به نام خداوند جان و خرد

دو فصلنامه‌ی حقوقی

راه وکالت

نشریه‌ی خبری، اطلاع‌رسانی، آموزشی، تحلیلی و پژوهشی
سال یازدهم، شماره بیست و یکم، بهار و تابستان ۱۳۹۸

صاحب امتیاز
کانون وکلای دادگستری گیلان

مدیر مسئول و سردبیر
محمود اخوان توکلی

دبیر هیأت تحریریه
اسفندیار سلمان

مسئول هماهنگی
احمد قربان‌زاده

اعضای تحریریه به ترتیب الفبا
آقایان: دکتر مجتبی جانی‌پور،
محمدعلی رادمنش، دکتر عباداله رستمی،
حسین رسول‌زاده، سیدحسن سجادی،
اسفندیار سلمان، دکتر عباس سلمانپور،
محمود کامران‌زاده، داود وکیل‌پور

طراحی جلد
البرز قربان‌زاده

خدمات نشر
انتشارات جنگل

نشانی نشریه:
رشت، میدان دفاع مقدس (لاکانی)،
خیابان آیت‌الله رودباری، کوچه لیفکوهی
تلفن: ۳۳۲۲۵۸۲۱
فاکس: ۳۳۲۲۴۵۷۵
پست الکترونیک:
Guilanbar@yahoo.com

شیوه‌نامه‌ی راه وکالت

- مقالات ارسالی نباید قبلاً در نشریه‌ای چاپ شده باشد.
- تحریریه در چاپ، تلخیص و ویرایش مقالات آزاد است.
- ارائه‌ی متن زبان اصلی مطالب ترجمه، الزامی است.
- چنان‌چه مقاله برگرفته از پایان‌نامه یا گزارش طرح پژوهشی باشد ذکر آن در ابتدای مقاله الزامی است.
- حجم مقالات ارسالی حداکثر ۲۰ صفحه باشد.
- نقد آرا الزاماً مربوط به آرای قطعیت یافته باشد.
- مقالات به‌صورت تایپ شده، با وُرد ۲۰۰۷ همراه با فایل مربوطه تحویل کانون شده یا به نشانی کانون ایمیل گردد.

نقل مطالب این نشریه به شرط ذکر منبع بلامانع است.
مطالب مندرج در این نشریه بیانگر آرای نویسندگان آن‌هاست و موضع رسمی کانون نمی‌باشد.

با تشکر ویژه از: نورا احسانگر، البرز قربان‌زاده

و تشکر از پونه تحویلداری، سعیده قلندری، بهناز کاکوئی، یوسف میرزایی و تمامی دوستانی که ما را در انتشار نشریه، همراهی نمودند.

فهرست مطالب

یادداشت مدیرمسئول / محمود اخوان / ۱
نحوه محاسبه خسارت بدنی در حقوق ایران ، انگلیس و امریکا / سمیه عبداللهی / ۳
تأملی بر رویکرد جان راولز در خصوص مجازات / مجتبی جانی‌پور / ۳۱
بررسی موضوع مهلت عادله در حقوق مدنی ایران / حدیث شفیعی، صادق ساوجی‌پور و محدثه سیفی / ۴۱
بررسی تحلیلی ماده ۶۲ قانون احکام دائمی در قانون و رویه قضایی / مریم صفری روشن / ۵۸
شناسایی و اجرای احکام خارجی / زهرا محمودی، نصرالله ابراهیمی / ۸۳
ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی از نگاهی دیگر / محمد محمودنژاد / ۱۲۸
رویکرد سیاسی تقنینی ایران در جرایم دارویی / سجاد شهسواری، حمیدرضا مهربخش / ۱۳۵
صلاحیت کارآموزان وکالت در مراجع قضایی / حمیدرضا عسگری / ۱۴۶
نقش دولت در تأمین کالاهای ضروری شهروندان با تأکید بر مولفه های حقوق بشری / ابوطالب اصغری جیرهنده / ۱۴۹
نگاهی به وظایف و تکالیف مؤسسین و مدیران باشگاه‌های ورزشی / حامد آریانفر، محمدرضا خلیلی‌فر / ۱۶۲
نقد رأی / محمود اخوان / ۱۷۱
نقد رأی شماره ۴۹ الی ۵۰ مورخ ۱۳۹۷/۱/۲۸ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری / محمدتقی روان گرد / ۱۷۶
نشست مطبوعاتی اعضای هیدت مدیره کانون وکلای دادگستری گیلان / ۱۸۲

یادداشت مدیرمسئول

محمود اخوان وکیل پایه یک دادگستری

نویسنده این یادداشت در مقاله‌ای نوشته بود که پرداختن بیش از حد به مشکلات و معضلات وکالت دادگستری و استقلال آن، موجب عادی شدن موضوع و بی‌تفاوتی اشخاص ذی‌نفع و مسؤولین نسبت به این معضلات خواهد شد. بهتر است اندکی تأمل شود. ولی سیر وقایع و پیش‌آمدهای اخیر و سرعت آن در حدی است که نه تنها موجودیت این نظام حرفه‌ای را تضعیف می‌کند، بلکه بیم آن وجود دارد که این نظام حرفه‌ای به‌صورت موجودی بی‌خاصیت تبدیل شده فقط به صورت یک نظام صنفی ساده به موجودیت خود ادامه دهد که با رسالت ایجاد این نهاد در قانون اساسی و مقررات بین‌المللی سازگار نیست. اگرچه دست‌اندرکاران این جریانات تضعیف‌کننده، منکر وجود این حرفه نیستند ولی نتیجه اقدامات آن‌ها حاصلی جز این نخواهد داشت. از بین رفتن این نظام حرفه‌ای برای جامعه و عدالت‌خواهی و حمایت از آزادی‌های فردی و اجتماعی بسیار مخاطره‌آمیز خواهد بود. امروز شاهد هستیم هیأت تخصصی اداری و امور عمومی دیوان عدالت اداری در رأی مورخ ۱۳۹۸/۰۳/۰۸ خود در مورد فعالیت و ثبت مؤسسات حقوقی اعلام کرده: «فعالیت مؤسسات حقوقی متنوع بوده و ملازمه‌ای با عمل وکالت ندارد و صدور مجوز تأسیس مؤسسه حقوقی توسط افراد غیروکیل به منزله مجوز وکالت نیست».در حالی که دست‌اندرکاران حقوق، وکالت و قضاء مطلع هستند که اصلی‌ترین فعالیت مؤسسات حقوقی واسطه بودن در امر وکالت است. یا نقل شده شانزده تشکل صنفی به نمایندگی از دو هزار بنگاه اقتصادی طی نامه‌ای از رئیس قوه قضاییه درخواست کرده‌اند به علت بالا بودن هزینه استخدام وکیل، برای پیگیری دعاوی خود در محاکم مجبور به استخدام وکیل نباشند و بتوانند از نماینده حقوقی استفاده نمایند. استخدام وکیل و هزینه آن را یکی از موانع تولید اعلام کرده‌اند! یا کمپین بسیار فعال حذف ظرفیت برای وکالت با تمام قوا و استفاده از امکانات تحت عنوان رفع معضل رکود و بیکاری اعتقاد دارند تمام فارغ‌التحصیلان رشته‌های حقوقی از هر مرجع و محل تحصیل به شرط آوردن حداقل نمره یا داشتن دانشنامه مجوز وکالت بگیرند. خوانندگان محترم این یادداشت از تعداد دانشگاه‌ها و دانشکده‌ها و مراکز و آموزشکده‌های مختلف که به تولید مدرک رشته حقوق مشغولند واقف هستند و نیازی به پرداختن به آن‌ها نیست. راقم این سطور در مقاله

«شرایط اشتغال به شغل وکالت دادگستری و چالش‌های پیش رو» به‌صورت مختصر به رسالت شغل وکالت و شرایط اخذ پروانه وکالت دادگستری و معضلات پیش روی آن پرداخته است که تکرار آن شاید موجب ملال خواهد بود. در موردشان شغل وکالت، ضمن احترام به تمام مشاغل و صنوف که در خدمت مردم هستند یادآوری می‌کنم در فصل سوم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در مبحث حقوق ملت از اصل نوزدهم تا چهل و دوم تنها شغلی که با نام مورد تأکید و حمایت قرار گرفته است و اعتباری برای دفاع از حقوق ملت برای آن منظور شده است، شغل وکالت دادگستری است. در اصل سی و پنجام قانون اساسی آمده است: «در همه دادگاه‌ها طرفین دعوا حق دارند برای خود وکیل انتخاب کنند اگر توانایی انتخاب وکیل نداشته باشند برای آن‌ها باید امکانات تعیین وکیل فراهم گردد». به همین جهت در مقاله فوق نوشته بودم که شغل وکالت دادگستری تنها یک وسیله ارتزاق برای کنشگران این شغل نیست. بلکه وظیفه اصلی وکلای دادگستری دفاع از حقوق ستمدیدگان، مظلومین و کسانی است که حقوق آن‌ها تضییع شده است. راقم این سطور به هیچ وجه منکر کاستی‌های این نهاد و کنشگران آن نیست. ولی تضعیف و نفی عملی آن به نفع هیچ کس نیست. صاحبان قدرت که امروز با رویکرد تضعیف با این نهاد برخورد می‌کنند شاید خود، روزی محتاج به پشتیبانی کنشگران این حرفه باشند. نمونه‌های آن کم نیست. در خاتمه صاحب این قلم اعتقاد دارد کنشگران و مسئولین این نظام حرفه‌ای (کانون‌های وکلا) باید با روشنگری و ایستادگی و تبیین اهداف معارضان، تلاش مجدانه‌ای برای جلوگیری از تضعیف و فروپاشی آن به عمل آورند. هرگونه غفلت در این زمینه مایه پشیمانی خواهد بود.

نحوه محاسبه خسارت بدنی در حقوق ایران، انگلیس و امریکا

سمیه عبدالهی دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه علامه طباطبایی و وکیل پایه یک دادگستری

چکیده

در نظام‌های حقوقی مدرن بطورکلی خسارات وارده بر جسم و جان انسان‌ها اهمیت دارد. با گذر زمان بر تعداد و انواع خسارت قابل مطالبه افزوده شد. و زیان دیده توانست هزینه درمان، درد ورنج و از دست دادن نان‌آور را مطالبه کند. محاسبه برخی از این خسارات با ایرادی مواجه نیست اما برخی از آن‌ها قابلیت محاسبه دقیقی با مال را ندارند. به همین دلیل در حقوق کشورهایی مانند انگلستان و آمریکا تلاش برآن شده است که خسارت وارد شده بر بدن را متدهای جدیدتری محاسبه نمایند. به‌طور کلی در این رابطه دو روش وجود دارد، در برخی موارد دادگاه‌ها حکم به پرداخت مبلغی به صورت یکجا و بعضا به صورت مستمری خواهند نمود و در جای دیگر نحوه محاسبه این‌گونه زیان‌ها باتوجه به حوزه صلاحیت مؤسسات مبلغی براساس فرمول‌های خاصی مقرر می‌شود.

واژگان کلیدی: خسارت بدنی، دیه و ارش، نهادهای قانون‌گذاری خاص

مقدمه

برای کسانی مطالعه تطبیقی در هر حوزه‌ای داشته باشند و یکی از اولین گزینه‌هایی که در فکرشان خطور نماید مقایسه حقوق کشورشان با کشورهای مورد مطالعه است. در این بخش موضوع ما تطبیق با حقوق داخلی نبود لیکن تفاوت‌هایی هم مشخص شد. این تفاوت را بیشتر در خلاء حقوقی یا سکون شیوه‌ها قابل مشاهده است.درست است که در جایی مانند ایران نهاد دیه مشخص شده است و مهم‌ترین حسن آن‌که بسیار زیادهم هست مشخص بودن مبالغ در صورت نقص یا قطع اعضای بدن است. اما در این‌که این مبالغ کافی برای همه ضررهای بدن هست یا خیر اختلاف وجود دارد. از طرفی نگرانی‌ها جوامع جدید تنها به بحث حقوق جسمی متمرکز نیست در این جوامع چه بسا مسائل روانی مهم‌تر هم باشند. باری در این تحقیق مسائلی پیش روی نگارنده قرار گرفت که ذهن را مشغول پرسش‌هایی کرد که آیا باید اصولا مواردی مانند درد و رنج ناشی از دست دادن کسی برای بستگانش قابلیت جبران آن هم به پول را داشته باشد. آیا این دردو غصه نتیجه طبیعی یک حادثه نباید تلقی شود. بر فرض هم که این مورد ضرر تلقی شود آیا در حقوق باید این‌گونه ضررها قابل جبران باشد. با وجود این موارد ابهامات بیشتر می‌شود و ازآنجا که خسارات بدنی به دودسته مادی و غیر مادی تقسیم می‌شوند مسئله مهم آن است که خسارات

غیرمادی را به نحوی محاسبه کرد. رویه آن است که کشورهای صاحب حقوق مدرن به توافق رسیده‌اند که این‌گونه خسارات را بهتر است از طریق مال جبران کرد به این ترتیب این سؤال مطرح می‌شود که چگونه این خسارات غیرمادی را با مال مادی ارزیابی کنیم. برای سال‌های متمادی هیأت‌های ژوری در دادگاه این کار را بر پایه عدل و انصاف ارزیابی می‌کردند اما بعد از مدت‌ها فهمیده شد که بهتر است از متدهای جدیدتر استفاده نمود. در این پژوهش سعی کردیم که از نحوه برخورد سیستم حقوقی دو کشور آمریکا و انگلستان با مسئله ارزیابی خسارات بدنی اطلاعاتی بدست دهیم. وبرای این هدف تلاش کردیم تحقیق خود را در دو فصل مطرح نماییم. فصل اول را کلیات نام نهادیم که در آن از اهداف و مبانی لزوم جبران خسارت سخن گفته ایم و فصل دوم را به نحوه محاسبه خسارت بدنی در دو کشور آمریکا و انگلستان اختصاص داده‌ایم.

مبحث نخست: اهمیت بحث؛ لزوم جبران خسارت بدنی

مطالب خود را در این مبحث در دو مورد خلاصه می‌کنیم. بحث کلی شامل این مطلب که ایا ضروری است که خسارت بدنی پرداخته شود و واکنش سیستم‌های حقوقی چیست. و بحث بعدی راجع به این‌که ارزیابی خسارات موضوع پژوهش در چه زمانی اهمیت می‌یابد.

بند نخست: اهمیت کلی

یکی از امور مهمی که در حقوق خصوصی با آن مواجه هستیم، موضوع خسارات و جبران آن‌هاست. البته درمیان انواع خساراتی که ممکن است واردگردد بحث خسارات وارده بر بدن و جسم انسان است که بررسی آن ضروری به‌نظر می‌رسد.

برخلاف حقوق اسلامی در حقوق غیر اسلامی نهادی مانند دیه وجود ندارد و در صورت ورود خسارت بر تمامیت جسمی شخصی، او می‌تواند خواستار جبران تمام خسارات ناشی از این نقصان از قبیل هزینه درمان و بیکاری و غیره شود، البته در فقه اسلامی مبلغ دیه نیز قابل توجه است.[1]

در حقوق امریکا حقوق ناشی از صدمات بدنی به عنوان قلب مسؤولیت مدنی این کشوردر قرن بیستم بوده است.[2] در حقوق کامان لا، پاره‌ای از نویسندگان[3] اعلام داشته‌اند که؛ با در نظر گرفتن Remedies جبران خسارت ناشی از جرم مدنی و شبه جرم[4] به عنوان یک اصل در جبران خسارت محسوب نمی‌شود. زیرا در خسارات ناشی از جرم مدنی و شبه جرم[5] همه چیز بستگی

---

۱. باریکلو، علیرضا، جبران خسارت در فقه اسلامی، **مجله مطالعات اسلامی**، شماره ۶۱، ص۱۶

2. sd, sugarman ,**a century of change in personal injury law**, uc berkeley,2000,p2405

3. Richard Owen, LLB, LLM, Solicitor, Principal Lecturer, Associate Head (Academic Affairs),University of Glamorgan Law School,Third edition 2000,p167

4. Torts compensation

5. Torts

به این دارد که خواهان بتواند تقصیر خوانده را احراز کند یا خیر و یا این‌که خوانده توان مالی کافی برای پرداخت خسارتی که به خواهان وارد کرده است را دارد یا خیر.

خاطر نشان می‌شود که سیستم tort با سایر سیستم‌های حقوق خسارت مرتبط است. خیلی از مباحث مربوط به زیان در مورد اتفاقات جاده‌ای رقم می‌خورد یا با مسائل پزشکی ارتباط دارد. البته در این موارد بیمه در پشت صحنه بدرستی عمل کرده و این خسارات را به اندازه کافی جبران می‌کند.

هدف جبران خسارت آن است که حتی‌الامکان وضع زیان دیده به حالت قبل از ورود زیان برگردد. گاه مباحثی مطرح شده است و در آن بحث شده است که سیستم جبران خسارت مبتنی بر اصولی اشتباه است. خواهان خسارتی به وی داده می‌شود در حالی که این امر به‌خاطر آن چیزی است که وی از دست داده است. با این اوصاف خوانده نیز مسؤول خسارت با میزان بالاتری است اگر وی به کسی صدمه بزند که درآمد بالایی دارد تا این‌که به کسی صدمه بزند که از لحاظ درآمدی در سطح پایین‌تری است.

عده‌ای گفته‌اند که خسارت می‌بایست بر این اساس پرداخت شود که خواهان به چه مقدار (پول) برای جبران ضرر نیاز دارد تا این‌که نگاه کنیم ببینیم چه مقدار از دست داده است که معادل آن به وی پرداخت نماییم. این موضوع خصوصا در مورد آسیب‌های شدید[1] مطرح می‌شود.

انتقادات مطرح شده بیشتر مبتنی بر حدس و گمان است که شامل چگونگی محاسبه خسارات آینده است که جبران خسارت آن مبتنی بر پذیرش اصل تقصیر است.

در فقه اسلامی هیچگاه از این امر که خسارت بدنی باید جبران شود غفلت نشده است. عبارت معروف «حرمه مال مسلم کحرمه دمه» نشان از این دارد که خون یا جان اهمیت دارد و آن قدر برای آن اهمیت بوده است که برای بازداشت مردمان عهد پیامبر از دست درازی به اموال سایرین، آن را به مانند خون پراهمیت دانسته‌اند.[2]

نمود این اهمیت در باب دیات مشخص شده است که شارع با تعیین میزان مشخص برای اعضای بدن و یا دیه کامل جان مبادرت ورزیده و مانع از اختلاف در این مقادیر شده است. این خسارت از طرف واردآورنده آسیب به زیان‌دیده ـ در فرض نمردن وی ـ و یا به اولیای دم وی ـ در فرض مردنش ـ پرداخت می‌شود.

نکته‌ای که اهمیت لزوم جبران خسارت بدنی را می‌رساند در فرضی است که خسارت به بار آمده است و عامل خسارت معلوم نیست در این صورت جبران خسارت توسط

---

1. severe injury

۲. هر چند که به مرور فقهای شیعی با افراط در اهمیت مال حرمت ان را از حرمت خون نیز بیشتر کردند به نحوی که امروزه در برخی از موارد مانند مسؤولیت در غصب ـ که یک امر مالی است ـ حتی رابطه سببیت نیز احتیاج نمی‌باشد. در حالی که در هیچ موردی در مورد خون و جان این چنین مسأله‌ای یافت نمی‌شود.

بیت‌المال انجام می‌شود. در قانون مجازات اسلامی در این رابطه موادی به چشم می‌خورد:

ماده ۴۷۴. در جنایت شبه عمدی در صورتی که به دلیل مرگ یا فرار به مرتکب دسترسی نباشد، دیه از مال او گرفتهمی‌شود و در صورتی که مال او کفایت نکند از بیت‌المال پرداخت می‌شود.

ماده ۴۷۵. در جنایت خطای محض در مواردی که پرداخت دیه بر عهده مرتکب است اگر به علت مرگ یا فرار، دسترسی به او ممکن نباشد دیه جنایت از اموال او پرداخت می‌شود و در صورتی که مرتکب مالی نداشته باشد دیه از بیت‌المال پرداخت می‌شود.

در نظام‌های سابق اروپایی نیز هم مبلغی توسط حکام با در نظر گرفتن شدت جراحت تعیین می‌شد و به قربانی و یا اولیای دم او پرداخته می‌شد. این سیستم در حال حاضر تغییر کرده و در جای خود در باره ان سخن خواهیم گفت.

بند دوم: اهمیت مسئله جبران خسارت در تاریخ محاکمه

سوای از این مسئله که هزینه‌هایی که برای زیان دیده به وجود آمده است باید به وی پرداخت شود. مسئله مهم دیگری که اهمیت دارد این است که این هزینه‌ها باید در تاریخ محاکمه مورد لحاظ قرار گیرند. هزینه‌های معقول در تاریخ محاکمه[1] توسط دادگاه درنظر گرفته می‌شود و یک مسئله حقیقی است. پرونده‌های زیادی وجود دارد که در آن‌ها دوطرف دعوا درمورد جزییات دقیقه‌ای پرونده اختلاف دارند. و جداول خسارت مفصلی که دارای ریزه کاری هست توسط دوطرف کشیده شده است. این جنبه از سیستم مقابله‌ای بین طرفین می‌تواند در مورد قربانیان یک تصادف دشوار باشداگر چه این امر مانع از طرح دعاوی کلاهبردارانه می‌شود اما یک سری مسائل حساس وجود دارد که باید به ان پرداخته شود. یک پرونده‌ای که دران به خواهان یک استرس بسیاری وارد شد آن بود که در جولای ۱۹۹۸ در اثر یک تصادف که به زنی که شوهرش نیز درجریان آن تصادف اتومبیل کشته شد صدمات بسیار شدیدی وارد شد. او دو پا و یک بازوی خود را ازدست داده بود در حالی که دچار سوختگی شدید نیز شده بود. شورا بحث را مطرح کرد که محاسبات بخشی از ادعا می‌بایست بر این پایه مبتنی باشد که او احتیاجی به خرید شلوار ندارد از زمانی که پاهای او از دست رفته‌اند. (به عبارت دیگر در تاریخ محاکمه وی دارای پا نبوده است پس ادعای وی در خرید لباس‌ها و هزینه‌های آن با در نظر گرفتن این نکته است که لباس‌های وی بدون پا باید در نظر گرفته شوند). در سال ۱۹۷۳ در دعوای Cunningham v Harrison وی ادعا کرد که به یک سرایدار و دو پرستار برای نگهداری از وی احتیاج دارد که هزینه سالانه آن ۶۰۰۰ یورو است و دادگاه چنین مبلغی را هنگفت دانست و آن را رد نمود.

1. Date of trial

هزینه‌های پزشکی و دارویی نیز باید در تاریخ محاکمه مورد محاسبه قرار گیرند. با توجه به بند ۲ (۴) اصلاح قانون صدمات شخصی مصوب ۱۹۴۸ قاعده آن است که در مورد دعوای ناشی از صدمات شخصی در تعیین معقول بودن هزینه، امکان اجتناب از آن هزینه‌های بهره‌گیری از امکانات بیمه خدمات درمانی باید نادیده گرفته شود. هزینه‌های پزشکی دارویی هرگونه خدمات و یا درمان یا تجهیزات پزشکی یا خدماتی که توسط دوستان یا بستگان انجام شده است اما پول آن را نگرفته‌اند را پوشش می‌دهد.

در پرونده‌ای که در سال ۱۹۹۳ مطرح شد (Fish v Wilcox and Gwent HA) خواهان ادعا کرد که در ۴۰ سالگی فرزندی از او متولد شده است که دارای بیماری اسپینا بفیدا است. اوقبلا از سقط جنین رنج می‌برد. و مبتلا به یک بیماری به نام exomphalus، اما ادعا کرد که هرگز از اختلالات در آن جنین مطلع نشده است. در سال ۱۹۷۹ باردار می‌شود که کودکی را به دنیا می‌آورد که سالم است و پس از آن‌که باز باردار می‌شود کودکی که به دنیا می‌آورد برای آزمایش دادن اقدامی نمیکند(زیرا از خطر آن مطلع نشده بوده) و به واسطه این اگر مطلع می‌بود برای سقط آن اقدام می‌کرد. هیچ اختلافی درباره مسؤول بودن خوانده وجود ندارد زیرا این امر پذیرفته شده است که خوانده باید اورا از خطر ناشی از باردار شدن آگاه می‌کرد. ازدواج مجدد او از دست رفت و شغلش را به‌خاطر مراقبت از کودک رها کرد و بعد از شش ماه کودک بدون مراقبت وی دوام نمی‌آورد.که در تاریخ محاکمه این مسائل مطرح شد. تنها مسئله حقوقی این جا این نکته است که میزان خسارتی که قابل دریافت توسط وی باشد چه مقدار است؟

پژوهش‌خواه در مطالبه خود درخواست مبلغی را به عنوان هزینه‌ای برای از دست دادن درامد به علاوه مبلغی به عنوان هزینه پرستاری کودک را نمود. دادگاه پژوهشی چنین رأی داد که با توجه به پرونده Housecraft v Burnett که در سال ۱۹۸۵ مطرح بوده است. او نمی‌تواند دوبار مطالبه خسارت کند فقط یکبار توانایی انجام چنین کاری را دارد. به عبارت دیگر او فقط می‌تواند یا به هزینه درآمد از دست رفته خود را که پس از دادن کار متوجه وی شده است و یا به هزینه مراقبت‌های پرستاری اقدام کند و هردوی آن‌ها را نمی‌تواند بخواهد. به عبارت دیگر همان‌طور که Lord Stuart Smith توضیح داده بود وی نمی‌توانسته همزمان دو شغل داشته باشد. یعنی اگر پرستار باشد و هزینه آن را بخواهد دیگر نمی‌تواند ضرر ناشی از درآمد آینده را که ادعای آن را داشته بنماید.[1]

در حال حاضر دادگاه در برابر این خواسته که خواهان نمی‌خواهد از خدمات بیمه درمانی استفاده کند، این امر را غیر معقول نمی‌داند. به علاوه هزینه‌هایی که خویشان به منظور مراقبت از عزیزان کار خود را رها کرده و به مراقبت پرداخته‌اند را هم می‌توان در نظر گرفت. بهرحال فلسفه جبران خسارت هم همین است که به قربانیان ناشی از حوادث این کمک را بکند که به وضعیت

1. Harpwood, Vivienne.principles of tort law,Fourth Edition,Cardiff Law School,londenCavendish Publishing Fourth Edition,2000,p418

قبل از حداثه برگردد. و این کار از طریق پرداخت پول انجام می‌شود. برابر این قاعده اگر یک قربانی ناشی از خطای مدنی از بیمه خدمات درمانی استفاده نماید هرگونه ذخیره(عدم هدر رفت هزینه) توسط وی به واسطه استفاده از خدمات عمومی انجام شده است به آن‌چه که وی در اثر صدمه از دست داده است و می‌توانست به دست اورد تهاتر شود.(مستند به بخش ۵ از قانون عدالت اداری ۱۹۸۲). اگر چه رعایت این اصول منطق و سازگاری درونی دارد. اما مع‌الوصف به‌نظر می‌رسد بین کسانی که از بیمه خدمات درمانی استفاده کرده‌اند و کسانی که تصمیم می‌گیرند از بخش خصوصی خدمات درمانی را دریافت دارند تبعیض قائل شده‌اند. هرچند نیازبه تغییرات اندکی در این بخش از قانون وجود دارد.

مبحث دوم: مبانی لزوم جبران خسارت بدنی

اگر بخواهیم بحث مبانی را به درستی مدنظر قراردهیم، دو اصل را می‌توان به عنوان مبنای جبران خسارت بدنی در نظر گرفت. پاره‌ای از این اصول پیش از ورود خسارت ورود ضرر را ممنوع می‌کنند این اصول بیشتر جنبه اخلاقی و طبیعتا پیشگیرانه دارند و مبنای دستوری خود را بر پایه کرامت انسانی و مساوات می‌دانند و از طرف دیگر، دسته دیگر از این اصول جنبهی پسینی دارند و این هدف را دنبال می‌کنند که در صورت وقوع ضرر، جبران باید صورت بپذیرد.

بند نخست: اصل منع ورود خسارات(بعد پیشینی)

این مورد را اگر به عنوان یک اصل عام تلقی کنیم می‌توان قائل براین مطلب بود که علی‌الاصول نباید کسی به دیگری خسارتی وارد نماید. پذیرش این مطلب را در چهره‌های گوناگون اخلاقی می‌توان مشاهده نمود و ما سعی خواهیم کرد که این اصل را در مورد اصل کرامت انسانی و اصل مساوات نشان دهیم. البته این مبانی در هدف خود که جبران کامل خسارت است چنان درآمیخته‌اند که هرگاه قرار باشد حکم به جبران خسارت توسط این مبانی صادر شود می‌بایست این حکم جامع ضررها باشد.

الف) اصل کرامت انسانی

مهم‌ترین اصل در حقوق شهروندان اصل کرامت انسانی است. کرامت به این معناست که شخص از آلودگی‌ها پاک باشد، عزت و شرف و کمال داشته باشد. جالب آن‌که در مقدمه اعلامیه جهانی حقوق بشر به این اصل کرامت انسانی اهمیت زیادی داده شده است و این‌گونه آورده است که «از آنجا که شناسایی ذاتی کلیه اعضای خانواده بشری و حقوق یکسان و انتقال ناپذیر آنان اساس آزادی و عدالت و صلح در جهان را تشکیل می‌دهد.» به‌گونه‌ای که در ماده یک و در راستای مقدمه اورده شده است که تمامی افراد بشر آزاد و با شان و حقوق برابر به دنیا می‌آیند.

همه آن‌ها از موهبت‌های عقل و وجدان برخوردارند و باید نسبت به یکدیگر با روحیه برادرانه رفتار کنند.

بند ۲ـ۱ از ماده ۱ منشور حقوق شهروندی مقرر می‌دارد: «این منشور با هدف تجمیع، شناسایی و بیان حقوق شهروندی تنظیم شده و مفاد آن باید به‌گونه‌ای سازگار و هماهنگ با یکدیگر و با سایر قوانین و مقررات تفسیر و اجرا شود؛ به نحوی که هیچ‌یک از حقوق شهروندی شناسایی و احصاء شدهٔ دیگر را محدود نسازد؛ و کرامت و منزلت انسانی همواره در بالاترین سطح ممکن مورد احترام و حمایت قرار گیرد».

اصل ۲ قانون جمهوری اسلامی ایران نیز در بند ۶ خود آورده است: جمهور اسلامی، نظامی است. برپایه کرامت و ارزش والای انسان و آزادی توام با مسؤولیت او در برابر خدا، که از راه ... نفی هرگونه ستمگری و ستم کشی وسلطه گری و سلطه‌پذیری، قسط و عدل و استقلال سیاسی و اقتصادی و اجتماعی وفرهنگی و همبستگی ملی را تأمین می‌کند.»

خداوند در آیه ۷۰ سوره اسراء می‌فرماید: «ولقد کرمنا بنی آدم و حملنا فی البر و البحر» به کرامت انسان اشاره می‌کند. در اسلام کرامت دو وجه دارد؛ یک سوی آن کرامتی است که خداوند در وجود وی به ودیعه نهاده است و وجه دیگر کرامتی است که انسان خود باید بدست آورد. که شایسته است از این دو اندکی سخن گفته شود.

۱. ***کرامت فطری***: معنای این عبارت آن است که خداوند در وجود بشر این گوهر را نهاده است و وی از هر تیره و تباری باشد واجد آن است. و در این میان بر هیچ ادمی استثنایی نیست. آیه ۷۰ سوره اسراء را اشاره کردیم بر همین موضوع دلالت دارد. در این آیه به‌طور مطلق بنی آدم واجد کرامت توصیف شده است و به همین دلیل باید آدمیان این نوع حق را برای یکدیگر بشناسند و برابر این حق تکلیف به احترام و التزام به آن را داشته باشند.

منشا این کرامت در بعد روحی و روانی انسان نهفته است همان بعد که از دمیده شدن روح الهی در انسان ریشه گرفته است و به همین خاطر، این انسان خاکی مسجود فرشتگان گشته است.«فاذا سوّیته و نفخت فیه من روحی فقعواله ساجدین»[1]. آن‌چه از این آیه برداشت می‌شود آن است که علاوه بر حق حیات و تکالیف دیگران به مراعات آن دارای حق کرامت ذاتی می‌باشند. که مادامی که خود انسان آن کرامت و حیثیت را به جهت جنایت و خیانت بر خویشتن یا بر دیگران از خود سلب نکند دیگران مکلف به رعایت این حق می‌باشند. همان‌گونه که مکلف به رعایت حق حیات یکدیگر هستند.[2]

۲. ***کرامت اکتسابی***: عبارت است از شرف و حیثیت ارزشی که با کوشش اختیاری در مسیر تزکیه نفس و تحصیل و هستی یابی و تقرب به پرودگار متعال که شناخت و احترام به کرامت انسانی

---

۱. آیه ۲۹ سوره حجر

۲. جعفری تبریزی، محمد تقی، حق کرامت انسانی، **نشریه دانشکده حقوق و علوم سیاسی**، شماره۲۷، سال ۱۳۷۰

یکی از مقدمات ضروری آن است بدست بیاورد. این همان کرامت عظیمی است که خداوند سبحان مشخص نموده است؛ «یا ایهاالناس انا خلقناکم من الذکر و انثی و جعلناکم شعوبا و قبائل لتعارفو ان اکرمکم عندالله اتقاکم»[1]. البته رسیدن به این کرامت در سایه تقوا حاصل می-شود.

طبیعی است که تن آدمی کریم است این همان تنی است که روح خداوندی را در خود دارد. در زبان اهل دین تن را امانتی از جانب خداوند می‌دانند به‌گونه‌ای که حتی بر جنایت بر تن مرده نیز مجازات مترتب است.

و برپایه همین اصل کرامت می‌توان بیان نمود که روح و روان آدمی نیز ودیعه ذات باری تعالی است. همو که از روح خود در کالبد بشر دمیده است. لذا اگر بر اثر خطای شخصی به دیگری ضرری وارد شود و از لحاظ روانی منجر به درد و ناراحتی وی شود می‌توان حکم به جبران این ضرر را داد.

ب) اصل مساوات

مبنای دیگری که برای حفظ حرمت تن انسان بایست در شمار آورد، اصل مساوات است. مساوات به این معنا که انسان‌ها در برابر یکدیگر مساوی هستند. در اعلامیه جهانی حقوق بشر نیز از این اصل نام برده شده در موارد متعددی از آن سخن به میان آمده است.از ماده یک این اعلامیه شروع کنیم که از حقوق برابر انسان‌ها در برابر یکدگیر صحبت کرده است. ماده ۴ نیز ارزش‌های انسانی را معیار قرار داده است. مواد ۱۰ ۱۶ و ۲۱ و ۲۳ این اعلامیه نیز همین اصل (مساوات) را در نظر دارند.

در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران اصل ۱۹ و ۲۰ و ۱۰۷به اصل مساوات اشاره دارند. این اصل(مساوات) قبل از هر چیز برگرفته از نگاه توحیدی اسلام است. و در گام بعدی نشات گرفته از این خطاب قرآن به مخلوقش با لفظ «بنی آدم» است. به‌گونه‌ای که همه را از یک نسل بشمار می‌آورد. و همه را بنی آدم خطاب می‌کند. پیغمبر اسلام(ص) می‌فرمایند: «مردم مانند دندانه‌های شانه برابرند»[2]

این اصل را از آنجا مبنای لزوم جبران خسارت بدنی دانستیم که زندگی انسان دارای دو وجه است. بخش مادی و معنوی. بخش معنوی آن است که انسان طبیعی دارای خصوصیتی است که مشابه سایرین است. از لحاظ تعداد اعضا و عدم تفاوت فاحش در خلقت جوارح بدن نسبت به سایرین است. اگر عاملی این ترکیب را برهم زند منجر به تمایز ـ در مقابل تساوی ـ او از سایرین شده و همین امر اورا از لحاظ معنوی دچار تغییر منفی کرده و آسیب‌های روحی را به وی تحمیل

---

۱. آیه ۱۳ سوره حجرات

۲. شیخ صدوق، **من لایحضره الفقیه**، ج۴، جامعه المدرسین، ۱۴۰۴ ه.ق، ص ۳۷۹.

خواهد نمود طبیعی است عامل باید خسران این اندوه وارد بر زیان دیـده را جبـران نماید.چگونـه است دید اشخاص به شخصی که در اثر خطای مدنی دیگری چشم خود را از دست داده با کسـی که چنین اتفاقی برایش نیفتاده؟

از طرف دیگر به‌طور معمول برای این‌که شخصی بتواند به فعالیت اقتصادی در شرایط برابر بـا دیگران بپردازد باید از شرایط فیزیکی معمول برخوردار باشد در غیر این صورت دید اولیـه بـر آن است که وی نسبت به سایرین از توان کمتری برخوردار بوده و قابلیتی همسان با سایرین را ندارد. و همین امر شانس وی را برای کسب فرصت‌های جدید و یا حتی ادامه شغل سابقش تحـت تـأثیر قرار می‌دهد و به عبارتی تساوی شرایطش با دیگران از لحاظ جسمی به عنـوان فـاکتوری مهـم در فعالیت اقتصادی را با خدشه روبرو می‌سازد.

بند دوم: جبران خسارت پس از وقوع آن(بعد پسینی)

در حقوق پاره‌ای از اصول وجود دارند که براساس آن‌هـا در صـورت ورود خسـارت مـی‌بایسـت حکم جبران توسط دادگاه صادر شود.

الف) قاعده لاضرر

اگر معنای ضرر در سخن پیامبر که فرمودند: «لاضرر و لاضرار فی الاسلام» به عنوان معنای پیش‌گیرنده در نظر بگیریم این اصل به نوعی می‌تواند در گروه اصول پیشینی نیـز قـرار بگیـرد. در دیـدگاه فقهـای اسلامی اگر کسی به دیگری ضرری برساند باید این خسارت جبران شود منتها نکته‌ای که بسیار اهمیت دارد دانسته شود ان است که بدانیم هرگونه خسارتی را نباید با حکم به جبران خسارت بدرقه نمود. به عبارت دیگر این سخن که در مسؤولیت مدنی هدف، جبران همـه خسـارات اسـت را بایـد بـا دیـدی منتقدانه رد نمود. حقوق به دنبال این نیست که هر ضرری را جبران نماید برخی از ضررها باید جبـران شود. منتها در فرضی که حکم به جبران خسارت داده می‌شود اصل بر جبران کامل خسارت است.[1]

البته در این‌که خسارتی که بر بدن وارد می‌شود باید حکم به جبران خسارت داده شود تردیدی نیست. شارع بنا بر اهمیت این مسئله تمایل خود را به جبـران ایـن نـوع از خسـارات در مباحـث دیات به‌طور مشخصی نشان داده است.

ب) حکم عرف

تردیدی نیست که عرف در زمره منابع حقوق است. حتی بنابر عقیده مرحوم دکتر کاتوزیان، عرف مقدم بر سایر منابع حقوقی است. هرچند میان فرق اهل سنت با خود ونیز امامیه در حجیت عرف و جایگـاه

---

۱. دکتر رحیمی، حبیب‌الله، **تقریرات کلاسی درس حقوق مسؤولیت مدنی پیشرفته** دوره دکتری حقوق خصوصی دانشگاه علامه طباطبایی تهران، سال تحصیلی۹۳ـ۹۴.

آن در استنباط احکام تردید وجود دارد.[۱] در این رابطه معنای عرف آن است که قاعده مزبور آهسته و تدریجا شکل گرفته و منجر به ایجاد رفتاری توسط افراد شده است که مقبول افتاده است. اگر این را در نظر بگیریم خواهیم دانست که در نظر عرف نیز خسارات باید به‌گونه‌ای جبران شود.

آن‌چه در این رابطه جالب توجه به نظر می‌رسد ان است که شمار زیادی از حقوق دانان، نه تنها برای یافتن مصادیق فعل زیان بار، تقصیر و ضرر و رابطه سببیت بلکه برای پی بردن به خسارات قابل جبران و تمییز آن از خسارات غیر قابل جبران، به داوری عرف گردن نهادند. این دو دسته از حقوقدانان، با عرفی دانستن نظام مسؤولیت مدنی، سعی در ایجاد تفکیک میان مسؤولیت کیفری و مدنی نموده‌اند، به نحوی که نظام مسؤولیت کیفری را یک نظام قانونی و نظام مسؤولیت مدنی را یک نظام عرفی قلمداد کرده‌اند.[۲]

به این ترتیب تشخیص عرف هم به عنوان مبنایی برای جبران خسارت بدنی در نظر گرفته خواهد شد.

ج) مبنای قانونی

در این رابطه مواد قانون مسؤولیت مدنی به صراحت به جبران خسارت اشاره کرده‌اند. ماده ۱ این قانون صراحتا ضرر به جان را در کنار ضرر به مال[۳]قابل جبران دانسته است. که بنابر وضوح مطلب نیازی به تشریح آن در این قسمت نیست.

فصل دوم: محاسبه خسارات بدنی در حقوق انگلستان و آمریکا

آن‌چه در حقوق انگلستان به تفصیل از آن بحث شده است، انواع خساراتی است که براساس آن محدوده خسارات بدنی معین می‌شود. به عبارت دیگر در پاسخ به این سؤال که خسارت بدنی شامل چه خساراتی می‌شود؟ دو نوع خسارات را برمی شمرند. که از لحاظ موضوع بررسی تیتر خسارات، مارا از تکرار آن‌ها در حوزه حقوقی آمریکا بی‌نیاز خواهد کرد. یعنی قلمرو موضوعی خسارت بدنی دو کشور یکسان است و آن‌چه موجب تفاوت شده است نحوه محاسبه است. بدین ترتیب کاری ما در این تحقیق انجام دادیم آن است که انواع خسارت بدنی را در بخش حقوق انگلستان آوردیم و نحوه محاسبه این نوع خسارات در این کشور را ذیل همین مباحث مطرح نمودیم. و در قسمت حقوق آمریکا تنها با اشاره به عنوان خسارت، شیوه محاسبه رو تفصیلا بیان نموده‌ایم.

---

۱. محقق داماد، سیدمصطفی، **مباحثی از اصول فقه**، انتشارات نشر علوم اسلامی، ج ۲، ۱۳۸۷، ص ۱۵۳.

۲. خادم سربخش، مهدی، سلطانی‌نژاد هدایت‌الله، اصل قابلیت جبران کلیه خسارات، **مجله مبانی فقهی حقوق اسلامی**، سال ششم، شماره ۱۲، ۱۳۹۲، ص ۳۱.

۳. ماده ۱. هر کس بدون مجوز قانونی عمداً یا در نتیجه بی‌احتیاطی به جان یا سلامتیبا مال یا آزادی یا حیثیت یا شهرت تجارتی یا به هر حق دیگرکه به موجب قانون برایافراد ایجاد گردیده لطمه‌ای وارد نماید که موجب ضرر مادی یا معنوی دیگری شود مسؤولجبران خسارت ناشی از عمل خودمی‌باشد.

مبحث نخست: بررسی موضوع در حقوق کشور انگلیس[۱]

خسارات ناشی ازصدمات بدنی[۲]در این بخش به دو قسمت تفکیک می‌شوند. خسارت مادی و خسارت معنوی. از آنجا که هر کدام از این دو قسمت نیز خود واجد زیرشاخه‌هایی است لذا بر اساس همین مطلب خسارات معنوی در حقوق انگلستان را به دو بخش مادی و معنوی تفکیک خواهیم نمود.

الف) ***خسارات مادی***[۳]: این زیان‌ها شامل زیان از دست دادن درآمد و نیز هزینه‌هایی است که به موجب عمل خسارتی بوی وارد شده است.

ب) ***خسارات غیرمادی***[۴]: برای مثال شامل خسارت ناشی از درد و رنج و از دست دادن عضو بدن و... .

در این میان خسارات معین شده[۵] نیز وجود دارد که جزو زیان‌های بدنی قلمداد می‌گردد و دادگاه‌ها حکم به پرداخت خسارت را بر اساس این نوع خسارت خواهند داد. این دسته؛ خسارتی هستند که در آن اگر خواهان بتواند دلیل خود را اثبات کند دادگاه حکم به پرداخت مبلغ کمی می‌کند. در این نوع خسارت خواهان چیزی را از دست نداده است.[۶] و بیشتر این دعوا نشانه آن است که به همه اعلام کند خواهان در دعوا پیروز شده است.

در مقابل خسارات جبرانی[۷] هستندکه خواهان در برابرحکم به پرداخت آن چیزی را از دست داده است. اگر بتوانیم خسارات را به‌طور دقیقی محاسبه کنیم می‌توانیم بگوییم که این خسارات، خسارات خاصی[۸] هستند.

سایر خسارات آن‌هایی هستند که از لحاظ مالی نمی‌توانیم آن‌ها را به‌طور دقیق محاسبه کنیم که به آن‌ها خسارات عمومی[۹] گفته می‌شود. خسارت عمومی شامل در دو رنج، از دست دادن ملایمت[۱۰] است. هدف از خسارات جبرانی آن است که خواهان را در وضعیتی قرار دهد که گویی هرگز خطای مدنی به وقوع نپیوسته است.

با توجه به تفکیکی که اعلام نمودیم؛ در این قسمت بخش قصد داریم انواع خسارات را تشریح نماییم.

---

۱. مطالب مربوط به حقوق انگلستان عمدتا برگرفته از دو کتاب(– Harpwood, Vivienne. principles of tort law) و (Richard Owen, LLB, LLM, Solicitor, Principal Lecturer, Associate Head) می‌باشد.

2. Damages in personal injury
3. Pecuniary loss
4. Non-pecuniary loss
5. Nominal damage
6. Claimant has suffered no loss
7. Compensatory damages
8. Special damage
9. Generaldamages
10. Amenity

بند نخست: خسارت مادی

این دسته از خسارت شامل بخش‌هایی است؛ هزینه‌های درمان ـ اعم از عمل و دارو ـ عدم‌النفع ناشی از کم شدن یا سلب قدرت کار و امثالهم که در اینجا به بررسی آن‌ها خواهیم پرداخت.

الف) هزینه‌های درمان و سایر هزینه‌ها[1]

با توجه به قسمت ۲ (۴) ازاصلاحات قانون (صدمات شخصی) مصوب سال ۱۹۴۸ انگلستان[2] شاکی ممکن است متحمل هزینه‌های دارویی خاصی شود در همان حال که برای بهبود و درمان نیز دچار هزینه‌های دیگری شود هرچند بیمه خدمات درمانی[3] را نیز در اختیار داشته باشد. کمیسیون پیرسون[4] توصیه کرد در جایی که هزینه‌ها برپایه زمینه‌های پزشکی متحمل شده است تنها هزینه‌های دارویی شخصی پرداخت شود البته این توصیه هنوز پذیرفته نشده است.

بخش پنجم از قانون عدالت اداری مصوب ۱۹۸۲[5] مقرر می‌دارد در جایی که شخص آسیب دیده در جایی بستری می‌شود که توسط بیمارستان‌های عمومی یا پرستار خانگی یا سایر مؤسسه‌ها هزینه‌های وی پرداخت می‌شود و باعث می‌شود که پس‌انداز صورت گیرد. می‌بایست این هزینه‌های پس‌انداز شده (به علت عدم استفاده از امکانات هزینه بر درمانی) در مقابل درآمدهای از دست رفته وی قرار گیرد. در قانون رفت و آمد جاده‌ای مصوب ۱۹۹۹[6] بیمه‌های خدمات درمانی بیمارستان‌ها را قادر کرده است که از بیمه‌ی خواندگان هزینه‌های درمانی قربانیان تصادف را برگرداند.

اگر خواهان در نتیجه صدمه‌ای به او وارد شده است یا سازگاری خاصش[7] با محیط را از دست بدهد، سپس می‌تواند هزینه‌های سالانه‌اش را که به این دلیل اضافه شده است را مطالبه نماید.

اما وی نمی‌تواند هزینه‌های سرمایه‌ای ناشی از تطابق مذکور را بگیرد. به عنوان مثالی از هزینه‌های اضافی که اشاره شد که در نتیجه خطای مدنی اتفاق افتاده است می‌توان به پرونده جونز علیه جونز در سال ۱۹۸۴ اشاره کرد. صدماتی که به خواهان رسیده بود باعث شده بود که ازدواج وی ازهم بپاشد. دادگاه تجدیدنظر رأی دادکه هزینه‌های اضافی که بر خواهان وارد شده است به این ترتیب که به جای یک خانه دارد هزینه دو خانه را می‌دهد مطابق اصل باید پرداخت شود. البته پرونده مورد انتقاد واقع شد به این دلیل که زیرا فروپاشی ازدواج یک امر قابل پیش‌بینی نبوده است. در مقابل در پرونده پریچارد علیه کابدن ۱۹۸۷ که هزینه‌های ناشی از فروپاشی ازدواج را

1. Medical and other expenses
2. the Law Reform (Personal Injuries) Act 1948
3. NHS
4. Pearson Commission
5. Administration of Justice Act 1982
6. The Road Traffic (NHS Charges) Act 1999
7. Special accommodation

غیر قابل مطالبه دانسته است و این امر می‌توانسته به دو دلیل بوده باشد یا این‌که علت دور بوده است.[1] یا این‌که مخالف مصلحت عمومی بوده است.[2]

در دعوایی که در سال ۱۹۷۴ دانلی علیه جویس مطرح کرد او مطالبه ضرری را کرد که ناحیه ثالث وارد شده بود. جایی که اقوام یا دوستان یک دستیار پرستاری یا دستیار مالی را تدارک دیده بودند که این امر می‌توانست موجبات ادعای خواهان را فراهم آورد. جایی که آن خویش دست از کار کشیده و این ضرر از دست دادن درآمد توسط خواهان قابل مطالبه است مشروط بر این‌که از هزینه‌های تجاری مراقبت پرستاری تجاوز نکند.

ب) از دست دادن درآمد[3]

این عنوان می‌تواند خودش شامل دو بخش باشد. از دست دادن(ضرر) واقعی[4] و ضرر آینده[5].

۱. **از دست دادن(ضرر) واقعی**: این ضرر شامل ضرری است که از تاریخ تصادف تا تاریخی که در آن ارزیابی صورت می‌گیرد. این تاریخ می‌تواند تاریخ صدور رأی باشد یا تاریخی که در آن به نحوی اختلاف حل و فصل شده است. این امر مجاز نیست که سود ناشی از دست دادن درامد مطالبه شود بنابراین مالیات بردرآمد وسهم تأمین اجتماعی باید به منظور حصول اطمینان ازدست دادن خالص کسرشود. برای مثال در مورد خسارات ناشی از حق ویژه، ماشین شرکت نیز در نظر گرفته می‌شود.

۲. **ضرر آینده**: این ضرر بیشتر یک امر محتمل است و مربوط به خساراتی است که خواهان بعد از تاریخ ارزیابی متحمل آن می‌شود.

بخش ۱۰ از قانون گواه مدنی ۱۹۹۵[6] به جدول‌های آماری این اجازه را می‌دهد که ضررهای آینده در خود داشته باشد. اگرچه ماهیت وجودی این جداول آن است که در حدس و گمان‌ها کم نماید البته باید خاطر نشان شود این جداول آماری توسط بیمه‌های عمر طراحی و تدوین شده‌اند. نه این‌که یک امر ذهنی باشد.

در مورد ضررهای آینده دادگاه از ۲ مفهوم استفاده می‌کنند؛ مضروب[7] و چند برابر[8].

مضروب؛ جمع سالانه برای نشان دادن خالص درآمد از دست رفته سالانه مدعی در تاریخ محاکمه است. این اساساً یک مسئله واقعی است.

---

1. Remoteness
2. Public policy
3. Loss of earnings
4. Actual loss
5. future loss
6. Civil Evidence Act 1995
7. Multiplicand
8. Multiplier

چند برابر؛ نمایشگر تعداد سال‌هایی است که در آن مضروب باید ضرب شود تا این‌که میزان خسارت آینده محاسبه شود.البته این امر غیرممکن است که یک رقم دقیق به دست اید. البته تعدادی از فرصت‌ها باید در نظر گرفته شود در جایی که مضروب‌ها را بدست آوریم. برای مثال این یک امر محتمل است که در آن یک زن جوان ممکن است کار خود را از دست بدهد به این منظور که از بچه‌هایش مواظبت کند تا این‌که ازدواج کند.

اساساً، چند برابر؛ بسیار خودسرانه است، و هرگز نمی‌تواند دقیق باشد و با نگاه کردن به موارد قابل مقایسه با قبلی محاسبه می‌شود. حتی در مورد قربانیان حادثه جوان که می‌خواهند یک عمر سود قبل از آن‌ها را داشته‌اند، غیر معمول است. برخی از قضات حداکثر تعداد سال‌هایی که بتوان در مورد ان رأی داد را متجاوز از ۱۸ نمی‌دانند.

این معیار هرگز نشان‌دهنده تعداد سال‌هایی که واقعاً شخص می‌تواند زندگی کند نیست و در مورد آن حوادث غیر قطعی را نیز به حساب می‌آورند. زیرا این امر کاملاً محتمل است که خواهان در آینده شغل خود را از دست بدهدو یا دچار حمله قلبی گردد. اگر هم ادعا شود که وی بر اثر کارهای قاچاق درآمد خود را بدست می‌آورد به علت این‌که برخلاف مصلحت عمومی است این امر قابل مطالبه نمی‌باشد. این انتظار هم همی رود که خوهان پولی که بدست می‌آورد را به هیچ وجه سرمایه‌گذاری نمی‌کرد.

به عبارت دیگر در این شیوه از محاسبه خسارات در حقوق انگلستان این امر که در ازای از خسارت بدنی وارده چه مقدار باید پرداخت شود بر پایه دو معیار سنجیده می‌شود. اول خسارت سالانه‌ای که بر شخص متحمل شده است را اگرx در نظر بگیریم و تعداد سال‌هایی که شخص با همین وضعیت ادامه زندگی می‌دهد را y فرض کنیم. میزان خسارت عبارت خواهد بود از:

X*Y

ج) شواهد آماری[1]

در پرونده‌ای Auty, Mills, Rogers and Popow v NCB لرد الیور چنین رأی داد که: به عنوان یک متد که می‌تواند قابل اتکا باشد الگوهای رفتاری اشخاص یا اقتصاد آینده و روش‌های سیاسی؛ پیش‌بینی‌های یک شخص که به ارائه آمار می‌پردازد فقط می‌تواند کمی دقیق‌تر و قطعاً کم‌تر سرگرم‌کننده‌تر از یک ستاره‌شناس باشد.

بنابراین شواهد آماری که ارائه می‌شوند و به عنوان وسیله‌ای برای بررسی محاسباتی که برای محاسبات مضروبی یا چند برابر به سادگی استفاده می‌شود. کمیسیون حقوقی در گزارشی که به صدمات شخصی پرداخته است (گزارش شماره ۵۶ این کمیسیون) به این نتیجه رسیدند که چند برابر (همان تعداد سال‌ها) بهترین و رضایت‌بخش‌ترین روش ارزیابی از دست دادن درآمد آینده و هزینه است، در حالی که نسبت به شواهد آماری سودمندی محدودتری را دارد.

1. Actuarial evidence

این کمیسیون اجازه استفاده از شواهد آماری را در دادگاه‌ها داده است. و این امر در قانون شواهد مدنی مصوب ۱۹۹۵ پیش‌بینی شده است. البته این اشخاصی که ارائه‌دهنده آمار هستند قادر نخواهند بود میزان تورمی که در آینده بوجود می‌آید را بیان نمایند. جالب است که در پرونده‌ای که در سال ۱۹۷۹ Cookson v Knowles مطرح شد؛ این تورمات آینده نیز در نظر گرفته شد که البته این‌ها موارد استثنایی هستند. البته عاقلانه است که دادگاه‌ها نسبت به تخمین میزان تورم آینده خودداری ورزند.

د) مالیات بر درآمد[1]

هنگام محاسبه درآمد خالص آینده می‌بایست میزان مالیاتی که بر این درآمد گذارده می‌شود کسر شود. این قاعده توسط مجلس اعیان انگلستان در سال ۱۹۵۶ در پرونده case of British Transport Commission vGourley وضع شد. دقیقاً همان مشکلی که در مورد نرخ تورم در آینده بود در مورد مالیات بر درآمد آینده نیز وجود دارد و آن ابهام در میزان دقیق آن است. به همین دلیل باید بر اساس نرخ مالیات کنونی این امر محاسبه بشود و با توجه به این مطلب شخص مجبور به دریافت کمتر یا بیشتر از میزان خسارت خواهد شد.

البته این امر بایستی در نظر گرفته شود که در مواردی که صدمه شخصی(بدنی) وارد شده است کمک‌های اجتماعی نیز باید سهمش در محاسبات ضرر آینده در نظر گرفته شود و از آن کم شود.

ه) خسارت سال‌ها[2]

روزگاری قاعده غالب آن بود که در دعوای Oliver v Ashman در سال ۱۹۶۲ مطرح شده بود. در این پرونده رأی داده شد که اگر انتظار مدت زندگی خواهان کاهش یافته بود. خسارات درآمد آینده در طول سال‌هایی که آن را (به علت پیش‌بینی از دست دادن آن) از دست داده است کم خواهد شد و در محاسبه مورد لحاظ قرار نمی‌گیرد. اثر این قاعده آن است که وی می‌تواند تنها خسارت سال‌هایی که زندگی کرده است را مطالبه کند.البته این قاعده توسط مجلس اعیان ناعادلانه شناخته شد.

بند دوم: خسارات غیر مادی[3]

خسارات دیگری که در در حقوق کنونی درباره آن بحث می‌شود خسارات ناشی از صدمات معنوی است که بر فرد زیان‌دیده وارد می‌شود. درد و رنجی که شخص در اثر صدمه دیدن متحمل می‌شود، از دست دادن مواردی که قبل از ورود زیان می‌توانست آن‌ها را انجام دهد و الان نمی‌تواند مانند این‌که

1. Income tax
2. The lost years
3. Non-pecuniary losses

توانایی ورزش کردن از وی سلب شده باشد. یا دیگر نتواند از لذات جنسی بهره‌مند شود. این موارد به‌طور دقیق قابل ارزیابی نیست. برای مثال چگونه می‌توان میزان ضررکسی که زیباییش را از دست داده یا کم شده است را محاسبه نمود؟[1]

در نظام‌های حقوقی فرانسه انگلیس و آلمان تشخیص میزان ضرر وارده را برعهده قاضی و یا هیأت منصفه گذاشته‌اند.[2] طبیعی است زمانی که معیار دقیقی را نتوان برای ارزیابی این‌گونه ضررها تعیین نمود آن‌چه توسط عده‌ای مطرح شود چیزی جز پیچیدگی و ابهام را در پی ندارد و استحکام این‌گونه آرا نیز محل تأمل است.

البته در این کشور همین امر موجبات افزایش هزینه‌های پزشکی را فراهم اورده است به نحوی که اولا پزشکان به دلیل ترس از مسؤولیت اقدام به انجام آزمایشات غیرضروری کرده تا درصد خطای خود را کاهش دهند و از طرف دیگر این مسئله منجر به افزایش حق بیمه‌ها شده است که طبیعتا بر میزان پرداختی‌های بیماران در مقابل پزشک افزوده می‌شود و مجموع این عوامل منجر شده است که فشار و هزینه‌های اقتصادی بر روی بیماران بیشتر و بیشتر گردد.

ضررهای غیرملموس از لحاظ تعیین میزان بسیار دشوار هستند. و بعد از سال‌ها دادگاه رویه طبقه‌بندی خسارت عمومی را ذیل عنوان «سرفصل خسارات» را انجام داد. هرچند فهرست سرفصل‌ها جامع نیست و دادگاه باید هر زمان به لیست آن‌ها اضافه کند اما سرفصل خسارت غیرمادی را در اینجا بحث خواهیم نمود و وکلای دادگستری در استنادات خود معمولا به مجموعه‌ای که انجمن مطالعات قضایی که بر اساس پرونده‌های جدید منتشر می‌کند استناد می‌کنند. اطلاعات مفصل‌تر در دانشنامه پرونده‌های خسارات قابل دستیابی است. البته چنین تصمیماتی که اتخاذ می‌شود قدرتی مانند نهاد قانون‌گذاری را ندارد. در این قسمت به مهم‌ترین ضررهای غیرمادی خواهیم پرداخت.

الف) درد و رنج[3]

درد و رنج اموری شخصی هستند و بر اساس معیار پول قابل ارزیابی نیستند. با این حال به این موارد رأی داده می‌شود تا شوک‌های عصبی، علایم روان‌شناختی و درد و رنج جسمی را پوشش دهد.این امر باب شده بود که شخصی که در حالت اغما است درد و رنجی را متحمل نمی‌شود در نتیجه خساراتی را که مدعی از این لحاظ درخواست می‌کرد رأی داده نمی‌شد. همان‌طور که در پرونده Wise v Kaye در سال ۱۹۶۲ رأی داده شد. که در ان خواهان از هنگام تصادف هشیاری خود را از دست داده بود و خسارت ناشی از درد و رنج غیر قابل مطالبه اعلام شد. البته در چنین مواردی مبلغی بسیار بالا برای از دست دادن ملایمت رأی داده خواهد شد.

---

۱. در حقوق فرانسه ضرر ناشی از کم شدن زیبایی را (Prejudice esthetique)می‌نامند.

2. J . A jolowich, **encyclopedia comparative law,**vol xi ,tort,chapter 13,p39

3. Pain and suffering

در پرونده‌های وازکتومی شکست خورده یک مبلغی به مادر به‌خاطر اضطراب ناشی از حاملی و درد و رنج ناشی از تولد بچه رأی داده می‌شود.

ب) ضرر از دست دادن ملایمت[1]

مدعی ادعا می‌کرد که نمی‌تواند از لذات زندگی بهرمند گردد خصوصا آن‌که نمی‌تواند از حواس خود بهره گیرد. به این خاطر درخواست غرامت را می‌کرد. برای مثال این نوع ضرر شامل عدم توانایی در راه رفتن یا دویدن، و یا بازی فوتبال، بازی پیانو، به بازی با کودکان، ناتوانی در لذت بردن از توابع جنسی و یا عروسی می‌شود. افراد خواهان، که در حالت زندگی نباتی زندگی می‌کنند.[2]

در دعوایی (Wise v Kaye) خواهان در مدت سه سال حالت ناهشیاری داشت. او نمی‌دانست چه چیزی را از دست داده است، درد و رنجی هم حس نمی‌کرد اما دادگاه تجدیدنظر رأی به ۱۵۰۰۰ یورو (به صورت مبلغی یکجا)علیه خوانده به علت از دست دادن ملایمت صادر کرد در زمان خود این مبلغ بالایی بود.

در پرونده West and Son Ltd v Shephardدر سال ۱۹۶۴ خواهان یک زن ۴۱ ساله بود که از ناحیه سر اسیب شدیدی دیده بود و بسیار رنج می‌برد. اگر چه او نمی‌توانست صحبت کند، اما شواهد وجود داشت که حرکات چشم او نشانگر درک او از مخمصه بود. او نیز مبلغ بالایی به خاطر از دست دادن ملایمت دریافت کرد. هدف از این جبران خسارت آن بود که وی را در موقعیتی قرار دهد که اگر حادثه اتفاق نمی‌افتاد در آن قرار می‌گرفت. در واقع این امر غیر ممکن است که شما میزان رنجی که شخصی متحمل می‌شود را اندازه‌گیری کنید و این سراسر تخمین است و دادن مبلغی به صورت مجموع، برای فرار و جلوگیری از این حدس و گمان‌هاست که آن‌ها را پوشش دهد.

البته نگرانی‌های زیادی در مورد این‌که به چنین مبالغی به صورت یکجا رأی داده می‌شود وجود دارد. بستگان بیمارانی که در حالتPSV[3] (زندگی نباتی)قرار گرفته‌اند مبلغ بالایی را در جایی که بیمارشان تا زمان محاکمه و یا رفع اختلاف در حالت نباتی به سر می‌برد به‌خاطر ضرر ناشی از دست دادن ملایمت و نیز مراقبت‌های آینده وی از بیمار دریافت می‌کنند. اگر بیمار بعد از تصادف بمیرد اطرافیان وی بر اساس قانون حوادث مرگبار سال ۱۹۷۶ مبلغی را دریافت خواهند کردبه این دلیل که نان آورشان از میان رفته است.

---

1. Loss of amenity

۲. اصطلاحی است که پزشکان در مورد بیمارانی که در حالت کما قرار دارند به کار می‌برند و به علت عدم تحرک و توانایی در ارتباط برقرار کردن با افراد بیرون می‌گویند که مانند گیاهان و نباتات زندگی می‌کند.

3. persistent vegetative state

ج) خسارات قابل پرداخت به‌خاطر مرگ

تا سال ۱۸۴۶ موقعیت چنان بود که اگر خواهان یا خوانده فوت می‌کرد مسؤول سبب اقدام مرده بود. از این تاریخ به بعد اصلاحات زیادی در این رابطه بوجود آمد که دلیل عمده آن وجود وسایل نقلیه موتوری سریع بود. در این سال به واسطه قانون حوادث مرگبار همسر و کودکان متوفی بوسطه فوت کسی که به وی وابسته بودند و در تصادف درکنار صندلی وی نشسته بودند، به استقلال درخواست غرامت کردند. گفته می‌شد که هیچ‌گونه خسارتی قابل پرداخت نیست از این لحاظ، در جایی که مرتکب حادثه خود جانش را از دست داده است. این امر ضروری بود که مقرراتی پیش‌بینی شود که براساس آن بتوان علیه ماترک کسی که مرتکب خطای مدنی شده است و فوت کرده است اقامه دعوا را طرح کرد. با اصلاحاتی که در قانون مربوطه انجام شد[1] شرکت بیمه مسؤول این خسارات که ناشی از خطای مدنی شخص فوت شده بود شد.(یعنی بیمه بجای این شخص که تحت شمول بیمه بود مسؤول جبران خسارت شد). با اقدامی مشابه، ماترک متوفی نیز این(بعد از فوت) استحقاق را پیدا کرد که علیه مسؤول حادثه جبران خسارات را بخواهد. بخش ۴(۱) مقرر کرده که خسارات ناشی از فعل یا ترک فعل کسی به وقوع می‌پیوندد که خاطی (برای مثال راننده) مرده است و بقیه زنده مانده‌اند ولی در حال رنج هستند. به‌نظر می‌رسد سبب دعوا قبل از فوت وی وجود داشته است. همه خسارات قابل بازیابی هستند و محاسبه می‌شوند بدون این‌که اشاره به منافعی کند که ماترک دراثر مرگ خواهان دریافت خواهد کرد. البته این منافع ممکن است شامل درامد حاصل از بیمه‌نامه نیز باشد.بطور مشابه ضررو زیانی که به ماترک وارد می‌شود نباید در این معادله وارد شود. هزینه‌هایی که به‌طور معقول باشد وبرای کفن و دفن انجام می‌شود قابل اعاده است.

اساس اصلاحاتی که در محاسبات در سال ۱۹۳۴ اتفاق افتاد این است که همان موقعیتی که اگر خواهان زنده بود در موقع طرح دعوا همان‌ها را داشته باشد که الان مرده است. (بجز مواردی مانند هزینه کفن و دفن)

با این اوصاف خسارت ویژه و خسارت عمومی از جمله خسارت برای درد و رنج و از دست دادن ملایم تقابل بازیابی هستند.

د) گزارشات کمیسیون حقوقی

کمیسیون حقوقی در سال ۱۹۹۹ دو گزارش را تهیه کرد که مواردی که مبتنی بر صدمات شخصی است و قابل مطالبه است را معین نمود. که شامل هزینه دارویی و مراقبت و سایر هزینه‌ها، مزایای وثیقه[2] و ادعاهای ناشی از قتل غیرعمد(خطایی).

1. (Miscellaneous Provisions) Act 1934
2. Collateral Benefits

این گزارش‌ها با هدف نوسازی قوانین موجود نسبت به قانون‌گذاری‌های موجود توصیه‌هایی را ارائه نمود تا این بخش از حقوق را به خط جامعه مدرن نزدیک کند و قانون منصفانه‌تر و مشخص‌تری را ارائه کند.

در این گزارش‌ها به انتقاد از قانون پرداخته شد که به طور خودسرانه عده‌ی خاصی از مردم را که از لحاظ مالی وابسته به شخص فوت شده بودند از دعوای جبران خسارت محروم می‌کرد. این گزارش‌ها توصیه کرد که مواردی به لیست اضافه شود تا بتوان دعوای جبران خسارت را مطرح کرد و از این طریق به اصلاح مقررات پرداخت.

در این گزارش‌ها این امر ناعادلانه تشخیص داده شد که خسارات ناشی از داغداری تنها به پدر ومادر و همسر متوفی داده شود بلکه باید به این لیست کودکان متوفی، خواهرو برادر و شریک زندگی بلند مدت[1] وی اضافه گردد. این امر پیشنهاد داده شد که خسارات ناشی از سوگ تنها ۱۰۰۰۰(ده هزار پوند) در جایی که روی هم رفته ۳۰۰۰۰ سی هزار پوند به عنوان خسارت ناشی از فوت پرداخته شود.می باشد. که این مبلغ ۱۰۰۰۰ باید برای همگام شدن با تغییرات اقتصادی(یعنی تورم) که بر اساس جداول است تنظیم گردد.

به منظور جلوگیری از خسارتی که بیشتر از میزان باشد، کمیسیون پیشنهاد اصلاح قانونی را کرد که نیازمند همه مزایایی بود که به عنوان نتیجه مرگ می‌بایست از آن‌ها چشم پوشی شود و پیشنهاد کرد که حزب کار اوگدن یک مجموعه‌ای متخصص از وکلا و آمارگیران را گرد هم آورد که به این امر توجه کنند و در مورد آن توضیح دهند که چگونه جداول آماری اکنون در تخمین خسارات مورد توجه قرار گرفته‌اند و این جداول باید اکنون مورد لحاظ قرار گیرند و اصلاح شوند به این منظور که میزان دقیق‌تری از خسارات را که ناشی از مرگ است، معین کند.

بند سوم: متدهای جدید پرداخت خسارات در پرونده‌های ناشی از خسارت شخصی

برای سال‌های متمادی متدی که در آن مبلغی به صورت مجموع به شخص پرداخته می‌شد به عنوان یک امری نامطلوب تلقی می‌شد. به‌ویژه در مواردی که در آن خواهان به شدت مجروح می‌شد و نمی‌توانست به شغل خود به صورت تمام وقت ادامه دهد. یا در پرونده‌هایی که پیش‌بینی‌های پزشکی نامشخص بود. اگرچه در کامان لا قاعده آن است که خسارات تنها یک بار قابل پرداخت هستند و دلایلی برای این قاعده پیشنهاد شده است (منظور قاعده یکبار پرداخت شدن است) که این دلایل ورای این مفهوم هستند که قاعده مذکور باید در پرداخت خسارات در کامان لا اعمال شود. زیرا این امر ساخته و پرداخته تاریخ است و اجباری.

کمیسیون حقوقی در مشاوره مذکور در مقاله ۱۲۵ خود با عنوان حل و فصل‌های ساختاری شده و خسارات موقت اشعار داشت که ۴ دلیل وجود دارد که در آن می‌توانیم به

1. Partner

سیستم پرداخت خسارت به صورت مبلغی دفعه واحده ادامه دهیم. این چهار دلیل از این قرار اند.

۱. دلایل تاریخی که براساس آن مبتنی بر این حقیقت است که خسارات توسط هیأت منصفه تعیین می‌شده است همواره و اکنون نیز باید ادامه یابد.
۲. اهمیت این مطلب که در سیستم حقوقی کامان لا بایستی دعاوی قضایی با قطعیت حل وفصل شوند.
۳. در عمل هم ثابت شده است که این امر ممکن نیست که به یک سیستم پرداخت دوره مناسب دست پیدا کنیم. در گذشته نیز این عدم امکان بصورت عملی ثابت شده است.(عدم کاربرد درست پرداخت دوره‌ای)
۴. آرای صادره که به پرداخت خسارات در سال‌هایی که قبل از این‌که فن‌آوری اجازه دهد که روش‌های پیچیده ارزیابی جبران خسارات بپردازند کمتر مربوط هستند.

این مقاله‌ای که ارائه شده است بیانگر این مطلب است که پرداخت به صورت مجموعی یکجا، یک امر بی‌فایده نیست. به‌ویژه این امر قطعی است که این نوع پرداخت به خواهان اجازه می‌دهد که آن‌چه را که می‌خواهد انجام دهد با جبران خسارتش را انتخاب کند که انرژی خود را به بازسازی یا توان بخشی خود اختصاص دهد بدون این‌که احتیاج باشد که به هزینه‌هایی که همراه و ملتزم بیمار پرداخته شود. البته معایب این روش نیز به مقاله مذکور ضمیمه شده بود و متکی بر این حقیقت بود که این روش پرداخت قطعا به این معنا نیست که دقیق‌ترین نوع پرداخت است زیرا دقیقاً نشان نمی‌دهد چه چیزهایی از دست رفته است زیرا مبتنی بر مجموعه‌ای از فرمول‌هاست که متکی بر پیش‌بینی‌هایی است.

قانون خسارات مصوب ۱۹۹۶ بر این امر تأکید کرد که دادگاه‌ها قادر خواهند بود که دستوراتی دهند که براساس آن پرداخت خسارات می‌تواند بصورت دوره ای(و نه لزوما مبلغی به صورت دفعه واحده) باشد. در طول سال‌ها روش‌های دیگری روی کار آمده‌اند که ممکن است در نهایت به انزوای روش پرداخت به صورت مجموع بینجامد.

الف) خسارات موقت

این خسارات در قانون عدالت اداری ۱۹۸۲ در بخش ۶ آن معرفی شده است که براساس آن به دادگاه عالی اجازه داده می‌شود به پرداخت خسارت موقت حکم دهد که ممکن است در آینده رخ دهد جایی که این خطر وجود دارد که بیماری خواهان در آینده (و در جایی که اتفاق بعدا رخ دهد) از لحاظ جسمی یا روحی شرایط وخیمی را برای وی ترتیب دهد. خواهان باید مشخص نماید که آن نوع حادثه‌ای ممکن است ترسناک و خطرناک باشد و دارای جزییات و عواقب قابل توجهی باشد. برای مثال این امر محتمل است که بعد از یک اسیب وارد شده به سر، شخص بعد از چند سال مبتلا

به صرع شود. قاضی باید طول دوره‌ای را که ممکن است چنین اتفاقی بیفتد را مشخص کند. خواهان هم می‌تواند طول دوره زمانی را در یک دوره مشخص و تعیین شده گسترش دهد.

در دعوای Willson v Ministry of Defence در سال ۱۹۹۱ مطرح شد. خواهان کسی بود که از ناحیه مچ پا اسیب دیده بود.و نگران این بود که در آینده آرتریت وی گسترش پیدا کند در نتیجه، درخواست خسارات موقت را کرد.این امر اگرچه در نگاه اول نشانگر این مطلب است که این پرونده، کیس مناسبی برای خسارات موقت است اما این پرونده انکار شد بطوری که اساس رأی براین بود که گسترش آرتریت ناشی از بیماری خاصی است و این شرایط اعمال خسارات موقت را ندارد که در آن حادثه‌ای به عنوان مبنای خسارت موقت باشد باید شانس خسارت را فراهم آورد در حالی که در این جا فاقد این شرایط است.

ب) حل و فصل ساختاری

این نوع حل و فصل نتیجه قانون‌گذاری نیست.اما حرکات عملی توسط وکلا و بیمه‌گران انجام شده است تا با مشاوره با هم این تدبیر را اتخاذ کنند که روش پرداخت مجموع خسارت را بهبود بخشند و به دعاوی بیشتر کمک کنند.

در حقیقت این نوع حل فصل به منظور جایگزینی با روش پرداخت خسارت به طور مجموع است و به‌دلیل این‌که مبتنی بر امتیازهای مالیاتی بر درآمدهای داخلی است نتیجه آن است که شرکت‌های بیمه کمتر می‌پردازند و از طرفی خواهان‌ها بیشتر بدست می‌آورند. نکته جالب همین است که در این روش دریافت‌کننده خسارت هیچ‌گونه مالیاتی نمی‌پردازد در حالی که در دریافت خسارت به صورت مبلغ مجموع می‌بایست مالیات پرداخته شود.

این روش ابتدا در سال ۱۹۸۰ در آمریکا و کانادا بکار گرفته شد و حال در انگلستان بکار گرفته می‌شود در پرونده Kelly v Dawesدر سال ۱۹۹۰ بکار گرفته شد. البته در قانون خسارات ۱۹۹۶ نیز هدف این نوع حل وفصل در قانون مورد لحاظ قرار گرفت.

مبحث دوم: بررسی موضوع در حقوق کشور حقوق آمریکا

در حقوق آمریکا در خصوص خسارات وارده برجسم و جان دو سیستم برخورد وجود دارد که سعی می‌شود جداگانه مورد بحث قرار گیرد. یک سیستم مبتنی بر مقررات تدوین شده است که توسط مراجع خاصی برای حالات مختلفی که ممکن است به عنوان ضرر بدنی تلقی شود معین شده است. و سیستم دوم مبتنی بر حقوق مسؤولیت مدنی (خطای مدنی) است. تفاوت عمده این دو شیوه آن است که در سیستم نخست ابتکار عملی برای دادرس برای تعیین میزان خسارت وارده به اندازه‌ای که در سیستم دوم وجود دارد، نیست. به همین ترتیب از فرمول‌های خاصی برای جبران خسارات بدنی استفاده خواهند.

بند نخست: سیستم مبتنی بر مقررات تدوین شده

در سال ۱۹۸۱ بود که به موجب یک دستور اجرایی[1] در قالب مقررات تدوین شده اجرایی گشت. به این علت که با توجه به استقلال مقررات داخلی ایالات مختلف از یکدیگر این مسئله به وجود آمد که هردادگاه نظر خود را اعمال می‌کرد. ارقام اعلام شده از دادگاهی به دادگاه دیگر و از ایالتی به دیگری متفاوت بود و طبیعی است این عدم انسجام در دستگاه قضایی یک کشور ویژگی منفی به حساب می‌آید. به روی تلاش بر این شد که مقامات قانون‌گذاری به علت ارقام بالایی که در این ارا از خوانده به خواهان جابجا می‌گشت سعی بر مقرره‌گذاری در این قسمت بنمایند. اما نکته‌ای که در این رابطه حایز اهمیت است آن است که در این روش مانند نظام حقوقی اسلامی که دیات را مقرر کرده است مبالغی یکسان برای اعضا پرداخت می‌شود. لیکن بر خلاف نظام دیات که مبالغ آن از پیش تعیین شده و با توجه به درصد تورم معادل مبلغ ممکن است کم یا زیاد شود و در مبنا در هرحال غیر قابل تغییر است. در نظام حقوقی امریکا این مبنا را مقررات شرعی بلکه اوضاع احوال اقتصادی، نظرسنجی‌های عمومی در هربار ممکن است میزان را کم یا زیاد نماید. با این اوصاف رجوع آمارگیران به مردم و استفاده از مدل‌های ریاضی در محاسبه این‌گونه خسارت نقش تعیین‌کننده دارد.

معیارها در این نظام شخصی است نه نوعی. برای مثال در حقوق اسلامی اگر در اثر خطای مدنی کسی کشته شود میان کودک و بزرگسال فرقی وجود ندارد. میان کسی که نان‌آور خانواده‌ای است با بیکاره تفاوتی نیست. اما در این روش از حقوق امریکا معیار شخصی است و مبالغی که به وارثان کودک پرداخت می‌شود با مبالغی که برای مثال به بزرگسال پرداخته می‌شود متفاوت است. البته این امر به دلیل باقی بودن رویکرد فردگرایی در حقوق این کشور است.

با این توضیحات دانسته شد که معیار اصلی رجوع به مردم است و تحلیل‌های مبتنی بر «هزینه منفعت»[2] است که تلاش بر آن است که با ارزیابی اوضاع و احوال، دقیق‌ترین مبلغ به شخص پرداخت شود.

اما این تجزیه تحلیل اطلاعات در نظام حقوقی امریکا لزوما توسط یک مؤسسه انجام نمی‌شود. در نظام حقوقی این کشور نهادهایی وجود دارند که به این امر مبادرت نموده و پس از تعیین مبلغ، آن را در تمام مواردی که مسئله تحت شمول نظارت این نهادها شود به‌طور یکسان اعمال خواهند نمود. با این حال لزومی ندارد که این مؤسسات قانون‌گذار ارقام اعلامیشان مشابه هم باشد. اما آن‌چه اهمیت دارد آن است که در بار که این ارقام اعلام می‌شود برای نهادهای مرتبط با خودشان مبلغ یکسانی مورد حکم واقع خواهد شد.

1. Executive Order
2. Cost-Benefit

از جمله این نهادهای قانون‌گذار می‌توان به دو نهاد (FDA)[1]سازمان غذا و داروی ایالات متحده آمریکا و (EPA)[2]سازمان حفاظت از محیط زیست آمریکا اشاره کرد. که در سال ۲۰۱۰ میزان مبلغی که برای خطایی که منجر به مرگ شخصی شده است نه ممیز یک میلیون دلار پیش‌بینی کرده است در حالی که در همان سال سازمان غذا و دارو هفت ممیز نه میلیون دلار در نظر گرفته‌اند. اما سؤالی که می‌توان مطرح نمود این است که دلیل این اختلاف در چیست؟چگونه ممکن است دو نهاد در باره مرگ یک شخص چنین اختلافی را مطرح نمایند. تنها دلیلی که می‌توان ارائه نمود ان است که این مبالغ بر اساس معیارهای متفاوتی بدست آمده‌اند. اگر معیارهایی که هر کدام از دو سازمان در نظر گرفته‌اند متفاوت باشد طبیعی است که میزان مبلغ تعیین شده نیز متفاوت خواهد بود.

به این ترتیب معلوم می‌شود آنچه در این جریان اساسی است آن است که ارتباط میان داده‌های آماری و نرخ تعیین شده برای این دسته از خطاهای مدنی انکار ناپذیر است. این در حالی است که در قوانین اسلامی شارع تعیین‌کننده است و تنها امری که قابل تغییر است آن است که نرخ معادل آن با توجه به تورم انجام شده در طول زمان قابل معادل‌سازی است. زمانی که این نهادها در پی آن هستند که برای اعضای بدن و جان انسان ارزش‌گذاری کنند معیارهایی را مد نظر دارند این نوع ارزش‌گذاری‌ها عموماً در محیط‌هایی مانند محیط ورزشی و کارگاه‌های صنعتی انجام می‌شود. به این دلیل که این‌گونه جاها ریسک‌پذیر است.

نحوه محاسبه این‌گونه است که در فعالیت‌هایی که در آن خطر مرگ وجود دارد از جمله کارگاه‌های صنعتی از افراد پرسیده می‌شود که در ازای چه مبلغی حاضر هستند که در آن شغل حاضر شوند و به انجام ان مبادرت ورزند؟

هر مبلغی که اعلام شود با عددی ضرب خواهد شد. به این ترتیب که برای مثال فرض کنیم در ورزشی مانند فوتبال، میزان مرگ یک ورزشکار نسبت به کل ورزشکاران یک ده هزارم یا صد هزارم است. یعنی از هر صدهزار نفر که فوتبال بازی کنند یکی در اثر این حادثه فوت می‌کند. حال با در نظر گرفتن این اطلاعات، اگر اشخاصی حاضر باشند که در ازای دریافت مبلغی، این خطر را نادیده گیرند. برای مثال ۱۰۰۰ دلار بگیرند تا ورزشی که در آن احتمال مرگ یک ده هزارم است را انجام دهند مبلغی که برای آن شغل در نظر گرفته می‌شود عبارت است از؛ ده میلیون دلار. یعنی اگر ورشکار مزبور در حادثه ناشی از آن ورزش فوت شود پولی که باید بابت فوت وی پرداخت شود ده میلیون دلار خواهد بود.[3]

1. Food and Drug Administration
2. Environmental Protection Agency
3. Viscusi, W. Kip, "the Value of Life: Estimates with Risks by Occupation and In-dustry", 42 Ec. Inquiry (2004),p29

در این فرض ۰۰۰۰۱٪ میزان احتمال مرگ است که VSL یا همان خطر آماری است و ۱۰۰۰ دلار همان میزان مبلغی است که شخص حاضر است دریافت کند تا در این فعالیت شرکت کند که WTP یا تمایل شخص به شرکت در حادثه نام دارد. از ضرب WTP در تعداد افرادی که نهایتاً یکی از آن‌ها فوت خواهد شد عددی به دست خواهد آمد که نرخ فوت شخص را معین می‌کند.

اگر شرکتی به تولید محصولاتی بپردازد که VSL آن، یک ۶۰۰۰۰ رم باشد. واز هرشصت هزار نفری که از وسیله مذکور استفاده می‌نمایند یک نفر دچار فوت می‌شود و WTP را نیز ۱۰۰۰ دلار درنظر گیرند با توجه به فرمول ارائه شده ۶۰ میلیون دلار باید به عنوان رقم نهایی اعلام شود. ملاحظه می‌شود که VSLبیشتر باشد، یعنی میزان خطر کمتر شود باتوجه به بالاتر رفتن میزان رقم در این بخش احتمال بدست آمدن رقم بزرگتر بیشتر می‌شود. البته میان خطر آماری و تمایل شخص به شرکت در ورزش یا کار مورد پرسشجو باید رابطه معکوس وجود داشته باشد که هرچه خطر آماری کمتر باشد، میزان رغبت به شرکت در فعالیت مزبور بیشتر و میزان مبلغ درخواستی کمتر خواهد بود. اختلاف میزان ارقام در مجموع زیاد نیست. و نهادهای متفاوت در نهایت ارقامی نزدیک به هم را ارائه می‌نمایند اما گاه این تفاوت‌ها محسوس است و یک نهاد ممکن است در مقایسه با نهادی دیگر مبلغ نهایی را چندین برابر اعلام کند برای مثال در سال ۲۰۰۲ این مبالغ از سوی برخی نهاد به یک میلیون دلار نرسیده در حالی که برخی دیگر فراتر ۱۶ میلیون دلار را حاصل ارزیابی خود دانسته بودند.

همان‌طور که گفته شد معیار اصلی برای این ارزیابی‌ها میزان تمایل مردم است. از آنجا که افراد با موقعیت‌های متفاوت به‌طور مشابه عمل نمی‌کنند این امر را باید در نظر داشت که رقم نهایی با توجه به این رغبت متفاوت خواهد شد. برای مثال اگر حمله قلبی را بخواهیم با تصادفات رانندگی مقایسه کنیم، و هر دو را به یک میزان واجد خطر مرگ تصور نماییم، میزان تمایل افراد در این دو دوسته متفاوت خواهد بود، و مردم برای عامل تصادفات رانندگی مبلغ بالاتری را قابل پرداخت می‌دانند. دلیل آن هرچه باشد ـ که به نظر می‌رسد فاجعه‌آمیز بودن حادثه و ترس مردم از ان نوع مرگ طبیعتاً در صدر علل خواهد بود ـ در نرخ نهایی این مبالغ تأثیر مستقیم دارد و باعث بالافتن این رقم خواهد شد.

الف) خسارات قابل پرداخت به بستگان

در حقوق انگلستان این مسئله را مورد بررسی قرار دادیم و گفتیم که دادگاه‌ها مبالغی را به صورت مجموع و یک دفعه برای بستگان در نظر می‌گیرند. در نظام حقوقی آمریکا نیز این مسئله را بررسی خواهیم نمود. خاطرنشان می‌شود که همانند حقوق انگلیس که در اثر فوت قربانی ممکن است دو نوع خسارت وارد شود در اینجانیز همین دو مسئله قابل بحث است. خسارات ناشی از داغدار شدن بستگان متوفی، و نیز خسارات ناشی از دست دادن نان‌آور خانواده.

ب) خسارت ناشی از دست دادن نان‌آور و حامی

این مورد نیز جزو هزینه‌های قابل محاسبه در خسارات بدنی است. به‌طور معمول این خسارت توسط کسانی مطالبه می‌شود که تحت سرپرستی متوفی بوده یا برای متوفی وظیفه‌ای وجود داشته است که هزینه‌هایی را به این اشخاص پرداخت نماید. با فوت شخص کسانی که منبع درآمد خود را از دست داده‌اند با اقامه دعوا سعی می‌کنند که برای منبع از دست رفته خود خسارتی را مطالبه نمایند.

روش محاسبه در این قسمت جالب توجه است. اگر نان‌آور خانواده‌ای در اثر خطای مدنی فوت شود وی سالانه درآمدی داشته است. این درآمد برای هزینه‌های خود او کسانی که تحت حمایت وی هستند پرداخت می‌شود. یکی از خاصیت‌های زندگی جمعی آن است که هزینه‌ها به تعداد اعضای جمعیتی هستند سرشکن می‌شود. پس اگر شخصی برای مثال سالی ۵۰۰۰۰ هزار دلار درآمد داشته باشد. و یک نفر تحت تکفل وی باشد. هزینه شخص در حالت تنهایی C در نظر بگیریم و هزینه در حالت اشتراکی C` در نظر بگیریم[1]. در این صورت میزان مبلغی که باید در اثر فوت نان‌آور محاسبه شود این‌گونه خواهد بود:

½(C-C`)

یک‌دوم به این دلیل است که یک شخص به همراه نان‌آور حمایت خود را از دست داده است. پس اگر هزینه زندگی این شخص در حالت معمول ۴۰۰۰۰ هزار دلار در سال باشد و در حالت اشتراکی ۳۰۰۰۰ دلار با فرمول فوق عددی که نشان داده خواهد شد این است:

½(40000-30000)=5000

عدد بدست آمده ۵۰۰۰ هزار است در حالی که شخص فوت شده ۵۰۰۰۰ هزار دلار در سال درآمد داشته است. با این اوصاف مبلغ درآمدی شخص متوفی را معیار در نظر نمی‌گیرند و به اندازه آن مبلغ حکمی صادر نمی‌شود.

اما مدت زمانی یا تعداد سال‌هایی (X) که ممکن است طول بکشد تا شخص بتواند تشکیل زندگی دهد و تحت حمایت و اشتراک با دیگری قرار گیرد نیز در فرمول مزبور جای می‌گیرد با ای اوصاف فرمول نهایی این خواهد بود.

½X(C-C`)

½*5 (40000-30000)=25000

ج) خسارات داغدار شدن

این خسارت در حقوق آمریکا مبتنی بر از دست دادن رفاه و آسایش است. همان‌گونه که در حقوق انگلیس هم بیان شد محاسبه این خسارت سخت است. از طرفی تعداد افراد زیادی به دلیل فوت

1. Holden, Karen and J. Smock, Pamela, "the Economic Cost of MaritalDis-solution: Why Do Women Bear a Disproportionate Cost?1991,p51

شخصی ممکن است از لحاظ روحی آسیب ببینند. تفاوتی که در حقوق انگلستان با حقوق امریکا در محاسبه این نوع خسارت به چشم می‌خورد این است که در این هم میزان تمایل و رغبت افراد معیار اصلی سنجش است. به عبارت دیگر این امر ملاک است که افراد در صورت دریافت چه مبلغی حاضرند با فوت بستگان خود داغدار نشوند و درد و غصه را فراموش کنند؟

البته غالب مردم چنین سؤالی را به درستی نمی‌توانند پاسخ گویند، به همین علت سعی برآن شده است که بجای تکیه بر VSL سؤال برمبنای WTP مطرح شود.یعنی از مردم پرسیده شود حاضرید چه مبلغ بپردازید تا بستگان شما در معرض خطر برای مثال یک پنجاه هزارم، یا یک صد هزارم نباشد؟ در هرحال پاسخی که بدست بیاید توسط پژوهشگران قابل اعتماد کامل نمی‌باشد. به همین دلیل تلاش شده است از روش دقیقتری در این رابطه استفاده شود.

این روش«نیابتی»[1] نامیده می‌شود. نحوه محاسبه خسارت داغداری در این شیوه جالب توجه است.

در مرحله نخست طبیعی است کسی که مدعی داغدار شدن از متوفی است از مصاحبت وی محروم شده است و بهمین دلیل می‌بایست برای وی ضرری معادل در نظر گرفته شود. این ضرر معادل برای هر سال شخص در نظر گرفته می‌شود و در مرحله بعدی در تعداد سال‌هایی که ممکن است شخص از فوت اقوام خود دردو غصه‌اش به درازا بکشد ضرب می‌شود. با این اوصاف در این روش میزان مبلغی که شخص حاضر است بپردازد تا از یک افسردگی او جلوگیری شود به عنوان معیار میزان تمایل به پرداخت در نظر گرفته می‌شود. برای مثال اگر شخصی میزان رضایت و شادمانی که از بودن در کنار یکی از بستگان خود را معادل حالتی که وی آن شخص را ندارد ولی ۵۰۰۰۰ هزار دلار سالانه دریافت می‌کند و تعداد سال‌های اندوه و داغداری وی ۳ سال بیان شود. با ضرب این دوعدد در هم ۱۵۰۰۰۰ هزار دلار به عنوان مبلغ مجموع در نظر گرفته می‌شود.[2]

بند دوم: محاسبه در نظام مسؤولیت مدنی ناشی از خطای مدنی

در کشور آمریکا با توجه به این‌که ایالات متعددی وجود دارد در هر ایالت مقررات مخصوص به آن ایالت اجرا می‌شود. به همین ترتیب ممکن است که در این باره رویه متفاوت باشد اما آن‌چه میان ایالات مشترک است این است که همه آن‌ها تلاش کرده‌اند که این‌گونه خسارات را مورد حکم قرار دهند یعنی هم خسارت ناشی از درد و غم ناشی از دست دادن بستگان، هم خسارت ناشی از دست دادن نان‌آور و سایر مواردی که در حقوق انگلیس مورد بررسی قرار گرفت.در حقوق این کشور در این رابطه نکته‌ای که حایز اهمیت است ان است که همراه با جبران خسارت جنبه پیشگرانه را به‌طور جدی در نظر دارند. به عبارت دیگر وضع هر قاعده حقوقی را در یک زمان خاص در نظر بگیریم. افراد

1. Proxy
2. Andrew E. Clarck and Andrew J. Oswald, "A Simple Statistical Method For Measuring How Life Events Affect Happiness,p60

مکلف به رعایت آن هستند سپس باوجود این قواعد چه میزان وظیفه مراقب[1] را اعمال خواهند نمود. سپس در نهایت در اثر خطای مدنی این قواعد رعیات نمی‌شوند و منجر به نقض تعهد شده و جبران خسارت حکم مسئله خواهد بود. به این ترتیب آن‌چه اهمیت دارد آن است که شهروندان بر اساس قواعد مزبور بازدارندگی مطلوبی را داشته باشند. جنبه بازدارندگی را می‌توان به افراد جامعه از طرق مختلفی تزریق نمود. و این امر بدان معنا نیست که هزینه‌ها بالا بریم بلکه تناسب میان وظیفه مراقبت و خسارات وارده باید تناسب داشته باشند. عموما افراد به نتیجه نگاه می‌کنند اگر شخصی بداند برای عدم وقوع حادثه‌ای ۱۰۰۰ دلار باید هزینه مراقبت کند اما اگر اتفاق واقع بشود ۷۰۰ دلار ضرر به بار خواهد آمد. طبیعی است معنای مسؤولیت برای وی نامفهوم است. برخلاف سیستم دیگر در حقوق آمریکا، که مبتنی بر فرمول‌های خاص بود این سیستم این‌گونه نیست و دادگاه رأی خود را نه بر اساس جداول دقیق که با توجه عدل و انصاف مبلغی را برای جبران خسارت در نظر خواهد گرفت.

نتیجه‌گیری

باتوجه با مطالعات خود دریافتیم که جبران خسارت بدنی در حقوق کشورهای آمریکا و انگلستان به شیوه‌ای متفاوت از حقوق کشور اسلامی است. این تفاوت در دو حوزه خود را نشان می‌دهد؛ از حیث موضوع و منابع تعیین خسارت. در این کشورها حکم به پرداخت خسارات غیرمادی خیلی راحت‌تر از کشور ما داده می‌شود، برای مثال حکم به جبران خسارت ناشی از داغدار شدن بستگان متوفی به کررات صادر می‌شود. هرچند در پی تأیید این رویه نیستیم لیکن مشخص است که تفاوت وجود دارد. از حیث منبع تعیین مبالغ برای جبران خسارت نیز این تفاوت بسیار بارزتر دارد. برای مثال در حقوق آمریکا برای تعیین خسارت مذکور، تمایلات مردم در نوع حوادث خطرناک، نقش بسیار پررنگی دارد این مبالغ ممکن است با توجه به تمایلات مردم بسیار متغیر باشد. در حالی که در کشورما این مسئله تابع منابع معتبر شرعی است. و این قابلیت وجود ندارد که بتوان آن‌ها را تغییر داد. البته برحسب مورد گاه پیش می‌آید که مبلغ تعیین شده کفایت نمی‌کند با توجه به عناوین دیگر سعی شده است خلاء مذکور پر شود که این حرکات در منابع قانون‌گذاری و رویه‌ای با استقامت‌های زیادی روبرو شده است.

1. Duty of care

منابع

۱. بابایی، ایرج، جبران خسارت ناشی از صدمات بدنی در حقوق مسؤولیت مدنی ایران، **مجله حقوق و سیاست**، سال ۱۲، شماره ۲۸، بهار ۱۳۸۹

۲. باریکلو، علیرضا، جبران خسارت در فقه اسلامی، **مجله مطالعات اسلامی**، شماره ۶۱

۳. خادم سربخش، مهدی، سلطانی‌نژاد هدایت‌الله، اصل قابلیت جبران کلیه خسارات، **مجله مبانی فقهی حقوق اسلامی**، سال ششم، شماره ۱۲، سال ۱۳۹۲

۴. دکتر رحیمی، حبیب‌الله، **تقریرات کلاسی درس حقوق مسؤولیت مدنی پیشرفته** دوره دکتری حقوق خصوصی دانشگاه علامه طباطبایی تهران، سال تحصیلی۹۳ـ۹۴

۵. شیخ صدوق، **من لایحضره الفقیه**، ج۴، جامعه المدرسین، ۱۴۰۴ ه.ق

۶. محقق داماد، سید مصطفی، **مباحثی از اصول فقه**، انتشارات نشر علوم اسلامی، ج ۲، سال۱۳۸۷

لاتین

7. Andrew E. Clarck and Andrew J. Oswald, "A Simple Statistical Method For Measuring How Life Events Affect Happiness", 31 Intern'l J. of Epidemiology at p. 1139 (2002), Electronic Copy also Available From Oxford International Journal of Epidemiology: http: //ije.oxfordjournals.org/content/31/6/1139.full, Last Ac-cessed: 3/July/2011
8. Harpwood, Vivienne. principles of tort law, Fourth Edition, Cardiff Law School ,londen Cavendish Publishing Fourth Edition,2000,p418
9. J. A jolowich, encyclopedia comparative law,vol xi ,tort,chapter 13C.
10. Holden, Karen and J. Smock, Pamela, "the Economic Cost of MaritalDis-solution: Why Do Women Bear a Disproportionate Cost?, "17Ann.Rev.Soc. 51 (1991), Electronic Copy also Available From: http: //www.jstor.org/pss/2083335
11. Richard Owen, LLB, LLM, Solicitor, Principal Lecturer, Associate Head (Academic Affairs), University of Glamorgan Law School, Third edition 2000,p167
12. Sd, sugarman ,a century of change in personal injury law, uc berkeley,2000,p2405
13. Viscusi, W. Kip, "the Value of Life: Estimates with Risks by Occupation and In-dustry", 42 Ec. Inquiry (2004)Electronic Copy also Available From The Harvard John M. Olin Discussion Paper Series at: http: //www.law.harvard.edu/programs/olin_center/papers/pdf/422.pdf

تأملی بر رویکرد جان راولز در خصوص مجازات[1]

دکتر مجتبی جانی‌پور عضو هیأت علمی دانشگاه و وکیل پایه یک دادگستری گیلان

درآمد

نظریه‌های متعددی راجع به مجازات مورد توجه اندیشمندان قرار گرفته است. سزاگرایان معتقدند که اعمال مجازات باید به تناسب آن‌چه که فرد مجرم استحقاق دارد صورت گیرد.مدافعان نظریه بازدارندگی بر این باور هستند که مجازات باید موجب ارعاب و بازدارندگی شود و طرفداران هدف اصلاحی تصور می‌کنند که مجازات باید موجبات اصلاح مجرم را فراهم کند.. حامیان عدالت ترمیمی اعتقاد دارند که مجازات باید با هدف جبران خسارات وارده بر قربانی صورت گیرد بدون این‌که از ابزار زندان استفاده شود.. سزادهی، بازدارندگی، اصلاح و بازسازگاری، و عدالت ترمیمی نظریه‌های عام مجازات نامیده می‌شوند. جان راولز نظریه مختلط مجازات را مطرح کرده است. او معتقد است که مجازات دارای توجیه مرکبی است که دربردارنده دو یا چند هدف کیفری است. ماهیت ترکیبی نظریه‌های مختلط مجازات موجب تمایز با نظریه‌های عام مجازات می‌باشد. در این سطور به اختصار جنبه‌ها و مسائل بالقوه در نظریه‌های مختلط مجازات از جمله نظریه سزادهی منفی مطابق رویکرد جان راولز مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۱. کلیات

جان راولز به عنوان بزرگترین فیلسوف سیاسی حداقل در یک نسل شناخته می‌شود.

نظریه عدالت ایشان در این حوزه انقلابی ایجاد کرد و بیشترین نفوذ و اثر را داشته است.[2] اندیشه نوین راولز مباحث خود را در مورد مجازات نیز توسعه داده است. او تأیید می‌کند که سزاگرایان و منتقدان آن‌ها نه تنها اختلاف نظر داشتند بلکه هر یک جنبه‌ای از جنبه‌های آن را بیان می‌کنند.[3] راولز باور داشت که در صورتی که این رویکردها در راه درست ایجاد شوند امکان دارد هر یک از آن‌ها را با هم مطرح کنیم. در حالی که مباحث و استدلال‌های او دلایل جدیدی را نقض می‌کرد، آن‌ها انتقادات زیاد و عمده‌ترین تفسیرها را دریافت کرده‌اند که از نقش مهم راولز نسبت

1. Thom Brooks . Punishment . Routledge Taylor & Francis Group . London & New York .1st published 2012 pp.89-101
2. See John Rawls, A Theory of Justice (Cambridge: Harvard University Press, 1971) and A Theory of Justice, rev. ed. (Oxford: Oxford University Press, 1999).
3. For further illustration, see George Sher, Desert (Princeton: Princeton University Press, 1987): 13.

به موضوع غفلت کرده‌اند.[۱] بنابراین در حالی که شاید طرفداران صریح کمی در مورد دیدگاه راولز وجود داشته باشد، یک موضع جدیدی مطرح شده است که منجر به دیدگاه جدیدی شده که امروزه به آن اصطلاحاً سزادهی منفی اطلاق می‌شود. بعدا دیدگاه راولز در مورد مجازات و سپس سزادهی منفی بررسی خواهد شد.

۲. جان راولز و تئوری ترکیبی

راولز موضوع مجازات را در یک مقاله قدیمی و مهم تحت عنوان «*دو مفهوم قاعده*» بیان کرده است[۲] هدف او ایجاد تفکیک بین اولا: توجیه عمل ثانیا: توجیه اقدامات خاص داخل در عمل.[۳] توجیه عمل موجب تمایز و جداسازی اقدامات داخل در عمل نمی‌شود: دو امر باید به نحو جداگانه تأمل شوند. راولز مجازات را برای به تصویر کشیدن این تمایز و تفکیک بکار می‌برد.

دو نظریه غالب مجازات در این زمان فایده‌گرایی (سودمندی)، سزاگرایی هستند. فایده‌گرایان مجازات را با رجوع به نتایج مفید آینده آن توجیه می‌کنند [۴] سزاگرایان توجیه مجازات را صرفاً با این دلیل عقیده دارند که «مجرم مستحق و سزاوار مجازات است.»[۵] به طور سنتی این باور وجود دارد که این دو نظریه با هم متعارض هستند. پس چگونه برای هر دو ممکن است که هر دو مجازات را بر حسب اثار آینده ان و استحقاق مجرمانه توجیه کنند؟ نگرانی این است که مجازات‌هایی که ممکن است نتایج مفیده در آینده را فراهم کنند لزوماً ممکن نیست مرتبط با سزاواری و استحقاق باشند.. طرح توجیهی مبتنی بر نتایج آینده از طرح توجیه‌کننده بر اساس جرایم گذشته متفاوت هستند. در نگاه اول فایده‌گرایی با سزاگرایی ناسازگار هستند.این دیدگاه از مجازات را به اختصار مورد ملاحظه قرار می‌دهیم.

راولز بیان می‌کند که آن‌ها متعارض نیستند، بلکه سؤالات مختلف را در رابطه با توجیه مجازات مورد توجه قرار می‌دهند. او می‌گوید: بحث‌های فایده‌گرایانه در ربطه با مسائل مربوط به

1. Several outstanding commentaries on Rawls's political philosophy that offer little, if any, explicit commentary on his views on punishment include leading work such as Samuel Freeman, Rawls (Abingdon: Routledge, 2007); Sebastiano Maffettone, Rawls: An Introduction (Cambridge: Polity-2010); and Paul Weithman, Why Political Liberalism? On John Rawls's Political Turn (Oxford: Oxford University Press, 2010).
2. See John Rawls, 'Two Concepts of Rules', Philosophical Review LXIV (1955); 3–32, reprinted in John Rawls, Collected Papers, ed. Samuel Freeman (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1999): 20–46. References will be to the article. My discussion will be limited to this essay because I believe it offers a major contribution to the subject and it is perhaps the only place where Rawls explicitly addresses punishment.
3. See Rawls , Two Concepts of Rules , 3.
4. See ibid .5.
5. Ibid 4

اعمال مقتضی و متناسب هستند، در حالی که استدلال‌های سزاگرایانه متناسب با اجرای قواعد خاص نسبت به موارد خاص هستند.[۱] این سؤالات متفاوت هستند. همچنین، این تفاوت‌ها ترکیب‌شان را امکان‌پذیر می‌سازد. راولز تصور می‌کند که فایده‌گرایی و سزاگرایی مسائل متفاوتی را مور توجه قرار می‌دهند و این‌که با همدیگر آن‌ها یک نظریه ترکیبی وابسته مجازات را ارائه می‌دهند. او بیان می‌کند:

یک سؤال بر نام و عنوان خاصی تأکید می‌کند: آن می‌پرسد که شخص الف مجازات می‌شود نه شخص دیگر، یا می‌پرسد که برای چه او مجازات می‌شود. سؤال بعدی این است که چرا ما دارای نهادی به نام مجازات هستیم: چرا مردم همدیگر را مجازات می‌کنند به جای این‌که همیشه همدیگر را عفو کنند و ببخشند؟[۲]

یک سؤال مطرح می‌کند که چرا این مجرم مجازات می‌شود؛ دومین سؤال راجع به این امر است که چرا هر مجرمی مجازات می‌شود. سؤال اول در مورد توزیع عمل خاص است که مورد توجه سزاگرایی قرار می‌گیرد. سؤال دوم در خصوص توجیه مجازات به عنوان رویه نهادی است که فایده‌گرایی به آن التفات دارد. نوآوری راولز مبین این استدلال است که نظریه مجازات می‌تواند یک نظریه ترکیبی باشد که ظاهراً دو نظریه عام مجازات را ترکیب می‌کند.[۳]

مجازات سؤالات جقوقی را مورد ملاحظه قرار می‌دهد و حقوق باید از دو نقطه نظر یعنی مقنن و قاضی حاصل شود. راولز بیان می‌کند که مقنن نظر به نتایج آینده و توجیه اقدام حقوقی وسیع‌تر دارد. به هر حال، قاضی نظر به گذشته دارد تا تعیین کند که آیا ما در انتخاب شخص خاص به عنوان مجرم توجیه هستیم.این دو نقطه نظر حقوقی امر مات و مبهمی را ارائه نمی‌دهند بلکه به یک طرح و پروژه مشترک اشاره دارند. راولز بیان می‌کند.

بنابراین، پاسخ به پریشانی و ابهام ناشی از دو دیدگاه مجازات کاملاً ساده است: یکی دو مقام و منصب را تفکیک می‌کند یکی قانون‌گذار و آن دیگری قاضی، و یکی جایگاه مختلف‌شان را در رابطه با نظام قواعد تفکیک می‌کند که حقوق را کامل می‌کند و سپس انواع مختلف ملاحظات ذکر می‌شود که معمولاً به مثابه دلایلی ارائه می‌شود برای آن‌چه که تحت پوشش این موقعیت‌ها انجام می‌شود می‌تواند با توجیهات مشارکتی مجازات به همدیگر برسند.[۴]

---

1. Ibid 5
2. Ibid 5-6
3. My argument is that Rawls offers a novel understanding of how to construct a mixed theory of punishment; I am not arguing that Rawls is the first to offer a mixed theory. There are earlier such accounts found in perhaps surprising places. For example, John Locke argues that punishment should be distributed only to the deserving, but may aim at the repentance of offenders or the deterrence of others. See John Locke, The Second Treatise in Two Treatises of Government, ed. Peter Laslett (Cambridge: Cambridge University Press, 1988): 272 [book II, chap. 1, sect. 8, lines 15-25).
4. Rawls , Two Concepts of Rules , 7 .

فایده‌گرایی و سزاگرایی نه تنها در یک نظریه مجازات قاطع و قابل قبولی ترکیب می‌شوند بلکه آن‌ها در نظریه حقوقی جالب توجهی نقش دارند. توجیه یک عمل به طور کلی از توجیه اقدامات داخل در یک عمل متفاوت هستند.

ما ممکن است این تفکیک را بر این اساس رد کنیم که فایده‌گرایان بیش از یک نظریه را در خصوص توجیه یک عمل ارائه می‌دهند. برای مثال، فایده‌گرایان ممکن است بیان کنند که توزیع مجازات باید با توجه به ملاحظات نتیجه گرایی مثل توسعه وسیع‌ترین خوشحالی‌ها و شادی‌ها برای تعداد گسترده‌تر تعیین شود. یا این‌که ما می‌توانیم تفکیک را بر این اساس نپذیریم که سزاگرایان بیش از یک نظریه در مورد توزیع مجازات داخل در چارچوب نهادی توجیه شده ارائه می‌دهند سزاگرایان می‌توانند بیان کنند که نهاد مجازات باید بر اساس توزیع مجازات استحقاقی توجیه شود. در حالی که راولز ممکن است یک جنبه‌ای را ارائه دهد که بر اساس آن چگونه ملاحظات فایده‌گرایی و سزاگرایی آورده شوند می‌توانند ذیل یک نظریه واحد ترکیبی مجازات با همدیگر آورده شوند، راولز به اشتباه ادعا می‌کند که نه فایده‌گرایی و نه سزاگرایی نظریه مجازات و توزیع آن به صورت جداگانه ارائه نمی‌دهد.

راولز این ایرادات را بررسی و رد می‌کند. او ادعا را نمی‌پذیرد که سزاگرایان از یک نظریه نهادی مجازات حمایت می‌کند. در عوض، راولز بیان می‌کند که سزاگرایی تنها توزیع مجازات را مورد توجه قرار می‌دهد و اهمیت مطلبی را که مجازات هرگز نباید بر بی‌گناه اعمال شود مورد تأکید قرار می‌دهد.[1] راولز آن را می‌پذیرد که نظریات اضافی فایده‌گرایی مجازات فرض می‌کنند که بی‌گناه هرگز نباید مجازات شود اما باید مورد تأیید قرار گیرد که تنها تمرکز بر نتایج فایده‌گرایان را به این اتهام آسیب‌پذیر می‌کند که نظریه آن‌ها راجع به مجازات، مجازات بی‌گناه را توجیه می‌کند.[2] هر رویکرد و دیدگاهی راجع به مجازات ظاهراً حضور دیدگاه دیگر را می‌پذیرد و هر یک به طور جداگانه ناکامل هستند. نه تنها امکان‌پذیر است که نظریات فایده‌گرایی و سزاگرایی در یک تئوری ترکیبی مجازات با هم جمع شوند، بلکه آن‌ها باید با همدیگر مورد توجه قرار گیرند ومنظور شوند.[3] فایده‌گرایی و سزاگرایی مورد قبول قرار گرفته و به هم نیاز دارند.

این تمایز بنیادی ممکن است مبتنی بر یک اشتباه باشد. اشتباهی که بیان می‌کند یک نظریه سزاگرایی یا ارعابی مجازات محال است زیرا هر یک به طور بنیادی سؤالات متفاوت لیکن سازگاری را مورد توجه قرار می‌دهند که باید با هم در یک نظریه ترکیبی واحد برای حمایت از نظریه دیگری از مجازات ارائه شوند. ما قبلاً نظریه سزادهی و ارعابی را در فصل‌های ۱ و ۲ کتاب بیان کردیم. در حالی که این تئوری‌ها دارای کاستی‌ها و نواقصی است لیکن نادرست است که

1. See Ibid . 7
2. See Ibid Rawls Two Concepts Of Rules . 7-8 . Rawls calls the punishment of innocent telishment , See ibid 11
3. Michael Sandel argues that Rawls's views on punishment may create new problems for his theory of justice. See Michael J. Sandel, Liberalism and the Limits of Justice, 2nd ed. (Cambridge: Cambridge University Press, 1998): 89–90.

نتیجه‌گیری شود که هیچیک تئوری کاملی از مجازات را ابراز نمی‌کنند. البته، این یک موضوع مجزایی است که آیا هر یک از این دو نظریه غالب‌ترین تئوری مجازات هست. اما هر دو توجیه مجازات و همچنین توزیع و اعمال آن را می‌توانند مورد توجه قرار دهند و چنین می‌کنند. بیان معکوس و وارونه آن اشتباه است.

مسئله جالب‌تر فلسفی این نیست که این دو تئوری می‌توانند هر یک نظریه‌ای از مجازات را ارائه دهند بلکه ایا آن‌ها یک نظریه ترکیبی منسجم از مجازات را به نحو تلفیقی ابراز می‌کنند. راولز بیان می‌کند که هر تئوری مجازات باید به دو سؤال در خصوص توجیه راجع به نهاد مجازات و همچنین توزیع و اعمال مجازات را مورد توجه قرار دهند. فایده‌گرایی توجیه سؤال اول و سزاگرایی توجیه سؤال دوم را مد نظر قرار می‌دهند.بنابراین هر نظریه‌ای می‌تواند این سؤالات متفاوت را ملحوظ کند و امکان دارد این دو با هم مطرح شوند. اما آیا این یک نظریه منسجمی است؟

یک مسئله اصلی در مرکز تئوری ترکیبی مجازات جان راولز وجود ارد. [1] یک تعارض حل نشده‌ای بین کاهش جرم و سزاگرایی وجود دارد که تئوری را ناهمگون و ناهماهنگ می‌سازد. توجیه فایده‌گرایی رویه مجازات این مسئله را که چرا ما باید دارای نظام کیفری و مجازات باشیم مورد توجه قرار می‌دهد. فایده‌گرایی نظر به نتایج مفید آتی دارد که از کاهش جرم نشات می‌گیرد. این نتایج مربوط به آینده در اعمال غیر فایده‌گرایانه توزیع مجازات نسبت به اشخاص مجرم ظاهر می‌شود. تعارض این است: اگر مجازات‌های افراد صرفاً بر اساس استحقاق سزادهی اعمال شود، بنابراین راولز نظامی را می‌پذیرد که که به موجب آن هر مرتکب مستحق مجازات منتهی به کاهش جرم خواهد شد. برای مثال، یک مرتکب تحت محاکمه قرار می‌گیرد و به نحو درست مقصر و مجرم شناخته می‌شود. فایده‌گرایی تنها نقش توجیه نظام حقوقی را ایفا می‌کند، ولی توجیه نمی‌کند که چگونه یک نظام حقوقی مردم را برای مجازات کردن انتخاب می‌کند و چه مجازاتی را آن‌ها دریافت می‌کنند. این سؤال از چیزی که بر آن‌ها در عمل اعمال می‌شود به سزاگرایی مربوط می‌شود. اما چه کاری فایده گرایی در واقع در حال انجام دادن است؟اگر مرتکب برای نقش داشتن در آثار مفید در آینده مجازات نشود، درنتیجه چرا درخواست این‌که نظام عدالت کیفری به مثابه یک نظام توجیه شود به‌خاطر این‌که آن دارای چنین آثاری است؟معلوم و مشخص نیست که چگونه در واقع تئوری ترکیبی مجازات راولز ترکیب می‌شود. ممکن است سزاگرایی به نحو گسترده‌ای در عمل، نه در تئوری ظاهر شود.

1. My criticism is influenced by the work of KICK LIPPA VIL 1213 vuujuvvo www Richard L. Lippke, 'Mixed Theories of Punishment and Mixed Offenders: Some Unresolved Tensions', in Southern Journal of Philosophy XLIV (2006): 273-95. See also Lloyd L. Weinrib, 'Desert, Punishment, and Criminal Responsibility', Law and Contemporary Society 49 (1986): 47–80.

یک حرکت قابل دسترس به نظریه راولز این ادعا خیلی بیش از آن چیزی است که او در مورد چگونگی ویژگی‌های فایده گرایی می‌گوید ممکن است در تئوری او نقش ایفا کند. برای مثال، راولز قائل به تفکیک بین نهاد مجازات از توزیع و اعمال مجازات است. به هر حال او بیان می‌کند که نهاد مجازات، متناسب بون مجازات را شامل می‌شود. سزاگرایی تنها اجرای این نقش را تضمین می‌کند که مجرم مجازات شود، ولی فایده گرایی تعیین این نقش را ایفا می‌کند که چه میزان مجازات را مجرم متحمل شده و دریافت نماید. بنابراین راولز ممکن است از تعارض اصلی در تئوری ترکیبی مجازات خود با تأیید صریح‌تر «سزاگرایی منفی» اجتناب کند.

۳. سزاگرایی منفی

جان راولز و هارت ممکن است در راستای تلاش جهت ارائه یک تئوری ترکیبی مجازات در قالب یک چارچوب سزاگرایی و نتیجه گرایی ناموفق بوده باشند. با وجود این، تلاش آن‌ها در پل زدن تئوری‌های مختلف مجازات بیهوده نبوده است، زیرا او و هارت موجب شده تا دیگران طرح اولیه آن‌ها را ارزشمند ساخته و بهبود نمایند.

شاید گسترده‌ترین تئوری ترکیبی مجازات مورد نظر در حال حاضر غالبا مشهور به سزاگرایی منفی باشد. سزاگرایی به مثابه دیدگاهی تعریف می‌شود که مجازات تنها نسبت به مجرم و متناسب با جرم او اعمال می‌شود. بنابراین، ابن دیدگاه مجازات سزاگرایی به عنوان یک دیدگاه استاندارد مورد شناسایی قرار می‌گیرد زیرا آن رویکرد سنتی از سزاگرایی است. دیدگاه استاندارد از سزاگرایی به عنوان سزاگرایی مثبت نیز فهمیده می‌شود.. این دیدگاه مثبت نامیده می‌شود چون این نظریه به نحو مثبت رابطه استحقاق را هم با اعمال مجازات و هم با شدت آن مرتبط می‌سازد. سزاگریان مثبت مجازات را تنها برای مجرمین و متناسب با جرم او توجیه می‌کنند.

سزاگرایان منفی در مورد یک دیدگاه از مجازات استدلال می‌کنند در عین حالی که مجازات نقش مهمی را ایفا می‌کند لیکن این نقش دارای اهمیت کمتری است. آن‌ها بیان می‌کنند که ما باید مجازات را نسبت به کسی که استحقاق دارد تحمیل کنیم اما شدت مجازات با ملاحظات نتیجه گرایانه مرتبط خواهد بود. این دیدگاه جالب است زیرا آ ن ظاهرا مانع از تحقق مشکلات خاص خواهد شد. یکی از مشکلاتی که از آن اجتناب می‌شود مسئله مجازات بی‌گناه است. سزاگرایان منفی بیان می‌کنند ما تنها کسانی که استحقاق دارند را مجازات می‌کنیم. این نظریه ترکیبی هرگز نمی‌تواند مجازات شخص بی‌گناه را توجیه کند. مشکل دوم وقتی است که حکم ما برای مجازات کردن یا مجازات نکردن ممکن است به نتایج فایده‌گرایانه محول شود: ما ممکن است نظریه مجازاتی را خواستار باشیم که پاسخ متقاعدکننده‌ای به نتایج ممکن مبتنی بر فایده در آینده باشد. اگر مجازات تنها بر مجرم تحمیل شود ولی تصمیم به مجازات و حکم به چگونگی و میزان آن بر اساس دیدگاه مربوط به نتایج آن تعیین شود، بنابراین چنین نظریه ترکیبی می‌تواند قاطعیت و قانع کنندگی را اثبات کند.

این امر تمایز خاصی را بین سزاگرایی مثبت و منفی تأکید می‌کند. استحقاق امری ضروری و کافی برای سزاگرایی مثبت است. استحقاق ضروری است زیرا سزاگرایی مثبت تنها مجرم را مجازات می‌کند و هرگز بی‌گناهان را مجازات نمی‌کند..استحقاق کافی است زیرا سزاگرایان مثبت فقط با نظر به استحقاق مرتکب او را مجازات می‌کنند و ملاحظات دیگر مهم نیستند.. ما شخص مستحق را مجازات می‌کنیم زیرا آن‌ها دارای استحقاق هستند؛ ما افراد مستحق را مجازات می‌کنیم به میزان و اندازه‌ای که آن‌ها استحقاق دارند.

استحقاق برای سزاگرایی منفی لازم است ولی کافی نیست.استحقاق در اینجا به همان دلیلی که برای سزاگرایی مثبت لازم است برای سزاگرایی منفی نیز ضروری است.مجازات تنها بر شخص دارای استحقاق اعمال می‌شود زیرا این شخص هم از نظر سزاگزایان مثبت و هم سزاگرایان منفی سزاوار است. اما استحقاق برای تعیین این‌که آیا ما باید تنها شخص مستحق را مجازات کنیم از منظر سزاگرایان منفی کافی نخواهد بود. وقتی که ما تنها شخص را به دلیل استحقاق وی مجازات می‌کنیم ما نیازی به مجازات او نداریم وقتی که ما تحت ملاحظات دیگر به جای آن رهنمون می‌شویم. برای مثال فرض کنید که سزاگرایی منفی ما تحمیل مجازات را نسبت به شخص مستحق توجیه کرد و مجازات بر اساس ارعاب عمومی توجیه شد. این درک از سزاگرایی منفی مجازات فرد بی‌گناه را توجیه نمی‌کند: همه اشخاصی که مجازات می‌شوند باید گناهکار باشند. با وجود این، این‌که شخصی مستحق مجازات است برای توجیه اعمال مجازات به او کافی نیست: ما تنها مجازات خواهیم کرد وقتی مجازات وی اهداف ارعاب عمومی را برآورده نماید.

سزاگرایی منفی یک نظریه ترکیبی مجازات است زیرا آن قادر است استحقاق سزاگرایانه را با دیگر جنبه‌های مجازات ترکیب کند. این نظریه ظاهرا قانع‌کننده است زیرا از مجازات بی‌گناه اجتناب می‌کند در عین حالی که در مورد بهره مندی از منافع در آینده نیز دارای انعطاف می‌باشد. سزاگرایی منفی می‌تواند یک نظریه ترکیبی منسجم باشد زیرا آن نه بر حسب آثار احتمالی سودمندش بلکه به خاطر عدالت ذاتی آن در پاسخ به جرم مجازات را توجیه می‌کند؛ توجیه رابطه بین مجازات فعلی و جرم گذشته را در دست دارد، نه مجازات فعلی و آثار آینده،[1] تفاوتی بین رابطه با گذشته و وابستگی با آینده وجود دارد. دلیل خوبی می‌تواند وجود داشته باشد برای تضمین این‌که همه اشخاص مسؤول برای مجازات شدن دارای ارتباط با جرم گذشته هستند، بلکه علیه شخص مستحق تصمیم گرفته می‌شود زیرا آن بر آثار مهم آینده که ما برای آن ارزش قائل هستیم ترجیح داده می‌شود. برای مثال، فرض کنید که مجازات شخص مستحق منجر به فایده اجتماعی نشود (لیکن این قابل درک باشد) و موجب ورود خسارت به اعتماد اجتماعی بین

1. Duff. Punishment, Communication, and Community, 19-20. See Mark A. Michael, 'Utilitarianism and Retributivism: What's the Difference?', American Philosophical Quarterly 29 (1992): 1.73-82. On rule consequentialism, see Brad Hooker, Ideal Code, Real World (Oxford)

شهروندان شود.این وضعیت می‌توانست با صدور عفو اجتناب شود. این عفو منکر استحقاق شخص مورد نظر نخواهد شد بلکه مانع از تحمیل مجازات خواهد شد. سزاگرایی منفی می‌تواند عفو را بر این اساس توجیه کند و بنابراینمی تواند برای توسعه نتایج درآینده مهم و موثر باشد لیکن هرگز به بهای مجازات بی‌گناه قابل توجیه نیست. سزاگرایی مثبت یا دیدگاه استاندارد از سزاگرایی قادر به توجیه عفو نخواهد بود. شخص دارای استحقاق باید مجازات شود حتی اگر این امر در زمان بی‌ثباتی سیاسی و جنگ داخلی واقع شده باشد.

یک مشکل در مورد سزاگرایی همان مشکلی است که ما در خصوص نظریه‌های ترکیبی دیگر مورد ملاحظه قرار می‌هیم: سزاگرایی منفی تفکیکی بین توجیه مجازات و توزیع آن به روشنی به تصویر می‌کشد که می‌تواند غیر قابل دفاع و غیرمنطقی باشد.شاید نتایج آن باید اهمیت داشته باشد. مسئله این است که اگر استحقاق صرف آنچنان ممکن است مهم باشد در تعیین کسی که ما بر خلاف همه ملاحظات برای مجازات کردن انتخاب می‌کنیم، پس چرا باید استحقاق به هیچ وجه نقشی را در توجیه مجازات ایفاء نکند؟ عجیب به نظر می‌رسد ادعایی که استحقاق صرفاً در یک منطقه و حوزه، نه در حوزه دیگر نقش بازی می‌کند. سزاگرایان منفی ممکن است پاسخ دهند که استحقاق نقش در توجیه مجازات ایفاء می‌کند یعنی تنها نسبت به شخص مستحقی که می‌تواند مجازات شود.شاید مجازات ناکافی باشد تا موازنه را به نفع مجازات کردن ما نسبت به شخص مستحق کج کنیم. لیکن استحقاق نقش مهمی را ایفاء می‌کند و این نقش انتخاب می‌کند همه اشخاصی را که ما ممکن است مجازات کنیم.

این پاسخ مشکل دومی را در مورد سزادهی منفی مطرح می‌کند. مجازت ممکن است متضمن ملاحظات متفاوت باشد. ما قبلاً نگرانی را ذکر کرده ایم که تفکیک‌های بیان شده ممکن است بسیار آشکار و صریح باشد. برای مثال، اگر ما تنها شخص مستحق را به میزانی که او استحقاق دارد مجازات کنیم، روشن نیست که چگونه عمل مجازات ما می‌تواند نسبت به توجیه کلی غیر سزادهی هدف مجازاتی سهیم باشد و نقش ایفاء کند.

حالا اجازه بدهید که موضوع را در پرتو سزادهی منفی ورد توجه قرار دهیم. توجیه مجازات می‌تواند از اعمال و توزیع آن متفاوت باشد. اما آن‌ها چگونه متفاوت هستند؟ بنابراین ما می‌توانیم کسی را تصور کنیم که ادعا می‌کند که مجازات باید تنها بر شخص مستحقی اعمال شود که این امر در آثار سودمند آینده نقش دارد. ذکر این‌که این درک از سزادهی منفی نشان می‌دهد که این نظریه ترکیبی از مجازات اساسا یک شکلی از قاعده فایده‌گرایی است، و شاید با همه ملاحظاتی که قاعده فایده‌گرایی آن را جذب می‌کند.[1] قاعده فایده‌گرایی مبتنی بر دیدگاه موسعی است که ما باید پیگیرخوشحالی زایدالوصف برای تعداد بیشتر در محدودیت‌ها و موانع مجموعه قواعد باشیم.ایراد

1. On rule Consequentialism , see Brad Hooker , Ideal Code , Real world (Oxford , Oxford University Press , 2000)

سنتی این است که توجیه برای قواعد محدودکننده نتایج مطلوب ممکن است متفاوت باشد از توجیه این‌که چرا ما باید این نتایج را تعقیب کنیم. در صورتی که نتایج قابل توجیه هستند، اگر این محدودیت به بهترین وجهی از تعقیب نتایج مرجح حمایت نمی‌کند پس چرا باید با قواعدی محدود شود؟ پس چرا شرایط برای مجازات کردن با نظر به ارعاب دیگرن محدود شود وقتی که شرایط نمی‌تواند نقشی در بازدارندگی اصلاحی داشته باشد.؟ یا اگر قواعد انتخاب شده برای محدود کردن دارای چنین اولویتی است، پس چرا ما باید نظر به تبعیت این قواعد تنها داشته باشیم؟

شاید یک پاسخ این باشد که بگوییم ما صرفاً انعطاف سزادهی منفی را پر جاذبه می‌یابیم.این جایزه می‌تواند با هزینه سنگینی از عدم توسعه و عدم انسجام تئوریکی واقع شود. کافی نیست که مدعی شویم مجازات سؤالات مختلفی دارد پس ما می‌توانیم به آن‌ها به شیوه‌های متفاوت پاسخ دهیم. مجازات یک عمل است و ایجاب می‌کند که یک شرح هماهنگ و منطقی ارائه شود برای این‌که چرا پرسش‌های متفاوت باید از راه‌ها و شیوه‌های خاص باید مورد توجه قرار گیرد. سزاگرایان منفی شرح و گزارش قوی‌تری به ما مدیون هستند به این‌که نه تنها چگونه ویژگی‌های مختلف با همدیگر مرتبط هستند بلکه هر یک از ویژگی‌ها چگونه به سؤالات متمایز ولی مرتبط را مورد توجه قرار می‌دهند.

به علاوه، سزاگرایان منفی باید تصدیق کنند که نظریه ترکیبی مجازات آن‌ها به طور گسترده‌ای قاعده فایده‌گرایانه است. این درک و مبنا ارائه می‌دهد چگونه ما سزاگرایی منفی را در یک پرتو نوین ملاحظه می‌کنیم و آن می‌تواند سبب شود که ما به نحو انتقادی‌تر تحقیق کنیم که رابطه بین این‌که چگونه ابزار و اهداف مجازات به طور سازوار قابل توجیه هستند. ما توضیحاتی را برای این تفاوت‌ها نمی‌خواهیم. اما اگر ابزار و اهداف مجازات به نحو موسع به عنوان قواعد محدودکننده درک شوند و به طور کلی توجیه عام مجازات غیر مرتبط باشد، پس مشکل خواهد بود تا سزاگرایی منفی را بیش از یک امر قاطع به نحو شهودی تشخیص دهیم.[1] شاید دلیل مناسب و خوبی برای اعمال مجازات به شیوه خاصی وجود داشته باشد و یک دلیل خوب مختلفی برای توجیه عمل به مجازات باشد. آن‌چه که ما نیاز داریم دلیل سومی است برای توجیه این‌که این دلایل چگونه با هم مطرح می‌شوند، در صورتی که سزادهی منفی باید به نحو نظری تئوری منسجم مجازات باشد.

1. 21 doubt these criticisms may convince all negative retributivists. This is not because I lack confidence in the strength of these arguments, but rather because a texible mixed view has something perhaps inexplicably and intuitively and . tive about it. We often want to have our cake and eat it, too. The problem is this panacea, our penal utopia. may lie out of reach. There are other ways." conceive hybrid theories of punishment that we will consider in the following chapters. I believe that the unified theory of punishment may better address intuitive compellingness of mixed theories without falling into their theoreu traps. The unified theory is considered below. I doubt these criticisms may convince all negative retributivists.

۵. برآمد

تئوری ترکیبی مجازت بر اساس بیش از یک هدف قابل توجیه هستند. این تئوری به طور مستقیم جالب است زیرا امر غالبا محکم و قاطعی در هر دیدگاه عمده‌ای از مجازات وجود دارد. برای مثال، امر قاطع در سزاگرایی متمرکز بر لزوم استحقاق است، حداقل این‌که از مسئله مجازات فرد بی‌گناه باید اجتناب شود. همین‌طور، یک امر قاطعی در باره دیدگاه‌های ارعابی یا اصلاحی وجود ارد و آن کاهش جرم است: ما ممکن است یک تئوری از مجازات را بخواهیم که در زمان مختلف احتمال وقوع جرم را کاهش دهد. مدافعان سنتی سزاگرایی، بازدارندگی، اصلاحی و عدالت ترمیمی بیان می‌کنند که نمی‌توان هر دو هدف برآورده شود و فقط یک گزینه باید ایجاد شود.

راولز تلاش اولیه را مبذول داشته است تا چگونه بتوان تئوری ترکیبی مجازات را درک کرد به نحوی که بیش از یک هدف مجازاتی را محقق سازند. به نظر او امکان دارد که استحقاق سزاگرایی و ملاحظات دیگر مجازاتی در تئوری ترکیبی مطرح شوند. چنین دیدگاهی در عین حالی که دارای جلب توجه نسبت به اهمیت استقاق است دارای انعطاف جهت پاسخگویی به حداکثر رساندن نتایج مفید در آینده دارد. مشکل این است که این تلاش‌ها موفق نیستند؛ تعهد او به جای عینی بودن، خیالی هستند. این امر بدین دلیل است که مفاهیم به نحو کافی ارتباط داخلی غامض و پیچیده شان را مورد توجه قرار نمی‌دهند.

تئوری‌های مجازات پیشنهادی راولز سزاگرایی منفی را توصیف و تحلیل می‌کند. استحقاق سزاگرایانه برای مجازات لازم و ضروری است.سزاگرایان منفی ادعا می‌کنند که استحقاق برای مجازات کافی نیست و این‌که نتایج سودمند احتمالی مهم می‌باشد. مشکل همان انسجام داخلی است. شاید ذکر آن از حیث شهودی جالب باشد که همه مجازات باید سزاوار و مستحق باشد لیکن همه آن بر شخص مستحق نباید اجرا شود و این‌که نتایج مهم هستند. اما ما باید توضیح اضافه‌ای بدهیم برای این‌که چگونه این تفاوت با رویکردهای متفاوت جدا می‌شوند به معنی این است که در یک روش منسجم تئوریکی با هم جمع و متفق شوند.

بررسی موضوع مهلت عادله در حقوق مدنی ایران

حدیث شفیعی دانشجوی دکتری حقوق خصوصی و وکیل پایه یک دادگستری
صادق ساوجی‌پور دانشجوی دکتری حقوق خصوصی ومدرس دانشگاه و وکیل دادگستری
محدثه سیفی کارشناس ارشد حقوق خصوصی و محقق و پژوهشگر

مقدمه

در مورد دیون و تعهدات اصل بر یگانگی اجرای تعهد است، بدین منظور که مدیون باید تعهد خود را در زمان مقرر (در صورت مؤجل بودن) و یا فوراً (در صورت حال بودن) به انجام رساند و نمی‌توان طلبکار یا دائن را مجبور به قبول بخشی از موضوع تعهد نمود یا تمام یا بخشی از موضوع را در زمانی غیر از موعد مقرر پرداخت که در این صورت امکان دارد پرداخت، مطلوبیت خود را برای طلبکار از دست بدهد.

با وجود چنین اصلی، گاهی انصاف و عدالت راه دیگری را مقابل قاضی قرار می‌دهد و سبب نادیده گرفتن اصل یگانگی اجرای تعهد می‌شود. در چنین مواردی حکم به اجرای فوری قرارداد، سختگیرانه و دور از انصاف جلوه می‌کند و وجدان قاضی نیز تحت تأثیر این موضوع قرار می‌گیرد. در این شرایط قانون به قاضی اجازه می‌دهد که وضعیت را مدنظر قرار داده جهت تخفیف به وی مهلت یا قرار اقساط جهت پرداخت دین اعطاء نماید. این مهلت یا قرار اقساط که در مادهٔ ۲۷۷ قانون مدنی به آن اشاره شده است، مهلت عادله قضایی نام دارد. مهلت عادله در حقوق ایران به دلیل شباهت با بحث اعسار، چندان مورد توجه قرار نگرفته و از طرفی نیز چون میزان اختیارات قاضی در این بحث مبهم است مورد توجه دادرسان نیز واقع نشده است.

واژگان کلیدی: مهلت عادله، انصاف، وضعیت مدیون، اوضاع و احوال.

بخش اول: کلیات

گفتار اول: مقدمه

تعهد در لحظه‌ی ایجاد قابل مطالبه است مگر در صورتی که تعهد مؤجل باشد که از زمان سررسید می‌توان آنرا مطالبه کرد. متعهد حق ندارد تمام یا بخشی از موضوع تعهد را در زمانی غیر از موعد مقرر پرداخت نماید و از طرفی نیز نمی‌توان دائن را به پذیرش مال دیگری به جای موضوع تعهد مجبور کرد پس اجبار دائن به پذیرش تمام یا بخشی از موضوع تعهد یا مالی دیگر بجز موضوع تعهد، خارج از اصول حقوقی است. علت آن است که اجبار طلبکار به این امر، به زیان وی بوده و تحمیل زیان به دائن، امری نادرست است، زیرا تجزیه موضوع تعهد و یا پرداخت بخشی از موضوع

تعهد در زمانی غیر از موعد مقرر، از ارزش آن می‌کاهد و حتی شاید با توجه به نوسانات بازار و نرخ تورم، مطلوبیت لازم را برای طلبکار نداشته باشد. با این همه مادهٔ ۲۷۷ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «متعهد نمی‌تواند متعهدله را مجبور به قبول قسمتی از موضوع تعهد نماید ولی حاکم می‌تواند نظر به وضعیت مدیون مهلت عادله یا قرار اقساط بدهد.» این ماده از ماده ۱۲۴۴ قانون مدنی فرانسه اقتباس شده، لکن گستره مهلت عادله‌ی قضایی درحقوق ایران مبهم مانده و رویه قضایی موجه یا غیرموجه رغبتی به آن نشان نمی‌دهد. از سوی دیگر اگر اصالت استقلال مهلت عادله در مقابل تأسیساتی مثل اعسار پذیرفته شود، به حدی تشریفات و نحوه اجرای آن گنگ و نامشخص است که کمتر قاضی حاضر به اعمال این موضوع می‌شود و تا زمانی که ابهام‌های متعدد نظری موجود در این زمینه مرتفع نگردد، در مرحله عمل نباید به اجرای موافق عدالت این ماده امیدوار بود.

این وضعیت در حالی در حقوق ایران حکمفرماست که در خصوص مهلت عادله در کشور فرانسه علاوه بر وجود مقررات پراکنده در قوانین فرعی، در قوانین اصلی مدنی و آیین دادرسی مدنی موادی به این موضوع اختصاص داده شده از جمله مواد ۱ـ۱۲۴۴، ۲ـ۱۲۴۴، ۳ـ۱۲۴۴ از قانون مدنی و مواد ۵۱۰ تا ۵۱۳ از قانون آیین دادرسی مدنی که مربوط به برخی تشریفات خاص مهلت عادله است.

گفتار دوم: مفاهیم و مبانی

مهلت عادله در حقوق ایران در برخی موارد با عنوان «اجل قضایی» و در برخی موارد «مهلت یا موعد قضایی» خوانده شده است(جعفری لنگرودی، ۱۳۵۴ ص: ۱۷۹) و در عرف منابع حقوقی عربی با نام‌های «نظره میّسره»، «مهمله وفا»، «الاجل القضایی» (موضوع ماده ۲۷۷) شناخته می‌شود که نظره میسره برگرفته از آیه شریفه۲۸۰ سوره بقره می‌باشد(محمصانی، ۱۹۸۳ ص: ۴۷۲). این تأسیس پیشینه فقهی ندارد و چه در حقوق ایران و چه در حقوق کشورهای اسلامی مثل عراق و لبنان برگرفته از ترجمه ماده ۱۲۴۴ قانون مدنی فرانسه است.

از نظر لغوی مهلت به مفهوم زمان مشخص برای انجام کاری (فرهنگ عمید، ۱۳۸۳، ص: ۸۲)، زمان، مدت، فرصت (دهخدا، ۱۳۶۲، ص: ۲۱۷)، درنگ و تأخیر (معین، ۱۳۸۴، ص: ۳۱۹۳) می‌باشد، اما اصطلاح مهلت عادله به مفهوم موعدی است که قاضی به منظور رعایت حال مدیون و کاستن از فشار مالی بر او یا رعایت بنای تراضی و اوضاع و احوال به مدیون می‌دهد و به این وسیله مدیون دراین مهلت از اجبار طلبکار و تعقیب اقدامات قضایی و اعمال اجرایی مصون است. بنابراین هدف از اعطای چنین مهلتی به مدیون رعایت حال مدیون و تخفیف به اوست (السنهوری، ۱۹۸۵، ص: ۹۵). از طرفی همین مفهوم در حقوق فرانسه در ماده ۱۲۴۴ مدنظر قرار گرفته به عبارت بهتر در حقوق فرانسه مهلت عادله به مفهوم موکول کردن سررسید قروض یا قسطبندی کردن سررسید می‌باشد، دادگاه به تشخیص خود یا دائن می‌تواند مطابق ماده ۱ـ۱۲۴۴ قانون مدنی، با توجه به وضعیت بدهکار، فرصت پرداخت یا دستور قسطبندی قروض وی را بدهد.

درخصوص این امر که آیا محتوای ماده ۲۷۷ فی النفسه امری ممدوح است یا مذموم باید اذعان داشت یقیناً قانون‌گذار در جهت اجرای عدالت اقدام به تدوین این ماده نموده لکن چنان‌چه حدود و ثغور آن تعیین نگردد و حقوق دائن و مدیون در خصوص این ماده رون و شفاف مدون نشود نمی‌توان انتظار معجزه عدالت در اجرای این ماده داشت.

بخش دوم: مقایسه مهلت عادله با نهادهای حقوقی مشابه

گفتار اول: مقایسه مهلت عادله با اجل قانونی

مهلت قانونی مهلتی است که قانون‌گذار به بعضی از بدهکاران یا متعهدان اعطا می‌کند تا اجرای تعهد وضعیت بحرانی آنان را تشدید نکند، (مانند تمدید بازپرداخت بدهی سیل زدگان یا کشاورزان یک منطقه به بانک‌ها) در نخستین نگاه به نظر میرسد که مهلت عادله و مهلت قانونی تفاوتی با هم ندارند و ریشه و منبع در هر دو مورد قانون است، چه بسا اگر قانون چنین اجازه‌ای به قاضی ندهد، قاضی در مقام اجرا نمی‌تواند از آن استفاده کند پس تقسیم مهلت به قانونی و قضایی نادرست است(حسین آبادی، ۱۳۷۶، صص: ۲۱۴ـ۲۱۳). با این وجود به نظر می‌رسد این تقسیم صحیح است، زیرا مهلت قانونی ناشی از حکم قانون و جنبه استثنایی دارد و موقت بوده و در قانون باید به آن تصریح شود، اما مهلت عادله یا قضایی حکمی است عام و همه افراد و تعهدات را در بر می‌گیرد و قیدی در مواد ۲۷۷ ما و ۱۲۴۴ فرانسه وجود ندارد که این مهلت را محدود به موضوع خاصی کند. پس عدم تعمیم این حکم به برخی از افراد یا موضوعات احتیاج به تصریح قانون‌گذار دارد (ابراهیم سعد، ۱۹۹۸، ص: ۲۳۴). از طرف دیگر مهلت عادله جنبه شخصی دارد و با توجه به اوضاع و احوال مدیون اعطا می‌شود حال آن‌که مهلت قانونی جنبه نوعی دارد و ممکن است برای تمام بدهکاران یا گروه معینی از آنان (مثل جنگ زدگان یا پناهندگان) یا سنخ ویژه‌ای از تعهدات مثل تخلیه مسکن یا ... مقرر گردد. بنابراین مهلت عادله و قانونی هم از لحاظ منبع و هم از لحاظ آثار که در ادامه خواهد آمد با هم متفاوت هستند (ابوالمسعود، ۱۹۹۴، ص: ۳۰۶).

گفتار دوم: مقایسه مهلت عادله با اعسار

از طرفی برخی دادرسان مهلت عادله را با اعسار خلط می‌کنند بر همین مبنا بر این عقیده‌اند که رسیدگی به درخواست متعهد نیاز به دادن دادخواست دارد و مصداقی از دعوای ویژه اعسار است و باید بعد از صدورحکم به آن پرداخت. به همین جهت اجرای حکم ماده ۲۷۷ در بوته اجمال افتاده است. عسر و حرج مدیون میتواند یکی از دلایل اعطای مهلت عادله باشد اما همه‌ی آن نیست. همان‌طور که استاد مرحوم دکتر کاتوزیان معتقد اند «بی گمان اعسار مدیون یکی از مهم‌ترین ارکان وضعیت مدیون است» ولی تمام آن نیست، مهلتی که دادرس به مستأجر درمانده یا

پایبند به محل کار و سکونت خود برای تخلیه می‌دهد، یا مهلتی که دادگاه می‌تواند به متعهد بی‌آلایش قرارداد در برابر طلبکار سمج بدهد، تنها بر اعسار او تکیه ندارد و بسیاری از عوامل دیگر در آن تأثیرگذار است، پس تنها مستند قاضی در اعطای مهلت به مدیون، اعسار او نیست و او باید عواملی دیگر مثل حسن نیت مدیون، میزان و دوران رنجی که مدیون از اجرای بی‌درنگ حکم می‌برد، تلاشی که برای رهایی از آن وضع می‌کند و ده‌ها عامل دیگر را بررسی کند (کاتوزیان، ۱۳۸۲، ص: ۱۴۲). دو مفهوم «اعسار و مهلت» در عین شباهت با هم تفاوت دارند و وصف عادله بیانگر این تفاوت است، در واقع اختیار دادگاه برای تعدیل خشونت طلبکاری است که تنها به منافع خود می‌اندیشد. این مهلت عادله به نظر وسیله‌ای است برای سازگار کردن حکم عدالت و انصاف و نزدیک ساختن حقوق و اخلاق (همان، ص: ۱۴۳).

در موارد دیگری نیز مبنای اجرای قاعده انصاف، قاعده عسر و حرج بوده که به طور مثال در ماده ۹ قانون روابط موجر و مستاجر مصوب ۶۲/۲/۱۳ اعلام داشته: «مواردی که دادگاه حکم تخلیه ملک مورد اجاره را به لحاظ کمبود مسکن موجب عسر وحرج مستأجر بداند و معارض با عسر و حرج مستأجر نباشد می‌تواند مهلتی برای مستأجر قرار بدهد». همان‌طور که ملاحظه می‌شود، اختیاری که در این ماده‌ی قانونی به دادرس داده یکی از مصادیق بخش آخر ماده ۲۷۷ قانون مدنی است ولی بی‌اعتنایی رویه‌ی قضایی به مفاد واقعی آن سبب شد تا قانون‌گذار ناچار به تصریح و تأکید آن برای مستأجر درمانده شود (همان، ص: ۱۴۶). مراد از ذکر این موضوع این است که باید توجه کرد قانون‌گذار در ماده ۲۷۷ صفت عادله را به مهلت اعطایی به مدیون اضافه کرده و این صفت نشان‌دهنده این است که این تأسیس با اعسار متفاوت است، پس به سخن دیگر و به صورت مختصر می‌توان گفت، دادن مهلت عادله به مدیون وسیله‌ی سازگار کردن حکم عدالت با انصاف و نزدیک کردن حقوق و اخلاق است.

از لحاظ آیین دادرسی مدنی نیز میان این دو نهاد تفاوت وجود دارد، همان‌طور که مستحضر هستید دادخواست اعسار از محکوم به را به همراه دادخواست اصلی و یا پس از صدور حکم و یا هنگام دادرسی می‌توان تقدیم دادگاه کرد ولی درخواست مهلت عادله معمولاً به همراه دعوای اصلی، قبل و پیش از صدور حکم به دادگاه داده می‌شود و البته راجع به ارائه درخواست مهلت عادله پس از صدور حکم یا ضمن اجرای حکم، رویه‌ی قضایی حکمی ندارد. در حالی که در فرانسه به موجب فرمان ۳۱ ژوئیه ۱۹۹۲ قاضی اجرای احکام نیز می‌تواند به مدیون مهلتی بدهد و در مصر نیز در این زمینه ابهام و تردید وجود دارد. (السنهوری، ۱۹۸۵، ص: ۷۸۴)

دکتر جعفری لنگرودی نیز بر این نظر قائل هستند که چون در ماده ۲۷۷ و ۶۵۲ قانون مدنی ایران برخلاف ماده ۳۷ قانون اعسار مصوب ۱۳۱۳دادن مهلت، موقوف به ثبوت اعسار نشده و این مواد هرگز بر اثبات اعسار متعهد تکیه نکرده‌اند پس نشانی از متمایز بودن این دو تأسیس است (جعفری لنگرودی، ۱۳۵۴، ص: ۱۸۰). از طرف دیگر ایشان به این نظرند که به موجب مواد ۱۳ تا

۱۵ آیین‌نامه اجرای اسناد رسمی مصوب ۱۳۲۳، اگر متعهد تصدیق دفتر دادگاه را که حاکی از تسلیم عرض حال اعسار است نشان ندهد، می‌توان تقاضای توقیف او را داد و اگر اعسار چنین شخصی ثابت نشده باشد به موجب ماده ۳۳ همان آیین‌نامه، مدیر ثبت دین او را تقسیط می‌کند، این مهلتی که در اینجا به متعهد داده می‌شود همان مهلت عادله است و هیچ ارتباطی با اعسار نداشته و بنابر متن ماده ۲ مقوله متفاوت است (جعفری لنگرودی، ۱۳۵۲، صص: ۸۲ـ۸۱). نگاهی به آرای مراجع ثبتی نشان می‌دهد که در میان مراجع ثبتی رویه روشنی وجود ندارد، با این همه شورای عالی ثبت موضوع ماده ۳۳ را مهلت عادله دانسته است (جعفری لنگرودی ۱۳۵۸، صص: ۴۳۷ـ۴۳۶).

به‌عنوان جمع‌بندی تفاوت‌های نهادهای اعسار و مهلت عادله می‌توانیم به این موارد توجه کنیم که در قوانین کشورهای عربی که از فرانسه اقتباس شده‌اند حتی شرط اعطای مهلت عادله، عدم اثبات اعسار متعهد می‌باشد و در واقع مهلت عادله به فرد معسرداده نمی‌شود بنابراین در این کشورها هم میان دعوای اعسار و مهلت عادله تفاوت قائل شده‌اند و تنها در نوشته‌های برخی نویسنده‌ها که در صدد یکسان‌سازی قواعد حقوقی و فقهی بوده‌اند، این دو نهاد یکسان انگاشته شده‌اند (محمصانی، ۱۹۸۳، ص: ۴۷۲). از طرفی مبنا و فلسفه این دو نهاد با هم متفاوت است اما رویه‌ی قضایی میان این دو نهاد کمتر قائل به تفکیک شده و شاید بتوان دلیل امر را در این موضوع شناسایی کرد که در مقام صدور حکم در هر موردی که با اجمال قوانین روبرو باشیم، دادرس موظف است به قواعد شرعی رجوع کند و همچنین تمام تلاش سیستم قضایی ما صدور احکام مطابق با قواعد شرعی است پس در مورد تأسیسی که در شرع مقدس سابقه‌ای وجود ندارد به صورت ناخودآگاه دادرس میل به صدور حکم یا استفاده از این تأسیس ندارد و به همین دلیل است که اجرای ماده ۲۷۷ برخلاف اعسار در رویه قضایی جایگاهی ندارد.

بخش سوم: شرایط اعطای مهلت عادله

همان‌طور که می‌دانیم ماده ۲۷۷ قانون مدنی ترجمه ماده ۱۲۴۴ قانون مدنی فرانسه است، در فرانسه برخلاف ایران این ماده بارها و بارها دچار دگرگونی شده است. ماده ۱۲۴۴قانون مدنی فرانسه اعلام می‌دارد: «متعهد نمی‌تواند طلبکار را به دریافت قسمتی از ایفای یک دین مجبور کند، هرچند این دین قابل تجزیه باشد، باوجود این قضات می‌توانند با در نظر گرفتن وضعیت بدهکار و رعایت کامل همه جوانب مهلت عادله‌ای در نظر بگیرند و اجرای احکام را به تعویق اندازند.» قسمت دوم ماده در سال ۱۹۳۶ اصلاح شد و قاضی اجازه یافت شرایط اقتصادی و اوضاع و احوال عمومی جامعه را نیز در نظر بگیرد و همچنین برای این مهلت عادله، زمان یکساله تعیین شد و به قاضی این اختیار داده شد که درخواست مهلت عادله را قبل از صدور حکم یا پس از صدور آن و حتی در جریان اجرای احکام بپذیرد، این در حالی بود که مطابق متن اولیه، مدیون تنها هنگام صدور حکم می‌توانست تقاضای مهلت بکند،

همین ماده قانونی که در ۲۰ اوت ۱۹۳۶ تصویب شده بود، در سال ۱۹۸۵ مجدداً بازنگری و اصلاح شد و مهلت ۱ سال به ۲ سال افزایش داده شد و بالاخره در سال ۱۹۹۱ ماده ۱۲۴۴ نسخ و مواد ۱ـ۱۲۴۴، ۲ـ۱۲۴۴، ۳ـ۱۲۴۴ جایگزین شدند، به موجب ماده ۱ـ۱۲۴۴ اصلاحی ۱۹۹۱، قاضی با درنظر گرفتن وضعیت مدیون و با توجه به نیازهای دائن می‌تواند با محدودیت حداکثر ۲ سال به مدیون مهلتی بدهد یا دین را قسط‌بندی کند.

رویه قضایی هم با حسن نیت بودن مدیون را به شرایط بالا افزوده است (حسین آبادی، ۱۳۷۶، صص: ۲۱۰ـ۲۰۹) بنابراین شرایط اعطای مهلت عادله در قانون فرانسه عبارتند از: وضعیت مدیون، با حسن نیت بودن مدیون، نیاز بدهکار و اوضاع و احوال اقتصادی.

در قانون مدنی کشور مصر در ماده ۳۴۶ و در قانون موجبات کشور مصر بند ۳ ماده ۳۳۰، دادن مهلت عادله را منوط به وضعیت مدیون و حسن نیت او می‌کند همچنین ماده ۱۱۵ قانون موجبات و عقود لبنان هم بر حسن نیت مدیون تأکید دارد (طلبه، ۱۹۹۳، ص: ۸۴۵)، اما قانون مدنی عراق در ماده ۳۹۴ در بخش زمان وفا، تنها به ذکر عدم وجود نص قانونی اکتفا کرده و صرفاً اعطای مهلت عادله را منوط به عدم وجود نص قانونی برخلاف اعطای مهلت عادله کرده و تقریباً مثل حقوق ایران با اجمال از کنار موضوع عبور کرده است.

در حقوق ایران طبق ماده ۲۷۷، تنها شرطی که می‌توان استنباط کرد، وضعیت مدیون است لکن با توجه به رویکردهای متفاوت قانونی می‌توان شرایط اعطای مهلت را به شرح ذیل تبیین نمود:

گفتار اول: وضعیت مدیون

قانون مدنی ایران و قانون مدنی فرانسه، نخستین و اصلی‌ترین شرط برای اعطای مهلت عادله را وضعیت مدیون برشمرده‌اند، ماده ۱ـ۱۲۴۴ قانون مدنی فرانسه اعلام می‌دارد: «با وجود این دادرس با در نظر گرفتن وضعیت متعهد و نیاز متعهدله می‌تواند قرار اقساط یا مهلت دوساله برای تأدیه مبالغ مورد تعهد صادر کند.» قانون مدنی ما که از قانون فرانسه اقتباس شده، در بخش دوم ماده ۲۷۷ اعلام می‌دارد: حاکم می‌تواند نظر به وضعیت مدیون مهلت عادله بدهد، در نقد ماده ۲۷۷ می‌توان به این موضوع اشاره کرد که واژه وضعیت مدیون بسیار کلی است و ظاهراً قانون‌گذار بر این نظر بوده که این واژه توسط دادرس شناسایی و تفسیر شود. وانگهی در عالم حقوق اکثر علما بر این نظرند که اختیار بی‌حد و اندازه برای دادرس در هر امری می‌تواند زمینه شخصی نگری، صدور آرای متفاوت و حتی فساد را در نظام حقوقی یک کشور ایجاد نماید. از طرف دیگر نیز می‌توان این‌گونه احتمال داد که شاید قانون‌گذار با باز گذاشتن دست قاضی بر تفسیر وضعیت مدیون و با اعتماد به تصمیمات وی خواسته تا دادرس بتواند آرای محاکم در این زمینه را به اصول انصاف و اخلاق نزدیک کند.

گفتار دوم: وضعیت دائن

درست است که در ماده ۲۷۷ تنها به وضعیت مدیون اشاره شده، اما با اندکی دقت در اساس و بنیاد دادرسی مدنی و سایر قوانین می‌توان به این نتیجه رسید که وضعیت دائن نیز جزئی انفکاک ناپذیر از شرایط اعطای مهلت عادله است. به طور مثال در ماده ۶۵۲ قانون مدنی بر اختیارات دادرس افزوده و به وی اختیار داده که در اعطای مهلت عادله به اوضاع و احوال توجه داشته باشد از سوی دیگر از ماده ۹ قانون روابط موجر و مستأجر ۶۲ استنباط می‌شود که در اعطای مهلت عادله به مدیون باید وضعیت دائن هم مد نظر قرار بگیرد، به طوری که اعطای مهلت به مدیون، زیانی به دائن وارد نیاورد. زیرا در این ماده اعطای مهلت به مستأجری که به لحاظ کمبود مسکن به عسر و حرج افتاده منوط به این شده است که معارض با عسر و حرج موجر نباشد. در صورت تعارض عسر و حرج مستأجر و موجر و تساقط آن دو، اصل لزوم و استواری قراردادها حاکم خواهد بود و عدالت و انصاف قبول نمی‌کند که در چنین حالتی مستأجر بر موجر درمانده مقدم شود.

همان‌طور که در مطالب بالا اشاره شد، می‌توان قاعده عسر و حرج را نیز به شرایط اعطای مهلت عادله در حقوق ایران افزود و اجرای این قاعده بدین صورت است که اعطای مهلت عادله نباید به عسروحرج دائن منجر شود. از طرفی نیز با توجه به ماده ۹ قانون روابط موجر و مستأجر سال ۶۲ چنین استنباط می‌شود که دادن مهلت عادله متوقف به این امر است که اجرای تعهد باعث عسر و حرج متعهد شود، این موضوع را می‌توان نقطه افتراق سیستم حقوقی ایران و برخی کشورهای عربی از جمله مصر و لبنان و عراق یاد کرد که در حقوق این کشورها حتی شرایط اعطای مهلت عادله را به عدم اثبات اعسار متعهد می‌دانند، در صورتی که در ماده ۹ قانون روابط موجر و مستأجر در صورتی مهلت عادله داده می‌شود که ایفای تعهد به عسر و حرج متعهد شود.

بحث مهلت عادله آن‌گونه که مطرح شد در پی اقناع وجدان قاضی است، طبق مطالعاتی که در طی انجام این تحقیق صورت گرفت، دیدیم قاضی در برخی موارد علی‌رغم عدم تمایل به صدور حکم بر علیه بدهکاری که دچار مشکل است برای پرداخت، به دلیل غیرقابل انعطاف بودن قواعد حقوقی، ناچار به صدور حکمی است که میل درونی چندانی به صدور آن ندارد. حال سؤال اینجااست، آیا همان‌گونه که در بحث اعطای مهلت عادله، قاضی باید شرایط و اوضاع احوال را مدنظر قرار داده از طرفی نیز با توجه به مقتضیات حال طلبکار، اقدام به دادن مهلتی با عنوان مهلت عادله کند، می‌توان قائل به این فرض شد که قاضی می‌تواند با توجه به همین شرایط و اوضاع و احوال، برای روی دیگر سکه امتیازی قائل شود؟ سؤال به این مفهوم است که همین امتیاز مهلت عادله را که با توجه به شرایطی که توضیح داده شد، برای مدیون می‌توان تصور کرد، آیا می‌توان امتیازی شبیه به این امتیاز (مهلت عادله) را برای دائن تصور نمود؟ یعنی آیا دائن می‌تواند با توجه به اوضاع و احوال خود و مدیون، با درنظر گرفتن شرایطی از قاضی بخواهد طی صدور حکمی،

مدیون را به پرداخت موضوع دین پیش از موعد معین محکوم کند؟ به طور مثال، فرض کنیم، فرد الف مبلغی را از فرد ب طلب دارد، سررسید طلب به طور مثال ۹۶/۱۰/۱ می‌باشد و دائن از وضعیت مالی مطلوب مدیون نیز مطلع است، آیا با توجه به توضیحات فوق می‌توان قائل به این نظر شد که دائن می‌تواند با مراجعه به دادگاه از قاضی درخواست نماید که با توجه به اوضاع و احوال (مثلاً نیاز مبرم دائن به پول) از اجل پرداخت دین چشم پوشی کند و مدیون را پیش از موعد مثلاً در تاریخ ۹۶/۹/۱ مجبور به پرداخت موضوع دین کند؟ شاید در ابتدا به نظر برسد که این درخواست خارج از موضوع قرارداد است و حتی می‌توان یک گام فراتر رفت و ادعا کرد که پذیرش چنین اقدامی از طرف دادگاه برخلاف قرارداد و در انتها برخلاف قصد طرفین است، اما اگر این‌گونه به این موضوع نگاه کنیم، می‌بینیم همین بحث مهلت عادله نیز، دقیقاً تلاقی با قصد طرفین دارد، چرا در صورتی که ما ادعا می‌کنیم دین و طلب دو روی یک سکه هستند، قائل بر این نظر باشیم که برای مدیون که یک روی مسئله است قائل به حقی با عنوان مهلت عادله باشیم، اما برای دائن که دیگر روی همان مسئله است، قائل به چنین حقی نباشیم؟ به نظر می‌رسد باتوجه به مفهوم مادهٔ ۲۷۷ و دلایل و شرایطی که قاضی باید برای صدور حکم برای دادن مهلت عادله، مدنظر قرار بدهد، می‌توان این نظر را تقویت کرد که همان شرایط و اوضاع و احوال را می‌توان برای دائن مدنظر داشت، یعنی اگر دائن دچار نوعی عسر و حرج و یا دگرگونی در بازار شود که نیاز شدید و آنی به وصول طلب خویش داشته باشد و قاضی طبق درخواست او و با توجه به شرایط مدیون حکم به پرداخت آنی در دین و در نتیجه چشم پوشی از اجل قراردادی بدهد.

از طرفی نیز می‌توان به این موضوع اشاره کرد که در حقوق ما از دیرباز نقل و انتقال طلب و دین پذیرفته شده، اگر دائن در صورت بوجود آمدن شرایطی خاص نیاز به پول داشته باشد می‌تواند همان طلبش را مورد معامله قرار دهد و یا حتی همان طلب را به طلبکار خویش منتقل کند، پس شاید از این منظر قائل شدن حق درخواست از محکمه برای اجبار مدیون به پرداخت پیش از موعد، امری بیهوده و بدون فایده عملی است، مگر این‌که قائل به تفکیک شویم درمواردی که میزان طلب طلبکار از میزان دین او بیشتر باشد، که در این صورت می‌تواند از دادگاه بخواهد بدهکار را مجبور به پرداخت مبلغی به اندازهٔ بدهی طلبکار کند تا طلبکار را از فشاری که طلبکارش بر او می‌آورد برهاند و مابقی طلب را در موعد مقرر دریافت نماید.

گفتار سوم: شرایط شکلی طرح خواسته

بنابه نظر استاد مرحوم دکترکاتوزیان، مهلت عادله، نوعی درخواست است که حتی در زمان اجرای حکم نیز می‌توان درخواست آنرا مطرح کرد، اما می‌توان از این منظر این موضوع را مورد نقد قرار داد که این بحث مهلت عادله یک استثناء است. در واقع استثنایی برقواعد حاکم بر قراردادها می‌باشد. دکتر کاتوزیان با مشخص کردن وجه افتراق بحث مهلت عادله و اعسار، وجه تمایز این دو نهاد

حقوقی را به خوبی تفکیک کرده‌اند، اما در بحث آیین دادرسی مدنی با نگاهی ویژه بـه شـباهت‌هـای این دو نهاد قائل بر این نظر شده‌اند که تنها دادن درخواست به دادگاه صادرکننده حکـم کـافی بـرای صدور حکم مهلت عادله می‌باشد. اما به نظر می‌رسد وجوه افتراق این دو نهاد حقوقی (مهلـت عادلـه و اعسار) به قدری مشخص و ممیز است که حتی می‌توان به این نظر قائل شد که برای درگیـر شـدن قاضی و محکمه با موضوع مهلت عادله، صرف درخواست کافی نیسـت، حتمـاً بایـد موضـوع طبـق دادخواست جداگانه‌ای مطرح شود مثل دعوای متقابل و باید شـرایط و اوضـاع و احـوال و همچنـین محدودهٔ رسیدگی دادگاه را روشن کند، زیرا طبق قاعده برگرفته شده از حقـوق فرانسـه کـه در آیـین دادرسی مدنی ما نیز واضح و مبرهن است، دادخواست محدودهٔ رسیدگی دادگاه را روشن می‌کنـد. از وجه دیگری اگر قائل به اشتغال دادگاه به بحث اعطای مهلت عادله به واسطهٔ یـک درخواسـت سـاده شویم، در واقع اصل اشتغال دادگاه اندکی با مناقشه روبرو می‌شود، زیرا در هر شـرایطی حتـی زمـانی که قاضی از یک رویدادی به صورت مشخص مطلع است تا دادخواست ارائه نشود قادر به رسـیدگی موضوع نمی‌باشد اما در این حالت اگر بگوییم صرفاً با یک درخواست میتواند به بحث مهمـی چـون اعطای مهلت عادله بپردازد، شرایط شکلی رسیدگی دادگاه و همین‌طور اهمیتی که برای رسـیدگی بـه حق و حقوق فرد وجود دارد زیر سؤال می‌رود. با این نگاه که چطور یک قاضی کـه مطلـع از امـری است نمی‌تواند بدون دادخواست به آن امر رسیدگی کند اما در موضـوعی بـه ایـن مهمـی کـه تمـام شرایط قرارداد را زیر و رو می‌کند می‌تواند به صرف ارائه یک درخواست ساده، شـروع بـه دادرسـی نماید؟ از جهتی دیگر نیز، با ارائه دادخواست، خواهان می‌تواند بعد از توضیح شرایط خـویش، نحـوه اجرای درخواستی که از دادگاه دارد را نیز به صورت پیشنهادی یا برای تبیـین شـرایط بـرای قاضـی، ارائه دهد به بیان دیگر خواهان دعوای اعطای مهلت عادله که همـان مـدیون مـی‌باشـد، مـی‌توانـد از دادگاه بخواهد که مثلاً نحوه پرداخت وی را اقساطی کند یا مهلتی بـه میـزان مـثلاً دو مـاه بـرای وی مدنظر قرار دهد و یا هر نوع درخواستی که دارد را در قالب دادخواسـت از دادگـاه بخواهـد تـا هـم شرایط برای قاضی مشخص شود و هم حیطه رسیدگی دادگاه و میزان توان مدیون مشخص و روشن باشد. البته از نگاهی دیگر می‌توان گفت وقتی قانون مهلت عادله را در اختیار قاضی گذاشته حتی اگر خواهان مهلت عادله، در دادخواست خویش نحوهٔ اجرای این حکم را مشخص نکرده باشـد، قاضـی با اختیار قانونی خود و با توجه به شرایط و اوضاع و احوال، مهلت عادله و یا زمان بازپرداخـت دیـن و حتی ضمانت اجرایی لازم را مشخص خواهد کرد. با توجه بـه مراتـب نگاشـته شـده و شـباهت و تفاوت‌هایی که بین دو نهاد مهلت عادلـه و اعسـار وجـود دارد احـد از نگارنـدگان عقیـده دارد نظـر مرحوم کاتوزیان که قائل بر این بودند که به صرف درخواست از دادگاه می‌توان به بحث مهلت عادله رسیدگی کرد، به انصاف و تسریع در رسیدگی نزدیکتر می‌باشد و چـون روح مـاده‌ی ۲۷۷ در صـدد کمک به مدیونی است که در شرایطی خاص، نیاز به کمکی خاص دارد، می‌تـوان رسـیدگی بـه ایـن موضوع را نیز به سهولت و با یک درخواست از دادگاه رسیدگی‌کننده انجام داد.

از نظر نگارنده دیگر این تحقیق با عنایت به این امر که مدیون بهرحال ادعایی را در دادگاه مطرح می‌کند مبنی بر این‌که قادر به پرداخت دین دفعه واحده نیست، لذا باید اولاً این ادعا را در قالب دادخواست مطرح نماید و ادعای خویش را ثابت کند و ثانیاً باید درخصوص طریقه پرداخت پیشنهادی خود و شیوه تقسیط هم پیشنهاد خویش را با توجه به شرایط مالی خود مطرح نماید. زیرا دادگاه در خصوص شرایط مالی مدیون آگاهی لازم را نداشته و نمی‌تواند به شیوه‌ای قرین عدالت اقدام به تقسیط نماید مگر آن‌که پیشاپیش مدیون در این خصوص اطلاعات لازم را طی دادخواست خویش در اختیار دادگاه داده باشد و لذا در صورت عدم رعایت این شرایط شکلی، دادگاه ملزم و حتی شاید مجاز به ورود و اخذ تصمیم در خصوص مهلت عادله نخواهد بود. به بیان دیگر مدیون درهنگام امضای قراداد، تمکن خود به ایفای تعهدات قراردادی را با امضاء خویش ذیل قرارداد نشان می‌دهد. البته چنان‌چه این تمکن در زمان امضای قرارداد نیز وجود نداشته باشد که کلاً قرارداد باطل است زیرا توافق بر امر ناممکن صورت گرفته است و حتماً باید در زمان امضاء قرارداد امکان وفای به عهد برای مدیون وجود داشته و متعاقباً پس از مضی مدت زمان معقولی از نفوذ قرارداد و با بروز موارد موثری عدم امکان ایفای تعهد واقع شده باشد و هیچ سوء نیتی نیز در ایجاد این عامل نداشته باشد. در صورت وجود هریک از شرایط زیر، تقاضای فرد رد می‌شود:

۱. در زمان امضای قرارداد امکان ایفاء تعهد وجود نداشته باشد.
۲. پس از امضاء به فاصله کمی مانع ایجاد و استمهال توسط مدیون بعمل آمده باشد.
۳. استمهال طی درخواست صورت پذیرد.
۴. درخواست مهلت عادله بدون بیان میزان تمکن مدیون و نیز پیشنهاد شیوه پرداخت صورت گیرد.

گفتار چهارم: عدم موانع قانونی و قراردادی

با مطالعه در قوانین و مقررات جاری کشور، به مواردی برخورد می‌کنیم که کاملاً واضح و آشکار اعطای مهلت عادله به مدیون را منع کرده‌اند، به طور مثال در قانون تجارت در بخش اسناد تجاری، به منع دادرس از دادن مهلت به مدیون، تصریح شده در ماده ۲۶۹ می‌خوانیم: «محاکم نمی‌توانند بدون رضایت صاحب برات برای تأدیه وجه برات مهلتی بدهند.» و رضای به دادن مهلت او را از رجوع به ظهرنویس‌های پیشین خود و برات‌دهنده که به مهلت مزبور رضایت نداده‌اند، محروم می‌کند.

این حکم در ماده ۳۰۹ به سفته نیز سرایت داده شده و این ماده صراحت دارد. در قانون روابط موجر و مستأجر نیز مهلت ارفاقی برای پرداخت اجاره‌بهای پرداخت نشده در موعد، پیش از صدور حکم تخلیه تنها یک بار قابل استفاده است، یعنی در صورت تکرار تخلف، دادگاه نمی‌تواند

مجدداً به مستأجر مهلت بدهد. (بند ۹ ماده ۱۴) (کاتوزیان، ۱۳۸۲، صص: ۱۴۳ و ۱۴۴). اما در مورد محدودیت‌های قراردادی می‌توان عنوان کرد: ماده ۲۷۷ قانون مدنی، اختیاری است که از طرف قانون‌گذار به دادرس تفویض شده که در صورت نیاز به مدیون مستحق اعطا کند، بنابراین مهلت عادله حق شخص نیست که بتوان آن را ساقط کرد، لذا طرفین نمی‌توانند با تراضی یکدیگر، حق اعطای مهلت عادله را از دادرس سلب کنند، بنابراین موانع قراردادی در صورتی به وجود می‌آیند که طبیعت آن‌ها مستعد برای دادن مهلت عادله نباشد.

تعهداتی که طبیعت آن‌ها مستعد برای دادن مهلت نیست بدین شرح است:

۱. مفاد قرارداد، خودداری از تجاوز به التزام است. به عبارتی دیگر مفاد تعهد ترک فعلی باشد و متعهد از انجام تعهد خودداری ورزد، در این فرض دادن مهلت به منزله تجویز ادامه تخلف متعهد خاطی است (همان، ص: ۱۴۴).

۲. مفاد قرارداد مقید به زمان است و مورد تعهد پس از سپری شدن زمان از بین می‌رود.مثل جایی که مورد تعهد آماده کردن تالاری جهت یک مهمانی باشد ولی وقتی زمان مهمانی فرا میرسد تالار آماده نیست، اجرای تعهد بعد از مهمانی چه سودی برای متعهدله دارد؟ بنابراین اعطای مهلت در این مورد به معنای سقوط دین است (همان).

در فرانسه در صورتی که طرفین قرارداد، شرط فاسخی گذاشته باشند که قرارداد بدون نیاز به حکم دادگاه، یا فسخ یک طرفه، یا اقاله، خود به خود و تنها با عدم ایفای تعهدات قراردادی از سوی متعهد منحل گردد، اعطای مهلت عادله برای ایفای تعهد نامعقول می‌نماید و قاضی نمی‌تواند به قراردادی که به دلیل وجود شرط فاسخ منحل شده مجدداً جان بخشد اما در همین مورد نیز یک شرط استثناء وجود دارد، آن هم در زمینه اجاره مسکن، با وجود شرط فاسخ در صورت عدم پرداخت اجاره‌بها، باز هم دادگاه می‌تواند مهلت یک ماهه به مستأجر بدهد.

گفتار پنجم: صدور قرار توسط دادگاه صالح

با عنایت به این امر که صدور قرار مهلت عادله بصورت استثنایی بر اصل در قانون ما مطرح است و خلاف قواعد حقوقی مبتنی بر قابلیت مطالبه دین حال است و نیز صراحتاً خلاف نص ماده ۲۳۰ قانون مدنی است که می‌گوید: «اگر ضمن معامله شرط شده باشد که در صورت تخلف متخلف مبلغی به عنوان خسارت تأدیه نماید، حاکم نمی‌تواند او را به بیشتر یا کمتر از آن‌چه که ملزم شده است محکوم نماید.» این ماده قانون کاملاً دست حاکم را در این امر بسته است و همچنین صدور این قرار بشدت بر حقوق و منافع دائن تأثیرگذار بوده و می‌تواند موجب ورود خسارت عدیده‌ای به نامبرده گردد، فلذا به‌نظر نگارندگان باید از ماده ۲۷۷ تفسیر مضیق نمود و بقدر متیقن قناعت نمود و کلمه «حاکم» موجود در ذیل ماده ۲۷۷ را صرفاً ناظر به قاضی دادگاه یا دادرس دانست و از

شمول آن بر نهاد داوری چشم پوشید. بدین معنا که داور نمی‌تواند تحت هیچ شرایطی بدون رضایت دائن، قرار اقساط یا مهلت عادله صادر نماید.

بخش چهارم: آثار مهلت عادله

گفتار اول: تأخیر اجرای حکم

همان‌گونه که مطرح شد اصل در تعهدات فوریت ایفای تعهد است مگر این‌که تعهد موجل باشد، استثنایی بر این اصل در ماده ۲۷۷ قانون مدنی که مقتبس از ماده ۱۲۴۴ قانون مدنی فرانسه است وارد شده که طبق این ماده دادرس می‌تواند باتوجه به اوضاع و احوال و شرایط مدیون و دائن مهلتی عادلانه به مدیون جهت ایفای تعهد بدهد. در طول این مدت اجرای حکم و سند رسمی به تأخیر می‌افتد و از این جهت با اجل قانونی شباهت دارد ولی این مهلت عادلانه وصف و ماهیت دین را تغییر نمی‌دهد و آن را به دین موجل تبدیل نمی‌کند بنابراین پیش از اعطای مهلت، مدیونیت و عدم ایفای تعهد اثرات خاص خود را دارد و می‌تواند موجبات پرداخت خسارت تأخیر تأدیه را فراهم کند (کاتوزیان، ۱۳۸۲، ص: ۱۵۰)، از این ویژگی مذکور به نتایجی دست پیدا می‌کنیم.

الف) ***موجل نشدن دین:*** طلب را بی‌درنگ می‌توان مطالبه کرد مگر این‌که قانون یا قرارداد آن را به تأخیر انداخته باشد، پس اجل را باید از قیود و تعهد به شمار آورد (همان، ص: ۱۲۲)، این در حالی است که مهلت عادله، تعهد را مقید نمی‌کند و وصفی عرضی بر تعهد نمی‌افزاید و همچنین تغییری در ماهیت آن ایجاد نمی‌کند بلکه تنها به علتی قانونی، تعهد را برای مدتی متوقف می‌کند بنابراین دادن مهلت عادلانه دین را موجل نکرده و صرفاً اجرای آن را به تأخیر می‌اندازد.

ب) ***تعلق خسارت تأخیر تأدیه:*** مطالبه پیش از اعطای مهلت، اثر قانونی خود را دارد و می‌تواند سبب تأخیر تادیه شود، برای مثال اگر شخصی برای گرفتن پولی که طلبکار است از مدیون اقامه دعوی کند و دادگاه ضمن صدور حکم، به مدیون برای پرداخت دین مهلت بدهد، این تصمیم مانع از گرفتن خسارت تأخیر تادیه نمیشود (ماده ۷۲۱ ق.آ.د.م) زیرا مهلت عادله به مدیونی داده می‌شود که باید دینی را بپردازد. در حقوق ما اعطای مهلت، گرفتن خسارت را نسبت به آینده معلق می‌سازد، چرا که پس از اعطای مهلت به مدیون، نامبرده باید از آثار تأخیر نیز مصون بماند. وانگهی خسارت تأخیر تأدیه همچون سود سرمایه از توابع دین مطالبه شده نیست، خسارتی مقطوع اما مبتنی بر تقصیر است.

گفتار دوم: سقوط مهلت عادله

این مهلت عادله که در ماده ۲۷۷ اختیار اعطای آن به دادرس محول شده، بنابر قاعده عدل و انصاف و با توجه به شرایط مدیون که در اوضاع نابسامانی قراردارد، اعطا می‌شود و از همین قید می‌توان فهمید که سقوط آن قبل از موعد مقرر امکان‌پذیر است.

الف) ***تغییر وضعیت مدیون:*** در ماده ۲۷۷ تنها شرطی که مذکور است، وضعیت مدیون است لذا دادرس بنابر قاعده انصاف برای حل مشکل مدیون به وی مهلت اعطا می‌کند، تا او بتواند در شرایط مناسب دین خود را ادا کند، بنابراین، شرط مذکور (شرایط نامناسب مدیون) باید تا پایان مهلت مربوطه برقرار باشد.

ب) ***تغییر وضعیت دائن:*** همان‌طور که برای اعطای مهلت عادله، به مدیون و وضعیت او توجه می‌شود، این امر در مورد شرایط دائن نیز صادق است، بنابراین نه تنها در زمان صدور دستور اعطای مهلت عادله بلکه تا پایان مهلت مقرر نیز برای پرداخت باید شرایط دائن و اوضاع و احوال او مد نظر باشد، معهذا اگر تغییری در شرایط دائن ایجاد شود او می‌تواند از دادگاه تقاضای لغو مهلت عادله را نماید.

گفتار سوم: سقوط اجل به عنوان ضمانت اجرا

دادگاه می‌تواند ضمن اعطای مهلت به مدیون ادامه مهلت یا زوال آن را مشروط سازد، به عنوان مثال اگر تخلفی در طول مدت مهلت از وی سر بزند باعث زائل شدن مهلت می‌گردد و اجرای حکم به حالت سابق باز می‌گردد.

بخش پنجم: قلمرو تأسیس مهلت عادله در حقوق

گفتار اول: قلمرو مهلت عادله در حقوق خارجی

پیشتر اشاره کردیم که ماده ۱۲۴۴ قانون مدنی فرانسه به بحث مهلت عادله می‌پردازد، این ماده بارها مورد بازنگری قرار گرفته و در آخرین بازنگری در سال ۱۹۹۱، قلمروی مهلت عادله گسترش یافت. امروزه مدیون، بابت هر نوع دینی که دارد می‌تواند از دادگاه تقاضای مهلت عادله کند. اعم از این‌که منشأ قراردادی داشته باشدیا منشأ غیرقراردادی (مسؤولیت مدنی) وحتی در الزام به خلع ید نیز میتواند از دادگاه درخواست مهلت عادله کند (حسین آبادی، ۱۳۷۶، ص: ۲۰۹) و از چگونگی چینش مواد ۱ـ۱۲۴۴ تا ۳ـ۱۲۴۴ قانون مدنی فرانسه، به این امر دست می‌یابیم. بدین توضیح که این مواد در فصل پنجم قانون مدنی با عنوان سقوط تعهدات آمده و نشان می‌دهد اعطای مهلت عادله در تمام دیون و تعهدات قطع نظر از منشأ آن، امکان‌پذیر است و این اجل تنها ناظر به دیون مالی نیست و حتی می‌تواند ناظر به تعهدی باشد که موضوع آن انتقال مال است یا حتی تسلیم کالا و تاجر یا غیر تاجر بودن مدیون هم در اعطای مهلت عادله بی‌تاثیر است (عابدی، ۱۳۸۳، ص: ۱۲۹). تأثیرپذیری حقوق کشورهای عربی از حقوق فرانسه سبب شده تا اندیشه‌ها و دیدگاه‌های حقوق دانان فرانسوی بر نوشته‌های نویسندگان عرب سایه انداخته است. بواقع در این موضوع حقوق دانان عرب به راهی رفته‌اند که فرانسویان پیموده‌اند، به نظر نویسندگان عرب مهلت عادله تنها به دیون پولی تعلق نمی‌گیرد و بلکه تمام انواع تعهدها را شامل می‌شود (محمصانی،

۱۹۸۳، ص: ۴۷۲). همچنین میان تعهدات دارای وثیقه و عادی نیز تفاوتی وجود ندارد (سلطان، ۱۹۸۳، ص: ۱۳۶۳) از سوی دیگر تاجر بودن یا نبودن مدیون نیز بر اعطای این مهلت تأثیری نداشته جز این‌که اعطای مهلت به تاجر در حالی که احتمال ورشکسته بودن وی می‌رود، دشوار است و ممکن است این شرایط مانع از پذیرش درخواست تاجر گردد. از طرفی در حقوق کشورهای اسکاندیناوی مثل سوئد گستره ایفای مهلت عادله به مسائل متفاوتی مرتبط است به طور مثال اگر فردی مدیون باشد و ناتوان از تأدیه دین و دائن برای ایفای حق اقامه دعوا کند، دادگاه با توجه به شرایط مدیون، از راه‌های زیر وارد عمل می‌شود:

الف) اگر فرد دارای مال غیر منقول باشد مال را توقیف کرده و دین را می‌پردازد.

ب) اگر مال غیرمنقول نداشته باشد، با توجه به شرایط کاری فردکه آیا فرد دارای شغل می‌باشد و از بیمه اداری برخوردار است یا خیر، دین وی را به صورت اقساط از حقوق وی کسر می‌کند، در اعمال همین حق نیز شرایط مدیون مدنظر قرار می‌گیرد و امکان دارد تاریخ خاصی جهت کسر از حقوق ماهیانه توسط دادگاه اعلام شود.

ج) اگر فرد دارای مال غیرمنقول وحقوق مستمری و بیمه ماهانه نباشد، دادگاه باتوجه به شرایط اجتماعی و برای احتراز از ناعدالتی و یا ایجاد مشکل مالی برای دائن، دین وی را پرداخت می‌کند و مدیون از این پس به دولت بدهکار است و دولت نیز تا زمان ایجاد شرایط مطلوب برای مدیون، اقدام به استیفای دین نمی‌کند.

گفتار دوم: قلمرو مهلت عادله در حقوق ایران

با بررسی قوانین مختلف می‌توان به این نتیجه رسید که قلمرو این تأسیس در کشور ما کاملاً منطبق بر حقوق فرانسه نیست. اولاً این ماده صراحتاً با ماه ۲۳۰ همان قانون در تضاد است و ثانیاً با عنایت به ماده ۲۶۹ قانون تجارت که می‌گوید: «محاکم نمی‌توانند بدون رضایت صاحب برات برای تأدیه وجه برات مهلتی بدهند.» در می‌یابیم که جریان این تأسیس در محدوده معاملات برواتی فاقد وجهه قانونی است و از طرف دیگر با جمع ماده ۲۶۹ با ماده ۳۰۹ قانون تجارت که می‌گوید: «تمام مقررات راجع به بروات تجاری از مبحث چهارم الی آخر فصل اول این باب در مورد فته طلب نیز لازم‌الرعایه است.» می‌توان این‌گونه استنباط کرد که اساساً در دعاوی تجاری ناشی از اسناد تجاری و یا بطورکلی در دعاوی تجاری، اعمال ماده ۲۷۷ از سوی محاکم وجهه قانونی ندارد.

همچنین مطالعه آیین‌نامه اجرای اسناد رسمی بیانگر دوگانگی شیوه نگارش این مصوبه به بحث مهلت عادله می‌باشد. در جایی اعسار مجوز تقسیط است و در جایی دیگر نزدیک بودن جلب و سلب آزادی مدیون را اماره اعسار دانسته و مجوز تقسیط بدون صدور حکم اعسار قرار داده است.

در بخش دیگر علی‌رغم آن‌که رضایت دائن را برای تقسیط دین ضروری نمی‌شمارد لکن برای وی حق اعتراض به مهلت را قائل گردیده است.

به‌نظر می‌رسد این تشتت در متن قوانین ناشی از آن است که مهلت عادله در فقه ریشه نداشته و مأخوذ از حقوق اروپاست. در فقه ما تنها در قالب عقد صلح و با توافق متعهد و متعهدله این امر امکان‌پذیر است. (موضوع ماده ۷۵۴ قانون مدنی) و این امر سبب بروز ابهام در قلمرو این تأسیس در حقوق ما گردیده است.

گفتار چهارم: شمشیر دو لبه

در این‌که آیا این ماده (۲۷۷) یک ماده قانونی ممدوح است یا مذموم، می‌توانـد از دو نظر مورد رسیدگی قرارگیرد. از یک طرف همان‌طورکه گفته شد برای اقناع وجدان قاضی و قراردادن راهی پیش روی وی که از صدور حکمی بگریزد که اقناع قلب و وجدان نمی‌کند بسیار امر مورد تأییدی است. طبق مذاکرات به عمل آمده با تعدادی از دوستان کـه همگـی ار قضـات دادگـاه‌هـای ایـران بودند، همگی بر این نظر صحه گذاشتند که در برخی موارد علی‌رغم میل باطنی به شرایط مـدارک پرونده رایی صادر کرده‌اند که اصلاً مورد پذیرش وجدان خـود آن‌هـا نبـوده اسـت، در واقـع ایـن دوستان اعتقاد داشتند در برخی موارد درست است که فرد از نظر قانون مجرم است و رأی باید در محکومیت وی صادر شود، اما از نظر انسانی و عواطف میان انسان‌ها می‌توان فرد را گرفتار شرایط پنداشت و به او کمک کرد، چه بسا بسیاری از این دسته افراد انسان‌هـای شایسـته و دارای حسـن نیت در معاملات هستند و تنها بر اثر شرایط بازار یا اتفاقی غیرمنتظره، دچار بدعهدی در پرداخـت دین خود می‌شوند که می‌توان با اندکی تلطیف قواعد حقوی و نزدیکی مواد قانونی بـا اخـلاق بـه این مهم نیز دست پیدا کرد، جالب اینجانست که تمام قضاتی که با آن‌ها صحبت شد اشاره بر ایـن امر داشتند که اگر سازوکارهای مناسب برای اجرای ماده ۲۷۷ در دسترس بود و حیطهٔ اعمـال ایـن مادهٔ قانونی و نحوه رسیدگی اجرای آن آنقدر مجمل نبود به راحتی مـی‌توانسـت بـار زیـادی را از دوش قوهٔ قضاییه برداشت و به جای درگیر شدن طرفین دعوی در یـک رونـد رسـیدگی طـولانی مدت، تنها در یک جلسه بعد از اعطای مهلت عادله، طرفین شروع به اجرای تعهدات خویش کنند، البته باتوجه به شرایط و اوضاع و احوال.

اما از منظر فرد طلبکار که به دنبال حق خویش است، اعطای مهلت عادله مـی‌توانـد بـه نـوعی بی‌عدالتی منجر شود، از منظر طلبکار قراردادی صحیح امضاء شده و حال طرف قرارداد او بـه هـر علتی توان انجام تعهدی که داشته است را ندارد، در چنین شرایطی تقاضای دائن از سیستم قضایی، الزام مدیون به وفای عهد است نه این‌که قانون یا دادگاه نیز با ارائه علتی با عنوان مهلت عادله، بـه عدم ایفای تعهد ناقض قرارداد رنگ و بوی قانونی ببخشد! برای رفـع ایـن مشـکل نیـز مـی‌تـوان چاره‌ای اندیشید. همان‌طور که در قانون تجارت آمده بعداز ورشکستگی، دیـن فـرد ورشکسـته بـا رعایت تخفیفاتی حال می‌شود، وقتی ما این مقرره را در قانون تجارت داریـم، مـی‌تـوانیم وحـدت ملاک بگیریم و برای راضی کردن طلبکار، به میزانی که شایسته است به طلب او از طـرف دادگـاه

افزوده شود. انجام این امر دارای دو نتیجه مثبت است. اول این‌که با این ترفند، دیگر طلبکار دچار حس یاس و ناامیدی در رابطه با کارکرد سیستم قضایی در راستای استیفای حق خویش نخواهد شد، زیرا علی‌رغم آن‌که دریافت طلب حال او از مدیون به زمان مشخص درآینده موکول شده و یا تقسیط گردیده است اما متناسب با این تأخیر، دادگاه می‌تواند سود او را از طلبش محاسبه کند و متعهد را به پرداخت سود نیز ملزم بنماید. ثانیاً چنان‌چه بدهکار بدون حسن نیت بخواهد اقدام به سوء استفاده از مهلت عادله کند نیز با این ترفند دیگر راضی به پرداخت پولی بیش از میزان بدهی‌اش نخواهد بود. پس در هر دو صورت، این اقدام در راستای تسریع امر رسیدگی و رسیدن حق به حق‌دار و نزدیکی قواعد سخت حقوق به اخلاق خواهد بود.

نتیجه‌گیری

به نظر می‌رسد نهاد مهلت عادله از طرف قانون‌گذار برای نزدیک کردن قواعد سخت حقوقی با قواعد انصاف و اخلاق تأسیس شده است. در جهت تأمین چنین آرمان والایی است که در اعطای مهلت عادله باید شرایط و رنج و مشقتی که مدیون برای ایفای دین خود تحمل می‌کند، مدنظر دادرس قرار بگیرد. متأسفانه بنابر مطالب پیش گفته، قانون‌گذار ایران تنها در ماده ۲۷۷ قانون مدنی راجع به این تأسیس سخن گفته و به دلایلی که اشاره شده از جمله (مبهم بودن گستره حکم و در بعضی موارد یکسان‌انگاری با نهاد اعسار) این نهاد قانونی تا اندازه‌ای محجور واقع شده و دادرسان از ورود به این مقوله و صدور حکم بر مبنای ماده ۲۷۷ دوری می‌کنند. از طرفی نیز شرایط و نحوه اعطای این مهلت در آیین دادرسی مدنی نیز مغفول مانده و حتی در صورت گرایش دادرسان به استفاده از ماده ۲۷۷ قانون مدنی به دلیل فقدان قوانین مربوطه در آیین دادرسی مدنی، این امر تا حدود زیادی با مشکل روبروست.

از طرفی می‌توان به این موضوع اشاره کرد که بین نهاد مهلت عادله و اعسار در حقوق ایران هم شباهت‌هایی وجود دارد و هم تفاوت و این موضوع باعث به وجود آمدن اشتباهاتی در شناخت ماهیت این تأسیس شده است. این در حالی است که در خصوص تأسیس مهلت عادله در کشور فرانسه که ماده ۲۷۷ قانون مدنی ما از آنجا اقتباس شده علاوه بر وجود مقررات پراکنده در قوانین فرعی، در مواد ۱ـ۱۲۴۴ تا ۳ـ۱۲۴۴ در قانون مدنی و از ماده ۵۱۰ تا ۵۱۳ در آیین دادرسی مدنی هم به تشریح شرایط و احکام این تأسیس پرداخته و خلط مبحثی راجع به اعسار و مهلت عادله وجود ندارد. با توجه به مطالب مذکور در پایان می‌توان به این نتیجه رسید که اگر مهلت عادله‌ی قضایی به جای خود و به طور صحیح و به دور از کلی نگری دادرسان و خلط مبحث با موضوع اعسار و هچنین با بررسی جمیع اوضاع و احوال از جمله شرایط مالی دائن و میزان لطمات وارده به وی در اثر اجرای مهلت عادله اجرا شود، می‌توان امید به این داشت که قواعد سخت و خشک حقوقی باقواعد انصاف و عدالت نزدیک شود و از این معبر دادرس نیز رأی مناسب با انصاف صادر کرده و به ندای وجدان خویش و همین‌طور منافع طرفین دعوی توجه کافی داشته باشد.

منابع و مأخذ

۱. جعفری لنگرودی (۱۳۵۲) «مواعد قضایی و اعسار»، مجله حقوقی دادگستری، ش ۲.
۲. جعفری لنگرودی (۱۳۵۴)، «دوره مقدماتی حقوق مدنی: حقوق تعهدات»، قم، مدرسه عالی امور قضایی و اداری
۳. جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۵۸)، «دانشنامه حقوقی»، تهران، امیرکبیر
۴. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ۱۳۵۲، مواعد قضایی و اعسار، مجله حقوق دادگستری، شماره ۲.
۵. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ۱۳۵۸، حقوق اسلام، تهران، گنج دانش.
۶. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ۱۳۶۹، دوره حقوق مدنی، حقوق تعهدات، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ج۱.
۷. حسین آبادی، امیر (۱۳۷۶)، «تعادل اقتصادی در قرارداد»، مجله تحقیقات حقوقی، شماره‌های ۲۰ـ۱۹
۸. عابدی، محمد، ۱۳۸۳، اجل در تعهدات و قراردادها، رساله دکترای حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران.
۹. علی اکبر، دهخدا، ۱۳۶۲، لغت‌نامه دهخدا، تهران، دانشگاه تهران، ج ۴۶، چاپ اول.
۱۰. عمید، حسن، ۱۳۸۳، فرهنگ فارسی عمید، تهران، انتشارات امیر کبیر.
۱۱. کاتوزیان، ناصر، ۱۳۸۲، حقوق مدنی، نظریه عمومی تعهدات، تهران، نشر میزان، چاپ دوم.
۱۲. متین، احمد، ۱۳۸۱، مجموعه رویه قضایی، قسمت حقوقی، تهران، انتشارات رهام، چاپ اول.
۱۳. محمد، آبادی، ۱۳۸۹، مهلت عادله، مجله کانون وکلای دادگستری خراسان، دوره سوم، شماره یازدهم.
۱۴. معین، محمد، ۱۳۸۴، فرهنگ فارسی، تهران، انتشارات بهزاد، ج ۴ ف چاپ اول.

ب) منابع عربی

۱۵. ابراهیم سعد، نبیل (۱۹۹۵)، «النظریه العامه للالتزام»، بیروت، دارالنهضه العربیه
۱۶. ابوالسعود، رمضان (۱۹۹۴)، «احکام الالتزام»؛ دراسه مقارنه فی القانون المصری و اللبنانی، بیروت، الدار الجامعیه.
۱۷. اسماعیل آبادی، علیرضا، ۱۳۸۵، مطالعه تطبیقی مهلت عادله، مجله اندیشه‌های حقوق، شماره ۱۱.
۱۸. السهنوری، عبدالرزاق احمد (۱۹۸۵)، «الوسیط فی شرح القانون المدنی الجدید»، بیروت، دار احیاء التراث العربی
۱۹. سلطان، انور (۱۹۳۸)، «الموجز فی النظریه العامه للالتزام»، بیروت دارالنهضه العربیه.
۲۰. طلبه، انور (۱۹۹۶)، «الوسیط فی شرح القانون المدنی»، بی‌جا، بی‌نا
۲۱. محمصانی، صبحی، ۱۹۸۳، النظریه العامه للموجبات و العقود فی الشریعه الاسلامیه، بیروت، دارالعلم للملایین.

بررسی تحلیلی ماده ۶۲ قانون احکام دائمی در قانون و رویه قضایی

مریم صفری روشن دانش‌آموخته کارشناسی ارشد حقوق خصوصی (دانشگاه گیلان) و وکیل پایه یک دادگستری

مقدمه

قانون‌گذار از دیرباز برای اسناد رسمی، اهمیتی ویژه‌ای قائل بوده است از جمله این موارد می‌توان به ماده ۴۶ و ۴۷ قانون ثبت اشاره کرد که موارد ثبت اجباری را بیان نموده و در ماده ۴۸ قانون مذکور، ضمانت اجرای آن را غیرقابل‌پذیرش بودن اسناد عادی در ادارات و محاکم بیان نمود؛ که ابهام‌آمیز بودن سیاق عبارت به‌کاررفته موجب اختلاف نظرات گسترده‌ای بین حقوقدانان و محاکم شد.در تاریخ ۱۰/ ۱۱ /۹۵ قانون احکام دائمی برنامه‌های توسعه کشور تصویب شد؛ که یکی از مواد این قانون که بحث‌های زیادی را همواره به دنبال داشت ماده ۶۲ این قانون می‌باشد. در پیش‌نویس اولیه (ماده ۵۴ الحاقی به قانون) که ماده بسیار خوبی در جهت حل تعارض اسناد رسمی با عادی بود قانون‌گذار بدین نحو مقرر کرده بود که: «کلیه معاملات راجع به اموال غیرمنقول ثبت شد همانند بیع، صلح، اجاره، رهن و نیز وعده یا تعهد به انجام این‌گونه معاملات باید به‌طور رسمی در دفاتر اسناد رسمی تنظیم شود، اسناد عادی که در خصوص معاملات راجع به اموال غیرمنقول تنظیم شوند در برابر اشخاص ثالث غیرقابل استناد بوده و قابلیت معارضه با اسناد رسمی را ندارند.» این ماده که می‌توانست در جهت جلوگیری از معاملات معارض و کاهش حجم پرونده‌های محاکم کمک شایانی نماید با ایراد از سوی شورای نگهبان مواجه شد و دستخوش تغییرات بعدی قرار گرفت و بدین شکل اصلاح شد: «کلیه معاملات راجع به اموال غیرمنقول ثبت شده مانند بیع، صلح، اجاره، رهن و نیز وعده یا تعهد به انجام این‌گونه معاملات باید به‌طور رسمی در دفاتر اسناد رسمی تنظیم شود اسناد عادی که درخصوص معاملات راجع به اموال غیرمنقول تنظیم شوند مگر اسنادی که براساس تشخیص دادگاه دارای اعتبار شرعی است در برابر اشخاص ثالث غیرقابل استناد بوده و قابلیت معارضه با اسناد رسمی را ندارند.»

با مطالعه ماده فوق شاید بتوان بدواً تلاش مصرّانه قانون‌گذار در جهت تنظیم اسناد رسمی در خصوص اموال غیرمنقول را دریافت اما دقت بیشتر ما را به نتیجه‌ای دیگر رهنمود خواهد نمود؛ که در ادامه به بررسی آن می‌پردازیم.

سؤالاتی که در این پژوهش مطرح می‌شود این است که با توجه به ماده مذکور در صورت تعارض بین سند عادی مقدم و سند رسمی مؤخر در باب معاملات اموال غیرمنقول الویت با

کدام‌یک است؟ آیا ماده ۶۲ قانون احکام دائمی برنامه‌های توسعه کشور نسبت به دعاوی سابق نیز قابل تسری است؟

در این نوشتار ابتدا به ماهیت اموال غیرمنقول و سپس اراده جدید مقنن در این باب و آثار آن در قانون و رویه قضایی را مورد بررسی قرار خواهیم داد.

۱. ماهیت معاملات اموال غیرمنقول

برای بررسی دقیق ماهیت عقود و معاملات مربوط به املاک و تشخیص رضایی یا تشریفاتی بودن این قبیل قراردادها، بدواً مختصراً به ذکر عقاید و دیدگاه‌ها حقوقدانان در باب تفسیر مواد ۴۶ تا ۴۸ قانون ثبت[1] می‌پردازیم و دلایل و مستندات طرفداران هر دیدگاه را مورد بررسی قرار می‌دهیم و سپس اراده جدید قانون‌گذار در این زمینه رابیان می‌نماییم.

۱ـ۱ انعقاد معامله عادی بدون سند رسمی مؤخر

۱ـ۱ـ۱ *دلایل نظریه بطلان*

از جمله دلایل طرفداران تشریفاتی بودن معاملات املاک و تئوری بطلان معاملات صورت گرفته با اسناد عادی می‌توان به دلایل زیر اشاره کرد:

۱. تنظیم سند رسمی از شرایط اختصاصی صحت معامله می‌باشد و همان‌طور که قانون‌گذار برای بعضی از عقود قبض را شرط صحت دانسته در مواد ۴۶ و ۴۷ قانون ثبت، سند رسمی را شرط تحقق عقد مربوط به معامله غیر منقول دانسته بنابراین این عقود تشریفانی هستند و بدون سند رسمی تحقق نمی‌یابند. (کاتوزیان، ۱۳۷۱: ۳۷۰)

۲. ماده ۴۶ و ۴۷ قانون ثبت جنبه آمره دارد و تکلیفی است و هدف آن جلوگیری از معامله معارض است و تا ثبت سند صورت نگیرد مالکیت منتقل نمی‌شود. (لطیفیان، ۱۳۷۱: ۳۲)

۳. توافق متعاملین در خصوص انتقال اموال غیر منقول نوعی عقد معلق فرض می‌شود که حصول معلق له تنظیم سند رسمی است. (شهابی اقبال، ۱۳۷۹: ۵۰)

تئوری تشریفاتی بودن معاملات راجع به املاک ثبت شده در رویه قضایی نیز دارای طرفدارانی

---

۱. ماده ۴۶ قانون ثبت: «ثبت اسناد اختیاری است مگر در موارد ذیل:
کلیه عقود و معاملات راجع به عین یا منافع املاکی که قبلاً در دفتر املاک ثبت شده است.
کلیه معاملات راجع به حقوقی که قبلاً در دفتر املاک ثبت شده است.»
ماده ۴۷ قانون ثبت: «در نقاطی که اداره ثبت اسناد و املاک و دفاتر اسناد رسمی موجود بوده و وزارت عدلیه مقتضی بداند ثبت اسناد ذیل اجباری است :
کلیه عقود و معاملات راجعه به عین یا منافع اموال غیر منقوله که در دفتر املاک ثبت نشده.
صلح‌نامه و هبه‌نامه و شرکت‌نامه.»
ماده ۴۸ قانون ثبت: «سندی که مطابق مواد فوق باید به ثبت برسد و به ثبت نریسیده، در هیچ یک از ادارات و محاکم پذیرفته نخواهد شد.»

بوده که در زیر به نمونه‌هایی از آراء و نظریات منطبق با این دیدگاه اشاره خواهیم نمود:

۱. رأی اصرای شماره ۴ هیأت عمومی شعب حقوقی دیوان‌عالی کشور مورخ ۱۳۷۴/۲/۱۹:

«نقل و انتقالات املاکی که با اسناد عادی صورت گرفته مادام که در اجرای مقررات مادتین ۴۷ و ۴۸ قانون ثبت در دفتر اسناد رسمی رسماً تنظیم نیافته و مطابق مدلول ماده ۲۲ همان قانون در دفتر املاک به ثبت نرسیده، فاقد اعتبار قانونی است». (دفتر مطالعات و تحقیقات دیوان‌عالی کشور، ۱۳۷۴: ۹۵) در رأی مزبور حتی معاملات املاک ثبت نشده نیز تشریفاتی دانسته شده و تنظیم سند رسمی به عنوان شرط صحت این قبیل قراردادها معرفی شده است، به‌گونه‌ای که برخی از معتقدین به نقش ثبوتی اسناد رسمی در بیع املاک نیز نسبت به آن انتقاد نموده و بیان داشته‌اند که: «در صدور این رأی، تفاوتی بین املاک دارای سابقه ثبتی و بدون آن قائل نشده‌اند، در حالی که املاک ثبت نشده ماده ۴۷، مشمول حکم املاک ثبت شده ماده ۲۲ نمی‌شوند». (ابهری و سرخی، ۱۳۸۷: ۲۰۲)

۲. حکم شماره ۴۰۴ شعبه هشت دیوان‌عالی کشور مورخ ۱۳۲۹/۳/۶:

مستفاد از ماده ۴۶ قانون ثبت این است که سندی که در زمینه معامله به طور غیر رسمی تنظیم شده باشد اعتبار ندارد و معامله به اطلاق خود شامل رهن هم هست خاصه که منظور از ماده مذکور این است که ملک ثبت شده بدون سند رسمی متعلق حق هیچکس غیر از مالک اول نگردد؛ بنابراین چنین سندی بعد از تحقق ثبت ملک در دفتر املاک قابل پذیرفتن نیست.

۳. نظر کمیسیون در نشست قضایی (۱) مدنی:

سؤال: با عنایت به رأی وحدت رویه ۶۷۲ مورخ ۸۳/۱۰/۱ هیأت عمومی دیوان‌عالی کشور، آیا دعوای خلع ید را می‌توان صرفاً به استناد عادی مطرح کرد؟

پاسخ: باتوجه به مقررات مواد ۴۷ و ۴۸ قانون ثبت اسناد و املاک و قانون اصلاح مواد ۱، ۲ و ۳ قانون اصلاح و حذف موادی از قانون ثبت اسناد و املاک مصوب ۱۳۵۶ هیأت عمومی دیوان‌عالی کشور، دعوای ماهیتی خلع ید از اموال غیرمنقول فرع بر مالکیت بوده و به استناد سند عادی چنین دعوایی قابلیت استماع ندارد، اقتضا دارد مدعی در اجرای مقررات مواد مرقوم قانون ثبت ابتدا پس از تحصیل سند مالکیت که بر مبنای مقررات قانونی صورت گرفته باشد یا طرح دعوای الزام به وفای به عهد و تنظیم سند رسمی پس از اخذ حکم قطعی و اجرای آن، با سند مالکیت، دعوای خلع ید مطرح نماید مگر در نقاطی که شمول اجباری شدن ثبت اسناد از طرف دادگستری جمهوری اسلامی ایران آگهی نشده و این‌که املاک سابقه ثبت نداشته باشد و یا در جریان ثبت باشد؛ که در این‌گونه موارد دادگاه از طریق رسیدگی به ادله اثبات دعوا پس از اثبات مالکیت و احراز آن حکم به خلع ید غاصب صادر نماید. (باختر، ۱۳۹۳: ۹۷)

۴. نظریه مشورتی شماره ۷/۳۹۱۴ ـ ۶۲/۸/۱۶:

سؤال: انجام معامله با سند عادی در املاکی که دارای سابقه ثبتی می‌باشد صحیح و قانونی است یا خیر و آیا دادگاه بایستی به این‌گونه اسناد ترتیب اثر بدهد یا نه؟

نظر مشورتی اداره حقوقی بدین شرح است: به موجب ماده ۴۶ قانون ثبت، ثبت کلیه عقود و معاملات راجع به عین یا منافع املاک و حقوقی که قبلاً در دفتر املاک ثبت شده است و همچنین در موارد مقیده در بند یک و دو ماده ۴۷ همان قانون با لحاظ صدر ماده اخیرالذکر اجباری می‌باشد، بنابراین سندی که مطابق مقررات فوق باید به ثبت برسد و به ثبت نرسیده است وفق ماده ۴۸ قانون ثبت که تاکنون لغو نگردیده است در دادگاه‌ها و ادارات قابل پذیرش نمی‌باشد. (شهری و حسین‌آبادی، ۱۳۵۸: ۳۸۴)

۱ـ۱ـ۲ دلایل نظریه صحت

در مقابل نظریه بطلان، عده دیگر از حقوقدانان به صحت این‌گونه از معاملات اعتقاد دارند از جمله دلایل این گروه می‌توان به این موارد اشاره کرد.

۱. اصل صحت و اصل حاکمیت اراده و اصل رضایی بودن عقود

۲. از اطلاق ماده ۱۲۹۱ قانون مدنی نیز اعتبار معامله املاک بدون تنظیم سند رسمی قابل استنباط است زیرا به موجب ماده مذکور سند عادی در دو مورد اعتبار سند رسمی را دارد و نسبت به طرفین و وراث و قائم‌مقام آن‌ها معتبر است: الف) اگر طرفی که سند بر علیه او اقامه شده است صدور آن را از منتسب‌الیه تصدیق کند. ب) اگر در محکمه ثابت شود که طرفی که آن را تکذیب یا تردید کرده، فی‌الواقع امضاء یا مهر کرده است. نتیجه این‌که مفاد مندرجات سند عادی راجع به معامله املاک اگر مورد تصدیق منتسب‌الیه قرار گیرد یا اصالت آن در محکمه ثابت شود معتبر بوده و آثار قانونی بر آن مترتب است و محکمه نمی‌تواند به عذر این‌که معامله به طور رسمی واقع نشده از ترتیب اثر دادن به آن خودداری کند.

۳. ماده ۴۸ قانون ثبت هرگز دلالت بر بطلان بیع مال غیر منقول ندارد و منحصراً سند ثبت نشده‌ای را که باید به ثبت برسد را در ادارات و محاکم غیر قابل پذیرش اعلام کرده است اما امکان اثبات معامله از طریق سایر ادله نظیر اقرار و شهادت شهود و غیره همچنان وجود دارد؛ بنابراین نسبت به موضوع بحث ما آن‌چه در این ماده مورد توجه و نظر قانون‌گذار قرار گرفته است، سند معامله است نه خود معامله و نسبت به وضعیت مسند یعنی خود معامله حکمی مقرر نگردیده است.

۴. ماده ۲۲ قانون ثبت مقرر می‌دارد «دولت فقط کسی را که ملک به اسم او ثبت شده و یا کسی که ملک مزبور به او منتقل گردیده و انتقال آن در دفتر املاک به ثبت رسیده مالک خواهد شناخت ...» نیز دلالت بر بطلان معامله‌ای که در دفتر املاک ثبت نشده است ندارد.

۵. در قانون ثبت نحوه تنظیم عبارات ماده ۷۲ و ماده ۹۳ تلویحاً حکایت از اعتبار محدود سند عادی از وقوع معامله نسبت به اموال غیرمنقول دارد. ماده ۷۲ در مورد اعتبار معاملات ثبت شده اموال غیرمنقول اعلام می‌کند: «کلیه معاملات راجع به اموال غیرمنقول که بر طبق مقررات راجع به ثبت املاک ثبت شده است نسبت به طرفین معامله و قائم‌مقام قانونی آن‌ها و اشخاص ثالث دارای اعتبار کامل و رسمی نخواهد بود.» که در آن، ضمن قید «کامل» برای اعتبار معاملات ثبت شده اموال غیرمنقول، در عین حال اعتبار معامله نسبت به اشخاص ثالث هم مورد توجه قرار گرفته، این مفهوم را که معامله ثبت نشده مال غیرمنقول، دارای اعتباری غیرکامل می‌باشد، القا می‌کند؛ زیرا در غیر این‌صورت قید (کامل) زاید خواهد بود در حالی که هرگز نمی‌توان زیاده‌گویی را به قانون‌گذار نسبت داد. همچنین در ماده ۹۳ قانون ثبت: «کلیه اسناد رسمی راجع به معاملات املاک ثبت شده مستقلاً و بدون مراجعه به محاکم لازم‌الاجراست». کلمه مستقلاً و عبارت بدون مراجعه به محاکم لازم‌الاجراست، مفهوم مخالفی را مبنی بر این‌که اسناد عادی مربوط به معاملات ثبت نشده به‌طور غیرمستقل و به کمک رأی قضایی می‌تواند لازم‌الاجرا شود به ذهن متبادر می‌سازد. (شهیدی، ۱۳۷۱: ۶۰)

۶. تحول قانونی دیگری که در راستای اعتبار بخشی به اسناد عادی مربوط به معاملات املاک، می‌توان به آن اشاره نمود، الحاق مواد ۱۴۷ و ۱۴۸ به قانون ثبت اسناد و املاک در سال ۱۳۵۱ می‌باشد که ۲ ماده مورد اشاره پس از الحاق ماده ۱۴۸ مکرر به این قانون در سال ۱۳۵۸، در سال ۱۳۶۵ مورد اصلاح قرار گرفتند.

در بند الف ماده ۱۴۷ اصلاحی قانون ثبت مقرر شد «برای تعیین وضع ثبتی ساختمان‌هایی که تا تاریخ تصویب این قانون بر روی زمین‌هایی احداث شده که به واسطه موانع قانونی صدور سند مالکیت برای آن ملک میسر نیست و همچنین تعیین وضع ثبتی اراضی کشاورزی و نسق‌های زراعی و باغات اعم از شهری و غیرشهری و اراضی خارج از محدوده شهر و حریم آن‌که مورد بهره‌برداری متصرفین است و اشخاص با سند عادی تا تاریخ تصویب این قانون خریداری کرده و به‌واسطه موانع قانونی صدور سند مالکیت برای آن ملک میسر نیست هیأت یا هیأت‌هایی مرکب از دو قاضی به تعیین شورای عالی قضایی و یک نفر از اعضای ثبت که متعهد و دارای حسن شهرت باشند به انتخاب سازمان ثبت اسناد و املاک کشور در اداره ثبت تشکیل می‌شود این هیأت به شرط توافق طرفین به موضوع رسیدگی و پس از تأیید وقوع معامله مراتب را جهت صدور سند مالکیت به اداره ثبت محل اعلام می‌نماید و اداره ثبت برای آن ملک طبق مقررات سند مالکیت صادر خواهد کرد.» در تبصره ۲ همان ماده مقرر گردیده در صورتی که متصرف نتواند سند عادی مالکیت خود را ارائه دهد، هیأت با رعایت کلیه جوانب به موضوع رسیدگی در صورتی که متصرف مدعی بلامعارض باشد و یا هیأت توافق طرفین را احراز نماید مراتب را برای صدور سند بهادار ثبت محل اعلام می‌نماید و در غیر این صورت موضوع به دادگاه ارجاع می‌شود. در تبصره ۳ نیز مقرر گردیده است

که در مواردی که متصرف با در دست داشتن سند عادی تقاضای سند رسمی داشته باشد و مالک یا مالکین به هر علت حضور نیابند این هیأت رسیدگی و پس از احراز تصرف مالکانه متقاضی مراتب را بهادار ثبت اعلام و اداره ثبت موضوع را در دو نوبت به فاصله ۱۵ روز به نحو مقتضی آگهی می‌نماید. در صورتی که ظرف دو ماه از تاریخ انتشار اولین آگهی اعتراضی از طرف مالک یا مالکین واصل شود موضوع به دادگاه صالح احاله می‌شود و در صورت عدم وصول اعتراض اداره ثبت طبق مقررات سند مالکیت صادر خواهد کرد. صدور سند مالکیت جدید مانع مراجعه متضرر به دادگاه نخواهد بود. اما این ماده و نیز ماده ۱۴۸ در سال ۱۳۷۰ به موجب قانون اصلاح مواد ۱، ۲ و ۳ قانون اصلاح و حذف موادی از قانون ثبت اسناد و املاک مصوب ۱۳۶۵/۴/۳۱ و الحاق موادّی به آن، مجدداً در معرض اصلاح قرار گرفتند و اسناد عادی تنظیمی تا تاریخ ۱۳۷۰/۱/۱ نیز به عنوان مجوز صدور سند مالکیت به نام متصرفین و خریداران پذیرفته شدند که این امر تا حدودی قابل انتقاد به نظر می‌رسد و بهتر بود مقنن، پذیرش اسناد عادی موضوع این مواد را به اسناد تنظیمی تا سال ۱۳۶۵ محدود می‌نمود تا بتواند مردم را به تدریج به سوی استفاده از اسناد رسمی سوق دهد.

۷. همچنین در ماده ماده ۱ قانون تعیین تکلیف وضعیت ثبتی اراضی و ساختمان‌های قاقد سند رسمی مصوب ۱۳۹۰/۹/۲۰ مقنن به طور تلویحی برای اسناد عادی اعتبار قائل شده است.

در ماده یک این قانون مقرر شده است: «به منظور صدور اسناد مالکیت ساختمان‌های احداث شده بر روی اراضی با سابقه ثبتی که منشأ تصرفات متصرفان، نیز قانونی است و همچنین صدور اسناد مالکیت برای اراضی کشاورزی و نسق‌های زراعی و باغاتی که شرایط فوق را دارند لکن به علت وجود حداقل یکی از موارد زیر، صدور سند مالکیت مفروزی از طریق قوانین جاری برای آن‌ها میسور نمی‌باشد، در هر حوزه ثبتی هیأت یا هیأت‌های حل اختلاف که در این قانون هیأت نامیده می‌شود با حضور یک قاضی به انتخاب رئیس قوه قضاییه، رئیس اداره ثبت یا قائم‌مقام وی، و حسب مورد رئیس اداره راه و شهرسازی یا رئیس اداره جهاد کشاورزی یا قائم‌مقام آنان تشکیل می‌گردد. هیأت مذکور با بررسی مدارک و دلایل ارائه شده و در صورت لزوم انجام تحقیقات لازم و جلب نظر کارشناس مبادرت به صدور رأی می‌کند...»

در رویه قضایی نیز شواهدی فراوانی از پذیرش نظریه مورد اشاره وجود دارد که به‌عنوان نمونه به ذکر چند مورد از آن‌ها می‌پردازیم:

۱. شعبه ۲۱ دیوان‌عالی کشور در رأی شماره ۲۱/۱۲۹۳ مورخ ۶۸/۱۱/۱۸ مقرر داشته: «... از جمله شرایط صحت بیع آن است که فروشنده مالک مبیع یا مجاز در فروش از جانب مالک باشد. با محرز بودن تقدم تاریخ قرارداد عادی ۶۹/۹/۱۸ نسبت به سند رسمی، در رابطه بین فروشنده و خریدار بیع تحقق یافته و لذا فروشنده در تاریخ سند رسمی حقاً مالک نبوده است تا مجاز در انتقال باشد.»

۲. رأی وحدت رویه شماره ۴۲ مورخ ۱۳۶۳/۱۰/۳ اجازه داده است کسانی که دارای سند عادی می‌باشند برای تأیید تاریخ تنظیم آن به محاکم مراجعه کنند و به استناد ماده ۶ قانون اراضی شهری طرح دعوی نمایند و دادگاه‌ها نیز مکلف به رسیدگی به این اسناد عادی شده‌اند.

۳. رأی وحدت رویه شماره ۶۰۳ مورخ ۱۳۷۴/۱۲/۱۵ مقرر داشته: دادگاه نمی‌تواند اسناد و مدارکی را که خواهان برای اثبات ادله به آن تمسک جسته نادیده گرفته و دعوی را رد نماید؛ که مؤید قابل پذیرش بودن معامله بدون تنظیم سند رسمی در محکمه است.
۴. هیأت عمومی شعب حقوقی دیوان‌عالی کشور در رأی اصراری شماره ۲۸/۶۳ استدلال دادگاه را مبنی بر این‌که «وقوع بیع شرعی ملاک است و تنظیم سند رسمی از لوازم صوری و تشریفاتی بیع است، نه از شرایط موجد حق» ابرام نموده است. (لطیفیان، ۱۳۷۱: ۱۴۷)

۱ـ۲. انعقاد معامله عادی با وجود سند رسمی مؤخر

۱ـ۲ـ۱. *نظریه غیرقابل استناد بودن سند عادی*

یکی از ایرادات مهمی که بعضاً نسبت به تفسیر فوق (صحیح بودن معاملات عادی) مطرح می‌گردد عدم کارایی آن در پیشگیری از معاملات معارض و حمایت از حقوق اشخاص ثالث دارای سند رسمی می‌باشد و شاید به همین دلیل است که برخی حقوقدانان در عین پذیرش صحت معامله با سند عادی، بر اساس اصل نسبی بودن عقود آن را در برابر ثالث دارای سند رسمی، قابل استناد ندانسته و معتقد به تفکیک اعتبار عقد در برابر متعاملین و اشخاص ثالث می‌باشند تا از طریق بی‌اعتبار شناختن قطعی سند عادی در برابر سند رسمی به حمایت از حقوق اشخاص ثالث بپردازند. قائلین به این دیدگاه معتقدند: اگر بپذیریم که هدف اصلی مقررات ثبتی، جلوگیری از معاملات معارض و حمایت از اشخاص ثالثی است که به اعتماد اسناد دولتی با مالک رسمی ملک معامله می‌نمایند، می‌توان ضمن اعطای نقش صرفاً شکلی به ثبت، همین اثر را نیز به عنوان یک قاعده حل تعارض دعوای میان دارنده سند عادی و دارنده سند رسمی محدو کرد و گفت: ثبت در دعوای میان طرفین قرارداد دلیل مؤثر اثباتی است اما در دعاوی میان خریدار دارای سند عادی و خریدار سند رسمی (شخص ثالث نسبت به سند عادی) دلیل قاطع و اثباتی است، بنابراین همواره باید دارنده سند رسمی را مالک ملک شناخت(امینی، ۱۳۸۸: ۲۳۲) در واقع نظریه مذکور توالی فاسد نظریه بطلان مطلق ازجمله شبهه مخالفت با شرع و مغایرت با اطلاق ادله موجود در باب بیع (تحقق عقد با ایجاب و قبول) را ندارد و از معایب و اشکالات نظریه صحت مطلق نیز که عملاً فلسفه و غرض اصلی را مخدوش می‌سازد، مبراست.

۱ـ۲ـ۲. *تحلیل نظریه غیر قابلیت استناد*

۱ـ۲ـ۲ـ۱. *تحلیل نظریه در چارچوب مصلحت شرع و قانون*

۱. وجود اجماع بر تحقق قرارداد بیع با ایجاب وقبول و عدم ذکر دخالت عنصر سوم یعنی لزوم ثبت رسمی در وقوع آن، بیشتر به دلیل فقدان سابقه مسئله مورد بحث در زمان فقها و عدم ضرورت به‌کارگیری آن به لحاظ اقتضائات زندگی اجتماعی آن زمان بوده است چه‌بسا اگر پیچیدگی‌های

موجود در روابط اجتماعی و اقتصادی جامعه کنونی که انتظام امور مربوط به املاک غیرمنقول ثبت شده را تقریباً در تمام نظام‌های حقوقی دنیا ضروری ساخته است در زمان فقهای گذشته هم بود، شاید چنین اجماعی حاصل نمی‌شد. نباید تصور کرد که چون به‌موجب آیه ۲۸۲ سوره بقره (کتابت) به نحوی در آن زمان وجود داشته و شارع نیز با وجود آگاهی از این ابزار و رواج آن فقط به ایجاب و قبول اشاره کرده، لزوم کتابت را شرط تحقق بیع یا انتقال مالکیت ندانسته است، لذا باید گفت آن‌چه شارع امضاء کرده و اثر بر آن مترتب نموده، ایجاب و قبول است و افزودن شرط ثبت، تغییر حکم شرعی است زیرا ثبت رسمی به معنای مورد نظر در قانون ثبت و مبتنی بر اهداف و مصالح متعددی که مطرح شد، منطقاً در آن زمان موضوعیت نداشته، به‌دشواری می‌توان پذیرفت که ادله موجود به نحو یقینی نافی شرطیت لزوم ثبت رسمی به معنای امروزی آن در قرارداد انتقال املاک است. (میرزانژاد جویباری، ۱۳۹۵: ۶۲)

۲. شورای نگهبان در موردی کاملاً مشابه یعنی ثبت اختراعات و علائم صنعتی و قراردادهای مربوط به نقل‌وانتقال آن، این نظریه را که در مواد ۴۸ و ۵۰ قانون ثبت اختراعات[1]، طرح‌های صنعتی و علائم تجاری مصوب ۱۳۶۸/۱۱/۱۳ آمده و درصدد تأمین نوعی نظم معاملاتی و ثبات قراردادی بوده و از اشخاص ثالث با حسن نیت حمایت می‌کند، صراحتاً پذیرفته و آن را خلاف شرع تشخیص نداده است. مصالح و دغدغه‌هایی که موجب وضع این مواد شده به‌ویژه از جهت جلوگیری از معاملات معارض و حمایت از حقوق اشخاص ثالث با حسن نیت دقیقاً و به نحو شدیدتر همان است که در حوزه املاک وجود دارد گرچه ممکن است ماهیت حق مالکیت فکری با مالکیت بر اموال مادی متفاوت باشد اما ازنظر نقش ثبت در قراردادهای متضمن انتقال، تفاوت معناداری میان آن‌ها نیست. بدین ترتیب با وجود تشابه نسبتاً کامل مبانی و مصالح این دو حوزه، دشوار می‌توان از عدم مخالفت یکی از آن‌ها و موافقت دیگری با شرع دفاع کرد.

۳. مصالح و ملاحظات مربوط به لزوم ثبت املاک به نحو دیگر نیز در ماده ۲۳ قانون پیش‌فروش مصوب ۱۳۸۹ به تأیید شورای نگهبان رسیده است، زیرا در این ماده مقرر شده هرکس به‌طور

---

۱. ماده ۴۸ قانون ثبت اختراعات: «هرگونه تغییر در مالکیت اختراع، ثبت طرح صنعتی یا ثبت علائم تجاری یا علامت جمعی یا حق مالکیت ناشی از تسلیم اظهارنامه مربوط، به درخواست کتبی هر ذی‌نفع از اداره مالکیت صنعتی انجام‌شده و به ثبت می‌رسد و جز در مورد تغییر مالکیت اظهارنامه، توسط اداره مذکور آگهی می‌شود. تأثیر این‌گونه تغییر نسبت به اشخاص ثالث منوط به تسلیم درخواست مذکور است. تغییر در مالکیت ثبت علامت یا علامت جمعی در صورتی‌که در مواردی مانند ماهیت، مبدأ، مراحل ساخت، خصوصیات یا تناسب با هدف کالاها یا خدمات سبب گمراهی یا فریب عمومی شود، معتبر نیست. هرگونه تغییر در مالکیت ثبت یک علامت جمعی یا مالکیت اظهارنامه مربوط به آن منوط به موافقت قبلی رئیس سازمان ثبت اسناد و املاک کشور می‌باشد.» و ماده ۵۰ قانون ثبت اختراعات مقرر می‌نماید: «هرگونه قرارداد اجازه بهره‌برداری از اختراع و طرح‌های صنعتی ثبت شده، یا علامت ثبت‌شده یا اظهارنامه مربوط به آن‌ها به اداره مالکیت صنعتی تسلیم می‌شود. اداره مالکیت صنعتی، مفاد قراردادرا به‌صورت محرمانه حفظ ولی اجازه بهره‌برداری را ثبت وآگهی می‌کند. تأثیر این‌گونه قراردادها نسبت به اشخاص ثالث منوط به مراعات مراتب فوق است.»

غیررسمی به تنظیم قرارداد پیش‌فروش اقدام نماید مجرم به شمار می‌آید. چگونه ممکن است مجرمانه دانستن یک عمل (تنظیم سند عادی قرارداد پیش‌فروش ساختمان) از نظر شرعی بلااشکال باشد، لیکن عدم پذیرش سند عادی در دادگاه‌ها جز در موارد استثنایی یا ترجیح سند رسمی بر سند عادی در سایر موارد مشابه از قبیل نقل‌وانتقال املاک ثبت‌شده خلاف شرع تشخیص داده شود؛ در حالی که اهداف و مصالحی که منجر به وضع ماده ۲۳ قانون پیش‌فروش ساختمان شده نظیر جلوگیری از معاملات معارض، کاهش دعاوی و نهایتاً ایجاد نظم و ثبات اجتماعی و معاملاتی دقیقاً همان مصالح و اهدافی است که در ماده ۲۲ و ۴۸ قانون ثبت مدنظر بوده است اگر قانون‌گذار مجاز است برای تأمین مصالح و اهداف مشخص، عملی را منع و برای آن مجازات تعیین کند علی‌القاعده این حق را نیز دارد که ضمانت اجرای این ممنوعیت را عدم پذیرش سند عادی در دادگاه‌ها جز در موارد استثنا شده‌ی ماده ۶۲ قانون احکام دائمی قرار دهد.

۴. با دقت در دو نمونه قانون‌گذاری اخیر مواد (۴۸ و ۵۰ قانون ثبت اختراعات، طرح‌های صنعتی و علائم تجاری و ماده ۲۳ قانون پیش‌فروش ساختمان) که به تأیید شورای نگهبان رسیده شاید بتوان گفت چنان‌چه آثار و تبعات نامطلوب عدم ثبت از جهت اجتماعی، اقتصادی و حقوقی به نحو جامع تشریح شود به‌علاوه تبیین گردد که هدف عمدتاً اعلام عدم قابلیت استناد معامله با سند عادی و سایر ادله در برابر سند رسمی به‌طور نسبی است نه بطلان معامله که مستلزم اعتقاد به شرطیت ثبت در وقوع عقد است؛ چنان‌که به این امر در ماده ۵۰ قانون مزبور، طرح‌های صنعتی و علائم تجاری تصریح شده شورای نگهبان با اعلام مطابقت آن با شرع یا دست‌کم عدم مغایرت آن با شرع، تردید جدی نخواهد کرد.

۱ـ۲ـ۲ـ۲. تحلیل نظریه در چارچوب مصلحت نظام

از آنجا که لزوم تنظیم سند رسمی در مورد املاک ثبت شده و اعتباربخشی به آن در تعارض با سند عادی به جهات مختلف از جهت جلوگیری از معاملات معارض، مراقبت از موضوع استملاک بیگانگان، کاهش دعاوی و نزاع میان اشخاص، تأمین و استیفای حقوق دولتی، ایجاد نظم و ثبات معاملاتی و امثال آن موافق مصالح و ضرورت‌های اجتماعی است و موجب ایجاد نظم و ثبات می‌گردد که هم از جهت شرعی و هم از حیث عقلی تأمین و رعایت آن ضروری می‌باشد بنابراین باید با استفاده از ظرفیت مجلس شورای اسلامی در جهت اعتباربخشی بیشتر به اسناد رسمی در قیاس با اسناد عادی و رفع ابهامات متعدد موجود اقدام کرد؛ چنان‌که درمورد یکی از حساس‌ترین موضوعات یعنی احترام به مالکیت اشخاص؛ در نظام حقوقی ایران از این ظرفیت به جهت رعایت پاره‌ای از مصالح و ضرورت‌های مهم‌تر استفاده‌شده و در قانون تعیین تکلیف اراضی واگذاری دولت و نهادهای مصوب ۷۰/۲/۱۵ مجمع تشخیص مصلحت نظام مقرر گردیده که سازمان ثبت

اسناد و املاک مکلف است در خصوص زمین‌هایی که موات یا بایر، تشخیص و تملک گشته و به‌وسیله بنیاد مسکن انقلاب اسلامی و عناوین مشابه و وزارت مسکن و شهرسازی به افراد واگذارشده باشد، مبادرت به صدور سند به نام واگذارشونده نماید، حتی اگر اقدامات دستگاه‌های اجرایی توسط مرجع قضایی، ابطال، حکم به اعاده مالکیت ملک به مالکین اولیه صادر گردد. اگر به‌منظور حفظ مصلحت کشور و تأمین امنیت و نظم اجتماعی و سیاسی بتوان یکی از مهم‌ترین اصول اقتصادی اسلام (اصل مالکیت) را به نفع منافع اجتماعی محدود و یا زائل ساخت، به‌طریق‌اولی در موضوع مورد بحث که مقصود فقط ترجیح سند رسمی بر سند عادی و عدم قابلیت استناد اسناد عادی در برابر اسناد رسمی است، می‌توان با استناد به وجود مصالح مزبور به اعتبار سند رسمی حکم داد، زیرا این امر هیچ ملازمه‌ای با زوال کامل حقوق مالکانه دارنده سند عادی نداشته و در واقع امر، او حق دارد برای دریافت خسارت خود به فروشنده مراجعه نماید. (منبع پیشین: ۶۲ تا ۶۸)

۲. تبیین اراده جدید مقنن

با دقت در ماده ۶۲ قانون احکام دائمی برنامه‌های توسعه کشور نکات زیر در خور توجه است:

۱. در ماده ۶۲ عبارت «کلیه معاملات راجع به اموال غیرمنقول ثبت شده ... باید به طور رسمی در دفاتر اسنادرسمی ثبت شود»، «اسناد عادی در برابر اشخاص ثالث غیرقابل استناد بوده» در ابتدا ضمانت اجرا غیرقابل استناد بودن معاملات اسناد عادی در برابر اشخاص ثالث دارای سند رسمیرا به ذهن متبادر می‌کند؛ یعنی اشخاص ثالث با حسن نیتکه از وجود قرارداد اول آگاهی نداشته‌اند می‌توانند وجود آن را نادیده بگیرند و چنان رفتار کنند که گویی قراردادی وجود نداشته است اما با دقت نظر از مفهوم مخالف قسمت اخیر ماده فوق‌الذکر که مقرر می‌دارد: (اسناد عادی که در خصوص معاملات راجع به اموال غیر منقول تنظیم شوند مگر اسنادی که براساس تشخیص دادگاه دارای اعتبار شرعی است در برابر اشخاص ثالث غیرقابل استناد بوده و قابلیت معاوضه با اسناد رسمی را ندارند) چنین استنباط می‌گردد همین که شخصی بتواند وقوع قرارداد عادی را مستند به هر دلیل قانونی، اعم از شهادت، بینه و سوگند تکمیلی، ثابت کند، دادگاه باید اعتبار شرعی آن را اعلام نماید (خدابخشی، ۱۳۹۶: ۳) و این قرارداد در برابر ثالث صحیح و قابل استناد است؛ بنابراین سند عادی قابل تعارض با سند رسمی مؤخر می‌باشد؛ و در مرحله اثبات، قانون‌گذار سند عادی را در صورت تنفیذ بر سند رسمی ترجیح داده است. در قانون ایران هیچ کجا تعریفی جامعی از قابل استناد بودن قرارداد ذکر نشده است و حقوقدانان هر یک با توجه به برداشت‌های شخصی خود، در این زمینه تعریفی ارائه داده‌اند برخی گفته‌اند: قابلیت استناد قرارداد «عنوانی است که برای آثار قرارداد در حقوق و تکالیف دیگران بیان شده و کمترین بازتاب اثر عقد درباره دیگران است که طرفین قرارداد بتوانند در برابر اشخاص ثالث به قرارداد

به‌عنوان یک قرارداد استناد کنند و اشخاص ثالث نیز از نفع یا ضرری که به‌طور غیرمستقیم و قهری متحمل می‌شوند استناد کنند». (کاتوزیان، ۱۳۷۶: ۳۳۷) طبق تعریف دیگر، «وضعیت حقوقی یک عمل حقوقی یا یک سند است که براساس آن می‌توان اشخاص ثالث را وادار به رعایت آن عمل یا سند و خودداری از رفتارهای مادی یا عمل منافی و معارض با آن نمود، چنان‌که عمل حقوقی یا سند قابل استناد، به مثابه یک واقعیت اجتماعی خود را بر تمام اشخاص ثالث تحمیل می‌کند و همه ملزم به رعایت آنند». (قاسمی، ۱۳۸۸: ۲۷۰)

۲. از نظر این ماده دادگاه نباید فقط کسی را که پس از طی تشریفات قانونی ابتدائاً اقدام به اخذ سند مالکیت کرده و یا ملکی در اثر معامله یا ارث به او منتقل گردیده و نام او در دفتر املاک به‌عنوان مالک ثبت شده، مالک بشناسد؛ بلکه چنان‌چه صحت سند عادی به‌موجب قرائن و ادله قانونی و شرعی از جمله شهادت شهود و بینه، احراز و اثبات شود، دارنده چنین سندی نیز مالک تلقی می‌شود و از این حیث سند رسمی مالکیت هیچ ترجیحی بر سند عادی ندارد.

۳. در ماده ۶۲ قانون‌گذار وعده را نیز تحت شمول ثبت اجباری می‌داند اما صراحتاً مشخص ننموده است که آیا کلمه وعده شامل وعده یک‌طرفه هم خواهد شد یا خیر؟ وعده یک‌طرفه عبارت است اخبار یک یا دو طرف به دیگری از وقوع عقدی که بعداً بین آن دو نفر واقع می‌شود بدون این‌که تعهد یا انتقالی صورت بگیرد به همین دلیل منشأ اثر حقوقی نخواهد بود. (لنگرودی، ۱۳۷۲: ۴۶۴) در جایی که یکی از دو طرف مفاد عقد نهایی و شرایط آن را انشاء و وقوع عقد را موکول به اراده طرف دیگر می‌کند، بدین‌گونه که هرگاه او نیز به مفاد عقد رضایت دهد، بدون نیاز به اراده و انشاء دیگری، عقد واقع شود (کاتوزیان، ۱۳۸۸: ۳۷۷) یعنی تنها یکی از دو طرف که به‌طور معمول فروشنده است، تعهد می‌کند، شرایط معامله و قیمت را تعیین و اراده خود را بر انتقال مبیع اعلام و انتقال آن را موکول به تمایل خریدار می‌کند، به‌گونه‌ای که اگر او پیشنهادهای او را بپذیرد عقد واقع شود. (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۶۴)؛ بنابراین طبق تعاریف فوق در وعده یک‌طرفه نه تملیکی صورت می‌گیرد و نه حقی از سوی فروشنده بر ذمه خریدار ثابت می‌گردد فلذا چون تعهد به‌صورت یک جانبه واقع می‌شود به استناد ماده ۱۸۳ قانون مدنی عقدی صورت نگرفته است تا مشمول عنوان معامله در ماده ۶۲ باشد و از این جهت ثبت آن هم الزامی نیست؛ اما به نظر می‌رسد منظور قانون‌گذار از به کار بردن کلمه وعده در ماده مزبور در کنار عبارت (تعهد)، همان وعده‌های متقابل که در عرف به آن قولنامه می‌گویند می‌باشد که ثبت آن‌ها نیز طبق ماده مذکور اجباری اعلام شده است.

۲ـ۱. نقد و ارزیابی ماده ۶۲ قانون احکام دائمی

۱. اعتباربخشی بیش از حد به سند عادی که منجر به اعتماد عمومی مردم و رواج وسیع این اسناد در سطح کشور مشکلاتی جدی به‌وجود خواهد آورد از جمله: زمین‌خواری‌های فراوان، تزلزل

مالکیت افراد بر املاک و نگرانی آنان از پیدا شدن یک معامله معارض، کاهش امنیت سرمایه‌گذاری در ایران مشکلاتی است که به‌علت اعتبار اسناد عادی به‌وجود آمده‌اند و هزینه‌های بسیار زیادی را بر کشور تحمیل می‌کنند. از طرف دیگر بخش مهمی از دعاوی و شلوغی دادگاه‌ها از بی‌اعتنایی افراد جامعه از ثبت رسمی معاملات در دفاتر اسناد رسمی نشأت می‌گیرد. به‌طوری که امروزه حجم زیادی از پرونده‌های مطروحه در محاکم قضایی ریشه در اختلافات ملکی و ثبتی دارد. برای مثال پرونده‌های متعددی که در دادگاه از جهت معامله معارض یا اثبات مالکیت یا صحت وقوع بیع مطرح می‌شود نتیجه معاملات به‌صورت سند عادی می‌باشند.

۲. صدر و ذیل ماده ۶۲ بیانگر دو حکم متفاوت می‌باشد؛ قانون‌گذار در صدر ماده مردم را به تنظیم اسناد رسمی امر می‌کند؛ در حالی که در ذیل ماده از اعتبار سند عادی سخن می‌گوید؛ در واقع اضافه شدن عبارت قسمت دوم به ماده مذکور، تمام کارایی آن را از بین برده و به‌نوعی آن را از جنبه آمرانه بودن خارج ساخته است.

۳. همان‌طور که در مقدمه بحث نیز بیان شد در پیش‌نویس اولیه ماده ۶۲ غیرقابل استناد دانستن سند عادی در قبال سند رسمی مؤخر با ایراد از سوی شورای نگهبان مواجه شد و عبارت مگر اسناد عادی که به تشخیص دادگاه دارای اعتبار شرعی باشند به متن نهایی افزوده شد؛ حال سؤالی که در اینجا مطرح می‌شود این است؛ که چگونه ممکن است الزامی دانستن ثبت رسمی در معاملات اموال غیرمنقول مشروع و منطقی باشد ولی ضمانت اجرای آن غیرشرعی تلقی گردد؟ زیرا قانون‌گذار در مقام پند و اندرزاخلاقی نیست و دو حوزه‌ی اخلاق و قانون دو حوزه و حیطه کاملاً مجزا و منفکی از هم می‌باشند؛ بنابراین الزامی کردن ثبت پاره‌ای از معاملات بدون پذیرش ضمانت اجرای آن، چندان با منطق و ذوق سلیم حقوقی سازگار نیست.

۴. از طرف دیگر این شیوه از قانون‌گذاری صحیح نیست زیرا اولاً صداقتی در متن قانون دیده نمی‌شود؛ بدین معنی که کافی بود به‌طور روشن اعلام می‌کردند که معاملات با سند عادی نیز با فرض احراز، مطلقاً صحیح هستند؛ این‌که قانون‌گذار چندین نوبت به اسناد رسمی اشاره می‌کند ولی در نتیجه، سند عادی را مقدم می‌داند مصداق نفاق قانونی است؛ ثانیاً این سیاست قانون‌گذاری نیز قابل دفاع نیست و به بی‌اعتباری اسناد رسمی منتهی خواهد شد؛ ثالثاً شورای نگهبان هرگاه در این‌گونه مسائل دخالت کرده و دیگران را به تبعیت از رویکرد خود رهنمون نموده، دقیقاً نظم جامعه را هدف قرار داده است معلوم نیست بازی شرع و قانون تا کجا ادامه می‌یابد و آیا باید رویکردهایی از این قبیل را مصداق توسعه کشور دانست که به‌عنوان احکام دائمی برنامه‌های توسعه کشور درآمده‌اند یا برنامه‌های مخرب کشور؟ (خدابخشی، ۱۳۹۶: ۳)

۵. نقد بعدی این است که قانون‌گذار در ماده ۶۲ در راستای قانون مدنی در بحث تعارض سند عادی با رسمی به تقدم زمانی معامله نظر داشته و نه نوع تنظیم سند؛ که نتیجتاً افراد به‌سادگی می‌توانند با جعل یک سند عادی و همچنین با توسل به شهادت‌های ناروا تقدم زمانی معامله خود را اثبات کنند و موجب تضییع حق دارنده سند رسمی گردند.

۶. دفاتر اسناد رسمی به‌عنوان یکی از مهم‌ترین نهادهایی که ایفای نقش می‌نمایند نه‌تنها هیچ‌گونه بار مالی بر دولت تحمیل نمی‌کنند بلکه موظف‌اند هنگام تنظیم اسناد رسمی طبق تعرفه‌ی مصوب، به اخذ درآمد برای دولت بپردازند؛ بنابراین در کشور ما نیز سازمان ثبت‌اسناد و املاک، یکی از مؤسسات عمومی است که منشأ درآمدی فراوان برای خزانه عمومی است. (لنگرودی، ۱۳۷۸: ۵۰) ثبت اسناد و رسمیت بخشیدن به آن‌ها منوط به پرداخت وجهی تحت عنوان «حق‌الثبت» به صندوق دولت است؛ بدین ترتیب، دولت حمایت خویش از اسناد رسمی و تضمین اجرای مفاد آن‌ها را به دریافت حق‌الثبت می‌نماید (آدابی، ۱۳۸۸: ۲۱۸)؛ اما باوجود اعتبار به اسناد عادی مطابق رویه جدید و کاهش اعتماد مردم به اسناد رسمی، درآمدهای عمومی دولت از این حیث با کاهش چشمگیری مواجه خواهد شد.

۷. مستفاد از قانون ثبت، وظیفه سردفتر فقط به ثبت معاملات محدود نمی‌شود بلکه سردفتران طبق قانون موظف‌اند هنگام ثبت معاملات اهلیت و سمت و هویت متعاملین را بررسی کنند (ماده ۵۷ قانون ثبت) و از ثبت معاملات اشخاصی که مجنون یا غیر رشید یا به نحوی دیگر از انحاء قانونی ممنوع از تصرف هستند جز معاملاتی که به‌وسیله قائم‌مقام قانونی آن‌ها واقع می‌شود خودداری کنند؛ بنابراین سندی ثبت شده محسوب می‌شود که در حضور سردفتر و بر پایه ایجاب و قبول طرفین قرارداد در آن محضر تنظیم‌شده باشد؛ که اعتباربخشی به معاملات با سند عادی همه این تمهیدات را بیهوده می‌کند.

۸. علاوه بر موارد گفته شده در فوق، رویه جدید قانون‌گذار در ماده ۶۲ با مواد دیگرازجمله مواد و مواد۷۰ [۱] و ۷۱ [۲] و ۷۲ [۳] قانون ثبت و ماده ۱۳۰۵ قانون مدنی [۴] قابل جمع نمی‌باشد.

نتیجتاً با تصویب ماده ۶۲ قانون احکام دائمی و تزلزل ماده ۷۲ قانون ثبت از این حیث باید منتظر اختلافات حقوقی و عملی جدی بین طرفین دعوا و اشخاص ثالث باشیم.

---

۱. سندی که مطابق قوانین ثبت رسیده رسمی است و تمام محتویات و امضاهای مندرجه در آن معتبر خواهد بود مگر این‌که مجعولیت آن سند ثابت شود.

۲. اسناد ثبت شده در قسمت راجع به معاملات و تعهدات مندرجه در آن‌ها نسبت به طرفین و یا طرفی که تعهد کرده و کلیه اشخاصی که قائم‌مقام قانونی آنان محسوب می‌شوند رسمیت و اعتبار خواهند داشت.

۳. کلیه معاملات راجعه به اموال غیر منقوله که بر طبق مقررات راجعه به ثبت املاک ثبت شده است نسبت به طرفین معامله و قائم‌مقام قانونی آن‌ها و اشخاص ثالث دارای اعتبار کامل و رسمیت خواهد بود.

۴. در اسناد رسمی تاریخ تنظیم معتبر است حتی بر علیه اشخاص ثالث ولی در اسناد عادی تاریخ فقط درباره اشخاصی که شرکت در تنظیم آن‌ها داشته و ورثه آنان و کسی که به نفع او وصیت شده معتبر است.

۲ـ۲. آثار حقوقی و قضایی ماده ۶۲ قانون احکام دائمی

اگرچه در تبیین آثار ماد ۶۲ قانون احکام دائمی نبایست مبالغه کرد و فضای حقوقی را مشوش و ملتهب نمود اما دور از حقیقت نیست که تصویب چنین ماده‌ای متضمن آثار مهمی می‌باشد که در ذیل چند نمونه از آن موردبحث و بررسی قرار گرفته است.

۲ـ۲ـ۱. *اثر ماده ۶۲ نسبت به ماده ۲۲ قانون ثبت*

ماده ۲۲ قانون ثبت مقرر می‌دارد: «همین‌که ملکی مطابق قانون در دفتر املاک به ثبت رسید دولت فقط کسی را که ملک به اسم او ثبت شده و یا کسی که ملک مزبور به او منتقل گردیده و این انتقال نیز در دفتر املاک به ثبت رسیده یا این‌که ملک مزبور از مالک رسمی ارث به او رسیده مالک خواهد شناخت»؛ بنابراین طبق ماده فوق دولت فقط دارنده سند رسمی را مالک می‌داند و مالکیتی برای دارنده سند عادی قائل نمی‌باشد. حال سؤال این است واژه دولت به چه معناست؟ آیا واژه دولت به‌مثابه مفهوم شخص ثالث در ماده ۶۲ است؟ به‌عبارت دیگر آیا واژه شخص ثالث در ماده ۶۲ شامل دولت هم می‌شود؟ بر طبق نظر عده‌ای از حقوقدانان منظور از عبارت دولت در این ماده تمام اشخاص حقوقی است که به نحوی در مقام مسؤولیت‌های عمومی هستند؛ این مفهوم به خود عبارت «دولت» منحصر نشده و خودبه‌خود، ما را به توسعه آن ملزم می‌نماید؛ (العله تعمم و تخصص) به‌نحوی که تمام اشخاص ثالثی را که خارج از طرفین قرارداد دارای سند عادی هستند، در برمی‌گیرد؛ در واقع دولت به‌عنوان شخصی است که خارج از طرفین قرارداد است و نباید به آن توجه نماید او سند رسمی را می‌شناسد و سند عادی در مقابل وی قابل استناد نیست. با این بیان می‌توان گفت که اولاًماده ۲۲ قانون ثبت در مقام بیان تمام اشخاص حقیقی و حقوقی است که از معاملات با سند عادی اطلاعی نداشته‌اند و نسبت به قرارداد ثالث محسوب می‌شوند؛ دوماً وقتی دولت، مالکیت مبتنی بر رابطه طرفین را به رسمیت نمی‌شناسد، به‌طریق‌اولی افراد حقوقی و حقیقی دیگر نیز آن را به رسمیت نخواهند شناخت؛ زیرا این شناسایی مستلزم آن است که به دولت (دادگاه) مراجعه کرده و خواستار شناسایی شوند، در حالی که بنابر منطوق و نص ماده ۲۲ مذکور، دولت از این امر ممنوع است. (خدابخشی، ۱۳۸۹: ۱۴)

از طرف دیگر با توجه به مفهوم مخالف حصر به‌کار رفته در ماده ۲۲ قانون ثبت (دولت فقط دارنده سند رسمی را به‌عنوان مالک می‌شناسد) بدین معنی که دولت دارنده سند عادی را در هیچ صورت به‌عنوان مالک به رسمیت نمی‌شناسد، مستفاد از ماده ۶۲ می‌توان قائل به عدم کارایی ماده ۲۲ قانون ثبت شد.

۲ـ۲ـ۲. *اثر ماده نسبت به ماده ۴۸ قانون ثبت*

به نظر می‌رسد مواد ۴۸ قانون ثبت در مواردی که صحت سند عادی به‌موجب ادله قانونی و شرعی از جمله شهادت و بینه احراز شود، به‌موجب ماده ۶۲ تخصیص خورده و چنین سندی بر سند

رسمی حاکم و وارد است، نتیجه اعتقاد به تخصیص از نظر حقوقی و اصولی آن است که حکم ماده فوق در این‌گونه موارد اجرا نمی‌شود و ماده مزبور را باید در فرضی قابل اجرا دانست که ادله معارض با مفاد سند رسمی وجود نداشته باشد؛ به تعبیر دیگر، سند رسمی مالکیت همانند سایر ادله، یک اماره به شمار آمده و فاقد اعتبار و قدرت ویژه است و حتی در مقام تعارض باید سایر ادله را معتبر و حاکم دانست؛ البته شورای نگهبان قبل از تصویب ماده ۶۲ قانون مذکور در نظریه مورخ ۹۵/۸/۴ اطلاق مواد ۲۲ و ۴۸ قانون ثبت را در بی‌اعتبار دانستن اسناد عادی غیررسمی که قرائن و ادله قانونی یا شرعی معتبر برصحت مفاد آن‌ها باشد بدین نحو مغایر شرع دانستند:

اکنون بعضی متدینین و محترمین بازار در ضمن نامه و پیوست‌هایی به مسؤول این مجمع اعلام داشته‌اند که معاملات زیادی در بازار به‌صورت شرعی و صحیح انجام‌گرفته است و وقتی برای تنفیذ آن‌ها به مراجع قضایی مراجعه می‌کنیم اعلام می‌دارند چون این معاملات به ثبت رسمی نرسیده‌اند و بالخصوص مواد ۲۲، ۴۶، ۴۷ و ۴۸ قانون ثبت‌اسناد و املاک این معاملات را بی‌ارزش می‌داند و نمی‌توان آن‌ها را تأیید و تنفیذ کرد.

۱. آیا خود سندی که به‌موجب آن اداره ثبت، شخصی را مالک ملکی دانسته است از نظر قواعد شرعی اماره معتبر بر مالکیت او است و باید او را شرعاً نیز مالک دانست؟ و یا آن‌که مالکیت اشخاص به‌موجب ید و تصرف مالکانه و یا شهادت بینه شرعی و مانند آن ثابت می‌شود مفاد مواد مزبور در مالک دانستن شخص فوق به مجرد ثبت در سند فوق، خلاف شرع است؟
۲. با قطع‌نظر از سؤال اول آیا مالک ندانستن هر کس که ملک خود را به ثبت نرسانده و در محاکم و ادارات همان‌گونه که از مواد فوق خصوصاً ماده ۴۸ استفاده می‌شود صحیح است؟ و یا آن‌که عموم آن نسبت به موردی که مالی با سبب شرعی و قانونی به شخصی منتقل‌شده مثل بیع و هبه صحیح و ارث و سایر اسباب صحیح نیست و درنتیجه عموم مواد فوق به‌موجب مفاد اصل ۴ قانون اساسی باطل است؟

در پی این درخواست، موضوع موافق یا مخالف بودن مواد ۴ گانه با موازین شرعی، در جلسات فقهای شورای نگهبان مورد بحث و بررسی قرار گرفت و نظر ایشان به شرح ذیل اعلام شد:

«مفاد مواد ۴۶ و ۴۷؛ قانون ثبت اسناد و املاک صرفاً اختیاری دانستن ثبت سند در برخی موارد و الزامی دانستن آن در سایر موارد است که این مطلب خود به خود ایرادی ندارد؛ اما مفاد ماده ۲۲ قانون ثبت اسناد و املاک و نیز ماده ۴۸ آن‌که دلالت بر بی‌اعتبار دانستن اسناد عادی غیررسمی دارد و اطلاق آن در مورد سند عادی که قرائن و ادله قانونی یا شرعی معتبر بر صحت مفاد آن‌ها باشد خلاف شرع و باطل است و در مورد سند عادی همراه با قرائن و ادله فوق مانند سندی که بینه و شهادت شهود معتبر بر صحت آن باشد این اسناد معتبر است و دو ماده مزبور در چنین مواردی تخصیص خورده است و مواد ۱۲۸۵ و ۱۲۹۱ قانون مدنی اشاره به این‌گونه اسناد عادی دارد.» (سایت شورای نگهبان)

۲ـ۲ـ۳. اثر ماده ۶۲ بر ماده ۲۴ قانون ثبت

مطلب دیگری که از ماده ۶۲ قانون احکام دائمی مستفاد می‌گردد این است که ماده ۲۴ قانون ثبت را که مقرر می‌دارد «پس از انقضای مدت اعتراض، دعوای این‌که در ضمن جریان ثبت تضییع حقی از کسی شده پذیرفته نخواهد شد، نه به‌عنوان قیمت نه به‌هیچ‌عنوان دیگر، خواه حقوقی باشد خواه جزایی. در مورد مذکور در ماده ۴۴ مطابق ماده ۴۵ و در موارد مذکور در مواد ۱۰۵، ۱۰۶، ۱۰۷، ۱۰۹، ۱۱۶ و ۱۱۷ مطابق مقررات جزایی مذکور در باب ششم این قانون رفتار خواهد شد»، باید لغو و عبث دانست، چون به‌موجب نظریه شورای نگهبان و ماده ۶۲ قانون احکام دائمی، هر شخص هر زمان که بخواهد می‌تواند به استناد اسناد عادی ادعای مالکیت کرده، خواهان ابطال محتویات دفتر املاک و سند مالکیت رسمی صادره مبتنی بر آن باشد.

۲ـ۲ـ۴. اثر ماده ۶۲ بر ماده ۱۳۰۵ قانون مدنی

با عنایت به قسمت دوم ماده ۶۲ که سند عادی را پس از تأیید اعتبار شرعی در محکمه به مثابه سند رسمی می‌داند باید گفت چنان‌چه شخصی با سند رسمی، مبادرت به خرید ملک ثبت‌شده نماید و بعداً شخصی با سند عادی، مدعی خرید آن پیش از تاریخ سند رسمی گردد، مفاد آن بر سند رسمی تنظیمی مذکور حاکی بوده و به استناد ماده ۱۳۰۵ قانون مدنی و همچنین ماده ۷۲ قانون ثبت نمی‌توان از غیرقابل استناد بودن سند عادی یا تاریخ آن در برابر سند رسمی به شرحی که برخی از دادگاه‌ها بدان متوسل شده دفاع کرد؛ بنابراین می‌توان گفت ماده ۶۲ تا حدودی مواد مذکور را تحت‌الشعاع قرار می‌دهد.

۲ـ۲ـ۵. اثر ماده مذکور بر رأی وحدت رویه شماره ۴۳

در سال ۱۳۱۰ هنگام تصویب قانون ثبت اسناد و املاک، معامله معارض در ماده ۱۱۷ قانون مذکور پیش‌بینی شد. با توجه به این‌که در ابتدا عبارت «سند عادی» بعد از عبارت «سند رسمی» پیش‌بینی‌نشده بود، قضات دادگستری فقط صورتی را معامله‌ای را معارض می‌دانستند که هم معامله اول و هم معامله دوم با سند رسمی انجام می‌گرفت. در تاریخ ۱۳۱۲/۵/۷ ماده ۱۱۷ قانون ثبت اصلاح و کلمه یا عادی به بعد از عبارت سند رسمی اضافه شد و ماده ۱۱۷به‌صورت زیر درآمد؛

«هر کس به‌موجب سند رسمی یا عادی نسبت به‌عین یا منفعت مالی اعم از منقول یا غیرمنقول حقی به شخص یا اشخاصی داده و بعد نسبت به همان عین یا منفعت به‌موجب سند رسمی معامله یا تعهد معارض با حق مزبور بنماید به حبس با اعمال شاقه از سه تا ده سال محکوم خواهد شد.»

با وجود این اصلاحیه، اختلاف‌نظر شروع شد؛ عده‌ای معتقد بودند چنان‌چه معامله اول با سند عادی و معامله دوم با سند رسمی انجام شده باشد، موضوع مشمول ماده ۱۱۷قانون ثبت خواهد بود گروهی دیگر

معتقد بودند که مواد ۴۷ و ۴۸ ق.ث. صراحتاً اسناد عادی را فاقد ارزش و اعتبار شناخته است، بنابراین اگر معامله اول با سند عادی باشد فاقد اعتبار بوده و اصولاً تعارضی وجود نخواهد داشت.

در این خلال موضوع در سال ۱۳۳۹ در هیأت عمومی دیوان‌عالی کشور (قسمت کیفری) مطرح و منجر به اصدار رأی اصراری ۱۹۳۰ مورخ ۳۹/۴/۲۰ گردید. با این‌حال اختلافات ادامه یافته و به رأی وحدت رویه شماره ۴۳ مورخ ۱۳۵۱/۸/۱۰ هیأت عمومی دیوان کشور منتج شد؛

«نظر به این‌که شرط تحقق بزه مشمول ماده ۱۱۷ قانون ثبت اسناد و املاک قابلیت تعارض دو معامله یا تعهد نسبت به یک مال می‌باشد و در نقاطی که ثبت رسمی اسناد مربوط به عقود و معاملات اموال غیرمنقول به‌موجب بند اول ماده ۴۷ قانون مزبور اجباری است، سند عادی راجع به معامله آن اموال طبق ماده ۴۸ همان قانون در هیچ‌یک از ادارات و محاکم پذیرفته نشده و قابلیت تعارض با سند رسمی نخواهد داشت بنابراین چنان‌چه کسی در این قبیل نقاط باوجود اجباری بودن ثبت رسمی اسناد، قبلاً معامله‌ای نسبت به مال غیرمنقول به‌وسیله سند عادی انجام دهد و سپس به‌موجب سند رسمی معامله‌ای معارض با معامله اول در مورد همان مالواقع سازد عمل اول از مصادیق ماده ۱۱۷ قانون ثبت نخواهد بود بلکه ممکن است بر فرض احراز سوءنیت با ماده کیفری دیگری قابل انطباق باشد.»

بنابراین در نقاطی که ثبت سند اجباری بود شرط تعارض را رسمی بودن هر دو سند می‌دانستند اما در نقاطی که ثبت سند هنوز اجباری نشده بود سند عادی را به استناد ماده ۱۱۷ قانون ثبت قابل معارضه با سند رسمی می‌پنداشتند.

امروزه با توجه به این‌که در صدر ماده ۶۲ قانون فوق‌الذکر از عبارت «کلیه معاملات راجع به اموال غیرمنقول ثبت شده» استفاده شده است می‌توان این نتیجه را گرفت، در تعارض سند عادی با سند رسمی مؤخر در معامله اموال غیرمنقول دارای سابقه ثبتی دیگر نمی‌توان به رأی وحدت رویه شماره ۴۳ مورخ ۱۳۵۱/۸/۱۰ استناد جست و سند عادی در راستای ماده ۱۱۷ قانون ثبت و ماده ۶۲ قانون احکام دائمی به‌شرط اثبات اعتبار شرعی، قابلیت معارضه با سند رسمی را خواهد داشت؛ بنابراین می‌توان به استناد ماده ۴۷۳ قانون آیین دادرسی کیفری که بیان می‌دارد: «آرای وحدت رویه هیأت عمومی دیوان‌عالی کشور، فقط به‌موجب قانون یا رأی وحدت رویه موخری که مطابق ماده ۴۷۱ این قانون صادر می‌شود، قابل‌تغییر است». قائل به این نتیجه شد که ماده ۶۲ عملاً موجب نسخ رأی وحدت رویه مذکور شده است.

۲ـ۲ـ۶. *اثر ماده ۶۲ بر رأی وحدت رویه شماره ۶۷۲*

دعوی خلع ید یا غصب، دعوایی است که از طرف مالک بر متصرف مال غیرمنقول اقامه می‌شود و مدعی از دادگاه می‌خواهد که سلطه نامشروع متصرف و همه آثار و مظاهر آن را از بین ببرد لذا ضروری است ابتدا خواهان مالکیت خود را بر مال موضوع دعوی ثابت نماید زیرا اگر خواهان

مالک نباشد، برای طرح دعوی مذکور ذی‌نفع محسوب نمی‌شود و به علت ذی‌نفع نبودن قرار رد دعوی مطروحه صادر خواهد **شد** نکته مهمی که باید در خصوص خلع ید به آن توجه شود رأی وحدت رویه شماره ۶۷۲ هیأت عمومی دیوان‌عالی کشور هست که در تاریخ ۱۳۸۳/۱۰/۱ به‌منظور رفع اختلاف دادگاه‌ها در باب امکان یا عدم امکان طرح دعوای خلع ید از اموال غیرمنقول به‌وسیله اسناد عادی، صادر گردید و در آن چنین آمده است: «خلع ید از اموال غیرمنقول، فرع بر مالکیت است بنابراین، طرح دعوای خلع ید از زمین قبل از احراز و اثبات مالکیت، قابل استماع نیست بنا به‌مراتب و با توجه به مواد ۴۶، ۴۷ و ۴۸ قانون ثبت‌اسناد و املاک، رأی شعبه پنجم دادگاه تجدیدنظر استان به نظر اکثریت اعضای هیأت عمومی دیوان‌عالی کشور که با این نظر انطباق دارد صحیح و قانونی تشخیص می‌شود ...». در ذیل رأی شعبه پنجم دادگاه تجدیدنظر چنین آمده بود: «ضمناً تجدیدنظرخواهان پس از اخذ سند رسمی می‌توانند به تقاضای خلع ید اقدام قانونی نمایند ...» در ابتدای امر ممکن است چنین تصور شود که رأی مذکور، اعتبار اسناد عادی را در اثبات وقوع معاملات املاک، مردود شناخته است اما این تصور چندان صحیح به نظر نمی‌رسد زیرا رأی مورداشاره، طرح دعوی خلع ید را موکول به اثبات و احراز مالکیت نموده و شرط مزبور، با امکان مراجعه خواهان به مرجع فضایی و تقاضای وی برای رسیدگی به اصالت سند عادی مربوط به معاملات و در نتیجه اثبات مالکیت او از این طریق منافاتی نخواهد داشت آن‌چه در این رأی اهمیت دارد این است که تنها دارنده سند رسمی می‌تواند اقدام به طرح دعوای خلع ید نماید و به‌صرف ارائه یک سند عادی صرف نمی‌توان چنین دعوایی را مطرح نمود و رسیدگی به صحت سند عادی، خارج از شمول رأی وحدت رویه مزبور می‌باشد؛ زیرا مطرح کردن دعوای الزام به تنظیم سند رسمی همراه با خلع ید، به‌موجب یک دادخواست را ظاهراً غیرممکن می‌دانند؛ بنابراین خواهان ابتدا باید مالکیت خود را نزد محاکم اثبات کند تا بتواند در مرحله بعد در صورت پیروزی در دعوی نخست دعوای مجزایی تحت خلع ید مطرح نماید این رویه قابل انتقاد است زیرا همان‌طور که اشاره شد رأی هیأت عمومی افاده در عدم طرح دعوای اثبات مالکیت و خلع ید در یک دادخواست را می‌نماید.

این بحث سابقاً در رویه قضایی نیز وجود داشت مانند نظریه شماره ۷/۲۱۶۸ مورخ ۱۳۷۹/۲/۸ که مقرر می‌داشت: «صدور حکم بر خلع ید به استناد سند عادی بیع‌نامه، صلح‌نامه یا هبه‌نامه مقدور نیست ولی با صدور حکم قطعی بر صحت اسناد مذکور، به استناد حکم صادره می‌توان درخواست خلع ید مطرح کرد.» یا نظریه شماره ۷/۱۵۴۵ مورخ ۱۳۷۹/۲/۲۹ که بیان می‌نمود: «دعوی خلع ید به استناد سند عادی قابل پذیرش نیست مگر این‌که خوانده در دادگاه به صحت سند اقرار نماید.» اما باوجود تصویب ماده ۶۲ قانون احکام دائمی به نظر می‌رسد که طرح دعوای خلع ید فقط منوط به ارائه اسناد رسمی از سوی خواهان نمی‌باشد و خواهان می‌تواند در یک دادخواست بدون طرح دعاویی مجزا، دعوای تأیید اعتبار شرعی قرارداد و دعوای خلع ید را به منظور جلوگیری از تطویل

دادرسی یکجا مطرح کند و در صورت تأیید دادگاه چه‌بسا بتواند سند رسمی خوانده را نیز ابطال نماید؛ بنابراین باوجود ماده ۶۲ قانون مذکور رأی وحدت رویه شماره ۶۷۲ دیوان‌عالی دیگر عملاً کارایی نخواهد داشت هر چند که ممکن است نظری مخالف با نظر نگارنده وجود داشته باشد.

۲ـ۲ـ۷. اثر ماده ۶۲ نسبت به دعاوی گذشته

در باب تسری این ماده به دعاوی سابق، موضوع از چند جهت قابل‌توجه است: نخست: آیا براساس این ماده می‌توان از احکام سابق که به دلایلی، ضمن بی‌اعتباری اسناد عادی، دعاوی ابطال اسناد یا موارد دیگر را رد کرده‌اند، اعاده دادرسی نمود یا دعوایی تازه اقامه نمود؟ برای مثال، دعوای انعقاد شرعی و قانونی قرارداد یا دعوایی با خواسته «صدور حکم بر اعتبار شرعی قرارداد» اقامه کرد؟ روشن است با استماع این دعاوی، متعاقب آن می‌توان دعاوی دیگری مانند ابطال سند رسمی یا خلع‌ید و... را نیز اقامه کرد یا هر دو را (جز درمورد اعاده دادرسی) در یک دادخواست طرح کرد؛ دوم: آیا دعاوی که هنوز در جریان رسیدگی است (اعم از این‌که رأی نخستین صادرشده و در مراحل بعدی تجدیدنظر یا فرجام هستند یا چنین رأیی هنوز صادر نشده باشد) باید براساس ماده ۶۲ مذکور، تحلیل شوند؟

درخصوص عطف به ماسبق شدن یا نشدن این ماده نسبت به دعاوی سابق به استناد ماده ۷۳ قانون مذکور که مقرر می‌دارد: «این قانون، پس از انقضای قانون برنامه ۵ ساله پنجم توسعه جمهوری اسلامی ایران لازم‌الاجرا است.» و به‌موجب ماده واحده مورخ ۱۳۹۴/۱۲/۱۸ که بیان می‌نماید: «ماده (۲۳۵) قانون برنامه ۵ ساله پنجم توسعه جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۸۹/۱۰/۱۵ به شرح زیر اصلاح می‌شود:

ماده ۲۳۵. قانون برنامه ۵ ساله پنجم توسعه جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۸۹/۱۰/۱۵ حداکثر تا پایان سال ۱۳۹۵ هجری شمسی تمدید و با تصویب برنامه ششم توسعه و ابلاغ آن ملغی‌الاثر می‌شود.» بدین‌سان، می‌توان گفت از ابتدای سال ۱۳۹۶، قانون احکام دائمی برنامه‌های توسعه کشور، لازم‌الاجرا شده که نشان‌دهنده این است که مقنن از قسمت اخیر ماده ۴ قانون مدنی که بیان می‌دارد: «اثر قانون نسبت به آتیه است و قانون نسبت به ماقبل خود اثر ندارد مگر این‌که در قانون مقررات خاصی نسبت به این موضوع اتخاذ شده باشد، بهره‌مند شده است؛ این حکم که از ماده ۲ قانون مدنی فرانسه اقتباس‌شده حاوی دو قاعده مهم است.

۱. قانون نسبت به ماقبل خود اثر ندارد: یعنی، قانون فقط بر وقایعی حکومت می‌کند که پس از وضع آن روی‌داده است و آن‌چه در زمان اقتدار قانون سابق رخ‌داده تابع همان قانون است و تغییر قوانین نسبت به اعمال گذشته اثر ندارد.

۲. اثر قانون نسبت به آتیه است؛ یعنی قانون جدید همین‌که قابل اجرا شود بر تمام امور حکومت می‌کند و قانون سابق سلطه خویش را از دست می‌دهد بی‌اثر بودن قانون نسبت به گذشته

مطلق نبوده و قانونی که کیفیت و طریقه مطالبه حق ثابت را از غیر به‌وسیله محاکم قانونی تعیین می‌نماید و تغییری در ماهیت حق نمی‌دهد عطف به‌ماسبق می‌شود اما قانونی که متضمن بیان ماهیت حق و اساس روابط اشخاص با یکدیگر و مبین امور موجد حق و رافع آن باشد عطف به ما سبق نمی‌شود. در خصوص پاسخ به سؤالات فوق باید گفته شود در رأی هیأت عمومی دیوان‌عالی کشور آمده است: «حکم باید مطابق قانون حاکم در زمان صدور آن قابل تجدیدنظر باشد و به استناد قانونی که بعدازآن به تصویب می‌رسد نمی‌توان از حکم سابق تجدیدنظر خواست. (حکم شماره ۵۲۶ ـ۱۳۶۸/۲/۱۹)علاوه بر آن به دلالت ماده ۹ قانون آیین دادرسی مدنی که بیان می‌دارد: «آرای صادره از حیث قابلیت اعتراض و تجدیدنظر و فرجام تابع قوانین مجری در زمان صدور آنان می‌باشد»، می‌توان نتیجه گرفت که اعاده دادرسی نیز یکی از طرق فوق‌العاده اعتراض محسوب شده و از این جهت اعاده دادرسی نیز قابلیت استماع نخواهد داشت مضافاً این‌که تغییر قانون مطابق هیچ‌یک از بندهای ماده ۴۲۶ قانون فوق‌الذکر جهت درخواست اعاده دادرسی محسوب نشده و مجوز قانونی ندارد؛ بنابراین می‌توان معتقد بود که قانون احکام دائمی برنامه توسعه قانون ماهوی است که عطف به ما سبق نمی‌شود و قابل تسری به دعوی سابق نمی‌باشد.

۳. انعکاس موضوع در رویه قضایی

پرونده شماره ۹۶۰۹۹۸۶۶۱۳۴۰۰۳۶۰ شعبه دوم دادگاه عمومی حقوقی دادگستری شهرستان خرم‌آباد:

حسب اظهارات وکیل خواهان‌ها، خوانده ردیف اول در تاریخ ۱۳۸۵/۷/۱۷ شش‌دانگ ملکی را به عقد بیع با ثمن مقرر به خواهان‌ها تملیک نموده است و به‌منظور انتقال رسمی ملک، فروشنده وکالت رسمی به شماره ۵۸۹۹۷ در حق خریداران تنظیم می‌نماید. بعد از فروش ملک، خوانده ردیف اول به‌موجب قراردادهای رسمی رهنی تحت شماره‌های ۷۸۶۰، ۹۴۳۲، ۹۹۳۹، ۱۰۶۱۴ و ۱۰۶۱۹ شش‌دانگ ملک مذکور را در رهن بانک قراردادها است که این قراردادها به سبب این‌که راهن فاقد مالکیت نسبت به عین مرهونه بوده باطل و بلااثر می‌باشد، همچنین وکیل بانک ابطال قرارداد رهنی را به جهت دیگر؛ تبصره ۱ قانون منطقی کردن نرخ سود تسهیلات بانکی در عقود مذکور بند (ب) ماده ۳ قانون عملیات بانکی بدون ربا که عقود مشارکت و فروش اقساطی از آن جمله‌اند را خواستار گردیده است.

رأی دادگاه

به باور دادگاه بنا به جهات ذیل، دعوی خواهان‌ها متکی به دلایل قانونی نمی‌باشد و غیر وارد تشخیص داده می‌شود، چرا که «اولاً: با توجه به تاریخ تصویب قانون احکام دائمی برنامه‌های

توسعه کشور مصوب ۹۵/۱۱/۱۰ و انتشار آن در روزنامه رسمی کشور مورخ ۹۶/۱/۲۰ که به‌موجب ماده ۷۳ قانون مذکور: (این قانون، پس از انقضای برنامه پنج‌ساله توسعه جمهوری اسلامی ایران لازم‌الاجراست.) مضافاً این‌که حسب ماده واحده ۱۳۹۴/۱۲/۱۸؛ (ماده ۲۳۵ قانون برنامه پنج‌ساله توسعه تا پایان سال ۱۳۹۵ تمدید و با تصویب برنامه ششم توسعه و ابلاغ آن ملغی‌الاثر می‌شود.) فلذا با توجه به ماده ۴ قانون مدنی، ماده ۶۲ آن نسبت به معاملات گذشته اثری ندارد؛ به‌عبارت دیگر، ماده ۶۲ قانون مذکور چون مستلزم حکم ماهوی است، نمی‌تواند نسبت به قراردادهایی که سابق بر وضع آن منعقد شده است، حاکم باشد.

ثانیاً: در ماده ۶۲ قانون فوق آمده است: (کلیه معاملات راجع به اموال غیرمنقول ثبت شده مانند بیع، صلح، اجاره، رهن و نیز وعده یا تعهد به انجام این‌گونه معاملات باید به‌طور رسمی در دفاتر اسناد رسمی تنظیم شود اسناد عادی که درخصوص معاملات راجع به اموال غیر منقول تنظیم شوند مگر اسنادی که براساس تشخیص دادگاه دارای اعتبار شرعی است در برابر اشخاص ثالث غیر قابل استناد بوده و قابلیت معارضه با اسناد رسمی را ندارند.)

به نظر می‌رسد حتی در فرضی که شمول این ماده را به معاملات گذشته و بعد از تصویب این قانون (توأمان) نیز بدانیم، موضوع از چند جهت قابل بررسی است. نخست منظور از اعتبار شرعی چیست؟ آیا اعتبار شرعی رکنی از ارکان صحت معاملات است؟ آیا با کشف دادگاه مبنی بر اثبات وقوع عقد بیع، رکنی به ارکان صحت معامله اضافه می‌شود؟ به باور دادگاه درواقع اعتبار شرعی همان اعتبار قانونی است و بیش از آن نمی‌تواند باشد؛ زیرا اولاً: در نظام حقوقی ایران، باوجود قانون، نوبت به مراجعه به منابع دیگر نمی‌رسد و ثانیاً: شرایط و ارکان صحت قراردادها در ماده ۱۹۰ قانون مدنی منعکس‌شده و ماده ۶ قانون آیین دادرسی مدنی نیز وظیفه کنترل قراردادها را به دادگاه می‌دهد که اگر برخلاف نظم عمومی و اخلاف حسنه باشد، بی‌اعتبار تلقی شوند.

ثالثاً: اگر منظور ماده ۶۲ مذکور، معتبر بودن هر معامله عادی و نقض حقوق اشخاصی باشد که سند رسمی در اختیاردارند «در حدودی که واجد حسن نیت هستند» نیازی به انشاء ماده ۶۲ به این کیفیت نبود؛ چراکه در این ماده هم به «تشخیص دادگاه» اشاره دارد و حال‌آنکه حکم دادگاه اصولاً اعلامی است نه تأسیسی و این خود نشان می‌دهد که در این مورد، هر سند عادی را نباید پذیرفت و باید به مبانی دیگر و رعایت مقررات ثبتی توجه داشت و نیز در این ماده از «اعتبار شرعی» یاد می‌کند که صرف‌نظر از ابهام آن، حداقل مفید این معناست که معامله باید در وضعیتی باشد که از نظر حقوقی قابل اتکا و اعتماد باشد، زیرا در نظام قانونی، معامله شرعی و قانونی نباید دوگانه باشد و بنابراین با وصف ماده ۶۲، هنوز هم دادگاه باید با توجه به کل مقررات حاکم بر تعارض اسناد عادی و رسمی به موضوع بنگرد و تصویب ماده ۶۲، به مثابه خط بطلانی بر همه مقررات ثبتی و رسمی نیست مضافاً این‌که اگر این‌گونه به موضوع بنگریم که با کشف دادگاه از اعتبار بیع عادی و اعتباربخشی کامل به آن، باید تمام شرایط صحت و

استناد و معارضه با اسناد عادی را بر چنین امری مترتب کنیم؛ در واقع چنین کشفی موجب حل اختلاف فی‌مابین خریدار و فروشنده می‌شود و نسبت به اشخاص ثالث با حسن نیت، نقش مخربی خواهد داشت که خود برخلاف مذاق شرع و اعتماد به اسناد رسمی است. همچنان‌که مطابق اصل لاضرر، همین‌که حکم اولیه شرعی «فرض اعتبار داشتن سند عادی و بیع غیررسمی در مقابل دیگران» سبب ضرر غیر شود باید مورد نفی قرار گیرد و ازاین‌رو، دادگاه سند عادی را در مقابل هر دارنده با حسن نیتی که به قانون رسمی کشور و اسناد معتبر اتکا کرده است غیرقابل استناد می‌داند و حکم اولیه صحت شرعی، معامله‌ای بدون موازین قانونی «بعدازآن همه تأکید و رسمی نمودن سند وحضور در مراجع قانونی برای تأیید سند» مورد تأیید قرار نمی‌دهد زیرا حکمی ضرری است که باید نفی شود.

دوم: نظر به این‌که آن‌چه از ماده ۶۲ قانون احکام دائمی مستفاد می‌شود بیش از این نیست که سند عادی نیز ممکن است قابلیت استناد داشته باشد و این در حالی است که سابق بر این، جز در موارد محدود، چنین قابلیتی برای سند عادی در مقابل سند رسمی مورد تأیید نظام حقوقی نبود و نظر به این‌که ماده یاد شده دلالتی بیش از این ندارد «قابلیت استناد و معارضه داشتن» و از نظر تقدم و ترجیح نسبت به سند رسمی، هیچ حکمی را بیان نمی‌کند، اما چنین وصفی در مورد سند عادی در هیچ جای قانون تصریح نشده است و لذا حتی با فرض قابلیت استناد نیز، بازهم تقدم اعتبار اسناد عادی نسبت به سند رسمی، در شرایط مساوی منتفی است و در نظام حقوقی منظم، نمی‌توان فراتر از قانون عمل کرد و وقتی تنظیم سند به‌صورت رسمی در مقررات ثبتی و نیز به حکم بخش اول ماده ۶۲ الزامی است، در این شرایط دادگاه نمی‌تواند سند عادی را که برخلاف دستورات امری مقنن تنظیم گردیده، بر سند رسمی که با رعایت قانون تنظیم شده است مقدم و مرجح بداند و مبانی اصل اعتماد مشروع و استحکام معاملات نیز مؤید این معناست، لذا به باور دادگاه، صرف وضع ماده ۶۲ مذکور، به معنای نقض همه قواعد دیگر مانند اعتبار کامل سند رسمی در مقابل دیگران و اعتبار نسبی سند عادی، نیست تا ابطال سند رسمی را به استناد معامله مقدم عادی، بتوان قابل توجیه دانست و نظر به این‌که تنها در صورتی که دارنده سند رسمی در موقعیت سوءنیت و تقصیر یا قصور باشد می‌توان بیع عادی را با شرایط صحت و کافی بودن دلایل اثباتی آن، موجب بطلان سند رسمی دانست که در این صورت هم کافی است یکی از خریداران با سند رسمی، در سلسله انتقالات متعدد، واجد حسن نیت باشد تا مورد حمایت قرار گیرد و درواقع، بر اساس تئوری قابلیت استناد و اعتبار کامل سند رسمی، تنها در صورتی که دارنده سند رسمی، آن‌ها به نحوی به دست آورده که می‌بایست از روابط اشخاص دیگر نسبت به مبیع اطلاع حاصل می‌کرد و با علم با امکان اطلاع از بیع عادی، اقدام نموده باشد، حق تکیه بر قواعد حقوقی حمایت از سند عادی را ندارد؛ (قاعده اقدام) و حال آن‌که در این پرونده چنین شرایطی محرز نشده و لذا نمی‌توان اعتبار شرعی را برای سند عادی تعریف کرد.» (کانال تلگرامی دکتر عبدالله خدابخشی)

ـ حال با عنایت به رأی فوق، مباحث ذیل از نظر نگارنده شایسته توجه است:

۱. به نظر می‌رسد در رویه قضایی نظریه قابلیت استناد سند عادی علی‌رغم مقبولیت در حقوق ایران مطلق نبوده و به‌طور نسبی مورد پذیرش قرار گرفته است تا در هر مورد چنان‌چه دادگاه مبتنی بر اصول و موازین حقوقی معامله با سند عادی مقدم را از لحاظ شرعی معتبر بداند و آثار قانونی مربوطه را بر آن مترتب نماید؛ برای آن اعتبار قائل شود که با توجه به امکان سوءاستفاده احتمالی در انتقال رسمی املاک و عدم حسن نیت ثالث در تحصیل سند رسمی عادلانه و منصفانه به نظر می‌رسد به عبارت دیگر در این ماده تشخیص دادگاه درخصوص اعتبار اسناد عادی موضوعیت دارد زیرا در غیر این‌صورت هر معامله‌ای با سند عادی که با یک ایجاب و قبول واقع می‌شد صحیح و دارای اعتبار بود و نیازی به تشخیص دادگاه نداشت؛ بنابراین می‌توان نتیجه گرفت تشخیص دادگاه در خصوص تکوین این معامله نقش اساسی دارد از طرف دیگر عبارت «اعتبار شرعی» در این ماده مفهومی جدا از اعتبار قانونی ندارد در واقع، شرع، بیش از قواعد عمومی معاملات که در ماده ۱۹۰ قانون مدنی منعکس است، حکمی ندارد و هر قراردادی که شرعاً معتبر باشد، جز در مواردی که خلاف آن در قانون، تصریح شود (مانند بسیاری از معاملات در حوزه حقوق عمومی که به جهت تصریح قانون، باطل هستند) در قانون هم معتبر می‌باشد.

۲. پیچیده شدن روابط اجتماعی و حقوقی و دخالت قواعد آمره‌ای مانند ثبت سند رسمی برای تحقق یا اثبات انواع قراردادهای اشخاص ایجاب می‌کند که قواعد قراردادها نیز تابع نظم جدید حقوقی قرار گیرند و پاره‌ای اصول مانند رضایی بودن عقود یا حاکمیت اراده باطنی جای خود را به اصل اعتماد به ظاهر اسناد و مالکیت ظاهری و ثبت شده بدهند، به‌ویژه در روابطی که ارتباط مستقیم با نظم عمومی دارد و عدم رعایت مقررات ثبت اسناد و تشریفات مقرر، همان‌طور که گفته شد توالی فاسدی مانند تحقق دعاوی متعدد را به دنبال دارد، این جایگزینی به‌صورت مشهود قابل تصور است که نظام‌های حقوقی مختلف نیز این رویکرد را دنبال کرده و یکی از اصول اساسی قرارداد تلقی شده است؛ زیرا نیروی الزام‌آور عقد در روابط پیچیده فعلی تنها با اعتماد به ظاهر روابط، قفل و بسط می‌گردد و اگر قرار باشد برخلاف این رویکرد حرکت نمود، اعتماد که زیربنای تصمیم‌گیری است متزلزل شده و به تبع آن حجم معاملات و سرمایه‌گذاری به شدت کاسته می‌شود که زیان آن نه تنها متوجه بانک‌ها و مؤسسات اعتباری، دولت و سایر اشخاص حقوقی است که قادر به کنترل معاملات نیستند بلکه اشخاص حقیقی نیز از این امر متضرر شده و انگیزه برای اعطاء تسهیلات به آن‌ها کاسته می‌شود و بنابراین ارتباط این مسئله با نظم عمومی کاملاً روشن است.

۳. رفتار منطقی اشخاص و رعایت مقررات قانونی و حرکت هدفمند با نظام حقوقی، از اصولی است که سبب التزام اشخاص شده و انتظار به رسمیت شناختن حقوق آن‌ها و مشروعیت

تصرفات آن‌ها را توجیه می‌کند و در نقطه مقابل، افرادی که عمداً با اهمال یا بدون آشنایی با موازین حقوقی و ساده انگاشتن آن، اقدام به انعقاد معاملات می‌کنند و قواعد حقوقی را رعایت نمی‌نمایند یا در فرصتی که برای آن‌ها فراهم است به احقاق حق اقدام نمی‌کنند و این اهمال، سبب تضرر اشخاص ثالث می‌گردد، نباید بتوانند در هنگام اختلاف به برخی از قواعد متمسک شوند که مربوط به وضعیت بدون تشریفات است و با نادیده گرفتن رویکردهای قانون، از حق تقدم خود و عدم اعتبار حق دیگران دفاع نمایند.

همچنین نظام حقوقی دارای ویژگی پیش‌بینی‌پذیر بودن قواعد خود و حفظ اعتماد مشروع اشخاص به این قواعد می‌باشد و در هنگام اختلاف باید از شخصی که بر این نظام حقوقی تکیه نموده است حمایت کند در نقطه مقابل، به فردی که توجهی به این نظام حقوقی و قواعد آن نداشته (عمداً یا با اهمال یا بی‌توجهی)، حق مطالب امری که مغایر با حقوق اشخاص دیگر است اعطا ننماید و بدیهی است کسی که براساس سند مالکیت عاری از معارض، معامله‌ای منعقد می‌کند، با رعایت مقررات، انتظار حمایت قانونی هم خواهد داشت اما کسی که برخلاف این رویکرد حرکت می‌نماید تنها در صورتی که علم و آگاهی یا تقصیر ثالث را اثبات نماید می‌توان انتظار حمایت در مقابل حقوق متصوره ثالث را داشته باشد.

نتیجه‌گیری

آن‌چه به‌عنوان نتیجه پژوهشحاضر می‌تواند بیان نمود این است؛ که در خصوص پذیرش اسناد عادی در بین دادرسان محاکم و حقوقدانان اختلاف‌نظرهای زیادی دیده می‌شود؛ بدین معنی که عده‌ای باتوجه به نقش حاکمیت اراده، انتقال اموال غیرمنقول را رضایی می‌دانند و به‌تبع آن برای اسناد عادی اعتبار قائل‌اند اما برخی دیگر این عقود را جز عقود تشریفاتی می‌دانند و معاملات صورت گرفته با اسناد عادی را باطل می‌پندارند؛ که البته استدلالات گروه نخست اقوا به نظر می‌رسد؛ زیرا در هیچ کجای قانون ایران چه در قانون مدنی و چه در قانون ثبت و همچنین سایرقوانین دلیل متقنی برای بطلان معاملات صورت گرفته با اسناد عادی وجود ندارد؛ و همان‌طور که گفته شد غیرقابل‌پذیرش بودن سند عادی در ادارات و محاکم به معنی بطلان معاملات عادی نمی‌باشد. این رویه در اراده جدید قانون‌گذار یعنی ماده ۶۲ قانون احکام دائمی برنامه‌های توسعه کشور هم به طور نسبی دیده می‌شود در ماده مذکور باوجوداینکه مقنن برای نظم دادن به معاملات غیرمنقول و جلوگیری از معاملات معارض به تنظیم اسناد به‌طور رسمی توجه داشته ولی سرانجام در مرحله اثبات در صورت تنفیذ سند عادی، آن را بر سند رسمی مقدم دانست و برای اسناد رسمی در معاملات غیرمنقول نقش اثباتی قائل شد همچنین از طرف دیگر، دارنده سند عادی می‌تواند تا جایی پیش رود که سند رسمی مؤخر را ابطال نماید؛ بدین معنی که دیگر قضات نمی‌توانند به استناد ماده ۴۸ و ماده ۲۲ سند عادی را نادیده بگیرند و مطابق رأی وحدت رویه

شماره ۴۳ سند عادی را غیرقابل معارضه با سند رسمی بدانند این شیوه از قانون‌گذاری حقیقتاً صحیح نبوده و قابل انتقاد به نظر می‌رسد و تنها نتیجه این تحولات، افزایش چالش‌ها و اختلافات حقوقی در جامعه می‌باشد؛ که راه‌حل این مشکلات اصلاح مواد قانونی مربوط به ثبت معاملات اموال غیر منقول درخصوص ترجیح مطلق سند رسمی برسند عادی و سایر روش‌های اثبات دعوا و تصویب ماده‌ای صریح درخصوص ضمانت اجرای تخلف از این تکلیف می‌باشد که البته این مهم جز با تغییر رویه در شورای نگهبان و تبیین فقهی این مسئله و یا دخالت قانونی مجمع تشخیص مصلحت نظام میسر نخواهد بود.

منابع

۱. ابهری، حمید، و علی سرخی، نقش اسناد عادی در معاملات املاک، ویرایش نخست، تهران، انتشارات فکرسازان، ۱۳۸۷.
۲. آدابی، حمیدرضا، ویرایش نخست، حقوق ثبت تخصصی، تهران، انتشارات جنگل، ۱۳۸۸.
۳. امینی، منصور، «نقش ثبت سند در بیع مال غیرمنقول در حقوق فرانسه و بررسی قابلیت پذیرش آن در حقوق ایران»، مجله تحقیقات حقوقی دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۸۸
۴. باختر، سید محمد رسول، ویرایش نخست، اسناد عادی در رویه قضایی، تهران، انتشارات جنگل جاودانه، ۱۳۹۳.
۵. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۷۸)، مبسوط در ترمینولوژی، تهران، انتشارات کتابخانه گنج دانش، جلد دوم.
۶. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، حقوق تعهدات. جلد یک، تهران: انتشارات و چاپ دانشگاه تهران، ۱۳۷۲
۷. خدابخشی، عبدالله، «تحلیلی دیگر از ماده ۲۲ قانون ثبت»، مجله حقوقی دادگستری، ۱۳۸۹
۸. خدابخشی، عبدالله، «جستاری نقادانه بر ماده ۶۲ قانون برنامه‌های توسعه کشور»، روزنامه مناقصه مزایده، ۱۳۹۶
۹. دفتر مطالعات و تحقیقات دیوان‌عالی کشور، تهران، ۱۳۷۶. مذاکرات و آرای هیأت عمومی دیوان‌عالی کشور در سال ۱۳۷۴، انتشارات روزنامه رسمی. فاقد نوبت چاپ.
۱۰. شهابی اقبال، افشار، «تفسیر و توضیح ماده ۲۲ قانون ثبت»، ماهنامه کانون سردفتردارن و دفتریاران، ۱۳۷۹
۱۱. شهیدی، مهدی، «فروش مال غیرمنقول بدون تنظیم سند رسمی»، مجله تحقیقات حقوقی دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۷۱
۱۲. شهری، غلامرضا، و امیر حسین آبادی، مجموعه نظرهای مشورتی در مسائل مدنی، روزنامه رسمی، ۱۳۵۸
۱۳. قاسمی، محسن، ویرایش نخست.شکل گرایی در حقوق مدنی، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۸
۱۴. کاتوزیان، ناصر، دوره مقدماتی حقوق مدنی، اعمال حقوقی.چاپ اول، تهران: شرکت انتشار با همکاری بهمن برنا، ۱۳۷۱
۱۵. کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، جلد یک، چاپ دوم و هشتم، تهران، انتشارات شرکت سهامی انتشار ۱۳۷۶_۱۳۸۸و جلد پنجم، چاپ پنجم، ۱۳۸۷.
۱۶. لطیفیان، حسین.قولنامه، ویرایش دوم، تهران انتشارات روزنامه رسمی، ۱۳۷۱.
۱۷. میرزانژاد، اکبر، «درنگی پیرامون مواد ۲۲، ۴۶، ۴۷، ۴۸ قانون ثبت»، مطالعات آرای قضایی، شماره ۱۴، ۱۳۹۵
۱۸. سایت رسمی شورای نگهبان
۱۹. کانال تلگرامی دکتر عبدالله خدابخشی

زهرا محمودی دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه آزاد تهران (واحد جنوب)
دکتر نصرالله ابراهیمی استادیار دانشگاه تهران

فصل چهارم: مقایسه جایگاه شناسایی و اجرای احکام صادره از دادگاه‌های کشورهای عضو اتحادیه اروپا

قواعد حقوق بین‌الملل خصوصی به طور عام و قواعد تعارض قوانین به طور خاص از یک طرف از موضوعات پیچیده و بغرنج علم حقوق می‌باشند. به لحاظ گسترش روزافزون مبادلات از ارتباط بین کشورها و ملت‌ها و از بین رفتن مرزهای جغرافیایی و سیاسی به معنا و مفهوم گذشته و پیشرفت تکنولوژی و وسایل ارتباط جمعی و نیاز کشورها به همدیگر، قواعد و مقررات بین‌الملل خصوصی دستخوش تغییرات و دگرگونی‌های فراوان و روز افزون هستند.. یک نمونه موفق در یکسان‌سازی قواعد حاکم بر شناسایی و اجرای احکام دادگاه‌های خارجی را در اتحادیه اروپا می‌توان یافت که به موجب عهدنامه ۲۷ سپتامبر ۱۹۶۸ در بروکسل بین کشورهای عضو اصلی جامعه اقتصادی اروپا، بلژیک، آلمان، فرانسه، لوکزامبورگ و هلند در بروکسل امضاء شد. علاوه بر این کشورها در سال ۱۹۷۱ در لوکزامبورگ پروتکلی را امضاء نمودند (پروتکل لوکزامبورگ) که مکانیزمی را برای موضوعات تفسیر ناشی از عهدنامه بروکسل مقرر می‌نماید. به موجب آن، چنین موضوعاتی باید به دادگاه دادگستری جامعه اروپا ارجاع شوند. بنابراین این دادگاه، متن عهدنامه را در جایی که لازم باشد تفسیر می‌کند. عهدنامه بروکسل در تاریخ اول فوریه ۱۹۷۳ و پروتکل لوکزامبورگ که در تاریخ اول سپتامبر ۱۹۷۵ بین شش کشور اصلی عضو به اجرا در آمد.

در واقع هدف چنین عهدنامه‌ای در راستای اهداف معاهده ۱۹۵۷ رم بود که نقل و انتقال از کالا، خدمات کارگران و سرمایه و در نتیجه انعقاد قراردادهای بین‌المللی بسیار گسترده در خصوص خرید و فروش کالا و تهیه خدمات در سراسر جامعه را در برداشت. مسائل حقوقی که این تنوع قراردادها در بر داشتند مختلف بود؛ از جمله صلاحیت دادگاه‌ها و شناسایی و اجرای احکام آن‌ها بود. به عنوان مثال، از لحاظ حقوق بین‌الملل خصوصی برای این‌که یک حکم خارجی در یک کشور دیگر اجرا شود. ابتدا باید این حکم توسط یک دادگاه صالح صادر شده باشد بدین منظور یک راه نیز بدیهی هماهنگ نمودن قواعد صلاحیتی بود و این طریقی بوده است که توسط عهدنامه بروکسل پذیرفته شده است.

آن‌چه که حائز اهمیت برجسته‌ای می‌باشد، این است که عهدنامه، کشورهای دارای نظام حقوق نوشته و نظام حقوق عرفی را به خود جذب نموده و گردهم آورده است و شاید بتوان گفت که تأثیر آن بر نظام حقوقی عرفی، در واقع غلبه نظام حقوقی نوشته بر نظام حقوقی عرفی است. با توجه به قانون مزبور در کشورهای عضو اتحادیه اروپا یک هماهنگی و رویه واحد در خصوص شناسایی و اجرای احکام صادره از دادگاه‌های کشورهای عضو، ایجاد نموده است. با توجه به ضرورت ارتباط کشورها در قرن ۲۱ میلادی که ایجاد نظم نوین جهانی و پیوستن کشور به سازمان تجارت جهانی، (جهانی شدن) ضرورت انعقاد عهدنامه‌های بین‌المللی و حتی منطقه‌ای، بین کشورهای مشترک‌المنافع از جمله کشورهای اسلامی، اعضای کشورهای غیر متعهدها و غیره را ایجاب می‌نماید، که عهدنامه‌های مشترکی در جهت تأسیس شرایط شناسایی و اجرای احکام صادره از کشورهای عضو در سایر کشورها را فراهم نماید. عهدنامه بروکسل و پروتکل لوکزامبورگ بعنوان نمونه موفق آن می‌تواند مورد توجه کشورها قرار گیرد.

بخش اول: تمایز بین شناسایی حکم و اجرای آن در عهدنامه بروکسل

عهدنامه بروکسل بین شناسایی حکم و اجرای آن تمایز قائل شده است، اصولاً این دو عنوان دو چیز جداگانه‌ای هستند، چرا که شناسایی حکم مقدمه اجری آن است. تا حکمی در کشوری به رسمیت شناخته نشود دستور اجرای آن صادر نخواهد شد[۱].

شناسایی حکم دادگاه یک کشور در کشور دیگر به این معنی است که بررسی شود آیا حکم صادره دارای شرایط لازم مطابق قوانین کشوری که شناسایی حکم از آن درخواست شده، می‌باشد یا خیر. در هر کشوری مقرراتی وجود دارد که شرایط شناسایی حکم خارجی را در آن کشور بیان می‌کند. کشورهای اروپایی برای شناسایی احکام صادره از یک کشور اروپایی در دیگر کشور اروپایی دارای مقررات واحدی هستند که در مواد ۲۵ تا ۳۲ کنوانسیون بروکسل انعکاس یافته است.

شناسایی احکام بین کشورها اهمیت و ارزش زیادی دارد چه بسا حکم در کشوری به اجرا درآمده باشد. اما شناسایی آن در دیگر کشورها فواید فراوانی را به همراه داشته باشد.

به‌طوری که از لحاظ تعداد، بیشتر موارد اجرا است، در مواردی که حکمی به نفع یک شخص صادر شده و وی بخواهد برای اثبات دعوای دیگری از آن استفاده کند این حکم باید مورد شناسایی قرار گیرد[۲].

---

۱. نیکبخت، دکتر حمید رضا، تعارض قوانین و قراردادها، مجله حقوقی دفتر خدمات حقوق بین‌الملل جمهوری اسلامی ایران، شماره ۳۲، ص ۴۰

۲. نیکبخت، دکتر حمید رضا، جزوه درس حقوق بین‌الملل خصوصی مقطع کارشناسی ارشد، نیمسال اول ۱۳۸۰، دانشکده حقوق شهید بهشتی.

برای مثال یک نفر ایرانی اتومبیلی را به یک فرانسوی در بلژیک می‌فروشد اما قبل از این‌که اتومبیل را به خریدار تحویل دهد در اثر تصادف اتومبیل از بین می‌رود فرد فرانسوی در این حالت ثمن را تسلیم نمی‌کند لذا طرف ایرانی در بلژیک جهت مطالبه ثمن طرح دعوی می‌نماید و دادگاه با توجه به «تلف مبیع قبل از قبض» معامله را فسخ تلقی کرده و حکم به بی‌حقی طرف ایرانی می‌دهد. بعد از مدتی اموالی از طرف فرانسوی در کشور فرانسه در اختیار طرف ایرانی قرار می‌گیرد که او با استناد به وجه اتومبیل مذکور از استرداد آن اموال خودداری می‌کند. (خود را بابت بهای اتومبیل طلبکار می‌داند) دعوی در دادگاه فرانسه مطرح می‌شود. فرد فرانسوی برای بی‌اعتبار کردن ادعای ایرانی مبنی بر مطالبه وجه مبیع حکم دادگاه بلژیک را ارائه می‌دهد. در اینجا بحث شناسایی حکم دادگاه بلژیک در فرانسه مطرح می‌شود. بدون این‌که بحث اجرای آن در میان باشد. چنان‌چه دادگاه فرانسه آن را به رسمیت بشناسد، حکمی مبنی بر بی‌حقی طرف ایرانی صادر خواهد شد. باتوجه به مثل مذکور معلوم می‌شود که ارزش شناسایی احکام خارجی کمتر از ارزش اجرای آن‌ها نخواهد بود.

بخش دوم: تعریف حکم در عهدنامه بروکسل

به موجب ماده ۲۵ عهدنامه بروکسل رأی به معنای هرگونه رأی صادره از دادگاه یا مرجع قضایی یک کشور متعاهد است. صرف‌نظر از این‌که عنوان حکم داشته باشد یا خیر. مثلاً قرار دادگاه را نیز شامل می‌شود. این تصمیم قضایی ممکن است عناوینی مختلف داشته باشد. عناوین موثر در مقام نیستند. مهم نفس تصمیم‌گیری یک مرجع قضایی مطرح است که در دادگاه یک کشور از کشورهای عضو، اتحادیه اروپا صادر و در دادگاه کشور دیگر عضو تقاضای شناسایی و اجرای آن شده باشد. با مطالعه تطبیقی ماده ۲۵ عهدنامه بروکسل با قانون اجرای احکام مدنی ایران در می‌یابیم که در قانون اجرای احکام مدنی نیز اصطلاح حکم به مفهوم عام به کار رفته است به طوری که شامل قرارها و تصمیمات دادگاه نیز می‌شود. برای مثال در سیستم حقوقی ایران تأمینی وجود دارد به نام «قرار تأمین خواسته» یعنی تصمیم دادگاه در خصوص توقیف اموال محکوم‌علیه احتمالی و امثال آن‌که قرار خوانده می‌شود. (تحت شرایط خاص) نه حکم[1]. اجرای آن به ترتیبی است که در قانون اجرای احکام مدنی پیش‌بینی شده است.[2] عنوان قانون اخیرالذکر قانون اجرای احکام است نه اجرای قرار دستورات دادگاه. از طرف دیگر اگر تمام مواد قانون مذکور را نگاه کنیم صحت از حکم می‌شود با توجه به این‌که اجرای دیگر تصمیمات دادگاه غیر از حکم به معنای اخص آن در پاره‌ای موارد به قانون اجرای احکام مدنی محول شده است. برای جلوگیری از ایجاد اشکال در راستای اجرای تصمیمات دادگاه باید حکم به کار رفته در قانون مارالذکر را در مفهوم کلی و عام در نظر گرفت.

---

۱. رجوع کنید به ماده ۱۲۱ قانون آیین دادرسی مدنی ایران مصوب ۷۹/۱/۲۱ مجلس شورای اسلامی.
۲. رجوع کنید به ماده ۱۲۶ قانون اجرای احکام مدنی.

یعنی همان‌طور که ماده ۲۵ عهدنامه بروکسل حکم در مفهوم عام در نظر گرفته، در قانون اجرای احکام مدنی نیز حکم به همین مفهوم به کار رفته است. یعنی حکم شامل تصمیمات دادگاه در قالب رأی و قرار خواهد بود.

بخش سوم: موارد شناسایی و عدم شناسایی احکام خارجی در عهدنامه بروکسل

به موجب ماده ۲۶ عهدنامه بروکسل شناسایی احکام خارجی بدون هیچ‌گونه تشریفات خاص در بین کشورهای امضاءکننده معاهده صورت می‌پذیرد. براساس بند «۱» رأی صادره در یک کشور متعاهد در کشور متعاهد دیگر به رسمیت شناخته خواهد شد، بدون نیاز به تشریفات خاص در هر دعوایی که در جریان است ذی‌نفع می‌تواند با ادعای ارتباط کامل میان رأی صادره در کشور خارجی با موضوع دعوی از دادگاه رسیدگی‌کننده، تقاضا کند رأی مزبور را به موجب شورای کنوانسیون، شناسایی نماید.

باید به این نکته توجه داشت که فقط رأی صادره از یک کشور متعاهد (کشور عضو عهدنامه بروکسل) در کشور متعاهد دیگر طبق مقررات عهدنامه مذکور قابل شناسایی است. یعنی برای این‌که شناسایی تابع مقرات عهدنامه بروکسل باشد هم کشور صادرکننده رأی و هم کشور محل شناسایی آن باید هر دو کشور متعاهد باشند.

بنابراین اگر رأی از یک کشور غیرمتعاهد (مثلاً ایران) صادر و در بلژیک شناسایی آن درخواست شود شناسایی آن در بلژیک تابع قانون بلژیک خواهد بود که تابع مقررات عهدنامه حال و چنان‌چه حکمی علیه یک تبعه ایرانی توسط دادگاه یکی از کشورهای اروپایی صادر و در یک کشور دیگر اروپایی شناسایی آن تقاضا شود به موجب ماده ۲۶ عهدنامه بروکسل شناسایی آن بدون هیچ نوع تشریفات خاص تابع عهدنامه بروکسل خواهد بود.

براساس ماده ۲۷ کنوانسیون، رأی خارجی در موارد زیر به رسمیت شناخته نمی‌شود. در نتیجه به لحاظ عدم شناسایی امکان اجرای آن نیز در کشور دیگر متصور نمی‌باشد.

۱. اگر رأی مغایرت با نظم عمومی کشوری که تقاضای شناسایی از آن شده است داشته باشد امکان شناسایی وجود ندارد.

در بند ۲ ماده ۱۶۹ قانون اجرای احکام مدنی ما نیز به معیار نظم عمومی در شناسایی احکام خارجی پرداخته شده است که چنان‌چه رأی صادره از دادگاه خارجی با نظم عمومی ایران مغایرت داشته باشد شناسایی نخواهد شد.

براساس بند ۲ ماده ۲۷ عهدنامه بروکسل در مواردی که رأی به صورت غیابی صادر شده باشد چنان‌چه اسناد متشکله دعوا در مهلت زمانی مناسب که امکان دفاع برای او وجود داشته باشد به وی ابلاغ نشده باشد رأی مزبور شناسایی نخواهد شد.

برای مثال فرضاً ظرف دو روز از تاریخ تقدیم دادخواست لازم بوده که مدیر دفتر دادگاه نسخه ثانی دادخواست و ضمایم آن را به خوانده ابلاغ نماید و حداقل به او یک هفته فرصت دهد تا خود را برای دفاع آماده کند.

اما طبق برگ اخطاریه سه روز بیشتر به او مهلت داده نشده است در این حالت اگر رأی به صورت غیابی صادر شود چنان‌چه شناسایی آن رأی در دادگاه کشور دیگر درخواست شود آن رأی قابل شناسایی نخواهد بود.

براساس بند ۳ ماده ۲۷ عهدنامه بروکسل اگر رأی که تقاضای شناسایی در کشور دیگر می‌شود مغایر با رأی صادره در یک اختلاف بین همان اصحاب دعوی در کشوری که از آن درخواست شناسایی شده است باشد رأی شناسایی نخواهد شد.

به موجب ماده ۲۹ عهدنامه بروکسل تحت هیچ شرایطی یک حکم خارجی مورد بررسی ماهوی قرار نخواهد گرفت. به عبارت دیگر دادگاه کشوری که درصدد شناسایی حکم دادگاه دیگر است نمی‌تواند از شناسایی آن به دلیل آن‌که از لحاظ ماهوی اشتباه است یا این‌که رسیدگی به ماهیت دچار اشتباه شده است خودداری می‌کند. فقط در مصادیق بند ج در ماده ۲۷ و ۲۸ کنوانسیون می‌تواند از شناسایی حکم خارجی امتناع ورزد لیکن حق دخالت و ورود در ماهیت ندارد مقررات ماده ۱۶۹ قانون اجرای احکام مدنی ایران نیز از این نحوه شناسایی پیروی کرده است.

بخش چهارم: نحوه اجرای احکام صادره از دادگاه‌های کشورهای عضو کنوانسیون بروکسل

آراء صادره و قابل اجراء در کشورهای عضو کنوانسیون در دیگر کشور متعاهد به درخواست هر ذی‌نفع و با اعلام قابل اجرا بودن آن د کشور مزبور توسط مرجع صالح به اجرا در خواهد آمد. (ماده ۳۱ کنوانسیون).

ماده ۳۲ کنوانسیون بروکسل مرجعی را که درخواست اجرا در کشورهای عضو کنوانسیون باید به آن‌جا تسلیم شود، نام می‌برد. به موجب ماده ۳۳ آیین تقدیم درخواست براساس قانون کشور مقرر دادگاه خواهد بود. بررسی ماهوی رأی خارجی در این مورد نیز جایز نیست. (ماده ۳۴) دادگاه بلافاصله نسبت به درخواست اجرا اقدام خواهد کرد. محکوم‌علیه در این مرحله حق تقدیم لایحه نخواهد داشت. تصمیم دادگاه حسب مقررات کشور مقرر به خواهان اجرا ابلاغ می‌شود در صورتی که تصمیم مبنی بر اجرای رأی باشد محکوم‌علیه از زمان ابلاغ یک ماه برای تقدیم تقاضای تجدیدنظر مهلت خواهد داشت.

مرجع تجدیدنظر در کشوری که در آن تقاضای اجرای رأی خارجی شده است می‌تواند به درخواست محکوم‌علیه و در صورتی که در کشور صادرکننده رأی نسبت به رأی پژوهش‌خواهی عادی شده باشد یا در صورتی که هنوز مهلت پژوهش‌خواهی مقتضی نشده باشد دادرسی خود را به حال تعلیق در آورد. دادگاه همچنین می‌تواند اجرای آن را مشروط به تأمین وثیقه‌ای که خود مناسب تشخیص می‌دهد بنماید. موانع اجرای آراء خارجی، همان موارد مانع از شناسایی می‌باشد که در مواد ۲۷ و ۲۸ کنوانسیون برشمرده شده است.

بخش پنجم: اجرای احکام صادره از محاکم ایران در کشورهای خارجی

همچنان‌که گاهی ممکن است لازم شود حکم صادره از محاکم خارجی در ایران اجرا شود، گاهی نیز ممکن است که احکام صادره از محاکم ایرانی لازم باشد در کشورهای خارجی به مورد اجرا گذاشته شود. چنان‌چه محکوم‌له ایرانی حکمی بر علیه شخصی که مقیم کشور خارجی است و در ایران نیز اموالی ندارد از دادگاه ایران گرفته باشد، محکوم‌له ناگزیز است برای اجرای حکم صادره به دادگاه خارجی مراجعه کند.

در این صورت محکوم‌له ایرانی ابتدا بایستی تشریفات قانونی قطعی شدن حکم در ایران و صدور دستور اجرای آن را طی کند و آنگاه حکم مزبور را ترجمه کرده و پس از رسمی کردن آن به دادگاه خارجی تقدیم داشته و درخواست اجرای حکم صادره از دادگاه ایران را بخواهد. بالطبع دادگاه خارجی نیز با رعایت شرط معامله متقابل و حسب مقررات موجود در آن کشور نسبت به مورد اقدام خواهد نمود. اما حسب ماده ۱۷۱ قانون اجرای احکام مدنی، «در صورتی که در معاهدات و قراردادهای بین دولت ایران و کشور صادرکننده حکم ترتیب و شرایطی برای اجرای حکم مقرر شده باشد همان ترتیب و شرایط متبع خواهد بود.»

فصل پنجم: داوری‌های بین‌المللی

بخش اول: قانون حاکم بر داوری‌های تجاری بین‌المللی

همان‌طوری که قبلاً نیز بیان شد مهم‌ترین اثر قرارداد داوری ایجاد صلاحیت استثنایی برای اشخاص حقوق خصوصی جهت حل و فصل دعاوی و تخصیص به قاعده صلاحیّت عام دادگاه‌های دولتی است.

رهایی داوری تجاری بین‌المللی از سلطه دولت‌ها دو هدف اساسی را تعقیب می‌کند: یکی محدودیت مداخله قاضی ملّی و دیگری استقلال و آزادی در انتخاب قانون حاکم. محدودیّت مداخله قضات ملّی در کارکرد داوری مکمل جایگزینی داوران بین‌المللی به جای قضات و جنبش به سوی استقلال و آزادی طرفین در انتخاب قانون حاکم است. مداخله قضات ملّی ممکن است در مراحل مختلف جریان داوری روی دهد بدین معنا که ممکن است مربوط به قرارداد داوری یا رأی داوری و یا اجرای آن باشد. این وضعیّت به متداعیین با سوء نیت امکان می‌دهد که با رجوع به دادگاه‌های ملّی به کار داوری لطمه زنند. ولی از آنجا که مداخلهٔ مراجع قضایی ملّی را بویژه در مرحله اجراء نمی‌توان به کلی نفی کرد آن‌چه مدنظر قرار گرفته است محدود کردن آن می‌باشد.

انتخاب قانون حاکم نیز از نظر تحوّل داوری و رهایی آن از سلطه دولتی حائز اهمیت است. با ترقی و توسعه تجارت بین‌الملل و به تبع آن شکل‌گیری مراکز متعدد کنونی در جامعه بین‌المللی مانند محاکم ایکسید[1] و داوری‌های اتاق بازرگانی بین‌المللی، لزوم آگاهی بیشتر نسبت به حقوق

1. International centre for settlrment of investment disputes (ICSID)

بین‌الملل خصوصی و داوری‌های تجاری بین‌المللی به ویژه در زمینه قوانین حاکم بر داوری‌ها، ضروری به نظر می‌رسد. به همین جهت این بحث را در سه گفتار تحت عنوان قوانین حاکم بر اعتبار، آیین و ماهیت داوری بررسی می‌نماییم.

بخش دوم: قانون حاکم بر اعتبار قرارداد داوری

به طور کلی اعتبار قرارداد داوری می‌تواند از دو جهت مطرح باشد، یکی از جهت شکلی و دیگری از جهت ماهوی. از جهت شکلی، تأکید بر کتبی بودن قرارداد داوری در کنوانسیون نیویورک، قانون نمونه داوری آنستیرال و قانون داوری تجاری بین‌المللی مشاهده می‌شود. بدین صورت که ماده دوّم کنوانسیون نیویورک رجوع به امر داوری را چه به صورت شرط داوری باشد و چه به صورت قرارداد جداگانه، منوط به کتبی بودن آن کرده است. بند ۲ ماده هفتم قانون نمونه داوری آنسیترال نیز کتبی بودن موافقنامه داوری را مورد تأکید قرار داده است. همچنین قانون داوری تجاری بین‌المللی که ملهم از قانون نمونه داوری آنسیترال است در مادّه هفتم خود شکل موافقنامهٔ داوری را بدین صورت بیان کرده: «موافقنامه داوری باید طی سندی به امضای طرفین رسیده باشد یا مبادله‌نامه، تلکس، تلگرام، یا نظایر آن‌ها بر وجود موافقنامه مزبور دلالت نماید یا یکی از طرفین طی مبادله درخواست یا دفاعیّه وجود آنرا ادعا کند و طرف دیگر عملاً آنرا قبول نماید. ارجاع به سندی در قرارداد کتبی که متضمّن شرط داوری باشد نیز به منزله موافقت‌نامه مستقل داوری خواهد بود».

ماده ۹ کنوانسیون ۱۹ ژوئن ۱۹۸۰ رُم[1] در مورد قانون حاکم بر اعتبار شکلی قرارداد در بندهای ۱ و ۲ خود مقرر می‌دارد: «۱. قرارداد منعقد شده بین اشخاصی که در یک کشور هستند از نظر شکلی معتبر است اگر مقررات شکلی قانونی که مطابق این عهدنامه بر آن حاکم است یا قانون کشور محل انعقاد را رعایت کند. ۲. قرارداد منعقد شده بین اشخاصی که در کشورهای مختلف هستند از نظر شکلی معتبر است اگر مقررات شکلی قانونی که مطابق این عهدنامه بر آن حاکم است یا مقررات شکلی قانون کشور محل حضور یکی از طرفین را رعایت کند.»

عهدنامه در این ماده قائل به تخییر شده است بدین معنا که قاضی در تشخیص این‌که آیا قرارداد از لحاظ شکلی معتبر است یا خیر می‌تواند قانون محل انعقاد قرارداد را حاکم بر موضوع بداند یا قانونی را که به موجب این عهدنامه بر آن حاکم می‌باشد (یعنی قانون مورد توافق طرفین و در صورت فقدان توافق قانونی که ارتباط نزدیک با موضوع متنازعٌ فیه دارد).[2] در قانون ایران نیز

---

۱. موضوع کنوانسیون رُم تعارض قوانین در زمینه تعهدات قراردادی است. این کنوانسیون وحدت انعطاف پذیر حقوق بین‌الملل خصوصی قراردادها را در کشورهای عضو جامعه اقتصادی اروپا تأمین نموده است.

۲. ماده سوم کنوانسیون ۱۹۸۰ رُم در مورد تعیین قانون حاکم بر تعهدات قراردادی اصل حاکمیت اراده طرفین قرارداد را در نظر گرفته است و در صورت فقدان توافق طرفین در انتخاب قانون حاکم، در ماده ۴ خود قانون کشوری را صالح دانسته است که نزدیکترین ارتباط را با قرارداد دارد. کنوانسیون مذکور در ماده سوّم خود مقرر می‌دارد: «یک قرارداد باید تحت حاکمیّت قانونی که بوسیله طرفین انتخاب می‌شود باشد...» متعاقباً در ماده ۴ این کنوانسیون آمده

در مادّه ۹۶۹ قانون مدنی به این مورد اشاره شده است این مادّه مقرر می‌دارد: «اسناد از حیث طرز تنظیم تابع قانون محل تنظیم خود می‌باشند» این قاعده در مورد شکل قرارداد داوری نیز پذیرفته شده است.

از جهت ماهوی نیز به دو مسئله می‌توان اشاره داشت، یکی اهلیّت و دیگری قابلیّت ارجاع دعوی به داوری.[1]

در مورد اهلیّت طرفین موافقنامه داوری موادّ ۶ و ۷ قانون مدنی[2] تشخیص آنرا بر طبق قانون دولت متبوع افراد قرار داده است. البته باید به استناد مطروحه در مادّه ۹۶۲ قانون مدنی که جهت جلوگیری از سوء استفاده اتباع خارجی در نظر گرفته شده است نیز توجه داشت. این مادّه مقرر می‌دارد: «تشخیص اهلیّت هرکس برای معامله کردن برحسب قانون دولت متبوع او خواهد بود مع ذلک اگر یک نفر تبعه خارجه در ایران عمل حقوقی انجام دهد در صورتی که مطابق قانون دولت متبوع خود برای انجام آن عمل واجد اهلیّت نبوده و یا اهلیّت ناقصی داشته است آن شخص برای انجام آن عمل واجد اهلیّت محسوب خواهد شد در صورتی که قطع نظر از تابعیّت خارجی او مطابق قانون ایران نیز بتوان او را برای انجام آن عمل دارای اهلیّت تشخیص داد. حکم اخیر نسبت

است: «تا حدی که قانون قابل اعمال بر قرارداد طبق ماده سوم انتخاب نشده باشد قرارداد تحت حاکمیت قانون کشوری خواهد بود که نزدیکترین ارتباط را با قرارداد دارد ...»

از آنجا که قرارداد مجموعه واحدی را تشکیل می‌دهد معمولاً تنها با یک کشور نزدیکترین پیوندها را دارد. بند ۲ همین ماده به عنوان ملاک نزدیکترین ارتباط، اجرای تعهد شاخص قرارداد را در نظر گرفته است. بدین صورت که: «فرض می‌شود قرارداد با کشوری ارتباط دارد که اقامتگاه طرفی که قرار است اجرای شاخص قرارداد را برعهده داشته باشد. عادتاً در زمان انعقاد قرارداد در آن کشور می‌باشد یا اگر متعهد مزبور شرکت، انجمن یا شخص حقوقی است اداره مرکزیش در آن کشور واقع است.

تعهّد شاخص تعهدی است مخصوص همان قرارداد یا به عبارت دیگر تعهد ویژه‌ای است که به قرارداد شاخصیّت داده و موجب تمایز آن از سایر قراردادها می‌گردد به طور مثال در عقد بیع تحویل مبیع به مشتری تعهّد ویژه است امّا پرداخت ثمن معامله تعهّد ویژه نیست چرا که در اغلب قرادادها تعهّد پرداخت پول وجود دارد. همچنین در بند ۳ همین مادّه مقرر شده است. «در جایی که قرارداد یک حق عینی مربوط به مال غیر منقول یا حق استفاده از مال غیر منقول باشد، فرض آن است که قرارداد با کشوری نزدیکترین پیوندها را دارد که مال غیر منقول در آنجا واقع است.» در اینجا دیگر تعهّد شاخص تعیین‌کننده جایگاه قرارداد نیست بلکه محّل وقوع مال غیر منقول است که چنین جایگاهی را تعیین می‌کند: (پل لاگارد، حقوق بین‌المللی خصوصی نوین در زمینه قراردادها پس از لازم‌الاجراء شدن کنوانسیون رُم ۱۹۸۰، ترجمه دکتر محمّد اشتری، مجله حقوقی دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی، شماره ۲۰، صص ۳۱۴ تا ۳۲۴). همچنین در این زمینه رجوع کنید به تقریرات آقای دکتر نیکبخت در درس حقوق بین‌الملل خصوصی (دوره کارشناسی ارشد).

۱. موارد دیگری نیز در این زمینه مطرح می‌باشند از آن جمله قصد و رضای طرفین یا به عبارت دیگر توافق طرفین مبنی بر انعقاد قرارداد داوری، معین بودن موضوع و مشروعیّت جهت قرارداد.

۲. مادّه ۶ قانون مدنی: «قوانین مربوط به احوال شخصیه از قبیل نکاح و طلاق و اهلیّت اشخاص وارث در مورد کلیّه اتباع ایران و لو این‌که مقیم در خارج باشند مجری خواهد بود / مادّه ۷ قانون مدنی: اتباع خارجه مقیم در خاک ایران از حیث مسائل مربوط به احوال شخصیه و اهلیّت خود و همچنین از حیث حقوق ارثیه در حدود معاهدات مطیع قوانین و مقررات دولت متبوع خود خواهند بود.

به اعمال حقوقی که مربوط به حقوق خانوادگی و با حقوق ارثی بوده و یا مربوط به نقل و انتقال اموال غیر منقول واقع در خارج ایران می‌باشد شامل نخواهند بود.»

همچنین ماده ۴۵۴ قانون آیین دادرسی مدنی به مسئله اهلیّت اشاره دارد: «کلیّه اشخاصی که اهلیّت اقامه دعوی دارند می‌توانند با تراضی یکدیگر منازعه و اختلاف خود را خواه در دادگاه‌ها طرح شده یا نشده باشد و در صورت طرح در هر مرحله‌ای از رسیدگی باشد، به داوری یک یا چند نفر ارجاع دهند.»

مادّه پنجم بند ۱ (الف) کنوانسیون نیویورک یکی از مواردی را که محکوم‌علیه می‌تواند جهت جلوگیری از اجرای احکام داوری به آن استناد کند، عدم اهلیّت طرفین موافقنامه داوری به موجب قانون متبوع ایشان ذکر کرده و مقرر می‌دارد:

«۱. درخواست شناسایی و اجرای حکم داوری فقط در صورتی می‌تواند به تقاضای کسی که علیه او به حکم استناد شده، رد شود که طرف مذکور نزد مرجع صالح محلّی که در آنجا تقاضای شناسایی و اجرای حکم شده است، دلایل و مدارک مثبته‌ای ارائه دهد مبنی بر اینکه: الف) طرفین موافقنامه داوری مورد اشاره در مادّه دوّم، طبق قانون متبوع ایشان به جهتی فاقد اهلیّت بوده، یا اینکه...». مادّه ۳۴ قانون نمونه داوری آنستیرال نیز اثبات عدم اهلیّت یکی از طرفین موافقنامه داوری را از مواردی دانسته است که رأی داوری توسط دادگاه رد خواهد شد. مادّه دوّم قانون داوری تجاری بین‌المللی نیز به ضابطه اهلیّت اشاره دارد و ارجاع امر به داوری را مستلزم داشتن اهلیّت می‌داند بدین صورت که: «کلیه اشخاصی که اهلیت اقامه دعوی دارند می‌توانند داوری اختلافات تجاری بین‌المللی خود را اعم از این‌که در مراجع قضایی طرح شده یا نشده باشد و در صورت طرح در هر مرحله که باشد با تراضی، طبق مقررات این قانون به داوری ارجاع کنند.» بند ۱ (الف) ماده ۳۳ همین قانون فقدان اهلیّت یکی از طرفین را از موارد ابطال رأی داوری دانسته است.

در مورد قابلیت ارجاع دعوی به داوری به موجب مادّه ۴۵۸ قانون آیین دادرسی مدنی تصریح به موضوع اختلافی که باید به طریق داوری قطع شود لازم دانسته شده است. مادّه ۲۸ قانون اجرای احکام مدنی نیز معین نبودن موضوع داوری را از موانع اجرای رأی داوری می‌داند.

ولی در هرحال حقوق ایران در این زمینه بسیار انعطاف‌پذیر می‌باشد زیرا مطابق مادّه ۴۵۶ قانون آیین دادرسی مدنی ارجاع اختلافات آتی به داوری مجاز است به علاوه در شروط داوری مندرج در قراردادهای اصلی معمولاً ذکر می‌شود که ناظر به اختلافات ناشی از همان قرارداد است.

در حقوق ایران مطابق ماده ۴۹۶ قانون آیین دادرسی مدنی ارجاع دو نوع دعاوی به داوری صریحاً منع شده است که عبارتند از: ۱. دعاوی راجع به اصل نکاح، فسخ آن، طلاق و نسب

به طور کلی مادّه ۸ کنوانسیون ۱۹۸۰ رُم راجع به قانون حاکم بر اعتبار ماهوی قرارداد مقرر داشته:

«۱. موجودیّت و صحّت قرارداد یا شرایط موجود در آن تابع قانونی است که به موجب این عهدنامه به شرط صحّت قرارداد یا آن شرط قابل اجراء است.

۲. لذا یک طرف قرارداد می‌تواند به قانون محل سکونت عادی خویش برای اثبات این‌که راضی به انعقاد قرارداد نبوده است استناد کند، چنان‌چه از اوضاع و احوال مشخص گردد که این عاقلانه نخواهد بود اثر رفتار وی را براساس قاعده مشخص شده در پاراگراف قبلی تعیین می‌نمایند.»

در واقع این ماده روشن می‌کند که آیا قرارداد به طور صحیح منعقد شده یا خیر یا آیا قرارداد به دلیل توصیف خطا یا متقلبانه، کتمان حقایق اساسی یا اعمال فشار ناروا از اعتبار می‌افتد یا خیر؟ آیا تصریح جهت معامله یا مشروعیّت آن برای الزامی کردن قرارداد واجب است یا خیر؟

مطابق مادّه ۱، این کنوانسیون ناظر بر تعهدات قراردادی است، حال اگر یکی از طرفین مدعی شود که قرارداد از ابتدا باطل بوده صحّت ادعای وی با چه قانونی سنجیده خواهد شد.

مطابق مفاد بند ۱ ماده ۸ قانون لازم‌الاجراء به موجب این عهدنامه در نظر گرفته خواهد شد. بدین معنا که اگر طرفین قانونی را انتخاب کرده باشند آن قانون و در صورت عدم انتخاب مطابق مفاد ماده ۴ این عهدنامه قانونی که ارتباط نزدیک با موضوع متنازعٌ فیه دارد تصمیم خواهد گرفت.[۱]

مصداق بند ۲ این ماده حالتی است که در آن کسی معتقد باشد که من در مورد انعقاد قرارداد رضایت نداشتم چرا که سکوت اختیار کردم و مطابق قانون اقامتگاه من سکوت رضایت محسوب نمی‌شود. در اینجا قاضی باید تشخیص دهد که آیا عاقلانه است که قانون اقامتگاه فرد را در نظر بگیرد یا غیر قانونی که مطابق عهدنامه می‌باشد را حاکم بداند.

بنابراین به طور کلی می‌توان به این نتیجه رسید که قراردادها و موافقنامه‌های داوری علل‌الاصول تابع قانون منتخب طرفین هستند با این وصف که در بعضی از موارد توافق طرفین موثر در مقام نمی‌باشد. به عنوان مثال قسمت اول بند ۱/الف ماده پنجم کنوانسیون نیویورک در تشخیص اهلیّت که یکی از شرایط اعتبار قرارداد است قانون متبوع طرفین را حاکم دانسته است و در قسمت دوم همین بند سایر موارد مربوط به اعتبار قرارداد را تابع قانون مورد توافق طرفین که در صورت فقدان توافق تابع قانون محل صدور رأی دانسته است. بنابراین توافق طرفین در مسئله اهلیّت موثر نمی‌باشد. در قوانین ایران مواد ۵ و ۹۶۸ قانون مدنی[۲] نیز اشاره به قانون حاکم دارند. البته ماده ۹۶۸ ناظر به قانون حاکم بر آثار قرار داد می‌باشد به همین جهت برای تعیین قانون حاکم می‌توان به مادّه ۵ قانون مدنی مراجعه کرد. از این مادّه دریافت می‌شود، کسانی که در ایران قراردادی منعقد می‌کنند قانون ایران به عنوان قانون محل انعقاد عقد نسبت به شرایط ایجاد عقد حکومت خواهد کرد. در قسمت اخیر این ماده آمده! «... مگر در مواردی که قانون استثناء کرده باشد» که منظور مواد ۶ و ۷ همین قانون که همانا احوال شخصیه که اهلیّت نیز جزو آن می‌باشد، است.

---

۱. ر.ک. پاورقی صفحه ۲۱

۲. مادّه ۵ قانون مدنی: «کلّیه سکنه ایران اعم از اتباع داخله یا خارجه مطیع قوانین ایران خواهند بود مگر در مواردی که قانون استثناء کرده باشد» / ماده ۹۶۸ نیز مقرر می‌دارد: «تعهدات ناشی از عقود تابع قانون محل وقوع عقد است مگر این‌که متعاقدین اتباع خارجه بوده و آنرا صریحاً یا ضمناً تابع قانون دیگری قرار داده باشد.»

بنابراین می‌توان گفت که شرایط اعتبار قرارداد (چنان‌که در ایران منعقد شده باشد) به موجب مادّه ۵ قانون مدنی و آثار ناشی از آن به موجب مادّه ۹۶۸ همان قانون، تابع قانون ایران خواهد بود.[۱]

بخش سوم: قانون حاکم بر آیین داوری

حاکمیت اراده در این مورد نیز از اولویّت برخوردار است. به بیان دیگر اصل حاکمیت اراده در مرحلهٔ اوّل حق انتخاب بین قوانین دولتی را اعطاء می‌کند، لیکن در مرحلهٔ دوّم توسعه داوری، حوزه انتخاب را گسترش داده به طرفین اجازه می‌دهد که قانون ملّی را به سود مقررات بین‌المللی کنار گذارند.

بند (د) مادّه پنجم کنوانسیون نیویورک توافق طرفین را در مورد تشکیل مرجع داوری و تشریفات داوری در نظر دارد و در صورت عدم وجود توافق، قوانین کشوری که داوری در انجا انجام شده (محل صدور رأی) را حاکم می‌داند.

مقررات فصل پنجم قانون داوری تجاری بین‌المللی درباره اداره جریان داوری (مواد ۱۸ـ۲۶) بسیار شبیه مقرراتی است که در باب پنجم نمونه داوری آنستیرال در همین مورد آمده است. (مواد ۲۷ـ۸)

نوآوری‌ها و تحولاتی که قانون داوری تجاری بین‌المللی در خصوص اداره جریان داوری و در مقایسه با آن‌چه در مقررات داوری قانون آیین دادرسی مدنی وجود دارد، ایجاد کرده، در واقع همان مواردی است که از قانون نمونه داوری آنسیترال اقتباس کرده، مقررات آیین دادرسی مدنی در مورد داوری، اصل برتری موافقنامه داوری از حیث نحوهٔ اداره جریان داوری را پذیرفته است.[۲] اما قانون داوری تجاری بین‌المللی در این زمینه صریح‌تر است. طبق ماده ۱۹ این قانون «طرفین می‌توانند به شرط رعایت مقررات امره این قانون، در مورد آیین رسیدگی داوری توافق نمایند.» البته اولویّت توافق‌های طرفین برای تعیین موضوعات دیگری که در قانون مذکور ذکر شده نیز روشن است مثل محل داوری، زبان داوری، نحوه تسلیم دادخواست و دفاعیه، استماع شفاهی و تبادل لوایح.

---

۱. در رابطه با امری یا اختیاری بودن این مادّه نظریات مختلفی وجود دارد ولی در هر صورت آن‌چه که از این ماده بر می‌آید این است که چون قانون‌گذار در قسمت اوّل این مادّه به طور قاطع و صریح قانون محل انعقاد را حاکم بر تعهدات ناشی از قرارداد دانسته است و در قسمت دوّم آن عبارت «...مگر این‌که متعاقدین...» را گنجانده است بنابراین این خود بیانگر امری بودن این مادّه می‌باشد. به عبارت دیگر اختیاری بودن یا وجود توافق طرفین (حاکمیّت اراده) فقط منوط به این است که طرفین قرارداد هر دو تبعه خارجی باشند.
در عین حال امری بودن این مادّه مشکلات عدیده‌ای را بوجود خواهد آورد، از جمله این‌که در صورتی که اتباع ایران در کشور خارجی قراردادی منعقد نمایند قادر نخواهند بود قانون ایران را حاکم بر تعهّداتشان قرار دهند. همچنین در نتیجه گسترش روزافزون ارتباطات میان اشخاص بسیاری از قراردادهای بازرگانی در قطار و هواپیما منعقد می‌شود که در این حالت دیگر محل انعقاد قرارداد جای ثابتی نخواهد بود که قانون آنجا را حاکم بر تعهدات ناشی از قرارداد بدانیم. جایگزینی پست الکترونیکی به جای نوشتاری و انعقاد قرارداد از این طریق نیز باعث منتفی شدن قاعدهٔ محل انعقاد قرارداد می‌شود. به نظر می‌رسد علت این‌که قانون‌گذار چنین قاعده‌ای را وضع نموده وجود سوابق کاپیتولاسیون و بدبینی نسبت به قانون خارجی بوده است.

۲. ماده ۴۷۷ قانون آیین دادرسی مدنی مقرر می‌دارد که: «داورها در رسیدگی و رأی، تابع مقررات قانون آیین دادرسی نیستند ولی باید مقررات مربوط به داوری را رعایت کنند.»

بدیهی است که اصل آزادی عمل طرفین درباره تعیین آیین رسیدگی شامل انتخاب قواعد داوری که در موافقنامه داوری ذکر می‌شود، اعم از این‌که قواعد داوری سازمانی باشد یا داوری موردی، نیز هست.

دیوان داوری حق دارد در غیاب توافق طرفین، درباره قواعدی که باید در طول دادرسی اعمال شود، تصمیم‌گیری کند. البته اختیارات وسیعی که داوران دارند به موجب مقررات آمره قانون داوری تجاری بین‌المللی از قبیل اصل رفتار برابر نسبت به طرفین و نیز حق درخواست استماع محدود می‌شود. این دو اصل در ماده ۱۸ قانون مذکور آمده است[۱] و نقض و تخلّف از آن از جمله موارد ابطال رأی داوری است (ماده ۳۳).

قلمرو استقلال دیوان داوری از حیث تعیین آیین رسیدگی در غیاب توافق طرفین شامل اموری از قبیل موارد زیر نیز می‌شود:

اداره جریان داوری به شیوه‌ای که دائران مناسب و مقتضی می‌دانند، قبول ادله و نیز تصمیم‌گیری درباره موضوعیّت و ارزش اثباتی آن‌ها، تعیین محل داوری، زبان را زبان‌های داوری، ترتیب تبادل لوایح و تعداد و دفعات آن، برگزاری جلسه استماع اضافی یا تسلیم لوایح اضافی، و سایر موضوعات مربوط به آیین رسیدگی در داوری[۲].

این گفتار به بررسی قانونی می‌پردازد که حل و فصل خود دعوی و اختلاف یعنی علّت نهایی امر داوری باید به موجب آن انجام شود.

بخش چهارم: قانون حاکم بر ماهیت دعوی

در این مقوله نیز اراده طرفین مبنا و اساس کار است. به بیان دیگر طرفین می‌باید در انتخاب قانون حاکم بر روابطشان آزاد باشند. توجه به تئوری آزادی طرفین در انتخاب قانون حاکم به حدی است که آن را به عنوان یک اصل کلی شناخته شده بوسیله ملل متمدّن دانسته‌اند. بنابراین طرفین می‌توانند قانون حاکم بر ماهیّت را تعیین کنند و داوران مکلّف به اجرای قانونی هستند که طرفین تعیین کرده‌اند.

انتخاب قانون بوسیله طرفین گاه با گنجانیدن یک شرط ناظر به انتخاب قانون، به طور صریح تحقّق می‌یابد و گاه نیز قصد طرفین به طور معمول و متعارفی اثبات شده و نسبت به آن یقین حاصل می‌شود یعنی اوضاع و احوال و مندرجات پرونده نشان می‌دهد که طرفین به قانون کشور خاصی نظر داشته‌اند مثل این‌که قرارداد طبق روش معمول در کشور خاصّی تنظیم شود.

---

۱. ماده ۱۸: رفتار با طرفین به نحو مساوی و به هر کدام از آنان فرصت کافی برای طرح ادعا یا دفاع و ارائه دلایل داده شود.

۲. سیفی (دکتر سیدجمال)، قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران همسو با قانون نمونه داوری آنسیترال، مجله حقوقی دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی، شماره ۲۳، سال ۱۳۷۷، ص ۶۶.

پس همان‌طوری که گفته شد طرفین می‌باید در انتخاب قانون حاکم بر روابطشان آزاد باشند و این حق انتخاب قانون چه بوسیله طرفین و چه توسّط داورها (در صورت سکوت طرفین) باید محدود به یک نظام حقوقی موجود باشد. در واقع هیچ قراردادی نمی‌تواند در خلاء یعنی بدون این‌که مبتنی بر یک نظام حقوقی باشد موجود شود[1]. در عمل نظام حقوقی مورد توجه طرفین قراردادهای بین‌المللی، نظام حقوقی فرا ملّی بازرگانی در قراردادهای بین‌المللی می‌باشد. بدین ترتیب که طرفین قراردادهای بین‌المللی با نفی هرگونه حقوق ملّی، قرارداد خود را تابع رسوم و عرف‌های تجاری بین‌المللی و نیز قواعد مشترک میان همه یا اکثر کشورهایی که به تجارت بین‌المللی اشتغال دارند و یا کشورهای مرتبط با دعوی قرار می‌دهند. حال هرگاه چنین قواعد مشترکی را نتوان تعیین نمود، داور قاعده‌ای را اعمال یا راه‌حلی را انتخاب می‌کند که به نظر او مناسب‌ترین و منصفانه‌ترین راه باشد. بررسی قانون حاکم در قراردادهای تجاری بین‌المللی نشان می‌دهد که ترکیب حقوقی فراملی با یک سیستم حقوق ملی و نیز ترکیب آن با انصاف بسیار رایج است. همچنین طرفین می‌توانند از داوران بخواهند که دعوی را باتوجه به موازین انصاف و ملاحظات غیرحقوقی فیصله دهند. قید این اختیار در موافقت‌نامه داوری بسیار مهم است و الا داوران باید بر طبق موازین حقوقی دعوی را حل و فصل نمایند. در بیان این مطلب ماده ۱۳ مقررات اتاق بازرگانی بین‌المللی تحت عنوان داوری‌نامه، به سندی اشاره دارد که داور باید قبل از شروع رسیدگی به پرونده، براساس مدرک موجود یا با حضور طرفین و آخرین لوایح آن‌ها آن را تنظیم نماید. این سند حدود صلاحیت داور را مشخص خواهد کرد. یکی از مواردی که باید در این سند قید شود مشخصات قواعد حاکم بر آیین داوری و در صورت اقتضاء ذکر اختیارات اعطاء شده به داور جهت داوری به طور کدخدامنشانه می‌باشد. این سند باید به امضای طرفین و داور برسد. در ضمن در بندهای ۳ و ۵ همین مقررات به ترتیب آمده: طرفین در تعیین قانونی که داوران باید براساس آن به ماهیّت دعوی رسیدگی کند، آزاد هستند. در صورت عدم تعیین قانون حاکم از سوی طرفین داور براساس قاعده حل تعارضی که درخصوص مورد مناسب تشخیص می‌دهد، اقدام به تعیین و اجرای قانون حاکم خواهد کرد.

در تمام موارد داور ملزم به رعایت مندرجات قرارداد و عرف تجاری مربوطه خواهد بود[2].

در جایی دیگر آمده در صورت عدم توافق بین طرفین راجع به قانون ماهوی حاکم، قانون حاکم به تصمیم داور واگذار خواهد شد. در انجام این کار، داور این نکته را بررسی می‌کند که مناسب‌ترین قانون برای اوضاع و احوال دعوی چیست. تا آن میزان که مقررات اتاق بازرگانی بین‌المللی مقتضی می‌دارد، داور بایستی همواره قیود قرارداد و عرف تجاری را به حساب آورد[3].

---

1. *Saudi Arabia v .Aramco ,International law Report VOL.27 1963,P.165.*
2. Julian D.M.Lew, Applicable law in International Commercial Arbitration, oceana publication,1978.
3. Guide de L'arbitrage, chamber de Commerce International, 1983, p.39.

بنابراین در صورت عدم تعیین قانون حاکم از جانب طرفین چهار سیستم برای تعیین قانون حاکم پیشنهاد شده است[1] که عبارتند از:

۱. ***سیستم تعیین قانون حاکم به موجب قاعده حل تعارض کشور محل داوری***: که مطابق این نظریه دور باید به حقوق بین‌المللی خصوصی و قواعد حل تعارض قوانین کشور محل داوری رجوع و براساس آن قانون لازم‌الاجراء در ماهیت را تعیین کند. مثلاً اگر قاعده حل تعارض محل داوری، قانون محل انعقاد قرارداد را لازم‌الاجراء می‌داند. (مانند ماده ۹۶۸ قانون مدنی ایران) داور باید آنرا اجراء کند.

۲. ***سیستم آزادی داوری***: به موجب این نظریه، داور مکّلف نیست که قاعده حل تعارض کشور خاصّی را رعایت کند. حتی بعضی برآنند که داور بین‌المللی می‌تواند بدون توسّل به قاعده حل تعارض که نقش واسطه در تعیین حقوق حاکم را ایفاء می‌کند، قواعد حقوقی قابل اجراء را به طور مستقیم تعیین و اجرا کند.

۳. ***سیستم حل مسئله با تعیین محل رابطه حقوقی***: بدین معنا که اگر رابطه حقوقی با کشور خاصّی پیوند کافی یا پیوند بیشتری داشته باشد قاعده حل تعارض آن کشور قانون لازم‌الاجراء را تعیین می‌کند.

۴. ***نظریه اعمال حقوق بین‌الملل:*** بدین بیان که در صورتی که طرفین قرارداد قانون خاصّی را حاکم قرار نداده باشند، داور باید اصول حقوق بین‌المللی قراردادها را اجراء کند بدون این‌که به قواعد حل تعارض یا قواعد ماهوی کشور خاصی رجوع نماید. بدینسان رابطه قرارداد بین‌المللی با یک کشور خاص قطع و این قرارداد تابع حقوق بین‌الملل می‌شود.

در نهایت باید اظهار داشت که آزادی طرفین در انتخاب قانون حاکم بر قرارداد، آیین دادرسی و ماهیّت دعوی در عمده نظام‌های حقوقی ملّی و بین‌المللی پذیرفته شده در حالی که این امر در حقوق ایران هنوز تثبیت نشده است. در مورد قراردادهای منعقده در ایران یا داوری‌هایی که در ایران برگزار می‌شود، به موجب اصل سرزمینی بودن قوانین باید مقررات امری ایران راجع به اعتبار قرارداد با آیین داوری اعمال شود. در رویه داوری‌ها و بسیاری از نظام‌های حقوقی ملّی، در مورد سکوت طرفین، آزادی داوران در تعیین قانون حاکم بر قرارداد یا آیین داوری یا ماهیت دعوی پذیرفته شده است ولی این امر را نمی‌توان در حقوق ایران به راحتی پذیرفت، داوری که در ایران یا براساس قوانین ایران به داوری می‌پردازد چاره‌ای جز مراجعه به قواعد حل تعارض ایران جهت تعیین قانون اعمال نخواهد داشت.

ماده ۲۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی مقرر می‌دارد:

«۱. داور برحسب قواعد حقوقی که طرفین در مورد ماهیّت اختلاف برگزیده‌اند، اتخاذ تصمیم خواهد کرد. تعیین قانون یا سیستم حقوقی یک کشور مشخص، به هر نحو که صورت گیرد،

---

۱. صفایی (دکتر سید حسین)، حقوق بین‌الملل و داوری‌های بین‌المللی، نشر میزان، بهار ۱۳۷۵، ص ۱۴۱ و ۱۴۲.

به عنوان ارجاع به قوانین ماهوی آن کشور تلقی خواهد شد. قواعد حل تعارض مشمول این حکم نخواهد بود مگر این‌که طرفین به نحو دیگری توافق کرده باشند.

۲. در صورت عدم تعیین قانون حاکم از جانب طرفین «داور» براساس قانونی به ماهیّت اختلاف رسیدگی خواهد کرد که به موجب قواعد حل تعارض مناسب تشخیص دهد.

۳. داور در صورتی که طرفین صریحاً اجازه داده باشند، می‌تواند براساس عدل و انصاف یا به صورت کدخدا منشانه تصمیم بگیرد.

۴. داور باید در کلیه موارد براساس شرایط قرارداد اتخاذ تصمیم کند و عرف بازرگانی موضوع مربوط را مورد نظر قرار دهد.

در هر حال، دو محدودیت عمده در خصوص آزادی طرفین در تعیین قواعد و این و تشریفات رسیدگی داوری وجود دارد: اول: آن‌که انتخاب طرفین مشروط به رعایت قواعد و الزامات آمره قانون صادرکننده رأی داوری است. بنابراین انتخاب محل داوری اهمیت به سزایی در اعطای اختیار با محدود کردن اختیارات داور دارد. دوم: وجود محدودیت‌ها در رسیدگی‌هایی است که براساس توافق طرفین تحت قواعد داوری یک سازمان داوری (براساس شرایط ارجاع داوری سازمانی) صورت می‌پذیرد. در رسیدگی‌های داوری‌های سازمانی، اصولاً تشریفات و قواعد خاص سازمانی خاصی وجود دارد که ممکن است محدودیت‌هایی را برای طرفین اختلاف و یا داوری‌های ذی‌ربط ایجاد کند.[1]

در کنوانسیون نیویورک راجع به شناسایی و اجرای آرای داوری‌های بین‌المللی مصوب سال ۱۹۵۸ میلادی نیز امکان اعمال قانون آیین رسیدگی داوری غیر از محل داوری در دو ماده تصریح گردیده است. اول آن‌که در ماده ۱ (۱) که مقرر می‌دارد: «... این کنوانسیون نسبت به آرای داوری که در کشوری که شناسایی و اجرای آن‌های تقاضا می‌شوند آرای داخلی تلقی نمی‌شوند».

گفته می‌شود این ماده آرای داوری را در بر می‌گیرد که در کشور محل صدور براساس قانون آیین داوری کشور دیگری صادر شده‌اند.[2] دوم آن ماده ۵ (۱) (ه) که بیان می‌دارد ممکن است از شناسایی و اجرای رأی امتناع شود مقرر می‌دارد که رأی داوری ممکن است «..... به وسیله مرجع صالح کشوری که رأی داوری..... تحت قانون آنجا صادر شده، ابطال یا معلق گردد». این دو قاعده

1. Evans Darby,W.,International Tribunals,4th Ed.,London,1904,p.400

2. Bank Melat v,Helleniki Technici,Court of Appeal,England,June 28,1983,3 ALL ER 441.

در دعوی بانک ملت و یک شرکت ساختمانی یونانی، ارجاع شده توسط طرفین به داوری لندن براساس مقررات داوری ICC، بانک ملت درخواست نمود که دادگاه انگلستان قراری صادر کند تا شرکت یونانی تأمین بسپارد دادگاه انگلستان اظهارنظر نمود که انتخاب لندن به عنوان صادرکننده رأی داوری خود به خودی به معنای انتخاب قانون داوری انگلستان نمی‌باشد و لذا درخواست اصدار تأمین توسط دادگاه انگلستان را رد نمود البته نظر اقلیت در این پرونده این بود که داوری‌های بین‌المللی که صادرکننده رأی رسیدگی آن انگلستان است. تابع قانون داوری انگلستان، و نه ICC به عنوان قانون منخب طرفین، می‌باشد (نظر قاضی Goof در این پرونده چنین بود).

بیانگر آن هستند که آیین داوری ممکن است تحت حاکمیت قانونی غیر از قانون محل داوری باشد[۱].

طرز تفکر جدید در داور ابتدا پیوند ضروری قانون کلی حاکم بر داوری و نظام تعارض قوانین قابل اعمال را رد نموده و متعاقباً نتیجه می‌گیرد که طرفین می‌بایست در انتخاب قانون حاکم بر روابط خود آزاد باشند، مقبولیت عام تئوری آزادی طرفین در انتخاب قانون حاکم تا حدی است که طرفین آن را به عنوان یک اصل حقوقی شناخته شده در قلمرو بین‌المللی قبول دارند. بررسی نظام‌های مهم حقوقی مانند فرانسه، انگلستان، ایالات متحده و کانادا و بسیاری دیگر از کشورها نیز این عقیده را تأیید می‌کند. در میان اسناد بین‌المللی داوری، از لحاظ تأیید صریح صلاحیت طرفین در تعیین قانون اعمال نسبت به ماهیت دعوی وحدت و انسجام حقوقی مشاهده می‌گردد. در مقررات مربوط به داوری‌های نهادی و موردی[۲]، این امر نیز به وضوح پذیرفته شده است.[۳]

حال که حق انتخاب قانون به وسیله طرفین انکار ناپذیر است، باید توجه داشت که انتخاب قانون به وسیله طرفین، گاهی با گنجاندن یک شرط ناظر به انتخاب قانون به طور صریح تحقق پیدا می‌کنند و گاه نیز قصد طرفین به طور معمول و متعارفی اثبات شده و نسبت به آن یقین حاصل می‌شود، یعنی اوضاع و احوال و مندرجات قرارداد نشان می‌دهد که طرفین به قانون کشور خاصی نظر داشته‌اند، به عنوان مثال، قرارداد طبق روش معمول در کشور خاصی تنظیم می‌شود و محل اجرای قرارداد نیز همان جا است، طرفین دادگاه صادرکننده رأی داوری را نیز در همان کشور قرار می‌دهند و امر داوری را به یک مؤسسه دوری مستقر در آن کشور می‌سپارند. در این صورت، قانون قابل اعمال نسبت به دعوی، مشخص است. حال تفاوت نمی‌کند که اعمال قانون کشور مزبور ناشی از انتخاب ضمنی طرفین یا در نتیجه اعمال معیار نزدیک‌ترین و واقعی‌ترین ارتباط باشد.

بخش پنجم: فقدان انتخاب قانون حاکم

در صورت فقدان انتخاب قانون حاکم بر ماهیت دعوی توسط طرفین، این مسئله که داوران باید براساس کدام قانون ماهیت دعوی را حل و فصل کنند، منشاء نظرات مختلفی گردیده است، که دو نظریه مهم آن در این جا بررسی می‌شود.

---

۱. نیکبخت، حمید رضا، شناسایی و اجرای آرای داوری‌های تجاری بین‌المللی در ایران، مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های بازرگانی، ۱۳۸۵، صص ۳۳ـ۳۶

2. Ad hoc

۳. در این رابطه می‌توان به ماده ۷ از کنوانسیون اروپایی راجع به داوری تجاری بین‌المللی مورخ ۱۹۶۱، ماده ۳۸ از قواعد داوری کمیسیون سازمان بین‌المللی برای اروپا مورخ ۱۹۶۱، بند ۴ از ماده ۷ قواعد داوری کمیسیون اقتصادی سازمان بین‌الملل برای آسیاو خاور دور مورخ ۱۹۶۶، ماده ۳۳ از قواعد آنسیترال و بندهای ۳ و ۵ ماده ۱۳ از مقررات اتاق بازرگانی بین‌المللی اشاره کرد.

بخش ششم: تفویض اختیار داوری براساس انصاف و ملاحظات غیر حقوقی

گرچه تاکنون بحث بر سر این بود که طرفین باید قانونی که حاکم بر حل و فصل اختلافات است را تعیین کنند، ولی باید توجه داشت اکثر نظام‌های حقوقی به طرفین اختلاف اجازه می‌دهند که خود را از این قانون مستثنی ساخته و از داوران به خواهند دعوی را باتوجه به موازین انصاف و ملاحظات غیر حقوقی فیصله دهند.[1] البته در این صورت لازم است این اختیار در موافقتنامه داوری درج شود، در غیر این صورت، داوران باید بر طبق موازین حقوقی دعوی را حل و فصل کنند.

بخش هفتم: تفویض اختیار تکمیل قرارداد به داوران

بعضی از نظام‌های حقوقی مقرر می‌دارند که داوران باید نقایص قراردادی را تا جایی که توسط عرف‌های تجاری و قوانین تکمیلی قابل رفع می‌باشند، کامل نمایند، اگرچه طرفین در شرط داوری این اختیار ویژه را عنوان نکرده باشند. به عنوان مثال: نظام‌های حقوقی ایران، سوریه و سوئد، امکان تکمیل نقایص قراردادی را به داوران می‌دهند، مشروط به آن‌که اجازه صریح طرفین را داشته باشند. در مقابل، نظام‌های حقوقی کشورهایی نظیر هلند، فنلاند، نروژ، اتریش، سوئیس، انگلستان، آرژانتین، برزیل، پاکستان، الجزایر، لیبی و کویت، برخی دیگر از نظام‌های حقوقی نظیر و نزوئلا، اختیار تکمیل نقایص قراردادی منوط به این است که امکان داوری براساس انصاف در قرارداد داوری صریحاً ذکر شده باشد. همچنین این امکان وجود دارد که تعیین این قواعد یا شرایط بر عهده شخص ثالث گذاشته شود.[2]

بخش هشتم: نظریه سنتی حکومت قانون صادرکننده رأی داوری

نظریه سنتی حکومت قانون صادرکننده رأی داوری بر دو مفهوم طرح شده است: در مفهوم اول، حکومت قواعد حل تعارض قانون صادرکننده رأی داوری است، بدین ترتیب که داور با مراجعه به این قواعد، قانون مناسب را تعیین می‌کند. ولی در مفهوم دوم، منظور از حکومت قانون صادرکننده رأی داوری بر ماهیت دعوی، مراجعه مستقیم داور به قواعد مادی و ماهوی قانون صادرکننده رأی داوری است. مبنای اصلی این نظریه در هر دو مفهوم مذکور مبتنی بر تشبیه صادرکننده رأی داوری

---

۱. بند ۲ از ماده ۷ کنوانسیون اروپایی منصوب ۱۹۶۱ و ماده ۳۹ از قواعد داوری کمیسیون اقتصادی سازمان ملل برای اروپایی مورخ ۱۹۶۶ و نیز قسمت «ب» از بند ۴ ماده ۷ قواعد داوری تجاری بین‌المللی کمیسیون اقتصادی سازمان ملل برای آسیا و خاور دور. طرح قانون متحدالشکل کمیته حقوقی کشورهای امریکایی راجع به داوری، داوران را علی‌الاصول مکلف به حل و فصل دعاوی براساس انصاف و کد خدامنشی می‌داند مگر آن‌که طرفین مبنای دیگری را برگزیده باشند.

۲. ماده ۵۳ کنوانسیون ۱۹۰۷ دهه در خصوص حل و فصل مسالمت آمیز اختلافات مقرر می‌دارد که چنان‌چه طرفین توافق کنند که به منظور حل اختلاف خود به آن رجوع کنند (Compromise)، دیوان دائمی داوری (Permanent Court of Arbitration=PCA) می‌تواند قواعد رسیدگی را برای آن‌ها طراحی نماید.

به صادرکننده رأی دادگاه و مقایسه موقعیت داور با قاضی دادگاه است. چنین تشبیهی در مبالغه‌آمیزترین شکل خود منجر به اعمال مستقیم قانون صادرکننده رأی به عنوان قانون انسب قرارداد می‌شود، بر مبنای این تئوری، انتخاب دادگاه محل رسیدگی، تلویحاً به معنای انتخاب قانون صادرکننده رأی دادگاه ماهوی برای حکومت بر قرارداد است.

در صورتی که قصد طرفین از قانون قابل اعمال بر داوری موضوع اختلاف آشکار و واضح نباشد و انتخاب آن‌ها ضمنی باشد، انتخاب ضمنی مزبور را می‌توان از برخی کلمات و عبارات قرارداد، اعمال طرفین یا اوضاع و احوال قضیه که بر قصد و انتظارات آن‌ها و شرایط قرارداد دلالت دارد استنباد نمود. به عنوان مثال، ماده ۳ (۱) کنوانسیون ۱۹۸۰ رم در خصوص قانون قابل اعمال بر تعهدات قراردادی[1] که در حال حاضر قانون داخلی برخی از کشورهای عضو اتحادیه اروپایی است مقرر می‌دارد: «.... انتخاب قانون باید صریح بوده یا با اطمینان معقول از مفاد قرارداد یا اوضاع و احوال قضیه آشکار شود».[2]

قانون مربوط به حقوق بین‌الملل خصوصی سوئیس مصوب ۱۹۸۷ میلادی نیز در ماده ۱۱۶ (۲) مقرر می‌دارد: «انتخاب قانون باید صریح بوده یا به وضوح از مفاد قرارداد یا اوضاع و احوال آشکار شود». در صورت فقدان انتخاب قانون توسط طرفین، دیوان داوری به جای طرفین این قانون را تعیین خواهد کرد. لذا دیوان داوری باید سعی کند قصد تلویحی دیوان را در خصوص قانون قابل اعمال معین نماید. در قوانین برخی از کشورها[3] و قواعد داوری سازمان‌های داوری[4]، به دیوان داوری اجازه داده شده که به طور مستقیم قواعد یا قوانین ماهوی را که قابل اعمال می‌دانند بدون نیاز به مراجعه به قواعد تعارض قوانین به اجرا در آورند. برخی از این قوانین و قواعد به دیوان داوری بدون محدودیت اجازه داده‌اند که هر قاعده حقوقی یا استاندارد غیرحقوقی را که در شرایط و اوضاع و احوال دعوی «متقضی یا مناسب»[5] تشخیص می‌دهند بر ماهیت دعوا اعمال نمایند.

---

1. EC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations, Rome 1980,80/934/ EEC, Official Journal of the Euroean Community,1980,266,Article 3(1)
2. Ibid The Convention entered into force on April 1991 in France, Italy, Denmark, Luxembourg, Germany, Beleium, Greece and UK. Official Journal of European Community, 1991,1,C52,1.

۳. ماده ۱۴۹۶ قانون آیین دادرسی مدنی فرانسه مصوب ۱۹۸۰ از این دسته قوانین می‌باشد.

The Parties shall decide the dispute according to the rules of law chosen by the Parties. In the absence of such a choise, he shall decide according to the rules he deems appropriate. In all cases, he shall take into account trade usages.10,ILM 1981,P.9171

همچنین ماده ۱۰۵۱ (۲) قانون آیین دادرسی مدنی آلمان و ماده ۱۰۵۴ (۲) قانون آیین دادرسی مدنی هلند (قانون داوری هلند مصوب ۱۹۸۶) و ماده ۱۸۷ قانون مربوط به حقوق بین‌الملل خصوصی سوئیس مصوب ۱۹۸۷ (قانون داوری بین‌المللی سوئیس) از جمله این قوانین می‌باشند.

۴. ماده ۲۸ (۱) قولاعد داوری انجمن داوری امریکا، ماده ۲۲ (۳) قواعد داوری دادگاه داوری بین‌المللی لندن (LCIA)، ماده ۹۶ قواعد داوری مؤسسه داوری هلند، ماده ۵۹ (۱) قواعد داوری سازمان جهانی مالکیت فکری (WIPO)، ماده ۲۴ (۱) قواعد داوری مؤسسه داوری اتاق بازرگانی استکهلم و ماده ۱۷ (۱) قواعد داوری ICC

5. Appropriate

براساس قواعد و قوانین مزبور، داوران بین‌المللی نیاز ندارد که به دنبال دلیلی برای یافتن قواعد تعارض قوانین و عوامل ارتباط که برای داوری لازم است باشد.[۱]

البته امروزه این نظریه در حوزه حقوق بین‌الملل خصوصی تضعیف شده است، یعنی در صورت سکوت طرفین و فقدان قانون منتخب، راهنمای دیوان داوری می‌تواند معیار نزدیک‌ترین و واقعی‌ترین ارتباط را اعمال می‌کند.[۲] قاعده هرکس قاضی را بر می‌گزیند قانون را هم انتخاب می‌کند، در مورد دادگاه‌های غیر ملی که دادگاه صادرکننده رأی به معنای حقوقی کلمه ندارند، اعمال نمی‌شود. به همین ترتیب این فرض که هر که داور را بر می‌گزیند قانون را انتخاب می‌کند نیز نمی‌تواند صحیح باشد. با وجود این‌که موقعیت داور بین‌المللی با یک قاضی بین‌المللی قابل مقایسه است ولی ملاحظات عملی نشان می‌دهد که انتخاب یک داور بیطرف و یک محل داوری بی‌طرف، مزایای بزرگی در داوری تجاری بین‌المللی به شمار آید. با این وجود محل داوری و تابعیت داوران ارتباطی با دعوی ندارد. خصوصاً هنگامی که محل داوری را طرفین انتخاب نکرده باشند و دادگاه داوری اقدام به تعیین آن نماید. در این صورت هیچ ارتباطی بین اراده طرفین و قانون دادگاه صادرکننده رأی داوری نیست.

بخش نهم: نظریه آزادی داور

براساس این نظریه که اینک از مقبولیت نسبتاً وسیعی نیز برخوردار است، آزادی داور در انتخاب قانون حاکم تا آنجا که مربوط به گزینش قواعد حل تعارض مناسب داوری و عدم التزام به اعمال یک سیستم ملی حل تعارض می‌شود در تعدادی از اسناد بین‌المللی داوری نیز منعکس گردیده است.[۳] بند ۱ ماده ۱۴۹۶ قانون آیین دادرسی مدنی جدید فرانسه مقرر می‌دارد: «داور، دعوی را بر طبق قواعد حقوقی انتخاب شده به توسط طرفین، حل و فصل خواهد کرد و در فقدان چنین انتخابی، بر طبق آن دسته از قواعد حقوقی که مناسب تلقی می‌کند، دعوی را فیصله خواهد داد». ملاحظه می‌گردد، مقرارت مزبور، در صورت عدم انتخاب قانون توسط طرفین، داوران بین‌المللی را مکلف به مراجعه به سیستم تعارض قوانین جهت تعیین قواعد حقوقی قابل اعمال، نمی‌نماید. این روش انتخاب، «مستقیم» قانون است که دیوان‌های داوری هنگامی که تصمیم به اعمال حقوق

---

۱. نیکبخت، حمید رضا، تجاری بین‌المللی، مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های بازرگانی، چاپ دوم، ۱۳۹۰، ص ۳۴۸

۲. به عنوان مثال، در انگلستان در سال ۱۹۷۰، مجلس لردان در یکی از دعاوی حکم داد که قراردادهای اجاره کشتی منعقده در فرانسه، بین مالک فرانسوی و مستاجر تونسی برای حمل نفت از یک بندر فرانسوی به بندر دیگر، باتوجه به این‌که پرداخت اجاره‌بها نیز باید در فرانسه انجام شود، تحت حکومت قانون فرانسه است، اگر چه قرارداد اجاره کشتی، داوری در لندن را مقرر کند. در چنین مواردی که انتخاب قانون حاکم صورت نگرفته است. قانون انسب، قانون فرانسه است که قرارداد مزبور نزدیکترین ارتباط را با آن دارد.

۳. از این جمله می‌توان به بند چهار از ماده ۷ از کنوانسیون اروپایی ۱۹۶۱، مقررات اتاق بازرگانی بین‌المللی (بند ۳ از ماده ۳) و قواعد آنسیترال (بند ۱ از ماده ۳۲) اشاره نمود.

فراملی می‌گیرند، دقیقا آن را اعمال می‌کنند. ماده ۱۰۵۴ قانون داوری ۱۹۸۶ هلند نیز ظاهراً از ماده ۱۴۹۶ قانون آیین دادرسی مدنی فرانسه اقتباس شده است. در بند ۲ از این ماده آمده است: «در صورتی که طرفین قانون حاکم را انتخاب نمایند دیوان داوری رأی خود را مطابق مقررات قانون حاکم منتخب طرفین، صادر خواهد نمود. در صورت فقدان قانون حاکم، دیوان داوری رأی خود را مطابق قواعد حقوقی که شایسته می‌داند، صادر می‌نماید». نویسندگان حقوقی، مفاد این‌گونه مواد را به نحوی جهت اختیار طرفین و داوران در مورد اعمال قواعد فرا ملی داشته‌اند. بدین ترتیب آزادی داوران از مرز انتخاب قاعده حل تعارض مناسب گذشته و تا مرحله انتخاب مستقیم قانون ماهوی حاکم بر دعوی پیش رفته است.

فصل ششم: شناسایی و اجرای آرای داوری خارجی

قبلاً بیان شد که وجه تمایز بین آرای داخلی و خارجی و بین‌المللی در چیست و مسلم است که بین شناسایی و اجرای رأی داوری خارجی، با رأی داوری خارجی و بین‌المللی از لحاظ مقررات حاکم تفاوت‌هایی وجود دارد هر چند که در برخی کشورها همان مقرراتی را که برای اجرای آرای داوری داخلی پیش‌بینی کرده‌اند برای آرای داوری خارجی نیز در نظر گرفته‌اند ولی از جهت شناسایی، رأی داوری خارجی از مقررات خاص خود تبعیت می‌کند. اما با این همه به لحاظ سهولت اجرای رأی داوری بین‌المللی (در معنای عام خود) موجب آن شد که نظام‌های حقوقی در کشورهایی مانند فرانسه، قواعد خاصی را برای اجرای این‌گونه آراء پیش‌بینی کنند.[1] ولی اجرای رأی داوری خارجی این‌گونه نبوده و از قواعد پیچیده تبعیت می‌کند و در اکثر موارد کشورها تحت حکومت مقررات معاهده‌ای، قواعد شناسایی و اجرای رأی داوری خارجی را پذیرفته‌اند که جهت بیان مطلب، در ابتداء قواعد کلی شناسایی و اجراء را توضیح می‌دهم و در انتهای شرایط و موانع راجع به شناسایی و اجرای آرای داوری خارجی را مطرح می‌کنیم.

بخش اول: تعریف شناسایی و اجراء

شناسایی رأی در حقیقت تأیید رسمی است بر این‌که رأی معتبر بوده و واجد آثار حقوقی است و به عبارت دیگر منظور از شناسایی آن است که از دادگاه یک کشور خواسته شود تا رأی داوری که از یک نهاد داوری خارجی صادر گردیده را معتبر تلقی نماید. شناسایی رأی دو اثر احتمالی دارد، یکی رأی به عنوان سند الزام‌آور با قضیه محکوم‌بها و دیگری مقدماتی برای اجرای آن سند، شناسایی رأی داوری توسط محکوم‌له رأی داوری در دو حلت متصور است یکی به صورت اصلی و دیگری به صورت طاری و تبعی.

در حالتی که محکوم‌له ضمن طرح یک دعوی (دعوای متقابل)، از دادگاه مطالبه شناسایی می‌کند. این دعوی، مطالبه شناسایی اصلی است، موفقیت این درخواست بستگی به قابل قبول بودن این دعوی

1. M.R. Sammartano, "International Arbitration Law" Kluwer,1990,p.15.

در قانون کشور دادگاه رسیدگی‌کننده دارد خصوصاً آن‌که مشخص نیست که آیا در یک دعوی در دادگاه بین همان طرفین و در موضوع مرتبط با رأی داوری، می‌توان از دادگاه درخواست کرد که امور اثبات شده و یا حتی نظریات حقوقی داور در رأی صادر را الزام‌آور تلقی کند. در قانون برخی از کشورها دادگاه مقرر نشده است. همچنین ممکن است مرجعی که به دعوای اصلی رسیدگی می‌کند. به دلیل این‌که شناسایی آرای خارجی در صلاحیت او نیست از پذیرفتن این درخواست خودداری کند.

اما در اغلب اوقات، محکوم‌له تقاضای اجرای رأی داوری را می‌کند و کمتر اتفاق می‌افتد بدون خواستن اجرای رأی، تقاضای شناسایی تقدیم شود اما این تقاضا نیز بیشتر به صورت دفاع می‌باشد این حالت، شناسایی طاری و تبعی نامیده می‌شود. در این حالت محکوم‌له در برابر دعوایی که در دادگاه برای موضوع داوری مطرح شده، به اتخاذ تصمیم توسط داور استناد و دفاع می‌کند و از آنجا که شناسایی رأی موجب احراز اعتبار امر مختوم است، دادگاه نسبت به شناسایی رأی داوری، قبل از رسیدگی به دعوی اقدام می‌نماید. اگر رأی داوری نسبت به تمام مسائل مطرح شده در رسیدگی دادگاه، تعیین تکلیف کرده باشد این امر موجب خاتمه رسیدگی خواهد بود. اگر در رأی داوری، نسبت به تمام مسائل مطرح شده در رسیدگی دادگاه، تعیین تکلیف نشده باشد. در اینجا نیز از دادگاه از رسیدگی مجدد به مسائلی که در زمان دوری رسیدگی شده، به لحاظ حاکمیت قاعده اعتبار امر قضاوت شده، خودداری می‌کند. به عنوان مثال یک شرکت تولیدکننده، با یک شرکت بازرگانی قرارداد داوری دارند و شرکت تولیدکننده تقاضای رسیدگی از داوران را مطرح می‌کند و نظریه داوری وی را ذیل تشخیص نمی‌دهد. اگر در این حالت شرکت تولیدکننده دعوای خود را در دادگاه طرح کند، شرکت بازرگانی خواهد توانست به عنوان دفاع، شناسایی رأی داوری را مطالبه کند و در این جا فایده شناسایی، بدون این‌که تقاضای اجرای مورد نظر باشد، ظهور می‌کند. اگر در این دادگاه، دعوی مورد پذیرش قرار نگیرد، اعتبار و اثر قانونی رأی خارجی نیز قابل اعمال خواهد بود. جنبه‌های دادرسی شناسایی، مانند این‌که از چه لحظه‌ای رأی می‌تواند برای شناسایی مورد استفاده واقع شود، تحت حکومت قانون دادرسی دادگاه رسیدگی‌کننده می‌باشد[1].

همان‌طور که بیان شد منظور از شناسایی آن است که دادگاه تنها اعتبار و اثر قانونی رأی داوری را به رسمیت بشناسد. اما منظور از اجزاء آن است که با استفاده از ضمانت‌های اجرایی رأی داوری، مفاد رأی به اجراء گذاشته شود. اگرچه مفهوم اجراء متفاوت از مفهوم شناسایی است اما صدور دستور اجراء مستلزم آن است که رأی توسط دادگاه شناسایی شده باشد. لکن شناسایی، مقدمه اجراء بوده و امر مستقلی نیست. اجراء مرحله بعد از شناسایی است، دادگاهی که آماده اجرای رأی داوری است بدین دلیل آنرا اجرا می‌کند که رأی داوری را به عنوان رأی معتبر و الزام‌آور به رسمیت شناخته است. هر چند واقعیت‌ها حاکی از آن است که اکثر آرای داوری به اختیار اجراء می‌شود (اجرای اختیاری) اما به نظر می‌رسد که داوری اصولاً یک دادرسی خصوصی

1. Commercial Arbitration",London,1991,p.448. A.Redfern and M Hunter," Law and practice of International

است و نهاد داوری نقشی در اجرای رأی داوری ندارد. برعکس محاکم دولتی نسبت به اجرای تصمیم خود اقدام می‌نمایند اما در داوری به محض صدور رأی، رابطه‌ای حقوقی داور با طرفین دعوی خاتمه می‌یابد ام به هر حال رأی داوری به دو نحو اجراء می‌شود اجرای اجباری، اجرای اختیاری. آن‌چه که درباره قواعد اجرای رأی داوری مطرح است اغلب راجع به اجرای اجباری است.

بخش دوم: قواعد کلی شناسایی و اجراء

تاکنون درباره شناسایی و اجرای آرای داوری خارجی و بین‌المللی، معاهدات دو یا چند جانبه در عرصه بین‌الملل و قوانین و مقررات زیادی تهیه شده است و هر چند در برخی موارد تفاوت‌هایی بین این قوانین در کشورهای مختلف مشاهده می‌شود لکن می‌توان از مطالعه مجموع آن‌ها، قواعد و اصولی را استنباط و استخراج نمود که با استفاده از این قواعد به تجزیه و تحلیل کنوانسیون‌ها و معاهدات موجود پرداخت و درک دقیق مفاد آن‌ها با تطبیق قواعد مذکور آسانتر خواهد بود.

همچنین یکی از مهم‌ترین کنوانسیون‌های موجود در زمینه رأی داوری خارجی، کنوانسیون نیویورک است که برای یافتن اصول مشترک این کنوانسیون با سایر معاهدات بین‌المللی و آشنایی با مفاهیمی مانند محل شناسایی و اجراء، مرجع مصالح برای رسیدگی، آثار قبول یا رد شناسایی و اجراء، مصونیت دولت‌ها و ... ضرورت دارد قواعد کلی شناسایی و اجرای رأی داوری را توضیح دهیم.

گفتار اول: شناسایی و اجراء در حقوق داخلی کشورها و معاهدات بین‌المللی

پدیده حقوقی شناسایی و اجرای آرای داوری خارجی در تمام کشورها از مقررات واحدی پیروی نمی‌کند برخی از کشورها رأی داوری خارجی و بین‌المللی را به مثابه رأی داوری داخلی مورد شناسایی و اجراء قرار می‌دهند. ولی برخی دیگر این‌گونه نبوده و گاهاً از شناسایی و اجرای آن خودداری می‌کنند. برخی نیز مقررات ویژه‌ای را برای آن پیش‌بینی کرده‌اند و قواعد و مقررات حاکم بر آن را از قوانین حاکم بر آرای داخلی جدا کرده‌اند. همچنین در عرصه فراملی کشورها به اقتضای اوضاع جهانی و توسعه روزافزون تجارت و مبادلات بین‌الملل، ضرورتاً کنوانسیون‌ها و معاهدات بین‌المللی متعددی را پذیرفته‌اند که در این جا توضیح خواهیم داد.

هدف طرفین اختلاف از مراجعه به داوری، حل اختلاف و اجرای رأی داوری است و اگرچه داوران براساس توافق طرفین از اختیار کافی در زمینه حل و فصل اختلاف، برخوردار می‌باشند ولی به جهت این‌که ابزار اجبار به اجرای رأی در اختیار دولت‌ها می‌باشد و داوران نمی‌توانند ممتنع را به اجرای رأی خویش اجبار کنند لذا بدیهی است که رأی داوری بایستی توسط دولت مجری حکم مورد شناسایی قرار گفته و سپس اجراء گردد که دولت‌ها نیز این وظیفه را به محاکم

دادگستری سپرده‌اند. اما مسئله آنجاست که رأی داوری در خارج از قلمرو سرزمینی صادر شده باشد و در کشور دیگر بخواهد به اجراء درآید. در این حالت تساوی حاکمیت دولت‌ها مانع از اجرای اجباری احکام و دستورات محاکم خارجی در قلمرو کشور دیگر می‌شود. در این رابطه ضرورت‌های موجود در جهان و مراودات و مبادلات تجارتی در عرصه بین‌المللی بین دولت‌ها و اتباع آن‌ها با یکدیگر و به تبع آن بروز اختلافات و نزاع‌ها که از لوازم ضروری این ارتباطات است موجب شده تا کشورها برای جلوگیری از ناامنی در عرصه تجارت جهانی و ایجاد اسباب گسترش مبادلات بین‌المللی این واقعیت را بپذیرند که آرای صادره از محاکم خارجی را در کشورهای خود شناسایی و اجراء کنند و در همین راستا، قوانینی راجع به شناسایی و اجرای آرای صادره از محاکم خارجی را به تصویب رساندند که در این میان قبول شناسایی و اجرای آرای داوری خارجی با سهولت بیشتری امکان‌پذیر گشت زیرا داوری شیوه حل و فصل خصوصی اختلافات و دعاوی است و به عبارتی دولت و قوه حاکمه در رسیدگی به اختلاف دخالتی ندارد و صادرکننده رأی (داور) به توافق طرفین اختلاف برگزیده می‌شود و نماینده حاکمیت دولت متبوع خویش نمی‌باشد. به عبارت دیگر داور به عنوان مظهر اراده و حاکمیت دولت دیگر در حل اختلاف دخالتی ندارد و کشور اجراءکننده رأی داوری، حاکمیت دولت خارجی را در قالب حکم داوری صادر شده، مشاهده نمی‌کند و دولت‌ها نیز از این جهت اطمینان دارند که حاکمیت آن‌ها بوسیله اجرای رأی داوری خارجی مخدوش نشده است. اما به هر حال، در صورتی که محکوم‌علیه رأی داوری، رأی را طوعاً اجراء نکند. و نوبت به اجرای اجباری رأی داوری برسد از آنجا که اجرای رأی در این حالت، نوعی اعمال قدرت از طرف دولت لازم است که انحصاراً نیز در اختیار وی است، اجرای رأی باید از طریق مراجع صالح قضایی کشور محل اجرای رأی داوری و به موجب قوانین خودشان انجام بگیرد و بدیهی است که در همه کشورها آیین رسیدگی و صدور دستور اجرای رأی داوری یکسان نمی‌باشد و هر کشور متناسب با مصالح و اندیشه‌های و مبانی حقوقی خود شرایط و موانعی را در نظر می‌گیرند که به طور کلی می‌توان سه نظام را برای شناسایی و اجرای رأی داوری معرفی نمود. نظام اول که سیستم وسیع نامیده می‌شود. در این سیستم بین آرای داوری داخلی و آرای داوری خارجی تفاوتی وجود ندرد و هر دوی آن‌ها تابع قوانین و قواعد یکسان می‌باشند که خاستگاه این سیستم ناشی از پذیرش نظریه قراردادی بودن رأی داوری است زیرا براساس این دیدگاه به جهت آن‌که رأی داوری ناشی از توافق و قرارداد طرفین است و نه نهاد عمومی، بنابراین نمی‌توان رأی داوری را خارجی یا داخلی دانست و آنرا به کشور خاصی ارتباط داد.

نظام دوم که سیستم مختلط نامیده می‌شود. در این سیستم بین آرای داوری خارجی و داخلی تفاوت وجود دارد و برای رأی آرای داوری خارجی قوانین خاص وضع شده و معاهدات دو یا چند جانبه برای یکسان کردن رویه کشورهای متعاهد و تسهیل امور، منعقد شده است. اگر موضوعی مشمول قوانین مذکور و معاهدات بین‌المللی نباشد براساس قوانین ملی برای شناسایی و

اجرای رأی داوری اقدام خواهد شد. قانون‌گذار فرانسوی چنین نظامی را پذیرفته است[1] و ظاهراً می‌توان کشورمان را نمونه‌ای از این سیستم تلقی نمود.

نظام سوم که سیستم محدود نامیده می‌شود که در این سیستم علاوه بر این‌که قواعد خاصی برای شناسایی و اجرای آرای داوری خارجی پیش‌بینی نشده است، هیچ یک از معاهدات دو یا چند جانبه نیز در مورد شناسایی و اجرای آرای داوری خارجی مود پذیرش قرار نگرفته است و وضعیت حقوقی آن مبهم می‌باشد.

در کشورهایی که در نظام حقوقی آن‌ها، آرای داوری خارجی مورد شناسایی و اجراء قرار می‌گیرد به جهت یکسان کردن رویه برخورد کشورها با این‌گونه موارد و ایجاد اطمینان در عرصه بین‌المللی، معاهدات دو یا چند جانبه‌ای بین کشورها منعقد شده است که از جمله آن‌ها می‌توان به پروتکل ژنو ۱۹۲۳ در زمینه شرط داوری، کنوانسیون ژنو ۱۹۳۷ درباره اجرای آرای داوری خارجی، کنوانسیون مسکو ۱۹۷۲ درباره حل و فصل اختلافات حقوقی ناشی از همکاری‌های اقتصادی، علمی و فنی به وسیله داوری و... اشاره نمود که در جای خود توضیح خواهیم داد.

گفتار اول: شناسایی و اجرای آرای داوری خارجی در کامن لا

مبحث اول: داوری اجباری ـ داوری قراردادی

در قوانین برخی از کشورها، مراجعه به داوران، توسط قانون‌گذار پیش‌بینی شده و طرفین اختلاف ناگزیرند برای حل مسائل موجود به داوری مراجعه کنند. نوع خاصی از این مراجع دیوان‌های دائمی داوری هستند و علی‌رغم آن‌که به این مراجع دیوان داوری اطلاق می‌شوند ولی باتوجه به نحوه تشکیل و صلاحیت آن‌ها، به نظر می‌رسد محاکمی در قالب داوری هستند. در سیستم حقوقی ایران، نمونه‌ای که می‌توان برای داوری اجباری به آن اشاره نمود. قانون نحوه تقویم ابنیه املاک و اراضی مورد نیاز شهرداری‌ها می‌باشد. در این قانون پیش‌بینی شده که چنان‌چه ملک اشخاص در مسیر طرح‌های عمرانی شهرداری قرار گیرد و در خصوص قیمت ملک، بین مالک و شهرداری توافق حاصل نگردد. حل اختلاف به عهده هیأت کارشناسان قرار داده شده است و نظریه آنان قطعی و لازم‌الاجراء خواهد بود. (لازم به ذکر است در این خصوص محاکم دادگستری صلاحیت رسیدگی به اصل اختلاف را ندارد.) همچنین داوری موضوع قانون اصلاح پاره‌ای از مقررات طلاق مصوب ۱۳۷۰ نمونه دیگری از این نوع داوری است. اجرای آرای این نوع داوری، از طریق اجرای احکام دادگستری خواهد بود.

نوع دیگری داوری‌ها، داوری است که ناشی از وضع قانون نیست بلکه از اراده و تراضی طرفین برای مراجعه به داوری حاصل می‌شود، خواه این مراجعه به داوری قبل از بروز

---

۱. برای مطالعه نظام حقوقی فرانسه ر.ک به: ربیعا اسکینی، مباحثی از حقوق تجارت بین‌الملل، نشر دانش امروز، تهران، ۱۳۷۱. ص ۱۸۷ به بعد؛ مرتضی کلانتریان، بررسی مهم‌ترین نظام‌های حقوقی داوری در جهان، ص ۲۰۰ به بعد؛ مرتضی نصیری، شناسایی و اجرای ارای داوری خارجی، ص ۱۱۲ به بعد.

اختلاف و به عنوان شرط ضمن عقد پیش‌بینی شده خواه پس از بروز اختلاف، مراجعه به داوری انتخاب شود. داوری‌هایی مانند داوری‌های مشمول کنوانسیون نیویورک ۱۹۵۸ از این نوع می‌باشد.

نمونه‌ای از رسیدگی براساس کنوانسیون نیویورک، پرونده وزارت دفاع ایران علیه شرکت گلد می‌باشد که رأی دیوان داوری طبق مقررات کنوانسیون نیویورک به اجراء گذاشته شد. در این پرونده وزارت دفاع ایران برای اجرای رأی صادره از دیوان داوری ایران و ایالات متحده به دادگاه کالیفرنیا درخواستی تقدیم نمود. خواندگان به دلیل تبعیت آرای دیوان از حقوق بین‌المللی عمومی مدعی عدم شمول مقررات کنوانسیون نیویورک بوده و رأی صادره را از جهت تابعیت، هلندی نمی‌دانستند. دولت آمریکا به جهت آن‌که به موجب رأی دیگری مکلف به فراهم آوردن اسباب اجرای آرای دیوان در محاکم آمریکایی شده بود، به نفع دولت ایران دخالت کرده و اظهار داشت آرای دیوان، آرای داوری است که بوسیله یک هیأت داوری دائمی دارای سابقه شش ساله، صادر شده است و این آراء ناشی از روابط بازرگانی بوده و در قلمرو کشوهای عضو کنوانسیون مانند هلند، صادر شده است، لذ مشمول کنوانسیون نیویورک است. در نهایت دادگاه منطقه‌ای ایالات کالیفرنیا بر مبنای کنوانسیون نیویورک، به نفع وزارت دفاع ایران رأی به اجراء صادر کرد و پژوهش‌خواهی خواندگان نیز رد شد.

مبحث دوم: اقامه دعوی براساس رأی داوری در کامن لا

آرای داوری خارجی هر چند ممکن است در نتیجه قرارداد طرفین برای مراجعه به داوران، ایجاد شود. لکن خود رای، قرارداد نمی‌باشد. همچنین رأی داوری علی‌رغم آن‌که اختلافات را حل و فصل نموده و موجب پایان آن می‌گردند ولی حکم دادگاه تلقی نمی‌شوند و اصولا در داوری، اعمال کردن عدالت به طور حساس‌تری مورد توجه قرار می‌گیرد.

ملاحظه سابقه تاریخی کشور انگلیس نشان می‌دهد که دادگاه‌های این کشور از قرن هفدهم، آرای محاکم خارجی را اجراء می‌کرده‌اند ولی پرونده‌های موجود حاکی از آن است که آرای داوری خارجی از سال ۱۹۲۷ اجراء می‌شده است.

در سیستم حقوقی کشور انگلیس داوری، نهادی باستانی و توسعه یافته است و اکثر اختلافات از طریق داوری حل و فصل می‌شده است. در حقوق انگلیس رأی داوری خارجی، از جهت شناسایی و اجراء، مانند حکم دادگاه خارجی می‌باشد براساس کامنلا می‌توان برای اجرای موضوع رأی داوری اقامه دعوی نمود. همچنین رأی داوری خارجی می‌تواند به عنوان دفاع، در مقابل دعوی مورد شناسایی قرار بگیرد. در این سیستم حقوقی برای اجرای رأی داوری می‌توان براساس رای، اقامه دعوی نموده یا براساس ماده ۲۶ قانون داوری ۱۹۵۰ تقاضای اجازه اجرای رأی بنماید.

از شرایطی که برای اجابت این تقاضا لازم است آنکه، قرارداد داوری باید کتبی باشد لکن لازم نیست که رأی داوری خارجی کتبی باشد. در این روش دادگاه ضمن رسیدگی به طور یک جانبه و تصدیق رأی داوری، دستور اجراء صادر می‌کند و چنان‌چه موضوع خاصی مد نظر دادگاه باشد یا شرایط، موجود نباشد، رسیدگی به تقاضا از طریق دعوت طرف مقابل بوسیله اخطاریه، صورت خواهد گرفت. بنابراین ملاحظه می‌شود که در این روش وجود دلایل واقعی برای تردید در اعتبار رأی داوری و نقض یقین به اعتبار رأی داوری، موجب عدم حصول نتیجه برای خواهان و عدم اجرای رأی داوری خواهد بود. لذا چه بسا اجرای رأی داوری، از تحصیل رأی داوران مشکل‌تر می‌شود.

بنابراین ملاحظه می‌شود که در کامن لا، تقاضای شناسایی و اجرای رأی داوری باید براساس رأی داوری باشد و مقدمات رأی مانند مراجعه به داوران، صلاحیت آن‌ها، اختیار حل اختلاف به وسیله رأی و .... که در شرط داوری یا قرارداد داوری بیان شده است نقشی در شناسایی و اجرای رأی دوری خارجی نخواهد داشت زیرا فرض بر آن است که داوران براساس شرط داوری یا قرارداد داوری، اقدام کرده‌اند و چنان‌چه خوانده دعوی مدعی عدم رعایت توافق طرفین، در صدور رأی داوری گردد می‌تواند درخواست ابطال رأی داوری را بنماید اما آن‌چه که در رأی داوری آورده شده و اجرای آن خواسته شده است به اجراء در می‌آید. با این حال ممکن است در زمان اجرای رأی داوری توسط دادگاه، برای رفع ابهام از رأی داوری، به قرارداد داوری مراجعه شود. در این حالت محکوم‌علیه می‌تواند به عدم اشاره این موارد در رأی و عدم اعتبار اجراء دفاع کند.

در پرونده «نورسک اطلس انشورنس علیه لاندن جنرال انشورنس کو»[1] منشاء رأی داوری، قرارداد بیمه اتکایی بود که در لندن منعقد و رأی داوری در نروژ صادر شده بود. محکوم‌علیه رأی داوری، در قالب دفاع مدعی شد که دعوی برای اجرای قرارداد بیمه اتکای اقامه شده که تمبر قانونی ابطال نگردیده است. دادگاه انگلیسی رأی داد که خواهان براساس رأی داوری و نه براساس قرارداد بیمه اتکایی، اقامه دعوی نموده، لذا دعوی مسموع است.

در پرونده «برمبر اویل ترانسپورت علیه دروری»[2] داوری به عنوان شرط ضمن قرارداد اجاره کشتی، در هامبورگ منعقد و در لندن رأی داوری صادر شده بود و در کشور انگلیس تقاضای شناسایی و اجرای حکم تقدیم شد. محکوم‌علیه به استناد این‌که رأی داوری خارج از حوزه صلاحیت محاکم انگلیس به او ابلاغ شده، تقاضای ابطال رسیدگی را نمود. زیرا اجازه ابلاغ در خارج از حوزه قضایی در شرط داوری مندرج در قرارداد اجاره کشتی پذیرفته شده بود لکن مفاد رأی داوری، اجرای قرارداد انعقاد یافته بود. دادگاه پژوهش استدلال کرد که خواهان براساس قرارداد ارجاع اختلاف به داوری، که نتیجه آن رأی داوری است. یا براساس قرارداد اجاره کسی که

1. Norske Atlas Insuanec co Ltd V.London General,1927,43.T.L.R.544
2. Brember Oil Trasport V.Drewty,1993,I.K.B.753.

در لندن منعقد شده است، اقامه دعوی کرده، بنابراین ابلاغ به خارج از حوزه قضایی، صحیح بوده است و نهایت دادگاه مسئله را از این جهت که دعوی براساس رأی داوری می‌باشد مورد رسیدگی قرارداد.

به نظر می‌رسد براساس پرونده‌های فوق در کامن لا، رأی داوری ملاک می‌باشد و چنان‌چه در رأی داوری به مفاد قرارداد ارجاع شده باشد. دادگاه برای شناسایی رأی داوری، باید هم رأی داوری و هم قرارداد یا شرط داوری را احراز کند.

مبحث سوم: عدم امکان اقامه دعوی جدید براساس اختلاف موضوع رأی داوری

زمانی که طرفین قرارداد می‌پذیرند که اختلافات فعلی یا آتی آن‌ها بوسیله مراجعه به نهاد داوری حل و فصل شود. رأی داوری که در نتیجه این توافق، بوجود می‌آید. معتبر و قابل اجراء خواهد بود. معنای ضمنی توافق‌نامه داوری، همچنین پذیرش عدم طرح دعوی مخالف با توافق و رأی داوری است. این تعهد ضمنی حاکی از آن است که طرح دعوی در موضوع اصلی، با پذیرش داوری ناسازگار است و نتیجتاً رأی داوری هم ناسازگار می‌باشد. بدین توضیح که هر یک از طرفین، بخصوص محکوم‌علیه می‌تواند ادعایی را در قالب دفاع یا دعوی در مقابل رأی داوری به دلیل مخالفت رأی با قرارداد یا عدم صلاحیت داوران و یا اقدام در خارج از اختیارات داوری و امثال آن مطرح کنند لکن طرح دعوی برای موضوع اصلی امکان‌پذیر نخواهد بود. لذا چنان‌چه طبق قانون حاکم بر داوری، موضوع اصلی در رأی داوری فانی شود خواهان نمی‌تواند برای موضوع اصلی، اقامه دعوی نماید. زیرا اقامه دعوی در این باره می‌تواند مبنای مناسبی برای ایجاد تعهدی برای محکوم‌علیه باشد.

در حالی که طبق حقوق انگلیس (سبب) موضوع اصلی در آرای داوری محو می‌گردد و از نظر منطق حقوقی و توجیه‌پذیر بودن این امر، می‌توان از این قاعده درباره آرای داوری خارجی استفاده نمود. لازم به ذکر است که قواعد کامن لا، موضوع و سبب اصلی را در حکم خارجی فانی نمی‌دانست لکن بوسیله قانون ۱۹۸۲ لغو شد.

مبحث چهارم: قابل اجراء بودن رأی داوری نهایی

ممکن است محکوم‌له رأی داوری در کشور محل صدور رأی از دادگاه خارجی، برای اجرای آن حکمی تحصیل نماید. در این حالت محکوم‌له می‌تواند براساس قواعد راجع به شناسایی و اجرای احکام خارجی در کامن لا، اقامه دعوی نماید. همچنین خواهد توانست در انگلیس، تقاضای اجرای رأی داوری را صرف نظر از حکم دادگاه خارجی، بنماید به عبارت دیگر گاهی تقاضای اجرای رأی داوری صادر شده تقدیم می‌شود وگاهی تقاضای اجرای رأی داوری تقدیم میشود. باتوجه به منطق مراجعه به داوری که همان تسریع در رسیدگی و حل اختلاف می‌باشد. تحصیل

حکم از دادگاه خارجی، نباید مانع یا شرطی برای اجرای رأی داوری تلقی گردد. لغو نظریه «فانی شدن سبب دعوی در حکم»[1] در خصوص احکام خارجی، این نتیجه ناخواسته را به دنبال داشت که چنان‌چه حکم، در انگلیس قابل اجراء باشد، دیگر رأی داوری نبوده، بلکه حکم دادگاه می‌باشد. این نتیجه عادی فقط طبق کامن لا بر اجراء اعمال می‌شود به عبارت دیگر زمانی که محکوم‌له رأی داوری تقاضای اجرای رأی داوری را در کشور خارجی می‌نماید و دادگاه براساس این تقاضا به رأی داوری رسیدگی می‌کند و در قالب حکم نظر خود را بیان می‌کند و محکوم‌له که می‌خواهد این رأی را در کشور انگلیس اجراء کند براساس مقررات راجع به احکام خارجی خواهد بود، نه آرای داوری خارجی و نه قرارداد داوری.

ماده ۳ قانون داوری سال ۱۹۷۵ انگلیس نیز مقرر می‌دارد. آرای داوری مشمول کنوانسیون نیویورک، در صورت صدور حکم براساس آن‌ها از دادگاه خارجی، قابل اجراء می‌باشد.

رأی داوری خارجی، خواه در محل صدور دستور اجرای آن صادر شده، خواه نشده باشد، در انگلیس قابل اجراست. هر چند قانون کشور محل صدور رأی داوری، برای لازم‌الاجرا شدن، دستور اجراء را لازم بداند. بدین ترتیب سیستم حقوقی انگلیس تابع نظام اخذ دستور دوگانه برای اجرای رأی داوری نمی‌باشد. همان‌طور که در بالا گفتیم رأی داوری که دستور اجرای آن از دادگاه خارجی صادر شده باشد، تبدیل به حکم دادگاه خارجی می‌شود. لکن چنان‌چه حکم موصوف ویژگی اجراییه، یعنی دستور تشریفاتی و رسمی که اجازه اجرای رأی را می‌دهد، داشته باشد به نظر می‌رسد رأی داوری ویژگی خود را حفظ می‌کند و تبدیل به حکم دادگاه نمی‌شود. رأی داوری خارجی نهایی، که دستور اجرای آن از دادگاه خارجی صادر نشده باشد. اگر چه قانون حاکم بر تشریفات داوری به منظور لازم‌الاجراء شدن رای، حکم دادگاه را لازم بداند، ممکن است طبق قسمت دوم قانون داوری ۱۹۵۰ و یا طبق کامن لا، که دارای سیستم دستور دوگانه برای شناسایی و اجرای داوری نمی‌باشد نهایی محسوب گشته و اجرا شود. این امر را می‌توان چنین توجیه نمود که دعوی که در انگلیس برای اجرای داوری خارجی اقامه می‌شود، مبتنی بر خود رأی می‌باشد نه قراردادی که رأی داوری به آن اثر می‌بخشد و نه براساس حکم خارجی.

مبحث پنجم: تفاوت آرای داوری داخلی و خارجی در کامن لا

در کامن لا اساساً بین آرای داوری خارجی و آرای داوری داخلی تفاوتی وجود ندارد[2]. البته استثنایی در این زمینه وجود دارد که ناشی از تعهدات بعضی معاهدات بین‌المللی است. همان‌طور که قبلاً بیان کردیم در کامن لا اصولا رأی داوری صادره از دادگاه خارجی که وارد مهیت نشده تابع اجرای احکام خارجی در انگلیس نمی‌باشد. صدور دستور اجراء از دادگاه کشور محل صدور، غالبا توسط محاکم

1. The Doctrin of non-Merger.

۲. مرتضی کلانتریان، همان، صفحه ۱۲۴.

انگلیس، مجوز اجراء تلقی می‌شود. زیرا رسیدگی قضایی، مستلزم ورود به ماهیت دعوی می‌باشد و چنان‌چه دادگاه خارجی، برای رسیدگی به تقاضای ابطال وارد رسیدگی ماهوی می‌شود. رأی صادره، حکم دادگاه تلقی خواهد شد. در کامن لا تابع مقررات اجرای احکام محاکم خارجی خواهد بود. به هر حال اثر صدور دستور اجراء از محکم خارجی، تنها از جهت اثباتی حائز اهمیت است و محکوم که از اثبات این‌که رأی داوری واجد شرایط اجراء می‌باشد و نیازی به شناسایی محدود ندارد بی‌نیاز می‌گردد.

مبحث ششم: اشتباه نسبت به قانون حاکم

اشتباه داوران نسبت به قانون و قاعده مناسب یا اشتباه در اعمال قانون مناسب، در کامن لا، مانع شناسایی و اجرای رأی داوری خارجی نیست. هر چند نمی‌توان برای این مورد سابقه قضایی در حقوق انگلیس پیدا کرد اما ملاحظه موارد مشابه حاکی از آن است که اعمال قاعده مناسب و مساعد به نفع متعهدله، نمی‌تواند از موانع شناسایی باشد. همچنین چنان‌چه دوران، سیستم حقوقی خاصی را اعمال نکرده باشند و طبق قانون حاکم بر آیین داوری، این امر مجاز باشد مانعی برای شناسایی و اجرای رأی داوری، تلقی نخواهد شد.

مبحث هفتم: اجرای آرای داوری فراملی (شناور)

تجارت در عرصه بین‌المللی، متقاضی وجود قواعدی است که در عرصه بین‌المللی حاکم بوده و مربوط به کشور خاصی نباشد. در چند سال اخیر این موضوع در رابطه با قواعد داوری بین‌المللی توسط اکثر کشورها پذیرفته شده و تئوری داوری فراملی مورد قبول واقع شده و به طرفین اجازه داده شده است که در قرارداد خود شرط کنند که داوری و آیین رسیدگی داوران تابع قواعد شکلی یا اصول حقوق بین‌المللی خصوصی یا قانون ماهوی سیستم حقوقی خاصی نباشد.

بلکه داوری و آیین رسیدگی داوران تابع قواعد شکلی منتخب طرفین بوده و قواعد شکلی آمره محل داوری اعمال نخواهد شد.

این، مفهوم آرای داوری فراملی یا شناور می‌باشد که از جهت قانون حاکم بر داوری و آیین رسیدگی داوران مورد بررسی قرار می‌گیرد، البته داوران الزاماً قواعد حل تعارض داوری را اعمال نمی‌کنند بلکه اصول کلی حقوق تجارت بین‌المللی را ملاک عمل قرار می‌دهند.

نظریه داوری شناور در سیستم حقوقی انگلیس طرفداران چندانی ندارد و داوری تابع اتاق بازرگانی بین‌المللی که در انگلیس صورت می‌گیرد یک داوری فراملی نمی‌باشد بلکه به جهت حکومت قواعد داوری انگلیس بر رسیدگی داوران، رأی داوری انگلیسی است.

نظام حقوقی انگلیس، مفهوم آیین داوری شناور در فضای شناور در فضای شناور در فضای بین‌المللی، که به هیچ سیستم مرتبط نباشد را شناسایی نکرده است و داور انگلیسی به جز قواعد حل تعارض قوانین انگلیس، قاعده دیگری را اعمال نمی‌کند. داور انگلیسی باید یک قانون را

اعمال کند. حال این قانون حل تعارض انگلیس باشد یا قانون کشوری دیگر، اما هیچگاه قواعد آیین داوری فراملی توسط داور انگلیس اعمال نمی‌شود. به همین جهت برخی از حقوقدانان انگلیسی اعتقاد دارند که قرارداد نمی‌تواند در خلاء قانونی بوجود آید[1].

بررسی سوابق قضایی محاکم انگلیس نشان می‌دهد که در یک مورد در پرونده «دوچ شاچتبو علیه شل اینترنشنال پترولیوم کوال تی دی» روش داوری فراملی اعمال شده است. در این پرونده خواهان تقاضای اجرای رأی داوری غیابی صادره در سوئیس را نمود. قراردادی که اختلاف از آن ناشی شده بود. متضمن شرط صریحی برای انتخاب قانون حاکم بر داوری نبود. داوران «اصول مورد قبول بین‌المللی ناظر بر روابط قراردادی» را به عنوان قانون ماهوی اعمال کردند. خواهان استدلال کرد که قانون سوئیس، قانون حاکم بر قرارداد و داوری می‌باشد و اعمال اصول کلی حقوقی در رأی داوری تأثیری نداشته است. خوانده ادعا کرد که اعمال اصول کلی حقوقی توسط داوران و شناسایی رأی آن‌ها در انگلیس، مخالف نظم عمومی است. دادگاه پژوهشی استدلال کرد طرفین در قرارداد، قصد بوجود آوردن تکالیف و حقوق لازم‌الاجراء و قانونی را داشته‌اند و هر چند بر انتخاب اصول کلی حقوقی تصریح نشده است ولی باتوجه به این‌که اعتبار قرارداد براساس حقوق سوئیس است این مسئله که آیا طرفین براساس سیستم حقوق انگلیس بر قانون خاصی توافق کرده‌اند، یا داوران انگلیسی می‌توانند اصول کلی را اعمال کنند تأثیر و نقشی در پرونده ندارد.

با این حال برخی از حقوقدانان انگلیس اعتقاد دارند چنان‌چه طرفین سیستم حقوقی غیر از سیستم حقوقی انگلیسی یا کشور دیگر را انتخاب نکرده باشند. ممکن است این موضوع مورد شناسایی قرار گیرد. مشروط بر این‌که طرفین قصد بوجود آوردن تعهدات و حقوقی را که قانون الزام‌آور باشد را داشته باشند. همچنین قرارداد به وجود آمده به اندازه کافی مشخص باشد به نحوی که یک قرارداد قابل اجراء را از جهت قانونی بوجود آورد.

گفتار دوم: محل شناسایی و اجراء و تشریفات آن

پس از مراجعه طرفین به داوری برای حل اختلاف و اتخاذ تصمیم توسط داوران، تکلیف آنان به پایان رسیده و موقع اجرای رأی داوری فرا می‌رسد در این مرحله نهاد داوری و داوران حق مداخله ندارند و تنها می‌توانند از قدرت اخلاقی خود استفاده کرده و محکوم‌علیه رأی داوری را به اجرای اختیار رأی، توصیه کند. بنابراین رأی داوری باید از طرف نهادی اجراء گردد که قدرت اعمال اجبار را داشته باشد و در حال حاضر نهادی که حق اعمال چنین قدرتی را دارد دولت‌ها می‌باشند که این قدرت را از طریق مراجع قضایی و محاکم دادگستری اعمال می‌کنند و دادگاه‌ها

1. Amun Rasheed shipping Corparation .V.Kuwait Insurance Co.,1984.A.C.50,Dicey and Morris," the Conflict of Laws", sweet and Maxell,1993,p.585.

در حمایت دولت‌ها، از اختیارات ویژه‌ای برای اجبار محکوم‌علیه به ارای رأی داوری برخوردار می‌باشند. اما مسئله آن است که محکوم‌له رأی داوری خارجی برای اجری آن باید به کدام کشور مراجعه کند لذا تعیین محل شناسایی و اجراء و تشریفات آن در کشور خاص ضرورت دارد.

پس از آن‌که رأی داوری صادر شده محکوم‌له خواهان تحقق مفاد آن و اجرای رأی داوری خارجی است و این امر مستلزم آن است که رأی در یک کشور مورد شناسایی قرار بگیرد و طبیعتاً در رأی داوری خارجی محکوم‌له به کشوری مراجعه می‌کند که وسایل تحقق و اجرای رأی داوری در آن مهیا است و اموال محکوم‌علیه در آنجا وجود دارد و چنان‌چه اموال محکوم‌علیه در کشورهای متعددی وجود داشته باشد محکوم‌له اختیار انتخاب کشور محل شناسایی را دارا خواهد بود. ولی مسلماً باید یک کشور را انتخاب کند و همزمان می‌توان شناسایی و اجرای رأی داوری خارجی را در چند کشور خواست اما به لحاظ عدم ارتباط کشورها در مسئله اجرای رأی داوری، ممکن است رأی داوری مطابق واقعیت به مرحله اجراء در نیاید و حقوق محکوم‌علیه تضییع گردد. اما در هر حال محکوم‌له کشوری را انتخاب خواهد نمود که برای اجرای رأی داوری برای او مناسب‌تر باشد و مجبور است شناسایی و اجرای رأی داوری از این کشور بخواهد.

شناسایی رأی داوری برای اجرا در کشور معین جهت توقیف دارایی‌های محکوم‌علیه یا فروش آن‌ها مستلزم برخی رسیدگی قانونی و صدور دستورات لازم است. در صورتی که محکوم‌له تقاضای اجرای رأی داوری را در بیش از یک کشور داشته باشد و اقدام او موجب تضییع حقوق محکوم‌علیه شود. برای مثال بیشتر از آن‌که موضوع رأی داور بوده اموال وی توقیف در این حالت محکوم‌علیه حق اعتراض خواهد داشت. اما عملاً برخی از کشورها از صدور اجراییه دوم خودداری کرده‌اند اما به نظر می‌رسد چنان‌چه محکوم‌له رأی داوری، نتیجه‌ای از صدور اجراییه در کشوری حاصل نکند و برای توقیف اموال در کشور دیگر درخواستی را تقدیم نماید پس از بررسی عدم حصول نتیجه در کشور قبلی می‌توان به خواسته او ترتیب اثر داد.

پس از تعیین محل شناسایی و اجرای رأی خارجی یا بین‌المللی در هر کشوری تشریفات خاصی جهت شناسایی و اجراء پیش‌بینی شده است و تقریباً در تمامی کشورها شناسایی و اجرا از دادگاه آن کشور خواسته شده و بوسیله فرم خاص و انجام تشریفات خاص این امر انجام می‌پذیرد. معمولاً به همراه تقاضای شناسایی و اجرا باید اصول رأی یا رونوشت. مصدق آن و قرارداد داوری را ضمیمه نمود و اگر نیاز به ترجمه سندی وجود داشته باشد باید براساس مقررات ترجمه اسناد در دادگاه این امر انجام پذیرد. همچنین ممکن است گواهی کنسول کشور محل صدور رأی داوری در ذیل رأی لازم باشد. اما این‌گونه نیست که تشریفات اجرا در تمامی کشورها یکسان باشد و به همین جهت اکثر کشورها برای متحد کردن شکل شناسایی و اجرا و تشریفات آن به عضویت کنوانسیون‌های بین‌المللی در آمده‌اند.

همان‌طور که قبلاً گفتیم درخواست شناسایی ممکن است به صورت جداگانه درخواست شود که البته درخواست شناسایی صرف رأی داوری بسیار محدود است و در عمل احتمال درخواست

شناسایی در جریان رسیدگی قضایی دیگری که توسط محکوم‌علیه داوری با نادیده گرفتن رأی صادره آغاز شده بیشتر است.[۱]

مرجع صالح برای رسیدگی به درخواست شناسایی و اجرای رأی داور خارجی در کشورهای مختلف، یکسان نیست. برای مثال در کشور هلند این مرجع دادگاه بخش است و حکم صادره از آن مبنی بر قبول یا رد درخواست شناسایی و اجرا تا دو ماه در دادگاه تجدیدنظر قابل استیناف است[۲].

در حقوق آلمان نیز هم دادگاه بخش و هم دادگاه شهرستان به تناسب موضوع برای رسیدگی به این امر صالح هستند.[۳]

پس از تقدیم درخواست شناسایی و ارای رأی داوری خارجی دادگاه صالح نسبت به قبول یا رد آن اظهارنظر خواهد کرد. اما مسئله آن است که اگر دادگاه رسیدگی‌کننده در کشور محل اجراء، درخواست شناسایی و اجرای رأی داوری را رد کند آیا رأی داوری بلا اثر خواهد بود. به نظر می‌رسد در این حالت محکوم‌له رأی داوری خواهد توانست درخواست شناسایی و اجر را در کشور دیگر مطرح کند و با زمانی که بطلان رأی داوری در قالب حکم قضایی مورد پذیرش قرار نگیرد رأی داوری به قوت خود باقی خواهد بود، اما به نظر می‌رسد اگر عدم شناسایی و اجرای رأی داوری توسط دادگاه به خاطر وجود جهاتی باشد که در حقوق تجارت بین‌الملل و کنوانسیون‌های متعدد بین‌المللی رأی داوری را قابل اجرا ندانند مانند عدم رعایت اصل ترافع در رسیدگی یا ندادن فرصت برای ارائه دلیل که همه آن‌ها دلایلی برای بطلان رأی داوری می‌باشند. علی‌رغم عدم صدور حکم و بطلان رأی داوری متقاضی نخواهد توانست درخواست شناسایی و اجرای خود را در کشور دیگری منتهی به اجرای رأی داوری نماید. همچنین چنان‌چه درخواست شناسایی و اجرا به دلیل مخالفت با نظم عمومی کشور محل تقدیم درخواست رد شده باشد به جهت متغیر بودن وصف نظم عمومی در کشورها احتمال این امر وجود دارد که متقاضی شناسایی بتواند در کشور دیگری درخواست شناسایی و اجرا را تقدیم نموده و رأی داوری را اجرا کند.

به علاوه لازم به ذکر است که تقدیم درخواست شناسایی و اجرای داوری به موجب برخی کنوانسیون‌ها مانند کنوانسیون مسکو ۱۹۷۲ محدود به زمان خاصی شده است و متقاضی شناسایی باید هنگام تقدیم تقاضانامه خود به این موضوع توجه داشته باشد و طرف مقابل نیز در صورت عدم رعایت محدود زمانی حق اعتراض خواهد داشت. مرور زمان تقدیم درخواست شناسایی و اجرا در همه کشورها یکسان نیست هر چند که عضو یک کنوانسیون باشند. برای مثال در کشور

---

۱. لعیا جنیدی، اجرای آرای داوری بازرگانی خارجی، مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، ۱۳۸۱، ص ۹۳ و ۹۲

۲. مرتضی کلانتریان، همان، ص ۴۷

۳. همان، ص ۹۹ به بعد

ایالات متحده امریکا زمان تقدیم درخواست شناسایی در ایالت‌های فدرال متفاوت است. هرچند که در تمامی آن‌ها اجرای کنوانسیون نیویورک پذیرفته شده است.[1]

گفتار سوم: کنترل قضایی بر آرای داوری

طرفین اختلاف با مراجعه به داور خواهان حل و فصل اختلاف می‌باشند و حل و فصل اختلاف جز از طریق اجرای رأی داوری امکانپذیر نیست بنابراین رأی داوری باید به همراه خود نوعی الزام را به‌دنبال داشته باشد. با این حال در مواردی رأی داوری به صورت صحیح صادر نمی‌شود و التزام به رأیی که صحیح نبوده به دور از حقیقت است. بنابراین برای آن‌که در رسیدگی داوری که نوعی رسیدگی شعبه قضایی است بی‌طرفی و عدالت رعایت شود لازم است که این نهاد مورد کنترل قرار گیرد که آرایی که صادر می‌گردد صحیحاً صادر شود و الزام‌آور باشد. باتوجه به آیین رسیدگی کشورها نحوه کنترل متفاوت است اما علی‌الاصول این موضوع از دو طریق محقق می‌شود. امکان پژوهش‌خواهی و امکان درخواست ابطال رأی[2]. در اینجا نظارت قضایی در کشور مبدأ و نظارت قضایی در کشور محل شناسایی و اجرای رأی داوری را جداگانه توضیح خواهیم داد.

مبحث اول: کنترل قضایی در کشور مبدأ

کنترل قضایی در کشور مبدا از دو طریق ممکن است مانع شناسایی و اجرای رأی داوری در کشور دیگر شود. یک حالت که موجب انتفای وصف «لازم‌الاجراء بودن» از رأی داوری خارجی می‌شود و اجرای آن را تا پایان رسیدگی قضایی متوقف می‌کند. قسمت هـ از بند ۱ ماده ۵ و ماده ۶ کنوانسیون نیویورک ۱۹۵۸ در مورد انتفای وصف لازم‌الاجرا بودن مقرراتی را بیان کرده است. همچنین در حالت دیگر که در انتهای قسمت هـ بند ۱ ماده ۵ کنوانسیون مذکور بیان شده یکی از موانع شناسایی و اجرا در کشورهای شناخته شود. اما به طور کلی هیچ کنوانسیونی در ارتباط با میزان، نوع و نحوه کنترلی که کشورها بر آرای داوری خارجی دارند وجود ندارد. بنابراین مشاهده می‌شود که هر کشوری باتوجه به مقررات موضوع خود نسبت به کنترل قضایی بر آراء داوری اقدام می‌کنند. اما به هر حال کنترل قضایی در کشور محل صدور رأی داوری از طریق اعتراض صورت می‌گیرد و قبلاً به جهت عدم تفاوت بین آرای داوری داخلی و بین‌المللی نحوه کنترل بر آن‌ها نیز یکسان بود. اما امروزه با تصویب کنوانسیون‌های مانند کنوانسیون ژنو ۱۹۲۷، کنوانسیون نیویورک ۱۹۵۸ و همچنین باتوجه به اهمیت داوری بین‌المللی در عرصه اقتصاد بین‌الملل سعی در یکسان نمودن کنترل قضایی بر آرای بین‌المللی انجام شده است.

---

1. A.Redfern and M.Hunter,op.cit,p.453.

۲. لعیا جنبدی، همان، ص ۱۱۳

اعتراض که یکی از طرق کنترل قضایی بر آرای داوری است به معنای اقدام یکی از طرفین داوری برای بررسی اعتبار رأی داوری و درخواست تغییر یا ابطال رأی بدلیل وجود اشکال قانونی در رأی یا بدلیل عدم رعایت عدالت می‌باشد. همچنین اعتراض ممکن است به شکل درخواست ابطال حکم یا ارجاع مجدد اختلاف به نهاد داوری باشد. هدف متقاضی از اعتراض به رأی داوری آن است که قسمتی از رأی یا تمام آن را به نفع خود تغییر دهد و بدیهی است که اگر رأی داوری اعتبار خود را در کشور مبدأ از دست بدهد اعتبار خود را جهت اجرا در سایر کشورها نیز از دست خواهد داد و در قانون نمونه آنسیترال و کنوانسیون نیویورک ۱۹۵۸ بطلان رأی در کشور مبدأ از جهات رد درخواست شناسایی و اجرا تلقی شده است. البته باید توجه داشت که بطلان رأی در کشور مبدأ همیشه موجب بی‌اعتباری آن در سایر کشورها نمی‌باشد و برخی از کشورهای اعتباری رأی در کشور محل صدور را مانع شناسایی و اجحرای رأی داوری و موجب رد درخواست شناسایی و اجراء نمی‌دانند و در این حالت طبق بند ۱ ماده ۷ کنوانسیون نیویورک رأی داوری می‌تواند براساس قانون داخلی کشور محل اجراء، اجراء گردد. (مساعدترین قاعده) همچنین کنوانسیون اروپایی ۱۹۶۱ ابطال رأی را تنها در صورتی موجب رد خواست شناسایی و اجرا دانسته که ابطال رأی براساس دلایل مذکور در کنوانسیون صورت گرفته باشد.

همچنین لازم به ذکر است که اشاره کنیم منظور از کشور مبدأ و کشوری که می‌توان اعتراض به رأی داوری را تقدیم نمود اصولاً کشوری است که رأی داوری تحت تابعیت آن می‌باشد و از سیستم حقوقی آن کشور تبعیت می‌کند. این کشور معمولاً کشور محل صدور رأی است مثلاً اگر رأی در فرانسه صادر شده باشد براساس قوانین داخلی دادگاه استیناف و اگر در انگلستان صادر شده باشد براساس قوانین داخلی دادگاه تجارت نسبت به موضوع رسیدگی خواهد شد. همان‌طور که قبلاً گفته شد در تعیین محل تابعیت رأی داوری معیار وحدی وجود ندارد و اختلاف کشورها در اعمال معیارهای مختلف سبب شده تا در تعیین محل اعتراض نیز مشکلاتی پیدا شود. زیرا تعیین محل اعتراض به دنبال تعین محل صدور رأی داوری و تعیین تابعیت رأی داوری صورت می‌گیرد. برای مثال ممکن است کشور «الف» برای تعیین تابعیت از معیار محل صدور رأی داوری استفاده کند و کشور «ب» معیار قوانین حاکم بر آیین دادرسی رأی داوری را ملاک عمل قرار بدهد. در این حالت شخص اعتراض خود را به کشور «الف» تقدیم کند و این کشور، به جهت این‌که محل صدور رأی نیست رأی را خارجی تلقی کرده و خود را صالح برای رسیدگی به اعتراض نداند و به همین ترتیب کشور «ب» نیز به جهت این‌که آیین دادرسی وی در صدور رأی دخیل نبوده، خود را برای رسیدگی به اعتراض صالح ندانسته و رأی داوری را خارجی تلقی می‌کند. معترض در این حالت نمی‌تواند اعتراض خود را به هیچ یک از دو کشور ارائه کند حال آن‌که طریق حل اختلاف در صلاحیت نیز وجود ندارد. عکس این حالت نیز صادق است مانند آن‌که هر دو کشور، رأی داوری را داخلی تلقی کرده و خود را برای رسیدگی به اعتراض صالح بداند.

در کنوانسیون نیویورک مخالفت رأی داوری با قانون کشور محل صدور یا کشوری که قانون آن بر داوری حاکم بوده هر دو معیار پذیرفته شده است. اغلب حقوقدانان اعتقاد دارند که منظور کنوانسیون، اعمال کنترل قضایی توسط هر دو کشور نبوده است، بلکه در این کنوانسیون، اصل حاکمیت اراده پذیرفته شده و رأی داوری در این مورد، متعلق به سیستم حقوقی کشوری است که قانون داوری بر آن حاکم بوده است و چنان‌چه کشورهای متعاهد، رأی داوری که براساس قانون کشور دیگری صادر شده را باطل کنند و برخلاف تعهد خود در کنوانسیون عمل کرده‌اند.

همان‌طور که قبلاً بیان شد شیوه اعتراض ممکن است از طریق استیناف یا درخواست ابطال باشد که از کشوری به کشور دیگر متفاوت است.[1]

در استیناف یا تجدیدنظر مرجع رسیدگی‌کننده در صورت نقض رأی معترض عنه یا رأساً درباره موضوع اتخاذ تصمیم می‌کند یا آن‌که پرونده را جهت رسیدگی دوباره به نهاد داوری ارجاع می‌دهد اما در ابطال رأی مرجع رسیدگی‌کننده بعد از ابطال حکم نسبت به موضوع اتخاذ تصمیم نمی‌کند بلکه در صورت بقای قرارداد داوری و امکان مراجعه مجدد به داوران، طرفین اختلاف خواهند توانست دوباره به داور مراجعه کنند و چنان‌چه امکان مراجعه مجدد به داوری، طرفین اختلاف خواهند توانست دوباره به داور مراجعه کنند و چنان‌چه امکان مراجعه مجدد به داوری وجود نداشته باشد محاکم دادگستری پس از مراجعه هر یک از طرفین خواهند توانست نسبت به موضوع رسیدگی و اتخاذ تصمیم نمایند. لازم به ذکر است که در یک کشور ممکن است هر دو شیوه قابل اقدام باشد. همچنین ممکن است جهاتی در یک کشور از جهات استیناف و تجدیدنظر باشد و همان جهات در کشور دیگر از موجبات ابطال رأی باشد[2]. در حالی که ابطال رأی داوری خواسته می‌شود ممکن است ابطال قسمتی از آن خواسته شود در این حالت تنها همان قسمتی که مورد درخواست بوده و پس از رسیدگی ابطال شده است اعتبار خود را از دست می‌دهد و بقیه رأی کماکان دارای اعتبار خواهد بود ولی اگر ابطال تمام رأی خواسته شود با صدور رأی به ابطال اعتبار آن به کلی از بین می‌رود و کسی که رأی داوری به نفعش بوده باید از طریق ممکن نسبت به حل اختلاف خود اقدام نماید. در برخی از کشورهای بین آرای داور تفاوت قائل شده‌اند. مثلاً در کشور فرانسه در مورد آراء ملی و بین‌المللی دو شیوه اتخاذ شده است در مورد آرای داوری بین‌المللی صادره در فرانسه فقط می‌توان درخواست ابطال کرد و قاضی در این حالت حق رسیدگی در ماهیت را ندارد. (ماده ۱۵۰ قانون آیین داوری مدنی جدید فرانسه) اما در مورد آرای داخلی دادگاه استیناف پس از رسیدگی به اعتراض، راجع به ماهیت دعوی مجداً رسیدگی می‌کند (ماده

---

۱. سید جمال سیفی، قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران همسو با قانون نمونه داوری انسیترال، مجله حقوقی دفتر خدمات بین‌المللی جمهوری اسلامی ایران، شماره ۲۳، پاییز و زمستان ۱۳۷۷.

2. A.Redfern and M.Hunter,op.citpp.432-433.

۱۹۵۸ قانون مذکور)[۱] در مورد حالت دیگر یعنی استیناف یا تجدیدنظر نیز این موضوع پذیرفته شده به جهت جلوگیری از ورود لطمه به حقوق مشروع طرفین درباره انکار عدالت یا تجاوز از اختیارات یا تقصیر حقوقی و غیره نمی‌توان گفت که با هدف الزام‌آور بودن رأی داوری تعارضی وجود دارد. به همین دلیل قواعد ICC در بند ۲ ماده ۲۴ بیان می‌کند: «با ارجاع اختلاف به داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی فرض بر این خواهد بود که طرفین تعهد کرده‌اند که نتیجه داوری را بدون هیچ‌گونه تأخیر به اجرا بگذارند و حق هرگونه تجدیدنظرخواهی را تا جایی که معتبر است اسقاط می‌کنند.» عبارت اخیر ماده نشان می‌دهد که وجود غایت «تا جایی که معتبر است» حق تجدیدنظرخواهی را در بعضی حالات پذیرفته است. همچنین استیناف گاهی توسط داوران صورت می‌گیرد که این وضعیت معمولا در داوری‌های سازمانی وجود دارد[۲]

اصولاً مرجع استیناف از آرای محاکم دادگستری هستند اما گاهی ممکن است براساس مفاد قرارداد داوری پژوهش شکلی یا ماهوی در درون خود سیستم داوری پیش‌بینی نشود مانند آن‌که با توافق طرفین رسیدگی تجدیدنظر در نهاد داوری بالاتر با هیأت را بپذیرند.

معترض باید جهتی برای طرح اعتراض داشته باشد و به‌طور کلی جهات اعتراض را می‌توان به چهار دسته تقسیم نموده یکی از جهات اعتراض به رأی داوری مسائل راجع به خود رأی است که می‌تواند شکلی یا ماهوی باشد. مانند این‌که از مقررات شکلی در رأی داوری نام داور و طرفین ذکر نشده باشد یا از جهات ماهوی رأی داور دارای یک اشتباه حکمی یا موضوعی اساسی باشد. در حقوق ایران در بند یک ماده ۴۸۹ آیین دادرسی مدنی ذکر شده است که اشتباه حکمی در صورتی که منجر به مغایرت حکم با قوانین موجد حق گردد موجب بطلان مطلق رأی داوری خواهد بود. منظور از قوانین موجد حق قواعدی است که حاکم بر ماهیت اصلی دعوی بوده و حقی را برای طرفین یا یکی از آن‌ها ایجاد می‌کند. اما در اغلب کشورها اعتراض براساس اشتباه حکمی و موضوعی رأی داوری را نمی‌پذیرند. مثلاً در انگلیس دادگاه‌ها صلاحیت رسیدگی به این موارد را ندارند.[۳]

زیرا وقتی طرفین در اختلافات تجاری بین‌المللی به داوری مراجعه می‌کنند در حقیقت می‌پذیرند که داور برای اختلاف آن‌ها اتخاذ تصمیم کند و اگر دادگاه حق رسیدگی ماهوی نسبت به رأی داوری را داشته باشد اوصاف سرعت در رسیدگی و از همه مهم‌تر «نهایی بودن رأی داوری» منتفی خواهد شد. بنابراین در قوانینی مانند قانون نمونه آنسیترال داوری جدید «نهایی بودن رأی داوری» به امکان پژوهشی خواهی آن ترجیح داده شده است و به این ترتیب امکان

۱. مرتضی کلانتریان، همان، صفحات ۲۰۴ تا ۲۴۶.

2. A.Redfern and M.Hunter,op.citpp.434.

3. op.cit,p.435.

تجدیدنظرخواهی در درباره مسائل ماهوی رأی وجود ندارد و طرفین علاوه بـر دقـت در انتخـاب داوران متخصص خواهند توانست موارد مذکور را در هنگـام شناسـایی و اجـراء متـذکر شـوند و مرجعی که صلاحیت صدور دستور اجراء را دارد می‌تواند به عنوان جهـات ردّ شناسـایی و اجـراء مذکور در کنوانسیون نیویورک لحاظ کند.

مورد دیگر، اعتراض به صـلاحیت مرجـع داوری اسـت، داوران صـلاحیت خـود را از توافـق طرفین به دست می‌آورند. بنابراین چنان‌چه داوران در غیر موضوعی که مورد توافق بوده، رسیدگی و اظهارنظر کنند تصمیماتشان باطل و بلا اثر خواهد بود. به همین جهت در تمـام کشـورها، عـدم صلاحیت مرجع داوری از جهات ابطال رأی شناخته می‌شود. اعتراض به صـلاحیت مرجـع داوری گاهی مربوط به بخشی از رأی داوری است و گاهی اعتراض نسبت بـه تمـام رأی داوری اسـت و گاهی اعتراض به آن است که داوران نسبت به تمام آن‌چـه بـه آنـان ارجـاع شـده اتخـاذ تصـمیم نکرده‌اند. گاهی نیز اعتراض به آن است که اصلاً توافقی در خصوص مراجعـه داوران در موضـوع تحت رسیدگی وجود ندارد. به موجب بند ۲ ماده ۴۸۹ آیین دادرسی مدنی ایران صدور رأی نسبت به مطلبی که موضوع داوری نبوده از جهات ابطال رأی می‌باشد. مرجع رسیدگی بـه صـلاحیت در زمانی که هنوز رسیدگی داوران به پایان نرسـیده اسـت همـان مرجـع داوری مـی‌باشـد و اگـر بـه صلاحیت دادگاه‌های دادگستری از خود نفی صلاحیت کند، تصمیم دیوان داوری برای دادگاه‌هـای دادگستری لازم‌الاتباع نیست. همچنین اگر دادگاه‌های دادگستری به صلاحیت مرجع داوری از خود نفی صلاحیت کنند و داوران نسبت به موضوع رسیدگی کنند در حالی که واقعاً صلاحیت رسیدگی را نداشته باشند می‌توان به جهت فقدان صـلاحیت، بطـلان رأی داوری را تقاضـا نمـود. همچنـین گاهی در حین رسیدگی دادگاه، برای حل اختلاف توسط داوری، بین طرفین توافقی منعقد می‌شود که در این حلت نیز صلاحیت دادگستری منتفی می‌شود. همچنین در حین رسیدگی مرجع داوری، صلاحیت آنان زایل می‌شود مانند آن‌که مدت قرارداد داوری به پایان برسد یا دوران وصف خود را از دست بدهند.

در حالتی که رأی داوری درباره تمـام مسـائل ارجـاعی تعیـین تکلیـف نکـرده باشـد چنـان‌چـه موضوعی که مورد رسیدگی قرار نگرفته، از چنان اهمیتی برخوردار باشـد کـه در صـورت لحـاظ آن، توازن رأی به هم می‌خورد نتیجه تغییر می‌یابد، زیـان دیـده حـق تجدیـدنظرخواهی خواهـد داشـت قسمت الف از بند ۲ ماده ۳۴ قانون نمونه آنسیترال مقرراتی را در این زمینه بیان کرده است ولی حـق تجدیدنظرخواهی قابل نشده است. در کنوانسیون ژنو ۱۹۲۷ این مورد بـه عنـوان یکـی از جهـات ردّ شناسایی و اجراء تلقی شده است و کنوانسیون نیویورک در ایـن بـاره سـاکت اسـت. ایـن مـورد در حقوق داخلی کشورها غالباً منجر به صدور حکم به بطلان رأی داوری می‌شود و از آنجـا کـه بطـلان رأی یکی از جهات ردّ شناسایی و اجراء می‌باشد به نظر می‌رسد به استناد قسمت «هـ» از بنـد ۱ مـاده کنوانسیون نیویورک بتوان به جهت بطلان، موضوع را از موارد ردّ شناسایی و اجراء تلقی نمود.

برای تضمین تشکیل صحیح نهاد داوری، جهت تأمین تساوی در برخورد با طرفین و رسیدگی عادلانه همراه با امکان طرح دلایل و مدارک در زمان مناسب لازم است کـه داوران، تحـت قواعـد رسیدگی عادلانه عمل کنند ولی در اکثر موارد قواعـد رسـیدگی در توافـق طـرفین در نظـر گرفتـه نمی‌شود و قوانین در این زمینه کامل نیست و قضاوت در این مورد بـه عهـده دادگـاه نهـاده شـده است امّا برخی از کشورها مقررات مفصلی در این زمینه دارند و نقض هـر یـک از قواعـد شـکلی رسیدگی را باعث ورود خدشه به مفهوم عادلانه بودن رسیدگی مـی‌داننـد. عـدم رعایـت مقـررات شکلی مانند چگونگی تشکیل جلسات رسیدگی و احضار طرفین و نحوه و موقـع ارائـه مـدارک و دلایل و امثال، موجب ابطال رأی داوری خواهد بود. البته همان‌طور که گفتـیم امکـان دارد قـوانین کشورها یا کنوانسیون‌ها صراحتاً درباره تک تک موارد شکلی بیانی نداشته باشـند. در ایـن حـالات چنان‌چه عد رعایت موارد شکلی در درجه‌ای از اهمیت باشد که به اسـاس رأی داوری لطمـه وارد آورد یا خلاف عدالت و قوانین موجد حق باشد می‌توان مورد را از جهـات ردّ شناسـایی و اجـراء تلقی نمود و به استناد مقررات کنوانسیون نیویورک رأی داوری را شناسایی و اجراء نکرد. لازم بـه ذکر است که اعتراض باید در مهلت خاصی تقدیم شود بعضی قوانین باتوجه به وصف سرعت در آرای داوری، مهلت محدودی را برای پذیرش اعتراض پیش‌بینی کرده‌انـد مـثلاً در بنـد ۳ مـاده ۱۶ قانون نمونه آنسیترال ۳۰ روز از زمان ابلاغ رأی داوری را جهت تقدیم اعتـراض پـیش‌بینـی کـرده است.

مبحث دوم: کنترل قضایی در کشور محل شناسایی و اجراء

هنگامی که محکوم‌له رأی داوری خارجی تقاضای شناسـایی و اجـرای آن را دارد مراجـع قضـایی برای رسیدگی به این درخواست نیاز به بررسی شرایط و موانـع شناسـایی و آراء براسـاس قـوانین داخلی و کنوانسیون‌ها و مقررات بین‌المللی دارند و اگر شرایط آن فـراهم نباشـد یـا مـانعی بـرای شناسایی و اجراء وجود داشته باشد نسبت به ردّ درخواست شناسایی اقدام خواهند نمـود. دربـاره این‌که کدام مورد شرط است و کدامیک مانع می‌باشد در برخی از موارد اختلاف نظـر وجـود دارد ولی در هر حال نظارت قضایی در کشور محل شناسایی و اجراء مستلزم بررسـی شـرایط و موانـع درخواست شناسایی و اجرای رأی داوری خارجی می‌باشد که در جای خود توضیح خواهیم داد و در اینجا تنها به مسئله تأثیر «مصونیت دولت‌ها» خواهیم پرداخت. گرچه مسئله مصونیت دولت‌هـا ابزار عامی برای اعمال نظارت قضایی بر اجرایی آرای داوری خارجی نیست و تنها در مـورد آرای صادره علیه دولت‌ها و در نتیجه وضعیت ویژه آن‌ها مطرح می‌شود ولی، چون در عمل این امـر بـه صورت یکی از موانع مهم اجرای آرای صادره علیه دولت‌ها درآمده اسـت.[1] در اینجـا فقـط بحـث مصونیت قضایی و مصونیت اجرایی دولت‌ها را توضـیح مـی‌دهـیم. امـروزه در بسـیاری از مـوارد

۱. لعیا جنیدی، همان. ص ۳۰۵.

دولت‌ها در عرصه تجارت بین‌المللی وارد شده و مانند بسیاری از اشخاص حقوق خصوصی به تجارت می‌پردازند.

اعمالی که دولت‌ها در این زمینه انجام می‌دهند. اعمال تصدی گری نامیده می‌شود که در مقابل اعمال حاکمیت می‌باشد که دولت‌ها در راستای اعمال حکومت خود انجام می‌دهند. دولت‌ها به بهانه این‌که در عرصه بین‌الملل هیچ مرجعی نمی‌تواند اعمال آن‌ها را مورد بررسی قرار دهد از مراجعه به داوری خودداری می‌کنند (مصونیت قضایی) همچنین پس از صدور آراء داوری داوری اجرای رأی داوری خارجی را منافی با اعمال حاکمیت خود می‌دانند. (مصونیت اجرایی) برخی عقیده دارند که دولت در تجارت بین‌الملل مانند سایر اشخاص حقوق خصوصی می‌باشد و تمایزی با آن‌ها ندارد و دولت‌ها در این موارد نمی‌توانند به مصونیت خود استناد کنند ولی عده‌ای عقیده دارند که دولت‌ها در اعمال تصدی گری و اعمال حاکمیت دارای مصونیت می‌باشند اما نظر اخیر طرفداران چندانی ندارد و فقط کشورهای سوسیالیست و جهان سوم به آن گرایش دارند.

منظور از مصونیت قضایی آن است که نمی‌توان علیه دولت که عهده‌دار اعمال حاکمیت است در محاکم قضایی یا مراجع داوری طرح دعوی نمود. اما وقتی دولت توافق می‌کند که اختلافات ناشی از قراردادهای تجاری خود با دیگران به داوری ارجاع شود در حقیقت از مصونیت مذکور صرف نظر کرده و آنرا اسقاط کرده است و برخی از کشورها در قوانین خود صراحتاً به این موضوع اشاره کردند. مثلاً در انگلستان قانون مصونیت دولت مصوب ۱۹۷۸ مقرر نموده چنان‌چه دولت توافق کرده باشد که اختلاف آینده یا موجود را به داوری ارجاع دهد از رسیدگی دادگاه انگلستان به جریان داوری که در انگلستان برگزار شده مصون نیست. برخی از کشورها نیز چنین موضوعی را به صورت استثناء پذیرفته‌اند. مثلاً در ایالات متحده امریکا قانون مصونیت‌های دولت خارجی بیان کرده است که مصونیت اصل است مگر در مواردی که در قانون استثناء شده باشد که یکی از موارد استثناء آن است که دولت مصونیت خود را صراحتاً یا ضمناً اسقاط کرده باشد در حقوق ایران نیز می‌توان به اصل ۱۲۹ قانون اساسی و ماده ۴۵۷ قانون آیین دادرسی مدنی اشاره کرد منظور از مصونیت اجرایی آن است که وقتی محکوم‌له رأی داوری تقاضای اجرای رأی علیه دولت یا مؤسسات وابسته به دولت را داشته باشد ممکن است دولت به استناد مصونیت اجرایی از اجرای رأی داوری خارجی خودداری کرده و محکوم‌له با مشکلات زیادی مواجه گردد و این بدان معناست که نمی‌توان رأی صادر بر علیه یک دولت را به اجبار اجرا کرد. در بعضی از کشورها این مصونیت برای اموال دولتی مطلق می‌باشد و در برخی دیگر بین اموال تجاری و غیر تجاری دولت تفاوت قائل شده‌اند. در برخی از کشورها مانند انگلستان اجرای اجباری رأی داوری بر علیه تمام اموال تجاری دولت، چه آن‌چه موضوع اختلاف بوده و چه اموالی که موضوع اختلاف نبوده قابل اجراست. اما در برخی دیگر از کشورها مانند فرانسه اجرای اجباری رأی داوری خارجی تنها نسبت به اموالی که برای فعالیت‌های تجاری اختصاص یافته و موضوع اختلاف بوده امکان‌پذیر

است. در حال حاضر نظریه‌ای مطرح می‌باشد بدین مضمون که زمانی که دولت از مصونیت قضایی خود اعراض می‌کند این اعراض و انصراف شامل انصراف از مصونیت اجرایی نیز هست به عبارتی وقتی درباره مراجعه به داوری توافقی صورت می‌گیرد و مصونیت قضایی منتفی می‌گردد بدین مفهوم خواهد بود که طرفین نظر داوران را خواهند پذیرفت و بصورت اختیاری یا اجباری خواهان اجرای نظر آن‌ها نیز می‌باشند. با این همه پیشنهاد شده که طرف قرارداد داوری که در مقابل دولت یا مؤسسه دولتی قرار می‌گیرد. صراحتاً اسقاط مصونیت اجرایی دولت را نسبت به اجرای اجباری رأی داوری بخواهد.

گفتار چهارم: رویه و کنوانسیون‌های بین‌المللی

در کنوانسیون‌های بین‌المللی خصوصاً کنوانسیون‌های نیویورک و واشنگتن حالتی پیش‌بینی شده که اگر در مواردی معاهدات دو جانبه یا راهکارهای دیگر شیوه اجرایی ساده‌تری را نسبت به کنوانسیون‌های بین‌المللی پیش‌بینی کرده باشند متقاضی خواهد توانست به قواعد مذکور استناد کند. (بند یک ماده ۷ کنوانسیون نیویورک)

همچنین در برخی مواقع مقررات داخلی کشور محل شناسایی و اجرای رأی خارجی نسبت به مقررات کنوانسیون نیویورک یا سایر کنوانسیون‌های بین‌المللی مساعدتر می‌باشد. در این حالت قاعده‌ای تحت عنوان «مساعده‌ترین قاعده» اعمال می‌شود. مثلاً فرانسه یکی از کشورهای است که این حالت در آن وجود دارد و به عنوان نمونه ابطال رأی در کشور محل صدور لزوماً از جهات ردّ شناسایی و اجرا در کشور فرانسه نمیباشد. در اینجا محکوم‌له می‌تواند از مقررات محلی کشور فرانسه برای طرح درخواست شناسایی و اجرا بهره ببرد و رأی را بر مبنای آن اجرا کند.

در برخی حالات ممکن است دادگاه محل اجرا اجازه اجرای رأی داوری خارجی را ندهد و محکوم‌له برای رسیدن به مقصود خود باید دعوایی را در دادگاه کشور مذکور مطرح کند و رأی داوری را به عنوان تعهدی که محکوم‌علیه پذیرفته معرفی کرده و از دادگاه الزام وی به انجام تعهد مذکور را بخواهد و دادگاه در صورتی که مدعی ثابت کند این تعهد براساس قرارداد داوری معتبر ایجاد شده است مفاد رأی داوری را به عنوان تعهد محکوم‌علیه رأی داوری پذیرفته و حکمی که متضمن مفاد و عبارات رأی داوری است صادر کرده و محکوم‌له خواهد توانست تقاضای اجرای آنرا بنماید.

لازم به ذکر است کشورهایی که کنوانسیون نیویورک و واشنگتن را پذیرفته‌اند. برای مراجعه و طرح درخواست شناسایی و اجرای آرای داوری خارجی مناسب‌تر هستند و چنان‌چه کشوری عضو متعاهد این کنوانسیون‌های نباشد ممکن است درخواست‌کننده با مشکلاتی از جمله عدم امکان توقیف اموال در چند کشور مواجه گردد. بنابراین بهتر است که قبل از درخواست شناسایی

و اجرا این موضوع بررسی گردد. همچنین پس از صدور رأی داوری، رأی مذکور قبل از هرگونه عملیات اجرایی باید مورد شناسایی قرار بگیرد و همان‌طور که قبلاً گفتیم منظور از شناسایی بررسی اعتبار و صحت صدور رأی داوری است. شناسایی وسیله دفاعی بوده و شخصی که تقاضای شناسایی رأی خارجی را دارد در حقیقت از دادگاه تقاضای بررسی اعتبار رأی داوری و طرح دفاع در مقابل ایرادات احتمال طرف قرارداد را دارد. اما اجرای رأی داوری جنبه تهاجمی داشته و متقاضی تقاضای توقیف اموال محکوم‌علیه و توسل به طرق قانونی جهت اجرای اجباری رأی داوری را دارد. هر چند که محکوم‌علیه رأی داوری نیز حق دارد مطابق توافق و مقررات رأی داوری اعتراض نماید اما پس از انقضای مهلت اعتراض، رأی داوری برای توقیف اموال محکوم‌علیه به نفع محکوم‌له به مرحله اجرا در می‌آید.

گفتار پنجم: دلایل عدم شناسایی و عدم اجرای رأی داوری

دلایل زیر ممکن است سبب گردد که یک رأی داوری مورد شناسایی قرار نگرفته و اجرا نشود:

۱. فقدان اهلیت طرفین.
۲. عدم وجود یک قرارداد معتبر داوری.
۳. عدم انطباق قرارداد داوری با قانون حاکم بر آن.
۴. خوانده فرصت کافی برای موارد زیر نداشته است، و در نتیجه عدالت داوری در حقش رعایت نشده باشد.
۵. نصب داور
۶. توافق بر رویه‌ها و آیین دادرسی داوری.
۷. ارائه لایحه دفاعیه یا دعوای متقابل.
۸. رأی داوری مرتبط با اختلافی است که صالح برای رسیدگی داوری نبوده و یا اساساً نیاز به مداخله مقام صالح بالاتر از قبیل دادگاه را داشته است.
۹. ترکیب داوران با تشریفات داوری بر طبق موافقنامه داوری، یا قانون حاکم بر آن نبوده است.
۱۰. رأی داوری به حد الزام‌آوری نرسیده است مثل آن‌که مورد اعتراض و یا مطالبه ابطال یک طرف داوری قرار گرفته است و در نتیجه تا حصول نتیجه و صدور تصمیم مقتضی، شناسایی یا اجرای آن معلق باقی بماند.
۱۱. دادگاه مورد درخواست دریابد که چنین شناسایی و یا اجرایی، مخالف نظم عمومی و اخلاق حسنه جامعه است.

نتیجه‌گیری

بررسی اجمالی مبانی و شرایط شناسایی و اجرای احکام خارجی در حقوق موضوعه ایران این نکته را آشکار ساخت که شناسایی و اجرای احکام خارجی یکی از موضوعات مهم حقوق بین‌الملل خصوصی تلقی می‌شود. به طوری که با توجه به پیشرفت تکنولوژی و گسترش ارتباط میان دولت‌ها و ملت‌ها و جهانی شدن اقتصاد و ارتباطات، این مسئله به صورت یک ضرورت اجتناب ناپذیر در آمده است. زندگی کنونی نوع بشر که به طرف دهکده جهانی پیش می‌رود، روابط حقوقی جدیدی را بین تمام اتباع کشورها ایجاب می‌نماید. در نتیجه دولت‌ها نیازمند شناسایی و اجرای احکام صادره از محاکم داخلی در کشورهای دیگری بعنوان یک ضرورت می‌باشند. قطع نظر از شرایطی که در سیستم‌های حقوقی شناسایی و اجرای احکام خارجی موجود در دنیا به چشم می‌خورد؛ شناسایی پاره‌ای از احکام صادره از محاکم خارجی مانند احکام مربوط به وضعیت و اهلیت اشخاص یکی از ضرورت‌های زندگی بین‌المللی است و این قبیل احکام را باید به عنوان واقعیت خارجی پذیرفت. در غیر این صورت نادیده گرفتن واقعیت است. اگر حقوق بین‌الملل خصوصی را مانند پلی بدانیم که سیستم‌های حقوقی را به یکدیگر متصل می‌سازد یکی از پایه‌های این رشته را باید اعتبار و شناسایی بین‌المللی حقوق مکتبسه تلقی نمود. و این مصلحت حقوقی تأمین نمی‌شود مگر با قبول اعتبار و شناسایی احکام خارجی.

البته این نکته به آن معنی نیست که هر حکم خارجی را باید بدون قید و شرط شناسایی نمود و آن را به مرحله اجرا در آورد. بلکه مقصود آن است که با رعایت شرایط لازم، باید حکم صادره از محکمه خارجی را مورد شناسایی و اجرا قرار داد. در غیر این صورت راه گسترش حقوق بین‌الملل خصوصی مسدود خواهد شد. چرا که در مطالعه سیستم‌های حقوقی، جهت تدوین و جمع‌آوری این پایان‌نامه به این نتیجه رسیدیم که اکثر کشورهای اروپایی و توسعه یافته شرایطی را جهت شناسایی و اجرای احکام خارجی در محاکم داخلی خود پیش‌بینی نموده‌اند و آراء کشورها را در محاکم داخلی خود شناسایی و اجرا می‌نمایند.

به عنوان مثال در کشور فرانسه شرایط اساسی برای شناسایی و اجرای حکم خارجی عبارتست از این‌که اولاً باید حکم توسط دادگاه صلاحیتدار صادر شده باشد.

ثانیاً: دادگاه خارجی در صدور رأی مقررات صوری را طبق قانون مقرر دادگاه رعایت کرده باشد.

ثالثاً: دادگاه خارجی در ماهیت دعوی قانون صلاحیت‌دار را اجرا نموده باشد.

رابعاً: اجرای حکم صادره از دادگاه خارجی نباید مخالف با نظم عمومی باشد. در نظام حقوقی ایران در خصوص شناسایی و اجرای احکام خارجی تا قبل از تصویب قانون اجری احکام مدنی مصوب سال ۱۳۵۶ مقررات صریحی وجود نداشته است. بلکه جلد دوم قانون مدنی در ماده ۹۷۲ عنوان نموده بود: «احکام صادره از محاکم خارجه و همچنین اسناد رسمی لازم‌الاجرا تنظیم شده

در خارجه را نمی‌توان در ایران اجرا نمود. مگر این‌که مطابق قوانین ایران امر به اجرای آن‌ها صادر شده باشد که مواد بعدی قانون مدنی در خصوص شناسایی و شرایط اجرای احکام خارجی، اظهارنظر صریحی قانون‌گذار بیان نکرده بود؛ لیکن در ماده ۱۲۹۵ شرایط اجرای اسناد خارجی در ایران را عنوان کرده بود که تا آن زمان با استفاده از شرایط مندرج در ماده فوق‌الذکر رویه عملی محاکم این بوده است، چنان‌چه حکم خارجی که آن را به منزله سند تنظیمی در خارج تلقی می‌نمودند، دارای شرایط منعکسه در ماده فوق‌الذکر بود دستور شناسایی و اجرا حکم خارجی را صادر می‌نمودند لیکن پس از تصویب قانون اجرای احکام مدنی در سال ۱۳۵۶ قانون‌گذار ایرانی نسبت به رفع خلاء موجود در قوانین خود در خصوص شرایط صریح شناسایی و اجرای احکام مدنی خارجی در ایران نمود که تاکنون تکلیف محاکم در خصوص اجرای احکام مدنی، به موجب مواد ۱۶۹ قانون اجرای احکام مدنی مشخص شده است و می‌توان این قانون را یکی از قوانین مترقی و پیشرفته مدنی ایران دانست: که با توجه به توسعه روزافزون روابط ایران با سایر کشورها و احساس نیاز و ضرورت در زمان خود تدوین و تاکنون نیز مورد استفاده قرار گرفته و محاکم ایران مانند محاکم اکثر کشورهای پیشرفته و سیستم‌های حقوقی دنیا چنان‌چه حکم خارجی دارای شرایط ذیل باشد، در ایران قابلیت اجرا خواهند داشت.

۱. خلاف نظم عمومی نبوده
۲. حکم خارجی مخالف عهود بین‌المللی که ایران امضاء نموده نباشد.
۳. حکم قطعی و لازم‌الاجرا شده باشد.
۴. از دادگاه ایران حکمی مخالف حکم خارجی صادر نشده باشد.
۵. رسیدگی به موضوع در صلاحیت خاص دادگاه‌های ایران نباشد.
۶. حکم راجع به اموال غیر منقول نباشد.
۷. دستور اجرای حکم داشته باشد.
۸. احکام صادره از دادگاه‌های ایران در آن کشور قابل اجرا باشد. (شرط عمل متقابل)

قانون اجرای احکام مدنی مصوب سال ۱۳۵۶ اصل را بر قابلیت اجرای احکام مدنی خارجی که واجد شرایط فوق باشند قرار داده در حالی که ماده ۹۷۲ قانون مدنی مصوب سال ۱۳۱۳ و اصلاحات بعدی اصل را بر عدم اجرای حکم صادره از دادگاه خارجی قرار داده بود، مگر این‌که مطابق قوانین ایران امر به اجراء صادر کند که تا زمان تصویب قانون اجرای احکام مدنی در سال ۱۳۵۶ قانون مدون و روشنی در جهت شناسایی و اجرای احکام خارجی در ایران وجود نداشته است که با تصویب این قانون خلاء قانونی رفع شد. در واقع این موضوع تفاوت اساسی و مبهمی ظاهر نشده و در هر دو صورت وجود شرایط مهم است. شرایطی که حکم خارجی باید دارا باشد و این شرایط را قانون اجرای احکام سال ۱۳۵۶ با صراحت معین کرده و مرجع صدور اجراییه را هم معلوم کرده است.

دادگاه شهرستان محل اقامت یا محل سکونت علیه و اگر در ایران محل سکونت و محل اقامت معلوم نباشد، دادگاه شهرستان است که در حال حاضر دادگاه عمومی تهران که جای دادگاه شهرستان را گرفته است برحسب مورد می‌توانند مرجع قبول درخواست و صدور اجراییه باشند. در این خصوص بین مواردی که طرفین حکم، تبعه بیگانه باشند یا ایرانی، تفاوتی نیست. بعلاوه تمام اختلافات ناشی از اجرای حکم هم مربوط به همان دادگاهی است که صلاحیت صدور اجراییه را دارد و مسیر عملیات اجرایی طبق اجرای احکام داخلی صورت می‌گیرد بنابراین حکم دادگاه خارجی که مراحل رسیدگی را گذرانده و قطعیت پیدا کرده و دارای اعتبار امر مختومه هست و محتاج رسیدگی ماهوی در محاکم ایران نمی‌باشد. ولی باید با احراز شرایط اجراییه صادر گردد و دادگاه ایران صرفاً در خصوص شناسایی و یا عدم شناسایی حکم خارجی قرار صادر نماید.

همچنان‌که می‌دانیم شرایط فوق در خصوص اجرای احکام مدنی می‌باشد. در مورد احکام کیفری خارجی در قوانین ایران و اکثر کشورها به لحاظ اصل سرزمینی بودن جرایم و مجازات‌ها که مورد قبول اکثر کشورها می‌باشد. در خصوص شناسایی و اجرای احکام کیفری خارجی قوانین مدون و مشخصی تدوین نشده است. با توجه به گسترش روزافزون ارتباط بین کشور مستلزم تجدیدنظر در این خصوص از نظر قانون‌گذار ایرانی ضروری به نظر می‌رسد که در خصوص اجرای احکام کیفری که موضوع در صلاحیت خاص محکمه ایرانی نباشد قوانین تدوین گردد.

هر چند در صحنه بین‌المللی کشورها به سمت بین‌المللی کردن و یا حتی منطقه‌ای کردن قوانین خود جهت اجرای احکام خارجی می‌باشند. همچنان‌که کشورهای اروپایی قوانینی را تدوین نمودند که در تمام کشورهای عضو قابلیت اجرا دارد از جمله عهدنامه ۱۹۶۸ بروکسل، در خصوص احکام کیفری نیز در حال حاضر پیش نویس اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی در ۱۷ ژوئیه ۱۹۹۸ در رم به تأیید نمایندگان ۱۲۰ کشور رسید که پس از تصویب ۶۰ کشور لازم‌الاجرا خواهد شد، تدوین شد که گامی در خصوص بین‌المللی کردن جرایم و صلاحیت رسیدگی دیوان مذکور در مورد جرایم بین‌المللی که برخلاف اصل سرزمین بودن جرایم و مجازات‌ها می‌باشد مورد تأکید قرار گرفته است.

همه این مطالب بیانگر ضرورت جهانی شدن قوانین و اجرای آن در تمام کشورها می‌باشد. انشاءا... مسؤولین کشور و قانون‌گذاران ایرانی نیز با درک واقعیات دنیای امروز در تدوین و الحاق و تصویب قوانین و مقررات بین‌المللی کوشا خواهند بود.

منابع و ماخذ

۱. احمد روستایی، عبدالغنی، نظم عمومی در حقوق خصوصی (رساله دکتری) ص ۳۳
۲. ارفع نیا دکتر بهشید، حقوق بین‌المللی خصوصی، جلد دوم انتشارات آگاه، سال ۱۳۶۹، ص ۱۶۸
۳. آقایی، دکتر بهمن، فرهنگ حقوق بین‌الملل، انتشارات گنج دانش، سال ۱۳۷۵، ص ۶
۴. دکتر سیدجلال‌الدین، آیین دادرسی مدنی اجرای احکام، انتشارات گنج دانش، سال ۱۳۶۹، ص ۵۵
۵. سید جمال سیفی، قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران همسو با قانون نمونه داوری انسیترال، مجله حقوقی دفتر خدمات بین‌المللی جمهوری اسلامی ایران، شماره ۲۳، پاییز و زمستان ۱۳۷۷.
۶. سیفی (دکتر سیدجمال)، قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران همسو با قانون نمونه داوری آنسیترال، مجله حقوقی دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی، شماره
۷. شهری، غلامرضا، مجموعه نظرهای مشورتی اداره حقوقی دادگستری در مورد مسائل مدنی، انتشارات روزنامه رسمی، سال ۱۳۷۰
۸. صفایی (دکتر سید حسین)، حقوق بین‌الملل و داوری‌های بین‌المللی، نشر میزان، بهار ۱۳۷۵، ص ۱۴۱ و ۱۴۲.
۹. عالمی، شمس‌الدین، اجرای قوانین و احکام بیگانه در ایران، کتابخانه ابن سینا، سال ۱۳۴۵، ص ۲۱۲
۱۰. کریمی، حسین، مجموع قوانین و مقررات حقوقی، انتشارات روزنامه رسمی، سال ۱۳۷۳
۱۱. لعیا جنیدی، اجرای آرای داوری بازرگانی خارجی، مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، ۱۳۸۱، ص ۹۳و ۹۲
۱۲. لنگرودی، جعفر، ترمینولوژی حقوق، انتشارات گنج دانش، سال ۶۹، ص ۶۱
۱۳. الماسی، نجادعلی، مقاله شناسایی و اجرای احکام خارجی در حقوق فرانسه و حقوق انگلیس و آمریکا، نشریه شماره ۲۵۵، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ص۲۰۶
۱۴. الماسی، نجادعلی، تعارض قوانین، انتشارات نشر دانشگاهی، سال ۱۳۶۸
۱۵. مرتضی کلانتریان، همان، صفحه ۱۲۴.
۱۶. میرفخرایی، محمدجواد، مقاله اجرای احکام دادگاه‌های خارجی، مجله شماره ۲، دفتر خدمات بین‌الملل، ص ۱۸۸
۱۷. نصیری، مرتضی، اجرای آراء داوری خارجی، چاپخانه بانک ملی ایران، ۱۳۵۰، ص ۲۳۵
۱۸. نیکبخت، حمید رضا، شناسایی و اجرای آرای داوری‌های تجاری بین‌المللی، مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های بازرگانی، چاپ دوم، ۱۳۹۰، ص ۳۴۸
۱۹. نیکبخت، حمید رضا، شناسایی و اجرای آرای داوری‌های تجاری بین‌المللی در ایران، مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های بازرگانی، ۱۳۸۵، صص ۳۳-۳۶
۲۰. نیکبخت، دکتر حمید رضا، تعارض قوانین و قراردادها، مجله حقوقی دفتر خدمات حقوق بین‌الملل جمهوری اسلامی ایران، شماره ۳۲، ص ۴۰
۲۱. نیکبخت، دکتر حمید رضا، جزوه درس حقوق بین‌الملل خصوصی مقطع کارشناسی ارشد، نیمسال اول ۱۳۸۰، دانشکده حقوق شهید بهشتی.

1. A.Redfern and M.Hunter.
2. Evans Darby,W.,International Tribunals,4th Ed.,London,1904.
3. EC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations, Rome 1980,80/934/ EEC, Official Journal of the Euroean Community,1980,266.
4. Ibid The Convention entered into force on April 1991 in France, Italy, Denmark, Luxembourg, Germany, Beleium, Greece and UK. Official Journal of European Community, 1991.
5. Guide de L'arbitrage, chamber de Commerce International, 1983.
6. Julian D.M.Lew, Applicable law in International Commercial Arbitration, oceana publication,1978.
7. M.R. Sammartano, "International Arbitration Law" Kluwer,1990.

ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی از نگاهی دیگر

محمد محمودنژاد کارآموز وکالت کانون وکلای دادگستری گیلان

سرآغاز

خسارت تأخیر تأدیه‌ی پول احکام خاصی دارد که با قواعد عمومی جبران خسارت تفاوت می‌کند. این احکام در بسیاری از موارد با نظم عمومی ارتباط دارد و در شمار قواعد محدودکننده‌ی آزادی است. در مورد تعهدهایی که موضوع آن «وجه نقد» یا «وجه رایج» است، به‌طور معمول خسارت عدم انجام تعهد داده نمی‌شود. چرا که این خسارت، بدل انجام دادن تعهد است و زمانی موضوع حکم قرار می‌گیرد که اصل تعهد قابل اجرا نباشد.

برعکس، خسارت تأخیر در انجام دادن تعهد در این‌گونه دیون شایع و متعارف است؛ مدیونی که توان وفای به عهد را دارد، در دادن پول تأخیر می‌کند و از این راه خسارتی می‌زند که جبران‌پذیر است. پولی که از این بابت پرداخته می‌شود با اجرای اصل تعهد مخلوط نمی‌گردد و با بقای اصل تعهد و اجرای اصل آن نیز قابل وصول است. به همین جهت نیز در قوانین تنها از خسارت تأخیر گفتگو شده و قانون‌گذار در تنظیم روابط اشخاص دخالت مستقیم کرده است.

در آخرین تحول، ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۲۱ فروردین ۱۳۷۹، خسارت تأخیر تأدیه وجه رایج را بر مبنای تغییر فاحش سالانه قدرت خرید پول، مجاز شمرد. منتها، در این‌که تقاضای خسارت تأخیر تأدیه از زمان مطالبه است یا از زمان سررسید دین، ماده مذکور دارای ابهام است؛ و محاکم در مورد این‌که خسارت یاد شده را از چه زمانی باید محاسبه و مورد حکم قرار دهند، هنوز هم با تردیدهایی مواجهند و صدور آراء متفاوت در زمینه‌ی مبدأ محاسبه‌ی خسارت تأخیر تأدیه، ناشی از همین تردیدهاست.

طرح بحث: آغاز محاسبه خسارت

مطابق متن ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی؛ «**در دعاویی که موضوع آن دین و از نوع وجه رایج بوده و با مطالبه داین و تمکن مدیون، مدیون امتناع از پرداخت نموده، در صورت تغییر فاحش شاخص قیمت سالانه از زمان سررسید تا هنگام پرداخت و پس‌از مطالبه طلبکار، دادگاه با رعایت تناسب تغییر شاخص سالانه که توسط بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران تعیین می‌گردد محاسبه و مورد حکم قرار خواهد داد مگر این‌که طرفین به نحو دیگری مصالحه نمایند**».

عبارت ماده چندان گویا نیست و حاوی ابهام‌هایی آزاردهنده است؛ از جمله این‌که، آیا آخرین حکم ماده که اعلام می‌کند؛ «مگر این‌که طرفین به نحو دیگری مصالحه نمایند»، نشان حکومت تراضی بر این رابطه است و به دو طرف اختیار داده است که رابطه‌ی خود در این زمینه را به

دلخواه طراحی کنند؟ یا باید گفت، بخش نخست ماده خسارت تأخیر تأدیه را محدود به تفاوت ارزش واقعی و اسمی پول کرده است و بخش اخیر ناظر به مصالحه‌ی دو طرف پس از شرایط الزام به تأدیه‌ی خسارت است نه تغییر مبنا و شرایط التزام.

احتمال اخیر قوی‌تر به نظر می‌رسد و رویه‌ی قضایی نیز متمایل به آن است. زیرا برای پرهیز از زیاده‌طلبی، ضروری است که حکومت تراضی محدود به شیوه‌ی محاسبه‌ی تفاوت قدرت خرید پول شود و طلبکار نتواند بیش از ارزشی که داده است بستاند.

منتها، قانون‌گذار فراموش کرده است که زیان ناشی از تغییر ارزش واقعی پول، در صورتی به مدیون تحمیل می‌شود که تقصیر او (امتناع از پرداخت) سبب ورود آن باشد. لازمه‌ی منطقی رعایت رابطه‌ی سببیت میان امتناع مدیون از تأدیه و ورود خسارت این است که مبدأ محاسبه‌ی کاهش ارزش واقعی پول رایج، مطالبه و امتناع مدیون باشد، در حالی که ماده ۵۲۲ مبدأ محاسبه را از تاریخ سررسید طلب قرار داده است.

ممکن است گفته شود که قانون‌گذار جدید مبنای احراز تقصیر مدیون را، کاهلی او در پرداخت به هنگام سررسید قراردادهاست نه تاریخ مطالبه. به بیان دیگر، مدیون بایستی در پرداخت دین خود پیش‌قدم شود و به انتظار مطالبه‌ی طلبکار نماند، وگرنه مقصر است. این توجیه، اشکال منطقی رابطه‌ی سببیت میان تقصیر و خسارت را از بین می‌برد. ولی، با ظاهر ماده ۵۲۲ تعارض دارد. در این ماده، برای بیان شرایط الزام مدیون به جبران خسارت و تقصیر او، گفته شده است: «... با مطالبه داین و تمکن مدیون، مدیون امتناع از پرداخت نموده ...»؛ این گفتار در این معنا ظهور دارد که امتناع مدیون (تقصیر) پس از مطالبه‌ی داین تحقق می‌یابد.

پس، برای پرهیز از تعارض، ناچار باید پذیرفت که مطالبه‌ی داین شرط صدور حکم به جبران خسارت است نه تحقق تقصیر مدیون. مدیون با خودداری از تأدیه در زمان سررسید مقصر است و از همان تاریخ باید خسارت ناشی از آن را بدهد. منتها، صدور حکم به این خسارت و تحقق التزام به تأدیه‌ی آن منوط به مطالبه‌ی داین است.

به منظور روشن شدن هر چه بیشتر موضوع، نظریات مختلف ناشی از تعارض فوق را ذکر کرده و مقرراتی که هر یک از آن‌ها را تقویت می‌نماید، جداگانه مورد بررسی قرار می‌دهیم.

مبحث اول: نظریه مطالبه

مطابق این نظر، مبدأ محاسبه‌ی خسارت تأخیر تأدیه را باید هنگامی فرض کرد که داین به‌طور رسمی یا غیر رسمی طلب خود را مطالبه کرده باشد. و از تاریخ مطالبه‌ی طلب است که طلبکار استحقاق دریافت خسارت تأخیر تأدیه را پیدا می‌کند. مبدأ محاسبه خسارت تأخیر تأدیه در ماده ۳۰۴ قانون تجارت بر پایه‌ی این نظر است: «**خسارت تأخیر تأدیه مبلغ اصلی برات که به‌واسطه‌ی**

عدم تأدیه اعتراض شده است از روز اعتراض و خسارت تأخیر تأدیه، مخارج اعتراض و مخارج برات رجوعی فقط از تاریخ اقامه‌ی دعوی محسوب می‌شود».

چنان‌چه با اندک مسامحه‌ای اعتراض و اقامه‌ی دعوی را مبدأ مطالبه بنامیم، در این صورت ماده ۳۰۴ قانون تجارت کاملاً منطبق با نظریه‌ی اخیر خواهد بود. چه این‌که قبل از اعتراض عدم تأدیه و یا قبل از اقامه دعوی قصد مطالبه طلب از سوی خواهان مسجل نیست، بلکه از تاریخ مطالبه است که طلبکار قصد واقعی خود مبنی بر دریافت طلب را بروز می‌دهد.

مبحث دوم: نظریه سررسید

مطابق این نظر، مبدأ محاسبه‌ی خسارت تأخیر تأدیه، سررسید دین یا طلب می‌باشد. بنابراین، چنان‌چه در مطالبات مستند به سند، اعم از عادی یا رسمی، سررسید دین مشخص شده باشد و با وجود رسیدن اجل، مدیون از پرداخت دین خود استنکاف ورزد، در صورت درخواست خواهان، محکمه علاوه بر پرداخت اصل دین مدیون را به پرداخت خسارت تأخیر تأدیه از زمان سررسید تا یوم پرداخت نیز محکوم خواهد نمود. بنابراین، در تعهدات پولی چنان‌چه مدتی از ثبوت دین بگذرد مدیون باید هنگام تأدیه‌ی بدهی، خسارت تأخیر تأدیه را نیز از هنگام مدیونیت خود تا روز پرداخت به خواهان بپردازد.

به نظر می‌رسد، نظریه‌ی اخیر انطباق بیشتری با انصاف و عدالت دارد؛ که در ادامه به بررسی دلایل خود برای طرفداری از این نظریه می‌پردازیم:

گفتار نخست: مواد قانونی و تعمیم آن به سایر موارد

الف) مطابق تبصره ماده ۲ قانون صدور چک و استفساریه‌ی مجمع تشخیص مصلحت نظام در سال ۷۷: «...**خسارت تأخیر تأدیه بر مبنای شاخص تورم از تاریخ چک تا زمان وصول آن‌که توسط بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران اعلام شده** ...» قابل وصول است.

ب) وفق تبصره الحاقی به ماده ۱۰۸۲ قانون مدنی مصوب ۷۶/۴/۲۹: «**چنان‌چه مهریه وجه رایج باشد متناسب با تغییر شاخص قیمت سالانه زمان تأدیه نسبت به سال اجرای عقد که توسط بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران تعیین می‌گردد محاسبه و پرداخت خواهد شد مگر این‌که زوجین در حین اجرای عقد به نحو دیگری تراضی کرده باشند** ...».

ج) مطابق ماده ۴ آیین‌نامه اجرای مفاد اسناد رسمی لازم‌الاجرا و تبصره آن مصوب ۷۸: «**بستانکار با وثیقه باید در تقاضانامه صدور اجراییه از دفترخانه نکات ذیل را بنویسید:** «...**۴ـ میزان خسارت تأخیر تأدیه تا روز درخواست اجراییه و از تاریخ مزبور به بعد طبق مقررات مربوطه**».

عبارت «میزان خسارت تأخیر تأدیه تا روز درخواست اجراییه ...»، نشان‌دهنده‌ی این مطلب است که در آیین‌نامه‌ی فوق، مبدأ محاسبه‌ی خسارت تأخیر تأدیه از روز سررسید سند در نظر گرفته شده است.

همان‌طور که ملاحظه می‌شود؛ با مداقه در مواد مذکور و مقایسه‌ی آن‌ها با سایر دیون باید گفت، بین دین ناشی از چک با دین ناشی از غیر چک (سند عادی)، هیچ فرقی نیست و دین ناشی از چک هیچ خصوصیت متفاوتی نسبت به سایر دیون ندارد؛ و ماده واحده مجمع تشخیص مصلحت نظام نیز در مقام «تفسیر» است. بنابراین بعد از این‌که دین ثابت شد، در معیار ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی جدید می‌گنجد؛ چه ناشی از چک باشد، چه مهریه و چه غیر از آن. در واقع، منظور این است که بعد از اثبات دین، مانند موارد بالا، خسارت تأخیر تأدیه باید از زمان سررسید محاسبه شود.

گفتار دوم: شرط مطالبه داین

شرط بودن مطالبه‌ی داین در دیون عندالمطالبه موجه و منطقی است. منتها، به هیچ وجه در دیون دارای سررسیدِ مشخصو معین، قابل توجیه نیست و شرط دانستن آن قابل انتقاد است. قاعده بر این است که از تاریخ سررسیدِ دین، داین مستحق دریافت خسارت تأخیر باشد.

در مورد «مطالبه»، در ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی جدید دو بار واژه‌ی مطالبه تکرار شده، که مطالبه اول با مطالبه دوم کمی تفاوت دارد. در اول ماده عبارت «با مطالبه داین» در این امر ظهور دارد که طلبکار پرداخت دین را تقاضا کرده و مدیون از ادای آن خودداری ورزیده باشد، و سپس عبارت «و پس از مطالبه طلبکار» آمده است که دقیقاً معنای آن مشخص نیست؛ ممکن است منظور این باشد که دادگاه در صورتی حکم به پرداخت خسارت تأدیه می‌دهد که این امر مورد درخواست طلبکار قرار گیرد، و امکان دارد مراد این باشد که قیمت سالانه از زمان سررسید و پس از مطالبه طلبکار تا زمان پرداخت تغییر فاحش پیدا کرده باشد؛ به نظر می‌رسد که اگر منظور قانون‌گذار تغییر شاخص از زمان مطالبه تا زمان پرداخت می‌بود، نباید عبارت «از زمان سررسید تا هنگام پرداخت» را می‌نوشت.

به عبارت اخری، از آنجا که مطابق ماده ۲ قانون آیین دادرسی مدنی، در دادرسی‌های مدنی، دادگاه تابع خواسته‌ی خواهان است و تا زمانی که موضوعی را خواهان مطالبه نکند، دادگاه مدنی حق ورود ندارد، پس مقصود از مطالبه دوم این است که خواهان در دادخواست حتماً خسارت یا تفاوت ارزش پول را مطالبه کرده باشد. بنابراین، در مطالبه‌ی دوم منظور قانون‌گذار «مطالبه در دادخواست» است نه مطالبه قبل از دادخواست یا سررسید، در غیر این صورت دادگاه آن را مورد حکم قرار نخواهد داد.

گذشته از این، باید بین بحث «ایجاد حق» و «امکان اعمال حق»، قائل به تفصیل شد. با مداقه در ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی به راحتی می‌توان متوجه این موضوع شد. در اینجا از دو جنبه بحث را ادامه می‌دهیم:

الف) بحث لفظی

قانون‌گذار برای این‌که حق (خسارت تأخیر تأدیه) ایجاد شود، شش شرط گذاشته است؛ که پنج شرط اول ایجادی و وجودی هستند، یعنی اگر نباشند اصل حق زایل می‌شود. دلیل تعیین شروط

نیز این است که موضوع، امری استثنایی و در فقه با ایراد مواجه است. اما شرط انتهایی (پس از مطالبه طلبکار)، ایجابی است و هر موقع که داین مطالبه کند، می‌تواند حقش را اعمال کند.

ب) بحث عقلی

از نظر عقلی نیز، در صورتی که تغییر شاخص از زمان سررسید تا هنگام پرداخت فاحش باشد، باید حق (خسارت تأخیر تأدیه) را قائل شد و پرداخت. به‌عنوان مثال، در یک پرونده از سال ۸۰ (تاریخ سررسید) تا سال ۸۴ (تاریخ پرداخت)، تغییر شاخص فاحش بوده است. اما از تاریخ مطالبه تا تاریخ صدور حکم به پرداخت سه ماه طول کشیده است، این سه ماه اتفاقاً در یک سال شمسی بوده و اصلاً شاخصی مطرح نیست (که به بحث فاحش بودن یا نبودن پرداخته شود). آیا در این صورت باید قائل به این شد که داین امکان مطالبه حقش را ندارد (با این فرض که طلب کردن شرط وجودی است)؟! باید گفت که چنین حقی دارد و از اینجا هم به این نتیجه می‌رسیم که مطالبه شرط ایجابی است و مثل سایر حقوق تا دادخواست ارائه نشود امکان مطالبه حق وجود ندارد.

گفتار سوم: ماهیت خسارت تأخیر تأدیه به‌عنوان جبران ضرر کاهش ارزش پول

اگر وجهی که به‌عنوان خسارت تأخیر تأدیه وصول می‌شود با مبلغ مورد مطالبه جمع شود، از لحاظ ارزش ریالی و قدرت خرید تفاوتی با اصل دین ندارد. در واقع، مبلغ اضافی که به طلبکار پرداخته می‌شود، کمترین خسارتی است که طلبکار در نتیجه‌ی محروم ماندن از سرمایه‌ی خود در وعده‌ی معهود تحمل کرده است. این غرامت نیز ترکیبی از دورکن اصلی خسارت است؛ بخشی از سود از دست رفته است و بخش دیگر نیز ناشی از ضررهای متعارف و از جمله کاستی توان خرید پول. این ضررها ناشی از عهد شکنی بدهکار است و او باید، مطابق قواعد ضمان قهری، ضرری را که سبب آن شده است جبران کند.

هر چند به ظاهر چنین می‌نماید که صدور حکم به خسارت تأخیر تأدیه امر به دادن پول زیادتر از اصل طلب است، ولی بدین ظاهر نباید اعتماد کرد؛ در حقوق ما، چون خسارت به‌طور معمول به پول پرداخته می‌شود، در دعاوی که موضوع آن «وجه نقد» یا رایج است، اگر مالی از همان جنس و زاید بر طلب به مدعی پرداخته شود، این اقدام را همانند رباخواری می‌کند. لیکن، از نظر تحلیلی، سبب گرفتن پول دوم، تقصیری است که بدهکار در ادای دین مرتکب شده و از این راه به طلبکار خسارت زده است. پس، آن‌چه بابت خسارت تأخیر گرفته می‌شود عوض اضافی در برابر دین نیست؛ التزامی است جداگانه که سبب آن تقصیر بدهکار است و در شمار ضمان‌های قهری می‌آید. وانگهی، پول کاغذی و اعتباری کنونی در واقع نماینده‌ی مقداری «قدرت خرید» است. تجربه نشان می‌دهد که این قدرت، گاه تند و گاه آرام، رو به کاستی می‌رود. از دیرباز هم هدر یافته‌اند که عهدشکنی مدیون نه تنها طلبکار را از انتفاعی مسلم محروم می‌کند، از ارزش واقعی

پول نیز می‌کاهد. پس، اگر گفته شود که خسارت تأخیر مقداری زیاده بر اصل طلب نیست و وسیله‌ی جبران خسارت و کمبود ارزشی است که بدهکار می‌دهد، نباید موجب شگفتی باشد.

از طرفی، اگر کاهش ارزش پول به میزانی غیرمتعارف باشد، پرداخت رقمی معادل رقم اصلی دین از نظر عرفی ادای دین محسوب نمی‌شود. چرا که عرف در این حالت مبلغ اسمی پول را مثل مبلغ اولیه نمی‌داند. این است دلال هر چند مختص تأخیر تأدیه نیست و در پرداخت به هنگام دین نیز جاری است، ولی در فرض تأخیر در پرداخت روشن‌تر است؛ زیرا، اگر به فرض قرض‌دهنده به مبلغ اسمی دین حتی در فرض کاهش شدید رضایت داشته و به اصطلاح «اقدام به ضرر» خویش کرده باشد، در فرض تأخیر در پرداخت چنین اقدامی از رفتار وی استنباط نمی‌شود. همان‌گونه که برخی حقوق‌دانان مشهور، نظیر اساتید مرحوم دکتر کاتوزیان و دکتر شهیدی هم به این مطلب به عنوان «خسارت کاهش ارزش پول» اشاره داشته‌اند.

به‌طور خلاصه، در این‌که تأخیر مدیون باعث از دست رفتن بخشی از ارزش پول و امکان استفاده از منافع آن است تردید نباید کرد. این ارزش و منفعت را یا باید به طلبکار داد یا از آن بدهکار شمرد؛ و سؤال اخلاقی در این است که کدام‌یک در تملک آن صلاحیت بیشتری دارد؟ آن‌که این ارزش را به دلیل عهدشکنی از دست داده است یا آن‌که وفای به عهد را به تأخیر انداخته و از آن سود برده است؟ به بیان دیگر، جلب نفع بدهکار مهم‌تر است یا جبران ضرر طلبکار؟ و جبران ضررهای ناشی از کاهش ناگهانی ارزش پول چگونه بهتر تأمین می‌شود، از زمان سررسید طلب یا مطالبه‌ی داین؟

همان‌گونه که انصاف حکم می‌کند، باید از تشویق بدهکار متجاوز و عهدشکن و دادن امکان سوءاستفاده به او خودداری شود؛ عدالت نیز اقتضاء دارد که شائبه‌ی نادرست خوردن ربا، نباید فرصت «اکل مال به باطل» را به مدیون بدهد. بنابراین، از ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی جدید (که به تاریخ سررسید اشاره کرده)، چنین استنباط می‌شود که اگر فرضاً تاریخ سررسید مشخص باشد و تاریخ مطالبه دو ماه بعد باشد، و داین از تاریخ سررسید مطالبه کرده باشد، در اینجا باید تاریخ سررسید را ملاک قرار داد. چون او از تاریخ سررسید مطالبه یا درخواست کرده است و بازگرداندن وضعیت سابق داین نیز با این روش بهتر تأمین می‌شود؛ و از آن‌جا که در قانون هم تاریخ سررسید صراحت دارد، ملاک و معیار باید آن تاریخ (سررسید دین) باشد.

نتیجه‌گیری

خسارت تأخیر تأدیه التزامی است ناشی از تقصیر مدیون و نباید آن را دنباله‌ی اجرای قرارداد شمرد. قاعده این است که، احراز خودداری مدیون از اجرای تعهد نیاز به مطالبه ندارد و فرارسیدن موعد کافی است؛ ولی، در مورد خسارت تأخیر تأدیه‌ی پول این قاعده اجرا نمی‌شود و تأخیر مدیون با مطالبه احراز می‌گردد و مسؤولیت به بار می‌آورد. منتها، باید توجه داشت که قانون

مصوب سال ۱۳۷۹، تنها شرط تحقق را مطالبه‌ی داین می‌داند، خواه به وسیله اظهارنامه رسمی و اقامه دعوا باشد یا نامه‌ی خصوصی یا شفاهی. به بیان دیگر، برای اثبات مطالبه همه‌ی دلایل پذیرفته است. ولی، در بعضی موارد، قانون‌گذار اظهارنامه را کافی نمی‌شناسد و خسارت را تنها از تاریخ اقامه‌ی دعوا قابل مطالبه می‌داند؛ مانند آن‌چه که در ماده ۳۰۴ قانون تجارت آمده است.

بنابراین، با توجه به این‌که در ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی از تغییر فاحش شاخص قیمت‌ها «از زمان سررسید تا هنگام پرداخت» سخن رفته است، می‌توان گفت مبدأ محاسبه همان تاریخ سررسید است و نرخ تورم از آن زمان تا یوم پرداخت باید ملاک حکم باشد، مگر این‌که طرفین به ترتیب دیگری توافق نموده باشند. در مورد شرط بودن مطالبه‌ی داین نیز، به نظر می‌رسد در صورتی این شرط قابل استناد است که بدهی مدیون از جانب داین «عندالمطالبه» اعلام شده باشد؛ و الا چنان‌چه به موجب قرارداد، شخصی متعهد شده باشد در موعد معین دین خود را به داین بپردازد، در این صورت نیازی به مطالبه‌ی داین در سررسید نخواهد بود و در دیون مدت‌دار، مدیون به محض انقضای مدت باید دین خود را بپردازد.

قابل ذکر است که تعیین خسارت تأخیر تأدیه براساس معیار فوق، در دوره‌ی تورم شدید که زاییده‌ی وضع اقتصادی نابهنجار است قابل توجیه می‌نماید؛ لیکن در دوره‌ی ثبات و تعادل اقتصادی قابل اعمال نیست. بنابراین شایسته است خسارت تأخیر تأدیه با اثبات ضرر از سوی داین، براساس قواعد عمومی مسؤولیت مدنی و قاعده‌ی تسبیبی الاضرر نیز پذیرفته شود. همان‌طور که در فتوای بعضی از مراجع تقلید مانند آیت‌الله خامنه‌ای، مکارم شیرازی، بهجت، صافی گلپایگانی، و ماده‌ی ۲۲۸ قانون مدنی و برخی از آراء دادگاه‌ها پذیرفته شده است.

منابع

۱. کاتوزیان، ناصر، دوره حقوق مدنی: قواعد عمومی قراردادها، جلد ۴ (اجرای قرارداد)، چاپ دهم، انتشارات گنج دانش، ۱۳۹۷
۲. صفایی، سیدحسین، دوره مقدماتی حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، چاپ پنجم، انتشارات میزان، ۱۳۸۶
۳. کاتوزیان، ناصر، دوره مقدماتی حقوق مدنی، اعمال حقوقی (قرارداد ـ ایقاع)، چاپ شانزدهم، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۵
۴. مهاجری، علی، مبسوط در آیین دادرسی مدنی؛ جلد۴، چاپ چهارم، انتشارات فکرسازان، ۱۳۹۲
۵. نجفی، حمیدرضا، فصلنامه رأی: مطالعات آرای قضایی، گزارش نشست نقد رأی با موضوع مبدأ احتساب خسارت تأخیر تأدیه
۶. مقاله مهدی سلطانی رنانی، نگاهی تطبیقی به جبران خسارت تأخیر تأدیه در فقه و حقوق، مجله فقه، دفتر تبلیغات اسلامی، شماره ۵۰
۷. قانون مدنی
۸. قانون تجارت
۹. قانون آیین دادرسی مدنی
۱۰. آیین‌نامه‌ی اجرای مفاد اسناد رسمی لازم‌الاجرا

رویکرد سیاست تقنینی ایران در جرایم دارویی

سجاد شهسواری دکتر حقوق جزا و جرم‌شناسی
حمیدرضا مهربخش دکتر حقوق جزا و جرم‌شناسی

چکیده

رویکرد سیاست جنایی تقنینی ایران در مقابله با جرایم دارویی، یک رویکرد کیفرمحور، سزادهنده و فاقد نگرش اصلاحی و پیشگیرانه است. مبنای مسؤولیت کیفری در قوانین ایران شفاف نبوده و ضمن تعارض بین مواد قانونی، نگرش قانون‌گذار کیفری قائل به توسعه دایره شمول مسؤولیت کیفری داروساز می‌باشد. دارو همواره به عنوان یکی از برنامه‌های اساسی و راهبردی دولت‌ها مورد توجه بوده و به لحاظ منافع سیاسی و اقتصادی و اجتماعی ناشی از آن، دولت‌ها بر آن تمرکز نموده‌اند. داروها به طور مستقیم بر سلامتی افراد جامعه تأثیرگذار است و عدم سازماندهی و نظارت قانونی در مرحله تولید، توزیع، خرید، فروش و واردات آن ممکن است تمامیت جسمانی شهروندان را مورد تهدید جدی قرار دهد.امروزه افرادی با سوداگری مکررا قوانین و مقررات را نادیده می‌گیرند و با مداخله غیر مجاز در امور دارویی سلامت افراد جامعه را به مخاطره می‌اندازند. در مقاله حاضربه بررسی پیامدهای قوانین و سیاست جنایی تقنینی در زمینه پیشگیری و برخورد اعم از کیفری و غیرکیفری با جرایم دارویی پرداخته شده است.

واژگان کلیدی: جرایم دارویی، سیاست جنایی، سیاست جنایی تقنینی.

مقدمه

گسترش شهرنشینی و نتایج آن افزون طلبی، تحوّل سیستم‌های تولید، ازدیاد روزافزون نیازهای عمومی‌و مصرفی جامعه در زمینه مواد غذایی و دارویی، عدم توانایی نظارت بر مراکز درمانی و واحدهای تولیدی مواد خوردنی و آشامیدنی و آرایشی و بهداشتی و ... شرایط را برای بروز بعضی از تخلّفات آماده نموده است. تعدد و تنوع جرایم بهداشتی، درمانی و دارویی، پراکندگی آن‌ها در قوانین مختلف، وجود مراجع مختلف برای رسیدگی این جرایم و در نتیجه بروز اختلاف در صلاحیت در موارد مختلف، از جمله مشکلاتی است که در این حوزه وجود دارد. جرایم بهداشتی، درمانی و دارویی از آنجا که غالباً به تمامیت جسمانی انسان‌ها آسیب می‌رساند از اهمیت به سزایی برخوردار است این‌گونه جرایم از سالیان سال مورد ارتکاب متصدیان این امور بوده و امروزه به صورت شایع‌ترین و در عین حال خطرناکترین نوع بزهکاری جان انسان‌ها را تهدید می‌کند و به لحاظ حساسیت موضوع و رشد فزایندهٔ آن، ذهن مقامات قضایی و اجرایی و قانون‌گذار را به خود

مشغول داشته است. تحقیقات متفرقه پیرامون برخی موضوعات مرتبط با این موضوع نگاشته شده است لیکن این تحقیقات ما را از انجام پژوهش دوباره بی‌نیاز نمی‌کند.هر چند تصویب قوانینی مربوط به جرایم بهداشتی، درمانی و دارویی به سال‌ها قبل بر می‌گردد اما متأسفانه تاکنون در این زمینه تحقیق جامع و کاملی صورت نگرفته است. البته خوشبختانه در سال‌های اخیر اقبال زیادی به مقررات بهداشتی، درمانی و دارویی و بحث جرایم مربوط به آن به چشم می‌خورد که چاپ برخی کتب حقوق پزشکی به صورت تألیف یا مجموعه مقالات از آثار این رویکرد مثبت است اما در میان کتب چاپ شده نیز کتابی جامع و فراگیر که ماهیت این جرایم و مصادیق و احکام و آثار آن را مورد بررسی قرار دهد یافت نشد. لذا ضرورت آشنایی بیشتر با این پدیدهٔ ضداخلاقی و ضدانسانی برای متصدیان امر قضا، وکلای دادگستری، دانشجویان حقوق و همهٔ کسانی که به نوعی با مسئلهٔ مذکور مرتبط اند امری اجتناب ناپذیر بوده و ضرورت تحقیق و پژوهش پیرامون این موضوع را روشن می‌سازد.

افزایش شمار سریع مراکز تولید مواد خوردنی، آشامیدنی و آرایشی، بهداشتی و کارخانه‌های ساخت فرآورده‌های دارویی، تأمین بهداشت و جلوگیری از آلودگی این مواد را، در دنیای امروز غیرقابل اجتناب نموده است. زیرا با کوچک‌ترین آلودگی، بیماری‌ها و مسمومیت‌های مختلفی در قشر وسیعی از جامعه بروز می‌کند لذا این‌گونه مراکز به منظور بهبود فرآورده‌های خود نیاز به رعایت امور بهداشتی دارند و به همین جهت هر سال بخش مهمی‌از مخارج این کارخانه‌ها را امور مربوط به تحقیقات بهداشتی تشکیل می‌دهد(جوان جعفری، ۱۳۹۲: ۴۴). با توجه به مشکلات موجود، عده‌ای به منظور سودجویی از موقعیت‌های به دست آمده، با ارتکاب تخلفاتی در این رابطه معضلات جامعه را تشدید می‌نمایند و از همین جاست که پدیده‌ای تحت عنوان جرایم و تخلفات بهداشتی، درمانی و دارویی مطرح شده و نظر همهٔ صاحبنظران به ویژه قانون گذاران را به خود جلب کرده است بر این اساس منظور از جرایم بهداشتی، درمانی و دارویی کلیهٔ جرایمی‌است که در رابطه با امر بهداشت و درمان و نیز در رابطه با امور دارویی به وقوع می‌پیوندد (رکنی، ۱۳۹۰: ۶۳) در این پژوهش به مفاهیم، ماهیت و منابع مسؤولیت مدنی ناشی از فعالیت‌های دارویی پرداخته شده که در آن اصطلاحات اختصاصی در مورد داروها و مسؤولیت مدنی قراردادی و قهری و مبانی متعدد آن در خصوص فرآورده‌های دارویی تشریح شده و در تکمیل سایر ارکان، مفهوم ضرر ورابطه سببیت نیز مورد بررسی قرار گرفته است. در بخش سوم به‌دنبال شناساندن مسؤول اصلی جبران خسارت در تولید تا مصرف این کالا یعنی تولیدکننده، عرضه‌کننده فروشنده بوده و به دفاعیات و عوامل رافع مسؤولیت این اشخاص نیز اشاره گردیده است. به علاوه، بررسی ماهیت، مصادیق و مجازات این جرایم بالاخص دارویی و رویکرد سیاست جنایی تقنینی ایران در جرایم دارویی موضوع این نوشتار است.

جرایم دارویی

جرایم دارویی کلیه جرایمی‌است که در روند صحیح تولید، توزیع و خرید و فروش دارو ایجاد اختلال می‌کند و یا زمینه سوء استفاده متصدیان این امور را فراهم می‌سازد. علاوه بر این، جرایم حرفه‌ای متصدیان امور دارویی نیز در مقررات جاری کشور، تحت عنوان جرایم دارویی مورد بحث قرار گرفته است. بنابراین، این جرایم نیز جزء جرایم دارویی محسوب می‌شود. (محسنی، ۱۳۹۴: ۵۴)

رویکرد نظام حقوقی ایران در قبال تخلفات و جرایم دارویی

در کشور ما نه تنها قوانین جامع و کاملی در این زمینه برخورد با جرایم دارویی وجود ندارد بلکه آگاهی عموم در ارتباط با این کالاها بسیار اندک است که این امر از چند حقیقت نشأت می‌گیرد؛ یکی وضعیت و نیاز مصرف‌کنندگان این نوع کالا و دیگر پیچیدگی این کالا که موجب می‌شود عیوب آن با بررسی عادی قابل شناسایی نباشد و گاه متخصصان نیز در بررسی آن دچار اشتباه شوند. واقعیات فوق و دیگر حقایق از دلایل ترغیب به تحقیق در زمینه این تولیدات و توزیع آن‌ها نیز می‌باشد.(کوشا، ۱۳۹۲: ۶۷) در حقوق ایران مبنای مسؤولیت مدنی ناشی از فعالیت‌های دارویی، تقصیر است که البته با توجه به تخصصی بودن تولید فرآورده‌های دارویی، اثبات تخلفات در این حوزه برای بیمار که در برابر تولیدکننده دارو از قدرت و اطلاعات کمتری برخوردار است بسیار دشوار می‌باشد. در این مورد جهت حمایت از مصرف‌کننده داروها باید با ارائه مصادیق جدید و خاص از موارد عیب و نقص در داروها ازدشواری اثبات تقصیر کاست همان‌طور که در کشورهایی نظیر انگلستان به جهت همین دشواری‌ها مسؤولیت محض در خصوص خسارات ناشی از فرآورده‌های دارویی پذیرفته شده است و آلمان نیز در زمره کشورهایی است که شدیدترین قانون را به لحاظ مسؤولیت محض در خصوص فرآورده‌های دارویی دارد.رویکرد سیاست جنایی تقنینی ایران در مقابله با جرایم دارویی، یک رویکرد کیفرمحور، سزادهنده و فاقد نگرش اصلاحی و پیش گیرانه است. مبنای مسؤولیت کیفری در قوانین ایران شفاف نبوده و ضمن تعارض بین مواد قانونی، نگرش قانون‌گذار کیفری قائل به توسعه دایره شمول مسؤولیت کیفری داروساز می‌باشد. سیاست جنایی قضایی ایران نیز به جای این‌که با نظرات خود در صدد رفع معایب موجود در سیاست جنایی تقنینی گردد، بیشتر با تساهل، ملاطفت در صدد خنثی‌سازی اهداف مستتر در سیاست جنایی تقنینی می‌باشد. (کوشا، ۱۳۹۲: ۸۸)

برخی مصادیق جرایم دارویی

۱. مداخله غیر مجاز درامور دارویی

فعالیت در زمینه دارویی نیازمند اخذ مجوز مطابق مقررات مربوط از وزارت بهداشت، درمان وآموزش پزشکی می‌باشد وفعالیت بدون مجوز در زمینه‌های مختلف فوق‌الذکر جرم محسوب می‌شود.به موجب «تبصره ۱ماده ۳ قانون مربوط به مقررات امورپزشکی ودارویی وموادخوردنی و

آشامیدنی اصلاحی ۱۳۷۴/۲/۲۷» واردات وصادرات وخرید وفروش دارو بدون اخذ مجوز از وزارت بهداشت، درمان وآموزش پزشکی جرم محسوب شده ومرتکب به مجازات‌های مقرر در ماده ۳ محکوم و داروهای مکشوفه به نفع دولت ضبط خواهدشد.به موجب تبصره ۲ ماده ۳ قانون مزبور در صورتی که هر یک از مسؤولین موضوع ماده ۳ و یا مسؤولین مراکز ساخت، تهیه، توزیع و فروش دارو، تجهیزات وملزومات پزشکی مبادرت به خرید وفروش غیرقانونی مواردفوق نماید و یا موجب اخلال درنظام توزیعی دارویی کشور شوند. علاوه بر مجازات مقرر در ماده ۳ به محرومیت از اشتغال در امور دارویی محکوم خواهند شد. **(محسنی، ۱۳۹۴: ۸۵)**

۲. تخلف ازقوانین ومقررات دارویی

بخش عمده‌ای از جرایم دارویی راجرایمی تشکیل می‌دهد که از سوی شرکت‌های دارویی و داروخانه‌ها ارتکاب می‌یابد. قسمت عمده‌ای از این جرایم در «فصل دوم قانون تعزیرات حکومتی امور بهداشتی ودرمانی» وقسمت دیگر در «قانون مربوط به مقررات امور پزشکی ودارویی ۱۳۳۴ واصلاحات بعدی» پیش‌بینی شده است با بررسی مواد قانون‌های مذکور جرایم زیرقابل احصاء می‌باشد:

۱. **تأسیس شرکت دارویی وداروخانه بدون اخذپروانه (ماده ۱۴ قانون تعزیرات حکومتی امور بهداشتی ودرمانی)**
۲. **اشتغال به امورمذکور بدون اخذپروانه**
۳. **مداخله غیرمجازدرامورداورویی**
۴. **خریدوفروش داروخارج ازشبکه قانونی**
۵. **واردات وصادرات دارو بدون اخذمجوزازوزارت بهداشت**
۶. **اخلال درنظام توزیع دارویی کشور**
۷. **ورودوعرضه وفروش فراوردهای تقویتی، تحریک‌کننده‌ها و ویتامین‌ها وغیره بدون اخذ مجوز از وزارت بهداشت**
۸. **واگذاری و اداره شرکت دارویی وداروخانه بدون اخذمجوزازوزارت بهداشت**
۹. **دخالت داروسازان درامور مختص به طبابت**
۱۰. **تبدیل تاریخ استعمال دارو**
۱۱. **تغییرقیمت دارو وگرانفروشی**
۱۲. **عرضه وفروش داروی تاریخ مصرف گذشته**
۱۳. **تهیه وتولید وعرضه داروهای تقلبی**
۱۴. **به‌کارگیری افراد فاقد صلاحیت در داروخانه‌ها**
۱۵. **ترک داروخانه توسط مسؤل فنی در ساعات مقرراداره داروخانه بدون حضور مسؤل فنی**
۱۶. **تهیه وتدارک داروازمنابع غیرمجاز**

۱۷. ارائه داروبدون نسخه پزشک
۱۸. عدم درج قیمت دارودرنسخه پزشک
۱۹. عرضه وفروش کالای غیرمتعارف درداروخانه
۲۰. خودداری از عرضه دارو علی‌رغم موجودی
۲۱. خودداری داروخانه از ارائه خدمات در ساعات مقررقانونی
۲۲. عرضه خارج از شبکه شیرخشک
۲۳. دخل و تصرف درنسخه پزشکی بدون اجازه پزشک از طرف داروساز
۲۴. تعطیلی غیرموجه داروخانه بدون اطلاع نظام پزشکی یا دانشگاه‌های علوم پزشکی

مستندات برخی از موارد مذکور در مباحث قبلی ذکر شد موارد مذکور عمدتاً در «مواد ۱۳ـ۱۴ـ۱۵ـ۱۶ـ۱۷ـ۱۸ـ۱۹ـ۲۰ـ۲۱ـ۲۲ـ۲۳ـ۲۴ـ۲۶ قانون تعزیرات حکومتی امور بهداشتی و درمانی مصوب۱۳۶۷/۱۲/۲۳ مجمع تشخیص مصلحت نظام اسلامی» آمده است. (محسنی، ۱۳۹۴: ۸۶)

۳. ملزومات پزشکی

ملزومات پزشکی از جمله مواردی است که نیازمند نظارت دقیق وبرخورد بامتخلفین می‌باشد. ماده «۲۷ قانون تعزیرات حکومتی امور بهداشتی و درمانی» مقررداشته است: لوازم وملزومات پزشکی ودندانپزشکی وآزمایشگاهی که برای تولید ویا واردکردن آن‌ها از ارز دولتی استفاده شده است باید براساس ضوابطی که وزارت بهداشت تعیین می‌نماید، در مقابل ارائه فاکتور با قیمت رسمی در اختیار متقاضی قرارگیرد وتخلف ازاین امور جرم بوده ومتخلف به مجازات‌های مقدر در ماده فوق‌الذکر محکوم می‌شود.و در «تبصره ۲ ماده ۳ قانون مربوط به مقررات امور پزشکی وداروییی و مواد خوردنی وآشامیدنی» هر یک از اشخاص موضوع ماده ۳ قانون مذکور ویا مسؤلین مراکز ساخت، تهیه، توزیع و فروش دارو، تجهیزات وملزومات پزشکی مبادرت به خرید وفروش غیر قانونی موارد فوق نماید ویا موجب اخلال در نظام توزیعی دارویی کشور شوند علاوه بر مجازات مقرر در ماده ۳ به محرومیت از اشتغال در امور دارویی محکوم خواهند شد. رسیدگی به جرایم دارویی در صلاحیت محاکم دادگستری (دادگاه انقلاب اسلامی) است. (محسنی، ۱۳۹۴: ۸۷)

۴. مجازات فروش داروی اشتباه

اشخاصی که در تهیه مواد دارویی به هر کیفیتی مرتکب تقلب شوند از قبیل این‌که جنسی را به جای جنس دیگر قلمداد کنند یا آن را با مواد خارجی مخلوط سازند و همچنین با علم به فساد و تقلبی بودن آن را عرضه بدارند یا به فروش برسانند یا دارویی را به جای داروی دیگر بدهند به مجازات محکوم می‌شوند.اگر استعمال مواد دارویی منتهی به فوت بیمار شود، قانونگزار مجازات سخت اعدام را پیش‌بینی کرده. البته اگر استعمال مواد دارویی علت تامه باشد اما اگر یکی از علل

فوت باشد، حبس ابد پیش‌بینی شده است. همچنین در صورتی که استعمال ماده دارویی منتهی به مرض دائم یا فقدان یا نقص یکی از حواس یا اعضا شود، مجازات آن حبس دائم با اعمال شاقه است. اگر استعمال مواد دارویی منتهی به صدمه‌ای شود که معالجه آن کمتر از یک ماه باشد مجازات تهیه‌کننده یک تا سه سال حبس تأدیبی و هرگاه مدت معالجه بیشتر از یک ماه باشد دو تا ده سال حبس مجرد خواهد بود. (عباسی، ۱۳۹۰: ۹۳)

تخلفات انتظامی‌در امور دارویی

مقررات و ضوابط ویژه داروخانه‌ها در آیین‌نامه‌ای به نام «آیین‌نامه داروخانه‌ها» پیش‌بینی شده و به تصویب هیأت وزیران رسیده است. در این آیین‌نامه پس از آن‌که مقررات و ضوابط داروخانه‌ها بیان شده، مجازات انتظامی تخلف از این مقررات نیز پیش‌بینی شده است. مادهٔ ۲۷ آیین‌نامه داروخانه‌ها مقرر می‌دارد: «در اجرای بندهای ۱۲ و ۱۳ مادهٔ یک قانون وظایف و تشکیلات وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی با متخلفین از مفاد الزامات این آیین‌نامه در رابطه با لغو موقت یا دائم پروانه تأسیس داروخانه به نحو زیر رفتار خواهد شد.

تبصره ۱. تذکر شفاهی با قید موضوع در صورت مجلس بازرسی محل توسط سازمان منطقه‌ای بهداشت و درمان استان مربوطه یا شبکه بهداشت و درمان منطقه.

تبصره ۲. اخطار کتبی توسط سازمان منطقه‌ای بهداشت و درمان استان.

تبصره ۳. لغو موقت پروانه تأسیس و تعطیل داروخانه به مدت از یک ماه تا سه ماه به پیشنهاد سازمان و تصویب کمیسیون قانونی.

تبصره ۴. لغو موقت پروانه تأسیس و تعطیل داروخانه به مدت سه ماه تا یک سال به پیشنهاد سازمان و تصویب کمیسیون قانونی.

تبصره ۵. لغو دائم پروانه تأسیس به پیشنهاد سازمان و تصویب کمیسیون قانونی و عنداللزوم اعلام آن به مراجع قضایی. (شامبیاتی، ۱۳۸۴: ۸۹)

مرجع رسیدگی به مجازات‌های ناظر بر مقررات دارویی

در تهران دادسرای ویژه مربوط به جرایم پزشکی تأسیس شده است و در صورتی که پزشک جرمی را انجام دهد، شاکی باید مستقیما به این دادسرا مراجعه و شکایت خود را مطرح کند؛ به این ترتیب دادسرای جرایم پزشکی موضوع را به پزشک متخصص که داروساز است ارجاع می‌دهد و اگر او تشخیص دهد که فساد یا تقلب وجود داشته، برای مدیرعامل مؤسسه و مسؤول فنی داروخانه کیفرخواست صادر می‌شود. ضمن این‌که صلاحیت رسیدگی به تمامی مجازات‌های ناظر بر مقررات دارویی، دادگاه انقلاب است و این دادگاه به موضوع رسیدگی و حکم صادر می‌کند. در

صورتی که جرم واقع نشده باشد اما اگر مدیرعامل مؤسسه یا مسؤول فنی داروخانه مرتکب تخلف شده باشد، باید به دادسرای نظام پزشکی که مرجع رسیدگی به تخلفات انتظامی است مراجعه کنند. اما در هر حال سازمان غذا و داروی وزارت بهداشت با نظارت کامل بر این مؤسسات از حیث اقلام دارویی یا توزیع یا ساخت و نظارت بر کارهای داروخانه داران حتی می‌تواند تا ابطال پروانه داروخانه‌دار جلو برود. (آخوندی، ۱۳۷۵: ۷۱)

گرانفروشی دارو توسط داروخانه

ماده ۱ قانون امور درمانی مقرر می‌دارد: «دارو باید طبق قیمت رسمی برای مصرف‌کننده، به متقاضی ارائه شود و قیمت هر قلم از داروهای ارائه شده در نسخه درج شود و نسخه نیز به مهر داروخانه ممهور گردد و در مورد نُسخ بیمه خدمات درمانی کپی نسخه (نسخه دوم) پس از درج قیمت مهر گردد. تخلف از این ماده جرم محسوب شده و متخلف به مجازات‌های زیر محکوم می‌گردد:

مرتبه اول: جریمه نقدی تا مبلغ پنجاه هزار ریال.

مرتبه دوم: جریمه نقدی تا مبلغ پانصد هزار ریال و نصب پارچه به عنوان گرانفروش.

مرتبهٔ سوم: جریمهٔ نقدی تا مبلغ یک میلیون ریال و قطع سهمیه دارویی به مدت یک ماه.

مرتبهٔ چهارم: تعطیل داروخانه تا مدت یکسال. (نوربها، ۱۳۸۸: ۵۵)

مجازات نگهداری یا فروش داروی تاریخ گذشته

قانون‌گذار برای داروخانه دارانی که مبادرت به فروش داروی تاریخ مصرف گذشته می‌کنند یا دارویی را به جای داروی دیگر تحت عنوان داروی مشابه به فروش می‌رسانند ترتیباتی را در نظر گرفته و می‌گوید: هر کس داروی فاسد یا دارویی که مدت استعمال آن گذشته یا دارویی را به جای داروی دیگری به فروش برساند و این عمل موجب بازماندن مصرف‌کننده از استعمال داروی اصلی باشد و در نتیجه معالجه نشدن منتهی به فوت گردد مجازات فروشنده حبس مجرد از دو تا ۱۰ سال است و در صورتی که منتهی به فوت نگردد ولی منجر به مرض دائم یا فقدان یا نقص یکی از حواس یا اعضای مصرف‌کننده شود مجازات فروشنده یک تا سه سال حبس تأدیبی خواهد بود. البته قانونگزار علاوه بر مجازات برای کسانی که داروی تاریخ مصرف گذشته می‌فروشند، برای جبران خسارت نیز شرایطی در نظر گرفته و می‌تواند طرف را محکوم کند.(عطاران، ۲۰۱۳: ۴۱)

مصادیق تقصیر و تخلف داروساز

داروساز در کلیه مواردی که عدول از وظیفه قانونی و قراردادی موجب ورودخسارت به مصرف‌کننده می‌شود مسؤول است. درخسارت ناشی از فرآورده‌های دارویی نیز وقتی

تخلفداروساز موجب بروز عیب یا خسارت شود او مسؤولاست و چنان‌چه قراردادی در بین باشد می‌توان براساسآن یا براساس مسؤولیت قهری، طرح دعوای مطالبهخسارت نمود. لذا عمده مصادیق مسؤولیت فروشندگاندارو و متصدیان داروخانه‌ها مبتنی بر تقصیر و تخلف ازمقررات و وظایف قانونی بوده که ذیل مواردی از آناحصاء شده است:

الف) تحویل دارو بدون نسخه یا دخل و تصرف در نسخه پزشک

اگر میان تحویل دارو بدون نسخه و یا دخل و تصرف درنسخه پزشک و بروز خسارت، رابطه سببیت برقرار شوددارووفروش مسؤول است. براساس ماده ۱۸دارو بایستی در مقابل نسخه پزشک ارائه شود و ارائه آن بدون نسخه پزشک جرم محسوب شده و موجب مجازات است. تبصره این ماده می‌افزاید: «لیست اقلامی که ارائه آن بدون نسخه پزشک مجاز می‌باشد از سوی وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی اعلام می‌گردد»مستفاد از ماده فوق اگر دارو فروش، دارویی خارج ازنسخه پزشک بفروشد آن هم دارویی که جزء اقلام اعلامی فروش بدون نسخه نباشد و خساراتی از این بابت توجه بیمار یا مصرف‌کننده یا ثالث شود او براساس تخلف از قانون و ارتکاب تقصیر فاحش مسؤول تلقی می‌شود؛ البته در صورت اثبات این امر که خسارت ایجادشده ناشی از تخلف از این مقرره قانونی بوده است. مسؤولیت نظارت بر فروش دارو و تطابق ان با نسخه پزشک نیز بر عهده مسؤول فنی داروخانه گذارده شده وماده ۱۵ قانون صدرالاشعار در این مقرر می‌دارد:

«عرضه و فروش دارو باید با حضور مسؤول فنی انجامگیرد و تخلف از آن جرم محسوب و محل مذکور بلافاصله تعطیل می‌گردد.»(نیل، ۲۰۱۲: ۵۰) هرگونه مسؤولیت ناشی ازقصور زیردستان غیر متخصص داروخانه متوجه مسؤولفنی می‌باشد و نیز مدیر داروخانه که با علم به فساد دارو به کارگران خود دستور فروش آن را می‌دهد و موجب صدمه بدنی مریض می‌شود خود شخصاً مسؤولاست نه شاگرد او که دارو را فروخته است.

ب) دخل و تصرف در تاریخ مصرف فرآورده‌های دارویی

توزیع دارو پس از سپری شدن مهلت مصرف آن، تقصیرتلقی شده و در صورت بروز خسارت توزیع‌کننده مسؤول است زیرا دارویی که تاریخ مصرف آن منقضی شده معیوب تلقی می‌گردد. همچنین براساس تبصره ۲ ماده ۵ قانون اصلاحی پاره‌ای قوانین دادگستری۱۳۶۷، تبدیل تاریخ مصرف دارو از سوی متصدیان امور دارویی و یا داروخانه‌ها جرم تلقی شده و قابل مجازات می‌باشد. تبصره۴ ماده ۱۴قانون فوق‌الذکر نیز در این رابطه چنین آمده است:

«چنان‌چه شرکت‌های توزیع‌کننده، داروهای فاسد یا داروهای با تاریخ مصرف کوتاه یا منقضی شده که مخالف آیین‌نامه مصوب وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی باشد، توزیع نمایند یا دارویی را بیش از قیمت رسمی به فروش برسانند با رعایت شرایط و امکانات خاطی و دفعات و مراتب جرم و

مراتب تأدیب شرکت علاوه بر جبران خسارت وارده به جزای نقدی و ... محکوم می‌شود.»در تفسیر این ماده گفته شده که از نظر مبنا ممکن است چنین توجیه شود که قانون فرض کرده که توزیع‌کننده حرفه‌ای از تاریخ مصرف و بهای رسمی دارواطلاع دارد و نیز محتمل است چنین تعبیر شود که مسؤولیت توزیع‌کننده، محض است و ارتباطی با تقصیراو به مفهوم سنتی ندارد. (زراعت، ۱۳۸۸: ۸۴) احتمال سوم این است که گفته شود فروش چنین دارویی، تقصیر اقتصادی است ولی درهر حال، اثبات جهل توزیع‌کننده به تاریخ مصرف و بهای رسمی دارو او را از مسؤولیت نمی‌رهاند و همین نتیجه طبیعت محض مسؤولیت را به ذهن می‌آورد.نکته دیگر قابل استنباط از مفاد حکم این است که توزیع‌کننده در این مورد همانند تولیدکننده کالای معیوب، درباره زیان‌های ناشی از مصرف کالایش مسؤول است (کاتوزیان، ۱۳۸۴: ۲۴۲) لازم به ذکر است که قید اصطلاح شرکت توزیع‌کننده در این ماده غیر ضروری به نظر می‌رسد چرا که هر توزیع‌کننده‌ای حتی دارو فروش نیز در صورت ارتکاب جرمفوق، مسؤول تلقی می‌شود و قید عبارت شرکت نیز شاید ناظر به حالت عمد و غالب این موارد باشد.

مجازات جرایم دارویی در قانون

مجازات حبس

در بعضی از جرایم دارویی در قانون مجازات حبس به صورت موقت پیش‌بینی شده است.علاوه بر جرایم مربوط به اشخاص حقیقی، مجازات حبس در برخی از موارد، برای جرایم انجام شده توسط اشخاص حقوقی مانند شرکت‌های پخش و تعاونی‌ها نیز پیش‌بینی شده است که با توجه به مسؤولیت مدیر عامل در این شرکت‌ها، به تصریح قانون، مجازات حبس در مورد وی اعمال می‌شود.

مجازات مالی

این نوع مجازات بخش عمده مجازات‌های جرایم بهداشتی و دارویی را درقانون به خود اختصاص می‌دهد. به طور کلی در غالب مواردی که مرتکب جرم با انگیزه سودجویانه و به هدف سوء استفاده ازافراد اقدام به انجام بزه می‌نماید مجازات جزای نقدی پیش‌بینی شده است. و نیز در غالب مواردی که جرم مربوط به تهیه، تولید یا توزیع و نگهداری کالای فاسد، تاریخ مصرف گذشته، غیربهداشتی، تقلبی یاغیرمجاز است مجازات ضبط و مصادره مال مقرر شده است. (اردبیلی، ۱۳۸۸: ۴۵)

مجازات شرکت در جرایم دارویی

علاوه بر کسانی که به طور مستقیم مرتکب جرم می‌شوند افراد دیگری نیز در انجام عمل مجرمانه دخالت دارند که بر اساس قوانین جزایی مورد تعقیب و مجازات قرار می‌گیرند این افراد ممکن است در انجام عمل مجرمانه با مباشر، مشارکت داشته باشند. و یا به نحوی از انحاء وی را در انجام جرم، معاونت و یاری بدهند. به موجب ماده ۱۲۵ قانون مجازات اسلامی «هر کس با شخص

یا اشخاص دیگر در عملیات اجرایی جرمی مشارکت کند و جرم، مستند به رفتار همه آن‌ها باشد خواه رفتار هر یک به تنهایی برای وقوع جرم کافی باشد خواه نباشد و خواه اثر کار آنان مساوی باشد خواه متفاوت، شریک در جرم محسوب و مجازات او مجازات فاعل مستقل آن جرم است. در مورد جرایم غیرعمدی نیز چنان‌چه جرم، مستند به تقصیر دو یا چند نفر باشد مقصران، شریک در جرم محسوب میشوند و مجازات هر یک از آنان، مجازات فاعل مستقل آن جرم است. تبصره اعمال مجازات حدود، قصاص و دیات در مورد شرکت در جنایت با رعایت مواد کتاب‌های دوم، سوم و چهارم این قانون انجام می‌گیرد.»(آجرلو، ۱۳۸۹: ۹۳)

نتیجه‌گیری

امروزه در همه کشورها اهمیت پرداختن به جرایم دارویی روشن شده و هر کشوری به تناسب توان، بودجه و پیشرفت علم و صنعت خود در صدد پیشرفت در امور بهداشت و درمان است. پیشرفت امور بهداشتی و درمانی تا حدود زیادی به حمایت حقوقی و قانونی نیز بستگی دارد زیرا هر چه امور بهداشتی و درمانی پیشرفت کند باز هم افرادی هستند که از مقررات بهداشتی، درمانی و دارویی تخلف نمایند بنابراین پیشرفت قوانین و مقررات درمانی و دارویی همواره باید پا به پای پیشرفت این امور صورت گیرد و در هر زمان با توجه به پیشرفت‌های روز تدابیر مفید و کارساز اتخاذ شود. علاوه بر لزوم تصویب قانون واحد که مهم‌ترین جرایم درمانی و دارویی را دربرمی‌گیرد لازم است تجدیدنظری نیز در مورد مراجع صالح صورت گیرد. راه حل اساسی و منطقی آن است که در ضمن تصویب قانون یا قوانین جدید و کامل برای جرایم درمانی و دارویی با حذف صلاحیت سازمان تعزیرات حکومتی و دادگاه انقلاب از این جرایم، رسیدگی به تمام این جرایم در صلاحیت شعبهٔ ویژه دادگاه‌های عمومی قرار گیرد. بر اساس اصول قانون اساسی رسیدگی به جرم و اجرای مجازات باید در دادگاه صالح صورت گیرد و اعمال قوهٔ قضاییه از طریق دادگاه‌های دادگستری است جرایم دارویی که دارای ماهیت کاملاً جزایی و کیفری هستند نیز باید در دادگاه‌های کیفری عمومی مورد رسیدگی قرار گیرد. بر طبق نتایج به دست آمده صلاحیت رسیدگی به تمامی جرایم در حوزه دارو، دادگاه انقلاب است و این دادگاه به موضوع رسیدگی و حکم صادر می‌کند. در صورتی که جرم واقع نشده باشد ولی مدیرعامل مؤسسه یا مسؤول فنی داروخانه مرتکب تخلف شده باشد، باید به دادسرای نظام پزشکی که مرجع رسیدگی به تخلفات انتظامی است مراجعه کنند. رویکرد سیاست جنایی تقنینی ایران در مقابله با جرایم دارویی، یک رویکرد کیفرمحور، سزادهنده و فاقد نگرش اصلاحی و پیش گیرانه است. مبنای مسؤولیت کیفری در قوانین ایران شفاف نبوده و ضمن تعارض بین مواد قانونی، نگرش قانون‌گذار کیفری قائل به توسعه دایره شمول مسؤولیت کیفری داروساز می‌باشد. سیاست جنایی قضایی ایران نیز به جای این‌که با نظرات خود در صدد رفع معایب موجود در سیاست جنایی تقنینی گردد، بیشتر با تساهل، ملاطفت در صدد خنثی‌سازی اهداف مستتر در سیاست جنایی تقنینی می‌باشد.

منابع و مآخذ

فارسی

۱. آجرلو، غلامرضا(۱۳۸۹)، مجموعه کامل قوانین و مقررات بهداشتی، درمانی و آموزشی، چاپ اول، تهران، حیان.
۲. آخوندی، محمود(۱۳۸۴)، آیین دادرسی کیفری، چاپ هفتم، تهران، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
۳. اردبیلی، محمدعلی(۱۳۸۸)، حقوق جزای عمومی، ج۲، چاپ اول، تهران، میزان.
۴. جوان جعفری، عبدالرضا (۱۳۹۲)، سیاست جنایی تقنینی جمهوری اسلامی ایران در قبال تخلفات و جرایم دارویی، وزارت علوم، تحقیقات، و فناوری، دانشگاه فردوسی مشهد.
۵. رکنی، نوردهر(۱۳۹۰)، اصول بهداشت مواد غذایی، چاپ اول، انتشارات دانشگاه تهران.
۶. زراعت، عباس(۱۳۸۸)، شرح قانون مجازات اسلامی بخش تعزیرات، چاپ اول، فیض.
۷. شامبیاتی، هوشنگ(۱۳۸۴)، حقوق جزای اختصاصی، ج ۱ و ۲، چاپ دوم، تهران ویستار.
۸. صانعی، پرویز(۱۳۸۳)، حقوق جزای عمومی، ج ۱، چاپ هفتم، تهران، گنج دانش.
۹. عباسی، محمود(۱۳۹۰)، مجموعهٔ قوانین و مقررات پزشکی و دارویی، چاپ اول، تهران.
۱۰. کوشا، جعفر(۱۳۹۲)، سیاست جنایی ایران در قبال جرایم پزشکی، بهداشتی و دارویی، دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران مرکزی.
۱۱. محسنی، فرید(۱۳۹۴)، سیاست کیفری ایران درقبال جرایم و تخلفات دارویی، دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری.
۱۲. نوربها، رضا(۱۳۸۸)، زمینهٔ حقوق جزای عمومی، چاپ دوم، تهران، کانون وکلای دادگستری.

ب) لاتین

1. Attaran,Amir;Bate,Roger;Megan,Dall(2013), "Why and How to Make an International Crime of Medicine Counterfeiting", Journal of International Criminal Justice.
2. Boister, Neil& McGrady, Benn (2012), «Why and How to Make a Treaty Crime of Medicine Counterfeiting», Journal of International Criminal Justice
3. Iracm; Eric przyswa(2014), Counterfeit Medcines and Criminal Organization,France , Interntional Institute of Research against Counterfeit Medcine.

صلاحیت کارآموزان وکالت در مراجع قضایی

حمیدرضا عسگری کارآموز وکالت کانون وکلای دادگستری گیلان

قبول‌شدگان دوره کارآموزی وکالت دادگستری بعداز دریافت پروانه کارآموزی، با تأیید وکیل سرپرست مربوطه در ذیل وکالتنامه مجاز به وکالت در دعاوی می‌باشند. سؤالی که برای بسیاری از کارآموزان وکالت پیش می‌آید این است که انجام وکالت مطلق است یا با استثنائاتی همراه است.

محدود نمودن اختیارات کارآموزان وکالت در قبول دعاوی، نیازمند حکم قانون‌گذار است و مستند قانونی که با تفسیر آن می‌توان این حدود را مشخص و معین نمود مادهٔ ۶ از قانون کیفیت اخذ پروانه وکالت مصوب ۱۳۷۶/۱/۱۷ می‌باشد. تبصرهٔ ۳ این ماده دربارهٔ حُسن اخلاق و رفتار کارآموزان تأکیداتی داشته و ضمانت اجرای عدم رعایت آن را ابطال پروانه کارآموزی پس از احراز آن به تشخیص کمیسیون کارآموزی و تأیید رئیس کانون و رأی دادگاه انتظامی کانون تعیین نموده است.[1]

انتهای این تبصره کارآموزان را با محدودیتی مواجه نموده و آن سلب حق وکالت در پرونده‌هایی که مرجع تجدیدنظر از احکام آن‌ها دیوان‌عالی کشور است می‌باشد. به عبارت دیگر کارآموزان وکالت را از ورود در این پرونده‌ها منع نموده است. تفسیر و تعبیر این محدودیت در شعبات مختلف دادگاه‌ها متفاوت است. بر این مبنا بر آن شدم که این محدودیت را مورد بررسی و مداقه قرار دهم و این اختلاف‌نظرها را که طبعاً در تفسیر قوانین اجتناب‌ناپذیر هستند بیشتر شناسایی نمایم.

بهتر است برای درک عمیق‌تر موضوع ابتدا به سراغ قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب رفته و ماده ۲۱ آن در قانون سابق (مصوب ۱۳۷۳/۴/۱۵) و اصلاح آن در قانون جدید (مصوب ۱۳۸۱/۷/۲۸) را بصورت تطبیقی مورد مطالعه و مقایسه قرار دهیم. در قانون سابق قانون‌گذار مرجع تجدیدنظر آراء دادگاه‌های عمومی و انقلاب هر شهرستان را دادگاه تجدیدنظر مرکز همان استان تعیین نموده است. مگر موارد ذیل که مرجع تجدیدنظر آن صرفاً دیوان‌عالی کشور می‌باشد.

---

۱. کارآموزان وکالت در دوران کارآموزی باید حُسن اخلاق و حُسن رفتار داشته باشند. چنان‌چه، به تشخیص کمیسیون کارآموزی خلاف آن احراز شود با تأیید رئیس کانون و رأی دادگاه انتظامی کانون پروانه کارآموزی آنان ابطال خواهد شد. کارآموزان وکالت قبل از اخذ پروانه وکالت حق وکالت در دعاویی که مرجع تجدیدنظر از احکام آن‌ها دیوان‌عالی کشور می‌باشد را ندارند.

۱. اعداد و رجم
۲. قطع عضو و قصاص نفس و اطراف
۳. مصادره و ضبط مال
۴. مجازات حبس بیش از ۱۰ سال
۵. حکمی که خواستهٔ آن از ۲۰ میلیون ریال متجاوز باشد
۶. احکام راجع به اصل نکاح و طلاق
۷. احکام راجع به نسب و وقف و حبس و تولیت

همان‌گونه که از منطوق مادهٔ منسوخهٔ فوق پیداست گسترهٔ این محدودیت در قانون سابق بسیار وسیع بوده است و در زمان حکومت آن قانون، طیف بسیاری از دعاوی ازجمله دعاوی مالی متجاوز از ۲۰ میلیون ریال، فسخ نکاح و طلاق و غیره خارج از صلاحیت کارآموزان قرار گرفته بود. در قانون جدید (قانون اصلاح قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب مصوب ۱۳۸۱) که اکنون حاکم است این گستردگی در صلاحیت دیوان‌عالی کشور به‌طور فوق‌العاده‌ای کاهش یافته و بار آن بر دوش دادگاه‌های تجدیدنظر استان گذاشته شده است. در قانون جدید ماده ۲۱ به شرح ذیل اصلاح شده است. «مرجع تجدیدنظر آراء قابل تجدیدنظر دادگاه‌های عمومی، حقوقی، جزایی و انقلاب دادگاه تجدیدنظر استانی است که آن دادگاه در حوزهٔ قضایی آن استان قرار دارد...».

به نظر می‌رسد ریشهٔ این اختلاف‌نظر و آن‌چه مراجع قضایی را در تفسیر تبصرهٔ ۳ مادهٔ ۶ به اشتباه می‌اندازد صلاحیت دیوان‌عالی کشور قبل از اصلاح مادهٔ ۲۱ قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب است چرا که در قانون جدید با افزایش سیطره صلاحیت محاکم تجدیدنظر استان، محدوده صلاحیت دیوان‌عالی کشور بسیار کاهش یافته است.

پس به این نتیجه خواهیم رسید که اصل بر قبول وکالت کلیه دعاوی توسط کارآموزان است مگر دعاوی که مرجع اصلی تجدیدنظر از آرای آن‌ها دیوان‌عالی کشور است که عبارتند از آرای صادره دادگاه‌های کیفری یک شامل:

جرایم موجب مجازات قصاص نفس، اعدام ـ حبس ابد ـ قطع عضو یا جنایات علیه تمامیت جسمانی با میزان نصف دیه کامل یا بیش از آن، مجازات‌های تعزیری درجه ۳ و بالاتر و جرایم سیاسی و مطبوعاتی که فلسفهٔ این محدودیت و سختگیری مطابق مدلول رأی وحدت رویه شماره ۶۸۷ مورخ ۱۳۸۵/۳/۲ اهمیت این‌گونه جرایم از لحاظ شدت مجازات و لزوم دقت بیشتر از حیث آثار اجتماعی، فرهنگی و خانوادگی است.

در ادامه به درج دو نظریه مشورتی اداره حقوقی قوه قضاییه در راستای تفسیر درست از این محدودیت می‌پردازیم.

۱. نظریه مشورتی شماره ۷/۴۴۶۸ مورخ ۸۵/۶/۱۵ که با منطوقی واضح و سلیس به این ابهامات پایان داده است:

«چون قبول وکالت در کلیه دعاوی مدنی و کیفری که مرجع تجدیدنظر آن‌ها دادگاه تجدیدنظر استان است توسط کارآموزان وکالت قانوناً بلااشکال است و مرجع تجدیدنظر احکام مربوط به فسخ نکاح و طلاق دادگاه تجدیدنظر استان است، کارآموزان وکالت حق قبول این‌گونه دعاوی را دارند».

۲. نظریه مشورت ۷/۷۱۹۳ مورخ ۸۴/۱۰/۱۰ به شرح ذیل: «چون در حال حاضر کلیهٔ احکام در مورد دعاوی مالی بیش از ۳ میلیون ریال قابل تجدیدنظر در دادگاه تجدیدنظر استان بوده، لذا کارآموزان وکالت، حق وکالت در خصوص دعاوی که خواسته آن‌ها بیش از ۲۰ میلیون ریال باشد را دارند».

که البته در اصلاح بند ب ماده ۳۳ شرح وظایف کارآموزان وکالت به موجب مصوبه مورخ ۹۸/۵/۸ هیئت‌مدیره کانون وکلای دادگستری مرکز این سقف ریالی به ۳ میلیارد ریال در دادگاه‌ها و در مرحله اجراء تعیین گردیده است.

لذا با توجه به نسخ ماده ۲۱ قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب علاوه‌بر رفع محدودیت در دعاوی فسخ نکاح و طلاق، محدودیت در دعاوی مالی متجاوز از ۲۰ میلیون ریال نیز مرتفع شده است.

نتیجه: محدود نمودن اختیارات کارآموزان وکالت فراتر از آن‌چه در قانون آمده است نیازمند حکم قانون‌گذار است و عدم صلاحیت کارآموزان استثنایی است. لذا تبصرهٔ ۳ ماده ۶ قانون اخذ پروانه وکالت فقط در حد نص قابل تفسیر است.

نقش دولت در تأمین کالاهای ضروری شهروندان با تأکید بر مؤلفه‌های حقوق بشری

ابوطالب اصغری جیرهنده کارآموز وکالت، دانشجوی دکتری حقوق عمومی دانشگاه آزاد اسلامی واحد قم، مدرس دانشگاه

چکیده

در عصرکنونی دولت بازیگری اصلی در مناسبات گوناگون ملی و فراملی است. برخی از شهروندان بنا به دلایل گوناگون از جمله فقر و نداری از تهیه ضروری‌ترین کالاهای موردنیاز برای زندگی خود ناتوان هستند. دولت مکلف است در راستای وظیفه حمایتی خود در راه برطرف ساختن این چالش بکوشد. حقوق رفاهی و از جمله حق بر سلامت، حق بر تغذیه، حق بر توسعه و حق بر زندگی شایسته در شمار مهم‌ترین مؤلفه‌های حقوق بشری ناظر به رسالت دولت در تأمین کالاهای ضروری شهروندان است. تدوین قوانین و سیاست‌های عملی کارآمد، سازماندهی سامانه بازرسی و نظارتی همراه با شناسایی شهروندان کم برخودار و ضعیف جامعه از طریق طراحی پرسشنامه ملی و محلی در شمار مهم‌ترین بنیادهای انجام رسالت پیش‌گفته دولت است. در این راستا دولت می‌تواند با بهره‌گیری از ظرفیت‌های ملی و منطقه ایی به تناسب نیاز جامعه به تحقق مفهوم فقرزدایی کمک نماید که امروزه در شمار مهم‌ترین وظیفه دولت در قانون اساسی و قوانین عادی به شمار میرود. این نوشتار با روش توصیفی ـ تحلیلی و با بهره‌گیری از رویکرد پژوهش‌های میان ـ رشته‌ای نگاشته شده و می‌کوشد تا رسالت دولت را در تأمین کالاهای ضروری شهروندان با تأکید بر مؤلفه‌های حقوق بشری ارزیابی نماید.

واژگان کلیدی: دولت، کالاهای ضروری، حقوق بشر، مبارزه با فقر

مقدمه

در علوم انسانی دولت دارای کارکردهای گوناگونی در برابر شهروندان است. انجام این کارکردها و نیز کارکردهای احتمالی موضوع مطالعه شاخه‌هایی همانند حقوق، جامعه‌شناسی، اقتصاد، علوم سیاسی و...است. امروزه و در آغاز هزاره سوم میلادی به دلیل پیچیدگی‌های گوناگونی که در ساختارهای جامعه جهانی پدید آمده و پیامدهایی همانند بحران‌های اقتصادی در سطوح مختلف، افزایش شکاف میان کشورهای شمال و جنوب و طبقاتی شدن بیشینه‌ای جهان و ... را به همراه آورده، توجه به رویکردهای ترمیمی وپاسخ‌دهنده در این‌باره نیز افزایش یافته است. در واقع، پس از انعقاد معاهده صلح وستفالی و پیدایش دولت ـ ملت‌های نوین در سپهر سیاسی جهان، دولت‌ها به عنوان بازیگرانی بسیار شاخص در جامعه جهانی چهره یافته‌اند. از همین‌رو می‌توان و در مواردی باید از توانمندی‌های آن‌ها در راه مبارزه با بسیاری از چالش‌های بنیادین جهانی بهره

جست. با وجود آن‌که زندگی انسان به طور طبیعی منوط به وجود برخی از اساسی‌ترین ملزومات زندگی است، اما در عمل دیده می‌شود که برخی از شهروندان بنا به دلایل گوناگون نمی‌توانند این ملزومات را فراهم کنند و از همین‌رو زندگی خود و پیرامونیان آن‌ها از جهات دیگر نیز با مخاطره فراهم می‌شود. بنابراین ضرورت دارد که برای مبارزه با این کاستی اثرگذار در زندگی انسان که امروزه نیز بر پایه بحران‌های اقتصادی پدیدارشده در جامعه ما و نیز در جامعه جهانی بیش از پیش نمودار می‌شود، راهکارهایی سودمند و اثرگذار را پیاده نمود. این نوشتار می‌کوشد تا با توجه به نقش چیره دولت در جامعه و کارکردهای موردانتظار از آن تا آنجا که ممکن است، توانمندی‌های آن را در راه مبارزه با چالش‌های موجود در برابر تأمین کالاهای ضروری شهروندان مطالعه نماید. این پژوهش بر پایه مؤلفه‌های حقوق بشری که در منشور بین‌المللی حقوق بشر نیز یاد شده نگاشته شده است. ضرورت پژوهشی با این رویکرد نیز از آنجا ناشی می‌شود که باتوجه به پیشینه حقوق بشر، مفهوم حقوق بشر به دلیل مسائل وموضوعات پیچیده قرون اخیر از اهمیت خاصی برخوردارشده است.(جعفری، ۱۳۹۴: ۲)در این راستا باید به یاد، داشت که مطالعه کارنامه دولت‌ها و یا بایسته‌های کنشگری آن‌ها در زمینه فراهم نمودن کالاهای ضروری برای شهروندان زمینه مناسبی را برای ارزیابی وجود یا نبود معیارهای به زمامداری(حکمرانی مطلوب) فراهم می‌کند.

اهمیت و جایگاه این مؤلفه در میان گفتمان‌های سیاسی و حقوقی معاصر نشان‌دهنده ضرورت مطالعه یکی از عینی‌ترین و آشکارترین کارکردهای دولت در جامعه است که می‌تواند زمینه اثرگذاری را برای استیفاء دیگر حقوق شهروندانی که در حال حاضر از تهیه ضروری‌ترین ملزومات زندگی خود ناتوان هستند، فراهم سازد.

۱. کالاهای ضروری

اصل ۴۳ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران مقرر داشته است: «برای تأمین استقلال اقتصادی جامعه و ریشه‌کن کردن فقر و محرومیت و برآوردن نیازهای انسان در جریان رشد، باحفظ آزادگی او، اقتصاد جمهوری اسلامی ایران براساس ضوابط زیر استوار می‌شود:

۱. تأمین نیازهای اساسی: مسکن، خوراک، پوشاک، بهداشت، درمان، آموزش و پرورش و امکانات لازم برای تشکیل خانواده برای همه.
۲. تأمین شرایط و امکانات کار برای همه: به منظور رسیدن به اشتغال کامل و قراردادن وسایل کار در اختیار همه کسانی که قادر به کارند ولی وسایل کار ندارند، در شکل تعاونی، از راه وام بدون بهره یا هر راه مشروع دیگر که نه به تمرکز و تداول ثروت در دست افراد و گروه‌های خاص منتهی شود و نه دولت را به صورت یک کارفرمای بزرگ مطلق درآورد. این اقدام باید با رعایت ضرورت‌های حاکم بر برنامه‌ریزی عمومی اقتصاد کشور در هر یک از مراحل رشد صورت گیرد.

۳. تنظیم برنامه اقتصادی کشور: به صورتی که شکل و محتوا و ساعات کار چنان باشد که هر فرد علاوه بر تلاش شغلی، فرصت و توان کافی برای خودسازی معنوی، سیاسی و اجتماعی و شرکت فعال در رهبری کشور و افزایش مهارت و ابتکار داشته باشد.
۴. رعایت آزادی انتخاب شغل و عدم اجبار افراد به کاری معین و جلوگیری از بهره‌کشی از کار دیگری.
۵. منع اضرار به غیر و انحصار و احتکار و ربا و دیگر معاملات باطل و حرام.
۶. منع اسراف و تبذیر در همه شئون مربوط به اقتصاد، اعم از مصرف، سرمایه‌گذاری، تولید، توزیع و خدمات.
۷. استفاده از علوم و فنون و تربیت افراد ماهر به نسبت احتیاج برای توسعه و پیشرفت اقتصاد کشور.
۸. جلوگیری از سلطه اقتصادی بیگانه بر اقتصاد کشور.
۹. تأکید بر افزایش تولیدات کشاورزی، دامی و صنعتی که نیازهای عمومی را تأمین کند و کشور را به مرحله خودکفایی برساند و از وابستگی برهاند.» منظور از کالاهای ضروری به زبان ساده آن دسته از اقلام و کالاهایی است که هر انسان برای زندگی و به عبارت دیگر، برای واقعیت‌بخشی به حق حیات خود که پایه هر یک از دیگر حقوق او به شمار می‌آید، بدان‌ها نیازمند است. در جوامع مکانیک روزگار باستان و نیز در روزگار ما، افراد جامعه بیشتر تولیدکننده بودند و از همین‌رو می‌توانستند به خوبی کالاهای ضروری زندگی خود را فراهم کنند. با این وجود و با گسترش جوامع و به دنبال آن پیدایش جوامع ارگانیک، بسیاری از شهروندان عنوان مصرف‌کننده گرفته و وظیفه تولید کالاهای گوناگون و از جمله کالاهای ضروری جامعه بر دوش گروهی از شهروندان قرار گرفت. ضمن آن‌که دولت‌ها نیز بسته به شرایط ویژه اقتصادی و اجتماعی خود در این راه پیشگام شده و به تولید کالاهایی که دیگر نمی‌شد فراهم آوردن آن‌ها را از خود جامعه انتظار داشت، مبادرت ورزیدند. در این جا باید خاطرنشان نمود که هرگز نمی‌توان فهرستی انحصاری از کالاهای ضروری را پیشنهاد و فراهم آوردن آن‌ها را رسالت دولت دانست. بلکه این فهرست بی‌گمان بر پایه دگرگونی‌های گوناگون انجام‌گرفته در جامعه جهانی و در زندگانی انسان متغیر است. اگرچه برای نمونه، پوشاک، تغذیه و مسکن مناسب در صدر این فهرست جای دارند، با این وجود، بسته به سطح توسعه‌یافتگی جوامع نیز کالاها دیگری در شمار کالاهای ضروری شهروندان جای می‌گیرند.

برای نمونه، در جوامع توسعه‌یافته یا آن دسته از جوامع دیگری که در آن‌ها حقوق بنیادین شهروندان بر دسترسی به جریان‌های آزاد اطلاعات و ارتباطات پیش‌بینی شده است، زیرساخت‌های دسترسی به دنیای مجازی نیز در شمار کالاهای ضروری شهروندان قرار داشته و فراهم آوردن آن‌ها نیز رسالتی بدیهی و بنیادین برای دولت به شمار می‌آید.

به طور کلی، ماده ۲منشور شهروندی ۱۳۹۵ نیز به حق شهروندان بر دسترسی به کالاهای ضروری تأکید کرده است. این ماده مقرر می‌دارد: «شهروندان از حق زندگی شایسته و لوازم آن

همچون آب بهداشتی، غذای مناسب، ارتقای سلامت، بهداشت محیط، درمان مناسب، دسترسی به دارو، تجهیزات، کالاها و خدمات پزشکی، درمانی و بهداشتی منطبق با معیارهای دانش روز و استانداردهای ملّی، شرایط محیط زیستی سالم و مطلوب برای ادامه زندگی برخوردارند.»

۲. تکلیف دولت در فراهم نمودن کالاهای ضروری

در شرایط کنونی تردیدی وجود ندارد که بر خلاف دوران شکوفایی اقتصادی بسیاری از شهروندان در فراهم نمودن کالای ضروری خود با چالش مواجه هستند و از همین‌رو و با توجه به ویژگی‌های مربوط به ضرورت حمایت دولت‌ها از شهروندان خود در سطوح مختلف، این رسالت برای آن‌ها وجود دارد که صرف‌نظر از رژیم سیاسی نظام حاکمیتی خود، تا آنجا که ممکن است در فراهم نمودن کالاهای ضروری زندگی شهروندان خود کوشا باشند.

در دهه‌های اخیر، بهبود در توزیع درآمد، مبارزه با فقر و کاهش نابرابری یکی از اهداف مهم توسعه اقتصادی و اجتماعی و حتی از وظایف مهم دولت‌ها محسوب می‌شود. از این‌رو توجه به توزیع نامتعادل درآمد و ریشه‌های پدید آمدن آن در جهت دستیابی به رشد و توسعه اقتصادی مستمر و باثبات از اهمیت ویژه‌ای برخوردار شده است. (شاه‌آبادی، ساری‌گل، ۱۳۹۳: ۱)تردیدی وجود ندارد که در صورت کوتاهی و یا ناکامی دولت در انجام این رسالت بنیادین خود، پیامدهای ناگواری برای جامعه محقق می‌شود که بازسازی خسارات پدیدآمده از آن‌ها ممکن است مدت‌ها به طول بیانجامد. برای نمونه، در صورت تهدید و تضعیف اقتصاد کشور هدف، دفاع نظامی آن نیز تضعیف خواهد شد. (حیدری، درخشان، ۱۳۹۴: ۱۳۷)

۳. مؤلفه‌های حقوق بشری تکلیف دولت در فراهم نمودن کالاهای ضروری شهروندان

در یک برداشت گسترده، حقوق بشر ناظر به مجموعه‌ای از قواعد، اصول، گرایش‌ها و آرزوهای جوامع انسانی در راستای پشتیبانی از حقوق اساسی انسان و بهبود بخشیدن به آن‌هاست. (اصغرنیا، ۱۳۹۵: ۹۲) این حقوق آشکارا در منشور بین‌المللی حقوق بشر بیان شده و برخی از مراجع قضایی در جهان نیز به دعاوی احتمالی در این‌باره رسیدگی می‌کنند.

۳ـ۱. حقوق مصرف‌کنندگان

یکی از مهم‌ترین مؤلفه‌ها حقوق بشری پیرامون رسالت دولت‌ها در زمینه فراهم آوردن کالاهای ضروری برای شهروندان خود، حقوق مصرف‌کنندگان است که از چند دهه پیش بدین سو در محافل حقوقی و سیاسی جهان چهره یافته است. بر این پایه، شهروندان حق دارند به حداقل‌های مورد نیاز از کالاهای دلخواه خود دسترسی داشته باشند و با توجه به پیچیدگی‌های روزافزون پدیدآمده در جوامع و چالش‌هایی که از این دیدگاه ممکن است آن‌ها را تهدید کند، دولت‌ها باید حمایت‌های لازم را برای تحقق هدف پیش‌گفته از شهروندان خود به عمل آورند.

به طور کلی حقوق مصرف‌کنندگان اقتضا می‌کند که دولت به ویژه با توجه به جنبه منفعل شهروندان در تولید کالاها، اقلام موردنیاز و بدیهی زندگی آنان را فراهم آورده و از جمله تا آنجا که ممکن است با اشکال گوناگون فقر و ندارای و محرومیت‌های مادی و اجتماعی به ستیز برخیزند.

افزون بر این، حقوق مصرف‌کنندگان اقتضا می‌کند که در برابر انحصارگرایی و منفعت‌طلبی‌های ناگوار تولیدکنندگان کالاهای ضروری تدابیر مناسبی اندیشیده شود. در این راستا، لازم است که قوانین مرتبطی در زمینه سازماندهی تولید کالاهای ضروری مصرف‌کنندگان و بهای آن‌ها و نیز نظارت بر رفتارهای تولیدکنندگان و مصرف‌کنندگان در دو سوی این معادله اندیشیده شود. بدیهی است که یکی از بایسته‌های کیفری حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان کالاهای ضروری نیز جرم‌انگاری مهم‌ترین رفتارهای ناقض حقوق بنیادین آنان در این زمینه و پیش‌بینی مجازات‌ها و روندهای جبران خسارات احتمالی است که به دنبال کژکارکردهای تولیدکنندگان یا واسطه‌های فراهم شدن کالاهای ضروری، بر مصرف‌کنندگان وارد می‌آید.

۳ـ۲. حق بر زندگی شایسته

در میان حقوق گوناگون پیش‌بینی‌شده برای شهروندان در منشور بین‌المللی حقوق بشر، حق بر حیات حقی متمایز و چیره است. چرا که این حق زمینه لازم را برای استیفاء دیگر حقوق هر یک از شهروندان فراهم می‌کند.

با این حال تردیدی وجود ندارد که صرف شناسایی حق حیات برای انسان کافی نیست. چراکه زندگی او باید به‌گونه‌ای باشد که بسته به سطح توسعه‌یافتگی جامعه و امکانات فراهم-شده در آن برای هر یک از شهروندان بتواند زمینه‌های رشد و کمال آنان را فراهم نموده و در پایین‌ترین سطح خود، امکان بهره‌گیری از دیگر حقوق و آزادی‌های اساسی آنان را فراهم نماید.

به عبارت دیگر، تنها شناسایی حق حیات و در نتیجه ممنوعیت دولت از اعمال ناروای مجازات‌های سالب حیات و یا اقداماتی که به طور فرسایشی به نابودسازی تدریجی زندگی فرد و یا حتی کاهش آشکار کیفیت زندگی او منجر می‌شود، رسالت دولت را در این زمینه انجام‌گرفته نمی‌سازد، بلکه دولت باید بتواند افزون بر شناسایی و پاسداشت حق حیات شهروندان، کیفیت متناسبی را نیز برای آن‌ها فراهم کند.

در این راستا، برای آن‌که زندگی شهروندان از کیفیت یادشده برخوردار باشد، دسترسی به کالاهای ضروری برای زندگی همانند آب و غذا، پوشاک و مسکن و نیز امنیت در سطوح گوناگون آن ضروری است. به عبارت بهتر، فراهم نمودن این موارد در شمار وظایف بدیهی هر حکومت در قبال شهروندان خود است.

۳ـ۳. حقوق رفاهی

یکی دیگر از مؤلفه‌هایی که باید از دیدگاه رسالت دولت در فراهم نمودن کالاهای ضروری شهروندان خود مورد توجه قرار گیرد، جنبه‌ای از حقوق بنیادین بشر است که حقوق رفاهی نام دارد. اهمیت دسترسی شهروندان به این دسته از حقوق در آنجاست که برخورداری از رفاه حداقلی به حقوق شهروندان اضافه شده و مفهوم شهروندی سربرآورد.(قاسمی و همکاران، ۱۳۹۲: ۸۷) به طور کلی باید دانست که این حقوق تنها منحصر به فراهم آوردن امکانات مادی لازم برای رفاه و آسودگی شهروندان در یک جامعه نیست. بلکه امنیت خاطر و جنبه‌های روانی و عاطفی آن نیز باید از چشم‌انداز معیاهای حقوق بشری مورد توجه قرار گیرد.

در علوم سیاسی و حقوق اساسی برای توصیف ساختاری سیاسی با ویژگی‌های دولت، دانش ـ واژه دولت رفاه به کار می‌رود. این اصطلاح بیانگر دولتی است که از دم و دستگاه حکومت برای طراحی، اجرا و تأمین هزینه خط‌مشی‌هایی در جهت پیشبرد منافع اجتماعی همه اتباعش استفاده می‌کند. (بریگز، ۱۳۹۲: ۴۵۱)

در حقوق بشر نیز، ساختارسازی برای بیشینه‌سازی تحقق حقوق رفاهی شهروندان از بایسته‌های تحقق مفهوم دولت رفاه است.

در دکترین بین‌المللی حقوق بشر حقوق رفاهی را شامل حقوقی همانند حق بر تغذیه، مسکن و... می‌دانند. امنیت غذایی وحق دسترسی به غذا و رهایی از گرسنگی جزء حقوق بنیادین بشری بوده وتحت هیچ شرایطی حتی درمخاصمات نیز قابل تعلیق نیست، زیرا هرگونه تعدی به حق غذا می‌تواند منجر به مرگ ناشی از گرسنگی شود.(اسفندیاری، میرعباسی، ۱۳۹۴: ۱۵۸) بنابراین باید حق شهروندان در دسترسی به منابع ارزشمند غذایی را در شمار حقوق بنیادین رفاهی آن‌ها دانست. از همین‌رو، فراهم نمودن منابع غذایی لازم برای شهروندان را باید در کانون الزامات دولت در فراهم نمودن کالاهای موردنیاز آن‌ها دانست. زیرا تغذیه مناسب برای شهروندان یکی از عینی‌ترین کالاهای موردنیاز آن‌هاست. ممکن است شهروندی در دسترسی به مسکن یا پوشاک مناسب که دیگر حقوق رفاهی او به شمار می‌رود، با مسامحه برخورد کند، اما هرگز نمی‌تواند دسترسی به منابع تغذیه‌ای مناسب را به تأخیر بندازد. زیرا این امر پیامدهایی عینی و فوری را بر دیگر جنبه‌های زندگی شهروندان و به ویژه حق آن‌ها بر سلامت دارد.

در این باره خاطرنشان می‌شود که ماده ۳۱ برنامه پنج ساله ششم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران (۱۴۰۰ ـ ۱۳۹۶)، دولت را به فراهم نمودن امنیت غذایی شهروندان در پرتو بهینه‌سازی فرآورده‌های کشاورزی و نیز پالایش محصولات تراریخت به منظور اطمینان از آسیب نرسان آن‌ها به شهروندان مکلف نموده است.

بدیهی است که رسالت دولت در سازماندهی برنامه رفاهی شهروندان خود مستلزم فراهم نمودن کالاهای ضروری زندگی آنان است. اما باید همچنین توجه داشت که این تکلیف از آنجا

ناشی می‌شود که به ویژه در شرایط کمابیش دشوار کنونی اقتصاد جهان، دغدغه شهروندان متعلق به دهک‌های پایین درآمدی در جامعه در فراهم نمودن کالای موردنیاز برای رفاه خود و خانواده یا وابستگانشان می‌تواند رفاه روانی آن‌ها را ـ که پیشتر بدان اشاره شد ـ با چالش مواجه سازد.

به باور ما، قلمرو حقوق رفاهی تا بدانجا گسترده است که باید همان‌گونه که پیشتر نیز گفته شد، از مجموعه حقوق رفاهی نام برد. این گستردگی تا آن اندازه است که از دیرباز و در منشور بین‌المللی حقوق بشر، حقوقی واکنشی در برابر کاستی‌های احتمالی در فراهم حقوق یادشده پدید آمده است. از این دیدگاه، تأمین اجتماعی به عنوان بخش واکنشی نظام رفاه سازوکاری است که به فرد این اطمینان را می‌دهد که در شرایط قابل پیش‌بینی یا غیرقابل پیش‌بینی که منجر به قطع یا کاهش شدید درآمد وی می‌گردد، نظاماتی مقرر است که در آن شرایط بحرانی، وضعیت اقتصادی وی را ترمیم می‌سازد.(میرزایی، ۱۳۹۴: ۹۶)

در اینجا باید افزود که ضرورت تحقق حقوق راهی برای شهروندان در آموزه‌های اسلامی نیز دارای پیشینه است. در دکترین حقوقی و فقهی اسلامی نیز موقعی که مسلمانان محلی را ترک می‌کنند و مقداری غذا بر جای می‌گذارند، مجاز به سوزاندن آن نیستند، مگر آن‌چه می‌ماند باعث تقویت دشمن گردد.(محقق داماد، ۱۳۹۶: ۱۰۶)

۳ـ۴. حق بر توسعه

چهارمین مؤلفه حقوق بشری رسالت فراهم نمودن کالاهای ضروری جامعه، حق بر توسعه است که در شمار حقوق مندرج در نسل سوم حقوق بشر قرار دارد.

با توجه به این توضیح، همه شهروندان جامعه جهانی حق دارند در جامعه‌ای زندگی کنند که بسته به ویژگی‌های بومی خود به سوی توسعه گام برمی‌دارد. این روند مستلزم مبارزه تا حدامکان با هرگونه نمادهای فقر و محرومیت است.

امروزه توسعه و ابعاد مختلف آن یکی از مهم‌ترین موضوعات مورد بحث محافل داخلی و بین‌المللی است. این موضوع از آن جهت اهمیت ویژه پیدا می‌کند که با موضوع مهم دیگری همچون حقوق بشر پیوند دارد. تلقی توسعه به عنوان حقی بشری و پیدایش حق بر توسعه به عنوان یکی از مصادیق نسل سوم حقوق بشر و از سوی دیگر، پیشتازی کشورهای در حال توسعه و جهان سوم در طرح و مطالبه این حق، وجه انسانی توسعه را برجسته ساخته و موجب خلق مفهوم توسعه انسانی گردید که در پرتو آن هر انسانی و همه انسان‌ها مستحق مشارکت، مساعدت و بهره‌مندی از همه ابعاد مختلف امنیت انسانی از جمله امنیت اقتصادی، اجتماعی، فرهنگی و سیاسی می‌باشند و از این طریق همه حقوق و آزادی‌های اساسی و بنیادی آنان محقق خواهد شد.(ویژه، کتابی، ۱۳۹۶: ۷)

با توجه به این توضیح باید پذیرفت که یکی از بدیهی‌ترین پیش‌شرط‌های توسعه پایدار یک جامعه و در واقع، تحقق بخشیدن به حق بنیادین شهروندان بر توسعه، وجود نیروی انسانی

آفرینشگر و سازنده‌ای است که در پرتو دسترسی کامل و کافی به کالاهای موردنیاز برای گذران زندگی خود می‌تواند همه اهداف از پیش‌برنامه‌ریزی‌شده را برای پیشرفت و بالندگی جامعه فراهم کند. از همین‌رو هنگامی می‌توان دولت را در راه دستیابی به توسعه پایدار جوامع کوشا دانست که تا آنجا که ممکن باشد کالاهایی را که نیروی انسانی موردنیاز در فرآیند توسعه به عنوان پیاده‌نظام این فرآیند ضروری می‌داند تهیه کند. در این صورت و با همگرایی دولتی کوشا در راه تهیه کالاهای موردنیاز شهروندان و نیز نیروی انسانی کارآمد و کنشگر در این راه می‌توان انتظار داشت که توسعه پایدار آن جامعه به میزان بسیاری محقق شود.

۳ـ۵. حق بر سلامت

یکی دیگر از حق‌های بشری که از دیدگاه رسالت دولت در فراهم نمودن کالاهای ضروری شهروندان مورد توجه قرار می‌گیرد، حق بر سلامت است. اگرچه این حق همراه با حق بر تغذیه در شمار حقوق رفاهی قرار دارد، اما به دلیل اهمیت آن باید از دیدگاه تکلیف دولت برای فراهم کالاهای موردنیاز شهروندان، به‌گونه‌ای افتراقی نیز بررسی شود. پیوندهای کالاهای ضروری با ابعاد گوناگون سلامت شهروندان، ضرورت تبیین موضوع وظیفه دولت در فراهم نمودن کالاهای ضروری شهروندان را با پیاده‌سازی شایسته حق بر سلامت آنان مطرح می‌کند.

در این راستا باید خاطرنشان نمود که حق بر سلامتی به عنوان یکی ازحقوق بنیادین بشری در نظام بین‌المللی حقوق بشر به رسمیت شناخته شده است. دولت‌ها درارتباط با اتباعشان به صورت تعهد به وسیله در جهت تأمین و تضمین این حق، مسؤولیت دارند. (آل کجباف، انصاریان، ۱۳۹۳: ۱۱) از همین‌رو باید پذیرفت که از آنجا که میان فراهم نمودن کالاهای ضروری شهروندان و نیز سلامت جسمانی و روانی شهروندان بستگی تنگاتنگی وجود دارد، یکی از بایسته کوشش دولت‌ها برای پاسداشت حق شهروندان بر سلامت خود، تلاش آن‌ها برای فراهم کردن کالاهایی است از جمله برای سلامتشان ضروری است.

افزون بر این باید توجه داشت که سلامت انسانی مهم‌ترین مؤلفه در روند توسعه جامعه بوده که تأمین آن بر عهده دولت‌هاست و تضمین‌کننده تحقق حضور نیروی انسانی سالم و پرنشاط و افزایش تولید در روند کلی توسعه است.(نظری، اکبری، ۱۳۹۵: ۵) بنابراین اهمیت اولویت‌دهی دولت‌ها به برآوردن و محقق نمودن بیشینه‌ای حق شهروندان بر سلامت آن‌ها تا اندازه بسیاری آشکار است.

بدیهی است که برای آن دسته از شهروندانی که با چالش‌های ویژه‌ای در زمینه سلامت خود مواجه هستند همانند بیماران خاص یا نادر و یا آن دسته از بیمارانی که به دلیل شرایط و وضعیت بد اقتصادی خود قادر به فراهم نمودن داروهای موردنیازشان نیستند، باید تدابیری اندیشه شود تا نیازهای دارویی‌شان در راستا حق آن‌ها بر سلامت به خوبی پاس داشته شود. بنابراین دولت باید در زمینه فراهم نمودن کالاهای ضروری، به تهیه این کالاها برای شهروندان بیمار، در معرض خطر و

نیز آسیب‌پذیر اهتمام ویژه‌ای داشته باشد. آسیب‌پذیری یادشده نیز می‌تواند از جهات گوناگون به پیش‌بینی بسته‌های حمایتی کارآمد و اثرگذار از سوی دولت و یا جامعه مدنی برای آن‌ها بیانجامد.

۴. بایسته‌های حقوقی تکلیف دولت در فراهم نمودن کالاهای ضروری شهروندان

در گفتارهای پیش درباره تکلیف دولت به فراهم نمودن کالای ضروری شهروندان ومؤلفه‌های حقوق بشری آن سخن به میان رفت. اینک لازم است که این تکلیف را در چارچوب نظام حقوقی حاکم بر کشور بررسی نموده و مهم‌ترین روندهای موجود در این نظام را برای واقعیت‌بخشی بیشینه‌ای به تکلیف پیش‌گفته دولت مورد توجه قرار دهیم.

در این راستا به نظر می‌رسد که از یک سو باید بسترهای تقنینی لازم برای انجام این رسالت بدیهی دولت فراهم و از سوی دیگر، روندهای نظارتی متناسبی در قلمرو حقوق اداری و یا فرآیند کیفری مناسبی در پهنه نظام عدالت کیفری کشور برای آن پیش‌بینی شود. از همین‌رو، در مباحث آتی به این دو بایسته پرداخته می‌شود.

۴ـ۱. تدوین قوانین مناسب

برای آن‌که الزام دولت به انجام کارکردهای مورد انتظار خود و از جمله فراهم نمودن کالاهای ضروری برای شهروندان نهادینه و به خوبی انجام شود، لازم است که روندی تقنینی برای آن پیش‌بینی شود. زیرا تردیدی وجود ندارد که رسالت یادشده مستلزم دسترسی دولت به منابع مالی و انسانی لازم برای فراهم نمودن کالاهای ضروری شهروندان است و بدین‌منظور گاه حتی لازم است که ردیف بودجه خاصی بدین منظور پیش‌بینی شود. گاه نیز روی‌آوری دولت به سیاست خاصی برای فراهم کردن کالاهای موردنیاز و ضروری شهروندان مستلزم کسب مجوزهای لازم از قوه مقننه است.

با توجه به این توضیح می‌توان گفت برای کامیابی دولت در فراهم نمودن کالاهای ضروری شهروندان، همسویی و هماهنگی با دیگر قوانین لازم است. کنشگران قوه مقننه باید با بهره‌گیری از ابزار تقنین مناسب به یاری شهروندان برخیزند تا در پرتو میان ـ کنش قوای مجریه و مقننه، کالاهای ضروری و مورد نیاز آن‌ها به خوبی فراهم شود. به عنوان نمونه می‌توان با تصویب قانونی در جهت تأمین کالاهای ضروری و اساسی و یا قانون یارانه‌ها اشاره نمود که سعی در پرداخت حداقلی به دهک‌های کم برخوردار جامعه دارد که تقویت این رویه و افزایش مبالغ پرداختی می‌تواند قدرت خرید شهروندان کم برخوردار را نسبت به شهروندان برخوردار افزایش داده و در جهت حمایت از این طیف از جامعه برآید.

۴ـ۲. پیش‌بینی سامانه نظارتی و بازرسی متناسب

در گفتار پیش بر ضرورت هماهنگی قوه مقننه با دولت برای فراهم نمودن کالاهای ضروری و موردنیاز شهروندان تأکید شد. در این گفتار نیز ضرورت همکاری قوه قضاییه و نیز لایه‌های

نظارتی موجود در قوه مجریه برای تحقق بخشیدن به رسالت پیش‌گفته بیان می‌شود.

به طور کلی، پیش‌بینی روندهای مناسب، روزآمد و قانونی نظارت یکی از مهم‌ترین بایسته‌های مدیریت است. این ضرورت به ویژه هنگامی آشکار می‌شود که از اهمیت و فوریت فراهم نمودن کالاهای ضروری برای شهروندان آگاه بوده و بتوان پیامدهای گوناگون و گاه غیرقابل پیش‌بینی کاستی‌های احتمالی پدیدآمده در این روند را حدس زد.

در شرایط نوسانات و یا رکود اقتصادی، امکان دارد که برخی از سودجویان با چالش‌آفرینی در روند فراهم نمودن کالاهای ضروری برای شهروندان درصدد بیشینه ساختن سودهای نامشروع خود از این راه باشند. برای نمونه در این شرایط، احتکار کالاهای ضروری شهروندان و یا ارتکاب دیگر بزهکاری‌های اقتصادی که بی‌گمان پیامدهای ناگواری را برای همه شهروندان و به ویژه اقشار آسیب‌پذیر جامعه به همراه دارد، محتمل است. بنابراین از دولت انتظار می‌رود که افزون بر کوشش در راه انجام کارکرد بنیادین پیش‌گفته خود و همکاری با قوه مقننه جهت فراهم نمودن بسترهای قانونی موردنیاز برای آن، با انجام نظارت‌های نتیجه‌بخش، از پیدایش چالش‌های ناگواری که پیشتر از آن‌ها سخن به میان رفت، جلوگیری نماید.

افزون بر این دولت باید بتواند همکاری مؤثری را با دستگاه قضایی جهت پیگرد بزه‌کاران اقتصادی که مانع از توزیع عادلانه کالاهای ضروری شهروندان در جامعه می‌شوند، سازماندهی کند. این روند می‌تواند امیدها را برای دسترسی شهروندان به آن دسته از کالاهای ضروری خود که ممکن است به دلیل اقدامات سودجویانه برخی از افراد به دشواری برایشان فراهم شود، افزایش دهد.

۵. به‌زمامداری از دید فراهم نمودن کالاهای ضروری شهروندان

پس از مطالعه مهم‌ترین مؤلفه‌های حقوق بشری ناظر بر تکلیف دولت در فراهم آوردن کالاهای ضروری برای شهروندان، مناسب است که مهم‌ترین پیامدهای انجام این کارکرد نیز به‌گونه‌ای فشرده بررسی شود. از همین‌رو در اینجا، مفهوم به‌زمامداری از چشم‌انداز یادشده مطالعه می‌شود.

امروزه یکی از مهم‌ترین انتظارات افکار عمومی از دولت‌ها صرف‌نظر از ماهیت، ساختار و یا مدل‌های سیاسی آن‌ها، تحقق مفهوم به‌زمامداری(حکمرانی مطلوب) به میزان ممکن است. حکمرانی خوب گفتمان جدیدی است که با مؤلفه‌هایی مانند قانونمندی، مشارکت، پاسخگویی، مسؤولیت‌پذیری، شفافیت، اثربخشی و کارآیی تعریف می‌شود. (امامی، شاکری، ۱۳۹۶: ۲۳)

از این دیدگاه، دولت‌ها باید بکوشند که تا آنجا که ممکن است وظایفی را که در علوم انسانی از دید نظری و نیز در منشور بین‌المللی حقوق بشر و سامانه قوانین خود برایشان پیش‌بینی شده است به خوبی انجام داده و بسته به منابع و امکانات در دسترس و نیز با توجه به چالش‌های احتمالی موجود بر سر راه خود، در این راه کوشا باشند. کامیابی در ارزیابی‌های گوناگون انجام‌شده از این روند، به اطمینان از تحقق مفهوم به‌زمامداری یا حکنرانی مطلوب در روندهای جاری و عملی آن دولت منجر می‌شود.

در این‌باره، تردیدی وجود ندارد که کوشش دولت در راه فراهم نمودن پیشینه‌ای کالاهای ضروری شهروندان و به طور کلی بایسته‌های عملی ساختن حق حیات انسان در شمار بدیهی‌ترین وظایف آن‌ها در قبال شهروندان است. زیرا آن‌ها در صورتی می‌توانند در جستجوی کمال و فضایل انسانی باشند که دست‌کم از دید موضوع پژوهش پیش‌رو، نیازهای کمینه‌ای آنان در زمینه کالاهای ضروری برای زندگی فراهم شده باشد.

البته باید خاطرنشان شود که ارزیابی تحقق معیارهای به‌زمامداری از دیدگاه یادشده کاملاً جنبه‌ای نسبی دارد. زیرا هر کشور دارای ویژگی‌های طبیعی و اجتماعی و منحصر به فردی از دیدگاه منابع طبیعی است و از همین‌رو ممکن است با وجود کوشش خود برای فراهم نمودن کالاهای ضروری شهروندان به دلیل وجود تنگناها و چالش‌های گوناگون در روند خدمت‌رسانی به شهروندان نتواند همه انتظارت آن‌ها را برای فراهم نمودن منابع کالاهای ضروری برآورده سازد.

نتیجه‌گیری

در روزگار ما، دولت هم در سطح داخلی و هم در نظام بین‌المللی بازیگری فعال است و کارکردهای گوناگونی برای آن پیش‌بینی شده است. یکی از بنیادی‌ترین کارکردهای یادشده، رسالت دولت در فراهم نمودن کالاهای ضروری برای شهروندان خود است.

امروزه به دلیل تحقق بحران‌های گوناگون اقتصادی و سیاسی در دنیا و نیز پیچیدگی‌های ساختاری در جوامع، برخی از شهروندان با چالش‌های بسیاری در زمینه فراهم نمون کالاهای ضروری خود مواجه هستند. از همین‌رو دولت با توجه به نقش فعال خود در روابط گوناگون درون جامعه و برون ـ جامعه باید مبارزه با این کاستی و فراهم نمون بدیهی‌ترین ملزومات زندگی شهروندان همت گمارد.

این تکلیف دولت بر پایه برخی از مؤلفه‌های حقوق بشری سزاوار مطالعه است. حقوق بنیادین شهروندان در دستیابی به سطوح مناسب توسعه، حق بر سلامت، حقوق رفاهی، حق بر زندگی شایسته و نیز حقوق مصرف‌کنندگان هر یک بر پایه ویژگی‌های خود از چشم‌انداز موازین حقوق بشر، مقتضی کوشش دولت برای انجام رسالت پیش‌گفته هستند.

یکی از مهم‌ترین پیامدهای انجام کارکرد پیش‌گفته از سوی دولت، تحقق معیارهای به‌زمامداری یا حکمرانی مطلوب است که امروزه و در پرتو چیرگی ارزش‌های مردم‌سالارانه در سرتاسر جهان، در شمار مهم‌ترین مطالبات افکار عمومی از دولت‌ها درآمده است. کوشش دولت‌ها در فراهم نمودن کالاهای ضروری شهروندان و پیروزمندی آن‌ها در این راه، در ارزیابی یادشده اثرگذار است. البته در این‌باره باید به ویژگی‌های طبیعی و بومی جوامع و نیز کمبودهای طبیعی و انسانی موجود در جوامع مورد نظر نیز نگریست و آن‌ها را در ارزیابی‌های گوناگون حقوق بشری از کارکرد پیش‌گفته دولت در نظر گرفت.

افزون بر این باید به یادداشت که فراهم نمودن کالاهای ضروری شهروندان هنگامی می‌تواند به صورت منطقی و منسجم دنبال شود که در چارچوب یک روند قانونی درآید. تصویب قوانین لازم به منظور پدیداری الزام حقوقی داخلی برای دولت می‌تواند این هدف از پیش‌برنامه‌ریزی‌شده را به خوبی محقق سازد.

همچنین باید توجه داشت که چالش‌های گوناگون احتمالی در انجام کارکرد پیش‌گفته دولت و به طور کلی حساسیت کالاهای ضروری در زندگی شهروندان امکان بروز کارکردها و به ویژه جرایمی را از سوی دست‌اندرکاران انجام این رسالت پدید می‌آورد. از همین‌رو سازماندهی یک روند نظارتی مناسب و کارآمد در پرتو همکاری میان ـ بخشی لایه‌های نظارتی و بازرسی دولت با کنشگران دستگاه قضایی و به ویژه نقش‌آفرینان نظام عدالت کیفری کشورمان می‌تواند به اطمینان خاطر جامعه و دولت از فراهم نمودن سزاوارانه کالاهای ضروری شهروندان منجر شود.

منابع

۱. بریگز، آیسا، فرهنگ علوم اجتماعی قرن بیستم، زیر نظر آوتویت، ویلیام، باتامور، تی، بی، برگردان حسن چاوشیان، نشر نی، چاپ اول، تهران، ۱۳۹۲

۲. آل کجباف، حسین، انصاریان، مجتبی، تأثیر تحریم‌های یک جانبه و چندجانبه بر ایران از منظر حق بر سلامت شهروندان ایرانی، مجله حقوق پزشکی، شماره۲۹، تابستان ۱۳۹۳

۳. اسفندیاری، چنگیز، میرعباسی، سید باقر، بررسی ابعاد حق بر غذا و امنیت غذایی در اسناد بین‌المللی، مجله حقوق پزشکی، شماره ۳۵ زمستان ۱۳۹۴

۴. اصغرنیا، محمدحسن، اصغرنیا، مرتضی، حقوق فرهنگی: نسل دوم حقوق بشر، مجله اطلاعات سیاسی ـ اقتصادی، شماره۳۰۳، بهار ۱۳۹۵

۵. امامی، محمد، شاکری، حمید، نگاهی اجمالی بر نسبت حکمرانی خوب و حقوق بشر، مجله حقوق بشر، سال دوازدهم، شماره۱، بهار و تابستان ۱۳۹۶

۶. برنامه راهبردی کاهش فقر در ایران، دفتر مطالعات رفاه اجتماعی، اسفند۹۲.

۷. جعفری، علی اکبر، حقوقبشر در حکومت شیعی پیشگام حقوق بشر بین‌الملل، مجله جستارهای سیاسی معاصر، سال ششم، شماره ۱، بهار۱۳۹۴.

۸. جفری دی. ساش، پایان فقر؛ فرصت‌های اقتصادی عصر ما، ترجمه مؤسسه مرور وقایع جهان (موج)، پرویز قاسمی و آزیتا گل زاده، مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی۱۳۸۹.

۹. حیدری، محمد رضا، درخشان، مرتضی، تحلیل و اولویت‌بندی مؤلفه‌های دفاع اقتصادی در شرایط تهدید اقتصادی، مجله آفاق امنیت، شماره ۲۹، زمستان ۱۳۹۴

۱۰. شاه‌آبادی، ابوالفضل، ساری گل، سارا، بررسی تأثیر حکمرانی بر توزیع درآمد با تأکید بر اندیشه‌های امام علی(ع)، مجله پژوهش‌نامه نهج‌البلاغه، شماره۶، تابستان۱۳۹۳

۱۱. قاسمی، وحید، طاهری، زهرا، مهربانی، مرضیه، تبیین رفاه اجتماعی و تأثیر آن بر احساس امنیت (مطالعه موردی شهر اصفهان)، مجله برنامه‌ریزی رفاه و توسعه اجتماعی، شماره۱۷، زمستان ۱۳۹۲.

۱۲. مبانی نظری و عملیاتی اقتصاد مقاومتی در سازمان تأمین اجتماعی، معاونت اقتصادی و برنامه‌ریزی سازمان تأمین اجتماعی ۱۳۹۷.

۱۳. محقق داماد، سیدمصطفی، حقوق بشردوستانه بین‌المللی، انتشارات مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ اول، تهران، ۱۳۸۳.

۱۴. مشارکت اجتماعات محلی در شناسایی فقرا، دفتر مطالعات رفاه اجتماعی، تیر۱۳۹۳.
۱۵. موسوی، میرنجف، رحیمی، رحیم، محمودآبادی، علی اکبر، تبیین نقش مشارکت مردمی در تحقق امنیت پایدار: مطالعه موردی مناطق مرزی استان کردستان، مجله علوم و فنون مرزی، شماره ۲۰، بهار ۱۳۹۶
۱۶. میرزایی، علیرضا، میرزایی، زهرا، ماهیتحقبر تأمین اجتماعی در اسلام، مجله مطالعات حقوق بشر اسلامی، شماره ۸، بهار و تابستان ۱۳۹۴
۱۷. نظری، محمد، اکبری، پیمان، ارزیابی امنیت اقتصادی کشور، مجله مطالعات آینده‌پژوهی و سیاستگذاری، دوره دوم، شماره۱، بهار ۱۳۹۵
۱۸. وضعیت فقر و نابرابری در ایران در دوره ۸ ساله۱۳۸۴تا۱۳۹۱، دفتر مطالعات رفاه اجتماعی، آذر ۱۳۹۲.
۱۹. ویژه، محمدرضا، کتابی رودی، احمد، توسعه حقوق تأمین اجتماعی در بستر حق بر توسعه، مجله مطالعات توسعه اجتماعی ایران، سال دهم، شماره ۱، زمستان ۱۳۹۶
۲۰. قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران
۲۱. منشور حقوق شهروندی۱۳۹۵
۲۲. برنامه پنجساله ششم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران (۱۴۰۰ ـ ۱۳۹۶).
۲۳. حقوق فقر، پایگاه اطلاع رسانی دکتر سید احمد حبیب نژاد.http: //habibnezhad.ir .

نگاهی به وظایف و تکالیف مؤسسین و مدیران باشگاه‌های ورزشی

حامد آریانفر وکیل پایه یک دادگستری، دانشجوی دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی
محمد رضا خلیلی‌فر کارشناس ارشد مدیریت ورزشی

مقدمه

ورزش در حال حاضر یکی از مباحثی است که از نظر سلامتی، تفریحی و حتی اقتصادی مورد عنایت خاصی واقع شده و از آن به عنوان صنعت ورزش نیز یاد می‌نمایند. اشخاص بسیار زیادی در این عرصه مشغول فعالیت هستند، بسیاری از نوجوانان و جوانان که سرمایه هر مملکتی محسوب می‌گردند در این عرصه به صورت حرفه‌ای یا غیر حرفه‌ای مشغول کارند که با توجه به گستردگی ورزش و مسائل مربوط به آن در جامعه امکان وقوع حادثه و آسیب برای شرکت‌کنندگان اعم از ورزشکاران، مربیان، داوران و حتی تماشاگران وجود دارد و از جهت دیگر ممکن است بر اثر وجود انواع قراردادهای ورزشی که امروزه در ورزش حرفه‌ای شاهد گسترش آن هستیم مسؤولیت‌هایی برای اشخاص به وجود آید. باشگاه‌های ورزشی یکی از مراکز ورزشی و تندرستی مردم محسوب می‌شوند و کارکردهای بسیار مناسبی در کل دنیا دارند. مشارکت عمومی در امور، یکی از راه‌های برون رفت از مشکلات در هر حوزه‌ای محسوب می‌گردد و باشگاه‌های ورزشی خصوصی نیز یکی از جلوه‌های مشارکت عمومی در ورزش محسوب می‌گردند.

در گذشته حقوق ورزشی را بررسی مسؤولیت افراد در خطاهای ورزشی می‌دانستند و تنها ماده قابل استناد موردی بود که عملیات ورزشی مشروط به شرایطی جرم تلقی نمی‌گشت[1] و در ادامه به نقش ورزشکار و خطاهایی که ممکن بود متعارف یا غیر متعارف باشد پرداخته می‌شد. در طول زمان با رشد تکنولوژی در ورزش موارد مسؤولیت در ورزش از صرف دو ورزشکار به مسؤولیت مدیران ورزشی، مربیان ورزشی و داوران و.. کشیده شد و حتی تولیدکنندگان لوازم ورزشی [2]و

---

۱. ماده ۱۵۸ علاوه بر موارد مذکور در مواد قبل، ارتکاب رفتاری که طبق قانون جرم محسوب می‌شود، در موارد زیر قابل مجازات نیست: ث عملیات ورزشی و حوادث ناشی از آن، مشروط بر این‌که سبب حوادث، نقض مقررات مربوط به آن ورزش نباشد و این مقررات هم مغایر موازین شرعی نباشد.
البته سابقه قانون‌گذاری در خصوص حوادث ورزش به سال به ۱۳۴۲ باز می‌گردد.
۲. والتر .تی جامبیون جونیور مترجم حسین آقایی نیا صفحه ۱۳۶

ایضا اولیاء قانونی صغار[1] نیز در برخی از پرونده‌ها مسؤولیت پیدا کردند. در کتب حقوق ورزشی به مسؤولیت‌ها به درستی اشاره گردیده شده است و لیکن در مقاله حاضر سعی بر این است که مسؤولیت مدیران باشگاه‌ها و در مقاله‌ای بررسی گردد.

گفتار اول: مفاهیم

قبل از ورود به بحث ابتدا باید یک تقسیم‌بندی از مدیران ورزشی داشته باشیم، مدیران ورزشی را می‌توان اشخاصی اعم از حقیقی و حقوقی دانست که در ورزش دارای مسؤولیت هستند و این مسؤولیت می‌تواند از لحاظ فنی یا غیر فنی باشد. در عرصه ورزش به تناسب ارتباط با ورزشکاران دو دسته مدیر ورزشی مشغول خدمت هستند. یک دسته مدیران مستقیم یا فنی می‌باشند که قطعاً افرادی حقیقی هستند مثل مربیان، معلمین، کچ‌های {مربی تمرینی}تیم‌ها و دسته دوم مدیران غیر مستقیم یا مدیران غیر فنی در ورزش هستند که می‌توانند حقیقی یا حقوقی باشند که شامل روسای فدراسیون‌ها سازمان‌های ورزشی و مدیران ورزشگاه‌ها و باشگاه‌ها می‌باشند. (احسنی افروز، ۱۱۵، ۱۳۹۰) هر کدام از این مسؤولین به فراخور مسؤولیت‌های خودشان که ممکن است ناشی قانون، آیین‌نامه، قرارداد و یا عرف باشد دارای تکالیفی هستند و فقدان تقصیر موجب رد شدن شکایت زیان دیده خواهد شد و قانون مجازات اسلامی[2] نیز بر رابطه استنادی جنایت بر رفتار فرد تأکید دارد.

۱. **تعریف مدیر باشگاه:** مطابق بند ۵ ماده ۱ دستورالعمل تأسیس باشگاه‌های ورزشی مصوب۱۳۹۴ مدیر باشگاه شخص حقیقی واجد شرایطی است که از سوی مؤسس باشگاه برای اداره امور داخلی باشگاه انتخاب و به اداره کل ورزش و جوانان استان معرفی گردد.
۲. **مؤسس باشگاه:** براساس بند ۴ماده ۱ دستورالعمل تأسیس باشگاه‌های ورزشی مصوب سال ۱۳۹۴مؤسس باشگاه شخص حقیقی یا حقوقی واجد صلاحیت‌های قانونی است که دارنده پروانه تأسیس و اداره باشگاه و مطابق ماده ۷ آیین‌نامه اجرایی عهده‌دار امور تأسیس و اداره باشگاه می‌باشد.
۳. **باشگاه ورزشی:** بر اساس ماده ۲ آیین‌نامه اجرایی قانون تأسیس باشگاه‌های ورزشی باشگاه ورزشی مؤسسه‌ای است که با هدف تعلیم و تقویت قوای جسمانی و روحانی افراد و سالم سازی جامعه و تعمیم یک یا چند رشته ورزشی مطابق ضوابط فنی و اصول و مقررات تعیین شده توسط سازمان تربیت بدنی، بر اساس مقررات این آیین‌نامه اداره می‌شود.

به نظر می‌رسد تفاوت‌هایی میان مدیر باشگاه و مؤسس وجود داشته باشد که می‌توان به این امور اشاره کرد.

---

۱. والتر .تی جامبیون جونیور مترجم حسین آقایی نیا صفحه ۳۳
۲. ماده ۴۹۲ قانون مجازات اسلامی «جنایت در صورتی موجب قصاص یا دیه است که نتیجه حاصله مستند به رفتار مرتکب باشد اعم از آن‌که به نحو مباشرت یا به تسبیب یا به اجتماع آن‌ها انجام شود.»

مدیر باشگاه الزاماً باید شخص حقیقی[1] باشد ولیکن مؤسس باشگاه حسب مورد می‌تواند حقیقی یا حقوقی[2] باشد.

به درستی که در شرح وظایف و تخلفات این دو شخص تفاوت‌هایی وجود دارد که خود ناشی از وجود اختلاف مسؤولیت‌ها وظایف در این دو است.

گفتار دوم: بررسی وظایف و تکالیف انضباطی مؤسس و مدیر داخلی باشگاه

با توجه به آیین‌نامه‌ها و دستورالعمل‌ها، مؤسس خود می‌تواند مدیر باشگاه نیز باشد و وظایف مورد بحث مواردی است که مؤسس باشگاه شخصی را به عنوان مدیر داخلی تعیین و به اداره کل ورزش و جوانان استان معرفی می‌نماید، و در فرضی که خود مؤسس، مدیر داخلی هم باشد دو مسؤولیت مؤسس و مدیر را توامان بر عهده دارد.

الف) وظایف مؤسسین باشگاه‌ها

۱. تعامل و همکاری با اداره کل ورزش و جوانان استان و ادارات تابعه
۲. نظارت مستمر بر فرآیند اجرایی و فعالیت‌های جاری
۳. الزام به تحت پوشش بیمه قراردادن مکان ورزشی، کارکنان و اعضاء استفاده‌کننده از مکان ورزشی و تمدید به موقع آن
۴. تهیه تجهیزات لازم جهت اتصال به اتوماسیون (کمیسیون ماده ۵ اداره کل ورزش و جوانان استان) حداکثر ظرف مدت یکسال از تاریخ ابلاغ دستورالعمل
۵. شرکت در کلاس‌های آموزشی توجیهی جهت بالا بردن سطح آگاهی و الزام به اجرای مصوبات آموزشی
۶. رعایت تعرفه‌های نرخ‌گذاری مصوب شده و نصب آن در باشگاه
۷. رعایت کلیه قوانین، آیین‌نامه‌ها، دستورالعمل‌ها و بخشنامه‌های ابلاغی از سوی ادارات کل ورزش و جوانان
۸. رعایت اصول و نکات بهداشتی و استانداردهای ایمنی مکان و تجهیزات ورزشی.
۹. ممنوعیت واگذاری امتیاز باشگاه به غیر
۱۰. اخذ تأییدیه از ادارات کل ورزش و جوانان در صورت تغییر مدیر داخلی
۱۱. اقدام به اخذ مجوز در صورت تقاضای فعالیت در رشته‌های ورزشی جدید با رعایت تشریفات قانونی

---

۱. شخص حقیقی در حقیقت همان فرد انسانی می‌باشد. این افراد با زنده شدن دارای حقوقی می‌گردند و در زمان حیات خود آن‌ها را دارا می‌باشد

۲. مانند گروه‌ها، جمعیت‌ها، مؤسسات، سازمان‌ها و... به این نوع اشخاص اشخاص حقوقی می‌گویند، این‌ها وجود طبیعی ندارند و دارای وجود فرضی و اعتباری می‌باشند: شخص حقوقی مولود اجتماعی است که به تجویز قانون و از اجتماع دو یا چند شخص حقیقی ایجاد می‌شود.

۱۲. اقدام به تمدید پروانه بهره برداری دو ماه قبل از اتمام اعتبار[۱]

مؤسسین باشگاه با شرح وظایفی که در آیین‌نامه اجرایی قانون تشکیل باشگاه‌های ورزشی آورده است وظایفی برعهده دارند که به صراحت ماده ۴ دستورالعمل تأسیس باشگاه‌های ورزشی و ماده ۷ آیین‌نامه قانون تشکیل وظایف قابلیت تفویض **باشگاه‌های ورزشی این به دیگری را ندارد،** چراکه به صراحت اعلام می‌دارد، «....در هر حال دارنده پروانه در قبال وزارت ورزش و جوانان مسؤولیت دارد و انتصاب مدیر داخلی باشگاه نافی مسؤولیت‌های وی نخواهد بود.» ولیکن باید پرسید که در مقابل کدام وظیفه مسؤولیت دارد؟

وظایفی که وزارت ورزش برای مؤسس تعیین کرده است در قالب ۱۲ بند مشخص شده است. این امر با دلالت به دستورالعمل رسیدگی به تخلفات مؤسسان و مدیران داخلی باشگاه‌های ورزشی قابل پذیرش است چراکه در ماده ۸[۲] دستورالعمل اخیرالاشاره تخلفات در دو درجه تقسیم‌بندی نموده است که با تعیین مجازات برای متخلفین به درستی اعلام می‌نماید این وظایف دارای ضمانت اجرا است.

ب) وظایف مدیران داخلی باشگاه‌ها

در آیین‌نامه اجرایی قانون تأسیس باشگاه‌های ورزشی به ۸ تکلیف درمورد مدیران داخلی باشگاه‌ها اشاره دارد و در دستورالعمل تأسیس باشگاه‌های ورزشی به ۷ مورد اشاره شده است که به نظر

---

۱. ماده ۹ دستورالعمل تأسیس باشگاه‌های ورزشی مصوب ۱۳۹۴

۲. تخلفات درجه ۱: ۱....۳. هر نوع انتقال یا واگذاری اعم از خرید، فروش، اجاره و...پروانه یا موافقت‌نامه‌های اصولی صادره به نام اشخاص به هر نحوی بدون هماهنگی با اداره کل ورزش وجوانان مربوطه.
۴. جابجایی مکان باشگاه بدون هماهنگی با کمیسیون ماده پنج استان.
۵. انجام هرگونه فعالیت غیر ورزشی و غیر مرتبط با پروانه باشگاه.
۶. عدم همکاری یا ممانعت از بازرسی مأمورین مجاز یا ناظرین فنی.
۷. عدم تحت پوشش قرار دادن عضو باشگاه در کمیته خدمات درمانی فدراسیون پزشکی ورزشی.
۸. فقدان بیمه مسؤولیت مدنی مؤسس و مدیران باشگاه ورزشی نزد یکی از شرکت‌های معتبر بیمه‌ای.
۹. عدم رعایت مقررات فنی و حفاظتی جهت استفاده از تأسیسات، تجهیزات و وسایل ورزشی.
۱۰. تجویز، توزیع و فروش هرگونه دارو و مکمل‌های ورزشی و غذایی.
۱۱. عدم حضور ناجی و یا استفاده از افراد فاقد کارت نجات غریق در استخرها.
۱۲. استفاده از دوربین فیلمبرداری یا دوربین مدار بسته در داخل فضاهای ورزشی خاص بانوان.
۱۳. محرومیت از تأسیس، اداره یا فعالیت باشگاه ورزشی به موجب حکم قطعی مراجع قضایی و ذیصلاح.
۱۴. استفاده از مدیران داخلی دارای محرومیت قطعی از اشتغال در مدیریت باشگاه .
۱۵. احراز تخلفات زیست محیطی باشگاه در مراجع ذیصلاح(سازمان محیط زیست).
ب) تخلفات درجه دو:
۱. فعالیت در رشته‌های ورزشی خارج از موضوع پروانه باشگاه.
۲. عدم تمدید به موقع پروانه.
۳. برکناری مدیر و به‌کارگیری مدیر جدید بدون هماهنگی اداره ورزش وجوانان.
۴. عدم حضور مدیر و مربی واجد صلاحیت در زمان فعالیت باشگاه.
۵. شکایت مستمر همسایگان و کسبه مجاور مبنی بر ایجاد مزاحمت

می‌رسد با همدیگر هم‌پوشانی دارند و تعارضی ملاحظه نمی‌گردد که با جمع‌بندی شرح وظایف به مواردی از آن اشاره می‌نماییم:

۱. رعایت دقیق شعائر و شئون اسلامی در محیط باشگاه

رعایت شعائر و شئونات اسلامی برای باشگاه‌ها لازم است چرا که باشگاه‌ها عنوان فرهنگی را همواره همراه خود دارند و لزوم رعایت فرهنگ اسلامی در داخل باشگاه‌ها به درستی روشن و عدم رعایت آن ضمانت اجراهایی دارد که در آیین‌نامه انضباطی باشگاه‌های ورزشی به آن اشاره شده است. در بند دوم تخلفات درجه ۱ باشگاه‌ها به صراحت اشاره می‌دارد «عدم رعایت شعائر و شئون اسلامی به نحوی که اثرات منفی فراگیر داشته باشد و آسیب جدی را به حیثیت جامعه وارد کرده باشد.»

۲. رعایت کلیه مقررات و دستورالعمل‌های سازمان تربیت بدنی

مقررات و دستورالعمل‌های وزارت ورزش در خصوص باشگاه‌ها باید در اختیار باشگاه‌ها قرار گیرد یا به ترتیبی منطقی بتوانند از آن اطلاع یابند، چرا که دستورالعمل‌ها در روزنامه‌های رسمی منتشر نمی‌شوند و همگان نمی‌توانند از آن اطلاع داشته باشند. مدیران باشگاه‌ها باید این اصل را بدانند که جهل به قانون مسموع نمی‌باشند[1] و آن‌ها نمی‌توانند به بهانه جهل به وجود آیین‌نامه از انجام تکالیف قانونی خود رهایی یابند. در آیین‌نامه انضباطی باشگاه‌های ورزشی در بندهای ۱۰ و ۹ در باب تخلفات درجه ۱ برای متخلفین ضمانت اجرا مشخص کرده است «عدم رعایت دستورالعمل ابلاغی از سوی کمیسیون ماده پنج و ادارات کل استان‌ها و دریافت شهریه خصوصی و حق ورود به باشگاه از ورزشکاران خارج از تعرفه‌های مصوب ادارات کل یا کمیسیون ماده پنج.»

۳. نظارت دقیق و مراقبت در حسن انجام امور در محیط باشگاه‌ها

نظارت دقیق بر انجام کار شامل، حفاظت و مراقبت در انجام امور ورزشی نیز می‌شود که از تعداد ورزشکاران موجود در باشگاه تا سازماندهی در قالب جنس، سن، وزن و تجانس رشته‌ها را شامل می‌گردد که عدم رعایت آن می‌تواند حسب مورد از تخلفات مدیر داخلی باشگاه محسوب گردد که در ماده ۶ آیین‌نامه قانون تأسیس باشگاه‌های ورزشی درباب تخلفات ورزشی آمده است «وجود تمرینات بانوان در باشگاه‌های مختص آقایان و بالعکس و یا عدم نظارت بر رعایت زمان‌بندی مربوطه» و در ادامه پیرامون همین موضوع در تخلفات درجه دوم نیز اشاره شده است «فعالیت در رشته‌های ورزشی خارج از موضوع پروانه باشگاه و معرفی مربیان و تعلیم‌دهندگان فعال در باشگاه به اداره کل تربیت بدنی استان مربوط.» منظور از این بند اخیر

۱. ماده ۱۵۵ قانون مجازات اسلامی «جهل به حکم، مانع از مجازات مرتکب نیست...»

صرفاً معرفی به ادارات کل ورزش و جوانان استان‌ها است و به دلالت به بند نهم و هفتم وظایف مدیران باشگاه‌ها مربیان متقاضی کار در باشگاه‌ها علاوه بر دارا بودن مدرک تخصصی[1] که با استناد به بند ۴ ماده ۷ دستورالعمل تأسیس باشگاهای ورزشی باید توسط ادارات کل ورزش و جوانان و هیأت ورزشی مربوطه نیز مورد تأیید قرار گیرد و سپس مطابق بند هفتم بتوانند نسبت به استخدام آن اقدام کنند.

۴. رعایت مقررات فنی و حفاظتی جهت استفاده از تأسیسات و وسایل ورزشی

یکی از وظایف مهم مدیران داخلی بازدید تجهیزات عمومی باشگاه است. تجهیزات ورزشی به دو قسمت تقسیم می‌شوند که دسته اول تجهیزات عمومی باشگاه‌ها و دسته دوم تجهیزات شخصی ورزشکاران است. بررسی تجهیزات شخصی ورزشکاران وظیفه مربیان، داوران و سایر اشخاصی است که مستقیما در عملیات ورزشی دخالت دارند به عبارت روشن بر عهده مدیران مستقیم ورزشی است و بخشی از وظیفه بررسی تجهیزات عمومی برعهده مدیران داخلی باشگاه‌ها است. بررسی دمای مناسب، وضعیت سالن، نور سالن، تشک‌های سالن و سایر موارد برعهده مدیر داخلی باشگاه‌ها است.

۵. رعایت اصول بهداشتی محیط باشگاه و تأمین وسایل و کمک‌های اولیه درمانی

عدم رعایت این بخش نیز مشمول مجازات انتظامی خواهد بود که در یک بند از تخلفات درجه۱ آیین‌نامه انضباطی امور باشگاه‌ها به آن اشاره شده است «...عدم رعایت اصول و ضوابط بهداشتی بنا به گزارش مأمورین زیربط»

۶. انتصاب مربیان تأیید شده توسط اداره کل تربیت بدنی استان مربوط

همان‌طور که در بندهای قبلی نیز توضیح داده شد مربیان باید به تأیید اداره کل ورزش استان رسیده باشند و در صورت عدم تأیید یکی از موارد تخلف در امور باشگاه‌ها رخ داده است.

۷. پیش‌بینی وسایل ایمنی برای جلوگیری از آتش سوزی و سایر حوادث احتمالی

این امر نیز در آیین‌نامه انضباطی باشگاه‌های ورزشی پیش‌بینی شده است و در زمره تخلفات درجه ۱ قرار دارد «عدم رعایت مقررات فنی و حفاظتی جهت استفاده از تأسیسات، تجهیزات و وسایل ورزشی»

---

۱. ماده ۹ دستورالعمل تأسیس باشگاه‌های ورزشی «شرایط مربی، داشتن حداقل کارت مربیگری درجه ـ ۳ مورد تأیید فدراسیون جمهوری اسلامی ایران است»

۸. در معرض دید عموم قرار دادن کارت مربیگری مربیان ورزشی

یکی از موارد جدید که به آیین‌نامه اضافه شده است تأیید هیأت مربوطه در به‌کارگیری مربیان ورزشی است. در نگاه ساده‌انگارانه به نظر می‌رسد منظور تأیید، اصالت مدرک مربی گری در ورزش مربوطه است و لیکن با دقت نظر در اهداف یکی از فدراسیون‌های ورزشی در آیین‌نامه فدراسیون نجات غریق مشخص می‌گردد که وظیفه هیأت ورزشی از این هم فراتر است و موظف به تأیید شایستگی[۱] مربی مربوطه نیز می‌باشد. همان‌طور که از آیین‌نامه هیأت‌های ورزشی[۲] بر می‌آید عالیترین مقام در شته ورزشی خاص همان استان است و بلا تردید شایستگی مربیان را بهتر از هر شخص دیگری می‌تواند تشخیص دهد، چرا که همواره نمرات و عملکرد یک مربی در هیأت ارزیابی می‌گردد.

گفتار سوم: بررسی مسؤولیت کیفری مدیران و مؤسسین باشگاه‌های ورزش

مسؤولیت کیفری آن است که شخصی کامل از لحاظ جسمی و روانی پاسخگوی آثار جرمی باشد که مرتکب شده است.(ملک زاده، ۵۱۴، ۱۳۸۹) در حقوق کیفری شخصی مسؤول تلقی میگردد که مرتکب جرم شده باشد که تقسیم‌بندی از جرایم بسیار متنوع است. اصل در جرایم عمدی بودن آن و دارا بودن عنصر روانی[۳] در ارتکاب بزه است در حقوق کیفری زمانی فرد مورد مواخذه قرار می‌گیرد که به صورت عمدی مرتکب جرم و مواخذه برای رفتار غیر عمدی استثناء محسوب می‌گردد. یکی از موارد استثناء در حقوق کیفری مجازات دیه است که غالبا مدیران باشگاه‌ها در صورت انجام فعل یا ترک فعلی که منتج به تقصیر آنان گردد مورد مواخذه و محکومیت قرار می‌گیرند.

قانون مجازات اسلامی تعریفی از تقصیر نکرده است ولیکن به ذکر مصادیق آن پرداخته است[۴] در حقیقت در جرایم غیر عمدی نتیجه عمل، مورد اراده و مقصود و مطلوب مرتکب نیست، ولی چون مرتکب نتیجه را پیش‌بینی نکرده است از این جهت خطاکار محسوب و مستوجب کیفر

---

۱. بند ۳ـ۱ آیین‌نامه احداث ایستگاه‌های ساحلی«منجیان غریق که دارای برگ شناسایی معتبر نجات غریق و برگه آمادگی می‌باشندبر حسب درخواست مدیریت ایستگاه . با معرفی هیأت **نجات غریق** بر اساس قرارداد مدون مشغول به کار می‌شوند.»

۲. ماده ۱ آیین‌نامه هیأت‌های ورزشی«هیات ورزشی تشکیلاتی است که به منظور فراهم نمودن زمینه مساعد در جهت گسترش رشته ورزشی مربوطه و ایجاد انگیزه و نیز جذب احاد مردم به امر ورزش و کشف استعدادها و بالا بردن سطح مهارت‌های ورزشی بر اساس اصول و مبانی پیش بینی شده در اهداف فدراسیون و سازمان تربیت بدنی ایجاد می‌گردد .این هیأت نماینده و جانشین فدراسیون ورزشی مربوطه در استان بوده که فعالیت‌های مرتبط در سطح استان را با هماهنگی اداره کل تربیت بدنی استان و با رعایت کامل قوانین و مقررات مربوطه اجراء و نظارت می‌نماید.»

۳. قصد مجرمانه، یا خطایی که مجرم در اثر آن جرم مرتکب شده و با شرایطی مسؤولیت جزایی متوجه او خواهد شد.

۴. تبصره ماده ۱۴۵تقصیر اعم از بی‌احتیاطی و بی‌مبالاتی است. مسامحه، غفلت، عدم مهارت و عدم رعایت نظامات دولتی و مانند آن‌ها، حسب مورد، از مصادیق بی‌احتیاطی یا بی‌مبالاتی محسوب می‌شود.

است. (گلدوزیان، ۱۳۷۹، ۲۱۴) با مداقه در مصادیق تقصیر به عدم رعایت نظامات دولتی می‌رسیم که تعریفی از آن خالی از فایده نیست منظور از نظامات دولتی هر نوع مقرراتی کلی اعم از قانون و تصویب‌نامه یا آیین‌نامه یا دستور کار الزامی است هدف از تدوین این نظامات ساماندهی مدون برنامه یک گروه است و بنابراین نادیده گرفتن این مقررات به هر دلیل اگر چنان‌چه به نتیجه مجرمانه‌ای منتهی گردد موجب خطای (تقصیر)کیفری است. (اردبیلی، ۳۶۰، ۱۳۹۲) مداقه در آیین‌نامه‌های ورزشی و دستورالعمل‌های موجود در وزارت ورزش وظایف و تکالیفی را برعهده مدیران و مؤسسین باشگاه‌ها قرار داده است که عدم رعایت هر کدام از این مقررات در صورتی که رابطه علیت با جرم داشته باشد می‌تواند از اسباب تقصیر برای ایشان تلقی گردد. جدا از موارد مصرح و منصوص در قانون و نظامات دولتی برخی از رفتارهای غیر مسؤولانه ممکن است حسب مورد از مصادیق بی‌احتیاطی[1] یا بی‌مبالاتی[2] تلقی گردد که این موارد نیز جز موارد تقصیر در حقوق کیفری محسوب می‌گردد.

نتیجه‌گیری

باشگاه‌های ورزشی نمود بارزی از وجود مشارکت مردمی در عرصه ورزش هستند و با توسعه ورزش این نهاد باید تقویت و گسترش یابد و لیکن گسترش باشگاه‌ها نباید به گسترش ناهنجاری در ورزش بیانجامد بلکه باید با تدوین قوانین و مقررات کارا و با تحقیق در مورد کاستی‌ها و راه‌های برون رفت از این امور به بهترین نحو از باشگاه‌ها حمایت گردد. مدیران و مؤسسان باشگاه‌ها در محل خدمت خود دارای وظایفی هستند که در آیین‌نامه‌ها و ایضاً دستورالعمل‌های وزارت ورزش به آن پرداخته شده است که می‌بایست مطابق آن عمل نمایند و عدم انجام این دستورالعمل‌ها ممکن است برای ایشان موجبات تخلف انگاشته شده و یا در صورت بروز حادثه‌ای حسب مورد تحت تعقیب مقامات قضایی قرار گیرند. شایسته این است که نظامات دولتی که شامل مقررات و دستورالعمل‌هاست در اختیار مدیران و مؤسسین به صورت ماهانه قرار گیرد تا ایشان از حقوق و تکالیف خود اطلاع یابند و نقش نظارتی و کمیته‌های انضباطی در این مورد در جهت حمایت باشگاه داران تقویت شود چراکه برخورد قاطع با تخلفات باعث بازخورد مراقبت بیشتر در امور می‌شود که همین امر باعث پیشگیری از حوادث و جرایم احتمالی است.

---

۱. بی‌احتیاطی خطایی است که شخص محتاط مرتکب آن نمی‌شود.

۲. بی‌مبالتی و غفلت نوعی بی‌احتیاطی به صورت ترک فعل و خودداری از انجام عملی است که انجام آن شرط احتیاط است.

منابع

۱. جامپیون جونیور، والتر تی، مبانی حقوقی ورزش‌ها مسؤولیت مدنی در ورزش، ترجمه حسین آقایی‌نیا، انتشارات میزان، چاپ پنجم، تهران، ۱۳۸۸.
۲. اعتمادی، علی، رابطه علیت در ارتکاب جرم، انتشارات ادبیان، چاپ اول، تهران، ۱۳۸۸.
۳. اردبیلی، محمد علی، حقوق جزای عمومی، انتشارات میزان، چاپ سی‌ام، تهران، ۱۳۹۵.
۴. میر محمد صادقی، محمد حسین، جرایم علیه اشخاص، انتشارات میزان، تهران، چاپ دوازدهم، تهران، ۱۳۹۶.
۵. گلدوزیان، ایرج، بایسته‌های حقوق جزای عمومی، انتشارات میزان، چاپ سوم، تهران، ۱۳۸۷.
۶. احسنی افروز، محمد، حقوق ورزشی، انتشارات دادگستر نشر، چاپ اول، تهران، ۱۳۹۱.
۷. ملک‌زاده، فهیمه، اصطلاحات تشریحی حقوق جزا، انتشارات مجد، چاپ اول، تهران، ۱۳۸۹.

قوانین

۱. قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲.
۲. قانون اجازه تأسیس باشگاه‌های ورزشی ورزشگاه توسط مردم.
۳. آیین‌نامه اجرایی قانون تأسیس باشگاه‌های مردمی مصوب ۱۳۹۴.
۴. دستورالعمل آیین‌نامه اجرایی قانون تأسیس باشگاه‌های ورزشی و ورزشگاه توسط مردم.

نقد یک رأی

محمود اخوان وکیل پایه یک دادگستری (کانون گیلان)

موضوع شکایت: خلاصه رأی دادگاه بدوی و تجدیدنظر

شخصی به علت اشتغال و سکونت در تهران بـه فرزنـدش اجـازه مـی‌دهـد کـه آپارتمـان وی را در شهرستان برای اجاره در اختیار بنگاه معاملات ملکی قرارداد دهـد. فرزنـد مالـک ملـک را در اختیـار بنگاه معاملات ملکی قرار می‌دهد تا اجاره بدهد. بعد از مدتی مدیر بنگاه معاملات ملکی آپارتمـان را با اخذ مبلغی به شخص ثالث اجـاره مـی‌دهـد. ولـی در اجـاره‌نامـه خـود را مالـک قلمـداد کـرده و مشخصات خود را به عنوان موجر قید می‌کند. بعد از مدتی مالک مطلع می‌شود که شخصی در خانـه او تصرف دارد. به متصرف مراجعه می‌کند و می‌پرسد چطور در خانـه او متصـرف اسـت؟ متصـرف می‌گوید من مستاجر هستم از بنگاه معاملات ملکی ..... اجاره کرده‌ام. کپی اجاره‌نامـه عـادی را در اختیار مالک قرار می‌دهد. مالک به محل بنگاه معاملات ملکی مراجعه می‌کند و مشاهده می‌نمایـد کـه بنگاه معاملات ملکی تعطیل شده است. پس از جستجو پرسش از همسایگان متوجه می‌شود که مـدیر بنگاه معاملات ملکی مغازه را بسته و متواری شده است. ناچار علیه متصرف و مدیر بنگـاه معـاملات ملکی شکایت کیفری مطرح می‌کند. عنوان شکایت انتقال منافع مال غیر و قبول اجاره ملـک دیگـری بوده است. در جریان تحقیقات مقدماتی متصرف هم علیـه مـدیربنگاه شـکایت کلاهبـرداری مطـرح می‌کند. قاضی تحقیق در دادسرا پس از رسیدگی به موضوع در مورد شـکایت مالـک علیـه متصـرف قرار منع پیگرد صادر می‌نماید و در مورد مدیر بنگاه به اتهام انتقال منافع ملـک غیـر قـرار جلـب بـه دادرسی صادر می‌کند و دادستان با صدور کیفرخواست از دادگاه کیفری۲ درخواست مجـازات مـتهم را می‌نماید. شعبه دادگاه کیفری ۲ رشت پس از تعیین وقت و احضار مالک و متصرف و مدیربنگاه به شرح دادنامه شماره ۹۵۰۹۹۷۱۳۱۳۱۲۱۰۱۳۰۵ مورخ ۱۳۹۵/۱۱/۰۷ مدیربنگاه را به اتهام انتقـال منـافع مال غیر به استناد ماده ۱ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشـاء و اخـتلاس و کلاهبـرداری مصـوب ۱۳۶۷ مجمع تشخیص مصلحت نظام ناظر به ماده ۱ قانون مجـازات انتقـال مـال غیـر مصـوب سـال ۱۳۰۸ علاوه بر پرداخت مبلغ ماخوذ از مستاجر به مبلغ یکصدو ده میلیون ریال به عنوان وجه‌الرهن و به تحمل ۳۰ ماه حبس تعزیری و پرداخت مبلغ مذکور به عنوان جزای نقدی در حـق دولـت کریمـه (وصف «دولت کریمه» در رأی دادگاه بوده است غیاباً محکوم می‌نماید. در مورد عـین مـال موضـوع

انتقال به غیر یعنی آپارتمان شاکی اصلی هیچ‌گونه اظهارنظری نکرده و آن را مسکوت می‌گذارد. وکلای مالک آپارتمان در مورد عدم اظهارنظر راجع به ملک شاکی به دادگاه بدوی مراجعه می‌کنند. پس از شنیدن پاسخ دادگاه مبنی بر این‌که دادگاه بدوی تکلیفی به اظهارنظر ندارد ناچار در مورد عدم اظهارنظر به رد مال شاکی اصلی درخواست تجدیدنظر در فرجه قانونی به دادگاه تجدیدنظر تسلم می‌نمایند. دادگاه تجدیدنظر گیلان پس از احضار وکلا بدون تعیین وقت رسیدگی برای ادای توضیحات و استماع اظهارات شفاهی و مکتوب وکلا به شرح دادنامه شماره ۹۶۰۹۹۷۱۳۱۴۳۰۰۰۲۴ ـ ۱۳۹۶/۰۱/۲۳ مبادرت به صدورت رأی می‌نماید. ماحصل رأی مذکور به شرح زیر است:

«تجدیدنظرخواهی آقایان ..... به وکالت از خانم ..... از دادنامه شماره ..... مورخ ۱۳۹۵/۱۱/۰۷ صادره از شعبه ... دادگاه کیفری ۲ رشت از حیث سکوت دادگاه نخستین در مورد رد مال (عین مستاجره) با بررسی شاکله قرارداد تنظیمی فی‌مابین محکوم‌علیه و مستاجر به شرح اجاره‌نامه عادی مورخ ۱۳۹۱/۰۸/۰۱ و صدور حکم رد وجه‌الرهن و ودیعه در حق شاکی خصوصی اخذ توضیح از آقایان وکلای یاد شده را ضروری تشخیص که به شرح لایحه شماره ۱۱ مورخ ۱۳۹۵/۰۱/۱۵ از جهت خواسته مطالبی مکتوب اعلام گردید که د ر قضیه مانحن فیه کاربرد ندارد. زیرا انتقال منافع به غیر ملک شاکی خصوصی موضوع بزه انتسابی بوده است. نه عین آن‌که مصون از تعرض محکوم‌علیه قرار گرفته است. اگرچه عین مستاجره کانون وقوع جرم منتسبه بوده است. لکن از شمول ماده ۲۱۵ قانون مجازات اسلامی و نیز حاکمیت اصل رد مال موضوع ماده ۱ قانون مجازات مرتکبین ارتشا و اختلاس و کلاهبرداری خارج است. بنابراین اعتراض معنونه وارد تشخیص نمی‌گردد. بالنتیجه به استناد بند الف ماده ۴۵۵ قانون آیین دادرسی کیفری ضمن رد اعتراض تجدیدنظرخواه رأی معترض عنه تأیید می‌گردد. این رأی قطعی است.»

تحلیل و بررسی آرای صادره

الف) مبانی قانونی رأی

۱. ماده ۱ قانون مجازات راجع به انتقال مال غیر: ماده اول قانون مجازات راجع به انتقال مال غیر مصوب ۱۳۰۸کمیسیون قوانین عدلیه می‌گوید: «کسی که مال غیر را با علم به این‌که مال غیر است به نحوی از انحاء عیناً یا منفعتاً بدون مجوز قانونی به دیگری منتقل کند کلاهبردار محسوب و مطابق ماده ۲۳۸ قانون مجازات عمومی محکوم می‌شود و هم چنین است انتقال‌گیرنده که در حین معامله عالم به عدم مالکیت انتقال‌دهنده باشد». نظر به این‌که ماده ۲۳۸ قانون مجازات عمومی درباب کیفر کلاهبرداری منسوخ و جایگزین آن ماده ۱ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشا و اختلاس و کلاهبرداری مصوب سال ۱۳۶۷ مجمع تشخیص مصلحت نظام می‌باشد و ماده ۱ این قانون در مورد کیفر کلاهبردار مقرر کرده است: «هر کس از راه حیله و تقلب مردم ر ا به وجود شرکت‌ها و تجارتخانه‌ها وکارخانه‌ها و مؤسسات موهوم و یا به داشتن اموال و اختیارات واهی

فریب دهد و یا به امور غیرواقع امیدوار نماید و یا از حوادث یا پیشامدهای غیرواقع بترساند یا اسم و یا عنوان مجعول اختیار کند و به یکی از وسایل مذکور یا وسایل تقلبی دیگر وجوه‌ی اموال یا اسناد یا حواله جات یا قبوض یا مفاصا حساب و امثال آن‌ها تحصیل کرده و ا زاین راه مال دیگری را ببرد کلاهبردار محسوب و علاوه بر رد مال به صاحبش به حبس از یک تا هفت سال و پرداخت جزای نقدی معادل مالی که اخذ کرده محکوم می‌شود». در بخش دوم این ماده بخش دوم این ماده کلاهبرداری مشدد است؛ قانون‌گذار مجازات حبس را تا ده سال افزایش داده است.

۲. ماده ۲۱۵ قانون مجازات اسلامی: بازپرس یا دادستان در صورت صدور قرار منع یا موقوفی تعقیب باید تکلیف اشیاء و اموال کشف شده را که دلیل یا وسیله ارتکاب جرم بوده و یا از جرم تحصیل شده یا حین ارتکاب، استعمال و یا برای استعمال اختصاص داده شده است تعیین کند تا حسب مورد، مسترد، ضبط یا معدوم شود. در مورد ضبط، دادگاه تکلیف اموال و اشیاء را تعیین می‌کند. همچنین بازپرس و یا دادستان مکلف است مادام که پرونده نزد وی جریان دارد به تقاضای ذی‌نفع و با رعایت شرایط زیر دستور رد اموال و اشیاء مذکور را صادر نماید:

الف) وجود تمام یا قسمتی از آن اشیاء و اموال در بازپرسی یا دادرسی لازم نباشد.

ب) اشیاء و اموال، بلامعارض باشد.

پ) جزء اشیاء و اموالی نباشد که باید ضبط یا معدوم گردد.

در کلیه امور جزایی دادگاه نیز باید ضمن صدور حکم یا قرار یا پس از آن اعم از این‌که مبنی بر محکومیت یا برائت یا موقوفی تعقیب متهم باشد، در مورد اشیاء و اموالی که وسیله ارتکاب جرم بوده یا در اثر جرم تحصیل شده یا حین ارتکاب، استعمال و یا برای استعمال اختصاص یافته است، رأی مبنی بر استرداد، ضبط یا معدوم شدن آن صادر نماید.

تبصره ۱. متضرر از قرار بازپرس یا دادستان یا قرار یا حکم دادگاه می‌تواند از تصمیم آنان راجع به اشیاء و اموال مذکور در این ماده شکایت کند و طبق مقررات در دادگاه‌های جزایی شکایت خود را تعقیب و درخواست تجدیدنظر نماید هر چند قرار یا حکم دادگاه نسبت به امر جزایی قابل شکایت نباشد.

تبصره ۲. مالی که نگهداری آن مستلزم هزینه نامتناسب برای دولت است یا موجب خرابی یا کسر فاحش قیمت آن می‌گردد و حفظ مال هم برای دادرسی لازم نیست وهمچنین اموال ضایع شدنی و سریعالفساد حسب مورد به دستور دادستان یا دادگاه به قیمت روز فروخته می‌شود و وجه حاصل تا تعیین تکلیف نهایی در صندوق دادگستری به عنوان امانت نگهداری می‌گردد.

ب) نظریات اداره حقوقی قوه قضاییه

۱. نظریه شماره ۷/۳۸۲۲ مورخ ۱۳۷۶/۰۶/۲۳ استرداد عین مال حاصل از جرم کلاهبرداری نیازبه تقدیم دادخواست ندارد. در صورت عدم وجود عین مال مطالبه قیمت یا مثل آن،

موضوع مشمول مقررات مطالبه ضرر و زیان ناشی از جرم است و نیازمند تقدیم دادخواست است.

۲. نظریه شماره ۷/۹۷۰۹ مورخ ۱۳۸۰/۰۲/۱۳ «مسؤولیت مرتکب جرم به رد عین مال ناشی از جرم تا زمان استرداد آن استمرار دارد. به همین جهت مادام که مال یاد شده موجود است باید عین آن مسترد شود. در غیر این صورت بدل آن به مثل یا قیمت تبدیل خواهد شد. اقدامات مجرمانه و غیرقانونی که نسبت به اموال اشخاص انجام می‌شود قانوناً حقی برای اشخاصی که از طریق مجرمانه اموال مذکور را تحصیل نموده‌اند ایجاد نمی‌کند. در صورت احراز وقوع جرم، چون مقنن استرداد مال را به عنوان بخشی از مجازات در ماده ۱ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء و اختلاس و کلاهبرداری مقرر داشته است، صرف نظر از این‌که مال در اختیار چه کسی باشد دادگاه باید حکم به رد مال صادر نماید».

ج) تحلیل و بررسی آرای صادره

صرف‌نظر از این‌که در مرحله رسیدگی مقدماتی و رسیدگی در محاکم موضوع تعدد جرم، مورد توجه قرار نگرفته و در مورد آن اظهارنظری نشده است، در مورد متصرف با این‌که راجع به شکایت کیفری کلاهبرداری او از متصدی بنگاه کیفرخواست صادر نشده بود، با این وصف در مورد شکایت متصرف از متصدی بنگاه معاملات ملکی و به نفع او حکم به استرداد وجوه پرداختی به متصدی بنگاه صادر شده است؛ چون موضوع نقد رأی پیرامون استرداد مال موضوع جرم است، از توضیح پیرامون عدم اظهارنظر در مورد تعدد جرم خودداری کرده و به رأی دادگاه و استدلال آن در مورد استرداد موضوع جرم، یعنی آپارتمانی که منافع آن من غیرحق به دیگری منتقل شده می‌پردازیم. ماده ۱ قانون مجازات راجع به مال غیر می‌گوید: «کسی که مال غیر را با علم به این‌که مال غیر است به نحوی از انحاء، عیناً یا منفعتاً بدون مجوز قانونی به دیگری منتقل کند، کلاهبردار محسوب و به مجازات کلاهبرداری محکوم می‌شود» و در ماده ۱ قانون تشدید مجازات مرتکبین.... در مقام مجازات بزه کلاهبرداری می‌گوید: «کلاهبردار علاوه بر رد اصل مال به صاحبش به حبس از یک تا هفت سال و پرداخت جزای نقدی معادل مالی که اخذ کرده است محکوم می‌شود» بنابراین علاوه بر مجازات‌های جرم کلاهبرداری، رد مال موضوع کلاهبرداری یک حکم قانونی است و تعیین تکلیف مال مربوط به جرم توسط مراجع قضایی مامور به رسیدگی نیاز به تقدیم دادخواست ندارد. در مورد انتقال منافع مال غیر، استدلال این‌که عین مال را منتقل نکرده و فقط منافع را واگذار کرده است و منفعت هم عین موجود نیست تا بدون رسیدگی قضایی و تعیین میزان آن قابل رد باشد، در صورتی است که موضوع رد مال، منافع باشد. در صورتی که رد مال درخواست شده باشد و موضوع رد، عین مالی است که مورد استفاده در جرم قرار گرفته و برای آن استعمال شده، مشمول صراحت قسمت اخیر ماده ۲۱۵ قانون مجازات اسلامی است. چنان‌که

در متن ماده آمده است: «در کلیه امور جزایی دادگاه باید ضمن صدور حکم یا قرار یا پس از آن اعم از این‌که مبنی بر محکومیت یا برائت یا موقوفی تعقیب متهم باشد در مورد اشیایی و اموالی که وسیله ارتکاب جرم بوده یا در اثر جرم تحصیل شده یا حین ارتکاب استعمال یا برای استعمال اختصاص یافته است، باید رأی مبنی بر استرداد، ضبط یا معدوم شدن آن صادر نماید».

بنابراین با توجه به صراحت قسمت اخیر ماده ۲۱۵ قانون مجازات اسلامی سال ۱۳۹۲ وقتی ملک شاکی برای ارتکاب جرم استعمال شده است و عیناً موجود است و قانون هم حکم آن را صریحاً اعلام کرده، نتیجتاً سکوت دادگاه کیفری ۲ و استدلال دادگاه تجدیدنظر مبنی بر اینکه: «اگرچه عین مستاجره کانون وقوع جرم منتسبه بوده است، لکن از شمول ماده ۲۱۵ قانون مجازات اسلامی خارج است» نوعی استنباط ناصحیح و واجد اثر حقوقی نیست. چنین استدلالی نه تنها موجب اتقان رأی صادره نیست بلکه باعث سستی چنین رأی یی می‌باشد.

نتیجه

استنباط نامتعارف و مشکل آفرین از قوانین و مقررات و تفسیرهای قضایی متفاوت در مقام دادرسی، شاید یکی از علل اطاله رسیدگی به موضوعات مطروحه در قوه قضاییه و نتیجتاً موجب ازدحام و کثرت مراجعه به دادگستری و عدم رضایت مردم از بخشی از دستگاه قضایی است. دستگاه‌های نظارتی قوه قضاییه هم به علت استقلال قاضی در تفسیر قوانین امکان مداخله موثر ندارند. برای هر تفاوت تفسیری در موضوعات واحد، تشکیل هیأت عمومی دیوان‌عالی کشور هم مقدور نیست. بعضی از مراجع دادگستری بدون التفات به نتیجه تفسیر و مشکلاتی که برای مراجعین به دادگستری به وجود می‌آورد به نظر خود پافشاری می‌کنند. ظاهراً راه موثری غیر از نقد علمی آرا وجود ندارد. وظیفه قضات رسیدگی به ترافع و منازعه بر اساس قانون با رعایت عدالت و بی‌طرفی است. عدالت معنای وسیعی دارد. تفسیر قانون برای اجرای عدالت از راه نزدیک بهتر از فرستادن ذی‌حق به راه دور است. در همین پرونده با وصف صدور رأی و مجازات انتقال‌دهنده منافع مال غیر، صاحب مال باید دو سال دیگر در دادگستری دوندگی کند تا مال خود را استرداد نماید!

نقد یک رأی

نقد و بررسی رأی شماره ۴۹ الی ۵۰ مورخ ۱۳۹۷/۰۱/۲۸ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری

محمدتقی روان‌گرد کارشناس ارشد مدیریت

مقدمه

هیأت عمومی دیوان عدالت اداری به موجب دادنامه ۴۹ الی ۵۰ مورخ ۱۳۹۷/۰۱/۲۸[1] با توجه به آن‌چه را که در عنوان رأی ذکر شده، مقرر نموده است:

«فوق‌العاده ویژه» و «تفاوت تطبیق» مندرج در فصل دهم قانون مدیریت خدمات کشوری، مستمر نبوده و احتساب آن در تعیین پاداش پایان خدمت کارمندان مشمول قانون مذکور وجاهت قانونی ندارد».

---

۱. متن رأی هیأت عمومی شماره ۴۹ الی ۵۰ مورخ ۱۳۹۷/۰۱/۲۸

اولاً: تعارض در آراء محرز است.

ثانیاً: براساس ماده ۱۰۷ قانون مدیریت خدمات کشوری، عوامل مبنای پرداخت پاداش پایان خدمت «حقوق ثابت» به علاوه «مزایای مستمر» تعیین شده است و طبق صدر ماده ۶۸ قانون مدیریت خدمات کشوری، حقوق ثابت شامل حق شغل و حق شاغل می‌باشد و برابر قسمت اخیر تبصره ماده ۷۶ قانون یاد شده صرفاً فوق‌العاده‌های مذکور در بندهای ۲، ۳ و ۵ ماده ۶۸ همان قانون، جزو فوق‌العاده مستمر تلقی شده است، بنابراین «تفاوت تطبیق» همان‌گونه که در رأی شماره ۳ ــ ۱۳۹۶/۰۱/۳۰ هیأت تخصصی اداری و استخدامی ذکر شده است نه جزو «حقوق ثابت» است و نه جزو «فوق‌العاده‌های مستمر». به همین جهت قانون‌گذار در احکام بودجه سال‌های ۱۳۸۸ تا ۱۳۹۵ تأکید و تصریح کرده است که «تفاوت تطبیق» در احکام حقوقی کارمندان (احکام کارگزینی) به طور ثابت باقی بماند و مستهلک نگردد و مقنن در بند (ز) ماده ۵۰ قانون برنامه پنجساله پنجم توسعه جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۸۹/۱۰/۱۵ آن را قابل احتساب در فوق‌العاده اضافه کار ندانسته است در حالی که اگر جزو «حقوق ثابت» و یا «فوق‌العاده‌های مستمر» بود حتماً در محاسبه اضافه کار لحاظ می‌شد و نیازی به تکرار عبارت «افزایش حقوق گروه‌های مختلف حقوق بگیر توسط دولت به نحوی که تفاوت تطبیق در حکم حقوق ثابت باقی بماند، انجام می‌پذیرد» در قوانین بودجه سالیانه کل کشور وجود نداشت. هر چند رأی شماره ۳۰۰ ـ ۱۳۹۱/۰۶/۰۶ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری با حکم مقرر در بند (ز) ماده ۵۰ قانون برنامه پنجساله پنجم توسعه جمهوری اسلامی ایران همخوانی ندارد لیکن به دلیل این‌که در این رأی بخشنامه شماره ۲۰۰/۱۴۵۹۳ ـ ۱۳۸۸/۰۲/۲۱ معاونت توسعه مدیریت و سرمایه انسانی رئیس جمهور که قبل از تصویب و اجرایی شدن قانون برنامه پنجم توسعه ابلاغ شده بود را ابطال کرده، قابلیت استناد ندارد، همچنین استدلال به این‌که از تفاوت تطبیق کسور بازنشستگی کسر می‌گردد موجب نمی‌شود که تفاوت تطبیق در تعیین پاداش پایان خدمت مورد محاسبه قرار گیرد چرا که اگر نظر قانون‌گذار بر احتساب بود، در ماده ۱۰۷ و یا ذیل تبصره ماده ۷۸ قانون مدیریت خدمات کشوری همانند «حقوق بازنشستگی» به آن تصریح می کرد و عدم تصریح به منزله عدم احتساب می باشد. با توجه به مراتب آراء صادر شده مبنی بر رد شکایت به شرح مندرج در گردش کار صحیح و موافق مقررات تشخیص شد. این رأی به استناد بند ۲ ماده ۱۲ و ماده ۸۹ قانون تشکیلات و آیین‌دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب سال ۱۳۹۲ برای شعب دیوان عدالت اداری و سایر مراجع اداری مربوط در موارد مشابه لازم‌الاتباع است.

از آنجایی که بعد از صدور این رأی در همان بدو امر مشخص گردید که مفاد این رأی در سال ۹۷ مغایر با مفاد بند ۲ قسمت الف تبصره ۱۲ قانون بودجه سال ۹۷ است، لذا حسب پیگیری مجدانه جناب آقای دکتر دُربین مدیرکل محترم هیأت عمومی دیوان عدالت اداری و در نهایت با موافقت رئیس محترم دیوان عدالت و با اعلام نظر معاون محترم قضایی و توسعه مدیریت دیوان در مصاحبه با ایرنا و بعداً با پاسخ‌هایی که به استعلامات دستگاه‌های اجرایی از سوی دیوان محترم عدالت اداری در همین رابطه داده شد، موضوع رأی مذکور در سال ۹۷ **موقوف‌الاجرا** گردید. طبعاً مفاد این رأی در سال ۹۸ نیز به دلیل مغایرت مضمون آن با مفاد بند ۲ جزء الف تبصره ۱۲ قانون بودجه سال ۹۸ ـ که متن آن عیناً مشابه متن سال قبل است ـ **کماکان موقوف‌الاجرا خواهد بود**.

لکن در سایه تاملات انجام شده بعدی اینک در این مقال صرفاً مطابق مفاد رأی مذکور و با مداقه در استدلالات بکار رفته در آن، سعی شده است تا بدون توجه به مغایرت یاد شده، مغایرت‌های مفاد رأی مذکور با مفاد قانون مدیریت خدمات کشوری به روشنی بیان گردد.

بدواً لازم به توضیح است جهدی که در این مقاله صورت گرفته در پی اثبات دو مدعای زیر است:

۱. در صدور رأی مذکور بر موادی از قانون مدیریت خدمات کشوری استناد شده که حکایت از عدم دقت لازم در برداشت درست از مفاد آن مواد دارد؛ و همین امر در استنتاج نهایی رأی تأثیر منفی گذاشته است.

۲. اساس رأی صادره مبتنی بر خلط میان چهار مفهوم «**حقوق**»، «**حقوق ثابت**»، «**فوق‌العاده‌های مستمر**» و «**مزایای مستمر**» و عدم تفکیک میان آن‌ها به هنگام صدور رأی است. به بیان دیگر از معانی هر یک از آن‌ها به درستی در جای خودش استفاده نشده است و لذا در مقام نتیجه‌گیری، مفاد رأی صادره با مغایرت قانونی مواجه شده است که ذیلاً به برخی از این مغایرت‌ها اشاره می‌شود:

اولاً: بر خلاف آن‌چه را که در متن رأی مذکور آمده است، در ماده ۱۰۷ مفهوم «حقوق» و «مزایای مستمر» بکار رفته است و نه مفهوم «حقوق ثابت» و «مزایای مستمر».

در همان ابتدای بند **ثانیاً** رأی یاد شده آمده است:

*«بر اساس ماده ۱۰۷ قانون مدیریت خدمات کشوری عوامل مبنای پرداخت پاداش پایان خدمت «**حقوق ثابت**» به علاوه «**مزایای مستمر**» تعیین شده است»*

و آنگاه در ادامه‌اش در باب تعریف «**حقوق ثابت**» ذکر گردیده:

*«و طبق صدر ماده ۶۸ قانون مدیریت خدمات کشوری، «**حقوق ثابت**» شامل حق شغل و حق شاغل می‌باشد».*

حال نکته مهمی که اینجا وجود دارد این است که در ماده ۱۰۷ قانون فوق‌الاشاره، دو مفهوم «**حقوق**» و «**مزایای مستمر**» به کار رفته است و از مفهوم «**حقوق ثابت**» نامی برده نشده است. اهمیت موضوع در این جاست که در قانون مدیریت از یک سو معنی و مفهوم حقوق و مزایای مستمر غیر از معنی و مفهوم

«حقوق ثابت» است. و از سوی دیگر مفهوم «حقوق» به موجب مفاد ماده ۶۴ قانون مذکور معنایی اعم از معنای «حقوق ثابت» دارد. ولی آن‌چه را که در متن استدلال رأی هیأت عمومی دیوان ذکر گردیده «حقوق ثابت» است؛ مفهومی که اساساً در ماده ۱۰۷ قانون مذکور وجود ندارد. به عنوان مثال «**تفاوت تطبیق**» جزو مصادیق تعریف عام «حقوق» و «مزایای مستمر» قرار می‌گیرد لکن از مصادیق «حقوق ثابت» تلقی نمی‌گردد و همین امر موجب خدشه در مبانی استدلال نهفته در رأی مذکور از اول تا آخر گردیده است.

ثانیاً: تفاوت تطبیق چون جزو «حقوق و مزایای مستمر» است و مشمول کسور، لذا می‌بایست مبنای محاسبه پاداش قرار گیرد.

در ادامه همین بند ذکر شده است که:

«... بنابراین «تفاوت تطبیق» نه جزو حقوق ثابت است و نه جزو فوق‌العاده‌های مستمر».

اگر چه این سخن، سخن درستی است ولی نکته اینجاست که این مطلب **هیچ ربطی** به موضوع پاداش ماده ۱۰۷ پیدا نمی‌کند. چون که در ماده ۱۰۷ می‌گوید هر آن‌چه را که جزو «**حقوق و مزایای مستمر**» باشد می‌تواند مبنای «**پاداش پایان خدمت**» قرار گیرد، نه هر آن‌چه را که جزو «حقوق ثابت» و «فوق‌العاده مستمر» باشد. و این عدم دقت دیگری است که در مقام نتیجه‌گیری اثرش را در متن استدلال رأی هیأت عمومی محترم دیوان عدالت اداری گذاشته است. به بیان دیگر اگر بپذیریم که «تفاوت تطبیق» جزو حقوق و مزایای مستمر است (که چاره‌ای جز آن نیست) آنگاه همین امر برای منظور نمودن آن در پاداش سنوات پایان خدمت کارمندان مشمول قانون مذکور کفایت می‌کند و این در حالی است که در مفاد رأی مذکور استدلال شده است که تفاوت تطبیق چون جزو حقوق ثابت و فوق‌العاده‌های مستمر نیست پس مبنای پاداش نمی‌تواند قرار گیرد و این استدلال از آن جهت که با متن ماده ۱۰۷ مغایرت دارد، استدلال نادرستی است.

ثالثاً: دلیل ذکر شده در متن رأی در باب علت «ثابت بودن» مبلغ «تفاوت تطبیق» در احکام کارگزینی کارکنان، نادرست است.

بر اساس متن رأی هیأت عمومی محترم دیوان عدالت در باب چرایی ثابت بودن تفاوت تطبیق در احکام کارگزینی کارمندان و علت درج آن در احکام بودجه سال‌های ۸۸ تا ۹۵، این دلیل ذکر گردیده است که:

«چون تفاوت تطبیق نه جزو حقوق ثابت و نه جزو فوق‌العاده مستمر است، لذا قانون‌گذار آن را هر ساله در احکام بودجه سال‌های ۱۳۸۷ تا ۱۳۹۵ تأکید و تصریح کرده است».

این دلیل، دلیل واقعی و درستی برای «ثابت بودن» تفاوت تطبیق در احکام بودجه سالیانه سال‌های مورد اشاره نبوده است، چرا که قانون‌گذار صرفاً به این دلیل هر ساله در احکام بودجه، موضوع «ثابت بودن» مبلغ تفاوت تطبیق را ذکر می‌کند که در تبصره ماده ۷۸ قانون مدیریت

خدمات کشوری قید شده است که مبلغ « *تفاوت تطبیق از سال اجرای قانون مدیریت (سال۱۳۸۸) می‌بایست با ارتقاهای بعدی مستهلک شود*». یعنی اگر قانون‌گذار آن اقدام را هر ساله در احکام بودجه نمی‌کرد آنگاه ثابت ماندن مبلغ تفاوت تطبیق در احکام کارگزینی کارمندان منتفی می‌شد. ولی چون قانون‌گذار در پی دفاع از حقوق حقه و مکتسبه کارمندان بوده، لذا هر ساله با تصریح این جمله، عملاً موضوع تبصره ماده ۷۸ را موقوف‌الاجرا کرده است.

ضمن این‌که اساساً پرداختن به این بحث در متن استدلال بکار رفته در رأی ۴۹ الی ۵۰، با توجه به موضوع شکایت باز **هیچ ربطی** به موضوع «**پاداش پایان خدمت**» مندرج در ماده ۱۰۷ قانون مدیریت خدمات کشوری ندارد. صرف «**ثابت بودن**» مبلغ «**تفاوت تطبیق**» مبنایی برای محاسبه و منظور نمودن آن در پرداخت پاداش پایان خدمت موضوع ماده ۱۰۷ که در آن از مفهوم «حقوق و مزایای مستمر» یاد شده نیست. فی‌الواقع تفاوت تطبیق بواسطه **مستمر بودنش** مشمول کسر کسور است و چون در ذیل مفهوم «**حقوق و مزایای مستمر**» قرار می‌گیرد لذا به حکم ماده ۱۰۷ مشمول پاداش پایان خدمت کارمندان می‌گردد.

رابعاً: برای محاسبه و اعمال «تفاوت تطبیق» در پاداش پایان خدمت کارکنان نیازی به تصریح عنوان آن نیست.

در بخش پایانی بند ثانیاً از متن رأی هیأت عمومی ذکر شده است:

«*همچنین استدلال به این‌که از تفاوت تطبیق کسور بازنشستگی کسر می‌گردد موجب نمی‌شود که تفاوت تطبیق در تعیین پاداش پایان خدمت مورد محاسبه قرار گیرد. چرا که اگر نظر قانون گذار، بر احتساب آن بود، در ماده ۱۰۷ و یا ذیل تبصره ماده ۷۸ قانون مدیریت خدمات کشوری همانند حقوق بازنشستگی به آن تصریح می‌کرد و عدم تصریح به منزله عدم احتساب می‌باشد*».

در اینجا چند نکته ظریف و حایز اهمیت وجود دارد که به نظر می‌رسد باز مورد توجه و عنایت اعضای محترم هیأت عمومی دیوان قرار نگرفته است:

۱. **تفاوت تطبیق چون جزو «حقوق و مزایای مستمر» است لذا مبنای پاداش است.**

گفتیم که «تفاوت تطبیق» جزو «حقوق و مزایای مستمر» است و نه جزو «حقوق ثابت» و نه جزو «فوق‌العاده‌های مستمر» چرا که اگر آن را جزو حقوق و مزایای مستمر ندانیم آن گاه نمی‌توانیم از آن کسور کم کنیم و این در حالی است که به موجب تبصره ماده ۷۸ می‌باید، از آن کسور کم شود.

توضیح اینکه: اساساً بر اساس مفاد قانون مدیریت خدمات کشوری نمی‌توان از مؤلفه‌ای کسور کم کرد در حالی که آن مؤلفه نه جزو «حقوق ثابت» باشد و نه جزو «فوق‌العاده‌های مستمر» و

نه جزو «حقوق و مزایای مستمر». ضمن این‌که اگر تفاوت تطبیق جزو مفهوم عام «حقوق» و یا جزو مفهوم ترکیبی «حقوق و مزایای مستمر» مندرج در فصل دهم قانون مدیریت خدمات کشوری قرار نگیرد، آنگاه باید اذعان کرد که این مفهوم در ذیل هیچ یک از مفاهیم دیگر فصل دهم قانون مذکور هم نمی‌تواند قرار گیرد و این در حالی است که از سوی دیگر نمی‌توان آن را مفهومی خارج از فصل دهم قانون مدیریت خدمات کشوری قلمداد کرد. چون مؤلفه «**نظام پرداختِ**» کارمندان مشمول فصل دهم قانون مدیریت خدمات کشوری تنها بر اساس مفاد ماده ۶۴ تا ماده ۸۰ که جملگی در فصل دهم قرار دارند، تعریف شده است و نه خارج از آن.

۲. تفاوت تطبیق چون جزو حقوق و مزایای مستمر است لذا نیازی به تصریح مجدد آن در ماده ۱۰۷ نمی‌باشد.

همچنین گفتیم که در ماده ۱۰۷ از مفهوم «حقوق و مزایای مستمر» یاد شده است. در آنجا آمده است:

*«به کارمندان مشمول این قانون که بازنشسته می‌شوند به ازاء هر سال خدمت یک ماه آخرین «**حقوق و مزایای مستمر**» تا «سی سال» پرداخت خواهد شد».*

بدین ترتیب «**تفاوت تطبیق**» که جزو مفهوم «**حقوق و مزایای مستمر**» است لذا به موجب مفاد ماده مذکور می‌باید مشمول پاداش پایان خدمت قرار گیرد و نیازی به ذکر مجدد مفهوم آن نیست.

ضمناً برای این‌که نشان داده شود که «تفاوت تطبیق» جزو «حقوق و مزایای مستمر» است می‌توان از قرینه دیگری که مندرج در ماده ۱۲۲ قانون مدیریت خدمات کشوری است هم شاهد آورد. توضیح اینکه:

«کارمندان آماده به خدمت به موجب تبصره ۱ ماده ۱۲۲ قانون مدیریت خدمات کشوری به شرط واجد شرایط بودن با برخورداری از ۱.۵ ماه «حقوق و مزایای مستمر» به ازای هر سال خدمت، بازخرید می‌شوند. حال سؤال این است آیا «تفاوت تطبیق» در ذیل مفهوم «حقوق و مزایای مستمر» قرار می‌گیرد یا خیر؟ پاسخ مثبت است یعنی با محاسبه تفاوت تطبیق، ۱.۵ ماه حقوق و مزایای مستمر پرداخت می‌شود».

۳. مؤلفه‌های ماده ۱۰۷ غیر از مؤلفه‌های ماده ۱۰۶ می‌باشند

توضیح این‌که بایستی بین مؤلفه‌های مشمول کسور (موضوع ماده ۱۰۶) و مؤلفه‌های مشمول پرداخت پاداش (موضوع ماده ۱۰۷) فرق گذاشت و از سرایت حکم ماده ۱۰۶ به ماده ۱۰۷ پرهیز کرد. به نظر می‌رسد شالوده استدلال به کار رفته در رأی ۴۹ الی ۵۰ مبتنی بر عدم تفکیک میان مؤلفه‌های ذکر شده در این دو ماده بوده است. در ماده ۱۰۶ از مؤلفه‌ها و مفاهیم

مشمول کسور نام برده شده و در ماده ۱۰۷ از مؤلفه‌ها و مفاهیم پاداش پایان خدمت و بین این دو دسته مفاهیم، فرق معنایی و مصداقی وجود دارد.

خاطرنشان می‌سازد: در ماده ۱۰۶ از ۳ مفهوم «**حقوق ثابت**»، «**فوق‌العاده‌های مستمر**» و «**فوق‌العاده بند ۱۰**» برای کسر کسور حقوق بازنشستگی، یاد شده است ولی در ماده ۱۰۷ از هیچ یک از این مفاهیم ذکری به میان نیامده است و تنها از مفهوم «**حقوق و مزایای مستمر**» که مفهومی عام و اعم از آن‌هاست برای پرداخت پاداش پایان خدمت کارکنان مشمول، یاد شده است و لذا بر این اساس «**تفاوت تطبیق**» و نیز «**فوق‌العاده ویژه**» که از مصادیق «**حقوق و مزایای مستمر**» هستند، می‌بایست در پاداش پایان خدمت کارمندان مشمول قانون مدیریت خدمات کشوری منظور شوند.

خاتمه و نتیجه‌گیری

با توجه به این‌که رأی ۴۹ الی ۵۰ مورخ ۹۷/۰۱/۲۸ هیأت عمومی محترم دیوان عدالت بواسطه مغایرتش با مفاد قانون بودجه سال ۹۷ و قانون بودجه سال ۹۸ در حال حاضر **موقوف‌الاجراست**. لکن همان‌گونه که معاونت محترم قضایی و توسعه مدیریت دیوان عدالت در مصاحبه مورخ ۹۷/۰۴/۱۵ و بعدها در پاسخ به استعلامات دستگاه‌های اجرایی متذکر شده‌اند؛ از نظر دیوان عدالت اداری:

«مفاد این رأی در راستای حل تعارض بین آراء صادره از برخی شعب دیوان عدالت اداری بر اساس مقررات قانونی از جمله تبصره ماده ۷۶ و ذیل تبصره ماده ۷۸ و مفاد ماده ۱۰۷ قانون مدیریت خدمات کشوری صادر شده و در موارد مشابه لازم‌الاتباع است».

بنابراین چنان‌چه در سال‌های آتی، مضمونی همچون مفاد بند دوم جزء الف تبصره ۱۲ قانون بودجه سال ۹۸ در قانون بودجه سال‌های بعد ذکر نشود؛ یعنی برای پرداخت پاداش کارمندان مشمول قانون مدیریت خدمات کشوری به رعایت «**قانون اصلاح پاره‌ای از مقررات**» اشاره نشود و یا تا پایان سال جاری این موضوع مجدداً در اصلاحیه قانون مدیریت خدمات کشوری از طریق مجلس محترم اصلاح نشود، آنگاه این رأی ضمانت اجرایی پیدا خواهد کرد و از این جهت **ضروری** به نظر می‌رسد که یا رئیس محترم قوه قضاییه و یا ریاست محترم دیوان عدالت اداری و یا با تقاضای تعداد ۲۰ نفر از قضات محترم دیوان عدالت حسب اختیارات حاصل از مفاد ماده ۹۱ قانون دیوان عدالت نسبت به طرح مجدد آن در هیأت عمومی دیوان برای بررسی بیشتر و رفع نواقص و مغایرت‌های قانونی یاد شده رأی مذکور اقدام نمایند. و از این طریق نسبت به احقاق حقوق کارمندان مشمول قانون مدیریت خدمات کشوری در برخورداری از پاداش پایان خدمت کما هو حقه نتایج مثبتی حاصل آید.

نشست مطبوعاتی اعضای هیأت مدیره کانون وکلای دادگستری گیلان برگزار شد

به مناسبت بیستمن سالگرد تأسیس کانون وکلای دادگستری استان گیلان و همچنین روز خبرنگار، نشست مطبوعاتی اعضای هیأت مدیره این کانون با حضور اصحاب رسانه، سی و یکم تیر ماه، در سالن اجتماعات کانون برگزار شد.

- ***سجادی: کانون وکلای دادگستری گیلان، وکالت و مشاوره اقشار آسیب‌پذیر را می‌پذیرد***

به گزارش روابط عمومی کانون وکلای دادگستری گیلان، سید حسن سجادی رئیس هیأت مدیره کانون در این نشست اظهار داشت: خبرنگاران حلقه واسط بین مردم و مسؤولین هستند و رسانه‌ها نقش مهمی در عرصه اجتماعی و جامعه مدنی دارند.

وی در این نشست با اشاره به تاریخچه تأسیس کانون وکلای دادگستری گفت: سی ام تیرماه از روزهای ماندگار تاریخ ایران است که در این تاریخ مصدق نخست وزیر وقت از شاه خواسته بود که حکومت شاهنشاهی به صورت مشروطه باشد اما شاه نپذیرفت و همین امر سبب شد که مصدق استعفا دهد ولی بعدها دوباره به سمت نخست وزیری منصوب شد.

رئیس هیأت مدیره کانون وکلای دادگستری گیلان با بیان این‌که لایحه استقلال کانون وکلای دادگستری در سال ۱۳۳۱ به تصویب دولت مصدق رسید، افزود: هر استانی برای این‌که بتواند به صورت مستقل صاحب تشکیلات کانون وکلا باشد، می‌بایست شصت وکیل می‌داشت، از همین رو در سال ۱۳۷۸ ما توانستیم به عنوان یکی از اولین استان‌ها، با جمع‌آوری وکلا این کانون را در گیلان راه‌اندازی کنیم.

سجادی یادآور شد: ساز و کار انتخاب اعضای هیأت مدیره کانون، براساس انتخابات مجمع عمومی است که با فراخوان وکلا و اعضای کانون صورت می‌پذیرد تا کاملاً دمکراتیک و مستقل باشد.

رئیس هیأت مدیره کانون وکلای دادگستری گیلان با بیان این‌که این کانون از ۵ فروردین سال ۷۸ کار خود را آغاز کرد گفت: البته اول مرداد ماه این کانون صاحب تشکیلات دفتری شد و به شکل منظم‌تر به فعالیت خود ادامه داد، تا پیش از این تاریخ جلسات کانون در دفتر وکلا برگزار می‌شد.

وی ساختار تشکیل‌دهنده این کانون را شامل مجمع عمومی، هیأت مدیره، دادسرا و دادگاه انتظامی، اداره معاضدت قضایی و کمیسیون‌های مختلف از جمله کمیسیون کارآموزی دانست و

گفت: کمیسیون کارآموزی از کمیسیون‌های مهم کانون وکلا است که وظیفه آموزش کارآموزان وکالت را به مدت ۱۸ ماه و زیر نظر وکیلی با بیش از ۱۰ سال سابقه کار بر عهده دارد.

سجادی با اشاره به چگونگی صدور وکالت برای اشخاص تصریح کرد: کارآموزان بعد از اتمام دوره آموزشی در آزمونی داخلی که به صورت کتبی و شفاهی برگزار می‌شود، شرکت می‌کنند که در صورت موفقیت مجوز وکالت برای آن‌ها صادر می‌شود.

وی با اشاره به برگزاری آزمون سراسری کانون وکلا از سال ۷۶ تصریح کرد: قبل از هر آزمونی، یک مجمع سه نفره شامل رئیس کل دادگستری، رئیس دادگاه انقلاب و رئیس کانون وکلای هر استان، مشخص می‌کنند که آن استان نیازمند چه تعداد وکیل در سال است. این مجمع در سال ۹۸ برای گیلان ۹۰ سهمیه در نظر گرفت که نسبت به سال گذشته ۱۰ درصد افزایش را نشان می‌دهد البته ۳۰ درصد از این سهمیه یعنی حدود ۲۷ نفر از این کارآموزان دارای سهمیه ایثارگری هستند و مابقی حدود ۶۳ نفر از سهمیه آزاد انتخاب می‌شوند.

رئیس هیأت مدیره کانون وکلای دادگستری گیلان با بیان این‌که در حال حاضر ۷۶۵ وکیل عضو این کانون هستند، افزود: این کانون همچنین در حال حاضر دارای ۱۳۰ کارآموز است، این افراد پس از اتمام دوره کارآموزی مستقل اما متعهد و پایبند به قوانین حقوقی هستند و در اولین گام برای خارج نشدن از حیطه قانون و تعهد جهت حسن رفتار در طول دوران کاری، سوگند یاد می‌کنند که تخلف از این قسم جرم محسوب می‌شود.

سجادی، دادستانی و دادگاه انتظامی را دو نهاد مسؤول در رابطه با نظارت بر عملکرد وکلا عنوان کرد و افزود: این دو نهاد تخلفات را به طور مستقل بررسی کرده و در نهایت حکم قانونی را صادر می‌کنند و اگر برخی آرا توسط افراد مورد شکایت واقع شود در دادگاه عالی انتظامی بررسی می‌شود.

وی در ادامه بیان داشت: با توجه به تخصصی بودن علم حقوق، کسی که حقوق می خواند توانایی تفسیر قانون را دارد، از این جهت استفاده از وکیل برای جامعه بسیار ضروری است تا مردم دچار مشکلات بعدی قضایی نشوند.

سجادی با اشاره به حضور حجت‌الاسلام‌والمسلمین رئیسی به عنوان فردی که دارای سوابق قضایی است در راس قوه قضاییه، افزود: این مسئله یک اتفاق فوق‌العاده‌ای است و ما از این اتفاق بسیار خرسندیم و باید این پیشامد را به فال نیک بگیریم.

رئیس هیأت مدیره کانون وکلای دادگستری گیلان از آمادگی این کانون برای ارائه خدمات معاضدتی به شهروندان در چارچوب مقررات و امکانات خبر داد و گفت: خدمات معاضدتی مربوط به پرونده‌های است که درخواست وکیل دارند، اما فرد توان پرداخت هزینه‌های آن را ندارد.

وی اضافه کرد: در این پرونده ها، هر شهروندی که توانایی پرداخت وکیل را در دعاوی خود ندارد، می تواند درخواست وکیل معاضدتی داشته باشد که با احراز درستی گفتار فرد مبنی بر ناتوانی مالی؛ این کانون، وکالت و مشاوره را برای اقشار آسیب‌پذیر انجام می‌دهد.

- ***وکیل‌پور: ضرورت سازماندهی و قانون مند کردن مؤسسات حقوقی***

نایب رئیس کانون وکلای دادگستری گیلان نیز در این نشست با اشاره به این‌که تعدادی از وکلای عضو کانون جوان هستند که فاقد بازار کار لازم و از حیث معیشتی در تنگنا میباشند، اظهار کرد: در رویکرد اجتماعی کانون وکلا جهت ارائه خدمات قضایی به اقشاری بی‌بضاعت که فاقد تمکن کافی مالی برای بهره‌گیری از خدمات وکلای دادگستری بوده در سال ۹۷ تعداد ۵۶۲ و در سال ۹۸ حدود ۲۶۰ وکیل تسخیری معرفی کردیم که وظیفه دفاع از پرونده‌ها در محاکم و دادسراها را بر عهده داشتند و ۵۰ مورد مشاوره معاضدت داشتیم و حدود ۲۰ فقره پرونده مورد وکالت معاضدتی همکارانم در کانون وکلا قرار گرفته است.

داود وکیل پور با بیان این‌که ما انتظار داریم که رسانه‌ها در راستای ترویج فرهنگ وکالت و تبیین حقوق شهروندی و آشنایی مردم به حقوق فردی و اجتماعی خود نقش بی‌بدیل و موثری را ایفا نمایند و کانون وکلا تعامل با خبرنگاران را مغتنم میشمارد تا بتواند خدمات و فعالیت‌های خود و همکاران وکیل را به جامعه و مردم انعکاس دهد، افزود: رسانه‌ها پل ارتباطی نهادهای مدنی هستند و باید اهتمام لازم را در این خصوص داشته باشند.

وی با اذعان به این‌که هزینه‌های دادرسی هر سال رو به افزایش است، گفت: گاهی هزینه‌های دادرسی از بدو رسیدگی تا مراحل نهایی و طرق فوق‌العاده به ۱۷ درصد نیز می‌رسد که اقتضا دارد قوه محترم قضاییه به منظور جلوگیری از فشار مالی و امکان دسترسی آحاد مردم به محاکم و مراجع قضایی و دادخواهی نسبت به کاهش هزینه‌های گزاف دادرسی تدابیر لازم را اتخاذ فرماید.

نایب رئیس کانون وکلای دادگستری گیلان با اشاره به همکاری خوب کانون وکلا با قوه قضاییه داریم، بیان کرد: تعامل خوبی پس از روی کار آمدن حجت‌الاسلام‌والمسلمین رئیسی بین این دو نهاد ایجاد شده است.

وکیل‌پور با اشاره به ضرورت سازماندهی مؤسسات و ومراکز غیرمجاز افزود: این مسئله یکی از تأکیدات ریاست محترم قوه قضایی در نشست هم اندیشی اخیر ایشان با رؤسای کانون وکلا بوده است.

- ***انتقاد صدر ممتاز از به‌کارگیری کارکنان بازنشسته دستگاه‌های دولتی در عرصه وکالت***

دبیر هیأت مدیره کانون وکلای دادگستری گیلان هم در نشست مطبوعاتی اعضای هیأت مدیره این کانون اظهار داشت: هر ساله کانون وکلای دادگستری بر مبنای ظرفیتی که توسط کمسیونی متشکل از ریاست دادگستری، ریاست کانون وکلا و رییس شعبه اول دادگاه انقلاب تعیین می‌گردد، آزمون برگزار می‌نماید و کارآموز می‌پذیرد به نحوی که با توجه به عدم تناسب این پذیرش با تعداد بازنشستگی وکلای پیشین، عملا با ورود وکلای جوان به این عرصه، ظرفیت وکالتی تمامی شهرهای استان از مدت‌ها قبل اشباع شده است. به موازات کانون وکلای دادگستری، مرکز

مشاوران قوه قضاییه نیز هر ساله با برگزاری آزمون، تعداد قابل توجهی از فارغ‌التحصیلان حقوق را به عنوان کارآموز جذب و به سرعت وارد جامعه وکالت نموده است، بی‌آن که تمهیداتی در وضعیت معیشتی این افراد اندیشیده شود.

حسن صدر ممتاز افزود: علاوه بر این، قریب به اتفاق بازنشستگان دستگاه‌های دولتی هم به شرط داشتن شرایط بند دال ماده ۸ لایحه قانونی استقلال کانون وکلا، از کانون درخواست صدور پروانه می‌نمایند که کانون حسب وظیفه ذاتی خود مکلف به صدور پروانه برای این افراد می‌باشد. حتی اگر کانون وکلا با دادن پروانه وکالت به ایشان موافقت نکند، متقاضیان به دادگاه انتظامی قضات مراجعه می‌کنند و در آنجا به اعتراض متقاضی صدور پروانه وکالت، رسیدگی و در نهایت تصمیم هیأت مدیره کانون وکلا نقض یا تأیید می‌شود؛ در اکثر مواردی که کانون وکلا از صدور پروانه وکالت برای بازنشستگان اجتناب می‌ورزد، دادگاه انتظامی قضات نظر کانون را نقض و اقدام به صدور پروانه می‌نماید.

صدر ممتاز ادامه داد: در این خیل عظیمی که هر ساله وارد حرفه وکالت می‌شوند، وکلای جوان چندان نصیبی از مراجعات مردمی ندارند و در عین حال مکلفند تا دفتری داشته باشند و پاسخگوی مراجعات احتمالی باشند و مالیات سالیانه را پرداخت و هزینه‌های مربوط به تمدید سالیانه را نیز تادیه نمایند. در حالی که قریب به اتفاق وکلای جوان، تازه از دانشگاه فارغ‌التحصیل شده و جز پشتوانه مالی خانواده، اندوخته ایی ندارند و در مواردی از اجاره دفتر مستاصل و حتی از تأمین معاش خود ناتوان هستند علی‌الخصوص اگر سرپرست خانوار نیز باشند.

این وکیل دادگستری تصریح کرد: نتیجه وضعیت نابسامانی که در ورود به عرصه وکالت وجود دارد جز تنزل جایگاه وکالت و شان وکیل نیست. وکیل جوان وقتی با مشکل معیشتی رو به رو می‌شود، علی‌الخصوص وقتی به عنوان سرپرست خانوار نیز باشد، ممکن است اصول حرفه ایی و اخلاقی وکالت را زیر پا گذارد که عمل وی علاوه بر خود، به صورت مستقیم به سیستم قضایی نیز آسیب می‌رساند. در همین شرایط آشفته، مؤسسات حقوقی از جمع شدن افرادی غیرحقوقی سر درآورده و با استخدام وکلای جوان به بهای ناچیز، شان و جایگاه وکالت را که می‌بایست عدالت محور باشد به حد کسب درآمد حداقلی تنزل می‌دهند.

دبیر هیأت مدیره کانون وکلای دادگستری گیلان اما راه‌حل‌هایی را نیز برای گریز از این وضعیت نابه سامان پیشنهاد داد؛ وی گفت: الزامی کردن دخالت وکیل در تمامی پرونده‌های قضایی علاوه بر این‌که به قاضی در رسیدن به واقعیت و عدالت کمک می‌کند، در معیشت وکلا نیز اثر مثبت دارد. همین طور در زمینه بهره مندی از خدمات وکیل چه قبل از حدوث اختلاف و یا پس از آن، می‌بایست از طریق رسانه‌های عمومی فرهنگ‌سازی شود تا مردم به این حقیقت آگاه‌تر شوند که با حضور و دخالت وکیل امورات آن‌ها به مراتب بهتر پیش خواهد رفت و از آزمون و خطا در امر حقوقی جلوگیری می‌گردد.

صدر ممتاز با انتقاد از برنامه‌های صداوسیما، تصریح کرد: متاسفانه صداوسیمای ملی نه تنها چنین نمی‌کند بلکه برعکس، مردم را به وکیل بدبین می‌نماید. جالب این‌که در فیلم‌های خارجی صداوسیما که بالاجبار برای استفاده داخلی به فارسی برگردانده می‌شود مردم شاهدند که در کشورهای دیگر در اولین برخورد پلیس با یک فرد متهم به او حق داشتن وکیل را تفهیم می‌کند، همین جملات نیم بند در گرایش مردم به وکیل اثر مثبت دارد ولی در بسیاری موارد صداوسیما چهره بسیار نامناسب از وکیل معرفی می‌نماید که در واقع اصلاً چنین نیست.

این وکیل دادگستری می‌افزاید: شرکت‌ها همان‌گونه که نیازمند رعایت اصول فنی کار خود هستند، می‌بایست ملزم شوند تا وکیل دادگستری نیز داشته باشند و به عنوان مشاور و ناظر در امورات خود از آن‌ها کمک بگیرند.

همچنین معاملات اشخاص در بنگاه معاملات ملکی و غیر آن به تأیید وکیل دادگستری برسد، متأسفانه شرکت‌ها، صرفاً زمانی از خدمات وکیل دادگستری استفاده می‌نمایند که به حکم قانون ناچار گردند و این در حالی است که در بسیاری مواقع می‌توانند از وکیل به عنوان مشاور و ناظر و تنظیم‌کننده قرارداد استفاده نمایند تا در صورت حدوث اختلاف از سردرگمی نجات یابند.

دبیر هیأت مدیره کانون وکلای دادگستری گیلان در پایان به وضعیت بغرنج مؤسسات حقوقی اشاره کرد و گفت: مؤسسات حقوقی حتماً می‌بایست توسط وکیل تأسیس گردد در حالی که هم اکنون هر شخص غیرحقوقی با هر میزان سواد و تخصص غیر حقوقی می‌تواند به تأسیس این دفاتر اقدام نماید و جای تاسف این‌که این مؤسسات به لحاظ فقدان دانش حقوقی و عدم اطلاع حقوقی مردم از وکلای جوان با مبالغ بسیار پایین ـ که در مواردی بیگاری از همکاران جوان است ـ استفاده می‌نمایند؛ به عبارت بهتر خود قادر به حل مشکل مردم نیستند ولی در نظر مردم خود را نجات‌دهنده معرفی می‌نمایند.

- ***انتقاد تقی‌پور از عدم نظارت بر مؤسسات حقوقی***

به گزارش پایگاه اطلاع رسانی کانون وکلای دادگستری گیلان، امیر تقی‌پور بازرس هیأت مدیره کانون وکلای دادگستری گیلان در نشست اعضای هیأت مدیره این کانون با اصحاب رسانه، اظهار داشت: یکی از وظایف اصلی دستگاه قضایی به عنوان بخشی از حاکمیت، ایجاد امنیت و بهداشت روانی شهروندان جهت دسترسی به وکلای متخصص و مستقل می‌باشد، قانون وکالت مصوب ۱۳۱۵ و قوانین بعدی کیفیت و روند صدور پروانه وکالت را تشریح نموده‌اند؛ با توجه به این‌که وکیل دادگستری وظیفه خطیر دفاع از حقوق آحاد مردم و جامعه را به عهده دارد، انجام این وظیفه جز با داشتن دانش کافی میسر نمی‌گردد.

وی با بیان این‌که «شرایط کسب پروانه وکالت همیشه دشوار بوده است» گفت: مؤسسات حقوقی، بنا بر همان ضرورت، می‌بایست دارای شأن و جایگاه وکالت دادگستری باشند، اگر

مؤسسین حقوقی، واجد حداقل‌های لازم برای ورود به حرفه وکالت نباشند، باعث ورود آسیب به حقوق مردم و جامعه خواهند گردید، بنابر ضرورت‌های گفته شده، تا سال ۱۳۹۱ تشکیل مؤسسات حقوقی بر اساس آیین‌نامه‌ای که شرط تأسیس مؤسسه را به درستی تقاضای حداقل سه وکیل دادگستری می‌دانست که یکی از آن‌ها می‌بایست حداقل ۱۰ سال سابقه وکالت می‌داشت. همچنین قانون پیش‌بینی کرده بود که اساسنامه مؤسسات حقوقی می‌بایست به تأیید کانون وکلای دادگستری برسد، بنابراین آیین‌نامه مذکور هم از لحاظ کیفی که تقاضای سه وکیل را لازم دانسته بود و هم از لحاظ نظارت کانون، برای جامعه وکالت قابل قبول بود، اما متاسفانه در سال ۹۱ بخشنامه‌ای از طرف مدیر کل ثبت شرکت‌ها و مؤسسات غیرتجاری صادر گردید که بر اساس آن ضوابط آیین‌نامه گذشته به طور اساسی تغییر نمود و بر اساس آن تأسیس مؤسسات حقوقی بدون داشتن پروانه وکالت و حتی بدون داشتن اطلاعات حقوقی لازم امکان‌پذیر گردید.

این وکیل دادگستری ادامه داد: از آنجایی که این بخشنامه امر تخصصی دفاع را به افراد غیرتخصصی می‌سپارد مورد اعتراض شدید کانون‌های وکلای دادگستری قرار گرفت که موضوع دعوا حتی به دیوان عدالت اداری نیز کشیده شد ولی متاسفانه دیوان بخشنامه را برخلاف قوانین تشخیص نداد و به نوعی بخشنامه مورد بحث را تأیید نمود. در حال حاضر مجوز مؤسسات حقوقی بر اساس این بخشنامه صادر می‌گردد که یکی از مشکلات اساسی و ویرانگر آن، این است که پس از تشکیل مؤسسات حقوقی، هیچ مرجعی برای نظارت بر عملکرد آنان وجود ندارد این‌گونه مؤسسات به دلیل این‌که مؤسسین آن وکیل دادگستری نیستند با استفاده از وضعیت اقتصادی حاکم بر جامعه پرونده‌ها را به کارآموزان وکالت و وکلای جوان ارجاع داده و از آنان بهره‌کشی می‌نمایند که این امر بر خلاف شأن و جایگاه وکلای دادگستری است.

وی تصریح کرد: علی‌رغم صدور رأی دیوان عدالت اداری به نفع این‌گونه مؤسسات، اعتقاد راسخ داریم که کار این مؤسسات مداخله در امر وکالت بوده و به موجب ماده ۵۵ قانون وکالت مصوب ۱۳۱۵ جرم‌انگاری و قابل پیگرد و مجازات می‌باشد، از همین رو و از آنجایی که عمل این مؤسسات محدودکننده حقوق دفاعی آحاد مردم محسوب می‌شود اعتقاد داریم هم به جهت پیشگیری از وقوع جرم که مطابق اصل ۱۵۶ قانون اساسی یکی از وظایف ذاتی قوه قضاییه می‌باشد و هم از جهت مخالفت صریح با ماده ۵۵ قانون وکالت، قوه قضاییه وظیفه دارد با این‌گونه مؤسسات برخورد قضایی نماید.

امیر تقی‌پور در ادامه در پاسخ به سؤال یکی از خبرنگاران که در خصوص علت صدور پروانه وکالت برای قضات بازنشسته پرسیده بود، گفت: صدور پروانه وکالت برای قضات بازنشسته و کارمندان بازنشسته دستگاه‌های دولتی، در حال حاضر برای کانون وکلا یک تکلیف قانونی است، ماده ۸ قانون لایحه استقلال کانون وکلای دادگستری مصوب ۱۳۳۳ در حال حاضر مستند صدور پروانه برای این‌گونه متقاضیان میباشد، این قانون در زمان تصویب دارای مبنای

درست و قابل دفاعی بوده ولی بر اثر مرور زمان و بر اثر تحولات تاریخی و اجتماعی مبنای خود را از دست داده و در حال حاضر هیچ‌گونه مبنای منطقی برای صدور پروانه‌ی متقاضیان وجود ندارد.

بازرس هیأت مدیره کانون وکلای دادگستری گیلان در پایان، یکی از مشکلات اساسی در حوزه قانون گذاری را عدم به روز رسانی قوانین آن دانست و گفت: در سال ۱۳۳۳ که تعداد فارغ‌التحصیلان حقوق در کل ایران شاید به عدد ۱۰۰ نفر می‌رسید و از این صد نفر تعداد کمی به وکالت مشغول می‌شدند و مردم دسترسی به وکیل دادگستری نداشتند، قانون‌گذار برای این نقص، ماده ۸ را تصویب نمود اما در حال حاضر که پذیرش دانشجوی حقوق به حد ابتذال رسیده و در هر ده کوره‌ای دانشکده حقوق تأسیس شده و اقدام به صدور لیسانس و فوق لیسانس و حتی دکترای حقوق می‌نمایند، هیچ مبنا و ضرورتی وجود ماده ۸ قانون ذکر شده را توجیه نمی‌نماید و شایسته است که این ماده از سیستم حقوقی کشور حذف گردد.

- ***دکتر نظری نژاد: باید به‌سمت استفاده اجباری از وکلا و مشاوران حقوقی برویم***

یک عضو هیأت مدیره کانون وکلای دادگستری گیلان با تأکید بر نهادینه کردن وکالت اجباری در جامعه گفت: امیدواریم وکالت اجباری جهت آموزش حقوقی به شهروندان و برای جلوگیری از وارد آمدن خسارت و ضرر به آنان در جامعه ایجاد شود زیرا ضرورت دارد به‌سمت استفاده اجباری از وکلا و مشاوران حقوقی برویم.

دکتر محمدرضا نظری‌نژاد که به مناسبت اول مرداد ماه، بیستمین سالگرد تأسیس کانون وکلای دادگستری گیلان، در نشست اعضای هیأت مدیره این کانون سخن می‌گفت، با اشاره به این‌که حضور وکالت‌خانه‌های غیر مجاز باعث دلالی شده است، اظهار کرد: مرجع تعیین ظرفیت هر ساله برای کانون‌های وکلا، سه عضو هستند که دو عضو آن از دادگستری و یکی از کانون وکلاست بنابراین انحصاری نبوده و ادعای انحصار نمی تواند درست باشد. از سوی دیگر تعین حد نصاب براساس نیاز و امکانات دادگستری و کانون‌های وکلاست که ایرادی برآن نمی‌توان گرفت.

وی با بیان این‌که آزمون ورودی وکالت سخت است، افزود: در این آزمون به طور مثال در کانون گیلان بیش از هزار نفر شرکت و از این تعداد حدود ۷۰ نفر قبول می شوند که این افراد عصاره فارغ التحصیلان جوان حقوق هستند. انجام تکالیف کارآموزی در دوره ۱۸ ماهه کارآموزی و نیز اختبار پس از آن، مقدمه اخذ پروانه وکالت پایه یک هستند که مجموعا زمینه شایسته سالاری را فراهم می‌نماید.

وی در ادامه طرح هایی که بدون رعایت فرایند پیش گفته در پی حذف حد نصاب ورودی هستند را مخالف شایسته سالاری ارزیابی نمود که متضرر از آن جامعه‌ای است که خواهان استفاده از خدمات وکیل هستند.

این وکیل پایه یک دادگستری در رابطه با راهکارهای قانونی مقابلـه بـا آسـیب هـای اجتمـاعی تصریح کرد: راهکار مقابله با بحران‌ها و آسیب‌های اجتماعی صرفاً قانون نیست بلکه رفـع عیـوب ساختار آموزشی، فقر و سامان‌دهی مسائل اقتصادی در ایـن رابطـه از اهمیـت بیشـتری برخـوردار هستند و البته در این رابطه خلاءهای قانونی زیادی نیز وجود دارد.

محمدرضا نظری نژاد عضو اصلی هیأت مدیره کانون وکلای دادگستری گیلان در مورد سخت فهم بودن مفاهیم قانون حقوق گفت: از نظر بنده این یک ایراد است به ایـن جهـت کـه در قـانون مدنی قوانین بعد از ۱۵ روز از انتشار لازم‌الاجرا هستند و از سوی دیگر ادعا می‌شود که جهـل بـه قانون مسموع نیست و باید قانون به زبان ساده و همه فهم باشد.

وی افزود: اما در جامعه ما قانون به صورت سخت نوشتاری نگارش مـی‌شـود جـدای از ایـن ایراد باید قبول کنیم که حقوق یک تخصص است که هرکس با خواندن قانون امکان دستیابی به آن را ندارد و ضروری است که جامعه به سمتی برود که در کارهـای خـود از حقـوق دانـان و وکـلا استفاده کنند و استفاده از مشاور حقوقی قطعا باب دعاوی و اختلافات بسیاری را مسدود می‌کند.

نظری‌نژاد در ادامه با بیان این‌که اخیراً دیوان‌عالی کشور وحدت رویه‌ای برای برابری دیـه زن و مرد در نظر گرفته است تصریح کرد: این وحدت رویه به معنای برابـری دیـه زن و مـرد از لحـاظ قانونی نیست.

وی با بیان این‌که فقط قانون‌گذار می‌تواند، قانون برابری دیه زن و مـرد را تـدوین و تصـویب کند، افزود: براساس قانون فقهی دیه زن نصف مرد است اما تحت تأثیر تحولات اجتماعی، قـدرت اجتماعی بانوان و برابر خواهی قانون‌گذار در تبصره ۵۵۱ قانون مجازات جنایت بر نفس (در قتـل) ما بین تفاوت دیه زن و مرد از محل صندوق تأمین خسارات بدنی و بخشی از آن محل بیمـه‌هـای اجباری پرداخت می‌شود و نه توسط قاتل.

وی تصریح کرد: برای جنایت بر عضو نیز رویه وحدتی صورت گرفتـه کـه از محـل صـندوق خسارات بدنی می‌توان برای مابه‌التفاوت زن و مرد پرداخت کرد، وگرنه قانون تغییر نکرده است.

عضو هیأت مدیره کانون وکلای دادگستری گیلان در پایان با انتقاد از پرداخت مابه‌التفاوت دیه زن و مرد از محل خسارت‌های بدنی به جای اصلاح قانون گفت: براساس قانون به جای کسی کـه مرتکب عملی ناشایست شده، از محل یاد شده مابه‌التفاوت دیه زن و مرد پرداخت می‌شود.