای تضمین حق برخورداری از امکانات کافی جهت تهیه دفاعیه، اصل تســـاوی ابزار و امکانات، بازجویی و بازجویی متقابل شهود، حق علیه خود متهم‌ســـازی و حق دفاع لازم و ضروری است. بدون هیچ مساعدتی، متهم ممکن اســـت نتواند محاکمه را بفهمد و به طور کامل در جریان دادرسی قرار گیرد، و دفاعیـــه مؤثری را فراهم کند. لذا حق ترجمه و دانســـتن زبان دادگاه و فهمیدن یا صحبت کردن با آن پیش شـــرط اصلی حق دادرســـی عادلانه و از حقوق دفاع متهم اســـت. حق ترجمه به سایر تضمین‌های دادرســـی منصفانه مرتبط است به طوری که

انکار یک مترجم یا ترجمه ضعیف، به خودی خود منجر به نقض عدالت نمی‌شـــود. دادگاه باید بیشتر بررسی کند که آیا انکار فوق، حق دادرسی منصفانه را نقض کرده اســـت یا خیر؛ که به طور اجتناب‌ناپذیری دادگـــاه را وادار نماید تأثیر آن بر ســایر حقوق را تحلیل نماید.

۱-۲. دسترسی برابر به دادگاه و برابری سلاح‌ها

اصل برابری در مقابل دادگاه مهم‌ترین معیار دادرسی عادلانه است. ماده ١٤ (١) میثاق بیان می‌دارد: «همه در مقابل دادگاه و دیوان‌های دادگستری برابر خواهند بود». کمیته حقوق بشـــر این اصل کلی را به دو حـــق متفاوت اما مرتبط به هم یعنی حق دسترسی برابر به دادگاه‌ها و حق برابری سلاح‌ها تفسیر می‌نماید. هر یک از این حقوق خاص مستلزم این است که با متهم رفتاری برابر با طرف مقابل (مقام تعقیب) و هر فرد دیگری که موقعیت مشابهی با متهم دارد صورت گیرد (General Comment No.32, 2007, para.40).

دسترســـی به عدالت، اصل اساسی حق برخورداری از محاکمه عادلانه است (McEvoy, 2023: 143). بر اســـاس اصول نوزدهم و بیستم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران همه حق دارند از سیستم دادگاه در شرایط مساوی استفاده کنند. اگرچه در نظام کیفری ایران اصل برابری سلاح‌ها[1] به صراحت پیش‌بینی نشده، اما قانون‌گذار در مواد ۲ تا ٦ و برخی دیگر از مواد قانون آیین‌دادرسی کیفری مصادیق و جلوه‌های این اصل را بیان کرده است.

تســـاوی سلاح‌ها به معنای برابری قضایی اصحاب دعوا (اشرافی، ۱۳۹۸: ٢٤) در امکان اســـتفاده از ابزار لازم جهت دفاع از خویش در طول فرایند قضایی اســـت (خرمیان و دانشور، ١٤٠٠: ٢٤٠). برابری سلاح‌ها به عنوان حقی درک می‌شود که بر اساس آن دادگاه نمی‌تواند به گونه‌ای عمل کند که به دادستان نسبت به متهم برتری بدهد (Weissbrodt, 2001: 130). برابری سلاح‌ها مستلزم آن است که هر دو طرف دعوا حق ارائه مدارک در شرایط مساوی دارند، هر دو از حقوق یکسانی برای بررسی مدارک دارند و هر دو می‌توانند بدون تفاوت، شـــهود خود را ارائه یا از شـــهود سؤال کنند (Nowak, 2005: 341).

1. Equality of arms

اقتضای دادرسی یا محاکمه عادلانه، تحقق عدالت در تمام مراحل رسیدگی می‌باشد. لازمه تحقق اصل تساوی سلاح‌ها مستلزم این است که متهم در مرحله تحقیقات مقدماتی نیز در صورتی که انجام تحقیقات به زبانی است که برای وی غیر قابل فهم می‌باشد از مساعدت یک مترجم برخوردار باشد (پیری، ۱۴۰۲: ۱۰۹). با پیش‌بینی چنین حقی در مواد ۲۰۰ و ۲۰۱ قانون آیین دادرسی کیفری برای تمامی طرف‌های دعوا در مرحله تحقیقات مقدماتی، گامی به سوی برابری طرف‌ها در بهره‌مندی از این حق برداشته شده است.

مفاهیم دسترسی برابر به دادگاه و برابری سلاح‌ها برای افرادی که به زبان دادگاه صحبت نمی‌کنند، بسیار حیاتی است. از آنجایی که زبان نمی‌تواند به عنوان مبنای معقولی برای دسترسی نابرابر به سیستم دادگاه مورد استفاده قرار گیرد و نه به عنوان توجیه منطقی برای رفتار متفاوت با متهم، می‌توان اظهار داشت که اقلیت‌های زبانی اساساً توسط اصل برابری حمایت می‌شوند. از سوی دیگر، مقرره مربوط به مترجم رایگان، به طور مؤثری برابری سلاح‌ها در دادرسی‌های کیفری را تضمین می‌کند (General Comment No. 32, 2007: para. 40)، اما متهمانی که زبان دادگاه را درک نمی‌کنند و مفهوم برابری در مقابل دادگاه، چیزی بیش از این نیاز دارند. به طور خاص، فردی که به زبان دادگاه صحبت نمی‌کند، حق دسترسی به دادگاه با شرایطی برابر با فردی که به زبان قضایی صحبت می‌کند دارد و هم‌چنین حق دارد از رفتار رویه‌ای برابر برخوردار باشد، در این صورت ترجمه تضمین شده باید از کیفیتی برخوردار باشد که هر گونه تمایز بین دو طرف را از بین ببرد. به عبارت دیگر، تضمین‌های دسترسی برابر و برابری سلاح‌ها این نتیجه را تأیید می‌کند که ترجمه کامل و جامع از دادرسی مورد نیاز است. در غیر این صورت، متهم فاقد صلاحیت زبانی عملاً در وضعیت برابر در محضر دادگاه قرار نمی‌گیرد. به این ترتیب، برابری در برابر دادگاه‌ها می‌تواند به عنوان تضمین‌کننده یک مترجم دیده شود و هم‌چنین نوع خاصی از ترجمه و سطح دقت ترجمه را تضمین می‌کند (HRC General Comment No. 32, 2007: 13). همان‌طور که حق برابری در برابر دادگاه با اعطای حق ترجمه جامع به متهم، بر اعمال و تکالیف مترجم تأثیر می‌گذارد، به همان اندازه روشن است که ناتوانی یک مترجم در ارائه چنین ترجمه دقیقی، خود حق را تضعیف خواهد کرد.

به این ترتیب، سطح مهارت و عملکرد واقعی یک مترجم در طول دادرسی می‌تواند بر فرصت متهم برای دسترسی به دادگاه‌ها تأثیر بگذارد و هم‌چنین بر توانایی او برای برخورداری از برابری واقعی سلاح‌ها نسبت به دادستان تأثیر منفی بگذارد.

۲-۲. حق دادرسی ترافعی (اصل تناظر)

حق دادرسی ترافعی[1] به این معناست که در دادرسی کیفری، به طرفین دعوی (خصوصاً متهم) فرصت داده شود تا از مدارک و شواهد ارائه شده توسط طرف مقابل اطلاع داشته باشند و هیچ تصمیمی نباید در هیچ کدام از مراحل دادرسی اخذ شود مگر بعد از استماع اظهارات و بررسی ادله طرفین دعوی (زراعت و اشرافی، ۱۳۹۷: ۱۱).

اصل تناظر[2] در زمره اصول بنیادین دادرسی است (قائدی، ۱٤۰۳: ۱۵۳). قانون آیین دادرسی کیفری به صراحت متذکر اصل تعادل ترافعی یا تناظر نشده است، اما مهم‌ترین مصادیق رعایت این اصل در مواد ۱۹۲، ٤٦۹ (ب) و ۳۵۹ (ج) قانون فوق مورد اشاره قرار گرفته است. ماده ۳۵۹ اعلام می‌دارد رسیدگی در دادگاه به صورت ترافعی است. میثاق به‌رغم اشاره به اجزای بنیادین اصل تناظر از جمله حضور در محاکمه (ماده ١٤ (۳) (د)) و سؤال از شهود (ماده ١٤ (۳) (ه))، این اصل را به صراحت بیان نکرده است، اما کمیته حقوق بشر اظهار داشت که مفهوم دادرسی عادلانه در چارچوب ماده ١٤ (۱) میثاق بایستی به گونه‌ای تفسیر شود که مستلزم شرایط خاصی از جمله احترام به اصل دادرسی ترافعی است (HRC, 1989: 9.3).

اگر هدف از دادرسی ترافعی مشارکت مؤثر متهم در دادرسی باشد، لازم است مترجمی به متهم داده شود که سطح مهارت او بتواند چنین مشارکتی را تضمین کند. از این نظر، این واقعیت که وکیل متهم می‌تواند به طور مؤثر از جانب او عمل کند، لزوماً اهداف این حق را محقق نمی‌کند. هنگامی که ترجمه ضعیفی در دادگاه ارائه شود (یا از روش محدودی از جمله ترجمه خلاصه شده استفاد شود) متهم درک کاملی از روند دادرسی نخواهد داشت و الزاماً احساس نمی‌کند که او می‌تواند بر

1. Adversarial hearing
2. Principe de Contradictoire

نتیجـــه کار تأثیر بگذارد. این امر هم پذیرش نتیجـــه را تضعیف می‌کند و هم توانایی او برای این‌که واقعاً عاملی در روند رســـیدگی باشد. افزون بر این، دانش خاص متهم می-تواند در به چالش کشـــیدن شـــواهد و مدارک مفید باشد، اما این امر مستلزم این است که متهم در واقع شواهد ارائه شده را به طور مفصل از طریق ارائه ترجمه کامل درک کند. به همین ترتیب، ارائه استدلال‌های متهم که به کیفیت تصمیم‌گیری دادگاه کمک می‌کند، احتمالاً از طریق ترجمه با کیفیت بالا به دست می‌آید. به طور خلاصه، عنصر مشارکت مؤثر که در حق دادرسی ترافعی گنجانده شده است، هم سطح بالایی از کیفیت مترجم و هم روش دقیق ترجمه را حکم می‌کند. هر چیزی کمتر از این حق استماع متهم را تضعیف می‌کند.

۳-۲. حق استماع شفاهی

اســـتماع شـــفاهی مهم‌ترین بخش یک جریان دادرسی است. مهم‌ترین توجیه نظری برای استماع، حق بر رفتار منصفانه است (فلاح‌زاده، ۱۳۹۲: ۲۰۲). کمیته حقوق بشر، حق بر دادرسی شفاهی[1] را یکی از مؤلفه‌های دادرسی علنی و ابزاری در جهت تحقق دادرسی منصفانه قلمداد نموده است (HRC, 2002: 7.3.). این حق به صراحت در میثاق ذکر نشـــده است، اما در چارچوب ماده ١٤ میثاق، متهم حق دارد دعوایش در دادگاه به صورت شفاهی مورد رسیدگی قرار گیرد. حق استماع شفاهی به محاکم اجازه می‌دهد تا اعتبار شـــهود و قابلیت اعتبار شـــواهد با دقت بیشتری ارزیابی شود. از این نظر، حق استماع شـــفاهی می‌تواند از حق متهم برای بازجویی از شهود ناشی شـــود. کمیته حقوق بشر بند ۳ ماده ١٤ میثاق را منبع این ضمانت معرفی کرده و بیان داشـــته است به منظور اجرای الزامات حق دفاع، همه رسیدگی‌های کیفری بایستی به متهم حق استماع و دادرسی شفاهی را بدهد (HRC, 2006: 7.2). منشأ این حق قابل بحث اســـت، اما در وجود آن بحثی نیســـت و هر متهمی حق بهره‌مندی از دادرسی شفاهی را دارد.

در قانون اساســـی جمهوری اســـلامی ایران به لزوم دادرسی شفاهی اشاره‌ای نشـــده اســـت، اما مواد ۳۵۸، ۳۵۹، ۳٦۱، ۳٦۷ و ۳٦۸ با تأکید بر قانون آیین دادرسی کیفری اســـتماع اظهارات کنش‌گران دادرسی کیفری توســـط دادگاه، نشان از اهتمام

1. Oral Hearing

قانون‌گذار به لزوم دادرســـی شفاهی دارد. حق دادرسی شفاهی عموماً به علنی بودن درونی محاکمه یا حق دسترسی داشتن به مدارک اشاره دارد (راسته و دیگران، ۱٤۰۱: ۲۲٦).

حق بر داشـــتن مترجم در تمام مراحل رســـیدگی اعمال می‌شود. این حق در رســـیدگی‌های شفاهی جریان دارد (همتی، ۱۳۹۵: ۲۵۵). متهم حق دارد پرونده خود را بـــه دادگاه بازگو نماید و دادگاه نیز باید آن را همان‌طور که قصد کرده درک کند. این موضع، حمایت کننده از تضمین درک یک فرد اســـت و کمک ترجمه مؤثر برای یک متهم را توجیه می‌کند؛ از این رو حق اســـتماع شفاهی مستلزم فرصتی برای ارائه شهود و سؤال از شهود در مورد مسائل واقعی است و با حق دفاع متهم مرتبط است و صرف وجود حق دادرســـی شفاهی احتمالاً این تضمین را محقق نمی‌نماید. به این ترتیب، هر دادرسی شـــفاهی ضرورتاً نیازمند خدمات مترجم برای متهمانی است که از نظر زبانی فاقد صلاحیت هســـتند. از این متهمان نمی‌توان انتظار داشت که به طور مؤثر از حق دفاع خود در جلسه‌ای که نمی‌توانند آن را درک کنند استفاده کنند. افزون بر این، از آن‌جا که مترجم جزء لاینفک هر دادرسی شفاهی است، صلاحیت و سطح مهارت او تأثیر زیادی بر اعمال حق متهم خواهد داشـــت و ترجمه (شفاهی) ضعیفی که به متهم در درک شواهد و ادله شفاهی در دادرسی کمک نکند، به طور مؤثری حق فرد را برای همان استماع نفی می‌کند.

٤-۲. حق برخورداری از تسهیلات و زمان کافی برای تهیه دفاعیه

دفاع و تعقیب باید به شیوه‌ای صورت گیرد تا حق طرفین دعوا در برخورداری از فرصت مساوی جهت آماده شدن و ارائه شکایت در طول روند رسیدگی‌ها تضمین شود (طه و اشـــرافی، ۱۳۸٦: ۲۰۳). حق برخورداری از تسهیلات و زمان کافی برای تهیه دفاعیه یکی از جنبه‌های اساســـی اصل تساوی ابزار و امکانات متهم و دادستان به شـــمار می‌رود (خرمیان و دانشور، ۱٤۰۰: ۲۵۰) و ضروری است در تمامی مراحل رســـیدگی رعایت شود؛ در غیر این صورت نقض آن موجب سلب وصف انصاف از دادرسی می‌شود (فتحی و دادیار، ۱۳۹۲: ۱۳۳).

ماده ۱٤ (۳) (ب) میثاق تضمین می‌کند که متهم وقت و تسهیلات کافی برای تهیه دفاع و ارتباط با وکیل خود داشته باشد. در نظام حقوقی ایران، مفهوم برخورداری

از تسهیلات و زمان کافی برای تهیه دفاعیه به تصریح مورد حکم قانون‌گذار قرار نگرفته است، اما مطابق مواد ۲، ۵، ۴۸، ۱۷۱، ۱۹۲ و ۳۴۳ قانون آیین دادرسی کیفری مهم‌ترین این امکانات برای متهم، دسترسی به وکیل یا مشاور حقوقی، حفظ حق متهم و وکیل وی در دسترسی به اسناد و اوراق پرونده و کسب اطلاع از محتویات آن، داشتن زمان کافی برای فراهم کردن ادله و ضرورت رعایت مواعد قانونی است که می‌تواند تدارک دفاع از سوی متهم را ممکن سازد.

هدف اساسی از زمان کافی، اجازه دادن به متهم برای آماده‌سازی دفاع و برقراری ارتباط با وکیل است؛ بنابراین زمان اختصاص داده شده به متهم هنگامی کافی خواهد بود که به او اجازه دهد دفاع خود را به درستی آماده کند. تدارک دفاعیات متهم هدف صریح این حق است. کمیته حقوق بشر اعلام داشته است که دفاع تضمین دسترسی متهم به کلیه مواردی است که مقام تعقیب قصد دارد در دادگاه علیه متهم ارائه کند یا تبرئه‌کننده هستند (General Comment No. 32, 2007: 33). این امر به متهم حق دسترسی به بخش بسیار قابل توجهی از پرونده را می‌دهد. جنبه دیگری از تسهیلات توانایی متهم برای تماس با وکیل خود است. وکیل نوعی «تسهیلات» تلقی می‌شود و بنابراین متهم برای تدارک دفاع از خود حق بهره‌مندی از آن را دارد. منطق مشابهی برای دسترسی به مترجم دادگاه اعمال می‌شود. در مواردی که مترجم برای تهیه دفاع ضروری است (مثلاً بازجویی از شهود قبل از محاکمه)، در این صورت الزام به تسهیلات کافی، به متهم حق دسترسی به چنین مترجمی را می‌دهد. این حق برای هر متهمی، خواه به زبان دادگاه صحبت کند یا نه، تا زمانی که برای آماده‌سازی دفاع به خدمات ترجمه نیاز باشد، اعمال می‌شود.

حق داشتن مترجم بخش اصلی حق دفاع شخص و حق داشتن زمان و امکانات کافی برای تهیه دفاعیه است. متهمی که پرونده‌ای علیه وی مطرح شده را درک نمی‌کند، فرصتی برای دفاع مناسب ندارد. تحقق حق دفاعی متهم از جمله تفهیم اتهام اقتضا دارد که متهم بتواند با مقام قضایی صحبت کند و از فهم مذاکرات محروم نشود. در این زمینه، منطقی آن است که به متهمی که به زبان دادگاه صحبت نمی‌کند، اجازه داده شود تا مترجمی برای ترجمه گفتمان محاکمه اختیار نماید.

اگر مترجمان به عنوان نوعی تسهیلات در نظر گرفته شوند، صلاحیت آن‌ها

بر کفایت تسهیلات موجود برای متهم تأثیر می‌گذارد. همان‌گونه که دسترسی ناکافی به اسناد دادستانی ممکن است آماده‌سازی دفاع را تضعیف کند، ناتوانی در رفع موانع زبانی برای دسترسی به ادله یا شهود ممکن است نتیجه مشابهی ایجاد کند. از این نظر، صلاحیت مترجم و در نتیجه ناتوانی او برای رفع مؤثر این مانع زبانی، برای آماده‌سازی دفاع و تحقق این حق ضروری خواهد بود. به همین ترتیب، اگر متهم نمی‌تواند به طور مؤثر در تهیه دفاعیه خود مشارکت کند، اما مترجم با مهارت خود این مانع را از بین ببرد و از مشارکت مفید متهم اطمینان حاصل نماید، از اهمیت مشابهی برخوردار است. با این حال، واضح است که در هر دو صورت، تجربه و توانایی مترجم نقش اساسی در تأمین امکانات کافی خواهد داشت. علاوه بر این، وجود مترجم برای متهمی که به زبان خارجی تکلم می‌کند، یا به منظور دسترسی به ادله‌ای که از نظر زبانی در دسترس وکیل نیست، احتمالاً بر میزان زمان لازم برای تهیه دفاع تأثیر می‌گذارد (Schomburg, 2009: 12). استفاده از مترجم حتی اگر فقط برای یک شاهد یا یک مدرک یا ادله باشد، یک عامل پیچیده است که نه تنها به زمان اضافی برای بررسی آن شواهد نیاز دارد، بلکه مشکلات بیشتری بر همه افراد دخیل ایجاد می‌کند. به طور خلاصه، استفاده از مترجم نیاز به زمان اضافی دارد؛ بنابراین ارزیابی این‌که آیا زمان کافی به متهم داده شده است، ناگزیر جایی که یک مترجم در این فرایند دخیل است، تغییر خواهد کرد.

۵-۲. حق اطلاع فوری و دقیق از موضوع اتهام و دلایل آن[1]

یکی از لوازم دادرسی عادلانه این است که متهم از علت و ماهیت اتهامات آگاه شود و این امر اقتضای آن را دارد که زبان دادگاه را درک کند و یا این زبان برای او ترجمه شود. حق اطلاع فوری و دقیق از دلایل اتهام از این جهت دارای اهمیت است که فرد مورد اتهام، از همان ابتدا برای دفاع آمادگی پیدا کند؛ چرا که متهم بر اساس دفاعیاتش می‌تواند تبرئه شود (احمدی و یوسفی، ۱۴۰۲: ۱۰). بند ۲ ماده ۹ و قسمت الف بند ۳ ماده ۱۴ میثاق و اصل سی و دوم قانون اساسی ایران و مواد ۵، ۴۹ و ۱۹۵ قانون آیین دادرسی کیفری همگی مشعر بر آن است که علت بازداشت و دلایل و نوع اتهام باید به متهم اطلاع داده شود. ماده ۱۴ (۳) (الف) میثاق این حق را با الزام متهم

1. The right to be informed of the charge

به این‌که فوراً و به تفصیل به زبانی که او بفهمد از نوع و علل اتهامی‌که به او نسبت داده می‌شود مطلع شود، بیان می‌کند. ماده ۵ قانون آیین دادرسی کیفری مقرر می‌دارد: «متهم باید در اسرع وقت، از موضوع و ادله انتسابی آگاه شود». در این ماده از سرعت در تفهیم اتهام سخن گفته شده بدون آن‌که بر تفهیم اتهام به زبانی که متهم قادر به درک آن باشد اشاره‌ای کند. به موجب ماده ۱۹۵، بازپرس پیش از شروع به تحقیق موضوع اتهام و ادله آن را به شکل صریح به متهم تفهیم می‌کند.

تفهیم اتهام یعنی اعلام رسمی و صریح عمل یا اعمال مجرمانه به متهم از جانب بازپرس (اردبیلی، ۱۳۹۱: ٥٤) به زبان و شیوه‌ای که با توجه به وضعیت خاص متهم، برای او قابل درک باشد. اگر ما می‌خواهیم با متهم و بزهکار در فرایند کیفری به عنوان یک عامل و نه موضوع برخورد کنیم، لازمه این امر آن است که علت و نوع اتهام به متهم، به زبانی که قابل فهم باشد، تفهیم شود (رحیمی‌نژاد، ۱۳۸۷: ۲۱۳).

آگاهی متهم از موضوع اتهام و دلایل آن در ابتدایی‌ترین مراحل تعقیب و تحقیق لازمه موازنهٔ قوا میان متهم و مدعی و دفاع مناسب متهم در رد اتهامی است که به او نسبت داده می‌شود. با توجه به این هدف، زمان اطلاع متهم (فوراً)، محتوای اطلاعات داده شده (ماهیت و علل اتهام) و شکلی که به وسیله آن به متهم اطلاع داده می‌شود (به صورت مکتوب)، بسیار اساسی خواهد بود؛ بنابراین برخورداری از یک مترجم که به صورت رایگان این اطلاعات را در اختیار متهم قرار دهد، در تسریع روند تحقیقات و همین طور دادرسی بسیار کمک کننده خواهد بود.

منطق تفهیم فوری و تفصیلی نوع و علت اتهام به همراه برخورداری از کمک مترجم، مستلزم آن است که اسناد و مدارک تنظیم شده به زبان آشنا برای متهم، به هزینه دادگاه یا دادسرا ترجمه شوند. گرچه می‌توان گفت که چنین حقی فقط به اسناد و مدارک مؤثر در دفاع مربوط می‌شود و متهم نمی‌تواند ترجمه کلیه اوراق پرونده را درخواست نماید.

لازمه آگاهی متهم از حقوق خود این است که اطلاعات مذکور به زبانی اعلام شود که توان درک آن را داشته باشد؛ لذا چنانچه متهم خارجی باشد و یا از اقلیت‌هایی باشد که به زبان رسمی و ملی آشنایی ندارد، باید برای او مترجم انتخاب شود. در مواردی که متهم زبان دادگاه را درک نمی‌کند، الزام به اطلاع به زبانی که او می‌فهمد

پیوسته مستلزم دخالت مترجم شفاهی (برای خواندن اتهام) یا ترجمه به صورت کتبی (ماده ٤٦ قانون آیین دادرسی کیفری) است. مطابق مقرره فوق ضابطان دادگستری باید موضوع اتهام و ادله آن را بلافاصله و به طور کتبی به متهم ابلاغ و تفهیم کنند. این تفهیم اتهام مستدل و کتبی باید به زبان و یا روشی باشد که متهم آن را درک کند و متوجه باشد که چه نسبتی به او داده می‌شود. از آن‌جایی که هدف محرک این حق، دادن زمان و اطلاعات کافی به متهم برای تهیه دفاعیه است، درک او از اطلاعات ارائه شده بسیار مهم است. سطح عملکرد مترجم در این زمینه نیز کلیدی خواهد بود؛ چرا که یک ترجمه ضعیف حاوی اطلاعات نادرست یا ناقص عملاً متهم را از درک واقعی اتهام باز می‌دارد و بنابراین تلاش‌های او برای دفاع اولیه را متوقف می‌کند. از این رو یکی از اقتضائات دادرسی عادلانه آن است که متهم از محتوا و ماهیت اتهامات وارد به خود آگاه شود و از جریان مذاکرات دادگاه و ظرافت‌های لفظی این مذاکرات مطلع گردد. این امر اقتضای آن را دارد که یا متهم، زبان دادگاه را درک کند و یا مطالب برای او ترجمه شود (صابر، ۱۳۸۸: ١٦٦). طبیعی است که برخورداری از این حق صرفاً به مرحله تحقیقات مقدماتی اختصاص ندارد بلکه مرحله رسیدگی را هم در بر می‌گیرد.

٦-۲. حق محاکمه در مدت معقول و بدون تأخیر غیرموجه

قانون آیین دادرسی کیفری در ماده ۳ مقرر می‌دارد مراجع قضائی باید در کوتاه‌ترین مهلت ممکن به اتهام انتسابی به اشخاص رسیدگی و تصمیم مقتضی اتخاذ نمایند و از هر اقدامی که باعث ایجاد اختلال یا طولانی‌شدن فرایند دادرسی کیفری می‌شود، جلوگیری کنند. ماده ١٤ (۳) (ج) میثاق نیز مقرر می‌دارد متهم حق دارد «بدون تأخیر غیرموجه درباره او قضاوت شود». ماده ۹ (۳) میثاق همین قاعده را به صورت دادرسی در مدت معقول بیان کرده است. این حق از لحظه‌ای اعمال می‌شود که متهم بازداشت یا متوجه می‌شود که دولت اقداماتی برای تعقیب قانونی او برداشته است. کمیته حقوق بشر، این حق را در تمام مراحل دادرسی کیفری (از مرحله بدوی تا تجدیدنظر) لازم می‌شمارد (General Comment No. 32, 2007: 35). این حق با حق برخورداری از زمان کافی برای آماده‌سازی دفاع در تنش است. از یک طرف دولت را از تعجیل در دادرسی نسبت به متهمی که آماده دفاع نیست، منع می‌کند و در

همان حال از دولت می‌خواهد که محاکمه را در اســرع وقت و در مدت زمان معقول برنامه‌ریزی کند (Trechsel, 2005: 216).

همان‌گونه که در رابطه با «زمان کافی برای تهیه دفاعیه» اشــاره شــد، شمول مترجمان در مراحل مختلف دادرسی کیفری لزوماً مستلزم زمان اضافی است. ترجمه بــه زمان زیادی نیاز دارد به ویژه در وضعیت‌هایی که ترجمه متوالی در میان اســت. افزون بر این، ضرورت اضافه شــده به زمان‌بندی مترجمان بــه دلیل ترکیبات زبانی مبهم می‌تواند تأخیر در رســیدگی ترجمه‌ای را افزایــش دهد. این تأخیرهای اضافی می‌تواند کارایی سیستم‌های عدالت کیفری را به چالش بکشاند. به این ترتیب، دخالت مترجمــان می‌تواند توانایی متهم برای محاکمه بدون تأخیر غیرموجه را پیچیده‌تر کند. عــلاوه بر این، تهدید ایجاد چنین تأخیر غیرمنطقی با انتظار برای دســترس‌بودن یک مترجم باتجربه، ممکن است منجر به استفاده از مترجم جایگزین فاقد صلاحیت شود؛ بنابراین تأثیــر متقابل بین مترجمان و حق محاکمه بدــون تأخیر غیر موجه می‌تواند ناخواسته بر ســایر حقوق دادرسی عادلانه تأثیر بگذارد. این‌که آیا استفاده از مترجم بخشــی از پیچیدگی یک پرونده از جملــه توجیه تأخیرهای غیر موجه در نظر گرفته می‌شــود، کاملاً حل نشده اســت؛ با این حال، این واقعیت باقی است که مترجمان به زمان دادرســی می‌افزایند و البته نمی‌توان گفــت گنجاندن آن‌ها در این فرایند تأخیر غیر منطقی را توجیه می‌کند. با توجه به این شرایط، هر گونه ارزیابی از معقول بودن تأخیر در پرونده‌ای که مســتلزم مترجم اســت، باید تا حدی تأثیر مترجم بر آن تأخیر را در نظر گیرد.

۷-۲. حق برخورداری از مساعدت وکیل

با توجه به فنی‌بودن و پیچیدگی قانون، ضرورت تضمین تســاوی سلاح‌ها و کمک به متهم در مواجهه با مشــکلات ذاتی در فرایند کیفری استرس‌زا، وجود وکیل برای حمایت از حق متهم در دادرســی کیفری ضروری اســت (Trechsel, 2005: 245). حق داشــتن وکیل اساســاً از ماده ۱۴ (۳) (د) میثاق ناشی می‌شود که تضمین می‌کند متهم حق دارد شخصاً یا به وسیله وکیل منتخب خود از خود دفاع کند. کمیته حقوق بشــر اعلام کرده اســت که منافع عدالت مستلزم تعیین وکیل برای متهم حتی در جایی اســت که او بخواهد از خودش دفاع کند (General Comment No.32,

37 :2007). اصل سی و پنجم قانون اساسی این حق را در مرحله رسیدگی در دادگاه‌ها به رسمیت شناخته است، اما در مرحله تحقیقات مقدماتی به سکوت برگزار شده است (صابر، ۱٤۰۱: ۲٤٥). مواد ۱۹۰ و ٤۸ قانون آیین دادرسی کیفری به حق داشتن وکیل و حضور در مرحله تحقیقات مقدماتی اشاره نموده اشت. هم‌چنین در ماده ۳٤٦ و تبصره آن و ماده ۳٤۷ قانون مذکور، پیش‌بینی مناسبی در جهت به رسمیت شناختن حق اشخاص در به همراه داشتن وکیل در تمام امور کیفری و در کلیه مراحل دادرسی اتخاذ شده است.

کاربرد حق برخورداری از وکیل برای اتباع بیگانه که قادر به تکلم به زبان رسمی کشور (فارسی) نیستند نیز ضروری است؛ زیرا در چنین شرایطی امکان دور شدن از فضای دادرسی منصفانه و نادیده گرفته شدن حقوق دفاعی متهم بیشتر است. بدیهی است جایی که متهم قادر به درک زبان دادگاه نیست و با بهره‌مندی از مترجم بخواهد خودش را در دادگاه معرفی یا ارائه کند، صلاحیت و کارآمدی مترجم او نقش مهمی در کارآیی دفاع او ایفا می‌نماید. علاوه بر این، حتی در مواردی که چنین فردی وکیلی انتخاب می‌کند که او را معرفی و نمایندگی کند، توانایی او برای برقراری ارتباط با وکیل (اگر وکیل به زبان متهم صحبت نکند)، کاملاً به مترجم وابسته است. با توجه به این‌که ارتباط مؤثر با وکیل برای احقاق حق کلی بر وکیل اهمیت فوق‌العاده‌ای دارد (ارتباط برای استراتژی دفاعی و هم‌چنین آماده‌سازی دفاع بوسیله وکیل ضروری است)، در نتیجه توانایی و صلاحیت مترجم پیش‌شرط ضروری برای تحقق و عملی-ساختن آن حق است. به علاوه، بررسی جزئیات حق بر وکیل به درک حق خود بر برخورداری از مترجم کمک می‌کند. آن ها از برخی جهات اساسی بسیار مشابه هستند و قواعدی که به حق برخورداری از وکیل مربوط می‌شود، اغلب می‌تواند با ارجاع به موضوعات مشابهی که مستلزم مترجم است، بسیار متقاعدکننده باشد. به عنوان مثال، از آن‌جایی که وکیل مدافع با توجه به حق متهم برای داشتن امکانات کافی برای دفاع، «تسهیلات» تلقی می‌شود، این حق احتمالاً مترجمان را نیز در بر می‌گیرد. به این ترتیب، مترجمان می‌توانند بر تحقق مؤثر حق برخورداری از وکیل تأثیر بگذارند و این حق می‌تواند بر قوانین مربوط به استفاده از مترجمان مؤثر داشته باشد.

۸-۲. حق احضار و پرسش از شهود له و علیه خود

حق متهم برای احضار و سؤال از شهود مظهر برابری سلاح‌ها و اصل تساوی ابزارها و امکانات است. این حق به متهم «قدرت قانونی مشابه دادستان برای وادارکردن شهود به حضور» به متهم اعطا می‌کند. ماده ١٤ (٣) (ه) میثاق متهم را محق می‌شمارد «از شهودی که علیه او شهادت می‌دهند سؤال کند و شهودی که له او شهادت می‌دهند با همان شرایط شهود علیه او احضار و از آن‌ها سؤال شود». قانون‌گذار در ماده ۱۰۰ قانون آیین دادرسی کیفری به صراحت از حق شاکی در ارائه گواه سخن می‌راند، اما چنین تصریحی در خصوص متهم وجود ندارد و تنها در ماده ۲۰٤ حق معرفی شخصی که حضورش را بازپرس ضروری بداند برای همه طرف‌ها از جمله متهم و وکیل وی مقرر نموده است. قانون‌گذار در خصوص برخورداری متهم از حق پرسش و پاسخ از شهود در مرحله تحقیقات مقدماتی مقرره صریحی ندارد، اما حق احضار و پرسش از شهود در مرحله محاکمه مطابق مواد ۳۲٦، ۳۲۸ و ۳۵۹ و بند ث آن محقق می‌شود.

مواد ۲۰٦، ۲۰۷ و بند الف ماده ۲۱٤ بر تحقیق از شهود بدون حضور متهم و به صورت غیرعلنی و عدم مواجهه حضوری تأکید دارد، اما مواجهه شهود با متهم با سه شرط ضرورت، بیان دقیق تدابیر حمایتی از شهود و عدم منافات این تدابیر حمایتی با حقوق متهم بلامانع است. هر چند دسترسی متهم به اطلاعات برای ارائه دفاعی مناسب ضروری است اما قانون‌گذار در خصوص حق دسترسی به ادله مرتبط با شهادت شهود در مرحله تحقیقات بر خلاف مرحله محاکمه مطابق ماده ۳۳۰ سکوت اختیار نموده است.

ماده ١٤ (٣) (ه) میثاق برای متهم این امکان را فراهم می‌کند که شهود خود را معرفی و از شهود مخالف سؤال کند و هم‌چنین به متهم حق دسترسی به سایر مدارک مرتبط با شهود در شرایطی مشابه دادستان فراهم می‌نماید. از این رو، حق بررسی شواهد مستلزم سه حق مجزا، حق احضار شهود، حق رویارویی با شهود و در نهایت حق دسترسی به ادله مرتبط می‌شود. متهم حق دارد شهودی را که «مرتبط با دفاع هستند» احضار کند. متهم هم‌چنین حق «سؤال پرسیدن» از شهودی را دارد که توسط مقام تعقیب یا طرف مقابل احضار شده‌اند.

حق پرسش از شهود و بررسی شواهد توسط متهم نه تنها احتمال کشف حقیقت واقعی وضعیت را بیشتر می‌کند بلکه هم‌چنین تضمین می‌کند که متهم مشارکت فعال در دادرسی دارد و نه یک موضوع منفعل. افزون بر این توانایی اعتراض به شواهد و ارائه مدارک متقابل برای حمایت از حق رسیدگی ترافعی ضروری است؛ لذا در مواردی که متهم نمی‌تواند به زبان دادگاه صحبت کند، تحقق هر یک از این اهداف احتمالاً به کمک مترجم نیاز دارد. همان‌طور که دسترسی به ادله مرتبط با شهادت شهود به دفاع اجازه می‌دهد تا خط پرسش خود را بهتر بیان کند، مشارکت فعال متهم در این فرایند تضمین می‌کند که اطلاعات فرضی آن‌ها از حادثه زمینه‌ای به کشف حقایق ارزشمند کمک می‌کند. در واقع، انگیزه‌های نهفته در حق بازجویی از شهود لزوماً مستلزم مشارکت متهم در طول دادرسی است. بدیهی است در مواردی که متهم زبان دادگاه را نمی‌فهمد، این مشارکت تنها از طریق استفاده از مترجم صلاحیت‌دار حاصل می‌شود. با این حال، صرف وجود یک مترجم برای تضمین مشارکت مؤثر متهم ناتوان زبانی در روند بازجویی از شهود مقام تعقیب کافی نیست. در عوض ترجمه ارائه شده توسط مترجم باید به استاندارد بسیار بالایی برسد. هر چیزی کمتر از یک ترجمه جامع برای برآوردن هدف اساسی یعنی دخالت متهم و نظارت فعالانه او بر شهادت شهود، کافی نخواهد بود؛ بنابراین به حق متهم برای پرسش از شهود، استفاده از تکنیک ترجمه جامع که توسط یک مترجم مجرب و ماهر انجام می‌شود را ضروری می‌شمارد. در مواردی که متهم بخواهد از طرف خود شاهدی را که به زبان دادگاه صحبت نمی‌کند احضار کند، احتمالاً همین امر صادق است.

ترجمه باید به اندازه‌ای دقیق باشد که حقیقت‌یاب بتواند شواهد را به گونه‌ای ببیند که گویی در اصل به زبان دادگاه شهادت داده‌اند؛ لذا به‌کارگیری مترجم فاقد صلاحیت یا استفاده از خلاصه شواهد، وضعیتی را ایجاد می‌کند که در آن حق متهم برای احضار شهود در سطحی برابر با دادستان که مدارک خود را با جزئیات کامل و بدون نقص ارائه کرده‌اند، محقق و عملی نخواهد شد. به این ترتیب، حق متهم برای سؤال پرسیدن و تحقیق از شهود تا حدی با توانایی مترجم دادگاه و جامعیت ترجمه مرتبط است.

۹-۲. حق حضور در دادرسی

یکی از الزامات اساسی در یک دادرسی منصفانه که با اصل برابری طرف‌های دعوا ارتباط دارد، حق حضور متهم در رسیدگی‌های کیفری است (توسلی‌نائینی و دیگران، ۱۳۹۵: ۸۰). حضور به معنای دانش و آگاهی، لزوماً با حضور فیزیکی همراه نیست، بلکه شامل درک متهم از روند رسیدگی است که او را قادر می‌سازد تا تصمیمات آگاهانه‌ای در خصوص پرونده خود اتخاذ نماید. حق ترجمه به حق حضور وابسته است. اگر حضور در دادرسی بدون ترجمه واقعی دادرسی حاصل شود، در نتیجه طرح موضوع انکار و سلب حق ترجمه بیهوده به نظر می‌رسد.

حق حضور متهم یا وکیل او در فرایند دادرسی به عنوان عنصری مهم و انکارنشدنی در زمینه ارائه یک دفاع مناسب به صراحت در اسناد حقوق بشری به رسمیت شناخته شده است. طبق ماده ١٤ (٣) (د) میثاق، هر متهمی حق دارد در محاکمه حاضر شود. حتی در مواردی که وکیل اختیار می‌شود، در اکثر شرایط، متهم حق حضور دارد و این حق مسلماً برای کل محاکمه اعمال می‌شود (HRC, 1998: 18.9). البته تصمیم متهم مبنی بر عدم حضور در محاکمه، صرف‌نظر از حق تلقی می‌شود (HRC, 1983: 14.1). به این ترتیب، حق محاکمه در حضور شخص مطلق نیست. فراری بودن متهم، اخراج متهم از جلسه دادرسی به صلاحدید دادگاه، اعراض یا امتناع متهم از حضور به رغم ابلاغ روز و مکان دادرسی دلایلی هستند که مبنای تجویز محاکمات غیابی است (Vitkauskas & Dikov, 2017: 70).

در نظام حقوقی ایران، با نگاهی به مواد ۳٤۲ و ۳٤٥ قانون آیین دادرسی کیفری می‌توان اصل حضوری بودن دادرسی را شناسایی کرد. قانون‌گذار در ماده ۱۰۰ حضور شاکی در مرحله تحقیقات بازپرسی را به رسمیت شناخته، اما چنین حقی برای متهم به صراحت تضمین نشده است. قانون‌گذار هیچ صراحتی بر این که متهم بتواند در طول تحقیقات اظهارنظر داشته باشد ندارد و مطابق ماده ۲٦۲ تنها پس از پایان تحقیقات و وجود دلایل کافی بر وقوع جرم، متهم یا وکیل او احضار می‌شوند و می‌توانند به عنوان آخرین دفاع، هر اظهاری را بیان دارند. از این مقرره، می‌توان به تضمین دادرسی حضوری و الزامات آن اذعان نمود.

از نظر دسترسی به عدالت، زمانی که متهم فرصتی برای مشارکت مؤثر در دادرسی ندارد، دسترسی به عدالت را نمی‌توان تضمین کرد.

در نگاه اول به نظر می‌رسد که استفاده از مترجم تأثیر کمی بر حق حضور داشته باشد. با این حال، مفهوم حضور ممکن است آن‌قدر که به نظر می‌رسد محدود نباشد. حق حضور مستلزم سطح لازم درک و مشارکت در خود محاکمه است. مترجم مشارکت فعال متهم در محاکمه را تضمین می‌کند (Nartoska, 2016: 10). متهمی که برای درک زبان دادگاه و در نتیجه روند محاکمه به مترجم نیاز داشته باشد، بدون بهره‌مندی از کمک مترجم مطابق با ماده ١٤(٣) (د) میثاق واقعاً در دادرسی حضور نخواهد داشت. با در نظر گرفتن این موضوع است که برخی از دادگاه‌های ملی از ضرورت حضور زبانی و هم‌چنین حضور فیزیکی در ذیل حق صحبت کرده‌اند (De Jongh, 2008: 21). صرف‌نظر از این‌که چنین حقی برای حضور زبانی وجود دارد یا خیر، الزامات آن با سایر جنبه‌های حق بر دادرسی عادلانه هم‌خوانی دارد. به عبارت دیگر، با اعطای یک مترجم صلاحیت‌دار به متهم که طبق ماده ١٤(٣) (ه) لازم است و تضمین مشارکت مؤثر او در دادرسی بر مبنای برابر با مقام تعقیب طبق ماده ١٤(١) میثاق، مقتضیات و الزامات حضور زبانی نیز احتمالاً برآورده شود. با این حال توجه به این نکته مهم است که حق کلی بر داشتن یک مترجم مجرب و صلاحیت‌دار بیشتر توسط حق متهم برای حضور در دادگاه تقویت می‌شود، و علاوه بر این، یک مترجم فاقد صلاحیت نیز ممکن است در نقض این حق همراه با بسیاری از دیگر حقوق دادرسی عادلانه نقش داشته باشد.

۳. پیامدهای ارزیابی ارتباط حق بر ترجمه با دیگر حقوق شکلی در چارچوب نظام کیفری ایران

دادرسی‌های کیفری داخلی یک رویداد بزرگ است که در آن متهم ممکن است با جزای نقدی، بدنامی، سابقه کیفری، محرومیت از آزادی و حتی از دست‌دادن حیات روبه‌رو شود. وقتی متهم با دادگاه زبان مشترکی نداشته باشد، لایه‌ای از استرسی و نگرانی ایجاد می‌شود. برای کاهش این نگرانی، حق داشتن مترجم در بسیاری از معاهدات حقوق بشری، اسناد کیفری بین‌المللی و قانون آیین-دادرسی کیفری پیش‌بینی شده است.

حق داشتن مترجم اساساً یک حق رویه‌ای است که از حق محاکمه عادلانه ناشی می‌شود. حق بر ترجمه که در زیر چتر حق دادرسی منصفانه قرار می‌گیرد، به‌رغم این‌که در موارد متعددی از نظر قضایی به عنوان یک امر فرعی یا ثانوی تلقی شده است، اما عامل حیاتی برای اعمال مؤثر برخی اصول دادرسی منصفانه مانند حق حضور، حق دفاع مؤثر، رویارویی با شهود و داشتن زمان و امکانات کافی برای تهیه دفاع هستند. با این حال محاکم تمایل ندارند که انکار حق بهره‌مندی از خدمات ترجمه را فی‌نفسه به عنوان بطلان یک حق اصلی یا ماهوی تلقی کنند بلکه به عنوان نفی دادرسی عادلانه تلقی می‌کنند (Brown-Blake, 2006: 394). عدم وجود مترجم در مرحله تحقیقات مقدماتی و دادرسی متعاقب آن برای متهمی که قادر به درک روند رسیدگی نیست از نظر حقوقی بی‌نظمی جدی در دادگاه تلقی می‌شود و می‌تواند آثار مخربی به همراه داشته باشد و عادلانه بودن دادرسی را زیر سؤال ببرد.

مترجمان تنها واسطه انتقال یا افراد نامرئی در دادگاه نیستند، بلکه مشارکت‌کنندگان فعال و مستقل در دادرسی هستند که امکان برقراری ارتباط مؤثر در دادگاه را فراهم می‌کنند و دادگاه را در روند احراز حقیقت و رویه قضایی حمایت می‌کنند. از آن‌جا که مشارکت‌کنندگان در هر مرحله از دادرسی کیفری برای غلبه بر موانع زبانی به مترجمان متکی هستند، کیفیت تصمیمات، مشاوره و احکام تا حدی به کیفیت اطلاعات ترجمه شده بستگی دارد. واضح است که بین نتیجه یک پرونده و کار مترجمان درگیر پیوند وجود دارد، اگر چه ترجمه تنها یکی از عوامل پیچیده در هر پرونده است (Gentile et al, 1996: 111).

ترجمه‌های ارائه شده در دادسراها و دادگاه همیشه قابل اعتماد نیستند؛ چرا که معمولاً از کارکنان و پرسنل خود دادسرا از قبیل مدیر دفتر برای ترجمه و تفهیم اتهام استفاده می‌شود. متهم لزوماً در موقعیتی نیست که بتواند کیفیت ترجمه را ارزیابی کند. هر چند ماده ۳ اصلاحی قانون راجع به ترجمه اظهارات و اسناد در محاکم و دفاتر رسمی شرایطی برای مترجمان رسمی مقرر نموده است[1]، اما در عمل در نظام حقوقی

---

۱. بر اساس مقرره فوق، برای اعطای پروانه مترجمی رسمی متقاضیان باید شرایط ذیل را داشته باشند: داشتن حداقل ۲۵ سال سن، موفقیت در آزمون و اختیار علمی و کتبی، نداشتن پیشیه مؤثر کیفری، عدم اشتهار به فساد اخلاقی عقیدتی، عدم اعتیاد به مواد مخدر، عدم محکومیت به انفصال از خدمات دولتی و مورد وثوق و اعتماد باشد.

ایران، مترجم شـــرایط خاصی لازم ندارد، بلکه تنها کافی اســـت به زبان بومی متهم و زبان کاری دادگاه‌ها (فارسی) تسلط داشته باشد.

میزان خطای مترجمان آموزش دیده به اندازه‌ای بالاست که استفاده از آن‌ها را در برخی شرایط خطرناک‌تر از نبود مترجم می‌کند. مترجم به متهم و دادگاه احساس امنیت کاذب می‌دهـــد که ارتباطات زبانی را به طور دقیـــق محقق می‌نماید (ITIA, 1999). علاوه براین، موضوع ســـوگیری مترجم نیز مطرح اســـت. دادگاه بایستی به محض این‌که متوجه شـــود که ترجمه ناقص است، دادرســـی را متوقف کند و هیچ ارزشـــی برای آن جنبه خاص از مدارک قائل نباشد و علیه متهم از آن استفاده ننماید. عملکرد یک مترجـــم می‌تواند نه تنها حقوق متهم را در خود محاکمه، بلکه هم‌چنین حـــق تجدیدنظرخواهی را که برای تضمین اجرای مؤثر همین حقوق اســـت تضعیف کند. از این رو، ترجمه باید متناســـب و کافی باشد. کفایت ترجمه باید با معیاری که متهم را قادر می‌سازد تا پرونده علیه خود را درک کند و با دفاع از طریق ارائه روایت خود از وقایع به دادگاه، ارزیابی شود. ترجمه غیر حرفه‌ای و اشتباه می‌تواند موقعیت متهم را در دادگاه به خطر اندازد. مواد ۲۰۰ و ۳٦۷ تصریح می‌کند که متهم حق دارد از کمک یک مترجم مورد وثوق بهره‌مند شود. این مسؤولیت دادگاه است که اطمینان حاصل کند که ترجمه با استانداردها مطابقت دارد. دیوان اروپایی حقوق بشر در قضیه کاماسینسکی اعلام داشت که تعهد مقامات به تعیین مترجم محدود نمی‌شود، بلکه به قضاوت در مورد صلاحیت مترجم و کیفیت مناسب ترجمه او نیز تسری پیدا می‌کند (ECHR, 1989: para.74). دلیل این امر تضمین این مســـأله اســـت که حق کمک رایگان مترجم طبق قانون آیین دادرســـی کیفری ایران عملی و مؤثر خواهد بود. این یک نتیجه منطقی است؛ زیرا در غیر این صورت حق کمک مترجم به سختی تضمینی خواهد بود.

٤. مستندات حق بر ترجمه در رویه قضایی ایران

به‌رغم این‌که قوانین و مقررات داخلی به حق شـــخص متهم بر کمک مترجم رایگان اذعـــان دارند، اما رویه قضایی چندانی در این خصوص دیده نمی‌شـــود. در حکم شـــماره ۵۹۵- ۱۳۲۸/٤/٦ و شـــماره ۱/٤۹- ۱۳۲۸/۷/۱۳ شعبه دوم دیوان عالی کشور مقرر شده است اگر دیوان کیفری از نظر این‌که متهم فارسی نمی‌داند برای او

مترجم گرفته باشـــد ولی جریان تحقیقات اولیه بازپرس و غیره بدون وجود مترجم به عمل آمده باشد چنین حکمی قانونی نخواهد بود. دیوان عالی در حکم شماره ۴۰۳۸ /۹۹۲–۱۳۰۸/۸/۸ نیز اذعان داشـــت: هرگاه از مجموع مندرجات پرونده آشـــنا بودن متهم به زبان فارســـی محرز نباشد و محکمه مطابق ماده ۳۹۸ قانون اصول محاکمات جزایی اقدام نکرده و مترجمی برای متهم تعیین ننماید، حکم صادره علیه متهم نقض می‌شـــود؛ اما هیأت عمومی دیوان عالی در حکم شـــماره ۱۱۸۶ مورخ ۱۳۲۹/۵/۱۷ و شـــماره ۳۰ مورخ ۱۳۳۰/۱/۱۵ بیان داشـــت عدم تعیین مترجم و دعوت مترجم در مراحل تحقیقاتی در صورتی که رســـیدگی در دادگاه با حضور مترجم به عمل آمده باشد موجب نقض حکم نخواهد بود. هم‌چنین هرگاه محکمه تشخیص دهد که متهم تا حدی زبان فارســـی می‌داند در این صورت عدم تعیین مترجم و ترتیب اثر دادن به اقاریر متهم نزد مســـتنطق و صدور حکم به ضمیمه شـــواهد و قرائن دیگر مخالف با اصل نخواهد بود (حکم شماره ۸۵۸/٤٤٤– ۱۳۱۰/۷/٤).

شـــعبه دوم دیوان عالی کشور در حکم شـــماره ۱۱/۲۵۸–۱۳۲۰/۱۱/۳۰ مقرر داشت: ماده ۳۹۷ قانون آیین دادرسی کیفری سابق که تعهد مترجم را برای عدم تغییر در اظهارات متهم یا مطلع لازم دانســـته، مربوط به رسیدگی و تحقیقاتی است که در دادســـگاه به عمل می‌آید و برای این‌که بازپرس نیز در هنگام تحقیقات مقدماتی چنین تکلیفی داشته باشد دلیل خاصی لازم است و چنین دلیلی موجود نیست. شعبه پنجم دیوان عالی در احکام شـــماره ۲۲۰۰–۱۳۱۹/٤/۳۱ و ۸۳٦–۱۳۲۷/۳/۳۰ بیان داشـــت: مترجم قبل از شـــروع به ترجمه بایستی متعهد شود که در اظهارات متهم تغییر ندهد. بنابراین، اگر چنین تعهدی از مترجم گرفته نشـــده باشـــد حکم صادره قانونی نخواهد بود. در احکام صادره بیشـــماری در دیوان عالی مقرر شده است که اگر تعهد مترجم در دادگاه به عدم تغییر مطالب و اظهارات متهم رعایت نگردد تخلف از این تعهد در رسیدگی و قانونی بودن حکم مؤثر و باعث نقض حکم خواهد بود (بروجردی عبده، ۱۳۸۱: ۲۳۳).

بر اســـاس حکم شـــماره ۵٦۰/۳۵٤–۱۳۱۰/٤/۱٤ دیوان عالی، اگر محکمه به اظهارات متهم در مرحله اســـتنطاق استناد کند ولی متهم اظهارات مذکور را به واسطه آشنا نبودن به زبان فارسی از خود نفی نماید و ضمناً از محکمه درخواست مترجم کند

و محکمه این تقاضا را پذیرفته و مترجم برای او معین کرده باشد؛ با این حال استناد محکمـــه به اظهارات متهم در تحقیقات بدون ذکر دلیلی بر رد مدافعه او دائر بر عدم صدور اظهارات مذکور از خود مخالف اصل محســـوب و موجب نقض حکم است. این یافته همچنین در رأی اصراری شـــماره ۱۰۰/۱٤۰۲–۱٤۰۱/۵/۱۰، شعبه ۳۲ دیوان عالی کشـــور مورد تصدیق قرار گرفته است. دیوان، عدم تفهیم اتهام به زبان کُردی به متهم سقزی را موجب نقض رأی دانست (پیری، ۱٤۰۳: ۱۰۰).

اداره حقوقی قوه قضائیه در نظریه شماره ۲/٦۲۸۹ مورخ ۱۳٦۹/۱۱/۱٤ معتقد است چنانچه دادرس دادگاه بتواند پی به معنای اظهارات متهم یا شهودی که فارسی نمی‌دانند یا افراد کر یا لال ببرد نیازی به اســـتفاده از مترجم و اهل خبره نیســـت. اما از ظاهر مواد ۲۰۱ و ۳٦۸ ق.آ.د.ک چنین اســـتنباط می‌شود که چنانچه متهم یا شهود فارسی ندانند یا کر یا لال باشند، به‌کارگیری مترجم و اهل خبره از سوی دادگاه الزامی است؛ هر چند دادرس دادگاه بتواند پی به معنای اظهارات آن‌ها ببرد.

نظریه مشورتی شماره ۷/۹٤/۱٦۷٤–۱۳۹٤/٦/۲۸ اداره حقوقی قوه قضائیه بیان می‌دارد در فرضی که متهم قادر به سخن گفتن به زبان فارسی نباشد و بازپرس نیز به لحاظ عدم دسترســـی به مترجم نتواند از وی تحقیق نماید با استفاده از طریق مطمئن که امکان‌پذیر باشـــد (ولو استفاده از وسایل ارتباطی الکترونیک و مخابراتی) بازپرس می‌باید به نحوی که امکان بیان مقصود وی (ســـؤالات و تفهیم اتهام) برای متهم و نیز اخذ پاســـخ و دفاعیات وی فراهم باشـــد شخصاً یا با استفاده از اشخاص مورد وثوق نســـبت به تحقیق از متهم و صدور قرار تأمین مناســـب اقدام نماید و لذا صرف عدم دسترسی به مترجم مجوز ادامه بازداشت متهم و عدم تفهیم اتهام نمی‌باشد. هم‌چنین دـــر صورتی که به هیچ طریق امکان ترجمه اظهارات متهم وجود نداشـــته باشـــد و بازپرس به زبان متهم آشـــنایی دارد احراز هویت متهم و تفهیم اتهام به وی و صدور قرار تأمین از متهم توســـط بازپرس بلااشـــکال است؛ زیرا هدف از استفاده از مترجم مورد وثوق اطمینان بازپرس به صحت ترجمه اســـت و این هدف زمانی که بازپرس زبان متهم را می‌داند به طریق اولی محقق خواهد شد.

برآمد

۱- با توجه به مطالب گفته شـــده، به نظر می‌رسد که ظرفیت لازم برای توجه به تنوع زبانی و حق بر مترجم در قانون اساســـی و قانون آیین دادرسی کیفری وجود دارد. در حالی که بی‌توجهی به این تنوع زبانی می‌تواند منشأ بروز نقض حقوق شکلی دادرســـی منصفانه و حقوق دفاعی متهم شـــود، توجه بایسته به آن می‌تواند موجب اســـتفادهٔ بهینه از تمام ظرفیت‌های موجود در جهت تضمین فرایندها، بهبود ســـاختار حقوقی و تقویت حاکمیت قانون شود.

۲- از بررسی تأثیر حق بر ترجمه در تحقق اصول دادرسی عادلانه این نتیجه اجتناب‌ناپذیر می‌باشـــد که حق بر ترجمه با تمامی اصول دادرسی عادلانه و حقوق دفاعی متهم ارتباط تنگاتنگی دارد؛ زیرا در ســـایه برخورداری از این حق اســـت که شـــرایط برای تضمین دیگر حقوق شکلی فراهم می‌شود. این اصول ارتباط تنگاتنگی با هم دارند و مکمل یکدیگرند. بنابراین، هنگامی می‌توان در فرایند دادرســـی-های کیفری از یک دادرســـی عادلانه ســـخن به میان آورد که در رعایت و تضمین حق بر ترجمه در جریان رسیدگی شبهه‌ای وجود نداشته باشد. ناتوانی در درک زبان دادگاه و به تبع آن عدم پاســـخگویی به مســـائلی که توسط مقام تعقیب علیه وی مطرح شده می‌تواند شانس متهم در دادرسی کیفری را کاهش دهد؛ زیرا متهم به دلیل ناتوانی از درک اتهام‌های وارده و عدم توانایی در دفاع از خود، نمی‌تواند از تضمین‌های دادرسی منصفانه بهره‌مند شود.

۳- عناصر مختلف حق دادرسی عادلانه در نظام کیفری ایران جنبه‌های دارد که می‌توانـــد تحت تأثیر عملکرد مترجم قرار گیرد یا خـــود بر عملکرد مترجم تأثیر گذارد. در این نوشـــتار مهم‌ترین جنبه‌های حق دادرســـی عادلانه که در نظام قضایی ایران شناسایی شده است بررسی شد؛ تضمین‌هایی مانند حق داشتن زمان و تسهیلات کافی برای آماده‌سازی دفاع، حق دادرسی ترافعی و حق بازجویی شهود ابزاری برای اثربخشی به حمایت‌های دادرسی عادلانه هستند. بسیاری از حقوقی که تشریح گردید، تأکید زیادی بر درک متهم و مشارکت مؤثر در محاکمه جاری دارند.

۴- مترجم تنها امید متهم ناتوان زبانی برای درک یا مشارکت در دادرسی است و تحقق این حقوق کاملاً به عملَکرد مترجم بستگی دارد. خطای مترجم می‌تواند حق

متهم بر داشتن مترجم و بسیاری از دیگر حقوق محاکمه عادلانه فردی و هم‌چنین عادلانه بودن کل دادرسی را تضعیف کند. توانایی مترجم برای قادرساختن متهم برای حضور و شرکت در محاکمه، آن را برای اجرای عدالت حیاتی می‌کند؛ از این رو نمی‌توان از آن صرف‌نظر کرد؛ مگر با عمل اختیاری و داوطلبانه متهم؛ با این حال، به نام عدالت، دادگاه ممکن است بر ترجمه پافشاری کند حتی زمانی که متهم از حق خود صرف‌نظر نماید.

۵- اصل تساوی سلاح‌ها حکم می‌کند که متهم در موقعیتی برابر با مقام تعقیب و هم‌چنین سایر متهمان مشابه قرار گیرد. از آنجا که هم نهاد تعقیب و هم متهمان دارای صلاحیت زبانی قادر به درک و برقراری ارتباط آزادانه با دادگاه هستند، ترجمه باید تا آنجا که ممکن است، متهم را در یک موقعیت مشابه قرار دهد. برای تحقق و اجرای مؤثر دادرسی عادلانه، ترجمه جامعی از دادرسی و شواهد لازم است. حق برخورداری از امکانات و تسهیلات کافی و الزام به اطلاع متهم از اتهامات به طور مفصل برای تدارک دفاع، ضرورت ترجمه جامع را به مراحل مقدماتی نیز گسترش می‌دهد؛ زیرا مشارکت مؤثر متهم در تدارک دفاع از خود مستلزم سطح مشخصی از درک است؛ بنابراین ترجمه جامع و استاندارد از نظر قانونی برای تحقق و اجرای مؤثر حق کلی دادرسی عادلانه ضروری است. با پذیرش استاندارد بالا، انتظارات حقوقی از مترجمان دادگاه افزایش می‌یابد و خطای مترجم نیز افزایش می‌یابد.

فهرست منابع

الف. فارسی

* احمدی، امیر و یوسفی، یاسر (۱۴۰۲)، «**تحلیل فقهی و حقوقی اصول دادرسی منصفانه در رسیدگی به تخلفات اعضای هیئت علمی**»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۷، شماره ۱۲۳.

* اردبیلی، محمدعلی (۱۳۸۵)، «**تفهیم اتهام یا حق اطلاع از موضوع و دلایل اتهام**»، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۴۲.

* اشرافی، ارسلان (۱۳۹۸)، «**اصل تساوی سلاح‌ها در حقوق ایران با تأکید بر قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲**»، پژوهش‌نامه حقوق فارس، شماره ۲.

* پیری، حیدر (۱۴۰۲)، «**تأثیر تنوع زبانی و حق بر ترجمه در تحقق دادرسی عادلانه در دادرسی‌های کیفری بین‌المللی**»، آموزه‌های حقوق کیفری، شماره ۲۵.

* پیری، حیدر (۱۴۰۳)، «**حق بر ترجمه در حقوق کیفری ایران؛ واکاوی چالش‌ها از تقنین تا اجرا**»، آموزه‌های حقوق کیفری، شماره ۲۷.

* توسلی‌نائینی، منوچهر و دیگران (۱۳۹۵)، «**اصل برابری سلاح‌ها در مرحله تحقیقات مقدماتی در قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ و اسناد بین‌المللی حقوق بشر**»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۹۴.

* خرمیان، علی و دانشورثانی، رضا (۱۴۰۰)، «**تساوی سلاح‌ها از منظر فقه و قوانین جمهوری اسلامی ایران**»، مطالعات فقه و حقوق اسلامی، شماره ۲۵.

* راسته، مرتضی و دیگران (۱۴۰۱)، «**هم‌سنجی مؤلفه‌های دادرسی علنی در نظام بین‌المللی حقوق بشر و نظام دادرسی کیفری ایران**»، مجله پژوهش‌های حقوق جزا و جرم شناسی، شماره ۲۰.

* رحیمی‌نژاد، اسماعیل (۱۳۸۷)، **کرامت انسانی در حقوق کیفری**، تهران: میزان.

* زراعت، عباس و اشرافی، محمود (۱۳۹۷)، «**اصل ترافعی بودن محاکمات کیفری در حقوق ایران**»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۱۰۱.

* صابر، محمود (۱۳۸۸)، «**معیارها و تضمین‌های دادرسی عادلانه در مرحله تحقیقات**»، پژوهش‌های حقوق تطبیقی، شماره ٤.

* صابر، محمود (۱۴۰۱)، **آیین دادرسی دیوان کیفری بین‌المللی**، تهران: دادگستر.

* طه، فریده و اشرافی، لیلا (۱۳۸٦)، **دادرسی عادلانه**، تهران: میزان.
* فتحـــی، محمدجواد و دادیار، هادی (۱۳۹۲)، «**جایگاه دادستان در سیاست جنایی نوین و الزامات دادرسی عادلانه**»، مطالعات حقوق تطبیقی معاصر، دوره ٤، شماره ۷.
* فضائلـــی، مصطفی (۱۳۹۲)، **دادرســـی عادلانه در محاکمات کیفری بین‌المللی**، تهران: شهر دانش.
* فلاح‌زاده، علی‌محمد (۱۳۹۲)، «**تحولات حق استماع در حقوق اداری انگلستان و ایران**»، پژوهش حقوق عمومی، شماره ٤۱.
* قائدی، ســـعید (۱٤۰۳)، «**مبانی و اصول حاکم بر بازتعقیب متهم**»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۸، شماره ۱۲۷.
* همتی، مجتبی (۱۳۹۵)، «**تحلیل قانون دیوان عدالت اداری از منظر استانداردهای خاص دادرســـی منصفانه اداری؛ با نگاهی به رویه دادگاه اروپایی حقوق بشر**»، پژوهش حقوق عمومی، شماره ۵۵.

ب. انگلیسی

Books & Articles

* Brown-Blake, Celia (2006), **"Fair Trial, Language and the Right to Interpretation"**, International Journal on Minority and Group Rights, Vol.13.
* De Jongh, Elena (2008), **"Court Interpreting: Linguistic Presence v. Linguistic Absence"**, Florida Bar Journal, Vol.82.
* Dijk, P.Van; G.J.H. Van Hoof (1998), Theory and Practice of The European Convention on Human Rights, London, SIM.
* Gentile, A; Ozolins, U; Vasilakakos, M. (1996), **Liaison Interpreting: A Hand Book**, Melbourne University Press, Melbourne.
* LaVigne, M., & Vernon, M. (2003), **"An Interpreter Isn't Enough: Deafness, Language, and Due Process"**, Wisconsin Law Review.
* McEvoy, Gearóidín (2023), **"Language Proficiency and the Right**

to an Interpreter when Accessing a Fair Trial", The International Journal for Translation & Interpreting Research, Vol.15, No.2.

❋ Nartowska, Karolina (2016), **"The Role of the Court Interpreter: A Powerless or Powerful Participant in Criminal Proceedings?"**, in: The Interpreters' Newsletter, No.20, Trieste, EUT Edizioni Università di Trieste.

❋ Nowak, M. (2005), **U.N. Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary**, Kehl: Engel.

❋ Schomburg, W. (2009), **"The Role of International Criminal Tribunals in Promoting Respect for Fair Trial Rights"**, Northwestern Journal of International Human Rights, Vol.8.

❋ Trechsel, S. (2005), **Human Rights in Criminal Proceedings**, Oxford University Press.

❋ Vitkauskas Dovydas; Dikov, Grigory (2017), **Protecting the Right to a Fair Trial under the European Convention on Human Rights**, Strasbourg: Conseil of Europe.

❋ Weissbrodt, D. (2001), **The Right to a Fair Trial Under the Universal Declaration of Human Rights and the International Covenant on Civil and Political Rights**, The Hague: Nijhoff.

Cases & Documents

❋ HRC, Daniel Monguya Mbenge v. Zaire, Communication No.16/1977 (25 March 1983) U.N. Doc. CCPR/C/18/D/16/1977.

❋ HRC, Denroy Gordon v. Jamaica, Communication No.237/1987 (5 November 1992) U.N. Doc. CCPR/C/46/D/237/1987

❋ ECHR, Kamasinski v Austria, Judgment, No.9783/82, (19 December 1989).

❋ General Comment No.13 (Article 14, Administration of Justice),

HRC, 13 April 1984.

❋ General Comment No.32 on Article 14, HRC, UN Doc CCPR/C/GC/32, 2007.

❋ HRC, Gerald John Griffin v. Spain, Communication No. 493/1992 (4 April 1995) U.N. Doc. CCPR/C/53/D/493/1992.

❋ HRC, Becerra Barney v. Colombia, 2006.

❋ HRC, Orejuela v. Colombia, 2002.

❋ HRC, Yves Morael v. France, Communication No.207/1986 (28 July 1989) U.N. Doc. CCPR/C/36/D/207/1986.

❋ Irish Translators and Interpreters' Association (ITIA), Assuring Cultural Competence in Health Care: Recommendations for National Standards and an Outcomes-Focused Research Agenda (US Office of Minority Health 1999).

❋ HRC, Victor P. Domukovsky and others v. Georgia, 1998, Communications Nos. 623/1995, 624/1995, 626/1995, 627/1995 (6 April 1998) U.N. Docs. CCPR/ C/62/D/623/1995, CCPR/C/62/D/624/1995, CCPR/C/62/D/626/1995, CCPR/C/62/D/627/1995.

مجله حقوقی دادگستری

مقاله پژوهشی/ دوره ۸۹/ شماره ۱۲۹/ صفحات: ۲۹۱-۲۶۹
تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۶/۰۳ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۷/۲۳

گستره موضوعی مسؤولیت مدنی داور از حیث تصمیمات صادره از سوی او

محمدجواد چراغی[۱]، بهنام انصافی‌آذر[۲]، حکمت‌الله عسکری[۳]

چکیده

در قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی و قانون داوری تجاری بین‌المللی به صراحت و به طور دقیق مشخص نشده است که در صورت بروز تقصیر از ناحیه داور، آیا مسؤولیت مدنی وی منحصر به احکام صادره از سوی او است که در ماهیت دعوی صادر می‌شود و قاطع دعوی و فیصله دهنده خصومت است؛ یا به معنای مطلق تصمیمات و اقدامات داور در جریان رسیدگی و داوری است. این نوشتار با روش توصیفی تحلیلی در پاسخ به پرسش پیش‌گفته، نتیجه می‌گیرد که اگر مسؤولیت مدنی داور یا دیوان داوری را به «حکم» در معنای مقرر در ماده ۲۹۹ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی منحصر بدانیم، در عمل با نتایجی غیر منطقی که خلاف مبانی و اهداف اصول مندرج در مسؤولیت مدنی است مواجه خواهیم شد؛ قاعده «الخراج بالضمان»، نظریه تقصیر که رکن اصلی مسؤولیت مدنی داور می‌باشد و نیز ممنوعیت تجاوز به اموال اشخاص، در راستای تقویت این دیدگاه است.

واژه‌های کلیدی: داوری، رأی داور، تصمیمات داور، مسؤولیت مدنی داور، تقصیر.

---

۱. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، واحد شیراز، دانشگاه آزاد اسلامی، شیراز، ایران.
Mj.cheraghi94@gmail.com

۲. استادیار گروه حقوق خصوصی، واحد شیراز، دانشگاه آزاد اسلامی، شیراز، ایران (نویسنده مسؤول).
ensafy@gmail.com.

۳. استادیار گروه حقوق خصوصی، واحد شیراز، دانشگاه آزاد اسلامی، شیراز، ایران.
m.yahoo@askari_hekmat

درآمد

امروزه داوری به عنوان یکی از شـــیوه‌های رایج حل اختلاف میان اشخاص، به ویژه در تجارت بین‌المللی، به دلایلی نظیر تســـریع در رســـیدگی به دعوا، کاهش هزینه‌های دادرسی، اجتناب از آیین‌های رسیدگی پر پیچ و خم و امثال آن در دستگاه قضایی به کار می‌رود. از همین روی و نیز به لحاظ روند رو به افزایش اهمیت داوری در مقایســـه با گذشته، نظام‌های مختلف حقوقی ســـعی بر وضع و تصویب قوانین یا کنوانســـیون‌هایی به روز و کارآمد در داوری نموده‌اند. در این زمینه همواره سعی بر آن است که در رسیدگی از طریق داوری، طرفین دعوا از همان امتیازات و حقوقی که در دادرســـی‌های قضایی بهره‌مند می‌باشند، برخوردار گردند و لذا یکی از اقتضائات ترویج هرچه بیشتر نهاد داوری، جلوگیری از ورود برخی خسارات غیر قابل جبران و فراهم نمودن هرچه بهتر زمینه اجرای حکم است که این امر ممکن نمی‌شود، مگر از طریق پیش‌بینی امکان صدور قرارهایی همچون قرارهای تأمینی، دســـتور موقت و نیز ســـایر تصمیمات و اقدامات قابل اصدار توسط دادگاه، از سوی داور؛ که این موضوع در میان قوانین ما بدون هیچ دلیلی مغفول مانده است.

توضیح آن‌که، اگرچه مهم‌ترین تصمیم صادره از سوی مراجع قضایی «حکم» نام دارد، اما در کنار صدور حکم، دادگاه اقدام به اتخاذ تصمیمات دیگری هم می‌نماید که گرچه ممکن است شـــناخته شده نباشد، اما مهم و تأثیرگذار است. تصمیمات یاد شده به دو دسته کلی تصمیمات اداری و تصمیمات قضایی که در ماهیت دعوا صادر می‌شـــود و دعوا را فیصله می‌دهد، تقسیم می‌شـــوند. حال این پرسش به ذهن متبادر می‌گردد که آیا داور نیز مجاز به صدور کلیه تصمیمات عنوان شده می‌باشد یا خیر و دیگر پرسش مهم مطروحه در این خصوص، آن است که بر فرض صدور تصمیمات و یا قرارهای یاد شده از سوی داور، آیا اگر صدور این تصمیمات مطابق با قانون نبود و یا او در صدور آن‌ها مرتکب تقصیر شـــده باشد، می‌توان گفت وی واجد مسؤولیت مدنی اســـت. به عبارت دقیق‌تر، آیا مسؤولیت مدنی داور منحصر به احکام صادره در مورد ماهیت دعوی اســـت که قاطع دعوی و فیصله دهنده خصومت است یا به معنای مطلق تصمیمات و اقدامات صادره از سوی داور است که در جریان تحقیق و داوری اتخاذ می‌گردد؟ به ویژه آن‌که برخی با اســـتناد بـــه قضایی نبودن داوری و ابتنای اثر

موافقت‌نامه آن بر توافق طرفین، معتقدند که موافقت‌نامه داوری، قائم‌مقام طرفین و اشخاص ثالث مرتبط با آن‌ها را نیز در بر می‌گیرد[1] و لذا دامنه این مسؤولیت گسترش می‌یابد.

اهمیت بحث خصوصاً آن‌جا نمود می‌یابد که امکان یا عدم امکان صدور تصمیمات و اقدامات فوق در روند دادرسی، حقوق و وظایف طرفین داوری و نیز مسؤولیت مدنی داور که خود از اهمیت‌ویژه‌ای برخوردار است، تأثیرگذار بوده و دستیابی به راه‌حلی دقیق و منطقی در این باره نیز از ایجاد صدور آرای متهافت نزد حقوق‌دانان و رویه قضایی می‌کاهد.

جهت تفهیم هرچه بیشتر بحث و نیز به جهت رعایت حجم مطالب، در ابتدا به بررسی اصل مسؤولیت مدنی یا مصونیت داور در حقوق ایران و نیز امکان یا عدم امکان صدور قرارهای تأمینی و موقت از سوی داور خواهیم پرداخت و پس از آن دلایل تعمیم مسؤولیت مدنی داور به کلیه تصمیمات صادره از سوی او برشمرده و تشریح خواهد شد.

۱. بررسی اصل مسؤولیت مدنی داور

مسؤولیت مدنی داور به معنای لزوم جبران خسارت واردہ بر طرفین دعوا، توسط داور خاطی یا داوران مقصر که به مناسبت اشتغال به داوری مرتکب شده، می‌باشد. در حقوق انگلستان، علاوه بر آن‌که قضات دادگاه‌ها از اصل مصونیت از تعقیب مدنی (مصونیت نسبی از مسؤولیت مدنی) برخوردارند (Hausmaninger, Christian, 1990: 7) «ممکن است داوران برای افعالشان در حین داوری مسؤول شناخته شوند، اما فقط در شرایط خیلی محدود و برای افعال یا ترک افعالی که در یک سطح متعارف اجتناب‌پذیر فرض شده‌اند. بدین ترتیب، اصل مصونیت داوران در حقوق انگلستان اصلی نسبی می‌باشد. یعنی، به داوران مصونیت کافی اعطاء خواهد شد تا قادر به اجرای وظایفشان بدون دغدغه دائمی از جبران خسارت باشند» (Mullerat, Ramón, 2006: 13).

در حقوق داوری داخلی، ظاهراً ماده ۵۰۱ قانون آیین دادرسی مدنی اصل را

---

۱. جهت مشاهده تفصیلی دیدگاه‌های متهافت در مورد «امکان یا عدم امکان تسری موافقت‌نامه داوری به اشخاص ثالث» بنگرید به: عابدینی، ۱۴۰۳: ۶۸.

بر مسـؤولیت مدنی داور گذاشـته و بر آن تأکید نموده است[1]؛ در حالی که با دقت در عبارات این ماده می‌توان اظهار داشـت که طبق اصل، داور مصون از مسـؤولیت خواهد بود؛ مگر آن‌که تحت شـرایطی که ماده یاد شـده بدان اشاره کرده، خلاف آن اثبات گردد. لذا باید از تعمیم مسـؤولیت مدنی به تمـام اقدامات داور، که منتهی به ضرر طرفین دعوا، به طور مطلق می‌گردد خودداری کرد تا انگیزه اشخاص برای قبول داوری افزایش یافته و اسـتفاده از این نهاد نسبتاً نوپا گسترش یابد (مافی و حسینی مقدم، ۱۳۹۳: ۸۳).

مراد از تقصیر در این مـاده، تعدی و تفریط به معنای عام قانون نمی‌باشـد؛ چـرا که در امور تخصصی و حرفه‌ای باید رفتـار یک داور متخصص متعارف و در واقع مبنایی تخصصی را مبنای سنجش و قیاس قرار داد نه رفتـار یک انسان متعارف و معمولی. بدین ترتیب بـروز هر رفتار (اعم از عمدی و یا غیر عمـدی) از سـوی داور که بر خلاف رفتار داور متعارف در مقام رسیدگی باشد، خطای شغلی محسوب می‌شود.

برابر این ماده، هنگامی داور از لحاظ مدنی مسؤول است که:

نخسـت، در انجام وظایف خود مرتکب تقصیر، تقلب یا تدلیس گردد (اثبات تقصیر، تدلیس یا تقلب)؛

دـوم، تقصیر، تدلیس یا تقلب داور باید موجب ورود خسـارت به طرفین یا یکی از آن‌ها شود تا قابل جبران باشد که البته مدعی دعوی مسؤولیت مدنی علیه داور می‌باید آن را اثبات کند؛

سـوم، می‌بایسـت میان انجام ندادن تعهد از سوی داور و ورود خسارت نیز رابطه سببیت وجود داشته باشد تا داور از لحاظ مدنی مسؤول جبران خسارات واردہ تلقی شود.

علاوه بر ماده یاد شـده، ماده ٤٧٣ قانون مزبور[2] نیز به مسـؤولیت مدنی داور

---

۱. «هرگاه در اثر تدلیس، تقلب یا تقصیر در انجام وظیفه داوران ضرر مالی متوجه یک طرف یا طرفین دعوی گردد، داوران برابر موازین قانونی مسؤول جبران خسارت واردہ خواهند بود».

۲. «چنانچـه دـاور پس از قبول داوری بدون عذر موجه از قبیل مسـافرت یا بیماری و امثال آن در جلسات داوری حاضر نشده یا استعفاء دهد و یا از دادن رای امتناع نماید، علاوه بر جبران خسارات واردہ تا پنج سال از حق انتخاب شدن به داوری محروم خواهد بود».

اشاره و پس از قبول داوری، در صورت امتناع داور از صدور رأی، عدم حضور داور در جلسات داوری و استعفای داور از رسیدگی بدون عذر موجه، داور را مکلف به جبران خسارات واردہ دانسته است.

با این حال، نه تنها قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران مصوب ۱۳۷٦ که مقتبس از قانون نمونه آنسیترال است، در این خصوص سکوت اختیار کرده است، رویه قضایی ایران نیز به طور مشخص، به موضوع مسؤولیت مدنی یا مصونیت داوران، نپرداخته است.

در جهت پذیرش اصل مصونیت داور که در غالب نظام‌های حقوقی، از جمله کامن‌لا، مورد قبول واقع شده است، اولاً، می‌توان به دیدگاه «پذیرش تحدید مسؤولیت در قرارداد داوری[1]» استناد نمود که نه تنها مقنن در برخی مواد همچون مواد ٥٤ و ٥٥ قانون دریایی که ضمن آن تحدید مسؤولیت متصدی حمل و نقل را پذیرفته یا ماده ۷۵ این قانون که به مالک کشتی اجازه داده تا مسؤولیت خود را به میزان مقرر در ماده ۷۷ این قانون محدود کند و نیز مواد ۳۸٦ و ۳۸۷ قانون تجارت که این اختیار را به طرفین قرارداد اعطاء نموده تا برای میزان خسارت، مبلغی کمتر از قیمت کامل مال‌التجاره پیش‌بینی کنند به این شرط اشاره نموده است، بلکه به تعبیر برخی (صفایی و رحیمی، ۱۳۹۵: ۲۲۰)، به طور معمول شروط کاهش دهنده مسؤولیت، در صورت مخالفت با نظم عمومی (مانند موارد تقصیر عمدی)، در زمره شروط نامشروع و باطل محسوب می‌گردد نه شروط مبطل قرارداد؛ مگر در فرضی که در قرارداد عنوان «عدم مسؤولیت علی‌رغم ارتکاب تقصیر عمدی» تصریح گردد و در نتیجه موجب تجاوز به مقتضای ذات و اختیاری شدن اجرای قرارداد شود، که در این صورت شروط یاد شده، مبطل قرارداد نخواهند بود؛ ثانیاً، در جهت تأیید این دیدگاه، بحث لزوم قرارداد داوری نیز به نوعی در جهت تأیید این بحث کاربرد خواهد داشت. با این توضیح که، قرارداد داوری به لحاظ عدم تصریح قانون‌گذار به جواز پیمان با داور، ماهیت قراردادی رابطه طرفین اختلاف و داور و به عبارتی به دلیل آن‌که در معاملات اصل بر لزوم است و جواز، محتاج اثبات، نمی‌توان حکم به جواز قرارداد داوری داد (سلیمی

۱. شرط تحدید مسؤولیت با شرط عدم مسؤولیت که عبارت از شرطی است که به موجب آن مسؤولیت ناشی از عدم اجرای قرارداد یا تأخیر آن پیش از وقوع تخطی از قرارداد رخ دهد و مطرح شدن بحث خسارت، اسقاط و سلب می‌گردد.

و انصافی آذر، ۱۳۹۹: ۳٤۸). با این حال برخی (یوسف‌زاده، ۱۳۹۸: ۷۷) با استناد به موادی همچون ماده ۱٤ قانون داوری تجاری بین‌المللی که از خاتمه مسؤولیت داور به جهت قصور یا عدم انجام وظیفه داوری سخن گفته یا ماده ٤۷۳ قانون آیین دادرسی مدنی که در مقام بیان امکان استعفای داور است، این قرارداد را در زمره قراردادهای جایز آورده‌اند؛ در حالی که این ماده تنها از امکان استعفای با عذر موجه سخن گفته و در واقع، مقنن در این ماده مصادیق نقض عهد داور را بر شمرده است (سلیمی و انصافی آذر، ۱۳۹۹: ۳٤۸). ماده ۱٤ قانون داوری تجاری بین‌المللی نیز از مانع قانونی برای انجام امر داوری سخن به میان آورده است؛ بنابراین به دلایل پیش‌گفته، قرارداد داوری را می‌بایست قراردادی لازم تلقی نمود که واجد کلیه اوصاف قراردادها و به عبارت بهتر، مشمول قواعد عمومی قراردادها خواهد بود و از همین روی می‌توان از آن در جهت پذیرش موضوع «تحدید مسؤولیت در قرارداد داوری» بهره یافت (چراغی و همکاران، ۱٤۰۳: ۹۲ – ۹۳).

به موجب تبصره ماده ۳۳٦ قانون مدنی تقصیر عبارت است از بی‌احتیاطی، بی‌مبالاتی، عدم مهارت و عدم رعایت نظامات دولتی. لازم به ذکر است که این مصادیق حصری است نه تمثیلی. اما سؤال مطروح آن است که، آیا قانون‌گذار تدلیس و تقلب را از مصادیق تقصیر دانسته یا آن‌که به تعبیر قانون‌گذار مفاهیم فوق مصادیق دیگری از نقض رفتار حرفه‌ای داور محسوب می‌گردند.

ماده ۵۰۱ قانون آیین دادرسی مدنی که سابقاً اشاره شد، با درج عبارت «هرگاه در اثر تدلیس، تقلب یا تقصیر در انجام وظیفه داوران ...» به گونه‌ای تنظیم یافته است که گویا هر سه واژه متهافت بوده و معانی و مصادیق متعددی را در بر می‌گیرند. برخی نیز معتقدند که در این ماده تقصیر مفهومی اعم از تدلیس و تقلب بوده و مسؤولیت مدنی داور تحت حاکمیت مقررات عام مسؤولیت مدنی است و لذا حسب مورد ممکن است مقررات باب اتلاف، تسبیب و یا ماده ۱ قانون مسؤولیت مدنی قابل اجرا باشد (حیاتی، ۱۳۹۲: ۷۱۷).

در این خصوص توجه به ایراد وارده بر ماده ۵۰۱ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی ضروری به نظر می‌رسد؛ از آن‌جا که بین سال‌های ۱۳۷۳ الی ۱۳۸۱ و در هنگام تصویب قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی

و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹، نظام قضایی با حذف نهاد دادســـرا مواجه بود و لذا قاضی دادگاه‌های عمومی عهده‌دار انجام امور حقوقی و کیفری بود، بسیاری از مواد قانون پیش‌گفته دید کیفری دارد. از جمله مواد یاد شده که در آن زمان تصویب و با اختصاصی شدن دادگاه‌ها مشکل‌ساز شده است، ماده ۵۰۱ قانون آیین دادرسی مدنی اســـت که با دیدگاهی کیفری، داور را در صورت تقصیر، تقلب و یا تدلیس مســـؤول جبران خســـارت‌های واردہ دانسته اســـت؛ حال آن‌که این واژگان تنها در مسؤولیت کیفری کارآیی داشته و در مسؤولیت مدنی تنها واژه «تقصیر» واجد کاربرد بوده و سایر واژگان همچون تقلب، تدلیس و یا حتی قصور منتفی است.

در خصوص اصل مسؤولیت مدنی داور در حقوق ایران، دلایلی چند به شرح ذیل آورده شده است:

۱- نبـــود مقرره‌ای دـــر خصوص مصونیت قاضی در حقـــوق ایران: بحث از مصونیت یا مســـؤولیت مدنی داور از این ضرورت ناشی می‌گردد که وظیفه داوران مشـــابه قضات بوده و به طریق اولی می‌بایســـت تا جای ممکن از مزایای تعیین شده برای قاضی برخوردار باشـــند؛ در حالی که مطابق اصل یکصد و هفتاد و یکم قانون اساســـی قاضی از هیچ گونه مصونیتی برخوردار نیست (در صورت وجود تقصیر یا ســـوءنیت) و در صورتی که مرتکب تقصیر شود، شخصاً مسؤول است و تنها در غیر موارد مصرح (عدم وجود تقصیر یا سوءنیت) از مسؤولیت مصون خواهد بود.

برخـــی (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۵: ۲۵٤) بر این عقیده‌اند که «قاضی» در اصل یکصد و هفتاد و یکم به معنای دادرس است و شامل عنوان «داور» نمی‌گردد؛ با این توضیـــح که، در موارد شـــک در رابطه با این‌که آیا به دـــاوران عنوان «قاضی» اطلاق می‌شـــود تا از مزایای تعیین شـــده برای قاضی برخوردار گردند، می‌توان گفت چون مصونیت قضایی امری استثنایی و خلاف قاعده است، باید به قدر متیقن تمسک نمود و قدر متیقن نیز «قضات محاکم» می‌باشـــند. در مقابل دیدگاه دیگر آن اســـت که واژه «قاضی» دارای مفهوم عام و کلی بوده و منظور از آن اعم از قضات دادگاه و یا عنوان داور می‌باشد (شمس، ۱۳۹۱: ۱٤٦). به هر روی، حقوق ایران حتی برای قاضی دادگاه که وظایفی به مراتب خطیر و مهم در دســـت دارد نیز مصونیتی قائل نشده و اصل بر مسؤولیت مدنی وی می‌باشد؛ پس به طریق اولی در مورد داوران نیز وضع به این گونه

بوده و قاعده «مسؤولیت مدنی» در خصوص داوران نیز مجری خواهد بود.

۲- نبود مقرره‌ای در خصوص مصونیت داور در حقوق ایران: به عقیده یکی از اندیشمندان حقوقی (شمس، ۱٤۰۲: ٥٤۹)، «داوران چون هیچ نصی مبتنی بر مصونیت آن‌ها وجود ندارد، بر اساس قاعده عام مقرر در ماده ۱ قانون مسؤولیت مدنی[۱]، چنانچه موجب ضرر شـــوند، مسؤول جبران خسارات ناشی از عمل خود می‌باشند». افزون بر آن، علاوه بر آن‌که مسؤولیت مدنی داوران بر مبنای مواد ۱ و ۲ قانون مسؤولیت مدنی قابل اثبات خواهد بود، مسؤولیت مدنی داوران وفق مواد ۳۳۱ و ۳۳۲ قانون مدنی نیز حسب مورد قابل بررسی و رسیدگی توسط مراجع قضایی ذی‌صلاح خواهد بود؛ در مقابل در قوانین ما مقرره‌ای در خصوص مصونیت داور به چشم نمی‌خورد.

۳- انتخاب اشـــخاص حرفه‌ای به عنوان داور و پرداخت دستمزد به او توسط طرفین: داوران به این دلیل واجد مســـؤولیت مدنی هســـتند که اشـــخاص حرفه‌ای محســـوب و بنابراین از آنان انتظـــار می‌رود که وظایف خود را بـــا حداکثر دقت و مراقبتی که یک شـــخص حرفه‌ای انجام می‌دهد به ســـرانجام برســـانند. افزون بر آن، از آن‌جا که طرفین داوری در برابر خدمات ارائه شـــده به وسیله داور، به او دستمزد پرداخت می‌کنند، طبیعتاً می‌بایست از این حق قانونی برخوردار باشند که داوران در برابر خسارات وارده، مسؤول و پاسخ‌گو باشند.

٤- توســـل به قاعده من له الغنم و علیه الغرم؛ ایـــن قاعده که در دنباله قاعده «الخراج بالضمان[۲]» آمده و نســـبت میان آن دو عموم و خصوص مطلق اســـت، بدین معناســـت که هرکس از مالی یا چیزی بهره می‌برد، خسارت آن نیز بر عهده او خواهد بود و این مطلب نیز همان پذیرش نظریه خطر در مسؤولیت مدنی است (علوی قزوینی و مســـعودیان زاده، ۱۳۹۳: ۷۷). در رابطه با موضوع مورد بحث باید اشاره داشت، به موجب قرارداد داوری کســـی که به عنوان داور انتخاب می‌شود باید مسؤولیت ناشی

---

۱. «هرکـــس بدـــون مجوز قانونی عمداً یا در نتیجه بی‌احتیاطی به جان یا ســـلامتی یا مال یا آزادی یا حیثیت یا شـــهرت تجارتی یا به هر حق دیگر که بـــه موجب قانون برای افراد ایجاد گردیده لطمه‌ای وارد نماید که موجب ضرر مادی یا معنوی دیگری شود مسؤول جبران خسارت ناشی از عمل خود می‌باشد».

۲. به لسان حقوقی این قاعده به این معناست که هرکس ضامن تلف مالی باشد منافع آن مال نیز برای او خواهد بود. البته این حدیث ناظر به معاملات معاوضی است و در باب غصب و شبه غصب جاری نمی‌شود (محمدی، ۱٤۰۲: ۱۳۷ و ۱۳۹).

از خطاهـــای خود را نیز به عهده بگیرد. به عـــلاوه در قرارداد داوری حق الزحمه‌ای برای داور در نظر گرفته می‌شود که در نتیجه دریافت آن حق الزحمه، داور در مقابل اعمال و وظایف خود نیز مســـؤول است و نمی‌توان با قرار دادن مصونیتی خصوصاً مطلق برای داوران، آن‌ها را در اعمال وظایفشان آزاد گذاشت تا به دلخواه اقدام نمایند و ســـپس با توسل به قاعده مصونیت، عواقب و مسؤولیت اعمال خویش را نپذیرند و خسارات وارده بر زیان‌دیده نیز جبران نشده باقی گذاشته شود.

۵- نبـــود ابزار پیشـــگیرانه جهت کنترل کیفیت آراء دـــاوری و نظارت بر آن: نبود ابزاری جز درخواست ابطال رأی داور مندرج در ماده ٤٨٩ قانون آیین دادرسی دادگاه‌هـــای عمومی و انقلاب در امور مدنـــی جهت نظارت بر داوری به جهت یک مرحله‌ای بودن داوری، از جمله دلایل پذیرش دیدگاه مسؤولیت مدنی داور در حقوق ایران است (سیدین و کارچانی، (١٤٠٠): ٣٠ - ٣١).

لازم به ذکر اســـت که با وجود پذیرش اصل مسؤولیت مدنی داور و یا قاضی، در حقوق ایران، ملاحظه می‌گردد که در عمل دادگاه‌ها تا جای ممکن سعی بر عدم تعمیم این موضوع به داور یا قاضی نموده و در بسیاری موارد داور را واجد مسؤولیت مدنی تلقی نمی‌کنند[1].

۲. بررســـی امکـــان یا عدم امـــــکان صدور کلیه تصمیمات قضایی از سوی داور

آراء صادره از مراجع قضایی به دو دسته حکم و قرار منقسم است؛ با این حال، قاضی دادگاه در راســـتای ایفای وظایف خویش به ناچار اقدام به صدور تصمیماتی دیگر می‌کند که گرچه در ماهیت دعوی صادر نمی‌گردد و قاطع دعوی نیســـت، اما اهمیت به سزایی دارد.

قبل از بحث و بررســـی مسأله تعمیم مسؤولیت مدنی داور به کلیه تصمیمات صادره از ســـوی او و دلایل مربوط به آن، به اجمال و اختصار می‌بایست به امکان یا عدم امکان صدور تصمیماتی که در قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب

---

۱. مانند رأی صادره از سوی شعبه ۷ دادگاه عمومی حقوقی تهران، به شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۰۱۰۰۳۸٤ مورخ ۱۳۹۲/٤/۱۱ که حتی صرف محکومیت قاضی در دادگاه انتظامی قضات را موجب مســـؤولیت مدنی وی ندانســـته است (به نقل از: ســـامانه ملی آراء قضایی، تاریخ آخرین بازدید: ۱٤۰۲/۵/۳، قابل دسترس در سایت: قابل دسترس در سایت: https://ara.jri.ac.ir)

در امور مدنی در اختیار دادگاه نهاده شده است پرداخت.

علاوه بـــر صدور «حکم» به عنوان مهم‌ترین تصمیـــم دادگاه، قاضی می‌تواند تصمیمـــات و اقداماتی دیگـــر نیز اتخاذ نماید که در خصوص امـــکان یا عدم امکان صدور آن‌ها توسط داور، قوانین ما در مواردی سکوت اختیار و در برخی موارد دیگر به صراحت به آن تصریح داشته است. برای نمونه، در خصوص اختیار داور در صدور دستور موقت، گرچه قانون داوری تجاری بین‌المللی ضمن ماده ۱۷ خود بدان تصریح داشـــته است، اما قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی در داوری‌های داخلی سکوت اختیار و همین امر موجب ایجاد تهافت میان حقوق‌دانان و رویه قضایی گردیده است. هرچند که امروزه با توجه به روند رو به افزایش داوری و ســـعی بر تطبیق هرچه بیشتر آن با نهاد قضایی جهت برخورداری از امتیازها و حقوق مندرج در دادرســـی‌های قضایی، نظام‌های حقوقی[1] به پذیرش امکان صدور قرارهای تأمینی و موقت از سوی داور متمایل گشته‌اند؛ خصوصاً آن‌که در فرض عدم پیش‌بینی امکان صدور قرارهای تأمینی و موقت در رسیدگی‌های داوری توسط قانون‌گذار، این موضوع قاعده‌ای مبتنی بر نظم عمومی و واجد جنبه آمره نبوده و اشـــخاص می‌توانند خـــلاف آن تراضی نمایند؛ بلکه عدم رســـیدگی به چنین خواســـته‌ای و قرار گرفتن متقاضی قرارهـــای مذکور در وضعیتی که هیچ مرجعی اعم از قضایی و داوری برای رسیدگی به خواسته او یافت نشود، خلاف نظم عمومی است.

توضیح آن‌که، با طرح دعوی اصلی در مرجع داوری از ســـوی طرفین، از یک ســـو به دلیل عدم تصریح قانونی امکان صدور قرارهایی همچون قرار دستور موقت، داور برای خود صلاحیت صدور دســـتور موقت قائل نیست. از دیگر سو، ماده ۳۱۱ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی نیز به صراحت صدور دستور موقت را تنها در صلاحیت دادگاهی دانسته است که اصل دعوا در آن جریان

---

۱. مانند ماده ٤٤ قانون داوری انگلســـتان، با داشـــتن هفت بند، سازکاری پیچیده در بیان صلاحیت دادگاه‌هـــای ملی در ارتباط با اقدامات تأمینی حمایتی ایجاد کرده اســـت و بند ۲ آن به صراحت به دادگاه‌های این کشـــور اجازه صدور اقدامات تأمینی را اعطا نموده اســـت. بر اســـاس قواعد داوری انگلســـتان، صلاحیت دادگاه در صدور دستور اقدامات تأمینی، فرعی است. در وهله اول، صلاحیت اعطـــای چنین اقداماتی به دیوان داوری اختصاص دارد و دادگاه‌هـــا فقط در صورتی که به داوران اختیاری اعطا نشده باشد، یا نتوانند در زمان مناسب به طور مؤثر به آن رسیدگی کنند، می‌توانند وارد عمل شوند (Ferrari & kroll, 2011: 450).

دارد. عدم امکان طرح این خواســته در هیچ مرجعی، بی‌شک خلاف نظم عمومی و ممنوع است و چه بسا موجب ورود خسارت به طرفین داوری می‌گردد.

ایــن ایراد در قوانینی همچون قانون داوری تجاری بین‌المللی (ماده ۹)، مرکز داوری اتاق بازرگانی ایران (بند «ت» ماده ۳۵) و مرکز منطقه‌ای داوری تهران ملحوظ نظر قرار گرفته و اصل هم‌زمانی صلاحیت دادگاه، یا دیوان داوری در خصوص صدور دستور موقت به رسمیت شناخته شده است.

طبق ماده ۳۹ قانــون داوری انگلیس، طرفیــن می‌توانند در خصوص حدود اختیار دیوان داوری در صدور دســتورات و قرارهای موقت با یکدیگر توافق نمایند. مثال دســتور موقت برای پرداخت پول یا فروش اموال که به موجب آن بخشــی از خواســته اصلی، قبل از صدور رأی به خواهان تسلیم می‌شــود[1]. همچنین طبق ماده ٤٢ قانون داوری انگلیس، در صورت عدم توافق طرفین، دادگاه ممکن است دستور اجرای قرار یا دستور صادره توسط دیوان را صادر نماید.

بــا این حال و با وجود صراحت قانونی، عدــه‌ای (Merkin, 2000: para.6-020) مواد مزبور را منصرف از دادرسی فوری یا قرارهای مسدود کننده تلقی کرده و بر این باورند که این مقوله با مسأله دستور موقت متفاوت است. برای نمونه، چنانچه ادعای خواهان مبنی بر بســتان‌کاری مبلغی پول از خواندە باشد و خوانده تنها بخشی از آن بدهی را بپذیرد، داور می‌تواند در مورد آن قسمت که مورد اختلاف آن‌ها نیست یک رأی موقت صادر کند تا در پایان دادرسی نسبت به مابقی آن اظهار نظر نماید.

بر خلاف قانون داوری انگلســتان، در قانون فرانســه چنین نصی مشــاهده نمی‌شود و به داوران اجازه صدور اقدامات تأمینی و موقت داده نشده است (Buch-man, without date: p.253-257).

در خصوص ســایر تصمیمات و یا قرارها نیز در مواردی قانون آیین دادرسی دادگاه‌هــای عمومی و انقلاب در امور مدنی بــه صراحت آن را در مورد داور مورد پیش‌بینی قرار داده است. از این موارد می‌توان به امکان صدور قرار کارشناسی توسط داور در ماده ٤٧٦ قانون یاد شــده اشاره داشت که مقرر می‌نماید: «طرفین باید اسناد

---

۱. از موافقان این دیدگاه:

Besson, 1998: 108 et seq

و مدارک خود را به داوران تسلیم نمایند. داوران نیز می‌توانند توضیحات لازم را از آنان بخواهند و اگر برای اتّخاذ تصمیم جلب نظر کارشناس ضروری باشد، کارشناس انتخاب نمایند».

قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران نیز در بیان تعیین کارشناس ضمن ماده ۲۵ مقرر می‌دارد: «داور می‌تواند در مواردی که لازم بداند موضوع را به کارشناسی ارجاع دهد ... مگر این‌که طرفین به نحو دیگری توافق کرده باشند».

به علاوه، ماده ۲۱ قواعد دادگاه داوری بین‌المللی لندن که در راستای تعیین کارشناس، مدارک و هزینه‌های کارشناسی دیوان تنظیم شده است، به اختیار دادگاه داوری بین‌المللی لندن در تعیین یک یا چند کارشناس مستقل از کارشناسان شاهد طرفین، همانند سایر قواعد داوری، اشاره و آن را امری غیرمعمول ندانسته است؛ لیکن از آنجا که ماده یاد شده، به طرفین این اجازه را می‌دهد تا بتوانند بر اختیار دیوان داوری در تعیین کارشناس، حق رد داشته باشند، به عنوان یک استثناء محسوب می‌شود؛ این حق رد می‌تواند دلیلی کارآمد برای محدود کردن هزینه‌های مربوط به کارشناسی باشد و در این صورت، طرفین داوری این اطمینان را خواهند داشت که کارشناسان آن‌ها با توجه به شناخت حاصله از آنان، از تخصص کافی برای کمک به دیوان داوری در صدور رأی برخوردارند.

قانون داوری ۱۹۹۶ انگلستان نیز، عمدتاً به مسأله کارشناسان تعیین شده از جانب دیوان داوری، در صورتی که توافقی میان طرفین انجام نگرفته باشد می‌پردازد؛ به این ترتیب که دیوان داوری با توجه به کارشناسانی که در اختیار دارد، آن‌ها را تعیین می‌کند. حتی می‌توان گفت، موضوع تعیین کارشناس توسط دیوان داوری انگلستان به صورت عرف در آمده است. ماده ۳۷ این قانون به طور قابل توجهی به این موضوع اشاره داشته و نه تنها کارشناسان به معنای معمول آن، بلکه به نقش مشاوران حقوقی و ارزیابان نیز که تعیین آن‌ها کمک به دیوان داوری در موضوعات فنی است، اشاره و آن را متذکر شده است (Van Den Berg, 2011: 137).

در خصوص امکان صدور این تصمیمات یا قرارها حداقل در بعضی موارد، می‌توان به دلایل زیر توسل جست:

۱- توسل به قاعده اذن و ضرورت برخورداری از لوازم دادرسی از سوی

داور: قاعده اذن[1] که موردی از دلالت استلزامی است به این معـناست که هرگاه انجام کاری مأذون باشـــد در صورتی که آن کار دارای لوازمی باشد،در آن لوازم نیز مأذون می‌شـــود (محمدی، ۱٤۰۲: ٥٦ و ٥۷). به نظر می‌رسد این مطلب که از مسلمات فقهی و قاعده‌ای عقلی محســـوب می‌شود، می‌تواند در خصوص جواز صدور تصمیمات مشابه تصـــمیمات قضایی و قرارهای تأمینی و موقت در رسیدگی‌های داوری، مورد توجـــه قرار گیرد؛ به ویـــژه آن‌که، امـــکان صدور تصمیمات و نیز قرارهـــایی نظیر قرارهـــای تأمینی و موقتی از جمله لوازم یک رســـیدگی عادلانه اســـت؛ زیرا غایت دادخواهی با فرض زوال موضوع آن در اثنای دادرســـی و قبل از صدور حکم هرگز حاصل نمی‌شود.

۲- مقدمات اجرای حکم: در مواردی که صدور تصمیمات مذکور یا قرارهای یاد شده نظیر تأمینی و موقت یا قرار کارشناسی، قانوناً تجویز شده و یکی از اصحاب دعوی نیز آن را درخواست نموده باشد، هرگاه رسیدگی داوری بدون استفاده از این ابزارهـــای قانونی صورت گیرد، با فـــرض صدور رأی به نفع خواهان، نیز احقاق حق واقع نمی‌شود؛ چرا که مقدمات اجرای حکم فراهم نشده است.

۳- توسل به قواعد لاحرج و لاضرر: در راستای تقویت «امکان رسیدگی داور به اختلافات و دعاوی در صورت توافق طرفین» به قواعد لاحرج و لاضرر نیز استناد شده است (نراقی، ۱٤۲۹: ۳۸)؛ در این صورت، در مورد اصل امکان صدور تصمیمات و اقدامات قضایی و قرارهای تأمینی و موقت در رســـیدگی‌های داوری نیز می‌توان به قواعد یاد شده استناد نمود.

٤- وجـــود مقتضی و عمومیت خبر: برخـــی با پذیرش اصل امکان داوری در همه امور، موارد استثناء را محتاج تصریح دانسته‌اند (مرتضی، احمد بن یحیی، ۱٤۲۲: ۱۷٤) و برخی دیگر نیز رســـیدگی داور را به هر آنچه که مرتبط به امور مالی باشد یا دادخواهی در مورد آن، موضوعیت پیدا می‌نماید، جایز شـــمرده‌اند (ابن قدامه، بی‌تا: ٤۸٤؛ جبعی عاملی، ۱٤۲٥: ۳۳۲؛ حســـینی عاملی، ۱٤۱۸: ٤). بنا بر مطالب یاد شـــده، صدور تصمیمات قضایی و قرارهای تأمینی و موقت در رسیدگی داوری که مخصصی برای استثناء نمودن آن نیز نرسیده است، در رسیدگی داوری ممکن می‌باشد.

---

۱. اذن در شیء، اذن در لوازم آن است.

۳. دلایل تعمیم مسؤولیت مدنی داور به کلیه اقدامات و تصمیمات صادره از سوی او

سؤالی که در این باره به ذهن متبادر می‌گردد آن است که، آیا داور منحصراً مسؤول تصمیماتی است که در مورد ماهیت دعوی از سوی وی صادر می‌گردد و قاطع دعوی و فیصله دهنده خصومت است؟ یا به معنای مطلق تصمیمات و اقدامات انجام شده از سوی او است که در جریان تحقیق و دادرسی اتخاذ گردیده موجب ورود ضرر به اشخاص گردیده است؟

به نظر می‌رسد که مسؤولیت وی مطلق بوده و شامل کلیه تصمیمات و اقداماتی که از سوی داور، به اعتبار سمت وی اتخاذ و موجب توجه خسارت مادی یا معنوی به اشخاص می‌گردد، خواهد شد. در غیر این صورت، هرگاه مسؤولیت مدنی وی منحصر به احکام صادره از سوی او و به عبارتی به معنای حکم مقرر در دادرسی مدنی تعبیر شود، در عمل با نتایجی غیرمنطقی و خلاف مبانی و اهداف اصول مندرج در مسؤولیت مدنی یا قانون آیین دادرسی مدنی مواجه خواهیم شد.

برای مثال، فرض کنیم طرفین جهت فصل خصومت به داوری مراجعه و به علت اهمیت موضوع، حسب ماده ۱۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی قرار دستور موقت علیه یکی از آنان از سوی داور صادر و توسط دادگاه اجرا گردد؛ پس از گذشت مدتی از بازداشت مال و تکمیل تحقیقات، رأی داور علیه متضرر قرار دستور موقت صادر شود، لیکن وی اقدام به درخواست ابطال رأی صادره در دادگاه نموده و در نهایت حکم به سود او صادر و معلوم گردد که داور در صدور دستور موقت مرتکب اشتباه گردیده و بازداشت مال مبتنی بر تقصیر یا اشتباه داور بوده است و از این حیث به محکوم‌علیه قرار دستور موقت خساراتی وارد آمده باشد؛ در این صورت، چنانچه تنها آراء صادره از سوی داور موجب مسؤولیت مدنی داور شود، یعنی فقط خسارات ناشی از رأی مبتنی بر تقصیر یا اشتباه قاضی قابل مطالبه باشد، متضرر نمی‌تواند خسارت مربوط به بازداشت مال قبل از صدور رأی را، هرچند ناشی از تقصیر یا اشتباه هم بوده باشد، مطالبه نماید و این نتیجه با روح قوانین موضوعه ما سازگار نیست.

افزون بر آن، از آنجا که بنا بر نظر شارع، تجاوز به اموال اشخاص به مانند جان

آنان حرمت دارد و باید مورد حفاظت قرار گیرد، از آنجا که، بازداشت اموال دیگران به ناحق، از مصادیق تجاوز به اموال محسوب می‌شود، ضروری است در راستای این موضوع، تحقیقات لازم صورت پذیرد و با توجه به مکانیزم‌ها و قواعد مختلف مسؤولیت مدنی امکان جبران خسارات واردہ به زیان دیده در چنین مواردی مورد بررسی واقع شود.

از دیگر دلایل عدم امکان تفکیک میان اقدامات واجد مسؤولیت داور می‌توان به نظریه تقصیر اشاره نمود؛ چنانچه پیش‌تر اشاره شد، مسؤولیت مدنی داور مبتنی بر نظریه تقصیر است و این نظریه به عنوان رکن اصلی مسؤولیت مدنی داور شناخته می‌شود و بنا بر این نظریه، در هر مورد که شخص در راستای انجام وظایف خویش مرتکب تقصیر گردد، مسؤول جبران خسارت واردہ ناشی از آن است و حسب قواعد عام مسؤولیت مدنی نمی‌توان بخشی از این تقصیر را تفکیک و آن را فاقد مسؤولیت تلقی و متضرر را مستحق جبران خسارت تلقی ننمود و تنها قسمتی از آن را که مربوط به احکام صادره از سوی داور است پذیرفت.

ادله دیگر توسل به قاعده «الخراج بالضمان» است که سابقاً در اثبات اصل مسؤولیت مدنی داور به آن استناد کردیم و بدین معناست که هرکس از مالی یا چیزی بهره می‌برد، خسارت آن نیز بر عهده او خواهد بود. در رابطه با موضوع مورد بحث باید اشاره داشت، به موجب قرارداد داوری کسی که به عنوان داور انتخاب می‌شود باید مسؤولیت ناشی از کلیه تقصیرات خود را نیز به عهده گیرد؛ خصوصاً آن‌که، در قرارداد داوری حق الزحمه‌ای برای داور در نظر گرفته می‌شود که در نتیجه دریافت آن حق الزحمه، داور در مقابل اعمال و وظایف خود نیز مسؤول است و نمی‌توان با منحصر نمودن مسؤولیت مدنی وی به احکام صادره از سوی او، آن‌ها را در اعمال وظایفشان آزاد گذاشت تا به دلخواه اقدام و عواقب و مسؤولیت اعمال خویش را نپذیرند.

عبارات ماده ۵۰۱ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی نیز که در راستای اصل مسؤولیت مدنی داور مقرر می‌دارد: «هرگاه در اثر تدلیس، تقلب یا تقصیر در انجام وظیفه داوران ضرر مالی متوجه یک طرف یا طرفین دعوی گردد، داوران برابر موازین قانونی مسؤول جبران خسارت واردہ

خواهـــند بود»، خصوصاً آنجا که از «انجام وظیفه داوران» سخن می‌گوید، به گونه‌ای تنظیم یافته اســت که خود حاکی از مســؤولیت داور در مقابــل مطلق تصمیمات و اقداماتی است که در جریان تحقیق از سوی وی نظری اتخاذ گردیده است؛ و نه صرفاً تصمیماتی که دــر مورد ماهیت دعوی صادر می‌گردد و قاطع دعوی و فیصله دهنده خصومت است.

افــزون بر آن، با توجه به ماهیت قضایی نـــهاد داوری[1] نیــز می‌توان به واژه «حکم» مندرج در اصل یکصد و هفتاد و یکم قانون اساسی که در مقام بیان مسؤولیت مدنی قاضی بیان شــده اســت: «هرگاه در اثر تقصیر یا اشـــتباه قاضی در موضوع یا در حکم یا در تطبیق حکم بر مورد خاص، ضرر مـــادی یا معنوی متوجه شـــخصی گردـــد، در صورت تقصیر، مقصر طبق موازین اســـلامی ضامن اســـت و در غیر این صورت خســـارت به وسیله دولت جبران می‌شود و در هر حال از متهم اعاده حیثیت می‌گردد»[2]، اشاره داشـــت که از سوی رویه قضایی و نیز نویسندگان حقوقی که البته بدون ذکر هیچ‌گونه توضیحی در معنای مطلق خود به کار رفته و شـــامل کلیه اقدامات و تصمیمات صادره از ســـوی وی می‌شود، نه تنها احکام صادره از سوی او که قاطع دعوی بوده و به خصومت میان آنان خاتمه می‌دهد و حق هم همین اســـت (جلیلوند، ۱۳۷۰: ۱۳٤).

با این توضیح، از آن‌جا که رأی خود منقســـم به دو دســـته حکم و قرار بوده و اصل یکصد و هفتاد و یکم قانون اساســـی تنها به احکام صادره از ســـوی نهادهای

---

۱. لازم به ذکر اســـت که در رویه حاکم بر داوری، خصوصاً داوری تجاری بین‌المللی، دیدگاه غالب این اســـت که نهاد داوری از ماهیتی مختلط برخوردار بوده و مشخصاتی از آثار قضایی و قراردادی داوری را به همراه دارد. به عبارت دیگر از یک ســـو، ایجاد داوری نیازمند توافق طرفین اســـت و از سوی دیگر، شناســـایی نظام داوری از دیدگاه قانون نیز ضروری است که مقصود از عبارت «ماهیت قضایی نهاد داوری» در عبارات فوق، همین قســـمت از ماهیت نهاد یاد شـــده است. جهت ملاحظه تفسیر دقیق‌تر ماهیت حقوقی داوری ر.ک به: (مافی و تقی‌پور، ۱۳۹٦: ۱۷۹– ۲۰۰).

۲. اصل یکصد و هفتاد و یکم قانون اساســـی و مسؤولیت قضات در برخی قوانین عادی نیز انعکاس یافته است. مانند ماده ۵۸ قانون سابق مجازات اسلامی که به مسؤولیت قضات توجه داشته و در این زمینه مقرر نموده اســـت: «هرگاه در اثر تقصیر یا اشتباه قاضی در موضوع یا در تطبیق حکم بر مورد خاص، ضرر مادی یا معنوی متوجه کســـی گردد درمورد ضرر مادی در صورت تقصیر مقصر طبق موازین اســـلامی ضامن است و در غیر این صورت خسارت به وســـیله دولت جبران می‌شود و در موارد ضرر معنوی چنانچه تقصیر یا اشـــتباه قاضی موجب هتک حیثیت از کسی گردد باید نسبت به اعاده حیثیت او اقدام شود».

قضایی اشـــاره داشـــته و ظاهـــراً قاضی را تنها در خصوص بروز تقصیر در صدور حکم مســـؤول دانسته است، این ســـؤال را به ذهن متبادر ساخته که تکلیف قصور قاضی در مورد ســـایر اقدامـــات وی به چه صورت خواهد بود. بـــه ویژه آن‌که عدم جبران خســـارات واردہ به اشخاص با منطق حقوقی و قواعد مسؤولیت مدنی سازگار نخواهـــد بود. از همین روی و به جهت پرهیز از ایرادات واردہ، ملاحظه می‌گردد که نویســـندگان حقوقی و رویه قضایی در خصوص تقصیر در صدور این قبیل اقدامات و تصمیمات قاضی نیز همواره وی را مســـؤول دانسته و واژه «حکم» مندرج در این ماده را با تفسیری موسع به کلیه اقدامات و تصمیمات قضایی او بسط داده‌اند که علیه جان، مال یا آزادی اشـــخاص اتخاذ و موجب توجه خســـارت مادی یا معنوی به آنان می‌گردد. حال با توجه به ماهیت قضایی که سابقاً به آن پرداخته شد، داوری می‌توان به همین دیدگاه استناد و قائل به تعمیم مسؤولیت مدنی داور به کلیه تصمیمات صادره از سوی او بود.

در تأیید دیدگاه ذکر شده توســـط نویسندگان حقوقی، می‌توان به معنای واژه «قاضـــی» در اصل یکصد و هفتاد و یکم قانون اساســـی توجه نمود؛ با توجه به نظام حقوقی ما و واقعیت‌های عملی، این واژه مفهوم عامی دارد و منظور از آن کلیه تصمیم گیرنده‌های امور قضایی و هر شخصی است که به شغل قضا و فصل خصومت و ترافع اشتغال دارد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸٤: ۳۷۲)؛ خصوصاً آن‌که در برخی از مواد قانون مجازات اسلامی همچون مواد ۵۹۷، ۵۸۷ و ٦۰٤، از قضات محاکم و دادسراها تحت عنوان عام قضات یا امثالهم یاد شـــده اســـت. بنابراین مقصود از واژه «قاضی» مندرج در این اصل، کلیه قضات اعم از قضات، دادســـتآن‌ها و معاونان ایشان و بازپرس‌ها و دادیارها و نیز رئیس اجرای احکام از آنجا که حسب ماده ۱۵ آیین‌نامه اجرایی تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقـــلاب و نیز تبصره دوم ماده ۲٦ آیین‌نامه مذکور، واجد پایه قضایی است می‌گردد.

بر این اســـاس، بدیهی اســـت که منظـــور از «حکم» در این اصـــل نیز معنای اصطلاحی و مقرر در آیین دادرســـی نیســـت، بلکه مقصود از آن کلیه تصمیمات و اقداماتی است که از سوی مقامات دادگاه یا دادسرا به اعتبار سمت قضایی آنان اتخاذ می‌گردد و موجب توجه خســـارت مادی یا معنوی به اشخاص می‌شود و آنچه که در

قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی به کار رفته تنها یکی از مصادیق آن اســـت. در نتیجه چنانچه پیش‌تر اشاره شد، با توجه به ماهیت قضایی داوری می‌توان به همین دیدگاه اســـتناد کرد و قائل به تعمیم مسؤولیت مدنی داور به کلیه تصمیمات صادره از سوی او بود.

علاوه بر دلایـــل مذکور می‌توان به عبارت مندرج دـــر ماده ۵۰۱ قانون آیین دادرسی مدنی استناد نمود که به «انجام وظیفه داوران» اشاره و تخطی از آن را موجب مسؤولیت مدنی داور دانسته است. به دیگر سخن، هرچند این ماده به صراحت امکان صدور کلیه تصمیمات قضایی توسط داور را مورد پذیرش قرار ندادده است، اما با درج عبارت «انجام وظیفه داوران» و اختصاص مسؤولیت مدنی برای او در صورت تخطی از آن، به طور ضمنی تعمیم مسؤولیت مدنی داور به کلیه تصمیمات و اقدامات صادره از سوی او را مورد پذیرش قرار داده است.

برآمد

۱- قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی در بحث داوری خلأهای بسیاری دارد که یکی از موارد، حدود مسؤولیت مدنی داور است که در قانون داوری تجاری بین‌المللی نیز به طور دقیق مشخص نشده است که در صورت بروز تقصیر از ناحیه داور، آیا مسؤولیت مدنی وی منحصر به احکام صادره در ماهیت دعوی است که فیصله دهنده خصومت است یا به معنای مطلق تصمیمات و اقدامات داور است که در جریان تحقیق و داوری اتخاذ و موجب ورود خسارت به اشخاص می‌شود. اهمیت موضوع مورد بحث خصوصاً آنجا نمود می‌یابد که، امکان یا عدم امکان صدور تصمیمات و اقدامات فوق در روند دادرسی، در تعیین مسؤولیت مدنی داور نقش به سزایی داشته و دستیابی به راه حلی دقیق و منطقی در این باره نیز از ایجاد صدور آرای متهافت نزد حقوق‌دانان و رویه قضایی می‌کاهد.

۲- به نظر می‌رسد مسؤولیت مدنی داور مطلق بوده و شامل کلیه تصمیمات و اقداماتی که از سوی داور، به اعتبار سمت وی اتخاذ و موجب توجه خسارت مادی یا معنوی به اشخاص می‌گردد خواهد شد. اگر مسؤولیت مدنی داور منحصر به «احکام» صادره از سوی او و به عبارتی به معنای «حکم» مقرر در دادرسی مدنی تعبیر شود، در عمل با نتایجی غیر منطقی و خلاف مبانی و اهداف اصول مندرج در مسؤولیت مدنی یا قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مواجه خواهیم شد. در تایید این دیدگاه، موارد زیر قابل استناد است:

- ماهیت قضایی داوری و تأیید این دیدگاه در خصوص قاضی دادگاه از سوی حقوق‌دانان و رویه قضایی؛
- حرمت تجاوز به اموال اشخاص از سوی شارع؛
- نظریه تقصیر که حسب ماده ۵۰۱ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی، مسؤولیت مدنی داور مبتنی بر آن است؛
- قواعد عام مسؤولیت مدنی مبنی بر غیر ممکن بودن تفکیک بخشی از تقصیر؛ بدین صورت که داور را تنها در مورد قسمتی از آراء صادره مسؤول بدانیم؛
- قاعده «الخراج بالضمان» که بر مبنای آن، هرکس از مالی یا چیزی بهره می‌برد، خسارت آن نیز بر عهده او خواهد بود؛ به موجب قرارداد داوری نیز کسی

که به عنوان داور انتخاب می‌شـــود باید مسؤولیت ناشی از کلیه تقصیرات خود را نیز به عهده گیرد.

۳- اقتضائات روز داوری، ایجاب می‌کند که قانون‌گذار جهت کارآمد نمودن تأســـیس داوری، در خصوص موضوع بحث در نصـــوص فعلی، تجدیدنظر نموده و تحت شـــرایطی، صدور تصمیماتی از این قبیل را برای داور مجاز گرداند و با اصلاح مقررات قانون آیین دادرســـی دادگاه‌های عمومی و انقـــلاب در امور مدنی در مواد مربوطه، مجال وسیع‌تری در این خصوص، برای نهاد داوری ایجاد نموده و افزون بر انطباق با تحولات روز، زمینه را برای شکل‌گیری تفاسیر و تصمیم‌گیری‌های متفاوت و متعارض توسط دادگاه‌ها یا حقوق‌دانان مسدود نماید.

فهرست منابع

الف. فارسی

* جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۵)، **ترمینولوژی حقوق**، چاپ شانزدهم، تهران: گنج دانش.

* جلیلوند، یحیی (۱۳۷۰)، **مسؤولیت مدنی**، جلد نخست، تهران: بخش فرهنگی جهاد دانشگاهی شهید بهشتی.

* چراغی، محمدجواد، (۱٤۰۳)، «**تحلیل ملازمه ابطال رأی داور و مسؤولیت مدنی او در حقوق ایران**»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۸، شماره ۱۲۸.

* حیاتی، علی‌عباس (۱۳۹۲)، **آیین دادرسی مدنی**، جلد سوم، چاپ سوم، تهران: میزان.

* سلیمی، محسن و انصافی‌آذر، بهنام (۱۳۹۹)، «**اوصاف قرارداد با داور**»، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۹۰.

* سیدین، علی و کارچانی، مهدی (۱٤۰۰)، **مسؤولیت مدنی داور؛ ابزار نظارت و کنترل قضایی**، چاپ نخست، تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضائیه.

* شمس، عبدالله (۱٤۰۲)، **آیین دادرسی مدنی**، جلد سوم، چاپ سی و هشتم، تهران: دراک.

* شمس، عبدالله (۱۳۹۱)، **آیین دادرسی مدنی**، جلد نخست، چاپ بیست و هشتم، تهران: دراک.

* صفایی، سیدحسین و رحیمی، حبیب‌الله (۱۳۹۵)، **مسؤولیت مدنی**، چاپ پنجم، تهران: سمت.

* عابدینی، حسین، (۱٤۰۳)، «**قاعده عدم امکان تسری موافقت‌نامه داوری به اشخاص ثالث (به مفهوم عام) در حقوق ایران با تأکید بر «نظریه قائم‌مقامی»**»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۸، شماره ۱۲۸.

* علوی قزوینی، سیدعلی و مسعودیان‌زاده، سیدذبیح الله (۱۳۹۳)، «**قاعده «من له الغنم و علیه الغرم»**»، پژوهش‌نامه اندیشه‌های حقوقی، دوره جدید، شماره اول (پیاپی ٤).

* مافی، همایون و تقی‌پور، محمدحسین (۱۳۹٦)، «**ماهیت حقوقی نهاد داوری**»،

پژوهش حقوق خصوصی، سال ششم، شماره ۲۱.
* مافی، همایون و حسینی‌مقدم، سیدحسن (۱۳۹۳)، «**مفهوم و قلمرو مسؤولیت مدنی داوران**»، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ٦٦.
* محمدی، ابوالحسن (۱٤۰۲)، **قواعد فقه**، چاپ هجدهم، تهران: میزان.
* یوسف‌زاده، مرتضی (۱۳۹۸)، **آیین داوری**، چاپ سوم، تهران: شرکت سهامی انتشار.

ب. عربی

* ابن قدامه، عبدالله بن احمد (بی‌تا)، **المغنی**، جلد یازدهم، بیروت: دارالفکر.
* جبعی عاملی، زین الدین (۱٤۲٥ ق)، **مسالک الافهام الی تنقیح شرایع الاسلام**، جلد سیزدهم، قم: مؤسسه المعارف الاسلامیه.
* حسینی عاملی، سیدمحمدجواد (۱٤۱۸ ق)، **مفتاح الکرامه فی شرح القواعد العلامه**، جلد سوم، بیروت: دار التراث.
* مرتضی، احمد بن یحیی (۱٤۲۲ ق)، **البحر الزخار الجامع لمذاهب الامصار**، جلد ششم، بیروت: دارالکتب العلمیه.
* نراقی، احمد بن مهدی (۱٤۲۹ ق)، **مستند الشیعه الی احکام الشریعه**، جلد هفدهم، بیروت: مؤسسه آل البیت لإحیاء التراث.

پ. انگلیسی

* Besson, Sebastien, **Arbitrage International et Measures Provisoires** (I St ed, Schulthess 1998).
* Buchman, france, in Botsch (ed), **provisional Remedies**, (without date).
* Hausmaninger, Christian, **«Civil liability of arbitrators-Comparative analysis and proposals for reform»**, Journal of International Arbitration, (december 1990).
* Ferrari, F.; Kroll, S. (2011), **Conflict of Laws in International Arbitration**, European Law Publishers GmbH, Munich.
* Merkin, R M, **Arbitration Act – An Annotated Guide** (2d ed, LLP

2000).

* Mullerat, Ramon (2006), **The liability of arbitrators: a survay of current practice**, International Bar Association on Arbitration, Chicago

* Van Den Berg (2011), **Arbitration Advocacy in Changing Time**, Kluwer Law International BV.

ت. اینترنتی

سامانه ملی آراء قضایی، تاریخ آخرین بازدید: ۱۴۰۲/۵/۳، قابل دسترس در سایت: https://ara.jri.ac.ir.

مقاله پژوهشی/ دوره ۸۹/ شماره ۱۲۹/ صفحات: ۳۱۹-۲۹۳
تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۶/۲۵ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۷/۲۵

داوری؛ روش طبیعی یا استثنایی حل و فصل اختلاف[۱]

محمدرضا آرام[۲]، فیض‌الله جعفری[۳]

چکیده

رویه قضایی و دکترین حقوقی با استناد به اصل صلاحیت عام محاکم مندرج در اصل یکصد و پنجاه و نهم قانون اساسی، بر این عقیده است که داوری روش استثنایی حل و فصل اختلاف است و از این رو، در موارد تردید نسبت به صلاحیت داور، از داور سلب صلاحیت شده و دادگاه واجد صلاحیت خواهد بود. بر اساس این رویکرد تفسیری، در میان دادگاه و داوری، اصلی به نفع دادگاه برقرار است که اقتضاء می‌کند تفسیر مقررات داوری علیه داوری و به نفع محاکم دادگستری صورت پذیرد.

پژوهش حاضر با بهره‌گیری از روش تحلیلی توصیفی، درصدد تبیین این نکته است که تحت نفوذ اصل حاکمیت اراده، داوری روش طبیعی و نه استثنایی حل و فصل اختلافات است. اصل یکصد و پنجاه و نهم قانون اساسی نیز نمی‌تواند مستمسکی برای استثنایی تلقی نمودن داوری به حساب آید؛ زیرا این اصل در مقام تبیین اهمیت و تمرکز امور قضایی در دادگستری است، اما درباره جایگاه نهاد داوری و اصل یا استثناء تلقی شدن آن نسبت به دادگاه دولتی، تعیین تکلیف نکرده است.

واژگان کلیدی: داوری، روش استثنایی، روش طبیعی، اصل یکصد و پنجاه و نهم قانون اساسی، اصل حاکمیت اراده.

---

۱. این مقاله برگرفته از رساله دوره دکتری تخصصی نویسنده مسؤول تحت عنوان «فلسفه حقوق داوری»، با راهنمایی دکتر فیض‌الله جعفری و مشاوره دکتر بیژن حاجی عزیزی و دکتر فردین مرادخانی در دانشگاه بوعلی سینا است.

۲. دانش‌آموخته دکتری حقوق خصوصی، دانشکده ادبیات وعلوم انسانی، دانشگاه بوعلی سینا، همدان، ایران (نویسنده مسئول) Mohammadrezaaramlaw@gmail.com

۳. استادیار گروه حقوق خصوصی، دانشکده ادبیات و علوم انسانی، دانشگاه بوعلی سینا، همدان، ایران Jafarilaw@yahoo.com

درآمد

مرجع رسمی تظلمات در هر کشور، دادگستری آن کشور است که سرچشمه چنین صلاحیتی، در اصول حقوقی و قوانین نهفته است. با عنایت به محدودیت ناشی از مقررات حقوق عمومی که در روابط عادی و غیر تجاری اشخاص حقوق خصوصی تاثیرگذار می‌باشد، پذیرش صلاحیت عام محاکم دادگستری امری بدیهی می‌نماید؛ زیرا اقتضای زندگی اجتماعی و جامعه مدنی، ترجیح مصالح عمومی جامعه و تحکیم و تعمیم آن به آحاد اعضای جامعه است (رسول‌زاده فرساد، ۱۴۰۱: ۵۱). بر این بنیاد، در این زمینه اتفاق نظر وجود دارد و گفته‌اند: «به طور کلی مرجع اصلی صلاحیت‌دار برای رسیدگی به اختلافات و از جمله اختلافات تجاری دادگاه‌ها هستند» (محمدی دینانی، ۱۳۷۶: ۱). قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران نیز دادگستری را مرجع رسمی تظلمات و شکایات دانسته و به موجب اصل سی و چهارم، حق مردم در دسترسی به دادرسی عادلانه را تضمین نموده است.

پرسشی که پژوهش حاضر پیرامون آن سامان یافته آن است که آیا صلاحیت عام محاکم دادگستری، صلاحیت استثنایی مرجع داوری را نتیجه می‌دهد. به دیگر سخن، آیا در میان محاکم دادگستری و داوری اصلی وجود دارد؟

در ایران، رویه قضایی تقریبا به اتفاق، اصل صلاحیت عام محاکم و نیز صلاحیت خاص و استثنایی داوری را به رسمیت شناخته است؛ چنان‌که شعبه پانزدهم دادگاه تجدیدنظر استان تهران در دادنامه شماره ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۱۵۰۰۴۱۱ مورخ ۱۳۹۳/۰۴/۱۶ آورده است: «به نظر این دادگاه با توجه به اصل صلاحیت عام محاکم، در امور داوری که به عنوان استثنایی بر اصل مذکور می‌باشد تفسیر محدود باید صورت پذیرد» (علی‌دادی ده‌کهنه و جوهری، ۱۴۰۱: ۳۰). حقوق‌دانان نیز داوری را روش استثنایی حل و فصل اختلافات می‌دانند و برای اثبات مدعای خود به اصل یکصد و پنجاه و نهم قانون اساسی استناد می‌کنند که به موجب آن، دادگستری مرجع رسمی تظلمات و شکایات است. بر این اساس، این تلقی حاکم است که چنان‌چه نسبت به صلاحیت داور در رسیدگی یا ادامه رسیدگی تردید شود، باید داوری را منتفی دانست و به اصل یعنی صلاحیت عام محاکم مراجعه کرد (جنیدی، ۱۳۷۸: ۵۳؛ خدابخشی، ۱۳۹۳: ۱۲۶؛ مافی، ۱۳۹۷: ۳۶).

واضح اســـت که استثنا یا اصل تلقی نمودن داوری، به عنوان یک سازِکار حل و فصل اختلاف، اهمیت بســـزایی در فهم مبانی قواعد داوری و تفسیر آن‌ها خواهد داشـــت؛ زیرا در صورت حدوث تردید، زمانی دـــاوری را کماکان صالح می‌دانیم که روش طبیعی حل و فصل اختلاف باشد. افزون بر این، طبیعی و اصل دانستن داوری، این برآیند منطقی را در پی دارد که تفسیر قواعد داوری در راستای تقویت نهاد داوری و تحقق اهداف آن باشد؛ نه ضد آن.

فرضیه نگارندگان آن است که داوری روش طبیعی و نه استثنایی حل و فصل اختلاف است. به تعبیر دقیق‌تر، میان دادرسی دولتی و داوری خصوصی، اصلی وجود ندارد.

با عنایت به مراتب فوق و جهت رعایت سیر منطقی بحث، نخست اصل یکصد و پنجاه و نهم قانون اساسی که مورد استناد طرفداران استثنایی تلقی شدن داوری قرار گرفته است، تبیین می‌شـــود؛ سپس دلایل تلقی داوری به مثابه سازِکار طبیعی حل و فصل اختلاف مطالعه می‌شـــود و در ادامه، آثار مترتب بر طبیعی دانستن داوری مورد واکاوی قرار می‌گیرد. قسمت پایانی این نوشتار نیز به رویکرد اسناد بین‌المللی داوری و به‌طور خاص، کنوانسیون نیویورک و قانون نمونه آنسیترال اختصاص دارد.

۱. تفسیر اصل یکصد و پنجاه و نهم قانون اساسی

پیشینه قانون‌گذاری در این باره به قانون اساسی مشروطه برمی‌گردد. در اصل بیســـت و هفتم قانون اساسی مشـــروطه نظریه تفکیک قوا به رسمیت شناخته شده و دـــر بند دوم همان اصل مقرر شـــده بود: «قوه قضاییه و حکمیه که عبارت اســـت از تمییز حقوق و این قوه مخصوص اســـت به محاکم شـــرعیه در شرعیات و به محاکم عدلیـــه در عرفیات». در اصل هفتاد و یکم متمـــم نیز آمده بود: «دیوان عدالت عظمی و محاکم عدلیه مرجع رســـمی تظلمات عمومی هســـتند و قضاوت در امور شرعیه با عدول مجتهدین جامع‌الشـــرایط است». بنا بر اصول پیش‌گفته، قضا به گونه انحصاری در صلاحیت قوه قضاییه شـــده بود. با پیروزی انقلاب اسلامی نیز این مهم در قانون اساسی مورد تاکید قرار گرفت. از یک سو، در اصل پنجاه و هفتم قانون اساسی، نظام تفکیک قوا به رســـمیت شناخته شد، از دیگر سو، بر اساس اصل شصت و یکم قانون اساسی:«اعمال قوه قضاییه به وسیله دادگاه‌های دادگستری است ...»؛ با وجود این، به

دلیل عدم دلالت صریح و روشن اصول یاد شده بر تمرکز امور قضایی در قوه قضاییه، اصل یکصد و پنجاه و نهم قانون اساسی اضافه گردید. این اصل مقرر می دارد: «مرجع رسمی تظلمات و شکایات، دادگستری است. تشکیل دادگاه‌ها و تعیین صلاحیت آن‌ها منوط به حکم قانون است».

با نظرداشت به پیشینه اصل یکصد و پنجاه و نهم قانون اساسی، چنین استنباط می‌شود که این اصل به تبیین جایگاه دادگستری در قوه قضاییه و در میان مراجع رسمی پرداخته و بیان‌گر اصل«تمرکز امور قضایی در قوه قضاییه[1]» است. چنین تمرکزی جزو ابزار تحقق استقلال قضایی به حساب می‌آید؛ زیرا حاکمیت امکان دارد با ارجاع برخی از امور واجد ماهیت قضایی به مرجعی غیر از قوه قضاییه، اصول حاکم بر عملکرد دموکراتیک در دادرسی را نادیده انگارد. بر این بنیاد، اصل یکصد و پنجاه و نهم متضمن دو اصل بنیادین است: نخست این که، حتی قانون‌گذار نمی‌تواند خارج از چهارچوب قوه قضاییه اقدام به ایجاد محکمه برای رسیدگی به امور واجد ماهیت قضایی نماید؛ دوم این که، در داخل قوه قضاییه نیز رسیدگی قضایی باید توسط دادگستری انجام شود و بنابراین نهادهای غیرقضایی داخل در ساختار قوه قضاییه حق رسیدگی به امور قضایی را نخواهند داشت (جمشیدی و غازانی، ۱۳۹۲: ۵۲).

بیان شد که پیشینه اصل مذکور به قانون اساسی مشروطه باز می‌گردد؛ حال آن که، اولین قانون داوری در ایران سال‌ها پس از قانون اساسی مشروطه به تصویب رسید. این‌که قانون اساسی به تبیین جایگاه دادگاه در برابر نهادی بپردازد که در حقوق ایران وجود نداشته است، از خوش‌بینی غیر واقع‌بینانه‌ای نشات می‌گیرد؛ بنابراین اصل یکصد و پنجاه و نهم قانون اساسی نمی‌تواند مستمسکی برای استثنایی تلقی نمودن داوری به حساب آید؛ چه این اصل در مقام اعلام فقدان صلاحیت نهادهای غیرقضایی داخل در ساختار قوه قضاییه است، اما دلالتی بر سازِکار داوری یا دیگر شیوه‌های حل و فصل اختلاف خارج از ساختار قوه قضاییه ندارد.

1. Principle of "Focusing Judicial Affairs"

۲. دلایل طبیعی تلقی شدن نهاد داوری

دلایل متعددی بر طبیعی بودن نهاد داوری دلالت دارد که در ادامه به مهم‌ترین آن‌ها خواهیم پرداخت.

۲-۱. اصل حاکمیت اراده

اصل حاکمیت اراده[1]، طبیعی بودن داوری به مثابه یک روش حل و فصل اختلاف را نتیجه می‌دهد. توضیح آن‌که، در برخی موارد که پای نظم عمومی به میان می‌آید، طرفین اختلاف نمی‌توانند به داوری مراجعه کنند. در ماده ۳٤ قانون داوری تجاری بین‌المللی، عدم قابلیت ارجاع دعوا به داوری به عنوان یکی از جهات بطلان رای داور مورد شناسایی قرار گرفته است. در قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹ نیز مواد ٤٥۷ و ٤۹٦ موضوعاتی را که با نظم عمومی در ارتباط است، کاملا از تسلط افراد خارج کرده و آن‌ها را غیر قابل ارجاع به داوری اعلام می‌کند. در چنین مواردی، حاکمیت اراده طرفین به واسطه نظم عمومی محدود می‌شود. به دیگر سخن، در خصوص دعاوی مرتبط با نظم عمومی، داوری دیگر امکان وجود پیدا نمی‌کند تا از اصل یا استثنا بودن آن سخن بگوییم.

اما در خصوص سایر دعاوی، اصل حاکمیت اصحاب دعوای مدنی[2] که از لوازم و نتایج اصل حاکمیت اراده است، طرفین اختلاف را قادر می‌سازد تا سازِکار حل و فصل اختلاف را از میان محاکم دادگستری و شیوه‌های جایگزین حل و فصل اختلاف تعیین کنند. در حقیقت، هنگامی که میان طرفین قرارداد اختلافی حادث می‌شود که با حقوق دیگران و به ویژه با حقوق راجع به منافع عمومی مرتبط نبوده و منافاتی با اخلاق حسنه و نظم عمومی ندارد، این اختلاف جزو حقوق تحت تسلط کامل ذی‌حق و به مثابه یک شی تلقی می‌شود که طرفین اختلاف مالک آن محسوب شده و می‌توانند هر گونه دخل و تصرفی را در مایملک خود به عمل آورند (مافی، ۱۳۹۷: ٤۹۸؛ پوراستاد، ۱۳۸۷: ۱۰۲). این واقعیت مورد تایید رویه قضایی نیز قرار گرفته است. در دادنامه شماره ۲۵۰ مورخ ۸۵/۲/۳۱ صادره از شعبه ۱٤۷ دادگاه عمومی تهران می‌خوانیم: «با وجود قرارداد داوری، طرح دعوا در مرجع قضایی

1. Principle of Sovereignty of will
2. Principle of Disposition of Civil litigants

مخالف اصل حاکمیت اراده در قراردادها و روح ماده ۱۰ قانون مدنی است» (زندی، ۱۳۹۳: ۱۱۸).

بایسته ذکر است که مراجع قضایی حسب صنف، نوع و درجه‌ای که از سوی قانون‌گذار برای آن‌ها پیش‌بینی شده است، واجد صلاحیت بالقوه برای رسیدگی به دعاوی می‌باشند. این صلاحیت بالقوه زمانی به صلاحیت بالفعل تبدیل می‌شود که اختلاف طرفین به دادگاه صالح ارجاع شود. طبق ماده ۲ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی: «هیچ دادگاهی نمی‌تواند به دعوایی رسیدگی کند مگر این‌که شخص یا اشخاص ذی‌نفع یا وکیل یا قائم مقام یا نماینده قانونی آنان رسیدگی به دعوا را برابر قانون درخواست نموده باشند». بر اساس این مقرره، اصل بر عدم صلاحیت بالفعل مراجع قضایی است؛ مگر آن که چنین صلاحیتی با به کار انداختن اصل ابتکار عمل خصوصی طرفین دعوا و درخواست ذی‌نفع احراز شود؛ بنابراین در دعاوی مدنی، برخلاف دعاوی کیفری، تنها آن‌گاه می‌توان از صلاحیت دادگستری سخن گفت که اختلاف خاص طرفین به دادگاه صالح ارجاع گردیده باشد، تا پیش از اقامه دعوا، مراجع قضایی دولتی اساساً هیچ حق یا اولویتی نسبت به حل و فصل اختلاف طرفین نمی‌توانند داشته باشند. پس از اقامه دعوا و در جریان دادرسی مدنی نیز اطراف دعوا می‌توانند دعوا را به داوری ارجاع دهند (مواد ٤٥٤ و ٤٩٤ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی).

۲-۲. اثر منفی موافقت‌نامه داوری

این اصل که دادگاه‌ها نسبت به اختلافات تحت شمول یک موافقت‌نامه داوری معتبر فاقد صلاحیت می‌باشند، در کنوانسیون‌های بین‌المللی و قوانین ملی داوری ملاحظه می‌شود (Fouchard et al, 1999: 402).

انعکاس اثر منفی موافقت‌نامه داوری را در ماده ۸ قانون داوری تجاری بین‌المللی می‌توان دید که اشعار می‌دارد:«دادگاهی که دعوای موضوع موافقت‌نامه داوری نزد آن اقامه شده است باید در صورت درخواست یکی از طرفین تا پایان اولین جلسه دادگاه، دعوای طرفین را به داوری احاله نماید؛ مگر این که احراز کند که موافقت‌نامه داوری باطل و ملغی‌الاثر یا غیر قابل اجرا می‌باشد ...». در قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی راجع به اثر منفی موافقت‌نامه

داوری سخنی به میان نیامده است، لیکن از مجموع مفاد مواد ٤٥٩، ٤٦٠، ٤٩١ و قسمت اخیر ماده ٤٧٤ این قانون استنباط می‌شود که با وجود یک قرارداد داوری معتبر، دادگاه می‌بایست از اعمال صلاحیت خودداری ورزد. افزون بر این، مفهوم مخالف برخی از مقررات این قانون، به ویژه ماده ٤٦٣ متضمن اثر منفی موافقت‌نامه داوری است.

از منظر نگارندگان، با توجه به اثر منفی موافقت‌نامه داوری و نفی صلاحیت از دادگاه‌های دولتی، پس از امضای موافقت‌نامه داوری، رسیدگی دادگاه به اختلاف موضوع داوری، استثنایی تلقی می‌شود؛ بنابراین، هنگام تردید نسبت به صلاحیت مرجع داوری، به جای استثنایی تلقی نمودن داوری و اعاده صلاحیت به مرجع قضایی، باید با اعمال اصل رسیدگی انحصاری از طریق داوری (اثر سلبی موافقت‌نامه داوری)، مرجع داوری را کماکان صالح بدانیم.

۳-۲. اصل داوری‌پذیری دعاوی

امروزه به عنوان یک اصل، پذیرفته شده که کلیه اختلافات تجاری قابل ارجاع به داوری هستند؛ تا جایی که هر گاه صحبت از قابلیت داوری به میان می‌آید، نه به اصل پذیرفته شده بلکه به استثناهای این اصل توجه دارند. به همین خاطر است که برخی نویسندگان تصریح نموده‌اند که مسأله داوری‌پذیری یک اختلاف، باعث ابطال بسیاری از آراء نمی‌شود؛ زیرا امرزه موضوعات بسیار اندکی هستند که قابل داوری نیستند (Moses, 2008: 196). در چند دهه اخیر، یافتن مثالی که مرجع داوری با استناد به فقدان قابلیت داوری از رسیدگی امتناع ورزیده باشد، دشوار است؛ این مطلب یادآور واقعیتی است که برخی از آن به مرگ داوری‌ناپذیری[1] تعبیر کرده‌اند (Youssef, 2009: 47). ناگفته پیداست که نمی‌توان از یک سو، اصل داوری‌پذیری دعاوی را به رسمیت شناخت و از دیگر سو، داوری را طریق استثنایی حل و فصل اختلاف تلقی کرد. به دیگر سخن، اصل داوری‌پذیری اختلافات نشان می‌دهد که داوری روش طبیعی حل و فصل اختلافات است؛ چه این اصل با استثنایی تلقی نمودن داوری قابل جمع نیست.

چنانچه داوری روش استثنایی حل و فصل اختلافات می‌بود، اصل بر

1. Death of inarbitrability

ممنوعیت ارجاع اختلاف به داوری قرار می‌گرفت و موارد امکان ارجاع اختلاف به داوری توسط قانون‌گذار به صورت حصری پیش‌بینی می‌شد. این در حالی است که، قانون‌گذار با نگاهی نو و با هدف اصالت‌بخشی به نهاد داوری، ضمن شناسایی و اثربخشی به اصل داوری‌پذیری دعاوی مندرج در ماده ٤٥٤ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی و ماده ۲ قانون داوری تجاری بین‌المللی، موارد خاصی را که با نظم عمومی ارتباط داشته‌اند، به عنوان موضوعات داوری‌ناپذیر، به موجب ماده ٤۹٦ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مقرر نموده است.

٤-۲. مقتضیات روابط تجاری بین‌المللی

سیر تحول تاریخی نهاد داوری حاکی از گسترش و توسعه مستمر حوزه داوری بوده است؛ چنان‌که تصریح کرده‌اند، دولت‌ها در آغاز تمایل چندانی به شناسایی داوری به مثابه یک سازِکار مناسب حل و فصل اختلاف نداشته‌اند و آن را رقیب مراجع قضایی داخلی دانسته و از ترتیب اثر دادن به رای داوری اکراه داشته‌اند. در واقع دولت‌ها، کنترل شدیدی بر داوری، هم در سطح موضوعات داخلی و هم در سطح بین‌المللی اعمال می‌نمودند. این کنترل از مبانی قضایی خاصی برخوردار بود. نخست این تلقی حاکم بود که هر فعالیتی که در قلمرو قضایی کشوری اتفاق می‌افتد می‌باید در محدوده و تحت شمول قانون و دادگاه داخلی باشد؛ دوم این احتمال و نگرانی واقع‌گرایانه ایجاد گردید که سازِکار جایگزین (داوری)، اختیار و احترام نظام حقوقی دادگاه‌های ملی را از بین می‌برد. آخر این که، همواره یک حسادت قضایی نسبت به این سازِکار جایگزین وجود داشته و دارد. در نتیجه، داوری به عنوان یک استثنای مجاز بر صلاحیت عام و انحصاری محاکم دولتی اعلام شد؛ نه به عنوان یک حق و سازِکاری مستقل (لیو، ۱۳۸۸: ۱٦۸). در عصر حاضر کنترل دادگاه‌ها و قوانین ملی تابع ارادِه اطراف داوری و داوران شده و قانون ملی دیگر عامل کنترل نیست و نمی‌تواند باشد، بلکه تسهیل‌کننده است. این واقعیت باعث گردیده تا حقوق داوری به استقلال نسبی از دادگاه‌های دولتی نائل شود (Blackaby et al, 2015: 416).

امروزه تمایل زیادی در ارجاع اختلافات به داوری تجاری بین‌المللی وجود

دارد؛ به گونه‌ای که حل اختلاف توسط داوری، دیگر یک روش استثنایی محسوب نمی‌شود، بلکه اصلی‌ترین و مهم‌ترین روش حل و فصل اختلافات تجاری بین‌المللی است (Fouchard et al, 1999: 260). در این راستا، برخی نویسندگان ضمن تلقی داوری به مثابه روش طبیعی حل و فصل اختلاف، تصریح نموده‌اند که دست‌کم در حیطه امور تجاری، رسیدگی از طریق سازِکار داوری مطابق قاعده و اصل است، در نقطه مقابل، صلاحیت دادگاه‌ها نسبت به حل و فصل اختلافات، استثنا محسوب می‌شود (Del Prado, 2021: 240-241).

تعیین داوری به عنوان مرجع اصلی حل و فصل اختلافات تجاری بین‌المللی، چنین تقویت می‌شود که در عرصه بین‌المللی مرجع قضایی فراملی با صلاحیت عام وجود ندارد که داوری جایگزین آن به حساب آید. به این ترتیب، اطراف اختلاف ناگزیر به انتخاب میان داوری بین‌المللی و مراجع قضایی دولتی داخلی خواهند شد. از آن‌جا که طرفین اختلاف دادگاه متبوع خود را ترجیح داده و نمی‌خواهند تابع صلاحیت قضایی دادگاه متبوع طرف مقابل قرار گیرند، از مراجعه به مراجع قضایی دولتی صرف‌نظر کرده و در نهایت اختلاف خود را به داوری ارجاع خواهند داد؛ مرجعی که نسبت به مراجع قضایی دولتی بیش‌تر اصل بی‌طرفی را تضمین می‌نماید (Moses, 2008: 1).

۳. آثار طبیعی تلقی شدن نهاد داوری

طبیعی دانستن سازِکار داوری، اصالت‌بخشی به آن و استقلال نسبی از نظام حقوقی ملی و محاکمِ دادگستری را نتیجه می‌دهد. این واقعیت متضمن این برآیند منطقی است که در موارد تردید نسبت به صلاحیت داور، کماکان داور را صالح بدانیم؛ چه با وجود یک موافقت‌نامه داوری معتبر، اصل رسیدگی انحصاری توسط مرجع داوری (اثر سلبی موافقت‌نامه داوری) حاکم است؛ نه اصل صلاحیت عام محاکم دادگستری. در ادامه برخی از مهم‌ترین آثار پذیرش این دیدگاه بررسی می‌شود.

۱-۳. قطعی و لازم‌الاجرا بودن رای داور

رای داور در سطح ملی و بین‌المللی، غیر قابل تجدیدنظر بوده و قطعی محسوب می‌شود؛ یعنی مرجعی بالاتر از مرجع داوری وجود ندارد که همانند دادگاه تجدیدنظر بتوان از آن مرجع درخواست کرد رای را ممیزی نماید و چنان‌چه اشکالی دید آن را نقض و رای دیگری صادر نماید (یوسف‌زاده، ۱۳۹۸: ۲۳۰). مبنای قطعی و لازم‌الاجرا بودن رای داور به اصل حاکمیت اراده بر می‌گردد (Schmitthoff, 1987: 230)؛ زیرا اراده اطراف داوری به این امر تعلق گرفته است که استنباط و رای داور منتخب و نه مرجع قضایی دولتی، قاطع میان آن‌ها باشد. به سخن دیگر، قطعی بودن رای داوری حاکی از تفوق و ارجحیت استنباط و رای داور بر استنباط و رای محاکم دادگستری است.

پذیرش اصل قطعی و لازم‌الاجرا بودن رای داوری، دو برآیند منطقی درپی دارد: نخست آن‌که، اصل بر تفسیر مضیق موارد بی‌اعتباری رای داور است. در حقیقت، رای داوری که بیشتر واجد ماهیت قراردادی و متاثر از اصل حاکمیت اراده است، محمول به صحت است و تا زمانی که دلیل متقنی بر بطلان آن وجود نداشته باشد، باید معتبر شناخته شود (حیاتی، ۱۳۹٤: ۲۳۸). نتیجه دوم عبارت است از استثناء تلقی نمودن جهات بطلان و عدم قابلیت اجرای رای داور. بر این بنیاد، به عنوان یک اصل راهنما، می‌بایست شکایت از آراء داوری را به عنوان یک فرض ابتدایی، ناظر به موارد قابلیت ابطال تلقی نمود؛ و نه بطلان مطلق. برخی دادگاه‌ها در مواردی با پاسداشت حاکمیت اراده اشخاص، اصل را بر اعتبار رای داور گذاشته‌اند. در رای صادره از شعبه پانزدهم دادگاه تجدیدنظراستان تهران می‌خوانیم: «آن‌چه مسلم است، اصل بر اعتبار رای داور است؛ مگر مواردی که قانون‌گذار تصریح نموده و در ما نحن فیه دلیلی بر بی‌اعتباری رای داور از سوی خواهان بدوی ارائه نگردیده است» (زینالی، ۱۳۹۸: ۱٦۱).

۲-۳. تفسیر موافقت نامه داوری به نفع داوری

در برخی از آراء قضایی کماکان این تلقی حاکم است که قرارداد داوری می‌باید به نحو محدود و مضیق تفسیر شود. استدلال محاکم آن است که قرارداد داوری استثنایی بر اصل صلاحیت عام دادگاه‌های دولتی است (Fouchard et al,1999: 260).

دادگاه تجدیدنظر پاریس در یکی از آراء خود تفسیر مضیقی از عبارت «همه اختلافات مرتبط با تفسیر قرارداد»، ارائه داد و مقرر نمود که چنین عبارتی شامل اختلافات مرتبط با اجرای قرارداد نمی‌شود[1]. در پرونده دیگری تصریح شده که شرط داوری می‌باید به نحو محدود و مضیق تفسیر شود و صلاحیت داور محدود به معانی دقیق واژگان استعمال شده در شرط داوری است (Peterson,1992: 534). در رویه قضایی ایران نیز این رویکرد تفسیری دیده می‌شود. در این زمینه، شعبه پانزدهم دادگاه تجدیدنظر استان تهران در دادنامه شماره ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۱۵۰۰۴۱۱ مورخ ۱۳۹۳/٤/۱٦ مقرر نموده: «به نظر این دادگاه با توجه به اصل صلاحیت عام محاکم، در امور داوری که به عنوان استثنایی بر اصل مذکور می‌باشد تفسیر محدود باید صورت پذیرد» (علی‌دادی ده‌کهنه و جوهری، ۱٤۰۱: ۳۰). ضمن اتخاذ رویکرد مشابه، شعبه هجدهم دادگاه تجدیدنظر استان تهران در دادنامه‌ای به شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۱۸۰۰۸۲۵ مورخ ۱۳۹۱/٦/۲۷ مقرر نموده است که چنان‌چه شرط داوری ناظر به حل اختلافات ناشی از تفسیر قرارداد باشد، این شرط شامل اختلافات ناشی از اجرای قرارداد از جمله فسخ قرارداد نمی‌باشد. شعبه پنجاه و دوم دادگاه تجدیدنظر استان تهران نیز در دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲٦۹۵۰۱٦۹۱ مورخ ۱۳۹۲/۱۲/۲۸، بر این اعتقاد است چنان‌چه شرط داوری ناظر به حل و فصل همه اختلافات میان شرکا و شرکت باشد، این شرط دعوای انحلال شرکت را در بر نمی‌گیرد.

دیدگاه مبتنی بر تفسیر مضیق شرط داوری، چنین تضعیف می‌شود که توافق و اراده اطراف داوری را نادیده می‌انگارد؛ زیرا توافق و اراده ضمنی طرفین داوری حاکی از این مطلب است که ارجاع همه اختلافات به مرجع داوری و انصراف از اقامه دعوا نزد مرجع قضایی دولتی، متعلق قصد آن‌ها قرار گرفته است (Blackaby et al, 2015: 93). بعید است که اطراف داوری در انتخاب سازِکار حل اختلاف، قائل به تفکیک و تجزیه شده و برخی از اختلافات را در صلاحیت مرجع داوری و برخی را در صلاحیت دادگستری بدانند؛ زیرا چنین ترتیبی با اصل سرعت سازگاری ندارد و افزایش هزینه‌ها و تهافت آراء را درپی خواهد داشت.

امروزه نظام‌های حقوقی و اغلب قوانین و مقررات داوری، تفسیر موسع شرط

1. Marcel Quijano Aguero v. Laporte (1973)

داوری را برگزیده و اشعار داشته‌اند که قرارداد داوری باید به نفع داوری تفسیر شود (شـــعاریان، ۱۴۰۲: ٥٦٦)؛ بنابراین در صورت حدوث تردید نسبت به شمول یا عدم شـــمول اختلافی در قلمرو یک قرارداد دـــاوری، باید چنین تردیدی را به نفع داوری نادیده انگاشت و در راستای حمایت از داوری و اصالت‌بخشی به آن، آن اختلاف را در قلمرو موافقت‌نامه داوری دانست.

۳-۳. بررسی ظاهری موافقت‌نامه داوری از سوی دادگاه

ماده ۸ قانون داوری تجاری بین‌المللی مشابه بند ۳ ماده ۲ کنوانسیون نیویورک، حاکـــی از صلاحیت انحصاری مرجع داوری بر ماهیت اختلافاتی اســـت که موضوع یک موافقت‌نامه داوری معتبر را تشکیل می‌دهد. بر این پایه، از دادگاه‌هایی که دعوای موضوع موافقت‌نامه داوری نزد آن‌ها اقامه گردیده، خواسته شده است که طرفین را به داوری احاله نمایند؛ مگر این‌که به تقاضای خواهان یا راساً توسط دادگاه احراز شود که موافقت‌نامه داوری باطل و ملغی‌الاثر یا غیر قابل اجرا می‌باشد.

اکنون این پرسش مطرح می‌شود که آیا رسیدگی دادگاه در مقام احراز صحت یا بطلان قرارداد داوری، یک رسیدگی ماهوی و تمام عیار است یا این‌که این رسیدگی محدود به بررسی شکلی و ظاهری قرارداد داوری است. واقعیت آن است که بررسی موافقت‌نامه داوری از سوی دادگاه، یک رسیدگی ماهوی و تمام عیار نمی‌تواند باشد، بلکه رســـیدگی دادگاه محدود به بررسی ظاهری[1] موافقت‌نامه داوری است. از منظر نگارندگان، اصل صلاحیت نســـبت به صلاحیت، اماره وجود قرارداد داوری و اداره صحیح جریان رســـیدگی داوری، مبانی تحدید دادگاه به بررسی ظاهری موافقت‌نامه داوری را تشکیل می‌دهد.

اصل شناخته شـــده صلاحیت نسبت به صلاحیت[2] واجد دو اثر مثبت و منفی است. اثر مثبت متضمن این معنا است که داور صلاحیت دارد در مورد صلاحیت خود تصمیم بگیرد؛ در مقابل، کارکرد منفی اصل صلاحیت نسبت به صلاحیت، صلاحیت دادگاه در بررســـی اعتبار قرارداد داوری را به زمان رســـیدگی به تنفیذ و ابطال رای دـــاوری محدود می‌کند و به دیوان داوری این فرصـــت را می‌دهد تا به عنوان مرجع

1. Prima Facie Review
2. Competence- Competence

اولیه، در مورد صلاحیت خود و اعتبار قرارداد داوری تصمیم‌گیری کند (شمسی و مافی، ۱۴۰۲: ۱۳۶). اکنون می‌گوییم تحت نفوذ کارکرد منفی اصل صلاحیت نسبت به صلاحیت، دادگاه می‌باید به بررسی ظاهری موافقت‌نامه داوری اکتفا نموده و بنا را بر اعتبار موافقت‌نامه داوری قرار دهد و دعوای طرفین را به داوری احاله نماید، تا مرجع داوری نسبت به اعتبار موافقت‌نامه داوری و صلاحیت خود، اظهار نظر نماید (Synkova, 2013: 73).

در حقیقت، در صورت فقدان یک قرارداد داوری معتبر، مبنایی برای ارجاع طرفین به داوری وجود نداشته و دادگاه به رسیدگی ادامه خواهد داد، لیکن وجود یک قرارداد داوری که به‌ظاهر معتبر است، حاکی و راوی از یک اماره به نفع صلاحیت مرجع داوری است که موجب ارجاع دعوا به داوری از سوی دادگاه می‌شود. مبنای چنین ارجاعی آن است که برخلاف سایر قراردادها، بررسی اعتبار موافقت‌نامه داوری، هم در صلاحیت نهایی قاضی دولتی و هم در صلاحیت ابتدایی داور است. صلاحیت نهایی قاضی دولتی، داوری‌باخته را قادر می‌سازد تا چنان‌چه تشخیص داور نسبت به اعتبار موافقت‌نامه داوری را صحیح نداند، به استناد فقدان اعتبار موافقت‌نامه داوری، ابطال رای داور را از دادگاه درخواست نماید.

بایسته ذکر است که تحدید اختیار دادگاه به بررسی اولیه و به‌ظاهر موافقت‌نامه داوری، در راستای اداره صحیح جریان رسیدگی داوری بوده و مانع استفاده یکی از اطراف داوری از تاکتیک‌های تاخیری[1] یا ایذایی می‌شود؛ زیرا با ارجاع فوری طرفین به داوری، طرفی که به دادگاه مراجعه نموده است، نمی‌تواند در داوری تاخیر ایجاد کند و با طرح دعوا در دادگاه هزینه‌ها را به طور جدی افزایش دهد (Gaillard and Banifatemi, 2008: 260).

٤-۳. صدور دستور موقت و اقدامات تامینی توسط داور

در گذشته تلقی حاکم آن بود که داوری یک سازِکار استثنایی بر صلاحیت عام دادگاه دولتی است و در نتیجه همین دیدگاه، صلاحیت انحصاری دادگاه‌های دولتی برای صدور دستور موقت پذیرفته شد (Blackaby et al, 2015: 421). با اتخاذ همین رویکرد، برخی از قوانین داوری، صدور دستور موقت را در صلاحیت ذاتی

1. Delaying Tactics

و انحصاری دادگاه‌های ملی دانسته‌اند. در این زمینه، به موجب ماده ۷۵۳ قانون ملی آیین دادرسی مدنی و تجاری آرژانتین[1]، داوران نمی‌توانند دستور اقدامات اجباری یا تامینی صادر کنند؛ زیرا این امر در صلاحیت انحصاری دادگاه است. همین رویکرد در ماده ۸۱۸ قانون آیین دادرسی مدنی ایتالیا[2] اتخاذ شده است که به موجب آن داوران حق ندارند قرار توقیف یا سایر اقدامات تامینی صادر کنند (لیو و دیگران، ۱۳۹۱: ۵۹۰). اما امروزه اکثر قوانین و مقررات داوری اختیار مرجع داوری برای صدور دستور اقدامات تامینی یا دست‌کم صلاحیت متقارن و موازی مرجع داوری و دادگاه‌ها را پذیرفته‌اند (Moses, 2008: 102). صلاحیت مرجع داوری برای صدور دستور اقدامات تامینی، در راستای استقلال نهاد داوری و خودبسنده بودن آن است (محبی، ۱۳۹۰: ۱٦۷).

با وجود این، در داوری درون‌مرزی، دیدگاه سنتی مبنی بر فقدان صلاحیت داور جهت صدور اقدامات تامینی، کماکان در دکترین حقوقی مشاهده می‌شود. در این زمینه بیان شده چنان‌چه اختیار صدور دستور موقت به داور اعطا نشده باشد، با عنایت به این که صلاحیت داور امری استثنایی است و صرفاً در حدود اختیارات اعطایی از سوی طرفین دعوی، دارای اختیار می‌شود، در فرض مزبور داور صلاحیت لازم جهت صدور قرارهای تامینی را نخواهد داشت (سروری، ۱۳۸۹: ۲٤)؛ یا بیان شده که با توجه به این که مقررات مربوط به داوری در قانون آیین دادرسی مدنی در مورد صلاحیت مرجع داوری برای صدور دستور موقت سکوت اختیار کرده است، بر اساس عام بودن صلاحیت دادگاه‌ها، باید قائل به این امر بود که در داوری‌های مشمول قانون آیین دادرسی مدنی صدور دستور موقت صرفاً در صلاحیت دادگاه قرار دارد (مافی، ۱۳۹۷: ۱۲٤)؛ یا اظهار شده که در فرض فقدان صلاحیت داور برای صدور دستور موقت، با توجه به آمره بودن مقررات مربوطه، تصریح طرفین تاثیری در امکان صدور دستور موقت توسط داور ندارد. افزون بر این، اخذ وحدت ملاک از ماده ۱۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی هم نمی‌تواند صحیح باشد؛ چه حکم این ماده استثنایی است بر اصل عدم اختیار داور (علی‌دادی ده‌کهنه و جوهری،

1. Article 753 of the Argentine National Code of Civil and Commercial Procedure
2. Article 818 of the Italian Code of Civil Procedure (ICCP)

۱٤۰۱: ۱۵۲).

از منظر نگارندگان، با نظرداشـــت به این که قانون‌گذار امکان ارجاع اختلافات به داوری را مقرر نموده است و مبرهن است که حل و فصل ناکارآمد اختلاف مقصود قانون‌گذار نبوده و با توجه به این واقعیت که در موارد فوری، داوری کارآمد مقتضی صدور دســـتور موقت است، قصد نانوشـــته قانون‌گذار داخلی، صدور دستور موقت را توســـط داور تایید و تجویز می‌نماید. علاوه بر این، شناسایی چنین اختیاری برای داور هم‌ســـو و هم‌آهنگ با اصل حاکمیت اراده طرفین داوری نیز هســـت؛ چه وقتی طرفیـــن اختلاف خود را به داور ارجاع می‌دهند کـــه رای لازم‌الاجرا صادر نماید، به طور ضمنی و به عنوان مقدمه ضروری آن، اختیار صدور دستور موقت را نیز به داور اعطا کرده‌اند. ناگفته پیداست چنان‌چه داور صلاحیت صدور دستور موقت را نداشته باشـــد، ممکن است طرف مقابل زمینه‌های اجرای رای و لذا کارایی آن را از بین ببرد و در نتیجه رای داوری بی‌فایده شود؛ بنابراین اختیار صدور دستور موقت می‌تواند به عنوان اختیار ذاتی[1] دیوان‌های داوری و به دلیل ضرورت اجرای عملکرد مطلوب این دیوان‌ها توجیه و اعمال شود (مافی و فتاحی، ۱٤۰۱: ۳۹۷).

۵-۳. تعلیق رسیدگی داوری در صورت حدوث فورس ماژور

ماده ٤۸۹ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مقرر می‌دارد:«رای داوری در موارد زیر باطل اســـت و قابلیـــت اجرایی ندارد: ... ٤- رای داور پس از انقضای مدت داوری صادر و تســـلیم شـــده باشد ...». پرسشی که مطرح می‌شود آن است که چنان‌چه معاذیری مانند وصول نظریه کارشناس یا وصول دلایل و مســـتندات اصحاب دعوا و مواردی مانند این، منتج به تاخیر در جریان رســـیدگی و صدور رای داوری شـــود، آیا چنین رایی هم مشـــمول بند ٤ ماده ٤۸۹ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی شده و باطل و غیر قابل اجراست یا می‌توان مدتی را که حوادث غیر مترقبه و فورس ماژور موجب تاخیر در رســـیدگی داوری شده، به مدت داوری افزود.

در پاســـخ به این پرسش، برخی از حقوق‌دانان با اســـتناد به اصل صلاحیت عام محاکم دادگســـتری مندرج در اصل یکصد و پنجاه و نهم قانون اساسی، سازِکار

1. Inherent Power

داوری را اســـتثنایی دانســـته و در صورت حدوث فورس ماژور دادگاه را صالح به رســـیدگی می‌دانند؛ با این اســـتدلال که موافقت‌نامه داوری متضمن تعیین صلاحیت برای مرجع داوری و سلب صلاحیت از محاکم دادگستری است؛ بنابراین، بدون نص قانونی نمی‌توان فورس ماژور را جهتی برای تغییر صلاحیت مرجع رســـیدگی یا بقاء صلاحیت آن مرجـــع قرار داد (نهرینی، ۱۳۹۳: ۹٤٦). در این زمینه، در نظریه قضات مجتمع قضایی امور اقتصادی تهران آمده اســـت: «رسیدگی و صلاحیت داور خلاف اصل است و اصولاً دادگاه دادگستری وفق اصل یکصد و پنجاه و نهم قانون اساسی مرجع تظلمات عمومی محســـوب می‌شود؛ بنابراین در هر وضعیتی که در صلاحیت داور یا ادامه داوری تردید شود، باید آن را منتفی تلقی کرد و مرجع عمومی تظلمات یعنی دادگاه را صالح به رسیدگی دانست ... مدت داوری و تاریخ شروع آن از جمله شرایط اساسی داوری است. به همین لحاظ نیز مواد ٤٥٨، ٤٦٨، ٤٧٤، ٤٧٨، ٤٨٠، ٤٧٨ و بند چهارم ماده ٤٨٩ آیین دادرســـی مدنی جدید به مدت داوری اختصاص یافت ... چنانچه فورس ماژور علت این تاخیر باشـــد، به نظر می‌رسد که نمی‌توان مدتی را که فورس ماژور موجب تاخیر در رســـیدگی داوری شـــده، به مدت داوری افزود. زیرا: ۱- فورس ماژور آن‌چنان که در مواد ۲۲۷ و ۲۲۹ قانون مدنی پیش‌بینی شده، مختص قراردادها و تعهدات معمولی است؛ و نه قرارداد داوری که واجد شرایط ویژه و خاص خود اســـت؛ ۲- قرارداد داوری متضمن تعیین صلاحیت برای مرجع داوری و سلب صلاحیت از دادگاه‌های دادگستری است؛ بنابراین بدون نص قانون نمی‌توان فورس ماژور را جهتی برای تغییر صلاحیت مرجع رسیدگی یا بقای صلاحیت آن مرجع قرار داد؛ زیرا مرجعی که باید فورس ماژور و مدت بقای آن را تشـــخیص دهد، پیش‌بینی نشـــده اســـت؛ چنان‌چه در این مورد، نظر قانون‌گذار بر تاثیر فورس ماژور در مدت دـــاوری و تمدید آن بود، بی‌تردید آن را در قانون پیش‌بینی می‌نمود» (خدابخشـــی، ۱۳۹۱: ۱۰۳).

از منظـــر نگارندگان، اعمال قاعده فورس ماژور نســـبت به مدت داوری، نیاز بـــه تجویز خاص قانون‌گذار ندارد؛ زیرا داوری قرارداد اســـت و تعهد داور نســـبت به رعایت مدت داوری، تعهدی قراردادی محســـوب می‌شـــود و مقرره قانونی برای خروج آن از شمول قاعده فورس ماژور وجود ندارد. بدین‌سان، فورس ماژور به مثابه

قاعده‌ای عام، نسبت به مدت داوری نیز قابل اعمال است و منتج به تعلیق قرارداد داوری می‌شود. ایراد فقدان مرجع صالح جهت تشخیص فورس ماژور هم نمی‌تواند صحیح باشد؛ زیرا فورس ماژور جزو امور موضوعی[1] محسوب می‌شود و تشخیص داور نوعی رسیدگی موضوعی تلقی شده و با مانع قانونی مواجه نیست. علاوه بر این، تشخیص صلاحیت داور با خود داور می باشد[2]. ماده ۲۶ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی نیز بر همین امر دلالت دارد که تشخیص صلاحیت هر مرجعی در بادی امر با خود آن مرجع است؛ بنابراین هنگامی که داور نسبت به وجود یا عدم صلاحیت خود، صلاحیت دارد، با استفاده از قیاس اولویت، نسبت به تشخیص فورس ماژور نیز صالح است.

بایسته ذکر است که متعاقب تشخیص فورس ماژور توسط داور و تعلیق قرارداد داوری، داور در پی ایجاد صلاحیت برای خود نیست، بلکه می‌کوشد با تعلیق جریان داوری، پس از رفع مانع و حادثه موقت، به جریان رسیدگی ادامه دهد و مبادرت به صدور رای نماید. به دیگر سخن، تاثیر فورس ماژور صرفاً توقف و تعلیق اعمال صلاحیت داور محسوب می‌شود؛ نه موجد آن. آن‌چه موجد صلاحیت داور محسوب می‌شود، موافقت‌نامه داوری است؛ قراردادی که برای داور ایجاد صلاحیت و از دادگاه سلب صلاحیت می‌نماید. چنین صلاحیتی با حدوث فورس ماژور پایان نمی‌یابد تا نیاز به ایجاد مجدد آن باشد؛ زیرا صلاحیت داور ریشه قراردادی دارد و تا هنگامی که طرفین از قصد خود عدول نکرده‌اند (ماده ۴۸۱ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی) صلاحیت داور کماکان باقی است.

۶-۳. غیر محلی‌سازی داوری

این مفهوم[3] مبتنی بر نظریه‌ای است که طبق آن، داوری بین‌المللی نباید با قانون محلی مقر داوری محدود شود (Moses, 2008: 56). طرفداران این دکترین تنها منبع اعتبار رای داوری تجاری بین‌المللی را قصد و اراده اطراف داوری دانسته‌اند. بر پایه ادعای مدافعان این نظریه، داوری تجاری بین‌المللی و نتیجه آن که همان رای داوری

1. Fact
2. Competence- Competence
3. Delocalization

است، مستقل از نظام‌های حقوقی ملی بوده و مبنای الزام‌آوری آن، نه از نظام حقوقی ملی، بلکه ناشی از اراده و توافق طرفین داوری است. مدافعان این دیدگاه، پایه اساسی این دکترین را اصل اســتقلال و حاکمیت اراده طرفین داوری دانسته‌اند و برآنند که نباید محدودیتی برای اعمال کامل چنین اراده‌ای وجود داشته باشد و با نظرداشت به این واقعیت که اعمال قوانین ملی به نوعی تحدید اراده طرفین داوری قلمداد می‌شود، پس باید کنار گذاشته شود (ایرانشاهی، ۱٤۰۲: ۳۰۱).

دکتریــن غیر محلی کردن داوری، اســتقلال اراده طرفین داوری در انتخاب قانون حاکم بر آیین داوری را نتیجه می‌دهد. بر این اســاس، حقوق شــکلی حاکم بر یک داوری تجاری بین‌المللی، ضرورتاً تحت حکومت قانون مقر داوری نیست، بلکه ممکن اســت حقوق عرفی بازرگانی فراملی[1] باشد (Rubino Sammartano, 2001: 484).

٤. رویکرد اسناد بین‌المللی

در این قســمت از مقاله، رویکرد اســناد بین‌المللی دــاوری و به‌طور خاص، کنوانسیون نیویورک و قانون نمونه آنسیترال مورد بررسی قرار می‌گیرد.

٤-۱. کنوانسیون نیویورک

کنوانســیون نیویورک، داوری را روش طبیعی حل و فصل اختلافات قلمداد نموده است، هر چند مقرره صریحی در این باره ندارد.

٤-۱-۱. فقدان مقرره‌ای خاص برای درخواست ابطال رای داور

قوانیــن داوری معمولاً ضمن پیش‌بینی اصل قطعــی و لازم‌الاجرا بودن رای داوری، مبانی ابطال یا بطلان رای داوری را به طور حصری بر می‌شمرند. در داوری درون‌مرزی، ماده ٤۸۹ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی، هفت مورد را پیش‌بینی و تصریح نموده که رای داور در موارد مذکور باطل اســت و قابلیــت اجرایی ندارد. قانون داوری تجــاری بین‌المللی نیز به موجب مواد ۳۳ و ۳٤ این قانون، جهات ابطال و بطلان رای داور را مقرر نموده است، اما سازکار کنوانسیون نیویورک واجد نوآوری است. در کنوانسیون نیویورک مقرره‌ای مبنی بر شناسایی حق درخواست ابطال رای داوری وجود ندارد، بلکه چنان‌چه محکوم‌له تقاضای شناسایی

1. Lex Mercatoria

و اجرای دـــاوری را مطرح نماید، محکوم‌علیه می‌تواند ادلـــه‌ای مبنی بر عدم اعتبار رای داوری اقامه نماید که در صورت پذیرش آن، دادگاه از شناســـایی و اجرای رای داوری امتناع می‌نماید. این واقعیت نشان می‌دهد که هدف غایی از تدوین کنوانسیون نیویورک، شناسایی و اجرا آرای داوری است؛ نه ابطال آن‌ها (Wolff, 2019: 251).

۲-۱-٤. حصری بودن مبانی امتناع از شناسایی و اجرای رای داوری

در داوری‌های تجاری بین‌المللی، اصل بر قطعی و لازم‌الاجرا بودن رای داوری اســـت. در کنوانســـیون نیویورک نیز همین اصل حاکم اســـت. به موجب ماده ۳ این کنوانســـیون: «دول متعاهد احکام داوری را قطعی و لازم‌الاجرا خواهند شناخت ...». بر همین اساس، مبانی امتناع از اجرای رای مندرج در ماده ۵ این کنوانسیون، جامع و مانع محســـوب می‌شوند (Blackaby et al, 2015: 622)؛ توضیح آن‌که، دادگاه‌ها در مقام اعمال ماده ۵ کنوانسیون نیویورک، ضمن تفسیر و تاویل مضیق، مبانی مندرج در این ماده را استثنایی بر قاعده ضرورت اجرای آراء داوری خارجی به شمار می‌آورند (مافی و اسحقی، ۱٤۰۲: ۱٦٦).

۳-۱-٤. حل تعارض معاهدات به نفع اجرای رای داوری

رویکـــرد کنوانســـیون نیویورک در خصـــوص تعارض معاهدـــات، در بند ۱ ماده ۷ منعکس گردیده اســـت که مقرر می‌دارد: «مقـــررات عهدنامه حاضر به اعتبار موافقت‌نامه‌های دوجانبه و چندجانبه مربوط به شناسایی و اجرای آرای داوری منعقده بین دول متعاهد خدشـــه‌ای وارد نخواهد کرد و ذی‌نفع را از هر حقی که ممکن است برای استفاده بردن از رای داوری به طریق مقرر و به مقدار مجاز در قوانین یا معاهدات کشور محل استناد به رای داشته باشد، محروم نخواهد کرد».

این مقرره متضمن دو قاعده است:

نخســـت. قاعده سازگاری[1]: این مقرره سازش‌پذیری یا سازگاری عهدنامه را با ســـایر معاهدات دوجانبه یا چندجانبه‌ای که میـــان دول متعاهد در زمینه اجرای آرای داوری منعقد گردیده است، می‌پذیرد.

دوم. قاعده مربوط به حق انتخاب مساعدترین قاعده[2]: عهدنامه به خواهان اجرا

1. Compatibility Provision
2. More Favourable Right Provision

اجازه داده اســـت که چنان‌چه شرایط عهدنامه برای اجرای رای داوری وجود نداشته باشد، درخواســـت خود را به جای کنوانسیون، بر قانون ملی کشور محل درخواست اجرا و یا بر دیگر معاهدات قابل اعمال مبتنی سازد (Bermann, 2017: 707).

این دو قاعده، چنان‌که وان دن برگ[1] نیز تصریح کرده اســـت، حاکی و راوی از قاعده حداکثر تاثیر[2] اســـت (Rubino Sammartano, 2001: 944). قاعده حداکثر تاثیر متضمن این معنا اســـت که از میان معاهدـــات قابل اعمال موجود، معاهده‌ای در نهایت اعمال می‌شـــود که اعتبار و صحت عمل یا نهاد حقوقی مورد نظر را با خود به همراه داشته باشد. اعمال این قاعده در بحث اجرای آرای داوری، حاوی این واقعیت اســـت که چنان‌چه رایی بر اساس یکی از کنوانســـیون‌های قابل اعمال غیر قابل اجرا باشد، ولی بر اساس کنوانسیون قابل اعمال دیگر قابل اجرا باشد، کنوانسیون اخیر،که شناسایی و اجرای رای داوری را با خود به ارمغان می‌آورد، قطع‌نظر از تقدم و تاخر و عموم و خصوص نسبت به آن اعمال خواهد شد (جنیدی، ۱۳۹۲: ۲۰۰).

۲-٤. قانون نمونه آنسیترال

اصل عدم مداخله دادگاه در جریان رســـیدگی داوری[3] که یکی از جلوه‌های نوین غیر محلی کردن داوری نیز به شـــمار می‌آید، در قانون نمونه به خوبی منعکس شـــده است. ماده ۵ قانون نمونه آنســـیترال درباره داوری تجاری بین‌المللی اصلاحی ۲۰۰٦، متضمن اصل عدم مداخله دادگاه‌های دولتی است. این مقرره مداخله دادگاه را محدود و منحصر به موارد خاص پیش‌بینی شده در آن قانون می‌داند و مداخله دادگاه را در مواردی که در آن قانون تصریح نشده است منع می‌کند (Hulea, 2003: 341).

دـــر قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران مقرره‌ای معادل ماده ۵ قانون نمونه وجود ندارد، لیکن در ماده ٦ این قانون، موارد مداخله دادگاه‌ها با توجه به آن‌چه در مواد مختلف به طور پراکنده آمده، گرد آورده شـــده اســـت. در صورت تفسیر مضیق این ماده و حصری دانستن موارد مطرح شده، می‌توان به نتیجه‌ای کم یا بیش مشابه با آن‌چه از قانون نمونه به دست می‌آید، رسید (جنیدی، ۱۳۷۸: ۸۵). این اصل در رویه قضایی کشور ما نیز مورد شناسایی قرار گرفته است و برخی دادگاه‌ها در مواردی به

1. van den Berg
2. The Principle of Maximum Efficacy
3. The Principle of non- intervention of the court in arbitration

صراحت اصل را بر عدم مداخله دادگاه در فرآیند داوری گذاشته‌اند. در رای صادره از شعبه پانزدهم دادگاه تجدیدنظر استان تهران می‌خوانیم: «وقتی طرفین قرارداد حل اختلاف ناشی از تفسیر یا اجرای قرارداد را به داوری ارجاع می‌نمایند، در حقیقت نخواسته‌اند محاکم در موضوع مداخله کنند و احترام به اراده متعاملین ایجاب می‌نماید که دادگاه در چارچوب قانون رفتار نموده و این امر را به رسمیت بشناسد؛ زیرا خواست متعاملین عدم مداخله محکمه بوده؛ ثالثا مداخله محاکم در موضوع، محدود به جایی است که بر اساس قواعد آمره قانون‌گذار اجازه ورود داده است؛ در غیر این صورت ورود به حریم اراده طرفین قرارداد تلقی شده و هیچ توجیه قانونی ندارد ...» (زینالی، ۱۳۹۸: ۱٦۰).

شناسایی اصل عدم مداخله دادگاه در جریان داوری، استقلال نهاد داوری نسبت به نظام حقوقی ملی و به تبع آن تفسیر محدود و مضیق موارد مداخله دادگاه در داوری را با خود به همراه خواهد داشت. افزون بر این، اصل عدم مداخله در راستای تضمین اصل استقلال و حاکمیت اراده طرفین داوری است؛ زیرا این که طرفین اختلاف به جای مراجعه به دادگستری، سازِکار داوری را برای حل و فصل اختلاف خود تعیین می‌کنند، حاکی از این واقعیت است که آن‌ها خواهان مداخله دادگاه‌ها در اختلافات اکنون یا آینده خود نیستند.

برآمد

۱- اصل یکصد و پنجاه و نهم قانون اساسی نمی‌تواند مستمسکی برای استثنایی تلقی نمودن داوری به حساب آید؛ چرا که این اصل در مقام اعلام فقدان صلاحیت نهادهای غیر قضایی داخل در ساختار قوه قضاییه است و بر اهمیت و تمرکز امور قضایی در دادگستری تاکید می‌نماید، اما دلالتی بر شیوه‌های حل و فصل اختلاف خارج از ساختار قوه قضاییه ندارد. به تعبیر دقیق‌تر، این اصل درباره جایگاه نهاد داوری و اصل یا استثناء تلقی شدن آن نسبت به محاکم دادگستری، تعیین تکلیف نکرده است.

۲- داوری روش طبیعی و نه استثنایی حل و فصل اختلافات است. طبیعی دانستن سازکار داوری، اصالت‌بخشی به آن و استقلال نسبی از نظام حقوقی ملی و محاکم دادگستری را نتیجه می‌دهد. این واقعیت متضمن این برآیند منطقی است که تفسیر قواعد داوری باید در راستای تقویت نهاد داوری و تحقق اهداف آن باشد؛ نه ضد آن؛ بر این اساس، در موارد تردید نسبت به صلاحیت داور، باید کماکان داور را صالح بدانیم؛ چرا که با وجود یک موافقت‌نامه داوری معتبر، اصل رسیدگی انحصاری توسط مرجع داوری (اثر سلبی موافقت‌نامه داوری) حاکم است؛ نه اصل صلاحیت عام محاکم دادگستری.

۳- مهم‌ترین دلیل طبیعی دانستن داوری، اصل حاکمیت اصحاب دعوای مدنی می‌باشد. بر پایه این اصل که از لوازم و نتایج اصل حاکمیت اراده است، جز در مواردی که اختلاف مرتبط با نظم عمومی است، اشخاص مالک دعوای خود می‌باشند و می‌توانند هر گونه تصرفی در مایملک خود به عمل آورند، از جمله این که سازکار حل اختلاف را از میان مراجع قضایی دولتی و شیوه‌های جایگزین حل اختلاف، انتخاب نمایند.

٤- پیشنهاد می‌شود:

۱-٤- تعریف داوری مندرج در بند الف ماده ۱ قانون داوری تجاری بین‌المللی به شرح ذیل اصلاح و واژه «طبیعی» به آن اضافه شود: «داوری عبارت است از روش طبیعی رفع اختلاف بین متداعیین در خارج از دادگاه به وسیله شخص یا اشخاص حقیقی یا حقوقی مرضی‌الطرفین و یا انتصابی». البته این تعریف از جهات دیگر قابل

اصلاح و تغییر می‌باشد، لیکن از موضوع مقاله خارج است.

۲-٤- یک ماده یا بند به شرح ذیل به قوانین راجع به داوری اضافه شود: «در مواردی که اصل توافق طرفین در مورد ارجاع اختلاف راجع به یک رابطه حقوقی معین به داوری، به ظاهر محرز است، فرض بر این است که کلیه اختلافات راجع به آن رابطه ولو اختلاف در مورد وجود و اعتبار و بقای اصل آن رابطه به داوری ارجاع شده است؛ داور اختیار صدور قرارهای تامینی و موقت را دارد؛ داور حق دارد در مورد صلاحیت خود و وجود و اعتبار اصل رابطه و توافق‌نامه داوری تصمیم بگیرد».

فهرست منابع

الف. فارسی

* ایرانشـــاهی، علیرضا (۱۳۹۳)، **اعتراض به رای داوری**، چاپ نخست، تهران: شهر دانش.

* پور استاد، مجید (۱۳۸۷)، «**اصل حاکمیت اصحاب دعوای مدنی**»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۳۸، شماره ۳.

* جنیدی، لعیا (۱۳۹۲)، **اجرای آرای داوری بازرگانی خارجی**، چاپ ســوم، تهران: شهر دانش.

* جنیدی، لعیا (۱۳۷۸)، **نقد و بررســی تطبیقی قانــون داوری تجاری بین‌المللی**، چاپ اول، تهران: دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران.

* جمشــیدی، علیرضا و رستمی غازانی، امید (۱۳۹۲)، «**قضا و نظام قضایی، تمرکز امور قضایی در قوه قضاییه**»، دیدگاه‌های حقوق قضایی، شماره ٦۳.

* حیاتی، علی‌عباس (۱۳۹٤)، **آیین دادرسی مدنی (۳)**، چاپ دوم، تهران: میزان.

* خدابخشــی، عبدالله (۱۳۹۳)، **حقوق داوری و دعــاوی مربوط به آن در رویه قضایی**، چاپ سوم، تهران: شرکت سهامی انتشار.

* رســول‌زاده فرساد، علی (۱٤۰۱)، **اصل قطعی و لازم‌الاجرا در آرای داوری‌های ملی و بین‌المللی**، چاپ نخست، تهران: امجد.

* زینالــی، توحید (۱۳۹۸)، **دعوای ابطــال رای داوری در رویه دادگاه‌ها**، چاپ چهارم، تهران: چراغ دانش.

* زنــی، محمدرضا (۱۳۹۳)، **داوری، رویه قضایی دادگاه‌های تجدیدنظر اســتان تهران در امور مدنی**، چاپ چهارم، تهران: جنگل.

* ســروری، محمدباقر (۱۳۸۹)، **نگرشــی کاربردی به موضوع داوری در حقوق ایران**، چاپ نخست، تهران: فکرسازان.

* شمســی، جواد و مافی، همایون (۱٤۰۲)، «**اثر منفی اصل صلاحیت نســبت به صلاحیــت در داوری و نفی صلاحیت دادگاه**»، مجله حقوقی بین‌المللی، دوره ٤۰، شماره ۷۰.

* شــعاریان، ابراهیم (۱٤۰۲)، **موافقت‌نامــه داوری: از انعقاد تا انحلال؛ در پرتو**

حقوق داوری داخلی و بین‌المللی، چاپ نخست، تهران: شهر دانش.
* علی‌دادی دهکهنه، علی و جوهری، ابوذر (۱٤۰۱)، **حقوق داوری کاربردی**، چاپ پنجم، تهران: انتشارات قوه قضاییه.
* لیو، جولیان دی ام، ای میستلیس، لوکاس و ام کرول، استفان (۱۳۹۱)، **داوری تجاری بین‌المللی تطبیقی**، برگردان: محمد حبیبی مجنده، چاپ نخست، قم: دانشگاه مفید.
* لیو، جولیان دی ام (۱۳۸۸)، «**تحقق رویا: داوری خودآیین**»، برگردان: فیض‌الله جعفری، مجله حقوقی بین‌المللی، دوره ۲٦، شماره ٤۰.
* مافی، همایون (۱۳۹۷)، **شرحی بر قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران**، چاپ دوم، تهران: دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری.
* مافی، همایون و فتاحی، علیرضا (۱٤۰۱)، «**اختیارات ذاتی داوران در داوری تجاری بین‌المللی**»، مطالعات حقوقی، دوره ۱٤، شماره ۳.
* مافی، همایون و اسحاقی، مهشید (۱٤۰۲)، «**موانع شناسایی و اجرای رای داوری در کنوانسیون نیویورک راجع به شناسایی و اجرای آرای داوری خارجی (۱۹۵۸) و قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران (۱۳۷٦)**»، پژوهش‌نامه حقوق تطبیقی، دوره ۷، شماره ۱(پیاپی ۱۱).
* محبی، محسن (۱۳۹۰)، «**اقدامات تامینی در داوری تجاری بین‌المللی**»، در: مجموعه مقالات همایش صدمین سال تاسیس نهاد داوری در حقوق ایران، چاپ دوم، تهران: شهر دانش.
* محمدی دینانی، پروین (۱۳۷٦)، **قطعیت و الزام آور بودن احکام داوری بین‌المللی و شیوه‌های اعتراض به اعتبار این احکام**، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، تهران: دانشگاه شهید بهشتی.
* نهرینی، فریدون (۱۳۹۳)، **آیین دادرسی مدنی- مراجع قضایی و غیر قضایی و حدود صلاحیت آن‌ها**، جلد نخست، چاپ نخست، تهران: گنج دانش.
* یوسف‌زاده، مرتضی (۱۳۹۸)، **آیین داوری**، چاپ سوم، تهران: شرکت سهامی انتشار.

ب. انگلیسی

❋ Bermann, George A (2017). **Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards**. Springer International Publishing.

❋ Blackaby Nigel. Partasides QC Constantine. Redfern Alan & Hunter Martin (2015). **Redfern and Hunter on International Arbitration.** Oxford University Press.

❋ Born, Gary (2014). **"BITS, BATS and Buts: Reflections on International Dispute Resolution"**. Young Arbitration Review, Vol. 13.

❋ Del Prado, Fabio Nunez (2021). **"The Fallacy of Consent: Should Arbitration Be a Creature of Contract?"**. Emory International law Review, Vol.35.

❋ Fouchard, Gaillard, Goldman (1999). **International Commercial Arbitration**. Kluwer Law International.

❋ Gaillard, E & Banifatemi, Y (2008). **"Negative Effect of Competence-Competence: The Rule of Priority in Favour of the Arbitrators"**. In Gaillard E and Pietro DD (eds), Enforcement of Arbitration Agreement and International Arbitral Award, The New York Convention in practice, Cameron May.

❋ Hulea, Dan C (2003). **"Contracting to Expand the Scope of Review of Foreign Arbitral Awards: An American Perspective"**, Brooklyn Journal of International Law, Vol. 29.

❋ Moses, Margaret L (2008). **The Principles and Practice of International Commercial Arbitration**. Cambridge University Press.

❋ Peterson, Patricia & Gravel, Serge (2011). **"French Law and Arbitration Clauses, Distinguishing Scope from Validity: Comment on ICC Case No. 6519 Final Award"**. McGill Law Journal, Vol. 37.

❋ Rubino Sammartano, Mauro (2001). **International Arbitration Law and Practice**. Kluwer Law International.

❋ Synkova, Sandra (2013). **Courts' Inquiry into Arbitral Jurisdiction at the Pre-Award Stage**. Springer International Publishing.

❋ Schmitthoff, Clive M (1987). **Finality of Arbitral Awards and Judicial Review**, Contemporary Problems in Interational Arbitration, Edited by Julian D M Lew, Centre of Commercial Law Studies.

❋ Wolff, Reinmar (2019). **New York Convention**. Hart Publishing.

❋ Youssef, Karim Y (2009). **"The Death of Inarbitrability, Arbitrability: International and Comparative Perspectives"**, in Loukas A. Mistelis and Stavros L. Brekoulakis. Kluwer Law International.

مقاله پژوهشی/ دوره ۸۹/ شماره ۱۲۹/ صفحات: ۳۵۶-۳۲۱
تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۲/۲۹ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۰۱/۰۶

بررسی استقلال سازمانی قوه قضاییه؛ با تاکید بر امور اداری، استخدامی و تشکیلاتی، در ایران و آمریکا

سکینه سرباز[۱]، خیراله پروین[۲]

چکیده

این پژوهش بر استقلال سازمانی قوه قضاییه با تأکید بر امور اداری، استخدامی و ساختاری در ایران و ایالات متحده آمریکا تمرکز دارد. در ایران، قانون اساسی استقلال قوه قضاییه را به رسمیت شناخته و مطابق با اصول یکصد و پنجاه و هفت، یکصد و پنجاه و هشت و یکصد و شصتم این قانون، همچنین برخی قوانین عادی، اختیارات گسترده‌ای به رئیس قوه قضاییه اعطا شده است. با این حال، بررسی وضعیت موجود نشان می‌دهد که در حوزه‌هایی مانند استخدام کارکنان، ساختار سازمانی و تصویب بودجه، این استقلال به دلایل مختلف با محدودیت‌هایی روبه‌روست. در ایالات متحده، استقلال قوه قضاییه از طریق اصل تفکیک قوا و نظام کنترل و تعادل تضمین شده و دیوان عالی نقش کلیدی در حفظ این استقلال ایفا می‌کند. با این حال، وابستگی‌هایی مانند اختیار کنگره در ایجاد و تغییر ساختار دادگاه‌های فدرال (به‌جز دیوان عالی) و تصویب بودجه قوه قضاییه وجود دارد. همچنین، تأیید قضات دیوان عالی و دادگاه‌های فدرال توسط سنا و اختیار رئیس‌جمهور در عفو محکومان، نمونه‌هایی از محدود شدن استقلال قوه قضاییه در ایالات متحده محسوب می‌شوند.

تحلیل تطبیقی دو نظام حقوقی نشان می‌دهد که قوه قضاییه در هیچ‌یک از این کشورها از استقلال مطلق برخوردار نیست؛ با این حال، بخش زیادی از این وابستگی با توجه به تأثیر متقابل قوا بر یکدیگر قابل توجیه است. در عمل، وابستگی مالی قوه قضاییه ایران نمود بیشتری دارد و استقلال واقعی آن را تحت تأثیر قرار می‌دهد. در حالی که در ایالات متحده، با وجود استقلال گسترده قوه قضاییه، نقش کنگره در تصویب قوانین بودجه‌ای و تأیید قضات نوعی وابستگی ایجاد کرده است، اما در عمل مشکل عمده‌ای پدید نیامده است.

واژگان کلیدی: اداری- استخدامی، استقلال سازمانی، ساختار و تشکیلات، قوه قضاییه، ایران، آمریکا.

---

۱. دانشجوی دکتری دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران و دادیار رسمی دادسرای عمومی و انقلاب تهران s_sarbaz@yahoo.com
۲. استاد گروه حقوق عمومی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران
khparvin@ut.ac.ir

درآمد

بین هر حق و تکلیفی تلازم فلسفی وجود دارد، اما تکالیف و اختیارات یک شخص با استقلال او تلازم فلسفی ندارد و در صورتی که امکانات و لوازم اختیارات آن شخص جهت انجام تکالیف وی توسط سایرین فراهم شود، نیاز به استقلال حس نخواهد شد، اما زمانی که همراهی لازم جهت امر فوق از سوی سایر اشخاص و نهادها صورت نگیرد، تنها راه دستیابی به امکانات لازم جهت انجام تکالیف تعیین شده، داشتن استقلال و قدرت دسترسی به آن‌ها می‌باشد؛ لذا شاید استقلال با تکلیف و اختیار، تلازم فلسفی نداشته باشد، اما در عمل و با توجه به واقعیات موجود در روابط بین قوای مختلفِ یک حکومت، لازمه انجام وظایف هر قوه‌ای، اعطای اختیارات مربوط به آن وظایف و استقلال آن دستگاه جهت بهره‌برداری عملی از آن اختیارات است.

طبق نظریات اندیشمندان و تجربه جوامع، لازمه مردم‌سالاری و مردمی بودن حکومت، حاکمیت قانون و قانون‌گرایی است و استقلال قضایی از لوازم غیر قابل انکار این مهم می‌باشد. امروزه یکی از مهم‌ترین مؤلفه‌های ارزیابی قوه قضاییه کارآمد، استقلال قضایی عنوان شده است (عمرانی و دیگران، ۱۴۰۳: ۲۹۸)، و این کارآمدی و استقلال به عنوان بخشی از مفهوم توسعه قضایی هم ذکر شده است (حاجی حسینی و دیگران، ۱۴۰۳: ۳۲۲). البته تفکیک قوای مطلق و استقلال کامل رکن قضایی، تقریباً در هیچ نظامی وجود ندارد و به عبارتی، این استقلال نسبی است.

طبق قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران که از الگوی استقلال قوا پیروی کرده است، وظایف و اختیاراتی در خصوص قوه قضاییه به عنوان یکی از قوای سه‌گانه و مستقل، احصاء شده است. مطابق اصل پنجاه و هفتم قانون اساسی، «قوای حاکم در جمهوری اسلامی ایران عبارتند از: قوه مقننه، قوه مجریه و قوه قضائیه که زیر نظر ولایت مطلقه امر و امامت امت بر طبق اصول آینده این قانون اعمال می‌گردند. این قوا مستقل از یکدیگرند» و طبق اصل یکصد و پنجاه و ششم، قوه قضاییه قوه‌ای است مستقل که پشتیبان حقوق فردی و اجتماعی و مسؤول تحقق بخشیدن به عدالت و عهده‌دار وظایف مذکور در این اصل می‌باشد. اما آن‌چه محل بحث ما در این پژوهش می‌باشد، پاسخ به این پرسش اساسی است که آیا استقلال مذکور در این اصول و چند

اصل دیگر قانون اساسی و به‌ویژه اصل‌های یکصد و پنجاه و هفت، یکصد و پنجاه و هشـــت و یکصد و شصتم در عالم واقع تحقق یافته است. اصول یاد شده، به استقلال اداری، مالی، اســـتخدامی و تشکیلاتی اشاره نموده است که تحقیق در باب امور مالی و بودجه را به مجالی دیگر واگذاشته و در اینجا به سه موضوع دیگر می‌پردازیم و با وضعیت استقلال دستگاه قضایی آمریکا در این خصوص مقایسه می‌نماییم.

۱. وضعیت استقلال سازمانی در دستگاه قضایی ایران

استقلال قوه قضاییه به معنای عدم وابستگی به دیگر قوا و نهادها و امکان انجام وظایف آن بدون دخالت یا فشـــارهای خارجی تعریف شده است (هاشمی، ۲/۱۳۸۷: ۳۷۰). امروزه نهاد یا ســـازمانی مستقل تلقی می‌گردد که در چند جنبه دارای استقلال باشد (فقیه عبداللهی و مؤذنی، ۱۳۹۷: ۱۹۸)؛ شخصیت حقوقی مستقل، استقلال اداری و تشکیلاتی و استقلال مالی و بودجه‌ای.

مفهوم استقلال سازمانی قوه قضاییه ممکن است معنای استقلال قضایی را در ذهن متبادر ســـازد و این دو یکسان انگاشته شـــود؛ که می‌توان گفت دلیل این خَلط مبحث، غلبه کاربرد عبارت «استقلال قضایی» است؛ حال آن‌که این دو، رابطه‌ی عموم خصوص مطلق داشـــته و اســـتقلال سازمانی قوه قضاییه، بخشـــی از معنای استقلال قضایی اســـت. استقلال قضایی از دو منظر قابل بررسی است: نخست، استقلال فردی که مربوط به رکن اصلی سیستم قضا یعنی قضات است؛ و دوم، استقلال نهادی، که به حیات مستقل دستگاه قضایی از سایر دستگاه‌های حکومتی می‌پردازد؛ لذا برخی برای تحقق اســـتقلال قضایی، دو شرط را لازم شمرده‌اند: نخست، وجود ساختاری مستقل برای قوه قضاییه؛ و دوم، وجود ســـازکارهایی جهت تضمین اســـتقلال فردی قضات (امیری و ویژه، ۱۳۹۳: ٤ و٥). در این میان برخی به اختصاص استقلال قضایی به امور صرفا قضایی و دادگستری باور داشته و معتقدند امور اداریِ مربوط به دستگاه قضایی نباید در اختیار افرادی باشد که خود در امر قضاوت مشغول‌اند (Lowndes, 2016: 9 & 49)، اما باید گفت که نه تنها اســـتقلال سازمانیِ دستگاه قضا، بلکه استقلال فردی قضات نیز به طور مستقیم تحت تاثیر امور اداری چون شیوه‌های استخدام و امور مالی و بودجه‌ای چون تهیه ابزار مادی سازمان و یا پرداخت حقوق و مزایا قرار دارد (بابایی و رســـتمی، ۱۳۹۸: ۳۳٦) که در صورت عدم تصدی آن توسط دارندگان مقام قضایی،

سرنوشـــت قاضی و قضاوت با مسائل و افراد غیر قضایی با سلایق و منافع گوناگون گره خواهد خورد که این مسأله می‌تواند تالی فاسد در پی داشته باشد.

۱-۱. داشتن شخصیت حقوقی مستقل

ســـازمان‌های مســـتقل مبتنی بر شخصیت حقوقی ایجاد شـــده‌اند و این عامل را تعیین‌کننده حدودِ صلاحیت‌ها، اختیارات و مســـؤولیت‌های ســـازمان دانســـته‌اند (موسی‌زاده، ۱۳۹۳: ۲۲٤ و ۲۲۵). در ایران طبق مقدمه قانون اساسی جمهوری اسلامی، مســـأله قضا جهت پاسداری از حقوق مردم، حیاتی و وجود سیستم قضایی ضروری برشـــمرده شـــده اســـت. قوه قضاییه در کنار دو قوه دیگر و زیر نظر نهاد رهبری، از مهم‌ترین اشخاص حقوقی ایجاد شده توســـط قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران است که موجودیت خود را از شخص حقوقی درجه اول وام گرفته است. این قوه به تصریح اصل یکصد و پنجاه و ششم قانون اساسی، قوه‌ای مستقل است و رسالت‌های مذکور در این اصل را بر عهده دارد. طبق اصل یاد شده، صلاحیت‌های گسترده‌ای به این قوه اعطاء گردیده اســـت. طبق این اصل و اصل یکصد و پنجاه و نهم، رســـیدگی و صـــدور حکم دـــر مورد دعاوی و اخذ تصمیم و اقدام لازم در آن قســـمت از امور حسبیه که قانون معین کرده، با قوه قضاییه است و مرجع رسمی تظلمات و شکایات، دادگستری است و احکام صادره از دادگاه‌ها، پس از قطعیت در مراجع قضایی قابل ابطـــال از طریق ســـایر قوا یا نهادها نیســـت. رئیس قوه قضاییـــه طبق اصل یکصد و پنجاه و هفتم قانون اساســـی، به عنوان عالی‌ترین مقام این نهاد، وظیفه و اختیار انجام مســـؤولیت‌های این قوه در تمام امور قضایی و مالی و اداری را بر عهده دارد. مطابق اصل یکصد و پنجاه و هشـــتم قانون اساســـی، ایجاد تشکیلات لازم در دادگستری و اســـتخدام قضات عادل و شایسته و عزل و نصب آن‌ها، تغییر محل مأموریت و تعیین مشاغل و ترفیع آنان و مانند این‌ها به وی سپرده شده است. طبق اصل یکصد و شصتم نیـــز رئیس قوه قضاییه می‌تواند اختیارات تامّ مالی و اداری، و اســـتخدام غیر قضات را به وزیر دادگســـتری تفویض کند و از آن‌جا کـــه هیچ مقامی نمی‌تواند اختیاری را کـــه ندارد تفویض نماید، رئیس قوه به طریق اولی دارای اختیارات مذکور می‌باشـــد؛ بنابراین شـــخصیت حقوقی قوه قضاییه به طور کاملاً صریح و وسیع در قانون اساسی جمهوری اســـلامی ایران مورد شناسایی قرار گرفته و حدود وظایف، اختیارات رئیس

این قوه تعیین گردیده است.

برخی مشـــروط بودن اســـتقلال ســـازمانی قوه قضاییه به شناسایی شخصیت حقوقی مســـتقل برای این قوه در قانون اساسی و لزوم دارا بودن اختیارات اداری و اجرایی در خصوص مســـائل مربوط به این دستگاه برای رئیس این نهاد را، برگرفته از اســـناد بین‌المللی همچون «اصول اساســـی ســـازمان ملل راجع به استقلال قضایی مصوب ۱۹۸۵ مجمع عمومی ســـازمان ملل»[1] و یا «اعلامیه بیجینگ درباره اســـتقلال قوه قضاییه، مصوب ۱۹۹۷ اتحادیه همکاری‌های حقوقی آســـیا پاسیفیک»[2] دانسته‌اند (گرجی ازندریانی و قهرمان‌زاده، ۱۳۹٤: ۱۰۰).

۲-۱. وضعیت استقلال اداری و تشکیلاتی در سازمان قوه قضاییه

ستاد مرکزی هر دستگاهی، عالی‌ترین رکن ساختار سازمانی آن دستگاه برشمرده شـــده است (داوودی، ۱۳۹۲: ۲) که بالاترین مقام سازمان با کلیه اختیارات قانونی در رأس آن قرار می‌گیرد. اصولاً ستاد مرکزی در هر سازمانی عهده‌دار امور کلی از جمله ایجاد تشـــکیلات متناسب، سیاست‌گذاری، برنامه‌ریزی، هماهنگی، نظارت، پشتیبانی، افزایش بهره‌وری منابع انسانی و سایر منابع، اطلاع‌رسانی و اموری از این قبیل می‌باشد تا موجبات تحقق اهداف قانونی دســـتگاه را فراهم نماید؛ از این رو استقلال اداری را می‌توان توانایی دستگاه در مدیریت امور داخلی خود، شامل تعیین ساختار سازمانی یا تغییر در آن، برنامه‌ریزی و اجرای سیاست‌ها بدون وابستگی به دیگر نهادها دانست.

مدیریت قضایی شـــامل رویه‌ها یا شـــیوه‌هایی اســـت که با مدیریت سازمانی مراجع دادرســـی ارتباط دارد (رســـتمی و فاخری، ۱٤۰۲: ۱٤۱). این رویه‌ها، اموری چون نظارت بر بودجه، انتخاب هیأت‌های منصفه، تعیین قـضات در پرونده‌ها، ایجاد تقویم فعالیت‌های دادگاه‌ها و اســـتخدام و نظارت بر پرسنل قضـــایی و غیرقضایی (judicial administration, LII's, freely available legal dictionary: 2024) و گستره وسیعی از تعیین وظایف و مسؤولیت‌ها، تحدید اختیارات و چهارچوب روابط کارکنان به منظور تأمین اهداف ســـازمان یا مسائل مالی و بودجه‌ای را در بر می‌گیرد (Council of Europe, Recommendations: 1995).

1. The UN Basic Principles on the Independence of the Judiciary (1985).
2. The Beijing Statement of Principles on the Independence of the Judiciary (1997).

تشکیلات قوه قضاییه در ایران، طبق ساختار سازمانی آن، شامل مشاغل قضایی و غیر قضایی است. برخی نهادها و شخصیت‌های این قوه با ذکر در اصول قانون اساسی ایجاد شده‌اند. طبق اصل یکصد و پنجاه و هفتم، ریاست قوه توسط مقام رهبری تعیین می‌گردد و مدت تصدی او پنج سال است، که به دلیل عدم دخالت سایر قوا در انتصاب وی، می‌توان او را در اداره امور دستگاه قضا مستقل دانست، اما برخی به دلیل نصب توسط رهبری، رئیس این قوه را وامدار رهبری دانسته و این وابستگی را خدشه در استقلال قوه قضاییه به شمار آورده‌اند (هاشمی، ۲/۱۳۸۷: ۳۷۲)؛ که باید گفت هرچند این وابستگی وجود دارد، اما به نظر می‌رسد با عنایت به جایگاه فراقوه‌ای رهبری و خصوصیات وی به عنوان ولی فقیه طبق قانون اساسی، انتصاب رییس قوه قضاییه توسط رهبری خدشه‌ای به استقلال این قوه وارد نخواهد کرد. بر اساس اصل یکصد و پنجاه و نهم قانون اساسی دادگاه‌ها را می‌توان رکن اصلی قوه قضاییه به شمار آورد که زیر مجموعه دادگستری، مرجع رسمی تظلمات و شکایات ذکر شده است و به حکم قانون‌گذار تشکیل و صلاحیت‌های آن‌ها تعیین می‌شود. وزارت دادگستری نیز از دیگر نهادهایی است که در قانون اساسی به آن اشاره شده و ذیل قوه قضاییه قرار دارد، اما در سیستم قضایی ایران دارای جایگاه قضایی نمی‌باشد و می‌توان آن را واسط بین دو قوه دیگر با دستگاه قضا دانست؛ طبق اصل یکصد و شصتم، وزیر دادگستری از میان کسانی که رئیس قوه قضاییه به رئیس جمهور پیشنهاد می‌کند انتخاب می‌شود و رئیس قوه قضاییه می‌تواند اختیارات تام مالی و اداری و نیز اختیارات استخدامی غیر قضات را به وی تفویض کند. دیوان عالی کشور، دادستانی کل، دیوان عالی عدالت اداری و سازمان بازرسی کل کشور نیز از دیگر نهادهای مهم قوه قضاییه می‌باشد که در قانون اساسی به ایجاد و وظایف آن‌ها اشاره شده است، اما نهادهای دیگری چون سازمان ثبت اسناد و املاک، سازمان زندان‌ها و اقدامات تامینی و تربیتی و سازمان پزشکی قانونی نیز ذیل دستگاه قضا مشغولند که به حکم قانون عادی تشکیل شده‌اند و تحت ریاست رئیس قوه قضاییه می‌باشند. طبق ساختار سازمانی قوه قضاییه، جایگاه‌ها و نهادهای مختلفی تعریف و معاونت‌های متعددی پیش‌بینی شده است. یکی از مهم‌ترین موارد، شورای عالی توسعه قضایی است که به شورای عالی قضایی معروف می‌باشد. طرح ایده توسعه قضایی توسط آیت‌الله

هاشـــمی شاهرودی، رئیس وقت قوه قضاییه (۱۳۸۸-۱۳۷۸)، موجب تشکیل شورایی تحت عنوان «شـــورای عالی توســـعه قضایی» گردید که هدـــف آن، تبیین «راهبردها، سیاســـت‌های کلان نظام قضایی، ارزیابی میزان دست‌یابی به اهداف مورد نظر، تحقق رســـالت‌های مهم قوه قضاییه، شناســـایی حوزه‌های اصلی نیازمند به اصلاح، بررسی دورنمای توسعه قضایی و ارائه نظریات مشورتی و پیشنهاد راهکارهای اجرایی» بود. از دیگر نهادهای مهم درون قوه قضاییه باید به دادسرا و دادگاه عالی انتظامی قضات اشـــاره کرد که با توجه به شـــرح وظایف آن‌ها، بیان‌گر اســـتقلال این قوه در نظارت بر قضات و رســـیدگی به تخلفات یا جرائم ایشـــان و تعیین تنبیهات قانونی اســـت. معاونت‌های ذیل رئیس قوه نیز جایگاه‌های تاثیرگذار دیگر ســـاختار سازمانی دستگاه قضاست که امور مختلفی از برنامه‌ریزی راهبردی تا بودجه و استخدام کادر و آموزش و غیره به هر کدام محول شده است.

در قوه قضاییه دو گروه مشغول به کار می‌باشند: یک دسته افرادی که با سمت قضایی اســـتخدام شـــده و مأمور به انجام خدمات ســـتادی یا امر قضاوت در مراجع قضایی هســـتند؛ و دسته دوم که با عنوان کادر اداری یا کارمند در بخش‌های مختلف دستگاه قضایی از جمله ستاد مرکزی، بخش‌های قضایی مانند دادگاه‌ها یا دادسراها، و یا ســـازمان‌های تابعه قوه قضاییه مانند ســـازمان زندان‌ها و اقدامات تامینی و تربیتی و ســـازمان پزشـــکی قانونی حضور دارند. طبق اصول اصول یکصد و پنجاه و هفت، یکصد و پنجاه و هشـــت و یکصد و شـــصتم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و قوانین عادی موجود در رابطه با اســـتخدام قضات و کارکنـــان قوه قضاییه، از جمله قانـــون اختیارات و وظایف رئیس قوه قضاییه مصوب ۱۳۷۱/۱۲/۹ و نیز ۱۳۷۸/۱۲/۸ و اصلاحات ۱۳۹۲/۷/۳۰ و قانون وظایف و اختیارات وزیر دادگستری مصوب ۱۳۹٤، اختیار استخدام قضات و کارمندان قوه قضاییه و ایجاد ساختارها و تشکیلات لازم در دادگستری، به رئیس این دستگاه سپرده شده است؛ که این اختیارات از لوازم غیرقابل انکار اســـتقلال دستگاه قضا برشمرده شده است (Lowndes, 2016: 49). طبق اصل یکصـــد و پنجاه و هفت «به منظور انجام مســـؤولیت‌های قـــوه قضاییه در کلیه امور قضایـــی و اداری و اجرایی، مقام رهبری یک نفر مجتهد عادل و آگاه به امور قضایی و مدیر و مدبر را برای مدت پنج ســـال به عنوان رئیس قوه قضائیه تعیین می‌نماید که

عالی‌ترین مقام قوه قضائیه اســـت» و همان‌طور که در اصل بعدی آمده اســـت، ایجاد تشـــکیلات لازم در دادگستری به تناسب مسؤولیت‌های اصل یکصد و پنجاه و ششم و همچنین استخدام قضات و امور اداری مربوط به ایشان طبق قانون، از جمله وظایف و اختیارات وی می‌باشد. رئیس قوه طبق اصل یکصد و شصت نیز می‌تواند اختیارات تامّ مالی و اداری و اختیارات اســـتخدامی غیرقضات را به وزیر دادگســـتری تفویض نماید.

اختیارات و وظایف رئیس قوه قضاییه پیش از اصلاح قانون اساســـی در سال ۱۳٦۸، در اختیار شـــورای عالـــی قضایی بود[1]. لکن پس از اصلاح قانون اساســـی و جایگزینی رئیس قوه قضاییه با شـــورای عالی قضایـــی، طبق اصول یکصد و پنجاه و هفت و یکصد و پنجاه و هشتم و نیز قانون (ماده واحده) اختیارات و وظایف رئیس قوه قضاییه مصوب ۱۳۷۱/۱۲/۹ مجلس شـــورای اســـلامی، کلیه وظایف و اختیاراتی که در قوانین مختلف برای شـــورای عالی قضایی منظور شده بود، به استثناء اختیارات موضوع تبصره ذیل ماده واحده قانون شرایط انتخاب قضات مصوب ۱۳٦۱/۲/۱٤، به رئیس قوه قضاییه محول گشت؛ که علت آن، تجربه ناموفق اداره شورایی این قوه، به خصوص به دلیل عدم وحدت آراء اعضای شورا در تصمیمات حیاتی و عدم حصول توافقات لازم و لذا عدم اهتمام جدی و قدرتمندانه در راســـتای مسائل قضایی بود که موجب شد تمرکز در مدیریت قضایی جزو موارد اصلاح قانون اساسی گنجانده شود (رستمی و فاخری، ۱٤۰۲: ۱٤٤ و ۱٤۳). مطابق قانون (ماده واحده) وظایف و اختیارات مالی و اداری و استخدام غیرقضایی شورای عالی قضایی مصوب ۱۳٦۷/۲/۲۸ مجلس شـــورای اسلامی، شورای عالی قضایی می‌توانست اختیارات و وظایف مالی و اداری و نیز اختیارات اســـتخدامی غیر قضایی خود را به وزیر دادگستری تفویض نماید؛ در این صورت وزیر دادگســـتری دارای همان اختیارات و وظایفی می‌بود که در قانون محاسبات عمومی کشور، قانون بودجه و دیگر قوانین مالی و اداری و استخدامی برای

---

۱. اصل یکصد و پنجاه و هفت سابق: به منظور انجام مسؤولیت‌های قوه قضاییه شورایی به نام شورای عالی قضایی تشـــکیل می‌گردد که بالاترین مقام قوه قضاییه است و وظایف آن به شرح زیر می‌باشد: ۱- یجاد تشکیلات لازم در دادگســـتری به تناسب مسؤولیت‌های اصل ۱۵٦؛ ۲- تهیه لوایح قضایی متناســـب با جمهوری اسلام؛ ۳- اســـتخدام قضات عادل و شایسته و عزل و نصب آنها و تغییر محل مأموریت و تعیین مشاغل و ترفیع آنان و مانند این‌ها از امور اداری، طبق قانون.

سایر وزرا به عنوان عالی‌ترین مقام اجرایی پیش‌بینی شده بود یا در آینده پیش‌بینی می‌گردید. از طرفی بر اساس ماده ۵ مصوبه ۱۳٦۷/۱۰/۲٤ سران سه قوه و اعضای شورای عالی قضایی در خصوص تعیین صلاحیت‌ها و اختیارات این شورا و تقسیم آن بین اعضاء، کلیهٔ امور اجرایی دادگستری به وزیر دادگستری سپرده شده بود که پس از تصویب قانون اساسی جدید و طبق قانون وظایف و اختیارات رئیس قوه قضاییه، همه این‌ها در اختیار رئیس قوه قضاییه قرار گرفت. بعدها با تصویب قانون وظایف و اختیارات وزیر دادگستری در تاریخ ۱۳۹٤/۲/۲۲، در ماده ٦ مجدد امکان تفویض اختیار به وزیر دادگستری طرح شد: «رئیس قوه قضاییه می‌تواند امور مالی، اداری و نیز اختیارات استخدامی غیر قضات را به وزیر دادگستری تفویض کند. تفویض اختیارات مذکور باعث سلب اختیارات رئیس قوه نسبت به آن امور نمی‌باشد؛ وزیر دادگستری هماهنگی لازم را با ایشان به عمل می‌آورد»؛ این موضوع در بند دوم اصل یکصد و شصتم قانون اساسی مورد اشاره قرار گرفته است[1].

طبق آن‌چه بیان شد، ظاهراً ایرادی در استقلال قوه قضاییه در امور اداری و استخدامی وجود ندارد، اما بررسی جزئی‌تر موضوع، نکات قابل‌توجهی را نمایان می‌سازد. در اینجا لازم است سه دسته از وظایف و اختیارات رئیس قوه قضاییه در این باب، تفکیک شود: نخست، استخدام قضات و عزل و نصب یا نظارت بر ایشان؛ دوم، استخدام کارمندان و نظارت بر ایشان؛ و سوم، ایجاد تشکیلات لازم در دادگستری به تناسب مسؤولیت‌های اصل یکصد و پنجاه و ششم قانون اساسی.

۱-۲-۱. قضات

با بررسی قوانین عمومیِ اداری و استخدامی کشور، دو قانون بسیار مهم در این زمینه وجود دارد که عبارت است از قانون استخدام کشوری مصوب سال ۱۳٤۵ و قانون مدیریت خدمات کشوری مصوب سال ۱۳۸٦. قانون استخدام کشوری در حقیقت، اولین قانون عام کشور ایران در زمینه امور اداری و استخدامی تلقی می‌شود،

۱. اصل یکصد و شصتم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران: وزیر دادگستری مسؤولیت کلیه مسائل مربوط به روابط قوه قضاییه با قوه مجریه و قوه مقننه را بر عهده دارد و از میان کسانی که رئیس قوه قضاییه به رئیس‌جمهور پیشنهاد می‌کند انتخاب می‌گردد، رئیس قوه قضاییه می‌تواند اختیارات تام مالی و اداری و نیز اختیارات استخدامی غیر قضات را به وزیر دادگستری تفویض کند. در این صورت وزیر دادگستری دارای همان اختیارات و وظایفی خواهد بود که در قوانین برای وزراء به عنوان عالی‌ترین مقام اجرایی پیش‌بینی می‌شود.

اما پس از تصویب این قانون، قوانین استخدامی متعددی در خصوص برخی از مشاغل به صورت اختصاصی به تصویب رسید که به نوعی از عام بودن و دامنه شمول این قانون کاست. مطابق بند ث ماده ۱ قانون مذکور، مؤسسه دولتی واحد سازمانی مشخصی است که به موجب قانون ایجاد و به وسیله دولت اداره می‌شود. طبق ماده ۲ این قانون، امور استخدامی وزارتخانه‌ها و مؤسسات دولتی، مشمول مقررات این قانون خواهد بود مگر در مواردی که در ذیل این ماده آمده است، که در بند ج به دارندگان رتبه‌های قضایی اشاره شده است. تبصره ۱ ماده مذکور هم بیان داشته: «مستخدمین مشمول بندهای (ج) و (چ) در هر مورد که قانونی برای تعیین تکلیف آنان وجود نداشته باشد یا طبق قوانین مربوط، تابع احکام عمومی قوانین استخدام کشوری شده باشند، مشمول مقررات این قانون خواهند بود». ملاحظه می‌گردد که مقررات استخدام قضات از این قانون مستثنی شده است، مگر در مواردی که قانون خاصی در آن خصوص برای قضات پیش‌بینی نشده باشد؛ امری که در مورد کارکنان غیرقضایی این دستگاه نادیده گرفته شده است. پس از قانون استخدام کشوری، دومین قانون عام الشمول اداری و استخدامی کشور در سال ۱۳۸٦ با عنوان قانون مدیریت خدمات کشوری به تصویب مجلس شورای اسلامی جمهوری اسلامی ایران رسید. بند آخر ماده ۲ این قانون، از نوآوری ویژه‌ای نسبت به قانون استخدام کشوری برخوردار است: «... کلیه سازمان‌هایی که در قانون اساسی نام برده شده است در حکم مؤسسه دولتی شناخته می‌شود». طبق ماده ۵ نیز موسسات دولتی در زمره دستگاه‌های اجرایی شناخته شده‌اند. ماده ۱۱۷ قانون یاد شده هم گستره شمول آن را بیان کرده و کلیه دستگاه‌های اجرایی را، جز آنچه استثناء شده، مشمول مقررات قانون خدمات کشوری دانسته است[1]؛ بنابراین طبق قانون مدیریت خدمات کشوری، کلیه سازمان‌هایی که در

۱. «کلیه دستگاه‌های اجرایی به استثناء نهادها، مؤسسات و تشکیلات و سازمان‌هایی که زیر نظر مستقیم مقام معظم رهبری اداره می‌شوند، وزارت اطلاعات، نهادهای عمومی غیردولتی که با تعریف مذکور در ماده (۳) تطبیق دارند، اعضاء هیأت علمی و قضات، دیوان محاسبات، شورای نگهبان، مجمع تشخیص مصلحت نظام و مجلس خبرگان رهبری، مشمول مقررات این قانون می‌شوند و در خصوص نیروهای نظامی و انتظامی مطابق نظر مقام معظم رهبری عمل می‌شود. تبصره ۱ـ حقوق و مزایای قضات تابع قانون نظام هماهنگ پرداخت کارمندان دولت مصوب ۱۳۷۰ می‌باشد و جدول موضوع ماده (۱٤) قانون مذکور در خصوص اعداد مبنای گروه آنان به ترتیب به (۱۲) و (۲۰۰) افزایش می‌یابد».

قانون اساسی نام برده شده است، در حکم مؤسسه دولتی بوده و جزو دستگاه‌های اجرایی محسوب می‌گردند و لذا تمام مقررات وضع شده در خصوص موسسات دولتی در این قانون، بر همه سازمان‌های اشاره شده در قانون اساسی، غیر از موارد مستثنی، حمل خواهد شد؛ حال آن‌که سازمان قوه قضاییه به طور کلی و هیچ‌یک از سازمان‌های زیرمجموعه این قوه در آن استثنائات ذکر نشده است؛ لذا در صورتی‌که این سکوت قانون‌گذار، حمل بر شمول قانون مذکور بر مقررات استخدامی کارکنان غیرقضایی قوه قضاییه و ایجاد یا تغییر در ساختار تشکیلاتی آن شود، خلاف اصول قانون اساسی درباره استقلال این قوه در امور اداری و استخدامی خواهد بود.

در خصوص دسته اول از وظایف و اختیارات رئیس قوه قضاییه که بالاتر به آن اشاره گشت، یعنی استخدام قضات و موارد مربوط به آن، چنان‌که از بررسی دو قانون مهم و عام اداری و استخدامی کشور برمی‌آید، مقررات استخدامی قضات کاملاً مستقل می‌باشد، اما در هر مورد که قانون یا مقرره خاصی وجود نداشته باشد، قضات تابع قانون استخدام کشوری مصوب ۱۳٤٥ خواهند بود. مثلا آیین‌نامه‌ی اجرایی قانون استخدام قضات و شرایط کارآموزی که لغوکننده‌ی آیین‌نامه‌های پیش از خود می‌باشد و در تاریخ ۱۳۷٦/۱۰/۱ در اجرای قوانین مربوطه به تصویب رئیس قوه قضاییه رسیده است، در کنار چند قانون دیگر که در پاورقی به آن اشاره گردیده، مبنای کنونی استخدام قضات و نظارت بر ایشان و بیان‌گر استقلال قوه قضاییه در این امر است. بر اساس آیین‌نامه یاد شده و قوانین مربوطه، کلیه امور استخدامی و نظارتی قضات به طور کامل در اختیار قوه قضاییه قرار گرفته و باید طبق قانون اعمال گردد، اما چنان‌که پیش‌تر اشاره گشت، تبصره ۱ ماده ۱۱۷ قانون مدیریت خدمات کشوری، حقوق و مزایای قضات را تابع ماده ١٤ قانون نظام هماهنگ پرداخت کارمندان دولت مصوب ۱۳۷۰ دانسته است. طبق تبصره ۸ ماده ١٤ مذکور، فوق‌العاده شغل قضات به میزان مقرر در ماده ٤ این قانون و تبصره‌های آن، بنا به پیشنهاد مشترک وزارت دادگستری و سازمان امور اداری و استخدامی کشور به تصویب هیأت وزیران خواهد رسید؛ لذا صرف نظر از امور مربوط به تعیین و تصویب بودجه، سرنوشت بخشی از حقوق پرداختی قضات هم در اختیار قوه مجریه است که مخدوش کننده استقلال قوه قضاییه است. این اشکال گاه در اختیارات غیر مالی رئیس دستگاه قضا نیز دیده

می‌شـــود؛ چرا که در موارد قابل‌توجهی، با وجود اختیارات مستقل سازمانی به لحاظ قانونی، به دلیل ســـلطه مالی قوه مجریه، استقلال مذکور در موارد بسیاری عملاً خالی از فایده است. مثلاً طبق تبصره ۵ ماده ١٤ قانون نظام هماهنگ پرداخت کارکنان دولت «ضوابـــط مربوط به تغییر مقام و ارتقاء گروه قضات با در نظر گرفتن ســـوابق تجربی در امور قضایی، تحصیلات، ارزشـــیابی و توانایی آنان در انجام امور محوله، بر اساس آیین‌نامه‌ای است که به پیشنهاد وزیر دادگستری به تصویب رئیس قوه قضاییه خواهد رسید»، اما با عنایت به این‌که تأمین بودجه این امور در اختیار دو قوه دیگر است، در سال‌های اخیر شاهد آن بوده‌ایم که قوه قضاییه در رایزنی‌های بین قوه‌ای جهت تأمین بودجه این موارد، با مشـــکل روبه‌رو بوده است. نهایتاً می‌توان گفت در حال حاضر هرچنـــد غالب اختیارات اســـتخدامی و نظارتی قضات در اختیـــار رئیس قوه قضاییه اســـت و به نظر می‌رسد در این موضوع دارای استقلال است، لکن با محدودیت‌ها و دخالت‌هایی روبروست و به دلیل وجود همبستگی بدیهی میان امور اداری استخدامی و مالی، و وابســـتگی قوه قضاییه در امر بودجه به دو قوه مقننه و اجراییه، اســـتقلال کامل قوه‌ی قضاییه در این باره خدشه‌دار گردیده است. به‌عنوان مثال حتی می‌توان به محدودیت‌های این قوه در زمینه کســـب مجوزهای لازم جهت استخدام اشاره نمود. مثلاً در جریان بررســـی جزییات لایحه برنامه هفتم توسعه در مجلس شورای اسلامی در تاریخ ١٤٠٢/٠٨/٠٣، محســـن نجفی‌خواه، معاون سازمان برنامه و بودجه به‌عنوان نماینده دولت، دـــر مخالفت با ماده ۱۱۲ و بخش مربوط به تعداد کارمندان و قضات مورد نیاز قوه قضاییه جهت اســـتخدام در طول پنج سال، اظهار داشت که در پیشنهاد کمیســـیون تلفیق مجلس، افزایش تعداد قاضی به چهل درصد یا افزایش شانزده هزار کارمند به قوه قضاییه، برای دولت بار مالی دارد و دولت مخالف اســـت؛ هرچند در ادامه جلســـات، ماده مذکور به تصویب رســـید، اما با عنایت به روند بودجه‌نویسی و تصویب و تخصیص بودجه در جمهوری اســـلامی ایران، قـــوه قضاییه فاقد نقش موثری در بودجه خود اســـت. چرا که قوه مجریه می‌تواند تغییرات اساسی در بودجه پیشـــنهادی این قوه ایجاد نماید و هرچند نمایندگان قـــوه قضاییه می‌توانند در هنگام بررسی و تصویب بودجه در مجلس شورای اسلامی در قانع کردن نمایندگان مجلس در خصوص نقطه نظرات و نیازهای خود بکوشند و این امر در روند تصویب بودجه

موثر اســـت، اما طبق تفسیر شورای نگهبان در نظریه شـــماره ۹۲/۳۰/۵۰۰۰۲ مورخ ۱۳۹۲/۱/۳۱، مجلـــس نیز در ایجاد تغییرات در لایحه بودجه اختیار وســـیعی ندارد و نمی‌تواند شـــاکله کلی لایحه بودجه را تغییر دهد. دـــر حال حاضر برای تهیه بودجه قوه قضاییه، ابتدا طبق اطلاعات جمع‌آوری شـــده از بخش‌های مختلف، نیاز مالی این قوه تخمین زده می‌شـــود. سپس قوه قضاییه در زمینه درآمد، هزینه و نحوه هزینه‌کرد منابع با ســـازمان برنامه و بودجه وارد مذاکره می‌گردد و توافق‌نامه مشترک در لایحه بودجه گنجانده می‌شـــود(نوبهار و دیگـــران، ۱٤۰۳: ۲۷۸)، که البته قوه مجریه اختیار ایجاد تغییرات گســـترده در آن را داراست و از این رو به نظر می‌رسد قوه قضاییه در تمام اموری که نیاز به تامین مالی داشته باشد، به قوه مجریه وابسته است.

۲-۲-۱. کارمندان

با مطالعه قوانین استخدامی و نظارتی در خصوص کارمندان و قوانین مربوط به ساختارها و تشکیلات لازم در این باره، تردید در استقلال سازمانی قوه قضاییه بیشتر نمایان می‌گردد. شـــاید صریح‌ترین قرینه عدم استقلال قوه قضاییه در امور استخدامی کارمندان و در نتیجـــه تضییق اختیارات رئیس این قوه را بتوان تبصره ٦ قانون الحاق پنج تبصره به قانون شـــرایط انتخاب قضات دادگســـتری مصوب ۱۳٦۳ دانست که ترفیعات و وضع اســـتخدامی بعدی مستخدمان مذکور در تبصره ٤ آن قانون[1] را از هر لحاظ تابع مقررات اســـتخدام کشوری برشمرده اســـت و طبق تبصره ٦ هم ترفیعات و وضع اســـتخدامی بعدی مســـتخدمین مذکور در تبصره ٤ از هر لحاظ تابع مقررات استخدام کشوری خواهد بود. بررسی قوانین مختلف از جمله قانون استخدام کشوری، قانون مدیریت خدمات کشـــوری، قانون نظام هماهنـــگ پرداخت کارکنان و یا قانون رسیدگی به تخلفات اداری هم بیان‌گر آن است که استثنایی در خصوص کارمندان قوه قضاییـــه وجود ندارد و عدم وجود قانـــون خاص در این زمینه نیز مؤید همین مطلب است. آن‌چنان‌که در سطور پیشین به آن اشاره شد، به دلیل ذکر نشدن نام قوه قضاییه در اســـتثنائات شمول قانون مدیریت خدمات کشـــوری، به ظاهر تمام مقررات وضع شـــده در خصوص موسســـات دولتی در قانون مذکور، باید بر تمام امور استخدامی

---

۱. «رتبه قضایی دارندگان پایه قضایی که در اجرای قانون شرایط انتخاب قضات دادگستری به کادر اداری گمارده شده یا می‌شوند، به رتبه اداری تبدیل می‌گردد»

و نظارتی کارمندان قوه قضاییه حمل گردد؛ مثلاً ماده ۸۱ قانون مدیریت خدمات کشوری، دستگاه‌های اجرایی را مکلف کرده است براساس آیین‌نامه‌ای که با پیشنهاد سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی کشور به تصویب هیأت وزیران می‌رسد، به استقرار نظام مدیریت عملکرد سازمان، برنامه‌های ارزیابی عملکرد و سنجش میزان بهره‌وری بپردازد که این موضوع استقلال قوه قضاییه را خدشه‌دار می‌کند؛ بنابراین عدم استقلال قوه قضاییه در امور استخدامی و نظارتی کارمندان بارزتر است؛ در حالی که طبق نظر برخی از اساتید، با توجه به استقلال قوه قضاییه در امور اداری، مالی و استخدامی، انتظار می‌رود این قوه در مورد کارکنان غیرقضاییِ خود نیز دارای مقررات استخدامی متناسب باشد (بابایی و رستمی، ۱۳۹۸: ۳٤٦)؛ امری که در لایحه جدید استخدامی قوه قضاییه، مورد توجه قرار گرفته و تشکیل شورای‌عالی اداری این قوه به عنوان بازوی اجرایی رئیس دستگاه قضا در امور سیاست‌گذاری و تصمیم‌گیری در مسائل کلان اداری و استخدامی پیش‌بینی و پیشنهاد شده است.

۳-۲-۱. ساختار و تشکیلات

دسته سوم از وظایف و اختیارات رئیس قوه قضاییه، ایجاد تشکیلات لازم در دادگستری به تناسب مسؤولیت‌های مذکور در اصل یکصد و پنجاه و ششم قانون اساسی است. بنا بر تصریح بند ۱ اصل یکصد و پنجاه و هشتم قانون اساسی «ایجاد تشکیلات لازم در دادگستری به تناسب مسؤولیت‌های اصل ۱۵٦» از جمله وظایف رئیس قوه قضاییه است. مفاد بند مزبور در قانون وظایف و اختیارات رئیس قوه قضاییه مصوب ۱۳۷۸ نیز تکرار شده است. صلاحیت مذکور با توجه به بند الف ماده ۱ قانون فوق، شامل تشکیلات قضایی و تشکیلات اداری است. پیش از تصویب این بند، متن پیشنهادی مجلس به این صورت بود: «ایجاد تشکیلات قضایی و اداری لازم و متناسب در دادگستری در حدود بودجه‌های مصوب سالانه»، اما شورای نگهبان در بند ۲ نظریه شماره ۷۸/۲۱/۵۹٦٤ مورخ ۱۳۷۸/۱۰/۱۵ عبارت «بودجه‌های سالانه» را مبهم دانست و لذا مجلس آن را حذف نمود و بند الف به شکل فعلی به تصویب رسید. ایراد وارده از سوی شورای نگهبان در حقیقت به این دلیل بوده است که اعمال صلاحیت رئیس قوه قضاییه براساس بند ۱ اصل یکصد و پنجاه و هشتم قانون اساسی نباید به طور اساسی وابسته به صلاح‌دید مقامات قوه مجریه در زمینه تأمین لوازم

اداری و مالی آن باشـــد؛ حتی اگر «ایجاد تشـــکیلات اعم از اینکه تشکیلات مزبور از نوع قضایی باشد یا اداری، در دادگستری ایجاد شود یا خارج از آن، دارای لوازم اداری و مالی اســـت» (تنگستانی، ۱۳۹۸: ٥٦). اگرچه در عمل به دلیل وابستگی این امور به مسائل مالی و بودجه، اختیار مذکور با محدودیت‌های بسیار روبه‌رو می‌باشد.

ایجاد تشـــکیلات لازم در نهاد تحت فرمان یک مدیر، از لوازم مدیریت اوست و این امر در ســـازمان‌های مستقلِ دارای شخصیت حقوقی بیشتر نمودار است. برای نمونه، وزیر در یک وزارت‌خانه یا مدیر در یک شرکت عمومی مانند شرکت ملی نفت یا کشتیرانی، از چنین اختیاری برخوردار است، اما تفاوت اساسی این قبیل اختیارات با آنچه در خصوص رئیس قوه قضاییه وجود دارد و در قانون وظایف و اختیارات رئیس قوه قضاییه نیز آمده اســـت، ذکر آن در قانون اساسی است. نکته مهم دیگر آن‌که، این اختیار بدون هرگونه قیدی و صرفاً در تناســـب با مسؤولیت‌های اصل یکصد و پنجاه و ششـــم بیان گردیده است؛ حال آن‌که در قوانین تشـــکیل دهنده دستگاه‌ها مشاهده می‌شـــود که در مقررات مربوط به تشـــکیلات و ساختار آن‌ها، اختیار مدیران عمدتاً با قیودی چون «تصویب تشکیلات بر اساس قوانین و مقررات مربوط» یا «تهیه ساختار با همکاری ســـازمان مدیریت و برنامه‌ریزی کشـــور» و یا «لزوم تصویب تشکیلات یا ساختار اداره توسط سازمان اداری استخدامی کل کشور» محدود گردیده است. با این وصـــف باید دید آیا اختیارات رئیس قوه قضاییه طبق بند یک اصل یکصد و پنجاه و هشـــتم قانون اساسی با اختیارات رئیس قوه مجریه طبق اصل یکصد و بیست و ششم قانون اساسی قابل جمع است؟

طبق اصل یکصد و بیســـت و ششـــم «رئیس جمهور مسؤولیت امور برنامه و بودجه و امور اداری و اســـتخدامی کشور را مســـتقیماً برعهده دارد و می‌تواند اداره آنها را برعهده دیگری بگذارد». پرســـش این اســـت که آیا رئیس قوۀ قضاییه طبق بند یک اصل یکصد و پنجاه و هشـــتم می‌تواند بدون اخذ مجوزهای لازم از قوه مجریه، تشکیلات لازم را در دادگستری ایجاد و یا اشخاص مورد نظر را استخدام نماید. در این خصوص دو دیدگاه طرح شده است؛ نظرگاه اول که در برخی مقالات شرح داده شده است (تنگســـتانی، ۱۳۹۸: ۵۹ و ٦۰)، معتقد است که با توجه به استقلال سه قوه

حاکمه کشور و تفسیر شورای نگهبان[1] در خصوص اختیارات رئیس جمهور طبق اصل یکصد و سیزدهم قانون اساسی و تنقیح مناط از آن، قوه مجریه نمی‌تواند در خصوص اختیارات استخدامی یا سازمانی رئیس قوه قضاییه محدودیتی به وجود آورد؛ چرا که اصل مذکور یکصد و بیست و ششم باید مانند اصل یکصد و سیزدهم با در نظر گرفتن سایر اصول، از جمله اصل‌های مندرج در فصل مربوط به قوه مجریه تفسیر شود و همان‌گونه که طبق نظر شورای نگهبان اجرای قانون اساسی توسط رئیس‌جمهور ارتباطی به حوزه اختیارات قوه قضاییه و قوه مقننه، شورای نگهبان و امثال آن ندارد، اختیارات استخدامی و مالی و اداری رئیس قوه مجریه هم نمی‌تواند اختیارات سایر نهادها مانند مجلس یا قوه قضاییه را محدود نماید؛ کما این‌که مقررات استخدامی مجلس پیش از تصویب قانون مدیریت خدمات کشوری تا کنون، طبق قانون استخدام کارکنان مجلس شورای اسلامی در اختیار قوه مقننه بوده است؛ این در حالی است که در قانون اساسی سخنی از اختیارات استخدامی مجلس به میان نیامده، ولی در مقابل، اختیارات تامّ اداری و استخدامی برای رئیس قوه قضاییه برشمرده شده است. نظریات تفسیری شورای نگهبان به شماره‌های ۷۸/۲۱/۵۶۱۰ مورخ ۱۳۷۸/۸/۳ و ۷۸/۲۱/۵۵۱۵ مورخ ۱۳۷۸/۸/۲ نیز به عدم لزوم تصویب تشکیلات وزارت دادگستری، در مواردی که مربوط به اصل یکصد و شصتم قانون اساسی باشد تأکید نموده است: «آنچه مربوط به وظایف وزیر دادگستری مذکور در اصل ۱۶۰ قانون اساسی است مشمول اصل ۱۵۸ قانون اساسی خواهد بود. این تشکیلات باید به تصویب رئیس قوه قضاییه برسد و اعتبارات آن باید از طرف قوه قضاییه تامین شود. آنچه مربوط به وظایف وزارتی وزیر دادگستری و نیز وظایفی است که هیأت دولت به‌عهده وی واگذار کرده مشمول اصل ۱۵۸ قانون اساسی نیست و تشکیلات آن باید به تصویب دولت برسد» و «آنچه

---

۱. نظریه شورای نگهبان به شماره ۹۱/۳۰/۴۷۱۴۲، مورخ ۱۳۹۱/۰۴/۱۲: ۱- مستفاد از اصول متعدد قانون اساسی آن است که مقصود از مسؤولیت اجرا در اصل ۱۱۳ قانون اساسی، امری غیر از نظارت بر اجرای قانون اساسی است. ۲- مسؤولیت رئیس جمهور در اصل ۱۱۳ شامل مواردی نمی‌شود که قانون اساسی تشخیص، برداشت، نوع و کیفیت اعمال اختیارات و وظایفی را به عهده مجلس خبرگان رهبری، شورای نگهبان، مجمع تشخیص مصلحت نظام، مجلس شورای اسلامی، قوه قضاییه و هر مقام و دستگاه دیگری که قانون اساسی به آن‌ها اختیار یا وظیفه‌ای محول نموده است. ۳- در مواردی که به موجب قانون اساسی رئیس جمهور حق نظارت و مسؤولیت اجراء ندارد، حق ایجاد هیچ‌گونه تشکیلاتی را هم ندارد.

مربوط به وظایف وزارتی وزیر دادگستری است که ارتباط با قوه قضائیه ندارد و نیز در مورد وظایفی که هیأت دولت به عهده وی واگذار کرده است مشمول اصل یکصد و پنجاه و هشتم قانون اساسی نیست و تشکیلات آن باید به تصویب دولت برسد».

طبق دیدگاه یاد شده، اختیارات رئیس قوه قضاییه در امور اداری و استخدامی و مالی قوه قضاییه مخصِّص اصل یکصد و بیست و ششم قانون اساسی و اختیارات تام رئیس جمهور در این امور است، اما در عمل شاهد هستیم در خصوص برخی از سازمان‌های دارای شخصیت حقوقی و مستقل قوه قضاییه همچون سازمان زندان‌ها و سازمان پزشکی قانونی، قانون‌گذار تغییر ساختار و تشکیلات آن‌ها را منوط به تأیید سازمان اداری و استخدامی کشور و در نهایت تصویب رئیس قوه قضاییه کرده است؛ که شاید بتوان دلیل آن را ایجاد هماهنگی بین قوای مجریه و قضاییه دانست، اما به هر شکل موجب خدشه در استقلال قوه قضاییه می‌باشد. البته سازمان‌های زیرمجموعه قوه قضاییه را می‌توان در دو قسم بررسی نمود: نخست، سازمان‌های غیر قضایی یا ستاد مرکزی قوه قضاییه؛ و دوم، سازمان‌های قضایی، همچون سازمان قضایی نیروهای مسلح، دیوان عدالت اداری یا بخش‌های مختلف دادگاه‌ها یا دادسراها. بدیهی است که ایجاد تشکیلات لازم در دادگستری طبق اصل یکصد و پنجاه و هشتم قانون اساسی، مترادف با ایجاد دادگاه یا محاکم قضایی نمی‌باشد؛ چرا که به تصریح اصل یکصد و پنجاه و نهم، تشکیل دادگاه‌ها و تعیین صلاحیت آن‌ها منوط به حکم قانون است، اما اقدام به ایجاد تغییرات در راستای اهداف این قوه و در چهارچوب قوانین موجِد این نهادها، بلامانع است. از طرفی، طبق قوانین موجود و آنچه تاکنون در واقعیت نیز وجود داشته، تصویب تشکیلات اداری و قضاییِ درونی در نهادهای قضایی قوه قضاییه توسط رئیس این قوه صورت گرفته و استقلالِ دستگاه قضایی در این بخش حفظ شده است[1].

۱. به‌عنوان مثال می‌توان به مواد قانونی ذیل اشاره نمود: ماده ۲۵ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲: «به تشخیص رئیس قوه قضاییه، دادسراهای تخصصی از قبیل دادسرای جرائم کارکنان دولت، جرائم امنیتی، جرائم مربوط به امور پزشکی و دارویی، رایانه ای، اقتصادی و حقوق شهروندی زیر نظر دادسرای شهرستان تشکیل می‌شود»؛ ماده۲ قانون دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۹۰: «دیوان در تهران مستقر است و متشکل از شعب بدوی، تجدیدنظر، هیأت عمومی و هیأت های تخصصی می باشد. تشکیلات قضایی، اداری و تعداد شعب دیوان با تصویب رئیس قوه قضاییه تعیین می شود. تبصره ـ رئیس دیوان عدالت اداری می تواند پیشنهادات خود را به رئیس قوه قضاییه ارائه نماید».

اما نظر دوم در خصوص ارتباط اصل یکصد و بیست و ششم با اصول یکصد و پنجاه و هفت، یکصد و پنجاه و هشت و یکصد و شصتم قانون اساسی، بیان‌گر آن است که اظهار نظر در این خصوص مستلزم نگاهی جامع به اصول قانون اساسی می‌باشد و لذا هرچند اصول یکصد و پنجاه و هفت، یکصد و پنجاه و هشت و یکصد و شصتم در مقام معرفی متصدی اصلی امور مالی و اداری و استخدامی قوه قضاییه است، اما تصمیم‌گیری نهایی در همه این موارد باید به تأیید رئیس جمهور برسد. طرفداران این دیدگاه، دلایلی چون موارد ذیل را در تشریح نظر خود بیان می‌دارند (آئینه‌نگینی، ۱٤۰۰: ۱۲-۱۰): «ضرورت هماهنگی در جریان امور»، «عدم تبعیض بین ارکان و نهادهای مختلف»، «پاسخ‌گویی به وضعیت‌های اضطراری جامعه» و «مراعات قاعده الاهم فالاهم در اداره امور کشور با توجه به محدودیت منابع و درآمدهای عمومی»؛ و لزوم تخصیص آن بر اساس اولویت‌های موجود که قوه مجریه احاطه بهتر و بیشتری در این خصوص دارد.

در تایید دیدگاه نخست، علاوه بر صراحت قانون اساسی درباره استقلال قوه قضاییه در امور اداری استخدامی و به‌ویژه تشکیلاتی، می‌توان به ماده ۱۱۵ قانون مدیریت خدمات کشوری استناد و توجه نمود؛ در بند یک این ماده به یکی از وظایف و اختیارات شورای‌عالی اداری مذکور در ماده ۱۱٤ اشاره گردیده است: «اصلاح ساختار تشکیلات دستگاه‌های اجرایی به استثناء دستگاه‌هایی که احکام آن‌ها در قانون اساسی آمده و یا به امر امام خمینی(ره) و مقام معظم رهبری تأسیس شده است»، لذا برخلاف مقررات استخدامی کارمندان که به صورت عام بیان شده و استثنایی در خصوص قوه قضاییه به چشم نمی‌خورد، در رابطه با امور مربوط به ایجاد یا تغییر در ساختار و تشکیلات ادارات مختلف قوه قضاییه، ماده ۱۱۵ قوه قضاییه را که یکی از نهادهای مذکور در قانون اساسی است، از شمول اختیارات شورای‌عالی اداری مستثنی

۳- ماده ۵۷۳ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲: «رئیس سازمان قضائی(نیروهای مسلح) علاوه بر ریاست اداری و نظارت بر کلیه سازمان‌های قضائی استان‌ها، ریاست شعبه اول دادگاه تجدیدنظر نظامی استان تهران را نیز بر عهده دارد و می‌تواند یک نفر قائم مقام و به تعداد لازم معاون داشته باشد. تبصره- ایجاد تشکیلات قضائی و اداری در سازمان قضائی و انتصاب قضات سازمان همچنین تغییر سمت یا محل خدمت آنان با رعایت اصل ١٦٤ قانون اساسی به تشخیص رئیس قوه قضاییه است. رئیس سازمان قضائی می‌تواند پیشنهادهای خود را در موارد مزبور به رئیس قوه قضاییه ارائه نماید».

نموده اســـت، اما در این زمینه قوانین اختصاصی قوه قضاییه تاکنون وجود نداشـــته و اقدامات صورت گرفته بر اســـاس اختیارات آیین‌نامه‌ای یا تصویب‌نامه‌ای رؤســـای مختلف قوه بوده اســـت؛ خلأیی که تدوین‌کننـــدگان و تصویب‌کنندگان قانون برنامه پنجم توسعه کشور مصوب ۱۳۸۹/۱۰/۱۵ آن را درک کرده و در بند ی ماده ۲۱۱ آن چنین مقرر داشـــتند: «قوه قضاییه موظف است لایحه جامع اداری استخدامی خود را تهیه نماید تا از طریق دولت به مجلس شـــورای اســـلامی تقدیم گردد». در این راستا قوه قضاییه لایحه‌ای در یکصد و هشتاد و شش ماده تهیه نموده که با وجود گذشت بیش از یک دهه از تصویب برنامه پنجم توسعه، تاکنون تقدیم مجلس نشده است. در مقدمه و مواد گوناگون این لایحه بر استقلال اداری، استخدامی، مالی و تشکیلاتی قوه قضاییه تأکید شده است و طبق نظر برخی شاید بتوان مهم‌ترین نوآوری این لایحه را پیشنهاد تشکیل شورای‌عالی اداری قوه قضاییه عنوان کرد که به عنوان بازوی اجرایی رئیس قوه قضاییه در سیاســـت‌گذاری و تصمیم‌گیری در امور کلان اداری استخدامی این قوه پیش‌بینی شده است (بابایی و رستمی، ۱۳۹۸: ۳۴۷).

۲. وضعیت استقلال سازمانی در دستگاه قضایی آمریکا

۲-۱. داشتن شخصیت حقوقی مستقل

در آمریکا، اصلِ تفکیک قوا و سیســـتم توازن و نظارت[1] تضمین‌کننده استقلال قوه قضاییه است. نظام سیاسی ایالات متحده آمریکا جمهوری فدرال است. بنیان‌گذاران و نویســـندگان اعلامیه اســـتقلال ایالات متحده آمریکا و قانون اساسی ۱۷۸۹ میلادی آمریکا، به دلیل نگرانی از ظهور نظام ســـلطنتی مشابه کشورهای اروپایی وقت که در آن پادشـــاه قدرت مطلق را در دست داشت، نظام سیاسی خود را به گونه‌ای طراحی کردند که در آن هیچ فرد یا نهادی نتواند قدرت مطلق را در اختیار گیرد؛ لذا سیســـتم تفکیک قوا در این کشور به شکل کاملاً بارزی اجرا شده و قوه قضاییه مجزا و مستقل و منفک از سایر قوا پیش‌بینی شده است، البته این تفکیک مطلق نبوده و قوا بر هم اثر می‌گذارنـــد (Separation of Powers in Action - U.S. v. Alvarez)[2] و همین امر

1. Checks and Balances

۲. تفکیک قوا در عمل – ایالات متحده علیه آلوارز؛ قانون اساســـی ایالات متحده ســـه قوه مجزا اما برابر را بنیان نهاده اســـت: قوه مقننه که قانون را وضع می‌کند، قوه مجریه که قانون را اجرا می‌کند و قوه قضاییه که قانون را تفسیر می‌کند. در این سیستم کنترل و توازن، تعامل قدرت میان سه قوه وجود

موجِد نظام توازن و نظارت گردیده اســت که قضیه آلوارز[1] نمونه بارز آن بوده است. سیســتم قضایی ایالات متحده آمریکا در دو سطح فدرال و ایالات قابل بررسی است، لکن آنچه بیانگر وضعیت اســتقلال قوه قضاییه در کشور آمریکاست، مربوط به سطح فدرال آن اســت و حتی از نظر برخی قوه قضاییه در کشــور آمریکا، در دیوان عالی فدرال ایالات متحده[2] تبلور یافته اســت (میرشــکاری عباس، ۱۳۹۰: ۳۰). طبق بخش اول اصل ســوم قانون اساســی آمریکا «اقتدارات قضایی ایالات متحده به یک دیوان عالی و دادگاه‌های تالی که به تشــخیص کنگره تعیین و تاسیس خواهد شد، واگذار می‌گردــد ...»؛ اعضای دیوان عالی و قضات دادگاه‌های تالی با معرفی رئیس جمهور و تایید مجلس ســنا انتخاب می‌شــوند. رئیس دیوان عالی فدرال ریاست قوه قضاییه را بر عهده دارد و بالاترین مقام قضایی آمریکا محســوب می‌شود. رئیس جمهور در انتخاب قضات دیوان عالی آزاد است و به نظر تحلیل‌گران، با توجه به دخالت و تاثیر احزاب در این فرایند، این انتخاب معمولاً جنبه سیاسی دارد (Arie and Russell R. Wheeler, 2003: 139)؛ لذا به نظر می‌رســد که قوه قضاییه باید در این کشور به قوه مجریه وابستگی قابل توجهی داشته باشد و به دلیل نحوه عزل و نصبِ قضاتِ دیوان

دارد. هر قوه دارای اختیارات خاص خود است، اما برای عملکرد دولت، باید به اختیارات دیگر قوا نیز متکی باشــد. پرونده ایالات متحده علیه آلوارز نمونه‌ای عالی از نحوه اعمال قدرت توسط هر یک از ســه قوه است. خلاصه‌ای از پرونده: قوه مقننه کنگره قانون Stolen Valor Act را در سال ۲۰۰۵ تصویب کرد که افرادی را که به طور نادرســت ادعا می‌کردند کــه افتخارات نظامی بالایی دریافت کرده‌اند، مجازات می‌کرد. قوه قضاییه (دیوان عالی ایالات متحده) در ســال ۲۰۱۲ این قانون را غیر قانونی اعلام کرد؛ زیرا آن را ناقض حق آزادی بیان که در متمم اول قانون اساســی محافظت شــده اســت، دانســت. قوه مجریه (پنتاگون و رئیس‌جمهور)، کمتر از یک ماه پس از تصمیم دیوان عالی، اقدــام به ایجاد یک پایگاه داده ملی تحت حمایت دولت برای ثبت و تأیید افتخارات نظامی کردند. این پایگاه داده به مرور زمان اجرایی شــد. قوه مقننه کمتر از یک سال پس از تصمیم دیوان عالی در پرونده ایالات متحده علیه آلوارز، کنگره قانونی جدید تصویب کرد تا مشــکلات قانون اساسی قانون ۲۰۰۵ را برطرف کند. دیوان عالی این مشــکلات را به عنوان نقض متمم اول قانون اساسی تشخیص داده بود (Stolen Valor Act 2013) قانون جدید همچنان ادعاهای نادرست درباره افتخارات نظامی را در شرایطی که تحت حمایت متمم اول قانون اساسی نباشد، ممنوع می‌کند؛ با این حال، این قانون نســبت به قانون اصلی محدودتر شده است: ممنوعیت پوشیدن مدال‌های افتخاری بدون مجوز قانونی حذف شد. محدودیت‌ها فقط شامل افرادی شد که به طور متقلبانه و با قصد کسب پول، اموال یا منافع مادی دیگر اقدام به چنیــن ادعاهایی کنند. این ممنوعیت فقط به مدال افتخار کنگره و برخی مدال‌ها و نشان‌های مشخص دیگر محدود شد.

۱. همان.

2. Supreme Court of the United States.

مذکور، قوه قضاییه آمریکا وابسته به دو قوه دیگر دیده شود، اما از آنجا که بر اساس قانون اساسی آمریکا، اعضای دیوان عالی فدرال، تنها از طریق اعلام جرم علیه آنان و پس از محکومیت در کنگره، از سمت خود برکنار می‌شوند و مادامی که قضات دیوان رفتار شایسته داشته باشند می‌توانند در سمت خود باقی بمانند، و تاریخچه دیوان نشان‌گر عزل تعداد نادری از اعضای دیوان توسط کنگره در طی سالیان گذشته بوده است (Impeachment Trial of Justice Samuel Chase: 1804-05)؛ لذا باید گفت موضوع عزل و نصب اعضای دیوان، تاثیر چندانی بر استقلال آن نداشته و این دیوان مستقل عمل می‌کند. حتی طبق اسناد ملی آمریکا، اصلی وجود دارد که طبق آن قوه مجریه یا مقننه نمی‌توانند مصوبات قانونی دیوان را باطل اعلام نمایند (judicial review, the marbury v madison 1803 case) یا از اجرای آن‌ها سر باز زنند مگر آن‌که کنگره اقدام به تصویب قانونی جدید کند که از نظر دیوان عالی در چارچوب قانون اساسی باشد و از نظر قانونی یا ساختاری آن تصمیمات را تغییر دهد.(National Constitution Center: Judicial Revie) این قانون جدید می‌تواند با تغییر مفاد قانونی، تفسیر دیوان عالی را تغییر دهد؛ یا آن‌که کنگره نسبت به تصویب یک اصلاحیه قانون اساسی که به طور خاص تصمیم دیوان عالی را تغییر دهد، اقدام کند. برای این کار، کنگره باید دو سوم اعضای هر دو مجلس را برای پیشنهاد اصلاحیه به تصویب برساند، و سپس اصلاحیه باید توسط سه چهارم ایالات به تصویب برسد. نمونه این رفتار اصلاحیه چهاردهم قانون اساسی آمریکاست که پس از جنگ داخلی ایالات متحده و لغو برده‌داری تصویب شد. این اصلاحیه به طور مشخص حقوق شهروندی افراد آزاد شده از بردگی را تضمین کرد و به عنوان یک اصلاحیه بنیادی در تغییرات حقوق بشر در ایالات متحده نقش داشت.(متن رسمی اصلاحیه چهاردهم قانون اساسی آمریکا در وبسایت رسمی کنگره آمریکا)[1] رئیس دیوان عالی ایالات متحده[2] به عنوان بالاترین مقام قضایی در سیستم فدرال آمریکا، نقش‌های متعددی دارد که شامل وظایف قضایی، اداری و تشریفاتی است. رئیس دیوان عالی جلسات دیوان را مدیریت و هدایت می‌کند، در تعیین دستور کار جلسات

1. U.S. Constitution, Amendment XIV
2. Chief Justice of the United States

رسیدگی به پرونده‌هایی که از اهمیت ملی برخوردارند نقش مهمی ایفا می‌کند و در مواردی که رئیس جمهور ایالات متحده مورد استیضاح قرار گیرد، ریاست جلسه محاکمه در مجلس سنا را بر عهده دارد. وی نقشی کلیدی در نظارت بر عملکرد سیستم قضایی فدرال دارد که شامل دادگاه‌های منطقه‌ای و استیناف نیز می‌شود؛ او همچنین رئیس جلسات هیأت یا کنفرانس قضایی ایالات متحده[1] است که به تدوین سیاست‌های قضایی می‌پردازد و نیز مسؤول انتخاب و نظارت بر مدیر دفتر اداری دادگاه‌های ایالات متحده می‌باشد که مدیر اجرایی سیستم دادگاه‌های فدرال است (وبسایت رسمی دیوان عالی آمریکا: https://www.supremecourt.gov; Functions of the Chief Justice and the Judicial Structure). تحلیل تطبیقی موضوع در دو کشور بیان‌گر آن است که قوه قضاییه در ایران و آمریکا بر مبنای دو الگوی حکمرانی متفاوت شکل گرفته است. در ایران دستگاه قضایی در چارچوب حکومت مبتنی بر ولایت فقیه تعریف شده و قوه قضاییه علاوه بر داشتن اختیارات وسیع، تحت نظارت رهبری قرار دارد. بررسی امر به لحاظ حقوقی نشان‌گر برخورداری این دستگاه از شخصیت حقوقی مستقل است، اما به دلیل پیوند ساختاری با حاکمیت، استقلال آن در عمل نسبی تلقی می‌شود، اما نظام قضایی آمریکا به عنوان بخشی از یک جمهوری فدرال و بر مبنای تفکیک قوا و اصل نظارت و توازن طراحی شده است که به رغم تأثیرگذاری قوه مجریه و مقننه در فرایند انتصاب قضات دیوان عالی، این نهاد پس از شکل‌گیری، استقلال قابل توجهی پیدا می‌کند.

۲-۲. استقلال اداری و تشکیلاتی

در آمریکا، اصل تفکیک قوا و سیستم توازن و نظارت تضمین‌کننده استقلال قوه قضاییه است. قوه قضاییه در این کشور یک قوه مستقل است و از جایگاه مهم و موثری برخوردار است به نحوی که در فرانسه از سیستم قضایی آمریکا با اصطلاح «دولت قضات» تعبیر می‌شود (موسوی، ۱۳۸۸– ۱۳۸۷: ۲٤). اصل سوم قانون اساسی ایالات متحده، اساس و مرجع ایجاد قوه قضاییه فدرال آمریکا و پایه‌گذار دادگاه عالی فدرال است، اما طبق این اصل، قوه قضاییه فدرال علاوه بر دادگاه عالی شامل دادگاه‌های تالی دیگری است که کنگره ممکن است تشکیل دهد و این اختیار کنگره

1. Judicial Conference of the United States

ناشـــی از اصل مذکور و بند ۹ بخش ۸ اصل اول قانون اساسی آمریکاست. تغییرات ســـاختاری در دســـتگاه قضایی آمریکا در اختیار کنگره ایالات متحده است؛ زیرا این نهاد اختیار قانون‌گذاری دارد و می‌تواند ســـاختار و صلاحیت دادگاه‌ها را تغییر دهد؛ البته نهادهایی مانند دیوان عالی و کنفرانس قضایی، در حوزه‌های تخصصی و داخلی دستگاه قضا تأثیرگذار هستند. کنفرانس قضایی که نهاد مدیریتی دستگاه قضایی فدرال اســـت، نقش مهمی در ارائه پیشـــنهادات و تنظیمات داخلی دارد و پیشنهاد تغییرات ســـاختاری را به کنگره ارائه می‌دهد و همچنین اصلاحات مدیریتی برای بهبود کارایی دادگاه‌ها را در اختیار دارد (وب‌سایت رسمی قوه قضاییه فدرال درباره نقش Judicial Conference).

دادگاه‌های تالی در آمریکا به دو دسته اصلی و فرعی تقسیم می‌شوند؛ قضات دادگاه‌های تالی اصلی که ناشـــی از اختیارات کنگره طبق اصل ســـوم قانون اساسی می‌باشـــد مانند رییس دیوان با پیشـــنهاد رییس جمهور و تصویب کنگره، به صورت مادام العمر منصوب می‌شـــوند، اما مدت انتصاب قضـــات دادگاه‌های تالی فرعی که ناشـــی از اختیارات کنگره طبق اصل اول قانون اساســـی اســـت، مدت‌دار و محدود می‌باشد(بخش ۱ و ۸ و به ویژه اصل سوم قانون اساسی آمریکا).

۱-۲-۲. استخدام قضات و عزل و نصب یا نظارت بر ایشان

امروزه دـــر اغلب کشـــورهای دموکراتیک، قضات از پایین‌ترین ســـطح در دادگاه‌های صلح تا رئیس عالی‌ترین دادگاه، انتصابی هستند و صرفاً مقامات انتصاب کننده از کشـــوری به کشور دیگر تفاوت دارد (موســـوی، ۱۳۸۸– ۱۳۸۷: ۲٤). نظام قضایی فدرال ایالات متحده بر پایه دیوان عالی و بر اســـاس قانون اساســـی و تعیین دادگاه‌های تالی توســـط کنگره شکل گرفته است. جهت استخدام قضات دادگاه‌های قانون اساسی (دیوان عالی و دادگاه‌های تالی اصلی)، ابتدا رئیس‌جمهورِ ایالات متحده شـــخصی را برای تصدی منصب قضاوت دـــر محاکم فدرال نامزد می‌کند (Jacob E. Tuskai: 2021). نامزدها معمولاً از میان وکلای برجســـته، قضات ایالتی یا اســـاتید حقوقی با تجربه انتخاب می‌شـــوند؛ رئیس‌جمهور در انتخاب قضات، معمولاً نظرات مشاوران حقوقی، وزارت دادگستری و گاهی سناتورهای ایالت مربوطه را مورد نظر قرار می‌دهد. ســـپس سوابق و صلاحیت‌های نامزدها توسط کمیته قضایی سنا بررسی

می‌شـــود و در این مرحله، جلسات استماع برگزار می‌شود که در آن نامزد به سوالات سناتورها پاســـخ می‌دهد. پس از تأیید کمیته قضایی، نامزد برای رأی‌گیری به صحن اصلی ســـنا ارجاع داده می‌شود و سنا با اکثریت آرا تصمیم می‌گیرد که آیا نامزد تأیید شـــود یا خیر. اگر نامزد تأیید شـــود، به عنوان قاضی فدرال منصوب می‌گردد و این انتصاب به صورت مادام العمرمی‌باشد و قضات فقط از طریق استیضاح توسط کنگره قابل برکناری هســـتند که این امر برای تضمین اســـتقلال قضایـــی و کاهش تأثیرات سیاســـی در قضاوت‌ها طراحی شده اســـت، اما قضات دادگاه‌های تالی فرعی مانند دادگاه استیناف نظامی یا امثال آن، هرچند با پیشنهاد رئیس جمهور و تایید سنا انتخاب می‌شـــوند، اما تفاوت مهمی که وجود دارد، مدت زمان خدمت آن‌هاست که در مورد اخیر محدود به پانزده ســـال می‌باشـــد (Library of Congress. "How Are Fed-eral Judges Selected?" loc.gov). همچنین حقوق و دســـتمزد قضات اصل سوم نمی‌تواند کاهش یابد؛ زیرا قانون اساســـی این حمایت را تضمین کرده اســـت (U.S. Constitution – Article III, Section 1)، امـــا دـــر مورد قضات اصل یک، چنین تضمینی وجود ندارد و حقوق آن‌ها ممکن اســـت تحـــت تغییرات قانون‌گذاری قرار گیرد؛ هر چند در عمل، کنگره معمولاً تغییرات منفی در حقوق ایشـــان ایجاد نمی‌کند (Federal Judicial Center. "Courts and Judges of the United States." fjc.gov). حقـــوق قضات در ایالات متحده آمریکا به عوامل مختلفی بســـتگی دارد و بر اســـاس موقعیت قضایی، ســـطح دادگاه، و مقررات محلی یا فدرال تعیین می‌شود. از دیگـــر عوامل تأثیرگذار در تعیین حقوق قضات می‌توان به تجربه و ســـابقه خدمت، محـــل جغرافیایی خدمت (در مناطقی با هزینه زندگـــی بالاتر، حقوق قضات معمولاً بیشـــتر است) و بودجه عمومی و شـــرایط اقتصادی دولت اشاره کرد. حقوق قضات فدرال معمولاً با توجه به شـــاخص‌های اقتصادی و نرخ تـــورم یا تغییرات هزینه‌های زندگی (Cost of Living Adjustment - COLA) توسط کنگره تعیین و در قوانین بودجه‌ی سالانه فدرال گنجانده می‌شود.

نظـــارت بر قضات فدرال غیـــر از قضات دیوان عالی آمریـــکا، طبق قوانین و آیین‌نامه‌هایی از قبیل قانون رفتار قضایی و ناتوانی[1]، مصوب کنگره آمریکا و آیین‌نامه

1. Judicial Conduct and Disability Act of 1980

رفتـــار قضات فدـــرال، مصوب کنفرانـــس قضایی ایالات متحده[1] صـــورت می‌گیرد. (Amanda Frost, 2013: 452). بر اســـاس قانون رفتـــار قضایی و ناتوانی مصوب ۱۹۸۰، شـــکایات مربوط به رفتار نامناسب یا ناتوانی قضات فدرال توسط شورای‌های قضایی حوزه‌های فدرال[2] بررســـی می‌شـــود؛ به این ترتیب که هر فرد از جمله وکلا، شهروندان، یا سایر مقامات می‌تواند شکایت خود را علیه یک قاضی فدرال به دادگاه اســـتیناف حوزه مربوطه ارائه دهد؛ بررســـی اولیه توسط قاضی ارشد حوزه[3] صورت می‌گیرد، اگر شکایت بی‌اساس باشد می‌تواند آن را رد کند، اما اگر معتبر باشد، پرونده را برای بررسی بیشتر به شـــورای قضایی حوزه ارجاع می‌دهد. در موارد شدید شورا موضوع را به کنفرانس قضایی ایالات متحده[4] ارجاع می‌دهد؛ اگر تخلفات جدی باشد، کنفرانس قضایی تحت ریاســـت رئیس دیوان عالی می‌توانـــد توصیه کند که پرونده برای استیضاح به کنگره ارســـال شود و نهایتاً پس از رسیدگی در مجلس نمایندگان، جهت محاکمه و استیضاح و صدور حکم مبنی بر عزل یا تبرئه، به مجلس سنا ارسال می‌گردد. البته طبق تشـــریح وضع موجود دـــر برخی از مقالات، روند مذکور مربوط به نظارت بر قضات غیر از دیوان عالی اســـت؛ چرا که برخلاف ســـایر قضات فدرال، قضات دیـــوان عالی تقریباً خودناظر هســـتند (Olivia Gotham, 2020: 521) و از هیچ سیستم رسمی انضباطی تبعیت نمی‌کنند و دیوان عالی نیز نظارت داخلی مؤثری بر قضات خود ندارد؛ بنابراین نظارت واقعی معمولاً از طریق رســـانه‌ها، سازمان‌های مســـتقل و کنگره انجام می‌شود و تنها راه رســـمی برای برکناری قضات دیوان عالی، استیضاح است که در تاریخ آمریکا بسیار نادر بوده است.

۲-۲-۲. استخدام کارمندان و نظارت بر ایشان

در دستگاه قضایی ایالات متحده، علاوه بر قضات، گروه بزرگی از کارکنان غیر قضایی وجود دارند که وظایف اداری، پشـــتیبانی و حقوقی مختلفی را برای تضمین عملکرد روان سیستم قضایی انجام می‌دهند. این کارکنان در دادگاه‌های فدرال، ایالتی و محلـــی فعالیت دارنـــد و نقش‌های متنوعی بر عهده دارند. در ســـطح فدرال، دفتر

1. Code of Conduct for United States Judges
2. Judicial Councils of the Circuits
3. Chief Judge of the Circuit
4. Judicial Conference of the United States

اداری دادگاه‌های ایالات متحده[1] به عنوان نهاد مرکزی اداری قوه قضاییه فدرال عمل می‌کند و مسؤول ارائه پشتیبانی مالی، لجستیکی، فناوری و منابع انسانی به تمام دادگاه‌های فدرال، از جمله دادگاه‌های استیناف، دادگاه‌های ناحیه‌ای و دادگاه‌های ورشکستگی است. این دفتر بر تخصیص بودجه‌های فدرال برای دادگاه‌ها نظارت دارد و استانداردهای اداری و رویه‌های کلی را تنظیم و اجرا می‌کند؛ با این حال، دادگاه‌های فدرال همچنان استقلال داخلی خود را حفظ و تصمیمات اجرایی خود را اتخاذ می‌کنند و در موضوع استخدام کارمندان، هر دادگاه به طور مستقل فرایند جذب نیرو را مدیریت می‌کند. در برخی مقالات مربوطه به وجود منشور اخلاقی در خصوص کارمندان سیستم قضایی فدرال اشاره شده است (همتی و دیگران، ۱۳۹۶: ۲۹۱). آیین‌نامه رفتار کارکنان دستگاه قضایی[2] شامل مجموعه‌ای از اصول و استانداردهای اخلاقی است که رفتار کارکنان دستگاه قضایی فدرال ایالات متحده را تنظیم می‌کند. این آیین‌نامه توسط کنفرانس قضایی ایالات متحده تصویب شده و برای تمام کارکنان دستگاه قضایی فدرال، به‌جز قضات، لازم‌الاجرا است. این نظارت توسط دفتر اداری دادگاه‌ها صورت می‌گیرد. در خصوص حقوق و مزایای کارکنان غیر قضایی، طبق قوانین آمریکا، حقوق ایشان بر اساس جدول دستمزد خدمات عمومی[3] و تحت نظارت دفتر اداری دادگاه‌ها و کنفرانس قضایی فدرال تعیین و اجرا می‌شود. البته کنگره نیز با تصویب بودجه، نقش کلیدی در این فرایند دارد. جدول جی.اس شامل سطوح مختلف حقوقی است که بسته به تجربه، مهارت و سطح شغلی تعیین می‌شود. برخی نقش‌ها مانند تحلیل‌گران قضایی یا مدیران دادگاه ممکن است خارج از این جدول تعریف شوند و حقوق ویژه‌ای دریافت کنند. افزایش حقوق سالانه نیز معمولاً بر اساس نرخ تورم و تصویب کنگره تعیین و برای همه کارکنان فدرال از جمله کارکنان غیر قضایی سیستم قضایی اعمال می‌شود(دستورالعمل‌های رسمی در مورد حقوق و مزایای کارکنان قوه قضاییه آمریکا: Judiciary Policies در https:// www.uscourts.gov/administration-policies/judiciary-policies).

1. Administrative Office of the U.S. Courts
2. Code of Conduct for Judicial Employees
3. General Schedule - GS

۳-۲-۲. ایجاد تشکیلات لازم در دستگاه قضایی

گفتیم که اصل سوم قانون اساسی ایالات متحده، اساس و مرجع ایجاد قوه قضاییه فدرال آمریکا و پایه‌گذار دادگاه عالی فدرال است؛ اما طبق این اصل، قوه قضاییه فدرال علاوه بر دادگاه عالی شامل دادگاه‌های تالی دیگری است که کنگره ممکن است تشکیل دهد و این اختیار کنگره ناشی از اصل مذکور و بند ۹ بخش ۸ اصل اول قانون اساسی آمریکاست. دادگاه‌های تالی در آمریکا به دو دسته اصلی و فرعی تقسیم می‌شوند؛ دادگاه‌های تالی اصلی که ناشی از اختیارات کنگره طبق اصل سوم قانون اساسی می‌باشد، عبارتند از: نخست، دادگاه‌های استیناف فدرال[1] از سیزده دادگاه استیناف که به نام حوزه‌های قضایی[2] شناخته می‌شوند، تشکیل شده است و وظیفه تجدیدنظر در احکام صادره از دادگاه‌های بدوی فدرال را دارد و هر پرونده معمولاً توسط یک هیأت سه‌نفری از قضات بررسی می‌شود؛ دوم، دادگاه‌های بدوی یا منطقه‌ای یا ناحیه‌ای فدرال[3] که از نود و چهار دادگاه در سراسر ایالات متحده تشکیل شده و رسیدگی اولیه به دعاوی مدنی و کیفری را تحت قوانین فدرال بر عهده دارد و شامل قضات بدوی و گاهی قضات کمکی[4] برای رسیدگی به امور ساده‌تر می‌باشد؛ سوم، دادگاه‌های ورشکستگی[5] که به بدهکاران یک «شروع تازه» از بدهی‌های خاص می‌دهد (Lewis, Kevin M, 2025: 4) دادگاه‌های فدرال صلاحیت انحصاری پرونده‌های ورشکستگی را دارند. این دادگاه‌ها واحدهایی از دادگاه‌های ناحیه یا منطقه‌ای هستند که به پرونده‌های ورشکستگی و مواردی که توسط دادگاه‌های منطقه به آن‌ها ارجاع می‌شود رسیدگی می‌کنند. تعداد نود دادگاه ورشکستگی در سطح فدرال وجود دارد که احکام آن‌ها در دادگاه منطقه (هیئت استیناف ورشکستگی) یا مستقیماً در دادگاه تجدیدنظر، قابل اعتراض است (United States Courts. "About U.S. Bankruptcy Courts." https://www.uscourts.gov/about-federal-courts/court-role-and-structure/about-us-bankruptcy-courts).

1. U.S. Courts of Appeals
2. Circuits
3. U.S. District Courts
4. Magistrate Judges
5. U.S. Bankruptcy Courts

از دادگاه‌هـــای تالی فرعی یا دادگاه‌های تخصصی که طبق اصل اول قانون اساســی آمریکا، توســط کنگره ایجاد شده‌اند می‌توان به این موارد اشاره نمود: دادگاه دعاوی فدرال (دعاوی مالی علیه دولت)، دادگاه استیناف نظامی (Pfander, James E, 2005: 99 & 94 & 89)، دادــگاه بین‌المللی تجارت، دادگاه مالیات ایالات متحده و دادگاه استیناف کهنه سربازان ایالت متحده که در برخی مقالات از آن‌ها به عنوان دادگاه‌های قانونگذار آمریکا نام برده شده است (حیدرنژاد و دیگران، ۱۳۹۸: ۱۱۱-۱۴۰). از دیگر ســازمان‌های مرتبط با دستگاه قضایی این کشور، موارد زیر قابل ذکر است: کنفرانس قضایی ایالات متحده، دفتر اداری دادگاه‌ها، دادســتان کل ایالات متحده[1] که مسؤول نظارت بر اجرای قوانین فدرال و هدایت تحقیقات قضایی اســت، دفاتر دادستان‌های فدــرال که نمایندگی دولــت در دعاوی فدرال را بر عهده دــارد و یا اداره تحقیقات فدرال[2] (FBI) که مســؤول تحقیقات قضایی و اجرای قوانین فدرال می‌باشــد (Fed-eral Judicial Center: https://www.fjc.gov). بر اســاس قانون مصوب کنگره (قانون قضایی ۱۹۲۲)، رییس دیوان عالی ریاســت کنفرانس قضایی ایالات متحده را بر عهده دارد. این کنفرانس تعیین سیاســت‌های کلی برای دادگاه‌های فدرال، پیشنهاد بودجه دســتگاه قضایی به کنگره، نظارت بر اصلاحات اداری و اجرایی دادگاه‌ها را در اختیار دارد و جهت انجام این امور از کمیته‌هایی تشــکیل شــده است که رسیس دیوان اعضای آن را منصوب و بر ایشان نظارت می‌کند؛ این کمیته‌ها شامل کمیته‌های بودجه، اخلاق قضایی، قوانین فدرال رویه مدنی و کیفری و غیره می‌شــوند. همچنین رییس دیــوان طبق «قانون دفتر اداری دادگاه‌ها»ی آمریــکا مصوب ۱۹۳۹، مدیریت دفتــر اداری دادگاه‌های ایالات متحده را بر عهده دارد که از وظایف و اختیارات آن می‌توان به نظارت بر بودجه دادگاه‌های فدرال، تعیین سیاست‌های اجرایی برای بهبود عملکرد دادگاه‌ها، و مدیریت برنامه‌های آموزشــی و استخدامی برای کارکنان قضایی اشاره نمود. رئیس دیوان عالی مدیریت داخلی دیوان عالی و اداره امور اجرایی آن را هم در اختیار دارد که شامل تنظیم بودجه داخلی و نظارت بر کارکنان، هدایت روابط دیوان عالی با کنگره و قوه مجریه، نظارت بر آرشیوها، سوابق و کتابخانه دیوان عالی

1. U.S. Attorney General
2. Federal Bureau of Investigation

می‌باشـــد. این اختیارات به رئیس دیوان عالی نقش کلیدی در تنظیم و بهبود عملکرد دســـتگاه قضایی آمریکا می‌دهد و او را به یکی از مهم‌ترین شخصیت‌های قانونی در ســـاختار حکومتی ایالات متحده تبدیل کرده است (Co-Equal Leader: The Role of the Chief Justice of the Unite States, supreme court historical society) و رئیس دیوان را در حقیقت می‌توان رئیس قوه قضاییه آمریکا دانست.

برآمد

۱- بررسی تطبیقی استقلال سازمانی قوه قضاییه در ایران و آمریکا بیان‌گر آن بود که استقلال مطلق این قوه در هیچ‌یک از دو کشور وجود ندارد، اما میزان وابستگی‌ها متفاوت است. در ایران هر چند قانون اساسی بر استقلال قوه قضاییه تأکید داشته و اختیارات وسیعی به رئیس این قوه اعطا شده است، اما در عمل محدودیت‌هایی در امور اداری، استخدامی و تشکیلاتی مشاهده گردید. وابستگی به دولت در امر بودجه و تأثیرپذیری از سیاست‌های عمومی استخدامی، توانایی اجرایی این نهاد را تحت تأثیر قرار داده است. در مقابل، در آمریکا سیستم تفکیک قوا و نظارت و توازن، استقلال قضایی بیشتری را تضمین کرده است، اما هم‌چنان عواملی مانند پیشنهاد قضات دیوان عالی و دادگاه‌های فدرال از سوی رئیس‌جمهور و تأیید انتصاب ایشان توسط مجلس سنا و تصویب بودجه توسط کنگره، نوعی وابستگی را ایجاد کرده است.

۲- هرچند استقلال سازمانی قوه قضاییه در هر دو کشور نسبی است، اما محدودیت‌های این قوه در ایران به دلیل ساختار مالی و اداری وابسته، بارزتر است. به منظور ارتقای استقلال قوه قضاییه در ایران، پیشنهاد می‌شود که اصلاحات قانونی برای کاهش وابستگی‌های مالی و استخدامی این نهاد انجام شود. ایجاد چارچوب‌های مشخص برای تأمین مالی مستقل، مثل ارسال مستقیم و بدون تغییر پیشنهاد بودجه دستگاه قضا به مجلس توسط دولت، تصویب قوانین خاص استخدامی و تشکیلاتی می‌تواند به افزایش استقلال واقعی این نهاد کمک کند.

فهرست منابع

الف. فارسی

* آئینه‌نگینی، حسین (۱٤۰۰)، «**نسبت صلاحیت‌های اداری و مالی رئیس قوه قضائیه با رئیس‌جمهور در قانون اساسی**»، دانش حقوق عمومی، دوره ۱۰، شماره ۳۱.
* امیری، محسن و ویژه، محمدرضا (۱۳۹۳)، «**اصول بنیادین ناظر بر تضمین استقلال قضایی در نظام حقوقی ایران با نگاهی به حقوق فرانسه**»، پژوهش‌های حقوق تطبیقی، دوره ۱۸، شماره ۳.
* بابایی، حسین و رستمی، ولی (۱۳۹۸)، «**استقلال استخدامی قوۀ قضاییه جمهوری اسلامی ایران**»، مطالعات حقوق عمومی، دوره ٤۹، شماره ۲.
* پرویـن، خیراله و خادمی، مازیار (۱۳۹٦)، «**بودجه و دستگاه قضا در پرتو قوانین ایران، با نگاهی تطبیقی**»، قضاوت، دوره ۱۷، شماره ۹۲.
* پروین، خیراله و حیدرنژاد، ولی‌الله (۱۳۹۸)، «**مطالعه تطبیقی مدیریت عالی قوه قضاییه در نظام حقوقی ایران و اتحادیه اروپا**»، دانش حقوق عمومی، دوره ۸، شماره ۲٦.
* تنگستانی، محمدقاسم (۱۳۹۸)، «**حدود و لوازم اختیارات رئیس قوه قضاییه در ایجاد تشکیلات لازم در دادگستری در نظام حقوقی ایران**»، حقوق اداری، دوره ٦، شماره ۱۹.
* تنگستانی محمدقاسم (۱٤۰۰)، «**مطالعه تطبیقی تحول نظام مدیریت عالی دادگستری به نظام شورایی**»، تحقیقات حقوقی، دوره ۲٤، شماره ۹٤.
* حاجی حسینی، مهدی و میرزایی، خلیل و محدثی گیلوایی، حسن (۱٤۰۳)، «**صورت‌بندی شاخص‌ها و طراحی الگوی توسعه قضایی؛ مطالعه موردی دادگستری استان تهران**»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۸، شماره ۱۲۷.
* حیدرنژاد، ولی‌الله و غمامی، سیدمحمدمهدی (۱۳۹۸)، «**مطالعۀ تطبیقی شرایط و فرایندهای انتخاب و انتصاب قضات در نظام‌های حقوقی ایالت متحدۀ امریکا و فرانسه**»، مجله حقوق تطبیقی، دوره ۱۰، شماره ۱.
* داوودی، سمیه (۱۳۹۲)، **بررسی رابطه بین استراتژی‌های مدیریت تعارض و ساختار سازمانی در قوه قضائیه استان تهران**، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، تهران:

دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران مرکز.
* رستمی، سارا و فاخری، نریمان (۱۴۰۲)، «**مطالعه سبک‌های کلان مدیریت عالی قوه قضاییه در ایران و اروپا**»، فقه جزای تطبیقی، دوره ۳، شماره ۱.
* طالشی، روح‌الله (۱۳۸۴)، **قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران**، چاپ دوم، تهران: شفیعی.
* طباطبائی مؤتمنی، منوچهر (۱۳۸۴)، **حقوق اداری**، چاپ دهم، تهران: سمت.
* عمرانی سلمان، رضوان هادی، مالک رامین (۱۳۸۳)، «**بایسته‌های الگوی مطلوب نظارت بر قضات در پرتو اصل استقلال قاضی**»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۸، شماره ۱۲۷.
* فقیه عبداللهی، ام لیلا و موذنی، روح الله (۱۳۹۷)، «**بررسی نهادهای تنظیم کننده بازار برق در حقوق ایران و ایالات متحده آمریکا**»، پژوهش حقوق عمومی، دوره ۱۹، شماره ۵۸.
* کشتگر، امیر و فتاحی زفرقندی، علی و فراهانی، محمدصادق (۱۴۰۱)، «**بازخوانی امکان استقلال بودجه‌ای قوه قضاییه در چارچوب نظام حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران**»، دانش حقوق عمومی، دوره ۱۱، شماره ۳۶.
* گرجی ازندریانی، علی‌اکبر و قهرمان‌زاده نیمگزی، فرزین (۱۳۹۴)، «**بررسی جایگاه سازمان قضائی در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران**»، مطالعات حقوق تطبیقی معاصر، دوره ۶، شماره ۱۰.
* میرشکاری، عباس (۱۳۹۰)، «**مطالعه دیوان عالی کشور در نظام قضایی آمریکا**»، نشریه قضاوت، شماره ۷۱.
* موسوی، سیدابراهیم (۱۳۸۸– ۱۳۸۷)، **تضمین استقلال قوه قضاییه در مقابل قوای مجریه و مقننه در ایران، آمریکا و فرانسه**، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق عمومی؛ شهر تهران: دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه علامه طباطبایی.
* موسی‌زاده، ابراهیم (۱۳۹۳)، **حقوق اداری**، چاپ دوم، تهران: دادگستر.
* موسی‌زاده، رضا (۱۳۸۹)، **حقوق اداری (۲-۱) کلیات و ایران**، چاپ دوازدهم، تهران: میزان.
* نوبهار رحیم، قاسمی مجتبی و صفاری فاطمه (۱۴۰۳)، «**چالش‌های تخصیص بهینه**

منابع مالی به قوه قضاییه در جمهوری اســـلامی ایران»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۸، شماره ۱۲۷.

* هاشمی، محمد (۱۳۸۷)، **حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران**، جلد دوم، چاپ بیستم، تهران: میزان.

* همتی، مجتبی و داوودی، غلامرضا (۱۳۹۶)، «**مطالعه تطبیقی استانداردهای رفتار قضایی (اســـلام، ایران، امریکا و چین) در پرتو اصول بنگلور**»، مطالعات حقوقی، دوره ۹، شماره ۲.

ب. انگلیسی

* Council of Europe (1995), **"MEMBER STATES ON THE MANAGEMENT OF CRIMINAL JUSTICE"** (Adopted by the Committee of Ministers on 11 September 1995 at the 543rd meeting), available at: <https://rm.coe.int/09000016804c07f5>.

* freely available legal dictionary and legal encyclopedia (2024), **"judicial administration LII's community-built"**, available at:: <https://www.law.cornell.edu/wex/judicial_administration>.

* Karami, A., Salimian, M., Mokhtari, M., & Agha Ahmadi, G. (2020), **"Independent Organization Model Based on Managers' Economic and Organizational Policies"**, Journal of System Management, 6(1), 219-230.

* Lowndes, J. (2016), **"Judicial Independence and Judicial Accountability at The Coalface of The Australian Judiciary"**, JUDICIAL JOURNAL, 23(3), 8-36.

* Nuno Garoupa & Tom Ginsburg (2008), **"Guarding the Guardians: Judicial Councils and Judicial Independence"**, John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper No. 444.

* Pauliat, H. and Berthier, L. (2009), **"Administration and Management of Judicial Systems in Europe"**, CEPEJ, 50.

❋ United States Senate, **"Impeachment Trial of Justice Samuel Chase"**, 1804-05. available at: <https://www.senate.gov/about/powers-procedures/impeachment/impeachment-chase.htm?utm_source=chatgpt.com>.

❋ Mira Gur-Arie and Russell R. Wheeler (2003), **" Judicial Independence In The United States Current Issues and Relevant Background Information"**, available at: <https:// https://www.fjc.gov/content/70075/judicial-independence-united-states-current-issues-and-relevant-background-information>.

❋ Jacob E. Tuskai (November 12, 2021), **"Judicial Selection in the United States: An Overview"**, available at: <American Bar Association website: <https://www.americanbar.org/groups/judicial/publications/judges_journal/2021/fall/judicial-selection-the-united-states-overview/>.

❋ Amanda Frost (2013), **"Judicial Ethics and Supreme Court Exceptionalism"**, available at: <https://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2389&context=facsch_lawrev>.

❋ Olivia Gotham (2020), **"Avoiding Institutional Corruption Through a Self-Regulating Federal Judiciary"**, THE GEORGETOWN JOURNAL OF L EGAL ETHICS, Vol. 33, No.2.

❋ Lewis, Kevin M (2018), **"Bankruptcy Basics: A Primer"**, available at: < https://digital.library.unt.edu/ark:/67531/metadc1157064/m2/1/high_res_d/R45137_2018Mar22.pdf>.

❋ official website of the United States government , **"Separation of Powers in Action - U.S. v. Alvarez, About Federal Courts Educational Resources Educational Activities First Amendment Activities U.S. v. Alvarez"**, available at: <https://www.uscourts.gov/

about-federal-courts/educational-resources/educational-activities/first-amendment-activities/us-v-alvarez/separation-powers-action-us-v-alvarez>.

❋ A Supreme Court deciding, **"Marbury v. Madison, decided in 1803"**, available at: <https://www.archives.gov/milestone-documents/marbury-v-madison>.

the Supreme Court, for the first time, struck down an act of Congress as unconstitutional. This decision created the doctrine of judicial review and set up the Supreme Court of the United States as chief interpreter of the Constitution.

❋ Congress.gov. H.R.13227 - 95th Congress (1977-1978): **"A bill to amend the Civil Rights Act of 1964 to ensure the rights of citizens under the 4th and 14th Amendment to the Constitution and to ensure freedom of the press under the 1st Amendment to the Constitution, June 21, 1978"**, available at: <https://www.congress.gov/bill/95th-congress/house-bill/13227>.

❋ Co-Equal Leader: **"The Role of the Chief Justice of the United States"**, available at: <https://supremecourthistory.org/supreme-court-civics-resources/role-of-chief-justice-of-the-united-states/?utm_source=chatgpt.com>

❋ Pfander, James E (2005), **"Article I Tribunals, Article III Courts, and the Judicial Power of the United States"**, Harvard Law Review, Vol. 118, No. 3, available at: http://ssrn.com/abstract=533862.

پ. منابع اینترنتی

❋ تارنمای کانون وکلای دادگستری آمریکا به آدرس:

https://www.americanbar.org

❋ تارنمای رسمی سنا ایالات متحده به آدرس:

https://www.senate.gov

* تارنمای رسمی دیوان عالی ایالات متحده آمریکا به آدرس:
https://supremecourt.gov
* سامانه درگاه ملی قوه قضاییه جمهوری اسلامی ایران، به آدرس:
www.eadl.ir
*تارنمای اداره دادگاه‌های ایالات متحده، به آدرس:
https://www.uscourts.gov/
* تارنمای رسمی دولت ایالات متحده آمریکا، به آدرس:
https://www.usa.gov
* تارنمای رسمی مرکز ملی قانون اساسی آمریکا به آدرس:
https://constitutioncenter.org/the-constitution/supreme-court-case-library/marbury-v-madison
* تارنمای رسمی آموزش و تحقیقات سیستم قضایی فدرال آمریکا به آدرس:
https://www.fjc.gov

مجله حقوقی دادگستری

مقاله پژوهشی/ دوره ۸۹/ شماره ۱۲۹/ صفحات: ۳۸۱-۳۵۷
تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۲/۰۸ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۶/۲۰

الگوهای دخالت دولت در کانون‌های وکلا؛ مطالعه موردی اتریش

علی بهادری جهرمی[۱]، روح اله همت طبالوندانی[۲]، کمال کدخدامرادی[۳]

چکیده

استقلال کانون‌های وکلا به عنوان یکی از بازوهای تحقق عدالت، همواره اصلی پذیرفته شـــده است، لیکن در راستای همکاری و مشـــارکت این نهاد با نهادهای قضایی دیگر، از جمله دادگاه‌ها، مســـأله نظارت بر آن و ایجاد هم‌سویی با سایر نهادها، در جهت تحقق عدالت، قابل توجه اســـت. در این راستا پژوهش حاضر، با اســـتفاده از تجربه کشوری پیش‌رو در این زمینه، به بررســـی چگونگی ارتباط دولت فدرال با کانون وکلای اتریش و نحوه تنظیم‌گری و دخالت آن در امور مربوط به این نهاد می‌پردازد و با اســـتفاده از گزارش‌های فراهم شده توسط شورای وکلا و انجمن‌های حقوقی اروپا[۴] و کانون وکلای بین‌المللی[۵] و قوانین مختلف کشـــور اتریش، با روش توصیفی تحلیلی و مبتنی بر شـــیوه کیفی کتابخانه‌ای، نسبت موجود بین استقلال کانون وکلای اتریش و حدود مجاز دخالت و تنظیم‌گری دولت، در زمینه ســـاختار کانون وکلا، نحوه ورود به حرفه وکالت و مؤلفه‌های مربوط به تصدی حرفه وکالت را تحلیل می‌کند. یافته‌ها نشان می‌دهد که دولت به معنای عام، در اشـــکال مختلف تقنینی، اجرایی و نظارتی، با اعمال نظارت و دخالت وزارت دادگســـتری و دیوان‌عالی کشـــور، بر بسیاری از عرصه‌های مذکور در فرایند تشـــکیل کانون، ورود وکلا به کانون و نظارت و اجرای مراحل بعدی فعالیت شـــامل نظارت بر امور مالی، آموزشی و انتظامی، جایگاه قابل توجه و مشخصی دارد که این موضوع می‌تواند مورد توجه نهادهای تنظیم‌گر در سیستم حقوقی ایران در خصوص استفاده از ظرفیت سیستم منسجم اطلاعات آماری و استفاده از قواعد و اصول شفافیت عملکرد مالی و غیرمالی این کانون‌ها برای ارتقاء بهره‌وری خدمات قضایی قرار گیرد.

واژگان کلیـــدی: الگوهای دخالت دولـــت، کانون‌های وکلا، اســـتقلال کانون وکلا، تنظیم‌گری، نظام حقوقی اتریش

---

۱. استادیار حقوق عمومی، گروه حقوق عمومی، دانشکده حقوق دانشگاه تربیت مدرس، تهران، ایران؛ a.bahadori.j@modares.a.c.ir

۲. دانشجوی دکترای حقوق خصوصی، گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری، تهران، ایران (نویسنده مسئول)؛ roohallahhemmat73@gmail.com

۳. دانشجوی دکتری حقوق عمومی، گروه حقوق عمومی، دانشکده معارف اسلامی و حقوق دانشگاه امام صادق (علیه‌السلام)، تهران، ایران؛ kadkhodamoradi@isu.ac.ir

4. Council of Bars and Law Societies of Europe (IBA)

5. International Bar Association (CCBE)

درآمد

کانون‌های وکلا یکی از مهم‌ترین نهادهای حقوقی هر کشور محسوب می‌شوند که در مقام احقاق حقوق اشخاص و هموار کردن مسیر اقامه دعوا در جهت دستیابی به عدالت و تحقق آن برمی‌آیند. یکی از موضوعات مهمی که در راستای تحقق اهداف مذکور توسط این کانون‌ها همواره محل تأمل و چالش بوده، استقلال یا عدم استقلال ساختاری و مآلاً کارکردی آن‌ها از تنظیم‌گری امور مربوط به آن‌ها توسط دولت و نهادهای حاکمیتی و تأثیر آن‌ها در کیفیت ارائه خدمات حقوقی است. توضیح بیشتر آن‌که، نهاد وکالت تأسیسی است که در مقام عینیت‌بخشی و تحقق حق بر داشتن وکیل به عنوان یکی از اصول دادرسی عادلانه برمی‌آید. حق برخورداری از وکیل از آن رو اهمیت می‌یابد که با تمسک به آن کشف حقیقت تسهیل می‌شود، زمینه مناسب برای دفاع فرد از حقوق خویش و جلوگیری از اجحاف در حق وی به وجود می‌آید و در نهایت تضمینی برای پاسداشت تمام و کمال از حقوق خصوصی و عمومی آحاد جامعه فراهم می گردد[1].

یکی از مؤلفه‌هایی که معمولاً در رابطه با امکان دفاع مؤثر از حقوق افراد مطرح می‌شود، موضوع استقلال کانون‌های وکلا از نهادهای حاکمیتی است. ریشه این دیدگاه به این موضوع برمی‌گردد که کانون‌های وکالت و وکلا خود را در برابر دستگاه قضاء قرار می‌دهند و بر همین اساس دادگاه‌های دادگستری را به عنوان تهدیدی علیه دفاع از حقوق موکل خود می‌پندارند و در نتیجه بر استقلال نهادی و ساختاری خود از محاکم قضایی تأکید می‌کنند، اما آن‌چه مهم‌تر از استقلال نهادی وکالت در مسیر احقاق حقوق و تحقق عدالت اهمیت دارد، استقلال شخصی وکیل است؛ امروزه به دلیل پیچیدگی امور اجتماعی، قوانین و مقررات اجتماعی نیز به تبع آن، پیچیده شده است که نتیجه عملی این امر، عدم آشنایی کافی شهروندان جامعه با مقررات و به تبع آن، عدم توانایی کافی آنان برای دفاع از خود در محاکم دادگستری است. مداخله وکیل برای دفاع از حقوق اصحاب دعوا نه تنها در راستای دفاع از حقوق فردی اصحاب دعوا تلقی می شود، بلکه گامی در راستای دفاع از منافع جامعه از طریق

۱. بنگرید به: دیانی، ۱۳۹۷: ۷۶.

فرایند دادرسی مبتنی بر نظم و انضباط است[۱] و بر این مبنا وکیل دادگستری باید بتواند در دفاع از موکل خود استقلال کامل داشته باشد و حقوق قانونی وی را تضمین کند. مهم‌تر از این مطلب نیز آن اســـت که محاکم قضایی و کانون‌های وکلا هردو به دنبال تحقق یک هدف مشـــترک مبنی بر تحقق عدالت و احقاق حقوق هســـتند و بر همین اســـاس کانون‌های وکلا می‌بایســـت خود را به عنوان عضوی از خانواده حقوقی در کنار محاکم قضایی قلمداد کنند. بر همین اســـاس و مبتنی بر این نگاه، دخالت بیرونی در تنظیم‌گری امور مربوط به کانون‌های وکلا، لزوماً تهدیدی در برابر اســـتقلال حرفه وکالت قلمداد نمی‌گردد تا زمانی که این امر تأثیری بر توانایی وکلا در ایفای وظایف حرفه‌ای خود در راستای تحقق عدالت نداشته باشد[۲].

در همین راســـتا در تعدادی از کشـــورها موضوع مداخله دولت‌ها (دولت به معنای عام) در تنظیم‌گری کانون‌های وکلا به رســـمیت شـــناخته شده است. اتریش از جمله این کشورهاســـت که دولت در تنظیم‌گـــری کانون‌های وکلاء آن نقش دارد که می‌توان این مســـأله را درعرصه‌های مختلف تقنینی، اجرایی و نظارتی در مراحل مختلف تصدی و تداوم حرفه وکالت مشاهده کرد.

با عنایت به مقدمات مذکور، آن‌چه ســـؤال اصلی این پژوهش را رقم می‌زند، بررســـی چگونگی ارتباط دولت با کانون وکلای اتریش و نحوه تنظیم‌گری و دخالت دولت در امور مربوط به این نهاد است. در راستای پاسخ‌گویی به این سؤال، پژوهش حاضر با بهره‌گیری و مراجعه به گزارش‌های شورای کانون‌های وکلا و جوامع حقوقی اروپا و ســـازمان کانون وکلای بین‌المللی و قوانین مختلف کشور اتریش نظیر قانون وکلای اتریـــش ۱۸۹۶ با اصلاحات تا ۲۰۱۹ [۳]، قانون ارزشـــیابی وکلا مصوب ۱۹۸۵ و اصلاحات ۱۹۸۶ تا ۲۰۲۰ [۴]، قانون تعرفه وکـــالت مـصوب ۱۹۶۹ و اصلاحات تا ۲۰۲۰ [۵] و قانـــون انتظامی وکلا و کارآموزان وکالت ۱۹۹۰ و اصلاحات تا ۲۰۲۰ [۶] در

---

۱. بنگرید به: رستمی غازانی، ۱۳۹۲: ۶۵

2. International Bar Association, The Independence of the Legal Profession Threats to the Bastion of a Free and Democratic Society, London, 2016.

3. the Austrian Lawyers' Code (Rechtsanwaltsordnung/RAO), RGBl. No. 96/1896.

4. Lawyer's Examination Act - RAPG), BGBl. No. 556/1985 as amended by BGBl. No. 612/1986 (DFB).

5. Lawyers' Tariff Act (RATG), BGBl. No. 189/1969.

6. Federal Act of June 28, 1990 on the disciplinary law of lawyers and trainee lawyers

مقام بررسی رابطه کانون وکلای این کشور با دولت بر آمده است.

در این زمینه با مراجعه به منابع مختلف اعم از قوانین ذکر شده، مقالات و گزارش‌های دو نهاد یاد شده تحت عنوان بررسی تطبیقی کانون وکلا و جوامع حقوقی در کشورهای منتخب حوزه اتحادیه اروپا (آلبانی، اتریش، بلغارستان، کرواسی، جمهوری چک، انگلستان و ولز، لیتوانی، هلند، صربستان و اسپانیا)، نظام قضایی اتریش، خلاصه اجرایی توضیح کانون وکلای اتریش، گزارش شورای کانون‌های وکلا و جوامع حقوقی اروپا در باب وضعیت موجود کانون وکلای کشورهای اروپایی (۲۰۱۶)، گزارش حرفه حقوقی در اتریش (۲۰۱۸)، گزارش استقلال و بی‌طرفی قضات، دادستان‌ها و وکلا، دستورالعمل تنظیم‌گران حرفه حقوقی و نظام قضایی اتریش (نهادها، سازمان‌ها و خدمات) به بررسی سؤال اصلی این پژوهش پرداخته می‌شود.

انتخاب نظام حقوقی اتریش به عنوان نظام حقوقی حاکم بر مقررات تصدی به حرفه وکالت، به این منظور انجام گرفته‌است که این کشور دارای نظام مقرراتی منسجم در زمینه حرفه و تصدی وکالت و یکی از اعضای مهم اتحادیه اروپاست که هر دو سال، گزارش کامل سیستم اجراء حرفه‌های حقوقی ملی خود را به این اتحادیه می‌دهد؛ لذا شفافیت قوانین و مقررات و گزارش‌های عملکردی در این کشور، به عنوان نمونه علمی و عملی مفید، در نظام حقوقی ما در نحوه برخورد و تعامل با کانون‌های وکلا و نحوه ورود و دخالت دولت، مثمر ثمر خواهد بود. انتظار آن است که بتوان عرصه‌های ورود و تنظیم‌گری دولت در کانون وکلای اتریش را سه عرصه کلی تقنینی، اجرایی و نظارتی مشاهده کرد که البته مشخصاً به دلیل اصل استقلال کانون‌های وکلا، این دخالت ناظر به مراحل اختلاف و در مقام تنظیم‌گری خواهد بود، نه دخالت جزئی و موردی در این کانون.

در راستای بررسی فرضیه فوق و در پاسخ به سؤال مطرح شده در این تحقیق، مطالب نوشتار پیش رو به سه مؤلفه کلی تقسیم می‌شود که ذیل هر یک از این مؤلفه‌ها زیر مؤلفه‌هایی تعبیه شده است تا بر مبنای آن‌ها بتوان کانون وکلای اتریش را از جوانب مختلف و با توجه به دخالت دولت در عرصه‌های مختلف این نهاد بررسی

(Disciplinary Statute for Lawyers and Trainee Lawyers - DSt), BGBl. No. 474/1990.

کرد. مؤلفه اصلی نخست مربوط به ساختار کانون وکلا است که ذیل آن به مؤلفه‌هایی چون ساختار کانون و دخالت دولت در آن، گزارش‌دهی کانون وکلا به نهادهای دولتی، تجدید نظر از تصمیمات کانون و دخالت در تعیین ترکیب اعضای کانون پرداخته می‌شود. مؤلفه اصلی دوم ناظر به نحوه ورود به حرفه وکالت است که پیرامون آن، مؤلفه‌هایی چون مرجع برگزارکننده و ناظر آزمون، تعیین نمره قبولی، تعیین مبلغ پرداختی بابت آزمون و تجدید نظر از نتایج آزمون مطالعه می‌شود. مؤلفه اصلی سوم نیز مربوط به مؤلفه‌های تقنینی و نظارتی در حرفه وکالت است که مؤلفه‌هایی چون تعیین تعرفه‌های دستمزد وکالت، تعیین میزان و نحوه اخذ مالیات و حق‌الوکاله‌ها و هیأت‌های انتظامی و نظارت دولت بر آن‌ها و تعیین مجازات‌های مربوط را به خود اختصاص داده است که با توجه به نقش دولت در هر کدام، به بررسی جداگانه‌ای نیاز دارد. برحسب مقدمات مذکور، مطالعه پیش‌رو مبتنی بر روش توصیفی کاربردی و به شیوه کیفی کتابخانه‌ای صورت خواهد گرفت.

۱. مؤلفه‌های مربوط به ساختار کانون وکلا

طبق قوانین این کشور، در هر یک از استان‌های دولت فدرال اتریش، یک کانون وکلا وجود دارد که مطابق بند ۱ ماده ۳۵ قانون وکلا، همه این کانون‌ها تحت نظر کانون وکلای اتریش (کانون مرکزی) قرار دارند که وظیفه مدیریت و کنترل این نهادها را بر عهده دارد. کانون وکلای اتریش، نهادی در راستای ارائه خدمات عمومی است و اداره خود را در وین به ثبت رسانده است.

نهادهای تصمیم‌گیرنده در کانون‌های وکلای اتریش متشکل از نهاد عالی (مجمع عمومی)، رئیس، نهاد اجرایی (هیأت مدیره)، نهادهای کنترل‌کننده، نهادهای انتظامی، کمیته‌ها یا نهادهای مشورتی هستند. نهاد عالی کانون وکلا در نظام حقوقی اتریش، مجمع عمومی است. در این نظام حقوقی، رئیس کانون وکلا برای مدت سه سال انتخاب می‌شود. هیأت مدیره به عنوان نهاد اجرایی به ایفاء نقش می‌پردازد. بر اساس بند ۱ ماده ۲۵ قانون وکلا، رئیس، معاونان و سایر اعضاء هیأت مدیره کانون از میان وکلا و هم‌چنین نمایندگان مجمع نمایندگان از میان وکلا، برای مدت چهار سال انتخاب می‌شوند.

نهادهای کنترل‌کننده معمولاً بر امور مالی کانون وکلا نظارت می‌کنند. در بعضی

کشـــورها این نهادها صلاحیت‌ها و اختیارات دیگری دارند. به عنوان مثال، مطابق با موضوع بحث، مجمع نمایندگان (مجمع عمومی) کانون وکلای اتریش، علاوه بر تأیید حساب‌ها و بودجه سالانه کانون، دستور العمل‌هایی صادر می‌کند و رئیس، معاونان و مأمور رسیدگی (حسابداری) کانون را انتخاب می‌کند. این نهاد پیشنهاداتی برای بهبود مدیریـــت عدالت و مدیریت عمومی ارائه می‌دهد و مقـــررات مربوط به رویه داخلی کانون وکلا را به تصویب می‌رساند.

نهادهای انتظامی کانون نیز، صلاحیت رسیدگی به شکایات، انجام تحقیقات و فرایندهای انتظامی در برابر اعضاء کانون را بر عهده دارد. در کشور اتریش که بیش از یـــک کانون وکلا دارد، هر کانون محلی یک نهاد انتظامی دارد که بر وکلایی که عضو کانون مربوطه هســـتند، اعمال نظارت انتظامی می‌کنند. البته گفتنی اســـت که وزارت دادگستری از صلاحیت نظارت بر صحت و سقم انجام وظایف محول شده به شورای انتظامی و اجرای مناسب رویه‌های انتظامی برخوردار است. در کنار شوراهای انتظامی نیز دیوان عالی کشور صلاحیت رســـیدگی تجدید نظر از تصمیمات شورای انتظامی را دارا است. کمیته‌ها یا نهادهای مشورتی برای تحقق این هدف تشکیل می‌شوند که تخصص خود را در خصوص یک زمینه یا مسأله خاص حقوقی ارائه دهند. در همین راســـتا، کانون وکلای اتریش نیز تعدادی از گروه‌های فعال نظیر گروه فعال در زمینه آمـــوزش حرفه‌ای، گروه فعال در خصوص حقوق و آزادی‌های بنیادین و گروه فعال در خصوص حقوق کیفری تشکیل می‌دهد.

با توجه به مطالب گفته شـــده، در این قســـمت به بررسی جزئی‌تر مؤلفه‌های مربوط به دخالت دولت در تنظیم‌گری ســـاختار و تشـــکیلات کانون وکلای اتریش خواهیم پرداخت.

۱-۱. نظارت دیـــــوان‌عالی کشور بر انـــتخابات مجمع عمومی اعضاء کانون وکلا

در نظام حقوقی اتریش، مجمع عمومی نهاد عالی کانون وکلا به شمار می‌آید. این مجمع معمولاً از همه اعضای کانون تشـــکیل می‌شـــود. لذا حسب اصل استقلال کانون‌هـــای وکلا، مطابق بند ۱ ماده ۲۴ «قانون وکلا»، اعضـــاء کانون، رئیس، معاون رئیس، وکلایی که به عنـــوان ارکان اجرایی بخش آزمون در کانون فعالیت می‌کنند و

مأموران رسیدگی (حسابداری) را انتخاب می‌کنند. وکلایی که در فهرست کانون وکلا ثبت شـــده‌اند، ســـایر اعضاء هیأت مدیره را از میان وکلا انتخاب می‌کنند. کارآموزان وکالت که در فهرســـت کارآموزان وکالت ثبت شـــده‌اند، اعضـــاء هیأت‌ها را از میان کارآموزان وکالت انتخاب می‌کنند و وکلایی که در فهرســـت وکلا ثبت شـــده‌اند نیز نماینـــده مجمع نمایندگان را از میان وکلای ثبت شـــده‌ای که اعضـــای هیأت مدیره هســـتند، انتخاب می‌کنند. طبق بند ٦ ماده ٢٤ این قانون، برای آرایی که توسط اعضاء مشـــارکت‌کننده در هر کدام از انتخابات برای انتخاب مأمور رسیدگی (حسابداری) و عضو بخش آزمون‌های کانون داده می‌شـــود، نصاب رأی‌گیری اکثریت آراء مورد نیاز است.

مسأله از آن‌جایی آغاز می‌شود که بر اساس بند ۱ ماده ب٢٤ قانون وکلا، بعد از آن کـــه رئیس مجمع عمومی نتایـــج انتخابات را به صورت جداگانه اعلام کرد، هر شـــخص واجد شرایط رأی دادن می‌تواند نســـبت به انتخابات صورت گرفته، ظرف مدت یک هفته از اعلام نتایج انتخابات اعتراض کند. شـــرط طرح اعتراض آن اســـت که شخصی به صورت ناعادلانه از یک انتخابات استثناء شود (منع شود) یا برای یک انتخابات تعیین شود یا به عنوان فرد انتخاب شده معرفی شود.

مرجع صالح رســـیدگی به اعتراض صورت گرفته نسبت به صحت انتخابات، دیوان‌عالی کشور است. بر اساس بند ۲ ماده ب٢٤ قانون وکلا، دیوان‌عالی کشور باید در مورد اعتراض انجام شده به انتخابات تصمیم‌گیری نماید. در صورتی‌که بررسی‌ها بیان‌گر آن باشـــد که شخص دیگری باید انتخاب می‌شده است و شخص حاضر بدون دلیل خاصی چنین جایگاهی را به دست آورده‌است، باید به موجب اعتراض مذکور، انتخابات دوباره برگزار شود.

مبتنی بر مطالب ذکر شـــده و در مقام جمع‌بندی این قســـمت باید بیان کرد که دـــر زمینه تنظیم‌گری انتخابات در کانون وکلا، مداخله دولت، به معنای عام خود، در قالب نظارت بر صحت و ســـقم انتخابات مجمع عمومی اعضاء کانون وکلا توســـط دیوان‌عالی کشـــور به عنوان نهاد عالی قضایی کشور نمود پیدا می‌کند و بدین ترتیب، دیوان عالی کشور صلاحیت رسیدگی به صحت و سقم اعتراضات مربوط به انتخابات مجمع عمومی را دارا می‌باشد.

۲-۱. نظارت وزارت دادگستری بر عملکرد کانون‌های وکلا

بر اساس بند ۵ ماده ۲۳ قانون وکلا، کانون‌های وکلا باید به وظایفی که به آن‌ها محول شده است و در داخل قلمرو فعالیتی آن‌هاست، عمل کنند. مطابق بند ۱ ماده ۲۳ این قانون، قلمرو فعالیت‌های کانون باید منطقه/استانی از دولت فدرال را شامل شود که کانون برای آن تعیین شده است. هم‌چنین قلمرو فعالیت‌های کانون باید شامل وکلا و وکلای کارآموز باشد که به فهرست کانون وکلا وارد شده‌اند. لازم به ذکر است که کانون وکلا اعمال خود را بعضاً به صورت مستقیم در مجمعی با اتفاق اعضا و بعضاً و به صورت مستقیم از طریق هیأت مدیره خود مدیریت می‌کند. مطابق بند ۲ ماده ۲۳ قانون مذکور، بر اساس قلمرو فعالیتی کانون، کانون باید از منافع اقتصادی، اجتماعی و حرفه‌ای وکلا و کارآموزان وکالتی که با کانون مورد نظر همکاری می‌کنند، حفاظت کند، آن‌ها را افزایش دهد و نماینده آن‌ها باشد. هم‌چنین در این زمینه کانون مسؤولیت حفاظت از اعتبار، آبرو و استقلال وکلا و هم‌چنین مسؤولیت حفاظت از حقوق و نظارت بر وظایفی که اعضایش باید انجام دهند را بر عهده دارد.

روی دیگر سکه تکالیف کانون‌های وکلای فدرال به انجام وظایف قانونی، گزارش‌دهی نسبت به ایفای صلاحیت‌های قانونی خود به نهادهای دولتی است. در همین راستا وزارت دادگستری فدرال اتریش صلاحیت دارد که اطلاعات مربوط به انجام قانونی اعمال اداری و مدیریتی کانون‌ها را در اختیار داشته باشد. برهمین اساس و به موجب درخواست وزارت دادگستری، کانون وکلا باید اطلاعات درخواستی را در اختیار وزارت دادگستری قرار دهد. به عنوان بخشی از تعهدات و وظایف نظارتی وزارت دادگستری فدرال، این وزارتخانه صلاحیت دارد که با رویه‌های مقرر در کانون‌ها و هیأت کانون‌ها موافقت کند یا با آن‌ها مخالفت کند که البته اعلام رضایت یا عدم آن باید ظرف یک ماه بعد از پذیرش این رویه‌ها به کانون‌ها اعلام شود. چنانچه مقررات و مواد مربوطه مطابق قانون باشند، باید با آن‌ها موافقت شود و درصورتی‌که موافقت با این موارد تا سه‌ماه بعد مورد انکار واقع نشود، فرض بر آن است که موافقت صورت گرفته است[1]. به علاوه وزارت دادگستری این اختیار را دارد که گزارشات مربوط به انتصابات صورت گرفته در کانون‌ها را درخواست کند. هم‌چنین، علاوه‌بر

---

۱. ماده ۲۷-۶ قانون وکلا.

صلاحیت نظارتی وزارت دادگستری برعملکرد قانونی یا غیرقانونی کانون‌های وکلا و لزوم گزارش‌دهی کانون‌های وکلای محلی به وزارت دادگستری، لازم به ذکر است که طبق ماده ۵۵ «قانون وکلا»، هر ساله قبل از تاریخ ۳۱ مارس، در پایان سال، کانون وکلای اتریش (کانون مرکزی) نیز باید در مورد موارد ذیل به وزیر دادگستری فدرال گزارش دهد:

۱- توزیع پاداش مجموعی[1] میان کانون‌ها با اشاره به تک تک میزان پاداش‌هایی که به آن‌ها تعلق می‌گیرد؛

۲- مقدار مشخص استفاده از پاداش‌های مجموعی پرداختی، توسط کانون‌ها؛

۳- تعداد پرونده‌هایی که سال قبل در آن‌ها وکالت (نمایندگی) و دفاع صورت گرفته است (مطابق بند ۱ ماده ٤٧).

در رابطه با لزوم گزارش‌دهی سالانه کانون وکلای اتریش به وزارت دادگستری پیرامون توزیع پاداش باید بیان کرد که بر اساس بند ۱ ماده ٤٧ قانون وکلا، قبل از سی ام سپتامبر هرسال، مقامات دولت فدرال باید به کانون وکلای اتریش، پاداش معقولی را برای سال جاری پرداخت کنند. این پاداش به خاطر خدمات ارائه شده توسط وکلایی است که مطابق ماده ٤٥ به منظور ارائه خدمات مربوط به معاضدت قضایی منصوب شده‌اند. طبق بند ۵ ماده ٤٧ قانون مذکور برای خدماتی که مطابق با صدر بند ٤ ماده ١٦ در خصوص معاضدت قضایی مقرر شده است، پاداش مجموعی معقولی باید به صورت جداگانه تعیین شود. برای پاداش مجموعی که وزارت دادگستری فدرال بر اساس دستورالعمل، باید به صورت جداگانه تعیین کند، وزیر می‌تواند به موجب درخواست کانون اتریش، به کانون اتریش پیش‌پرداخت معقولی بابت معاضدت قضایی بپردازد. این پیش‌پرداخت از صندوق‌هایی که همیشه برای این اهداف در قانون اجراء بودجه فدرال تعبیه شده‌اند، فراهم می‌شود. اگر پاداش مجموعی تعیین شده نهایی کمتر از پیش‌پرداخت‌ها باشد، کانون وکلای اتریش باید مقدار اضافه را به وزارت دادگستری فدرال برگرداند.

1. lump-sum remuneration

۲. مؤلفه‌های مربوط به نحوه ورود به حرفه وکالت

برای ورود به حرفه وکالت باید شرایطی وجود داشته باشد تا اجرا و مدیریت عدالت در جامعه به درستی صورت گیرد در این رابطه، بند ۲ ماده ۱ قانون وکلا در مقام تعیین شرایط شرکت در حرفه وکالت برآمده است که این موضوع، نمودی از دخالت دولت در تنظیم‌گری ورود به عرصه وکالت را محقق می‌سازد. مطابق ماده ذکر شده، ورود به عرصه وکالت منوط به داشتن این شرایط دانسته شده است: تابعیت اتریشی، اهلیت قانونی، گذراندن دوره کامل مطالعات حقوقی در حقوق اتریش، آموزش عملی طبقه‌بندی‌ها و اصطلاحاتی که در قانون و حقوق به آن‌ها تصریح شده است، سپری کردن موفقیت‌آمیز آزمون کانون، حضور حداکثر چهل و دو نیم‌روز در فعالیت‌های توسعه حرفه‌ای که در «دستورالعمل‌های آموزش وکلای کارآموز» به آن اشاره کرده است و بهره‌مندی از بیمه خسارت حرفه‌ای مطابق ماده الف ۲۱؛

با این مقدمه، در ادامه دخالت دولت در ورود به حرفه وکالت، از طرق مختلفی چون تعیین شرایط شرکت در آزمون وکالت، ارزیابی شرایط پذیرش در آزمون وکالت، نظارت بر برگزاری آزمون وکالت، تعیین میزان هزینه‌های آزمون وکالت، نظارت دادگاه اداری فدرال بر نتایج آزمون وکالت و نظارت دیوان‌عالی کشور بر تصمیمات هیأت مدیره کانون وکلا به منصه ظهور رسیده است که در ادامه به بررسی هر یک از آن‌ها خواهیم پرداخت.

۱-۲. نقش دولت در تعیین شرایط شرکت در آزمون وکالت

یکی از نمودهای مداخله دولت در تنظیم‌گیری نحوه ورود به حرفه وکالت، تعیین شرایط شرکت در آزمون وکالت است. مطابق ماده ۱ قانون آزمون وکالت (ارزشیابی وکلا) ، هدف از برگزاری آزمون آن است که افرادی با مهارت‌ها و اطلاعات ضروری برای اشتغال به حرفه وکالت جذب شوند و در همین راستا مهارت و زبردستی وکیل در اشتغال و پرداختن به موضوعات عمومی و خصوصی که به او واگذار شده است، احراز شود. به علاوه آن‌که لازم است صلاحیت آماده کردن اسناد و نظرات حقوقی و هم‌چنین نمایندگی و وکالت کتبی و شفاهی ماهرانه او که برای اثبات موضع حقوقی و واقعی به کار می‌رود، احراز شود. در همین راستا همان‌طور که بیان شد، یکی از شرایطی که برای تصدی حرفه وکالت تحقق آن ضروری است،

شـــرط گذراندن موفقیت‌آمیز آزمون کانون وکلا موضـــوع بند ۱ ماده ۲ «قانون وکلا» است. شـــرکت در آزمون وکلا طبق ماده ۲ قانون آزمون وکالت، مستلزم تحقق پیش شرط‌هایی است که عبارت است از: دریافت مدرک در زمینه حقوق اتریش و اشتغال عملی به مدت ســـه ســـال که حداقل هفت ماه آن کار با دادگاه یا دادستان و حداقل دوسال آن مستلزم گذراندن کارآموزی عملی با وکیل است. هم‌چنین پیش‌شرط دیگر گرفتن آزمون، مشـــارکت در کلاس‌های آموزشی است که کارآموزان وکالت ملزم به حضور در آن هستند.

۲-۲. نقش دولت در ارزیابی شرایط پذیرش در آزمون وکالت

علاوه بر پیش شرط‌های ذکر شده در بند قبل، طبق بند ۱ ماده ٦ قانون آزمون وکالت، پذیرش در آزمون وکالت منوط به درخواســـت داوطلب برای شـــرکت در ارزشـــیابی توسط کمیسیون ارزشـــیابی آزمون وکالت هیأت تصمیم گیرنده[1] است که با موافقت کانون وکلایی که کاندیدای مربوطه را وارد فهرســـت خود می‌کند یا کرده است، در این خصوص تصمیم‌گیری می‌شود (ماده ۷)

طبق ماده ۲۷ این قانون، به محض درخواســـت متقاضی، دادگاه‌ها و ســـایر مقامات، باید پرونده‌های مربوطه را، به کمیســـیون‌های ارزشـــیابی وکلا، برای انجام وظایف ارزشیابی تسلیم کنند. ارزیابی انجام گرفته باید توسط کمیسیون‌های ارزشیابی حقوقی[2] در دادگاه منطقـــه‌ای عالی‌تر دیگری مورد موافقت قرار گیرد. طبق ماده ۱۱ این قانون، کمیســـیون‌های ارزشیابی متشـــکل از چهار عضو است. دو عضو از گروه مســـؤولان ارزشـــیابی، دارای ســـمت قضایی و دو عضو از گروه وکلا، این هیأت را تشکیل می‌دهند. ریاست این کمیسیون برعهده رئیس یا معاون اوست.

بنابر مطالب مذکور می‌توان تعیین شـــرایط شـــرکت در آزمون کانون از سوی دولت را به عنوان مصداقی از تنظیم‌گری تلقی نمود.

۲-۳. نقش دولت در تعیین میزان هزینه‌های آزمون وکالت

علاوه بر دخالت دولت در زمینه بررســـی و ارزیابی شرایط متقاضیان حقوقی حرفه وکالـــت، نمود دیگر دخالت دولت در تعیین میـــزان هزینه‌های آزمون وکالت

1. Senate
2. legal examination board

توسط دستورالعمل وزیر دادگستری فدرال و با موافقت وزیر مالی دولت فدرال، بروز و ظهور می‌یابد. توضیح آن‌که، طبق بند ۲ ماده ۲۸ قانون آزمون وکلا، متقاضیان آزمون باید هزینه‌های آزمون (هزینه‌هـــای مدیریت قضایی) را بپردازند. طبق بند ۳ ماده ۲۸ این قانون، مقدار دستمزد و اجرت و هزینه‌های آزمون باید توسط دستورالعمل وزیر دادگســـتری فدرال و با موافقت وزیر مالی دولت فدرال تعیین شود. در هنگام تعیین مقدار دســـتمزدِ اعضای کمیسیون‌های ارزشـــیابی، ناظران و تایپست‌ها، نوع و گستره کاری آنـــان، تعیین هزینه‌های آزمون، اقداماتی که در ارتبـــاط با آماده کردن و انجام ارزشـــیابی صورت گرفته اســـت و مخصوصا مقدار دستمزدهای مربوطه باید با دقت لازم صورت گیرد؛ لذا دولت تعییـــن می‌کند که نرخ پرداختی متقاضیان برای آزمون و ارزشـــیابی صورت گرفته باید به چه مقدار باشـــد. البته این‌جا مبلغ دریافتی از باب مدیریـــت قضایی به صندوق قوه قضاییه واریز می‌شـــود و دولت از باب انجام مراحل ارزیابی برای کانون و تعدیل مخارج خود، اقدام به دریافت مبلغ می‌کند.

٤-۲. نقش دولت در نظارت بر برگزاری آزمون وکالت

پس از تحقق شرایط شرکت و پذیرش در آزمون وکالت، تجلی دیگر مداخله دولـــت در تنظیم‌گری ورود به حرفه وکالت، در نظـــارت بر برگزاری آزمون وکالت ظهـــور و بروز می‌یابد. دولت به عنوان نهاد ناظر بر اجرای درســـت و صحیح آزمون ورود پیدـــا می‌کند و از نمایندگان خود دـــر این عرصه بهره می‌برد. در این زمینه باید بیان کرد که بر اساس ماده ۳ «قانون آزمون وکالت»، آزمون وکالت باید نزد کمیسیون ارزشیابی آزمون وکالت و در نزد مجمع ارزیابان برای اشتغال به حرفه وکالت برگزار شـــود. کمیته‌های ارزیابی حقوقی در دادگاه‌های عالی (تجدید نظر) منطقه‌ای مربوطه حضور دارند. این کمیته‌ها شامل رئیس دادگاه عالی منطقه‌ای به عنوان رئیس، معاون دادگاه عالی منطقه‌ای به عنوان معاون او و ســـایر اعضا به عنوان مسؤولان ارزشیابی مشـــتمل بر تعدادی از افرادی صاحـــب کفایت برای انجام امور قضایی هســـتند که ایـــن اعضا با موافقت کانون وکلاء مربوطه و اشـــخاص فعـــال و همان تعداد از وکلا تعیین می‌شـــوند. لازم به ذکر است که مسؤولان ارزشیابی از جمع وکلا توسط مجمع وکلاء مربوطه و مطابق نسبت تعداد اعضا برای چهارسال انتخاب می‌شوند. هم چنین تعدادی از اعضاء مســـؤولان ارزشـــیابی از میان اشـــخاصی که برای فعالیت به عنوان

قاضی با کفایت دانسته شده‌اند، توسط رئیس دادگاه عالی منطقه‌ای و با موافقت کانون وکلاء مربوطه برای مدت زمان مشابه منصوب می‌شوند[۱]. بنا بر مطالب مذکور باید گفت که دو عضو این کمیته به طور مستقیم توسط دولت انتخاب می‌شوند که نمودی از تنظیم‌گری دولت را نمایان می‌سازند. به علاوه آن‌که، تمدید عضویت عضوی دیگر از کمیته، با مشارکت دولت و کانون وکلا صورت می‌گیرد که دولت به عنوان نقش مکمل در کنار کانون حضور پیدا می‌کند و بدین ترتیب الگوی تنظیم‌گری مشارکتی را محقق می‌سازد.

۵-۲. نظارت دادگاه اداری فدرال بر نتایج آزمون کانون

بعد از برگزاری آزمون، در مواردی احتمال دارد که به دلیل عدم کسب نمره قبولی در آزمون، بعضی از متقاضیان موفق به پذیرش در فهرست کانون نشوند. در این میان عده‌ای هستند که نسبت به عدم پذیرش خود اعتراض دارند. قانون در این مورد راهکاری را برای اعلام اعتراض آن‌ها بیان کرده است. لذا طبق ماده ۸ قانون مذکور، چنانچه متقاضی آزمون در کانون مورد پذیرش واقع نشود، این حق را دارد که نزد دادگاه اداری فدرال اعتراض کند.

٦-۲. نظارت دیوان‌عالی کشور بر تصمیمات هیأت مدیره کانون

علاوه بر برخورداری از شرایط فوق‌الذکر، بر اساس بند ۱ ماده ۵ قانون وکلا، شخصی که می‌خواهد در حرفه وکالت مشغول به کار شود، باید در فهرست وکلا نیز پذیرفته شود. گفتنی است که پذیرش او منوط به ارائه مدارکی است که نشان می‌دهد وی تمام شرایط موضوعه مدنظر هیأت مدیره کانون که بر محل اجرای حقوق، با توجه به آدرس خود، صلاحیت دارد را محقق ساخته است[۲].

مطابق بند ۲ ماده ۵ این قانون، در صورتی‌که متقاضی عملی را مرتکب شده است که او را غیرقابل اعتماد می‌کند، باید از پذیرش او در فهرست وکلا ممانعت شود. هیأت مدیره کانون باید اعمال لازم را در این زمینه انجام دهد و اگر قرار است درخواست او رد شود، باید قبل از انجام این کار با متقاضی مصاحبه‌ای صورت دهد. گفتنی است که اگر هیأت مدیره کانون از پذیرش در فهرست وکلا ممانعت به عمل

---

۱. ماده ٤ قانون آزمون وکالت.
۲. ماده۵-۱ قانون وکلا

آورد (مطابـــق ماده ۵)، متقاضی از این حق برخوردار اســـت که از این تصمیم هیأت کانون در دیوان‌عالی تجدید نظر کند. (بخش ســـوم قانـــون انتظامی مربوط به وکلا و کارآموزان وکالت). مهلت تجدید نظر ممکن است به مدت چهار هفته باشد[1].

۳. مؤلفه‌های مربوط به تصدی حرفه وکالت

در این قسمت به بررســـی مؤلفه‌های مربوط به دخالت دولت در تنظیم‌گری امور مربوط به تصدی حرفه وکالت در کانون وکلای اتریش می‌پردازیم.

۱-۳. تعیین تعرفه‌های دستمزد توسط وزیر دادگستری

بعد از تصدـــی حرفه وکالت در مواردی دولت به عنـــوان نهاد تنظیم‌گر و از باب اهمیت نحوه گردش ســـرمایه در کشور، در مسائل مالی و اقتصادی کانون ورود می‌کند. یکی از این موارد، تعیین تعرفه‌های دستمزد توسط وزارت دادگستری است. در توضیح این نوع از مداخله دولت باید بیان کرد که وکلا معمولاً آزادند که در مورد دســـتمزد از طریق توافق با موکلان خود مذاکره کنند. بیشـــتر کشورها قواعد اصولی در خصوص مبنای دســـتمزد دارند و شروطی را در نظر گرفته‌اند که دستمزدها باید متناسب و متعارف با ارزش و پیچیدگی پرونده باشد. تعیین دستمزد بر مبنای نرخ‌های ســـاعتی معمول‌ترین مبنای اعمال است، اگر چه طرفین می‌توانند در مورد مقدار ثابتی از دســـتمزد یا پاداش از طریق مدت زمان استماع (مدت زمان رسیدگی به پرونده در دادگاه)، براساس پرونده یا سایر موافقت‌نامه‌ها به توافق برسند.

مبتنی بر مقدمه مذکور باید گفت که در نظام حقوقی اتریش در صورتی‌که توافقی بین وکیل و موکل وجود نداشـــته باشـــد، طرفین می‌توانند به تعرفه‌ها و شاخص‌های دستمزد که توسط قانون مشخص می‌شود، مراجعه کنند[2]؛ بنابراین دستمزد وکلا یا از طریق توافق آزاد طرفین و یا از طریق قانون مشخص می‌شود. دستمزدها ممکن است در قالب نرخ‌های ســـاعتی، توافق‌هایی که حق‌الوکاله یک‌جا پرداخته شود یا در قالب سرمایه‌ها یا مطابق جداول دستمزد مندرج در قانون تعرفه وکلا تعیین گردد.

---

۱. ماده ۵الف-۱ قانون وکلا

۲. البته در صورتی‌که وکیل و موکل بر هیچ مقدار دستمزدی توافق نکرده باشند و قانون تعرفه وکلا نیز اعمال نشـــود (به‌عنوان مثال در خصوص وکالت در دعواهای کیفری)، معیارهای غیر الزام‌آوری برای نرخ‌های دســـتمزد وجود دارد تا به قضات و نهادهای انتظامی ارائه شوند تا تعیین کنند که چه میزان دستمزد عادلانه و معقول است.

لازم به ذکر اســـت که در نظام حقوقی اتریش، مطابـــق ماده ۲۷ قانون تعرفه وکالت، وزیر دادگســـتری فدرال مســـؤولیت اجرای این قانون را بر عهده دارد و از همین رو صلاحیت صدور تعرفه‌های دســـتمزد نیز دـــر قالب قوانین، عموماً بر عهده وزارت دادگستری است. میزان مبلغ دستمزد، مبتنی بر نرخ تعرفه مشخصی است که براساس ارزیابی[۱] کار صورت گرفته در دعوای حقوقی، بر مبنای ارزش موضوع مورد نزاع تعیین می‌شود. میزان آن، در مورد اجرای حکم با اطمینان نسبت به اجرای حکم مطابق با ارزش ادعا، در دعوای اعســـار برای طلبکار، مطابق مقدار مبلغ خواسته ثبت شده، نظیر هزینه‌های مربوطه محاسبه شده که در مسیر پرونده اتفاق افتاده است و در پرونده‌های غیر ترافعی مطابق ارزش موضوع دعوا تعیین می‌شود[۲]. هرچقدر که مبنای ارزیابی بالاتر باشد، دستمزد نیز بیشتر خواهد بود.

۲-۳. تنظیم‌گری وکلا با ابزار مالیاتی

علاوه بر تعیین تعرفه‌های دســـتمزد و ارائه دســـتمزد بابت معاضدت قضایی، یکـــی از ابزارهای دیگر دولت در زمینه تنظیم‌گری به طور عام و تنظیم‌گری مالی در کانون وکلا، تعیین نرخ مالیات بر درآمد وکلاســـت. در رابطه با مالیات وکلا نیز باید گفت که در بیشـــتر کشورها مالیات بر ارزش افزوده[۳] به هزینه‌های یک وکیل افزوده می‌شود. البته گفتنی است که در کشورهایی نظیر اتریش که شاخص‌های دستمزد در قانون مشخص شده‌اند، این شاخص‌ها معمولاً شامل مالیات بر ارزش افزوده نمی‌شود. نرخ مالیات بر ارزش افزوده در اتریش بیست درصد است[٤].

۳-۳. نظارت بر تخلفات انتظامی وکلا

۱-۳-۳. نظارت شورای انتظامی

یکی دیگـــر از مواردی که دولت پس از تصدی بـــه حرفه وکالت به نظارت مستمر خود ادامه می‌دهد، توجه به تخلفات صورت گرفته توسط وکلاست. پرداختن بـــه این بحث از این باب که دولت در ایـــن زمینه مطابق قانون، ضمانت اجراهایی را

---

۱. لازم به ذکر است که ماده ۱۰ قانون تعرفه وکالت، مواردی نظیر دعواهای مختلف حقوقی و کیفری که باید ارزشیابی شوند را اعلام کرده و تعرفه هر کدام را به صورت جزئی مشخص می‌کند.
۲. ماده ۳ قانون تعرفه وکالت
3. Value Added Tax (VAT)
٤. جمعی از نویسندگان بانک جهانی، گزارش بررسی مقایسه‌ای کانون‌های وکلا و جوامع حقوقی در قلمرو صلاحیتی کشورهای اروپایی انتخاب شده: ۲۷.

مقرر داشـــته است، اهمیت فراوانی دارد. ذکر همه این مجازات‌ها در این مقال ممکن نیســـت، ولی باید توجه داشـــت که در نظر گرفتن و اعمال مجازات برای یک نهاد مســـتقل و خودمختار توسط دولت، نقطه اوج مداخله دولت در آن نهاد است. مطابق دســـتورالعمل تنظیم‌گری حرفه حقوقی[1] تشـــکیلات انتظامی مرتبط با کانون وکلای اتریش، از دو نهاد تشکیل می‌شـــود. نهاد درجه اول، شورای انتظامی کانون محلی و نهادهای درجه دوم دیوان عالی کشور و وزارت دادگستری هستند.

توضیح آن‌که مطابق ماده ۱ قانون انتظامی مربوط به وکلا و کارآموزان وکالت، وکیلـــی که عامداً و عالماً وظایف مربوط به حرفه خود را نقض کند یا هر کســـی در خـــارج و داخل حرفه خـــود، بر آبرو و اعتبار این طبقه تأثیـــر منفی بگذارد، مرتکب تخلف انتظامی شـــده اســـت. طبق بند ۲ ماده ۱ این قانون، به تخلفات انتظامی وکلا توسط شورای انتظامی رسیدگی می‌شود. شورای انتظامی در مقر هر کدام از کانون‌های وکلا تأســـیس می‌شود. البته گفتنی است که رسیدگی به تخلفات انتظامی وکلا توسط شورای انتظامی، نافی نظارت کانون وکلا نیست و در سایر موارد غیر از موارد مذکور، مســـؤولیت نظارت حرفه‌ای بر عهده مجمع عمومی کانون وکلاست (ماده ۲۰ قانون وکلا).

فرایند شروع شـــکایت بدین صورت است که هر کسی می‌تواند از هر وکیلی شـــکایت کند. محدوده زمانی تقدیم شکایت پنج ســـال بعد از وقوع تخلف انتظامی اســـت. شـــکایت‌ها باید به شـــورای انتظامی کانون محل مربوطه ارسال شود. فرایند شکایت طبق اصل تعقیب قضایی مشخص می‌شود. شورای انتظامی به محض آن‌که از جرم یا تخلف انتظامی مربوطه اطلاع پیدا کند، روند مربوط را شـــروع می‌کند. استماع حضوری (نه به صورت علنی) لازم اســـت. متهم می‌تواند همراه با یک وکیل حاضر شـــود. حکم باید به وکیل مربوط، به شـــورای انتظامی مربوطه، به شخصی که توسط وکیل متهم شـــده از او سوء استفاده شده است، به دادســـتان ارشد و به هیأت مدیره کانون ابلاغ و اطلاع‌رسانی شود.

1. Directory of Regulators of the Legal Profession, p 31.

۲-۳-۳. نظارت موردی وزیر دادگستری بر عملکرد شوراهای انتظامی

علاوه بر موارد فوق در خصوص حدود نظارت شورای انتظامی، دولت نیز با عنوانی مستقل بر عملکرد خود شوراهای انتظامی نظارت می‌کند. به موجب بند ۱ ماده ۷۸ این قانون، وظایفی که به صورت قانونی به شورای انتظامی محول می‌شود، باید توسط شورا و در حدود صلاحیت خود انجام شود. در همین راستا حق نظارت وزیر دادگستری فدرال مشتمل بر مراقبت از انجام این اعمال به صورت قانونی و اجراء مناسب رویه‌های انتظامی است. به موجب این هدف، وزیر دادگستری فدرال از این صلاحیت برخوردار است که در هر زمانی، در مورد مدیریت شورای انتظامی و وضعیت رویه‌های تعلیقی انتظامی مطلع شود و درخواست برخورد با هر گونه سوء مدیریت را نماید. علاوه بر این، در چارچوب این نظارت، وزیر دادگستری فدرال واجد این صلاحیت است که مطابق ماده ٦ قانون انتظامی مربوط به وکلا و کارآموزان وکالت، با موافقت دوجانبه اتاق‌های وکلای دادگاه عالی منطقه‌ای مشابه و حتی بدون این موافقت، به موجب دستورالعمل، یک شورای انتظامی الحاقی را در جایگاه یکی از این اتاق‌ها تأسیس کند.

۳-۳-۳. نظارت دیوان عالی بر تصمیمات شوراهای انتظامی

علاوه بر صلاحیت نظارتی وزارت دادگستری بر عملکرد شوراهای انتظامی، دیوان عالی کشور نیز صلاحیت نظارت بر تصمیمات شوراهای انتظامی از حیث رسیدگی به اعتراضات نسبت به تصمیمات این هیأت‌ها را بر عهده دارد و بدین ترتیب نقش پررنگ‌تری از دخالت دولت در این زمینه را به نمایش می‌گذارد. طبق ماده ٤٦ این قانون، تصمیمات شوراهای انتظامی ممکن است به موجب تجدید نظر، مورد اعتراض در دیوان عالی کشور قرار گیرد. در همین راستا دیوان عالی کشور نیز صلاحیت بررسی تجدید نظرهای صورت گرفته را برعهده دارد. در مورد موضوعات انتظامی، دیوان عالی در قالب هیأتی چهارنفره تشکیل می‌شود. این هیأت از دو وکیل کانون و دو قاضی دیوان‌عالی کشور تشکیل می‌شود. شایان ذکر است که طبق بند۳ ماده ۷۸ قانون انتظامی مربوط به وکلا و کارآموزان وکالت، در پایان سال کمیته کانون وکلا باید فهرستی از اطلاعات دریافتی و اقدامات انتظامی که کامل شده‌اند یا هنوز ناقص و معلق هستند را به وزیر دادگستری فدرال تسلیم کند. فرایندها و اقداماتی که

مقرره‌های مرتبط به مبارزه با پول‌شـــویی یا تأمین مالی تروریسم را نقض می‌کند، باید به صورت جداگانه شناسایی و تعیین شوند.

مطابـــق بند ۱ ماده ۷ قانون فدرال آزادی فعالیت خدمات و تأســـیس (کانون) وکلای اروپایی و ارائه خدمات حقوقی توسط وکلای بین‌المللی در اتریش(EIRAG)، وکلای اتریشـــی که به ارائه خدمات می‌پردازند، مورد نظارت مجمع عمومی کانون، موضوع ماده ۲۳ قانون وکلا و برخورد انتظامی توســـط شورای انتظامی و دیوان‌عالی کشـــور مطابق با قوانین انتظامی برای وکلا و کارآموزان وکالت قرار می‌گیرند. به طور کلی، در نظام حقوقی اتریش، تجدید نظر از دعوای انتظامی علیه وکلا ممکن اســـت به نهاد صالح تجدید نظـــر که معمولاً هیأت تجدید نظر کانون یا دادگاه صالح تجدید نظر است اعلام شود. البته تجدید نظر در خصوص مسائل مدنی به دیوان عالی فدرال اعلام و تقدیم می‌شود[1].

٤-۳. تعیین ضمانت اجراهای انتظامی وکلا

به موجب بند ۱ مادـــه ۱٦ قانون انتظامی مربوط به وکلا و کارآموزان وکالت، ضمانت اجراهای انتظامی عبارت‌اند از:

نخست، توبیخ کتبی؛

دـــوم، مجازات نقدـــی تا چهل و پنج هزار یورو دـــر صورتی‌که تخلف جدی باشـــد یا مصداق تکرار تخلف باشد یا نقض سیســـتمی مقرراتی از قانون وکلا باشد. در خصوص مبارزه با پول‌شویی (ماده ۱٦۵ قانون مجازات) یا تأمین مالی تروریست (ماده د۲۷۸ قانون مجازات)، جریمه‌ای بالاتر از یک میلیون یورو اعمال می‌شود. جزای نقدی ممکن است همراه با ممنوعیت از اشتغال به حرفه وکالت به وکیل تحمیل شود؛

سوم، ممنوعیت از اشتغال به کار حقوقی تا یک سال، در خصوص کارآموزان وکالت؛

چهارم، محرومیت از حق اشتغال به عنوان وکیل.

بعد از این‌که وکیل متخلف از فهرست وکلا خارج شد، می‌تواند سه سال بعد برای پذیرش دوباره در فهرست مربوطه درخواست دهد. اگر وکیل به صورت مخفیانه

---

۱. جمعی از نویسندگان بانک جهانی، گزارش بررسی مقایسه‌ای کانون‌های وکلا و جوامع حقوقی در قلمرو صلاحیتی کشورهای اروپایی انتخاب شده: ۳۷.

مورد پذیرش در فهرست قرار گیرد یا بعد از این‌که از اشتغال به حرفه وکالت ممنوع شد به کار خود ادامه دهد، به صورت خودکار از فهرست وکلا بیرون انداخته می‌شود؛

پنجم، مجازات‌های موقت: وکیل ممکن است تحت نظارت قرار بگیرد؛ ممکن است دیگر حق حضور نزد بعضی از دادگاه‌ها یا مقامات مشخص را نداشته باشد؛

ششـــم، ممنوعیت موقتی از کارآموز گرفتن بـــرای آموزش‌های حرفه‌ای؛ در این‌صورت ممکن اســـت وکیل به صورت موقت از اشـــتغال به حرفه وکالت ممنوع شود.

در توضیح ســـه بند فـــوق، باید ذکر نمود که به موجـــب ماده ٦٩ این قانون، چنانچه تصمیمی مبنی بر حذف وکیل از فهرســـت وکلا یا ممنوعیت او از اشتغال به حرفه حقوقی گرفته شـــود، کمیته تصمیم گیرنده در خصوص آن وکیل، باید توســـط وکیل مدافع فوراً انتخاب شـــود. هم‌چنین بر اســـاس بند ۱ مادـــه ۷۰ این قانون، این کمیته می‌بایست وزارت دادگستری فدرال و رئیس دیوان عالی، دادگاه قانون اساسی، دادگاه اداری و دادگاه‌های عالی منطقه‌ای را نسبت به مجازات انتظامی در خصوص وکلا و انتصاب وکیـــل موقت مطلع کند. مطابق بند ۱ این ماده، در مواردی که وکیل از حق وکالت در برابر همه دادگاه‌ها یا دادگاه‌های خاص، دفاتر دادستان یا مقامات اداری محروم می‌شود، در این‌صورت باید به اطلاع دادگاه‌های مربوطه، دفاتر دادستان و مقامات اداری برســـد. به موجب بند ۳ این ماده، در صورتی‌که رأی نهایی مبنی بر نقض قانون مربوط به مبارزه با پول‌شـــویی (ماده ١٦٥ قانون مجازات) یا تأمین مالی تروریســـم (ماده د۲۷۸) قانون مجازات باشد، کمیته مذکور باید ماهیت نقض، هویت وکیل و مجازات انتظامی مقرر شـــده را فوراً منتشر نماید و در سایت کانون وکلا در اختیار عموم قرار دهد. لازم به ذکر است که انتشار این موارد باید در یک دوره حداقل پنج‌ساله باشد.

هفتـــم، تعلیق و لغو پروانه وکالت: از جمله ضمانـــت اجراهای تخلف وکلا، تعلیق و لغو پروانه وکالت آن‌هاست. بر اساس بند ۱ماده ٣٤ قانون وکلا، حق اشتغال به حرفه وکالت با تحقق موارد ذیل منقضی می‌شـــود: از طریق سلب تابعیت اتریشی، از طریق انتصاب به عنوان قیم قانونی[1]، از طریق ابطال حق اشتغال به حرفه وکالت، از

1. Upon the legally effective appointment of a guardian.

طریق حذف از فهرست وکلا براساس حکم انتظامی، از طریق فوت.

هم‌چنین مطابق بند ۲ ماده ۳۴ قانون مذکور، حق اشـــتغال به حرفه وکالت به موجبات ذیل به حالت تعلیق در می‌آید:

نخست، اشتغال به حرفه‌ای معارض با حرفه وکالت شامل: حفظ مقام یا اداره دولتی که به موجب آن حقوق دریافت می‌دارد، غیر از مقام معلمی؛ اشـــتغال به حرفه سردفترداری رسمی؛ مشغولیت در هرگونه فعالیت‌های مشابه به گونه ای که معارض با اعتبار حرفه وکالت باشد.

دوم، از طریق ممنوعیت از اشـــتغال به حرفه وکالـــت که در فرایند رویه‌های انتظامی اعلام شده است یا ممانعت از اشتغال، به موجب این‌که پرداخت مخارج بیمه خسارت حرفه ای مقرر در بند ۲ ماده الف۲۱ را ادامه نداده است.

ســـوم، در صورتی‌که فرایندی برای نصب قیم برای وکیل شـــروع شود و اگر این فرایندها براساس نتایج اولین بررسی‌ها ادامه داشته باشد، هیأت مدیره وکیل را از اشـــتغال به حرفه وکالت منع می‌کند؛ به این‌دلیل که نگرانی‌هایی به خاطر تبعیض‌های بسیار در مورد منافع شخصی که به دنبال معاضدت قضایی است وجود دارد یا ممکن اســـت موجب بی‌اعتباری حرفه وکالت شود. این تعلیق تا پایان فرایند نصب قیم تأثیر حقوقی دارد. گفتنی است که طبق بند ۳ ماده ۳۴ این قانون، وکیل حق دارد که در برابر تصمیمات مربوط به لغو و تعلیق پروانه وکالت، طبق بخش ۷ قانون اقدامات انتظامی برای وکلا و کارآموزان وکالت، به دیوان عالی کشـــور اعتراض کند. این اعتراض در صورتی مجری خواهد بود که تصمیمات صورت گرفته بر اساس یک تصمیم انتظامی صادر نشده باشد یا در مسیر فرایندهای انتظامی گرفته نشده باشد.

برآمد

۱- از بررسی مؤلفه‌های سه‌گانه مطرح شده مشخص شد که کانون وکلا با وجود برخورداری از نقشی مستقل از دخالت دولت و قوای عمومی به دور نیست و در مواردی نیز دولت به عنوان قوه حاکمه در قالب‌های مختلف در تنظیم‌گری امور مربوط به این کانون ها مداخله‌هایی دارد. با بررسی مؤلفه‌های مربوط به خود نهاد وکالت و زیر مؤلفه‌های آن این مطلب به دست آمد که کانون‌های وکلای اتریش در رابطه با ایفای صلاحیت‌های قانونی خود به وزارت دادگستری گزارش می‌دهند که در قالب گزارش‌های سالانه صورت می‌گیرد. حتی در مقام اعطای مبلغی بابت پاداش و دستمزد وزارت دادگستری نقش دارد. در مواقعی که انتخابات درون کانون برای انتخاب مجمع عمومی کانون صورت می‌گیرد و نسبت به صحت آن شکایت یا اعتراضی وجود دارد نیز دیوان‌عالی حق رسیدگی به مسأله را خواهد داشت.

۲- در مؤلفه‌های مربوط به نحوه ورود به حرفه وکالت نیز به دست آمد که آزمون کانون، نزد کمیسیون آزمون و ارزشیابی کانون برگزار می‌شود. هزینه‌های آزمون مطابق دستورالعمل وزیر دادگستری و با موافقت وزیر مالی اتریش تعیین می‌شود. چنانچه فرد متقاضی در آزمون کانون پذیرفته نشود، می‌تواند به دادگاه اداری فدرال اعتراض کند. به طور کلی اگر فردی به موجب تصمیم مجمع عمومی کانون در فهرست وکلا پذیرفته نشود، حق اعتراض به دیوان‌عالی کشور اتریش را خواهد داشت.

۳- در مؤلفه‌های مربوط به تصدی حرفه وکالت نیز بیان شد که تعرفه‌های مربوط به دستمزد وکلا توسط وزارت دادگستری تعیین می‌شود. چنانچه وکیلی خدمت معاضدت قضایی ارائه داده باشد، وزارت دادگستری وظیفه پرداخت دستمزد او را خواهد داشت. به علاوه از باب مسؤولیت‌های انتظامی و نظارتی گفته شد که وزارت دادگستری حق نظارت بر کانون‌های وکلا و شوراهای انتظامی درون آن‌ها را دارد تا از صحت انجام وظایف قانونی توسط آنان اطمینان حاصل کند. اگر فردی نسبت به تصمیمات این شوراها اعتراضی داشته باشد، می‌تواند از این تصمیمات نزد دیوان عالی کشور تجدید نظرخواهی کند. در مجموع همان‌طور که گفته شد، عموماً عرصه دخالت دولت به عنوان قوه حاکمه در کانون‌های وکلا در قالب وظایف قضایی

توسط دیوان‌عالی کشور و اجرایی توسط وزارت دادگستری صورت می‌گیرد و به گونه‌ای نیست که دخالت دولت موجب خلل در استقلال کانون باشد.

٤- یکی از پیشنهاداتی که مطابق با پژوهش فوق می‌تواند مورد نظر قوه حاکمه در بحث نظارت و افزایش بهره‌وری کانون‌های وکلا در ایران قرار گیرد، استفاده از سیستم منسجم ارائه آمارهای دقیق، مشخص و قابل ارزیابی توسط این کانون‌ها به قوای سه‌گانه است که علاوه‌بر مشخص کردن مسیر سیاست‌گذاری‌ها در عرضه بهتر خدمات قضایی، نقشه راهی برای مقابله با خلأها و برطرف کردن نقایص موجود در این خصوص می‌باشد. چنانچه ارائه آمار سالانه در خصوص وضعیت اعمال قوانین مصوبه در نهاد یا نهادهای قانون‌گذاری می‌تواند وضعیت اجرای این قوانین و امکان بهبود وضعیت تقنینی مربوط به کانون‌های وکلا را ارتقا دهد.

۵- در عین حال نظارت بر محتوای آزمونهای ارزشیابی و تأیید اشخاص متقاضی اشتغال به حرفه وکالت و جلوگیری از وقوع انحصار می‌تواند در دستور کار قوای مقننه و مجریه قرار گرفته و زمینه سوء استفاده از موقعیت را فراهم نماید. در طرف مقابل، امکان اعتراض شخص متقاضی به نهادهای بالادستی قضایی بابت عدم پذیرش در آزمون وکالت، می‌تواند ضمانت اجرایی جهت حسن اجراء قوانین و مقررات مربوط در این زمینه باشد.

٦- از دیگر مواردی که می‌تواند به صورت مؤکدی مورد نظر قرار گیرد، نظارت قوای حاکمه بر تعرفه‌های مربوط به دستمزد وکلا، نحوه استفاده از خدمات مربوط به معاضدت قضایی و نظارت بر شوراهای انتظامی درون کانون وکلاست که ضمن رعایت استقلال این کانون‌ها، می‌تواند در راستای اجراء قواعد و اصول شفافیت مالی و غیرمالی عملکرد آن‌ها، نقش به سزایی را ایفا کند.

فهرست منابع

الف. فارسی

* دیانی، عبدالرســـول (۱۳۹۷)، «**اعتبار تعهـــد پرداخت حق الوکاله از محکوم‌به**»، مجله حقوقی دادگستری، سال هشتاد و دوم، شماره ۱۰۳.

* رستمی غازانی، امید (۱۳۹۲)، **حق برخورداری از وکیل در محاکمات کیفری بین المللی**، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۸۳.

ب. انگلیسی

* Austria.factsheet.v3.web.EU.en, **Lawyers training systems in the EU (Austria)**, Information provided by: Österreichische Rechtsanwaltskammertag (ÖRAK), April, 2014, by European Commission;

* **Comparative Analysis of Bar Associations and Law Societies in Select European Jurisdiction**, Multi-Donor Trust Fund for Justice Sector Support in Serbia, crowds of authors of World Bank, January, 2017, Public Disclosure Authorized;

* **The Austrian Judicial System**, Vienna 2018, cover and text of the Austrian judicial system, neu.pdf;

* **Information provided by the Austrian delegation to the CCBE**, January 2012, Austria, EN Austria Morgenbesser;

* EN.EUL. 20161128.Table. discipline, **Summary OF Disciplinary Proceedings and Contact Points in the EU AND EEA Member States**, CCBE – October 2016;

* **Legal Professions in Austria, Media owner**, publisher and editor: Federal Ministry for Constitutional Affairs, Reforms, Deregulation and Justice Museumstraße 7, 1070 Wien, bmvrdj.gv.at, Vienna 2018;

* **Human Rights in the Administration of Justice: A Manual on Human Rights for Judges, Prosecutors and Lawyers**, Chapter 4, Independence and Impartiality of Judges, Prosecutors and Lawyers;

❋ **The Austrian Judicial System, Institutions – Agencies – Services**, Vienna, January 2009, Publisher's information: Federal Ministry of Justice, Department Pr 3 – External Relations, Museumstrasse 7A-1070 Vienna, Austria;

❋ **Council of Bars and Law Societies of Europe**, Association internationale sans but lucrative, Rue Joseph II, 40 /8 – 1000 Bruxelles;

❋ **CCBE Recommendations on legal aid**, 23/03/2018, Council of Bars and Law Societies of Europe (CCBE), The Voice of the European Legal Profession;

❋ **Directory of Regulators of the Legal Profession** .pdf, International Bar Association 2016, the legal voice of the legal profession

Laws and Regulations

❋ Directive 2005/36/EC of The European Parliament and of the Council, of 7 September 2005 on the recognition of professional qualifications (Text with EEA relevance), Official Journal of the European Union, L 255/22.

❋ Code of Conduct for European Lawyers.

❋ Federal law consolidated: Entire legal regulation for the Lawyers' Act, Legal Code (RAO), RGBl. No. 96/1868 (version dated, February 17, 2020);

❋ Federal law consolidated: Entire legal provision for the European Lawyers Act, Federal Act on the Free Movement of Services and the establishment of European Lawyers and the Provision of Legal Services by International Lawyers in Austria (EIRAG), BGBl. I No. 27/2000 (NR: GP XXI RV 59 AB 72 S. 19. BR: AB 6101 p. 664.)(version dated 08.02.2020);

❊ Lawyers' Tariff Act (RATG), BGBl. No. 189/1969 (NR: GP XI RV 1175 AB 1293 p. 141. BR: p. 277). (version dated, March 14, 2020);
❊ Federal Act of December 12, 1985, with which provisions on the lawyer's examination and other requirements for exercising the lawyer's profession are made (Lawyer's Examination Act - RAPG) ,BGBl. No. 556/1985 as amended by BGBl. No. 612/1986 (DFB) (NR : GP XVI IA 146 / A p. 108. BR: AB 3030 p. 468. NO: Opposition by BR: 788 p. 120.). (version dated March 11, 2020);
❊ Disciplinary Statute for Lawyers and Trainee Lawyers DSt, Federal Act of June 28, 1990 on the disciplinary law of lawyers and trainee lawyers (Disciplinary Statute for Lawyers and Trainee Lawyers – DSt), BGBl. No. 474/1990 (NR: GP XVII RV 1188 AB 1380 p. 149. BR: AB 3950 p. 533.). (version dated: March.14.2020).

مجله حقوقی دادگستری

مقاله پژوهشی/ دوره ۸۹/ شماره ۱۲۹/ صفحات: ۳۹۸-۳۸۳
تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۱۲/۰۱ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۰۳/۲۱

واکاوی نظریه شناسایی صلاحیت اختصاصی برخی وکلا

رضا زهروی[۱]، زهرا امامیان دهقی[۲]، علی استرکی[۳]

چکیده

حکـــم مذکور در تبصره ماده ٤٨ قانون آیین دادرســـی کیفری مصوب ۱۳۹۲ از نوآوری‌هـــای قانون‌گذار و به منزله ظهـــور نظریه‌ای نوین در حقوق ایران با عنوان «شناسایی صلاحیت اختصاصی وکلا» است. با این تبصره، صلاحیتی بر وکیل بار شد که طرح انتقادهایی از منظر حقوقی، سیاســـی و حتی شرعی و فقهی را در پی داشت. پرســـش اصلی این است که وکلای مورد تایید رئیس قوه قضاییه در این تبصره، باید واجد چه ویژگی‌هایی باشـــند و این تبصره با مباحث زیربنایی دادرسی عادلانه تا چه حد مطابقت دارد. در این خصوص دو نظریه ارائه شده است که یکی از اساس ثبوت، این نوع شناسایی صلاحیت را مردود می‌داند و نظریه دوم، ضمن موافقت با صلاحیت اختصاصی، بر نحوه اعمال آن ایرادهایی را وارد می‌کند.

این نوشتار با بررسی دو نظریه پیش‌گفته، نتیجه می‌گیرد که رعایت مختصات دادرسی عادلانه منوط به اعمال معیارهای عینی است و لازم است با احصاء نواقص، خلاءها و تعارض‌های ناشـــی از حکم این تبصره، در جهت شـــفافیت و عدالت گام برداشت. مقاله هم‌چنین شاخص‌های عینی غیر قابل تردید در صلاحیت اختصاصی وکلا را پیشنهاد می‌دهد.

واژگان کلیدی: صلاحیت علمی، صلاحیـــت عمومی، صلاحیت اختصاصی، وکلاء، دادرسی عادلانه، تبصره ماده ٤٨ قانون آیین دادرسی کیفری

---

۱. اســـتادیار گروه حقوق جزا و جرم شناسی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، تهران، ایران rezazahravi@ut.ac.ir

۲. دانشـــجوی دکتری دانشـــکده حقوق دانشـــگاه آزاد واحد تهران مرکزی، تهران، ایران (نویسنده مسئول) zr.emamian@gmail.com

۳. فارغ التحصیل کارشناســـی ارشـــد حقوق کیفری اطفال و نوجوانان، دانشگاه علوم قضایی، تهران، ایران aliastaraki254@gmail.com

درآمد

مطابق با ادله فقهی و روایی، اعطای هر سمت و جایگاه نیازمند احراز شرایط و رعایت ضوابطی است که در خصوص قضات و وکلا نیز احصاء شده است. تعابیری چـــون ضرورت بصیر و امین بودن وکیل با عبارات «تام البصیره» و «الوکیل امین» که در کتب فقهی به کار رفته[1]، بیان‌گر این امر است، لیکن ابعاد امین و مورد اعتماد بودن مورد پرســـش اســـت. آیا اعتماد به وکیل باید از ناحیه موکل حقیقی و متهم باشد یا اعتماد شـــخص حقوقی همچون حکومت اسلامی نیز لازم است و یا یکی از این دو کفایت می‌کند؟ در موارد تعارض یا تزاحم چگونه باید حل معضل نمود؟

وفق رویه دادگاه اروپایی حقوق بشـــر، در دادرســـی عادلانه لازم است کلیه اصول و قواعد حاکم بر یک دادرســـی سالم و منطبق با فرامین قانونی رعایت شود و حقوق اشخاص داخل در دعوا یا پرونده حفظ و تامین گردد، لیکن ابعاد اعتماد و امین بودن وکلا و گستره انتخاب وکیل در این اسناد کمتر مورد نظر قرار گرفته است؛ هر چند معیارهایی برای انتخاب وکلا پیش‌بینی شده است.

درک هر جامعه از مفهوم عدالت به تناسب فرهنگ آن جامعه، از دیگر جوامع متفاوت اســـت. نظر به اجتناب ناپذیر بودن اختلاف باورهـــا، ارزش‌ها و آرمان‌های جوامع بشـــری و اعضاء و گروه‌های یک جامعه، تنهـــا راه حصول اطمینان از اجرای عدالت آن اســـت که این اصل در قالب موازین و قواعدی روشن تشخص و تعین پیدا کند که از آن به قواعد اولی تعبیر می‌شـــود؛ و به نحو منصفانه تفســـیر و اجرا شـــود. این دو تامین کننده اعتبار و مشـــروعیت تقنین و قضاوت است؛ یعنی قواعد حاکم بر سیســـتم حقوقی که در نظر برخی حقوق‌دانان، قاعده ثانوی تعبیر شده است. اهمیت قواعد ثانوی اگر بیش از قواعد اولی نباشـــد، به یقین کمتر از آن نیســـت؛ زیرا بدون رعایت این قواعد، اطمینان به تضمین عدالت ماهوی مورد نظر در قواعد اولی حاصل نخواهد شـــد. قواعد ثانوی بیان‌گر آیین و ســـازکارهای درست قانون‌گذاری و اجرا اســـت؛ از این رو از آن به معیارهای شکلی عدالت نیز تعبیر می‌شود و عدالت حاصل از آن، عدالت شکلی یا آیینی نامیده می‌شود (فضایلی، ۱۳۹٤ : ۱۲۹).

مهم‌ترین اصولی که دادگاه ها در دادرســـی مکلف به رعایت آن ها هســـتند،

---

۱. و یستحب أن یکون الوکیل تام البصیرة عارفا باللغة التی یحاور بها (حسینی، ۱٤۱۳: ٥٤۲).

بی‌طرفی قاضی، اســـتقلال قاضی، دادرسی آشـــکار(علنی)، حق دسترسی برابر (حق تســـاوی سلاح‌ها) و رســـیدگی در یک مدت معقول (کاشانی، ۱۳۸۳: ٦٢) است. هر میزان که جامعه در این مســـیر تلاش کند، میسور شدن اصل تســاوی سلاح‌ها غیر ممکن می‌باشد؛ زیرا یک طرف دعـوای کیفری، مقام دادسرا است که دارای کلیه ابزار کشـــف جرم و مجهز به نیروی انســـانی کافی و امکانات و تسهیلات عمومی بسیار است و قدرت و ابهت آن هم منحـــصر به مرزهای جغرافیایی ایران نیـست، بلکه از طریق قراردادهای بین‌المللی معاضـدت قضایی و استرداد مجرم مـی‌تواند متهم را به پیشگاه دستگاه قضا فرا خواند و در عین حال، در برابر اعمال خود مسـؤولیت اساسی نداشته باشد. در طرف دیگر، فردی قرار دارد که اغلـب از ضعیـف‌ترین اقشار جامعه است و همین ضـعف و ناتوانی در برابر مـحرک‌ها و عوامل اجتـماعی بوده که او را به ورطه ارتکاب جرم سوق داده است و در مواردی نیز عوامل طبیـــعی و خارج از اراده مانند ابتلائات جسمانی یا بیماری‌های روانی زمینه کجروی او را فراهـــم آورده است.

قانون آیین دادرســـی کیفری مصوب ۱۳۹۲/۱۲/٤ با اصلاحاتی بعدی گام‌های مؤثری در راســـتای رعایت حقوق و آزادی‌های فردی و کرامت انسانی متهم به ویژه در مرحله تحقیقات مقدماتی برداشـــته است. این تحولات چیزی جز رعایت موازین حقوق بشـــری مندرج در اســـناد بین‌المللی و اصول قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران نیســـت که به موجب آن، کنش‌گران فرایند کیفری به رعایت اصول دادرســـی منصفانه و تامین حقوق دفاعی متهمان مکلف می‌شـــوند. امروزه حق برخورداری از وکیل در نظام‌های بین‌المللی و در قوانین کیفری ذیل اصل تســـاوی ســـلاح‌ها دارای اهمیت بی‌شـــماری است و وصف استقلال وکلا به‌رغم طرفداری از موکل، حائز آثار فراوانی به ویژه در پرونده‌های پیچیده و سیاســـی اســـت. وجـــود این حق در تمامی مراحل رســـیدگی یکی از مهم‌ترین جلوه‌های حقوق متهم در فرایند دادرسی کیفری است. اگرچه که حق داشتن وکیل در مقررات مختلف دچار تغییراتی شده و گاهی نیز بـــا محدودیت‌هایی مواجه گردیده، اما اصـــل وجود این حق هیچ‌گاه مورد تردید قرار نگرفته اســـت. پیش‌بینی حق داشتن وکیل در اصل سی و پنجم قانون اساسی و مواد قانونی دیگر همچون بند ۷ ماده ۱۳۰ قانون برنامه چهارم توســـعه اقتصادی، اجتماعی

و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران، بند ۳ از ماده‌واحده قانون احترام به آزادی‌های مشروع و حفظ حقوق شهروندی، بند ۳ از میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی و مواد مختلف قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ نشان از اهمیت بی‌شائبهٔ این حق است (اکبری و دیگران، ۱٤۰۲: ۲۱۹). در قانون اصلاح قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹٤/۳/۲٤، تبصره‌ای به ماده ٤۸ الحاق شد که مطابق آن: «در جرائم علیه امنیت داخلی یا خارجی و همچنین جرائم سازمان یافته که مجازات آن‌ها مشمول ماده ۳۰۲ این قانون است، در مرحله تحقیقات مقدماتی طرفین دعوی، وکیل یا وکلای خود را از بین وکلای رسمی دادگستری که مورد تایید رئیس قوه قضاییه باشد، انتخاب می‌نمایند. اسامی وکلای مزبور توسط رئیس قوه قضاییه اعلام می‌گردد». این تبصره بیان‌گر صلاحیت اختصاصی برای برخی وکلاست و در واقع مقنن صلاحیت عمومی وکلا را برای برخی جرائم کافی ندانسته است. این حکم استثنایی و خلاف قاعده باید در حداقل ممکن و قدر متیقن تفسیر و اعمال شود[۱]، با این وصف اعمال آن در همین گستره محدود نیز با چالش‌هایی همراه است.

بر این اساس، در نوشتار حاضر صلاحیت‌های سه‌گانه مطرح در خصوص وکلا با تاکید بر صلاحیت موضوع این تبصره که در این مقاله از آن با عنوان صلاحیت اختصاصی یاد می‌شود و چالش‌های اجرای آن، مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۱. انواع صلاحیت وکلای دادگستری

صرف نظر از نحوه اثبات و احراز صلاحیت‌ها که می‌تواند بر اساس معیارهای عینی یا ذهنی باشد، تا پیش از الحاق تبصره ماده ٤۸ به قانون آیین دادرسی کیفری، آن‌چه از نظر قانون باید در شخص وکیل موجود باشد، به دو نوع صلاحیت علمی و صلاحیت عمومی منحصر شده بود. صلاحیت علمی وکیل وفق ماده ۲ قانون کیفیت اخذ پروانه وکالت دادگستری شامل دارا بودن دانشنامه لیسانس یا بالاتر حقوق یا فقه و مبانی حقوق اسلامی یا معادل آن از دروس حوزوی و دانشگاهی و قبولی در آزمون وکالت بوده است. هم‌چنین مطابق ادله فقهی و روایی فقه امامیه، ضوابط و شرایطی برای وکیل پیش‌بینی شده است. عبارت «مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه» تمایل

---

۱. بنگرید به: نظریه‌های مشورتی شماره ۷/۷۷۷ مورخ ۱٤۰۱/۹/۲۹ و شماره ۷/۸۳۳ مورخ ۱٤۰۱/۲/۱۲؛ قابل دسترس در: https://edarehoquqy.eadl.ir

به برآورده شـــدن غرض موکل است که اگر محق است حق وی برآورده شود. برای موکل مســـتحب است که وکیل با این خصیصه‌ها را انتخاب کند و یا مستحب است شـــخصی که دارای چنین ویژگی‌هایی اســـت به امر وکالت اقدام کند. در توجیه نظر نخســـت گفته‌اند که مقصود از «تام البصیره»، این اســـت که متمایل به تحقق غرض و هدف موکل باشد و غرض از وکالت را فراهم کند. این استنباط در عبارات دیگر فقها همچون صاحب وسیله و کافی با ادبیات مشابه ذکر شده است[1].

ماده ۲ قانون کیفیت اخذ پروانه وکالت دادگســـتری به شرایطی از قبیل اعتقاد و التزام عملی به احکام و مبانی دین مقدس اســـلام، اعتقاد و تعهد به نظام جمهوری اســـلامی ایران، ولایت فقیه و قانون اساســـی، نداشتن ســـابقه عضویت و فعالیت در گروه‌های الحادی و فرق ضاله و معاند با اسلام تصریح کرده است.

تبصره ماده ٤٨ قانون آیین دادرسی کیفری علاوه بر صلاحیت علمی و عمومی به شـــرح پیش‌گفته، صلاحیت سومی را برای وکالت از طرفین دعوی در جرائم علیه امنیت داخلی یا خارجی و همچنین جرائم سازمان یافته که مجازات آن‌ها مشمول ماده ۳۰۲ این قانون اســـت، مقرر کرده است که مربوط به مرحله تحقیقات مقدماتی است. این ســـوال مطرح می‌شود که شرایط و ویژگی‌های وکلای موضوع تبصره مورد بحث چیســـت که به تایید بالاترین مقام قوه قضاییه می‌رسند. آیا این وکلا برای بازه زمانی خاصی انتخاب و تایید می‌شوند؟ آیا این صلاحیت قابل تمدید است؟ آیا جنسیت و سابقه جزء معیارهای ارزیابی است؟

در ایـــن خصوص حداقل دو موضع قابل اتخاذ اســـت: دیدگاه نخســـت در مخالفت با سنجش این قسم از صلاحیت است و دیدگاه دوم در موافقت مشروط با صلاحیت اختصاصی است که به شرح آتی مورد بحث قرار می‌گیرد.

شـــایان ذکر است که تبصره ماده ٤٨ دارای پیشـــینه تقنینی است و ماده ٦٢٥ آیین دادرســـی کیفری بخش آیین دادرسی جرایم نیروی مسلح مصوب ۱۳۹۳ [2] (که

---

۱. ثمّ لیعلم أنّه لعلّ مرادهم أنّه یستحبّ للموکّل اختیار وکیل علی هذه الصفات أو یستحبّ لمثل هذا الشـــخص الجامع لهذه الصفات أن یتوکّل و الأوّل أوفق بما ستســـمع من العبارات. و قد وجّهوا الأوّل أعنـــی تامّ البصیره بأنّه یکون ملیّاً بتحقّق مراد الموکّل و الثانی بأنّه به یحصل الغرض من توکیله و هو یناســـب معنی الشـــرط، لأنّ الوکاله تنتفی بانتفائه. و قد عدّ فی «الوسیله» فی شروط الوکاله أن یکون عاقلًا بصیراً عارفاً باللغه الّتی یحتاج إلی المحاوره بها و مثله ما فی «المراسم» (حسینی، ۱٤۱۳: ۷۲).

۲. در جرائم علیه امنیت کشـــور یا در مواردی که پرونده مشتمل بر اسناد و اطلاعات سری و به کلی

در حال حاضر این قانون اجرا می شود) این محدودیت را در مرحله دادگاه نیز مقرر کرده است. در دادگاه ویژه روحانیت نیز مطابق تبصره ۱ ماده واحده مجمع تشخیص مصلحت نظام مصوب ۱۳۷۰/۷/۱۱ [1] تنها وکلای در کسوت روحانیت که مورد تایید آن مرجع باشند، وکالت را بر عهده می‌گیرند.

۲. جهات رد صلاحیت اختصاصی وکیل

بر اساس این نگرش، اصل تبعیض و تفکیک بین وکلای دارای دانش تخصصی و صلاحیت عمومی و اخلاقی برای جرائم امنیتی و سیاسی، دارای ایراد بنیادین و توالی فاسد است. اهم ادله این نگرش در زیر می‌آید.

۱-۲. تعارض با اصل سی و پنجم قانون اساسی

تبصره ماده ٤٨ قانون آیین دادرسی کیفری هرچند مورد تائید شورای نگهبان قرار گرفته است، لیکن با کمی تامل در فحوای آن می‌توان دریافت که در تعارض با اصل سی و پنجم قانون اساسی است که مقرر می‌دارد: «در همه دادگاه‌ها طرفین دعوا حق دارند برای خود وکیل انتخاب نمایند و اگر توانایی اتخاب وکیل را نداشته باشند باید برای آن‌ها امکانات تعیین وکیل فراهم گردد». حکم این تبصره هم‌چنین مغایر اصول حقوق دفاعی متهم و دادرسی منصفانه و عادلانه و بی‌طرفانه است؛ زیرا در قانون اساسی به حق انتخاب وکیل تصریح شده است. و محدود کردن تعداد وکلا، تضییق حق انتخاب وکیل است.

۲-۲. تبعیض و سوء استفاده

عدم تعیین مبنایی مشخص جهت انتخاب وکلا، بی‌نظمی و دودستگی در سیستم قضایی را موجب می‌شود و خروج از اصول عادلانه دادرسی به ویژه در موضوع آزادی انتخاب اراده را به ذهن متبادر می‌کند؛ امری که تحقق عدالت اسلامی را دشوار خواهد نمود.

سری است و رسیدگی به آن‌ها در صلاحیت سازمان قضایی نیروهای مسلح است، طرفین دعوی، وکیل یا وکلای خود را از بین وکلای رسمی دادگستری که مورد تأیید سازمان قضایی نیروهای مسلح باشد، انتخاب می نمایند.

۱. تبصره ۱ـ اصحاب دعوی در دادگاه ویژه روحانیت نیز حق انتخاب وکیل دارند، دادگاه تعدادی از روحانیون صالح را به عنوان وکیل مشخص می‌کند، تا از میان آنان به انتخاب متهم، وکیل انتخاب گردد

۳-۲. تنافی با معیارهای دادرسی عادلانه

تضمینات و معیارهای دادرسی عادلانه با شناسایی صلاحیت اختصاصی مخدوش می‌شود. دادرسی عادلانه شامل دو جزء دادرسی به معنای«رسیدگی و تصمیم‌گیری قضایی درباره موضوعات میان طرفین دعوا در امور حکمی یا موضوعی، در دادگاهی صلاحیت‌دار» یا «رسیدگی قضایی به امور موضوعی و حکمی میان طرفین، در دعوای کیفری یا مدنی، نزد دادگاهی صلاحیت‌دار» به کار رفته است. مفهوم عادلانه نیز به عنوان جزء دوم دادرسی عادلانه در لغت به معنای «رفتار برابر و مطابق با قواعد و حقوق با هر شخص یا طرف» یا به معنای «معقول و عادلانه» و یا «متناسب با شرایط» است (فضایلی، ۱۳۹٤: ۱۹۰).

دادرسی عادلانه رعایت حقوق دفاعی متهم را به منصه ظهور می‌رساند؛ برای مثال ماده ۵ قانون آیین دادرسی کیفری مقرر داشته است:«متهم باید در اسرع وقت از موضوع و ادله اتهام انتسابی آگاه و از حق دسترسی به وکیل و سایر حقوق دفاعی مذکور در این قانون بهره‌مند شود». این بایسته یکی از اصول مهم تضمین حق بر دادرسی عادلانه است و منجر به اعتماد حداکثری آحاد مردم نسبت به دادرسی منصفانه می‌شود. حقوق عامه باید در سایه عدالت تنظیم و تضمین شود و ساختار قوه قضاییه در راستای هدف صیانت از حقوق عامه باید به گونه‌ای تنظیم شود که تامین بهینه صیانت از حقوق عامه به عنوان خروجی عملکرد قوه برای مشروعیت بخشی به فعالیت‌ها و ایجاد احساس عدالت در مردم حاصل شود در این زمینه چگونگی تامین و تضمین آزادی‌های مشروع نباید از عدالت محوری روی گردانیده و به امنیت گرایی و تقابل و جدل با حقوق شهروندان منجر شود (شیری و شاملو، ۱٤۰۲: ۳۷۲). قانون اساسی در اصول مختلفی به استقلال پرداخته است؛ مانند اصل یکصد و پنجاه و ششم در استقلال قوه قضاییه. در ماده ۱۰ اعلامیه جهانی حقوق بشر، حق محاکمه شدن توسط دادگاه مستقل و بی‌طرف، اساسی‌ترین حق انسان دانسته شده است. حضرت علی علیه‌السلام جهت حفاظت استقلال قاضی در فرمان خود به مالک اشتر می‌فرماید: «به قاضی چنان مقام و منزلتی بده که هیچ گاه از نزدیکان تو در آن مقام به طمع نیفتد و قاضی در اوج این مقام، از مکر بداندیشان در امان باشد». همچنین پیامبر صلی‌الله علیه و آله در روایتی فرموده است: «هرکس به قضاوت مشغول شد، باید در

اشاره و گفتار و نشستن به مساوات رفتار کند و صدای خود را نسبت به یکی از آن‌ها بلند نکند و یکی را بر دیگری برتری ندهد»؛ در حالی‌که به نظر می‌رسد با تحدید و تعیین وکلای قابل انتخاب در برخی جرائم توسط قوه قضاییه، استقلال و بی‌طرفی مورد اشاره در این مواد و اصول قانونی و شرعی تا حدود زیادی می‌تواند تحت تاثیر قرار گیرد و لذا این مقرره ماده ٤۸ خلاف اصل شمرده شده است (نظریه مشورتی شماره ۷/۹۱۸ به تاریخ ۱٤۰۱/۷/۹) و به همین ترتیب، آثار آن نیز مورد بحث قرار گرفته است (نظریه مشورتی شماره ۷/۲۸۱۰ به تاریخ ۱۳۹۸/۷/۱٦).

٤-۲. تنافی با تساوی سلاح‌ها

یکی از مولفه‌های دادرسی عادلانه، اصل تساوی سلاح‌ها است که در بعضی از اسناد حقوق بشری قید گردیده و منظور از آن، برابری امکانات و تجهیزات طرفین در دادرسی است؛ بدین صورت که طرفین دعوی از شرایط و وضعیت حقوقی و قضایی برابر برخوردار باشند و بی‌جهت وضعیت قضایی یک طرف در برابر طرف دیگر تقویت یا تضعیف نشود؛ مثلا حق برخورداری یک طرف از معاضدت وکیل یا دسترسی به پرونده، در مقابل طرف دیگر محدود یا سلب نگردد (ناجی زواره، ۱۳۹٤: ۹۰).

در بند اول از میثاق حقوق مدنی و سیاسی نیز آمده است: «همه در مقابل دادگاه ها و دیوان های دادگستری مساوی هستند ...». رعایت برابری بین اصحاب دعوی حتی در نگاه کردن، گفتار و مانند آن، همچنین اجرای برابر قوانین نسبت به همگی بدون تبعیضات ناروا بیان‌گر اصل تساوی سلاح‌ها است. امام علی علیه‌السلام ضمن این‌که قضات را به رعایت مساوات بین اصحاب دعوا سفارش می‌کرد، در عمل نیز التزام به این حق را نشان داد. حضور ایشان در دادگاه شریح در برابر طرف یهودی و نیز اعتراض به عمر خلیفه وقت به سبب آن که در دعوا امام را با کنیه (ابالحسن) خوانده بود که نشان از احترام داشت (حر عاملی، ۱۳۸۷: ۲۲٦)، از مصادیق آن است.

یکی از راه‌های برابری سلاح‌ها، حق استفاده متهم از همه وکلای دادگستری است. وکلای دادگستری با توجه به تخصص خود می‌توانند موقعیت متهم را در برابر دادستان و شاکی که از امکانات عمومی و خصوصی برخوردارند و در قید قرارهای

تامین کیفری هم نیستند، بهبود ببخشند (Nihal Jayawickrama, 2002: 51) و ممکن است وکلای مورد تائید وفق تبصره ماده ٤٨ قانون آیین دادرسی کیفری، در برابر دادستان و ضابطان قضایی از جرات کافی برخوردار نباشند؛ هرچند تخصص کافی را وفق سنجش صلاحیت‌ها دارا باشند.

۵-۲. تعارض با حق شرعی و قانونی انتخاب وکیل

از حیث شرعی حق انتخاب وکیل مطلق است و فقه امامیه که وفق اصل چهارم قانون اساسی ملاک و معیار برای وضع و تقیید همه قوانین است، به حق عموم انسان‌ها حتی کفار برای انتخاب وکیل اذعان دارد. در تبصره ماده ٤٨ این امر از حیث قرارداد و عقد شرعی وکالت نیز محل ایراد می‌باشد و همان‌طور که در نظریه‌های مشورتی اداره حقوقی قوه قضاییه نیز ذکر شده است با محذوراتی مواجه است. به عنوان نمونه، وفق نظریه مشورتی شماره۷/۸۳۱ به تاریخ ۱٤۰۱/۸/۳۰ در مواردی که بازپرس با لحاظ جرائم مذکور در تبصره ماده ٤٨ قانون آیین دادرسی کیفری و شرایط این ماده و در اجرای تبصره ۲ ماده ۱۹۰ این قانون مبادرت به تعیین وکیل تسخیری برای متهم می‌کند، با توجه به این‌که وکیل تسخیری، قراردادی با موکل خود ندارد تا بتواند از او حق‌الوکاله مطالبه کند، حق‌الوکاله وی با رعایت قسمت اخیر ماده ۳٤۸ این قانون از محل اعتبارات قوه قضاییه پرداخت می‌شود؛ حال آن‌که وکالت یک عقد شرعی با عوض مورد توافق است.

از حیث قانونی نیز پرواضح است که جهت اعمال هر حقی، ذی‌حق بایستی از استحقاق خود بر حق مطلع باشد. فرد متهم چنانچه در بازداشت نماند، این امکان برایش فراهم است که به وکیل دادگستری مراجعه کرده و از حقوق خود مستحضر شود؛ لیکن فردی که در بازداشت به سر می‌برد از این امکان برای حق برخورداری از وکیل محروم است. در مرحله تحقیقات مقدماتی متهم می‌تواند از مشورت وکیل دادگستری بهره‌مند شود و بهترین دفاعیات را تدارک بیند. در اصول بنیادین نقش وکلا آمده است که دولت‌ها باید تضمین کنند مقامات ذی‌صلاح، افراد را در زمان توقیف یا زمانی که متهم به جرمی شده‌اند، از حق برخورداری از مساعدت وکیل آگاه کنند (بولوک، ۱۳۷۷: ۱۷٤). حق استفاده از وکیل دادگستری در مرحله تحقیقات مقدماتی در کنوانسیون حقوق مدنی و سیاسی یا کنوانسیون اروپایی حقوق بشر و سایر اسناد

بین المللی نیامده است، اما در حقوق بشر با توجه به حق افراد بر دادرسی عادلانه، مقتضی است که متهم بتواند در مرحله تحقیقات مقدماتی و همچنین بازداشت، از این حق برخوردار شود و یکی از مهم‌ترین تضمین‌های دفاع، امکان دسترسی متهم به اطلاعات ارائه شده به قاضی در خصوص پرونده اوست تا بتواند دفاعیات خود را اظهار نماید یا اعتراض و یا اثبات کند؛ زیرا بر اساس آموزه‌های جرم‌شناختی، وکالت از متهم به عنوان یکی از سازکارهای اجرای عدالت کیفری، موجب آموزش هنجارهای تقنینی و ارزش‌های اجتماعی به بزهکاران و در نتیجه، اصلاح و تربیت آنان می‌شود (نیازپور، ۱۳۹۰: ۸۸).

٦-۲. تعارض با اصل آزادی اراده در عقد وکالت

عقد وکالت شرعاً جایز است و نمی‌تواند تحمیلی منعقد شود. محدود و مجبور کردن متهم به انتخاب وکیل مدافع از یک فهرست، اگر رکن ارادی و رضایی و آگاهانه عقد را مخدوش نکند، حداقل آن را با شبهه مواجه می‌نماید؛ این تحمیل معمولاً استعفای وکیل پس از پایان تحقیقات مقدماتی را به دنبال دارد.

نکته مهم این که، در تبصره موضوع بحث، در کنار جرائم امنیتی و سازمان یافته که اصطلاح دوم با ابهام مواجه است، به جرائم موضوع به ماده ۳۰۲ قانون مجازات اسلامی نیز اشاره شده است؛ یعنی شمول این تبصره بر جرائم مهم است.

۷-۲. تعارض صلاحیت اختصاصی وکلای خاص با حقوق متهم

مطابق ماده ٤۸ قانون آیین دادرسی کیفری: «با شروع تحت نظر قرار گرفتن، متهم می‌تواند تقاضای حضور وکیل نماید. وکیل باید با رعایت و توجه به محرمانه بودن تحقیقات و مذاکرات، با شخص تحت نظر ملاقات نماید. وکیل می‌تواند در پایان ملاقات با متهم که نباید بیش از یک ساعت باشد ملاحظات کتبی خود را برای درج در پرونده ارائه دهد». از این رو، از مدت تحت نظر که حداکثر بیست و چهار ساعت است، یک ساعت به وکیل اختصاص دارد. حق برخورداری از وکیل و انتخاب آزادانه و بدون محدودیت وکیل در مرحله تحقیقات مقدماتی بسیار حائز اهمیت است؛ زیرا می‌تواند منجر به قرار منع تعقیب یا موقوفی تعقیب شود و حتی استفاده از تخفیف و نهادهای ارفاقی را به ارمغان بیاورد. وکلا حق مطالعه پرونده را دارند؛ زیرا این برداشت با اصول دادرسی عادلانه و منصفانه سازگار می‌باشد. به

علاوه وفق ماده ۱۹۱ آیین دادرسی کیفری چنانچه بازپرس مطالعه یا دسترسی به تمام یا برخی از اوراق اسناد یا مدارک پرونده را با ضرورت کشف حقیقت منافی بداند یا موضوع از جرائم علیه امنیت داخلی یا خارجی کشور باشد، با ذکر دلیل قرار عدم مطالعه پرونده را صادر می‌کند. این قرار قابل اعتراض است و اگر متهم از مشورت متخصص حقوقی محروم باشد، ممکن است از این حق محروم شود و چون به آثار و تبعات اظهارات خویش واقف نیست، ممکن است در مقابل مقام تحقیق که مسلط به قوانین حقوقی است، اظهاراتی نماید که در آینده علیه او مورد استفاده قرار گرفته و بر سرنوشت قضایی وی تاثیر مهمی داشته باشد (اشرافی و طه، ۱۳۸٦: ۳٦).

تعیین محدودیت در انتخاب وکیل، مانع از انحرافات روند دادرسی می‌شود؛ بدین معنا که با حضور برخی وکلای متبحر حتی اگر خارج از فهرست مورد تائید موضوع تبصره ماده ٤٨ باشند، احتمال خطا از طرف افراد دخیل در پرونده به حداقل می‌رسد و ابزار کنترل و نظارت در کنار قضات میسور می‌شود. حضور وکیل دادگستری که منتخب موکل است، موجد قوت قلب متهم در مراحل دادرسی است و به اجرای دادرسی عادلانه و برائت متهم کمک می‌کند. در مقابل، حق انتخاب وکیل توسط رئیس قوه قضاییه، صرف نظر از این‌که موجب دخالت مستقیم قاضی در امر دفاع می‌شود، اصل بی‌طرفی قوه قضاییه را نقض و اعتبار دستگاه قضا و احکام صادره از مراجع قضایی را زیر سوال می‌برد و عدلیه را به اعمال نظر متهم می‌کند؛ ضمن این‌که در جرائم موضوع تبصره ماده ٤٨ و به ویژه جرائم علیه امنیت، متضرر اصلی حاکمیت است و چون قاضی مامور حاکمیت محسوب می‌شود، زمینه تضییع حقوق متهم بیشتر خواهد بود.

این نکته نیز شایان ذکر است که متن ماده ٤٨ به مرحله تحت نظر اختصاص دارد و تبصره آن به داشتن وکیل در مرحله تحقیقات مقدماتی اشاره می‌کند؛ از این رو، قانون‌گذار سنخیت بین تبصره و ماده را از بین برده است. حکم تبصره این ماده، مؤید نگاه نامعتمدانه قانون‌گذار به وکلا است؛ به گونه‌ای که درصدد وارد کردن وکلای مورد اعتماد خود به این دو دسته از پرونده‌ها برآمده است. تحدید حق به نوعی نقض حق است و قانون‌گذار با حکم این تبصره، «تمامیت» حق دفاع متهم را زایل کرده است.

۸-۲. تعارض با استقلال وکالت از قضاء

با توجه به اصل بنیادین استقلال قضا از وکالت، وکیل برای این‌که بتواند وظیفه خود را به درستی و با شجاعت و جسارت انجام دهد، باید مستقل از سیستم قوه قضاییه باشد. مادام که متهم در انتخاب وکیل طی یک دادرسی عادلانه آزادی نداشته باشد، نمی‌توان از معیارهای دیگر دادرسی منصفانه سخن گفت. سلب حق حضور وکیل بر خلاف حقوق مکتسبه وی و حقوق شهروندی است و این‌که گزینه‌های انتخاب وکیل توسط سیستم قضایی مشخص شود، استقلال قضاء از وکالت را مخدوش می‌کند.

۹-۲. مفاسد صلاحیت اختصاصی وکلا برمحور ملاک‌های غیر عینی

تبصره ماده ٤٨ با ابهام‌هایی مواجه است؛ از جمله این‌که:

معیارهای گزینش وکلای مجاز به وکالت در این دسته از جراسم کدام است؟ مبنای اخلاقی، علمی، اعتقادی یا سیاسی؟

چنانچه وکیلی که نام وی در فهرست قوه قضاییه باشد و در اثنای رسیدگی به پرونده، مرتکب رفتاری شود که سلب وصف اعتماد را در پی داشته باشد، تکلیف پرونده چیست؟

آیا عبارت «مجازات آن‌ها مشمول ماده ۳۰۲ این قانون است» تنها به جرائم سازمان یافته مربوط است یا جرائم علیه امنیت داخلی و خارجی را هم در بر می‌گیرد؟ (امیدی ، ۱۳۹۷ : ٦٣)

۳. تعدیل حکم تبصره ماده ٤٨

به‌رغم ایرادهای پیش‌گفته، نظر به تصویب و تائید تبصره ماده ٤٨ قانون آیین دارسی کیفری توسط مقنن و شورای نگهبان؛ که انطباق این حکم را با قانون اساسی نیز تائید می‌کند، ارائه تفسیری مناسب از تبصره، می‌تواند آسیب‌های ناشی از اجرای آن را تعدیل نماید. این دیدگاه با نگرشی که منجر به تصویب این تبصره شده است قرابت بیشتری دارد، اما برای اصلاح این مقرره، پیشنهادهایی در قالب شروط پذیرش صلاحیت اختصاصی وکلا ارائه می‌دهد؛ از جمله این‌که، شاخص های تعیین صلاحیت اختصاصی باید عینی[1] و قابل سنجش همگانی باشد و از اعمال ضابطه‌های

1. objective

ذهنی[1] که قابل تفسیر و بر اساس سلیقه‌ها منعطف است باید اجتناب نمود؛ از جمله ضابطه‌های عینی صلاحیت، عبارت است از: پای‌بندی عینی و حداکثری به شرع، سابقه هم‌سویی عملی با نظام جمهوری اسلامی و عدم عضویت در حزب و جناح‌های غیر هم‌سو؛ به گونه‌ای که تعصب و جهت‌گیری نسبت به یک حزب، وکیل را از هدف اصلی که همانا مصلحت نظام است دور سازد؛ از این رو، هرچند نمی‌توان هم‌سویی تمام عیار وکیل با نظام را به عنوان یک معیار عینی ایجابی شرط نمود، اما می‌توان با اتخاذ معیاری سلبی، عضویت نداشتن وکیل در طیف سیاسی مخالف را به عنوان یک شرط سلبی لازم شمرد. همچنین شناخت شخصی رئیس قوه قضاییه نسبت به بعضی از وکلا را نمی‌توان به عنوان ضابطه تشخیص صلاحیت برای وکیل قرار داد؛ زیرا این امر جهات رد از سوی مخالفان صلاحیت اختصاصی را تایید می‌کند و مظان اتهام را تداعی می‌نماید.

1. subjective

برآمد

۱- مخالفـــان صلاحیت اختصاصی وکلا موضـــوع تبصره ماده ٤٨ قانون آیین دادرسی کیفری، به ادله متعددی استناد می‌نمایند؛ که از جمله عبارت است از: تعارض ظاهری با اصل ســـی و پنجم قانون اساســـی، تبعیض و سوء اســـتفاده از صلاحیت اختصاصی، احتمال تنافی صلاحیت اختصاصی با برخی معیارهای دادرسی عادلانه از قبیل تساوی سلاح‌ها، اســـتقلال و بی‌طرفی، تعارض با حق شرعی و قانونی انتخاب وکیـــل، اصل آزادی اراده در عقد وکالت و اســـتقلال وکالت از قضا، تهافت احتمالی صلاحیت اختصاصی وکلای خاص با حقوق متهم و احتمال وقوع برخی مفاســـد در صورت اعمال معیارهای ذهنی برای تشخیص صلاحیت اختصاصی.

۲- در مقابل، برخی صلاحیـــت اختصاصی برخی وکلا را مورد پذیرش قرار داده‌اند؛ مشـــروط بر آن‌که، برای احراز صلاحیت، معیارهای عینی به کار گرفته شود. ایـــن امر، قوه قضاییه را از قرار گرفتن در مظان اتهام اعمال ســـلیقه حفظ می‌کند. از جمله معیارهای عینی در این راســـتا، عبارت اســـت از: پای‌بندی به شرع، هم‌سویی با نظام جمهوری اسلامی و عدم عضویت در حزب و جناح‌های دارای تضاد با نظام.

فهرست منابع

الف. فارسی

* امیدی، جلیل (۱۳۹۷)، **تفسیر قوانین جزایی**، تهران: میزان.
* بولوک، برنار (۱۳۷۷)، **کیفرشناسی**، برگردان: علی‌حسین نجفی ابرندآبادی، چاپ دوم، تهران: مجد.
* طه، فریده و اشـــرافی، لـــیلا (۱۳۸٦)، **دادرســی عادلانه**، چاپ نخست، تهران: میزان.
* فضایلی، مصطفی (۱۳۹٤)، **دادرسی عادلانه محاکمات کیفری بین‌المللی**، تهران: شهر دانش.
* کاشانی، سیدمحمود (۱۳۸۳)، **اســـتانداردهای جهانی دادگستری**، چاپ نخست، تهران: میزان.
* ناجی زواره، مرتضی (۱۳۹٤)، **دادرســـی بی طرفانه در امور کیفری**، تهران: شهر دانش.
* نیازپور، امیرحسن (۱۳۹۰)، «**وکیل در قلمرو عدالت کیفری: بنیان ها و کارکردها**»، پژوهش‌نامه حقوقی، سال دوم، شماره ۱.
* اکبری، محمد و ســـاداتی، ســـیدمحمدجواد و جوان جعفری بجنوردی، عبدالرضا (۱٤۰۲)، «**بازخوانی اصول دادرســـی کیفری در تقابل گفتمان‌های آزادی مدار و امنیت گرا**»، مجله حقوقی دادگستری ، دوره ۸۷ ، شماره ۱۲۳.
* شیری، زهرا و شاملو، باقر (۱٤۰۲)، «**مداخله‌گری کیفری برای احیای حقوق عامه در نظام حقوقی ایران؛ چرایی و چالش ها**»، مجله حقوقی دادگســـتری ، دوره ۸۸ ، شماره ۱۲٦.

ب. عربی

* حر عاملی، محمدحسن، (۱۳۸۷ق)، **وسائل الشیعه**، جلد هجدهم، بیروت: دار احیاء التراث العربی.
* حســـینی عاملی، ســـید جواد (۱٤۱۳ق)، **مفتاح الکرامه فی شـــرح قواعد العلامه (ط-جماعه المدرسین)**

پ. انگلیسی

❊ Nihal jayawickrama. (2002). **The judicial application of human rights law, national ,regional and international jurisprudence**, Cambridge university press.

مقاله پژوهشی/ دوره ۸۹/ شماره ۱۲۹/ صفحات: ٤٤٠-۳۹۹
تاریخ دریافت: ۱٤۰۳/۱۱/۱۱ تاریخ پذیرش: ۱٤۰٤/۰۱/۱۷

عوامل اجتماعی و فرهنگی مؤثر بر بروز نزاع‌های دسته‌جمعی: مطالعه موردی شهرستان شهریار

راضیه صابری[۱]، زینب باقری‌نژاد[۲]، سجاد شکیبایی[۳]

چکیده

نزاع‌های دسته‌جمعی به عنوان یکی از پدیده‌های خشونت اجتماعی، تحت تأثیر عوامل گوناگونی قرار دارند که بررسی آن‌ها می‌تواند به پیشگیری و کاهش این رفتارها کمک کند. پژوهش حاضر با تأکید بر عوامل اجتماعی و فرهنگی، به بررسی نقش بی‌سازمانی اجتماعی، فشارهای ساختاری، خرده‌فرهنگ‌های خشونت‌زا و کنترل اجتماعی در شکل‌گیری نزاع‌های دسته‌جمعی در شهرستان شهریار پرداخته است. این مطالعه از روش‌تحقیق کمی بهره گرفته و داده‌های لازم از ۳۸٤ مرد بالای هجده سال گردآوری شده است. ابزار گردآوری داده‌ها پرسش‌نامه‌ای بود که روایی آن از طریق روایی صوری و هم‌گرا و پایایی آن با ضریب آلفای کرونباخ و پایایی ترکیبی تأیید شد و تحلیل داده‌ها با استفاده از نرم‌افزار پی ال اس و روش معادلات ساختاری انجام گرفت. پرسش اصلی این پژوهش، ارتباط بین ساختار اجتماعی و بروز نزاع‌های جمعی در شهرستان شهریار و چگونگی تاثیرگذاری فرایند اجتماعی شدن بر مشارکت افراد در نزاع‌های جمعی است. یافته‌های پژوهش نشان داد که بی‌سازمانی اجتماعی، فشارهای ساختاری و خرده‌فرهنگ‌های مشوق خشونت، ارتباطی مثبت و معنادار با افزایش این پدیده دارند. در مقابل، کنترل اجتماعی به عنوان عاملی بازدارنده، رابطه‌ای منفی و معنادار با وقوع نزاع‌های دسته‌جمعی نشان داد. اصلاح شرایط اجتماعی، کاهش بی‌سازمانی اجتماعی و فشارهای ساختاری و تقویت نهادهای کنترل اجتماعی می‌تواند به کاهش رفتارهای خشونت‌آمیز و نزاع‌های دسته‌جمعی کمک کند. این پژوهش بر اهمیت سیاست‌گذاری اجتماعی و مشارکت فعال جامعه در مدیریت و کنترل این نوع خشونت‌ها تأکید دارد.

واژگان کلیدی: نزاع دسته‌جمعی، عوامل فرهنگی، عوامل اجتماعی، شهرستان شهریار، جرم‌شناسی.

---

۱. گروه حقوق کیفری و جرم‌شناسی، واحد علوم و تحقیقات، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران.
r.saberi@iau.ac.ir

۲. گروه حقوق کیفری و جرم‌شناسی، واحد علوم و تحقیقات، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران.
zeinabbagherinezhad@iau.ac.ir

۳. دانشجوی دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی، واحد علوم و تحقیقات، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران.
sajadshakibaei@gmail.com

درآمد

در جوامع انسانی، نزاع‌های جمعی به عنوان یک پدیده اجتماعی و جرم‌شناختی، همواره به عنوان معضلی قابل توجه شناخته شده‌اند. این نزاع‌ها که معمولاً تحت تأثیر عوامل مختلفی شکل‌می‌گیرند، تأثیرات عمیق و پایداری بر امنیت اجتماعی و روانی افراد و جوامع دارند. نزاع‌های جمعی بر خلاف برخی دیگر از انواع خشونت‌ها، نه تنها شامل افراد محدودی از یک گروه خاص می‌شوند، بلکه درگیر کردن تعداد زیادی از افراد و گروه‌ها را در پی دارند و این امر موجب می‌شود که نتایج آن به ویژه از نظر شدت و دامنه آسیب‌های اجتماعی و اقتصادی، بسیار وخیم و پیچیده‌تر باشد. در این میان، بررسی علل اجتماعی و فرهنگی به عنوان یکی از عوامل‌اصلی شکل‌گیری و گسترش این نوع نزاع‌ها، اهمیت ویژه‌ای پیدا می‌کند.

در خصوص بروز نزاع‌های جمعی، عواملی نظیر تعصبات قومی، تفاوت‌های فرهنگی، مشکلات اقتصادی، بی‌اعتمادی بین گروه‌ها و فشارهای اجتماعی نقش به‌سزایی دارند. هم‌چنین تفاوت‌های ساختاری در جوامع و فقدان انسجام اجتماعی می‌تواند زمینه‌ساز افزایش بروز این نزاع‌ها باشد. بر اساس مطالعات مختلف، در مناطقی که مشکلات اجتماعی و اقتصادی بیشتر است، این نوع نزاع‌ها به طور قابل‌توجهی بیشتر رخ می‌دهد (قاسمی‌نژاد و همکاران، ۱۳۹۶: ۳). در این راستا، شهرستان‌های مختلف کشور به ویژه مناطقی که با تنوع قومی و فرهنگی مواجه‌اند، بیشتر در معرض خطر این نوع خشونت‌های جمعی قرار دارند.

این نوشتار با تمرکز بر بررسی عوامل اجتماعی و فرهنگی تأثیرگذار بر وقوع نزاع‌های دسته‌جمعی در شهرستان شهریار، در پی شناسایی و تحلیل این پدیده و عوامل آن است تا با تحلیل دقیق‌تری از این عوامل، به ارائه راهکارهایی برای کاهش و پیشگیری از این پدیده آسیب‌زا بپردازد. از جمله این عوامل می‌توان به ضعف‌های اجتماعی و اقتصادی، بی‌اعتمادی میان گروه‌ها، شرایط فرهنگی خاص و روندهای اجتماعی که به طور غیر مستقیم بر رفتارهای جمعی تأثیر می‌گذارند، اشاره کرد. علت انتخاب این شهرستان در پژوهش حاضر آن است که شهرستان

شهریار با جمعیتی بالغ بر ۹۹۵ هزار نفر[۱] و متشکل از اقوام و گروه‌های مختلف، از جمله مناطقی است که در آن نزاع‌های جمعی به ویژه در مناطق با ساختار ایلی و طایفه‌ای رایج است (میرفردی و همکاران، ۱۳۹۱: ٤۲). در این شهرستان، عواملی چون خویشاوندگرایی وابستگی‌های قومی، مسائل ناموسی و هویتی، به طور جدی زمینه‌ساز بروز نزاع‌های دسته‌جمعی است (جوانمرد و همکاران، ۱۳۹۸: ٦۲).

در تعریف اصطلاحات پژوهش باید گفت منازعه به معنای نزاع کردن و ستیزه کردن دو یا چند نفر با یکدیگر است (مرادی، ۱۳۹٦: ۲۲۰) و نزاع دسته‌جمعی درگیری جسمی یا پرخاش‌گری جمعی است که حداقل شامل سه نفر بوده و به صورت مسلحانه یا غیر مسلحانه و با انگیزه‌های اقتصادی، اجتماعی، فرهنگی و سیاسی رخ می‌دهد (شیخ‌طاهری و فیروزآبادی، ۱٤۰۳: ۳٦۹). ماده ٦۱۵ قانون‌مجازات اسلامی (تعزیرات) مصوب ۱۳۷۵، نزاع دسته‌جمعی را تحت عنوان«منازعه» آورده که برای تحقق آن، تمامی شرکت کنندگان باید در اعمال ضرب و جرح متقابل شرکت داشته باشند. به عبارتی، اگر یک گروه به گروه دیگر حمله‌کند و گروه مقابل اقدامی جز دفاع از خود نداشته باشد، منازعه محسوب نخواهد شد (میرمحمدصادقی، ۱٤۰۲: ٤۲۱). در این‌جا مشارکت به معنای آن است که هر یک از طرفین به نحوی عمل‌کنند که هر دو طرف، هم فاعل و هم طرف فعل قرار گیرند. عبارت«با یکدیگر» در ماده ٦۱۵ ضرورت تقابل در نزاع را تایید می‌کند. هم‌چنین اگر در یک نزاع دسته‌جمعی، تنها یک نفر با یک ضربه کشته شود، نافی تحقق منازعه نیست و همه مداخله کنندگان به اتهام منازعه دسته‌جمعی مجازات می‌شوند (آقائی‌نیا، ۱۳۹۷: ٤۱۵). از واژه «عده‌ای» در این ماده، لزوم شرکت حداقل سه نفر در منازعه استنباط شده (میرمحمدصادقی، ۱٤۰۲: ٤۲۳) و اداره حقوقی قوه قضاییه نیز این نظر را تأیید کرده است[۲]. به این ترتیب، نزاع دسته‌جمعی یا منازعه در حقوق ایران، به درگیری متقابل حداقل سه نفر اطلاق می‌شود که ممکن است با سلاح یا بدون سلاح باشد و منجر به قتل، نقص عضو یا ضرب و جرح شود.

۱. به نقل از سایت رسمی مرکز آمار ایران به نشانی https://amar.org.ir/

۲. نظریه مشورتی شماره ۷/۳۵۵۳ مورخ ۱۳۷۵/۲/۱۸ و نظریه شماره ۷/٦۰۵۹ مورخ ۱۳۷۹/٦/۳۱ اداره کل حقوقی قوه قضاییه تصریح کرده است که منظور از «عده» در این ماده، سه نفر یا بیشتر است.

هدف اصلی پژوهش، شناسایی علل اجتماعی و فرهنگی تأثیرگذار بر این پدیده است و در پی آن، تحلیل روابط مختلف بین این عوامل برای ارائه پیشنهادهای مؤثر در جهت کاهش وقوع این نوع خشونت‌ها در آینده خواهد بود. در این راستا، پرسش‌های اصلی پژوهش شامل شناسایی ارتباطات میان ساختار اجتماعی و فرهنگی و وقوع نزاع دسته‌جمعی و هم‌چنین بررسی تأثیر فرایندهای اجتماعی در شکل‌گیری این پدیده می‌باشد. پرسش‌های اصلی پژوهش آن است که «چه ارتباطی بین ساختار اجتماعی و بروز نزاع‌های جمعی در شهرستان شهریار وجود دارد؟» و «چگونه فرایند اجتماعی شدن بر مشارکت افراد در نزاع‌های جمعی تأثیر می‌گذارد».

در راستای دستیابی به پاسخ این سوالات، ابتدا مبانی نظری مربوط به موضوع مورد نظر تشریح خواهد شد؛ سپس پیشینه تحقیقاتی مرتبط با موضوع که شامل نتایج تحقیقات پیشین و تحلیل‌های مرتبط است بررسی می‌شود. در مرحله بعد، روش تحقیق به تفصیل توضیح داده خواهد شد و پس از آن، تحلیل داده‌ها و نتایج حاصل از آن به صورت مفصل ارائه خواهد شد. در پایان، بحث و نتیجه‌گیری از یافته‌ها صورت می‌گیرد و در راستای پیشگیری از نزاع‌های دسته‌جمعی و بهبود وضعیت اجتماعی در شهرستان شهریار پیشنهادهایی ارائه می‌شود.

۱. مبانی نظری پژوهش

نزاع‌های دسته‌جمعی به عنوان یکی از نمودهای بارز کنش‌های جمعی، از دیرباز مورد توجه جامعه‌شناسان، جرم‌شناسان و روان‌شناسان اجتماعی بوده است. این پدیده که اغلب ناشی از تنش‌ها و تضادهای اجتماعی، فرهنگی و اقتصادی در جوامع است، پیامدهایی نظیر کاهش امنیت اجتماعی، افزایش بی‌اعتمادی و آسیب به ساختارهای فرهنگی جامعه را به همراه دارد.

در زمینه بزهکاری، نظریه‌های مختلفی از سوی جرم‌شناسان و جامعه‌شناسان مطرح شده است که بر تأثیر عوامل محیطی و اجتماعی بر رفتار مجرمانه تأکید دارند. این پژوهش با تمرکز بر عوامل اجتماعی و فرهنگی مؤثر بر نزاع‌های دسته‌جمعی، به بررسی نظریه‌هایی می‌پردازد که نقش ساختارها و فرایندهای اجتماعی در شکل‌گیری این رفتارها را تبیین می‌کند. طبق تقسیم‌بندی سیگل، نظریه‌های ساختار

اجتماعـــی به تأثیر نابرابری‌های اجتماعی، فقـــر و عوامل فرهنگی در ایجاد رفتارهای خشـــونت‌آمیز توجه دارند؛ در حالی که نظریه‌های فرایند اجتماعی بر نقش تعاملات اجتماعی و یادگیری رفتارهای انحرافی و تأثیرات اجتماعی هم‌چون فشـــار همسالان تأکید می‌کنند. در این پژوهش، از پرداختن به نظریه‌هایی که مفاهیم کلان مانند تضاد طبقاتی را مطرح می‌کنند، خودداری شـــده است؛ زیرا این نظریه‌ها ارتباط مستقیمی با موضوع مطالعه ندارند. تمرکز تحلیل بر عواملی اســـت که به طور خاص در نزاع‌های دسته‌جمعی تأثیر دارند و می‌تواند شناخت بهتری از سازِکارهای بروز این رفتارها در جامعه ارائه دهد.

۱-۱. نظریه‌های ساختار اجتماعی

نظریه‌پردازان ســـاختار اجتماعی بر این باورند که ارتکاب جرائم و افزایش آن ارتباط مســـتقیمی با وضعیت طبقاتی و تنوع فرهنگی و ارزشی در جامعه دارد. آن‌ها توجـــه خود را به طبقات و لایه‌های اجتماعی و ســـاختارهای‌جامعه معطوف می‌کنند و معتقدند که نابرابری در دسترســـی به امکانات و ســـرمایه‌های اجتماعی و اقتصادی موجب‌اختلافات و تنش‌ها و در نهایت بزهکاری می‌شـــود. این نابرابری‌ها به –ویژه در مناطق فقیرنشـــین، افراد را به سمت الگوهای رفتار جنایی سوق می‌دهد. به عنوان مثال، افرادی که در مناطق فقیر زندگی –می‌کنند، بیشتر احتمال دارد که در بزرگسالی به بزهکاری ادامه دهند. در این ســـاختار اجتماعی، سه نظریه اصلی وجود دارد که با یکدیگر هم‌پوشانی‌دارند: نظریه بی‌ســـازمانی اجتماعی، نظریه فشار و نظریه انحراف فرهنگی یا خرده‌فرهنگی (ســـیگل و ولـــش، ۱۳۹۹: –۳٤۷ و حاجی‌ده‌آبادی، ۱٤۰۰: ۷٤–۷۵).

۱-۱-۱. نظریه بی‌سازمانی اجتماعی[1]

نظریه بی‌ســـازمانی اجتماعی بر این اصل استوار اســـت که ناتوانی جامعه در اعمال‌کنتـــرل اجتماعی فرصت‌هایی برای بروز رفتارهای غیر قانونی، به ویژه در میان نوجوانان فراهم می‌آورد. این نظریه تأثیر زیست‌بوم انسانی را بر رفتار افراد به ویژه در محیط‌های شهری با استانداردهای زندگی پایین بررسی‌می‌کند. زیست‌بوم‌های ناسالم می‌تواند منجر به بروز رفتارهای انحرافی و مجرمانه شـــود (صفاری و کونانی، ۱۳۹٦:

1. Social Disorganization Theory

۱۲٦؛ حاجی‌ده‌آبادی، ۱٤۰۰: ۷۵).

این رویکرد که توسط مکتب شیکاگو در اوایل قرن بیستم مطرح شد، ارتباط رفتار انسان با محیط شهری را تحلیل می‌کند. شاو و مک‌کی از جامعه‌شناسان این مکتب، مناطق شهری را به پنج منطقه تقسیم‌کرده و دریافتند که نرخ بزهکاری در مناطقی مانند محدوده انتقالی که ویژگی‌هایی چون فقر، بیکاری و تراکم جمعیت دارد، بالاتر است. آنان استدلال‌کردند که فقدان کنترل‌های اجتماعی در این مناطق باعث افزایش بزهکاری می‌شود (حاجی‌ده‌آبادی، ۱٤۰۰: ۷٦؛ سیگل و ولش، ۱۳۹۹: ۳۵۱).

این نظریه تأکید دارد که نبود نظارت اجتماعی رسمی و تضعیف نهادهایی مانند خانواده و مدرسه، موجب الگوبرداری کودکان و نوجوانان از گروه‌های‌بزهکار می‌شود. شاو و مک‌کی نشان‌دادند که بزهکاری در این مناطق نه به دلیل مشکلات انطباق فرهنگی، بلکه به سبب فضای بی‌سازمانی اجتماعی است (نجفی‌ابرندآبادی، ۱۳۸۳: ۲۰۲٤). نظریه بی‌سازمانی اجتماعی هم‌چنین توضیح می‌دهد که ضعف ساختارهای اجتماعی، کاهش نظارت اجتماعی و وجود عوامل محیطی مخرب می‌تواند به افزایش رفتارهای خشونت‌آمیز مانند نزاع‌های دسته‌جمعی منجر شود. در شهرستان شهریار، عواملی هم‌چون تراکم جمعیت، بیکاری و کمبود ساختارهای حمایتی می‌تواند شرایط مساعدی برای گسترش نزاع‌های دسته‌جمعی ایجاد کند. بر اساس این نظریه، در مناطقی با بی‌سازمانی اجتماعی، نزاع‌های دسته‌جمعی به عنوان رفتارهای انحرافی بیشتر بروز می‌یابند و فقدان نظم اجتماعی می‌تواند نقش بازدارنده نهادهایی نظیر خانواده و نیروهای انتظامی را تضعیف کرده و موجب افزایش خشونت‌های گروهی شود.

۲-۱-۱. نظریه فشار[1]

نظریه فشار که در دسته نظریه‌های ساختاری قرار می‌گیرد، بر اساس این است که انحرافات و جرائم در جوامع بیشتر ناشی از فشارهای اقتصادی و اجتماعی است که بر افراد به ویژه اقشار محروم وارد می‌شود. این فشارها به ویژه در مناطق محروم، به‌دلیل کمبود امکانات و فرصت‌های‌محدود، موجب بروز رفتارهای انحرافی می‌شود.

1. Strain Theory

افراد محروم به دلیل ناتوانی در دسترسی به منابعی مانند مسکن، آموزش و بهداشت، ممکن است به رفتارهای غیر قانونی مانند دزدی یا مصرف مواد مخدر روی بیاورند (ساعدی و هاشمی و عابدی، ۱۳۹۲: ۸۰؛ سیگل، ۱۳۸٦: ۳۳۱).

این نظریه در دو قالب قابل بررسی است: نظریه فشار ساختار اجتماعی[1] و نظریه فشار عمومی[2]. نظریه فشار ساختار اجتماعی که توسط رابرت مرتن[3] ارائه شده است بر این باور است که در جوامعی با نابرابری‌های اجتماعی، فشارهای ساختاری می‌تواند منجر به رفتارهای انحرافی شود. مرتن چهار نوع واکنش انحرافی به فشارهای اجتماعی را توضیح داده است: نوآوری، آیین‌باوری، کناره‌گیری و طغیان. او این واکنش‌ها را نه به عنوان مشکلات روان‌شناختی، بلکه به عنوان پاسخ‌های ساختاری به فشارهای اجتماعی ناشی از آنومی در نظر می‌گیرد (ممتاز، ۱۳۸۱: ۵۲؛ جوانمرد، ۱٤۰۰: ۱۱۱-۱۱۲؛ ستوده، ۱۳۸٤: ۱۳۰-۱۳۲؛ حیدرآبادی و عباسی و نجفی، ۱۳۹۱: ۱۰۷).

در ادامه نظریه فشار عمومی که توسط رابرت آگنیو[4] مطرح شده، به تبیین بزهکاری در تمامی اقشار جامعه پرداخته است. برخلاف مرتن که بیشتر بر طبقات پایین تأکید داشت، آگنیو این نظریه را برای تبیین بزهکاری در تمامی گروه‌های اجتماعی گسترش داده است. او به ویژه بر نقش روابط اجتماعی منفی تأکید دارد و بیان می‌کند که ناکامی در دستیابی به اهداف یا از دست -دادن منابع مثبت می‌تواند موجب هیجانات منفی مانند خشم و ناامیدی شود که به رفتارهای مجرمانه منتهی می‌شود (حاجی‌ده آبادی، ۱٤۰۰: ۱۱۲).

آگنیو منابع فشار را به چهار دسته تقسیم می‌کند: ناکامی در دستیابی به اهداف مثبت و ارزشمند اجتماعی، عدم تطابق انتظارات و موفقیت‌ها، از دست دادن یا حذف محرک‌های مثبت و حضور محرک‌های منفی مانند بزه‌دیدگی یا کودک‌آزاری. این فشارها به ویژه زمانی که فرد قادر به دوری از شرایط منفی نباشد، می‌تواند موجب بروز رفتارهای پرخاش‌گرانه و خشونت‌آمیز شود (سیگل، ۱۳۸٦: -۳٤٤؛ ملکمیان و

1. Social Structural Strain Theory
2. General Strain Theory
3. Robert Merton
4. Robert Agnew

شریفیان، ۱۳۸۸: ۱۴۹).

نظریه فشـــار عمومی هم‌چنین با تحلیل تأثیر عوامـــل اجتماعی و فرهنگی بر نزاع‌های دسته‌جمعی ارتباط نزدیکی دارد. فشارهای ناشی از نابرابری‌های اجتماعی و اقتصادی مانند فقر، بیکاری و کمبود امکانات در مناطق پرجمعیت و محروم می‌تواند موجب بروز احساســـات منفی هم‌چون خشـــم و ناامیدی شود که در نهایت به اعمال خشونت‌آمیز و نزاع‌های جمعی می‌انجامد. در این مناطق، عدم دسترسی به فرصت‌های اجتماعی و اقتصادی می‌تواند به بروز رفتارهای انحرافی و جرائم جمعی منتهی‌شـــود. بر اســـاس این نظریه، روابط اجتماعی منفی مانند اختلافات خانوادگی یا اجتماعی و فشارهای ناشی از آن‌ها، به ویژه در جوامعی که احساس ناکامی و محرومیت در آن‌ها بیشتر اســـت، زمینه‌ساز بروز چنین رفتارهای خشـــونت‌آمیز و نزاع‌های دسته‌جمعی خواهد بود.

۳-۱-۱. نظریه محرومیت نسبی[1]

نظریه محرومیت نســـبی به ادراک افراد از وضعـــیت رفاهی خود در مقایسه با دیگران اشـــاره دارد و تأکید می‌کند که فقر نه تنها یک وضـــعیت عینی، بلکه یک وضعیت ذهنی اســـت که از مقایسه اجتماعی نشأت مـــی‌گیرد. بر اساس این نظریه، احســـاس محرومیت زمانی ایجاد می‌شـــود که افراد احساس‌کنند به دلایل‌مختلف از مزایای اجتماعی، اقتصادی یا فرهنگی که دیگران در جامعه دارند، محروم هستند. این احساس محرومیت می‌تواند به بزهکـاری، خشونت و نارضایتی اجتماعی منجر شود (ولد و برنارد و اســـنیپس، ۱۳۸۰: ۱۶۱). طبق این نظریه، نابرابری‌های اقـــتصادی و اجتماعی می‌تواند فشارهایی ایجاد کند که در نهایت منجر به رفتارهای خـشونت‌آمیز و بزهکاری شـــود. افـــراد با وضعیت اقتصادی ضعیف، به دلیل احســـاس حقارت و عدم دســـتیابی به منابع مورد نظر، ممکن است به بزهکـــاری و خشونت روی آورند (باقـــری و ملتفـــت، ۱۳۸۹: ۸۸-۸۹). رابرت گار[2] نیز این نظـــریه را در زمینه رفتار سیاســـی بررســـی‌کرده و به این نتیجه رسیده است که هر چه احساس محرومیـــت بیشـــتر باشد، میزان خشونت افزایش می‌یابد. او ســـه نوع محرومیت نسبی را معرفی

1. Relative Deprivation Theory
2. Robert Gurr

کرده است: محرومیت نزولی، محرومیت ناشی از بلندپروازی و محرومیت صعودی (قاسمی و بختیاری، ۱۳۹۸: ۳٦). این احساس محرومیت به ویژه در مناطق حاشیه‌ای و فقیرتر مشاهده می‌شود؛ جایی که ترکیب فقر اقتصادی و فرهنگی مشاهده می‌شود وضعیت رفاهی بهتر دیگران، به نارضایتی و افزایش احساس محرومیت نسبی منجر می‌شود (هادیزاده، ۱۳۸۲: ۲۳۵). به طور کلی، نظریه محرومیت نسبی به ویژه در جوامعی با نابرابری‌های اقتصادی و اجتماعی برجسته می‌شود و می‌تواند علل بروز خشونت‌های اجتماعی و نزاع‌های دسته‌جمعی را روشن‌تر سازد. این نظریه بر اهمیت احساس محرومیت و نابرابری میان گروه‌های مختلف جامعه تأکید دارد و نشان‌می‌دهد که این احساسات چگونه می‌تواند به تشدید خشونت و نزاع‌های اجتماعی منجر شود.

۲-۱. نظریه های انحراف فرهنگی (خرده فرهنگی)[1]

نظریه‌های خرده‌فرهنگ به بررسی گروه‌هایی می‌پردازند که از جریان غالب‌جامعه انحراف دارند. این نظریه‌ها یا به عنوان زیرمجموعه نظریه‌های ساختاری جرم یا فشار اجتماعی شناخته می‌شوند. طبق این نظریه‌ها، خرده‌فرهنگ‌ها در مناطق فاقد سازمان به دلیل فشار و گسست اجتماعی شکل‌می‌گیرند (سیگل و ولش، ۱۳۹۹: ۳٤۹). این گروه‌ها با ایجاد ارزش‌ها و رفتارهای منحصر به فرد، تفاوت‌های رفتاری ایجاد می‌کنند که از نسلی به نسل دیگر منتقل می‌شود (سیگل، ۱۳۸٦: ۳۱۷).

خرده‌فرهنگ زمانی شکل می‌گیرد که گروهی از افراد به دلیل شرایط مشابه، از جریان غالب جامعه محروم یا آن را نفی‌می‌کنند (Bohmet al. ,2011: 104). این گروه‌ها ممکن است برخی تخلفات را به عنوان شیوه‌های اجتماعی مثبت تلقی‌کنند (Walsh& Hemmens,2011: 391). در ادامه به بررسی نظریه‌ها و دیدگاه‌های مختلف در زمینه انحراف فرهنگی پرداخته می‌شود.

1. Cultural Deviance Theories (Subcultural Theories)

۱-۲-۱. نظریه ناکامی منزلتی (خرده‌فرهنگ بزهکاری کوهن)[1]

نظریه ناکامی منزلتی یا خرده‌فرهنگ بزهکاری آلبرت کوهن[2] که در کتاب پسران بزهکار مطرح شد، علل بزهکاری در نوجوانان طبقات پایین را بررسی می‌کند. کوهن معتقد است این نوجوانان با ارزش‌های طبقات متوسط آشنا شده و در رقابت برای دستیابی به منزلت اجتماعی ناکام می‌مانند. این ناکامی‌ها باعث می‌شود که برای جبران تحقیرهای اجتماعی به بزهکاری روی آورند. بر اساس این نظریه، بزهکاری به عنوان مکانیزمی انطباقی، جایگزینی برای کسب منزلت و اعتبار محسوب می‌شود که در تضاد با ارزش‌های طبقات بالاتر قرار دارد (شایگان و جبلی، ۱۳۸۹: ۷٤). کوهن نتیجه می‌گیرد که نوجوانان طبقات پایین به دلیل محدودیت در دستیابی به اهداف مشروع، به خرده‌فرهنگ بزهکاری روی می‌آورند. این خرده‌فرهنگ وسیله‌ای برای جبران نارضایتی‌های اجتماعی و اقتصادی است. از دیدگاه او، پیوستن به گروه‌های بزهکار برای اعضای این طبقات نوعی دستیابی به منزلتی اجتماعی است که در شرایط معمولی دست نیافتنی است (Beirne & Messerschmidt, 2011: 136-139).

به طور کلی ویژگی‌های خرده‌فرهنگ بزهکاری شامل بزهکاری غیر سودمندانه، تمایل به خشونت، منفی‌گرایی، لذت‌جویی و وفاداری گروهی است. کوهن تأکید دارد که نوجوانان طبقه کارگر به دلیل تضاد میان ارزش‌های اجتماعی و خانوادگی خود، در معرض چنین رفتارهایی قرار دارند (قاسمی و یازرلو، ۱۳۸٤: ۱۱۲). در نتیجه محدودیت دسترسی به منابع و فرصت‌های اجتماعی در جوامع، نوجوانان طبقات پایین را به سمت فعالیت‌های بزهکارانه سوق می‌دهد. این رفتارها که اغلب به خشونت و نزاع‌های گروهی منجر می‌شود وسیله‌ای برای کسب منزلت اجتماعی و تحمیل هویت گروهی است.

۲-۲-۱. نظریه فرصت‌های افتراقی (خرده‌فرهنگ تضاد)[3]

نظریه فرصت‌های افتراقی توسط ریچارد کلوارد[4] و لوید اوهلین[5] برای تکمیل نظریه مرتن ارائه شد و بر نابرابری دسترسی به فرصت‌های ارتکاب جرم تمرکز

1. Status Frustration Theory (Cohen's Delinquent Subculture)
2. Albert Cohen
3. Differential Opportunity Theory (Conflict Subculture)
4. Richard Cloward
5. Lloyd Ohlin

دارد. بر اســـاس این نظریه، افراد دو نوع فرصت در ساختار اجتماعی دارند: مشروع و نامشـــروع. در صورت ناتوانی در دستیابی به اهداف اجتماعی از طریق فرصت‌های مشروع، دسترســـی به فرصت‌های نامشروع می‌تواند فرد را به سمت بزهکاری سوق دهـــد؛ با این حال، بر خلاف نظریه مرتن، کلوارد و اوهلین معتقدند که دسترســـی به فرصت‌های نامشروع نیز برای همه افراد یکسان نیست (سخاوت، ۱۳۷٤: ٦۱).

کلـــوارد و اوهلین مفهوم «خرده‌فرهنگ‌های بزهـــکاری» را برای توضیح این مســـأله معرفی و بیان کردند که فرصت‌های نامشروع اغلب از طریق عضویت در این خرده‌فرهنگ‌ها فراهم می‌شود. آن‌ها سه نوع خرده‌فرهنگ بزهکاری را شناسایی کردند: نخست، خرده‌فرهنگ مجرمانه که ارتباط نزدیک بزهکاران بزرگسال با جوانان امکان مشـــارکت آن‌ها در جرائمی مانند سرقت و فعالیت‌های سازمان‌یافته را فراهم می‌کند؛ دوم، خرده‌فرهنگ تضاد که در محله‌های بی‌نظم و فاقد جرائم ســـازمان‌یافته، جوانان برای کسب منزلت اجتماعی به خشونت و درگیری روی می‌آورند؛ سوم، خرده‌فرهنگ گوشـــه‌گیر که به افرادی تعلق دارد که در دیگر خرده‌فرهنگ‌ها جایگاهی ندارند و به مصرف مواد مخدر و الکل پناه می‌برند (صدیق‌سروستانی، ۱۳۸۳: ۱٤؛ احمدی، ۱۳۹۲: ۷۷). این نظریه نشـــان‌می‌دهد که نزاع‌های دســـته‌جمعی به عنوان واکنشـــی به فقدان فرصت‌های مشروع ناشی از پیوستن جوانان به خرده‌فرهنگ‌های خشونت‌محور است. این رفتارها تحت تأثیر مستقیم ساختار اجتماعی و فرصت‌های موجود در محیط‌های زندگی افراد شکل می‌گیرد.

۳-۲-۱. نظریه خرده‌فرهنگ طبقه پایین[1]

نظریه خرده‌فرهنگ طبقه پایین والتر میلر[2] بر این نکته تأکید دارد که رفتارهای بزهکارانه در طبقات فرودست ناشی از تضاد با ارزش‌های طبقه متوسط نیست، بلکه پاســـخی به ارزش‌های خاص خرده‌فرهنگ طبقه خود اســـت. میلر معتقد اســـت که پســـران طبقه‌فرودست به خرده‌فرهنگ خود وفادارند و تلاش برای نمایش رفتارهای مورد تأیید ایـــن فرهنگ در جامعه، آن‌ها را به عنوان بزهکار معرفی می‌کند (احمدی، ۱۳۹۲: ۹۲). این نظریه توضیح می‌دهد که پســـران برای کسب هویت مردانه و منزلت

1. Lower-Class Culture Theory
2. Walter Miller

اجتماعی به باندهای‌خیابانی می‌پیوندند. اعضای این باندها نه بیمار روانی هستند و نه تحت تأثیر اختلالات فردی عمل می‌کنند، بلکه نماینده قوی‌ترین اعضای محله خود هستند که از توانایی جسمانی و مهارت‌های اجتماعی برخوردارند (شومیکر، ۱۳۹۷: ۲۰۶). میلر بیان می‌کند که باندهای تبهکار در چارچوب ارزش‌های خرده‌فرهنگ خود عمل کرده و اختلافات را از طریق نزاع و درگیری حل می‌کنند. این روش در فرهنگ آن‌ها پذیرفته شده است و به همین دلیل در مناطقی که این خرده‌فرهنگ غالب است، نزاع‌های دسته‌جمعی به وفور مشاهده می‌شود. هم‌چنین والدین این طبقه به دلیل پذیرش این فرهنگ، کنترلی بر روابط فرزندان خود با هم‌سالان خشن اعمال نمی‌کنند و مانعی برای شرکت آن‌ها در نزاع ایجاد نمی‌نمایند.

٤-۲-۱. نظریه خرده فرهنگ فقر[1]

نظریه خرده‌فرهنگ فقر اسکار لوئیس[2] بر این باور است که در طبقات فرودست و فقیر، مجموعه‌ای از ارزش‌ها و سبک‌های زندگی خاص به دلیل شرایط محرومیت و فقر شکل‌می‌گیرد (شومیکر، ۱۳۹۷: ۲۰۷). لوئیس تأکید دارد که زندگی افراد این طبقات با تلاش روزانه برای بقا و فقدان حریم خصوصی همراه است و رقابت برای منابع محدود و احساس سرافکندگی باعث پرخاش‌گری و خشونت در جوانان می‌شود (محسنی، ۱۳۹۷: ۹۰؛ احمدی، ۱۳۹۲: ۱۳۸۵). این رفتارهای بزهکارانه و خشونت‌آمیز به ویژه در مناطق حاشیه‌نشین، ناشی از فشارهای اقتصادی و اجتماعی و ناتوانی در حل مشکلات از طریق روش‌های قانونی است. عوامل اقتصادی و فرهنگی نقش کلیدی در ایجاد خرده‌فرهنگ‌هایی دارند که در آن‌ها حل اختلافات با پرخاش‌گری و خشونت تأیید می‌شود (Toby,1961: 283). در نتیجه این وضعیت‌ها به افزایش خشونت‌های فردی و جمعی در جوامع فقیر و حاشیه‌نشین منجر می‌شود.

٥-۲-۱. نظریه خرده فرهنگ خشونت[3]

نظریه خرده‌فرهنگ خشونت که توسط مارووینگ ولفگانگ و فرانکو فراکوتی (۱۹۸۱) مطرح شد، بر تأثیر یادگیری ارزش‌ها، هنجارها و رفتارهای خشونت‌آمیز

1. Culture of Poverty Theory
2. Oscar Lewis
3. Subculture of Violence Theory

در محله‌های فقیر و نابســـامان تأکید دارد. در این خرده‌فرهنگ‌ها، خشونت به عنوان ابزاری برای حفاظت از جایگاه اجتماعی فرد و واکنش به توهین‌ها پذیرفته می‌شـــود و با فرهنـــگ غالب جامعه در تضاد اســـت (رایجیان اصلـــی، ۱٤۰۱: ۳٤۳؛ Bohm et al. ,2011: 104). دـــر محیط‌هایی که خشـــونت به عنوان راه حلی آموخته شـــده ترویج می‌شـــود، این رفتارها بیشـــتر از راه حل‌های دیگر تقویت می‌گردند (Walsh and Hemmens,2011: 391)؛ به ویژه در مناطقی که حمل ســـلاح پذیرفته شده و والدین نسبت به این رفتارها واکنش منفی نشان نمی‌دهند یا حتی فرزندان خود را در درگیری‌ها تشـــویق می‌کنند، نرخ جرائم خشونت‌آمیز از جمله منازعات دسته‌جمعی افزایش می‌یابد.

۳-۱. نظریه‌های فرایند اجتماعی

نظریه‌هـــای فرایند اجتماعی بـــر نقش روابط شـــخصی و جامعه‌پذیری افراد از طریـــق نهادهایی مانند خانواده، مدرســـه و نهادهای دینی در شـــکل‌گیری و تداوم بزهـــکاری تأکید دارند (حاجی‌ده آبادی، ۱٤۰۰: ٥٤). روابط مثبت با این نهادها باعث پای‌بندی به مقررات جامعه می‌شـــود؛ در حالی که روابط ناسالم ممکن است افراد را به مسیرهای پرخطر سوق دهد (سعادتی، ۱۳۹۹: ۱۱٥). این دیدگاه به طور کلی شامل دو شاخه اصلی یادگیری اجتماعی و کنترل اجتماعی است.

۱-۳-۱. نظریه یادگیری اجتماعی

نظریـــه یادگیری اجتماعی با تأکیـــد بر نقش جامعه در شـــکل‌دهی رفتارها، بیان‌می‌کند که بزهکاری رفتاری اکتســـابی اســـت که از طریـــق تعاملات اجتماعی، مشـــاهده و الگوبرداری شـــکل‌می‌گیرد. این نظریه که بر تأثیر هم‌زمان عوامل فردی، محیطی و رفتاری تأکید دارد، دارای دو شـــاخه اصلی اســـت: نظریـــه پیوند افتراقی ســـاترلند[1] و نظریه تقویت افتراقی برگس و آکرز[2] (پوریوســـفی و طایفه و فرکوش، ۱۳۸۸: ۱۸٤).

پیوند افتراقی توضیح می‌دهد که بزهکاری از معاشرت با افرادی ناشی می‌شود که هنجارهای انحرافی را ترویج می‌دهند. تعاملات مکرر و قوی با این گروه‌ها باعث

1. Edwin Sutherland
2. Burgess and Akers

یادگیری شیوه‌های ارتکاب جرم و نـــگرش‌های مثبت به رفتارهای مجرمانه می‌شود (داوری و ، ۱۳۸۷: ۳۹۸). تقویت افتراقی نقـش پاداش و تنبیه را در شکل‌گیری رفتار بزهکارانه برجسـته می‌کند. در این رویکرد، رفتارهای مـجرمانه زمانی تقویت می‌شوند که با پیامدهای مثبـــت مانند تأییـــد گروهی همراه باشـــند و رفتارهای غیر مجرمانه زمانی کاهش‌می‌یابند که بی‌اهمیت جلوه دادہ شـــوند (حاجی‌ده‌آبادی، ۱۴۰۰: ۱۳۹). این نظریه‌ها به طور مشـــترک تأثیر تعـــاملات اجتماعی و محیطی را در شکل‌گیری رفتارهای بزهکارانه توضیح می‌دهـــند و معتقـدند که این رفتارها از طریق معاشرت و تقویت در محیط‌های اجتماعی خاص به وجـــود می‌آیند (رایجیان اصلی، ۱۴۰۱: ۳۴۸).

نظریه یادگیری اجتماعی در ارتباط با نزاع‌های دسته‌جمعی در مناطق حاشیه‌ای مانند شهریار نشان می‌دهد که افراد از طریق تعامل با گروه‌های اجتماعی که رفتارهای انحرافی را ترویج می‌کنند، شـــیوه‌های ارتکاب نزاع و خشـــونت را می‌آموزند. طبق نظریه پیوند افتراقی ســـاترلند، این رفتارها از طریق معاشرت‌های مداوم با گروه‌هایی که هنجارهای انحرافی را تقویت کرده، شـــکل می‌گیرند. هم‌چنین بر اســـاس نظریه تقویت افتراقی برگس و آکرز، پاداش‌ها و تاییدهای اجتماعی از سوی گروه‌های مشابه می‌توانند باعث تقویت و تکرار این رفتارها شوند.

۲-۳-۱. نظریه‌های کنترل اجتماعی[1]

نظریه‌های کنترل اجتماعی بر این اســـاس اســـتوارند که هر فرد به طور بالقوه می‌تواند از قانون ســـرپیچی‌کند و بزهکار شـــود؛ چرا که در جامعه مدرن فرصت‌های زیادی برای فعالیت‌های غیر قانونی وجود دارد (شیری، ۱۳۹۷: ۱۱۰). این نظریه‌ها بر این باورند که در مواجهـــه با هیجانات و جذابیت‌های جرم مانند مصرف مواد مخدر یا ســـرقت، افراد به دلیل فقدان یا تضعیف کنترل‌های اجتماعی ممکن است به سمت بزهـــکاری گرایش پیدا کننـــد (قرباتی و فیض آبادـــی، ۱۳۹۲: ۱۱۳). از دیدگاه این نظریه‌ها، کنترل‌های اجتماعی درونی و بیرونی ســـبب تبعیت افراد از قوانین می‌شود و دـــر صورت ضعف این نظارت‌هـــا، انحراف و بزهکاری افزایـــش می‌یابد (صدیق سروســـتانی، ۱۳۸۵: ۴۷). این نظریه‌ها در دو قالب اصلی بررســـی می‌شـــوند: نظریه

1. Social Control Theories

پیوندهای اجتماعی و نظریه مهار.

نظریه پیوندهای اجتماعی که توسط هیرشی[1] در سال ۱۹٦۹ مطرح شد، معتقد است که علت هم‌نوایی افراد با هنجارهای اجتماعی، پیوندهای اجتماعی است و ضعف این پیوندها باعث بروز کج‌رفتاری و جرم می‌شود (صدیق سروستانی، ۱۳۸۵: ٤۷-٤۸). هیرشی چهار عنصر وابستگی، تعهد، مشارکت اجتماعی و اعتقاد را به عنوان عوامل کنترل‌کننده رفتار افراد می‌شناسد (حیدرآبادی و -عباسی و نجفی، ۱۳۹۱: ۱۰٦). وابستگی به افراد و نهادهای اجتماعی موجب می‌شود افراد از ارتکاب جرم خودداری کنند؛ زیرا نمی‌خواهند به دیگران آسیب برسانند (پاک‌نهاد، ۱٤۰۱: ۲۱٤). تعهد به فعالیت‌های اجتماعی و حفظ موقعیت‌های اجتماعی نیز افراد را از جرم بازمی‌دارد (سبزه‌ای و مرادی، ۱۳۹٤: ۱٦۵). مشارکت اجتماعی به این معناست که افراد در فعالیت‌های مفید مشغول هستند و زمان کمتری برای ارتکاب جرم دارند (همان‌جا)؛ هم‌چنین اعتقاد به ارزش‌ها و هنجارهای اجتماعی باعث می‌شود افراد کمتر به نقض قوانین تمایل داشته باشند (پاک‌نهاد، ۱٤۰۱: ۲۱۵). در نهایت، در افراد با پیوندهای اجتماعی‌ضعیف، احتمال مشارکت در نزاع دسته‌جمعی بیشتر است.

نظریه مهار که توسط والتر رکلس[2] مطرح شد، تأکید دارد که افراد تحت فشارهای اجتماعی و محرومیت‌های اقتصادی قرار دارند که می‌تواند آنان را به ارتکاب جرم سوق دهد. فشارها و کنش‌های گروه هم‌سالان و پذیرش خرده‌فرهنگ‌های مجرمانه نیز از عوامل انحراف هستند (شیخ‌الاسلامی وطنی و آشوری و مهرا و مهدوی ثابت، ۱٤۰۲: ۲۲). رکلس اشاره می‌کند که خودپنداره مثبت می‌تواند افراد را در برابر این فشارها مقاوم‌تر کند؛ در حالی که خودپنداره ضعیف می‌تواند آنان را به سوی انحرافات اجتماعی سوق دهد (حاجی‌ده‌آبادی، ۱٤۰۰: ۱۵۸). نظریه مهار بزهکاری را از دو منظر مهار بیرونی (نظارت‌خانواده و مدرسه) و مهار درونی (احساس -مسؤولیت و مقاومت در برابر فشارها) توضیح می‌دهد. رکلس تأکید دارد که مهار درونی اهمیت بیشتری دارد؛ چرا که افراد با خودپنداره مثبت کمتر به ارتکاب جرم تمایل‌دارند (پاک‌نهاد، ۱۳۹۹: ۳۵٤).

1. Travis Hirschi
2. Walter Reckless

افرادی که خودپنداره ضعیف دارند، معمولاً احساس ناکامی و بی‌ارزشی می‌کنند و ممکن است برای افزایش عزت نفس خود به رفتارهای بزهکارانه روی آورند. این افراد معمولاً به گروه‌های انحرافی می‌پیوندند تا از طریق رفتارهای مجرمانه مانند شرکت در نزاع‌ها، عزت نفس و احترام کسب کنند. در نهایت، خودپنداره ضعیف می‌تواند فرد را به سوی گروه‌های انحرافی کشانده و در نتیجه به ارتکاب جرم و انحرافات اجتماعی منجر شود.

۲. پیشینه پژوهش

مطالعات داخلی و خارجی مختلفی به بررسی نزاع دسته‌جمعی پرداخته‌اند و یافته‌های این پژوهش‌ها روابط میان متغیرهای متعددی را روشن کرده است. نتایج پژوهشی نشان می‌دهد کاهش سرمایه اجتماعی، طایفه‌گرایی و وابستگی به ایل‌ها باعث شکاف‌های اجتماعی و فرهنگی شده و به افزایش نزاع دسته‌جمعی منجر می‌شود (جوانمرد و همکاران، ۱۳۹۸). در پژوهشی‌دیگر مشخص شده است که پایین بودن پایگاه اجتماعی، اختلافات قومی قبیله‌ای، اختلافات فرهنگی و بی‌اعتمادی به اجرای قوانین رابطه مثبتی با نزاع دسته‌جمعی دارند (داوری و احمدیان مهریان، ۱۳۹۲). هم‌چنین تحلیل پرونده‌های شهرستان بویراحمد نشان می‌دهد مردان، جوانان، مجردان، روستائیان و افراد با تحصیلات پایین بیشتر در نزاع‌ها مشارکت می‌کنند (میرفردی و صادق‌نیا، ۱۳۹۱).

پژوهش لهراسبی‌زاده (۱۳۹۱) در مناطق حاشیه‌نشین کرمانشاه ارتباط معناداری میان محرومیت اجتماعی اقتصادی و افزایش خشونت شهری را نشان‌داده است. از سوی دیگر، تراکم ساختمانی و عدم نظارت‌کافی در فضاهای بی‌دفاع شهری به عنوان عواملی که خشونت و نزاع را افزایش می‌دهند شناسایی شده است (محسنی تبریزی و همکاران، ۱۳۹۰). حسینی‌زاده و همکاران (۱۳۹۰) نیز نشان‌داده‌اند که تحصیلات بالا باعث کاهش گرایش به نزاع می‌شود؛ در حالی که احساس نابرابری و تبعیض میان گروه‌های قومی می‌تواند خشونت را افزایش دهد.

پژوهش توسلی (۱۳۹۹)، اختلافات ملکی، تعصبات قومی و اختلافات سیاسی در انتخابات را از عوامل اصلی نزاع دسته‌جمعی معرفی کرده است و پیشنهاد می‌دهد که پیشگیری‌های کیفری و ترویج میانجی‌گری می‌توانند نقش مهمی در جلوگیری

از این نزاع‌ها ایفا کنند. در پژوهش دیگری، یافته‌ها نشان داده است که نگرش مثبت به نزاع در بیش از نیمی از پاسخ‌دهندگان وجود دارد و پایگاه اجتماعی اقتصادی و الگوی اجتماعی شدن تأثیر معناداری بر این نگرش دارند (حقی‌زاده دیالی، ۱۳۹۹)؛ هم‌چنین پرخاش‌گری، پایگاه اقتصادی اجتماعی و کنترل اجتماعی رابطه معناداری با نزاع دسته‌جمعی دارند؛ در حالی که روابط خانوادگی سالم از این نزاع‌ها می‌کاهد (شاهویی، ۱۳۹۷).

پژوهش تامرادی (۱۳۹۷) نشان داده است که فقر اقتصادی، قوم‌گرایی و مصونیت از تبعات جرم گرایش به نزاع را افزایش می‌دهند و در مقابل، انسجام و اعتماد اجتماعی رابطه معکوسی با این پدیده دارند. یافته‌های درویشی (۱۳۹٤) نیز حاکی از آن است که ضعف سرمایه اجتماعی و تحریک جوانان از عوامل تشدید نزاع است؛ در حالی که پیامدهای نزاع شامل کاهش انسجام اجتماعی و افزایش پرونده‌های قضایی است؛ هم‌چنین درستی (۱۳۸۸) تعصبات قومی، انتقام‌جویی و اختلافات ملکی را به عنوان عوامل اصلی نزاع در شهرستان بویراحمد شناسایی کرده است.

در مطالعات خارجی، جانسون[1] و همکاران (۲۰۰٤) بیان‌کرده‌اند که خشونت ناشی از عوامل فردی، خانوادگی، اجتماعی و بین‌فردی است. این پژوهش نشان می‌دهد که ۸۹ درصد جوانان تجربه نزاع داشته‌اند و این رفتار را ابزاری برای حل مشکلات می‌دانند. پژوهش دیگری توسط برنتینگتون[2] (۲۰۱٤) نشان داده است که نظارت والدین در محله‌های محروم بر کاهش‌خشونت –نوجوانان نسل اول اثر مثبت دارد، اما در نسل دوم و سوم این نظارت در محله‌های پرخطر کاهش یافته و به افزایش خشونت منجر می‌شود.

این مجموعه مطالعات نشان دهنده روابط پیچیده‌ای میان عوامل اجتماعی، اقتصادی و فرهنگی با نزاع دسته‌جمعی است و به اهمیت سرمایه اجتماعی، آموزش و نظارت در پیشگیری از این پدیده تأکید دارند.

1. Michael P. Johnson
2. Brantingham

۳. روش پژوهش

روش‌تحقیق این پژوهش کمی و میدانی با رویکرد پیمایشی است و هدف آن، تعمیم نتایج به جامعه آماری بزرگ‌تر می‌باشد. در مرحله اول، مفاهیم و نظریات مرتبط از طریق مطالعات کتابخانه‌ای بررسی و چارچوب مفهومی تحقیق تدوین شد. سپس داده‌های -میدانی با استفاده از مصاحبه و پرسش‌نامه گردآوری شد. پژوهش به صورت هم‌بستگی انجام شده و به بررسی روابط علت و معلولی بین متغیرها می‌پردازد.

جامعه آماری شامل مردان بالای هجده سال شهرستان شهریار است که بین سال‌های ۱۳۹۷ تا ۱٤۰۱ حداقل یک بار در نزاع دسته‌جمعی شرکت‌کرده‌اند. با استفاده از فرمول کوکران، حجم نمونه ۳۸٤ نفر تعیین شد. به دلیل دشواری شناسایی افراد مجرم، از روش نمونه‌گیری گلوله برفی استفاده شد که در آن افراد مطلع، نمونه‌ها را به تدریج معرفی کردند.

برای ارزیابی روایی پرسش‌نامه، از روایی صوری (تأیید اساتید متخصص) و روایی هم‌گرا ($AVE \geq 0.5$) استفاده شد. پایایی ابزار با ضریب آلفای‌کرونباخ و پایایی ترکیبی (هر دو برابر با ۱. ۰۰۰) تأیید شد. داده‌ها با استفاده از نرم‌افزار اسمارت پی ال اس[1] و مدل‌سازی معادلات ساختاری تحلیل شدند. این روش برای بررسی روابط پیچیده بین متغیرها بسیار مناسب است.

٤. تجزیه و تحلیل داده‌ها

تجزیه و تحلیل داده‌ها یکی از بخش‌های اساسی هر تحقیق است که به بررسی صحت فرضیات و پردازش اطلاعات خام با استفاده از نرم‌افزارهای آماری می‌پردازد. در این تحقیق، ابتدا ویژگی‌های جمعیت‌شناختی به صورت توصیفی بررسی‌شده و سپس میزان پاسخ‌دهی به سؤالات تحلیل می‌شود. برای آزمون فرضیه‌ها از روش معادلات ساختاری با نرم‌افزار پی ال اس استفاده شده است که امکان ارزیابی معنادار ضرایب و صحت فرضیات را فراهم می‌کند.

٤-۱. بررسی آمار توصیفی متغیرهای جمعیت‌شناختی

به منظور شناخت بهتر جامعه‌ای که در پژوهش مورد مطالعه قرار گرفته است، قبل از تجزیه و تحلیل داده‌های آماری، لازم است این داده‌ها توصیف شود.

1. Smart PLS

جدول ۱- شاخص‌های توصیفی متغیرهای جمعیت‌شناختی

متغیرها		فراوانی	درصد
وضعیت تأهل	مجرد	۲۵۸	۶۷/۲
	متاهل	۱۰۹	۲۸/۴
	بدون همسر بر اثر طلاق	۱۵	۳/۹
	بدون همسر بر اثر فوت همسر	۲	۰/۵
سن	۱۸ تا ۲۰ سال	۸۴	۲۱/۹
	۲۱ تا ۳۰ سال	۱۷۶	۴۵/۸
	۳۱ تا ۴۰ سال	۱۱۴	۲۹/۷
	۴۱ تا ۵۰ سال	۷	۱/۸
	۵۱ سال و بالاتر	۳	۰/۸
میزان تحصیلات	بی‌سواد	۱۰	۲/۶
	زیر دیپلم	۱۵۷	۴۰/۹
	دیپلم	۱۴۷	۳۸/۳
	فوق دیپلم و لیسانس	۷۰	۱۸/۲
	فوق لیسانس و بالاتر	۰	۰
وضعیت اشتغال	شاغل	۱۵۵	۴۰/۴
	بیکار	۲۲۹	۵۹/۶
قد افراد نمونه	کمتر از ۱۵۰ سانتی متر	۱	۰/۳
	بین ۱۵۰ تا ۱۶۹ سانتی متر	۹۶	۰/۲۵
	۱۷۰ تا ۱۷۹ سانتی متر	۱۴۹	۳۸/۸
	۱۸۰ تا ۱۸۹ سانتی متر	۸۵	۲۲/۱
	۱۹۰ تا ۱۹۹ سانتی متر	۵۳	۱۳/۸
	بیش از دو متر	۰	۰
وزن افراد نمونه	کمتر از ۶۰ کیلو گرم	۱۰	۲/۶
	بین ۶۰ تا ۶۹ کیلو گرم	۶۰	۱۵/۶
	بین ۷۰ تا ۷۹ کیلو گرم	۸۱	۲۱/۱
	بین ۸۰ تا ۸۹ کیلو گرم	۹۹	۲۵/۸
	بین ۹۰ تا ۹۹ کیلو گرم	۱۰۳	۲۶/۸
	بیشتر از ۱۰۰ کیلو گرم	۳۱	۸/۱
جمع کل		۳۸۴	۱۰۰

طبق جدول شماره۱، در بین پاسخ دهندگان به پرسش‌نامه، ۴۵/۸% در گروه سنی ۲۱ تا ۳۰ سال بودند که بیشترین درصد را تشکیل می‌دهند؛ در حالی که کمترین درصد (۰/۸%) مربوط به گروه سنی ۵۱ سال و بالاتر است. از نظر تحصیلات، ۲/۶% بی‌سواد، ۴/۹% زیر دیپلم، ۳۸/۳% دیپلم و ۱۸/۲% دارای فوق دیپلم یا لیسانس بودند. از لحاظ وضعیت تأهل، ۶۷/۲% مجرد، ۲۸/۴% متأهل، ۳/۹% مطلقه و ۰/۵% بی‌همسر به دلیل فوت همسر بودند. در زمینه وضعیت اشتغال، ۴۰/۴% شاغل و ۵۹/۶% بیکار گزارش شدند. از نظر قد، بیشترین درصد به میانگین قدی ۱۷۰ تا ۱۷۹سانتی‌متر و کمترین درصد (۰/۳%) به قد کمتر از ۱۵۰ سانتی‌متر اختصاص داشت. در نهایت، از نظر وزن، بیشترین درصد به میانگین وزنی ۹۰ تا ۹۹ کیلوگرم و کمترین درصد (۲/۶%) به وزن کمتر از ۶۰ کیلوگرم تعلق داشت.

۴-۲. بررسی وضعیت مولفه‌های مورد بررسی بر اساس شاخص‌های توصیفی

در این قسمت، مولفه‌های مورد مطالعه با استفاده از شاخص‌های توصیفی و آماری شامل میانگین فرضی (۲/۵)، آزمون تی، سطح معناداری، درجه آزادی، مقدار آزمون، انحراف معیار و میانگین واقعی مورد تحلیل قرار گرفته‌اند. این تحلیل‌ها امکان ارزیابی دقیق‌تر وضعیت متغیرها و بررسی معناداری تفاوت‌ها را فراهم می‌کنند.

۴-۲-۱. تجزیه و تحلیل پاسخ‌های ارائه شده به گویه‌های مرتبط با خرده‌فرهنگ فقر

در این بخش، برای ارزیابی وضعیت مقوله‌ها و ابعاد مورد بررسی، از آزمون t تک نمونه استفاده شده است. میانگین تجربی با میانگین فرضی (۶۰ درصد از نمرات ممکن، معادل ۲/۵) مقایسه شده است.

جدول۲- بررسی وضعیت خرده‌فرهنگ فقر

متغیر	میانگین‌فرضی = ۲/۵ شاخص آزمون تی				
	میانگین	انحراف معیار	مقدار آزمون	درجه آزادی	سطح معناداری
عدم خروج از وضعیت شغلی و اقتصادی بد و نیل به اهداف و آرزوها	۳/۴۱۹۳	۰/۷۶۳۹۰	۲۳/۵۸۲	۳۸۳	۰.۰۰۱
عدم دستیابی به شغل آبرومندانه و با درآمد خوب	۳/۴۲۱۹	۰/۷۷۷۷۲	۲۳/۲۲۸	۳۸۳	۰.۰۰۱
کل	۳/۴۲۰۶	۰/۷۲۹۵۱	۲۴/۷۲۸	۳۸۳	۰.۰۰۱

در جدول۲، با استفاده از آزمون t تک نمونه وضعیت اقتصادی و خرده‌فرهنگ فقر بررسی شد. میانگین امتیاز ۳/٤۲ بالاتر از میانگین نظری ۳ بوده و نشان‌دهنده ارزیابی بالاتر از متوسط این وضعیت است. با t برابر ۲٤/۷۲۸ و سطح معنی‌داری ۰.۰۰۱، نتیجه به طور معنی‌دار تایید می‌شود و می‌توان با ۹۵ درصد اطمینان گفت که وضعیت نامناسب اقتصادی و خرده‌فرهنگ فقر از عوامل مؤثر در جرم‌شناسی نزاع دسته‌جمعی هستند.

۲-۲-٤. تجزیه و تحلیل پاسخ های ارائه‌شده به گویه های مرتبط با بی‌سازمانی اجتماعی

جدول۳- بررسی وضعیت بی‌سازمانی اجتماعی

متغیر	میانگین‌فرضی = ۲/۵ شاخص آزمون تی				
	میانگین	انحراف معیار	مقدار آزمون	درجه آزادی	سطح معناداری
حضور سریع و به موقع پلیس موقع نزاع دسته‌جمعی	۳/۵۲۶۰	۰/۷۹۱۱۷	۲۵/۴۱۳	۳۸۳	۰.۰۰۱
نقش حضور سریع و به موقع پلیس موقع نزاع دسته‌جمعی در کاهش نزاع دسته‌جمعی	۱/۸۵۹۴	۱/۰۷۹۶۱	-۱۱/۶۲۸	۳۸۳	۰.۰۰۱
نقش دوربین‌های کنترل نامحسوس در کاهش نزاع دسته‌جمعی	۲/۵۷۰۳	۱/۱۸۹۷۱	۱/۱۵۸	۳۸۳	۰.۰۰۱
کل	۲/۵۶۱۹	۰/۶۳۵۹۹	۴/۶۸۱	۳۸۳	۰.۰۰۱

در جدول ۳، با استفاده از آزمون t تک نمونه وضعیت بی‌سازمانی اجتماعی بررسی شده است. میانگین امتیاز ۲/٦۵، بالاتر از میانگین نظری (۳)، نشان دهنده ارزیابی بالاتر از متوسط این وضعیت از نگاه نمونه‌هاست. با مقدار t برابر ٤/٦۸۱ و

سطح معنی‌داری ۰.۰۰۱ می‌توان با ۹۵ درصد اطمینان گفت که این نتیجه معنی‌دار است و وضعیت بی‌سازمانی اجتماعی در حد بالاتر از متوسط ارزیابی شده است.

۳-۲-٤. تجزیه و تحلیل پاسخ های ارائه‌شده به گویه‌های مرتبط با کنترل اجتماعی

جدول ٤-بررسی وضعیت کنترل اجتماعی

متغیر	میانگین‌فرضی = ۲/۵ شاخص آزمون تی				
	میانگین	انحراف معیار	مقدار آزمون	درجه آزادی	سطح معناداری
نقش دوربین‌های کنترل نامحسوس در کاهش نزاع دسته‌جمعی	۲/۵۷۰۳	۱/۱۸۹۷۱	۱/۱۵۸	۳۸۳	۰.۲۴۸
منع والدین از نزاع دسته‌جمعی	۲/۶۲۷۶	۱/۱۱۴۵۲	۲/۲۴۴	۳۸۳	۰.۰۲۵
واکنش والدین به حمل‌سلاح	۲/۲۷۳۴	۱/۰۶۷۳۰	-۴/۱۶۰	۳۸۳	۰.۰۰۱
واکنش والدین در صورت ورود به نزاع دسته‌جمعی	۲/۰۵۴۷	۱/۰۹۵۷۴	-۷/۹۶۴	۳۸۳	۰.۰۰۱
کنترل و نظارت والدین در روابط	۱/۸۵۶۸	۰/۹۲۷۰۰	-۳/۵۹۷	۳۸۳	۰.۰۰۱
حساسیت و نظارت والدین نسبت به انتخاب‌دوستان	۱/۸۰۹۹	۰/۸۴۴۴۶	-۶/۰۱۴	۳۸۳	۰.۰۰۱
منع والدین از شرکت در نزاع دسته‌جمعی	۲/۳۷۵۰	۱/۱۰۷۷۷	-۲/۲۱۱	۳۸۳	۰.۰۰۱
کل	۲/۲۲۴۰	۰/۳۱۴۱۶	-۷/۲۱۸	۳۸۳	۰.۰۰۱

در جدول٤ وضعیت کنترل اجتماعی با آزمون t تک نمونه بررسی‌شده است. میانگین امتیاز ۲/۲۲ که کمتر از میانگین نظری(۳) است، نشان‌دهنده ارزیابی‌پایین‌تر از متوسط این وضعیت از نگاه نمونه‌هاست. با مقدار t برابر ۷/۲۱۸- و سطح معنی‌داری ۰.۰۰۱، می‌توان با ۹۵ درصد اطمینان گفت که این نتیجه معنی‌دار بوده و کنترل اجتماعی در حد پایین‌تر از متوسط ارزیابی‌شده است.

٤-۲-٤- تجزیه و تحلیل پاسخ‌های ارائه‌شده به گویه‌های مرتبط با یادگیری اجتماعی

جدول ٥- بررسی وضعیت یادگیری اجتماعی

متغیر	میانگین فرضی = ۲/۵ شاخص آزمون تی				
	میانگین	انحراف معیار	مقدار آزمون	درجه آزادی	سطح معناداری
نقش تشویق و نگاه اطرافیان به نزاع و گرایش به سمت نزاع گروهی و خشونت	۳/۰۴۴۳	۱/۰۰۱۶۳	۱۰/۶۴۸	۳۸۳	۰.۰۰۱
داشتن دیدگاه این‌که طبق نظر بزرگترها و مصلحت اندیشی آن‌ها در نزاع باید شرکت کرد	۳/۲۰۸۳	۰/۸۸۹۹۴	۱۵/۵۹۷	۳۸۳	۰.۰۰۱
کل	۳/۱۲۶۳	۰/۸۴۹۸۶	۱۴/۴۴۱	۳۸۳	۰.۰۰۱

در جدول ۵ وضعیت یادگیری اجتماعی با آزمون t تک نمونه بررسی‌شده است. میانگین امتیاز ۳/۱۲ که بالاتر از میانگین نظری (۳) است، نشان‌دهنده ارزیابی بالاتر از متوسط این وضعیت از نگاه نمونه‌هاست. با مقدار t برابر ۱٤/٤٤۱ و سطح معنی‌داری ۰.۰۰۱ می‌توان با ۹۵ درصد اطمینان گفت که این نتیجه معنی‌دار بوده و یادگیری اجتماعی در حد بالاتر از متوسط ارزیابی شده است.

۵-۲-٤-تجزیه و تحلیل پاسخ‌های ارائه شده به گویه‌های مرتبط با محرومیت نسبی

جدول ٦- بررسی وضعیت محرومیت نسبی

متغیر	میانگین فرضی = ۲/۵ شاخص آزمون تی				
	میانگین	انحراف معیار	مقدار آزمون	درجه ازادی	سطح معناداری
احساس عقب بودن از دیگران از نظر اقتصادی برخلاف حق آن‌ها	۳/۰۸۳۳	۱/۰۳۸۸۵	۱۱/۰۰۴	۳۸۳	۰.۰۰۱
عدم اختصاص امکانات مناسب از طرف دولت به منطقه مورد نظر	۳/۱۸۲۳	۰/۸۴۲۰۲	۱۵/۳۳۲	۳۸۳	۰.۰۰۱
شکاف طبقاتی بین غنی و فقیر	۳/۶۰۶۸	۰/۶۹۲۴۱	۳۱/۳۲۳	۳۸۳	۰.۰۰۱
توزیع ناعادلانه امکانات و ابزار در مناطق مختلف	۳/۲۲۴۰	۰/۹۱۷۹۷	۱۵/۴۵۴	۳۸۳	۰.۰۰۱
توزیع ناعادلانه امکانات رفاهی، آموزشی، بهداشتی و کشاورزی	۳/۲۸۹۱	۰/۸۸۹۳۲	۱۷/۳۸۷	۳۸۳	۰.۰۰۱
کل	۳/۲۷۷۱	۰/۶۶۷۹۵	۲۲/۷۳۶	۳۸۳	۰.۰۰۱

در جدول ٦ وضعیت محرومیت نسبی با آزمون t تک نمونه بررسی‌شده است. میانگین امتیاز ۳/۲۷، بالاتر از میانگین نظری (۳)، نشان دهنده ارزیابی بالاتر از متوسط این وضعیت از نگاه نمونه‌هاست. با مقدار t برابر ۲۲/۷۳٦ و سطح معنی‌داری ۰.۰۰۱می‌توان با ۹۵ درصد اطمینان گفت که این نتیجه معنی‌دار بوده و محرومیت نسبی در حد بالاتر از متوسط ارزیابی‌شده است.

٦-٢-٤. تجزیه و تحلیل پاسخ‌های ارائه‌شده به گویه‌های مرتبط با فشار

جدول ۷- بررسی وضعیت فشار

متغیر	میانگین‌فرضی = ۲/۵ شاخص آزمون تی				
	میانگین	انحراف معیار	مقدار آزمون	درجه آزادی	سطح معناداری
احساس عقب بودن از دیگران از نظر اقتصادی برخلاف حق آن‌ها	۳/۰۸۳۳	۱/۰۳۸۸۵	۱۱/۰۰۴	۳۸۳	۰.۰۰۱
عدم اختصاص امکانات مناسب از طرف دولت به منطقه مورد نظر فرد	۳/۱۸۲۳	۰/۸۷۲۰۲	۱۵/۳۳۲	۳۸۳	۰.۰۰۱
احساس عقب ماندن از هم سن و سال‌ها از نظر امکانات زندگی	۳/۰۹۹۰	۰/۹۳۶۹۷	۱۲/۵۲۷	۳۸۳	۰.۰۰۱
احساس عقب ماندن از هم سن و سال‌ها از نظر داشتن‌مسکن مناسب	۳/۱۷۷۱	۰/۸۹۳۷۸	۱۴/۸۴۵	۳۸۳	۰.۰۰۱
شکاف طبقاتی بین غنی و فقیر	۳/۶۰۶۸	۰/۶۹۲۴۱	۳۱/۳۲۳	۳۸۳	۰.۰۰۱
توزیع ناعادلانه امکانات و ابزار در مناطق مختلف	۳/۲۲۴۰	۰/۹۱۷۹۷	۱۵/۴۵۴	۳۸۳	۰.۰۰۱
توزیع ناعادلانه امکانات رفاهی، آموزشی، بهداشتی و کشاورزی	۳/۲۸۹۱	۰/۸۸۹۳۲	۱۷/۳۸۷	۳۸۳	۰.۰۰۱
عدم خروج از وضعیت شغلی و اقتصادی بد و نیل به اهداف و آرزوها	۳/۴۱۹۳	۰/۷۶۳۹۰	۲۳/۵۸۲	۳۸۳	۰.۰۰۱
عدم دستیابی به شغل آبرومندانه و با درآمد خوب	۳/۴۲۱۹	۰/۷۷۷۷۲	۲۳/۲۲۸	۳۸۳	۰.۰۰۱
کل	۳/۲۷۸۱	۰/۵۴۶۱۰	۲۷/۹۱۹	۳۸۳	۰.۰۰۱

در جدول۷ وضعیت فشـــار با آزمون t تک نمونه بررسی شده است. میانگین امتیاز ۳/۲۷، بالاتر از میانگین نظری (۳)، نشـــان دهنده ارزیابی بالاتر از متوســـط این وضعیت از نگاه نمونه‌هاســـت. با مقدار t برابر ۲۷/۹۱۹ و ســـطح معنی‌داری ۰.۰۰۱ می‌توان با ۹۵ درصد اطمینان گفت که این نتیجه معنی‌دار بوده و فشـــار در حد بالاتر از متوسط ارزیابی‌شده است.

۷-۲-٤. تجزیه و تحلیل پاســـخ‌های ارائه شده به گویه‌های مرتبط با ناکامی منزلتی

جدول ۸- بررسی وضعیت ناکامی منزلتی

متغیر	میانگین‌فرضی = ۲/۵ شاخص آزمون تی				
	میانگین	انحراف معیار	مقدار آزمون	درجه آزادی	سطح معناداری
احساس عقب بودن از دیگران از نظر اقتصادی برخلاف حق آن‌ها	۳/۰۸۳۳	۱/۰۳۸۸۵	۱۱/۰۰۴	۳۸۳	۰.۰۰۱
احساس عقب ماندن از هم سن و سال ها از نظر امکانات زندگی	۳/۰۹۹۰	۰/۹۳۶۹۷	۱۲/۵۲۷	۳۸۳	۰.۰۰۱
احساس عقب ماندن از هم سن و سال‌ها از نظر داشتن مسکن مناسب	۳/۱۷۷۱	۰/۸۹۳۷۸	۱۴/۸۴۵	۳۸۳	۰.۰۰۱
کل	۳/۱۱۹۸	۰/۸۱۱۲۲	۱۴/۹۷۲	۳۸۳	۰.۰۰۱

در جدول ۸ وضعیت ناکامی منزلتی با آزمون t تک نمونه بررسی شده است. میانگین امتیاز ۳/۱۱، بالاتر از میانگین نظری (۳)، نشان دهنده ارزیابی بالاتر از متوسط این وضعیت از نگاه نمونه‌هاست. با مقدار t برابر ۱٤/۹۷۲ و سطح معنی‌داری ۰.۰۰۱ می‌توان با ۹۵ درصد اطمینان گفت که این نتیجه معنی‌دار بوده و ناکامی منزلتی در حد بالاتر از متوسط ارزیابی‌شده است.

۸-۲-٤. تجزیه و تحلیل پاسخ‌های ارائه شده به گویه‌های مرتبط با فرصت‌های افتراقی (خرده‌فرهنگ تضاد)

جدول ۹- بررسی وضعیت فرصت‌های افتراقی

متغیر	میانگین‌فرضی = ۲/۵ شاخص آزمون تی				
	میانگین	انحراف معیار	مقدار آزمون	درجه آزادی	سطح معناداری
حضور سریع و به موقع پلیس موقع نزاع دسته‌جمعی	۳/۵۲۶۰	۰/۷۹۱۱۷	۲۵/۴۱۳	۳۸۳	۰.۰۰۱
نقش‌حضور سریع و به موقع پلیس موقع نزاع دسته‌جمعی در کاهش نزاع دسته‌جمعی	۱/۸۵۹۴	۱/۰۷۹۶۱	-۱۱/۶۲۸	۳۸۳	۰.۰۰۱
احساس عقب ماندن از هم سن و سال‌ها از نظر امکانات زندگی	۳/۰۹۹۰	۰/۹۳۶۹۷	۱۲/۵۲۷	۳۸۳	۰.۰۰۱
قابل قبول بودن همراه داشتن چاقو و امثال آن	۳/۴۶۸۸	۰/۶۹۲۴۲	۲۷/۴۱۶	۳۸۳	۰.۰۰۱
کل	۲/۹۸۸۳	۰/۴۴۸۹۵	۲۱/۳۱۲	۳۸۳	۰.۰۰۱

در جدول ۹ وضعیت فرصت‌های افتراقی با آزمون t تک نمونه بررسی‌شده است. میانگین امتیاز ۲/۹۸، اندکی بالاتر از میانگین نظری (۳)، نشان دهنده ارزیابی در حد متوسط به بالا از نگاه نمونه‌هاست. با مقدار t برابر ۲۱/۳۱۲ و سطح معنی‌داری ۰.۰۰۱، می‌توان با ۹۵ درصد اطمینان گفت که این نتیجه معنی‌دار بوده و فرصت‌های افتراقی در حد بالاتر از متوسط ارزیابی‌شده است.

۹-۲-٤. تجزیه و تحلیل پاسخ‌های ارائه شده به گویه‌های مرتبط با خرده‌فرهنگ طبقه پایین

جدول ۱۰- بررسی وضعیت خرده‌فرهنگ طبقه پایین

متغیر	میانگین‌فرضی = ۲/۵ شاخص آزمون تی				
	میانگین	انحراف معیار	مقدار آزمون	درجه آزادی	سطح معناداری
تعداد شرکت در نزاع دسته‌جمعی	۲/۲۳۹۶	۱/۰۱۱۶۳	-۵/۰۴۴	۳۸۳	۰.۰۰۱
نقش تشویق و نگاه اطرافیان به نزاع و گرایش به سمت نزاع گروهی و خشونت	۳/۰۴۴۳	۲/۰۰۱۶۳	۱۰/۶۴۸	۳۸۳	۰.۰۰۱
قابل قبول بودن همراه داشتن چاقو و امثال آن	۳/۴۶۸۸	۰/۶۹۲۴۲	۲۷/۴۱۶	۳۸۳	۰.۰۰۱
کنترل و نظارت والدین در روابط فرزندان	۱/۸۵۶۸	۰/۹۲۷۰۰	-۱۳/۵۹۷	۳۸۳	۰.۰۰۱
حساسیت و نظارت والدین نسبت به انتخاب دوستان	۱/۸۰۹۹	۰/۸۴۴۴۶	-۱۶/۰۱۴	۳۸۳	۰.۰۰۱
منع والدین از شرکت در نزاع دسته‌جمعی	۲/۳۷۵۰	۱/۱۰۷۷۷	-۲/۲۱۱	۳۸۳	۰.۰۲۸
کل	۲/۴۶۵۷	۰/۳۸۶۹۷	-۱/۷۳۶	۳۸۳	۰.۰۸۳

در جدول ۱۰ وضعیت خرده فرهنگ طبقه‌پایین با آزمون t تک نمونه بررسی شده است. میانگین امتیاز ۲/٤٦ نشان دهنده ارزیابی در حد متوسط از نگاه نمونه‌هاست؛ چرا که این میانگین تفاوت معنی‌داری با میانگین نظری(۳) ندارد. با مقدار t برابر ۱/۷۳٦- و سطح معنی‌داری ۰۸۳,۰ می‌توان گفت که نتیجه معنی‌دار نیست؛ بنابراین وضعیت خرده‌فرهنگ طبقه پایین از نظر افراد در حد متوسط ارزیابی شده است.

۱۰-۲-٤. تجزیه و تحلیل پاسخ‌های ارائه شده به گویه‌های مرتبط با خرده‌فرهنگ خشونت

جدول ۱۱- بررسی وضعیت خرده‌فرهنگ خشونت

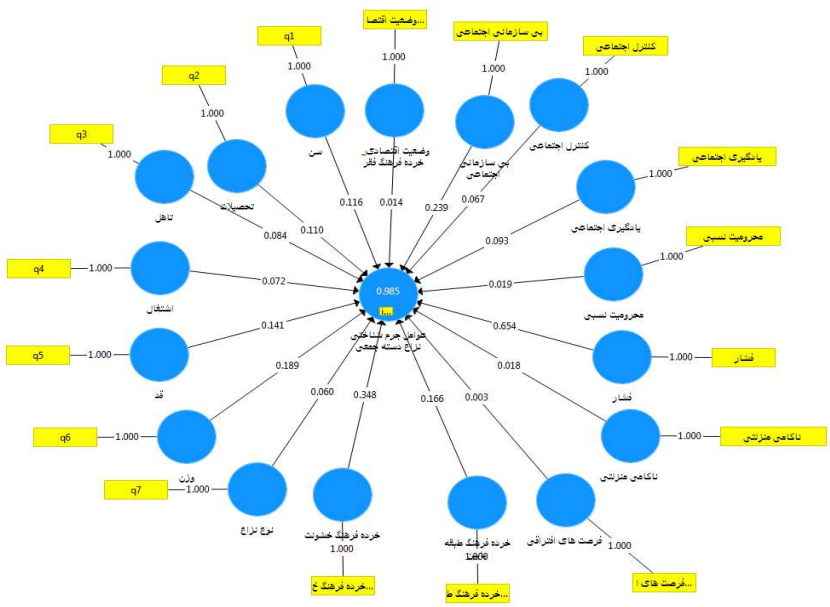
متغیر	میانگین‌فرضی = ۲/۵ شاخص آزمون تی				
	میانگین	انحراف معیار	مقدار آزمون	درجه آزادی	سطح معناداری
واکنش والدین به حمل سلاح	۲/۲۷۳۴	۱/۰۶۷۳۰	-۴/۱۶۰	۳۸۳	۰.۰۰۱
واکنش والدین در صورت ورود به نزاع دسته‌جمعی	۲/۰۵۴۷	۱/۰۹۵۷۴	-۷/۹۶۴	۳۸۳	۰.۰۰۱
حتی اگر اقوام و خویشاوندان در درگیری مقصر باشند به یاری آن‌ها می‌شتابم	۲/۸۲۶۰	۱/۰۲۴۱۰	۶/۹۲۶	۳۸۳	۰.۰۰۱
داشتن دیدگاه این‌که طبق نظر بزرگترها و مصلحت اندیشی آن‌ها در نزاع باید شرکت کرد	۳/۲۰۸۳	۰/۸۸۹۹۴	۱۵/۵۹۷	۳۸۳	۰.۰۰۱
قابل قبول بودن همراه داشتن چاقو و امثال آن	۳/۴۶۸۸	۰/۶۹۲۴۲	۲۷/۴۱۶	۳۸۳	۰.۰۰۱
کل	۲/۷۷۳۴	۰/۵۳۴۹۶	۱۰/۰۱۶	۳۸۳	۰.۰۰۱

در جدول ۱۱ وضعیت خرده‌فرهنگ خشـــونت با آزمون t تک نمونه بررسی شـــده اســـت. میانگین امتیاز ۲/۷۷ نشـــان‌دهنده ارزیابی در حد متوسط به بالا از نگاه نمونه‌هاســـت؛ چرا که این میانگین از میانگین نظری (۳) بزرگتر است. با مقدار t برابر ۱۰/۰۱۶ و ســـطح –معنی‌داری ۰.۰۰۱، می‌توان نتیجه‌گرفت کـــه این نتیجه معنی‌دار اســـت؛ بنابراین وضعیت خرده‌فرهنگ خشونت از نظر افراد در حد بالاتر از متوسط ارزیابی‌شده است.

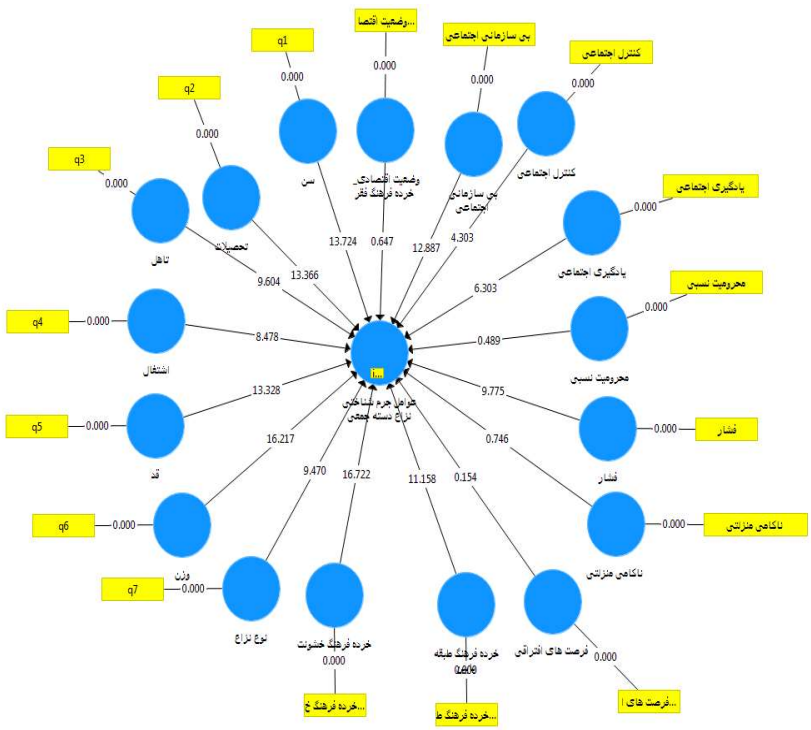
۳-٤. بررسی مدل نظری و آزمون عوامل جرم‌شناختی نزاع دسته‌جمعی

برای آزمون صحت مدل نظری و محاسبه ضرایب تأثیر، از مدل‌یابی معادلات ســـاختاری با نرم‌افزار پی ال اس اســـتفاده شده است. این روش تحلیل چند متغیری، امکان آزمون هم‌زمان مجموعه‌ای از معادلات رگرســـیون را فراهم می‌کند و به طور هم‌زمان تحلیل رگرسیون چندگانه و تحلیل عاملی را انجام می‌دهد. معادلات ساختاری به دلیل توانایی محاســـبه روابط پیچیده میان متغیرها و تفسیر گرافیکی آسان، روشی قدرتمند و محبوب اســـت. در این تحقیق، این روش برای بررسی عوامل‌جرم‌شناختی نزاع دسته‌جمعی به‌کار گرفته شده است.

شکل ۱- مدل‌ساختاری تحقیق همراه با ضرایب بارهای عاملی



شکل ۲- مدل‌ساختاری تحقیق همراه با ضرایب معناداری



با توجه به شـــکل شـــماره ۲، چون ضرایب t بیشتر از ۹۶/۱ به دست آمده‌اند، لذا در سطح اطمینان ۹۵ درصد معنادار بودن آن‌ها تأیید می‌شود و معناداری ضرایب مذکور (مقادیر t_values) برازش مدل ساختاری را نشان می‌دهد.

دومین معیار برای بررسی برازش مدل ساختاری در یک پژوهش، ضرایب R۲ مربوط به متغیرهای پنهان درون‌زای (وابســـته) مدل است. R۲ معیاری است که نشان از تأثیر یک متغیر برون‌زا بر یک متغیر درون‌زا دارد و سه مقدار ۰/۱۹، ۰/۳۳ و ۰/۶۷ به عنوان مقدار ملاک برای مقادیر ضعیف، متوسط و قوی R۲ در نظر گرفته می‌شود. مطابق با شـــکل ۱، مقدار R۲ برای ســـازه‌های درون‌زای پژوهش محاسبه شده است

که با توجه به ســـه مقدار ملاک، می‌توان مناسب بودن بر ازش مدل ساختاری را تأیید ساخت.

جدول ۱۲- نتایج معیار R۲ برای سازه درون‌زا

متغیرهای مکنون	R^2
ارزش ویژه برند	۰/۹۸۵

برای بررســـی برازش مدل‌کلی از معیار GOF اســـتفاده می‌شود که سه مقدار ۰/۰۱، ۰/۲۵ و ۰/۳۵ به عنوان مقادیر ضعیف، متوسط و قوی برای GOF معرفی شده است. این معیار از طریق فرمول زیر محاسبه می‌گردد:

$$GOF = \sqrt{\overline{communalities} \times \overline{R^2}}$$

(Communalities) از میانگین مقادیر اشـــتراکی متغیرهای پنهان پژوهش به دست می‌آید.

جدول ۱۳- نتایج برازش مدل‌کلی

GOF	$\overline{R2}$	$\overline{Communality}$
۰/۳۷۶	۰/۹۸۵	۰/۱۴۴

با توجه به مقدار به دســـت آمده برای GOF به میزان ۰/۳۷٦، برازش مناسب (متوسط) مدل کلی تأیید می‌شود.

جدول۱۴- نتایج ضرایب معناداری عوامل جرم‌شـــناختی نزاع دسته‌جمعی به‌ترتیب اهمیت بر اساس مدل پژوهش

روابط علی بین متغیرهای پژوهش	ضریب مسیر (β)	(T-Value)	معناداری (T-Value)	اولویت تاثیر جذاری
فشار -> عوامل جرم‌شناختی نزاع دسته جمعی	۰/۶۵۴	۹/۷۷۵	۰.۰۰۰	۱
خرده فرهنگ خشونت -> عوامل جرم شناختی نزاع دسته‌جمعی	۰/۳۴۸	۱۶/۷۲۲	۰.۰۰۰	۲
وزن -> عوامل جرم‌شناختی نزاع دسته‌جمعی	۰/۱۸۹	۱۶/۲۱۷	۰.۰۰۰	۳
خرده فرهنگ طبقه پایین -> عوامل جرم شناختی نزاع دسته‌جمعی	۰/۱۶۶	۱۱/۱۵۸	۰.۰۰۰	٤
قد -> عوامل جرم‌شناختی نزاع دسته‌جمعی	۰/۱۴۱	۱۳/۳۲۸	۰.۰۰۰	۵
سن -> عوامل جرم‌شناختی نزاع دسته‌جمعی	۰/۱۱۶	۱۳/۷۲۴	۰.۰۰۰	٦
تحصیلات -> عوامل جرم‌شناختی نزاع دسته‌جمعی	۰/۱۱۰	۱۳/۳۶۶	۰.۰۰۰	۷
یادگیری اجتماعی -> عوامل جرم‌شناختی نزاع دسته‌جمعی	۰/۰۹۳	۶/۳۰۳	۰.۰۰۰	۸
تاهل -> عوامل جرم‌شناختی نزاع دسته‌جمعی	۰/۰۸۴	۹/۶۰۴	۰.۰۰۰	۹
کنترل اجتماعی -> عوامل جرم‌شناختی نزاع دسته‌جمعی	۰/۰۶۷	۴/۳۰۳	۰.۰۰۰	۱۰
نوع نزاع -> عوامل جرم‌شناختی نزاع دسته‌جمعی	۰/۰۶۰	۹/۴۷۰	۰.۰۰۰	۱۱
محرومیت نسبی -> عوامل جرم‌شناختی نزاع دسته‌جمعی	۰/۰۱۹	۰/۴۸۹	۰۶۲۵	۱۲
ناکامی منزلتی -> عوامل جرم‌شناختی نزاع دسته‌جمعی	۰/۰۱۸	۰/۷۴۶	۰.۴۵۶	۱۳
وضعیت اقتصادی_ خرده فرهنگ فقر -> عوامل جرم‌شناختی نزاع دسته‌جمعی	۰/۰۱۴	۰/۶۴۷	۰.۵۱۸	۱٤
فرصت های افتراقی -> عوامل جرم‌شناختی نزاع دسته‌جمعی	۰/۰۰۳	۰/۱۵۴	۰.۸۷۸	۱۵

هم‌چنین رابطهٔ مستقیم بین متغیرهای پژوهش در مدل نهایی پژوهش که نشان دهندهٔ میزان تاثیرگذاری عوامل جرم‌شـــناختی نزاع دسته‌جمعی است، در قالب جدول شماره ١٤ ارائه می‌شود.

بر اســـاس نتایج به دست آمده و بر اســـاس مدل مورد بررسی، عامل فشار با میـــزان تاثیرگذاری ۰/٦٥٤ در صدر عوامل قرار دارد و در رتبه دوم نیز خرده‌فرهنگ خشونت با میزان تاثیرگذاری ۰/۳٤۸ قرار دارد. در انتهای پیوستار عامل موثر و معنادار نیز، نوع نزاع با ۰/۰٦۰ قرار دارد. بقیه عوامل نیز بین این دو پیوستار قرار دارند.

برآمد

۱- این پژوهش با هـــدف شناســـایی علل نزاع دســـته‌جمعی در شهرستان شهریار و ارائه راهکارهای پیشگیری از آن، با اســـتفاده از نظریه‌های جرم‌شناسی و پرســـش‌نامه، عوامل اقتصادی، اجتماعی، فرهنگی و محیطی را به عنوان عوامل موثر در شـــکل‌گیری نزاع شناسایی‌کرد. نتایج نشـــان داد که ۷۴ درصد افراد در نزاع‌های دوستانه و ۲۴ درصد در نزاع‌های قومی شرکت کرده‌اند. در نتیجه، نزاع‌های دوستانه در این شهرستان غالب بوده و مسائل قومی کمتر مؤثر هستند. این نتایج در مقایسه با مناطق جنوب غربی ایران متفاوت اســـت؛ جایی که نزاع‌های قومی بیشتر از نزاع‌های دوستانه است.

۲- رابطه بین بی‌ســـازمانی اجتماعی و نزاع دســـته‌جمعی با سطح معناداری ۰.۰۰۱ و اطمینان ۹۵ درصد، مثبت و معنادار اســـت؛ بدین معنا که افزایش بی‌سازمانی اجتماعی با افزایش وقوع نزاع دسته‌جمعی همراه است؛ هم‌چنـین فقدان نظم اجتماعی و نظارت نظیر عدم حـــضور به موقع پلیس، تأثیر قابل توجهـــی در تشـدید نزاع‌ها دارد. این یافته‌ها با نتایج پژوهـــش محســـنی تبریزی و همـــکاران (۱۳۹۰) مطابقت دارد که فقدان نظارت و کنترل را از عوامل اصلی وقوع نزاع‌های دســـته‌جمعی معرفی کرده‌اند.

۳- در بررسی عوامل مؤثر بر نزاع دسته‌جمعی، فشارهای اقتصادی و اجتماعی به عنوان یکی از متغیرهای مهم شـــناخته شـــده‌اند. عواملی هم‌چون عدم دستیابی به شغل آبرومند، احساس شکاف طبقاتی، توزیع ناعادلانه امکانات و نارضایتی اقتصادی در این زمینه تأثیرگذار بوده‌اند. تحلیل داده‌ها نشـــان داد که رابطه میان فشار و نزاع دســـته‌جمعی با ســـطح معناداری ۰.۰۰۱ و اطمینان ۹۵ درصد، مثبت و معنادار است؛ بدین‌معنا که افزایش فشارهای اقتصادی و اجتماعی احتمال وقوع نزاع دسته‌جمعی را افزایش می‌دهد. این نتایج نشـــان دهنده تأثیر نارضایتی ناشی از تعارض بین اهداف و ابزارهای دستیابی به آن‌هاست که می‌تواند به خشونت و درگیری منجر شود. یافته‌ها با مطالعه میرفردی و همکاران (۱۳۹۰) هم‌ســـو اســـت که پایگاه اقتصادی ضعیف را یکی از عوامل مؤثر بر گرایش افراد به نزاع دسته‌جمعی شناسایی‌کردند. علاوه بر این، خرده‌فرهنگ‌های مشوق خشونت نیز به عنوان محرک‌های منفی مطرح شده‌اند که این

دیدگاه با نظریه فشار عمومی اگنیو تطابق دارد و بر اهمیت کاهش فشارهای اقتصادی و اجتماعی تأکید می‌کند.

٤- دـــر این تحقیق، عامل محرومیت نســـبی به عنوان متغیر مســـتقل و تحت نظریات فشـــار، با اســـتفاده از عواملی چون احســـاس عقب‌ماندگی اقتصادی، عدم تخصیص امکانات مناسب از سوی دولت، شکاف طبقاتی و توزیع ناعادلانه امکانات رفاهی، آموزشـــی، بهداشتی و کشاورزی مورد بررسی قرار گرفت. نتایج نشان داد که رابطه میان محرومیت نسبی و نزاع دسته‌جمعی با سطح معناداری ۰/۰۰۱ و اطمینان ۹۵ درصد مثبت و معنادار است؛ بدین‌معنا که افزایش احساس محرومیت نسبی در افراد، احتمال شرکت در نزاع دسته‌جمعی را افزایش می‌دهد. این یافته‌ها با نظریه محرومیت نسبی تطابق دارد که بر اساس آن، افراد زمانی که خود را از نظر اقتصادی و اجتماعی در مقایسه با دیگران پایین‌تر می‌بینند، دچار نارضایتی و پرخاش‌گری می‌شوند. نتایج تحقیق با پژوهش‌های لهراسبی‌زاده (۱۳۹۱) و حسین‌زاده و همکاران (۱۳۹۰) هم‌سو اســـت که محرومیت و نابرابری را به عنوان عوامل تأثیرگذار بر خشونت‌های شهری و نزاع دسته‌جمعی شناسایی کرده‌اند؛ بنابراین سرخوردگی ناشی از محرومیت نسبی می‌تواند عاملی مهم در افزایش نزاع‌های دسته‌جمعی باشد.

۵- رابطه بین خرده‌فرهنگ‌ها و انحرافات فرهنگی در ایجاد خشونت اجتماعی از جمله عواملی است که مورد بررسی قرار گرفت. یکی از این خرده‌فرهنگ‌ها، ناکامی منزلتی بود که با استفاده از عواملی مانند احساس عقب‌ماندگی اقتصادی و ناتوانی در تأمین امکانات زندگی و مسکن مناســـب به عنوان متغیر مستقل تحلیل گردید. نتایج نشان داد که با سطح معنی‌داری ۰.۰۰۱ و اطمینان ۹۵ درصد، رابطه مثبت و معناداری بین ناکامی منزلتی و نزاع دســـته‌جمعی وجود دارد؛ به گونه‌ای که افزایش احســـاس ناکامی منزلتی در افراد احتمال مشـــارکت در نزاع دسته‌جمعی را افزایش‌می‌دهد. این نتایج نشـــان می‌دهند که ناکامی در دســـتیابی به پایگاه اقتصادی و اجتماعی مناسب ممکن اســـت افراد را به سوی استفاده از راه حل‌های غیر متعارف برای کسب منزلت ســـوق دهد که نتیجه آن خشونت و نزاع باشـــد. این یافته‌ها با پژوهش‌های شاهویی (۱۳۹۹) و کراورز و همکاران (۲۰۱۳) هم‌سو است که در آن‌ها ضعف پایگاه اقتصادی اجتماعی و ناتوانی در دست‌یابی به منزلت مناسب باعث بروز رفتارهای پرخاش‌گرانه

و درگیری‌های اجتماعی به ویژه در نوجوانان و جوانان می‌شود.

٦- تأثیر خرده‌فرهنگ تضاد بر بروز نزاع دسته‌جمعی با استفاده از عواملی چون حضور سریع پلیس، احساس عقب‌ماندگی اقتصادی و اجتماعی و پذیرفته شدن حمل سلاح به عنوان متغیر مستقل مورد بررسی قرار گرفت. نتایج با سطح معنی‌داری ۰.۰۰۱ و اطمینان ۹۵ درصد نشان داد که رابطه مثبت و معناداری بین خرده‌فرهنگ تضاد و نزاع دسته‌جمعی وجود دارد؛ به گونه‌ای که افزایش حضور این خرده‌فرهنگ در محیط‌های زندگی افراد، احتمال وقوع نزاع دسته‌جمعی را بیشتر می‌کند. این یافته‌ها نشان می‌دهند که افراد تحت تأثیر این خرده‌فرهنگ، در مناطقی با بی‌سازمانی اجتماعی زندگی‌کرده و به‌علاوه احساس عقب‌ماندگی اقتصادی و اجتماعی و عادی شدن حمل‌سلاح در میان آن‌ها، موجب افزایش نزاع‌های دسته‌جمعی می‌شود. نتایج این تحقیق با پژوهش حسین‌زاده و همکاران (۱۳۹۰) هم‌سو است که بر تأثیر محرومیت نسبی و آنومی در وقوع نزاع دسته‌جمعی و نقش سلاح در بروز خشونت تأکید دارد.

۷- تأثیر خرده‌فرهنگ طبقه پایین بر بروز نزاع دسته‌جمعی با استفاده از عواملی چون تعداد شرکت در نزاع، تشویق اطرافیان به حضور در نزاع، پذیرفتنی بودن حمل سلاح و کنترل والدین بررسی شد. نتایج نشان داد که با سطح معنی‌داری ۸۳.۰ رابطه معناداری بین خرده‌فرهنگ طبقه پایین و نزاع دسته‌جمعی وجود ندارد. این یافته‌ها به این معناست که در شهرستان شهریار به دلیل ویژگی‌های اجتماعی خاص و نوع نزاع که بیشتر دوستانه و نه قومی یا قبیله‌ای است، تأثیر خرده‌فرهنگ طبقه پایین بر نزاع دسته‌جمعی مشاهده نشد. این نتایج با پژوهش توسلی (۱۳۹۹) که بر تأثیر تعصبات قومی و قبیله‌ای در نزاع‌های دسته‌جمعی تأکید دارد، هم‌سو نیست.

۸- در این پژوهش تأثیر خرده‌فرهنگ فقر بر بروز نزاع دسته‌جمعی با استفاده از عواملی مانند عدم خروج از وضعیت بد اقتصادی و ناتوانی در دست‌یابی به شغل آبرومندانه بررسی شد. نتایج نشان داد که با سطح معنی‌داری ۰.۰۰۱ رابطه‌ای مثبت و معنادار بین خرده‌فرهنگ فقر و نزاع دسته‌جمعی وجود دارد؛ بدین معنا که وجود خرده‌فرهنگ فقر در محیط زندگی باعث افزایش نزاع دسته‌جمعی می‌شود. این یافته‌ها نشان می‌دهد که مشکلات اقتصادی مانند بیکاری و ناتوانی در تأمین نیازهای اساسی،

موجب ناامیدی و سرخوردگی شده و احتمال بروز خشونت‌های فردی یا گروهی را افزایش‌می‌دهد. این نتایج با پژوهش‌های حقی‌زاده دیالی (۱۳۹۹) و میرفردی و همکاران (۱۳۹۰) هم‌سو است که هر دو تأثیر پایگاه اقتصادی ضعیف را بر وقوع نزاع دسته‌جمعی تأیید کردند.

۹- در این پژوهش، رابطه بین علل فرایند اجتماعی و بروز نزاع دسته‌جمعی بررسی شد که به دو دسته یادگیری اجتماعی و کنترل اجتماعی تقسیم می‌شود. تأثیر یادگیری اجتماعی بر وقوع نزاع دسته‌جمعی مورد ارزیابی قرار گرفت. نتایج تحلیل‌ها با سطح معنی‌داری ۰.۰۰۱ نشان داد که رابطه‌ای مثبت و معنادار بین یادگیری اجتماعی و نزاع دسته‌جمعی وجود دارد. این یافته‌ها تأکید می‌کند که تشویق و تحریک افراد توسط اطرافیان از جمله والدین و بستگان، نقش مؤثری در ترغیب به شرکت در نزاع دارد؛ هم‌چنین نتایج پژوهش با یافته‌های درویشی و طائب (۱۳۹٤) هم‌سو است که نشان می‌دهند یکی از عوامل اصلی در بروز نزاع دسته‌جمعی، تشویق جوانان توسط بزرگ‌ترها است. این نتایج با نظریه تقویت افتراقی برگس نیز هم‌خوانی دارد که تأکید می‌کند پاداش‌دهی به رفتارها مانند تشویق و تحسین می‌تواند باعث تقویت و تکرار آن‌ها شود؛ بنابراین یادگیری اجتماعی و تقویت مثبت از عوامل کلیدی در شکل‌گیری نزاع دسته‌جمعی به شمار می‌آیند. در ادامه، تأثیر کنترل اجتماعی بر وقوع نزاع دسته‌جمعی مورد بررسی قرار گرفت. نتایج تحلیل‌ها با سطح معنی‌داری ۰.۰۰۱ نشان داد که رابطه‌ای منفی و معنادار بین کنترل اجتماعی و نزاع دسته‌جمعی وجود دارد. به عبارت دیگر، ضعف در کنترل اجتماعی می‌تواند احتمال وقوع نزاع دسته‌جمعی را افزایش دهد. این نتایج نشان می‌دهند که عدم نظارت والدین بر روابط فرزندان، بی‌توجهی به حمل‌سلاح و منع نکردن شرکت در نزاع، موجب بروز رفتارهای‌خشونت‌آمیز و نزاع‌های گروهی می‌شود. این یافته‌ها با پژوهش‌های داوری و احمدیان‌مهریان (۱۳۹۲) و بورینگتون (۲۰۱٤) هم‌خوانی دارد که نشان می‌دهند فقدان نظارت و کنترل اجتماعی مؤثر توسط والدین عامل مهمی در بروز نزاع دسته‌جمعی است؛ بنابراین فرضیه پژوهش مبنی بر رابطه مثبت یادگیری اجتماعی و رابطه منفی کنترل اجتماعی با نزاع دسته‌جمعی تأیید می‌شود.

۱۰- با توجه به نتایج‌پژوهش، پیشنهادهای زیر برای کاهش نزاع دسته‌جمعی

در منطقه شهریار ارائه می‌شود:

– تقویت حضور پلیس حین نزاع: پیشنهاد می‌شود که عملیات‌های پلیسی با سرعت و کارایی بیشتر در زمان بروز نزاع دسته‌جمعی انجام شود تا از شدت خشونت کاسته‌شود.

– اشتغال‌زایی و کاهش فقر: با توجه به تأثیر فقر و بیکاری بر افزایش نزاع‌ها، اقدامات‌عملی برای ایجاد اشتغال و فقرزدایی در مناطق محروم ضروری است.

– توزیع‌عادلانه منابع و کاهش محرومیت نسبی: برای کاهش احساس محرومیت نسبی، پیشنهاد می‌شود که توزیع منابع به ویژه در زمینه‌هایی مانند آب و برق و تجهیز مدارس در شهریار به طور عادلانه‌تر انجام شود.

– رشد تحصیلی و کاهش شکست آموزشی: با توجه به نقش‌تحصیلات در کاهش خشونت، لازم است که سازمان‌های مربوط در جهت بهبود وضعیت تحصیلی در شهریار تلاش‌کنند.

– مقابله با تهیه و حمل‌سلاح: علاوه بر شناسایی و جمع‌آوری سلاح‌های غیر مجاز در شهریار، اقدامات فرهنگی و آموزشی در مدارس باید برای کاهش حمل‌سلاح و پیشگیری از خشونت‌های ناشی از آن انجام شود.

– افزایش نظارت‌والدین بر رفتار فرزندان: آموزش‌های‌فرهنگی به والدین برای نظارت بر روابط و رفتار فرزندان می‌تواند از وقوع نزاع‌های دسته‌جمعی جلوگیری‌کند.

فهرست منابع

الف. فارسی

* آقایی‌نیا، حسین (۱٤۰۱)، **جرائم علیه تمامیت‌جسمانی اشخاص(جنایات)**، چاپ نوزدهم، تهران: میزان.

* احمدی، حبیب (۱۳۹۲)، **جامعه‌شناسی انحرافات**، چاپ ششم، تهران: سمت.

* باقری، معصومه و ملتفت، حسین (۱۳۸۹)، «**بررسی عوامل مؤثر بر ارتکاب جرم زنان: مطالعه نمونه‌ای از زنان در شهر اهواز**»، مطالعات اجتماعی ایران، سال چهارم، شماره ۲.

* پاک‌نهاد، امیر (۱٤۰۱)، **اصول جرم‌شناسی**، چاپ نخست، تهران: میزان.

* پورافکاری، نصراله (۱۳۸۳)، «**نزاع‌های جمعی محلی**»، در: مجموعه مقالات اولین همایش ملی طرح مسائل جامعه‌شناسی ایران.

* پوریوسفی، حمید و طایفه، اشرف و فرکوش، آقاپور (۱۳۸۸)، «**بررسی جامعه‌شناختی عوامل مؤثر بر الگوبرداری رفتار اجتماعی دختران**»، پژوهش‌نامه علوم اجتماعی آزاد، شماره ۱.

* تامرادی، حسین (۱۳۹۷)، «**بررسی جامعه‌شناختی عوامل مؤثر بر نزاع دسته‌جمعی: مطالعه موردی دو طایفه محمدموسی و محمدی شهرستان باغملک**»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، اهواز: دانشگاه شهید چمران.

* توسلی، روح‌اله (۱۳۹۹)، «**بررسی جرم‌شناختی نزاع‌های دسته‌جمعی: مطالعه موردی شهرستان لردگان**»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه شهید اشرفی اصفهانی.

* جوانمرد، محمد و عشایری، طاها و هاشمی، حمید (۱۳۹۸)، «**تبیین شکل‌گیری نزاع و درگیری دسته‌جمعی در استان اردبیل**»، انتظام اجتماعی، شماره ٤.

* جوانمرد، کرم‌اله (۱٤۰۰)، **پایگاه اجتماعی-اقتصادی خانواده و بزهکاری نوجوانان**، چاپ دوم، تهران: جامعه‌شناسان، .

* حاجی‌ده‌آبادی، محمدعلی (۱٤۰۰)، **جامعه‌شناسی‌جنایی**، چاپ هفتم، قم: مرکز بین‌المللی ترجمه و نشر المصطفی (ص).

* حسین‌زاده، علی و نواح، عبدالرضا و عنبری، علی (۱۳۹۰)، «**بررسی جامعه‌شناختی**

عوامل مؤثر بر میزان گرایش به نزاع دسته‌جمعی: مورد مطالعه شهر اهواز»، دانش انتظامی، سال سیزدهم، شماره ۲.

* حقی‌زاده دیالی، مریم (۱۳۹۹)، «**بررسی نگرش افراد نسبت به نزاع دسته‌جمعی در بین شـــهروندان شهر کوهدشت: مورد مطالعه شهروندان بالای ۱۸ سال»**، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه آیت‌الله بروجردی (ره).

* حیدرآبادی، ابوالقاســـم و عباسی، علی‌اصغر و نجفی، زهرا (۱۳۹۱)، «**بررسی نقش امنیت در انحرافات اجتماعی (مورد مطالعه: زنان ۲۹-۱۵ ســـاله شـــهر بابل)»**، پژوهش‌های جامعه‌شناختی، شماره ٤.

* داوری، محمد و صدیق اورعی، غلامرضا و سلیمی، علی، **جامعه‌شناسی کجروی**، تهران: پژوهشکده حوزه و دانشگاه، چاپ دوم، ۱۳۸۷.

* داوری، کوروش و احمدیان مهریان، غفار (۱۳۹۲)، «**جرم‌شناختی عوامل اجتماعی، اقتصادی و فرهنگی مؤثر بر نزاع‌های دسته‌جمعی در استان کهگیلویه و بویراحمد در سال ۱۳۹۱»**، مطالعات امنیت اجتماعی، شماره ۳٦.

* درســـتی، مجیـــد (۱۳۸۸)، «**عوامل منازعه در شهرســـتان بویراحمد»**، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، شیراز: دانشگاه شیراز.

* درویشی، زهرا (۱۳۹٤)، «**مطالعه ریشـــه‌ها و پیامدهای وقوع نزاع دسته‌جمعی: مورد مطالعه جامعه روســـتایی امامزاده عبدالله (ع) توابع شهرســـتان هندیجان»**، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، تهران: دانشگاه تهران.

* رایجیان اصلی، مهرداد (۱٤۰۱)، **کلیات جرم‌شناســـی**، چاپ نخست، تهران: نگاه معاصر.

* رضاپور، زهرا و فرجیها، محمد و روشـــن، محمد (۱٤۰۲)، «**تحول نقش قاضی در رویکرد حل مسئله به خشونت خانوادگی؛ مطالعه تطبیقی حقوق کامن لا و ایران»**، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۷، شماره ۱۲۲.

* رضازاده، اکبر و کرم‌زاده، اسماعیل و بختیاری، تقی (۱٤۰۰)، «**شناسایی پیامدهای امنیتی و انتظامی نزاع‌دســـته‌جمعی در شهرســـتان میاندوآب»**، پژوهش‌های دانش انتظامی، شماره ۳.

* ره نـــورد واقف، مهرداد و موســـوی مجاب، ســـیددرید و فرجیها، محمد (۱٤۰۲)،

«**مصونیت‌یابی در زندان از طریق توسل به خشونت پیش‌قرض‌های فرهنگی**»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۷، شماره ۱۲٤.

* ساعدی، علی‌محمد و هاشمی، سیدمحمد و عابدی، یونس (۱۳۹۲)، «**عوامل مؤثر بر گرایش جوانان به جرم**»، پژوهش‌های اطلاعاتی و جنایی، دوره ۸، شماره ۳.

* سبزه‌ای، محمدتقی و مرادی، گل‌مراد (۱۳۹٤)، «**بررسی تاثیر عوامل اجتماعی مؤثر بر ایجاد فاصله اجتماعی و ترس از جرم و ناهنجاری بین دو قوم کرد و لک در شهر کرمانشاه**»، مطالعات جامعه‌شناختی شهری، دوره ۵، شماره ۱٤.

* ستوده، هدایت‌اله (۱۳۸٤)، **جامعه‌شناسی مسائل اجتماعی ایران**، چاپ نخست، تهران: ندای آریانا.

* سخاوت، جعفر (۱۳۷٤)، **جامعه‌شناسی انحرافات اجتماعی**، چاپ نخست، تهران: دانشگاه پیام نور.

* سعادتی، موسی (۱۳۹۹)، «**مطالعه جامعه‌شناختی نقش فرایند اجتماعی در تبیین رفتارهای پرخطر**»، پژوهش‌های راهبردی مسائل اجتماعی ایران، شماره ۲.

* سیگل، لاری و ولش، براندون (۱۳۹۹)، **بزهکاری نوجوانان: نظریه، قانون، عمل**، برگردان: صالحیان، چاپ نخست، تهران: صالحیان.

* سیگل، لاری (۱۳۸٦)، **جرم‌شناسی**، برگردان: معاونت آگاهی ناجا، چاپ نخست، تهران: معاونت آگاهی ناجا.

* شاهویی، عبدالرضا (۱۳۹۷)، «**بررسی عوامل اجتماعی و فردی مؤثر بر نزاع دسته‌جمعی در استان هرمزگان: مورد مطالعه زندان بندرعباس**»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه آزاد اسلامی واحد بندر لنگه.

* شایگان، فریبا و جبلی، معصومه (۱۳۸۹)، «**بررسی عوامل فردی مؤثر بر گرایش به بزهکاری زنان**»، مطالعات پلیس زن، شماره ۱۳.

* شومیکر، دونالد جی (۱۳۹۷)، **نظریه‌های بزهکاری**، برگردان: ناشر نوین، چاپ نخست، تهران: نوین.

* شیخ‌طاهری، محمدرضا و فیروزآبادی، احمد (۱٤۰۳)، «**نزاع در ایران (سنخ‌شناسی، بستر و علل و عوامل غالب)**»، مطالعات و تحقیقات اجتماعی در ایران، دوره ۱۳، شماره ۳.

* شیخ‌الاسلامی وطنی، گلاویژ و آشوری، محمد و مهرا، نسرین و مهدوی ثابت، محمدعلی (۱۴۰۲)، «**کنکاشی بر درون‌مایه‌های نظریه مهار؛ رویکردی تطبیقی به اهرم‌های بازپروری مجرمان در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران**»، دستاوردهای نوین در حقوق عمومی، شماره ۷.

* شیری، عباس (۱۳۹۷)، «**سیاست‌گذاری جنایی از کنترل درونی تا کنترل بیرونی جرم**»، سیاست‌گذاری عمومی، شماره ۳.

* صدیق‌سروستانی، رحمت‌الله و نصر اصفهانی، آرش (۱۳۸۹)، «**اعتیاد، طرد اجتماعی و کارتن‌خوابی در شهر تهران**»، مجله بررسی مسائل اجتماعی ایران، سال نخست، شماره ٤.

* صفاری، علی و کونانی، سلمان (۱۳۹٦)، **درآمدی بر جغرافیای جنایی**، چاپ دوم، تهران: مجد.

* عمید، حسن (۱۳۹۰)، **فرهنگ عمید: شامل واژه‌های فارسی و لغات عربی و اروپایی مصطلح در زبان فارسی و اصطلاحات علمی و ادبی**، تهران: امیرکبیر.

* قاسمی، بهزاد و بختیاری، بختیاری (۱۳۹۸)، «**کاربست و سنجش نظریه محرومیت نسبی در انقلاب اسلامی ایران**»، پژوهش‌های اجتماعی اسلامی، شماره ۱۱۸.

* قاسمی، وحید و یازرلو، عطیه (۱۳۸٤)، «**اثر ناکامی اجتماعی بر نوع جرائم در میان مجرمین استان گلستان**»، پژوهش‌نامه علوم انسانی و اجتماعی دانشگاه مازندران، شماره ١٤.

* قاسمی‌نژاد، ابوذر و حسنوند، باقر و قلی‌زاده، حامد (۱۳۹٦)، «**تحلیل شکل‌گیری نزاع دسته‌جمعی در مناطق روستایی شهرستان سلسله**»، پژوهش‌نامه جغرافیای انتظامی، شماره ۱۸.

* قربانی، اسماعیل و فیض‌آبادی، حسین (۱۳۹۲)، «**واکاوی دیدگاه‌های جامعه‌شناختی انحرافات**»، دانش انتظامی، دوره ۱، شماره ۳.

* لهراسبی‌زاده، عبدالمعالی (۱۳۹۱)، «**نقش محرومیت نسبی در افزایش خشونت‌های شهری مناطق حاشیه‌نشین: مورد مطالعه شهر کرمانشاه**»، مطالعات شهری، سال دوم، شماره ۳.

* محسنی‌تبریزی، علیرضا و قهرمانی، سهراب و یاهک، سجاد (۱۳۹۰)، «**فضاهای**

بی‌دفاع شـــهری و خشـــونت (مطالعه موردی فضاهای بی‌دفاع شـــهر تهران)»، جامعه‌شناسی کاربردی، سال بیست و دوم، شماره ٤٤.

* محســـنی، فرید (۱۳۹۷)، **نظریه‌های جرم‌شناســـی**، چاپ نخســـت، تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه.

* مرادی، حســـن (۱۳۹٦)، **جرائم علیه اشـــخاص (جنایات)**، چاپ نخست، تهران: میزان.

* ملکمیان، لینا و شـــریفیان، ســـید (۱۳۸۸)، «**بررسی عوامل اجتماعی مؤثر بر جرم زنان زندانی**»، پژوهش اجتماعی، شماره ۵.

* ممتاز، فریده (۱۳۸۱)، **انحرافات اجتماعی: نظریه‌ها و دیدگاه‌ها**، چاپ نخســـت، تهران: شرکت سهامی انتشار.

* میرفردی، اصغر و صادق‌نیا، آسیه (۱۳۹۱)، «**گونه‌شناسی نزاع‌های دسته‌جمعی در شهرستان بویراحمد**»، انتظام اجتماعی، شماره۲.

* میرمحمدصادقـــی، حســـین(۱٤۰۲)، **حقوق کیفـــری اختصاصی(۱)جرائم علیه اشخاص**، چاپ۳۳، تهران: نشر میزان.

* نجفـــی ابرندآبادی، علی‌حســـین (۱۳۸٤)، **جامعه‌شناســـی‌جنایی: تقریرات دوره کارشناسی‌ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی**، تهران: دانشگاه شهید بهشتی.

* ولـــد، جرج و برنارد، توماس و اســـنیپس، جفری (۱۳۸۰)، **جرم‌شناســـی نظری**، برگردان: علی شجاعی، تهران: سمت.

* هادیزاده، مریم (۱۳۸۲)، **حاشیه‌نشـــینی و راهکارهای سازماندهی آن در جهان**، چاپ دوم، تهران: آذر برزین.

ب. انگلیسی

* Beirne, Piers & James W. Messerschmidt (2011), **Criminology: A Sociological Approach**, Oxford: Oxford University Press.

* Bohm, Robert M. , and Brenda L. Vogel (2011), **A Primer on Crime and Delinquency Theor**, 3rd ed, Wadsworth: Cengage Learning.

* Burrington, Lory (2014), **"Neighborhood Structure, Immigrant Status, and Youth Violence: Assessing the Role of Parental Su-**

pervision", Youth Violence and Juvenile Justice, 30.

❋ Walsh, Anthony & Craig Hemmens (2011), **Introduction to Criminology: A Text/Reade**, 2nd e, Sage.

❋ Johnson, S. B. , S. Frattaroli, J. L. Wright, C. B. Pearson-Fields, and T. L. Cheng (2004), **"Urban Youths' Perspectives on Violence and the Necessity of Fighting"**, Injury Prevention, 10.

❋ Toby, Jackson (1961), **"Review: Delinquency and Opportunity"**, The British Journal of Sociology, 12, no. 3.

مقاله پژوهشی/ دوره ۸۹/ شماره ۱۲۹/ صفحات: ٤٦٣-٤٤١
تاریخ دریافت: ۱٤۰۳/۰۲/۲٦ تاریخ پذیرش: ۱٤۰۳/۰۹/۲٤

چالش‌های قضایی نهاد نظارت الکترونیکی

فرید محسنی[۱]، عارف جعفریان[۲]

چکیده

نهـــاد نظارت الکترونیکی به موجب ماده ٦۳ قانون مجازات اســـلامی و ماده ۵۵۷ قانون آیین دادرســـی کیفری هر دو مصوب ۱۳۹۲، وارد نظام حقوقی ایران شد. این نهاد در مرحله اجرا با چالش‌هایی در دســـتگاه قضایی مواجه شد که بدین شرح اســـت: تعیین محدوده جابه‌جایی محکومان، استفاده حداقلی محاکم از ظرفیت تدابیر نظارتی و دســـتورهای مراقبتی در احکام ناظر بر نظارت الکترونیکی، ابهام در برخی عبـــارات قانونی از قبیل «حبس‌های تعزیری» در تبصـــره دو ماده ٦۲ قانون مجازات اسلامی و «شـــرایط مقرر در تعویق مراقبتی» در ماده ٦۲ قانون پیش‌گفته، استفاده از نظارت الکترونیکی برای محکومان به حبس بالای پنج ســـال در جرائم مواد مخدر و در نهایت امکان‌سنجی پذیرش درخواست نظارت الکترونیکی در فاصله قطعیت حکم حبس تا پیش از اجرای آن. این پژوهش با استفاده از روش توصیفی تحلیلی، نظرات مختلف درباره چالش‌های پیش روی نظارت الکترونیکی را تبیین می‌نماید. یافته‌های این پژوهش نگارندگان را وادار ســـاخت تا به‌منظـــور برطرف نمودن این چالش‌ها، پیشـــنهادهایی در خصوص اصلاح ماده ٦۲ قانون مجازات اســـلامی و دستورالعمل تعیین محدوده مراقبتی محکومان مصوب ۱٤۰۱ ارائه نمایند.

واژگان کلیدی: نظارت الکترونیکی، چالش‌های قضایی، محکومان جرائم مواد مخدر.

---

۱. دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی، استاد دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری دادگستری
Faridmohseni90@gmail.com

۲. دانشـــجوی کارشناسی ارشد حقوق کیفری و جرم‌شناسی دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری دادگستری، (نویسنده مسوول)
arefjafaryan@gmail.com

درآمد

عده‌ای نظارت الکترونیکی را در ماهیت، یک نوع نهاد ارفاقی در مفهوم قانونی و برخی دیگر یک ظرفیت قانونی جهت انتقال محکومان از محیط سرد و بسته زندان بـــه محیط گرم و باز جامعـــه می‌دانند. اهمیت این اختلاف دـــر نگرش زمانی ظاهر می‌گردد که قانون‌گذار برخی محکومان را (به عنوان مثال در جرائم مواد مخدر تحت شرایط خاص) از بهره بردن از هر نوع نهاد ارفاقی محروم می‌سازد؛ در حالی‌که که آثار سوء زندان بر هیچ‌کس پوشیده نیست. پژوهشی نوین تشریح نموده است که زندانیان ناگزیر از خشـــن شدن در محیط زندان هســـتند، نه به خاطر کسب منفعت بلکه برای مستعد بزه‌دیدگی واقع نشدن (ره‌نورد واقف و همکاران، ۱۴۰۱: ۲۲۲).

در سال‌های اخیر نهاد نظارت الکترونیکی در بخـــش‌های مختـــلف نظـام عدالت کیفری نقش‌های مختلف و مهمی داشته اسـت و در سال ۱۴۰۳، بودجه قابل توجـهی برای ارتقا آن اختصاص داده شد. با برطرف نـمودن چالـش‌های مختلـفی که در این مدت به‌وجود آمده اســـت، می‌توان تا حـــد زیادی زمینه موفقـیت هرچه بیـــشتر آن را فراهم نمود که متـعاقباً منافع اقتـصادی و اجتمـاعی بسیار گسـترده‌ای را در پی دارد.

عمده چالش‌های قضایی مورد بحث در اعمال نظارت الکترونیکی بدین شرح اســـت: تعیین محدوده جابه‌جایی محکومان، استفاده حداقلی محاکم از ظرفیت تدابیر نظارتی و دســـتورهای مراقبتی در احکام ناظر بر نظارت الکترونیکی، ابهام در برخی عبـــارات قانونی از قبیل «حبس‌های تعزیری» در تبصـــره دو ماده ٦٢ قانون مجازات اسلامی و «شـــرایط مقرر در تعویق مراقبتی» در ماده ٦٢ قانون پیش‌گفته، استفاده از نظارت الکترونیکی برای محکومان به حبس بالای پنج ســـال در جرائم مواد مخدر و در نهایت امکان‌سنجی پذیرش درخواست نظارت الکترونیکی در فاصله قطعیت حکم حبس تا پیش از اجرای آن.

چالش‌های قضایی مذکور در این پژوهش، چکیده و حاصل مصاحبه با تعداد قابل‌توجهی از قضات محاکم بوده اســـت که به دلیل رعایت اختصار ذکر نشـــده‌اند. در ابتدا چرایی چالشـــی بودن عناوین ذکر می‌گردد و در ادامه ضمن بررسی نظرات مختلف اعم از دکترین و رویه قضایی، تحلیل شخصی و راهکار مقتضی ارائه خواهد

شد.

«نباید چنین پنداشـــت که می‌توان قانون را طوری نوشت که قابلیت تفسیر را نداشـــته باشـــد؛ بلکه باید به این فکر بود که روش تفسیر چه باید باشد؟» (کاتوزیان، ۱۳۸٦: ۳٦۵). ماده ٦۲ قانون مجازات اسلامی[1] و سایر مقررات به خصوص آیین‌نامه‌ها، بخش‌نامه‌ها و دســـتورالعمل‌هایی که به منظور تسهیل در اعمال نظارت الکترونیکی و جلوگیری از تشتت آرا به وجود آمده‌اند، مصون از ایراد، ابهام و نقص نیستند و بعضا با تفاســـیر مختلفی مواجه شده‌اند که در نتیجه آن نظرات مختلفی به‌وجود آمده است که در این مقاله ضمن بیان آن نظرات، مســـیر صحیح‌تر و راهکار بهتر به‌منظور اجرای عدالت و نیز حفظ نظم عمومی، ارائه می‌گردد.

۱. چالش‌هـــای قضایی: تعیین محدوده جابه‌جایـــی محکومان تحت نظارت سامانه‌های الکترونیکی

با تصویب دســـتورالعمل تعییـــن محدوده مراقبتی محکومـــان تحت نظارت ســـامانه‌های الکترونیکـــی در تاریـــخ ۱۴۰۱/۵/۲۹، اصلی‌ترین دغدغـــه محکومان و خانواده‌های آن‌ها به افزایش میزان محدوده حرکتی آن تبدیل شـــد. تا قبل از آن عرف محاکم قضایی مایل به تعیین محدوده شهرستان محل سکونت محکوم بود تا این‌که در مواردی حکم به محدوده کشور ایران صادر شد که انتقادات زیادی به همراه داشت[2]. در حال حاضر نیز اکثریت قضات علی‌رغم میل باطنی به محدوده‌های مقررشده اعتبار

---

۱. در جرائم تعزیری از درجه پنج تا درجه هشت، دادگاه می‌تواند در صورت وجود شرایط مقرر در تعویق مراقبتی، محکوم به حبس را با رضایت وی در محدوده مکانی مشـــخص تحت نظارت سامانه (سیستم)های الکترونیکی قرار دهد. تبصره ۱- دادگاه در صورت لزوم می‌تواند محکوم را تابع تدابیر نظارتی یا دستورهای ذکر شده در تعویق مراقبتی قرار دهد. تبصره ۲ (الحاقی ۲۳/۲/۱۳۹۹)- مقررات ایـــن ماده در مورد حبس‌های تعزیری درجه دو، درجه ســـه و درجه چهار نیز پس از گذراندن یک چهارم مجازات‌های حبس قابل اعمال اســـت. تبصره ۳ (الحاقـــی ۲۳/۲/۱۳۹۹)- قوه‌قضائیه می‌تواند برای اجرای تدابیر نظارتی موضوع این ماده یا ســـایر مقرراتی که به موجب آن متهم یا محکوم تحت نظارت الکترونیکی قرار می‌گیرد، با نظارت ســـازمان زندان‌ها و اقدامات تامینی و تربیتی کشـــور از ظرفیت بخش خصوصی استفاده کند. آیین‌نامه اجرایی این تبصره توسط معاونت حقوقی قوه قضائیه با همکاری مرکز آمار و فناوری و ســـازمان زندان‌ها و اقدامات تامینی و تربیتی کشور تهیه می‌شود و به تصویب رئیس قوه قضائیه می‌رسد.

۲. در دادنامه شماره ۹۷۰۹۹۷٤٤۹۷۵۰۰۰۵۰ مورخ ۱۳۹۷/۰۱/۲۱ صادره از شعبه اول محاکم کیفری دو شهرســـتان ســـلماس، دادرس محترم «عدم خروج از شهرستان محل اقامت» را به‌عنوان محدوده، مورد حکم قرار داده است.

بخشـــیده‌اند و آن‌ها را مورد حکم قرار می‌دهند هر چند که موارد معدودی در شعبات تجدیدنظر استان‌ها یافت می‌شـــود که به بیشتر از این میزان نیز رای صادر نموده‌اند[1]. لذا باید بررســـی شـــود که آیا اصولا دادرس می‌تواند بیش از محدوده‌ای که در این دستورالعمل تعیین شده است را مورد حکم قرار دهد یا خیر[2]؟

۱-۱. نقد و بررسی

۱-۱-۱. اصل قانونی بودن مجازات‌ها

قانون‌گذار در ماده ٦٢ قانون مجازات اســـلامی به صورت مطلق اختیار تعیین محدوده حرکتی را به قضات واگذار و مشـــابه رویه‌ای در کامن لا عمل نموده و این مورد را منوط به نظر دادگاه دانسته است. حال آن‌که به‌نظر می‌رسد این دستورالعمل اطلاق قانون را محدود نموده و فراتر از تشخیص قضایی، موجب تضییق شمول قانون گردیده و عملاً قانون (ماده ٦٢) را نسخ جزئی کرده است.

۲-۱-۱. اقتضاء ماده ۵۵۳ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ [3]

مقنن در ماده ۵۵۳ مواردی را منفرداً (در مقابل مجتمعاً) به‌عنوان شرط پذیرش درخواست استفاده از پابند الکترونیکی ذکر کرده و اعطای تعهد به دادگاه جهت انجام هر یک از این موارد مستلزم تعیین محدوده حرکتی معقول برای محکومان است؛ حال آن‌که محدوده‌های تعیین‌شـــده در دســـتورالعمل مذکور به حبس خانگی الکترونیکی شباهت بیشتری دارد و مشارکت در زندگی خانوادگی که ساده‌ترین شرط در این ماده

---

۱. در دادنامه شماره ۱۴۰۳۰۱۳۹۰۰۰۲۸۱۹۲۹۲ مورخ ۱۴۰۳/۰۵/۲۳ صادره از شعبه دوازدهم دادگاه تجدیدنظر استان البرز، حکم به نظارت الکترونیکی در محدوده حرکتی استان البرز صادر شده است.

۲. ماده ۱- معانی اصطلاحات به‌کار رفته در این دســـتورالعمل به شـــرح زیر اســـت: الف- محدوده مراقبتی درجه ۱: محلی با نشانی معین است که فرد تحت مراقبت، در آن سکونت دارد و شعاع تردد مجاز در آن حداکثر ۲۰۰ متر از ساختمان محل سکونت است. ب- محدوده مراقبتی درجه ۲: محلی که فرد تحت مراقبت در آن سکونت دارد و شعاع تردد مجاز در آن حداکثر ۵۰۰ متر از ساختمان محل سکونت وی می‌باشد. پ- محدوده مراقبتی درجه ۳: محلی که فرد تحت مراقبت در آن سکونت دارد و شعاع تردد مجاز در آن حداکثر ۱۰۰۰ متر از ساختمان محل سکونت وی می‌باشد.

۳. در جرائم مشـــمول نظام نیمه‌آزادی و آزادی تحت نظارت ســـامانه‌های الکترونیکی، قاضی اجرای احکام کیفری می‌تواند پس از وصول گزارش شـــورای طبقه‌بندی زندان و نظریه مددکاران اجتماعی معاونـــت اجرای احکام کیفـــری، مبنی بر آن‌که اجرای یک فعالیت شـــغلی یا حرفه‌ای، آموزشـــی، حرفه‌آموزی، مشـــارکت در تداوم زندگی خانوادگی و یا درمان پزشـــکی، از ســـوی محکوم‌علیه در خارج از محیط زندان، در فرآیند اصلاح وی و یا جبران ضرر و زیان بزه‌دیده موثر اســـت، به دادگاه صادرکننده حکم، پیشـــنهاد اجرای نظام نیمه‌آزادی و آزادی تحت نظارت ســـامانه‌های الکترونیکی را طبق مقررات راجع به دادرسی الکترونیکی بدهد و مطابق تصمیم دادگاه اقدام کند.

است، عرفاً به صرف حضور در منزل محقق نمی‌شود.

۳-۱-۱. ملاک اصل یکصد هفتادم قانون اساسی[۱]

براساس اصل یکصد و هفتادم قانون اساسی قضات از اجرای تصویب‌نامه‌ها و آیین‌نامه‌های دولتی که مخالف با قوانین و مقررات اسلامی یا خارج از حدود اختیارات قوه مجریه اســـت منع شـــده‌اند؛ لذا برخی معتقدند که تصمیمات اداری و تشکیلاتی ریاست قوه قضائیه (که طبق قانون اساسی از وظایف اوست) از دامنه شمول این اصل، خروج موضوعی دارد و در نتیجه قضات نمی‌توانند با استناد به اصل یکصد و هفتادم از اجرای دستورالعمل مذکور امتناع نمایند که موید آن، نظریه تفسیری شورای نگهبان در این خصوص می‌باشد[۲]. هر چند که شورای نگهبان دستگاه‌های غیر از قوه مجریه را خارج از موضوع این اصل دانسته، اما محتمل است که برخی از قضات با استناد به فلسفه وضع و ملاک برگرفته از اصل یکصد و هفتادم قانون اساسی دامنه شمول قانون را وســـیع‌تر تفسیر نمایند و در نتیجه شعاع حرکتی محکوم و محدوده و مسافت را با تشخیص خود تعیین نمایند.

٤-۱-۱. سیاســـت‌های کلی قوه‌قضائیه درباره حبس‌زدایی و استفاده از پابند الکترونیکی

سال‌هاســـت که سیاست حبس‌زدایی در راس تصمیم‌گیری‌های مقامات ارشد کشوری به‌خصوص قضایی قرار گرفته و مقررات زیادی در این زمینه وضع شده است از جمله بند دوازدهم سیاســـت‌های کلی قضایی ابلاغی از جانب مقام معظم رهبری در ســـال ۱۳۸۸؛[۳] هم‌چنین دستورالعمل سازماندهی زندانیان و کاهش جمعیت کیفری زندان‌ها مصوب ۱۳۹۸ که به صورت خاص در مواد ۱۲، ۱۳ و ۱۷ آن تاکید بر صدور احکام نظارت از طریق ســـامانه‌های الکترونیکی شده است و بخش آخر بند بیست و ششم از سیاست‌های کلی برنامه هفتم توسعه مصوب ۱٤۰۱/٦/۲۰ در اجرای بند یک از اصل یکصد و دهم قانون اساسی[٤]. در مکاتبه اداری نهاد ذی‌ربط حدودا سه ماه قبل

---

۱. قضـــات دادگاه‌ها مکلفند از اجرای تصویب‌نامه‌ها و آیین‌نامه‌هـــای دولتی که مخالف با قوانین و مقررات اسلامی یا خارج از حدود اختیارات قوه مجریه است خودداری کنند و هرکس می‌تواند ابطال این‌گونه مقررات را از دیوان عدالت اداری تقاضا کند.

۲. نظریه تفسیری شماره ۱/۸۳/۱۱۸۷۰ مورخ ۱۳۸۳/۰۸/۲۸.

۳. بند دوازدهم: اتخاذ تدابیر لازم در استفاده از مجازات زندان با رویکرد حبس‌زدایی.

٤. بند بیســـت و ششـــم: روزآمدسازی ســـند تحول قضایی و اجرای آن با تاکید بر: ... ـ بازنگری در

از تاریخ تصویب دستورالعمل[1]، تعداد پابندهای در حال استفاده در کل کشور «قریب به هشت هزار مورد» اعلام شده است[2].

۲-۱. جمع‌بندی و راهکار

به نظر می‌رسد قضات می‌توانند تا زمانی که دستورالعمل تعیین محدوده مراقبتی محکومان مصوب ۱۴۰۱ در این خصوص اصلاح نشده (لایحه پیشنهادی در پایان این مقاله آمده است)، با استناد به بندهای چهارگانه فوق‌الذکر به محدوده حرکتی بیش از هزار متر حکم صادر نمایند، اما باید مدنظر داشت که این تصمیم‌گیری نباید به نحوی صورت گیرد که رویه قضایی تغییر کند؛ زیرا ممکن است مجدد زمینه‌ساز سوء استفاده و تشویش آرا قضایی گردد.

۲. استفاده حداقلی محاکم از ظرفیت تدابیر نظارتی و دستورهای مراقبتی در احکام ناظر بر نظارت الکترونیکی

همان‌طور که از سیاق تبصره یک ماده ۶۲ قانون مجازات اسلامی پیداست، تدابیر نظارتی و دستورهای مراقبتی برای قضات یک اختیار محسوب می‌شود و الزامی در صدور آن‌ها وجود ندارد[3]. چالشی که در رویه قضایی به وجود آمده این است که آیا قضات عنایتی به مفاد این تبصره دارند یا خیر.

۲-۱. نقد و بررسی

مواردی از قبیل اختیاری بودن حکم به دستورها، ایجاد چالش در اجرا و نظارت به ترتیب برای مددجویان و واحد اجرای احکام و فقدان قانون‌گذاری متقن و آمره در این زمینه از مهم‌ترین دلایل استفاده حداقلی قضات از تدابیر نظارتی و دستورهای مراقبتی است. دادنامه ذیل که برخی از این تدابیر و دستورها را لحاظ نموده قابل‌توجه است:

«با توجه به نوع جرم ارتکابی و لزوم حمایت از بزه‌دیده و جلوگیری از

قوانین در جهت کاهش عناوین جرائم و کاهش استفاده از مجازات زندان.

۱. نامه شماره ۰۱/۴۵/۴۲ دارای پیوست به تاریخ ۱۴۰۱/۲/۲۵.

۲. در گزارشی دیگر به شماره ۰۲/۱۰۲/۱۰/۶۴۱ فاقد پیوست، به تاریخ ۱۴۰۲/۱/۲۰ یعنی حدودا هشت ماه بعد از ابلاغ دستورالعمل تعیین محدوده مراقبتی، تعداد کل پابندهای مورد استفاده «۷۱۱۵ عدد» اعلام شده است.

۳. تبصره یک ماده ۶۲: دادگاه در صورت لزوم می‌تواند محکوم را تابع تدابیر نظارتی یا دستورهای ذکر شده در تعویق مراقبتی قرار دهد.

تزلزل آرای کیفری و حصول اهداف اجرای مجازات‌ها و در راستای اختیار حاصل از تبصره ماده ٦٢ قانون مجازات اسلامی ١٣٩٢ ناظر به ماده ٤٣ آن قانون، دادگاه مقرر می‌دارد: اولاً، محکوم‌علیه نسبت به پرداخت نفقه معوقه و ماهانه شاکیه طبق رای دادگاه خانواده و در صورت عدم وجود رای مزبور، طبق توافق طرفین یا نظر کارشناس رسمی دادگستری که توسط قاضی محترم اجرای احکام انتخاب خواهد شد اقدام نماید، ثانیاً، نسبت به شرکت در یک دوره شش ماهه مشاوره خانواده و یادگیری مهارت‌های اساسی زندگی حداقل یک جلسه در هفته با نظارت قاضی اجرای احکام اقدام و همچنین با توجه به پیش روی بودن ایام عید سعید نوروز و مساعدت دادگاه به محکوم‌علیه به این مناسبت سعی در حصول سازش و ترمیم روابط خانوادگی نموده و نهایتاً گواهی مربوطه را به آن شعبه تقدیم نماید»[1]. دادنامه‌های دیگری نیز وجود دارد که تدابیر نظارتی و دستورهای مراقبتی را مورد توجه قرار داده است[2].

در نظام حقوقی فرانسه، قاضی اجرای احکام مجاز است در صورت تمایل، محکوم را ملزم به تبعیت از تدابیر مندرج در مواد ٤٣-١٣٢ تا ٤٦-١٣٢ قانون مجازات این کشور نماید (حسین‌زاده و همکاران، ١٣٩٦: ١١٧)؛ در کره‌جنوبی مددجویان نظارت الکترونیکی در برخی جرائم در زمینه مصرف مواد مخدر محدود می‌شوند و در برخی جرائم خاص به تشخیص دادگاه باید برنامه‌های بازپروری ویژه‌ای را بگذرانند (UNODC: 10) و در کشور فنلاند مددجویان نظارت الکترونیکی مکلفند به فعالیتی مولد در اجتماع و مراکز تعیین شده بپردازند (Villman, 2024: 193).

---

۱. دادنامه شماره ۹۷۰۹۹۷۰۲۱٤۱۰۱٥٥۹ مورخ ۱۳۹۷/۱۲/۲٦ صادره از شعبه ۱۱٤۱ دادگاه کیفری دو مجتمع قضایی شهید مطهری تهران.

۲. در دادنامه شماره ۹۷۰۹۹۷٤٤۹۷٥۰۰۰٥۰ مورخ ۱۳۹۷/۰۱/۲۱ صادره از شعبه اول محاکم کیفری دو شهرستان سلماس، دادرس پرونده شرکت در کلاس‌های معاونت پیشگیری از وقوع جرم استان به میزان هشت ساعت و ارائه گواهی آن به قاضی اجرای احکام کیفری را در راستای اجرای بند ح ماده ٤٣ قانون مجازات اسلامی ١٣٩٢ مورد حکم قرار داده است. در دادنامه‌ای دیگر به شماره ١٤٠٣٠١٣٩٠٠٠٣٢٤٠٠٢٦٨ مورخ ١٤٠٣/٠٦/٠٧ صادره از شعبه ۱۱٥ دادگاه کیفری دو شهرستان کرج، قاضی حکم به خودداری از ارتباط و معاشرت با شرکا یا سایر محکومان پرونده مستند به بند چ ماده ٤٣ قانون اخیرالذکر نموده است.

۲-۲. جمع‌بندی و راهکار

برای توجه بیشتر قضات به این تدابیر و دستورها، پیشنهاد می‌شود: اولاً، قانون‌گذار تا حد ممکن از ادبیات احاله‌ای در قانون‌گذاری پرهیز نماید و تدابیر و دستورهای متناسب با نظارت الکترونیکی را شخصی‌سازی نماید؛ ثانیاً، صدور حکم به حداقل یک تدبیر و یک دستور مراقبتی الزامی گردد تا مددجویان نیز احساس وظیفه بیشتری نمایند و روند اجتماعی شدن آن‌ها قوت بگیرد.

۳. «حبس‌های تعزیری» در تبصره دو ماده ٦٢ قانون مجازات اسلامی؛ مجازات قانونی یا قضایی؟

در اردیبهشت ماه ۱۳۹۹، قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ به موجب قانون کاهش مجازات حبس تعزیری اصلاح شد و یکی از اصلاحات، ماده ۹ این قانون بود که با الحاق دو تبصره دیگر به ماده ٦٢ قانون مجازات اسلامی، آن را دستخوش تغییر کرد. تبصره دو ماده ٦٢ دارای ابهام است و مشخص نیست که در عبارت «حبس‌های تعزیری درجه دو، سه و چهار» مجازات قانونی مدنظر قانون‌گذار بوده و یا مجازات قضایی[1]. به عبارت دیگر، حکم این تبصره مشمول جرائمی است که مجازات آن به موجب قانون درجه دو، سه و چهار است یا نوع جرم و مجازات قانونی آن اهمیتی ندارد، بلکه درجه مجازات قابل اجرا و قضایی ملاک است؟ در نظرات حقوق‌دانان و قضات نیز اختلافاتی یافت می‌شود.

۱-۳. نقد و بررسی

برخی نویسندگان معتقدند که «در تبصره مزبور تنها میزان محکومیت و تحمل یک‌چهارم مدت آن در کاربست سامانه یاد شده موضوعیت دارد و براین‌اساس اگر جرم ارتکابی درجه یک بوده لکن مقدار حبس تعیین‌شده از درجه‌های پایین‌تر باشد محکوم علیه با رعایت شرایط مقرر قادر خواهد بود که تحت این سامانه قرار گیرد» (توجهی، ۱۴۰۱: ۳۹۰). سیاست‌های کاهش جمعیت کیفری و کاهش هزینه عمومی زندان‌ها این دیدگاه را تقویت می‌نماید و عبارت «حبس‌های تعزیری» نیز آن‌قدر مبهم است که راه را برای چنین تفسیری باز می‌نماید.

---

۱. تبصره ۲ (الحاقی ۱۳۹۹/۰۲/۲۳): مقررات این ماده در مورد حبس‌های تعزیری درجه دو، درجه سه و درجه چهار نیز پس از گذراندن یک‌چهارم مجازات‌های حبس قابل اعمال است.

نویســـنده دیگری معتقد اســـت «منظور از حبس‌های درجه دو تا چهار که در تبصره دو مقرر شده، مجازات قانونی جرم ارتکابی است نه میزان مجازات قضایی که در دادنامه قید می‌شـــود؛ زیرا قانون‌گذار در این ماده از عبارت «محکومیت به حبس» استفاده نکرده است. برای مثال چنان‌چه فردی مرتکب جرم درجه چهار شود و دادگاه با لحاظ مقررات تخفیف میزان مجازات را به حبس درجه هفت تقلیل نماید با توجه بـــه عبارت در صورت گذراندـــن یک‌چهارم مدت حبس بهره‌منـــدی مرتکب از نهاد نیمه‌آزادی مندرج دـــر دادنامه ممکن خواهد بود» (احمدزاده و تام، ۱٤۰۲: ۲۹۱). اما اصل در قانون، مجازات قانونی است و مجازات قضایی نیازمند تصریح و فقدان ابهام در آن است. نکته دیگر آن‌که اگر جرمی با مجازات قانونی درجه دو تا چهار ارتکاب یابد و با حبس قابل اجرای درجه پنج تا هشت همراه شود، باز هم طی نمودن مدت یک‌چهارم از آن الزامی است؛ زیرا صدر ماده ٦۲ قانون مجازات اسلامی، درباره جرائم تعزیری با مجازات قانونی حبس درجه پنج تا هشت است و نه مجازات قضایی و این در حالیست که محکوم، مرتکب جرمی با مجازات قانونی درجه دو، سه یا چهار شده اســـت که این امر موجب خروج موضوعی وی با هر میزان تخفیف از صدر ماده ٦۲ قانون مزبور می‌گردد. هم‌چنین جرائم مشمول تبصره دو این ماده آن‌قدر شدید هستند کـــه با لحاظ هر میزان تخفیف، مرتکب بی‌نیـــاز از گذر حداقل مدت یک‌چهارم کیفر حبس نمی‌گردد. نظریه مشورتی اداره کل حقوقی قوه‌قضائیه موید این دیدگاه است: «با توجه به عبارت در «جرائم تعزیری» صدر ماده ٦۲ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، مقررات این ماده و سیاق تبصره دو الحاقی به آن، منظور از حبس‌های تعزیری درجه دو، سه و چهار تبصره الحاقی، مجازات قانونی حبس‌های تعزیری درجه دو، سه و چهار است و منظور از گذراندن یک‌چهارم مجازات‌های حبس، گذشت یک‌چهارم مجازات حبس مندرج در حکم است»[۱].

۲-۳. جمع‌بندی و راهکار

به نظر می‌رســـد در رویه قضایی غالب نظرات چنین اســـت که مطرح شـــد؛ به‌عنـــوان مثال در دادنامه‌ای دادرس پرونده بدون درنظر گرفتن این نکته که مجازات قابل اجرای محکوم به دلیل اســـقاط حق تجدیدنظرخواهی وفق ماده ٤٤۲ قانون آیین

۱. نظریه مشورتی شماره ۹۹-۱۸٦/۲-۱۹۳۵ مورخ ۱۳۹۹/۱۲/۱۰.

دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ به لحاظ قضایی از حبس درجه چهار به درجه پنج تنزل یافته است، گذشت یک‌چهارم از حبس تعیین‌شده را الزامی دانسته است[1]. با این‌حال پیشنهاد می‌شود به‌منظور جلوگیری از تشتت آرا، مقنن نسبت به اصلاح این تبصره (متن پیشنهادی در انتهای مقاله آمده است) اقدام نماید.

٤. نظارت الکترونیکی برای محکومان پرونده‌های مواد مخدر

سوال این است که آیا محکومان به حداقل پنج سال حبس در جرائم مواد مخدر (با توجه به درجه چهار محسوب شدن آن) می‌توانند وفق تبصره دو ماده ٦٢ قانون مجازات اسلامی، پس از گذشت یک‌چهارم مدت حبس از ظرفیت این نهاد بهره‌مند شوند یا خیر؟ این سوال و چالش به این دلیل مطرح می‌شود که مطابق تبصره ماده ٤٥ الحاقی به قانون مبارزه با مواد مخدر، در صورتی که مرتکب به حداقل پنج سال حبس محکوم گردد از هیچ ارفاق قانونی به جز عفو رهبری و حکم تبصره ماده ۳۸ قانون مزبور برخوردار نخواهد شد[2].

٤-١. نقد و بررسی

تا قبل از استعلام نظریه مشورتی، تقریبا هیچ اختلاف نظری میان قضات نبود که پاسخ به سوال پیش‌گفته منفی است زیرا تا سال ۱۳۹۹ تبصره دو ماده ٦٢ قانون مجازات اسلامی وضع نشده بود و اصولا مطرح نمودن چنین مساله‌ای منتفی بود. البته در فاصله چند ماهه تصویب قانون کاهش (الحاق تبصره دو ماده ٦٢) و صدور نظریه مشورتی (که موخر بر این قانون بود) تمامی درخواست‌های استفاده از پابند الکترونیکی در جرائم با مجازات درجه چهار به بالا پس از گذراندن یک‌چهارم از

---

۱. دادنامه مورخ ۱۴۰۱/٤/١٦ صادره از دادگاه انقلاب شهرستان بشرویه در پرونده شماره ۱٤۰۰۳۳۹۲۰۰۰۰٦٤٥٥٨۰.

۲. تبصره ماده ٤٥: در مورد جرائم موضوع این قانون که مجازات حبس بیش از پنج سال دارد در صورتی که حکم به حداقل مجازات قانونی صادر شود، جز در مورد مصادیق تبصره ماده (۳۸)، مرتکب از تعلیق اجرای مجازات، آزادی مشروط و سایر نهادهای ارفاقی به استثنای عفو مقام معظم رهبری مذکور در بند (۱۱) اصل یکصد و دهم (۱۱۰) قانون اساسی بهره‌مند نخواهد شد و در صورتی که حکم به مجازات بیش از حداقل مجازات قانونی صادر شود دادگاه می‌تواند بخشی از مجازات حبس را پس از گذراندن حداقل مجازات قانونی به مدت پنج تا ده سال تعلیق کند.
تبصره ماده ۳۸ (الحاقی ۱۳۷٦/۸/۱۷): کلیه محکومینی که پس از صدور حکم به‌نحوی با نیروی انتظامی یا سازمان عمل‌کننده همکاری نمایند و اقدام آن‌ها منجر به کشف شبکه‌ها گردد دادگاه صادرکننده رای می‌تواند با تقاضای نیروی انتظامی و یا سازمان عمل‌کننده براساس اسناد مربوطه، مجازات وی را ضمن اصلاح حکم سابق‌الصدور تا نصف تخفیف دهد.

مدت حبس، مستند به بخش‌نامه شماره ۱۰۰/٤٨٢٤٤/٩٠٠٠ مورخ ١٣٩٦/١٠/١٦ و عمومیت حکم تبصره ماده واحده الحاقی رد می‌شد اما با طرح نظریه مشورتی ذیل اختلاف نظرها آغاز شد:

«با توجه به این‌که اجرای مجازات حبس تحت نظارت سامانه‌های الکترونیکی با هدف مقنن از وضع تبصره ماده ٤٥ الحاقی به قانون اصلاح قانون مبارزه با مواد مخدر دایر بر حتمیت اجرای مجازات‌ها منافات ندارد، بنابراین اعمال نظام آزادی تحت نظارت سامانه‌های الکترونیکی که ناظر به شیوه اجرای مجازات حبس است، از قلمرو مصادیق نهادهای ارفاقی موضوع تبصره ماده ٤٥ قانون پیش‌گفته خارج است»[1].

۲-٤. جمع‌بندی و راهکار

اصلی‌ترین منشا اختلاف نظرات، اعتقاد برخی حقوق‌دانان بر ارفاقی نبودن نهاد نظارت الکترونیکی در معنی قانونی است و این‌که نهاد مزبور صرفا شیوه نوین اجرای حبس است و هم‌چنین تبصره ماده ٤٥ الحاقی برخلاف اصل «کیفی بودن قوانین کیفری» است (ابراهیمی و سلطانی‌فرد، ١٤٠٣: ٢٠٠)؛ اما نباید تردید داشت که بخش جدانشدنی از نهاد نظارت الکترونیکی، ماهیت ارفاقی و وجود شرایط پیچیده در اعمال آن است و با توجه به این‌که قانون‌گذار در تبصره ماده ٤٥ الحاقی به قانون مبارزه با مواد مخدر در جرائمی که مجازات حبس بیش از پنج سال دارند در صورت حکم به حداقل مجازات قانونی به صراحت (و مطلقاً) امکان بهره‌مندی محکوم از هرگونه نهاد ارفاقی به جز عفو مقام معظم رهبری مذکور در بند ١١ اصل یکصد و دهم قانون اساسی را سلب کرده است، به نظر می‌رسد توسعه قلمرو شمول استفاده از حبس تحت نظارت سامانه الکترونیکی به حبس‌های درجه دو، سه و چهار هم‌چنان با محدودیت قبلی مواجه است (احمدزاده و تام، ١٤٠٢: ٢٩٢) و در صورت تفسیری مخالف نظر فوق، سیاست جنایی سخت‌گیرانه قانون-گذار در قبال مرتکبان جرائم مواد مخدر که عمدتا دچار حالت خطرناک هستند، خنثی خواهد شد.

---

۱. نظریه مشورتی شماره ۷/۹۹/۱۳۱٤ مورخ ۱۳۹۹/۱۰/٦.

۵. تقاضای اعمال نظارت الکترونیکی بعد از قطعیت حکم و قبل از اجرای آن

یکی از چالش‌هایی که شعب اجرای احکام با آن مواجه هستند این است که متهم پس از این‌که به صورت قطعی به تحمل حبس در زندان بسته محکوم می‌شود، درحالی‌که با سپردن تامین آزاد است از قاضی اجرای احکام درخواست می‌کند تا وفق ماده ۵۵۳ قانون آیین دادرسی کیفری یا به هر طریق دیگری از دادگاه صادرکننده حکم قطعی تقاضای صدور حکم به مراقبت تحت نظارت سامانه‌های الکترونیکی را نماید. این وضعیت موجب شده است که اختلاف نظراتی در قانونی بودن پذیرش این درخواست شکل بگیرد.

۱-۵. نقد و بررسی

نظر اول این است که این اقدام مستندی در قانون ندارد و به عبارتی غیرقانونی یا فراقانونی است. یکی از نویسندگان در تایید این دیدگاه، نظریه مشورتی اداره کل حقوقی قوه قضائیه را نقل می‌کند: «قرار دادن محکوم به حبس تحت نظارت سامانه‌های الکترونیکی موضوع ماده ٦٢ قانون مجازات اسلامی ناظر به اجرای حکم بوده و امری اجرایی محسوب می‌شود و مستقل از امر تعیین مجازات و صدور حکم محکومیت است و چنان‌چه دادگاه حین صدور حکم نسبت به اعمال مقررات ماده ٦٢ این قانون اقدام نکند با توجه به اصل قانونمندی دادرسی کیفری، قرار دادن محکوم تحت نظارت سامانه‌های الکترونیکی نیازمند رعایت تشریفات مقرر در ماده ۵۵۳ قانون پیش‌گفته است؛ بنابراین اعمال مقررات ماده ٦٢ در فرضی که دادگاه حین صدور حکم نسبت به اعمال مقررات این ماده اقدام نکرده باشد منوط به شروع به اجرای مجازات حبس محکوم خواهد بود»[1] (احمدزاده و تام، ۱۴۰۲: ۲۹۴).

نظر دوم به موجب بخش‌نامه شماره ۲۲٦۲/۱۰ مورخ ۱۴۰۲/۰۳/۰۸ صادره از دادگستری استان تهران برجسته‌تر از قبل شده و در بند چهارم آن چنین آمده است: «محکوم قطعی به حبس درجه پنج تا هشت قبل از اعزام و معرفی می‌تواند تقاضای خود را به اجرای احکام کیفری تقدیم نماید. قاضی اجرای احکام کیفری مکلف است در اجرای بند ب ماده ۷ آیین‌نامه اجرایی مراقبت‌های الکترونیکی درخواست وی را

۱. نظریه مشورتی شماره ۷/۱۴۰۰/۱۴۰۹ مورخ ۱۴۰۰/۱۱/۳.

به همراه پرونده به دادگاه مربوطه ارسال و در صورت احراز شرایط و موافقت دادگاه، محکوم علیه را احضار و به مرکز مراقبت الکترونیکی معرفی نماید. اســـتفاده از نظام آزادی تحت نظارت ســـامانه‌های الکترونیکی منوط به معرفی محکوم به زندان و طرح در شورای طبقه‌بندی زندان نمی‌-باشد».

۲-۵. جمع‌بندی و راهکار

هنگامی‌کـــه با نقص در قانون‌گذاری مواجه هســـتیم، تنها چاره ابتکار عمل و حرکت به ســـمت روح قانون اســـت (کاتوزیان، ۱۳۸٦: ۳٦۵). مقـــرره مزبور در این بخش‌نامـــه نیز با تصور وجود نقص در قانون یا هر نوع برداشـــتی از آن و هم‌چنین اســـتفاده حداکثری از ظرفیت پابندهای الکترونیکـــی و جلوگیری از ورود محکومان به فضای ناســـالم زندان وضع شده است اما به نوعی باعث نقض قاعده فراغ دادرس می‌شود، بر مشغله دادرسان و به‌خصوص سردرگمی قضات اجرای احکام می‌افزاید و روند اجرای احکام را با اخلال و تشـــویش مواجه می‌نماید. هم‌چنین تشریفات قانون آیین دادرسی کیفری نقض می‌گردد و احتمال تجدیدنظر قاضی صادرکننده رای قطعی بسیار کم است. با این حال ضروری به‌نظر می‌رسد که ماده ٦۲ قانون مجازات اسلامی اصلاح شود.

٦. ابهام در عبارت «شـــرایط مقرر در تعویق مراقبتـــی» در ماده ٦۲ قانون مجازات اسلامی

نحوه برداشـــت از عبارت «شرایط مقرر در تعویق مراقبتی» در ماده ٦۲ قانون مجازات اســـلامی موجب اختلاف نظراتی شـــده است که برخی آن را به احراز چهار شـــرط عمومی تعویق صدور حکم در ماده ٤۰ قانون مزبور[1] مرتبط می‌دانند و برخی دیگر به بند ب ماده ٤۱ [2] و صرف سپردن تعهد به انجام تدابیر احتمالی ماده ٤۲ [3] و

---

۱. الف؛ وجود جهات تخفیـــف؛ ب- پیش‌بینی اصلاح مرتکب؛ پ- جبران ضرر و زیان یا برقراری ترتیبات جبران؛ ت- فقدان سابقه کیفری موثر

۲. ماده ٤۱ قانون مجازات اســـلامی: تعویق به شـــکل ســـاده یا مراقبتی است. الف- در تعویق ساده مرتکب به‌طور کتبی متعهد می‌گردد، در مدت تعیین‌شـــده به‌وسیله دادگاه، مرتکب جرمی نشود و از نحوه رفتار وی پیش‌بینی شـــود که در آینده نیز مرتکب جرم نمی‌شود. ب- در تعویق مراقبتی علاوه بر شرایط تعویق ساده، مرتکب متعهد می‌گردد دستورها و تدابیر مقررشده به‌وسیله دادگاه را در مدت تعویق رعایت کند یا به موقع اجرا گذارد.

۳. تعویق مراقبتی همراه با تدابیر زیر اســـت: الف- حضور به‌موقع در زمان و مکان تعیین‌شده توسط مقام قضائی یا مددکار اجتماعی ناظر؛ ب- ارائه اطلاعات و اســـناد و مدارک تســـهیل‌کننده نظارت بر

ماده ۴۳ [1] در صورتی که در حکم دادگاه ذکر شود.

۱-۶. نقد و بررسی

در رویه قضایی قضات اغلب تمایل دارند که «شرایط مقرر در تعویق مراقبتی» را حمل بر موارد مذکور در ماده ۴۰ قانون مجازات اسلامی نمایند اگرچه در بسیاری موارد احراز تمامی جهات ماده اخیرالذکر را لازم نمی‌دانند[2]، اما در میان حقوق‌دانان با نظرات مختلفی مواجه هستیم که به سه دسته اصلی تقسیم می‌شوند:

دسته اول شرایط ماده ۴۰ را ملاک عمل قرار داده‌اند؛ از آن جمله نویسنده‌ای می‌نویسد: «قانون‌گذار به دادگاه اختیار داده است که در خصوص حبس‌های تا پنج سال از نظارت الکترونیکی به جای حبس استفاده نماید. این امکان در صورتی است که دو شرط فراهم باشد: اول شرایط تعویق مراقبتی که منظور بندهای چهارگانه مندرج در ماده ۴۰ قانون مجازات اسلامی است و دوم رضایت محکوم به حبس مبنی

اجرای تعهدات محکوم برای مددکار اجتماعی؛ پ- اعلام هرگونه تغییر شغل، اقامتگاه یا جابه‌جایی در مدت کمتر از پانزده روز و ارائه گزارشی از آن به مددکار اجتماعی؛ ت- کسب اجازه از مقام قضائی به‌منظور مسافرت به خارج از کشور. تبصره- تدابیر یادشده می‌تواند از سوی دادگاه همراه با برخی تدابیر معاضدتی از قبیل معرفی مرتکب به نهادهای حمایتی باشد.

۱. در تعویق مراقبتی، دادگاه صادرکننده قرار می‌تواند با توجه به جرم ارتکابی و خصوصیات مرتکب و شرایط زندگی او به‌نحوی که در زندگی وی یا خانواده‌اش اختلال اساسی و عمده ایجاد نکند مرتکب را به اجرای یک یا چند مورد از دستورهای زیر در مدت تعویق، ملزم نماید: الف- حرفه‌آموزی یا اشتغال به حرفه‌ای خاص؛ ب- اقامت یا عدم اقامت در مکان معین؛ پ- درمان بیماری یا ترک اعتیاد؛ ت- پرداخت نفقه افراد واجب‌النفقه؛ ث- خودداری از تصدی کلیه یا برخی از وسایل نقلیه موتوری؛ ج- خودداری از فعالیت حرفه‌ای مرتبط با جرم ارتکابی یا استفاده از وسایل موثر در آن؛ چ- خودداری از ارتباط و معاشرت با شرکا یا معاونان جرم یا دیگر اشخاص از قبیل بزه‌دیده به تشخیص دادگاه؛ ح- گذراندن دوره یا دوره‌های خاص آموزش و یادگیری مهارت‌های اساسی زندگی یا شرکت در دوره‌های تربیتی، اخلاقی، مذهبی، تحصیلی یا ورزشی

۲. در دادنامه شماره ۱۴۰۲۳۳۳۹۰۰۰۰۷۷۴۶۴۳ مورخ ۱۴۰۲/۵/۲۷ صادره از شعبه اول دادگاه انقلاب شهرستان بشرویه، دادرس پرونده ماده ۴۰ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ را مستند شرایط مقرر در تعویق مراقبتی قرار داده اما به صورت جداگانه آن‌ها را احراز ننموده؛ هم‌چنین در دادنامه شماره ۱۴۰۳۰۱۳۹۰۰۰۳۲۴۰۲۶۸ مورخ ۱۴۰۳/۶/۷ صادره از شعبه ۱۱۵ دادگاه کیفری دو شهرستان کرج، دادرس پرونده اشاره داشته است که « ... و در نظر گرفتن اخذ گذشت شکات و رد مال آنان توسط زندانی که در راستای بند الف و پ ماده ۴۰ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ می‌باشد و ایام تحمل حبس نیز موجب احراز بند ب ماده مذکور که همانا پیش‌بینی اصلاح مرتکب گردیده ... »؛ همان‌طور که ملاحظه می‌گردد فقدان سابقه کیفری موثر به صورت مستند در دادنامه احراز نشده است اما به‌نظر می‌رسد چون مدت قابل توجهی از حبس وی سپری شده، این شرط نیز مفروض دانسته شده است.

بر این‌که به جای حبس از نظارت سامانه الکترونیکی استفاده گردد» (الهام و برهانی، ۱۳۹۲: ۱٤۲)، برخی دیگر نیز قائل بر این نظر هستند (فروغی و ایرانی، ۱۳۹۵: ٦۱۲)، نویسنده‌ای دیگر بدون استدلال خاصی قائل به این نظر است (شمس ناتری و همکاران، ۱۳۹۲: ۱۸۲). حقوق‌دان دیگری می‌نویسد: «استفاده از نهاد مزبور مستلزم وجود شرایط مقرر در تعویق مراقبتی است، بنابراین آزادی توام با نظارت الکترونیکی نیز هم‌چون قرار تعویق صدور حکم، مستلزم وجود جهات تخفیف و فقدان سابقه محکومیت موثر کیفری می‌باشد» (کامفر، ۱٤۰۱: ۹۷). برخی دیگر نیز اظهار می‌دارند: «شرط خاصی در این بند وجود ندارد و به‌نظر می‌رسد منظور قانون‌گذار وجود شرایط مقرر در ماده ٤۰ برای تعویق باشد» (دانش‌وزیری و حاجی‌ده‌آبادی، ۱۳۹۷: ۸۲).

دسته دوم رعایت مفاد ماده ٤۰ و نیز بند ب ماده ٤۱ را ضروری می‌دانند بدین شرح که: «قانون‌گذار در ماده ٦۲ قانون مجازات اسلامی نظارت الکترونیکی را منوط به وجود شرایط تعویق مراقبتی دانسته است، بنابراین اولا باید شرایط چهارگانه مذکور در ماده ٤۰ قانون مجازات اسلامی وجود داشته باشد و ثانیا مرتکب باید متعهد شود که دستورها و تدابیر مقررشده به‌وسیله دادگاه را در مدت محکومیت به حبس (تحت نظارت الکترونیکی بودن) به موقع اجرا گذارد (موضوع بند ب ماده ٤۱)» (حیدری، ۱۳۹٤: ۳۵۳-۳۵٤). بند سوم از بخش‌نامه شماره ۲۲٦۲/۱۰ مورخ ۱٤۰۲/۰۳/۰۸ موید این دیدگاه است.

دسته سوم نیز صرف متعهدشدن محکوم مطابق بند ب ماده ٤۱ قانون مجازات اسلامی را کافی می‌دانند و برخی از آن‌ها این‌گونه استدلال می‌کنند که: «شرایط چهارگانه مذکور اختصاصی به تعویق مراقبتی ندارد و برای مطلق تعویق بیان شده است، اگر قانون‌گذار چنین مقصودی داشت باید مانند ماده ٤٦ این قانون از عبارت «در صورت وجود شرایط مقرر برای تعویق صدور حکم» استفاده می‌کرد. حال آن‌که همین قرینه و به اقتضای تفسیر مضیق از قوانین کیفری در فرض عدم امکان احراز نظر قانون‌گذار عبارت «در صورت وجود شرایط مقرر در تعویق مراقبتی» مندرج در ماده ٦۲ قانون تنها منصرف به ارائه تعهد مرتکب به رعایت دستورها و تدابیر مقررشده به‌وسیله دادگاه است» (احمدزاده و تام، ۱٤۰۲: ۲۹٤). اداره کل حقوقی قوه‌قضائیه نیز

در تایید این نظر در بخشی از نظریه شماره ۷/۱۴۰۲/۵۲ مورخ ۱۴۰۲/۱/۲۹ اشاره نموده است که: «در واقع قانون‌گذار برای آن‌که شرایط مذکور در بند ب ماده ۴۱ قانون مجازات اسلامی را در ماده ۶۲ این قانون تکرار نکند، به استفاده از این عبارت (شرایط مقرر در تعویق مراقبتی) اکتفا کرده است».

یکی از نویسندگان در تقویت نظر دسته سوم می‌نویسد: «از آن‌جایی‌که دغدغه قانون‌گذار در اعمال نهاد ارفاقی نظارت الکترونیکی تنها اجرای شایسته محکومیت حبس در خارج از زندان و التزام محکوم علیه به رعایت دستورهای دادگاه بوده و همان‌گونه که در اعمال نظام آزادی مشروط و نظام نیمه‌آزادی مولفه‌هایی مانند وجود جهات مخففه یا فقدان سابقه کیفری موثر (از شرایط تعویق صدور حکم) هیچ نقشی ندارند، در فرایند قرار دادن محکوم به حبس تحت نظارت سامانه‌های الکترونیکی نیز وجود شرایط تعویق مراقبتی قاعدتا به تعهد سپاری مرتکب به رعایت تدابیر و دستورهای دادگاه که در بند ب ماده ۴۱ قانون مزبور مقرر گردیده انصراف دارد» (توجهی، ۱۴۰۱: ۴۱۰). در این خصوص نکاتی لازم به ذکر است:

اولاً، صرف سپردن تعهد به انجام دستورهای دادگاه توسط محکوم کافی نیست زیرا مقنن صدور تدابیر و دستورها را به موجب تبصره یک ماده ۶۲ قانون مجازات اسلامی به اختیار دادگاه واگذار نموده و بررسی رویه محاکم در این خصوص نشان داده است که اکثریت قضات به هیچ‌یک از این دستورها به دلایلی که سابقا بیان شد اقبالی ندارند، لذا به‌نظر می‌رسد که مطابق این نظر عملا جز یک تعهد فاقد مندرجات، هیچ شرط دیگری جز رضایت محکوم وجود ندارد.

ثانیاً، این قیاس که در نظام نیمه‌آزادی و آزادی مشروط برخی شرایط مندرج در ماده ۴۰ احراز نمی‌شود پس نیازی نیست تا در نظارت الکترونیکی نیز این موارد احراز شود، نادرست است؛ زیرا آن‌ها تابع شرایط قانونی خاص خود هستند و بعضا شرایط دشوارتری نسبت به مفاد ماده ۴۰ قانون مجازات اسلامی دارند.

۲-۶. جمع‌بندی و راهکار

با توجه به ابهام موجود در قانون و تفاوت ماهوی بین تعویق مراقبتی و نظارت الکترونیکی، توصیه می‌شود مقنن به جای استفاده از قانون‌گذاری احاله‌ای، شرایط لازم برای اعمال نظارت الکترونیکی را به‌گونه‌ای که با ماهیت این اقدام سازگار باشد

به‌طور مستقل در قانون ذکر و ابهامات موجود را مرتفع نماید (میرمحمد صادقی، ۱٤۰۱: ۲٤۸).

تردیدی نیست که در زمینه قانون‌گذاری نقص داریم، از یک سو تفسیر متن‌محور و لفظی یک منظور و تفسیر قصدمحور منظور دیگری دارد و مشخص نیست وقتی مطابق صدر ماده ٦۲ قانون مجازات اسلامی به صورت کلی یک مرتبه رضایت محکوم اخذ می‌گردد که حمل بر پذیرش کلیت نظارت الکترونیکی و الحاقات آن از جمله تعهد به انجام تدابیر و دستورها می‌شود، به چه علت باید یک مرتبه دیگر این رضایت به موجب عبارت محل چالش تکرار گردد؟

همه ابهامات و اختلاف نظرات ما را به این تفسیر رهنمون می‌سازد که تا مشخص‌شدن نظر مقنن احتیاط نماییم که به حقوق جامعه و بزه‌دیده لطمه وارد نشود و از لغزش قضات نیز جلوگیری شود و محکومان واجد جامع شرایط مندرج در ماده ٤۰ قانون مجازات اسلامی نیز بتوانند از ظرفیت این نهاد بهره‌مند شوند. لذا به‌نظر می‌رسد قانون‌گذار در صدر ماده ٦۲ قانون مزبور سهو کلام داشته و عبارت «شرایط مقرر در تعویق مراقبتی» مذکور در این ماده، (منحصرا) در ماده ٤۰ و عبارت «تدابیر نظارتی» در ماده ٤۲ و «دستورهای ذکر شده» در ماده ٤۳ این قانون بیان گردیده است (محسنی، ۱۳۹۷: ۱٥٦). بنابراین پیشنهاد می‌شود مقنن در ماده به جای عبارت «شرایط مقرر در تعویق مراقبتی» از واژه «شرایط تعویق» استفاده کند» (توجهی، ۱۳۹۳: ۱۱٤).

لازم به ذکر است که اداره کل حقوقی قوه قضاییه نیز رویکرد قبلی خود را تعدیل کرده؛ اما نظر دسته دوم را بدین شرح مورد پذیرش قراردادهه است: «منظور از شرایط «تعویق مراقبتی» که در اعمال مقررات ماده ٦۲ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ نیز احراز این شرایط ضروری است، همان شرایط مذکور در ماده ٤۰ و بند ب ماده ٤۱ قانون یادشده است. با این توضیح که در صدر بند ب ماده ٤۱ این قانون آمده است: «در تعویق مراقبتی علاوه بر شرایط تعویق ساده ...» که منظور همان شرایط مذکور در بندهای ذیل ماده ٤۰ این قانون (وجود جهات تخفیف، پیش‌بینی اصلاح مرتکب، جبران ضرر و زیان یا برقراری ترتیبات جبران، فقدان سابقه کیفری موثر) است و در ذیل بند مذکور (بند ب ماده ٤۱) نیز تصریح شده «... مرتکب متعهد

می‌گردد دستورها و تدابیر مقررشده به‌وسیله دادگاه را در مدت تعویق رعایت کند یا به‌موقع اجرا گذارد»؛ بنابراین برای صدور قرار تعویق مراقبتی احراز تمام شرایط مذکور در ماده ٤۰ قانون مجازات اسلامی و نیز اخذ تعهد از مرتکب به شرح مقرر در بند ب ماده ٤۱ ضروری است»[1].

این نظریه مشورتی ایراد دارد زیرا عبارت «شرایط تعویق ساده» در ابتدای بند ب ماده ٤۱ را حمل بر شرایط مقرر در ماده ٤۰ نموده است که درست نیست و شرایط تعویق ساده در بند الف ماده ٤۱ قانون مزبور ذکر شده است و هم‌چنان سپردن تعهد به انجام تدابیر نظارتی و دستورهای مراقبتی احتمالی دادگاه را شرط می‌داند در حالی‌که محکوم سابقاً با ارائه رضایت‌نامه کتبی وفق ماده ٦۲ با قرارگرفتن تحت نظارت سامانه‌های الکترونیکی و تمامی محدودیت‌های آن از جمله تعیین محدوده حرکتی و دستورهای مراقبتی احتمالی موافقت نموده است.

۱. نظریه مشورتی شماره ۷/۱٤۰۲/۱۰۸۱ مورخ ۱٤۰۲/۱۲/۲۷.

برآمد

براســـاس مطالب پیش‌گفته درباره چالش‌های قضایی نهاد نظارت الکترونیکی در این مقاله به شرح ذیل نتیجه‌گیری می‌شود:

۱- هرچند دســـتورالعمل تعیین محدوده مراقبتی در مقام ایجاد وحدت رویه قضایی بوده اســـت، اما بر جنبه ســـزادهی و ارعاب در آن بیشـــتر تاکید شده و جنبه اصلاحـــی تا حدودی مغفول مانده اســـت و لذا فراتر رفتن قضـــات از محدوده‌های تعیین‌شـــده در دســـتورالعمل تعیین محدوده مراقبتی تا زمانی‌که منطبق با وجدان و با هدف اجرای عدالت باشد و به نظم عمومی حوزه قضایی تحت مراقبت آن‌ها و امنیت جامعه لطمه‌ای وارد نسازد مجاز است.

۲- اســـتفاده قضات از تدابیر نظارتی و دستورهای مراقبتی در احکام ناظر به نظارت الکترونیکی بسیار محدود و اندک می‌باشد؛ از این رو شایسته است قانون‌گذار دـــر ادبیـــات احاله‌ای ماده ٦٢ قانون مجازات اســـلامی تجدیدنظـــر نماید و تدابیر و دســـتورهایی منطبق با ذات و طبع نظارت الکترونیکی وضع نماید و سپس محاکم را مکلـــف به الزام محکوم به انجام حداقل یک تدبیر نظارتی و دســـتور مراقبتی و ارائه گزارش آن به دفتر اجرای احکام کیفری نماید.

۳- منظور از «حبس‌های تعزیری درجه دو، سه و چهار» در تبصره ۲ ماده ٦٢ قانون مجازات اسلامی، مجازات قانونی می‌باشد.

٤- نهـــاد نظارت الکترونیکی یک نهاد ارفاقی محســـوب می‌شـــود و لذا در عمومیـــت حکم تبصره ماده ٤٥ قانون مبارزه با مواد مخدـــر قرار دارد و متعاقب آن محکومان جرائم مواد مخدر با حبس بالای پنج سال، جز در شرایط خاص قانونی، تا زمانی که حداقل مجازات قانونی خود را طی ننمایند، حق استفاده از هیچ نهاد ارفاقی نسبت به مدت باقی‌مانده را نخواهند داشت.

۵- اطلاق نص ماده ٦٢ قانون مجازات اسلامی، منحصر شدن نص ماده ۵۵۳ قانون آیین دادرسی کیفری به محکومانی که هم‌اکنون زندانی هستند، ضرورت پویایی امر تعیین مجازات، اصل دخالت حداقلی حقوق کیفری، سیاســـت‌های کلی قضایی و برنامه‌های توســـعه و فقدان نهی صریح قانون‌گـــذار و بخش‌نامه‌های موجود، همگی دلالت بر جواز بررســـی و پذیرش و عدم اعـــزام محکوم به زندان در صورت وجود

تامین تا مشـــخص شـــدن رای قطعی دارند، اما به دلیل فقدان تصریح قانونی، قاضی اجرای احـــکام الزامی به پذیرش آن ندارد و دادگاه نیز می‌تواند با این درخواســـت مخالفت نماید.

٦- منظور از «شـــرایط مقرر در تعویق مراقبتی» دـــر ماده ٦٢ قانون مجازات اســـلامی همان شـــرایط کلی تعویق صدور حکم مندرج در مادـــه ٤٠ قانون مجازات اسلامی است.

۷- پیشنهاد می‌شود:

نخست، دستورالعمل تعیین محدوده مراقبتی محکومان مصوب ۱۴۰۱ به شرح ذیل اصلاح شود:

بنـــد ت ماده ۱: «محدوده مراقبتی درجه چهـــار: محلی که فرد تحت مراقبت در آن ســـکونت یا اشتغال دارد و شعاع مجاز تردد در آن حداکثر ده کیلومتر از محل تعیین‌شده می‌باشد».

ماده ۲- «مراجع قضایی در مواردی که رای به مراقبت تحت نظارت سامانه‌های الکترونیکی صادر می‌کنند با لحاظ نوع و کیفیت ارتکاب جرم، ســـوابق، آثار زیان‌بار و خســـارت‌های وارده به بزه‌دیده و جامعه و هم‌چنین با در نظر گرفتن شـــخصیت و وضعیت فردی، خانوادگی و اجتماعی فرد تحت مراقبت، یکی از محدوده‌های مراقبتی درجه یک تا سه مذکور در ماده ۱ این دستورالعمل را به‌عنوان محدوده مراقبت تعیین نمایند تا فرد مذکور در آن محدوده، تحت نظارت و مراقبت قرار گیرد. ضمناً قضات مجاز هستند تا نسبت به تعیین محدوده حرکتی به میزان مقرر در بند ت ماده ۱ صرفا برای محکومانی که بـــه منظور اجرای یکی از فعالیت‌های مندرج در ماده ۵۵۳ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ (فعالیت شغلی یا حرفه‌ای، آموزشی، حرفه‌آموزی، مشـــارکت در تداوم زندگی خانوادگی و یا درمان) الزاماً به محدوده حرکتی بیشتری نیاز دارند با ذکر دلیل در دادنامه، اقدام نمایند.

تبصـــره ۲ مادـــه ۲- «افرادی که وفق صدر این ماده بـــه محدوده‌های حرکتی درجه یک تا سه محکوم شـــده‌اند، با گذشت یک‌سوم از مدت محکومیت، می‌توانند با تشخیص دادگاه مبنی بر مطابقت با شرایط ذیل این ماده به محدوده حرکتی درجه چهار ارتقا یابند.

تبصـــره ۳ ماده ۲- «مددجـویان تحـت نـظارت الکـــترونیکی که وفق ذیل نص این مـاده و تبصره دو آن، در مـحدوده حرکتـی درجـه چهار تردد می‌نمـایند، بایـــد در هر ماه گزارش فـعالیتی که به سـبب آن از این درجـه حرکـتی برخـوردار شـــده‌اند را به نزدیـک‌ترین واحد اجـــرای احکام یا مرکز سـما تسلیـم نمایند و به تایید رسـانند».

دوم، ماده ٦٢ قانون مجازات اسلامی ۹۲ و دو تبصره ابتدایی آن به شرح ذیل اصلاح شود:

ماده ٦٢- «در جرائم تعزیری مستوجب حبس از درجه پنج تا هشت، دادگاه می‌توانـــد متهمان را ضمن صدور حکم محکومیـــت، محکومان به حبس را تا قبل از اجرای مجازات (بدون طی تشـــریفات قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲) و هم‌چنین محکومان در حال تحمل مجازات حبس را (بعد از طی تشریفات مندرج در ماده ۵۵۳ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲)، در صورت وجود شرایط مندرج در تعویق صدور حکم و احـــراز امکان اجرای حداقل یکی از فعالیت‌های مذکور در ماده ۵۵۳ قانون آیین دادرســـی کیفری مصوب ۱۳۹۲، ضمن کسب رضایت آنان، در محدوده مکانی مشـــخص (بر طبق دســـتورالعمل مربوطه)، تحت نظارت سامانه‌های الکترونیکی قرار دهد».

تبصره ۱- «در غیر از جرائم درجه شش تا هشت دادگاه ملزم است محکومان مشـــمول مقررات این ماده را تابع تمامی تدابیر نظارتی و حداقل یکی از دستورهای ذکر شده در تعویق مراقبتی قرار دهد».

تبصره ۲- «مقررات این ماده در مورد جرائم تعزیری درجه دو، ســـه و چهار نیز پس از گذراندن یک‌چهارم مدت حـــبس مندرج در دادنامه، قابل اعمال اســـت. حکـــم این تبصره لطمه‌ای به عمومیت یا ممنوعیت مقـــررات خاص از جمله تبصره ماده ٤٥ قانون مبارزه با مواد مخدر مصوب ١٣٦٧ با اصلاحات و الحاقات بعدی وارد نمی‌سازد».

فهرست منابع

الف. فارسی

* ابراهیمی، شهرام و سلطانی‌فرد، حسین (۱۴۰۳)، «**پابند الکترونیکی به‌عنوان شیوه نوین اجرای کیفر حبس؛ از سیاست تقنینی تا قضایی**»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۸، شماره ۱۲۶.

* احمدزاده، رسول و تام، مجتبی (۱۴۰۲)، **آیین کیفردهی**، چاپ نخست، تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضائیه.

* الهام، غلامحسین و برهانی، محسن (۱۳۹۲)، **درآمدی بر حقوق جزای عمومی**، تهران: میزان.

* پاک‌نهاد، امیر (۱۳۹۹)، **دانشنامه جرم‌شناسی نظری**، چاپ دوم، ویرایش اول، تهران: میزان.

* توجهی، عبدالعلی (۱۳۹۳)، **آسیب‌شناسی قانون مجازات اسلامی**، چاپ چهارم، تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضائیه.

* توجهی، عبدالعلی (۱۴۰۱)، **نهادهای ارفاقی در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲**، چاپ دوم، تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضائیه.

* جانی‌پور، کرم (۱۳۹۷)، «**تحلیل نظارت الکترونیکی به‌عنوان مصداقی از جایگزین‌های حبس**»، پژوهش‌های سیاسی و بین‌المللی، شماره ۳۷.

* حسین‌زاده، محمد و جاهد، محمدعلی و قلی‌پور، امیرعلی (۱۳۹۶) ، «**نظارت الکترونیکی بر مجرمین حرفه‌ای و سابقه‌دار مطالعه تطبیقی ایران و فرانسه**»، کارآگاه، شماره ۴۰.

* حیدری، علی‌مراد (۱۳۹۴)، **حقوق جزای عمومی**، تهران: سمت.

* خاکسار، داوود و غلامی، حسین (۱۳۹۷)، «**عوامل موثر بر صدور مجازات‌های جایگزین حبس**»، پژوهش‌های حقوق جزای و جرم‌شناسی، شماره ۱۱.

* دانش‌وزیری، کوثر و حاجی‌ده‌آبادی، محمدعلی (۱۳۹۷)، «**حبس‌های خارج از زندان و نظارت بر آن**»، قانون‌یار، سال دوم، شماره ۷.

* ره‌نورد واقف، مهرداد و موسوی مجاب، سید درید و فرجیها، محمد (۱۴۰۱)، «**مصونیت در زندان از طریق توسل به خشونت؛ پیش‌فرض‌های فرهنگی**»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۷، شماره ۱۲۴.

* شـــاملو، باقر، پاک‌نیت، مصطفـــی (۱۳۹٤)، **افتراقی شدن سیاست کیفری در پرتو پارادایم اثباتـــی و چالش‌های پیش روی آن در برخورد بـــا رویکردهای نوین**، مطالعات حقوق تطبیقی، دوره ٦، شماره ۱.

* شـــمس ناتری، محمدابراهیم، زارع، ابراهیم، کلانتری، حمیدرضا، و ریاضت، زینب (۱۳۹۲)، **قانون مجازات اسلامی در نظم حقوقی کنونی**، تهران، بنیاد حقوقی میزان.

* فدایی، فربد (۱۳۷۷)، **حالت خطرناک**، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۲۵.

* فروغـــی، فضـــل‌الله و ایرانی، امیر (۱۳۹٦)، «**مطالعه تطبیقی شناســـایی و اجرای نظارت الکترونیکی در حقوق کیفری ایـــران و آمریکا**»، مطالعات حقوق تطبیقی، دوره ۷، شماره ۲.

* کاتوزیان، ناصر (۱۳۸٦)، «ســـهم عدالت در تفسیر قانون»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، شماره ۷۲.

* کامفر، بهداد (۱٤۰۰)، **دوره پیشـــرفته حقوق جزای عمومی و اختصاصی**، تهران: اندیشه نوین پژوهش، چاپ نهم.

* متین پارسا، محمد و موذن‌زادگان، حسنعلی (۱٤۰۱)، «**چالش‌های سیاست جنایی قضایی در کاربست مجازات خدمات عمومی رایگان**»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۱۱۸.

* محسنی، فرید (۱۳۹۷)، **شرح قانون مجازات اسلامی (مصوب ۱۳۹۲) (مواد ۱ تا ۱۵۹–حقوق جزای عمومی)**، تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضائیه.

* میرمحمدصادقی، حسین (۱٤۰۱)، **حقوق جزای عمومی ۳: واکنش در برابر جرم (مجازات و اقدام تأمینی و تربیتی)**، چاپ نخست، تهران: دادگستر.

ب. انگلیسی

* UNODC, **Electronic Monitoring System**, Crime prevention system for public safety, https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/ReducingReoffending/MS/Republic_of_Korea_Annex_-_.pdf

* Villman, E. 2024. **Early release from prison with electronic monitoring: hook for or hindrance to change?** Crime and Criminal justice. Vol. 24. No. 1.

Legal Challenges of the Electronic Monitoring Institution in the Light of Judicial Procedure

Farid Mohseni[1]\ Aref Jafarian[2]

In 2013, Iran's legislative body took great steps forward by approving the Islamic Penal Code and the Criminal Procedure Code, one of which was the prediction of electronic surveillance system to monitor the accused and convicted outside the prison environment. According to Article 63 of the Islamic Penal Code and Article 557 of the Criminal Procedure Law, the organization of prisons and security and training measures was obliged to prepare the executive regulations of this institution within six months and get it approved by the head of the judiciary, but for several reasons, delayed until on 2018/07/02, this task was realized. Since the implementation of this friendly institution, different challenges have appeared on its way, one of the main ones being judicial challenges. The most basic judicial challenges facing this institution are: the feasibility of determining the range of movement of convicts beyond the limit specified in the relevant instructions, the lack of use of monitoring measures and surveillance orders in judges' sentences, ambiguity in Note 2 of Article 62 of the Islamic Penal Code, electronic monitoring for convicts listed in the Anti-Narcotics Law that have imprisonment for more than five years, the application of electronic monitoring after the verdict is final and before the convict is sent to prison, the ambiguity in the phrase " conditions in Adjournment of judgment under intensive probation " in Article 62 of the Islamic Penal Code. In this research, while proposing different opinions, an appropriate solution should be presented
Keywords: Electronic monitoring, judicial challenges, determining limits, measures and orders, monitoring of drug convicts, electronic monitoring up to pre-prison.

1. Phd of Criminal Law and Criminology in University of Judicial Sciences an Administrative Services

2. Phd Student of Criminal Law and Criminology in University of Judicial Sciences an Administrative Services

Socio-Cultural Factors Contributing to the Occurrence of Collective Disputes: A Case Study of Shahriar County

Razieh Saberi[1]\ Zeinab Bagherinezhad[2]\ Sajjad Shakibaei[3]

Collective disputes, recognized as a form of social violence, are influenced by various factors. Examining these factors can significantly aid in the prevention and reduction of such behaviors. This research specifically focuses on socio-cultural factors, analyzing the role of social disorganization, structural pressures, violence-promoting subcultures, and social control in the formation and occurrence of collective disputes within Shahriar County.This study employed a quantitative research methodology. Necessary data were collected from a sample of 384 males over the age of eighteen. The data collection instrument was a questionnaire, whose validity was confirmed through both face and convergent validity, and whose reliability was established using Cronbach's Alpha coefficient and composite reliability. Data analysis was conducted using PLS (Partial Least Squares) software and the structural equation modeling method.The primary research question for this study was: "What is the relationship between social structure and the occurrence of collective disputes in Shahriar County, and how does the process of socialization influence individuals' participation in these collective disputes?"The research findings indicate that social disorganization, structural pressures, and violence-promoting subcultures have a positive and significant correlation with an increase in this phenomenon. Conversely, social control, acting as a deterrent factor, demonstrated a negative and significant relationship with the incidence of collective disputes.The study concludes that reforming social conditions, reducing social disorganization and structural pressures, and strengthening social control institutions can contribute to a decrease in violent behaviors and collective disputes. This research underscores the importance of social policymaking and active community participation in the management and control of these types of violence.

Keywords: Collective dispute, Cultural factors, Social factors, Shahriar County, Criminology.

1. Phd in Department of Criminal Law and Criminology, Science and Research Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran

2. Phd in Department of Criminal Law and Criminology, Science and Research Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran

3. Phd Student in Department of Criminal Law and Criminology, Science and Research Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran

Analyzing the Theory of Identifying the Exclusive Competence of some Lawyers

Reza Zahravi[1]\ Zahra sadat Emamian Dehaqi[2]\ Ali Astaraki[3]

The provision in the note of Article 48 of the Criminal Procedure Code, enacted in 2013, represents an innovation by the legislator and signifies the emergence of a new theory in Iranian law known as "recognition of the specialized competence of lawyers." This note imposes a competence on lawyers that has led to criticisms from legal, political, and even religious and jurisprudential perspectives. The main question is what characteristics the lawyers approved by the Head of the Judiciary should possess, and to what extent this note aligns with the fundamental discussions of fair trial. Two theories have been presented in this regard: one fundamentally rejects this type of recognition of competence, while the second agrees with the specialized competence but raises objections regarding its implementation.

This paper concludes, through examining the aforementioned theories, that adherence to the characteristics of a fair trial is contingent upon the application of objective criteria. It is necessary to identify the deficiencies, gaps, and conflicts arising from the ruling of this note in order to advance transparency and justice. The article also proposes undeniable objective indicators for the specialized competence of lawyers.

Keywords: Scientific competence, general competence, specialized competence, lawyers, fair trial, note of Article 48 of the Criminal Procedure Code.

1. Assistant Professor of Department of Criminal Law and Criminology of Tehran University

2. Phd Student of Islamic Azad University, Tehran, Iran

3. Master of Criminal Law University of judicial sciences an administrative services

The Government's Interference in the Bar Associations Patterns: Austrian Case Study

Ali Badori Jahromi[1]\ Ruhulla Hemmat[2]\ Kamal Kad Khodamoradi[3]

The independence of lawyers' associations has always been accepted as one of the arms of the realization of justice in different countries, but in line with the cooperation and participation of this institution with other judicial institutions, including courts, the issue of monitoring it and establishing alignment with other institutions, in order to achieve justice, it is a significant point that should not be overlooked. In this regard, the present study, taking into account the mentioned prerequisites and using the experience of a leading country in this field, investigates how the federal government relates to the Austrian Bar Association and how it regulates and interferes in the affairs of this institution, in a way that the results can be used in a useful way in the domestic legal field as well. Therefore, the present research, using the reports provided by the Council of Bars and Law Societies of Europe (CCBE) and International Bar Association (IBA) organizations and the various laws of the country of Austria, with a descriptive-analytical method and based on a qualitative-library method, to analyze the relationship between the independence of the Austrian Bar Association and the permissible limits of government intervention and regulation , deals with "the structure of the lawyers' association", "how to enter the legal profession" and "components related to the legal profession". The findings show that the government, in a general sense, in various legislative, executive and supervisory forms, generally using the "authoritative legislation" method, with the supervision and intervention of the "Ministry of Justice" and the "Supreme Court" on many of the aforementioned fields. Whether at the beginning of the process of "establishment of the association" and "admission of lawyers to the association" or in the monitoring and implementation of the next stages of activity, i.e., "supervision of financial, educational and police affairs", it has a significant and clear place that this issue can be considered by the regulators in Iran's legal system to use the capacities of cohesive data providing system and principles of transparency of financial and non-financial performance of these Bars to improve the enjoyment of judicial services.

Keywords: Patterns of Government Intervention, Bar Associations, Bar Association Independence, Regulation, Austrian Legal System.

1. Assistant Professor of Department of Public Law. Faculty of Law. University of Tarbiat Modares. Tehran. Iran.
2. Phd Student in Law faculty, Private Law, Judicial Sciences and Administrative Services University, Tehran, Iran
3. Phd Student in Law faculty, Private Law, Judicial Sciences and Administrative Services University, Tehran, Iran

Studying the Organizational Independence of the Judiciary with an Emphasis on Administrative, Employment and Organizational Matters in the Current Situation in Iran & America

Sakineh Sarbaz[1]\ Kheyrollah Parvin[2]

This research focuses on the organizational independence of the judiciary with an emphasis on administrative, employment, and structural matters in Iran and the United States. In Iran, the Constitution recognizes the independence of the judiciary, and according to Articles 157, 158, and 160, as well as some ordinary laws, broad powers have been granted to the head of the judiciary. However, an examination of the current situation reveals that in areas such as the employment of staff, organizational structure, and budget approval, this independence faces limitations for various reasons. In the United States, the independence of the judiciary is guaranteed through the principle of separation of powers and a system of checks and balances, with the Supreme Court playing a key role in maintaining this independence. However, there are dependencies, such as the power of Congress to create and alter the structure of federal courts (except the Supreme Court) and approve the judiciary's budget. Additionally, the confirmation of Supreme Court and federal judges by the Senate and the president's power to pardon convicts are examples of infringements on the independence of the judiciary in the U.S. A comparative analysis of the two legal systems shows that the judiciary in neither country enjoys absolute independence; however, much of this dependence can be justified by the reciprocal influence of the branches of government on each other. In practice, the financial dependence of the Iranian judiciary is more apparent, which impacts its true independence. While in the U.S., despite the extensive independence of the judiciary, the role of Congress in approving budgetary laws and confirming judges has created some dependency, no major issues have arisen in practice.

Keywords: Administrative-Employment, Organizational Independence, Structure and Organization, Judiciary, Iran, America.

1. Student of the Faculty of Law and Political Sciences of Tehran University and Official Assistant Prosecutor of Tehran General and Revolutionary Prosecutor's Office

2. Professor, Department of Public Law, Faculty of Law and Political Science, University of Tehran, Tehran, Iran

Arbitration, Natural or Exceptional Method of Dispute Resolution

Mohammadreza Aram[1]\ Feizollah Jafari[2]

Judicial precedent and legal doctrine referring to the principle of general jurisdiction of courts stated in principle 159 of constitution have the opinion that arbitration is an exceptional method of dispute resolution, and therefore, in cases of doubt regarding the arbitrator's competence, the arbitrator will be disqualified and the court will have jurisdiction. Based on this interpretative approach, between the court and the arbitration, there is a principle in favor of the court which requires that the interpretation of the arbitration rules be done against the arbitration and in favor of the courts of justice. The present article uses a descriptive analytical method to explain that under the influence of the principle of sovereignty of will, arbitration is a natural and not an exceptional method of dispute resolution. Principle 159 of constitution cannot be considered as a ground to consider arbitration as exceptional because the principle explains importance and centralization of judicial affairs in the judiciary, but it does not determine the position of the arbitration and whether this method of dispute resolution is natural or exceptional compared to the court.

Keywords: Arbitration, Exceptional method, Natural method, Principle 159 of the Constitution, Principle of Sovereignty of will.

1. Phd in Private Law, Faculty of Literature and Human Sciences, Bu- Ali Sina University, Hamedan, Iran.
2. Assistant Professor in Private Law, Faculty of Literature and Human Sciences, Bu-Ali Sina University, Hamedan, Iran

Thematic Scope Of Civil Liability Of Arbitrator According To The Decisions Issued From Him/Her

Mohammadjavad Cheraghi[1]\ Behnam Ensafi Azar[2]\ Hekmat Alah Askari[3]

Under the Code of Civil Procedure for Public and Revolutionary Courts in civil matters and the International Commercial Arbitration Law , it is not explicitly or precisely determined in case of the arbitrator's fault whether an arbitrator's civil liability is limited exclusively to the awards he issues that adjudicate the substance of the dispute and conclusively resolve the case or it just applies to all decisions and actions of the arbitrator during the arbitral proceedings. This study, through an analytical-descriptive approach in addressing the aforementioned question, concludes that "If we limit the civil liability of the arbitrator or arbitral tribunal solely to 'awards' as defined in Article 299 of the Code of Civil Procedure for Public and Revolutionary Courts, we will face illogical outcomes contrary to the fundamental principles and objectives underlying civil liability. The principle of "benefit is tied to liability", the theory of fault as the basis of the arbitrator's civil liability, and the prohibition of property rights violation, all support this view.
Keywords: Arbitration, Award, Arbitrator's Decisions, Arbitrator's Civil Responsibility, Fault.

1. Phd Student in Private Law
2. Assistant Professor of Private Law
3. Assistant Professor of Private Law

The Right to Translation/Interpretation and Its Role in Realizing Fair Trial in Iran's Criminal Justice System

Heidar Piri[1]

One of the key elements of a fair trial, which influences other aspects of judicial proceedings, is the right to translation or interpretation for defendants who do not speak or understand the language of the court or for persons with hearing and speech deficiencies as well. Pursuant to Article 14(3)(f) of the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) and Articles 200, 201, 367, and 368 of the Iran's Code of Criminal Procedure, the provision of translator/interpreter services must be ensured at all stages of trial, irrespective of the proceedings' outcome. The right to interpretation/translation indicates that language can pose a significant obstacle to administration of justice. Therefore, the question that arises is whether the denial of the accused's right to translation/interpretation harms the fundamental guarantees of a fair criminal trial? Assuming an affirmative, it is necessary to investigate what effects of this right have on criminal proceedings and other procedural rights. The findings indicate that translation/interpretation plays an inherent role in the trial process for linguistically disadvantaged defendants, as it is intrinsically linked to all procedural principles of a fair trial and the accused's right to defense. Failure to foresee and respect this right cannot be remedied by any practical means. The existence of such a right guarantees the rationality and coherence of the legal structure, and the lack thereof causes legal chaos and disorder.
Keywords: The Right to Translation, Fair Trial, Criminal Procedure, ICCPR.

1. Assistant Professor, Faculty of Humanities and Social Sciences, University of Kurdistan, Sanandaj, Iran.

Jurisprudential-Legal Explanation of the Return of Benefits and Death or Injury of Victim During Waiting Period

Ensieh Salimi[1]\ Adel Sarikhani[2]

If the crime causes loos of benefit, a certain period determined to measure the amount of damage. Despite dealing with this issue in article 672 and 674 of the Islamic penal code, Various factor may cause the victim death and injury in specified period which have not been noticed this article by the legislator. This article explains with a descriptive-analytical method and relying on jurisprudence and legal opinions: "Contagion of crime", "occurrence of secondary crime" and "natural factors" are effective in the interference and non-interference of diat and proof of diat or arsh. Contagion of the crime interferes of diat but other crime, each has a separate payment and natural factors causes the payment diat or arsh. There for, contrary to the provision of the mentioned article, there is no different in determining the criteria for proof of diat or arsh but interruption or possibility of the return of benefit is effective in changing the certain of proof of diat or arsh.

Keywords: Return of benefit, Death of Victim, Waiting Period, Diat, Arsh.

1. Phd Student in Criminal Law and Criminology, Faculty of Law, Qom University, Qom, Iran.
2. Professor in Criminal Law and Criminology, Faculty of Law, Qom Universit, Qom, Iran.

Comparative Study of "Fair and Equitable Treatment" and "Full Protection and Security" Standards in Foreign Investment Law

Masoud Shirani[1]\ Amin Kelishadi Najafabadi[2]\ Reza Soltani[3]

Nowadays, the inclusion of the standards of "fair and equitable treatment" and "full protection and security" as two behavioral norms has become a consistent pattern in the vast majority of investment treaties. The frequent reference to these two standards in investment treaties, on the one hand, and their sequential and paired appearance, on the other, raises the question of whether there is a specific relationship between them or whether they are entirely distinct and independent. Arbitration practice on this matter does not reflect a uniform approach. Some arbitral awards consider these two standards-particularly when they appear consecutively in a single provision of an investment treaty-to be identical and equivalent. Some arbitral tribunals, rejecting the approach of equating the two standards, acknowledge a certain (though not complete) overlap between them. Many others, however, regard them as entirely distinct and independent, each possessing its own concept, content, and legal consequences, and therefore requiring separate analysis. In this article, which adopts a descriptive-analytical methodology and relies on library resources, including books and arbitral awards in the field of foreign investment, we conclude that these two standards are entirely distinct and independent of each other. Consequently, a foreign investor seeking to prove a violation of either standard must present their claim in light of the specific content, legal effects, and scope of each standard.

Keywords: Foreign Investment, Bilateral Treaty, Treatment Standard, fair and Equitable Treatment, Full Protection and Security.

1. Phd in Law of Islamic Azad University, Najafabad Branch
2. Phd Student in Law of Law Department, Islamic Azad University, Najafabad, Iran
3. Phd in Law Department,Islamic Azad University, Najafabad, Iran

Feasibility Study of Filing a Counterclaim in the Administrative Justice Court

Pardis Ezari[1]\ Mohammad Amin Abrishami Rad[2]

Counterclaim is one type of ancillary claims that has not been identified in the law of the administrative justice court and its filing in that court requires the hearing of the complaint by the government agency. According to the practical procedure of the administrative justice court, which that court does not have the jurisdiction to hear the claims of the government against the people, in the first place, it may be doubtful to file a counterclaim in the administrative justice court. Based on this, this research with a descriptive analytical method try to answer this question that according to the terms and conditions of filing a counterclaim, how is the possibility of filing this type of claim in the administrative justice court. Based on this investigations, it can be said that there are formal and substantive obstacles in front of filing a counterclaim in the administrative justice court, that the most important of them are: the administrative justice court not being recognized a court, the petitioner is not private, it is not possible to file an administrative claim by the government agency against the people, the lack of clarification of the law of the administrative justice court about counterclaims and being contrary to the principle, also the impossibility of compliance with the deadline and conditions such as unity of origin and communication. However, the findings of this research indicate the possibility of removing the above obstacles; Because according to the philosophy of identifying ancillary claims in the judicial system of the country and the benefits that can be identified for it, it is desirable to consider all types of ancillary claims, including counterclaims, in the administrative justice court and in this direction, it is better to provide an extensive and realistic interpretation of the formal and substantive jurisdiction of the administrative justice court.

Keywords: Administrative Justice Court, Ancillary Claims, Counterclaims, Administrative Claim.

1. Master of Public Law, Faculty of Humanities, Semnan University, Semnan, Iran.
2. Assistant Professor, Department of Law, Faculty of Humanities, Semnan University, Semnan, Iran

A new Analysis of the Topic, Attributes and Rulings of a Good Contract Good will Relations Law Approved in 1376 (with a Critique on Judicial Procedure)

Mostafa Karbalaei Aghazadeh[1]

The majority of the judges of our courts, separating the right of goodwill from its legal source, i.e. the contract, interpret Note 2 of the article of the Law of Landlord and Tenant 1376 as meaning that at the end of the lease period, the owner of the right of goodwill can pay the price without obtaining the satisfaction of the customer or tenant Adela has the right to demand his vacate; An analysis that is clearly contrary to the common intention of the contracting parties and the customary concept of the right to goodwill, and by receiving the amount of goodwill, the owner waives his right to vacate at the end of the lease term. In the article, it is proven that the subject of the goodwill contract is to give the customer or tenant the "right to choose or extend the lease" by which the owner's right to vacate at the end of the lease period is lost. In this way, in what cases can the owner submit a request to vacate the property, considering the compliance of property transactions in jurisprudence-based rights with causal or causal theory, the concept of eviction and fair price in Note 2 of the article of the Landlord and Tenant Relations Law 1376. It goes back to the cases of termination of goodwill contract and reduction of financial value that was obtained as a result of the contract and is supposed to be returned due to termination.
Keywords: Lease option, Lease Extension, Goodwill Right, Business and Trade Right.

1. Phd of Private Law, Qom Mofid University

Legal Responsibility in Iran's Electronic Card Payment System

Behzad Abdollahzadeh[1]\ Javad hoseinzadeh[2]\ Fatemeh Ghanad[3]

The electronic card payment system in Iran has a history of more than a decade, but the existing legal regulations and rules in this field are still facing shortcomings and shortcomings. The powers granted to the Electronic Card Payment Network Company (Shaparak), the lack of transparency of the existing legal regulations and norms, and the inconsistency of some of these norms with the fundamental and basic rights of individuals, including the freedom of business, as well as with legal principles such as the legality of crimes and punishments, are among these shortcomings. This article, with a descriptive analytical approach and using library resources, answers the question of what shortcomings the regulatory responsibility in the electronic card payment system of Iran has and what are the solutions to improve this system. The findings of the article, based on a comparative study of advanced countries, suggest a review of the relevant laws and regulations in a way that, while maintaining transparency, prevents multiple interpretations and arbitrary practices. Other suggestions in this article include the use of appropriate tools by the Central Bank, focusing on its supervisory role, to closely control and monitor the performance of various players in the payment system, and the development of information and public education systems to increase the awareness of citizens and economic activists about their legal rights and responsibilities.

Keywords: Electronic Card Payment System, Shaparak, Law Enforcement Responsibility, Central Bank, Legal Regulation.

1. Phd Student in Private Law of Faculty of Law, University of Science and Culture, Tehran, Iran

2. Phd in Private Law of Faculty of Law, University of Science and Culture, Tehran, Iran

3. Phd in Private Law of Faculty of Law, University of Science and Culture, Tehran, Iran

Comparative Study of Obligations Arising from Legal Expenses Insurance Contracts

Mohsen Ghasemi[1]

This research, employing a descriptive and analytical approach based on data from library studies, aims to provide a portion of the legal literature necessary for the establishment and expansion of legal expenses insurance (insurance for litigation costs, legal representation, and legal advice). Based on the findings from a comparative study of the legal regimes of this type of insurance in the European Union, Switzerland, France, and Belgium, and considering the nature, purpose, and function of legal expenses insurance, this paper examines the obligations of both the policyholder and the insurer in these types of contracts, justifying and explaining them based on legal theories, principles, and rules. According to the research findings, in legal expenses insurance contracts, the obligations of each party constitute a balanced combination of various primary and secondary, financial and non-financial, and monetary and non-monetary obligations not found in other types of commercial insurance contracts. Consequently, we face the complexity of the legal regime for legal expenses insurance contracts, an issue that makes its establishment and promotion in Iran's commercial insurance legal system contingent upon precise and appropriate regulation.

Keywords: Legal Expenses Insurance, Legal and Judicial Assistance, Policyholder Obligations, Insurer Obligations, Financial Obligations, Non-Financial Obligations.

1. Assistant Professor, Department of Private Law, Faculty of Law, Islamic Azad University, Central Tehran Branch

Formulation and Revocation of Marriage Contract with the Condition of Corollary

Sajad Elmi[1]\ Ali Gharibe[2]\Ismaeil Saghiri[3]

Using the article 234 of the civil code which states, "... condition of corollary is conditioning something to take place outside..." and considering the other rules indicate that the condition of corollary must be formulated in the form of composition. Therefore, legal scholars believe that, in principle, the formulation or revocation of marriage contract which is special cannot be the subject of condition of corollary. Meanwhile, this exploration among legal scholars does not have a regulation and juridical investigations indicate that supreme jurists believe that formulation and revocation of marriage contract cannot be belonging to the condition of corollary. However, it seems that most of the previous literature is not firm enough. Therefore, this study, using descriptive-analytical method, assesses the feasibility of formulation and revocation of marriage contract in the form of mentioned condition considering the various kinds of mentioned contract, different predicted series of ways to breach it, and referring to suspension mechanism, with separating the notions of condition of voidable result and composition of mentioned legal enforcement which is definitive. By providing modern analyses, it also infers the feasibility of formulation and revocation of marriage contract with the mentioned condition.
Keywords: Condition, Condition of Corollary, Formulation of Marriage Contract, Revocation of Marriage Contract.

1. Phd Student of Private Law Department, Tabriz Branch, Islamic Azad University, Tabriz, Iran
2. Assistant Professor, Department of Law, Tabriz Branch, Islamic Azad University, Tabriz, Iran
3. Assistant Professor, Department of Law, Tabriz Branch, Islamic Azad University, Tabriz, Iran

A Comparative Study of the Condition "In the Course of Employment" in the Employer's Civil Liability

khosro Mahmudzadeh[1]\ Habibollah Rahimi[2]

Article 12 of the Civil Liability Law does not state a criterion for determining the scope of the "while the worker is performing his work" condition, which seeks to determine the scope of the employer's liability and lacks a clear precedent in jurisprudence; therefore, the scope of the said condition has a legal vacuum. Contrary to the opinion of the doctrine, it turned out that the criteria of Article 60 of the Social Security Law cannot be used as a criterion for the while the worker is performing his work condition in Article 12 of the Law on Joint Liability; because the two aforementioned articles have fundamental differences in terms of the person responsible for paying the damages, the persons protected, and the type of damages covered. However, English judicial practice, by selecting different criteria based on social developments, has played an active role in determining the criterion of the condition under discussion; thus, in 2002, in the case known as Lister, by selecting the criterion of "close connection", with the aim of compensating the victims, it led to an unlimited expansion of the scope of the while the worker is performing his work condition. Due to the broad interpretation of the aforementioned criterion and its extension to other cases and the creation of chaos and unreasonable procedure by the courts, in 2020, the Supreme Court of England, in the case known as Morrison, declared the aforementioned close connection criterion specific to sexual abuse cases, with the aim of preventing the imposition of an unfair obligation on the employer, and determined the close connection criterion to the concept of a normal connection between the work being hired and the harmful act of the worker as a rule.

Keywords: Civil Responsibility, in the Coure of Employment, Worker, Employer, While Doing Work.

1. Phd Student in Private Law of Faculty of Law, Allameh Tabatabai University
2. Associate Professor Faculty of Law, Allameh Tabatabai University

Contents

A Comparative Study of the Condition "In the Course of Employment" in the Employer's Civil Liability ..... E
khosro Mahmudzadeh\ Habibollah Rahimi
Formulation and Revocation of Marriage Contract with the Condition of Corollary ..... F
Sajad Elmi\ Ali Gharibe\Ismaeil Saghiri
Comparative Study of Obligations Arising from Legal Expenses Insurance Contracts ..... G
Mohsen Ghasemi
Legal Responsibility in Iran's Electronic Card Payment System ..... H
Behzad Abdollahzadeh\ Javad hoseinzadeh\ Fatemeh Ghanad
A new Analysis of the Topic, Attributes and Rulings of a Good Contract Good will Relations Law Approved in 1376 (with a Critique on Judicial Procedure) I
Mostafa Karbalaei Aghazadeh
Feasibility Study of Filing a Counterclaim in the Administrative Justice Court ..... J
Pardis Ezari\ Mohammad Amin Abrishami Rad
Comparative Study of "Fair and Equitable Treatment" and "Full Protection and Security" Standards in Foreign Investment Law ..... K
Masoud Shirani\ Amin Kelishadi Najafabadi\ Reza Soltani
Jurisprudential-Legal Explanation of the Return of Benefits and Death or Injury of Victim During Waiting Period L
Ensieh Salimi\ Adel Sarikhani
The Right to Translation/Interpretation and Its Role in Realizing Fair Trial in Iran's Criminal Justice System ..... M
Heidar Piri
Thematic Scope Of Civil Liability Of Arbitrator According To The Decisions Issued From Him/Her ..... N
Mohammadjavad Cheraghi\ Behnam Ensafi Azar\ Hekmat Alah Askari
Arbitration, Natural or Exceptional Method of Dispute Resolution ... O
Mohammadreza Aram\ Feizollah Jafari
Studying the Organizational Independence of the Judiciary with an Emphasis on Administrative, Employment and Organizational Matters in the Current Situation in Iran & America ..... P
Sakineh Sarbaz\ Kheyrollah Parvin
The Government's Interference in the Bar Associations Patterns: Austrian Case Study ..... Q
Ali Badori Jahromi\ Ruhulla Hemmat\ Kamal Kad Khodamoradi
Analyzing the Theory of Identifying the Exclusive Competence of some Lawyers ..... R
Reza Zahravi\ Zahra sadat Emamian Dehaqi\ Ali Astaraki
Socio-Cultural Factors Contributing to the Occurrence of Collective Disputes: A Case Study of Shahriar County ..... S
Razieh Saberi\ Zeinab Bagherinezhad\ Sajjad Shakibaei
Legal Challenges of the Electronic Monitoring Institution in the Light of Judicial Procedure ..... T
Farid Mohseni\ Aref Jafarian

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