

پژوهشنامه‌ی  
حقوق تطبیقی  
(دوفصلنامه)

دوره‌ی چهارم / شماره‌ی پنجم  
بهار و تابستان ۱۳۹۹

## پژوهشنامه‌ی حقوق تطبیقی

صاحب امتیاز و ناشر: دانشگاه مازندران

مدیر مسؤول: دکتر جواد تقی زاده

سر دبیر: دکتر حمید ابهری

مدیر داخلی: دکتر مسعود فریادی

اعضای هیأت تحریریه:

دکتر حمید ابهری	استاد دانشگاه مازندران
دکتر محسن ایزانلو	دانشیار دانشگاه تهران
دکتر علی اکبر ایزدی فرد	استاد دانشگاه مازندران
دکتر ابوالحسن شاکری	استاد دانشگاه مازندران
دکتر محمد عیسایی تفرشی	استاد دانشگاه تربیت مدرس
دکتر بیژن عباسی	دانشیار دانشگاه تهران
دکتر محسن عبدالهی	دانشیار دانشگاه شهید بهشتی
دکتر کیومرث کلاتتری	استاد دانشگاه مازندران
دکتر پژمان محمدی	دانشیار دانشگاه شهید چمران

ویراستار فارسی: سید صادق بردبار ویراستار انگلیسی: دکتر زهرا محمودی

حروفچینی و صفحه آرایی:

کارشناس نشریه: رابعه مهدی پور

شمارگان: ۵۰ نسخه

چاپ و صحافی: کتیبه

قیمت: ریال

نشانی: بابلسر- پردیس دانشگاه مازندران- دانشکده حقوق و علوم سیاسی- دفتر پژوهشنامه حقوق تطبیقی

تلفکس: ۰۱۱۳۵۳۰۲۱۰۴

نمابر: ۰۱۱۳۵۳۰۲۱۰۲

پست الکترونیکی: [pajohesh.l-p@umz.ac.ir](mailto:pajohesh.l-p@umz.ac.ir)

نشانی اینترنتی: [www.lp.umz.ac.ir](http://www.lp.umz.ac.ir)

این دوفصلنامه مسئول آرا و نظریات مندرج در مقالات نیست. دوفصلنامه در ویرایش مطالب آزاد است.

## اسامی داوران این شماره‌ی پژوهشنامه‌ی حقوق تطبیقی

استاد دانشگاه مازندران	دکتر حمید ابهری
استادیار دانشگاه مازندران	دکتر فرهاد الله وردی
دانشیار دانشگاه مازندران	دکتر جواد تقی زاده
استادیار دانشگاه مازندران	دکتر آزاده صادقی
استادیار دانشگاه مازندران	دکتر ام البنین رمضان زاده
استادیار دانشگاه مازندران	دکتر سید حسن حسینی مقدم
استادیار دانشگاه مازندران	دکتر محمد فرزندگان
دانشیار دانشگاه قم	دکتر علی مشهدی
دانشیار دانشگاه مازندران	دکتر مرتضی نجابت خواه

انتشار این نشریه بر اساس موافقتنامه‌ی شماره‌ی ۹۱/۲۸۴۴۶ مورخ ۹۱/۱۲/۲۰ هیات نظارت بر مطبوعات وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی است و مقالات این دو فصلنامه در ارتقای اعضای هیات علمی موثر است.

## به نام خداوند جان و خرد

سخن سردبیر

خداوند بزرگ را سپاسگزاریم که با همدلی و همکاری پویندگان علم حقوق، اولین شماره پژوهشنامه حقوق تطبیقی با گروه دبیران جدید منتشر شده است. انتشار پژوهشنامه حقوق تطبیقی در واقع تداوم فعالیت علمی پژوهشنامه حقوق و علوم سیاسی دانشگاه مازندران است که پس از انتشار ۳۱ شماره با مجوز وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی تغییر نام داده است. با تقدیم این شماره از مجله از همه فرهیختگان، دانشوران و اندیشمندان و فعالان عرصه‌ی علم و پژوهش حقوق انتظار می‌رود با ارسال مقالات ارزشمند خویش بر غنای علمی دو فصلنامه بیفزایند و زمینه ارتقای سطح علمی مجله را فراهم نمایند. از همکاران ارجمند که عضویت در گروه دبیران مجله را پذیرفتند، کمال تشکر و قدردانی را دارم.

دکتر حمید ابهری

سردبیر پژوهشنامه حقوق تطبیقی

دانشگاه مازندران

# راهنمای نگارش و تدوین مقالات پژوهشنامه حقوق تطبیقی

از مؤلفان گرامی تقاضا می‌شود برای جلوگیری از تأخیر در داوری و انتشار به موقع دو فصلنامه، هنگام ارسال مقاله به نکات زیر توجه فرمایند:

## اهداف پژوهشنامه:

- ۱- اشاعه و نشر تحقیقات و پژوهش‌های انجام شده در زمینه حقوق تطبیقی
- ۲- کمک به توسعه و اعتلای دانش در زمینه حقوق تطبیقی
- ۳- فراهم نمودن زمینه مناسب برای تبادل افکار و اطلاعات میان مراکز دانشگاهی و تحقیقاتی کشور در زمینه حقوق تطبیقی

## موضوع مقالات:

موضوع مقالات باید در زمینه‌های حقوق تطبیقی باشد.

## شرایط بررسی مقالات:

- ۱- در جهت هدف‌ها و در قالب موضوعات تعیین شده باشد.
- ۱- حاصل مطالعات، تجربه‌ها و پژوهش‌های نویسنده باشد.
- ۲- اسامی افراد در متن و در داخل پرانتز به زبان اصلی آورده شود.
- ۳- واژه‌ها و اصطلاحات خارجی به صورت اعداد از ۱ تا ... شماره‌گذاری شده و در انتهای مقاله آورده شوند.
- ۴- مقاله قبلاً در نشریه یا مجموعه مقالات سمینارها و مجامع علمی دیگر چاپ نشده باشد.
- ۵- زبان رسمی مجله فارسی است.
- ۶- مقاله باید مشتمل بر چکیده فارسی و انگلیسی (۲۵۰-۲۰۰ کلمه معادل حداکثر ۱۵ سطر) واژه‌های کلیدی، مقدمه، بدنه اصلی، نتیجه‌گیری و فهرست منابع و مآخذ باشد.
- مقالات مروری (Review Article) از نویسندگان مجرب و صاحب مقالات پژوهشی در زمینه مورد بحث، به شرطی پذیرفته می‌شود که منابع معتناهی در تحقیق مورد استفاده قرار گرفته باشد.
- ۷- مقالات ارسالی باید در صفحات کاغذ A4 یکرو با فاصله تقریبی میان سطور ۱/۵ سانتیمتر ترجیحاً با قلم یا قوت نازک فونت ۱۲ (برای اصطلاحات لاتین با قلم تایمز ۱۲) تحت نرم‌افزار Word حروفچینی شود و به دفتر پژوهشنامه ارسال شود. ارسال فایل مقاله بعد از پذیرش آن ضروری است.
- ۸- مقالات ارسالی به جز اصل مطالب باید دارای صفحات ذیل باشند:

### صفحه اول:

- عنوان مقاله به انگلیسی و فارسی، نام نویسنده یا نویسندگان به انگلیسی و فارسی (نام نویسنده عهده‌دار مکاتبات با ستاره مشخص شود).
- رتبه علمی و نام مؤسسه یا محل اشتغال نویسنده یا نویسندگان به فارسی و انگلیسی
- نشانی کامل نویسنده عهده‌دار مکاتبات: شامل شماره تلفن و نشانی پست الکترونیکی
- \* چنانچه مقاله حاصل طرح پژوهشی باشد در صفحه اول درج شود.

### صفحه دوم:

- عنوان کامل مقاله به انگلیسی
- چکیده انگلیسی (حداکثر ۲۵۰ واژه)
- کلید واژگان انگلیسی (حداکثر پنج واژه)

### صفحه سوم:

- عنوان کامل مقاله به فارسی
- چکیده فارسی (حداکثر ۲۵۰ واژه)
- کلید واژگان فارسی (حداکثر پنج واژه)
- ۹- ارجاعات در متن مقاله داخل پرانتز به صورت (نام خانوادگی، سال، صفحه) آورده شود.
- ۱۰- فهرست منابع به ترتیب حروف الفبا (ابتدا فارسی و سپس انگلیسی) آورده شود.
- ۱۱- در ذکر منابع از الگوی زیر استفاده شود:
- الف- کتاب: نام خانوادگی، نام: نام کتاب، نام مترجم، دوره‌ی چند جلدی، نوبت چاپ، نام ناشر، محل نشر، سال نشر.
- ب- مقاله: نام خانوادگی، نام: «عنوان مقاله»، نام نشریه، دوره یا جلد، شماره نشریه، سال نشر.
- ۱۲- مقاله‌های رسیده ابتدا از طرف هیأت تحریریه مورد بررسی قرار می‌گیرد و در صورتی که مناسب تشخیص داده شود توسط سه نفر از صاحب‌نظران به صورت محرمانه داوری خواهد شد.
- ۱۳- مسؤولیت صحت و سقم مطالب به عهده نویسنده است.
- ۱۴- مقالات برگرفته از پایان‌نامه کارشناسی ارشد یا رساله دکتری در صورتی که مسؤولیت آن را استاد راهنما قبول کرده باشد قابل بررسی است.
- ۱۵- حداکثر حجم مقالات، شامل جدول‌ها و منحنی‌ها ۲۰ صفحه می‌باشد.
- ۱۶- پژوهشنامه حق رد یا قبول و نیز ویراستاری مقالات را برای خود محفوظ می‌دارد.

## « فهرست مقالات »

صفحه	عنوان
۹	شروط غیرمنصفانه در قراردادهای تجاری الکترونیکی در حقوق ایران و اروپا حمید ابهری، مهدی فلاح خاریکی
۲۵	بررسی تطبیقی ارزش اثباتی شهادت فاقد شرایط در دادرسی مدنی حسین اسمعیلی
۵۹	بررسی تطبیقی مصونیت داور در حقوق ایران، در مقایسه با نظام داوری تجاری بین‌الملل و نظام داوری داخلی ایالات متحده ی آمریکا و انگلستان و ولز جعفر براتی، احمد خسروی، حمید برزگری دهج
۸۳	قتل عمد غیراصابتی در فقه اسلامی و مقررات ایران (مطالعه‌ی تطبیقی) جمال بیگی، ادريس آزموده
۱۰۷	اثر توافق خصوصی بر وظایف و تکالیف دارنده‌ی سند تجاری در حقوق ایران با مطالعه‌ی تطبیقی در کنوانسیون ژنو ۱۹۳۱ و ۱۹۳۰ سید حسن حسینی مقدم، سام محمدی
۱۳۵	مقایسه‌ی سیستم مقطوع پرداخت خسارات و سیستم پرداخت تدریجی در ضرر بدنی با مطالعه‌ی تطبیقی (در نظام‌های حقوقی ایران، ایالات متحده‌ی آمریکا و انگلستان) فاطمه سادات حسینی، حسن بادینی
۱۵۷	بررسی ضمانت‌های منع شکنجه در اسناد حقوق بین‌الملل بشر و قوانین و مقررات ایران مریم حیدری پوری، سید باقر میرعباسی، ابومحمد عسگرخانی
۱۸۵	بررسی تطبیقی مولفه‌های حقوق شهروندی در قوانین اساسی ایران، مصر و تونس وحید خانی، محمد مظهری
۲۰۹	بررسی تطبیقی قانونی سازی بیت کوین امیرمحسن شعبانی، محمد محسنی دهکلانی، سعید ابراهیمی
۲۳۹	مطالعه‌ی تطبیقی تعهد ایجابی ناشران اوراق بهادار به افشای اطلاعات در حقوق ایران و آمریکا مرتضی شهیدی، محسن شمس‌الهی
۲۸۱	مطالعه‌ی تطبیقی شرکت شخص واحد در حقوق ایران و اتحادیه‌ی اروپا با نگاهی به لایحه‌ی جدید تجارت مصوب ۱۳۹۱ مهدی فلاح خاریکی، فخرالدین اصغری آقمشهدی
۳۰۱	مفهوم تحلیلی اداره و مدل‌های آن سید مجتبی واعظی





## شروط غیرمنصفانه در قراردادهای تجاری الکترونیکی در حقوق ایران و اروپا

دکتر حمید ابهری<sup>۱</sup>

دکتر مهدی فلاح خاریکی<sup>۲</sup>

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۸/۱۲/۱۰

تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۰۶/۲۰

### چکیده

شرط غیرمنصفانه که در نظام حقوقی ایران در ماده ی ۴۶ قانون تجارت الکترونیکی مصوب ۱۳۸۲ ه.ش. حکم به عدم اثرگذاری آن شده است، نه تنها در این قانون؛ بلکه در سایر قوانین و مقررات نظام حقوقی ما تعریف نشده و ملاکی برای شناخت آن نیز ارائه نشده است. اما با توجه به مقررات و اصول بین المللی، شرط غیرمنصفانه شرطی است که باید از یک سو، موجب نابرابری عمده و فاحشی گردد و از سوی دیگر، مورد مذاکره‌ی مستقل و جداگانه قرار نگرفته باشد. در واقع، قراردادهای الکترونیکی با توجه به ویژگی‌های خاص خود، نیازمند پیش‌بینی اصولی است که عدالت قراردادی، آن گونه که در اصول و قواعد عمومی قراردادها وجود دارد، در آن رعایت شود. به همین دلیل، عدم نفوذ شروط غیرمنصفانه در نظام حقوقی ایران، اختصاص به قراردادهای الکترونیکی دارد. وانگهی با توجه به مبنای فرض عدم آگاهی طرف ضعیف قرارداد، نمی‌توان در کلیه‌ی قراردادهای منعقد شده میان افراد، حکم به عدم نفوذ شرط غیرمنصفانه داد.

**کلید واژگان:** شرط غیرمنصفانه، قرارداد الکترونیکی، ماده ی ۴۶ قانون تجارت الکترونیکی،

فرض عدم آگاهی.

---

<sup>۱</sup> (نویسنده مسئول) استاد گروه حقوق خصوصی دانشکده‌ی حقوق و علوم سیاسی دانشگاه مازندران، بابلسر، ایران.

(hamid.abhary@gmail.com)

<sup>۲</sup> استادیار گروه حقوق خصوصی دانشگاه آزاد اسلامی، واحد آیت الله آملی، آمل، ایران.

(mehdifallah@gmail.com)

## مقدمه

از قرن پانزده میلادی که نظریه‌ی جدید حمایت از طرف ضعیف قرارداد در حقوق عرفی (کامن لا) مطرح گردیده است. تاکنون تحولات شگرفی در این رابطه شکل گرفته است و در حال حاضر، کمتر نظام حقوقی‌ای را می‌توان یافت که با پیش‌بینی قانونی به حمایت این گروه ضعیف یعنی؛ مصرف‌کنندگان نپرداخته باشد. هرچند اصل آزادی اراده به عنوان یک اصل راهبردی در نظام قراردادی قابل احترام است؛ اما نمی‌توان همه جا به کارایی صرف آن دل بست. به همین دلیل با حفظ چارچوب کلی احترام به آزادی اراده در قراردادها باید راهکارهایی را جستجو کرد تا در فرض نابرابری یکی از طرفین قرارداد از سوء استفاده طرف مقابل جلوگیری کرد.

در حقوق ما قانونگذار در مواردی که نابرابری معاملی بین طرفین قرارداد وجود دارد تحت مقررات قانون موضوعه آورده است. به عنوان مثال، در ماده‌ی ۱۷۹ قانون دریایی ایران مصوب ۱۳۴۳ از امکان تغییر و یا بطلان قراردادی که تحت شرایط غیرعادلانه منعقد شده است، بحث شده است<sup>۱</sup> یا در ماده‌ی ۴۶ قانون تجارت الکترونیکی آمده است: «استفاده از شروط قراردادی خلاف مقررات این فصل و همچنین اعمال شروط غیرمنصفانه به ضرر مصرف‌کننده، مؤثر نیست». با این وجود شرط غیرمنصفانه در هیچ یک از قوانین و مقررات تعریف نشده است. از این رو، نمی‌توان با این سابقه در نظام حقوقی ما برای شرط غیرمنصفانه مبنای مستحکمی یافت.

تلاش برای توجیه شرط غیرمنصفانه تحت قواعد کلاسیک حقوقی این سوال را در ذهن ایجاد می‌کند که آیا قانونگذار صرفاً به دنبال اضافه کردن اصطلاحی دیگر در مفهوم و معنای اضطرار و نظیر آن بوده است؟ آیا توجیه ماده‌ی ۴۶ براساس اضطرار همراه با سوء استفاده که اکراه نامیده شده

---

۱. «هر قرارداد کمک و نجات که در حین خطر و تحت تاثیر آن منعقد شده و شرایط آن به تشخیص دادگاه غیر عادلانه باشد ممکن است به تقاضای هر یک از طرفین به وسیله‌ی دادگاه باطل و یا تغییر داده شود. در کلیه موارد چنانچه ثابت شود رضایت یکی از طرفین قرارداد بر اثر حيله یا خدعه یا اغفال جلب شده است و یا اجرت مذکور در قرارداد ذکر شده به نسبت خدمت انجام یافته فوق‌العاده زیاد و یا کم است دادگاه می‌تواند به تقاضای یکی از طرفین قرارداد را تغییر داده و یا بطلان آن را اعلام نماید.»

است و یا قاعده ی غبن و لاضرر می تواند مبتنی بر مقصود قانونگذار باشد؟ در این مقاله، جهت پاسخ به این پرسش ها، ابتدا به شناسایی مفهوم شرط غیرمنصفانه پرداخته شده و سپس مبنای ماده ی ۴۶ را بیان می شود و در پایان به این سوال مهم پاسخ داده خواهد شد که آیا ماده ی ۴۶ قابل سرایت به تمامی قراردادها علاوه بر قراردادهای الکترونیکی می باشد یا خیر؟

### ۱- ضوابط تحقق شرط غیرمنصفانه

ماده ی ۴۶ قانون تجارت الکترونیکی ایران مصوب ۱۳۸۲ ه.ش. حکم به عدم اثرگذاری شروط غیرمنصفانه می دهد.<sup>۱</sup> اما، نه تنها در این قانون بلکه در سایر قوانین و مقررات نظام حقوقی ما تعریف و ملاکی برای شناخت این شروط ارائه نشده است. بنابراین، برای شناسایی مفهوم شرط غیرمنصفانه با توجه به ماده ی ۳ قانون مذکور که مقرر می دارد: «در تفسیر این قانون همیشه باید به خصوصیت بین المللی، ضرورت توسعه ی هماهنگی بین کشورها در کاربرد آن و رعایت لزوم حسن نیت توجه کرد»، چاره ای جز رجوع به مقررات مرتبط نظام های حقوقی معاصر وجود ندارد.

یکی از قوانینی که به دادگاه ها اختیار داده است تا در صورت مواجهه با شروط غیرمنصفانه و ناعادلانه<sup>۲</sup> در قرارداد مداخله نمایند، قانون شروط غیرمنصفانه قراردادی مصوب ۱۹۷۷ انگلستان<sup>۳</sup> می باشد. عنوان این قانون شاید این تصور را به وجود آورد که درصدد برخورد با کلیه ی شروط قراردادی غیرعادلانه و غیرمنصفانه می باشد، حال آنکه این قانون، عمدتاً در صدد حمایت از مصرف کنندگان در برابر شروط محدود کننده ی مسئولیت<sup>۴</sup> است و در صورتی قابل اجرا می باشند که طبق معیارهای مصرح بند دوم ماده ی ۱۱ همان قانون، متعارف و معقول باشند (شیروی، ۱۳۸۱: ۱۱).

<sup>۱</sup>. ماده ۴۶ قانون تجارت الکترونیکی: «استفاده از شروط قراردادی خلاف مقررات این فصل و همچنین اعمال شروط غیرمنصفانه به ضرر مصرف کننده، مؤثر نیست».

<sup>۲</sup>. Unfair Terms.

<sup>۳</sup>. Unfair Contract Terms Act of 1977 Available at: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1977/50>.

<sup>۴</sup>. Exemption Clauses or Exclusion Clauses.

در قانون حمایت و دادن اطلاعات به مصرف‌کنندگان کالاها و خدمات فرانسه مصوب ۱۹۷۸<sup>۱</sup> که در جهت حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان به تصویب رسید از شرط تحمیلی<sup>۲</sup> تعریفی ارائه شده است. طبق ماده‌ی ۳۵ این قانون «یک شرط وقتی تحمیلی محسوب می‌شود که با سوء استفاده از قدرت اقتصادی یک طرف قرارداد به طرف دیگر قرارداد تحمیل شود و به صورت افراطی به نفع طرف سوء استفاده کننده از این قدرت باشد». این متن قانونی امروزه در ماده‌ال-۱۳۲-۱ قانون مصرف فرانسه جای گرفته است.<sup>۳</sup> علاوه بر آن در ماده یک قانون اول فوریه ۱۹۹۵ فرانسه راجع به شروط غیرمنصفانه<sup>۴</sup> تعریف شروط تحمیلی بدین صورت آمده است: «در قراردادهای منعقد شده بین صاحبان حرف و مصرف‌کنندگان، شروطی تحمیلی محسوب می‌شوند که موضوع یا آثار آنها نابرابری معناداری بین حقوق و تعهدات متعاقدان به ضرر مصرف‌کننده ایجاد کند» (به نقل از کریمی، ۱۳۸۱: ۷۵ و ۷۶). همان‌گونه که مشاهده می‌شود در حقوق فرانسه از شرط غیرمنصفانه با عنوان شروط تحمیلی یاد می‌کنند که دارای یک ویژگی اساسی است و آن اینکه شرط، عدم تعادل فاحشی را میان حقوق و تعهدات طرفین قرارداد سبب شود.

مطابق ماده‌ی ۳ دستورالعمل EEC/۹۳/۱۳ اتحادیه‌ی اروپا مصوب ۱۹۹۳ شرط غیر منصفانه در قرارداد با مصرف‌کننده «شرطی است که به صورت مجزا و جداگانه میان طرفین مورد مذاکره واقع نشده باشد و بر خلاف قاعده‌ی حسن نیت بوده و عدم تعادل عمده‌ای در حقوق و تکالیف قراردادی به زیان مصرف‌کننده ایجاد نماید». طبق این ماده، شرط غیرمنصفانه نه تنها باید همانند آنچه که در حقوق فرانسه گفته شده است، در حقوق و تکالیف ناشی از قرارداد نابرابری عمده‌ای به زیان مصرف‌کننده ایجاد نماید؛ بلکه علاوه بر آن باید دو شرط دیگری هم داشته باشد: اول اینکه

<sup>۱</sup> . Loi n°78-23 du 10 janvier 1978 sur la protection et l'information des consommateurs de produits et de services. Available at: <http://www.legifrance.gouv.fr>.

<sup>۲</sup> . Clause Abusive

<sup>۳</sup> . Code de la consommation, Modifié par Loi n°2010-737 du 1er juillet 2010 - art. 62. Available at: <http://www.legifrance.gouv.fr>.

<sup>۴</sup> . Loi n°95-96 du 1 février 1995 concernant les clauses abusives et la présentation des contrats et régissant diverses activités d'ordre économique et commercial. Available at: [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr).

به صورت جداگانه و منفرد مورد مذاکره و توافق طرفین قرار نگرفته باشد؛ یعنی این شرط از قبل توسط عرضه کننده و یا فروشنده تهیه و به مصرف کننده ارائه شده و مصرف کننده نمی‌توانسته تغییری در شرط مزبور به وجود آورد، به این دلیل که آن شرط در یک قرارداد نمونه قرار داشته است. دوم اینکه شرط مزبور خلاف قاعده حسن نیت باشد. یعنی اینکه باید توجه شود که قدرت معاملی و چانه زنی طرفین معامله در زمان انعقاد قرارداد رعایت شده است یا اینکه مصرف کننده در انعقاد قرارداد با چنین شروط غیرمنصفانه‌ای دلیل و انگیزه خاصی داشته است و آیا کالاها و خدمات موضوع قرارداد به ازای سفارش خاص مصرف کننده ارائه شده است (شیروی، ۱۳۸۱: ۱۶).

برخلاف قانون شروط غیرمنصفانه قراردادی مصوب ۱۹۷۷ انگلستان که صرفاً به شروط محدود کننده‌ی مسئولیت توجه دارد، دستورالعمل اتحادیه‌ی اروپا کلیه‌ی شروط ناعادلانه و غیرمنصفانه را تحت پوشش قرار می‌دهد. بند یک ماده‌ی ۵ مقررات ناظر به شروط غیرمنصفانه در قراردادهای مصرف کننده مصوب ۱۹۹۹ انگلستان در جهت اجرای دستورالعمل ۹۳/۱۳ شورای اروپا مصوب ۱۹۹۳ شرط غیرمنصفانه را شرطی می‌داند که برخلاف قاعده‌ی حسن نیت، موجب نابرابری عمده میان حقوق و تکالیف طرفین قرارداد گردد و مورد مذاکره‌ی جداگانه هم قرار نگرفته باشد.

با توجه به مطالب مذکور، مشخص می‌شود که شرط غیرمنصفانه باید از یک سو موجب نابرابری عمده و فاحشی گردد و از سوی دیگر، مورد مذاکره مستقل و جداگانه قرار نگرفته باشد. بنابراین، در ذیل به طور جداگانه به بررسی این دو شرط اساسی برای شرط غیرمنصفانه پرداخته خواهد شد.

### ۱-۱- شرط موجب نابرابری عمده و فاحش میان طرفین

قرارداد وسیله‌ی مرسوم توزیع و مبادله‌ی ثروت است. دو طرف قرارداد برای نفع خاص خود فعالیت می‌کنند و هرکدام از طرفین می‌خواهد در دادوستد سود بیشتری ببرد. قانون نیز ابتکار و

<sup>1</sup> Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999 that is available at: <http://www.legislation.gov.uk>.

تلاش برای سود بردن را مشروع و لازمه‌ی آزادی قراردادی می‌داند. اما گاه، نابرابری ارزش‌های مبادله شده چندان زیاد است که تعادل اقتصادی قرارداد برهم می‌خورد. آنچه روی داده، به برخورد دو اراده آزاد و سودجو نمی‌ماند. چنین نابرابری را عرف تاب نمی‌آورد و مقاومت قانون را در پی خواهد داشت تا به گونه‌ای از زیان متضرر بکاهد (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۳۹۹). البته صرف نابرابری سبب نمی‌شود که شرط یا قرارداد غیرمنصفانه تلقی گردد؛ بلکه زمانی شرط، غیرمنصفانه تلقی می‌گردد که موجب نابرابری عمده و فاحشی میان طرفین قرارداد گردد به این نحو که یکی از طرفین قرارداد به دلیل وجود شرط، تعهد گزافی را برعهده بگیرد که در مقابل آن، چیز متناسب و متعارفی از لحاظ ارزش به دست نیآورد. در نتیجه، از این طریق، سود هنگفتی عائد طرف مقابل شود. در واقع، باید در هر مورد، بررسی شود که وجود شرط در قرارداد، وضعیت ناعادلانه و نامتوازن فاحشی به وجود می‌آورد که از دید انسان متعارف و معقول قابل پذیرش نباشد.<sup>۱</sup>

در هر حال، شرطی که سبب شود میان ارزش آنچه که باید پرداخته یا انجام شود و ارزشی که در برابر آن دریافت می‌گردد تعادل و توازن نباشد و این عدم تعادل بسیار فاحش باشد شرط موجب نابرابری، فاحش و عمده قلمداد می‌گردد.

معیار تمیز نابرابری فاحش، عرف است و به دشواری می‌توان تناسب ثابتی را بین ارزش‌های مبادله شده معین کرد و مرز سود متعارف و غیر معقول را شناخت. داوری عرف هم شکننده و انعطاف پذیر است و به تناسب سنخ معامله و شرایط آن و نیاز جامعه به مبادله‌ی کالا تفاوت دارد. پس عرف باید نابرابری فاحش را تمیز دهد و دادرس نباید صرفاً به انگیزه‌های دو طرف قرارداد رجوع کند. معیار تمیز، عرف و عادت قراردادی است؛ باید دید آیا انسانی متعارف و معقول در

<sup>۱</sup>. این شرط شاید در بادی امر با نهاد حقوقی غبن در حقوق ما بسیار نزدیک باشد؛ اما تفاوت در این است که در غبن، مغبون به دلیل ناآگاهی به پذیرش شروطی مبادرت می‌ورزد که تعادل میان ارزش عوضین را به طور کلی برهم می‌زند. در واقع، غبن برهم خوردن تعادل اقتصادی ارزش عوضین به ضرر یک طرف عقد است بدون اینکه متضرر در هنگام عقد بدان علم داشته باشد. اما، در بحث حاضر، ظاهراً خریدار نه به دلیل ناآگاهی بلکه به دلیل دیگر مجبور به پذیرش شرطی می‌شود که نابرابری فاحشی را میان وی و طرف قوی قرارداد ایجاد می‌کند.

شرایط ویژه معامله، چنان نابرابری فاحشی را تحمل می‌کند یا آن را ضرری ناروا می‌بیند. به عبارت دیگر، آیا این نابرابری بیش از اندازه‌ای که عرفاً قابل تحمل است می‌باشد یا خیر (صفایی، ۱۳۸۲: ۲۸۰) البته دادگاه می‌تواند علاوه بر توجه به معیارهای عینی و خارجی، به معیارهای شخصی همانند سن بدهکار، تجربه، توانایی تجاری، وضعیت سلامتی و روانی و شرایط و وضعیت اقتصادی و فشارهای مالی وارده در زمان انعقاد قرارداد نیز توجه نماید (Beatson, 1998, 290).

## ۲-۱- عدم مذاکره مستقل و جداگانه شرط

یکی دیگر از مهمترین عوامل برای غیر منصفانه یا تحمیلی محسوب شدن یک شرط آن است که به صورت جداگانه و منفرد مورد مذاکره قرار نگرفته باشد. به این نحو که اگر شرطی در قرارداد گنجانده شود که خلاف قاعده ی حسن نیت باشد و سبب نابرابری عمده گردد در صورتی غیر منصفانه تلقی می‌گردد که طرفین قرارداد مستقلاً آن را به عنوان یکی از موضوعات مذاکره خود در نظر گرفته نباشند. در ماده ی ۴،۱۱۰ اصول حقوق قراردادهای اروپایی نیز به این موضوع اشاره شده است که «اگر شرطی جداگانه مورد مذاکره و توافق قرار نگرفته باشد و در عین حال، مخالف مقتضیات حسن نیت و معامله منصفانه باشد و موجب نابرابری‌های عمده در حقوق و تعهدات قراردادی طرفین شود، طرف زیان‌دیده می‌تواند این شرط را با لحاظ طبیعت اجرای تعهدات قراردادی ابطال نماید».<sup>۱</sup>

به منظور شناسایی شرط غیرمنصفانه، آنچه که کمتر به صورت جداگانه مورد بررسی قرار گرفته است همین عامل مذاکره منفرد است. حتی اگر شرطی خلاف قاعده ی حسن نیت باشد و موجب نابرابری، باز هم بدون عامل عدم مذاکره ی منفرد، نمی‌تواند غیرمنصفانه تلقی گردیده و واجد اثر حقوقی باشد. بنابراین شرط غیرمنصفانه شرط موجب نابرابری است که جداگانه مورد مذاکره و توافق قرار نگرفته باشد.

<sup>1</sup> The Principles of European Contract Law 1998 (PECL). Available at: <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/textef.html#a4110>.

ملاک تحقق چنین شرطی، نخست این است که شرط موصوف قبلا در پیش نویس قرارداد گنجانده شده و در نتیجه مصرف کننده امکان و توانایی اطلاع از ماهیت شرط را خصوصا در قراردادهای نمونه که از پیش تنظیم می‌شوند، داشته باشند. اما مسئله‌ای که در اینجا اهمیت پیدا می‌کند آن است که در قراردادهای منعقد با وسایل ارتباطی الکترونیکی، پیش نویس قرارداد به مفهومی که در قراردادهای عادی مرسوم است، وجود ندارد و شروط اساسا به صورت یک صفحه ضمیمه بیان می‌شوند. در پاسخ باید گفت که منظور از پیش نویس و مذاکرات مقدماتی آن است که در نتیجه‌ی آن، مصرف کننده امکان اطلاع از مفاد شرط را داشته باشد و از آنجایی که در معاملات واقع شده از طریق وب، مرحله‌ای با عنوان مذاکرات مقدماتی وجود ندارد. از این رو، باید بر این اعتقاد بود که در این گونه معاملات، منظور از مذاکرات مقدماتی، شروط و اطلاعات مقدماتی (موضوع بند و او ماده ی ۳۳ قانون تجارت الکترونیکی) می‌باشد که تامین کننده، مکلف به ارائه‌ی آنها به مصرف کننده است. پس، اطلاعاتی که به همراه مندرجات تارگه (صفحه وب) ارائه می‌شود به منزله‌ی پیش نویس است.

از سوی دیگر، در قراردادهای فروش کالا و به طور کلی تر، قراردادهای مصرف کننده که خریدار معمولا قدرت چانه‌زنی پایین تری نسبت به فروشنده دارا است، نابرابری در برخورداری از اطلاعات به همراه شرایط شخصی و اقتصادی ممکن است به نابرابری در توان چانه‌زنی میان طرفین قرارداد بیانجامد. این اصطلاح نخستین بار توسط قاضی لرد دیننگ در پرونده «Lloyds Bank Ltd v Bundy»<sup>۱</sup> به کار گرفته شده است.

۱. در پرونده «Lloyds Bank Ltd v Bundy» خواننده، پیرمرد کشاورزی است که خود و فرزندش، سالها مشتری بانک خواهان بوده‌اند. پسر خواننده شرکتی تاسیس می‌کند که آن شرکت نیز مشتری بانک بوده است. در سال ۱۹۶۶ خواننده بدهی شرکت فرزندش را که بالغ بر ۱۵۰۰ پوند بوده است ضمانت می‌کند و مزرعه خود را جهت تضمین پرداخت بدهی، نزد بانک رهن می‌گذارد. متعاقب آن، بدهی شرکت مذکور افزایش می‌یابد و بانک خواهان تضمین بیشتری می‌گردد. در ماه می ۱۹۶۹ خواننده که مشاوره حقوقی دریافت می‌دارد قرارداد جدیدی مبنی بر تضمین مبلغ ۱۱۱۰۰۰ پوند دیگر را امضا می‌کند. در دسامبر همان سال، مدیر بانک به ملاقات خواننده می‌رود و به او متذکر می‌شود که اگر بناست تسهیلات بانک برای شرکت فرزندش ادامه داشته باشد خواننده باید یک تضمین ۱۴۵۰۰ پوندی



قرارداد می‌تواند معلول دلایل مختلفی از جمله فشار روحی، شخصی و اجتماعی، ضعف روانی و به طور کلی سودجویی ناعادلانه باشد. مقصود وی احتمالاً نه تنها عیوب سنتی تراضی مانند اشتباه، تقلب، اکراه و تدلیس را شامل می‌شود؛ بلکه شرایط واقعی و از پیش موجود اقتصادی و اجتماعی به هنگام امضای قرارداد، علم متقابل از مفاد قرارداد و مشارکت فعالانه هر دو طرف قرارداد در انعقاد را نیز شامل می‌شود. نابرابری شدید بین فروشنده و خریدار ممکن است فروشنده را به سوء-استفاده از موقعیت برتر اقتصادی و قراردادی خود ترغیب کند. افزون بر این، نابرابری در توان چانه‌زنی ممکن است نتیجه‌ی دخالت عوامل خارجی مانند شرایط بازار باشد. این امر ممکن است بر یک طرف قرارداد که احتمالاً استثمار او از سوی طرف مقابل وجود دارد فشار آورد. در چنین شرایطی خریدار نمی‌تواند اراده‌ی آزاد خود را بیان کند. حتی اگر چارچوب نظریه‌ی آزادی قرارداد را هم بپذیریم که برابری تام میان طرفین قرارداد غیرممکن است مساله‌ی اساسی ارائه‌ی اصولی است که بتواند گسترش صحیح توافقات قراردادی را کنترل نموده و بدون وقفه در جریان پویای اقتصاد بازار از طرف ضعیف حمایت کند (کاظم پور، ۱۳۸۹: ۶).

بنابراین یکی از اشکال فقدان شرط مذاکره‌ی منفرد ظاهر می‌شود که یکی از طرفین قرارداد، طرف مقابل را به شرطی متعهد کند بدون آنکه به وی اجازه‌ی مشارکت در تنظیم آن را بدهد، در این صورت، که در قراردادهای نمونه یا الحاقی صورت می‌پذیرد، طرفی که از موقعیت بازاری برتری برخوردار است شرایط خود را به دیگری تحمیل می‌نماید. بنابراین، چنانچه قرارداد یا برخی از شروط آن قبلاً تنظیم شده باشد و مصرف‌کننده در تغییر یا تعدیل آن نقشی نداشته باشد، چنین

---

دیگر بپردازد. در این مورد خواننده مشاوره حقوقی دریافت نمی‌دارد و با اعتماد به بانک قرارداد ضمانت جدید را امضا می‌کند. دادگاه تجدیدنظر رای داد که تضمین اخیر قابل اجرا نیست و باید کنار گذاشته شود؛ زیرا پیرمرد کشاورز، قبل از انعقاد قرارداد ضمانت اخیر، مشاوره‌ی حقوقی دریافت نداشته و خواهان از رابطه‌ی اعتمادی که بین او و پیرمرد کشاورز وجود داشته سوء استفاده کرده و قرارداد غیرمنصفانه و گزافی را به او تحمیل نموده است بدون اینکه تبعات و نتایج این قرارداد را برای او توضیح دهد و یا او را راهنمایی کند با یک مشاور حقوقی مستقل مشورت نماید (به نقل از: شیروی، ۱۳۸۱: ۷).

تلقی می‌گردد که این شرط به طور جداگانه مورد مذاکره قرار نگرفته است. این امر در بند دوم ماده‌ی ۵ مقررات شروط غیرمنصفانه قراردادی مصرف‌کننده مصوب ۱۹۹۹ انگلستان آمده است که به نظر صرفاً ناظر به قراردادهای استاندارد می‌باشد.

شکل دیگر عدم مذاکره‌ی مستقل، آن است که یکی از طرفین قرارداد با اضافه کردن شروطی به قرارداد و سعی در مخفی کردن آنها در میان شروط دیگر تلاش می‌کند تا از ناآگاهی طرف برای ایجاد تعهد به نفع خویش استفاده نماید. برای مثال، ممکن است تامین‌کننده، مفاد شروط قراردادهای الکترونیکی را توامان و به همراه مندرجات تارگانه (صفحه وب) ارائه نکند و مصرف‌کننده مجبور باشد برای ملاحظه‌ی آنها، انتهای صفحه را کلیک کند و یا اینکه مفاد شروط به صورت یک پنجره روی صفحه نمایشگر رایانه مصرف‌کننده ظاهر گردد یا از طریق استفاده از حروف کوچکتر و بدون ذکر وجود آنها به طرف دیگر، پنهان نگه داشته شوند، یا اینکه یک طرف قرارداد با سوء استفاده از موقعیت چانه‌زنی خویش، از شروط گمراه‌کننده و یا غیر شفاف استفاده کرده و طرف دیگر را از توجه به شروطی باز دارد که ممکن است حقوقش را به خطر اندازد. این موضوع معمولاً در قراردادهای مصرف‌کننده رخ می‌دهد جایی که اغلب خریداران، دانش و تخصص کافی را برای قضاوت کردن و درک کامل معنای هر یک از شروط مندرج در قرارداد ندارند.

بنابراین، شرط غیرمنصفانه شرط موجب نابرابری فاحشی است که مذاکره جداگانه و مستقل در آن مفقود است که فقدان مذاکره می‌تواند ناشی از عدم توانایی خریدار در تغییر مفاد قرارداد در قراردادهای استاندارد باشد یا اینکه ناشی از عدم آگاهی ماهوی یا شکلی در مواردی باشد که قرارداد امضا شود.

## ۲- مبنا و گستره ی شرط غیرمنصفانه

حال که شرایط تحقق شرط غیرمنصفانه شناخته شد باید دید که مبنای حکم عدم نفوذ چنین شرطی چیست؟ وانگهی آیا این حکم را می توان به عنوان یکی از قواعد عمومی در نظر گرفت که علاوه بر قراردادهای الکترونیکی، در تمام قراردادها نیز قابل اعمال باشد؟

### ۲-۱- مبنای حذف یا تعدیل شرط غیرمنصفانه

برای توجیه عدم اثرگذاری شرط غیرمنصفانه می توان مبنای متعددی را مطرح نمود که در ذیل به بررسی برخی از این نظریه ها می پردازیم تا ببینیم آیا این نظریه ها می توانند به عنوان مبنای حذف یا تعدیل شرط غیرمنصفانه قلمداد گردند؟

#### الف- نظریه ی غبن

به موجب این نظریه، درج شرط غیر منصفانه در قرارداد، برابری عوضین یعنی تعهدات قراردادی طرفین را بر هم می زند. برای حمایت از شخصی که بدین گونه مورد بهره برداری ناروا قرار گرفته است می توان تعهد گزاف را با استفاده از نظریه ی غبن بلااثر ساخت. در حقوق کشورهای مبنای غبن را در حفظ تعادل بین دو عوض و مربوط به نظم عمومی می بینند، این نظریه کارساز است. برای مثال، وفق ماده ی ۱۳۸ قانون مدنی آلمان و ماده ی ۲۱ قانون تعهدات سوئیس، هر عمل حقوقی که به وسیله ی آن، شخصی از عدم تجربه یا بی اطلاعی و احتیاج دیگری برای به دست آوردن سود نامتعارف استفاده کند باطل است به این معنا که عدم تعادل میان عوضین قرارداد و بهره برداری از درماندگی و ناآگاهی طرف قرارداد، دو عامل اساسی تحقق غبن در قرارداد است (کاتوزیان، ۱۳۸۳: ۵۱۰).

در حقوق ما، غبن در قرارداد که حق فسخ به مغبون می دهد بر مبنای قاعده ی لاضرر توجیه می شود و با توجه به ماده ی ۴۱۸ قانون مدنی، عدم آگاهی مغبون به غبن یکی از شرایط اساسی ایجاد این خیار به شمار می آید. از این رو، نمی توان برای توجیه عدم نفوذ شرط غیرمنصفانه، به غبن استناد نمود چراکه در این گونه موارد، خریدار عموماً از سنگینی تعهدی که بر عهده می گیرد و

نابرابری فاحشی که در قرارداد وجود دارد آگاه است؛ اما به دلایلی مجبور است که این نابرابری فاحش را بپذیرد.

### ب. نظریه‌ی امر معقول و متعارف

دکترین نامعقول بودن که در نظام حقوق عرفی معرفی شده است از مفهوم اکراه ناشی شد. نخستین بار مفهوم اولیه‌ی چانه‌زنی نامعقول توسط دادگاهها هر چند به صورت مبهم تشریح شد. طبق این نظریه چانه‌زنی نامعقول، چانه‌زنی نابرابر عنوان می‌شود به گونه‌ای که از سوی هیچ فرد عاقل و متعارفی سر نمی‌زند (کاظم پور، ۱۳۸۹: ۷). این دکترین بعدها در ماده ۲-۳۰۲ قانون متحد الشکل آمریکا آورده شد و به قاعده‌ای اساسی در حمایت از توافقات قراردادی و شروط تبدیل شد. گسترش روزافزون قراردادهای متحدالشکل در برابر قراردادهای مبتنی بر مذاکره، کاربرد احتمالی این دکترین را افزایش داده است. این قراردادها عموماً قراردادهای الحاقی نامیده می‌شوند (Pakoff, 1983, 1184).

در حقوق قراردادها عموماً این قراردادها الزام آور دانسته شده است. به این ترتیب، طرف تهیه کننده‌ی پیش نویس می‌تواند برای اداره معامله، قانون خود را وضع کند. چنانچه طرف ملحق شونده موافقت خود را با قرارداد پیش نوشته به صورت عمومی اعلام کند دادگاهها می‌توانند شروط آن را الزام آور تلقی کنند، اعم از اینکه طرف ملحق شونده آن عبارات را قبول داشته، فهمیده، خوانده یا درکی از محتوای آن داشته باشد یا خیر.

ماده ۲-۳۰۲ قانون متحد الشکل تجاری آمریکا، در نخستین عبارت بیان می‌دارد: «اگر دادگاه طبق قانون دریابد که قرارداد یا هر شرطی از آن در زمان انعقاد، نامعقول بوده است می‌تواند از اجرای قرارداد یا باقیمانده‌ی آن استنکاف یا اعمال شروط نامعقول را برای جلوگیری از نتایج نامعقول محدود نماید»<sup>۱</sup>.

<sup>1</sup>. Uniform Commercial Code that is available at: <http://www.law.cornell.edu>.

موضوع اساسی، درک رابطه‌ی میان نامعقول بودن و راهکارهای سنتی است چراکه نامعقول بودن بسیار عام‌تر از اکراه و نفوذ ناروا است. چراکه مواردی پیش می‌آید که هرچند اکراهی به وقوع نمی‌پیوندد اما شرط یا قرارداد نامعقول به شمار می‌آید. اگر اکراه و تدلیس را با نامعقول بودن مقایسه کنیم باید گفت که وظیفه‌ی اثبات دشواری را بر خواهان تحمیل می‌کنیم به گونه‌ای که نسبت به ادعای اکراه و تدلیس باید قرائن واقعی مبنی بر سوء استفاده، تهدید یا رفتار گمراه کننده ارائه شود. در حالی که در دکترین نامعقول بودن چنین وظیفه اثباتی وجود ندارد. در واقع براساس راهکارهای سنتی تنها وجود اشتباه، اکراه، تدلیس یا عمل خلاف نظم عمومی می‌تواند قرارداد را باطل نماید. در نتیجه سوءاستفاده از موقعیت برتر اقتصادی، شروط ظالمانه و شکل‌های دیگر رفتارهای ناعادلانه قراردادی تنها در موارد محدودی مورد خدشه قرار می‌گیرند.

نامعقول بودن در دو جهت قابل بررسی است؛ یکی نامعقول بودن ماهوی است به این صورت که یکی از طرفین قرارداد به دلیل نقص دانش و عدم آگاهی مجبور شود شرایط پیچیده‌ای را بپذیرد که به گونه آشکاری به ضرر وی است و دیگر آنکه یکی از طرفین قرارداد به دلیل توان پایین چانه زنی با تنظیم قرارداد از پیش نوشته‌ای که امکان دخل و تصرف در آن وجود ندارد موافقت به عمل آورد که نامعقول بودن شکلی قلمداد می‌گردد. (Slawson, 1971, p.529)

در حقیقت دو موضوع نامعقول بودن شکلی و ماهوی به دادگاهها این امکان را می‌دهد تا تقریباً تمام اشکال چانه زنی نابرابر را چاره جویی کنند. بنابراین اگر شروط صراحتاً توسط طرف ملحق شونده پذیرفته شوند در صورتی که در ماهیت خود نامعقول بوده و یا به شیوه‌های ناعادلانه شکلی تحمیل شوند می‌توانند بی اعتبار اعلام شوند.

### ج. فرض عدم آگاهی

بی تردید یکی از ویژگی‌های شرط غیرمنصفانه آن است که موجد نابرابری فاحشی میان طرفین قرارداد می‌گردد که به آسانی قابل تشخیص است. اما مشکلی که وجود دارد این است که فروشنده، قرارداد معتبری در دست دارد که یکی از شروط ضمن آن، واجد چنین ویژگی‌ای است. از این رو،

وقتی خریدار به امضای قرارداد مبادرت می‌ورزد و قرارداد منعقد می‌گردد، فرض بر این است که با آگاهی کامل از مفاد آن، تن به چنین قرارداد نابرابری داده است. طبق اصول حقوق قراردادها در تمام نظامهای حقوقی، هر شخصی آزاد است به هرگونه‌ای که تمایل دارد به انعقاد قرارداد مبادرت ورزد. یکی از خصوصیات قراردادهای معاوضی، تلاش طرفین برای به دست آوردن سود بیشتر در جریان چانه زنی است که سبب می‌شود که یکی از طرفین قرارداد دچار ضرر گشته و طرف مقابل سود ورزد. در واقع، ماهیت این گونه قراردادها بر این اصل استوار است اما، بازار، همیشه این آزادی و برابری را در مذاکرات و چانه زنی در اختیار همه اطراف عقد قرار نمی‌دهد. در نتیجه، زمینه را برای سوء استفاده برخی از فروشندگان فراهم نموده تا شرایط خویش را بر طرف دیگر قرارداد، تحمیل نمایند و از این طریق، زیان فاحشی را به خریدار ضعیف وارد می‌سازند.

دادگاهها بی تردید این نابرابری را می‌فهمند و از آن رنج می‌برند اما مانعی بر سر راه دادگاهها وجود دارد تا بتوانند به حمایت از خریدار مبادرت ورزند. قرارداد معتبر و امضای خریدار ذیل آن، دلیل بر آگاهی وی بر وجود چنین شروط غیرمنصفانه‌ای است. به همین دلیل، در نظامهای حقوقی و نظریه‌های مطرح شده در جهت حمایت از خریدار ضعیف بر نقص آگاهی وی و تلاش برای استفاده از این حربه تاکید می‌شود. بند اول ماده ۱۳۴۱ قانون مدنی ایتالیا اعلام می‌دارد: «شروط استاندارد مقرر شده توسط یکی از طرفین نسبت به طرف دیگر نافذ است مشروط بر اینکه هنگام انعقاد قرارداد طرف دوم از آنها اطلاع داشته یا با دقتی معمول و متعارف باید اطلاع می‌داشته است» (Gorla, 1962, 2). این بند، تلاش می‌کند تا با تحمیل دقت معمول در تصدیق محتوای قرارداد بر طرف ضعیف و در عین حال محکوم کردن هرگونه عمل ناعادلانه و یا گمراه کننده که طرف دیگر مرتکب آن می‌شود از آزادی چانه‌زنی مطلوب حمایت کند. بنابراین هرگاه طرفین صراحتاً شروط را تایید نمایند و آنها را آشکارا بپذیرند این شروط جزئی از قرارداد شده و فقط هنگامی الزام آور نیستند که قرارداد معتبر نباشد.

ممکن است چنین تصور شود که قانونگذار ایتالیا، این احتمال را فراموش کرده است که طرف ضعیف در نتیجه‌ی تاثیر منفی رفتارها و فشارها به اعلام رضایت ترغیب شود بدون آنکه مشمول

تقلب، تدلیس یا اکراه گردد. اما، باید گفت که این تصریح قانونگذار، واگذاری اختیار ضمنی به دادگاهها است تا آگاهی و اطلاع طرف ضعیف را به چالش بکشند.

همان گونه که در پرونده *Lloyds Bank v Bundy* بیان شده است، کسی که بدون دریافت مشاوره مستقل، قراردادی را منعقد می نماید که حاوی شرایط بسیار غیرمنصفانه و گزافی است و یا اموال خود را در مقابل ثمن اندکی واگذار می کند در حالی که به جهت نیاز و یا تمایلات شخصی خود و یا به دلیل بی سوادی و یا کم سواد و یا عقب افتادگی ذهنی و یا سایر معلولیت ها در وضعیت خاصی به سر می برد، چنین فردی در یک وضعیت نابرابر نسبت به طرف دیگر قرارداد، قرار دارد. در واقع، لزوم غیرمنصفانه قلمداد شدن، خاص وضعیت هایی است که نابرابری معاملی فاحشی به دلیل ناآگاهی یکی از طرفین وجود داشته باشد.

همان گونه که در نظریه ی معقول بودن گفته شد، دو موضوع نامعقول بودن شکلی و ماهوی، این امکان را به دادگاههای نظام کامن لا می دهد تا تقریباً تمام اشکال چانه زنی نابرابر را چاره جویی کنند. بنابراین اگر شروط صراحتاً توسط طرف ملحق شونده پذیرفته شوند در صورتی که در ماهیت خود نامعقول بوده و یا به شیوه های ناعادلانه شکلی، تحمیل شوند ممکن است بی اعتبار اعلام شوند. بنابراین، همه ی این شیوه ها و نظریه ها، ابزاری را در اختیار دادگاهها قرار می دهد تا به شیوه ای کاملاً یقینی از آگاهی و رضایت آزادانه طرف قرارداد مطمئن شوند. این امر در عبارت «مذاکره جداگانه» قابل تشخیص است.

در حقوق ایران، اصل آزادی قراردادی به موجب ماده ی ۱۰ قانون مدنی پذیرفته شده است. بر این اساس، عقد با تراضی واقع می شود و تشریفات خاص ندارد و همین که ایجاب و قبول واقع شد دو طرف عقد، ملزم به رعایت مفاد آن هستند و باید به پیمان خویش احترام گذارند و تعهد ناشی از آن را به اجرا درآورند و دادگاه نیز حق ندارد به بهانه ی اجرای عدالت و انصاف شرایط عقد را تعدیل یا مدیون را از آنچه به عهده دارد معاف نماید (کاتوزیان، ۱۳۸۳: ۱۴۶). به همین دلیل، متعهد نه تنها باید کاملاً معنای قرارداد را بداند؛ بلکه بتواند رضایت خویش را به گونه ای آزادانه اعلام

نماید. رضایتی که نتیجه‌ی تصمیم‌گیری از روی آگاهی است. به عبارت دیگر، اعلام اراده با آگاهی و صراحت خود به خود به فرایند چانه زنی میان طرفین قرارداد می‌انجامد.

در واقع، برای انعقاد قرارداد باید اراده دو طرف وجود داشته باشد و این اراده‌ها به گونه‌ای بیان گردند و علاوه بر آن موافق هم باشند تا تراضی که جوهر عقد است شکل بگیرد؛ ولی برای اینکه تراضی نفوذ حقوقی پیدا کند باید اراده‌ی طرفین سالم و از روی آگاهی و مبتنی بر رضای کامل باشد. از سوی دیگر، نقش اراده در انعقاد و آثار قراردادها به آزادی دو طرف در تصمیم‌گیری منوط است. اعمال حقوقی به مانند عقد زمانی اعتبار دارد که با اراده‌ی مبنای آن مطابق باشد چراکه نفوذ خود را از آن کسب می‌کند. خمیرمایه‌ی اراده را تصویری فراهم می‌آورد که شخص از واقعیت‌ها پیدا می‌کند. پس هرگاه این تصور به دلایلی با واقع موافق نباشد اراده را معلول می‌سازد و طبیعی است که قصد و رضای مبتنی بر چنین اراده‌ای اثر متعارف را نداشته باشد (کاتوزیان، ۱۳۸۳: ۳۹۵). بنابراین، ناآگاهی، فقدان اراده، معیوب بودن اراده یا رضایت طرفین به نوبه‌ی خود با عناوینی چون تدلیس، غبن، اکراه و اشتباه و... سبب بطلان یا عدم نفوذ قرارداد می‌شود. از این رو، بیان شفاف اراده باید به عنوان پیش شرطی برای اعتبار قرارداد تلقی گردد و اصل آزادی قراردادی باید به عنوان فرصتی تلقی گردد که به طرفین برای اتخاذ یک تصمیم آگاهانه در هنگام انعقاد قرارداد داده می‌شود.

چنانچه اشکالات فوق‌الذکر مطرح نباشد، دادگاه به خود اجازه نمی‌دهد در قراردادهای خصوصی افراد دخالت کرده و نقش میانجی در حفظ تعادل قراردادی را ایفا نماید. زیرا فرض بر این است که رضایت طرفین تحت تاثیر اکراه، تدلیس، اشتباه یا غبن حاصل نشده و طرف قرارداد نیز از مشکلات روانی رنج نمی‌برد. هر یک از طرفین قرارداد خود باید با دقت و آگاهی و مهارت و مشورت و اطلاعات تخصصی منافع خویش را حفظ نماید و نباید کس دیگری را به جای متضرر محکوم کرد و با دخالت در قراردادهای خصوصی، حقوق و مسئولیت‌های قراردادی را مختل نمود (شیروی، ۱۳۸۱: ۲).



با این وجود، گاهی شرایط واقعی و از پیش موجود اقتصادی و اجتماعی به هنگام امضای قرارداد، علم متقابل از مفاد قرارداد و مشارکت فعالانه هر دو طرف در انعقاد قرارداد را مخدوش می‌سازد. نابرابری شدید ممکن است فروشنده را به سوء استفاده از موقعیت برتر اقتصادی قراردادی خود ترغیب کند که خود نتیجه‌ی توان چانه زنی طرفین است. در چنین شرایطی خریدار نمی‌تواند اراده‌اش را آزادانه بیان کند. نابرابری در توان چانه زنی چالش مهمی در جمع کردن میان آثار اجتماعی و اجرای اصل آزادی قراردادی و ضرورت حمایت از خریدار و مصرف کننده ایجاد می‌کند.

یکی از مباحثی که در اینجا باید بدان پرداخت، قراردادهای الحاقی هستند که از جهت ماهیت جزء عقود به شمار می‌آیند و مبنای حقوقی و منبع الزام آور آن هم توافق و اراده‌ی طرفین است. هرچند در قانون مدنی ایران، نامی از قرارداد الحاقی به میان نیامده و از سایر قراردادها تفکیک نشده است، اما در عین حال، قانون مزبور، معامله مضطر را جزء عقود دانسته و آن را صحیح و نافذ شمرده است (ماده ی ۲۰۶ قانون مدنی).

حکم قراردادهای الحاقی را که از مصادیق معاملات اضطراری است بایست در دو فرض مختلف مورد بررسی قرار داد: اگر در این قراردادها صرفاً اضطرار محض در کار بوده؛ ولی طرف مقابل از این شرایط اضطراری سوء استفاده‌ای نکرده است، یعنی هرچند عرضه کالا و خدمت انحصاری بوده و مفاد و شرایط قرارداد را نیز طرف پیشنهاد کننده ارائه کرده و طرف ضعیف هم نسبت به پذیرش آن اضطرار داشته؛ اما در عین حال شروط غیرمنصفانه و غیر عادلانه‌ای در آن وجود ندارد و بهای کالا به قیمت متعارف تعیین شده، در این صورت این قراردادها صحیح و نافذ بوده و مجرد عدم توازن اقتصادی میان طرفین یا وجود اضطرار نسبت به قرارداد، به صحت و نفوذ قرارداد خللی وارد نمی‌کند. زیرا مصلحت ثبات و پایداری معاملات بر سایر مصالح ترجیح دارد و گرنه تعداد زیادی از معاملات روزمره مردم باطل خواهد بود.

در مقابل، اگر علاوه بر اضطرار، مسئله سوء استفاده از اضطرار نیز مطرح باشد، یعنی پیشنهاد-دهنده با سوء نیت از شرایط اضطراری موجود استفاده ناروا ببرد و شروط ظالمانه‌ای را به طرف

ضعیف و مضطر تحمیل کند یا این که خودش باعث ایجاد وضعیت اضطراری گردد تا بتواند از آن بهره‌برداری ناروا کند، در این گونه موارد، حقوق نمی‌تواند از کنار این ظلم و اجحاف به سادگی بگذرد.

در حقوق ایران، قانونگذار بسیاری از مواردی که نابرابری معاملی بین طرفین قرارداد وجود دارد تحت مقررات قانون موضوعه آورده است. در واقع، عدم ضرورت ایجاد یک قاعده‌ی کلی توسط دادگاهها تا حدی به این واقعیت مربوط می‌شود که قانونگذار در موارد مورد نیاز دخالت نموده و نیازی نبوده که قاعده کلی دیگری برای حمایت از طرف ضعیف و دخالت در قراردادهای خصوصی وضع نماید. بنابراین در مواردی که قانون موضوعه وجود داشته باشد دادگاهها بر این مبنا رای خواهند داد ولی در باره سایر موارد نسبت به قراردادهای خصوصی بایستی محتاط بود (شیروی، ۱۳۸۱: ۸).

اگر شرط غیرمنصفانه‌ای در قرارداد گنجانده شود که با توجه به قواعد کلاسیک حقوقی بسته به مورد به دلیل غبن، اکراه، عدم مشروعیت و... معتبر نباشد بحثی در این مورد وجود ندارد. اما، اگر شرط غیرمنصفانه با توجه به کلیه‌ی اصول حاکم، صحیح و معتبر باشد و نتوان به آن از این لحاظ خدشه ای وارد کرد پس مبنای ماده‌ی ۴۶ قانون تجارت الکترونیکی و توجیه آن چگونه است؟ صرف نابرابری چگونه می‌تواند شرط را از اعتبار بیندازد در حالی که در هر قراردادی احتمال سود و زیان می‌رود و طرفین با چنین قصدی وارد معامله می‌شوند؟

اگر مصرف کننده‌ای بدون مشارکت یا ملاحظه و آگاهی از متن شروط، اقدام به انعقاد قرارداد مصرف با تامین کننده کند و به علت وجود شروط غیر منصفانه مدعی بطلان و بی اعتباری آن شود، تنها در صورتی این شرط غیرمنصفانه است که نابرابری‌های عمده در حقوق و تعهدات طرفین به زیان مصرف کننده ایجاد نماید و اینکه مدعی بتواند خلاف آگاهی خویش را از متن قرارداد اثبات نماید. از نقطه نظر اثباتی، در صورت وجود ظهور بر اطلاع مصرف کننده به اطلاع از مفاد شرط، نامبرده مطلع از مفاد شرط فرض می‌شود. اما در صورت عدم ظهور موصوف، اثبات جداگانه مورد مذاکره واقع نشدن شرط به عهده‌ی کسی است که مدعی آن بوده و می‌خواهد از آن استفاده نماید.

بدیهی است که شخص مزبور کسی نیست جز مصرف کننده. با توجه به اصل عدم جداگانه مورد مذاکره واقع شدن شرط، مدعی که خلاف این اصل را ادعا می کند باید دلیل بیاورد.

به نظر می رسد در قرارداد الکترونیکی چون معامله از طریق الکترونیکی انجام می شود احتمال اشتباه و ناآگاهی و ضرر مصرف کننده بسیار محتمل است و قانونگذار برای نظم بخشیدن به این گونه معاملات، ناآگاهی و اشتباه و جهل مصرف کننده را مفروض دانسته تا هم قواعد کلاسیک را زیر پا نگذارد و هم از حقوق مصرف کننده حمایت کرده باشد و به این گونه معاملات نظم بخشد. با این تفسیر به نظر می رسد اگر فروشنده به گونه ای کاملاً یقینی مثلاً با اقرار مصرف کننده، ثابت کند که وی (مصرف کننده) آگاه بوده است و خودش نابرابری را به خاطر مصلحتی کاملاً شخصی همانند قراردادهای غیرالکترونیکی پذیرفته باشد و احتمال مخالفت شرط غیرمنصفانه با هیچ یک از قواعد سنتی حقوق قراردادها وجود ندارد، می تواند نفوذ شرط را به آن برگرداند.

این نظر به راحتی از مواد ۳۴ به بعد و به ویژه ماده ی ۳۷ قانون تجارت الکترونیکی قابل برداشت است. قانونگذار نگران این موضوع بوده است که مبدا این معاملات که بدون حضور طرفین است، وسیله ی تخلف از قواعد اساسی معاملات گردد و ناآگاهی ای موجب شود که طرفین به آنچه اراده کرده اند، نرسند. لزوم ارائه ی اطلاعات موثر در ماده ی ۳۴ و اعطای حق فسخ هفت روزه، همه، مقدمات و راه هایی است که قانونگذار می خواسته جهل را برطرف کند و حتی به این هم قانع نشده و حق فسخ را پیش بینی کرده است. علاوه بر این، شرط غیرمنصفانه که مورد مذاکره قرار نگرفته را نامعتبر اعلام نموده تا راه هرگونه تخلف و ناآگاهی را ببندد.

ممکن است سوال شود حال اگر مبنا فرض جهل و ناآگاهی است چرا فقط به نفع مصرف کننده یا همان خریدار است؟ البته اطلاق ماده ی ۴۶ در کنار فرض عدم آگاهی، می تواند مؤید این نظر باشد که فروشنده نیز اگر شرط غیرمنصفانه به ضرر او باشد می تواند از حمایت قانونگذار برخوردار شود. هرچند ماده ی ۴۶ در مبحث حمایت از مصرف کننده آمده است، به این معنا نیست که فقط از خریداری که حمایت می کند، شرط برای او مضر است. زیرا دلیل حمایت قانون از مصرف کننده ناظر به مورد غالب است. به عبارت دیگر، چون غالباً مصرف کننده امکان آگاهی ندارد و فروشنده

به قراردادی که پیشنهاد می‌دهد و شرایط آن آگاه است، حکم قانونگذار به نفع خریدار انشاء شده است. اما مواردی هم می‌شود تصور کرد که فروشندگان در معامله‌ای واقع می‌شوند که خریدار آن طرف قوی‌تر محسوب می‌شود و ممکن است در نتیجه ناآگاهی فروشنده، شرطی غیرمنصفانه در قرارداد گنجانده شود و این برخلاف غالب است. در واقع، نابرابری به تنهایی مبنا نیست؛ بلکه مبنا، جهل و ناآگاهی‌ای است که قانون فرض کرده و اینکه جهل به نفع چه کسی است در اینجا از طرفی حمایت می‌شود که ضعیف‌تر است. این هم بر اساس ظاهر و غلبه است که قوی‌تر از شرایط آگاه است و ضعیف‌تر احتمال دارد ناآگاه باشد. چون غالباً ضعف در طرف خریدار و مصرف‌کننده مشاهده می‌شود پس به نام حمایت از مصرف‌کننده شهرت دارد که این نام ناشی از غلبه است و مانع این نیست که فرض ناآگاهی به نفع فروشنده به کار گرفته شود. در واقع از لحاظ منطقی و هم از لحاظ حقوقی، علت عدم اعتبار و مبنای شروط غیرمنصفانه جهل مفروض است ولی اینکه این فرض به نفع چه کسی اعمال خواهد شد از ملاک و معیار نابرابری استفاده می‌شود.

در نتیجه، آنچه که می‌تواند شرط را باطل کند طبق نظر قانون، جهل است نه نابرابری و نابرابری تنها تعیین می‌کند که این بطلان به نفع چه کسی است، آن هم به صورت غلبه. یعنی غالب این است که ضعیف‌تر ناآگاه بوده و شرط غیرمنصفانه را قبول کرده است و خلاف آن نیز قابل اثبات می‌باشد.

## ۲-۲- گستره‌ی عدم نفوذ شرط غیرمنصفانه در حقوق ایران

پس از شناسایی مفهوم شرط غیرمنصفانه و بررسی مبنای عدم نفوذ این شرط باید به این سوال پاسخ داده شود که ماده‌ی ۴۶ قانون تجارت الکترونیکی علاوه بر قراردادهای الکترونیکی، قابل سرایت به تمام عقود است یا خیر؟ اگر مبنای عدم نفوذ چنین شروطی فرض عدم آگاهی باشد در واقع هدف عمده‌ی قانونگذار تنها حمایت از مصرف‌کننده نبوده است؛ بلکه علاوه بر آن به دنبال اطمینان از اجرای درست قواعد کلاسیک حقوق قراردادهای، به قراردادهای الکترونیکی بوده است که هر لحظه احتمال اشتباه و غبن و اکراه و ... در آن می‌رود. با این تفسیر، اگر معنای شرط

غیرمنصفانه را شرط موجب نابرابری فاحش بدانیم که مذاکره جداگانه و مستقل در آن مفقود است، ماده ی ۴۶ مذکور در مقام بیان یک قاعده ی کلی نیست که قابل سرایت به تمامی قراردادها باشد و تنها به قراردادهای تجارت الکترونیکی اختصاص دارد.

علاوه بر این، قانون تجارت الکترونیکی در مقایسه با قانون مدنی، قانون خاص محسوب می شود و قانون خاص فقط در مورد مصادیق خود قابل اعمال است. به عبارت دیگر، اصل بر این است که در مورد قراردادها و شروط ضمن آن، قانون مدنی اعمال شود مگر در موارد خاص مانند قانون تجارت الکترونیکی در باب شروط غیرمنصفانه.

علاوه بر این دو دلیل، دلایل دیگری نیز می توان به این شرح ارایه نمود؛

- قانون تجارت الکترونیکی در ماده ی ۱ خود در قلمرو و شمول قانون مذکور صراحتاً بیان می کند که «این قانون مجموعه اصول و قواعدی است که برای مبادله ی آسان و ایمن اطلاعات در واسطه های الکترونیکی و با استفاده از سیستم های ارتباطی جدید به کار می رود». خود قانون قلمرو شمول خود را فقط مقید به واسطه های الکترونیک و با استفاده از سیستم های ارتباطی جدید بیان می کند یعنی در قراردادهای الکترونیکی؛ حال چه با اینترنت باشد یا پیامک، ولی قراردادهای سنتی را در برنمی گیرد.

- ماده ی ۴۷ قانون تجارت الکترونیکی مؤید عدم سرایت ماده ی ۴۶ به قراردادهای غیرالکترونیکی است. وفق ماده ی ۴۷ «در معاملات از راه دور آن بخش از موضوع معامله که به روشی غیر از وسائل ارتباط از راه دور انجام می شود مشمول مقررات این قانون نخواهد بود».

- مواد ۳۴ و ۳۵ و ۳۶ و ۳۷ در ذیل باب سوم پیش بینی شده است. باید دید چرا قانونگذار فروشندگان را ملزم به ارائه ی اطلاعات مؤثر در تصمیم گیری خریدار می کند؟ اگر مبنای این مواد نابرابری بود دیگر لزومی به تاکید نبود. چون اگر نابرابری حاکم باشد چه فروشندگان مؤثر در تصمیم گیری را بدهد یا ندهد باید شرط غیرمنصفانه باطل باشد هرچند قبلاً مورد مذاکره قرار گرفته باشد. این خود دلیلی است بر اینکه نابرابری به عنوان مبنای ماده ی ۴۶ تلقی نمی شود. چراکه

در این موارد اگر تمام این شرایط رعایت شود درواقع طبق دستورالعمل اتحادیه‌ی اروپا شرط غیرمنصفانه‌ای که باطل باشد به وجود نمی‌آید هر چند طرفین نابرابر باشند.

### نتیجه‌گیری

شرط غیرمنصفانه شرط موجب نابرابری فاحشی است که مذاکره‌ی جداگانه و مستقل در آن مفقود است. فقدان مذاکره می‌تواند ناشی از عدم توانایی خریدار در تغییر مفاد قرارداد در قراردادهای استاندارد باشد یا اینکه عدم آگاهی ماهوی یا شکلی در مواردی که قرارداد امضا می‌شود وجود داشته باشد.

وقتی خریدار به امضای قرارداد مبادرت می‌ورزد و قرارداد منعقد می‌گردد، فرض بر این است که با آگاهی کامل از مفاد آن، به چنین قرارداد نابرابری تن داده است. طبق اصول حقوق قراردادهای در تمام نظامهای حقوقی، هر شخصی آزاد است به هرگونه‌ای که تمایل دارد به انعقاد قرارداد مبادرت ورزد. یکی از خصوصیات قراردادهای معاوضی، تلاش طرفین برای به دست آوردن سود بیشتر در جریان چانه زنی است. درواقع، ماهیت این گونه قراردادهای بر این اصل استوار است اما، بازار، همیشه این آزادی و برابری را در مذاکرات و چانه زنی در اختیار همه اطراف عقد قرار نمی‌دهد. در نتیجه، زمینه را برای سوء استفاده برخی از فروشندگان فراهم نموده تا شرایط خویش را بر طرف دیگر قرارداد، تحمیل نمایند و از این طریق، زیان فاحشی را به خریدار ضعیف وارد می‌سازند. دادگاهها بی تردید این نابرابری را می‌فهمند و از آن رنج می‌برند؛ اما مانعی بر سر راه دادگاهها وجود دارد تا بتوانند به حمایت از خریدار مبادرت ورزند. قرارداد معتبر و امضای خریدار ذیل آن، دلیل بر آگاهی وی بر وجود چنین شروط غیرمنصفانه‌ای است. به همین دلیل، در نظامهای حقوقی و در نظریه‌های مطرح شده در جهت حمایت از خریدار ضعیف بر نقص آگاهی وی و تلاش برای استفاده از این حربه تاکید می‌شود.

اگر مصرف کننده‌ای بدون مشارکت یا ملاحظه و آگاهی از متن شروط، اقدام به انعقاد قرارداد مصرف با تامین کننده کند و به علت وجود شروط غیر منصفانه مدعی بطلان و بی اعتباری آن شود،

تنها در صورتی این شرط غیرمنصفانه است که نابرابری های عمده در حقوق و تعهدات طرفین به زیان مصرف کننده ایجاد نماید و اینکه مدعی بتواند خلاف آگاهی خویش را از متن قرارداد اثبات نماید. از نقطه نظر اثباتی، در صورت وجود ظهور بر اطلاع مصرف کننده به اطلاع از مفاد شرط، نامبرده مطلع از مفاد شرط فرض می شود. اما در صورت عدم ظهور موصوف، اثبات جداگانه مورد مذاکره واقع نشدن شرط به عهده ی کسی است که مدعی آن بوده و می خواهد از آن استفاده نماید. بدیهی است که شخص مزبور کسی نیست جز مصرف کننده. با توجه به اصل عدم جداگانه مورد مذاکره واقع شدن شرط، مدعی که خلاف این اصل را ادعا می کند باید دلیل بیاورد.

به نظر می رسد در قرارداد الکترونیکی چون معامله از طریق الکترونیکی انجام می شود احتمال اشتباه و ناآگاهی و ضرر مصرف کننده بسیار محتمل است و قانونگذار برای نظم بخشیدن به این گونه معاملات، ناآگاهی و اشتباه و جهل مصرف کننده را مفروض دانسته تا هم قواعد کلاسیک را زیر پا نگذارد و هم از حقوق مصرف کننده حمایت کرده باشد و به این گونه معاملات نظم بخشد. با این تفسیر به نظر می رسد اگر فروشنده به گونه ای کاملاً یقینی مثلاً با اقرار مصرف کننده، ثابت کند که وی (مصرف کننده) آگاه بوده است و خودش نابرابری را به خاطر مصلحتی کاملاً شخصی همانند قراردادهای غیرالکترونیکی پذیرفته باشد و احتمال مخالفت شرط غیرمنصفانه با هیچ یک از قواعد سنتی حقوق قراردادها وجود ندارد، می تواند نفوذ شرط را به آن برگرداند.

این نظر به راحتی از مواد ۳۴ به بعد و به ویژه ماده ی ۳۷ قانون تجارت الکترونیکی قابل برداشت است. قانونگذار نگران این موضوع بوده است که مبدا این معاملات که بدون حضور طرفین است، وسیله ی تخلف از قواعد اساسی معاملات گردد و ناآگاهی ای موجب شود که طرفین به آنچه اراده کرده اند، نرسند.

## فهرست منابع

### الف: فارسی

- شیروی، عبدالحسین، «نظریه غیرمنصفانه و خلاف وجدان بودن شروط قراردادی در حقوق کامن لو»، مجله مجتمع آموزش عالی قم، سال چهارم، شماره چهاردهم، ۱۳۸۱.
- صفایی، سید حسین، دوره مقدماتی حقوق مدنی، جلد دوم، میزان، تهران، ۱۳۸۲.
- کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، اعمال حقوقی، شرکت سهامی انتشار، چاپ ۱۱، تهران، ۱۳۸۵.
- ..... قواعد عمومی قراردادها، جلد اول، شرکت سهامی انتشار، چاپ ششم، تهران، ۱۳۸۳.
- کاظم پور، جعفر، «بررسی تطبیقی حمایت از طرف ضعیف قرارداد»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۷۱، ۱۳۸۹.
- کریمی، عباس، «شروط تحمیلی از دیدگاه قواعد عمومی قراردادها»، مجله پژوهشهای حقوقی، شماره ۱، ۱۳۸۱.
- محقق داماد، سید مصطفی، نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی، مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ دوم، تهران، ۱۳۹۰.

### ب: انگلیسی

- Beatson, J., Ansons, Law of Contracts, New York, Oxford University Press, 1998.
- Chissick and Kelman, Electronic Commerce Law and Practice, 2<sup>th</sup> edition, Sweet & Maxwell, London, 2000.
- Gorla, Gino, Standard Conditions and Form Contracts in Italian Law, The American Journal of Comparative Law, Vol. 11, No. 1, winter, 1962.
- Hondins, Ewound, EC Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts: Towards a European Law of Contract, Journal of Contract Law. Vol.7, 1993.
- Medhurst, David, A Brief Guide to EU Law, Blackwell Publishing, England, 2001.



- Rakoff, Todd D., Contracts of Adhesion: An Essay in Reconstruction, 96 Harvard Law Review, 1983.
- Slawson, W. David, Standard Form Contracts and Democratic Control of Lawmaking Power, 84 Harvard Law Review, 1970.
- Treitel, G.H., The Law of Contract, 11<sup>th</sup> edition, Sweet & Maxwell, London, 2003.



## بررسی تطبیقی ارزش اثباتی شهادت فاقد شرایط در دادرسی مدنی

حسین اسمعیلی<sup>۱</sup>

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۰۲/۰۸

تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۰۶/۱۹

### چکیده:

در نظام قضایی اسلام شهادت یکی از مهمترین ادله‌ی اثبات دعواست. اعتبار شهادت بسته به وثاقت و تعدد شاهد است به نوعی که اگر شهادت فاقد نصاب و شرایط مقرر باشد اعتبار آن متزلزل می‌شود. در این مقاله "ارزش اثباتی شهادت فاقد شرایط" را مورد بررسی قرار داده و پس از نمایاندن تعارضات و ابهامات قوانین داخلی در مورد ارزش اثباتی این نوع شهادت، به پیشینه‌ی فقهی آن مراجعه کرده ایم. در فقه بحث مستقلی با این عنوان نیامده؛ بلکه از فحوای کلام فقها در خصوص شهادت می‌توان به این نتیجه رسید که علیرغم آنکه بعضی نویسندگان آن را از باب اماره‌ی قضایی دارای ارزش می‌دانند، این نوع شهادت فاقد هرگونه ارزش اثباتی است چراکه شهادت در فقه، یک دلیل مستقل است که با عنوان بینة‌ی شرعی با تمام شرایط آن پذیرفته می‌شود و اساساً برای بینة‌ی شرعی فاقد شرایط ارزشی وجود ندارد. با بررسی تطبیقی موضوع ضمن آگاهی از یک دست بودن مقررات مربوط در سایر کشورها مشخص می‌شود، ارزش اثباتی این نوع شهادت مانند سایر ادله در حد یک اماره‌ی قضایی تابع نظر قاضی است و به هر حال به دلیل تفاوت بنیادی در مبانی این نوع دلیل در حقوق ایران و آن کشورها پیروی از رویه‌ی سایر کشورها توصیه نمی‌شود.

**واژه‌های کلیدی:** ارزش اثباتی، اماره، شهادت، شرایط شهادت

---

<sup>۱</sup> دانشجوی دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه قم، قم، ایران.

**مقدمه:**

ادله‌ی اثبات دعوا در اتقان رسیدگی و طواری دادرسی نقش مهمی داشته و هر قدر مقررات مربوط به آن شفاف تر و دقیق تر باشد کارآمدی نظام قضایی هم بیشتر است. تحقیق حاضر از بین ادله‌ی اثبات دعوا فقط راجع به شهادت بحث می‌کند و آن هم شهادتی که فاقد شرایط منصوص است و در دادرسی مدنی ارائه و مورد استناد واقع شده است.

در خصوص مطلق شهادت و اثر قضایی آن کم و بیش بحث‌های مفصلی در کتب و مقالات منتشره وجود دارد؛ اما راجع به شهادت فاقد شرایط جز مطالبی پراکنده در لا به لای بحث ادله‌ی اثبات دعوا، مطلبی مشاهده نمی‌شود.

در قوانین موضوعه‌ی کشورمان نیز اوضاع به همین منوال است. مواد از شفافیت و دقت کافی بهره‌مند نیست.

دایره‌ی اثباتی شهادت در قانون مدنی قبل از اصلاحات سال ۱۳۶۱ و ۱۳۷۰ به پاره‌ای دعاوی کم‌اهمیت محدود بود که بعد از اصلاحات و شمردن شرایط الزامی برای شاهد این محدودیت کم شد اما به طور کامل برطرف نشد. قوانین آیین دادرسی مدنی و کیفری نیز با اینکه در مواردی بر لزوم رد شهادت بدون شرایط تصریح می‌کند، در مواد دیگر استماع آن را برای "اطلاع بیشتر" لازم می‌داند؛ ولی در هر حال روشن نیست که ارزش اثباتی "اطلاع بیشتر" تا چه میزان است. تبیین و اصلاح این مواد نیاز به مطالعه‌ی پیشینه‌ی فقهی آن و عنداللزوم بررسی تطبیقی آن در حقوق دیگر کشورها (در اینجا فرانسه) دارد.

**۱. ارزش اثباتی شهادت فاقد شرایط در حقوق ایران****۱-۱. قانون آیین دادرسی مدنی**

در قانون قدیم مصوب ۱۳۱۸ شرایط و تعداد خاصی برای شاهد مقرر نشده بود و حوزه‌ی اثباتی آن هم به پاره‌ای دعاوی کم‌اهمیت محدود می‌شد که همین اثر محدود هم به تشخیص دادگاه موکول شده بود (ماده‌ی ۴۲۴ ق.ق).

بنابراین جز اهلیت شرط دیگری برای شاهد مقرر نشده بود و چنانچه شاهد اهلیت قانونی نداشت اصلاً گواهی او قابلیت استماع و ارزش قضایی نداشت. در سایر موارد شهادت استماع می شد؛ اما تشخیص ارزش آن همیشه به عهده ی دادگاه بود.

در قانون جدید نیز در نگاه نخست به نظر می رسد که تشخیص ارزش و تأثیر گواهی مثل قانون قدیم با دادگاه است؛ اما از کنار این ظاهر باید گذشت چرا که شمردن شرایط مفصل و آمرانه در مواد ۲۳۰ و ۲۳۳ داشتن ارزش اثباتی مستقل برای شهادت و تحمیل آن به قاضی را به ذهن می رساند. اگر بپذیریم ارزش شهادت به نظر دادگاه بسته است به طریق اولی ارزش شهادت شاهد فاقد شرایط نیز در همین اندازه دارای ارزش است و اگر غیر آن را بپذیریم یعنی تحمیل شهادت دارای شرایط به دادگاه، آن گاه این سوال مطرح می شود که ارزش شهادت فاقد شرایط تا چه اندازه است؟ آیا قاضی می تواند رای خود را بر آن استوار سازد؟ بعضی معتقدند در صورتی که گواهی برخی شرایط مقرر قانونی را نداشته باشد (مانند ایمان و طهارت مولد) و یا تعداد و جنسیت آن ها به ترتیب مقرر قانونی نباشد، "تشخیص میزان تأثیر و ارزش آن در حدود اماره ی قضایی با دادگاه است" بی آنکه تفاوتی بین دعاوی مذکور در ماده ی ۲۳۰ ق.آ.د.م و دعاوی مذکور در ماده ی ۱۳۱۲ ق.م وجود داشته باشد (شمس، ۱۳۹۴: ۱۴۱).

## ۲-۱. قانون مدنی :

۱. ماده ی ۴۲۴ ق ق: تشخیص درجه ارزش و تائید گواهی به نظر دادگاه است.
  ۲. ماده ی ۴۱۲ ق ق: گواهی استماع نمی شود؛ مگر از اشخاصی که مطابق قانون مدنی اهمیت ادای گواهی داشته باشند.
  ۳. ماده ی ۲۴۱ ق ق: تشخیص ارزش و تأثیر گواهی با دادگاه است.
- اوضاع در قانون مدنی بغرنج تر است اصلاحیه ها و حذف های مکرر و البته ناقص بر پیچیدگی موضوع افزوده است.

از سوی شورای نگهبان بر غیرشرعی بودن ماده‌ی ۱۳۰۹ که شهادت را در مقابل سند رسمی فاقد اثر می‌دانست نظر داده است و از سوی دیگر مجلس با حذف مواد ۱۳۰۶ و ۱۳۰۷ و ۱۳۰۸ و ۱۳۱۰ و ۱۳۱۱ و عدم حذف ماده‌ی ۱۳۰۹ و ۱۳۱۲ که همگی به نوعی ادامه همان ماده‌ی ۱۳۰۹ بود و اضافه کردن شروطی از جمله عدالت به شهادت، ارزش اثباتی شهادت را در حالی‌ای از ابهام قرار داد. منطقی این بود که اگر شورای نگهبان ماده‌ی ۱۳۰۹ را به دلیل آنکه "بینه‌ی شرعی را در مقابل اسناد رسمی فاقد ارزش می‌داند" ابطال می‌کند مواد مربوط به آن را از جمله مواد ۱۳۰۶ تا ۱۳۰۱۲ را هم ابطال کند. ابطال بعضی مواد و باقی نهادن بعضی دیگر موجب ابهام در موضع قانونگذار می‌شود. این ایراد به رویکرد مجلس شورای اسلامی در اصلاحیه قانون هم وارد است و می‌بایست علاوه بر حذف ماده‌ی ۱۳۰۶ تا ۱۳۰۱۱، ماده‌ی ۱۳۱۲ را هم حذف می‌کرد.

قانون مدنی در ماده‌ی ۱۳۱۴ نیز با تصریح به اینکه شهادت اطفال جهت "مزید اطلاع" استماع می‌شود مقرر کرده‌ای خلاف ماده‌ی ۴۱۲ ق قدیم آیین دادرسی مدنی داشته و ضمن عدم تعریف ارزش اثباتی "مزید اطلاع" از ضمانت اجرای فقدان سایر شرایط از جمله عدالت و تعدد شاهدین هم ذکری به میان نیاورده است گویی اینکه فقط در صورت عدم اهلیت شاهدان می‌توان شهادت را استماع کرد و در سایر صور مجوزی برای استماع وجود ندارد.

ابهامات موجود به این موارد خلاصه نشده و ابهامات دیگر از این دست همچنان موجود است اینکه آیا می‌توانیم بگوییم با عدم حذف مواد ۱۳۰۹ و ۱۳۱۲ از سوی مجلس محدودیت اثباتی شهادت در قبال اسناد رسمی همچنان پا برجاست (کاتوزیان، ۱۳۸۳؛ ۵۹) در نتیجه چه شهادت، شرایط را داشته باشد و چه نداشته باشد در مقابل اسناد رسمی فاقد اثر است مگر در حیطه ماده‌ی ۱۳۱۲، بحث در خصوص ارزش شهادت در مقابل سند رسمی از این حیث دارای اهمیت است که اجرای ماده‌ی ۱۳۰۹ ق.م.م.لازمه با منع استناد به اماره‌ی قضایی و نفی قدرت اثبات آن در دعاوی مخالف با مفاد و مندرجات سند رسمی دارد به عبارت دیگر اگر بپذیریم شهادت فقط در محدوده‌ی ۱۳۰۹ دارای ارزش است و در مقابل سند رسمی فاقد اثر است آن گاه باید بگوییم که ارزش شهادت فاقد شرایط نیز به عنوان اماره‌ی قضایی قابل استناد نیست. چرا که ماده‌ی ۱۳۲۴ ق.م.

مقرمی دارد که: «اماراتی که به نظر قاضی واگذار شد، عبارت است از اوضاع و احوال در خصوص مورد و در صورتی قابل استناد است که دعوی به شهادت شهود قابل اثبات باشد یا ادله دیگر را تکمیل کند» بدین ترتیب پذیرش اعتبار ماده ی ۱۳۰۹ ق.م.موجب ترجیح سند به شهادت می شود اعتبار اماره ی قضایی نیز صدمه می زند و تضمین مناسبی برای حفظ اعتبار سند رسمی است (همان، ۱۳۹۰، ج ۱، صص ۳۰۸-۳۰۷) چرا که هر چند شورای نگهبان بر خلاف تصمیم مجلس شورای اسلامی ماده ی ۱۳۰۹ ق.م. را «از این نظر که شهادت بینة شرعی در برابر اسناد معتبر فاقد ارزش دانسته» خلاف موازین شرع اعلام و ابطال کرد ولی مجلس در اصلاحات ۱۳۷۰/۸/۱۴ نیز ماده ی ۱۳۰۹ را با همان متن پیشین حفظ کرد. بعضی حقوق معتقدند که قدرت ظن ناشی از مفاد شهادت، به دلایل گوناگون روانی و اجتماعی، به اندازه ی ظن مشاهده و خواندن سند نیست در نتیجه طبیعی است که در مقام تعارض مفاد سند و شهادت، حکومت با سند باشد و شهادت که دلالت ضعیف تری بر واقع دارد، در برابر نوشته های معتبر رونق و اعتبار نیابد. بنابر این حکم بی اعتباری شهادت مخالف مفاد و مندرجات سند معتبر مطلق است و حتی با تأیید اماره های قضایی گواهی توان مقابله با سند معتبر را ندارد (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ج ۲، صص ۶۲-۶۰).

بنابراین چه شهادت شرایط منصوص را داشته باشد یا خیر، اصل بر عدم پذیرش شهادت در برابر اسناد رسمی و یا اسناد داری اعتبار سند رسمی است، مگر در محدوده ی استثنائات مقرر در ماده ی ۱۳۱۲ قانون مدنی (بهرامی ۱۳۹۲؛ ۱۵۵).

لازم به ذکر است که قلمرو ماده ی ۱۳۰۹ ق.م.م محدود به مفاد و مندرجات سند رسمی است؛ یعنی آنچه در سند رسمی آمده است. پس در زمانی اجرایی شود که صحت خود عمل حقوقی مورد بحث است. مثلاً در جایی که ادعا شود یکی از دو طرف معامله یا شخص ثالث به زیان طرف دیگر مرتکب تدلیس شده است یا در وصف اصلی میباید در اشتباه بوده یا در معامله مغبون شده است (کاتوزیان، ۱۳۹۰، ج ۱، ص ۳۰۸).

به طور خلاصه، رسمی بودن سند اعتبار مفاد آن را تضمین نمی کند و در آن اثر ندارد و تنها انتساب سند با امضاء کننده آن و وقوع مفاد و مضمون سند را معتبر می سازد (همان، ۱۳۹۴؛ ۷۷۳).

برخی دیگر از حقوقدانان نیز معتقدند که ماده‌ی ۱۳۰۹ ق.م در عمل بلااجرا مانده و رویه‌های قضایی این واقعیت را تأیید می‌نماید (شمس ۱۳۹۴: ۱۵۵). در حقیقت این نظر اعتقاد دارد که اگر دعاوی مخالف با مفاد و مندرجات سند رسمی با گواهی قابل اثبات نباشد، پس چگونه می‌توان اشتباه در تنظیم سند و یا جعل معنوی را اثبات نمود؟ برای نمونه هرگاه فروشنده در زمان تنظیم سند اعلام کرده باشد که نیمی از ثمن معامله را دریافت نموده، اما سردفتر تنظیم کننده سند به اشتباه یا عمد، دریافت تمامی ثمن را در سند تصریح کرده باشد فروشنده برای اثبات این اشتباه به چه دلیلی می‌تواند استناد کند؟ بعضی دیگر نظر مخالف دارند و معتقدند آنچه در فقه اسلامی موجب اعتبار شهادت می‌گردد در حقیقت تابع شرایط شاهد است. یعنی برای شاهد آنچه شرایط دشواری در نظر گرفته‌اند که در عمل کمتر شهادتی پذیرفته می‌شود. ولی اگر شهادتی با تمام شرایط آن محقق شد می‌تواند مستند قطعی حکم قرار گیرد. از این رو، با شهادت شهود جامع شرایط می‌توان سند رسمی را از اعتبار ساقط نمود (دیانی، ۱۳۹۴: ۲۰۹). بعضی هم بر قانونگذار اسلامی ایراد کرده‌اند که چرا بر خلاف سایر مکاتب حقوقی تا این حد به شهادت، اعتبار داده است این ایراد صحیح به نظر نمی‌رسد چرا که به شرایط سختی که برای شهادت، در نظر گرفته شده توجهی نشده و گرنه در حقوق اسلام نیز موارد اثبات با شهادت شهود بسیار محدود است و از نظام‌های عرفی کمتر است (زراعت، ۱۳۹۳، صص ۳۳۴ و ۳۳۵).

از دیگر موارد ابهام در قانون، استماع شهادت شاهد صغیر می‌باشد. همچنان که اشاره شد قانونگذار فقط استماع شهادت غیر بالغ را جهت "مزید اطلاع" لازم می‌داند و در مورد فقدان سایر شرایط سکوت کرده است. آیا می‌توانیم "مزید اطلاع" را طبق نظر بعضی حقوقدانان از مجرای علم قاضی و اماره‌ی قضایی دارای ارزش بدانیم (شمس، ۱۳۹۰: ۲۴۴) یا باید با توجه به آمره بودن شرایط شاهد، به بی‌اعتباری مطلق این نوع شهادت نظر داد؟



### ۳-۱. قوانین کیفری:

اگر چه موضوع تحقیق راجع به دادرسی مدنی است و ظاهراً به قوانین جزایی مرتبط نیست؛ اما از آنجا که در ق آدک از شرایط شاهد سخنی به میان نیامده و در ماده ی ۲۳۳ این قانون شرایط به ق آدک ارجاع شده است. از این رو، ناگزیریم که راجع به موضع این قانون نیز بحثی داشته باشیم. اکنون با نسخ قانون آیین دادرسی دادگاه های عمومی و انقلاب در امور کیفری و جایگزینی قانون آیین دادرسی کیفری مصوب سال ۹۲ و نظر به آنکه قانون جدید شرایط شاهد را به قانون مجازات اسلامی مصوب سال ۹۲ ارجاع داده است ناگزیر به مراجعه به قانون اخیر می باشیم.

در ماده ی ۱۷۷ قانون مجازات اسلامی شرایط شاهد ذکر شده است که عمدتاً همان شرایطی است که در فقه برای شاهد مقرر شده است (شیخ انصاری، ۱۴۱۵: ۱۲۵).

در ماده ۱۶ و ۱۷۵ این قانون تصریح شده است که اگر شهادت موضوعیت داشته باشد قاضی باید به استناد آن رای صادر کند (که ظاهراً مراد از موضوعیت داشتن شهادت، داشتن شرایط مصرح در قانون است) و جز در موردی که قاضی علم به خلاف آن داشته باشد نمی توان از پذیرفتن شهادت امتناع کرد. البته باید بین علم قاضی و اطمینان قاضی تفاوت قائل شد اطمینان قاضی بر خلاف علم قاضی نمی تواند مانع پذیرش شهادت باشد (حسن زاده مهدی، ۱۳۸۶: ۷۴).

همین موضع به طریق اولی می تواند در دادرسی مدنی نیز مورد پذیرش باشد و ماده ۲۴۱ ق آ د م که قاضی را در تشخیص ارزش و تاثیر گواهی مختار می داند در این محدوده تفسیر کرد چرا که وقتی در دادرسی کیفری که قاضی کیفری آزادی زیادی برای کشف حقیقت دارد و در نتیجه می تواند نسبت به ارزیابی ادله و رد یا قبول آنها تصمیم بگیرد؛ اما شهادت بر او تحمیل می شود در دادرسی مدنی که هیچ یک از این آزادی ها نیست به طریق اولی شهادت تحمیل می شود. در دادرسی کیفری ندای وجدان، آخرین سوالی است که باید به آن پاسخ داده شود و وسیله ی اقناع وجدان در درجه ی بعدی اهمیت قرار دارد (زراعت و حاجی زاده، ۱۳۸۸: ۲۸۸).

در دادرسی کیفری قاضی برخلاف قاضی حقوقی به ادله ارائه شده از سوی اصحاب دعوا بسنده نکرده و خود برای اقناع وجدان در مقام تحصیل دلیل بر می آید (آشوری، ۱۳۸۸، ج ۱، ص ۱۶).

در ماده‌ی ۱۶۲ قانون مجازات اسلامی عنوان شده است که اگر ادله‌ی ای که موضوعیت دارد فاقد شرایط شرعی و قانونی باشد در صورتی که با سایر قرائن و امارات همراه باشد می‌تواند " به عنوان اماره‌ی قضایی موجب علم قاضی شود" این تعبیر هرچند که پیش از این در تالیفات حقوقی رواج داشته و حقوقدانان متعددی چنین نظری داشته‌اند (گلدوزیان، ۱۳۹۶: ۲۱۶ و تدین، ۱۳۹۱: ۳۴۳ و زراعت و حاجی زاده، ۱۳۸۸، ۴۵۱ و شمس، ۱۳۸۷، ۱۹۹ و فضائلی، ۱۳۹۴: ۴۵۰) اما در قانون موضوعه کشور امری جدید بوده و همچنان که گفتیم تا پیش از این در ماده‌ی ۱۵۶ قانون قدیم آیین دادرسی کیفری و ماده‌ی ۱۳۱۴ قانون مدنی و ماده‌ی ۲۱۱ قانون جدید آیین دادرسی کیفری استماع شهادت فاقد شرایط را فقط موجد " اطلاع بیشتر" دانسته است نه موجد علم قاضی.

همچنان که خواهیم گفت عمده حقوقدانانی که به این مبحث اشاراتی داشته‌اند عبارت "اطلاع بیشتر" را عبارت اخیری "اماره‌ی قضایی" دانسته‌اند و رویه‌ی قانونگذاری در سالیان گذشته نمودار جهت‌گیری به سمت ارزش دادن به شاهد فاقد شرایط است خصوصاً آنکه در ماده‌ی ۱۹۷ قانون مجازات اسلامی بر خلاف ماده‌ی ۱۷۱ قانون قدیم آیین دادرسی کیفری عنوان شده است که اگر شهودی دارای شرایط لازم نباشد قاضی آن را شهادت شرعی محسوب نمی‌کند در حالی که در ماده‌ی ۱۷۱ قانون مزبور عنوان شده بود که قاضی باید آن را رد کند.

#### ۴-۱. پیشینه‌ی فقهی بحث:

از آنجا که نظام دادرسی در قوانین موضوعه‌ی کشورمان مبتنی بر آراء فقهاست جهت یافتن راه حلی برای خاتمه دادن به این تعارضات راهی جز مراجعه به سابقه‌ی فقهی آن نیست. در فقه شهادت مهمترین ادله اثباتی است تا جایی که کلمه‌ی بینه در قاعده‌ی مشهور "البینه علی المدعی و الیمین علی من انکر" را به طور خاص به معنای شهادت گرفته‌اند (مراغه‌ای، ۱۴۱۹: ۶۵۰). به همین دلیل در اکثر کتب فقهی، "قضا و شهادت" در یک فصل گنجانده شده و یا کتب مستقلی با همین نام نوشته شده است.

علیرغم این اهمیت، در کتب فقهی به طور مشخص به این موضوع پرداخته نشده است و اگر هم مطلبی وجود دارد به طور پراکنده است و باید در لابه لای متون جست و جو کرد.

شهید ثانی بیان می‌دارد که: «هرگاه قاضی نسبت به شهادت شهود تردید داشته باشد» مطلقاً (یعنی خواه گواهی راجع به اصل دعوا باشد یا گواهی راجع به عدالت و فسق گواه) مستحب است آنان را جدا از یکدیگر استماع و از اوصاف دعوا و شرایط زمانی و مکانی قضیه تحقیق کند اگر سخن آن‌ها مختلف باشد گواهی آنان از اعتبار ساقط می‌شود و نیز مستحب است که در صورت شک و تردید آنان را نصیحت کند و به تحقیق و عمل به قطع و یقین دستور دهد (شهید ثانی، ۹۶۶، صص ۲۱ و ۲۲).

شیخ انصاری در باب اینکه چه وقت قاضی بین شهود تفریق می‌اندازد می‌گوید: «اگر شاهدان از عارفان و صلحا باشد که از تهمت و عمل نادرست به دورند صحیح نیست که آن‌ها را در پرسیدن ریز مسائل به مشقت انداخت و یا جداگانه مورد سوال قرار گیرند؛ اما اگر از غیر صالحان باشند که قاضی نسبت به آن‌ها شک داشته باشد بین آن‌ها جدایی می‌اندازد و از جزئیات قضیه به طوری که شاهد دیگر با خبر نشود سوال می‌کند اگر متفق القول شدند که طبق آن رای می‌دهد و گرنه شهادت آن‌ها را رد می‌کند [تا اینجا شیخ نظر کسانی که معتقدند شهادت شهودی که صلاحیت او معلوم نیست؛ اما در صورتی که متفق القول باشند بر قاضی تحمیلی می‌دانند را نقل می‌کند] اما می‌گویم بر این نظر ایراداتی وارد است... چرا که به نفس تفرق انداختن بین شهود، واقعیت نه به طور ظنی و نه قطعی برای ما کشف نمی‌شود چرا که همان مقدار که شهود ممکن است بعد از سؤال متفق القول باشند به همان مقدار هم احتمال دارد که مختلف القول باشند هر چند که ممکن است شهادتشان صحیح باشد. آنگاه باید حکم به اسقاط بینه ارائه شده از سوی مدعی و حکم به ارائه قسم از سوی منکر بدهیم امری که باز احتمالی است و موجب اطمینان (به نادرستی اظهارات شاهد) نیست" پس اختلاف قول، موجب ظن به کذب بودن هم نمی‌شود چه رسد که موجب اطمینان شود. از این رو، لازم است در اینجا که شهود تزکیه شوند" (شیخ انصاری، ۱۴۱۵: ۸۸).

همچنان که پیداست شیخ، نظری که شهادت شهود مورد شک در صورت متفق القول بودن می‌پذیرد را رد می‌کند و لازم می‌بیند که آن‌ها تزکیه شوند. یعنی اساساً برای اظهارات شاهد فاقد شرایط ارزشی قائل نیست و فقط اگر تزکیه شوند دارای ارزش بینه است.

مرحوم محمدحسن آشتیانی نیز در جایی که شاهد را دو شاهد دیگر جرح و دو شاهد دیگر تزکیه می‌کنند و بنابراین دو دلیل در باب عدالت شاهد با هم متعارض می‌شوند می‌گوید: "آیا دعوا متوقف می‌شود (به جهت فقدان شاهد) یا اینکه باید به سراغ معیار دیگری مانند قسم رفت؟ ظاهر کلمات فقها نظر دوم است چرا که مراد آن‌ها از توقف، توقف بینه از حیث حکم به مقتضی بینه است همچنان که اگر اصلاً بینه ای نباشد وقف هم وجود نخواهد داشت (و به قسم مراجعه می‌شود) این نظر صحیحی است" (آشتیانی، ۱۴۰۴: ۸۳) ملاحظه می‌شود که ایشان اصلاً استماع شهادت شاهد فاقد شرایط را صحیح نمی‌داند و در صورت احراز نشدن عدالت بلافاصله نوبت را به یمین واگذار می‌کند.

سید کاظم حائری نیز در فرضی که علم حسی قاضی قابل استناد نباشد؛ اما خود قاضی موضوع مورد ادعا را دیده و یک شاهد جامع شرایط هم بیشتر وجود ندارد در جواب این سوال که آیا قاضی می‌تواند به علم خود به عنوان یک شاهد دیگر استناد کند و به واسطه‌ی بودن دو شاهد (قاضی و شاهد) دعوا را ثابت بداند پس از نقل چند نظر و رد آنها تصریح می‌کند: کلمه‌ی بینه، از اظهارات قاضی انصراف دارد. پس شهادت قاضی به انضمام شهادت یک شاهد را نمی‌توان پذیرفت و نوبت به سوگند می‌رسد. (سید کاظم حائری، ۱۴۱۵: ۲۴۵) همچنان که ملاحظه می‌شود ایشان هیچ ارزشی برای شهادت شاهد فاقد شرط قائل نیست حتی تا این حد که بخواهد موجب علم حدسی قاضی شود و بلافاصله نوبت را به یمین می‌دهد.

۱- "فاذا لم يتم اطلاق حکمی فی ادله الحجیه القضائیه للینه وصلت النوبه الی الیمین"

همچنین ایشان در بحث ادله ی حجیت علم قاضی یکی از ادله ای که برای عدم حجیت علم قاضی ذکر می کند اصل ترکیب بر بینه است ایشان اصل را چنین تعریف می کند: «خبر یک نفر عادل اگر به خبر عادل دیگر ضمیمه نشود در بسیاری مواقع موجب علم نمی شود هر چند به قرائن دیگر هم ضمیمه شود. پس نمی توان به آن به عنوان یک قاعده استناد کرد».

شاید صریح ترین بیان را علامه نراقی دارد ایشان در عائده ی ۸۶ در جواب این سوال که «آیا اصل وجوب قبول شهادت، شامل شهادت یک نفر عادل هم می شود» پس از رد روایاتی از حیث سند و دلالت که ممکن است مفید این معنی شود.

به طور قاطع نظر به عدم کشفیت از واقع داشتن شهادت فاقد شرایط دارد و آن را قابل اعتنا نمی داند و به صراحت اعلام می کند که اخبار وارده شهادت را به لفظ جمع آورده در نتیجه، واحد آن فاقد اثر است.

#### ۵-۱. نتیجه ی بحث در حقوق ایران:

در تفسیر نقاط مبهم و متعارض قانون باید آن را با توجه به منشاء فکری و به نزدیکترین حالت به خواسته شارع تفسیر کرد (سبحانی، ۱۳۸۵: ۱۰) نه با توجه به آمال های مد نظر خواننده هر چند آن را عین عدالت بدانیم که بعضی بر آن نظر دارند. (کاتوزیان، همان، ۸۰) همان چیزی که ماده ۳ ق.آ.د.م آن را "منابع معتبر اسلامی" می نامد.

اگر روش تفسیر نمایی را بخواهیم در تفسیر مواد مبهم قانونی مورد استفاده قرار دهیم به این نتیجه می رسیم که "شهادت شاهد فاقد شرایط" حتی به عنوان یکی از مبادی علم قاضی عاری از هرگونه ارزش اثباتی است چرا که در متون فقهی و به تبع آن در قوانین موضوعه از اینکه این نوع شهادت دارای ارزش اثباتی است حرفی به میان نیامده است. شهادت یک نوع است آن هم با تمام شرایطش. البته قانونگذار در ماده ی ۱۶۲ ق.م.ا مصوب ۱۳۹۲ تصریح کرده:

۱- «ان البینه اما معناها اللغوی و هو ما ینکشف به الشی و یبین و لاشک انه لایحصل بالشاهد الواحد او معناها المصطلح فی الاخبار و هو الشاهد المتعدد کما یدل علیه توصیفها فی روایه منصور عن الصادق علیه السلام بالجمع حیث قال: و اقام البینه العدول»

«هرگاه ادله ای که موضوعیت دارند (مثل اقرار و شهادت) فاقد شرایط شرعی و قانونی لازم باشد می‌تواند به عنوان اماره‌ی قضایی مورد استناد قرار گیرد مشروط بر اینکه همراه با قرائن و امارات دیگر موجب علم قاضی شود» همان طوری که ملاحظه می‌شود قانونگذار برای شهادت فاقد شرایط شرعی ارزش اثباتی قائل شده ولی تصمیم‌گیری در خصوص توان ارزش اثباتی آن به عنوان یک اماره را برعهده‌ی قاضی گذاشته است (درویش زاده کاخکی، ۱۳۹۳: ۱۸۵).

که به نظر می‌رسد متأثر از مولفان متأخر حقوقی است اگر شهادت را به «اخبار از واقعه‌ی ای» تعریف می‌کنیم (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ج ۲، ص ۱۴) این خبر دادن از واقعیت نزد قاضی باید به گونه‌ی ای باشد که موجب علم برای قاضی شود و شرع به دلالت صریح آیات و روایت وقتی این علم را برای قاضی حجت می‌داند که با تمام شرایطش بیان شده باشد. در واقع از آن جهت که قاضی خود مستقیماً مورد ادعا را حس نکرده و به آن علم ندارد خبر شخص دیگر از آن را وقتی می‌تواند بپذیرد که راوی دارای شرایط از جمله تعدد و عدالت باشد و اگر بنا بود شهادت یک نفر یا دو نفر فاقد عدالت موجب علم قاضی شود چرا شارع کار بیهوده کرده و این شرایط را مقرر کرده است؟ توضیح اینکه آنچه که به عنوان «علم قاضی» در فقه مطرح است این است که شخص قاضی از طریق عادی، اعم از حسی (مستقیم) و حدسی (غیر مستقیم) نسبت به وقوع امری که محل مناقشه است علم پیدا کند. طریق عادی در مقابل طرق خارق العاده مثل علم به غیب تعریف شده است و حسی یعنی اینکه خود قاضی آن ادعا را حسب مورد دیده و یا شنیده است. حدسی یعنی اینکه با ترتیب چند امور حسی و استنباط از آنها پی به اموری برد که مستقیماً حس نکرده است و چه بسا برای یافتن آن نیاز به استفاده از متخصص داشته باشد (محقق نراقی، ۱۴۱۹: ۸۹). مثلاً با دانستن این موضوع که امضای حاضر در صورت جلسات دادگاه که قاضی خود آن را دیده است متفاوت با امضای ذیل قرارداد است به عدم بدهکاری مدعی علیه پی ببرد. البته بعضی در خصوص حسی بودن علم

قاضی عنوان داشته اند اگر چه از نظر حجیت در مقام داوری، از علم حدسی پایدارتر و موکدتر است، ولی می توان احتمال داد که از نظر حجیت قضایی، حسی بودن علم به این معناست که در دادگاه برای دیگران نیز قابل اثبات باشد، نه اینکه صرف حسی بودن علم قاضی موجب حجیت آن شود (مؤذن زادگان، ۱۳۷۹: ۲۰۸). یعنی در دادگاه به قرینه قطعی و حسی تبدیل شود که در صحنه محاکمه به علم بدیهی برای همگان تبدیل گردد (هاشمی شاهرودی، ۱۳۷۸: ۵۹). مبنای این دیدگاه عدم پذیرش اعتبار علم قاضی است؛ ولی با توجه به دلایلی که اکثر فقهای امامیه برای اثبات علم قاضی مطرح کردند این دیدگاه نمی تواند مورد قبول واقع گردد (خورسندیان، ۱۳۸۲: ۳۴).

در فقه هم عموماً علم حدسی فقط در چهارچوب نظر اهل خبره پذیرفته و جز در این قالب علم حدسی ارزشی ندارد (سید کاظم حائری، همان: ۴۵۴). بنابراین وقتی آنچه مناط اعتبار برای علم قاضی است حسی بودن و یا حدسی بودن در قالب نظر اهل خبره است و لا غیر چگونه می توانیم شهادت فاقد شرایط که هیچ یک از اینها نیست را دارای ارزش آنهم از باب علم قاضی (اماره ی قضایی) بدانیم؟

قیاس شهادت فاقد شرایط با ماده ی ۲۵۵ ق آ د ک که اطلاعات حاصله از تحقیقات و معاینه محل را از باب علم قاضی با ارزش می داند صحیح نیست چرا که «امارات اموری مادی و غیر ذهنی هستند که با تحقیق و معاینه محل توسط قاضی، کارشناسی و یا تأمین دلیل قابل احراز و اثبات هستند» (گلدوزیان، ۱۳۸۶: ۵۴) در حالی که شهادت فاقد شرایط امری مادی و غیر ذهنی نیست. امارات قضایی اموری مادی و عینی هستند که یک مصداق از مبادی "علم قاضی" است که گفتیم قاضی طبق شرایطی، غیر مستقیم و با استفاده از این امور مادی معلوم که برای او یقینی است، پی به مجهول می برد در حالی که شهادت فاقد شرایط عینی و مادی نبوده و چیزی را برای قاضی معلوم نمی کند که بخواهد به واسطه ی آن پی به مجهول ببرد چرا که خود مجهول است. به عبارتی آنچه در اثر شهادت برای دادرس اثبات می شود علم قطعی نیست و در واقع شهادت یکی از مصادیق علم عرفی است که در فقه معادل علم عرفی، ظن متأخم است که مولف ترمینولوژی حقوقی آن را چنین تعریف می کند: «ظن غالب را گویند که از ظنون معمولی قوی تر است و از شدت قوت و استواری،

انسان را غالباً بدون اختیار به اظهار نظر وا می‌دارد و چون نوعی استیلاء و چیرگی بر شخص دارد آن را ظن غالب گویند» (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۲: ۴۳۷). به عبارتی دیگر نمی‌توان گفت حتماً موضوع شهادت با واقع

۱- اما فی موارد الحدس و الاجتهاد فلا یوجد اصل عقلانی من هذا القبیل الا فی موارد الرجوع الی اهل الخبره ای رجوع الجاهل الی العالم بالتقلید

منطبق است چرا که در شهادت تردید فراوان است. از این رو، به همین خاطر است که با توجه به ماده ی ۲۴۱ ق.آ.د.م که مقرر می‌دارد «تشخیص ارزش و تاثیر گواهی با دادگاه است» عدول از شهادت به دلیل خاصی نیاز ندارد؛ بلکه در این مسیر اقناع وجدان دادرس ملاک است (میرشکاری، ۱۳۹۳، صص ۵۳-۵۲). ماده ی ۱۳۲۴ ق.م در تعریف اماره ی قضایی می گوید: «اماراتی که به نظر قاضی واگذار شده عبارت است از اوضاع و احوالی در خصوص مورد...» و حقوقدانان می گویند: «نتیجه ای که ذهن بر مبنای غلبه و سیر طبیعی امور از نشانه ها و اوضاع و احوال می گیرد تا ظن معقولی بر وجود مجهول خود بیابد چندان که به این قناعت وجدان رسد که به احتمال قوی به واقع دست یافته است» (کاتوزیان، همان، ۱۴۸) صرف نظر از اینکه عبارت "به احتمال قوی" در تعریف مذکور صحیح به نظر نمی‌رسد و قاضی برای صدور رای باید به علم برسد و صرف احتمال قوی برای صدور حکم کافی نیست، با دقت در این تعریف و سایر مباحث مربوطه به اماره ی قضایی (کاتوزیان، همان، ۱۷۷) باید گفت اماره ی قضایی از دو عنصر تشکیل یافته:

۱- اوضاع و احوال و نشانه های مادی، تجربی و خارجی در موضوع مورد مناقشه.

۲- استنتاج قاضی.

در خصوص عنصر اول اوضاع و احوال حاکم بر دعوا باید خارجی، تجربی و مادی باشد به نوعی که قاضی آنها را حس کرده و به آن علم پیدا کرده است و بخواهد از آنها نتیجه بگیرد نه اینکه آنها را برای او نقل کرده باشند (شاهد فاقد شرایط) که اگر چنین باشد شرط "واقعیت خارجی و مادی بودن" موجود نخواهد بود.



در مثال هایی مانند عدم ارائه دفاتر بازرگانی از سوی تاجر در صورت استناد طرف مقابل به آن (م ۲۱۰ ق. آ. د. م.)، عدم ارائه ی سندی که به وجود آن اعتراف شده از سوی معترف (م ۲۰۹) عدم حضور در جلسه استکتاب و یا امتناع از نوشتن (م ۲۲۴) قاضی با استنتاج از وقایع تجربی و مادی و خارجی (که عبارت از عدم ارائه و عدم حضور است) می تواند به صحت امر مورد مناقشه دست یابد نه اینکه از واقعه ای که خود در جریان آن نبوده و حس نکرده به صرف نقل یک نفر ولو عادل به آن علم پیدا کند و آن را مستند رای خود کند. همچنان که ملاحظه می شود امارات ذکر شده در این مواد ناشی از ترک فعل می باشد حال سوالی که مطرح می شود اینکه آیا این امارات جزو امارات قضایی هستند یا قانونی؟ بعضی معتقدند: «هر چند که عنوان «می تواند» در زبان متعارف برای بیان اختیار به کار می رود و این اندیشه را تقویت می کند که اماره پیش بینی شده در این گونه مواد» اماره ی قضایی» است و دادگاه در ارزیابی تخلفی که روی داده است اختیار کامل دارد؛ اما تأمل بیشتر نشان می دهد که قرینه ی اشاره شده اماره ی قانونی است چرا که رعایت آنها برای قضات لازم الاتباع است و همچنین بسیاری از قضات چنین اماره ای را اجباری می دانند و میان توانستن و اجبار داشتن تعارضی نمی بینند و خود داری از استکتاب، عدم حضور و تصدیق را قرینه صحت تلقی می کنند» (کاتوزیان، ۱۳۹۰، ج ۱، ۳۵۵؛ کاتوزیان، ۱۳۷۹: ۶۶۶، کاتوزیان، ۱۳۷۸: ۳۳۱) به نظر می رسد پذیرش این نظر با این اشکال روبه رو خواهد بود که در این ماده اعمال آن با توجه به اوضاع و احوال خاص هر دعوا، به صلاحدید دادرس واگذار شده است و از این حیث به اماره ی قضایی شباهت بیشتری دارد. بند ۳ اصل ۲۱ آیین دادرسی مدنی فراملی می تواند در تایید این نظر باشد. (غمامی و محسنی، ۱۳۹۲: ۱۰۸) دکتر شمس باصراحت و تأکید بیشتری امارات راجع به ترک فعل در این مواد را از نوع امارات قضایی می شمارد و برای اثبات نظر خود به کلمه «می تواند» که در این مواد به کار رفته است استناد می کند و همه این موارد را جز اختیارات دادگاه دانسته است (شمس، ۱۳۹۳: ۳۵۹). در واقع ایشان معتقد است: «که امارات قانونی به دادرس تحمیل می شود و در استناد به آنها اختیاری ندارند؛ در حالی که نصوص مزبور، به روشنی دادرس را در قرینه گرفتن «نشانه» های مزبور مختار قرار داده است» (درویش زاده کاخکی، ۱۳۹۳: ۱۸۸). لازم به ذکر است

که شارع تبعیت قاضی از شهادت را به آن دلیل که ممکن است در معرض حب و بغض و نسیان و خطا واقع شود فقط با وجود شرایط خاص (عدالت و تعدد) صحیح می‌داند (مصباح یزدی، ۱۳۹۱: ۶۸) حال چگونگی است که شارع نقض و نفی غرض کرده و در بعضی موارد تبعیت قاضی از شاهد فاقد شرایط را مقرر کرده باشد؟

۱- هرگاه معلوم شود که دلیل مربوط به مورد دعوا نزد یکی از طرفین دعواست و بدون عذر موجه از ابراز آن امتناع می‌کند دادگاه می‌تواند با توجه به امری که این دلیل مثبت آن است از آن نتیجه منفی استنباط کند.

در خصوص اصطلاح "اطلاع بیشتر" نیز باید گفت این اصطلاح تقلیدی بی حساب از ماده‌ی ۲۰۵ قانون آیین دادرسی مدنی فرانسه و بدون توجه به تفاوت در مبانی شهادت در حقوق دو کشور است مضافاً اینکه این ماده روشن نمی‌سازد که ارزش اثباتی "اطلاع بیشتر" تا چه اندازه بیشتر است. با توجه به مطالب پیش گفته به نظر می‌رسد نباید آن را به عنوان یکی از مبادی علم قاضی در نظر گرفت؛ بلکه صرفاً برای ابهام زدایی و یافتن نقاط کوری که در بیان سایر ادله وجود دارد کاربرد دارد. شاید وقوف به اینکه اظهارات شاهد فاقد شرایط در فقه اثری ندارد موجب شده که مدونین قانون از عبارت مبهم "اطلاع بیشتر" استفاده کنند و الا چرا قانونگذار همچون تحقیقات و معاینه‌ی محلی صراحتاً آن را از باب علم قاضی دارای ارزش محسوب نکرده است؟

ما حصل اینکه در فقه شهادت فاقد شرایط فاقد هرگونه ارزش اثباتی است و نمی‌تواند از مبادی علم قاضی باشد بنابراین باید مواد قانونی هم در همین راستا تفسیر شود. این نکته نیز قابل ذکر است که به جز ماده‌ی ۱۷۶ قانون مجازات اسلامی که اخیراً تصویب شده در سایر قوانین نیز شهادت فاقد شرایط به عنوان علم قاضی پذیرفته نشده است. همچنان که در سطور قبلی مذکور شد هر چند عمده نویسندگان تمایل دارند که عبارت "اطلاع بیشتر" به کار رفته در مواد قانونی را همان امارات قضایی و علم قاضی بدانند اما با توجه به آنچه که گفتیم این صحیح به نظر نمی‌رسد و باید گفت مراد از این عبارت پی بردن قاضی به جزئیات ادعایی است که قبلاً از طریق ادله‌ی دیگر اثبات شده؛ اما جزئیاتش مبهم مانده است که اینک استماع این نوع شهادت می‌تواند آن جزئیات را شفاف

کند. پذیرفتن این نظر مشکل نیست چرا که مشابه آن در بند ۱ ماده ۱۳۱۲ ق م وجود دارد. به طور مثال اصل پرداخت دین و مبلغ آن توسط ادله ای دیگر (اقرار) اثبات شده اما اینکه توسط چه کسی پرداخت شده و یا با چه نوع پولی بوده ابهام وجود دارد.

به نظر می رسد تصویب ماده ی ۱۷۶ قانون مجازات اسلامی نیز که شهادت فاقد شرایط را از باب علم قاضی معتبر می داند بیشتر تحت تاثیر دکترین موجود بوده تا پیشینه ی فقهی. قابل استناد بودن این نوع شهادت نه تنها با سابقه ی فقهی در تنافی است با مصلحت عملی نیز مغایر است چرا که راه اثبات ادعاهای واهی را خصوصا در جامعه ای که اخلاق و تقوا در آن کمتر وجود دارد باز کرده و چه بسا شخصی به خاطر مطامع مادی حاضر به ادای شهادت نابه حق شود. ارزش دادن به تک شاهد فاقد عدالت خلاف مصلحت است خصوصا اگر نظارت بر قضات هم کمتر باشد. بعضی نویسندگان به این مصالح اشاراتی داشته (میرشکاری ۱۳۹۳: ۵۲) و قرآن کریم مکرر راجع به عدم قضاوت از روی ظن تاکید کرده است.

با پیروی از این نظر اثر اثباتی شهادت دارای تعادل می شود. اگر شرایط شهادت جمع باشد با استناد به آن و بدون تشویش خاطر از نادرست بودن شهادت می توان رای داد ( گلیایگانی، ۱۴۰۱ق،ص ۱۶۲ و شمس، ۱۳۹۴، ص ۱۴۱) و اگر هم شرایط فراهم نباشد بدون تشویش رها می شود و بنابراین لازم نیست از ترس احتمال غیر واقع بودن شهادت و اثر سو آن بر دادرسی و علیرغم نصوص متعدد قانونی و فقهی کلا نظر بر الزامی نبودن مطلق شهادت داشت (توکلی، ۱۳۸۵: ۹۱ و زراعت و حاجی زاده، ۱۳۸۸: ۲۹۱).

ممکن است گفته شود که ماده ی ۲۴۱ ق آدم که دست قاضی را در تشخیص ارزش و تاثیر گواهی باز گذاشته است خود دلالت بر اختیار قاضی در پذیرش یا رد شهادت فاقد شهادت دارد (زراعت و حاجی زاده، همان: ۲۹۲ و شمس، ۱۳۹۰: ۲۴۴) اما این نظر پذیرفتنی نیست؛ چرا که علاوه بر آنکه این ماده خلاف صریح مشهور نصوص فقهی است خلاف صراحت ماده ی ۲۳۰ ق آدم نیز هست. اگر قانونگذار اختیار قاضی را در رد یا پذیرش پذیرفته بود، چرا در خصوص شرایط

شهود سختگیری کرده است؟ پذیرفته نیست قانونگذار از سویی در شرایط شهادت سختگیری کرده باشد و از سویی ارزیابی شهادت فاقد شرایط را پذیرفته باشد.

به نظر می‌رسد علیرغم نظر نویسندگان مذکور باید ماده‌ی ۲۴۱ را چنین تفسیر کرد که مراد از "تشخیص ارزش" تشخیص وجود یا عدم شرایط شهادت است که اگر شرایط محقق باشد شهادت دارای ارزش است و الا ندارد و منظور از "تشخیص تاثیر گواهی" تشخیص آن است که آیا مفاد شهادت با مفاد ادعا تطابق دارد و در یک راستاست یا نه؟ چه بسا شاهدان واجد شرایط گواهی دهند اما مفاد گواهی مثبت ادعا نباشد مثل اینکه مدعی ادعای خرید ملکی را داشته باشد و شاهدان بر تصرف او بر ملک شهادت دهند.

يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اجْتَنِبُوا كَثِيرًا مِّنَ الظَّنِّ إِنَّ بَعْضَ الظَّنِّ إِثْمٌ ۖ آیه ۱۲ سوره حجرات

ملاحظه می‌شود که با این تفسیر هیچ تنافی میان موادی که در وجود شرایط برای شاهد سخت‌گیری می‌کند با ماده‌ی ۲۴۱ که تشخیص ارزش و تاثیر شهادت را به قاضی می‌سپرد باقی نمی‌ماند.

## ۲. بررسی تطبیقی:

در مواد ۱۳۴۱ تا ۱۳۴۸ قانون مدنی فرانسه دلیلی با عنوان "دلیل شفاهی" و در مواد ۱۹۹ تا ۲۲۱ قانون آیین دادرسی مدنی آن دلیلی با عنوان "اظهارات اشخاص ثالث" وجود دارد که شهادت هم یکی از مصادیق آن‌هاست. این عناوین کلی شامل هرگونه اظهاراتی است که اشخاص ثالث ارائه می‌کنند و در مقایسه با حقوق کشورمان اعم از معاینه و تحقیق محل و شهادت است.

بدینی حقوق این کشور به شهادت موجب شده است که دایره اثباتی شهادت بسیار کوچک و محدود به پاره‌ای دعاوی کم‌اهمیت شود. عارض شدن حب، بغض، نسیان و خطابه انسان را موجب

این بدینی می‌دانند (daloz-1970-91)

ماده ی ۲۰۵ قانون آیین دادرسی مدنی این کشور شروط اهلیت داشتن و بازمانده (فرزند- فرزند خوانده) نبودن از طرفین دعوی طلاق یا تفریغ جسمانی و ماده ی ۲۱۱ شرط سوگند خوردن را برای شاهد مقرر می کند که شرایطی حداقلی است.

ماده ی ۲۰۵ مقرر می کند: "اظهارات هر شخص را می توان به عنوان شاهد استماع نمود، مگر اشخاصی که فاقد اهلیت شهادت در دادگستری هستند... اظهارات بازماندگان یک ازدواج را هیچ گاه نمی توان به عنوان شاهد در راستای ادعاهای مطروحه در دادگاه توسط یکی از زوجین برای طلاق یا تفریغ جسمانی استفاده کرد.

ماده ی ۲۱۱ می گوید: "اشخاصی که به عنوان شاهد استماع می شوند سوگند می خورند که حقیقت را بیان می کنند..."

قوانین این کشور شرط بیشتری برای شاهد مقرر نکرده است؛ اما رویه ی قضایی این کشور جهت تطبیق بیشتر با واقعیت، شرط نداشتن محکومیت کیفری به بعضی مجازات ها نظیر سرقت و کلاهبرداری را هم اضافه کرده است (صفایی، ۱۳۸۳: ۴۶). بنابراین اولاً تحت تعقیب بودن کافی برای عدم شایستگی برای شهادت نیست؛ بلکه حتماً باید محکومیت مسجل شده باشد، ثانیاً محکومیت به هر جرمی موجب بی اعتباری شهادت نمی شود؛ بلکه صرفاً بعضی از جرائم مهم مالی نظر جرایم فوق الذکر.

هرچند که محدوده ی اثباتی شهادت در حقوق این کشور محدود است اما همین محدوده نیز از بررسی و ممیزی قاضی در امان نیست (planioi et ripert\_1975-570). مواد متعددی حق تفتیش، بررسی و ارزیابی شهادت را به قاضی می دهد از جمله ماده ی ۱۷۹ قانون آیین دادرسی این کشور: «هنگامی که طرفین حاضر هستند قاضی در هر امری می تواند به فهم شخصی خویش از وقایع مورد دعوا استناد کند» ماده ی ۲۱۵ نیز مقرر می کند: «دادرس می تواند مجدداً از شهود استماع کند و در صورت لزوم این کار را در حضور یک متخصص انجام دهد.»

این دو قید به پذیرفتن شهادت باعث شده تا حساسیت خاصی در شمردن شرایط برای شهود وجود نداشته باشد چرا که شهادت بر قاضی تحمیل نمی شود و در هر حال قاضی حق ارزیابی مجدد شهادت را داراست.

ماده ی ۲۱۱ در خصوص شرط سوگند خوردن شهود می گوید: «...اشخاصی که بدون الزام به سوگند مورد استماع واقع می شوند از تعهد خود مبنی بر بیان حقیقت مطلع می شوند.»  
 ماده ی ۲۰۵ نیز مقرر می کند: «...اظهارات اشخاصی که نمی توانند به عنوان شاهد مورد استماع قرار گیرند بدون الزام به سوگند می تواند مورد استماع قرار گیرد».

بنا به صراحت مواد مذکور این فقط بازمانده دعوی طلاق است که به هیچ وجه شهادتش مسموع نیست و قاضی نمی تواند آنها را جهت استماع، احضار کند و چه بسا آن به دلیل حمایت از منافع خانوادگی و دور داشتن افراد خانواده از ادای شهادت علیه یکدیگر است که البته این محدودیت فقط در دعوی طلاق وجود دارد.

بنابراین با توجه به آنکه شروط ویژه ای برای شواهد وجود ندارد ( به طور مشخص شرط عدالت) و سایر شروط هم دارای اثر چندان مهمی در مصون ماندن شهادت از نسیان و حب و بغض نیست حقوق این کشور ناگزیر از سپردن ارزیابی نهایی شهادت بر دست قاضی است. این موضوع می تواند سرنوشت دعوا را از سویی به ظن و احتمالات وابسته کند و از سویی به حب و بغض و یا استبداد احتمالی قاضی و از آن اعتدالی که در مورد شهادت در فقه امامیه و سخن گفتیم خبری نیست. بنابراین به نظر می رسد در خصوص ارزش اثباتی شهادت حقوق کشورمان رویه بهتری پیش گرفته باشد.

### ۳. نتیجه گیری:

اصلاحیه های مکرر در مقررات مربوط به شهادت موجب ابهام در ارزش شهادت فاقد شرایط شده است و در بعضی از مواد ارزش آن را در حد "اطلاع بیشتر" می داند کترین عمدتا" اطلاع بیشتر" را یکی از مصادیق امارات قضایی می داند که می تواند به علم قاضی منجر شود. در قانون

مجازات اسلامی که آخرین تحول در این زمینه است این نظریه پذیرفته شده است؛ اما به نظر می‌رسد چندان صواب نباشد چه علاوه بر آنکه متون فقهی بر بی‌ارزشی مطلق چنین شهادتی تأکید دارند این رویه می‌تواند موجب سپردن سرنوشت دعوا به دلایل ظنی و محتمل شود. در حقوق فرانسه نیز به جهت بیگانه بودن با شرط عدالت برای شاهد، شروطی حداقلی برای شهادت شمرده شده است که با توجه به آنکه چنین شهادتی قابل اتکا نبوده و به دلیل نبود شرط عدالت، ارزیابی شهادت مطلقاً در اختیار قاضی است. پس از این نظر حقوق دو کشور قابل مقایسه نیست و پیروی از حقوق فرانسه توصیه نمی‌شود.

## منابع:

۱. آشتیانی، میرزا محمد حسن، **کتاب القضا**، قم، دارالهجره، ۱۴۰۴ ه.ق.
۲. آشوری، محمد، **آیین دادرسی کیفری**، ج ۱، تهران، انتشارات سمت، ۱۳۸۸.
۳. آشوری، محمد، **آیین دادرسی کیفری**، ج ۲، تهران، انتشارات سمت، ۱۳۸۸.
۴. آهنی، بتول، **اعتبار علم قاضی در صدور حکم**، مجله فقه و حقوق خانواده (ندای صادق)، شماره ۲۵، ص ۳۶ تا ۵۴، بهار ۱۳۸۱.
۵. بهرامی، بهرام، **بایسته های ادله اثبات**، تهران، انتشارات نگاه بینه، ۱۳۹۲.
۶. تدین، عباس، **تحصیل دلیل در آیین دادرسی کیفری**، تهران، میزان، ۱۳۹۱.
۷. توکلی، سعید، **ارزش شهادت و حدود اعتبار آن در نظام حقوقی ایران**، مجله حقوق دادرسی، شماره ۵۶، ص ۱۱ تا ۶، خرداد و تیر ۱۳۸۵.
۸. الجبعی العاملی، زین الدین (شهید ثانی)، **مباحث حقوقی شرح لمعه**، مترجم لطفی، اسدالله، تهران، انتشارات مجد، ۱۳۹۳.
۹. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، **ترمیمولوژی حقوق**، تهران، انتشارات گنج دانش، ۱۳۹۲.
۱۰. جوانمرد، بهروز، **آیین دادرسی کیفری**، ج ۲، تهران، انتشارات جاودانه، جنگل، ۱۳۹۵.
۱۱. حایری السید کاظم، **القضا فی الفقه الاسلامی**، قم، مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۱۵ ه.ق.
۱۲. خالقی، علی، **آیین دادرسی کیفری**، تهران، موسسه مطالعات و پژوهشهای حقوقی شهر دانش، ۱۳۹۱.
۱۳. خورسندیان، محمد علی، **بررسی حجیت علم قاضی در فقه و حقوق ایران**، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۴۳، ص ۱۱ تا ۴۲، تابستان ۱۳۸۲.
۱۴. خوئی، سید ابوالقاسم، ترجمه تلیقی **تکمله المنهاج**، مترجم، بطحانی گلپایگانی، سید هاشم، تهران، میزان، ۱۳۹۳.



۱۵. درویش زاده کاخکی، محمد، **قاعده سازی و مصداق شناسی در اماره قضایی**، فصلنامه دید گاه های حقوق قضایی، شماره ۶۸، ص ۲۸۱ تا ۲۰۶، زمستان ۱۳۹۳.
۱۶. دیانی، عبدالرسول، **ادله اثبات دعوا در امور مدنی و کیفری**، تهران، میزان، ۱۳۹۴.
۱۷. زراعت، عباس، **آیین دادرسی کیفری**، ج ۲، تهران، میزان، ۱۳۹۳.
۱۸. زراعت، عباس، و حاجی زاده حمید رضا، **ادله اثبات دعوا**، کاشان، انتشارات قانون مدار، ۱۳۸۸.
۱۹. سبحانی، جعفر، **نقدی بر هرموتیک**، قم، امام صادق ع، ۱۳۸۵ ه.ش.
۲۰. شاهرودی، سید محمود، **بایسته های فقه جزا**، تهران، میزان، ۱۳۷۸.
۲۱. شمس، عبدالله، **آیین دادرسی مدنی** ج ۳، تهران، دراک، ۱۳۹۰ ه.ش.
۲۲. شمس، عبدالله، **ادله اثبات دعوا**، تهران، دراک، ۱۳۹۴.
۲۳. شیخ انصاری، **القضا و الشهادات**، قم، المؤتمر العالمی بمناسبه... ۱۴۱۵ ه.ق.
۲۴. صفایی، سید حسین، **ارزش اثباتی شهادت در حقوق خصوصی**، مجله پژوهش حقوق و سیاست، شماره ۱۳، ص ۱۲۴ تا ۱۵۶، زمستان ۱۳۸۳.
۲۵. غمامی، مجید، و محسنی حسن، **آیین دادرسی مدنی فراملی**، تهران، انتشارات شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۲.
۲۶. فضائلی، مصطفی، **دادرسی عادلانه محاکمات کیفری بین المللی**، تهران، انتشارات شهر دانش، ۱۳۹۴.
۲۷. کاتوزیان، ناصر، **اثبات و دلیل اثبات** ج ۲، تهران، میزان، ۱۳۸۳ ه.ش.
۲۸. کاتوزیان، ناصر، **قانون مدنی در نظم حقوق کنونی**، تهران، انتشارات میزان، ۱۳۹۴.
۲۹. کاتوزیان، ناصر، **اثبات و دلیل اثبات**، ج ۲، میزان، ۱۳۸۷.
۳۰. کاتوزیان، ناصر، **اثبات و دلیل اثبات**، ج ۱، تهران، میزان، ۱۳۹۰.
۳۱. کاتوزیان، ناصر، **حقوق مدنی نظریه عمومی تعهدات**، تهران، میزان، ۱۳۹۳.

۳۲. کاتوزیان، ناصر، **عدالت قضایی** (مجموعه آرائی)، تهران، نشر دادگستر، ۱۳۷۸.
۳۳. کاتوزیان، ناصر، **گامی به سوی عدالت**، ج ۳، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۷۹.
۳۴. گلپایگانی، سید محمد رضا، **کتاب القضا** ج ۱، قم، مطبعه الخيام، ۱۴۰۱.
۳۵. گلدوزیان، ایرج، **ادله اثبات دعوا**، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۶.
۳۶. گلدوزیان، ایرج، **محشای قانون مجازات اسلامی**، تهران، انتشارات مجد، ۱۳۹۴.
۳۷. محسنی، حسن، **عدالت آیینی**، فصلنامه حقوق مجله دانشکده حقوق و علوم سیاست، دوره ۳۸، ص ۳۲۰ تا ۲۸۵، ۱۳۸۷.
۳۸. مدنی، سید جلال الدین، **ادله اثبات دعوا**، تهران، پایدار، ۱۳۸۴.
۳۹. مراغه‌ای، میرفتحاح، عناوین، قم، جامعه مدرسین، ۱۴۱۸ ه.ق.
۴۰. موذن زادگان، حسن علی، **علم قاضی در حقوق جزای ایران**، مجله پژوهش و حقوق و سیاست، شماره ۲ و ۳، ص ۱۱۲ تا ۱۷۷، بهار ۱۳۷۹.
۴۱. میرشکاری، عباس، **ثبوت و اثبات**، تهران، انتشارات جاودانه جنگل، ۱۳۹۳.
۴۲. نراقی، ملا احمد، **عواید الایام**، قم، مرکز النشر التابع لمكتب الاعلام الاسلامی، ۱۴۱۷ ه.ق.
۴۳. -----، **مستند الشیعه** ج ۱۷، قم، مؤسسه آل البيت علیهما السلام لإحياء التراث، ۱۴۱۹ ه.ق.
۴۴. واحدی، قدرت الله، **بایسته های آیین دادرسی مدنی**، تهران، میزان، ۱۳۸۲.
45. Dalloze\_Recueil periodique et critique de jurisprudence de - legislations et de la doctrine –paris – 1970
46. Planiol et Ripert – *Trite pratique de droit civil francais* - paris -1975

## بررسی تطبیقی مصونیت داور در حقوق ایران، در مقایسه با نظام داوری تجاری بین‌الملل و نظام داوری داخلی ایالات متحده ی آمریکا و انگلستان و ولز

جعفر براتی<sup>۱</sup>

احمد خسروی<sup>۲</sup>

حمید برزگری دهج<sup>۳</sup>

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۰۲/۱۶

تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۰۴/۱۵

### چکیده

مصونیت داور برای اجرای صحیح وظایف داوری ضرورت دارد. در حقوق داخلی ایران داور از هیچ مصونیتی برخوردار نیست و در صورت ایراد خسارت مطابق قواعد عام، مسئول است. در قانون نمونه داوری آنسیترال بحثی از مصونیت داور نشده است، اما در قواعد برخی موسسات داوری بین‌الملل اصل مصونیت داور پذیرفته شده است. در حقوق کامن‌لا بحث مصونیت داور جایگاه شایسته‌ای یافته است و مصونیت قضات به داوران نیز تسری یافته است. در این نظام، بر عکس نظام حقوقی رومی-ژرمنی اصل بر مصونیت مطلق داور است، اما این رویکرد کلی در برخی از موارد تعدیل شده است. در حقوق ایران، با وجود عدم پیش‌بینی مصونیت برای داور، اما داوران می‌توانند از طریق درج شرط عدم مسئولیت در قرارداد داوری، خود را از مسئولیت مبرا کنند. در این تحقیق از روش تحلیلی-توصیفی استفاده شده است و با رویکرد تطبیقی به یکی از مهمترین مباحث مربوط به داوری یعنی مصونیت داور پرداخته شده است. این تحقیق به دنبال بررسی این موضوع است که مصونیت داور در حقوق داخلی کشورمان و نظام داوری تجاری بین‌الملل و نظام‌های حقوق داخلی الگو چه وضعیتی دارد؟

**واژگان کلیدی:** داوری، مصونیت، تطبیقی، حقوق ایران، اسناد بین‌الملل

<sup>۱</sup> (نویسنده مسئول) دانشجوی دکتری حقوق عمومی دانشگاه آزاد واحد علوم و تحقیقات، تهران، ایران.

ایمیل: jafarbarati136270@yahoo.com

<sup>۲</sup> استادیار گروه حقوق عمومی دانشگاه بیرجند، بیرجند، ایران.

<sup>۳</sup> دانشجوی دکتری حقوق جزا و کیفری شناسی دانشگاه آزاد واحد تهران شمال، تهران، ایران.

## مقدمه

داوری یکی از ابزارهای حل اختلافات است که بیش از هزار سال برای بشر شناخته شده است. (sohn, 1990: 9-10). دولت‌های غالباً پیش از شکل‌گیری دادگاه‌های بین‌الملل از این شیوه برای حل اختلافات بهره می‌بردند. این روش حل اختلافات همچنین در زمان حاضر مزیت خود را نسبت به سایر شیوه‌های حل اختلاف نشان داده است و جایگاه مستحکمی یافته است. داوری به ویژه در دعاوی تجاری با استقبال بیشتری روبه‌رو شده است، زیرا اصل سرعت در رسیدگی به دعاوی تجاری و همچنین ماهیت فراملی این دعاوی در بسیاری از موارد رسیدگی به وسیله‌ی نهادهای بی‌طرف همراه با تشریفات کمتر و سرعت بیشتر را اقتضا می‌کند.

داوران مشابه قضاات از امتیازات و مصونیت‌هایی ویژه‌ای برخوردار هستند. در صورتی که داور یا داوران از بین مقامات رسمی کشورها یا سازمان‌های بین‌الملل انتخاب گردند، به دلیل برخورداری از مزایای و مصونیت‌های دیپلماتیک، الزامی به پیش‌بینی مزایا و مصونیت‌های به‌طور خاص برای آنها وجود ندارد. اما در مواردی که داوران اشخاص خصوصی هستند، پیش‌بینی مزایا و مصونیت‌های برای تضمین عملکرد مناسب آنها ضرورت دارد.

مطالعه‌ی تطبیقی نظام‌های حقوقی مختلف نشان می‌دهد که حقوق کشورها پاسخ‌ی‌کسانی به مسأله‌ی مصونیت داور ارائه نمی‌دهند. بیشتر قوانین مربوط به داوری نسبت به این موضوع ساکت هستند. قانون نمونه داوری آنسیترال نیز قواعد حقوقی ویژه‌ای را در باره‌ی مسئله مسئولیت مدنی داور پیش‌بینی نکرده است. سکوت قوانین در خصوص این مسئله از یک طرف و ماهیت دوگانه وظیفه‌ی داور (قضایی و قراردادی) از طرف دیگر، موجب پیچیدگی موضوع می‌گردد.

«با این وجود، مطالعه‌ی تطبیقی نشان می‌دهد که یک نگرش متفاوتی نسبت به این موضوع در دو سیستم بزرگ حقوقی جهان به چشم می‌خورد؛ به طوری که در نظام حقوقی کامن‌لا بیشتر باید در رابطه با اصل مصونیت داور از تعقیب مدنی سخن گفت، در حالی که در بیشتر کشورهای پیرو نظام حقوق موضوعه یا رومی ژرمنی باید از اصل مسئولیت مدنی داور نام برد» (هوسن منیجر، ۱۳۷۰: ۲۱۹). در حقوق برخی از کشورها مانند آمریکا، مصونیت قضایی تا اندازه‌ی زیادی به داوران تسری

داده شده و حتی قائل به نوعی مسئولیت مطلق داور نیز شده اند. در نخستین رای یک دادگاه آمریکایی که در این خصوص صاره شده، ضمن تشبیه داور به دادرس، چنین اعلام شد که «داور خواننده دعاوارا نمی توان از بابت ضرر و زیانی که از عملکرد متقلبانه و یا منصوب به فساد مالی وی ناشی شده است، تحت تعقیب قرار داد» (هوسن میننجر، ۱۳۷۰: ۲۱۹).

در خصوص مصونیت داور در حقوق ایران، قانون داوری تجاری بین الملل مصوب ۱۳۷۶ که از قانون نمونه ی آنسیترال اقتباس شده است، نسبت به این موضوع ساکت است و هیچ اشاره به بحث مصونیت داور یا داوران نکرده است. اما در حقوق داخلی ایران ماده ی ۵۰۱ قانون آیین دادرسی مدنی دادگاه های عمومی و انقلاب در امور مدنی مسئولیت مدنی و در نتیجه اصل عدم مصونیت داوررا پیش بینی نموده اند.

این تحقیق به دنبال بررسی این موضوع مهم در ارتباط با داوری است که مصونیت داور در حقوق داخلی کشورمان و همچنین اسناد بین المللی مرتبط با داوری و نظام های الگو چه وضعیتی دارد؟ اهمیت بررسی این موضوع از این جهت است که مصونیت داور جهت اعمال کارکرد مناسب داوری ضرورت دارد، و از این رو لازم است که حدود و مبنای این مصونیت به طور تطبیقی مورد بررسی قرار گیرد. جهت بحث از مصونیت داور نخست مفهوم داوری بحث می گردد و به مقایسه ی آن با نهاد مشابه یعنی قضاوت پرداخته می شود. رویکردهای مختلف نسبت به مصونیت داور بحث می گردد و وضعیت آن در نظام داوری تجاری بین الملل و نظام حقوق داخلی الگو یعنی ایالات متحده ی آمریکا و انگلستان بحث می گردد.

## ۱. مفهوم داوری و مقایسه آن با نهاد قضاوت

### ۱-۱. مفهوم داوری

داور و داوری از ریشه داد است. داد به معنی قانون بوده و نیز به برخی نوشته های دینی اطلاق می گردد. داور در واقع همان دادور بوده، یعنی کسی که اهل داد است. به داوری، دادیه<sup>۱</sup> نیز گویند)

<sup>۱</sup>. Dadih

کریمی و پرتو، ۱۳۹۱: ۱۷). در فرهنگ معین چنین آمده است: داوری در لغت به معنای «شکایت پیش قاضی بردن، تظلم، یکسو کردن مرافعه، حکومت میان مردم، قضاوت» می‌باشد (معین، ۱۳۸۷: ۳۹۴). معنای عرفی داوری نیز با معنای لغوی آن نزدیکی دارد. در عرف نیز به شخص قضاوت کننده که با رأی خویش اختلافی را پایان می‌بخشد، داور گویند.

داوری را صرف نظر کردن افراد از مداخله‌ی مراجع رسمی در قطع و فصل دعاوی مربوط به حقوق خصوصی خودشان و تسلیم شدن آنها به حکومت خصوصی اشخاصی دانسته‌اند که از نظر معلومات و اطلاعات فنی یا شهرت مورد اعتماد آنها هستند (متین دفتری، ۱۳۲۴: ۸۸). از نظر حقوقی و قواعد دادرسی مدنی به معنی فصل خصومت توسط غیر قاضی و بدون رعایت تشریفات رسمی رسیدگی و مراعات آیین‌های دادرسی رسمی را داوری می‌نامند، کسی که جهت داوری انتخاب شده باشد را نیز داور می‌گویند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲: ۲۸۳).

تعریف داوری از همان ابتدای دوره‌ی قانون‌گذاری نوین مورد توجه جدی قانون‌گذار نبوده است. برای نمونه در مجموعه قوانین موقتی اصول محاکمات حقوقی و نیز در قانون حکمیت، تعریفی از داوری مشاهده نمی‌شود. در قانون آیین دادرسی مدنی مصوب سال ۱۳۷۹ نیز، داوری تعریف نشده و صرفاً آثار و احکام آن مورد توجه قانون‌گذار بوده است. در ماده ۴۵۴ این قانون صرفاً به نقش تراضی در داوری اشاره شده و گو این که داوری اجباری مغفول مانده است با این وجود بند الف ماده‌ی ۱ قانون داوری تجاری بین الملل ۱۳۷۶ به تعریف داوری می‌پردازد. بر اساس این بند: «داوری عبارت است از رفع اختلاف بین متداعیین در خارج از دادگاه به وسیله‌ی شخص یا اشخاص حقیقی یا حقوقی مرضی الطرفین و یا انتصابی...».

بنابراین داور نوعی قاضی منتخب طرفین دعوا است که بدون رعایت تشریفات آیین دادرسی مدنی و بر مبنای اصل سرعت در رسیدگی به دعاوی عمل می‌کند. داوری به طور ویژه در دعاوی تجاری بین‌المللی که باید رسیدگی با اصل سرعت و بی‌طرفی منطبق باشد مورد استقبال قرار گرفته است.

## ۲-۱. مقایسه ی داوری با نهاد قضاوت

داوری با قضاوت عنوان شیوه ی غالب حل و فصل خصومت، تفاوت‌های و مشابهت‌هایی دارد. از این رو در برخی از نظام‌های حقوقی امتیازات قضاوت را به داوران نیز تسری می‌دهند. یکی از این امتیازات اصل مصونیت قضاوت است. از این رو مقایسه ی نهاد داوری با قضاوت پیش از بحث از مصونیت داور ضرورت دارد.

داوری از بعضی جهات شبیه قضاوت (رسیدگی قضایی) می‌باشد. بدین معنی که هم قاضی و هم داور در رابطه با اختلافات مطروحه می‌توانند اظهار نظر قضایی و رای لازم الاجرا صادر نمایند. به عبارت دیگر که رأی وی جهت حل و فصل یک اختلاف صادر می‌شود و مثل رأی قاضی پس از صدور غیر قابل تغییر است و به صورت خاص و جزئی صادر می‌گردد. بدین معنی که صرفاً ناظر به همان دعوایی است که در آن تعیین داور شده است. از لحاظ لازم‌الاتباع بودن رأی صادر شده نیز بین این دو شباهت تام وجود دارد، بدین معنا که رأی داور نیز مانند رأی قاضی لازم الاجرا است.

با این حال نمی‌توان به تفاوت‌های داوری و قضاوت بی‌اعتنا بود. داوری تأسیسی است که ارتباط تام به توافق طرفین و ذوق آنها دارد.<sup>۱</sup> اساس داوری توافق طرفین است و به رغم وجود برخی مقررات ناظر به داوری اجباری و داوران اجباری<sup>۲</sup> هنوز هم این توافق طرفین است که به داوری و داوران صلاحیت اعطاء می‌کند، در حالی که در قضاوت این قانون است که صلاحیت محاکم و حاکم را معین می‌سازد. حتی گاهی توافق طرفین مبنی بر عدم مراجعه به دادگستری را باطل می‌شمارد. طرفین هر لحظه می‌توانند با تراضی داور رسیدگی‌کننده را تغییر دهند در حالی که در قضاوت به مفهوم

۱. ماده ی ۱۴۴۲ قانون آیین دادرسی فرانسه

۲. ماده ی ۳۶ و ۳۷ قانون بازار اوراق بهادار جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۸۴. در این مواد مقرر شده است که برخی از اختلافات ناشی از اجرای قانون در هیأت داوری ای که ترتیب آن در ماده ی ۳۷ پیش بینی شده است حل و فصل می‌گردد. در واقع هم رجوع به داوری و هم ترکیب داوران حالت اجباری یافته است و طرفین نمی‌توانند ترکیب داوران رسیدگی‌کننده را تغییر داده یا از مراجعه به داوری موضوع این مواد انصراف دهند.

مصطلح خود چنین اختیاری متصور نیست. به رغم وجود برخی مقررات ناظر بر صلاحیت داور در نهایت این طرفین هستند که بر صلاحیت داور صحنه می‌گذارند، به عبارت دقیق‌تر، داور چنانچه دارای اهلیت قانونی باشد و واجد شرایط باشد، توسط طرفین به داوری انتخاب می‌شود در حالی که در خصوص قاضی، مقنن است که صلاحیت قضاوت را اعطا می‌نماید، قاضی به اذن در قضاوت نیاز دارد و صلاحیت شخص او، باید در کمیسیون گزینش قضات پس از سیر مراحل مختلف احراز و تأیید گردد. (خورشیدی، ۱۳۹۰: ۲۶). داوری به موافقت نامه داوری متکی است و بنابراین مانند سایر قراردادها تابع اصل نسبی بودن آثار قراردادی است. داور نمی‌تواند در خصوص بسیاری از مسائل مانند موضوعات کیفی اقدام به صدور رأی نماید، به تعبیری، این‌گونه موضوعات در صلاحیت انحصاری مراجع قضایی است. داوران تنها می‌توانند به اختلافاتی رسیدگی کنند که به موجب موافقت نامه داوری برای حل و فصل آن اختیار پیدا کرده‌اند. تکیه داوری به سیستم قضایی از محدودیت‌های داوری است. اجرای آرای داوری باید از طریق دادگاه‌های ملی مورد شناسایی قرار گیرد (شیروی، ۱۳۹۱: ۵۵).

بنابراین نقش اراده‌ی طرفین در ارجاع اختلافات به داوری و نیز نقش تعیین‌کننده قرارداد داوری در تعیین حدود صلاحیت داور آن را از قضاوت متمایز می‌کند. همچنین تکیه داوری بر سیستم قضایی جهت اجرای آرای خود نیز یکی از وجوه افتراق آن از قضاوت است. با این حال، دیدگاه صرف قراردادی به داوری نیز در برخی از موارد با ماهیت داوری مطابق ندارد. برای مثال، رابطه‌ی طرفین حل اختلاف داوری با داوران را نمی‌توان بر مبنای تئوری و کالت توجیه کرد.

تفاوت‌های بین داوری و قضاوت را می‌توان به طور خلاصه این گونه بر شمرد: الف) قدرت قاضی به طور مستقیم از دولت و قوانین عمومی مملکت ناشی می‌گردد در حالی که صلاحیت داوران به طور مستقیم از موافقت نامه داوری ناشی می‌گردد؛ ب) قاضی نه از سوی طرفین دعوا منصوب و نه دستمزد او پرداخت می‌گردد، در حالی که داوران هم منصوب طرفین دعوا هستند و هم دستمزد آنان از سوی طرفین پرداخت می‌گردد؛ د) قاضی تنها در برابر دولت پاسخگو است، در حالی که داوران نسبت به طرفین داوری و مؤسسه‌ی داوری باید پاسخگو باشند؛ و ه) رای قضات



در نتیجه تجدیدنظرخواهی می‌توان اصلاح کرد و یا حتی نقض گردد در حالی که رای داوری چنین ویژگی را ندارد و تنها می‌توان درخواست ابطال آن را تحت شرایط از دادگاه تقاضا نمود.

## ۲. مصونیت داور

ممکن است به جهت اهمیت وظیفه‌ی داوران در رسیدگی به دعاوی و فصل خصومت، این تردید به میان آید که آیا در برابر ادعای ضرر اصحاب دعوا، نباید داوران معاف از مسئولیت تلقی و دارای مصونیت باشند؟ چالش‌های مطرح شده در خصوص مسئولیت داوران تا حدودی از دکترین مصونیت قضاوت و اغلب از این که آیا اعمال آنها با آنچه قضاوت انجام می‌دهند قابل مقایسه هست یا خیر سرچشمه می‌گیرد (عاشوری، ۱۳۹۸: ۲۷).

قضاوت غالباً از مصونیت کامل برخوردار هستند. «اصول بنیادین سازمان ملل متحد در رابطه با استقلال قضایی»<sup>۱</sup> مقرر می‌دارد:

« بدون هر گونه آسیبی به فرآیندهای انضباطی یا حق بر تجدیدنظرخواهی یا جبران خسارت از سوی دولت، مطابق با قوانین ملی، قضاوت باید از مصونیت شخصی در برابر تعقیب مدنی به دلیل خسارات مادی در نتیجه فعل یا ترک فعل نادرست که در اعمال و وظایف قضاوتی خود مرتکب شده اند، برخوردار گردند.»

مصونیت داوران از این ضرورت ناشی می‌گردد که باید از استقلال و بی‌طرفی داوران و نیز عدم اعمال نفوذ ناروا بر آنها جلوگیری شود. به عبارت دیگر، به این دلیل که داوری دارای نوعی کارکرد قضایی است و همچنین مشابه قضاوت تکلیف به استقلال و بی‌طرفی دارد، از این رو در اجرای وظایف قضاوتی خود مشابه قضاوت باید از مصونیت از مسئولیت برخوردار گردد. بنابراین می‌توان نتیجه گرفت داوران نیز باید مصونیت داشته باشند.

<sup>1</sup>. The UN Basic Principles on the Independence of the Judiciary

در هفتمین کنفرانس سازمان ملل متحد این اصول به تصویب رسید و در تاریخ ۲۹ نوامبر ۱۹۸۵ به تأیید مجمع عمومی سازمان ملل متحد رسید.

مصونیت و یا معافیت داوران از مسئولیت، به طور عام و یا جزئی خود بر مصونیت قضات مبتنی است. از دیدگاه کسانی که قائل به مصونیت داور هستند، داوران باید از مصونیت مشابه قضات برخوردار باشند تا اینکه از فشار طرفین داوری در طی فرآیند رسیدگی داوری و یا بعد از آن مصون باشند و با آرامش خاطر و نیز با ملاحظه عدالت اقدام به صدور رای نمایند.

نظام حقوقی کامن‌لا به طور مطلق داوران را از مسئولیت مدنی معاف می‌کند. به طور سنتی برای توجیه این مصونیت در این نظام حقوقی به این دلیل استناد می‌گردد که باید با دوران رفتاری مشابه قضات صورت گیرد. در دعوای برمر شفیان علیه شرکت کشتیرانی هند شرقی قاضی دونالدسون اظهار داشت که « دادگاه‌ها و داوران در یک مسئولیت مشترک، یعنی اجرای عدالت سهیم هستند» (J. Donaldson, Bremer Schiffban v. South India Shipping Corp. Ltd).

بنابراین در حقوق کشورهایایی که از سیستم حقوقی کامن‌لا الهام گرفته‌اند، داور که قاضی خصوصی تلقی می‌شود، همانند قاضی دولتی از مصونیت یا معافیت از مسئولیت بهره می‌برد. در حقوق این کشورها طرح دعوی مسئولیت علیه قاضی دولتی اصولاً ممنوع است؛ با این توضیح که قاضی دولتی به دلیل نوع وظیفه‌ای که انجام می‌دهد باید از مصونیت از تعقیب مدنی برخوردار باشد. استدلالاتی نیز در مخالفت با مصونیت داوران صورت گرفته است: مصونیت داور می‌تواند موجب ترغیب سهل‌انگاری گردد؛ قطعیت رای داوری بر عدالت فردی اولویت داده شود؛ راه‌حل‌های جبرانی انضباطی عموماً علیه دوران متخلف وجود ندارد؛ و راه‌حل‌های جبران مانند نقض رای داور یا محرومیت داوران از دریافت حق‌الزحمه نیز ناممکن است (Redfern and hunter, 1998: 288).

اسناد بین‌المللی و قواعد داوری مؤسسات داوری تجاری بین‌الملل در رابطه با مصونیت داوران از انسجام واحدی برخوردار نیستند و حتی در مواردی در این رابطه ساکت هستند. قواعد حقوقی که مصونیت داوران بر مبنای آن تنظیم می‌گردد نیز غالباً بر مبنای سیستم‌های حقوقی مختلف متفاوت از هم هستند و عمدتاً از طریق قواعد « حل تعارض » و حقوق بین‌الملل خصوصی مشخص می‌گردد (Tsakatoura, 2002: 30; Hunter, 1993: 329).

بنابراین میزان مصونیت داوران از کشوری به کشور دیگری متغیر است و این مصونیت به مقررات قانونی مصوب و همچنین توافقات بین داوران با طرفین داوری و همچنین مؤسسه‌ی داوری بستگی دارد.

### ۳. رویکردها نسبت به مصونیت داور

می‌توان رویکردهای نظام‌های حقوقی نسبت به مصونیت داوران را به سه دسته کلی تقسیم کرد. برخی نظام‌های حقوقی به داوران مصونیت مطلق اعطاء نموده‌اند، برخی نیز اشکالی محدودی از مصونیت یا مصونیت تحت شرایط خاصی را به داوران داده‌اند و سرانجام در برخی نظام‌های حقوقی هیچ‌گونه مصونیتی برای داوران پیش‌بینی نشده است.

#### ۱-۳. مصونیت مطلق

بر مبنای این رویکرد، داوران از مصونیت کامل یا مطلق از تعقیب در رابطه با وظایف خود برخوردار هستند. داوران به دلیل تصمیماتی که اتخاذ نموده‌اند از مسئولیت معافیت می‌گردد. اقدامات و تصمیمات داوران را نمی‌توان در برابر محاکم دادگستری و یا دیوان داوری مورد اعتراض قرار داد.

این دیدگاه بر این ایده مبتنی است که یک سیاست عمومی مناسب مستلزم حمایت از این رویکرد است که شخصی که کارکرد شبه قضایی را اعمال می‌کند باید بتواند بدون ترس از عواقب تصمیمات خود و نیز ارزیابی نتایج احتمالی که ممکن است گریبان‌گیر او شود، وظایف خود را انجام دهد. بنابراین اهمیت مصونیت داوران در نتیجه مشابهت کارکرد قضات و داوران است. این مشابهت عبارت است از اجرای وظیفه حل و فصل اختلافات بین طرفین و صلاحیت قانونی جهت داوری در رابطه با حقوق خصوصی (Antoine v. Bryer & Anderson, 429, 435-36 (1992)).

در اکثر کشورها، قضات از مصونیت مطلق در برابر هر گونه ادعای مرتبط با مسئولیت مدنی در قبال اقداماتی که در راستای قضاوت انجام می‌دهند، برخوردار هستند. اما در برخی از کشورها،

مانند ایالات متحده‌ی آمریکا، چنین مصونیتی تنها محدود به قضات نیست؛ بلکه به سایر کسانی که وظایف قضاوت را دارند نیز تسری می‌یابد که یکی از این گروه‌ها داوران هستند. اگر چه قانون داوری فدرال آمریکا به موضوع مصونیت داوران اشاره نکرده است، اما سنت آمریکایی به داوران مصونیت مشابه قضات اعطا کرده است.

کشورهای پیرو نظام حقوقی کامن‌لا از سنت حقوقی مصونیت مطلق داوری پیروی می‌کنند. برای مثال، در نیوزیلند به پیروی از جهت‌گیری کلی نظام کامن‌لا در رابطه با مسئولیت داور ماده‌ی ۱۳ قانون داوری نیوزیلند مقرر می‌دارد که داور در نیوزیلند برای سهل‌انگاری خود نمی‌تواند مسئول تلقی‌گردند (<http://www.legislation.govt>). کانادا یکی دیگر از کشورهای پیرو نظام حقوقی کامن‌لا نیز مصونیت داور را پذیرفته است. در قوانین کانادا برای داوران در داوری‌های داخلی و بین‌المللی مصونیتی پیش‌بینی نشده است. با این حال قوانین داوری برخی ایالات این کشور مانند آلبرتا، کلمبیا، آنتاناریو مقرر داشته‌اند که داور که به دلیل رفتار متقلبانه و یا فاسد یا تاخیر ناموجه از سمت خود عزل شده‌اند، ممکن است از استحقاق به دستمزد به جهت انجام داوری محروم گردند و نیز ممکن است به جبران خسارات طرفین داوری برای کلیه هزینه‌های و یا بخشی از هزینه‌های آنها ملزم گردد. با این حال به عنوان یک قاعده‌ی کلی، داور از مصونیت در برابر هر گونه ادعای بی‌احتیاطی و نیز نقض قرارداد مطابق قوانین کانادا برخوردار است. این قاعده‌ی کلی در نظام حقوقی کانادا در دعوای زیتر علیه شرکت ماسک ورزشی ایجاد گردید. اما کسانی که به عنوان ارزیاب یا کارشناس عمل می‌کنند، از مصونیت برخوردار نیستند (Roley, et al : 12).

## ۲-۳. عدم مصونیت مطلق داور

دسته‌ی دوم کشورهایی هستند که در آنها داوران از هیچ‌گونه مصونیتی برخوردار نیستند، در این کشورها طرفین داوری و سایر کسانی که در فرآیند دعوا دخالت دارند می‌توانند به هر دلیلی فرآیند رسیدگی به اختلاف از سوی داوران را به چالش بکشند و داوران در برابر دادگاه‌های ملی و نیز مؤسسه‌ی داوری پاسخگو می‌باشند که به آن وابسته هستند. از این دیدگاه، داوران به این دلیل

مسئولیت مطلق دارند که اشخاص حرفه‌ای هستند و بنابراین این انتظار از داور وجود دارد که وظایف خود را با حداقل دقت و مراقبتی که از اشخاص حرفه‌ای انتظار می‌رود انجام دهند. طرفین داوری در برابر خدماتی که به وسیله‌ی داوری ارائه می‌گردد، دستمزد پرداخت می‌کنند. از اینرو طرفین داوری باید از این حق قانونی برخوردار باشند که بر نحوه‌ی رسیدگی به دعوا از سوی داوران به شیوه‌ی کاملاً حرفه‌ای نظارت نمایند و در نتیجه، داوران باید در برابر کلیه‌ی خسارات که به طرفین داوری وارد می‌کنند، مسئول باشند. با این حال، بر اساس دیدگاه جولیان لو، به نظر می‌رسد که در واقع هیچ نظام حقوقی در حال حاضر وجود ندارد که در آن مسئولیت مطلق برای داوران برای هر گونه اشتباهی در رسیدگی و تصمیم که از سوی داوران اتخاذ می‌گردد پیش بینی نموده باشد) (Lew, 1990: 54).

نظام داوری فرانسه یکی از مثال‌ها در زمینه‌ی عدم مصونیت مطلق داور است. مقرات حقوقی ویژه‌ای در رابطه با مصونیت داور در فرانسه وجود ندارد. بنابراین، داوران به طور کامل در برابر اقدامات خود مسئول می‌باشند. با این حال شرایطی در رابطه با پذیرش ادعای مسئولیت علیه یک داور وجود دارد: نباید هیچ راه حل جبرانی دیگر علیه رای داور وجود داشته باشد. مسئولیت کامل داور مبتنی بر ماهیت قراردادی رابطه‌ی بین طرفین داوری و داور در فرانسه است (Tsakatoura, 2002: 4).

### ۳-۳. مصونیت محدود یا مشروط

رایج‌ترین شکل از اعطای مصونیت به داوران ماهیتی محدود یا مشروط دارد. داوران را می‌توان برای اقدامات خود در طی فرآیند داوری و همچنین صدور رای تنها تحت شرایط محدود و برای فعل یا ترک فعلی که در سطح معقولی امکان اجتناب آن وجود دارد، مسئول دانست. برای مثال، داور باید از مصونیت کافی برخوردار باشد تا اینکه بتواند وظایف خود را بدون ترس از مسئولیت به جبران خسارت در برابر دستگاه قضایی انجام دهند، اما داوران همچنان برای افعالی و یا اشتباهات ارتكابی خود که قابل اجتناب بوده، برای نمونه تأخیر ناموجه در صدور رای، مسؤول تلفی

می‌گردند. به علاوه میزان مصونیت که به داوران اعطاء می‌گردد، در هر کشور به قوانین ملی کشورها بستگی دارد.

اسپانیا، ایتالیا و هلند از جمله کشورهای هستند که مصونیت محدود یا مشروط داور یا سازمان داوری را پذیرفته‌اند.

در اسپانیا بند ۱ ماده ۲۱ قانون جدید داوری ۲۰۰۳، مقرر می‌دارد که پذیرش سمت داوری از سوی داور این تعهد را برای او ایجاد می‌کند که با حسن نیت در اجرای وظایف خود عمل نماید، و همچنین مقرر می‌دارد که در صورتی که نتواند به این تعهد عمل نماید، داور برای خساراتی که در نتیجه سوء نیت، سوء رفتار یا سهل‌انگاری ایجاد شده، مسئولیت دارد. بنابراین امکان طرح دعوای مسئولیت مدنی در محاکم اسپانیا علیه داوران به لحاظ مسامحه‌ی داوران وجود دارد.

در قانون هلند، بر مبنای سنت قانون مدنی، رابطه‌ی داوران با طرفین قرارداد یک رابطه‌ی قراردادی فرض می‌گردد و در نتیجه داور ممکن است برای خساراتی که در نتیجه‌ی «سهل‌انگاری فاحش» ایجاد شده مسئول تلقی گردد (Berg, 1990: 59).

به موجب ماده‌ی ۸۱۳ قانون آیین دادرسی مدنی ایتالیا، داور در برابر طرفین داوری به دلیل هر نوع تأخیر یا ترک فعل که از تقلب و سهل‌انگاری فاحش داوران در اقدامات خود در طی فرآیند رسیدگی ناشی شده، در نتیجه خودداری انجام داوری بدون دلیل موجه در جایی که دادرسی شروع شده باشد، و نیز به دلیل خودداری از صدور رای در مدت زمان قانونی به دلیل تقلب و سهل‌انگاری فاحش مسئول است. داوری که در نتیجه ارتکاب تقلب و یا سهل‌انگاری فاحش در برابر طرفین مسئول است، باید خسارات وارده را جبران نمایند و از دریافت دستمزد و سایر مزایای مربوط در ازای خدمات داوری خود محروم می‌گردد. در خصوص میزان غرامت پرداختی به طرفین داوری در قانون سقف تعیین شده است که حداکثر سه برابر میزان دستمزد دریافتی داور است (<http://www.gop.it>).

ژاپن نیز از جمله کشورهایی است که از سنت مصونیت محدود یا مشروط داور یا مؤسسه‌ی داوری پیروی می‌کند. ماده‌ی ۱۳ قواعد مؤسسه‌ی داوری تجاری ژاپن برای رسیدگی به دعوای

تجاری که در ۱ مارس ۲۰۰۴ اصلاح گردید، مقرر می‌دارد که «نه داوران و نه مؤسسه‌ی داوری... نباید در برابر هر شخص، برای فعل یا ترک فعل داوران مسئول تلقی گردد مگر اینکه چنین فعل یا ترک فعلی حاکی از عمد یا سهل انگاری عمده ناشی شده باشد» (<http://www.jcaa.or.jp>).

#### ۴. تحلیل مصونیت داور در حقوق داخلی ایران

جایگاه و ارزش نهاد داوری در مواد ۴۵۴ تا ۵۰۱ قانون آیین دادرسی مدنی بیان گردیده است؛ به طوری که داوران منتخب اصحاب دعوا یا دادگاه، تصمیمشان به عنوان رای وفق ماده‌ی ۴۸۸ همان قانون از طریق دستگاه قضایی قابلیت اجرا خواهد داشت. همین روند در ماده‌ی ۳۵ قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران جهت اجرای رای داور مورد پیش‌بینی واقع و نویسندگان حقوقی نیز بر آن صحه گذاشتند.

بحث مصونیت داور ارتباط نزدیکی با مصونیت قاضی دارد. به عبارت دیگر بحث از مصونیت داور از این ضرورت ناشی می‌گردد که داورن وظیفه مشابه قضات دارند و از این رو باید از مزایایی که برای قضات در نظر گرفته شده، نیز برخوردار گردند. در ایران، مطابق اصل ۱۷۱ قانون اساسی قاضی از هیچ گونه مصونیتی برخوردار نیست. مطابق این اصل در صورتی که قاضی مرتکب تقصیر گردد، شخصاً مسئول است. البته در صورت فقدان تقصیر قاضی یعنی؛ بدون سوءنیت و سهواً مرتکب اشتباه شود، مسئولیتی متوجه او نخواهد بود و دولت باید خسارات حاصل از این اشتباه را جبران نماید. بنابراین قاضی مشابه سایر افراد در صورت ارتکاب تقصیر ضامن است و باید جبران خسارت نماید.

با این حال برخی نویسندگان در توجیه مسئولیت مدنی قضات بر مبنای اصل ۱۷۱ قانون اساسی، استدلال نموده‌اند که تفکیک دقیق بین مفهوم تقصیر از یک سو و مفهوم اشتباه یا قصور از سوی دیگر به دست دهند، زیرا در نتیجه‌ی این دسته‌بندی اشتباه را به مواردی که در آن علم و عمد در بین نبوده و بر اساس مسامحه یا کوتاهی محقق می‌شود تعمیم می‌دهند؛ اما در مواردی که تقصیر

آلوده به امری نامشروع می‌گردد و قاضی تعمداً اقدامی به ضرر دیگری انجام می‌دهد، در این فرض باید مسئول تلقی شود (کاتوزیان، ۱۳۷۷: ۱۳۷).

مشابه این رویه در خصوص داور نیز پذیرفته شده است. «داوران چون هیچ نصی مبتنی بر مصونیت آنها وجود ندارد، بر اساس قاعده‌ی عام مقرر در ماده‌ی ۱ قانون مسئولیت مدنی، چنانچه موجب ضرر شوند، مسئول جبران خسارات ناشی از عمل خود می‌باشند.» (شمس، ۱۳۹۱، ج ۳: ۵۴۹). ماده‌ی ۵۰۱ قانون آیین دادرسی مدنی نیز به صراحت عدم مصونیت داور را مقرر کرده است: «هرگاه در اثر تدلیس، تقلب یا تقصیر در انجام وظیفه‌ی داوران ضرر مالی متوجه یک طرف یا طرفین دعوا گردد، داوران برابر موازین قانونی مسئول جبران خسارت وارده خواهند بود.»

بنابراین داور در صورتی که موجب ایراد خسارت به یکی از طرفین داور، مؤسسه داور و یا شخص ثالثی گردد، مطابق مقررات عام مسئولیت مدنی ضامن است و از این جهت هیچ گونه مصونیتی ندارد. نوع تقصیر داور، میزان خسارت وارده و سایر مولفه‌های دیگر نیز تأثیر بر مصونیت مطلق داور ندارد.

با این حال راهکار عملی برای برخورداری از مصونیت از سوی داوران در حقوق ایران این است که در قرارداد داور، داوران از خود سلب مسئولیت نمایند. در رابطه با اعتبار شرط عدم مسئولیت در قرارداد داور می‌توان استدلال نمود: «شرط عدم مسئولیت در مصادیقی که مسئولیت ناشی از آسیب‌های بدنی باشد و یا به حقوق مربوط به شخصیت و شرافت اشخاص لطمه وارد کند، نامشروع و مغایر با نظم عمومی و اخلاق شمرده می‌شود برخلاف امور مالی که قابل جبران است، تن و روان انسان شریف تر از آن می‌باشد که در بازار داد و ستد وارد شود» (کاتوزیان، ۱۳۸۰: ۳۲۶). در خصوص داور سازمانی ماده‌ی ۶۶ «قواعد و آیین داور مرکز داور اتاق بازرگانی ایران» در رابطه با مصونیت اتاق بازرگانی، کارکنان و داوران مقرر داشته: «مسئولیت دیرکل و کارکنان مرکز داور و داوران، از حیث اجرای مقررات این آیین داور و آیین‌نامه هزینه‌های داور همان است که به موجب قوانین ذی‌ربط مقرر شده و مسئولیت دیگری متوجه ایشان نخواهد



بود.» این ماده به قواعد عمومی مسئولیت مدنی در تعیین مسئولیت اتاق و داوران ارجاع داده است. بنابراین همانند داوری موردی در داوری سازمانی نیز عدم مصونیت مطلق داور پذیرفته شده است. در حقوق ایران چون داوران از مصونیت مدنی برخوردار نیستند، مفهوم، مبانی، شرایط و مصادیق مسئولیت مدنی آنان دارای وضعیت خاص بوده و باید از منظر دیگر به این موضوع نگریست. پس باید از تعمیم مسئولیت مدنی به تمام اقدامات داور، که منتهی به ضرر طرفین دعوا، به طور مطلق می‌گردد خودداری کرد. این نگاه خاص به مسئولیت مدنی داوران سبب می‌شود انگیزه‌ی اشخاص برای قبول داوری افزایش یافته و استفاده از این نهاد نسبتاً نوپا گسترش یابد (مافی و حسینی مقدم، ۱۳۹۳: ۸۳).

### ۵. مصونیت داور در نظام داوری تجاری بین الملل

نظام داوری تجاری بین الملل به طور خاص شامل قانون نمونه ی آنسیترال ۱۹۸۵ و قواعد داوری مؤسسات داوری تجاری بین الملل می‌گردد که داوری را به شکل سازمانی در سطحی فراتر مرزهای داخلی خود سازماندهی می‌کنند.

قانون نمونه ی آنسیترال ۱۹۸۵ در رابطه با مسئولیت داور ساکت است. تدوین کنندگان این قانون پیشنهاد نمودند که این موضوع، با توجه به این حقیقت که مساله ی مسئولیت داور موضوعی است که دیدگاه‌های واحدی در خصوص آن وجود ندارد و از این رو کاملاً جنبه ی اختلافی دارد، نباید در این سند گنجانده شود. در نتیجه کارگروهی که برای آماده‌سازی متنی در این رابطه تشکیل گردید به اجماع تصمیم گرفتند که این موضوع از دستور کار کنار گذاشته شود (UN Docs. (A/CN. 9/207 and 9/216

اتاق بازرگانی بین‌الملل، دیوان داوری بین‌المللی لندن و انجمن آمریکایی داوری رویکرد کاملاً را در رابطه با معافیت داوران از مسئولیت مدنی پذیرفته‌اند. مقررات اتاق بازرگانی بین‌الملل در رابطه با داوری، در ماده ی ۳۴، معافیت مطلق از مسئولیت مدنی را برای داوران و مؤسسه ی مربوط پیش‌بینی کرده است: « داوران، دیوان داوری و اعضای آن، اتاق بازرگانی بین‌الملل و

کارکنان آن و کمیته‌های ملی اتاق بازرگانی بین‌الملل هیچ یک نباید در برابر هر شخص برای هر گونه فعل یا ترک فعلی در رابطه با داوری مسئولیت داشته باشند. اتاق بازرگانی بین‌الملل پیشنهاد می‌کند که طرفین در موافقت‌نامه داوری خود که در آن به مقررات داوری اتاق بازرگانی بین‌الملل ارجاع می‌دهند، به صراحت مقرر نمایند که در صورت ارجاع اختلاف خود به داوری به دوران مصونیت اعطا می‌نمایند. بنابراین، برای طرفین داوری که چنین عبارتی را در قراردادهای داوری خود گنجانده باشند، این امر به منزله‌ی اعطای مصونیت کامل به داور و مؤسسه‌ی مربوط تلقی می‌گردد و از این رو به نوعی انصراف از حق خود جهت اعتراض احتمالی به رای داور در صورت عدم رضایت، تلقی می‌گردد.

دیوان داوری بین‌المللی لندن<sup>۱</sup> نهاد داوری است که مقرر آن در لندن، بریتانیا قرار دارد و خدماتی را در ارتباط با داوری بین‌المللی ارائه می‌دهد. ماده‌ی ۳۱ قواعد داوری دیوان داوری بین‌المللی لندن با عنوان «معافیت از مسئولیت مدنی» قواعد مربوط به مصونیت داوران را مقرر داشته است. مطابق بند (۱) ماده‌ی ۳۱، «هیچ یکی از کارکنان دیوان داوری بین‌المللی لندن، (رئیس، معاون و سایر اعضای دادگاه)، بایگانی، هر یک از کارکنان بایگانی، داوران و هر یک از کارشناسان دیوان داوری نباید در برابر طرفین داوری به هیچ شکلی برای هر گونه فعل یا ترک فعلی برای اداره‌ی جریان داوری به موجب قواعد این دیوان، مسئول تلقی گردد، مگر اینکه طرفین داوری ثابت نمایند که فعل یا ترک فعل واجد خصیصه عمد بوده و در اثر ارتکاب تقصیر عمدی که به وسیله‌ی داوران یا یکی از کارکنان دیوان که دعوی مسئولیت علیه او طرح شده است، ارتکاب یافته است.» بنابراین در قواعد دیوان داوری لندن اصل مصونیت داور پذیرفته شده است؛ اما این مصونیت مطلق نیست و شامل ارتکاب فعل یا ترک فعل عمدی و همراه با سوء نیت نمی‌گردد.

<sup>1</sup>. The London Court of International Arbitration (LCIA)

مرکز بین‌المللی حل و فصل اختلافات سرمایه‌گذاری (ایکسید)<sup>۱</sup> نیز یک نهاد داوری سازمانی بین‌المللی است که در ۱۴ اکتبر ۱۹۶۶ بر مبنای «کنوانسیون حل و فصل اختلافات سرمایه‌گذاری بین دولت‌های اتباع سایر کشورها» کار خود را آغاز کرد. قراردادی بین دولتها و اتباع دیگر دولتهای طرف قرارداد (سرمایه‌گذاران خارجی) بسته شد که بر اساس آن این مرکز عهده‌دار حل و فصل اختلافات سرمایه‌گذاری بین آنها شد. در ماده ی ۲۰ و ۲۱ این کنوانسیون مصونیت سازمان و اعضای داوری را در برابر هر نوع دعوای حقوقی مقرر داشته است. مطابق ماده ی ۲۰ مرکز، اموال و دارایی آن باید از مصونیت در برابر دعوای حقوقی، به استثنای مواردی که مرکز از مصونیت صرف نظر نماید، برخوردار گردد. همان‌طور که استدلال شد یکی از ابعاد مصونیت در داوری مصونیت سازمان داوری است. در ماده ی ۲۱ نیز این کنوانسیون مقرر داشته که رئیس و اعضای شورای اداری که به عنوان مصالح یا داوری عمل می‌کنند یا اعضای کمیته و کارکنان و مستخدمان دبیرخانه باید در برابر هر نوع دعوای حقوقی در رابطه با اعمالی که در راستای وظایف خود انجام داده‌اند، مصونیت داشته باشند، مگر در مواردی که مرکز این مصونیت را لغو نماید. بنابراین داوران و سایر کارکنان این مرکز از مصونیت برخوردار هستند؛ مگر در صورتی که این مصونیت لغو گردد. با این حال مصونیت داوران مطلق نیست و تنها در خصوص اعمالی که در راستای وظایف داوری انجام داده‌اند، مصونیت دارند.

قوانین داوری تجاری و آیین میانجی‌گری انجمن داوری آمریکا<sup>۲</sup> بر این پیش فرض مبتنی است که طرفین داوری بر این امر توافق دارند که نه انجمن و نه داوران نباید در برابر طرفین داوری نسبت به هر نوع خسارت پولی و غیر پولی برای هر نوع فعل یا ترک فعلی مسئول باشند که در ارتباط با داوری به قواعد داوری این انجمن انجام می‌دهند.

<sup>۱</sup>. International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID)

<sup>۲</sup>. Convention on the Settlement of Investment Disputes between States And Nationals Of Other States (ICSID)

<sup>۳</sup>. American Arbitration Association

مرکز داوری بین‌الملل سنگاپور<sup>۱</sup> مؤسسه‌ی داوری فراملی است که خدمات مدیریت دعوی را به طرفین دعوا در سرتاسر دنیا ارائه می‌دهد. قوانین داوری سرمایه‌گذاری مرکز بین‌المللی داوری سنگاپور در ماده‌ی ۳۶ به صراحت معافیت از مسئولیت مدنی را برای داوران، هر شخصی که به وسیله‌ی دیوان منصوب می‌گردد از جمله دبیرکل و کارشناسان، رئیس، اعضای دادگاه و مدیران، کارکنان و مستخدمان مقرر داشته است. این اشخاص نباید برای هر نوع بی‌مبالاتی، فعل یا ترک فعل در ارتباط با داوری مسئول باشند که به وسیله‌ی دیوان مطابق با قواعد و مقررات برگزار می‌گردد.

مؤسسه‌ی داوری اتاق بازرگانی استکهلم<sup>۲</sup> در ماده‌ی ۴۸ قواعد داوری خود، عدم مسئولیت مؤسسه داوری و داوران برای فعل یا ترک فعل خود در رابطه با داوری پذیرفته‌اند، مگر موارد تخلفات عمدی و سهل‌انگاری فاحش داور که استثنا شده است. سرانجام قواعد داوری مرکز داوری بین‌الملل هنگ‌کنگ<sup>۳</sup> در ماده‌ی ۶۴ صراحتاً به مصونیت داور، مؤسسه داوری و به طور کلی کلیه‌ی اعضای سازمان داوری شامل مستخدمان و کارکنان و حتی کارشناسان که از سوی مؤسسه تعیین می‌گردد، تصریح نموده است. البته در این خصوص مواردی که فعل یا ترک فعل داوران و یا به طور کلی ارکان مؤسسه‌ی داوری به شکل متقابلانه بوده را شامل نمی‌گردد.

## ۶. مصونیت داور در حقوق انگلستان و ولز، و آمریکا

نظام حقوقی انگلستان و ولز، و آمریکا هر یک حاوی قواعد تفضیلی در رابطه با مصونیت داور است که می‌تواند به عنوان یک نظام الگو در مقررات داوری ایران نیز مورد اقتباس قرار گیرد از این رو در این قسمت مورد بحث و بررسی قرار می‌گیرد.

<sup>۱</sup> Singapore International Arbitration Centre

<sup>۲</sup> The Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce

<sup>۳</sup> The Hong Kong International Arbitration Centre (HKIAC)

## ۱-۶. انگلستان و ولز

در حقوق انگلستان سالها این فرض که داوران مانند قضات از مصونیت برخوردار و از مسئولیت مبرا بودند، مورد قبول بوده است. به نظر قاضی لرد دنینگ در پرونده‌ی «کمپل علیه ادواردز»، اگر داور مرتکب سهلانگاری یا اشتباه آشکار شده باشد، طرف دعوا نمی‌تواند او را تعقیب کند. تنها راه برای طرف دعوا اقدام به فسخ حکم می‌باشد ولی شخص داور را به جهت مصونیت‌اش نمی‌توان مورد تعقیب قرار داد (آتورتی، ۱۳۶۸: ۲۲۱).

در بریتانیا، داوران تنها تا یک میزان خاصی از مصونیت برخوردار می‌گردند. مطابق با ماده ی ۲۴ قانون داوری ۱۹۹۶ این کشور، در صورتی که داور نتوان به طور بی‌طرفانه عمل نمایند و یا نتواند فرآیند رسیدگی را به شکل مناسب سازماندهی نماید، از مقام خود عزل می‌گردد. الزام به بی‌طرفی به این معنی است که هر گونه تبعیض یا تعصبی که نسبت به یکی از طرفین داوری یا علیه یکی از آنها اعمال گردد می‌تواند به عزل داور منجر گردد. بنابراین مصونیت داور در نظام حقوقی بریتانیا به طور کلی وجود دارد مگر در مواردی که داوران با سوء نیت رفتار نمایند.

ماده ی ۲۹ قانون داوری ۱۹۹۶ این کشور مقرر می‌دارد که «داور برای فعل و یا ترک فعلی که در راستای انجام وظایف خود به عنوان داور انجام داده و یا ادعا شده در راستای وظایف داوری انجام شده مسئولیت ندارد مگر اینکه اثبات گردد که فعل یا ترک فعل با سوء نیت انجام گرفته باشد». این مقررات آمره محسوب می‌گردد و طرفین نمی‌توانند برخلاف آن توافق نمایند. به موجب ماده ی ۲۵، داور همچنین ممکن است در برابر طرفین به دلیل استعفا از داوری مسئول تلقی گردد، اما داور می‌تواند به دادگاه جهت رهایی از تکلیف داوری درخواست ارائه نماید. بنابراین، قانون داوری ۱۹۹۶ مصونیت داوران را در فرض عمل و یا تصمیم‌گیری همراه با سوء نیت محدود می‌کند.

## ۲-۶. ایالات متحده ی آمریکا

در ایالات متحده آمریکا مصونیت داوران ریشه در سنت فدرال دارد. در برخی از موارد که دعوای مسئولیت مدنی علیه داوران در دادگاه آمریکا مطرح گردیده است، قضات مصونیت داوران

را مورد تأیید قرار داده و معافیت آنها را از کلیه‌ی اشکال مسئولیت مدنی تضمین نموده‌اند. دادگاه‌ها غالباً تمایلی به رسیدگی به دعاوی علیه تصمیمات داوران ندارند. دادگاه‌ها می‌توانند آرای داوری را ابطال نمایند، اما این ابطال نمی‌تواند به دلیل کشف نادرست حقایق یا نواقض سیستم باشد که تنها اشتباهات ذهنی داوران را شامل می‌شود (Manfred, 1998: 8).

از این رو دیدگاه محاکم ایالات متحده در این خصوص کاملاً شفاف است. طرفین اختلافات خود را به داوری ارجاع می‌دهند و از این رو داور صلاحیت لازم جهت رسیدگی به موضوع را می‌یابد و نیز از امنیت خاطر به دلیل برخورداری از مصونیت در برابر هر گونه ادعای مسئولیت مدنی که از سوی یکی از طرفین داوری یا شخص ثالث که در پرونده دخیل می‌باشد، برخوردار می‌گردند. بنابراین احتمال طرح دعوی مسئولیت مدنی علیه داور منتفی است. دلیل اصلی اعطای مصونیت به داوران این است که داوری از سوی دادگاه‌ها و یا قانون‌گذار به عنوان نهادی تلقی می‌گردد که کارکرد شبه قضایی دارد و از این رو منافع عمومی اقتضا می‌کند که داور از آزادی لازم جهت اجرای وظایف خود و نیز حل و فصل دعوا با به کارگیری توانایی‌های خود به بهترین شکل برخوردار گردد، بدون اینکه به دلیل تصمیمات خود همیشه در معرض خطر تعقیب قضایی از سوی طرفین داوری باشد (Hunter, 1993:330). بنابراین این موضوع اهمیت دارد که داوران بتوانند بدون اینکه تحت فشار مضاعفی قرار گیرند تصمیم‌گیری نموده و موضوع اختلاف را حل و فصل نمایند، اما اعطای مصونیت کامل به داوران این نگرانی را موجب می‌گردد که طرفین داوری به طور مطلق از حق اعتراض به رای داور در صورتی که به جریان رسیدگی داوری اعتراض داشته باشند، محروم گردند. از سوی دیگر، در صورتی که داوران در معرض خطر ناشی از مسئولیت مدنی قرار گیرند، تعداد کمتری از اشخاص خبره آمادگی جهت فعالیت به عنوان داور را دارند (Cort v AAA, 795, F Supp. 970).

بنابراین، در ایالات متحده‌ی آمریکا به داوران مصونیت مطلق اعطاء شده است. بند (الف) ماده

۱۴ قانون واحد داوری اصلاحی این کشور مصوب ۲۰۰۴ مقرر می‌دارد که:

« داور یا مؤسسه ی داوری در انجام وظایف داوری خود از مسئولیت مدنی، به اندازه ی قضات دادگاه‌ها که وظایف قضایی را انجام می دهند، مبرا هستند.»

مطابق بند (ج) ماده ی ۱۴ «قصور داور از افشاء مواردی که به موجب بخش ۱۲ مقرر شده است، باعث سلب مصونیت داوران به موجب این بخش نمی گردد.»

بند الف، بخش ۱۴ در رابطه با مصونیت داور ریشه در قانون آیین دادرسی کالیفرنیا دارد. سایر ایالات، مانند فلوریدا و یوتا در قوانین داوری خود نیز مصونیت داور را مقرر داشته اند.

با این حال، دادگاه‌ها محدودیت‌هایی را بر مصونیت داوران تحمیل کرده‌اند. برای نمونه، در یک رای اخیر دادگاه معتقد بود داوری که بدون عذر موجهی بعد از استماع شواهد و استدلال‌ات طرفین داور از رسیدگی خودداری کند از مصونیت داور برخوردار نخواهد بود، زیرا خودداری از صدور رای جزء اساسی داوری محسوب نمی گردد. دادگاه دفاع داوران را رد کرد و معتقد بود که استعفا اولیه داور نوعی شکست داور است تا اینکه خدمت به انجام وظایف قضایی تلقی گردد.» (Morgan Phillips Inc. V. JAMS/Endispute, LLP No B 183934).

### نتیجه گیری

همان طور که مباحث فوق نشان داد، اجماع عمومی یا رویکرد واحدی در رابطه با مصونیت داور وجود ندارد. دیدگاه‌ها در این خصوص از یک نظام حقوقی به نظام حقوقی دیگر متفاوت است. در برخی از نظام‌های حقوقی مصونیت مطلق برای داور پیش‌بینی نموده‌اند و برعکس در برخی دیگر از کشورها هیچ گونه مصونیتی برای داور در نظر گرفته نشده است، برخی نیز راه‌حل میانه را پذیرفته اند. در اغلب نظام‌های حقوقی برای قاضی نوعی مصونیت پیش‌بینی شده است با توجه به شباهتی که بین قضاوت و داوری وجود دارد، برخی نظام‌های حقوقی این امتیاز را به داوران تسری داده‌اند. ماهیت رابطه ی بین طرفین داوری با داوران و مؤسسه ی داوری نیز معیاری در توجیه مصونیت و یا عدم مصونیت داوران محسوب می گردد.

مهمترین سند بین‌المللی مرتبط با داوری تجاری بین‌الملل، یعنی قانون نمونه داوری تجاری بین‌الملل آنسیترال در رابطه با مصونیت داور ساکت است. سایر قوانین مربوط به مؤسسات داوری تجاری بین‌الملل عموماً متأثر از رویکرد حقوق کامن‌لا نسبت به مصونیت داور می‌باشند، به این معنی که برای داوران در مقررات مؤسسه مصونیت پیش‌بینی کرده‌اند. با این حال این مصونیت شامل تقصیر عمدی و یا تقصیر فاحش نمی‌گیرد.

در نظام حقوق ایران هم در داوری موردی و هم در داوری سازمانی داور یا مؤسسه‌ی داوری به طور مطلق مسئول است و دعاوی مسئولیت مدنی علیه داوران تفاوتی با دعاوی عمومی مسئولیت مدنی ندارد. البته برخی تلاش نموده که تفسیر متفاوت از بحث مسئولیت مدنی داور و مؤسسه داوری در حقوق ایران ارائه دهند و همانند سایر نظام‌های حقوقی مسئولیت داور را محدود و مقید موارد تقصیر عمدی یا عمدۀ نمایند.

در وضعیت کنونی نظام داوری در حقوق ایران، که مصونیت داوران و مؤسسه‌ی داوری در پیش‌بینی نشده است، به جهت برخورداری از معافیت از مسئولیت یا مصونیت از تعقیب می‌توانند از نظام شرط عدم مسئولیت در قرارداد داوری استفاده کرد.

با توجه به عدم مصونیت مطلق داور یا مؤسسه‌ی داوری در حقوق ایران، پیشنهاد این تحقیق این است که به جهت گسترش و توسعه هم داوری موردی و هم داوری سازمانی در ایران مشابه قوانین سایر کشورها و قواعد مؤسسات داوری بین‌المللی، مسئولیت داور و مؤسسه داوری مقید و محدود گردد. در رویکرد جدید تعادلی بین ضرورت استقلال عمل و ضرورت مسئولیت‌پذیری داوران و مؤسسه‌ی داوری باید برقرار گردد.



## فهرست منابع

۱. جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۸۲) ترمینولوژی حقوق. چاپ ششم، تهران: انتشارات گنج دانش.
۲. شمس، عبدالله (۱۳۹۱)، آیین دادرسی مدنی، جلد ۳، تهران: انتشارات دراک.
۳. شیروی، عبدالحسین (۱۳۹۱)، داوری تجاری بین المللی. تهران: سمت.
۴. عاشوری، مرتضی (۱۳۸۹)، مسئولیت داور، پایان نامه کارشناسی ارشد، رشته حقوق تجارت بین الملل دانشگاه شهید بهشتی، استاد راهنما: دکتر حمیدرضا نیکبخت.
۵. کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۷)، مبانی حقوق عمومی، تهران: نشر دادگستر.
۶. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۰)، قواعد عمومی قراردادها، جلد چهارم، چاپ سوم، تهران: انتشار.
۷. کریمی، عباس؛ پرتو، حمیدرضا (۱۳۹۱) حقوق داوری داخلی، تهران: انتشارات دادگستر.
۸. کینگز آتورتی (۱۳۶۸)، «داوری تجاری و اصول حاکم بر آن در حقوق انگلیسی»، ترجمه حسین میرمحمد صادقی، مجله حقوقی، شماره ۱۰، ناشر: دفتر خدمات حقوق بین الملل.
۹. مافی، همایون و حسینی مقدم، سید حسن (۱۳۹۳)، «مفهوم قلمرو مسئولیت مدنی داوران»، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۶۶.
۱۰. متین دفتری، احمد (۱۳۲۴) آیین دادرسی مدنی و بازرگانی. جلد اول، تهران: چاپخانه بانک ملی ایران.
۱۱. محمدی خورشیدی، محمد (۱۳۹۰) داوری در حقوق ایران. تهران: انتشارات بهنامی.
۱۲. معین، محمد (۱۳۸۷)، فرهنگ فارسی معین، تهران: نشر کتاب پارسه.
۱۳. هوس مینجر، کریستین (۱۳۷۰) «مسئولیت مدنی داوران مطالعه ای تطبیقی همراه با پیشنهادهای اصلاحی»، میرفخرایی، محمد جواد، مجله حقوقی دفتر خدمات بین الملل، شماره ۱۱.

14. Alan Redfern and Martin Hunter (2005) *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, England: Sweet and Maxwell.

15. Antoine v. Bryer & Anderson, 429, 435-36 (1992).

16. Cort v AAA, 795, F Supp. 970, at 973.
17. [http://www.gop.it/doc\\_publicazioni/671\\_23ikqjj2iu\\_ita.pdf](http://www.gop.it/doc_publicazioni/671_23ikqjj2iu_ita.pdf)
18. [http://www.jcaa.or.jp/e/arbitration/docs/e\\_shouji.pdf](http://www.jcaa.or.jp/e/arbitration/docs/e_shouji.pdf)
19. <http://www.legislation.govt.nz/act/public/1996/0099/latest/DLM405703.html>
20. Julian Lew(1990).*The immunity of arbitrators*, Essex: Informa Professional.
21. Julio González Soria(2011). *Comentarios a la Nueva Ley de Arbitraje*, Madrid, Editorial Aranzadi.
22. Manfred Arnold(1999). "What price immunity of arbitrators?", *Arbitration, international journal of Arbitration*.
23. Martin Hunter(1993). "Arbitration International", vol. 9 no.3.
24. Morgan Phillips Inc. V. JAMS/Endispute, LLP No B 183934, 2006 WL 1681344, 20 June 2006.
25. Sohn,L.B. International arbitration in historical perspective. In SOONS, A. (ed.). *International arbitration: past and prospects : a symposium to commemorate the centenary of the birth of Professor J. H. W. Verzijl (1888-1987)*. Dordrecht :MartinusNijhoff Publishers, 1990. 221 s.
26. Tsakatoura, Anastasia (2002). "The immunity of arbitrators", *Inter-lawyer Law Forum Directory*.
27. William Roley, David Kent and Markus Koehnen, —Recent developments in international commercial arbitration. available at: [https://www.josemigueljudicearbitration.com/xms/files/02\\_TEXTOS\\_ARBITRAGEM/01\\_Doutrina\\_ScholarsTexts/arbitrators\\_impartiality\\_and\\_independence/mullerat\\_ilability\\_arbs.pdf](https://www.josemigueljudicearbitration.com/xms/files/02_TEXTOS_ARBITRAGEM/01_Doutrina_ScholarsTexts/arbitrators_impartiality_and_independence/mullerat_ilability_arbs.pdf) (Visited on 2nd January 2018)
28. Zittner v Sport Mask Inc., 1988, 1 SCR 564

## قتل عمد غیراصابتی در فقه اسلامی و مقررات ایران (مطالعه‌ی تطبیقی)

جمال بیگی<sup>۱</sup>

ادریس آزموده<sup>۲</sup>

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۰۲/۰۸

تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۱۲/۰۸

### چکیده

در بررسی شیوه‌ها و رفتارهای منجر به قتل عمدی، از باب غالب فعل مادی همچون ضرب و جرح، تیراندازی و چاقوکشی مدنظر بوده و توجه کم‌تری به رفتارهای غیرمادی به قتل همچون جادو و چشم‌زخم منجر شده است. این در حالی است که امکان ارتکاب قتل عمدی به صورت غیراصابتی نیز وجود دارد و لزومی به وجود آثار ضرب و جرح در بدن مقتول به عنوان علت قتل وجود ندارد که این مهم، مورد توجه فقهای اسلامی و قانون‌گذاران برخی کشورهای اسلامی قرار گرفته است. این مقاله به روش توصیفی و تحلیلی و باهدف مطالعه‌ی تطبیقی این موضوع در منابع مذاهب اسلامی، می‌کوشد دیدگاه فقهای شیعه و اهل تسنن را در خصوص قتل عمد غیراصابتی با نگاهی تطبیقی بر قانون مجازات اسلامی مورد بررسی قرار دهد و درصدد تبیین امکان تصور ارتکاب قتل عمد به صورت غیراصابتی و وجوه افتراق احکام این موضوع کاربردی، در بین مذاهب خمسه و قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ می‌باشد.

**کلیدواژه‌ها:** قتل عمدی، رفتار غیراصابتی، قتل عمد غیراصابتی، فقه اسلامی، قانون مجازات

اسلامی

---

<sup>۱</sup> (نویسنده مسئول). دانشیار، گروه آموزشی حقوق جزا و جرم‌شناسی، واحد مراغه، دانشگاه آزاد اسلامی، مراغه،

ایران. [jamalbeigi@iau-maragheh.ac.ir](mailto:jamalbeigi@iau-maragheh.ac.ir)

<sup>۲</sup> دانشجوی دکتری تخصصی رشته حقوق کیفری و جرم‌شناسی، واحد مراغه، دانشگاه آزاد اسلامی، مراغه، ایران.

[idges\\_azmoodeh@yahoo.com](mailto:idges_azmoodeh@yahoo.com)

## مقدمه

با توجه به این که جرم قتل تأثیر منفی در سلب امنیت و آسایش عمومی جامعه دارد و مهم‌ترین نعمت خدادادی را که همان حیات است نشانه گرفته است، شیوه‌های ارتکاب آن حائز اهمیت و مدنظر فقها و حقوق‌دانان قرار گرفته است. ارتکاب قتل عمدی به صورت غیر اصابتی در قانون مجازات اسلامی، و متون فقهی با تفاوت‌هایی در خصوص نحوه‌ی اثبات رابطه‌ی سببیت، عمدی و غیرعمدی بودن آن مورد پذیرش قرار گرفته است. رفتارهای غیر اصابتی همانند رفتار عادی فیزیکی مؤثر در قتل بوده است و مرتکب حسب مورد، محکوم به قصاص یا پرداخت دیه می‌شود. به علت این که قتل عمد غیر اصابتی سابقه و قدمت زیادی در متون قانونی ندارد، سعی بر آن شده که در متون فقهی این موضوع مورد بررسی قرار گیرد و هدف این پژوهش بیان دیدگاه فقها در خصوص قتل عمد غیر اصابتی، شناخت وجه افتراق و تمایز نگرش فقهای مذاهب مختلف و دیدگاه قانون‌گذار در این خصوص می‌باشد.

در باب پیشینه‌ی تحقیق، لازم به ذکر است که هر چند موضوع قتل عمد غیر اصابتی و تأثیر فعل غیرمادی در ماهیت قتل، در کتاب‌های جرائم علیه اشخاص به اختصار مورد بررسی قرار گرفته است، اما وجه تمایز عمده‌ی این پژوهش، در تطبیقی بودن و تبیین دیدگاه مذاهب خمسسه است. از این رو، بحث ضروری و سؤال اصلی نوشتار حاضر این است که تحقق قتل عمد به صورت غیر اصابتی، در متون فقهی و قوانین ایران پیش بینی شده است؟ و این که آیا راه‌های اثبات این نوع قتل با قتل عمدی اصابتی یکسان است؟ بررسی‌ها نشان می‌دهد در متون فقهی اهل سنت، عمدتاً امکان تحقق قتل عمدی با رفتارهای غیر اصابتی وجود دارد. امام مالکی با صراحت تحقق قتل عمدی افعال غیر اصابتی را محرز دانسته است؛ حتی حمایت امام شافعی در خصوص قتل عمد غیر اصابتی با شرایطی در خصوص اطفال و قشر آسیب‌پذیر گسترده است. امام ابوحنیفه به دلیل غالب با کشنده نبودن این اعمال، امکان تحقق قتل عمدی را منتفی می‌دانند. این حالی است که قانون‌گذار ایران، در ماده‌ی ۵۰۱ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ امکان تحقق قتل عمدی غیر اصابتی را پیش‌بینی نموده است. اما

از آنجایی که رفتار غیرمادی تأثیری بر جسم و کالبد شخص به طور مادی و محسوس بر جای نمی‌گذارد، به نظر می‌رسد اثبات تحقق قتل عمد با رفتارهای غیر اصابتی دشوار باشد (آقایی نیا، ۱۳۹۲: ۱۳۵).

### ۱. قتل عمد غیراصابتی و ضابطه ی تفکیک آن از قتل عمد اصابتی

قصاص نامی است برای استیفا کردن مثل جنایت اعم از کشتن، بریدن، مردن، مجروح ساختن و در لغت به معنای پیروی کردن و کاری همانند کار فاعل جرم انجام دادن است (شیروانی، ۱۳۸۶: ۱۳). قتل نفس از جمله گناهان کبیره به شمار می‌آید. خداوند متعال در آیه ی ۹۲ سوره ی مبارکه نساء، به صراحت به قتل عمدی اشاره نموده و مجازات آخر وی آن را مدنظر قرار داده است. «ومن قتل مؤمنین متعمداً فجزاؤه جهنم خالداً فیها و غضب الله علیه و لعنته و اعد له عذاباً عظیماً». با بررسی این آیه ی شریفه ملاحظه می‌گردد که قتل به صورت مطلق آمده است و به هیچ شرطی اعم از اصابتی یا غیراصابتی مقید نیست. پس صرف قتل عمد از موجبات قصاص و مجازات اخروی است. سبب تحقق قصاص نفس خارج کردن نفس معصوم و هستی از روی عمد و عدوان است. در تحقق عمد گفته شده است: «ان العمد یتحقق بقصد القتل من غیر النظر الی آلاته». عمد با قصد قتل تحقق می‌یابد و آلت قتل نقشی در تحقق عمد و عدم تحقق آن ندارد. از این رو، ضابطه ی تحقق عمد آن است که شخص در فعل و قصد عمد داشته باشد (شیروانی، ۱۳۸۶: ۱۴۵). مرحوم خوئی در تکملة ی المنهاج می‌فرماید: قصاص ثابت می‌شود در مواردی که انسان محقون الدم به صورت عمدی و عدوانی کشته می‌شود و قتل عمد تحقق پیدا می‌کند به این که انسان عاقل و بالغ قصد قتل و وصول نتیجه را داشته باشد، هرچند که فعل به کار گرفته شده غالباً به طور معمول کشنده نباشد؛ در جایی که قتل در اثر آن فعل رخ داده باشد (موسوی خوئی، ۱۳۹۱: ۱۸۴). سید سابق در تعریف قتل عمدی می‌فرماید: قتل عمدی است اگر مکلف به قصد قتل انسان معصوم الدم را با آنچه غالباً کشنده است، بکشد. بر این اساس یکی از ارکان قتل عمد به کار بردن آلات قتاله می‌باشد که غالباً کشنده است. در تعریف آلات قتاله بیان نموده است که شرط نیست که آلات به کار برده شده غالباً

کشنده باشند، همین که فاعل ملتفت باشد که با این کار شخص به قتل می‌رسد، قتاله است (سید سابق، ۱۳۶۵: ۳۳۰). از دیدگاه امام شافعی، قتل عمدی محض آن است که قاتل قصد کشتن شخص معینی را بکند به وسیله‌ی چیزی که غالباً موجب کشتن می‌شود و به مرگ منجر گردد؛ خواه ابزار باشد یا غیر ابزار. همان‌طور که کشتن با ابزار صورت می‌گیرد، بدون ابزار نیز محقق می‌گردد (عاشور، ۱۳۹۳: ۶۰۴).

یکی از مهم‌ترین عناصر جرم قتل، رکن مادی جرم قتل می‌باشد. چراکه بر اساس آن تا مجرم اقدام به فعل یا ترک فعل<sup>۱</sup> نکرده باشد، قتلی نیز واقع نخواهد شد (اسکندری، ۱۳۸۰: ۷). گاه رفتار ارتكابی فرد یک تأثیر و صدمه ملموس و قابل رؤیت بر جسم قربانی باقی می‌گذارد، این اثر می‌تواند بریدگی، شکستگی، سوراخ شدن یا پارگی ظاهری اندام بدن ضمنی و نظایر آن‌ها باشد (صادقی، ۱۳۸۷: ۶۰). در مواردی که مرتکب با انجام کاری قصد کشتن دیگری را داشته باشد و عملاً به نتیجه‌ی مورد نظر خود رسید، بدون توجه به نوع وسیله‌ی به کاررفته و بدون توجه به این که آیا آن کار نوعاً چنین نتیجه‌ای را در بردارد یا خیر، عمدی محسوب می‌شود (میر محمدصادقی، ۱۳۹۳: ۱۱۱). بر این اساس به جز وجود قصد سلب حیات و یا قصد ایراد صدمه‌های جسمانی، وجود سوء نیت خاص دیگری برای تحقق جرم قتل عمدی ضرورت ندارد؛ بنابراین برای تحقق عمد در فعل، مرتکب باید رفتار مجرمانه را از روی اراده و اختیار روی انسان مورد نظر انجام داده باشد که این مورد را می‌توان از بند الف ماده‌ی ۲۹۰ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ استنباط کرد. به عبارت دیگر، برای عمد محسوب شدن قتل یا صدمه‌های جسمانی، مرتکب علاوه بر عمد در فعل، باید قصد ایجاد نتیجه یعنی قصد سلب حیات یا ایراد صدمه به قربانی را داشته باشد.

با بررسی متون فقهی و حقوقی ملاحظه می‌گردد قتل عبارت است از: ازهار النفس «خارج کردن روح از بدن». (شیروانی، ۱۳۸۶: ۱۴). مؤلفان کتاب‌های «المغنی»؛ «بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع»

۱. باید به این نکته توجه کرد که ترک فعل دو گونه است: نخست ترک فعلی که علت و سبب به وجود آمدن قتل نیست. دیگری ترک فعلی که به همراه شرایط دیگر، سبب مرگ قربانی شده و انجام آن وظیفه‌ی تارک بوده است (بیگی و محمد پناهی، ۱۳۹۶: ۱۰۶).

و «الاحکام السلطانیه» در تعریف قتل عمد بیان نموده‌اند: قتل عمد کشتن انسان معصومی است با آنچه بر اساس ظن غالباً باعث مرگ می‌گردد؛ از اسلحه گرفته تا آهن و وزنه ی سنگین و انداختن در چاه و سحر و جادو و از بلندی انداختن و سم دادن و هر آنچه شبیه این موارد است. در تحقق قتل با فعل تردیدی نیست. فعل مجرمانه در قتل عمدی در ادبیات حقوقی ایران به فعل مادی و غیرمادی تقسیم می‌شود و بدون این که معیار و تعریف دقیقی برای این دو عنوان و تمیز آن‌ها از هم وجود داشته باشد. به طوری که برخی افعال منجر به مرگ، در هیچ‌یک از تقسیم‌بندی افعال قرار نمی‌گیرد. علت این امر احتساب برخورد یا عدم برخورد فعل به جسم منجی علیه و نوع صدمه ی وارده به عنوان معیار تفکیک این دو نوع فعل است (محمدخانی، ۱۳۹۴: ۹۰). از این رو، در پاسخ به این سؤال که آیا ارتکاب قتل عمدی با انجام رفتارهایی که گاه به دلیل اثر غیر محسوس آن‌ها بر بدن قربانی، از آن‌ها با عنوان «رفتار غیرمادی» یاد می‌شود، ممکن است یا خیر؟ بایستی اذعان داشت که رفتارهای مادی به دو صورت به قتل عمدی منجر می‌شوند:

**الف: رفتار اصابتی:** منظور از رفتار اصابتی یا مادی این است که رفتار ارتكابی روی جسم منجی علیه انجام شود. به طور مثال، مرتکب با چوب‌دستی به سر منجی علیه ضربه وارد آورد یا با اسلحه به وی شلیک نماید و به او اصابت نماید یا با چاقو به او ضربه بزند. منظور از اصابتی این است که به طور کاملاً محسوس و مادی اثر فشار آن بروز کند و شخص فوت شود.

**ب: رفتار غیراصابتی:** رفتار ارتكابی در غیراصابتی بدون این که اثر ظاهری بر اندام فرد باقی بگذارد با ایجاد ترس، هراس، وحشت، اضطراب و هیجان و تأثیرگذاری بر سیستم روانی و عصبی موجب مرگ می‌گردد (صادقی، ۱۳۸۷: ۶۱). در ارتکاب قتل با این رفتارها، قاتل هیچ‌گونه رابطه ی جسمانی با جسم مقتول برقرار نمی‌کند و آنچه باعث مرگ و قتل منجی علیه می‌شود ترس و هراس ناشی از رفتار جانی است که در مواردی این ترس و هراس بعد از ارتکاب رفتار جانی حادث می‌شود. در موارد دیگر، این ترس و هراس باعث فرار منجی علیه شده که در نهایت همین فرار نیز موجب سلب حیات از وی می‌شود (اسکندری، ۱۳۸۰: ۲). فاعل این افعال فعلی را نسبت به شخص

انجام می‌دهد، اما بر بدن و کالبد شخص به‌طور مادی و محسوس اصابت نمی‌کند؛ مانند فریاد کشیدن که اثر بیرونی و خارجی فریاد کشیدن بر ما مشخص نیست؛ فعلی که این شخص انجام می‌دهد اگرچه در لحظه فعل مادی هست، ولی اثر این فعل نمی‌ماند مثل موردی که شخص عمداً با اتومبیل به دیگری می‌زند که این فعل او مادی است و در موردی ممکن است به‌سرعت به وی نزدیک شود و ترمز شدیدی بگیرد که در اثر صدای ترمز و ترس فوت کند، هرچند اتومبیل به او برخورد نکند که در اینجا فعل او غیرمادی است. مثال دیگری که در مورد رفتار غیراصابتی می‌توان بیان نمود این است که ممکن است شخص «الف» با آگاهی از این که شخص «ب» دارای ناراحتی شدید قلبی می‌باشد، عمداً خبر ناگواری را تلفنی به‌دروغ به او بگوید و شخص «ب» فوت نماید.<sup>۱</sup>

## ۲. جرائم ناقص و قتل عمد غیراصابتی

مجرم از لحظه تصمیم بر ارتکاب جرم تا زمان تحقق عمل مجرمانه مراحل ذیل را باید طی کند: قصد مجرمانه، انجام عملیات مقدماتی، شروع به عملیات اجرایی جرم، اتمام عمل مجرمانه. نظام‌های کیفری مختلف با توجه به قوانین موضوع در حمایت از ارزش‌های جامعه خود مرتکب جرم را مشمول مجازات می‌دانند. در عین حال ممکن است مجرم بعد از قصد ارتکاب جرم و انجام عملیات مقدماتی و شروع به اجرا به علت وجود عوامل گاه ارادی و گاه غیرارادی موفق به انجام جرم نمی‌شود (فرهودی نیا، ۱۳۸۱: ۴۶). جرائم ناقص<sup>۲</sup> به جرائمی گفته می‌شوند که با وجود داشتن قصد مجرمانه کامل، در مرحله اجرا یا عمل ابتر می‌ماند؛ یعنی عنصر مادی آن‌ها به‌نحوی محقق نمی‌شود که در قانون تعریف شده است یا مقصود مرتکب عملاً حاصل نمی‌شود. جرائم ناقص در کنار اندیشه مجرمانه با اعمال و اقدامات مادی و بیرونی همراه می‌شوند.<sup>۳</sup> با لحاظ معیارها و شاخص‌های دسته‌بندی، جرائم ناقص به انواع مختلف تقسیم می‌گردد: برخی با عنوان جرائم ناقص به جرائمی اشاره

<sup>۱</sup> <http://www.mmo.blogfa>

<sup>۲</sup> Inchoate Crimes.

<sup>۳</sup> <http://www.zebhi.ir>



می‌کنند که مقدم بر ارتکاب جرم اصلی هستند. برای مثال، در حقوق انگلستان<sup>۱</sup> و آمریکا در تعیین مصادیق جرائم ناقص به چنین جرائمی اشاره شده است؛ اما ملموس‌ترین دسته‌بندی که برای جرائم ناقص وجود دارد عبارت‌اند: از شروع به جرم، جرم عقیم و جرم محال<sup>۲</sup>.

با تفکیک و بررسی جرائم ناقص مشخص می‌گردد که در قتل با رفتار غیراصابتی که در بعضی از موارد آن، عنصر مادی جرم قتل غیراصابتی یکی از جرائم ناقص هست و در واقع در مواردی مثل تهدید با اسلحه و یا تیراندازی غیراصابتی که به قتل منجر گردد، فاعل اقدام به شروع به عملیات اجرایی نموده است که گاهی در قالب جرم عقیم و گاهی در قالب شروع به جرم، اقدامات صورت گرفته قابل پیگیری است.

### ۳. قتل عمد غیراصابتی از منظر فقهای اسلامی

با توجه به این که قاتل از همان ابتدا در صدد پنهان‌کاری و مخفی کردن قتل هست، در خصوص نحوه ی ارتکاب قتل فکر می‌کند و برای ارتکاب آن از هر وسیله‌ای استفاده می‌کند (عوده، ۱۹۸۱: ۶۷۰). پس ارتکاب قتل به صورت غیراصابتی به علت این که هیچ سرنخی از وقوع قتل و دست داشتن متهم در قتل باقی نمی‌گذارد، بهترین روش برای ارتکاب قتل می‌باشد و این مهم از منظر

۱. در حقوق انگلستان ملاک تفکیک شروع به جرم و اقدامات یا عملیات مقدماتی، شناسایی مرحله فی مابین اقدامات مقدماتی و آخرین عمل برای ارتکاب جرم است.

۲. شروع به جرم یعنی اقدام و دست یازیدن به عملی که در صورت وقوع به موجب قانون جرم به شمار می‌آید، ولی در نتیجه مداخله عامل غیر اداری بلااثر مانده و نتیجه حاصل نمی‌شود (فرهود نیا، ۱۳۸۱: ۴۶). از ماده ی ۱۲۲ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ چنین برمی‌آید که برای تحقق شروع به جرم دو شرط لازم است: نخست شروع به اجرای جرم و دوم عدم انصراف ارادی (اردبیلی، ۱۳۹۵: ۳۱۶). جرم وقتی عقیم است که مجرم به واسطه ی عدم مهارت یا بی‌فکری خود یا یک علت اتفاقی غیر قابل پیش‌بینی نتیجه‌ای از عمل خویش نمی‌گیرد، در این مورد مقتضیاتی که به وجود آمده‌اند مستقل از اراده ی فاعل هستند (نور بها، ۱۳۸۴: ۲۳۷). جرم عقیم با شروع به جرم از این جهت شباهت دارد که در هر دو مرتکب به مقصود خود نمی‌رسد. وجه افتراق آن دو در این است که در شروع به جرم، فرد مرتکب عملیات اجرایی را آغاز کرده، ولی به علت مانع خارجی غیرارادی عملیات او متوقف و به نتیجه نرسیده است. در حالی که در جرم عقیم فاعل تمام عملیات اجرایی مورد نظر را انجام داده و علت عدم موفقیت او در رسیدن به هدف، معلول مقتضیاتی خارج از اراده او، مانند عدم مهارت و غیره هست (علی‌آبادی، ۱۳۴۷: ۱۲).

قانون‌گذاران پنهان مانده است. بنابراین لازم است که طرق اثبات این نوع قتل مدنظر قرار گیرد. مؤلف کتاب «المطلع علی دقائق زاد المستتقع» در خصوص توجیه قصد قتل و ابزار و وسیله‌ی به کار برده شده می‌گوید: قصد اثر خفی است که امکان اطلاع بر آن ممکن نیست و اگر حکم را بر آن ربط دهیم قصاص به علت عدم اثبات اراده و قصد ساقط می‌گردد. بر این اساس وسیله، خیلی در اثبات قتل حائز اهمیت است. در خصوص قتل غیراصابتی که هیچ آلتی به کار برده نشده است، تکلیف چیست؟ معیار تفکیک آنچه با آن قتل واقع می‌شود و یا نمی‌شود چیست؟ با توجه به بررسی‌های صورت گرفته به نظر می‌رسد عرف که به اختلاف اشخاص و احوال تغییر می‌کند می‌تواند یکی از معیارهای تفکیک باشد. جدای از آن، استفاده از طب پزشکی نیز در احراز واقعیت و تفکیک معیارها کمک حائز اهمیتی می‌نماید.

از آنجایی که فقهای اسلامی در تعریف قتل به عبارت «فیقتله بما یغلب علی ظن موته» اشاره نموده‌اند، به نظر می‌رسد درج عبارت «آنچه غالباً باعث کشتن می‌شود» به‌تنهایی در تعریف قتل اشتباه است. چراکه قاتل در ارتکاب قتل بر اساس ظن خود و با در نظر گرفتن نکات و تدابیر ایمنی نوع وسیله را انتخاب می‌کند، هر چند غالباً کشنده نباشد. حال با توجه به ضرورت و اهمیت طرق اثبات قتل غیراصابتی، به بررسی مصادیقی از قتل غیراصابتی پرداخته می‌شود.

**الف: قتل توسط عائن:** قتل با چشم زدن توسط عائن در دو حالت متصور می‌باشد. حالت اول: قتل با عین به صورت عمدی است. قتل با چشم زدن قتل عمدی است اگر عائن قصد قتل المعیون را داشته باشد و عائن معروف به قتل با عین باشد و به کنترل چشم قادر باشد. در توجیه این مطلب باید گفت شرایط اثبات قتل عمدی با عین این است که الف: عائن باید قصد قتل داشته باشد ب: عائن معروف به قتل با عین باشد ج: عائن قادر به کنترل چشم خود باشد. در این شرایط چون قتل با اختیار و اراده‌ی عائن واقع گردیده، قتل مثل کشتن با اسلحه است. حالت دوم: قتل با عین به صورت غیرعمدی است. اگر عائن غیر معروف به قتل با عین باشد و قدرت کنترل چشم خویش را نداشته باشد و به صورت غیر قصد به معیون اصابت نماید، قتل غیرعمدی است. توجیه عدم اعتبار قتل عمد در شرایطی که عائن معروف به قتل با چشم نمی‌باشد این است که «ان القتل حصل بما

لا یقتل غالباً». یعنی قتل با آنچه غالباً کشنده نمی‌باشد واقع گردیده است و در توجیه عدم تحقق قتل عمد در شرایطی که کنترل بر چشم ندارد می‌توان گفت قتل بدون اراده و اختیار صورت پذیرفته است (زرقانی، ۱۹۹۶: ۶۳).

**ب: قتل با سحر:** سحر کلام یا نوشته یا کاری است که در بدن مسحور یا قلب وی یا عقل وی بدون ارتباط مستقیم اثر می‌گذارد و موجب قتل یا مریضی و یا جدایی زن از مرد و یا مانع نزدیکی زن و مرد و کدورت بین افراد می‌شود (ابن قدامه، ۱۹۶۹: ۳۰). اگر ساحر با سحر خود انسان را کشت و اعتراف کرد که این شخص با سحر او فوت کرده است و این عمل هم غالباً کشنده است پس قصاص می‌شود و اگر گفت با سحر کردن مرده است و این سحرگاهی می‌کشد و گاهی نمی‌کشد قصاص ساقط و دیه و کفاره واجب می‌شود. قتل با سحر بر اساس بینه ثابت نمی‌شود، بلکه با اعتراف ساحر ثابت می‌شود (زرقانی، ۱۹۹۶: ۴۳۶). اگر سحر غالباً کشنده باشد و کشنده بودن آن با به کار بردن آن و آگاهی ساحر محرز گردد در این شرایط قتل عمدی است و شرایط آن مثل قتل توسط عائن می‌باشد.

**ج: انزاع:** کسی که شمشیری را بر زن یا کودکی که قصد ترساندن آن‌ها را دارد بکشد و آن‌ها از ترس بمیرند در این شرایط فقط تأدیب و تعزیر وجود دارد. اما اگر سلطان کسی را بترساند و بمیرد چیزی بر سلطان نیست. البته اگر مباشر نباشد و هیچ فرقی بین این مورد و بین کسی که سنگی را به طرف دشمن پرتاب می‌کند و از ترس همراه وی می‌میرد نیست و همین‌طور کسی که چاهی را می‌کند و چاه ویران می‌گردد و از ترس شخصی می‌میرد (کتانی الحسینی، ۲۰۰۹: ۵۸۳).

**د: محبوس کردن مجنی علیه:** هر چند بستن و محبوس کردن مجنی علیه به طوری که هیچ چیزی به وی نرسد، از مصادیق ترک فعل در قتل هست و اثر آن به صورت فعل ملموس است. اما در اثر وقوع قتل فعل اصابتی بر فیزیک و جسد مقتول بر جای نمی‌ماند.

**۵: سایر موارد:** انداختن در جلوی حیوان درنده و از ترس مردن؛ پرتاب کردن حیوانات و حشراتی مثل عقرب و مار و از ترس مردن نیز از دیگر مصادیق قتل غیراصابتی هستند که فقهای اسلامی در توجیه امکان وقوع قتل غیراصابتی به آن‌ها اشاره کرده‌اند.

بدین‌سان بر اساس مصادیق گفته‌شده می‌توان ادعان داشت که فقهای امامیه، امکان تحقق قتل عمد غیراصابتی را در مواردی مثل ترس، تهدید، سحر و جادو به‌صراحت قبول نموده‌اند (نجفی، ۱۳۹۳: ۹۴) و در متون فقهی اهل سنت هم مذاهب چهارگانه، دیدگاه‌های مختلفی را در این خصوص ارائه داده‌اند. فقهای عامه با ذکر مواردی از افعال غیراصابتی منجر به ایجاد قتل، بر امکان تحقق قتل عمدی با این افعال صحه گذاشته‌اند. اما طرق اثباتی آن‌هم چنان‌که از دیدگاه فقها برمی‌آید به‌جز از طریق اقرار مرتکب و یا اثبات رفتار غالباً کشنده مقرر امکان‌پذیر نیست. از این‌رو با طرح دیدگاه فقهای اسلامی، ضمن مشخص کردن نظر فقهای امامیه و عامه، شیوه‌های اثباتی و مصادیقی از افعال غیراصابتی منجر به قتل را هم از منظر فقهای اسلامی به تفکیک بررسی خواهیم نمود.

### ۱-۳. دیدگاه فقهای امامیه

در خصوص تاثیر افعال غیراصابتی در وقوع قتل صرف

نظر از دیدگاه فقهای امامیه، روایات متعددی هم وجود دارد مبنی بر این‌که سحر و چشم‌زخم حقیقت دارد و دگرگونی‌های ناگوار و ناخوشایند می‌آفریند و باعث بیماری و مرگ می‌گردد. از رسول خدا (ص) روایت شده است: «ان العین حق انها تدخل الجمل و الثور التنور». چشم‌زخم حق است به‌درستی که شتر و گاو نر را به تنور می‌افکند. «وان العین لیدخل الرجل القبر و الجمل القدر». چشم‌زخم مرد را داخل قبر می‌افکند و شتر را داخل دیک می‌کند (مجلسی، ۱۳۸۴، ج ۶۰: ۱۷). مرحوم خوئی در کتاب «تکمله المهناج» مرقوم فرموده‌اند: کسی که بر سر دیگری فریاد بزند و او بترسد و بمیرد، در صورتی‌که با این کارش قصد قتل او را داشته و یا این‌که این فریاد او درجایی باشد که عادتاً موجب مرگ فرد شود و فریاد زنده از این مطلب آگاه باشد، قصاص می‌شود. در

غیر این صورت (در صورتی که قصد قتل نداشته و عادتاً هم کشنده نبوده)، دیه بر او ثابت می شود و این ضمان دیه و قصاص در صورتی خواهد بود که استناد مرگ به فریاد زدن او معلوم و محرز باشد و الا در صورت عدم احراز استناد مرگ به شخص فریاد زننده، چیزی بر عهده ی او نیست و مثل همین مورد است جایی که فرد به روی کسی سلاح بکشد و آن فرد بمیرد. در ادامه می فرمایند: اگر شخصی، دیگری را سحر کند با انجام کاری که غالباً موجب مرگ است و یا به قصد قتل آن کار را انجام دهد، مثلاً با جادوگری منظره ای ایجاد کند که شخص تصور کند که شیر درنده ای به او حمله کرده و در اثر ترس از این حادثه بمیرد، در این صورت جادوگر که باعث مرگ او شده است، مستحق قصاص نفس است (موسوی خویی، ۱۳۹۱: ۲۲۳).

شهید ثانی در کتاب «شرح اللمعه»، در حقوق جنایت حاصل از فریاد و در واقع افعال غیراصابتی دیدگاه مخالفی با مرحوم خویی دارد. ایشان فرموده اند: کسی که بر کودک یا دیوانه یا بیمار مطلقاً چه غافل باشد و چه نباشد یا شخص سالم درحالی که غافل است فریاد برآورد و به سبب این فریاد جنایتی بر ایشان وارد آید در مال خود ضامن آن هست، چون خطای شبه عمد است. اگر بر کسی که سالم و کامل است در حالت هوشیاری و توجه فریاد زده شود شخص ضامن نیست، چون فریاد از اسباب اتلاف به شمار نمی رود و تلف شدن او امری اتفاقی است، نه در اثر فریاد، مگر این که بدانیم مرگ او مستند به آن فریاد بوده است که در این صورت دیه ثابت می شود.

علامه ی حلی می فرماید: اگر شهود شهادت دادند مبنی بر این که فلانی با سحر دیگری را کشت، به علت عدم رؤیت کشته نمی شود. اما اگر شهادت دادند که ایشان اقرار کرده که با سحر فلانی را کشته، شهادت قبول می شود و اگر ساحر گفت او را با سحر مریض کردم ولی به دلیل دیگری مرد، به نظر لوث محقق می گردد، هر چند اقرب این است که لوث محقق نمی شود (حلی، ۱۳۷۸: ۲۵۱).

بر اساس آنچه شیخ طوسی می فرماید اگر کسی دیگری را سحر کرد و مرد، قصاص و دیه واجب نمی شود، اگر ساحر بگوید با سحر او را کشته قصاص و دیه واجب نمی گردد. چراکه آنچه مفروض است عدم حقیقت سحر هست. پس اگر او گفت با نظرم یا با چشمم او را کشتم باز هم

قصاص واجب نمی‌گردد. اما در مسالک آمده است: هیچ راهی برای احراز سحر باینه وجود ندارد، چون شاهد قصد ساحر را نمی‌داند و شاهد تاثیر سحر هم نیست و تنها با اقرار ساحر ثابت می‌شود. پس اگر گفت که سحرم او را کشته و سحر او تأثیری نداشت به اقرارش توجه نمی‌شود؛ اما نظر قوی اثبات قتل بر اساس شرایط ذیل هست: عمل به اقرار پس اگر پس از اقرار گفت سحر غالباً کشنده است این اقرار به قتل است و اگر گفت نادرا کشنده است جای بحث است. اگر همراه قصد قتل باشد عمدی است و الا شبه عمد هست و اگر گفت اسم شخص دیگری را اشتباه گفته‌ام این خطاست، پس اجرای حکم بر اساس آنچه اقرار کرده لازم است، اما در صورت خطا اقرار عاقله لازم نیست (نجفی، ۱۳۹۳: ۳۳).

در این خصوص شهید ثانی هم می‌فرماید: در جواز مماثله در قتل و قصاص سه صورت مستثنی هستند: ۱. اگر کسی را با سحر بکشند او را با شمشیر می‌کشند نه با سحر، چراکه عمل سحر حرام است و به خاطر عدم دقت و اختلاف تاثیر آن ۲. در قتل با لواط ۳. در قتل با خوردن مشروب (موسسه دائره المعارف الفقه الاسلامی، ۲۰۰۲: ۳۶۹).

## ۲-۳. دیدگاه فقهای عامه

با توجه به این که از باب غالب در قتل عمد، قتل اصابتی مدنظر فقهای اسلامی بوده، اما با بررسی متون فقهی فقهای عامه ملاحظه می‌گردد که در لابلاي آرای فقهی به قتل غیر اصابتی هم نظر داشته‌اند. در کتاب «المبدع شرح المقنع لابن مفلح» مصادیق قتل عمد بیان شده است که یکی از آن مصادیق، قتل با سحر هست که غالباً کشنده باشد. در قتل غیر عمدی نیز به قتل با سحر اشاره شده است و آن در شرایطی است که این نوع سحر غالباً کشنده نباشد (ابن مفلح، ۲۰۰۳: ۲۱۴). در مبحث صفات و ویژگی‌های قصاص آمده است: در قتل با سحر، قاتل با شمشیر کشته می‌شود. به خاطر این که سحر حرام است و در اخبار آمده است که حد ساحر ضربه زدن با شمشیر است. سه مذهب شافعیه، حنفیه و مالکیه می‌گویند: قتل با سحر ثابت می‌شود، اگر ساحر اقرار کند که با سحر وی را کشته است. پس اگر قاتل گفت با سحرم وی را کشتم و این غالباً کشنده است، در این شرایط قتل

عمدی است و قصاص واجب است و اگر گفت نادرا این سحر کشنده است، پس شبه عمد است و اگر گفت اشتباه کرده‌ام از اسم شخص دیگر به اسم این شخص در سحر کردن، در این شرایط خطا محسوب می‌شود و در این دو مورد اخیر، دیه ثابت می‌شود در مال ساحر نه در مال عاقله، به خاطر اقرار ساحر؛ مگر این که عاقله دیه را تصدیق کنند که در این شرایط دیه در مال عاقله ثابت می‌شود. شافعی در جنایت بر جنین می‌گویند: ناچاراً باید از مادر جدا شود و اگر از مادر جدا نشود مثل عضوی از اعضاء مادر محسوب می‌شود یکسان است اگر جنایت با قول باشد مثل تهدید کردن و یا با فعل یا با ترک فعل. مالک می‌گویند: اگر جنین به سبب ضرب و یا ترساندن مادر به صورت غیر شرعی و یا به سبب بوی متعفن و گندیده ساقط شود، در این شرایط دیه واجب می‌شود. بر این اساس با توجه به این که مطابق دیدگاه امام شافعی و امام مالکی، امکان سقط جنین با قول و بوی متعفن وجود دارد، پس امکان وقوع جنایت نیز با افعال معنوی و غیراصابتی متصور می‌باشد.

**الف: دیدگاه امام شافعی:** احمد عیسی عاشور در کتاب فقه آسان در مذهب امام شافعی بیان نموده است: اگر شخصی بر کودکی غیر ممیز فریاد کشید و آن کودک بر گوشه بامی و یا کنار رودی یا چاهی ایستاده بود و دچار لرزه شده و افتاده و بر اثر آن مرده، دیه آن واجب است نه قصاص آن و اگر روی زمین بود و بر اثر همان فریاد مرده، بر فریاد زنده ضمانتی نیست. چون مرگ بر اثر فریاد بسیار بعید به نظر می‌رسد و این قول رایج است و اسلحه کشیدن و تهدید شدید نیز حکم فریاد را دارد و اگر شخصی بر خردسالی فریاد کشید و او عقل را از دست داد، ضمانت آن واجب است و اگر کسی با شمشیر یا امثال آن کس دیگری را دنبال نمود، دشمن گریخت و از ترس خود را از رودخانه انداخت یا از جای بلندی خود را پرت کرد یا خود را در چاهی انداخت و هلاک شد؛ بر دنبال کننده ضمانتی نیست چون شخص گریزان خودش را از روی قصد هلاک کرده و مستقیماً به سبب هلاک اقدام کرده است و سبب به دست او بوده است و اگر از محل هلاک اطلاع نداشته باشد و بدون قصد در آن محل افتد مانند این که کور باشد یا در تاریکی باشد یا در شب باشد و در آن صورت تعقیب کننده ضامن بوده و ضمانت بر وی واجب است (عاشور، ۱۳۹۳: ۶۲۳). بر

پایه‌ی دیدگاه احمد عیسی عاشور، چتر حمایتی بیش‌تر شامل صغار و افراد غیرممیز و ممیز و درواقع قشر آسیب‌پذیر جامعه مثل اطفال و نابیناها هست و قتل در اثر فریاد کشیدن و ترساندن در این دیدگاه، غیر عمد تلقی گردیده که دیه تعیین خواهد شد. البته مکان و محل وقوع جرم نیز در تعیین دیه بسیار حائز اهمیت است که به آن اشاره گردید.

بر پایه‌ی دیدگاه شیخ محمد الزهری الغمراوی هم اگر شخصی بر کودک غیر ممیز فریاد کشید و آن کودک بر گوشه‌ی بامی یا کنار رودی یا چاهی ایستاد بود و افتاد، دیه‌ی مغضله آن بر عهده‌ی عاقله است و در قولی قصاص واجب است و اگرچه روی زمین باشد و اگر بر بالغی فریاد کشید و افتاد، دیه‌ای لازم نیست. کشیدن اسلحه نیز مثل فریاد کشیدن است. شخص نزدیک به احتلام نیز همانند بالغ است و اگر در هنگام شکار فریاد کشید و کودکی در اثر ترس و اضطراب افتاد، دیه‌ی مخففه بر عهده‌ی عاقله است و اگر سلطانی که او را به درنده‌خوی نام می‌برند، زن بارداری را طلب کرد و زن در اثر طلب کردن از ترس سقط‌جنین نماید، سلطان ضامن است و اگر شخص را با شمشیر برهنه دنبال کند و او از ترس خود را در آب، آتش بیندازد یا از بلندی پرت کند ضامن نیست<sup>۱</sup> (الغمراوی، ۱۳۷۹: ۴۸۷). بر اساس دیدگاه شیخ الغمراوی، ترساندن، فریاد کشیدن بر کودک غیر ممیز و فوت در اثر آن موجب دیه و در قولی موجب قصاص است و حتی سقط‌جنین در اثر ترس را نیز از موجبات ضمان دانسته است. ملاحظه می‌گردد برابر نظر ایشان، تحقق قتل عمدی و یا غیرعمدی در اثر افعال غیراصابتی، فقط در خصوص صغار و افراد نیازمند توجه امکان‌پذیر است.

مطابق دیدگاه امام شافعی، افعال کشنده که بر سه قسم عمد، خطا و شبه عمد هستند، در هیچ‌کدام قصاص نیست، مگر در عمد (حصنی دمشقی شافعی، ۱۹۳۷: ۲۳۴). عمد عبارت است از قصد فعل و قصد کشتن شخص به آنچه غالباً کشنده است و اگر یکی از این دو قصد از بین رفت

۱. صاح علی صبی لایمیز علی طرف سطح فَوَقَّعَ بِذَلِكَ فَدِيَهُ مَظْلُومًا عَلَى الْعَاقِلَةِ وَ فِي قَوْلِ قِصَاصٍ وَ لَوْ كَانَ بِأَرْضٍ، أَوْ صَاحٍ عَلَى بَالِغٍ بِطَرَفِ سَطْحٍ فَلَادِيَةً فِي الْأَصْحَ وَ شَهْرٍ سِلَاحٍ كَصِيَاغٍ وَ مُرَاهِقٍ مُتَيَقِّظٍ كِبَالِغٍ وَ لَوْ صَاحَ عَلَى صَيْدٍ فَاضْطَرَبَ حَسْبِي وَ سَقَطَ فَدِيَهُ مَخْفَفَةً عَلَى الْعَاقِلَةِ وَ لَوْ طَلَبَ سُلْطَانٌ مِنْ ذِكْرَتِ سَبْعَةٍ فَأَجْمَعَتْ ضَمِينَ الْجَنِينِ وَ لَوْ تَبَعَ سَيْفٌ هَارِبًا مِنْهُ فَرَى نَفْسَهُ بِمَادٍ أَوْ نَارٍ أَوْ مِنْ سَطْحٍ فَلَا ضَمَانَ، فَلَوْ وَقَعَ جَاهِلًا لَعَمَى أَوْ ظَلَمَهُ ضَمِينَ.



به خطا تبدیل می‌شود و اگر قصد فعل و قصد شخص را با آن چیزی که غالباً کشنده نیست داشته باشد پس آن شبه عمد است (الغمرادی، ۱۳۷۹: ۴۶۳). بر اساس این دیدگاه، ملاک در قتل عمدی، کشنده بودن فعل ارتكابی است و اگر قصد فعل و قصد قتل شخص با افعال غیر کشنده وجود داشته باشد، قتل به شبه عمد تبدیل خواهد شد.

دکتر زحیلی در کتاب «الفقه الاسلامی و أدلته» در تعریف قتل می‌گوید: قتل، فعل از بین برنده- ای است؛ یعنی به مرگ و یا قتل منجر می‌شود. قتل فعلی از بندگان خدا است که باعث زوال فعلیت زندگی می‌گردد، یعنی قتل مفهوم کننده ی بنیه ی انسان است (الزحیلی، ۲۰۱۱: ۸۰). بنابراین هر فعلی که باعث از بین بردن نفس گردد، در تعریف قتل جای می‌گیرد و ملاک در عمدی، شبه عمدی و خطا بودن آن کشنده بودن فعل ارتكابی و قصد قتل است، حال چه به صورت اصابتی باشد یا غیراصابتی.

**ب: دیدگاه مالکیه:** هر چند امام ابوحنیفه و امام شافعی کشنده بودن غالبی آلت قتاله را دلیل بر قتل عمد می‌دانند، اما امام مالک، اللیث والهادویه بر این باورند که اگر قتل با آلتی که غالباً با آن قتل واقع نمی‌گردد، اتفاق بیفتد مثل عصا، شلاق، سیلی و یا شوک؛ این قتل عمدی است و در آن قصاص واجب است. به نظر می‌رسد این دیدگاه دلالت بر این دارد که اصل در نزد آنها، عدم اعتبار آلات در ازهاق روح است و هر چیزی که موجب ازهاق روح گردد را موجب قصاص می‌دانند (سید سابق، ۱۳۶۵: ۳۳۳). مالکیه می‌گویند: ضربه زدن با عصا و سنگ کوچک عمد هست، چراکه نزد آنها قتل دو نوع عمدی و خطایی است. قتل خطایی، قتلی است که با سببی از اسباب ایجاد شده باشد یا از غیر مکلف واقع شده باشد یا بدون قصد قتل، یا قتل با آنچه عادتاً کشنده نیست مثل شلاق اتفاق افتاده باشد.

امام مالک می‌گوید: اگر شخصی ماری را به سوی دیگری پرتاب کند، درحالی که آن مار زنده است و آن شخص از ترس بمیرد، در شرایطی که مار او را نیش نزده است قصاص می‌شود و اگر مار مرده باشد دیه واجب است و همان‌طور است اگر مار قدرت نیش زدن را به علت صغر سن نداشته باشد و اگر از باب شوخی پرتاب کرده باشد؛ دیه پرداخت کند و اگر از باب دشمنی و

خصوصیت باشد قصاص می‌شود. اگر کسی سلاح کشنده و خنجر روی کسی کشید و شخص از ترس پا به فرار گذاشت و دنبال راه فرار بود و این کشیدن سلاح به خاطر عدوات بین آن دو باشد و شخص بدون سقوط از ترس فوت کرد، قصاص بدون قسامه واجب می‌شود. حتی اگر ضربه‌ای به وی نزده باشد و اگر در حال فرار سقوط کرد، پس با قسامه ثابت می‌شود، به خاطر احتمال مرگ ایشان با سقوط. اگر سلاح کشیدن بدون عدوات و دشمنی و بدون فرار به مرگ منجر شود، خطا محسوب می‌شود و دیه‌ی مخمسه بر عاقله واجب می‌شود و همین‌طور است اگر فرار کرد و دشمنی بین آن‌ها نبود و فوت کرد (جزیری، ۱۹۹۶: ۲۴۱) و مثل موارد فوق است اگر کسی با سحر به قتل برسد و با اقرار و بینة قتل با سحر ثابت شود، پس قصاص او با شمشیر ثابت می‌شود و لازم نیست که با سحر کردن وی را قصاص بکنند. چراکه امر کردن بر معصیت، معصیت است (جزیری، ۱۹۹۶: ۲۶۳).

**ج: دیدگاه امام ابوحنیفه:** امام ابوحنیفه، قتل را بر پنج دسته عمد، شبه عمد، خطا، جانشین خطا و قتل سببی تقسیم نموده است. ابوحنیفه قتل عمد را قتلی دانسته است که شخص عمداً با اسلحه و امثال آن دیگری را بزند. (جزیری، ۱۹۹۶: ۲۳۸) با توجه به این تعریف و مثال‌هایی که ذکر کرده، به نظر می‌رسد که قتل عمدی غیراصابتی مورد تأیید ایشان نبوده است. شاگردان امام ابوحنیفه بر این باورند که اگر شیء یا چیزی بر بدن مسحور برخورد نماید مثل درد و امثال آن، امکان تحقق سحر وجود دارد. اما اگر مرض یا موت بدون برخورد چیزی بر بدن ایجاد شود، سحر وجود ندارد (ابن قدامه، ۱۹۶۹: ۳۳).

#### ۴. جایگاه قتل عمد غیراصابتی در مقررات ایران

در این که در رفتارهای مادی، مرگ را می‌توان به فاعل نسبت داد و وی را، حسب مورد به ارتکاب جنایت عمدی یا غیرعمدی محکوم کرد تردیدی وجود ندارد. اما سؤالی که طرح می‌شود این است که اگر یکی با رفتارهایی مثل فریاد کشیدن، خبر ناگوار دادن، اعلامیه دروغ فوت تنها فرزند یکی را برای وی ارسال کردن، سلاح کشید به روی دیگری بدون شلیک آن، برانگیختن

حیوان زنده درنده به سوی قربانی و یا اقدام به انفجار صوتی در کنار محل سکونت وی و نظایر آن‌ها موجب مرگ دیگری شود، آیا می‌توان او را به ارتکاب جنایات اعم از عمدی یا غیرعمدی محکوم کرد یا این که محکومیت به این جنایات مستلزم مادی و ملموس بودن اثر رفتارهای ارتكابی از سوی مرتکب هست (صادقی، ۱۳۸۷: ۶۱).

پس از پیروزی انقلاب اسلامی، دگرگونی عمیقی در نظام حقوقی ایران به وجود آمد، در جهت انطباق احکام قضایی با موازین شرعی تلاش‌هایی انجام گرفته است. این تغییر و تحول بیش‌تر در حوزه حقوق کیفری صورت پذیرفته است. یکی از این تغییرات که در قانون مجازات اسلامی مورد پذیرش قرار گرفته است و صلاحیت انتساب قتل به خود را داشته، رفتار غیرمادی است. قانون‌گذار در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰، طی دو ماده‌ی ۳۲۵ و ۳۲۶ ارتکاب قتل با این افعال را مورد پذیرش قرار دارد. تحت شرایطی که در این دو ماده مقرر شده بود ارتکاب قتل با این افعال نیز همانند افعال مادی فیزیکی، مؤثر در عنوان قتل بوده و مرتکب برحسب مورد محکوم به قصاص یا پرداخت دیه می‌شد. ارتکاب قتل با افعال غیراصابتی قبل از این قانون، سابقه‌ی تقنینی نداشته و در نتیجه به تبعیت از دیدگاه فقهای اسلامی این نوع قتل عمدی وارد صحنه مقررات کیفری شده است.

مقنن ایران برابر ماده‌ی ۳۲۵ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ مقرر می‌داشت: «هرگاه کسی به روی شخص سلاح بکشد یا سگی را به سوی او برانگیزد یا هر کار دیگری انجام دهد<sup>۱</sup> که موجب هراس او گردد، مانند فریاد کشیدن یا انفجار صوتی که باعث وحشت می‌شود و بر اثر این ارباب آن شخص بمیرد اگر این عمل نوعاً کشنده باشد یا به قصد قتل انجام شود گرچه نوعاً کشنده نباشد قتل عمد محسوب شده و موجب قصاص است و اگر این عمل نه نوعاً کشنده و نه به قصد قتل انجام بگیرد، قتل شبه عمد محسوب شده و دیه آن بر عهده‌ی قاتل است». در ماده‌ی مذکور برخلاف

۱. قانون‌گذار با ذکر عبارت «هر کار دیگری»، اعمال ارتكابی مندرج در ماده‌ی ۳۲۵ را همانند ماده‌ی ۵۰۱ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲، تمثیلی دانسته بود (گلدوزیان، ۱۳۹۳).

ضوابط عمومی قتل عمدی که وجود رابطه‌ی فیزیکی و جسمانی میان فعل قاتل و جسم مقتول ضروری بود، به احراز چنین رابطه‌ای نیازی نبوده و چنان چه شخص روی دیگری سلاحی بکشد یا حیوانی را به‌سوی او تحریک نماید و یا به‌طور کلی هر کار وحشت‌انگیز دیگری را انجام دهد و موجب مرگ او شود حسب مورد قاتل عمدی یا شبه‌عمدی شناخته می‌شود؛ بنابراین بر اساس مفاد ماده‌ی ۳۲۵ قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰ لازم نبود میان سلاحی که روی دیگری کشیده می‌شود و جسم او ارتباط فیزیکی برقرار شود و یا حیوان صدمه‌ای وارد نماید و یا این که بر اثر انفجار صوتی مقتول صدمه‌ای جسمانی ببیند، بلکه صرف انجام افعال مذکور برای تحقق این ماده کفایت می‌کرد و چنان چه به‌واسطه‌ی چنین اموری صدمه‌ای به مقتول وارد می‌شد مثلاً حیوان به او آسیب می‌رساند و سبب مرگش می‌گردید، قتل واقع شده از شمول ماده‌ی ۳۲۵ خارج می‌شد؛ به عبارت دیگر، در گزارش معاینه‌ی جسد قتل‌های شمول ضوابط عمدی تغییر فیزیکی مشاهده و جسم مقتول فاقد حالت اولیه هست، درحالی که وضعیت جسد مقتول موضوع ماده ۳۲۵ فاقد چنین اوصافی بود (سپهوند، ۱۳۸۸: ۴۱).

بدین ترتیب منحصر داشتن فعل موجب جنایت در اعمال مادی بلاوجه تلقی گردید و در صورت امکان رابطه‌ی استناد، افعال غیرمادی نیز توانستند عامل ایجاد جنایت باشند و در این صورت ضمان مرتکب متوقف بر احراز عدوانی بودن فعل او گردید؛ زیرا ارتکاب جنایت به‌وسیله‌ی اعمال غیرمادی از مصادیق سببیت بوده است (صادقی، ۱۳۸۷: ۷۳). البته قانون‌گذار با وجود خاص بودن حکم ماده‌ی مذکور، ضوابط عمومی را معیار تشخیص نوع قتل قرار داده بوده است. از این رو، اگر مرتکب چنین افعالی را با قصد قتل انجام می‌داد و یا این که فعل او نوعاً کشنده می‌شد، قتل عمدی محسوب می‌شد (سپهوند، ۱۳۸۸: ۴۲).

قتل عمدی غیراصابتی، در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ نیز پذیرفته شده است. به‌موجب ماده‌ی ۵۰۱ این قانون: «هرگاه کسی به روی شخصی سلاح بکشد یا حیوانی مانند سگ را به‌سوی او برانگیزد یا هر کار دیگری که موجب هراس او می‌گردد مانند فریاد کشیدن یا انفجار صوتی انجام دهد و بر اثر این ارباب شخص بمیرد یا مصدوم گردد حسب مورد بر اساس تفاوت انواع

جنایات به قصاص یا دیه محکوم می‌شود». عمل ترساننده، حسب مورد می‌تواند قتل عمدی، شبه عمدی یا خطای محض محسوب شود. بدیهی است برای محکوم کردن مرتکب به ارتکاب جنایت، صغر سن، بیماری، جنون، ناآگاهی و یا ترسو بودن قربانی شرط نیست. هرچند که اثبات وجود رابطه سببیت بین فعل مرتکب و جنایت حاصله در این گونه موارد آسان‌تر نیست.

با توجه به پذیرش امکان تحقق قتل در نتیجه هراس و وحشت در این ماده می‌توان گفت که منظور مقنن از اشاره «انجام کار» در ماه ۲۹۰ قانون مجازات اسلامی، اعم از رفتار مادی یا غیرمادی بوده است. به علاوه دلیلی برای محدود کردن رفتار غیرمادی به موارد «هراس و وحشت» وجود ندارد، بلکه این اعمال می‌تواند شامل موارد ایجاد هیجان، اضطراب و نظایر آن‌ها هم بشود. اما علی‌رغم پذیرش نظری این مطلب، اثبات رابطه‌ی سببیت و به‌ویژه رکن معنوی عمد در موارد اخیر اگر غیرممکن نباشد، حداقل بسیار مشکل است و شاید به همین دلیل است که ماده‌ی ۵۰۱ مثل ماده‌ی ۳۲۵ قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰، تنها به هراس و ارعاب اشاره کرده است. برای شمول ماده‌ی ۵۰۱، رفتار ارتكابی در هر حال مادی و محسوس هست و صرفاً صدمه حاصله محسوس و قابل رؤیت نیست و گرنه اگر منظور از رفتار غیرمادی رفتارهایی مثل سحر و جادو باشد که ادعای تأثیر آن بر اثر عوامل ماوراءالطبیعه برود، این اعمال هیچ‌گاه نمی‌تواند موجب انتساب مرگ دیگری شود (میر محمدصادقی، ۱۳۹۳: ۶۴). در این گونه موارد ضمان هنگامی تحقق می‌یابد که بتوانیم قتل را به فریاد اعمال شده مستندنماییم و الا صرف هم‌زمان بودن فریاد با اعمال مشابه با هلاک شدن درحالی که عادتاً موجب مرگ نیستند، نمی‌تواند موجب ضمان باشد (گرگی، ۱۳۹۱: ۸۹).

### نتیجه‌گیری

از آنجائی که بیشتر قتل‌های ارتكابی اصابتی بوده و در آمار ارائه‌شده مراجع رسمی، موارد نادری از قتل غیراصابتی رؤیت شده است؛ غالباً باور عرفی و عمومی جامعه بر این است که امکان ارتكاب قتل با رفتار غیراصابتی وجود ندارد. سابقه‌ی قانون‌گذاری این گونه قتل‌ها هم قدمت زیادی ندارد و تنها در ماده‌ی ۳۲۵ قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰ و ماده‌ی ۵۰۱ قانون مجازات اسلامی

۱۳۹۲ به آن اشاره شده است، از این رو، سابقه‌ی موضوع را بایستی متوجه متون فقهی مذاهب خمس و قوانین جزائی کشورهای اسلامی مجاور نمود.

در متون فقهی اهل تشیع، امکان تحقق قتل عمد غیراصابتی در موارد ترس، تهدید، سحر و جادو به صراحت اشاره شده است و در متون فقهی اهل سنت، مذاهب چهارگانه دیدگاه‌های مختلفی را در این خصوص ارائه داده‌اند. امام مالک از فقهای اهل سنت، با صراحت به تحقق قتل عمدی با رفتارهای غیراصابتی مثل ترساندن، سحر کردن، پرتاب مار، اسلحه کشیدن و چشم زدن اشاره نموده است. امام شافعی نیز با گسترده‌تر حمایتی در دفاع از صغار، نابینایان و قشر آسیب‌پذیر جامعه، تحقق قتل عمد غیراصابتی را امکان‌پذیر دانسته است. هرچند ابوحنفیه به دلیل غالباً کشنده نبودن این اعمال، امکان تحقق قتل را دشوار دانسته‌اند، اما در شرایطی که قاتل با تصمیم قبلی و با قصد قتل مرتکب قتل غیراصابتی شده باشد از نظر ایشان امکان آن دور از انتظار نیست.

از آنجائی که مقررات قانونی ناظر بر قتل عمدی به‌ویژه مقررات مواد ۲۹۰ و ۲۹۵ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲، به تاسی از دیدگاه فقهای اسلامی قابل تسری به قتل عمد غیراصابتی می‌باشند، پیشنهاد می‌گردد که هیات عمومی دیوان عالی کشور با صدور رای وحدت رویه‌ای، با وضوح بیش‌تری قتل عمد غیراصابتی ناشی از ترک فعل را هم مدنظر قرار دهد. چراکه قاتلان حرفه‌ای درصدد ارتکاب قتل به‌گونه‌ای هستند که هیچ اثری از خود بر جای نگذارند و ارتکاب قتل به‌صورت غیراصابتی به‌ویژه با ترک فعل نیز دستاویزی مناسب برای مجرمان حرفه‌ای خواهد بود، در نتیجه، اتخاذ رویه‌ای صریح تا اصلاح قانون در این خصوص ضروری هست.

## منابع و مآخذ

## \* قرآن مجید

۱. آقایی نیا، حسین: حقوق کیفری اختصاصی: جرائم علیه اشخاص (جنايات)، چاپ دوم، نشر میزان، تهران، ۱۳۹۲.
۲. ابن قدامه، ابی محمد عبدالله: المغنی لابن قدامه، ج ۹، الطبعة الاولى، مکتبه القاہرہ، ۱۹۶۹م.
۳. ابن مفلح، برهان‌الدین: المبدع شرح المقنع لابن مفلح، الجزء الثامن، دارعالم الکتب، الرياض، ۲۰۰۳م.
۴. اردبیلی، محمدعلی: حقوق جزای عمومی، ج ۱، ج ۴۸، نشر میزان، تهران، ۱۳۹۵.
۵. اسکندری، عبدالصاحب: «تأثیر فعل غیرمادی در ماهیت قتل»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، استاد راهنما: دکتر حسین میر محمدصادقی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۸۰.
۶. بیگی، جمال و محمد پناهی، مصطفی: «معاونت در قتل عمدی و چالش‌های حقوقی فراروی مجازات آن»، فصلنامه تعالی حقوق، دوره ۳، ش ۱۸، ۱۳۹۶.
۷. جزیری، عبدالرحمان: الفقه علی المذاهب اربعه، ج ۵، ج ۱، انتشارات دارالفکر، بیروت، ۱۹۹۶م.
۸. حصنی دمشقی شافعی، تقی‌الدین ابی بکر بن محمد الحسینی: کفایه الأخیار فی حل غایه الأختصار، الطبعة الأولى، دارالخیر، دمشق، ۱۹۳۷م.
۹. حلّی، حسن بن یوسف بن مطهر: تحریر الاحکام الشرعیة علی مذاهب الامامیه، ج ۲، موسسه امام الصادق، ۱۳۷۸.
۱۰. الزُّحَلِیُّ، أ. د. وَهَبُ بنِ مِصْفَی: الفِیْهُ الإِسْلاْمِیُّ وَأَدْلَتُهُ الشَّامِلُ لِلأَدْلَةِ الشَّرْعِیَّةِ وَالآرَاءِ الْمَذْهَبِیَّةِ وَأَهْمُ النَّظْرِیَّاتِ الْفَقْهِیَّةِ وَتَحْقِیْقُ الْأَحَادِیْثِ النَّبَوِیَّةِ وَتَخْرِیْجُهَا، عدد الاجزاء: ۱۰، الطبعة: الرَّابِعَةُ الْمُنْقَحَةُ الْمَعْدَلَةُ بِالنِّسْبَةِ لِمَا سَبَقَهَا وَهِيَ الطَّبْعَةُ الثَّانِیَةُ عَشْرَةٌ لِمَا تَقْدَمُهَا مِنْ طَبْعَاتٍ مِصْرُورَةً، الناشر دارالفکر، دمشق، ۲۰۱۱م.

۱۱. زرقانی، محمدبن عبدالباقی: شرح الزرقانی علی المواهب اللدنیه بالمنح المحمدیه، ج ۹، دارالکتب العلمیه، بیروت، ۱۹۹۶م.
۱۲. سابق، السید: فقه السنه، ج ۲، دار المصر للطباعه، القاہرہ، ۱۳۶۵.
۱۳. سپهوند، امیرخان: حقوق کیفری اختصاصی (۱)، ج ۳، انتشارات مجد، تهران، ۱۳۸۸.
۱۴. شیروانی، علی: شرح اللمعه شهید ثانی، ج ۱۴، انتشارات دارالعلم، قم، ۱۳۸۶.
۱۵. صادقی، محمدهادی: جرائم علیه اشخاص، ج ۶، نشر میزان، تهران، ۱۳۸۷.
۱۶. صانعی، پرویز: حقوق جزای عمومی، ج ۱، ج ۴، کتابخانه گنج دانش، تهران، ۱۳۷۱.
۱۷. عاشور، احمد عیسی: فقه آسان در مذهب امام شافعی، ترجمه محمود ابراهیمی، نشر احسان، ۱۳۹۳.
۱۸. علی آبادی، عبدالحسین: حقوق جنائی، ج ۱، چاپخانه بانک ملی، تهران، ۱۳۴۷.
۱۹. عوده، عبدالقادر: التشریح الجنایی، ج ۱، دار الکتب العربی، بیروت، ۱۹۸۱م.
۲۰. الغمرادی، الشیخ محمد الزهری: سراج الوہاج علی متن المنہاج شرف الدین یحیی النودی، دارالکوردستان النشر و التوزیع، ۱۳۷۹.
۲۱. فرهودی نیا، حسن: جرائم ناقص (بررسی تطبیقی)، ج ۱، نشر فردوسی، تهران، ۱۳۸۱.
۲۲. قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰.
۲۳. قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲.
۲۴. قیاسی، جلال‌الدین؛ ساریخانی، عادل و خسروشاهی، قدرت‌الله: حقوق جزای عمومی، ج ۲، پژوهشکده حوزه و دانشگاه، قم، ۱۳۹۱.
۲۵. کتانی، محمدالمنتصر بالله: معجم فقه ابن حزم الظاہری، دارالکتب العلمیه، بیروت، ۲۰۰۹م.
۲۶. گرجی، ابوالقاسم: دیات، انتشارات دانشگاه تهران، تهران، ۱۳۹۱.
۲۷. گلدوزیان، ایرج: محشای قانون مجازات اسلامی، ج ۲، انتشارات مجد، تهران، ۱۳۹۳.
۲۸. مجلسی، محمدباقر: بحار الانوار، ج ۶۰/۱۷، موسسه الوفا، بیروت، ۱۳۸۴.



۲۹. محمدخانی، عباس: «تأملی نو بر تعریف فعل مادی و غیرمادی در قتل عمدی»، فصلنامه پژوهش حقوق کیفری، سال ۴، ش ۱۳، ۱۳۹۴.
۳۰. موسسه دائره المعارف الفقه الاسلامی: الموسوعه الفقهيه، ج ۱۴، موسسه دائره المعارف الفقه الاسلامی، قم، ۱۳۸۷.
۳۱. موسوی خویی، سیدابوالقاسم: مبانی تکملة المنهاج، ترجمه علیرضا سعید، ج ۲، چ ۲، انتشارات خرسندی، تهران، ۱۳۹۱.
۳۲. میر محمدصادقی، حسین: جرائم علیه اشخاص، چ ۲۰، نشر میزان، تهران، ۱۳۹۳.
۳۳. نجفی، شیخ محمدحسن: جواهر الکلام، ج ۴۲، دار الحیاء التراث العربی، بیروت، ۱۳۹۳.
۳۴. نجفی، شیخ محمدحسن: شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، ج ۲، ترجمه اکبر نایب زاده، چ ۲، انتشارات خرسندی، تهران، ۱۳۹۳.
۳۵. نوربها، رضا: زمینه حقوق جزای عمومی، چ ۳۴، کتابخانه گنج دانش، تهران، ۱۳۸۴.
36. <http://wiki.dorar-aliraq.net/iraqilaws/law/20706.html>
37. <http://www.lib.eslia.ir>
38. <http://www.mmo.blogfa.com>
39. <http://www.zebhi.ir>



## اثر توافق خصوصی بر وظایف و تکالیف دارنده‌ی سند تجاری در حقوق ایران با مطالعه‌ی تطبیقی در کنوانسیون ژنو ۱۹۳۱ و ۱۹۳۰

سیدحسن حسینی مقدم<sup>۱</sup>

سام محمدی<sup>۲</sup>

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۰۲/۰۸

تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۰۳/۲۱

### چکیده

مهمترین هدف از صدور اسناد تجاری به مفهوم خاص اعم از برات، سفته و چک؛ استفاده از آن اسناد به عنوان جایگزین پول است. این اسناد تابع مقررات ویژه‌ای می‌باشند و از اوصاف خاصی برخوردارند که آنها را از سایر اسناد متمایز می‌نماید و سبب ایفای بهتر نقش سند تجاری به جای وجه نقد می‌گردد. مسئولان پرداخت وجه سند، مانند صادر کننده، ظهرنویس، ضامن و محال علیه ممکن است با دارنده‌ی سند تجاری راجع به قلمرو وظایف و تکالیف دارنده و یا حقوق مندرج در سند به موجب اصل حاکمیت اراده، در قالب شروط به توافقاتی دست یابند. نتیجه این توافق می‌تواند تغییر در هر یک از آن تکالیف یا وظایف باشد. آیا کلیه توافقات در این زمینه معتبر و لازم الاجراء تلقی می‌گردد؟ در این مقاله با نگاه به مقررات یکنواخت کنوانسیون ژنو، راجع به برات و سفته ۱۹۳۰، و چک ۱۹۳۱ و برخی از نظامهای حقوقی دیگر به وضعیت و قلمرو اثر این توافقات خصوصی در اسناد تجاری و اعتبار یا عدم اعتبار آن در حقوق ایران پرداخته می‌شود.

**واژگان کلیدی:** اسناد تجاری، وظایف و تکالیف، دارنده، توافق، مسئولان پرداخت.

---

<sup>۱</sup> استادیار گروه حقوق خصوصی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه مازندران، بابلسر، ایران.

<sup>۲</sup> (نویسنده مسئول) دانشیار گروه حقوق خصوصی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه مازندران، بابلسر، ایران.

## مقدمه

استفاده از سند تجاری برای تادیه ثمن یا مابه‌ازاء ارائه‌ی خدمات در قراردادهای تجاری داخلی و بین‌المللی متداول است. اهمیت این اسناد به جهت خصیصه‌ی قابلیت نقل و انتقال آنها، موجب آسانی برای پرداخت‌ها و کسب اعتبار در معاملات تجاری بین‌المللی می‌گردد، به طوری که برخی از نویسندگان جایگزین پرداخت‌های الکترونیکی را به جهت همین خصیصه نسبت به این قبیل اسناد دشوار پیش‌بینی نموده‌اند (Madueghuna, 1995:894). صرف‌نظر از این که ماهیت سند تجاری با کدام یک از نهادهای حقوق مدنی مانند عقد، ایقاع، ... انطباق دارد و یا آن که ماهیت آن را، نوعی تاسیس حقوقی خاص حقوق تجارت بدانیم؛ (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸: ۳۵۵؛ اسکینی، ۱۳۸۷: ۲۴؛ ستوده، ۱۳۷۴: ۲۲). تردیدی بر ماهیت قراردادی توافقی که به شکل شروط تغییر دهنده‌ی مندرجات برات اعم از قلمرو حقوق و یا وظایف و تکالیف دارنده، که بین دارنده و مسئولان پرداخت سند تجاری صورت می‌پذیرد، وجود ندارد. به عقیده‌ی برخی از نویسندگان آزادی قراردادهای راه‌عادلانه تامین نظم در روابط مالی مردم به شمار می‌آید و مقنن ترجیح می‌دهد به جای وضع قاعده برای تمام روابط نامحدود اجتماعی، توافق اشخاص را محترم بداند (کاتوزیان، ۱۳۷۲: ۱۴۵). همین آزادی در قلمرو اسناد تجاری برای طرفین سند قابل تصور می‌باشد. اما گستره‌ی اصل آزادی قراردادهای، به رعایت قوانین امری منوط است. مقنن علاوه بر ماده‌ی ۱۰، در مواد دیگری از قبیل ۹۷۵، ۱۲۸۸، ۱۲۹۵ ق.م. تاکید بر رعایت قوانین امری و نظم عمومی در تنظیم قراردادهای اسناد نموده است. در بند ۳ از ماده ۲۳۲ ق.م. شرطی را باطل اعلام کرد که نامشروع باشد. بدین ترتیب توافق خصوصی به شکل عقد یا در قالب شرط تنظیم می‌گردد نباید خلاف قوانین امری باشد. در فرض عدم رعایت آن به تعبیر برخی از نویسندگان، در این موارد قانون به اراده، حاکمیت نمی‌دهد و آنچه اراده انشاء نمود در عالم اعتبار و حقوق به وجود نمی‌آید (شهدی، ۱۳۷۷: ۶۰). این قبیل تعهدات وفق ماده ۶ قانون آئین دادرسی مدنی در دادگاه‌ها نیز قابلیت استماع نخواهد داشت. طرفین سند تجاری، اعم از دارنده و مسئولان پرداخت آن می‌توانند در زمینه‌های مختلف با یکدیگر توافق نمایند و سبب تغییر تکالیف دارنده گردند؛ مانند آنکه دارنده، تکلیفی بر واخواست

نداشته باشد و یا تا زمان خاصی نسبت به اخذ قبولی و به رویت رساندن سند اقدام یا خودداری ورزد و همچنین توافق برای رجوع دارنده به ثالث در صورت نکول برات به عمل آید ... ظاهراً به موجب اصل آزادی قراردادها باید این شروط و توافقات صحیح و لازم الاجراء باشد. اما باید مسلم گردد، قوانینی که آن تکالیف و وظایف را برای اشخاص مقرر می‌دارد جزء قوانین امری نمی‌باشد و در زمره ی قوانین تکمیلی است؛ چون مخالفت تراضی با قوانین تکمیلی بر صحت و اعتبار عقد خدشه‌ای وارد نخواهد ساخت (قاسم زاده، ۱۳۸۸: ۵۲). نقش این قوانین همانند عرف تکمیل قرارداد است (رفیعی مقدم، ۱۳۹۰: ۵۵). در این صورت امکان تراضی و توافق برخلاف آنها وجود دارد. اما اگر آن قوانین ناظر بر تکالیف را آمره بدانیم امکان چنین توافقی وجود ندارد. این قبیل تعهدات نامشروع و مغایر قانون محسوب و فاقد اعتباراند (السنهوری، ۱۳۸۲: ۲۶۲). همچنین اگر توافقات خصوصی متعرض حقوق اشخاصی گردد که در قرارداد مداخله نداشته‌اند و به ضرر آنان آثاری را به بار آورد، برخلاف اصل نسبی بودن قراردادها تلقی خواهد شد. ماده ی ۲۳۱ قانون مدنی اثر را فقط درباره ی طرفین متعاملان و قائم مقام آنها موثر می‌داند و تعهد به نفع ثالث نیز به طور استثنایی در ماده ی ۱۹۶ پذیرفته شد. بالطبع ایجاد تعهد به ضرر دیگران، دارای وجاهت قانونی لازم نیست و تراضی اشخاص به ضرر کسی که در قرارداد دخالت نداشت، نافذ نیست (صفایی، ۱۳۸۷: ۱۶۹). توافق بین دارنده با یکی از مسئولان اعم از صادر کننده یا ظهرنویس نه تنها بر روابط خود آنان موثر می‌باشد، بلکه دامنه ی این تاثیر می‌تواند به حقوق سایر اشخاص نیز منتهی گردد.

بنابراین شناسایی اینکه چه دسته‌ای از قوانین آمره و یا غیرآمره می‌باشند و گستره ی توافق خصوصی و شروط تا چه حدی معتبر می‌باشد، مهم است. به عقیده ی برخی از حقوقدانان، هر قانونی که تراضی برخلاف آن جائز نباشد آن قانون مصداق قانون امری است و اراده ی فرد برخلاف آن تاثیر ندارد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷: ۲۱۴). جایی که نسبت به امری بودن قانون تردید وجود داشته باشد و مسلم نباشد، نباید آزادی اراده را محدود ساخت، چرا که اصل بر غیرامری بودن قوانین است (کاتوزیان، ۱۳۷۲ صص ۱۴۹ و ۱۵۳؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷: ۲۹). اگر توافقات خصوصی که راجع به حق واقع می‌گردد و قانون صریحی بر منع آن توافق بدست نیاید، دلیلی بر بی‌اعتباری آن توافق

وجود ندارد. زیرا حق در برابر حکم قرار دارد و امکان اسقاط آن وجود خواهد داشت؛ در حالی که تراضی برخلاف حکم پذیرفته نیست (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷ صص ۳۰ و ۲۱۸؛ بهرامی احمدی، ۱۳۸۶: ۲۱۷؛ کاتوزیان، ۱۳۷۲، ص ۱۵۵؛ صفایی، ۱۳۸۷، ص ۵۲؛ قنواتی، ۱۳۷۹: ۴۲).

همین وضعیت راجع به شروط نیز قابل تعمیم می‌باشد، زیرا شروط چیزی جزء تعهدات تبعی نیست، و اصل بر اعتبار آن خواهد بود و همین شروط هست که با تغییر در وضعیت قرارداد آن را به تامین نیازهای اشخاص نزدیک می‌کند و به عقیده‌ی کانت «اگر کسی درباره دیگری تصمیم بگیرد، ممکن است عدالت رعایت نشود و تجاوزی رخ دهد؛ ولی وقتی کسی درباره‌ی خودش تصمیم بگیرد، دیگر نگرانی از این که عدالت از بین برود وجود ندارد.» (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۳۲۸). قراردادهای خصوصی که بین دارنده‌ی سند تجاری با مسئولان پرداخت سند واقع می‌گردند باید معتبر تلقی گردد. اما این تراضی و شرط ممکن است صریحاً با قوانین آمره و آنچه که مقنن آن را تکلیف دانسته است تعارض یابد و یا با حقوق مسلم و مکتسبه اشخاص دیگر مغایرت پیدا کند و گاهی نیز شرط با مقتضای وجودی موضوع مورد نظر، مابین داشته باشد. در این صورت چگونه ممکن است آن تراضی و شرط را معتبر دانست و تردیدی بر بی‌اعتباری آن روا ندانست؟! بدین ترتیب به توافق بین دارنده با سایر مسئولان نسبت به تکالیف دارنده در این مقاله پرداخته می‌شود.

### ۱. اهمیت اجرای وظایف و تکالیف دارنده‌ی سند تجاری

مهمترین حق دارنده‌ی سند وصول وجه است و دارنده برای دستیابی به این حق به ناچار باید تشریفات را به عنوان تکالیف قانونی رعایت نماید. در مواردی که محال علیه از پرداخت وجه سند امتناع می‌نماید ضرورت رعایت آن تشریفات آشکار خواهد شد؛ زیرا عدم رعایت برخی از آن تکالیف نتیجه‌اش بروز موانع برای دارنده در جهت وصول وجه سند می‌باشد. اما نباید آثار تمام وظایف دارنده را یکسان پنداشت. تکالیف دارنده‌ی سند تجاری، حسب اینکه آن سند برات، سفته و یا چک باشد همیشه یکسان نیست. برای مثال، موضوع اخذ قبولی، در سفته و چک موضوعیت نخواهد داشت. اما برخی از آن تشریفات مانند انجام واخواست و یا اخذ گواهی عدم پرداخت در

همه انواع سند تجاری ضروری است.<sup>۱</sup> از سوی دیگر تکالیف دارنده دارای اثر متفاوتی از هم خواهند بود. برای مثال، عدم اعتراض نکول در برات موجب آن خواهد شد تا دارنده ی برات از امتیازات پیش‌بینی شده در ماده ۲۳۷ ق.ت از قبیل: درخواست ضامن و یا مطالبه ی وجه برات به طور نقد، از طریق صدور برات رجوعی، محروم گردد؛ ولی با اعمال اعتراض عدم تادیه در سررسید، اصل حق رجوع وی به مسولان پرداخت سند محفوظ می‌باشد. برعکس، اگر دارنده ی برات و دیگر اسناد تجاری نسبت به ارائه ی برات وفق ماده ی ۲۷۴ ق.ت و یا اعتراض عدم تادیه وفق ماده ی ۲۸۰ و همچنین اقامه دعوی طبق ماده ی ۲۸۶ ق.ت اقدام ننماید، به موجب مواد ۲۷۴، ۲۸۸ و ۲۸۹ ق.ت این امر سبب زایل شدن حق رجوع دارنده ی سند به ظهرنویسان و صادر کننده‌ای خواهد شد که وجه سند را به محال علیه رسانند. توافق در تغییر وظایف دارنده باید از این منظر بررسی گردد که تاثیر اعمال آن تکلیف چیست و چه حقی از مجموع حقوق دارنده در فرض اعمال آن، حفظ و یا با نقض آن، ساقط می‌گردد. البته توافق برای تغییر در تکالیف دارنده با وجود آن که در تمامی موارد از حیث آثار یکسان نیستند، اما رعایت مقررات آمره، در اثرگذاری آن نسبت به سایر مسئولان باید با تعمق بیشتری نگریسته و در مواردی اجازه ی اعمال آن داده شود که با حقوق مکسبه آنان در تعارض نباشد.

## ۲. مصادیق تکالیف موضوع توافق خصوصی در اسناد تجاری

برخی از موارد بین دارنده ی سند تجاری و هر یک از مسئولان سند توافقی در قالب شروط در متن سند به عمل می‌آید و دارنده را از انجام بعضی از تشریفات قانونی معاف و یا در نحوه و زمان اعمال آن تغییراتی ایجاد می‌نماید. توافقات مذکور در صورتی که مغایر قانون نباشد، ممکن است دارنده را از هر یک از آن تکالیف معاف و یا تکالیف جدیدی برای وی ایجاد نماید. در ذیل به

<sup>۱</sup> - طبق رای وحدت رویه ی شماره ۵۳۶، مورخ ۱۳۶۹/۷/۱۰ هیات عمومی دیوان عالی کشور، وخواست برات و سفته مذکور در ماده ۲۸۰ قانون تجارت قید شده ارتباطی با چک نداشته و گواهی عدم پرداخت بانک محال علیه به منزله ی وخواست می‌باشد (روزنامه رسمی شماره ۱۳۳۳۱ مورخ ۱۳۶۹/۹/۱۵)

مهمترین مصادیق توافقات بین دارنده و مسئولان پرداخت سند راجع به تغییر در تکالیف دارنده می‌پردازیم.

## ۲-۱. توافق نسبت به چگونگی اخذ قبولی در برات

در بین اسناد تجاری فقط برای برات به رویت و به وعده از رویت، وفق ماده‌ی ۲۷۴ قانون تجارت، دارنده به اخذ قبولی با مطالبه‌ی وجه آن ظرف مدت یکسال از تاریخ صدور برات مکلف است. در این دو نوع از سند، زمان سررسید با به رویت رساندن آنها، معین و یا از همان زمان قابل احتساب است. در سفته و چک از اساس اخذ قبولی منتفی است و در برات به سررسید معین و برات به وعده نیز از تاریخ صدور، سررسید آنها معین است. بنابراین فایده‌ای بر اخذ قبولی بار نیست. زیرا تکلیف دارنده از حیث زمان دقیق مراجعه به محال علیه و مطالبه‌ی وجه روشن است و طبق ماده‌ی ۲۷۹ ق.ت. که مقرر می‌دارد «دارنده باید روز وعده وجه برات را مطالبه کند» دارنده در آن تاریخ معین یا قابل تعیین، اقدام به مطالبه می‌نماید. هدف اولیه از اخذ قبولی می‌تواند فراهم ساختن زمینه‌ی تعیین سررسید و مهمتر از آن آغاز تکالیف دارنده برای رعایت تشریفات قانونی، در فرض عدم تادیه وجه از سوی محال علیه، برای اقامه دعوی باشد. در برات به رویت نیز این طور نیست که دارنده چون در هر زمان قادر به مطالبه وجه است با محدودیتی برای طرح دعوی مواجه نیست. چون ظهرنویسان و برات‌دهنده‌ای که وجه برات را به براتگیر رساندند، مدیون واقعی سند تلقی نمی‌گردند و صرفاً به موجب ماده‌ی ۲۴۹ ق.ت یکی از مسئولان پرداخت وجه، برای تضمین بیشتر حقوق دارنده شناخته شده‌اند. از این حیث مقنن برای دارنده‌ی برات به رویت، همانند برات به وعده از رویت محدودیت‌هایی قائل شد و دارنده را مکلف داشت تا تشریفات قانونی را برای حفظ حقوق خویش رعایت کند. البته بهتر آن بود تا در برات به رویت، نیازی به قبولی پیش‌بینی نمی‌شد. زیرا از عبارت «پرداخت» مذکور در ماده‌ی ۲۷۴ بر می‌آید، تکلیف دارنده را مقنن محمول بر اخذ قبولی ندانست و فایده‌ای بر آن بار نیست. به هر حال این تشریفات عبارات از مطالبه‌ی وجه یا اخذ قبولی طبق مواد ۲۷۴ و ۲۷۹، اعمال و اخواست ظرف ۱۰ روز از تاریخ سررسید و طرح دعوی وفق ماده‌ی



۲۸۶ ق.ت. می باشد. ضمانت اجرای نقض تکالیف مذکور در مواد ۲۸۹ و ۲۹۰ همان قانون از دست رفتن حق رجوع دارنده به ظهرنویسان و صادر کننده ای که وجه را به برات گیر رسانیده است، تعیین گردید (اخلاقی، ۱۳۷۳: ۱۶۰؛ ستوده، ۱۳۷۴: ۷۷؛ اسکینی، ۱۳۸۷: ۱۳۹).

با وجود ضمانت اجرای شدید، به نظر می رسد تکلیف اخذ قبولی یا مطالبه ی وجه، در برات به رویت و به وعده از رویت برای دارنده، جزء قواعد آمره نمی باشد و تراضی برخلاف آن معتبر است. زیرا وفق ماده ی ۲۷۵ ق.ت. «اگر در برات ... برای تقاضای قبولی مدت بیشتر یا کمتری مقرر شده باشد دارنده باید در همان مدت برات را تقاضا نماید...». مشابه این حکم ماده ۲۷۶ ق.ت. است، که اشعار می دارد «اگر ظهرنویس برای تقاضای قبولی مدتی معین کرده باشد دارنده برات باید در مدت مزبور تقاضای قبولی نماید...» طبق این مواد در صورت سکوت و عدم توافق بین دارنده و صادر کننده و یا ظهرنویس، مفاد ماده ۲۷۴ لازم الاجراء بوده و دارنده باید به تکلیف آن ماده عمل کند. ولی اگر توافق شود، دارنده باید قبل از مدت یکسال و یا بیش از مدت یکسال برای اخذ قبولی یا مطالبه وجه اقدام ورزد، رعایت این توافق الزامی می باشد و دیگر رعایت مدت مذکور در ماده ی ۲۷۴ ضرورتی ندارد.

ضمانت اجرای این توافق نیز در ذیل مواد ۲۷۵ و ۲۷۶ و همچنین در ماده ی ۲۷۷ ق.ت. اسقاط همان حق دارنده در برابر ظهرنویس و صادر کننده قرار گرفته است. پیش بینی امکان تراضی برای اعطاء مهلت بیشتر از یکسال به دارنده برای اخذ قبولی یا مطالبه وجه، با حقوق دیگر مسئولان سند منافات خواهد داشت. چون آنان که مدیون واقعی نیستند؛ بی جهت بر مدت دغدغه شان افزوده می گردد؛ در حالی که مقتن باید برای کاهش چشم انتظار ی ظهرنویسان و صادر کننده ای که محل برات را تامین نمود، گام برداشته و اجازه ی توسعه زمان طولانی برای مطالبه و اخذ قبولی برات را ندهد. همچنین در خصوص کاهش مدت زمان مطالبه یا اخذ قبولی هم باید به خاطر داشت، آن دسته از مسئولان که ماقبل تراضی برای کاهش مدت بوده اند نباید تحت تاثیر قرار گیرند و دارنده بر اساس تراضی که با، ایادی ماقبل خود به عمل آورد به این اشخاص که هیچ مداخله ای در تراضی نداشته اند، حق رجوع داشته باشد و سبب تحمیل مسئولیت بر این ظهرنویسان گردد. زیرا اگر زودتر

از موعد دارنده برای قبولی مراجعه و سند نکول گردد، از همان تاریخ و پیش از سپری شدن مدت یکسال، وفق ماده‌ی ۲۳۷ ق.ت. در برابر مسئولان برات از حقوق خاصی مانند درخواست ضامن و یا پرداخت فوری وجه برخوردار می‌شود. قطعاً این امر ضروری بر ظهنویسان بی‌اطلاع و ایادی ماقبل طرف توافق دارنده وارد می‌گردد. در عین حال اصل نسبی بودن قراردادها نیز نقض خواهد شد. پس باید توافق تنها بین طرفین آن معتبر باشد و برای سایرین ایجاد تعهد نکند.

اما آیا می‌توان از ظاهر مفاد ماده‌ی ۲۷۸ ق.ت. نتیجه گرفت که دارنده‌ی برات را می‌توان از تکلیف اخذ قبولی و یا مطالبه‌ی وجه معاف نمود؟ این ماده اشعار می‌دارد «مقررات فوق مانع نخواهد بود که بین دارنده‌ی برات و برات دهنده و ظهنویس‌ها قرارداد دیگری مقرر گردد». در برات به رویت و به وعده از رویت چون زمان مطالبه کاملاً دقیق نبوده و می‌تواند تا یکسال از تاریخ برات اطلاع یابد و به ویژه در برات به وعده از رویت با به رویت رساندن برات، سررسید آن تعیین می‌شود؛ اگر اخذ قبولی با تراضی طرفین ضرورتی نداشته باشد، چگونه می‌توان ثابت نمود که دارنده به محال علیه برای دریافت وجه مراجعه نموده است؟! آثار این معافیت زمانی آشکارتر است که شرط دیگری مانند مراجعه بدون هزینه برای دارنده پیش‌بینی می‌شود. زیرا در فرض اخیر، دارنده نه نیاز به واخواست خواهد داشت و نه نیاز به اقامه‌ی دعوی. حال چگونه می‌توان احراز نمود که دارنده با سوء نیت نبوده و بدون مراجعه‌ای به محال علیه، مستقیماً به شرط کننده و ایادی ماقبل او مراجعه نموده است؟! به جهت تالی فاسد این شرط نباید اجازه‌ی شرط معافیت دارنده را برای اخذ قبولی یا مطالبه‌ی وجه معتبر دانست؛ چون در برات به رویت اخذ قبولی عملاً توأم با مطالبه‌ی آن است و سررسیدی متعاقب قبولی متصور نیست. در برات به وعده از رویت نیز نقش اخذ قبولی برای تعیین سررسید انکارناپذیر است. اثر چنین شرطی کاملاً به ضرر ایادی ماقبل و خود شرط کننده است و موجب رهایی محال علیه از مراجعه و بار مسئولیت در برابر دارنده می‌گردد. این شرط صرفاً در روابط طرفینی که با علم خویش به قبول ریسک و تحمل ضرر مبادرت می‌نمایند می‌تواند موثر بوده، اما نسبت به دیگر مسئولان پرداخت سند تجاری نافذ نیست. اما مفاد ماده‌ی ۲۷۸ ق.ت. تاب و توان آن را داراست تا طرفین سند تجاری در مواردی که اخذ قبولی برای برات ضرورت ندارد

نیز می‌توانند مراجعه برای اخذ قبولی را اجباری تلقی نمایند. فایده ی این شرط آنست، صادرکننده یا ظهرنویس پیش از سررسید از وجود محل و یا پرداخت آن توسط برات گیر اطمینان حاصل خواهند کرد (اسکینی، ۱۳۸۷: ۷۱). بنابراین نویسدگانی که به طور مطلق قایل بر امکان معافیت دارنده از اخذ قبولی و مطالبه ی وجه می‌باشند نیز دلیل متقنی بر ایرادات وارده به دست نمی‌دهند (راستین، ۱۳۵۱: ۲۵۱). در پیش‌نویس لایحه ی جدید قانون تجارت<sup>۱</sup> در مواد ۷۵۹، ۷۶۰، ۷۶۱ تا حدودی حکم مواد ۲۷۴، ۲۷۵، ۲۷۶ قانون تجارت مصوب ۱۳۱۱ رعایت گردید. اما این تفاوت‌ها به چشم می‌آید، دیگر آزادی اراده ی مذکور در ماده ۲۷۸ برای هر نوع توافقی دیده نمی‌شود و صراحتاً در کنار اسقاط حق رجوع به ظهرنویسان و برات دهنده‌ای که وجه برات را به برات گیر رسانید، عدم امکان رجوع به ضامن نیز پیش‌بینی شد.

در کنوانسیون ژنو ۱۹۳۰ راجع به مقررات سفته و برات<sup>۲</sup> راجع به همین موضوع در ماده ی ۲۲ سخن گفته شد. به موجب این ماده در هر برات به طور کلی، برات کش می‌تواند شرط کند که برات برای اخذ قبولی به رویت برات گیر برسد، و این الزام می‌تواند توأم با تعیین مهلت معین و یا بدون تعیین مدت باشد. همین حق برای ظهرنویس هم در این ماده پیش‌بینی شد. زیرا با قید این شرط تکلیف برات از حیث امکان یا عدم امکان پرداخت آن در آینده به وسیله ی برات گیر، زودتر آشکار خواهد شد. شرط معافیت دارنده از ارائه ی قبولی و ممنوعیت آن جز در موارد استثنایی امکان‌پذیر است. استثناء در مواردی است که برات به وعده از رویت باشد و یا در مواردی که برات باید نزد شخص ثالث و یا در غیر از اقامتگاه برات گیر قابل پرداخت باشد. ماده ی ۲۳ کنوانسیون پیش‌بینی نمود «برات به وعده از رویت باید ظرف مهلت یکسال از تاریخ سند جهت قبولی ارائه

<sup>۱</sup> - لایحه ی جدید قانون تجارت مصوب ۱۳۹۱/۱/۲۳ مجلس شورای اسلامی، با ۱۲۶۱ ماده، جهت بررسی و اعلام نظر شورای محترم نگهبان، به آن شورا ارسال گردید و تاکنون مورد تأیید نهایی شورا واقع نشده و مجدداً به مجلس برگشت داده شد.

<sup>۲</sup> - Geneva, convention on Bill of exchange and promissory notes, signed Geneva, june/7/1930.

شود، صادرکننده می‌تواند این مدت را کم یا زیاد نماید. ممکن است این مهلت توسط ظهنویسان هم کوتاه شود.» از جمع این دو مواد استنباط می‌گردد:

اولاً: برات کش می‌تواند شرط کند تا برات قبل از مدت زمان معین برای اخذ قبولی ارائه نشود؛ زیرا ممکن است برات کش شخصاً زمینه‌ی تامین محل برات را فراهم نیاورده باشد و در نتیجه برات از سوی برات گیر نکول شود.

ثانیاً: در برات به رویت که حداکثر ظرف مدت یکسال برای اخذ قبولی باید ارائه گردد امکان معافیت دارنده برای اخذ قبولی این نوع از برات امکان‌پذیر نیست و صادرکننده هم حق کاهش و هم حق افزایش از مدت یکسال را داراست؛ در حالی که ظهن نویس صرفاً حق کم کردن مهلت ارائه برای اخذ قبولی به کمتر از یکسال را دارد.

در حقوق انگلیس با وجود آنکه اخذ قبولی می‌تواند برای دارنده امتیازاتی داشته باشد؛ اما در سه مورد ارائه‌ی سند برای اخذ قبولی الزامی است. در مواردی که برات به رویت باشد، ارائه برای اخذ قبولی، جهت تعیین سررسید و نیز در صورتی که برات در محلی دیگری به جز محل سکونت و یا محل فعالیت تجاری متعهد قابل پرداخت اخذ قبولی الزامی است و همچنین اگر طرفین اخذ قبولی را در برات شرط نموده باشند؛ در این صورت نیز اخذ قبولی الزامی است ولی طرفین می‌توانند در خصوص کیفیت اخذ قبولی همانند استفاده از پُست توافق و براساس آن عمل نمایند. این امر هم امکان‌پذیر است از حیث زمان انجام اخذ قبولی؛ پیش از این که برات صادر و یا تکمیل شود به عمل آید و یا آن که پس از انقضاء مدت و حتی پس از رد و عدم پرداخت، قبولی براساس توافق به عمل آید (Dobson, 1997, p.503). در حقوق امریکا نیز همانند حقوق انگلیس طرفین می‌توانند به طور ضمنی و یا صریح، جز در مواردی که قانون الزامی نمود؛ تکلیف ارائه‌ی سند تجاری برای اخذ قبولی را اسقاط نمایند و همچنین به موجب بند ۱ ماده ۵۰۳-۳ قانون متحدالشکل تجارت طرفین سند می‌توانند زمان آن را به طور متفاوتی تعیین نمایند (Dawson, 1975, P.p 824, 825).

## ۲-۲. توافق برای رجوع به ثالث در صورت نکول برات

هنگامی که برات برای اخذ قبولی ارائه می گردد و از سوی برات گیر پذیرفته نمی شود، برات نکول شده تلقی و مهمترین اثر آن در ماده ۲۳۷ قانون تجارت پیش بینی شد. به موجب این ماده پس از اعتراض نکول ظهرنویس ها و برات دهنده به تقاضای دارنده ی برات، باید ضامنی برای تادیبه ی وجه در سررسید معرفی نمایند و یا وجه برات را با هزینه ی متعلقه به طور حال تادیبه نمایند. برات کش ممکن است اطمینان کافی برای قبول برات از جانب برات گیر نداشته باشد؛ در این صورت برای جلوگیری از آثار نکول مندرج در ماده ی ۲۳۷، با دارنده ی برات در زمان صدور به توافق برسد که دارنده مکلف شود، در فرض نکول برات، به شخص ثالثی مراجعه نماید و از او خواستار قبولی برات و پرداخت گردد. این تاسیس حقوقی موسوم به قبولی شخص ثالث است و به دو شیوه ممکن است بروز نماید. در یک فرض از ابتداء صادر کننده نام شخص ثالثی را برای مراجعه دارنده، پیش بینی می نماید که برخی از نویسندگان از آن به عنوان قبولی شخص ثالث جانشین نام می برند (اسکینی، ۱۳۷۳: ۷۷). در فرض دیگری بی آنکه برات دهنده نام شخص ثالثی را برای قبولی در برات قید نماید ثالث راساً به جهت روابط مالی که با یکی از مسئولان برات دارد به مداخله در برات و قبولی آن مبادرت می نماید. فرض اخیر در ماده ی ۲۳۹ ق.ت. مورد پذیرش واقع گردید (اخلاقی، ۱۳۷۳: ۱۰۷). نویسندگان دیگر قبولی شخص ثالث در فرض اول را قبولی شخص ثالث منصوب و قبولی شخص ثالث در فرض دوم را قبولی شخص ثالث غیرمنصوب نامیده اند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸: ۳۷۱).

ماده ی ۲۴۰ قانون تجارت ایران علیرغم مداخله ی شخص ثالث برای قبولی برات، همچنان دارنده ی سند را واجد حقوق مذکور در ماده ی ۲۳۷، می داند. اما باید گفت؛ نمی توان فایده مثبتی برای قبولی شخص ثالث از نوع دوم قایل شد، مگر اینکه این ماده این گونه تفسیر گردد؛ اگر شخص ثالث جهت قبولی مداخله نماید و دارنده ی سند قبولی ثالث را نپذیرد. در فرض اخیر دارنده می تواند از مزایایی اعتراض نکول استفاده نماید. یعنی حق دارنده سند تجاری برای بهره مندی از حقوق مذکور در ماده ی ۲۳۷ ق.ت. قابل جمع با مداخله ی شخص ثالث نبوده؛ بلکه به رد مداخله

ثالث منوط است. همان طور که دارنده‌ی سند می‌تواند از پذیرش اشخاص ثالث به عنوان ضامن امتناع نماید، قبولی ثالث نیز باید مورد پذیرش دارنده واقع گردد؛ در نتیجه با پذیرش مداخله‌ی شخص ثالث دیگر دارنده نباید حق استفاده از مزایایی اعتراض نکول را داشته باشد. بنابراین قبولی شخص ثالثی که صادرکننده و یا ظهرنویس با توافقی دارنده‌ی سند پیش‌بینی نمود تا او به ثالث برای اخذ قبولی در فرض نکول برات گیر و اعتراض نکول، مراجعه نماید؛ می‌تواند از مواردی تلقی شود که توافق بین دارنده و مسئولان پرداخت برات، سبب شد در وظایف و تکلیف دارنده و به تبع آن بر حقوق او دگرگونی ایجاد گردد. اگر این شرط معتبر تلقی گردد دیگر نباید دارنده قادر به اعتراض نکول نسبت به مسئولان سند و بهره‌مندی از امتیازات نکول باشد. در قانون تجارت ایران راجع به فرض اول یا قید نام ثالث در برات، هیچ حکمی ندارد. پس تصور قبولی شخص ثالث صرفاً در فرض دوم است. بنابراین هنگامی توافق میان دارنده و سایر مسئولان در بین باشد و او بپذیرد که به ثالثی همانند برات گیر مراجعه نماید، در این فرض دارنده نقش ثالث را همانند برات گیر پذیرفته است و قبل از مراجعه به ثالث و نکول، او حق مراجعه به سایر مسئولان پرداخت برات را با اقامه‌ی دعوی و یا صدور برات رجوعی نخواهد داشت. از این جهت توافق بر مراجعه به ثالث تاثیر بر تکالیف دارنده دارد. زیرا او مکلف به مراجعه به شخص ثالث و اخذ قبولی و مطالبه وجه از او می‌باشد. از سوی دیگر تا قبل از اعمال تکلیف اخیرالذکر، دارنده مجاز به اعتراض نکول و حق برخورداری از مزایایی آن نیست. از فحوای مواد ۲۳۹ و ۲۴۰ ق.ت. استنباط می‌شود؛ مقنن با تراضی طرفین بر پیش‌بینی تکلیف خاصی برای دارنده و مراجعه او به شخص ثالث را پیش از اعتراض عدم تادیه و اقامه دعوی به مسئولان برات مخالفتی ندارد و می‌توان ضمانت اجرای آن را نیز حسب شرط، عدم استماع دعوی دارنده در فرض عدم رعایت توافق تلقی نمود. اما ظهرنویسانی که قبل از توافق بین دارنده با، یکی از مسئولان پرداخت برات را امضاء و ظهرنویسی کرده‌اند را نباید متأثر از این شرط دانست (دمیرچیلی، ۱۳۸۷: ۵۱۱).

در ماده ی ۱۵۶ کنوانسیون ژنو ۱۹۳۰ راجع به برات و سفته، در خصوص اثر مداخله و قبولی شخص ثالث در مواردی که در برات قبولی یا پرداخت به وسیله ی شخص ثالث تعیین شده باشد، دارنده نمی تواند آن شرط را نادیده انگاشته و به شرط کننده و ایادی مابعد او، پیش از مراجعه به ثالث تعیین شده در برات رجوع نماید. اگر دارنده با مراجعه به ثالث تعیین شده با عدم قبولی او مواجه گردد، پس از اعتراض زمینه مراجعه به شرط کننده و ایادی بعد از وی فراهم می آید. در غیر این صورت حق او ساقط خواهد شد. از این جهت در کنوانسیون پیش بینی چنین شرطی سبب ایجاد تکالیفی برای دارنده و نیز تحدیدی در اعمال حقوق عادی وی برای مراجعه مسئولان برات می گردد.

در حقوق انگلیس اگر در برات پیش بینی شود، در صورت عدم قبولی برات گیر به شخص معینی مراجعه شود، با وجود چنین شرطی دارنده ی سند تجاری متعهد به رعایت آن شرط نبوده و قادر است تا نسبت به اعتراض عدم قبولی برات اقدام ورزد و از استفاده آثار شرط مذکور صرف نظر نماید (Dobson, 1997, P.504).

### ۳-۲. توافق نسبت به تغییر زمان پرداخت (سرسید)

ممکن است بین دارنده با مسئولان برات، به ویژه محال علیه، راجع به تغییر زمان پرداخت وجه توافقی ایجاد شود. در فرض آنکه این توافق معتبر باشد، با این پرسش مواجه خواهیم شد، آیا تکالیف دارنده به تبع این شرط دست خوش تغییر می گردد یا خیر؟! در قلمروی حقوق مدنی چگونگی پرداخت دین از حیث امکان یا عدم امکان تجزیه دین و اعطاء مهلت به مدیون دارای قواعد خاصی است و از حقوق تجارت متمایز است. زیرا، علیرغم آنکه صدر ماده ی ۲۷۷ ق.م. الزام طلبکار را از ناحیه ی مدیون برای قبول بخشی از دین ممنوع دانست و مقرر نمود «متعهد نمی تواند متعهدله را به قبول قسمتی از موضوع تعهد مجبور نماید...» اما در ذیل همان ماده آمده است «... ولی حاکم

<sup>1</sup>- Article 56: "There may be acceptance by intervention in all cases where the holder has a right of recourse before maturity on a bill which is capable of acceptance..."

می‌تواند نظر به وضعیت مدیون مهلت عادلانه یا قرار اقساط دهد». ماده‌ی ۶۵۲ آن قانون در مبحث قرض نیز اشعار می‌دارد «در موقع مطالبه‌ی حاکم مطابق اوضاع و احوال برای مقتضای مهلت یا اقساطی قرار می‌دهد» جملگی مبین آن است، دادگاه به اعطاء مهلت به مدیون قادر است (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۲۲۵). برعکس در ماده‌ی ۲۶۹ ق.ت. که مقرر می‌دارد «محاکم نمی‌تواند بدون رضایت صاحب برات برای تادیه‌ی وجه برات مهلتی بدهند» نشان از آن دارد که تغییر سررسید اسناد تجاری در سرنوشت اقتصادی و تجاری مسئولان آن سند و دارنده اثرگذار خواهد بود و اقدام حاکم مبنی بر اعطاء مهلت به محال علیه برخلاف قانون و غیرمعتبر تلقی می‌گردد.

با این حال، آیا می‌توان آثار ناشی از سررسید را صرفاً متعلق به دارنده دانست و او مخیر به هر نوع تراضی با محال علیه از حیث پرداخت پیش از موعد و یا اعطاء مهلت پس از فرا رسیدن سررسید دانست؟ اثر تراضی دارنده و محال علیه به طور مطلق قابل پذیرش نیست؛ زیرا هیچ اراده‌ای نمی‌تواند بدون رضایت دیگری، سایه حق مالکیت خود را در ملک دیگران دخالت دهد و به سود یا به ضرر دیگران اقدام ورزد. این عمل مخالف با آزادی و حاکمیت اراده اشخاص (ثالث) می‌باشد و باید تنها وسیله‌ی ارتباط بین اشخاص از حیث حقوق و تعهدات را تراضی آنان دانست (کاتوزیان، ۱۳۷۰: ۸۹). تراضی بین دارنده و محال علیه ممکن است به ضرر دو گروه از اشخاص منتهی شود و سبب شود تا در اعتبار آن تراضی تردید حاصل گردد.

**فرض اول:** در مواردی است که بین دارنده با محال علیه توافق می‌گردد پیش از فرا رسیدن سررسید، وجه به دارنده پرداخت شود. این توافق به حقوق اشخاص ثالثی ضرر وارد می‌کند که دارنده قانونی و واقعی بودند، امابه جهت گم شدن سند و یا خارج شدن سند به طور غیرقانونی از دست آنها، نسبت به مراجعه به محال علیه قادر نیستند. در نتیجه توافق دارنده‌ی ظاهری و غیرقانونی با محال علیه، پیش از فرا رسیدن سررسید، نوعی تردید در صحت اقدام آنان و بیم تبانی وجود خواهد داشت. بدین دلیل ماده‌ی ۲۵۶ ق.ت. تاکید دارد وجه برات در سروعه تادیه گردد و در صورت نقض این حکم پرداخت کننده پیش از موعد در مقابل اشخاصی که نسبت به وجه برات حقی دارند مسئول است. برعکس پرداخت در سروعه در فرض آنکه خطا و تقلبی از سوی برات



گیر مشاهده نگردد سبب برائت ذمه ی وی در برابر هر مدعی بعدی خواهد شد. چون برات گیر به وظیفه ی قانونی خویش اقدام ورزید (ستوده، ۱۳۷۴: ۷۲؛ اسکینی، ۱۳۸۷: ۱۲۳). مشابه این حکم در ماده ی ۱۴۰ کنوانسیون ژنو راجع به برات و سفته پیش‌بینی گردید. صدر این ماده اشعار می‌دارد: «دارنده ی برات را نمی‌توان به دریافت پیش از موعد مبلغ برات اجبار نمود. اگر برات گیر قبل از سررسید وجه برات را پرداخت کند مسئولیت خواهد داشت.»

**فرض دوم:** راجع به توافقی است که به موجب آن دارنده با اعطاء مهلت به برات گیر اعلام رضایت می‌نماید و عملاً زمان سررسید با تاخیر و تغییر مواجه می‌گردد. تالی فاسد این تراضی بر حقوق برات کش، ظهرنویسان و ضامنان آشکار می‌گردد. هنگامی که صادرکننده وجه سند را به محال علیه رسانیده است وضعیت وی از این حیث مشابه ظهرنویسان و ضامنان خواهد بود که وی نیز مسئول تادیه وجه است و مدیون واقعی برات، قبول کننده‌ای که محل وجه نزد او تامین شده است، می‌باشد. این مسئولان تنها در انتظار تادیه وجه سند و خاتمه بخشیدن به نگرانی های ناشی از عدم پرداخت وجه و آثار اعمال نکول از قبیل مفاد ماده ی ۲۳۷ ق.ت. می‌باشند.

مهمتر از همه آنکه اگر در فاصله ی بین سررسید تا مهلت تمدید شده و موخر، برات گیر ورشکسته گردد قطعاً عواقب وخیم ورشکستگی دامن گیر سایر مسئولان برات هم خواهد شد. از این رو، تراضی بین دارنده با برات گیر قبول کننده در صورتی که با موافقت ظهرنویسان و صادرکننده به عمل آید، می‌تواند معتبر باشد و در غیر این صورت حق رجوع دارنده به صادرکننده و ظهرنویسان ساقط می‌گردد. ماده ی ۲۵۷ ق.ت اشعار می‌دارد «اگر دارنده ی برات به کسی که قبولی نوشته مهلتی برای پرداخت بدهد به ظهرنویسی‌های ماقبل خود و برات دهنده که به مهلت مزبور رضایت نداده‌اند حق رجوع نخواهد داشت». مفاد این ماده باید نسبت به ضامن، ایادی و مسئولان ماقبل توافق نیز قابلیت اعمال داشته باشد و نباید گفت چون مسئولیت ضامن به مسئول دانستن مضمون عنه منوط است، و به ذکر نام ضامن نیازی نیست؛ زیرا در برخی از موارد مسئولیت ضامن به اعتبار اصل استقلال

<sup>1</sup>- Article, 40: "Theholder of abill of exchange cannot be compelled to receive apayment there of before maturity..."

امضاها محقق و پابرجاست ولی مسئولیت مضمون عنه منتفی است. هر چند بخش آخر ماده‌ی ۲۴۹ ق.ت. ایران که مقرر می‌دارد «... ضامنی که ضمانت برات‌دهنده یا محال‌علیه یا ظهرنویس را کرده فقط با کسی مسئولیت تضامنی دارد که از او ضمانت نموده است» به ظاهر این اصل را نسبت به ضامن نپذیرفت؛ اما موبد این امر مفاد ماده ۳۲ مقررات کنوانسیون ژنو ۱۹۳۰ می‌باشد. این ماده اشعار می‌دارد «... مسئولیت ضامن همواره اعتبار دارد ولو تعهدی را که او تضمین نموده است به هر دلیل به غیر از ایراد مربوط به شکل ظاهری سند، باطل باشد...» همین حکم در ماده ۲۷ کنوانسیون ژنو ۱۹۳۱ راجع به چک نیز عیناً آمده است.

در خصوص امکان توافق بین دارنده با محال‌علیه برای اعطاء مهلت پس از سررسید مقررات خاصی در کنوانسیون ژنو پیش‌بینی نشد. از سکوت کنوانسیون در ماده‌ی ۴۰ و مخالفت آن با پرداخت پیش از موعد و تاکید بر برائت گیر با پرداخت در سررسید، مبین آن است؛ پرداخت در سررسید الزامی بوده و اجازه‌ی توافق دیگری به دارنده با محال‌علیه به دلیل تعرض به حقوق سایر مسئولان نداده است.

به نظر برخی از نویسندگان چنین توافق و تغییری نسبت به سررسید در کنوانسیون ژنو معتبر نیست و نمی‌توان سررسید را طولانی‌تر نمود. رعایت این امر، الزامی است و صرفاً بین طرفین توافق می‌تواند موثر باشد و نمی‌توان این چنین تغییری را در متن برات پیش‌بینی نمود تا نسبت به سایر اشخاص موثر باشد. چون این شرط حق طرح دعوی دارندگان سند را با تاخیر، مواجه می‌سازد و در کنوانسیون هیچ تصریح و جوازی برای این حق پیش‌بینی نشد (Balogh, 1934: 174). در حقوق امریکا، امکان این توافق بین دارنده و مسولان سند وجود دارد که شرط نماید، در صورت بروز یک واقعه‌ی خاص، وجه سند تجاری به طور یک جا و بدون توجه به تاریخ سررسید آن قابل مطالبه و پرداخت باشد. اعطاء مهلت برای پرداخت وجه سند به موجب بند ب از ماده‌ی ۱۰۸-۳ قانون متحدالشکل تجارت آن کشور به مدت معقول و متعارف برای دارنده پیش‌بینی شد. اما اعمال تمدید مهلت برای صادرکننده و قبول‌کننده، به پیش‌بینی تحقق وقوع یک حادثه یا انجام یک عملی پس از سررسید منوط است (Roger, 1997:457).

در پاسخ به این پرسش که آیا توافقی دارنده و محال علیه نسبت به تغییر سررسید موجب تغییر در وظایف و تکالیف دارنده نیز می‌گردد یا خیر؟ باید گفت:

**اولاً:** اگر پرداخت پیش از موعد واقع گردد و متعاقب آن مدعی جدیدی معترض پرداخت پیش از موعد نگردد، دیگر امکان انجام تشریفات قانونی اعم از واخواست یا طرح دعوی وجود ندارد. زیرا دارنده به حقوق خویش رسیده و هر نوع اقدام دیگر منتفی است.

**ثانیاً:** در مواردی که توافقی دارنده با محال علیه منتهی به تغییر سررسید و تاخیر آن می‌گردد و در نهایت محال علیه نسبت به پرداخت وجه پس از انقضاء مهلت جدید نیز امتناع می‌نماید؛ دارنده به ناچار مکلف به اعتراض و اقامه ی دعوی باشد؛ باید بین دو مورد قائل به تفکیک شد. اگر تراضی برای اعطاء مهلت بدون توافقی صادر کننده و ظهرنویسان بود، در این صورت به موجب ماده ۲۵۷ ق.ت. دارنده از اساس حق مطالبه ی خویش را به مسئولان اخیر از دست داده و در برابر آنان رعایت تشریفات قانونی در موعد مقرر فاقد موضوعیت است. ولی در مواردی که تراضی برای اعطاء مهلت با توافقی صادر کننده و ظهرنویسان باشد، طبیعی است از آثار این تراضی در اعطاء مهلت، تغییر سررسید و مطالبه ی وجه با تاخیر از سررسید واقعی و عملاً در زمان مقرر جدید می‌باشد. در این صورت اگر در آن تاریخ محال علیه نسبت به پرداخت اقدام نکند، کلیه ی وظایف دارنده باقی بوده و صرفاً زمان انجام آن تغییر یافت. بنابراین تاریخ مقرر جدید مبدأ آغاز انجام تشریفات تلفی می‌گردد و نمی‌توان این ایراد را مطرح نمود؛ چون واخواست یا اقامه ی دعوی به ترتیب در برات و سفته ظرف یکسال و ۱۰ روز و در چک ظرف ۱۵ روز (گواهی عدم پرداخت) و اقامه ی دعوی ظرف یکسال به عمل نیامده است دارنده حق رجوع به ظهرنویسان و صادر کننده را از دست خواهد داد. بنابراین تاریخ مورد توافقی نسبت به طرف های توافقی قابل اعمال است. اما حق رجوع دارنده به محال علیه نیز به دلیل وجود رابطه ی طرفینی، توافقات جدید حاصله و همچنین تامین محل در برات و چک نزد محال علیه، از سوی صادر کننده و عدم امکان استیفاء بدون جهت وفق مفاد ماده ۳۱۹ ق.ت. همیشه محفوظ و مصون از ایراد است. به رغم توافقی دارنده با محال علیه در تاخیر سررسید،

باید وظایف قانونی دارنده در تاریخ توافق شده و جدید به عمل آید. در نظریه‌ی مشورتی اداره‌ی حقوقی قوه‌ی قضائیه به شماره‌ی ۷/۴۰۷ مورخ ۱۳۷۵/۱/۲۲، راجع به تغییر سررسید سفته آمده است: «با توجه به اینکه قانون تجارت صریحاً یا ضمناً مخالفتی نسبت به تمدید تاریخ سررسید نشده است و در مواد ۳۰۷، ۳۰۸، ۲۵۷ آن قانون هم به طور ضمنی تمدید مهلت سررسید پذیرفته شد از این رو، با توجه به ماده‌ی ۱۰ ق.م. تمدید مهلت سررسید مقیده در آن به وعده‌ی دیگری که مورد توافق طرفین قرار گیرد بدون اشکال است و در این صورت تاریخ مندرج در ظهر سفته ملاک عمل برای واخواست و سایر اقدامات قانونی خواهد بود؛ ولی در صورتی که این کار بدون اطلاع ظهرنویسان صورت گرفته باشد، به ظهرنویس‌ها ارتباطی نخواهد داشت و مسئولیت تضامنی ظهرنویسان به صراحت ماده‌ی ۲۵۷ ق.ت. منتفی خواهد شد (ساسان نژاد، ۱۳۸۵: ۳۰۰). در پیش‌نویس لایحه‌ی جدید قانون تجارت در ماده‌ی ۷۴۲ عیناً مفاد ماده‌ی ۲۵۷ ق.ت. فعلی رعایت و عبارت «ضامان» را نیز در کنار نام برات دهنده و ظهرنویسان ذکر شد. از این رو، دارنده به هیچ یک از مسئولان اخیر، در صورت مخالفت آنان با اعطاء مهلت به محال علیه حق رجوع نخواهد داشت.

#### ۴-۲. توافق نسبت به رجوع دارنده بدون انجام واخواست (مراجعه، بدون هزینه)

دارنده‌ی سند تجاری در مواردی که سند تجاری حسب مورد با نکول یا عدم تادیه از سوی محال علیه مواجه گردید، مکلف به رعایت تکالیفی مندرج در ماده‌ی ۲۳۶ (اعتراض نکول)، ماده‌ی ۲۸۴ (ارسال اطلاع نامه)، ماده‌ی ۲۸۰ (اعتراض عدم تادیه) و نیز ماده‌ی ۲۸۶ قانون تجارت (اقامه‌ی دعوی ظرف یکسال) است. اهمیت این تکالیف به ویژه اعتراض عدم تادیه به حدی است که ماده‌ی ۲۸۲، ۲۸۳ ق.ت. فوت و ورشکستگی محال علیه و نیز اعتراض نکول انجام شده را جایگزین اعتراض عدم تادیه نمی‌داند و دارنده با تحقق هر یک از این موارد اخیرالذکر نیز مکلف به انجام اعتراض عدم تادیه می‌باشد. ماده‌ی ۲۹۵ ق.ت. مقرر می‌دارد «هیچ نوشته‌ای نمی‌تواند از طرف دارنده برات جای‌گیر اعتراض نامه شود...» حال آیا امکان تراضی بین دارنده با صادرکننده و یا

ظهورنویس ها وجود دارد تا توافق نمایند؛ در صورت عدم تادیه وجه از سوی محال علیه دارنده بی آنکه به واخواست مبادرت نماید و متقبل هزینه آن گردد، به مسئولان برات مراجعه و وجه را از آنان مطالبه نماید؟! فایده ی درج چنین شرطی برای مسئولان برات آن است؛ در صورت عدم شرط وفق مفاد مواد ۲۳۷، ۲۹۸، ۳۰۰ ق.ت. پرداخت هزینه ی واخواست به همراه اصل وجه مندرج در سند بر عهده ی آنان خواهد بود. بنابراین اگر وفق مفاد مواد پیش گفته انجام تشریفات واخواست الزامی و از جنبه ی آمرانه برخوردار باشد؛ در نتیجه عدم رعایت آن سبب اسقاط حقوق دارنده، مذکور در مواد ۲۳۷، ۲۹۲، ۲۴۹... ق.ت. خواهد شد و بالطبع تغییر در وظایف دارنده براساس تراضی فی مابین دارنده با مسئولان سند امکان پذیر نیست. برعکس اگر قائل بر غیرآمرانه بودن تکالیف راجع به واخواست باشیم در آن صورت توافق دارنده با مسئولان سند تجاری معتبر تلقی و علیرغم عدم واخواست سایر حقوق او محفوظ و قابل اعمال است. به جهت سکوت مقنن عده ای بر آن عقیده می باشند، برخلاف ماده ی ۱۵۰ قانون تجارت فرانسه که صریحاً قید شرط بازگشت بدون هزینه و معافیت از اعتراض نکول و عدم تادیه امکان پذیر است، در حقوق ایران مقررات به اعتراض آمره مربوط است و به دلیل عدم تجویز مقنن شرط خلاف مقررات اعتراض، پذیرفته نیست (اسکینی، ۱۳۸۷: ۱۳۳؛ پروین، ۱۳۸۱: ۱۱۹). به عقیده ی نویسندگان دیگر دارنده ی سند در فرض عدم پرداخت موظف به واخواست است و چندان قائل بر اعتبار تراضی طرفین نمی باشد (فخاری، ۱۳۸۷: ۱۶۷). به عقیده ی عده ای این امر جزء شرایط اختیاری برات محسوب و منعی برای آن وجود ندارد (اخلاقی، ۱۳۷۳: ۹۸ و ۱۶۴).

در این خصوص دو دیدگاه متفاوت از هم وجود دارد. اصولاً براساس مقررات قانون تجارت دارنده ی سند تجاری تکالیفی بر عهده دارد تا با رعایت آنها به اقامه ی دعوی وفق ماده ۲۴۹ ق.ت. علیه مسئولان برات قادر باشد. پس اقامه ی دعوی و برخورداری از امتیازات دیگر قانون تجارت، مانند تامین خواسته مذکور در ماده ی ۲۹۲، حال شدن دین پس از نکول سند مذکور در ماده ی ۲۳۷، اجرای مسئولیت تضامنی علیه مسئولان پرداخت برات مندرج در ماده ی ۲۴۹، به واخواست منوط می باشد. بدین معنی بهره مندی از حمایت قانونی مستلزم رعایت تکالیف و تشریفات قانونی

نیز خواهد بود. به ویژه آنکه مقدمه انجام واخواست، پرداخت هزینه‌ی قانونی آن در وجه دولت می‌باشد و از این حیث نوعی درآمد برای دولت محسوب می‌گردد. حال چگونگی ممکن است با تراضی طرفین توانست با مقررات مالی و اقتصادی دولت مقابله نمود؟<sup>۱</sup> بر این اساس عده‌ای این شرط را مخالف قاعده امری می‌دانند (صفری، ۱۳۸۷: ۶۳).

نقطه مقابل این استدلال اعتبار شرط عدم واخواست توسط طرفین وفق ماده‌ی ۱۰ قانون مدنی و فحوای ماده‌ی ۲۷۸ ق.ت. است که امکان توافق بین دارنده و مسئولان برات را در این زمینه می‌توان هموار ساخت. زیرا در مواردی که مسئولان پرداخت سند تجاری با درج شرط معافیت از واخواست خود خواستار سلب این تکلیف از عهده‌ی دارنده گردند، چرا باید همچنان اصرار به اعمال آن، به منظور تامین درآمد دولت از طریق انجام واخواست نمود؟! رای وحدت رویه‌ی شماره ۵۳۶ مورخ ۱۳۶۹/۷/۱۰ هیات عمومی دیوان عالی کشور<sup>۲</sup>، صدور گواهی عدم پرداخت از سوی بانک، دایر بر عدم تادیه وجه چک را به منزله‌ی جایگزین واخواست تلقی نموده است (معاونت آموزش قوه‌ی قضاییه، ۱۳۸۷، ص ۷۷۲). از آنجائی که بانک برای صدور این گواهی وفق ماده‌ی ۴ قانون صدور چک ۱۳۸۲ وجهی را به عنوان مالیات صدور، دریافت نمی‌نماید هم چنان که اساساً صدور دسته چک از سوی بانکها نیز مستلزم پرداخت مالیات قابل توجهی برخلاف صدور برات و سفته نمی‌باشد؛<sup>۳</sup> آیا در این موارد رای وحدت رویه موصوف که دارنده‌ی چک با اخذ گواهی عدم پرداخت بی‌نیاز از واخواست خواهد بود، و یا اقدامات بانک در صدور دسته چک با مبلغ بسیار

<sup>۱</sup> - به موجب بند ب ماده ۱ آئین‌نامه درآمد صندوق ب اداره تصفیه‌ی امور ورشکستگی و قسمت ثانیاً از بند ۶ تبصره‌ی ۱۷ قانون برنامه اول توسعه‌ی اقتصادی و اجتماعی جمهوری اسلامی ایران، هزینه‌ی واخواست به میزان ۲۰ در هزار است.

<sup>۲</sup> - برای ملاحظه‌ی مفاد کامل رای رجوع کنید به روزنامه‌ی رسمی شماره‌ی ۱۳۳۳۱ مورخ ۱۳۶۹/۹/۱۵

<sup>۳</sup> - ماده‌ی ۴۴ قانون مالیات‌های مستقیم مصوب ۱۳۸۰ در خصوص حق تمبر چک مقرر می‌دارد «از هر برگ چک که از طرف بانک‌ها چاپ می‌شود در موقع چاپ دوپست ریال حق تمبر اخذ می‌گردد.» ماده‌ی ۴۵ همان قانون نیز در خصوص حق تمبر برات و سفته اشعار می‌دارد «از اوراق مشروحه زیر نسبت به مبلغ آنها معادل سه در هزار حق تمبر اخذ می‌شود: برات، فته‌طلب (سفته) و نظایر آنها.»

نازل با اصول اقتصادی و قواعد آمره ی دولت مغایر نیست؟ اگر عقیده ی برخی از نویسندگان را صحیح دانسته و هدف از تنظیم وخواست را تسجیل دلیل مطالبه ی وجه سند از محال علیه تلقی نمائیم (فخاری، ۱۳۸۷: ۱۶۳؛ رضایی، ۱۳۹۰: ۱۰۱ و ۱۰۰). در آن صورت باید هم نظر با نویسندگانی شد که شرط مراجعه دارنده بدون وخواست را پس از ارائه و عدم تادیه یا عدم قبول از سوی محال علیه، وفق ماده ی ۱۰ ق.م.معتبر تلقی نمود و دعوی دارنده علیه مسئولان سند تجاری را بدون وخواست هم مسموع دانست و اسقاط تکالیف قانونی دارنده را در این مورد جزء مقررات آمره تلقی نمود (ستوده، ۱۳۷۴: ۳۴؛ کاویانی، ۱۳۸۳: ۱۸۳؛ عرفانی، ۱۳۸۶: ۳۱). درج چنین شرطی کمتر به ضرر سایر مسولین است و نباید تردیدی در تسری این شرط به سایر مسئولان، روا داشت. چون از هزینه ی آنها کاسته می گردد و امتیازی برای آنان محسوب می شود.

در برخی از نظام های حقوقی همانند ایتالیا و برزیل درج شروط این چنین (مراجعه بدون وخواست) در برابر اشخاص ثالث معتبر نبوده است و اثر آن شرط، که به شکل یک توافق تنظیم گردید، محدود به طرفین همان توافق خواهد بود (Olivera, 1945:126). اما در حقوق فرانسه اسقاط حق اعتراض و مراجعه بدون انجام این تشریفات از قرن نوزدهم مشروعیت یافته و از سال ۱۸۳۴ با پذیرش چنین شرطی از سوی دادگاهها بدان مشروعیت بخشیده و به این عرف غالب تجاری توجه شده است (Olivera, 1945:116). به هر حال در زمان تصویب کنوانسیون ژنو ۱۹۳۰ پر تغال، اولین کشوری بود که از پیش بینی امکان شرط مراجعه دارنده بدون انجام اعتراض در متن کنوانسیون استقبال و حمایت نمودند (Olivera, 1945:129) در حقوق آمریکا نیز پذیرفته شد که در اثر توافق طرفین تکلیف دارنده برای اعتراض در موارد عدم پرداخت وجه ساقط گردد و دارنده بی نیاز از انجام این تکلیف شود. این توافق می تواند به طور ضمنی یا صریح و نیز قبل یا بعد از سر رسید واقع شود (Dawson, 1975:825). همچنین در ماده ی ۴۶ کنوانسیون ژنو ۱۹۳۰ راجع به برات و سفته، و ماده ۴۳<sup>۱</sup> کنوانسیون ۱۹۳۱ ژنو راجع به چک به مسئولان پرداخت سند اعم از صادر کننده،

<sup>1</sup>- Article 48: "The drawer an endorser or a person Guaranteeing payment by aval cavalseury may by the stipulation "retour sans" "sans brotet" or any other equivalent expression written

ظهنویسان و ضامن اجازه‌ی تراضی و درج شرط در سند مبنی بر بازگشت بدون مخارج و بدون اعتراض را داده است تا در نتیجه آن دارنده از تنظیم اعتراض نامه برای اعمال حق رجوع معاف گردد. بنابراین باید گفت:

اولاً: این شرط دارنده را از وظیفه ارائه‌ی چک ظرف مدت مقرر و همچنین ارسال اطلاع نامه معاف نمی‌کند.

ثانیاً: اثر درج آن شرط توسط صادر کننده، متوجه تمام امضاکنندگان بعدی است ولی درج شرط مذکور توسط ظهنویس یا ضامن صرفاً در حق خودش موثر است.

ثالثاً: اگر دارنده‌ی سند تجاری با وجود شرط اقدام به واخواست نماید هزینه‌های انجام شده بر عهده‌ی وی می‌باشد و مسئولان سند، نسبت به پرداخت آن تعهدی ندارند.

### نتیجه‌گیری

اساساً اصل حاکمیت اراده ایجاب می‌نماید تا اشخاص با تراضی، اعمال حقوقی موردنظر خویش را بدست آورند. اما اشخاص مکلف به رعایت حقوق دیگران و قوانین آمره اند در توافق شان می‌باشند. در قلمروی اسناد تجاری نیز طرفین سند تجاری مخیر هستند نسبت به تغییر تکالیف دارنده تراضی نمایند؛ به شرط آنکه این توافقات مغایر با قواعد آمره و یا به ضرر صاحبان حقوق مسلم نباشد. برخی از این تغییرات در حقوق ایران به روشنی پیش‌بینی نشد، اما آن موارد در کنوانسیون ژنو ۱۹۳۰ راجع به برات و سفته و نیز ۱۹۳۱، راجع به چک دارای راهکار مناسب است. در حقوق ایران توافق بین دارنده و مسئولان پرداخت نسبت به چگونگی اخذ قبولی در برات به رویت و به وعده از رویت و تغییر در جهت کاهش مدت آن به دلیل عدم تعارض آن با قواعد آمره و جواز حاصله از مواد ۲۷۴، ۲۷۵، ۲۷۶ ق.ت بلامانع می‌باشد. ولی اعطاء مهلت برای بیش از یکسال طبق ماده ۲۷۴ ق.ت مغایر با حقوق دیگر مسئولان پرداخت که در تراضی دخالت نداشتند به ویژه طولانی شدن دوره مسئولیت آنان می‌باشد. در مواردی که اخذ قبولی در برات ضروریست مانند

---

on the instrument and signed, release holder from having a protest of non acceptance or non payment drawnup in order to exercise his right of recourse ..."



برات به وعده از رویت، امکان توافقی برای اسقاط تکلیف، مراجعه جهت اخذ قبولی به جهت آثار نامناسب آن معتبر بنظر نیست. زیرا اخذ قبولی به منزله ی مطالبه ی وجوه از محال علیه تلقی و از ارکان تکالیف دارنده برای وصول وجه سند به حساب می آید. ماده ی ۲۳ کنوانسیون ژنو ۱۹۳۰ اجازه ی کاهش یا افزایش مدت اخذ قبولی برات را برای صادرکننده پیش بینی نمود ولی اجازه ی افزایش مدت را از ظهرنویسان سلب نمود و در برات به وعده از رویت و براتی که نزد ثالث یا غیر اقامتگاه برات گیر قابل پرداخت است، شرط معافیت از قبولی ممکن نیست.

از حیث الزام دارنده برای مراجعه به شخص ثالث در فرض نکول محال علیه، علیرغم ایجاد محدودیتی برای اعمال حقوق دارنده و منع استفاده مستقیم از امتیازات ماده ی ۲۳۷، وفق مفاد ماده ۲۳۹ و ۲۴۰ ق.ت و ماده ی ۵۶ کنوانسیون چنین توافقی معتبر تلقی و نقض آن شرط از سوی دارنده ی سند، مانع از برخورداری او از امتیازات نکول در برابر مسئولان پرداخت می گردد. همچنین تراضی برای تغییر سررسید اعم از پرداخت پیش از موعد و یا اعطاء مهلت علیرغم فرا رسیدن سررسید، از این جهت که یا با حقوق اشخاص ثالث، که می توانند دارنده ی قانونی و واقعی بوده؛ اما سند از کف آنها خارج گردید و یا آنکه سبب طولانی شدن دوره ی مسئولیت مسئولان پرداخت می گردد، بدون اعلام رضایت دیگر مسئولان پرداخت و به صرف تراضی بین دارنده و یکی از مسئولان پرداخت، به استناد ماده ۲۵۶، ۲۵۷ ق.ت و ماده ی ۴۰ کنوانسیون نافذ نیست. نهایتاً در خصوص توافقی بر مراجعه بدون هزینه یا واخواست بین دارنده و مسئولان برات، علیرغم آنکه به ظاهر واخواست وفق ماده ی ۲۹۵ ق.ت جزء وظایف و تکالیف امری دارنده تلقی می گردد و عدم رعایت آن مانع از برخورداری دارنده از حقوق و امتیازات سند تجاری اعم از تامین خواسته، مطالبه ی ضامن و حق طرح دعوی به نحو تضامنی علیه مسئولان می باشد؛ اما توافقی بر اسقاط تکلیف موصوف از یکسو به نفع مسئولان سند تجاری محسوب می گردد، چرا که آنان معاف از پرداخت هزینه ی اضافی علاوه بر اصل وجه می گردند و از سوی دیگر این تکلیف آمره محسوب نمی شود تا رعایت آن الزامی باشد. هم چنان که رای وحدت رویه ی ۵۳۶ مورخ ۶۹/۷/۱۰ گواهی عدم پرداخت صادره از سوی بانک را جایگزین واخواست برای چک قرار داده و آن را معتبر دانست.

ماده‌ی ۴۶ کنوانسیون ژنو نیز موید این نگرش می‌باشد. بنابراین اساساً تراضی بین دارنده و هر یک از مسئولان پرداخت راجع به تغییر تکالیف از یکسو در روابط طرفینی آنان می‌تواند معتبر تلقی شود و از سوی دیگر با مداخله یا موافقت سایر مسئولان پرداخت نسبت به قبول آثار تراضی واقع شده، تردیدی در نفوذ و اجرای آن شرط، علیه آنان وجود ندارد. اصولاً مقررات حاکم بر وظایف و تکالیف دارنده رامی‌توان غیرآمره دانست مگر آنکه تعارض آن تراضی با قواعد آمره و یا حقوق مسلم اشخاص محرز و مسلم باشد.

## منابع و ماخذ

### الف: فارسی

۱. اسکینی، ربیعا (۱۳۸۷)، **برات، سفته، چک**، چاپ اول، تهران، سمت.
۲. اسکینی، ربیعا (۱۳۷۳)، **حقوق تجارت تطبیقی**، چاپ اول، تهران، مجد.
۳. احمد السنهوری، عبدالرزاق (۱۳۸۲)، الوسیط. جلد اول، ترجمه دانش کیا، محمد حسین، دادمرزی سید مهدی، چاپ اول، قم، دانشگاه قم.
۴. اخلاقی، بهروز (۱۳۷۳)، **حقوق تجارت ۳**. انتشارات دانشکده حقوق دانشگاه تهران.
۵. بهرامی احمدی حمید (۱۳۸۶)، **کلیات عقود قراردادها**، چاپ دوم، تهران، میزان.
۶. پروین، فرهاد (۱۳۸)، تعارض قوانین در اسناد تجاری بین المللی، پژوهش حقوق عمومی، شماره ۷، صص ۹۱-۱۲۴.
۷. جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۸۸)، **دایره المعارف مدنی و تجارت**. چاپ اول، تهران، گنج دانش.
۸. جعفری لنگرودی محمد جعفر (۱۳۸۷)، **تاثیر اراده در حقوق مدنی ایران**، چاپ دوم، تهران، گنج دانش.
۹. رضایی، مهدی، (۱۳۹۰)، حقوق و تکالیف دارنده چک در حقوق ایران و کنوانسیون ژنو، ماهنامه کانون، شماره ۱۲۱، صص ۸۱-۱۱۵.
۱۰. رفیعی مقدم علی (۱۳۹۰)، **اصل رضایی بودن اعمال حقوقی**. چاپ اول، تهران، دانشگاه امام صادق.
۱۱. دمیرچیلی، محمد؛ قرایی، محسن؛ حاتمی، علی (۱۳۸۷)، قانون تجارت در نظم کنونی، چاپ اول، تهران، انتشارات میثاق عدالت.
۱۲. راستین منصور (۱۳۵۱)، **حقوق بازرگانی**، چاپ دوم، تهران، انتشارات دانشگاه تهران.
۱۳. ساسان نژاد، امیر هوشنگ (۱۳۸۵)، **چک**، چاپ یازدهم، تهران، فردوسی.

۱۴. ستوده، حسن (۱۳۷۴)، *حقوق تجارت*. جلد سوم، چاپ اول، تهران، دادگستر.
۱۵. ستوده، حسن (۱۳۸۸)، *حقوق تجارت*، جلد اول، چاپ بیستم، تهران، دادگستر.
۱۶. شهیدی، مهدی (۱۳۷۷)، *تشکیل قراردادها*. چاپ اول، تهران، حقوقدانان.
۱۷. صفایی، حسین (۱۳۸۷)، *حقوق مدنی*. جلد دوم، چاپ ششم، تهران، میزان.
۱۸. صقری، محمد (۱۳۸۷)، *حقوق بازرگانی*، چاپ سوم، تهران، سهامی انتشار.
۱۹. عرفانی، محمود (۱۳۸۶)، *حقوق تجارت به زبان ساده*، چاپ هشتم، تهران، میزان.
۲۰. فخاری، امیرحسین (۱۳۸۷)، *حقوق تجارت*، چاپ اول، تهران، مجد.
۲۱. قاسم‌زاده، مرتضی (۱۳۸۸)، *اصول قراردادها* چاپ سیزدهم، تهران، دادگستر.
۲۲. قنواتی، جلیل، وحدتی شبیری، سید حسن، عبدی پور ابراهیم (۱۳۷۹)، *حقوق قراردادها در فقه امامیه*، چاپ اول، تهران، سمت.
۲۳. کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۲)، *قواعد عمومی قراردادها*، جلد اول، چاپ دوم، تهران، بهنشر.
۲۴. کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۰)، *ایقاع*، چاپ اول، تهران، نشر یلدا.
۲۵. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۷)، *محدودیت آزادی قراردادی بر مبنای حمایت از مصرف‌کننده*، فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق، دانشگاه تهران، دوره، ۳۸، شماره ۳، صص ۳۲۷-۳۴۲.
۲۶. کاویانی کورش (۱۳۸۳)، *حقوق اسناد تجارتي*، چاپ اول، تهران، نشر میزان.
۲۷. معاونت آموزش قوه قضائیه (۱۳۸۷)، *مجموعه نشست‌های قضایی مسایل قانون مدنی*، چاپ اول، تهران، نشر جاودانه.

### ب: لاتین

28. Balogh, Elemer (1934), *Critical Remarks on the law of Bill of Exchange of the Geneva convention*, available at <http://heinonline.org>. citation: 9 Tu.L.Rev.165.
29. Dobson, Paul (1997), *Charlesworths Business Law*, sixteenth edition, London sweet and Maxwell.

30. Dawson townes, L, and Mounce Earl. W. (1975), *Business law Text and cases*, Tnird edition, Toronto, D.C.Heatn. and compan.
31. Madueghuna, samuelo (1995), *the origins of Bills of exchang in International trade Revisited*, available at [http:// heinonline.org](http://heinonline.org). citation: 7 Afr.J.intl 8, com P.L.886.
32. Olivera yBoryes, Raul (1945), *waiver of protest*, available, [http:// www.jstor.org/stable/ 1283430](http://www.jstor.org/stable/1283430), P.P. 113-148.
33. Roger LeRoy Miller (1997), *Business Law Today*, Fourth edition, NewYork, west Publishing company.



## مقایسه‌ی سیستم مقطوع پرداخت خسارات و سیستم پرداخت تدریجی در ضرر بدنی با مطالعه‌ی تطبیقی (در نظام های حقوقی ایران، ایالات متحده‌ی آمریکا و انگلستان)

فاطمه سادات حسینی<sup>۱</sup>

حسن بادینی<sup>۲</sup>

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۰۲/۰۸

تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۰۶/۰۶

### چکیده:

خسارت های بدنی به دلیل ارتباط با جسم و جان و روان انسان ها از جمله مهم ترین مباحث حقوق خسارات محسوب می شود. از میان مسائل مطرح شده در این موضوع، بحث راجع به ارزیابی کاربردی تر بوده و پرسش های متعددی را ایجاد می کند. ساز و کار تعیین و پرداخت خسارت مرحله ی دوم امر ارزیابی است. در مرحله ی اول قاضی رسیدگی کننده، بر اساس روش ها و معیار های موجود در نظام قضایی به ارزیابی خسارت اقدام می کند. سپس باید مشخص کند رقم غرامت چگونه پرداخت شود. در مورد خسارت های آینده سیستم پرداخت در تقویم رقم مناسب نیز موثر است، چنان که در پرداخت های یک باره رقم بزرگتری معین می شود. سیستم تعیین مقطوع خسارت و پرداخت به شکل یکجا قدمتی طولانی در نظام حقوقی کامن لا دارد و البته در خصوص خسارات آینده، بر حدس و گمان مبتنی است. انتقادات وارد بر این سیستم به پیشنهاد تعیین یا پرداخت های ساختاری و دوره ای منجر شد. سیستم پرداخت دوره ای بیشتر در خسارت های آینده مربوط به صدمات بسیار شدید استفاده می شود و به دلیل انعطاف پذیری بیشتری که نسبت به انواع خسارات آینده دارد برای این قبیل صدمات مناسب تر است. ابتکار عمل در این حوزه در حقوق ایالات متحده به وجود آمد و برای مثال در خسارت های پزشکی مورد استقبال قرار گرفت. دیه که در نظام

---

<sup>۱</sup> (نویسنده مسئول) دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه تهران، تهران، ایران.

hosseini.fatemesadat@yahoo.com

<sup>۲</sup> دانشیار گروه حقوق خصوصی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، تهران، ایران.

حقوقی ما برای صدمات بدنی استفاده می‌شود، سیستمی مقطوع است و همچون آنچه در حقوق کامن لا گفته شد اغلب یکجا پرداخت می‌شود یا حداقل تدریجی نیست. در صورت پذیرش جبران خسارات مازاد بر دیه برای پرداخت این خسارات در صدمات جدی می‌توان از پرداخت تدریجی یا سیستم بازبینی استفاده کرد. به نظر می‌رسد نظام‌های حقوقی می‌توانند از مجموعه این روش‌ها در محل مناسب استفاده کنند. در این نوشتار سیستم‌های مذکور در نظام‌های حقوقی آمریکا، انگلستان و ایران مورد مطالعه‌ی تطبیقی قرار گرفته‌اند.

**واژگان کلیدی:** پرداخت تدریجی، پرداخت ساختاری، پرداخت یکجایی، خسارات بدنی، دیه،

سیستم مقطوع خسارات



**مقدمه:**

از دشوارهای ارزیابی خسارت‌های بدنی، تعیین ساز و کار محاسبه‌ی این زیان‌ها و نحوه‌ی پرداخت خسارت است. زمانی که قاضی یا هیات منصفه امر ارزیابی خسارت‌های بدنی را آغاز می‌کنند، متناسب با نظام حقوقی حاکم روشی را در ارزیابی خسارت‌های مالی و غیر مالی اتخاذ می‌کنند (Lewis, 2003: 491) و بر اساس معیارهای متعارف و شخصی (Corso, 2006: 216) و بعضاً مطابق با فرمول‌های موجود (Nieswiadomy, 1988: 3) خسارت را تخمین می‌زنند. روش پرداخت خسارت می‌تواند به شکلی یکجا و یک باره یا به صورت تدریجی یا دوره‌ای انجام شود. سوال اساسی آن است که آیا تعیین و پرداخت خسارات باید با رقمی مقطوع و به شکل یکجا مشخص و پرداخت شود یا شیوه‌ی تدریجی نیز مناسب است؟ پاسخ به این سوال به خصوص در مورد خسارت‌های شدید در نفس ارزیابی و میزان تخمین خسارت تاثیر گذار است. پاسخ به مواردی از قبیل اینکه چه عواملی در انتخاب سیستم پرداخت می‌تواند موثر باشد، آیا راهکارهای واحدی برای انواع متفاوت خسارات باید در نظر گرفت، سخت‌گیری برای زیان‌های احتمالی آینده به چه صورت باید باشد و بحث مالیات و رقم آن چگونه تعیین شود؟ بخشی از دشواری‌های این مساله است.

از لحاظ تاریخی، غرامتی که به واسطه‌ی ورود صدمه‌ی بدنی توسط دادگاه‌ها تعیین می‌شد، در اکثر نظام‌های حقوقی و به خصوص در کامن‌لا به شکل مبلغی یکجا بود، مبلغی که به شکل یکجا توسط خواننده به خواهان پرداخت می‌شد و جبران خسارت، امروزه دنباله‌رو همین شکل غرامت در مسئولیت مدنی است. در انواع خسارت‌ها و از جمله خسارت‌های بدنی، جبران خسارت خواهان موضوع غیر قابل تغییر بوده و سایر اهداف مثل بازدارندگی اهدافی فرعی هستند. (Tilbury, 1989: 260)

در حقوق انگلستان و به خصوص آمریکا در تلاش برای حل مشکلات ناشی از به کارگیری سیستم مقطوع خسارات، شیوه‌ی پرداخت تدریجی مطرح شد. اگر هدف اصلی از پرداخت خسارت را بازگرداندن زیان دیده در حد امکان به وضعیت سابق بدانیم، مناسب‌ترین راه برای قرار دادن او

در وضعیت قبل از وقوع خسارت، قرار دادن مستمری برای کسب درآمد و جبران خسارت است.

(Mc Gregor, 1983: 207)

آشکارترین منفعت جواز اعمال سیستم پرداخت هایی به شکل دوره ای آن است که مبلغ نهایی با زیان حقیقی خواهان انطباق بیشتری نسبت به سیستم پرداخت مقطوع دارد. (Harper, 1956, 1304) سیستم پرداخت یکجا، علاوه بر دشواری ارزیابی خسارات آینده در مورد صدمات شدید، در مواردی به نفع خواهان هم نیست. (Conard, 1964:33)

در نظام حقوقی اسلامی و به تبع آن در قانون مجازات ایران دیه در مقابل صدمات بدنی قرار گرفت که رقمی مقطوع بوده و باید یک باره به زیان دیده پرداخت شود. بنابراین یکجا بودن دیه با پرداخت یک باره در حقوق کامن لا مشابه است و تفاوت آنجاست که در نظام های مذکور رقم خسارت توسط قانون گذار معلوم نشده و دادگاه با توجه به معیار های مورد پذیرش ارزیابی می کند و رقم معینی که یک باره پرداخت شود را مشخص می نماید.

به هر حال سیستم پرداخت مقطوع با وجود اشکالاتی که دارد نمی تواند به طور کلی کنار گذاشته شود، حداقل آنکه، این قسم پرداخت برای خسارات رخ داده تا زمان دادرسی مناسب است. سیستم پرداخت به صورت تدریجی می تواند در برخی صدمات خاص که ارزیابی آینده آن دشوار است، مورد استفاده قرار گیرد. در کنار این دو روش و در تلاش برای حل مشکلات اساسی آنها، برخی نظام های جایگزین، از جمله سیستم پرداخت مستمری و سیستم بازبینی خسارات در حقوق انگلیس و آمریکا پیشنهاد شدند. در حقوق ما اگر بحث خسارات زائد بر دیه پذیرفته شود می توان پرداخت های غیر یک باره را نیز در مورد آنها مناسب دانست. در مطالعه ی موضوع مورد بحث در قسمت نخست سیستم مقطوع، در قسمت دوم سیستم تدریجی و در پایان سیستم های پیشنهادی مطالعه می شود. قابل توجه است مبنای مطالعه در این نوشتار بررسی تطبیقی نظام حقوقی آمریکا و انگلیس و مطالعه ی شباهت ها با حقوق کشورمان است.

### الف- سیستم تعیین و پرداخت مقطوع و یک باره (lump sum)

در نظام حقوقی کامن لا، خسارت های ناشی از صدمات بدنی و مرگ نوعاً به شکل مقطوع برآورد شده و مبلغ یک جایی به عنوان غرامت مورد حکم قرار می گیرد. تعیین مبلغ و پرداخت یک بار و برای همیشه اتفاق می افتد و به جز در موارد نادر امکان هیچ کاهش یا افزایش پس از آن وجود ندارد. در اکثر موارد این چنین روشی اگر برای صدمات نسبتاً کوچک اتخاذ شود مشکل خاصی وجود ندارد، چرا که آسیب دیدگان تقریباً به شکلی کامل و حتی اغلب پیش از ارزیابی مورد جبران قرار می گیرند و آنچه در محاسبات می آید، بیشتر راجع به گذشته است. (cane, 2006:130)

برخی حتی در مواردی که زیان ناشی از عمل خواننده در زمان دادرسی کاملاً مشخص نشده بود و به وقایع و احتمالات آینده وابسته بود، باز هم اصرار به ارزیابی یک باره داشتند، حتی اگر برای برخی صدمات موقعیت خواهان در آینده بسیار اهمیت می داشت. (Dufays, 1997: 18)

#### ۱. در انواع خسارات

در موارد زیان های مستمر، مانند خسارت مربوط به درآمد یا مواردی که آسیب دیده نیاز ممتد به بیمارستان دارد یا محتاج هزینه های پزشکی و پرستاری است، در زمان دادرسی در حقیقت باید دودسته پیش بینی در محاسبه در نظر گرفته شود: اول آنکه ضروری است پیش بینی شود اگر زیان دیده دچار صدمه نمیشد، چه اتفاقاتی برایش می افتاد. دوم، ضروری است پیش بینی شود چه اتفاقاتی در آینده برای او رخ خواهد داد. در مورد صدمات شدید همیشه خطر عواقب و عوارض آینده وجود دارد؛ برای مثال، بیماری صرع تقریباً همیشه خطری قابل وقوع در خسارات مغزی است و ورم مفاصل خطری عادی است که در شکستگی های جدی استخوان پیش می آید. این خسارات ممکن است خفیف باشد، اما سیستم پرداخت یکجا باید خطرات را نیز محاسبه کند. این امر به وسیله ی محاسبه مبلغی در ازای خطر و با توجه به شدت آن انجام خواهد شد. (cane, ibid: 130)

وظیفه‌ی پیش‌بینی آینده‌ی کاری بسیار دشوار است و امکان اشتباه حتی در صورت تلاش کامل وجود دارد. اگر پیش‌بینی شود آسیب دیده کاملاً بهبود می‌یابد لیکن این طور نشود، خسارتی که ارزیابی شده کمتر از میزان واقعی خواهد بود و در نتیجه زیان دیده کمتر از مقدار واقعی، خسارت می‌گیرد. در مقابل، اگر خواهان به سرعت بهبود پیدا کند در حالی که پیش‌بینی این طور نبوده است، در واقع بیش از اندازه‌ی واقعی خسارت دریافت کرده، چون در زمان ارزیابی، خسارات بیشتر و طولانی‌تر تصور شده است. (Ison, 1986: 610)

به تاخیر انداختن دادرسی به عنوان راه حل به کار گرفته شده در این مشکل، مسائل خاص خود را ایجاد می‌کند. در واقع، تاخیر در پرداخت و جبران خسارت، یکی از بزرگ‌ترین دلایل نارضایتی از این سیستم است. ضمن اینکه تعویق و تاخیر نمی‌تواند تمام مشکلات را حل کند، مثلاً در موارد بسیاری حتی در صورت یک پیش‌بینی معقول، تاثیر صدمات بدنی که در مدتی طولانی پس از دادرسی بروز می‌کند، متفاوت هستند. حال آنکه ارزیابی بر اساس فروض دیگری صورت گرفته است. (cane, ibid: 132)

## ۲. تغییر پذیری خسارت برآورد شده پس از دادرسی

در موارد نادری ممکن است مبلغ یک جایی که تعیین می‌شود تغییر کند و این به واسطه‌ی بروز تغییرات و ایجاد شرایطی است که پس از دادرسی حادث می‌گردد. این محاسبه، لااقل برای وقایعی که بسیار نزدیک به زمان دادرسی رخ می‌دهند می‌تواند انجام شود. از این، دادگاه‌های تجدیدنظر از پذیرش دلایل جدید امتناع نمی‌کنند. می‌توان گفت دادگاه‌های تجدیدنظر این اختیار را دارند که به مدارک جدید توجه کنند و احتمالاً تغییراتی در مبلغ تعیین شده اعمال کنند. (Trindade, 1999: 544) برای مثال، آن‌گاه که خسارات براساس این فرض تخمین زده شده‌اند که خواهان هم‌چنان به ادامه‌ی شغل پیشین قادر است و در مدتی کوتاه پس از رسیدگی خلاف این امر مشخص گردیده، باید امکان تغییر خسارت وجود داشته باشد. (Murphy v. stone wallwork Ltd, 1969:949)

در انگلستان فقط افزایش مبلغ تعیین شده را اجازه می دهد و کاهش مبلغ مشخص شده توسط دادگاه به هیچ وجه مجاز نیست. این تفاوت برای رعایت قاعده‌ی انصاف است، برای اینکه خواهان به خاطر ترس از کاهش خسارت، از ادامه‌ی دادخواهی خود منصرف نشود. (Ison, ibid: 737)

در نظام حقوقی ما که سیستم مقطوع دیه وجود دارد، در صورتی که در مرحله‌ی تجدید نظر عارضه‌ای پس از تعیین میزان دیه در حکم دادگاه در اثر همان صدمه ایجاد یا ظاهر شود که دیه یا ارزش به آن تعلق می گیرد، دادگاه مذکور می تواند به استناد ماده‌ی ۴۳۴ قانون آیین دادرسی کیفری به دلیل عدم اعتبار دلیل مورد استفاده حکم جدید صادر نماید. در صورت پذیرش لزوم جبران کامل خسارات، به موجب قانون آیین دادرسی مدنی که امکان طرح دلیل جدید در مرحله‌ی تجدید نظر را پذیرفته، (کاشانی، ۱۳۹۰: ۲۳۹) اگر دلایل جدیدی در مورد شدت صدمات در این مرحله کشف شود می تواند در حکم دادگاه اثر گذار باشد. همچنین پس از قطعیت دعوادر صورتی که جبران خسارات افزون بر دیه را بپذیریم در صورت ایجاد جهات جدید امکان مطالبه‌ی خسارت وجود دارد و رسیدگی به این امور منافاتی با اعتبار امر مختوم ندارد. (کاتوزیان، ۱۳۹۲: ۳۱۴)

### ۳. مزایا و معایب سیستم پرداخت یکجای خسارت

این سیستم مزایایی دارد که نمی توان به سادگی از آن گذشت. از جمله مزایای مهم این سیستم قطعیت خسارت است. (Rea, 1920: 133) در حالی که در سیستم پرداخت دوره ای (Periodic payment) ضمن مفتوح ماندن پرونده، آسیب دیدگان از تلاش برای بهبود اوضاع نیز دست می کشند. (Fleming, 1971: 372) در این سیستم به دلیل خاتمه‌ی دعوا، دادگاه از ادامه‌ی بررسی‌ها فراغت می یابد، حال آنکه در صورت ادامه پرونده همچنان سیستم قضایی درگیر است و این از بازدهی اجرایی و اداری می کاهد. (Rea, ibid, 144)

علی رغم این مزایا سیستم مذکور به دلیل برخی معایب مورد انتقاد قرار گرفته است. مهم ترین ایراد آن است که ارزیابی به شکل یکجا دربردارنده‌ی حدس و گمان و امکان اشتباه و بی دقتی در مورد خسارات آینده است. (Macdonald V. Alderson, 1982: 57) مشکل دیگر اندازه‌ی

برآورد است. میزان ارزیابی خسارات در برخی سیستم‌های حقوقی محدود شده است. برای مثال، دادگاه عالی کانادا در مورد خسارات غیرمالی در پرونده‌های خسارات بدنی محدودیت قائل است. (Andrews v. Grand & Toy Alberta Ltd., 1978:83) با این حال، در مواردی که محدودیت وجود ندارد با بزرگی ارقام غرامت تعیین شده مواجه هستیم. بزرگی میزان برآورد خسارات در سیستم تعیین مقطوع خسارات مهم است، چرا که در صدمات شدید دادگاه نگران پیشرفت جراحات و نیاز خواهان به حمایت است، بنابراین میزان خسارت افزایش می‌یابد حال آنکه ممکن است واقعی نباشد. (Jeffrey, 1987: 50)

زمان بین صدمه و برآورد خسارت مسئله‌ای دیگر در تعیین خسارت صدمات بدنی است. در سیستم پرداخت مقطوع، به دلیل تعیین مبلغ یکجا اغلب تاخیر زیادی در دادرسی به وجود می‌آید. این تاخیر به دلیل نیاز به تعلل برای ثبوت صدمات و استقرار وضعیت خواهان به لحاظ پزشکی است، تا تعیین خسارت و غرامت براساس آن صورت گرفته و به واقعیت نزدیک تر باشد. (ibid, 51) چنان که برای مثال در سیستم مقطوع پرداخت دیه در پرونده‌های صدمات شدید و ارجاع امر به کارشناس پزشکی قانونی برای روشن شدن میزان دیه همانند آنچه در حقوق غرب در سیستم مقطوع بیان شد، دادرسی با تاخیر مواجه می‌شود. این تعلل گاهی به دلیل دوره‌ی طول درمانی است که پزشکی قانونی برای روشن شدن وضعیت جسمانی مصدوم در نظر می‌گیرد. البته در صورت تقاضای خواهان، پزشکی قانونی می‌تواند موضوع را به اطلاع دادگاه برساند تا در صورت بروز مشکلات آینده عملکرد کارشناسی پزشکی قانونی با ابهام مواجه نشود. (شیخ‌آزادی، ۱۳۸۷: ۳۱)

این تاخیرها دو جنبه‌ی منفی دارد: یکی آنکه جبران وضعیت زیان دیده را با رکود و سرعت کم دنبال می‌کند. (Bass, 1974:333) نیز ممکن است آنها را ترغیب به جبران خسارت خارج از دادگاه بنماید، چنان که در حقوق آمریکا بسیاری از موارد صدمه بدنی خارج از دادگاه و با توافق طرفین حل و فصل می‌شود. به هر حال به نظر می‌رسد این امر بیشتر به حال خواننده مساعد است. (Jeffrey, ibid:53)

افزون بر این، اغلب زیان دیدگان پس از دریافت مبلغ خسارتی که به شکل یکجا به ایشان داده می‌شود به شکل دلخواه آن را هزینه می‌کنند، در حالی که اعطای مبلغ خسارت به شکل یکجا به منظور جبران خسارات گذشته و آینده است. (ibid) همچنین مسائلی مانند تغییر ارزش پول، قدرت خرید، وضعیت بازار، نامشخص بودن زمانی که صدمه دیده به حمایت نیاز دارد و مواردی از این دست باعث ورود ایرادات به این سیستم است. (Tilbury, ibid: 264)

#### ۴. سیستم مقطوع دیه

دیه مالی است که در شرع مقدس اسلام به خاطر جنایت بر نفس یا کمتر از آن داده می‌شود، خواه مقدارش مقدر باشد یا خیر. (خمینی، ۱۴۰۷، جلد دوم، ۴۹۸) البته در برخی تعاریف میزان غیر مقدر را با ارزش قابل جبران دانسته‌اند. (تیموری، ۱۳۹۱: ۳۹)

در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ به تبعیت از فقه اسلامی، در ماده ۴۴۸ دیه این گونه تعریف شده است: "دیه مقدر مال معینی است که در شرع مقدس به سبب جنایت غیر عمدی بر نفس، عضو یا منفعت، یا جنایت عمدی در مواردی که به هر جهتی قصاص ندارد مقرر شده است." در واقع در نظام حقوقی ایران در خصوص صدمات بدنی با بحث دیه به عنوان سیستمی مقطوع برای جبران خسارت مواجه هستیم. در واقع قاضی در هر مورد با توجه به مقررات موجود در باب دیه و با توجه به نظر پزشکی قانونی رقم غرامت را مشخص می‌کند. مهلت پرداخت دیه در غیر موارد تراضی در جنایات عمدی ظرف یک سال قمری، در شبه عمد ظرف دو سال قمری و در خطای محض ظرف سه سال قمری است. (ماده ۴۸۸ قانون مجازات اسلامی) در صورتی که پرداخت کننده بخواهد هر یک از انواع دیه را پرداخت نماید و یا پرداخت دیه به صورت اقساطی باشد، معیار قیمت زمان پرداخت است. (ماده ۴۹۰ قانون مجازات اسلامی)

در خصوص خسارت های زائد بر دیه به فرض پذیرش لزوم جبران این خسارت ها قواعد کلی حاکم بر نظام مسئولیت مدنی در باب خسارات حاکم است.

### ب. سیستم پرداخت تدریجی (periodic payment)

سیستم پرداخت یکجای خسارت علاوه بر دشواری حدس راجع به آینده و ارزیابی آن، در صدمات شدید به نفع خواهان نیست و بسار کمتر از میزان واقعی خسارت می‌گیرد، (Conard, 1964:86) از این رو، در نظام‌های آمریکا و انگلیس بحث بر این شد که به جای پرداخت یکجای غرامت که متکی بر آینده‌نگری است، پرداخت خسارت صدمات بدنی به شکل دوره‌ای صورت پذیرد تا به محاسبه‌ی میزان واقعی زیان موکول گردد. (Stevenson, 1975: 455)

سیستم پرداخت دوره‌ای در جریان خسارات مربوط به حوادث اتوموبیل بسیار کارایی داشته و به تازگی حداقل در سیزده ایالت آمریکا در خصوص تقصیرات و خطاهای پزشکی به شکل گسترده‌ای به کار رفته و پذیرفته شده است. (Elligett, 1979:130) در برخی ایالات، مبالغ دوره‌ای است اما موکول به حوادث آینده نیست. در واشنگتن دادگاه ممکن است حکم به پرداخت خسارات به شکل دوره‌ای صادر کند و آن را به هیچ رویدادی در آینده موقوف نماید.<sup>۱</sup> استدلال مهم در مزیت این شیوه آن است که به هر دو طرف دعوا سود می‌رساند. کمک می‌کند تا نیازهای بیشتری از خواهان مرتفع گردد و به خواننده کمک می‌کند چون مبلغ کمتری می‌پردازد. (Scales, 2002:887) حتی می‌توان گفت سود و منفعت خواننده در این روش بیشتر است و حتی برخی این شیوه پرداخت را تاکتیک دفاعی می‌دانند. به دلیل همین ویژگی برخی منتقدان مدعی شده‌اند در این حالت خواهان برای بار دوم قربانی می‌شود. (Risk, 2001:644)

سیستم پرداخت دوره‌ای خسارت سهم به سزایی در کاهش ارقام و اندازه مبالغ غرامت دارد، زیرا دو اشکال سیستم تعیین مقطوع خسارات برطرف می‌شود. در پرداخت دوره‌ای و تدریجی به مدیریت پول نیازی نیست، زیرا مبلغ کلانی در اختیار خواهان قرار نمی‌گیرد. همچنین مالیات سنگینی بر مبلغ برآورد شده وارد نمی‌شود. در پرداخت تدریجی می‌توان خسارات گذشته را محاسبه و پرداخت کرد و برای خسارات آینده با انعطاف بیشتری برخورد نمود.

<sup>1</sup> - wash.Rev.code Am.s 4.56.240 ,west 1980



(Jeffrey, ibid:1328) حکم پرداخت تدریجی ممکن است پس از مرگ شخص زیان دیده ادامه پیدا کند تا حمایت و پشتیبانی از بستگان وی تامین شود. حتی اگر دادگاه تصمیم به صدور حکم برای پرداخت تدریجی نگیرد، طرفین خودشان می‌توانند بر چنین موضوعی توافق کنند و دادگاه می‌تواند چنین توافقی را تایید کند. (Plant, 1989: 1328)

در مواردی که مقررات حکم به پرداخت تدریجی یا دوره‌ای را اجازه می‌دهد، دادگاه‌ها ملزم به رعایت محدودیت‌ها و شرایط قانونی هستند و نمی‌توانند در همه موارد از این اختیار استفاده نمایند. به هر حال باید بدانیم تعداد پرونده‌هایی که به چنین راهکاری دست می‌زنند کم است و تعداد انگشت شماری بیمه‌گر چنین خدماتی را در مورد محصولات پرخطر ارائه می‌کنند. (Barrie, 2005: 536)

البته به این سیستم نیز انتقاداتی وارد است، از جمله آن که دعوا خاتمه نمی‌یابد و کار دادگاه‌ها متراکم‌تر می‌شود، اما در پاسخ به این ایراد می‌توان گفت در سیستم مقطوع نیز به دلیل تاخیر برای اجرای حداکثری عدالت تراکم کار دادگاه‌ها زیاد است (Ison, 1997: 5). اتفاقاً در پرداخت‌های دوره‌ای چون امکان بازنگری وجود دارد یا حداقل تمام مبلغ خسارت یکجا معین نمی‌شود طرفین از مانع تراشی و دادگاه‌ها از تعلل بی‌جا اجتناب می‌کنند. (Balzer, ibid: 153)

در نظام حقوقی ما قانون مسئولیت مدنی در ماده ۵ در صدمات بدنی به دادگاه اجازه داده با رعایت اوضاع و احوال قضیه به طریق مستمری و یا پرداخت مبلغی دفعتاً واحده تعیین غرامت کند که البته هر چند این ماده در خصوص اصل دیه قابل اعمال نیست، اما در خصوص خسارات مازاد بر دیه می‌تواند موضوعیت داشته باشد.

## ۵. محدودیت‌های سیستم پرداخت تدریجی

توجه به شدت ضربه در سانحه بر خواهان خاص و جبرانی که مناسب برای او، شیوه‌ی زندگی، سن و سال و وضعیت درآمد او باشد، می‌تواند به عنوان محدودیت در این شیوه‌ی پرداخت قلمداد شود. (Jeffrey, ibid: 77)

اندازه‌ی غرامت می‌تواند عنصر دیگری برای توجیه مقبولیت پرداخت تدریجی باشد. در حقیقت این سیستم برای پرداخت‌های با ارزش مالی بیشتر مناسب‌تر است. مثلاً برای مبالغ بیش از صد هزار دلار می‌توان چنین تدبیری پیش‌بینی کرد. (Weir, 1984: 77)

قابلیت استفاده از پرداخت تدریجی همچنین می‌تواند بر اساس سبب خاص دعوا محدود شود. برای مثال، قانون‌گذاری‌های آمریکا پرداخت‌های تدریجی را در مورد تصادفات وسایل نقلیه موتوری می‌پذیرد.<sup>۱</sup> در استرالیا نیز چنین است.<sup>۲</sup>

## ۶. تغییر مبلغ به دلیل تورم

در برآورد خسارت با سیستم مقطوع، دادگاه‌ها در محاسبه، میزان تورم را در نظر می‌گیرند. (Andrew, ibid: 255) انصاف نسبت به خواهان چنین حکم می‌کند که تورم در پرداخت‌های تدریجی محاسبه شود. در این حالت دو گزینه می‌تواند مطرح شود: یکی تعیین نرخ تورم قانونی به صورت ثابت یا شناور و دیگری اختیار دادن به دادگاه در محاسبه‌ی تورم در هر مورد است. (Jeffrey, ibid: 101)

## ۷. ضمانت

بحث ضمانت در پرداخت‌های دوره‌ای اهمیت زیادی دارد. گرچه در سیستم مقطوع نیز خواهان موفق در دعوا باید امیدوار باشد که خواننده منبع مالی مناسب برای اجرای حکم داشته باشد، با این حال در سیستم پرداخت تدریجی خواهان بیشتر در معرض ناامنی است. (ibid: 85)

برای برقرار کردن تضمین در این روش پرداخت یک راه حل می‌تواند این باشد که در صورت عدم پرداخت هر مورد در سررسید، اقساط آینده حال شود و قابلیت اجرای فوری بیابد. (id, 86) راه حل‌های دیگر گرفتن تضمین و وثیقه از خواننده، قرار دادن کفیل برای او، خرید مستمری توسط خواننده یا بیمه‌گر او است. (Weir, ibid: 135) دادگاه‌های آمریکایی چنین عمل می‌کنند. برای

<sup>۱</sup> -Ala. Code s6-5-486-(1975) (Alabama)

<sup>۲</sup> -Motor Vehicle (Third party insurance) Act 1933-1972

مثال، در نیویورک برای غلبه بر این مشکل اجازه‌ی خرید مستمری از موسسات بیمه بزرگ و ایمن می‌دهد.<sup>۱</sup>

قانون مسئولیت مدنی ایران در ماده‌ی ۵ تشخیص تامین متناسب در پرداخت مستمری را با توجه به اوضاع و احوال هر مورد به عهده‌ی دادگاه گذاشته و به استناد ماده‌ی ۳ همان قانون تعیین و اخذ تامین برای دادگاه در صورت حکم به پرداخت مستمری الزامی است.

### ۸. خاتمه‌ی پرداخت

خاتمه‌ی نهایی پرداخت تدریجی باید در دستور به پرداخت اصلی بیاید. خاتمه پرداخت می‌تواند بر اساس تاریخ مشخص یا واقعه‌ی خاص باشد و به هر حال دادگاه باید به این موضوع رسیدگی کرده و زمان آن را مشخص کند؛ مثلاً پایان پرداخت را مصادف با فوت خواهان زیان دیده بداند. دادگاه باید منصفانه‌ترین زمان نسبت به خواهان و خوانده را لحاظ نماید. (Jeffrey. ibid:93)

### ج- سیستم پیشنهادی

نظر به کاستی‌های دو سیستم موجود، برای رفع این کاستی‌ها می‌توان از روش‌های جایگزین زیر استفاده کرد.

#### ۱- سیستم پرداخت ساختاری (پرداخت به شکل مستمری) (Structured settlement)

این سیستم اولین بار در پرونده‌ی علیه شرکت داروسازی ریچاردسون مریل (Richardson meril) استفاده شد. خواهان‌های متعددی از این شرکت شکایت کرده بودند که به واسطه‌ی استفاده از داروهای ساخته‌ی آن شرکت فرزندان تمام مادرانی فلج شدند که در طول مدت بارداری از آن دارو استفاده کرده بودند. در جریان دعوا شرکت داروساز با خواهان‌ها برای پرداخت‌های ساختاری توافق می‌کند. (Kene, 1986, 25)

<sup>1</sup> -N.Y.Civ- parac.L.&R S.5039 Mckinney sup.1986(New York)

در ۱۹۸۲ کنگره‌ی آمریکا یک اقدام مهم برای شیوه‌ی جدیدی از پرداخت انجام داد، پرداخت ساختاری (مستمری) به این شکل بود که به جای اعطای مبلغ یکجا به خواهان مبلغی بیشتر ولی در طول مدت مثلاً بیست سال آینده به او داده می‌شود. (Babener, 2010: 2) این اقدام حتی از عدم تلاش خواهان برای بهبودی اوضاع خویش جلوگیری می‌کند. (Koenig, 2007: 82) این روش در توافقات اصحاب دعوا استفاده می‌شود و شاید بتوان گفت در چیزی حدود یک سوم صدمات بدنی برای چنین پرداختی توافق می‌کنند. (Sheffield, 2008: 23)

در واقع پرداخت مستمری در دعاوی خسارات بدنی و توافق طرفین دعوا بر آن، جایگزینی برای سیستم پرداخت یکجای خسارات محسوب می‌شود که به وسیله‌ی آن هم خسارت خواهان جبران می‌شود هم خوانده مجبور نیست مبلغ هنگفتی را یکجا پردازد و حتی با سرمایه‌گذاری آن مبلغ و سود حاصل از آن می‌تواند خسارت را پرداخته و اصل پول را نیز حفظ نماید. (Yandell, 1995: 70)

به موجب این سیستم، خسارات آینده باز هم به صورت یکجا محاسبه می‌شود، اما پرداخت یک باره نیست. کسی که مسئول پرداخت تمام یا بخشی از خسارت است، موظف به خرید مستمری سالیانه برای صدمه دیده می‌شود تا آسیب دیده، درآمد شناوری برای مدتی داشته باشد که نیازمند آن است. این مستمری ممکن است برای حداقل مدت مشخص گردد، از این رو، اگر دریافت‌کننده زودتر از زمان مورد انتظار فوت کند همچنان قابل پرداخت خواهد بود و چنین ترتیبی برای بستگان انجام خواهد شد. (Jeffrey, ibid: 37) این سیستم پرداخت برای مقابله با تورم و با توجه به نیازها و شرایط آینده امکان تغییر مبلغ مستمری را فراهم می‌آورد. (Lewis, 1993: 782) پرداخت ساختاری مشمول مالیات هم نمی‌شود، حال آنکه در پرداخت یکجا مبلغی که مورد سرمایه‌گذاری واقع می‌شود مشمول مالیات است. (MC Glynn, 1987: 30)

اشکال عمده‌ی پرداخت این چنینی آن است که سرمایه‌یک مرتبه در اختیار ذی نفع قرار نمی‌گیرد. این اشکال می‌تواند به وسیله‌ی کنار گذاشتن مبلغ به صورت یکجا یا خرید مستمری برای سال‌های معین خنثی شود. (Balzer, 1979: 153) پرداخت‌های ساختاری به شکل خرید

مستمری برای خواهان های خاص بسیار سودمند است. برای مثال، این روش وقتی خواهان کودک یا سالخورده است یا دچار ناتوانی ذهنی است یا شخص فاقد تحصیلات است، بسیار مناسب خواهد بود. (Luchak, 1987:11) در مواردی که صدمه بسیار شدید است و ناتوانی های دائمی در پی دارد یا روند روبه بدتر شدن در بر دارد یا خواهان در معرض مالیات سنگین قرار دارد هم چنین است. (ibid)

روش مذکور گرچه گامی رو به جلو است تمام مشکلات ایجاد شده در سیستم پرداخت مقطوع را حل نمی کند و این به خاطر آن است که بر سیستم پرداخت یکجا استوار شده و اکثراً مشکلات مطروحه در سیستم تعیین و پرداخت مقطوع خسارات از جمله تاخیر و دشواری اثبات در این جا هم وجود دارد. (Jefferey, ibid: 44)

## ۲- سیستم بازبینی (Reviw system)

هدف این سیستم که بر سیستم تدریجی مبتنی است، طراحی روشی است که در آن مبلغ تعیینی می تواند مورد بازبینی قرار گرفته و در صورت لزوم به دلیل حدوث تغییر در شرایط تغییر کند. چنین راهکاری انعطاف بیشتری نسبت به سیستم مقطوع دارد. این سیستم می تواند تاخیر در دادرسی و مشکلات ناشی از آن را رفع کند زیرا طرفین دعوا می توانند با تغییر شرایط به دادگاه مراجعه کنند و به تبع تغییرات، بازنگری در حکم را خواستار شوند، در نتیجه ضرورتی برای صبر و انتظار به جهت استقرار وضعیت پزشکی خواهان قبل از قضاوت اصلی وجود ندارد. قابلیت افزایش یا کاهش مبلغ برآورد شده در هر زمان در آینده برای متناسب شدن با تغییرات وجود دارد. در این روش قضاوت بر اساس حدسیات مربوط به آینده بسیار دور ضرورتی نخواهد داشت.<sup>۱</sup>

در حقیقت زوال منافع خواهان و وضعیت آینده او امری احتمالی است و امکان بازبینی بعدی می تواند احتمالات تحقق یافته در آینده را مورد جبران قرار دهد. در مبلغ اولیه معمولاً احتمالات

<sup>1</sup> -Model periodic payment of Judgements Act 14 U.L A20 (Supp-1989)

آینده بیشتر به حساب می‌آید، حال آنکه اگر هدف اساسی جبران خسارت باشد، برآورد آن باید واقعی تر صورت بگیرد. (Dufays, 1997:5)

شیوه‌ی پرداخت دوره‌ای خسارت با قابلیت بازبینی در استرالیا‌ی شرقی طرفداران بیشتری دارد. همچنین در برخی ایالات آمریکا، قوانین به آن روی آورده‌اند،<sup>۱</sup> اگرچه بسیار اندک اعمال می‌شود. این روش اشکالات جدی دارد: اول، آنکه سیستم بازبینی در قطعیت و نهایی شدن زیان در زمان رسیدگی و حکم تاثیر می‌گذارد. این موضوع می‌تواند به مشکلات روحی برای خواهان منجر شود، چرا که او دائماً مضطرب خواهد بود که اگر میزان خسارت کم شود چه کند و به طور کلی به پایان ماجرا می‌اندیشد. در چنین مواردی خواهان انگیزه‌ای برای تلاش در راه بهبود وضعیت خویش ندارد چرا که تصور می‌کند در صورت بهبود، این موضوع دستاویزی برای خواننده خواهد بود که از دادگاه کاهش و تخفیف مبلغ غرامت را به بهانه‌ی بهبود وضعیت خواهان بخواهد. اگر تقاضای کاهش خسارت از سوی خواننده پذیرفته شود، این امر انگیزه‌ای برای خوانندگان است تا زندگی خواهان را مورد بررسی و تحلیل قرار دهند و این مداخله در زندگی خصوصی افراد خواهد بود. خواننده بدون اینکه توانایی‌های بالقوه خواهان و میزان آن را بداند، برای او دشواری‌های به وجود خواهد آورد تا گفته‌ی خویش را اثبات کند. (Jeffrey, ibid:65)

دوم، آنکه سیستم بازبینی به آیین دادرسی پیش از رسیدگی نیاز دارد و در مرحله‌ی بعد و برای تجدیدنظر هم وضع به همین منوال است. استماع‌ات اضافه، بار مسئولیت دادگاه‌ها را افزایش می‌دهد و روی هم رفته هزینه‌های رسیدگی به دعاوی را اضافه می‌کند. (ibid) در واقع، این بار اضافه شده برای طرفین دعوا تمام نمی‌شود و این موضوع در نگاه جامعه نیز ملاحظه می‌گردد. امکان بازبینی، ارزیابی میزان مسئولیت و محاسبه‌ی مناسب عوض را بسیار دشوارتر می‌کند. (id:66)

در پاسخ به برخی انتقادات آمده است که اگر خواننده مسئولیت آینده‌اش را بیمه کند، حتی در صورت اضافه شدن مسئولیت، در بازبینی مشکلی به وجود نخواهد آمد و خواهان و خواننده هر دو

<sup>1</sup> - Motor Vehicle (Third party) Insurance Act 1943-1972, 16E (5) (w.Aust); courts of justice Act 1984 c. 11, s. 129; Kan. stat. Ann 40:1299.39, 40:1299.43 (west sup. 1988) (Louisiana); N.M. stat Ann .s 47-5-9(7978)(new mexico)

در آرامش به سر خواهند برد. (Dufays, ibid:6) به نظر می‌رسد نباید نگران وضع روانی خواهان نیز بود، زیرا در ارزیابی خسارت قواعد کلی مسئولیت در باب تکلیف به کاستن از خسارات رعایت می‌شود و زیان‌هایی که خواهان در ایجاد آن نقش دارد جبران نمی‌شود یا از میزان مسئولیت خواننده می‌کاهد و به هر حال زیان دیده موظف است از پیشرفت زیان جلوگیری نماید. (Munkman, ibid:9)

در نظام حقوقی ما این روش را می‌توان از قسمت اخیر ماده ۵ قانون مسئولیت مدنی برداشت کرد. به موجب این ماده اگر در موقع صدور حکم تعیین عواقب صدمات بدنی به طور تحقیق ممکن نباشد دادگاه از تاریخ صدور حکم تا دو سال حق تجدید نظر نسبت به حکم خواهد داشت. چنانکه ملاحظه می‌شود در این مقرر برای دادگاه فرصتی دو ساله به نسبت به تجدید نظر در حکم در نظر گرفته شده است.

#### د- نتیجه‌گیری

در سیستم تعیین مقطوع خسارات بدنی و پرداخت یکجای آن، خواننده دعوا به موجب حکم دادگاه موظف می‌شود یک بار و برای همیشه خسارات خواهان را جبران کند. در نظام حقوقی ما که به موجب قانون مجازات اسلامی، برای جبران خسارات بدنی ناشی از قتل یا جرح دیه پرداخت می‌شود، اگر پرداخت دیه به عنوان تنها روش جبران خسارات بدنی پذیرفته شود و امکان مطالبه‌ی سایر خسارات افزون بر دیه فراهم نباشد، با سیستمی مواجه ایم که حتی میزان جبران و در مواردی سقف جبران خسارات توسط قانون‌گذار مشخص گردیده است. در حالی که در نظام حقوقی کشورهایی مثل انگلستان و ایالات متحده آمریکا گرچه تا مدت‌ها سیستم تعیین مقطوع و پرداخت یک‌باره حاکم بود اما میزان خسارت توسط قانون بیان نشده و این میزان می‌توانست با واقعیت موضوع و شرایط شخصی هر پرونده تطبیق پیدا کند.

به دلیل دشواری ارزیابی و مبتنی بودن روش مقطوع بر حدس و گمان و به دنبال انتقادات راجع به آن، تمایل حقوقدانان در این نظام‌ها به سمت پرداخت تدریجی پیش رفت تا میزان غرامت با

میزان واقعی خسارت انطباق بیشتری داشته باشد. این روش های جدید نتوانست سیستم پرداخت مقطوع و یکجا را کنار گذارد و نهایتاً در تعداد محدودی از پرونده ها که خواهان دچار آسیب های بسیار شدید شده استفاده می شود.

در چنین وضعیتی و با توجه به پیشرفت علوم در همه ی زمینه ها و ظهور و بروز اسباب و صدمات جدید و تحول علم پزشکی در عرصه ی درمان بیماری ها و توان بخشی از کار افتادگی ها و با توجه به اقتضائات فقه پویای اسلامی، به نظر می رسد نظام حقوقی ما نباید از قافله عقب بماند. در حقیقت جان و تن و اندام های انسان را نمی توان به شیوه ی اموال مادی و مثلی تقویم کرد و توان مالی و ارزش معنوی و نیروی کار و صدمه های روانی او را ندیده گرفت.

به نظر می رسد سیستم پرداخت مقطوع و یک باره برای خسارات بدنی تا زمان دادرسی و در مواردی که خسارات چندان شدید نیست و خسارات آینده نیز در حد قابل اطمینانی قابل ارزیابی است، روشی مناسب به شمار می رود. در عین حال سیستم پرداخت تدریجی با به کار گرفتن تضمینات مناسب در صدمات بسیار شدید که امکان ارزیابی خسارات آینده وجود ندارد یا بسیار دشوار است، مناسب خواهد بود. لزوم تلاش خواهان برای بهبودی وضع خویش و اجتناب از گسترده کردن اثرات صدمه، انتقاد مربوط به از دست رفتن انگیزه خواهان در بهبودی اوضاع را رد می کند. به هر حال آنچه مسلم است آن که نظام های حقوقی در جبران هر چه بیشتر خسارت و اعاده ی وضعیت خواهان به حالت پیش از صدمه می کوشند و در این راستا می بایست از مناسب ترین روش ها بهره بگیرند که مطابقت بیشتری با واقعیت دارد. به نظر می رسد اتخاذ هر روش یا ترکیب آنها در مواردی که متناسب با شرایط آن شیوه ی پرداخت است با مانعی رو به رو نباشد. در واقع قاضی است که باید تشخیص بدهد در پرونده ی مطروحه حکم به جبران یک باره خسارت یا پرداخت آن در فواصل زمانی مناسب بهتر است یا اینکه برای جبران هر چه بیشتر خسارت، در نظر گرفتن مستمری برای سالهایی معین و با تضمینات لازم مناسب است. در بعضی موارد هم در صورت مجوز قانونی می توان برای برخی اقسام زیان امکان باز بینی در میزان خسارت فراهم نمود تا رقم درست تری مشخص شود.



می توان پیشنهاد کرد برای جلوگیری از ضرر و زیان بیشتر خواهان در ارزیابی های طولانی مدت، دادگاه پیش از ارزیابی نهایی، با توجه به وضعیت پرونده و شرایط خواهان، دستور پرداخت مبلغ معینی از خسارت را صادر نماید.

**منابع فارسی و عربی :**

۱. تیموری، خیرالله، خسارت زائد بر دیه، انتشارات آئین دادرسی، ۱۳۹۱.
۲. خمینی، روح الله، تحریر الوسیله، جلد ۲، مکتبه الاعتماد، چاپ چهارم، ۱۴۰۷.
۳. شیخ آزادی، اردشیر، ابوالمعصومی، زهرا، قادی پاشا، امیر، بررسی نظریات کارشناسی پزشکیان قانونی استان تهران در خصوص ۶۲ مورد تعیین ارش و دیه، مجله علمی پزشکی قانونی، دوره ۱۴، شماره ۱، بهار ۱۳۸۷.
۴. کاشانی، جواد، جعفری، زهرا، بررسی اثر انتقالی تجدید نظر خواهی در دعاوی مدنی در حقوق ایران و فرانسه، فصلنامه پژوهش حقوق عمومی، تابستان ۱۳۹۰، شماره ۳۳.
۵. کاتوزیان، ناصر، توجیه و نقد رویه قضایی، انتشارات میزان، ۱۳۹۲.

**منابع انگلیسی:**

1. Babener, Jeremy, Structured settlements and single claimant Qualified settlement funds, :Regulating in accordance with structured settlement history, 2010 Legislation and public policy, vol.1.13.1, 2010, p2
2. Balzer , kolbach , Barbara , variable periodic payments of damages :an alternative to lump sum awards ,citation ,64, Iowa L .rev. 1978\_1979.
3. Barrie , peter, personal injury law: liability, compensation and procedure , oxford, 2005 .
4. Bass ,A, wright ,M., Hogan ,T. ,An objective study of the whiplash victim and the compensation syndrome, 1974-75 .
5. Cane, peter , Atiyah's. Accidents , compensation and the law , seventh edition, Cambridge university press, 2006.
6. Conard.A.,Morgan,J,pratt , ,Automobile accident costs and payments 1964 available at line on line.
7. Corso,P.,Finkelstein,T.,Miller,T.,Fiebelkorn,I.,Zaloshnj,E.,Incidence and lifetime costs of injuries in the united states,2006,p216,Downloaded from:<http://www.injury prevention.bmj.com>,published by group.bmj.com,accessed at 27/Des/2016
8. Dufays , paul ,Introducing provisional damages in Canada, Dalhousie Journal of legal studies,n'6, 1997.

9. Elligett, Tom, The periodic payment of Judgments,46 Ins.counsel J. 1979.
10. Stevenson, Richard, A., An Alternative to lump –sum Damages: The exactly adequate award,24 Def.L.J1975.
11. Fleming , John , The law of torts, 4<sup>th</sup> edition,1971.
12. Harper , F., Jones ,f. ,The law of tort Aspen,1956.
13. Ison, T., The forensic Lottery ,L. Rev 26,1997.
14. Ison , T.,\ The therapeutic significance of compensation structures, 64 canadian bar R., 1986.
15. Jeffrey ,A., schnoor , Report on periodic payment of Damages for personal injury and death, 1987.
16. Keene,keneth.,K,Ross,Robert,J,structured settlement .Bus Ins.,Apr,24.1986.
17. koenig , Laura,j ., Structured settlements , factoring and the federal Government,82 IND .L.g.809 ,2007.
18. lewis,Richard,McNabb,Robert,Robinson,Helen,Wass,Victoria,Loss of earnings following personal injury:Do the courts ad equately compensate injured parties?,The economic Journal,vol.113,no,491,Features, Wiley on behalf of the royal economic society
19. Lewis,Richard,structured settlements of damages awards in Britain and Canada ,International and comparative law Quarterly,vol 42, 1993.
20. Luchak ,F., structured Damage settlements ,Dept .cont. Ed.,Law society of upper Canada,1987.
21. MC Glean ,R .F .Structured settlements, Canadian Insurance ,Agent and Broker,1987.
22. Mc Gregor, personal injury and death, ii International Encyclopedia of comparative law, Ch.9,1983.
23. Munkman , John. , Damages for personal injuries and death London, Butter worths,fifth edition , 1973.
24. –Nieswiadomy,Michael,Silberg,Eugene,Calculating changes in worklife expectancies and lost earnings in personal injury cases,The journal of risk and insurance association,vol.55,n,3,1988,seen at:[http://www.jstor.org/stable 253251](http://www.jstor.org/stable/253251),accessed at:15/05/2018

25. Plant ,Marcus L .,periodic payment of Damages for personal injury, Louisiana law Review ,Volume 44,n.5. 1984.
26. Rea ,S.A, Jr.,inflation, taxation and damage Assessment,58 con bar,rev,1920.
27. Risk ,Richard , Structured settlements: The ongoing Evolution from a liability Insurer's play to an injury victim's Boon ,36 Tulsal.J. 2001.
28. Scales ,Adam ,F. ,Against settlement factoring ?The market in tort claims Has arrived WIS.L. Rev, 2002.
29. sheffield ,Christopher ,Evolve financial division Ramps up marketing to Grow settlement Business ,Memphis BVS,I ,2008,see at:<http://jgwentworlth.com/about lweus/press/ Dwtail. Aspx>.
30. Tilbury , Michael,Damages for personal injuries.A statement of the modern Australian law ,western Australian law review.
31. Trindade, F.A, Cane,p,Law of torts in Australia, 3<sup>rd</sup> edition, Melborne,1999.
32. Weir, J-P, structured settlement, 1984.
33. Yandell ,Dirk Advantages and Disadvantages of structured settlements ,5J.Legal Econ.71, 1995.

## بررسی ضمانت‌های منع شکنجه در اسناد حقوق بین‌الملل بشر و قوانین و مقررات ایران

مریم حیدری پوری<sup>۱</sup>

سیدباقر میرعباسی<sup>۲</sup>

ابومحمد عسگرخانی<sup>۳</sup>

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۰۲/۰۸

تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۰۳/۲۲

### چکیده

در قانون اساسی و برخی قوانین عادی ایران، موضوع ممنوعیت مطلق تمامی مصادیق شکنجه مطرح شده است. علاوه بر مقررات داخلی، از نظر حقوق بین‌الملل نیز شکنجه مورد توجه واقع شده و اسناد حقوق بین‌الملل بشر از جمله کنوانسیون منع شکنجه ی ۱۹۸۴، این عمل را غیر اخلاقی و برخلاف کرامت انسانی دانسته و بر منع آن تأکید می‌نمایند. ذکر این موضوع، ضروری است که قوانین مرتبط داخلی ایران، علاوه بر اینکه به تعریف و تبیین مصادیق شکنجه اشاره ای نداشته اند؛ بلکه تعارض و یا تفاوت‌های محسوسی بین سیستم حقوقی ایران و اسناد بین‌المللی حقوق بشری خصوصاً کنوانسیون منع شکنجه به عنوان اصلی‌ترین سند بین‌المللی منع شکنجه، به چشم می‌خورد. این تحقیق که به روش توصیفی-تحلیلی نگاشته شده از طریق فیش برداری و با استفاده از منابع کتابخانه‌ای، به بررسی ضمانت‌های اجرایی منع شکنجه در اسناد حقوق بین‌الملل بشر و قوانین و مقررات ایران می‌پردازد و در پایان به این نتیجه دست می‌یابد که تضمین‌های منع شکنجه در ایران در مقایسه با اسناد و معاهدات بین‌المللی، ناکافی بوده و یکی از مشکلات اساسی در منع کامل مصادیق شکنجه در ایران است.

**کلید واژه‌ها:** منع شکنجه، ضمانت‌های منع شکنجه، تضمین‌های داخلی

<sup>۱</sup> (نویسنده مسئول) دانشجوی دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه آزاد واحد بین‌الملل قشم، قشم، ایران.

heydaripour15059@gmail.com

<sup>۲</sup> استاد گروه حقوق عمومی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، تهران، ایران.

<sup>۳</sup> دانشیار گروه روابط بین‌الملل دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، تهران، ایران.

## مقدمه

شکنجه از جمله مواردی است که نمی‌توان تاریخ دقیقی برای شروع آن محاسبه کرد و همواره از سوی اقشار مختلف نوع بشر و یا از جانب خودکامگان و حاکمان جور و جنایت جهت کسب اقرار یا اطلاع و همچنین مجازات‌های بدنی مورد استفاده قرار گرفته است. اگر از نگاه متمدنانه به شکنجه بیاندیشیم به این موضوع دست خواهیم یافت که در جهان معاصر و قرون اخیر و در جوامع نسبتاً پیشرفته با توجه به اسناد و متون گذشته خصوصاً تعالیم اصیل آسمانی، این عمل مورد نکوهش واقع شده و تلاش‌هایی را جهت ممانعت از اعمال آن با خود به همراه داشته است. ذکر این نکته ضروری به نظر می‌رسد که مخالفان شکنجه بر این اساس، عمل فوق را مغایر با منزلت و کرامت انسان دانسته و اذهان بسیاری از انسان‌شناسان، اندیشمندان و عدالت‌خواهان را مشغول کرده و بر لزوم حمایت و تضمین‌های لازم جهت ممانعت از این عمل تاکید داشته‌اند. مخصوصاً در قرون ۱۸ و ۱۹ میلادی، تلاش بسیاری از اندیشمندان از جمله بکاریا، روسو و منتسکیو، مبحث جدیدی را در موضوع ممنوعیت شکنجه و جرم دانستن آن و منع آن در قوانین و مقررات کشورهای مختلف باز نموده است. در سیستم حقوقی ایران نیز که برگرفته از تعالیم دین اسلام می‌باشد، شکنجه به صورت مطلق منع شده است و تحصیل هر نوع اقرار، شهادت از طریق شکنجه را فاقد وجاهت قانونی میدانند. اصل ۳۸ قانون اساسی ایران خود مبین موضوع اخیر می‌باشد. همچنین ماده‌ی ۵۷۸ قانون مجازات اسلامی نیز در خصوص منع شکنجه اعمال نظر نموده و بر ممنوعیت آن تاکید می‌نماید. از طرفی شکنجه در بسیاری از معاهدات و اسناد بین‌المللی حقوق بشری از جمله اعلامیه‌ی جهانی حقوق بشر ۱۹۴۸، میثاق بین‌المللی حقوق مدنی-سیاسی ۱۹۶۶ و نیز کنوانسیون منع شکنجه ۱۹۸۴، جرم دانسته شده است، و در خصوص کنوانسیون اخیر چنین می‌توان بیان داشت که توانسته است در تشکیل کمیته‌ی ضد شکنجه و کنترل و نظارت جامعه بین‌المللی بر کشورهای عضو، نقش موثری ایفا نماید.

این تحقیق، فرضیه اصلی خود را بر این اساس استوار کرده است که قانون اساسی ایران از موارد مشابهی با مفاد کنوانسیون منع شکنجه برخوردار می‌باشد؛ ولی در عین حال تفاوت و عدم انطباق

بیشتر متوجه قوانین عادی مصوب قانونگذار است که مهمترین آن مربوط به مجازات‌های موسوم به «مجازات‌های بدنی» می‌باشد که از یک طرف بر اساس دیدگاه کمیته ی ضد شکنجه، با کنوانسیون مغایرت دارد و از طرف دیگر نیز برخلاف نظر کمیته ی مذکور، ماده ی ۱ کنوانسیون، مجازات‌ها را از شمول مفاد این کنوانسیون خارج نموده است. به هر حال، تحقیق حاضر ابتدا به بررسی تعریف، انواع و اهداف شکنجه و تضمین‌های منع آن در حقوق ایران می‌پردازد. سپس مفهوم شکنجه و تضمین‌های آن در کنوانسیون منع شکنجه و سایر اسناد حقوق بین‌الملل بشر و مقایسه ی آن با تضمین‌های داخلی ایران را مورد بحث قرار می‌دهد.

## ۱. تعریف شکنجه، انواع و اهداف ناشی از آن

### ۱-۱. تعریف شکنجه

شکنجه در اصطلاح لغوی «رنج، آزار، عذاب و اذیت» تعبیر می‌گردد.<sup>۱</sup> در لغت‌نامه دهخدا به عنوان همچون «شکستن، پیچیدن، عذاب دادن دزد و گناهکار» اشاره شده است.<sup>۲</sup> همچنین در مواردی به صورت مشابه به معنای رنج، عذاب، عقوبت، آزار و ایذا نمایان گشته است.<sup>۳</sup> در تعبیر دیگری شکنجه را تحمیل رنج فیزیکی یا روحی بر فرد به منظور کسب اقرار دانسته اند.<sup>۴</sup> دکتر جعفر جعفری لنگرودی در ترمینولوژی حقوق ضمن برشمردن اهداف شکنجه، چنین بیان داشته اند: «شکنجه ایراد آزار به متهم و غیر متهم است تا اقرار به بزه یا تعهدی کند».<sup>۵</sup> لازم به ذکر است معادل انگلیسی شکنجه «torture» می‌باشد که به معنی «شکنجه، شکنجه کردن و زجر دادن» اظهار شده است.<sup>۶</sup> همان گونه که در این بخش آورده شده هیچ یک از این تعاریف لغوی به اینکه شکنجه اعم

۱- عمید، حسن، فرهنگ فارسی عمید، چاپ سوم، انتشارات امیرکبیر، تهران، ۱۳۶۹: ۸۵۲

۲- دهخدا، علی اکبر، لغت‌نامه دهخدا، جلد ۹، ویرایش دوم، انتشارات انوار، تهران، ۱۳۷۷: ۶۳۸

۳- معین، محمد، فرهنگ فارسی، جلد ۲، ویرایش سوم، انتشارات امیرکبیر، تهران، ۱۳۶۴: ۲۰۶۶.

۴- Walker, David, the oxford companion to law, London, oxford university clarendon press oxford, 1980, p44.

۵- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، مبسوط ترمینولوژی حقوق، جلد ۳، انتشارات گنج دانش، تهران، ۱۳۷۸: ۲۳۰۱.

۶- حبییم، سلیمان، فرهنگ کوچک حبییم (انگلیسی-فارسی) چاپ یازدهم، نشر فرهنگ معاصر، تهران، ۱۳۶۸: ۵۹۷.

از روحی و یا جسمی است، اشاره نکرده و صرفاً، آن هم در برخی موارد به هدف آن که همان کسب اقرار است توجه نموده و حتی به عنصر معنوی نیز نظری نداشته است.

## ۲-۱. انواع شکنجه

### ۱-۲-۱. شکنجه‌ی جسمی

منظور از شکنجه‌ی جسمی همان طور که از عنوانش میسر است؛ عبارت است از هر عملی که به جسم و بدن فرد آسیب برساند. این نوع شکنجه مفهوم بسیار وسیعی را دربر می‌گیرد که بعضاً از جوامع سنتی گذشته و محدود مانند قبیله آغاز شده و به مراتب در جوامع امروزی هم به نحوی وجود دارد مانند نگه داشتن فرد در حالت گرسنگی و تشنگی تا محروم نمودن وی از بهداشت، درمان، تزریق مواد افیونی، بی‌خوابی و سایر مواردی که مستقیم به جسم شخص در ارتباط باشد.

### ۲-۲-۱. شکنجه‌ی روانی (روحي)

شکنجه‌ی روانی که اصطلاحاً شکنجه‌ی روحی نیز نامیده می‌شود بر خلاف شکنجه‌ی جسمی به تمامیت جسمی انسان آسیبی نمی‌رساند؛ بلکه در مواردی که شکنجه‌ی جسمی به نتیجه نرسیده یا به نحوی اعمال آن به صلاح نباشد، به کار می‌رود. در این نوع شکنجه، اهداف مورد نظر از طریق آسیب‌رسانی به تمامیت روحی و روانی فرد، تحقق می‌یابد و فرد را مجبور می‌کند که موارد مورد نظر طرف مقابل را مهیا نماید. فشار روانی ممکن است مستقیماً خود فرد را تحت شعاع قرار داده و یا به صورت غیر مستقیم، بستگان نزدیک مانند والدین، خواهر و برادر، همسر و فرزندان شخص را به رفتاری که سبب اقرار مشخص مورد شکنجه شود را تحت فشار قرار دهند مانند اینکه شخص را تهدید به دستگیری و یا محرومیت خاص یا بردن آبرو و حیثیت یکی از والدین، همسر و بستگان نزدیک بنمایند و بدین سبب روان شخص را به صورت غیر مستقیم تحت فشار قرار داده و به اهداف خود برسند.



### ۳-۱. اهداف شکنجه

#### ۳-۱-۱. کسب اقرار

اقرار به عنوان اصلی‌ترین و مهم‌ترین ادله‌ی اثبات دعوی از اهمیت به‌سزایی برخوردار است به نحوی که این امکان وجود دارد، گاهی کشف حقیقت از طریق اقرار فرد در شرایط عادی صورت نگیرد، کسب اقرار از طریق اعمال شکنجه جسمی و یا روحی انجام شود. در این مورد توجه به این نکته ضروری به نظر می‌رسد که کارکرد شکنجه برای کسب اقرار علی‌رغم اینکه باعث اقرار فرد می‌گردد ولی در عین حال ممکن است شخص مذکور از طریق اعمال فشار جسمی و یا روحی به مواردی اقرار نماید که حتی آن را انجام نداده باشد و برای خلاص شدن از صدمات جسمی و یا روانی، ناگزیر از اقرار خلاف واقعیت گردد. این در حالی است که توسل به زور به روش‌های مختلف هر چند برای اذعان به یک واقعیت باشد، مذموم بوده و قابل توجیه نمی‌باشد.

#### ۳-۲. به دست آوردن اطلاع

در برخی موارد شخص مورد شکنجه دارای یک سری اطلاعات و آگاهی از موضوعات خاصی است که نهاد شکنجه‌گر نسبت به آن اطلاع نداشته و یا به عبارتی در خصوص این اطلاعات مردد، مشکوک و یا جاهل می‌باشد. دامنه این اطلاعات هر چند مهم باشد، نمی‌تواند توجیه‌گر شکنجه قرار گیرد.<sup>۱</sup>

#### ۳-۳. به منظور اقامه‌ی شهادت

گاهی اوقات شکنجه به منظور اجبار شخص به شهادت صورت می‌گیرد، بدین طریق که در اثر فشارهای جسمی و روانی، فرد مجبور شود به آنچه را که مبنای واقعیت و یا غیر واقعیت و بر اساس نظر شکنجه‌گر است، تن در دهد و مجبور شود که نه به خواسته خود و بلکه از روی فشارهای

<sup>۱</sup> - پوربافرانی، حسن، جرائم علیه اشخاص، چاپ اول، انتشارات جنگل، تهران، ۱۳۸۸: ۲۷۳.

موجود، بر امری مجبور به شهادت گردد در حالی که اگر به اختیار وی بود این امکان وجود داشت که او علی‌رغم صحت و سقم موضوع شهادت، از آن امتناع نماید.

## ۲. تضمین‌های بین‌المللی منع شکنجه

### ۲-۱. اسناد و معاهدات عام

#### ۱-۱-۲. اعلامیه‌ی جهانی حقوق بشر

اولین سند حقوق بشری که به موضوع شکنجه و رفتار و مجازات غیر انسانی و بی‌رحمانه پرداخته است اعلامیه‌ی جهانی حقوق بشر ۱۹۴۸ می‌باشد. این اعلامیه در ماده‌ی ۵ خود، ممنوعیت شکنجه را به رسمیت شناخته و به نحوی آغازگر به رسمیت شناختن منع شکنجه در سایر اسناد و معاهدات بین‌المللی بوده است. انتقادی که در مورد این اعلامیه مطرح می‌گردد این است که اعلامیه ضمن اینکه به تعریف شکنجه اشاره‌ای ننموده، بلکه از هیچ ضمانت اجرایی برای وقوع شکنجه محروم می‌باشد. البته نکته قابل توجه این است که تدوین‌کنندگان اعلامیه بیش از آن که به بیان تعریف شکنجه و ضمانت اجرای آن پردازند، آن را یک سند حاوی توصیه‌های اخلاقی دانسته‌اند. در عین حال نمی‌توان تأثیرات و نقش آن بر تدوین و نگارش سایر اسناد و معاهدات بین‌المللی در آینده نادیده گرفت. این سند تأثیر خود را بر وجدان‌های بیدار جهانیان قرار داده است.<sup>۱</sup> نکته‌ی حائز اهمیت این است که هر چند قوانین و مقررات ایران در باب موضوع ممنوعیت شکنجه تا حدودی ناقص و در موارد خاص و با هدف مشخص و در حیطه‌ی مأموران وابسته به حکومت بیان شده است؛ ولی بر خلاف اعلامیه‌ی جهانی حقوق بشر که جنبه‌ی توصیه‌ای و اخلاقی دارد، دارای ضمانت اجرای نسبتاً مناسبی می‌باشد.

<sup>۱</sup> - جانسون، گلن، اعلامیه جهانی حقوق بشر و تاریخچه آن، ترجمه پونیده، محمدجعفر، انتشارات نی، تهران، ۱۳۷۷:

## ۲-۱-۲. میثاق بین‌المللی حقوق مدنی - سیاسی

میثاق بین‌المللی حقوق مدنی - سیاسی یکی از اسناد بین‌المللی حقوق بشری است که در بخشی از آن به موضوع ممنوعیت شکنجه می‌پردازد. این میثاق که در سال ۱۹۶۶ میلادی بر اساس قطعنامه شماره ی ۲۲۰۰/۳۰ سازمان ملل متحد، در مجمع عمومی این سازمان تصویب شد در ماده ی ۷ خود مقرر داشته: «هیچ کس را نمی‌توان مورد آزار و شکنجه یا مجازات‌ها یا رفتارهای ظالمانه یا مخالف انسانی و تزدیلی قرار داد» بر این اساس و به منظور اجرایی نمودن میثاق و نیز نظارت بر گزارش‌ها و عملکرد دولت‌های عضو، کمیته‌ای با عنوان «کمیته‌ی حقوق بشر» بر مبنای این میثاق، تاسیس شده است. این کمیته موظف است پس از دریافت گزارش‌های مذکور، در صورت نقض حقوق بشر از جانب دولت‌های عضو، موضوع را در گزارش سالانه خود، درج و نسبت به طرح آن در مجمع عمومی سازمان ملل متحد اقدام نماید. نکته‌ی قابل توجه دیگر در مورد میثاق غیر قابل تعلیق و یا تعطیل شدن حقوق مندرج در آن از جمله ممنوعیت شکنجه است.<sup>۱</sup>

بر این اساس منع شکنجه در هیچ یک از حالات و یا وضعیت‌های بحرانی یا اضطراری را نمی‌توان نادیده گرفت به عبارت دیگر اگر در کشوری حالت جنگی و یا فوق‌العاده اعمال گردد نمی‌توان با استناد به این موارد و برای اهداف خاصی حتی حفظ امنیت، به شکنجه روی آورد. در این مورد هیچ یک از مقامات کشوری حق ندارند شرایط مذکور را دلیل بکارگیری شکنجه قلمداد نمایند. در واقع هیچ‌گونه علل مخففه و توجیه‌کننده، جهت این موضوع در میثاق وجود ندارد که بتوان به آن استناد نمود. همچنین دولت‌های عضو، حق استرداد و یا اخراج افرادی که در معرض شکنجه هستند را به کشوری ندارند. از طرفی نیز نمی‌توانند عاملان شکنجه را مورد بخشودگی و عفو قرار دهند.<sup>۲</sup>

<sup>۱</sup> - ماده ی ۴ میثاق حقوق مدنی - سیاسی

<sup>۲</sup> - General comment no.20,10/3/1992, Doc. U.N.HRI/GEN/1/Rev.7.12May 2004, compilation of General comments and General Recommendations adopted human rights treaty bodies, pp150-153

به طور کلی می‌توان بیان داشت که ماده‌ی ۱۰ میثاق هر چند مواردی مانند حقوق افراد محروم از آزادی را به صراحت در خود نگنجانیده است ولی کمیته‌ی حقوق بشر در تفسیر خود این ماده را از مصادیق ماده‌ی ۷ میثاق می‌داند، هر چند که ماده‌ی ۱۰ مصداق واضحی از «تعلیق ناپذیری» را در خود بیان نکرده است.

### ۳-۱-۲. اساسنامه‌ی دیوان بین‌المللی کیفری

اساسنامه‌ی دیوان بین‌المللی کیفری که در ۱۳ فصل و ۱۲۸ ماده تدوین شده است، شکنجه را جنایت علیه بشریت و در مواردی نیز جنایت بر شمرده<sup>۱</sup> و شکنجه را به صورت کلی مورد تعریف قرار داده است. بر اساس تعریف مذکور «شکجه عبارت است از هر رنج و درد عمدی و شدید جسمی و روحی علیه فردی که توقیف یا تحت نظر است»<sup>۲</sup> با عنایت تعریف شکنجه در اساسنامه دیوان و مقایسه آن با تصمیمات حقوق داخلی ایران مشاهده می‌کنیم که در این اساسنامه از بیان هدف شکنجه که برای کسب اقرار، سوگند، شهادت و... است امتناع نموده و هدف را در این زمینه ملاک ندانسته است. از جانب دیگر از موضوع اینکه شخص خاطی مأمور دولت است یا غیر امتناع نموده و بر این اساس فراتر از قانونگذار ایران عمل کرده و امکان استعمال شکنجه توسط اشخاص عادی را به نحوی رسمیت داده است. یکی از دلایل این امر را می‌توان در این موضوع دانست که اساسنامه، شکنجه را از مواردی به شمار آورده که در چارچوب یک حمله سازمان یافته و تمام عیار علیه افراد غیر نظامی به منظور پیشبرد اهداف یک دولت صورت گرفته که ممکن است توسط مأموران و یا قوای دولتی و یا اشخاص غیر دولتی واقع گردد که در این مورد نیز با قانونگذار داخلی متفاوت بوده؛ زیرا در ایران، شکنجه را در زمره‌ی اعمال مأموران دولتی تبیین نموده است. همچنین ذکر این نکته ضروری است که در این اساسنامه، شکنجه خارج از شمول مجازات‌های شدید بدنی

۱- ماده‌ی ۷ و ۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری

۲- ماده‌ی ۷، همان

به شمار آمده و از این جهت با قواعد ایران نسبتاً سازگارتر می‌باشد، این در صورتی است که برخی از اسناد و معاهدات بین‌المللی در این خصوص نظر دیگری را بیان می‌دارند.

دیوان روش‌هایی را برای طرح موضوع شکنجه در اساسنامه خود قید نموده است که بر این اساس می‌توان آن را تضمینات اجرایی دیوان به شمار آورد. روش‌های مذکور عبارتند از:

الف) دولت‌های عضو دیوان: این دولت‌ها می‌توانند وضعیت‌های خاصی را که به نظر می‌رسد جنایتی اتفاق افتاده را فارغ از موضوع به دادستان دیوان ارجاع نمایند که این وضعیت‌های خاص می‌تواند، مبنای شروع تحقیقات دادستان قرار گیرد.

ب) شورای امنیت: بر اساس فصل هفتم منشور ملل متحد، شورای امنیت نیز می‌تواند، موقعیت و یا وضعیت خاص مورد نظر را در دیوان مطرح نماید.

ج) طبق ماده‌ی ۱۳ اساسنامه، دیوان نیز رسماً بدون مداخله‌ی دولت‌های عضو و یا شورای امنیت این اختیار را دارا می‌باشد که وضعیت خاص را به دادستان ارجاع نماید.

#### ۴-۱-۲. کنوانسیون منع شکنجه مصوب سال ۱۹۸۴

این کنوانسیون را می‌توان مهم‌ترین و الزام‌آورترین سند بین‌المللی تضمین‌کننده منع شکنجه محسوب نمود. کنوانسیون در برگیرنده‌ی یک مقدمه و ۳۳ ماده است که در تاریخ ۱۰ دسامبر ۱۹۸۴ بر اساس قطعنامه شماره‌ی ۳۹/۴۶ به تصویب مجمع عمومی سازمان ملل متحد رسید و در ژوئن همان سال به مرحله‌ی اجرا درآمد.<sup>۱</sup>

بند ۱ ماده‌ی ۱ این کنوانسیون شکنجه را بدین صورت تعریف نموده است که هر نوع ایراد درد، رنج و صدمه در حالتی که به شدت صورت گرفته باشد، شکنجه محسوب می‌شود. در واقع این سند بین‌المللی درد، رنج و صدمه را در صورتی واجد شرایط شکنجه می‌داند که همراه با عنصر «شدت» تحقق یافته باشد و در غیر این موضوع عنوان شکنجه را نمی‌توان به عمل فوق، منسوب نمود. در حقیقت این «شدت» عمل است که عنصر مادی جرم تلقی می‌گردد و نه صرفاً

۱- آشوری، محمد، آئین دادرسی کیفری، چاپ نهم، انتشارات وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، تهران، ۱۳۸۴: ۴۱.

خود «عمل» درد و رنج آور<sup>۱</sup>. نکته قابل ذکر دیگر این است که کنوانسیون تنها افراد حقیقی و مأموران وابسته به دولت را به عنوان مرتکب به رسمیت شناخته است و ارتکاب توسط اشخاص حقیقی و غیر وابسته به دولت را ملاک قرار نداده است. این امر نشان دهنده این موضوع است که کنوانسیون به شکنجه های دولتی و رسمی وابسته به حکومت نظر داشته تا افراد عادی که چنین اعمالی را انجام می دهند<sup>۲</sup>. این مصداق را می توان با قواعد و مقررات ایران در مواردی مشابه دانست.

همچنین کنوانسیون مذکور علاوه بر دولتی و رسمی بودن عامل شکنجه، انگیزه و نیت خاص شخص خاطی را به عنوان یکی دیگر از شرایط لازم جهت اطلاق عنوان شکنجه، ملاک قرار داده است. به عبارت دیگر قصد درونی مرتکب از اعمال شکنجه، کسب اطلاع یا اقرار طرف مقابل باشد. بر همین اساس در بخشی از ماده ی ۱ کنوانسیون چنین آمده است: «برای اهداف این کنوانسیون، عنوان شکنجه می بایست تحقق هر فعل عمدی که به وسیله آن درد، رنج و صدمه که به منظور اهدافی از قبیل کسب اطلاعات یا اقرار از قربانی یا شخص دیگر باشد، باید صورت گیرد.» نکته ی قابل توجه دیگر در خصوص مواد ۶ و ۷ کنوانسیون می باشد. بر اساس مواد مذکور، جرم شکنجه علاوه بر جنبه ی داخلی آن، دارای وجهه بین المللی است که می توان از آن با عنوان «جرائم بین المللی قراردادی»<sup>۳</sup> نام برد. این ویژگی خاص به محاکم داخلی کشورها این اجازه را می دهد تا در صورت دستگیری متهم به شکنجه در هر کشوری، محاکم قضایی آن کشور موظف به محاکمه و یا استرداد وی باشند. زیرا شکنجه را می توان یک «جرم بین المللی ذاتی»<sup>۴</sup> به شمار آورد که از نظر بین المللی، حائز اهمیت خاصی است. علاوه بر آن مستنداً به ماده ی ۷ اساسنامه ی

<sup>۱</sup> - موسوی، سید عباس، شکنجه در سیاست جنایی ایران، سازمان ملل متحد و شورای اروپا، نشر خط سوم، تهران ۱۳۸۲: ۷۱.

<sup>۲</sup> - صادقی، محمد هادی، جرم شکنجه در حقوق ایران، مجله علوم اجتماعی و انسانی دانشگاه شیراز، شماره ی ۳۷، زمستان ۱۳۸۱: ۱۲۵.

<sup>۳</sup> - Treaty Internaional Crime

<sup>۴</sup> - Core International Crime

دیوان بین‌المللی کیفری در صورت تحقق مصادیق این ماده با عمل ارتكابی، شکنجه از جمله «جنایت علیه بشریت» به شماره آمد و در صورتی که مصادیق مذکور در حالت جنگ مسلحانه صورت گیرد، «جنایت جنگی»<sup>۱</sup> اطلاق می‌گردد.

ماده ی ۱۰ کنوانسیون به موضوع آموزش مجریان قانون یا به عبارتی ضابطان قضایی که اقدام به بازداشت و بازجویی از متهمان می‌کند، تأکید می‌ورزد. در ماده ی ۱۱ نیز دولت‌ها را متعهد می‌نماید که به صورت مستمر نسبت به واکاوی و تجدید نظر در قوانین و مقررات بازداشت متهمان و محکومان اقدام کنند. این ماده مقرر می‌دارد: «هر دولت عضو کنوانسیون مکلف است به جهت جلوگیری از تحقق هر نوع شکنجه نسبت به بازبینی مستمر قواعد، روش‌ها و شیوه‌های بازداشت و یا رفتار با افرادی که به روش‌های مختلف تحت نظر دستگاه قضایی دستگیر، بازداشت و زندانی شده‌اند به صورت منظم اقدام نماید» در این خصوص قوانین و مقررات ایران خصوصاً قانون آیین دادرسی کیفری<sup>۲</sup> بر لزوم آموزش ضابطان قضایی تأکید داشته، ضمن اینکه کنوانسیون در این مورد هیچ‌گونه مغایرتی با مفاد مرتبط با قانون اساسی و قوانین عادی ندارد.<sup>۳</sup> لازم به ذکر است که کنوانسیون منع شکنجه ۱۹۸۴ علاوه بر موضوع فوق، دارای تعهدات دیگری نیز می‌باشند.<sup>۴</sup> که از آن جمله می‌توان «جرم‌انگاری سایر مصادیق شکنجه»<sup>۵</sup> را مورد اشاره قرار داد که هیچ‌گونه با قانون اساسی و دیگر قوانین داخلی ایران مغایرتی ندارند.

موضوع قابل توجه و مهم در خصوص تضمین‌های ممنوعیت شکنجه در کنوانسیون، در مقام مقایسه با تضمین‌های مقرر در قوانین و مقررات ایران، مصداق مندرج در ماده ی ۱۶ کنوانسیون است. این ماده مقرر می‌دارد: «دولت‌های عضو کنوانسیون متعهد می‌باشند که در قلمرو خود از

<sup>۱</sup> - Furandzjia

<sup>۲</sup> - ماده ۲۸ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲

<sup>۳</sup> - موسوی، سید عباس، همان: ۳۲

<sup>۴</sup> - ابراهیمی، محمد، تبیین موضوعی ممنوعیت شکنجه و رفتارهای غیر انسانی در نظام بین‌المللی بشر، انتشارات خرسندی، تهران، ۱۳۸۹: ۱۲۳-۱۲۶

<sup>۵</sup> - ماده ی ۴ کنوانسیون منع شکنجه

اعمال رفتارها و یا مجازات‌های خشن، غیر انسانی یا تحقیر کننده دیگر که مشمول ماده‌ی ۱ نیست، جلوگیری نمایند و مقررات مربوط به شکنجه را در مورد آنها، اعمال کنند.»

بر اساس قوانین و مقررات جزایی ایران (قانون مجازات اسلامی) مجازاتی از قبیل شلاق، قطع عضو و سنگسار در این قوانین وجود دارد که همراه با مجازات اعدام، بر اساس روح این ماده، «مجازات خشن» محسوب می‌گردد و از این جهت در زمره‌ی قواعد داخلی و بعضاً بین‌المللی منع شکنجه قرار نمی‌گیرد و می‌توان، مصداق دیگری را برای آن تعبیر نمود.<sup>۱</sup> این تعارض از جمله مواردی بود که گزارشگران ویژه حقوق بشر از جمله کاپیتورن و احمد شهیر بر آن تأکید می‌کردند. به نظر می‌رسد برای رفع این موضوع بهترین راه حل استفاده از حق شرط مندرج در ماده‌ی ۲۸ و ۳۰ کنوانسیون است و راه دیگر صدور اعلامیه تفسیری در خصوص مفاد ماده‌ی ۱۶ می‌باشد. زیرا قوانین و مقررات ایران به قانونگذاران اختیار حذف این گونه مجازات‌ها مخصوصاً مجازات‌های مستوجب حدود و قصاص را نمی‌دهند. در این مورد دولت لوکزامبورگ طی صدور اعلامیه‌ای تفسیری مجازات‌های مقرر در ماده‌ی ۱ کنوانسیون را در صورتی پذیرفته که با قوانین داخلی و بین‌المللی مغایرتی نداشته باشد.<sup>۲</sup> برخی کشورها نیز با غیر قابل دفاع بودن مفاد ماده‌ی ۱، استثنای ذیل این ماده را موجب متزلزل نمودن اساس ممنوعیت شکنجه دانسته و معتقدند اعمال مجازات‌های شدید، جنبه‌ی قانونی یافته و شامل ممنوعیت مقرر در کنوانسیون نگردد.<sup>۳</sup>

## ۲-۲. اسناد و معاهدات خاص (منطقه‌ای)

### ۲-۲-۱. کنوانسیون اروپایی پیشگیری از شکنجه و رفتار یا مجازات غیر انسانی

این کنوانسیون که در سال ۲۰۰۲ میلادی رسمیت یافته و لازم‌الاجرا شده است، ضمن بیان ممنوعیت شکنجه و رفتارهای توهین‌آمیز، بر لزوم پیشگیری از شکنجه و رفتارهای فوق تأکید می‌کند.

<sup>۱</sup>- میر محمد صادقی، حسین، حقوق جزای بین‌الملل، انتشارات جنگل، تهران، ۱۳۷۷: ۵۵

<sup>۲</sup>- Meron, Thodor, Human Rights law Making in the United Nations, Oxford, Clarendon Press, 1986, pp12-13.

<sup>۳</sup>- Ruthren, Malis, Torture: the Grand Conspiracy, London, Weidenreld and Nicolson, 1978, pp20-25



ورزد. بر این اساس تضمین‌هایی را در این خصوص در نظر گرفته است که یکی از اصلی‌ترین و اجرایی‌ترین این ضمانت‌ها، تشکیل کمیته‌ی منع شکنجه<sup>۱</sup> می‌باشد. این کمیته به عنوان یک زیرمجموعه نظارتی مکلف است ضمن بازرسی از زندان‌ها و مکان‌های خاص که امکان اعمال شکنجه در آنجا وجود دارد، نسبت به تهیه و انتشار گزارش اقدام نموده، ضمن اینکه می‌تواند به صدور اعلامیه به منظور اعلام توصیه‌ها و اخطارهای لازم به منظور پیشگیری اقدام نماید. البته این ضمانت اجرا (تهیه و انتشار گزارش و صدور اعلامیه) صرفاً دارای کارکرد غیرقضایی بوده و حق هیچ‌گونه پیگیری قضایی را علیه شکنجه‌گران ندارد.<sup>۲</sup>

## ۲-۲-۲. کنوانسیون اروپایی حقوق بشر و آزادی‌های اساسی

کنوانسیون اروپایی حقوق بشر و آزادی‌های اساسی<sup>۳</sup> که در سال ۱۹۵۳ رسمیت یافت به وسیله‌ی کشورهای اروپایی عضو بر اساس اعلامیه‌ی جهانی حقوق بشر به تصویب رسید. کنوانسیون مذکور مبین مصادیق مختلفی از حقوق بشر و آزادی‌های انسانی است که در ماده‌ی ۳ خود به موضوع منع شکنجه پرداخته است.

یکی از مواردی را که می‌توان نقطه قوت این کنوانسیون قلمداد کرد، وجود تضمین‌های مناسب و مطلوب جهت عدم اجرای حقوق مندرج در معاهده است. نمونه‌ی بارز و نزدیک به موضوع مورد بحث را می‌توان تأسیس کمیسیون اروپایی حقوق بشر بر اساس ساز و کارهای کنوانسیون، نام برد.<sup>۴</sup> این کمیسیون در سال ۱۹۸۸ با اجرایی شدن پروتکل ۱۱ کنوانسیون و ادغام با دادگاه اروپایی حقوق بشر، دیوان جدید اروپایی حقوق بشر را تشکیل دادند. این دیوان دارای

<sup>۱</sup> - رابرتسون، جفری، جنایات علیه بشریت، ترجمه گروه پژوهشی دانشگاه علوم اسلامی رضوی، مشهد، ۱۳۸۳: ۳۲۳.  
<sup>۲</sup> - The European Convention on the protection of Human Right and FandMENTAL Freedoms.

<sup>۳</sup> - ماده‌ی ۲۰ کنوانسیون

<sup>۴</sup> - سالمی، مریم، منع شکنجه و آزار و اذیت در اسناد بین‌المللی و حقوق کیفری ایران، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه تهران، مجمع آموزش عالی قم، ۱۳۸۱: ۱۰۳.

صلاحیت رسیدگی به نقض حقوق بشر و از آن جمله مصادیق شکنجه است، که علاوه بر دولت‌های عضو، نهادها و سازمان‌های غیر دولتی نیز این امکان را دارند که با پذیرش صلاحیت دیوان، به طرح شکایت علیه دولت‌ها اقدام نمایند.

دیوان بر اساس آئین دادرسی خاص خود و با توجه به اعلام شکایت شکات مذکور، پس از بررسی موضوع نقض حقوق بشر از جمله شکنجه و در صورت محکومیت، ملزم به پرداخت خسارات وارده اعم از مادی و معنوی به زیان دیده می‌باشد. ترکیه و یوگوسلاوی سابق از جمله کشورهایی هستند که به استناد آراء دیوان محکوم شده‌اند.

### ۳-۲-۲. کنوانسیون آمریکایی حقوق بشر

این کنوانسیون که دارای ۸۲ ماده است در نوامبر ۱۹۶۹ تصویب و در ژوئن ۱۹۷۸ به مرحله‌ی اجرا درآمد. کنوانسیون مذکور با تأسی از میثاق بین‌المللی حقوق مدنی-سیاسی، با نفی هر گونه شکنجه و رفتارهای غیر انسانی، ضمن در نظر گرفتن تضمین‌های لازم، علاوه بر تشکیل کمیسیون حقوق بشر<sup>۱</sup>، به تأسیس دادگاه آمریکایی حقوق بشر اقدام نموده است.<sup>۲</sup> دادگاه مذکور از صلاحیت لازم جهت رسیدگی به نقض حقوق بشر خصوصاً اعمال شکنجه برخوردار بوده و در صورت ارجاع از جانب کمیسیون و یا دولت‌های عضو، بر اساس آئین دادرسی خود می‌تواند به موارد شکنجه یا رفتارهای غیر انسانی، رسیدگی نموده و ضمن صدور حکم مبنی بر محکومیت، نسبت به جبران خسارات مادی و معنوی زیان دیده حکم مقتضی صادر نماید. از طرفی، دادگاه آمریکایی حقوق بشر می‌تواند برای پیشگیری از ایراد خسارت‌های بیشتر، اقدامات خاصی را جهت این منظور انجام دهد.

<sup>۱</sup>- ماده‌ی ۵۲

<sup>۲</sup>- ماده‌ی ۶۲

### ۳-۲. آراء محاکم بین‌المللی

#### ۱-۳-۲. دیوان کیفری بین‌المللی

دیوان کیفری بین‌المللی یک دادگاه بین‌المللی است که موضوعات کیفری بین‌المللی از جمله جنایات جنگی، جنایات علیه بشریت را با صلاحیت‌های خاص خود مورد رسیدگی قرار می‌دهد. این دیوان به عنوان یک نهاد دائمی، مقید به قواعد دادرسی مصوب دولت‌های عضو بوده که به صورت غیابی و مستقل از سازمان ملل متحد به پرونده‌های فوق‌رسیدگی می‌کند.<sup>۱</sup> دیوان دارای صلاحیت تکمیلی بوده، بدین صورت که اگر دولت عضو متمایل به تعقیب متهم نباشد و یا توانایی آن را نداشته باشد، دیوان به طور مستقیم می‌تواند صلاحیت‌های خود را در این گونه موارد، اعمال کند. همچنین دولت‌های عضو می‌توانند در صورت تمایل، مستقیماً به دیوان، صلاحیت رسیدگی را اعطاء نمایند.<sup>۲</sup> در صورتی که شرایط مذکور در خصوص متهم به شکنجه اعمال گردد و به محکومیت فرد یا مقام خاطی منجر شود، رای صادره دیوان می‌تواند به عنوان یک سند بین‌المللی به شمار آید.

#### ۲-۳-۲. دیوان بین‌المللی دادگستری

این دیوان مستنداً به بند ۱ ماده ۹۳ منشور سازمان ملل متحد به عنوان رکن قضایی این سازمان شناخته می‌گردد و اعضای سازمان می‌توانند ضمن پذیرش منشور و یا مستقیماً، اساسنامه دیوان را به رسمیت بشناسند. با توجه به اساسنامه دیوان، صرفاً دولت‌ها جهت حل و فصل اختلافات خود حق مراجعه به دیوان را دارند ولی حق مذکور در صورتی که افراد از حمایت دیپلماتیک کشور متبوع خود برخوردار باشند نیز قادر خواهند بود، از صلاحیت‌های دیوان استفاده نمایند.<sup>۳</sup> در مورد

<sup>۱</sup>- فضائلی، مصطفی، دادرسی عادلانه در محاکمات کیفری بین‌المللی، چاپ اول، انتشارات شهر دانش تهران، ۱۳۸۷: ۱۵۵.

<sup>۲</sup>- نانچیک، ماپرا، دیوان کیفری بین‌المللی و تروریسم، ترجمه آل محمد، فاطمه، نشریه تعالی حقوق، سال سوم، شماره ۲۷-۲۸، ۱۳۸۷: ۳۹.

<sup>۳</sup>- ضیائی بیگدلی، محمدرضا، حقوق بین‌الملل عمومی، چاپ هفدهم، انتشارات گنج دانش، ۱۳۸۱: ۴۵۹.

اعمال شکنجه نیز در صورتی که فرد از شرایط لازم برخوردار باشد و کشور متبوع نیز از وی حمایت دیپلماتیک کند، این امکان وجود دارد که پس از طرح پرونده، دیوان نسبت به موضوع رسیدگی نموده و رأی مقتضی صادر نماید. رأی دیوان بین‌المللی دادگستری در این گونه موارد می‌تواند به عنوان یک سند حقوق بشری بین‌المللی ممنوعیت شکنجه، مورد توجه قرار گیرد.

#### ۴-۲. سایر اسناد حقوق بشری

از جمله اسناد حقوق بشری که منع شکنجه را در هر شرایطی به رسمیت شناخته است ماده‌ی ۳ کنوانسیون‌های ۱۹۴۹ ژنو می‌باشد. از آنجائی که کنوانسیون‌های ژنو عمدتاً به موضوع جنگ و مخاصمات مسلحانه بین‌المللی پرداخته‌اند، از این رو، ممنوعیت شکنجه در این کنوانسیون‌ها از اهمیت خاصی برخوردار است<sup>۱</sup>. ماده‌ی فوق هر گونه شکنجه افراد نظامی که سلاح خود را کنار گذاشته و یا به دلیل بیماری یا توقف، از جنگ خارجی کناره گرفته و توانایی جنگ را ندارند را ممنوع نموده است. همچنین این ممنوعیت در مورد مخاصمات داخلی نیز به رسمیت شناخته شده است. لازم به ذکر است که ماده‌ی ۳ کنوانسیون‌های ۱۹۴۹ عیناً در پروتکل‌های الحاقی ۱۹۷۷ نیز بیان شده و شکنجه را در حساس‌ترین و بحرانی‌ترین اوضاع و احوال منع کرده است. ماده‌ی ۳ اعلامیه‌ی ۱۹۷۵، اعمال شکنجه را توسط دولت‌ها را حتی در مخاصمات جنگی بین‌المللی و عدم ثبات داخلی و سایر موارد مشابه ممنوع می‌داند.

#### ۳-تضمین‌های منع شکنجه در ایران

##### ۱-۳. تضمین‌های قانونی

##### ۱-۱-۳. قانون اساسی

قانون اساسی ایران پس از پیروزی انقلاب بهمن ۵۷ توسط منتخبین مردم در مجلس بررسی نهایی قانون اساسی (مجلس خبرگان)، پس از تدوین و تصویب در روزهای دهم و یازدهم فروردین

<sup>۱</sup> - ممتاز، جمشید، رنجبران، امیر حسین، حقوق بین‌الملل بشردوستانه مخاصمات مسلحانه داخلی، نشر میزان، تهران،

ماه ۱۳۵۸ از طریق رفراندوم به تأیید و تصویب مردم ایران رسید پس از ده سال در مردادماه سال ۱۳۶۸ مورد بازنگری قرار گرفت که اصولی از آن تغییر و یا حذف و اصلاح گردید. این موضوع بیشتر حول محور تمرکز در هر یک از قوای سه‌گانه، مقام رهبری، مجمع تشخیص مصلحت نظام و چگونگی بازنگری در قانون اساسی بود ولی حقوق مندرج در فصل سوم (حقوق ملت) به قوت خود باقی ماند و اصول مندرج در آن همان اصول قانون اساسی، سال ۱۳۵۸ باقی ماند.

### ۱-۱-۳. اصل ۲۲ قانون اساسی

اولین اصلی که می‌توان آن را یک ضمانت اجرای قانون اساسی به صورت غیر مستقیم بر منع شکنجه به شمار آورد، اصل ۲۲ قانون اساسی است. این اصل مقرر می‌دارد: «حیثیت، جان، مال، حقوق، مسکن، شغل، اشخاص از تعرض مصون است، مگر در مواردی که قانون تجویز کند». در این اصل قانون اساسی نمی‌توان مطالبی یافت که به صورت مستقیم بر لزوم منع شکنجه اشاره ای نموده باشد؛ اما از آنجائی که شکنجه اعم از جسمی و یا روانی ممکن است حیثیت فردی و اجتماعی و یا جسم فرد را مورد تعرض قرار دهد و یا اینکه به نحوی آبرو و حیثیت شخص یا بستگان و نزدیکان وی را زیر سوال ببرد، می‌توان این اصل را یک ضمانت اجرای غیر مستقیم ممنوعیت شکنجه در قانون اساسی دانست. البته توجه به این نکته ضروری است که در پایان این اصل، عبارت «... مگر در مواردی که قانون تجویز می‌کند.» آمده است که البته می‌توان بیان داشت که منظور قانون اساسی تمام مصادیق مندرج در این اصل نبوده؛ بلکه این امر مورد توجه قانونگذار اساسی بوده است که به طور مثال فردی که بزهکار شناخته شده و محکوم به حبس (در مورد جان و حیثیت) توقیف مال و یا جریمه و یا محرومیت از برخی حقوق فردی و یا اجتماعی گردیده را مورد نظر داشته، نه هر شخص دیگری و این را می‌توان از آن مستثنی دانست و بر این اساس، شکنجه در هر صورت مورد تجویز این اصل قرار نگرفته است.

### ۲-۱-۱-۳. اصل ۳۲ قانون اساسی

اصل ۳۲ قانون اساسی: «هیچ کس را نمی‌توان دستگیر کرد مگر به حکم و ترتیبی که قانون معین می‌کند. در صورت بازداشت، موضوع اتهام باید با ذکر دلایل بلافاصله کتباً به متهم ابلاغ و تفهیم شود و حداکثر ظرف مدت بیست و چهار ساعت پرونده مقدماتی به مراجع صالحه قضایی ارسال و مقدمات محاکمه، در اسرع وقت فراهم گردد. متخلف از این اصل، طبق قانون مجازات می‌شود.»

این اصل ناظر بر دستگیری و بازداشت‌های خودسرانه و غیر قانونی و بدون دلایل موجه توسط مراجع صالح و یا غیر صالح است. هدف مقنن اساسی بر این مبنا استوار بوده که از طرفی مانع دستگیری و یا بازداشت غیر قانونی شود و از طرف دیگر از اقداماتی که ممکن است در هنگام دستگیری و یا بازداشت هر شخص صورت گیرد مانند بد رفتاری و یا شکنجه جلوگیری نماید. اصل مذکور را می‌توان یکی دیگر از مصادیق تضمین غیر مستقیم منع شکنجه در قانون اساسی به شمار آورد. این اصل، هم تکلیف مراجع و مقامات صالح در این خصوص را بیان داشته و هم از اقدامات خودسرانه و تبعات آن پیشگیری می‌کند.

### ۳-۱-۱-۳. اصل ۳۸ قانون اساسی

این اصل را می‌توان شفاف‌ترین اصل قانون اساسی در مبحث منع شکنجه دانست که بدون هیچ‌گونه محدودیتی منع شکنجه را به رسمیت شناخته است.<sup>۱</sup> اصل مذکور مقرر می‌دارد: «هر گونه شکنجه برای گرفتن اقرار و یا کسب اطلاع ممنوع است. اجبار شخص به شهادت، اقرار و یا سوگند مجاز نیست و چنین شهادت، اقرار و سوگندی فاقد ارزش و اعتبار است. متخلف از این اصل طبق قانون، مجازات می‌شود.» در خصوص اصل فوق، می‌توان بیان داشت که هدف قانونگذار اساسی با توجه به استفاده از عبارت «هر گونه» گسترش حدود و ثغور همه‌نوع شکنجه اعم از جسمی و یا روحی بوده است که البته در این مورد می‌توان به اهداف شکنجه از قبیل کسب اطلاع، اقرار

۱- هاشمی، محمد، حقوق بشر و آزادی‌های اساسی، ویرایش دوم، انتشارات میزان، تهران، ۱۳۸۴: ۳۱۶.

از خود شخص و یا دیگری، مجبور نمودن شخص به شهادت، اقرار و سوگند را مورد اشاره قرار داد که البته این موضوع، صرفاً جهت تمثیل بیان شده و می‌تواند شامل موارد دیگری نیز باشد.<sup>۱</sup> علاوه بر آن، قانونگذار اساسی در اصل ۳۸ از دو منظر فقهی و حقوق بشری به موضوع شکنجه توجه نموده است به عبارتی دیگر در این اصل، هم مبنای فقهی قاعده‌ی منع شکنجه و حرمت آن، مورد نظر بوده و هم ممنوعیت آن بر اساس اسناد، معاهدات و کنوانسیون‌های بین‌المللی حقوق بشری.

اصل ۳۸ قانون اساسی را می‌توان یک اصل جامع و کامل در خصوص منع شکنجه به شمار آورد که تمامی جوانب موضوع را مورد نظر و توجه خود قرار داده است.

#### ۴-۱-۱-۳. اصل ۳۹ قانون اساسی

قانون اساسی در اصل سی و نهم هتک حرمت و حیثیت کسی که به حکم قانون دستگیر، بازداشت، زندانی و یا تبعید شده را مورد توجه قرار داده است که روح این اصل متوجه اشخاص مسئول در این گونه مصداقی می‌باشد و عمدتاً نهادهای مرتبط را شامل می‌شود. این اصل در واقع مبنای یکی از قوانین عادی در این خصوص واقع شده که در جای خود بحث است.

#### ۵-۱-۱-۳. سایر اصول قانون اساسی

علاوه بر چهار اصلی که در بندهای گذشته مورد بررسی قرار گرفت، اصول دیگری از قانون اساسی نیز وجود دارند که به صورت ضمنی به موضوع منع شکنجه، اشاره نموده اند که در این خصوص می‌توان از اصول ۲۳، ۳۲، ۳۳، ۳۶ و ۳۷ قانون اساسی نام برد.<sup>۲</sup>

<sup>۱</sup> - فلاح زاده، علی محمد، بررسی تطبیقی منع شکنجه و ... و قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، پایان نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه تهران ۱۳۸۵: ۹۸.

<sup>۲</sup> - اصل ۲۳ «تفتیش عقاید ممنوع است و هیچ کس را نمی‌توان به صرف داشتن عقیده‌ای مورد تعرض و مواخذه قرار داد.» اصل ۳۲ «هیچ کس را نمی‌توان دستگیر کرد مگر به حکم یا ترتیبی که قانون معین می‌کند...» اصل ۳۳ «هیچ کس را نمی‌توان از محل اقامت خود تبعید کرد یا از اقامت در محل مورد علاقه اش ممنوع یا به اقامت در محلی مجبور ساخت، مگر در مواردی که قانون مقرر می‌دارد.» اصل ۳۶ «حکم مجازات و اجرای آن باید تنها از طریق دادگاه صالح

## ۲-۱-۳. قوانین عادی

### ۱-۲-۳. قانون مجازات اسلامی

مهم‌ترین مصداق مقررات عادی که می‌تواند آن را ضمانت اجرای کیفری اصل ۳۸ قانون اساسی به شمار آورد ماده‌ی ۵۷۸ قانون مجازات اسلامی است که به نحوی به جرم انگاری مفهوم شکنجه پرداخته است، این ماده مقرر می‌دارد «هر یک از مستخدمان و مأموران قضایی یا غیرقضایی دولتی برای اینکه متهمی را مجبور به اقرار کند، او را اذیت و آزار بدنی نماید، علاوه بر قصاص یا پرداخت دیه حسب مورد به حبس از شش ماه تا سه سال محکوم می‌گردد و چنانچه کسی در این خصوص دستور داده باشد فقط دستور دهنده به مجازات حبس مذکور محکوم خواهد شد و اگر متهم به وسیله‌ی اذیت و آزار، فوت کند مباشر مجازات قاتل و آمر مجازات آمر قتل را خواهد داشت.» آنچه در مورد این ماده قابل توجه به نظر می‌رسد این است که ماده فوق، مفهوم شکنجه را محدود به شکنجه‌های جسمی آن هم به قصد گرفتن اقرار نموده است.<sup>۱</sup> در حالی که شکنجه روحی نیز مصداق بارز شکنجه بوده و اصل ۳۸ قانون اساسی نیز مفهوم شکنجه را اعم از جسمی و روحی و به قصد مواردی فراتر از کسب اقرار دانسته است. به عبارتی دیگر شکنجه می‌تواند هم جنبه مادی داشته باشد و هم جنبه غیر مادی که البته در موارد بسیاری، شکنجه به صورت جسمی می‌تواند مد نظر قرار گیرد.<sup>۲</sup> عدم تصریح قانونگذار در این ماده به شکنجه روحی نمی‌تواند دلیل این امر باشد که مقنن صرفاً به تبیین شکنجه جسمی پرداخته است زیرا پذیرش این موضوع به معنای نقض اصل ۳۸ قانون اساسی و مغایر با آن محاسبه می‌گردد. تردید در این موضوع که مقنن در این ماده به شکنجه روحی نظر نداشته است نیز نمی‌توان بی‌ربط دانست زیرا اگر قانون اساسی را یکی

و به موجب قانون باشد. اصل ۳۷ «اصل برائت است و هیچ کس از نظر قانون مجرم شناخته نمی‌شود مگر اینکه جرم او در دادگاه صالح ثابت گردد.»

<sup>۱</sup> - شکر، رضا، سیروس، قادر، قانون مجازات اسلامی در نظم کنونی، ویرایش دوم، نشر مهاجر، تهران، ۱۳۸۵: ۵۸۷.

<sup>۲</sup> - ماتینلی، فرانکو، تاریخ تفتیش عقاید، ترجمه صادقیانی، ابراهیم، انتشارات جهان رایانه، تهران، ۱۳۷۸: ۹۸.



از منابع مهم حقوقی مخصوصاً حقوق کیفری بدانیم،<sup>۱</sup> استناد به آن به عنوان عنصر قانونی جرم، محل تردید می‌باشد، در نتیجه، ممنوعیت شکنجه می‌بایست از یک عنصر قانونی جامع و کامل برخوردار باشد<sup>۲</sup> تا بتوان در موارد لازم بدان استناد نمود زیرا این موضوع مغایر با اصل قانونی بودن مجازات‌ها می‌باشد. در این خصوص لازم است در ماده‌ی فوق، تجدید نظری حاصل گردد تا کلیه‌ی مصادیق شکنجه را در برگیرد. ذکر این نکته قابل توجه است که در قانون مجازات اسلامی موارد دیگری نیز وجود دارد که می‌توان آن را در ارتباط با موضوع شکنجه دانست. از جمله ماده‌ی ۵۷۸ این قانون که بیشتر آن را می‌تواند ضمانت اجرای اصل ۳۹ قانون اساسی دانست که باز آن هم به نوعی به شکنجه‌ی جسمی نظر داشته و نه شکنجه‌ی روحی. با این وجود می‌توان ماده‌های ۶۶۸ و ۶۶۹ قانون مجازات اسلامی را منطبق با ضمانت اجرای شکنجه روحی به حساب آورد. اصل ۶۶۸ مقرر می‌دارد «هر کس با جبر و قهر یا با اکراه و تهدید، دیگری را ملزم به دادن نوشته یا سند یا امضاء یا مهر نماید، به حبس از سه ماه تا دو سال و تا ۷۴ ضربه شلاق محکوم خواهد شد.» و ماده‌ی ۶۶۹ نیز بیان می‌دارد: «هر کس دیگری را به هر نحو تهدید به قتل یا ضررهای نفسی یا شرفی و یا به افشاء سری نسبت به خود یا بستگان او نماید، اعم از اینکه به واسطه‌ی تقاضای وجه یا مال یا تقاضای انجام امر یا ترک فعلی را نموده یا ننموده باشد، به مجازات شلاق تا ۷۴ ضربه یا زندان از دو ماه تا دو سال محکوم خواهد شد.»

## ۲-۲-۱-۳. قانون مجازات جرائم نیروهای مسلح

ماده‌ی ۳۵ قانون جرائم نیروهای مسلح مصوب سال ۱۳۸۲ مقرر می‌دارد: «هر نظامی در ارتباط با خدمت نسبت به مجروح یا بیماری که قدرت دفاع از خود را ندارد آزار روحی یا صدمه بدنی وارد نماید...» این ماده صرفاً کارکنان نیروهای مسلح اعم از ارتش، سپاه و نیروی انتظامی را شامل می‌شود که در برخورد با اشخاص مجروح یا بیمار که به دفاع از خود قادر نیستند، به آزار روحی

<sup>۱</sup> - باهری، محمد، نگرشی بر حقوق جزای عمومی، ویرایش دوم، انتشارات مجد، تهران، ۱۳۸۰: ۵۹ و ۵۸.

<sup>۲</sup> - هاشمی، پیشین: ۳۱۷.

و جسمی آنان اقدام می‌نمایند. همان‌گونه که مشاهده می‌کنیم در این ماده هم به شکنجه‌ی جسمی و هم شکنجه‌ی روحی اشاره داشته و بدان پرداخته است.

### ۳-۲-۱-۳. قانون آیین دادرسی کیفری

در قوانین شکلی همچون قانون آیین دادرسی کیفری به نحوی موضوع ممنوعیت شکنجه را مطرح می‌کند. ماده‌ی ۶۰ این قانون مقرر می‌دارد: «در بازجویی‌ها، اجبار یا اکراه متهم، استفاده از کلمات موهن، طرح سوالات تلقینی یا اغفال‌کننده یا سوالات خارج از موضوع اتهام ممنوع است و اظهارات متهم در پاسخ به چنین سوالاتی و همچنین اظهاراتی که ناشی از اجبار یا اکراه است، معتبر نیست...» علاوه بر ماده‌ی فوق، در ادامه ماده‌ی ۱۹۵ همین قانون، مقرر داشته «... پرسش تلقینی یا همراه با اغفال، اکراه و اجبار متهم ممنوع است. با توجه به دو ماده‌ی فوق چنین می‌توان استنباط کرد که قانونگذار حتی در قوانین غیر موضوعه و شکلی نیز، ممنوعیت شکنجه را با حساسیت خاص خود اظهار نموده و به رسمیت شناخته است.

### ۳-۲-۱-۴. قانون احترام به آزادی‌های مشروع و حفظ حقوق شهروندی

این قانون را که می‌توان یکی از مهم‌ترین قوانین عادی در خصوص موضوعات تخصصی همچون شکنجه و ممنوعیت آن به حساب آورد، در سال ۱۳۸۳ به صورت بخشنامه از طرف رئیس قوه‌ی قضائیه وقت به منظور، عملکرد مطلوب مراجع قضایی و ضابطان آنها صادر شد<sup>۱</sup> و در همان سال پس از تصویب در مجلس به صورت قانون درآمد. در بندهای ۶ و ۷ این قانون که به صورت ماده واحد تصویب شده است، هر گونه آزار و اذیت افراد دستگیر شده اعم از بستن چشم و سایر

<sup>۱</sup> - صادق منش، جعفر، سیاست جنایی قانونگذار ایران در قانون احترام به آزادی‌های مشروع و حفظ حقوق شهروندی، مجله حقوق دادگستری، شماره ۷۲.

اعضاء و تحقیر آنها که نوعی شکنجه‌ی روانی محسوب می‌گردد ممنوع است.<sup>۱</sup> از طرفی در این قانون پوشاندن صورت، نشستن پشت سر متهم یا بردن متهمان به اماکن نامعلوم و هر گونه اقدام خلاف قانون دیگری توسط بازجویان و مأموران تحقیق، منع شده است. همچنین بند ۹ این قانون به صورت صریح بر ممنوعیت هر گونه شکنجه متهم تأکید می‌نماید. این بند بیان می‌دارد: «هر گونه شکنجه‌ی متهم به منظور اخذ اقرار و یا اجبار به امور دیگری ممنوع بوده و اقرارهای اخذ شده به این وسیله، حجیت شرعی و قانونی نخواهد داشت.» آنچه در مورد این قانون قابل توجه می‌باشد این است که اولاً مفاد آن مخصوصاً ماده‌ی اخیر می‌تواند به عنوان مصداق یک قانون عادی منطبق بر اصل ۳۸ قانون اساسی به شمار آید، ثانیاً قانونگذار در قانون فوق، به شیوه‌های پیشین دادرسی‌های کیفری با نگرشی نوگرا به حمایت از حقوق متهم پرداخته و آن را مورد حمایت قرار داده است.

## ۲-۳. تضمین‌های قضایی

### ۱-۲-۳. دادگاه‌های دادگستری

در سیستم قضایی ایران دادگاه‌ها به سه دسته تقسیم می‌شوند که عبارتند از؛ دادگاه حقوقی، دادگاه جزایی و دادگاه انقلاب. در راستای موضوع این تحقیق نقش دادگاه‌های کیفری و صلاحیت آنها از باب مجازات افراد متهم به شکنجه به وضوح دیده می‌شود. در معیت دادگاه‌های کیفری و انقلاب، دادسراهای عمومی و انقلاب قرار دارند که وظیفه‌ی عمده دادسراها، تحقیق، تعقیب جرم و متهم می‌باشد. به عبارتی دیگر تحقیقات مقدماتی در هر جرمی، پیش از آنکه در دادگاه‌های کیفری مطرح شود، می‌بایست در دادسراها که خود شامل شعبه‌های دادرسی و بازپرسی می‌باشند بررسی و در نهایت قرارهای لازم صادر گردد. البته نباید از کارکرد محاکم حقوقی در

<sup>۱</sup>- ماده ۶: «در جریان دستگیری و بازجویی یا استطلاع و تحقیق، از ایزدای افراد نظیر بستن چشم و سایر اعضاء، تحقیر و استخفاف به آنان اجتناب گردد. ماده ۷: «بازجویان و مأموران تحقیق از پوشاندن صورت و یا نشستن پشت سر متهم یا بردن آنان به اماکن نامعلوم و کلاً اقدامات خلاف قانون خودداری ورزند.»

خصوص مسائل مربوط به شکنجه به سادگی گذشت زیرا در صورتی که خسارت مالی و یا معنوی به شخص شکنجه شده وارد آمده باشد می توان علاوه بر طرح همزمان در محاکم کیفری، به صورت جداگانه در محاکم حقوقی نیز مطرح و اقامه ی دعوی نمود. علاوه بر آن دادسرا و دادگاه انتظامی قضات نیز به عنوان یک محکمه ی تخصصی جهت برخورد با تخلف قضات دادگستری در مواقعی که در شکنجه، بازجویی و تحقیق، اجبار و اکراه متهم به اقرار، سوگند و شهادت و ... به صورت مستقیم و یا غیر مستقیم مداخله می کنند را می توان مورد نظر قرار داد که در این مورد در صورت احراز تخلف، متخلف به مجازات مقرر انتظامی محکوم خواهد شد. به طور کلی می توان اظهار داشت که با توجه به اینکه شکنجه در قانون مجازات ایران و برخی دیگر از قوانین که در بندهای گذشته بدان اشاره شده جرم انگاری شده است پس در واقع مراجع قضایی در صورت شکایت بزه دیده و اثبات جرم، متهم را محکوم به مجازات مقرر قانونی می کنند. از این طریق دادگاه های دادگستری و مخصوصاً محاکم کیفری را می توان به عنوان یک نهاد تضمین کننده منع شکنجه و یکی از مصادیق تضمین های قضایی به شمار آورد.

## ۲-۲-۳. رویه ی قضایی

آنچه در باب رویه ی قضایی به عنوان یکی از مصادیق تضمین ها قضایی منع شکنجه می توان مورد بررسی قرار داد این است که آراء محاکم قضایی اعم از بدوی، تجدیدنظر و دیوان عالی کشور به عنوان نهادهای تالی و عالی قضایی چه رویه ای را در مورد آراء مربوط به شکنجه در کلیه ی مراحل دادرسی اعمال می کنند و از طریق ارزیابی و بررسی این آراء می توان به حساسیت و پای بندی محاکم قضایی به مقابله با شکنجه پی برد. البته این نکته را نباید فراموش کرد که سیاست های جنایی را نمی توان درون قوانین و مقررات جستجو کرد؛ بلکه بسیاری از این موارد، ممکن است توسط محاکم قضایی و آراء اصداری آنها به چالش کشیده شود و برای هر رویه و یا تفسیر صحیحی از قوانین باید به اصل نسبی بودن سیاست کیفری در بعد زمان و مکان توجه نمود. به طور کلی می توان گفت رویه ی قضایی مخصوصاً ایجاد وحدت رویه ی قضایی در خصوص هر جرمی

مانند شکنجه که توسط دیوان عالی کشور صورت می‌گیرد می‌تواند نقش سازنده‌ای به عنوان یک تضمین اساسی قضایی در موضوع شکنجه محسوب گردد.<sup>۱</sup>

### ۳-۳. تضمین‌های آموزشی

در بسیاری از موارد این موضوع مصداق پیدا می‌کند که مأموران، بازجویان و حتی مقاماتی که به نحوی در تحقیقات مقدماتی مشارکت دارند به دلیل عدم ارائه آموزش‌های لازم توسط سایر مراجع از جرم بودن شکنجه و نیز حقوق متهم مطلع نیستند و آن را در راستای انجام وظیفه می‌دانند. پیرامون آن در بندهای بعدی با عنایت به کنوانسیون منع شکنجه توضیحات کاملی ارائه می‌گردد.

### نتیجه‌گیری

ضمانت‌های منع شکنجه در ایران و نیز تضمین‌های مندرج در اسناد بین‌المللی حقوق بشری از جمله کنوانسیون منع شکنجه ۱۹۸۴ را می‌توان از راهکارهای مناسب و مطلوب جهت ممنوعیت هر نوع شکنجه و رفتار غیر انسانی در هر شرایطی به شمار آورد. در این خصوص نمی‌توان از نقش مهم عوامل تعیین‌کننده و موثر در موضوع قانونگذاری، اجرایی و قضایی داخلی، به سادگی چشم پوشی کرد و می‌بایست آن را با نظام بین‌المللی و جهانی مقایسه و مورد بررسی، ارزیابی و مقایسه قرار داد.

همان‌گونه که در موضوع ضمانت‌های داخلی به آن اشاره شد، قانون اساسی در اصل ۳۸ تا حدودی منطبق با اسناد بین‌المللی حقوق بشری و حتی منطقه‌ای تنظیم شده است ولی در سایر قوانین خصوصاً قانون مجازات اسلامی از جمله مواد ۵۷۸ و ۵۷۹ و نیز مفاد مربوط به مجازات‌های

<sup>۱</sup> - لازرژ، کریستین، درآمدی بر سیاست جنایی، ترجمه نجفی ایرندآبادی، علی حسین، چاپ اول، انتشارات میزان، تهران ۱۳۸۲: ۱۲۱.

بدنی، می‌توان اظهار داشت که منطبق با اسناد و معاهدات بین‌المللی حقوق بشری مورد تصویب قرار نگرفته است.

از نظر اجرایی نیز وجود بازداشتگاه‌های غیرقابل نظارت و بعضاً غیر قانونی نیز موجب انجام اعمالی می‌شود که در عمل با موازین قانونی داخلی و ضمانت‌های آن و همچنین تضمین‌های بین‌المللی حقوق بشری همخوانی ندارد. عدم وجود ضمانت‌های اجرایی مناسب و نیز ناقص، یکی دیگر از مصادیق منطبق نبودن تضمینات قانونی با اسناد بین‌المللی حقوق بشری است.

در بعد قضایی نیز علیرغم وجود قوانین و مقررات و نیز تأسی از برخی اسناد بین‌المللی حقوق بشری، راهبردها و مجازات‌های در نظر گرفته شده در زمینه مبارزه با شکنجه دارای اشکالات فراوان بوده و لازم است که در این گونه موارد، دستگاه قضایی به وظیفه‌ی ذاتی خود به صورت مطلوب‌تر عمل نماید.

این موضوع را می‌بایست در نظر گرفت که ایران تاکنون به کنوانسیون منع شکنجه به عنوان مهم‌ترین سند بین‌المللی حقوق بشری در مورد ممنوعیت شکنجه و رفتارها و مجازات‌های غیر انسانی، ملحق نشده و لازم است در این خصوص اراده‌ی جدی و قاطعی صورت گیرد.

در پایان بر این مساله تأکید می‌شود که با به‌کارگیری تدابیر خاص قانونگذاری، اجرایی، قضایی و حتی نظارتی و آموزشی می‌توان در هر چه نزدیک شدن ضمانت‌های منع شکنجه در ایران و اسناد بین‌المللی حقوق بشری اقدام نمود.

## منابع و مآخذ

### الف) منابع فارسی

- ۱- آشوری، محمد، (۱۳۸۴) آئین دادرسی کیفری، چاپ نهم، تهران، انتشارات وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
- ۲- ابراهیمی، محمد(۱۳۸۹) تبیین موضوعی، ممنوعیت شکنجه و رفتارهای غیر انسانی در نظام بین المللی بشر، تهران، انتشارات خرسندی.
- ۳- باهری، محمد(۱۳۸۰) نگرشی بر حقوق جزای عمومی، ویرایش دوم، تهران، انتشارات مجد.
- ۴- پوربافرانی، حسن (۱۳۸۸) جرائم علیه اشخاص، چاپ اول، تهران، انتشارات جنگل.
- ۵- جانسون، گلن، ترجمه پوینده، محمد جعفر(۱۳۷۷) اعلامیه جهانی حقوق بشر و تاریخچه آن، تهران، انتشارات نی.
- ۶- جعفری لنگرودی، محمد جعفر(۱۳۷۸) مبسوط ترمینولوژی حقوق، تهران، جلد ۳، انتشارات گنج دانش.
- ۷- حمیم، سلیمان(۱۳۶۸) فرهنگ کوچک حمیم (انگلیسی-فارسی) چاپ یازدهم، تهران، نشر فرهنگ معاصر.
- ۸- دهخدا، علی اکبر(۱۳۷۷) لغت نامه دهخدا، جلد ۹، ویرایش دوم، تهران، انتشارات امیرکبیر.
- ۹- رابرتسون، جعفری، ترجمه گروه پژوهشی دانشگاه علوم اسلامی رضوی(۱۳۸۳) مشهد.
- ۱۰- سالمی، مریم(۱۳۸۱) منع شکنجه و آزار و اذیت در اسناد بین المللی و حقوق کیفری ایران، پایان نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه تهران، مجتمع آموزش عالی قم.
- ۱۱- شکری، رضا، سیروس، قادر(۱۳۸۵) قانون مجازات اسلامی در نظم کنونی، ویرایش دوم، تهران، نشر مهاجر.
- ۱۲- صادقی، محمد هادی(۱۳۸۱) جرم شکنجه در حقوق ایران، مجله علوم اجتماعی و انسانی دانشگاه شیراز، شماره ۳۷.

- ۱۳- صادق منش، جعفر، سیاست جنایی قانونگذار ایران در قانون احترام به آزادی های مشروع و حفظ حقوق شهروندی، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۷۲.
- ۱۴- عمید، حسن (۱۳۶۹) فرهنگ فارسی عمید، چاپ سوم، تهران، انتشارات امیرکبیر.
- ۱۵- فلاح زاده، علی محمد (۱۳۸۵) بررسی تطبیقی منع شکنجه و ... و قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، دانشگاه تهران، پایان نامه کارشناسی ارشد.
- ۱۶- لازرژ، کریستین، ترجمه نجفی ایرندآبادی، علی حسین (۱۳۸۲) درآمدی بر سیاست جنایی، چاپ اول، تهران، انتشارات میزان.
- ۱۷- ماتینلی، فرانکو، ترجمه صادقیانی، ابراهیم (۱۳۷۸) تاریخ تفتیش عقاید، تهران، انتشارات جهان رایانه.
- ۱۸- معین، محمد (۱۳۶۴) فرهنگ فارسی، جلد ۲، ویرایش سوم، تهران، انتشارات امیرکبیر.
- ۱۹- موسوی، سید عباس (۱۳۸۲) شکنجه در سیاست جنایی ایران، سازمان ملل متحد و شورای اروپا، تهران، نشر خط سوم.
- ۲۰- میر محمد صادقی، حسین (۱۳۷۷) حقوق جزای بین الملل، تهران، انتشارات جنگل.

### (ب) منابع خارجی

- 1- General comment no 20,10/3/1392. Doc,u.N.HRI/GEN/1/Rev.7.12 May 2004, Compilation of General Comments and General Recommendation adopted human right treaty bodies.
- 2- Meron Thodor 1986 Human Right law Making in the united Nations, Oxford, clarendon press.
- 3- Ruthern Malis, 1978 Torture: the Grand Conspiracy, London, Weidenreld and Nicolson.
- 4- Walker, David, 1980, the oxford companion to law, London, oxford university clarendon press oxford.



## بررسی تطبیقی مولفه‌های حقوق شهروندی در قوانین اساسی

### ایران، مصر و تونس

وحید خانی<sup>۱</sup>

محمد مظہری<sup>۲</sup>

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۰۵/۱۲

تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۰۴/۲۲

### چکیده

حقوق شهروندی در قوانین اساسی از درجه ی والایی برخوردار است. وجود آزادی های عمومی و حقوق شهروندی جزو شروط پایه ای تشکیل حکومت های مردم سالار است که در اعلامیه های حقوق بشری بر ضمانت و صیانت از آنها تاکید می شود. شکل گیری جنبش دستورگرایی و تحدید اختیارات حکومت های خودکامه از نقاط عطف توجه به قوانین اساسی و نهضت های منطبق بر حقوق شهروندی است هر سه کشور ایران، مصر و تونس دارای اشتراکات دینی، فرهنگی و باستانی متعدد هستند، به ویژه ایران و مصر که از لحاظ تاریخی جزو بزرگترین تمدن های باستان بوده اند و هر سه کشور انقلاب و دگرگونی سیاسی را تجربه کرده اند. پژوهش حاضر با نگرش اجمالی به بررسی تطبیقی مهم ترین مولفه های حقوق شهروندی در قوانین اساسی ایران، جمهوری عربی مصر و جمهوری تونس، پرداخته است و به این یافته کلی رسیده است که مولفه های مهم حقوق شهروندی در قوانین اساسی هر سه کشور تحت عنوان فصول ویژه مورد توجه بوده است گرچه تطابق کامل با معیارهای بین المللی و اسناد حقوق بشری مشاهده نگردید.

**کلید واژگان:** بررسی تطبیقی، حقوق شهروندی، قانون اساسی، جمهوری مصر، ایران، تونس.

---

<sup>۱</sup> (نویسنده مسئول) کارشناسی ارشد حقوق عمومی دانشگاه تبریز، تبریز، ایران. vahidkhani313@yahoo.com

<sup>۲</sup> استادیار گروه حقوق عمومی دانشکده حقوق و علوم اجتماعی دانشگاه تبریز، تبریز، ایران.

## مقدمه

جمهوری اسلامی ایران در سال ۱۹۷۸ میلادی پس از انقلاب مردم ایران و پس از نظام پادشاهی مشروطه شکل گرفت و جمهوریت را به عنوان اساس این حکومت پذیرفت، به طوری که در شعارهای انقلابیون و سخنرانی‌ها و مصاحبه‌های رهبران آن، پذیرش جمهوریت و نوع حکومت بعدی کاملاً روشن و هویدا بود در کشور باستانی و پهناور مصر نیز که همواره تحولات عمیق سیاسی و اجتماعی را تجربه کرده است پس از انقلاب ۲۵ ژانویه ۲۰۱۱ میلادی، قانون اساسی جدید توسط مجلس موسسان قانون اساسی تدوین و در یک همه‌پرسی عمومی به تصویب مردم این کشور رسید (مظهری و همکاران، ۱۳۹۴: ۱۱). هر دو کشور ایران و مصر دارای ابعاد تاریخی فراوان و قدمت باستانی عمیق هستند. و دین اسلام از گذشته‌های دور در هر دو کشور حضور داشته و هر دو کشور وقوع انقلاب سیاسی و تغییر نوع حکومت‌ها را تجربه کرده‌اند. جمهوری تونس نیز در شمال آفریقا، کشوری کهنسال در کنار دریای مدیترانه است و به دلیل نزدیکی به جغرافیای اروپا و آشنایی اکثریت مردمان این کشور با زبان فرانسه، احزاب، سندیکاها و مطبوعات جایگاه قابل توجهی در این کشور دارند. همانند دو کشور ایران و مصر، تونس نیز انقلاب سیاسی را تجربه کرده است و جرقه‌ی بهار عربی از تونس با خودسوزی جوانی به نام «محمد البو عزیزی» به سایر کشورهای عربی منطقه رسید. سرانجام پس از کشمکش‌های فراوان پس از سقوط «زین العابدین بن علی» قانون اساسی جدید تونس در ۲۶ ژانویه ۲۰۱۴ میلادی در شورای ملی قانونگذاری انتقالی به تصویب رسید (مظهری و همکاران، ۱۳۹۵: ۱۳). انقلاب ایران، تونس و مصر، تحولات زیادی را در مناسبات سیاسی و اجتماعی این کشورها ایجاد کرده است و هدف این قوانین اساسی رهایی از زیر یوغ ظلم و استکبار هیئت‌های حاکمه‌ی قبلی بوده است.

یکی از مؤلفه‌های مهم اجتماعی، سیاسی و حقوقی دولت مدرن در جهان معاصر، جایگاه و حقوق و امتیازات شهروندان است. به دنبال تحولات اجتماعی و انقلابهای سیاسی در دو قرن گذشته و فروپاشی بنیان حکومت‌های خودکامه و پیدایش مفاهیم جدید در ادبیات سیاسی و حقوقی، دوره‌ی جدیدی در تجربه تاریخی بشر رقم خورد. پیدایش مجالس قانونگذاری، تفکیک قوای حکومتی،

تحدید قدرت سیاسی و ظهور قوانین اساسی به عنوان میثاقی عمومی میان حاکمیت سیاسی و شهروندان، افق نوینی را در تنظیم و شفافیت روابط متقابل دولت و شهروندان گشود و حقوق و امتیازات شهروندان در قوانین اساسی دولتهای جدید جایگاهی ممتاز یافت. در کشور ایران که یک قرن پیش شاهد انقلاب مشروطه جهت تحدید قدرت سیاسی و احیای حقوق و آزادیهای مشروع مدنی بود، اولین قانون اساسی مدون تنظیم و سپس در متمم آن ابواب بیشتری از جمله در حوزه ی حقوق و امتیازات شهروندی ملاحظه و تصویب شد. پیدایش دولت مطلقه در عصر پهلوی کار کرد و کارآمدی قانون اساسی را با چالش مواجه ساخت. با وقوع انقلاب اسلامی ایران، دومین قانون اساسی مدون در سال ۱۳۵۸ به تصویب رسید. در قانون اساسی جدید به منظور نهادینه کردن حقوق و امتیازات ملت که شامل آحاد مردم ایران از اقوام و ادیان و مذاهب گوناگون بود، فصل جداگانه و مهمی در نظر گرفته شد (احمدی طباطبایی، ۱۳۸۸: ۴)

حقوق شهروندی و آزادی های عمومی از جمله موضوعاتی هستند که از اولین جنبش های قانون اساسی گرایی مورد توجه بوده اند (قاضی شریعت پناهی، ۱۳۸۹: ۱۴۱) و امروزه می توان مدعی بود که فلسفه ی شکل گیری تمام نهادها و ارکان سیاسی در حفاظت از حقوق ملت و آزادی های فردی است (مدنی، ۱۳۸۸: ۱۸۵) بنابراین با توجه به اهمیت وافر آزادی های شهروندی و جمهوریت هر سه نظام سیاسی پس از انقلاب و اشتراکات تاریخی و دینی متعدد در ایران و جوامع عربی تونس و مصر، در پژوهش حاضر به بررسی تطبیقی مهم ترین مولفه های شهروندی مصرح در قوانین اساسی جمهوری اسلامی ایران، جمهوری عربی مصر و تونس پرداخته شده و سعی گردیده است تا با نگاه تطبیقی - تحلیلی مورد کنکاش قرار گیرد. مقاله ی حاضر در سه گام بررسی تاریخیچه قوانین اساسی ایران، مصر و تونس، تحولات حقوق شهروندی و رویکرد تطبیقی در حوزه ی حقوق شهروندی به قوانین اساسی هر سه کشور به رشته تحریر درآمده است.

## ۱-۲- تاریخچه‌ی قوانین اساسی ایران، جمهوری عربی مصر و تونس

پس از پیروزی انقلاب اسلامی مردم ایران در ۲۲ بهمن ماه سال ۱۳۵۷ ه.ش، با فرمان امام خمینی (ره) خطاب به مهندس مهدی بازرگان نخست وزیر دولت موقت، این دولت موظف شد طرح اولیه‌ی قانون اساسی را در اختیار افکار عمومی قرار دهد تا مورد نظر و بررسی صاحب نظران و اندیشمندان قرار بگیرد و مجلس متشکل از نمایندگان مردم با توجه به تمامی پیشنهاد های مفید دریافت شده، مواد قانون اساسی را به صورت نهایی بررسی و تنظیم نماید و سعی کند که در آن کلیه‌ی حقوق و آزادی‌ها و فرصت‌های رشد و تعالی و استقلال ملت بر مبنای موازین اسلامی که ضامن حقوق همه افراد است و اکثریت قریب به اتفاق مردم ایران بدان رای مثبت داده است، پیش بینی گردد<sup>۱</sup>.

با توجه به چنین فرمانی در ۱۲ مرداد سال ۱۳۵۸، انتخابات مجلس خبرگان قانون اساسی با حضور گرایشات فکری متفاوت انجام گرفت و ۷۵ نفر به عنوان نمایندگان مجلس خبرگان قانون اساسی انتخاب شدند. سرانجام پس از سه ماه بررسی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در دوازده فصل و یکصد و هفتاد و پنج اصل تدوین و در تاریخ ۱۳۵۸/۸/۲۴ با اکثریت دوسوم مجموع نمایندگان به تصویب نهایی رسید و در مورخ ۱۳۵۸/۹/۱۲ در همه پرس‌ی عمومی به تایید ملت ایران رسید. پس از ده سال حیات قانون اساسی مصوب سال ۱۳۵۸، با فرمان امام خمینی (ره) به رئیس جمهور وقت و تعیین اعضای ۲۰ نفره شورای بازنگری قانون اساسی و تعیین حدود بازنگری، قانون اساسی مورد بازنگری قرار گرفت و سرانجام اصلاحیه‌ی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در همه پرس‌ی مورخ ۱۳۶۸/۵/۶ مورد تائید ملت ایران قرار گرفت و از آن تاریخ تا به امروز قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران هیچ بازنگری را به خود ندیده است.

سرزمین پهناور و تاریخی مصر دوران سیاسی و اجتماعی فراوانی را تجربه کرده است. مصر یکی از بزرگترین کشورهای اسلامی است که از نظر تاریخی با کشورهای عربی منطقه تفاوت‌های

<sup>۱</sup> فرمان امام خمینی (ره) به نخست وزیر دولت موقت مورخ، ۱۳۵۸/۳/۴.

بنیادی در نظام سیاسی داشته است (آقایی طوق و همکاران، ۱۳۹۱: ۲) اولین قانون اساسی مصر در سال ۱۹۹۳ م به نگارش درآمد اما بعد از آن در سال های ۱۹۵۶م، ۱۹۵۸م، ۱۹۶۴ و ۱۹۷۱ م مورد بازنگری های کلی و جزئی قرار گرفت (کعبی و همکاران، ۱۳۹۱: ۶۹) پس از حکومت محمد حسنی مبارک، چهارمین رئیس جمهور مصر و سقوط وی در انقلاب ۲۵ ژانویه ۲۰۱۱ م، مجلس موسسان قانون اساسی تشکیل و به همه پرسی عمومی گذارده شد و محمد مرسی به عنوان اولین رئیس جمهور قانون اساسی ۲۰۱۲ م انتخاب گردید؛ اما دوران ریاست جمهوری محمد مرسی، دیری نپایید و با کودتای ارتش مصر از قدرت خلع شد و این بار نوبت به مجلس موسسان دوم و تدوین قانون اساسی ۱۴ و ۱۵ ژانویه ۲۰۱۴ م رسید. دوران کوتاه انقلاب سال ۲۰۱۱ م تا ۲۰۱۴ م و تصویب قانون اساسی دوم دارای تحولات فراوان و سریعی بوده است که ویژگی هر انقلابی است. اما این سرعت و حاکمیت هیجان و احساسات بر اتفاقات انقلاب ۲۵ ژانویه باعث نشده است که حقوقدانان و سیاستمداران با سابقه ی مصر از احترام به حقوق ملت و آزادی های شهروندی باز بمانند. قانون اساسی مصوب ۱۴ و ۱۵ ژانویه ۲۰۱۴ م در باب سوم -فصل سوم توجه جدی به حقوق ملت داشته است.

تونس نیز به عنوان یک کشور عربی در شمال آفریقا، جایگاه بی بدیلی در تحولات جهان عرب داشته است. تونس که روزگاری مستعمره فرانسه بود پس از رهایی از یوغ استعمار در ۱۹۵۶ م به استقلال رسید و پس از انقلاب ۲۰۱۱ م، قانون اساسی جدید خود را با محوریت یک نظام دموکراتیک مشارکتی قانونمدار بر پایه ی انتقال مسالمت آمیز قدرت به واسطه ی انتخابات آزاد پدید آورد.

ایران، تونس و مصر یک دوره ی گذار و عبور از حکومت های تمامیت خواه و دیکتاتوری داشته اند و بسیاری از تلاش ها برای گذار دموکراتیک در جهت رسیدن به یک حاشیه از آزادی و اعتقاد به استقرار نظام های دموکراتیک در نظام بین المللی مدرن، توسط مفاهیم باستانی و مدرن دموکراسی به یک میزان کشور های عربی را تحت الشعاع قرار داده است (جبابلیه، ۲۰۱۷: ۳۹۸) که در شمال آفریقا، مصر و تونس نیز از آن مستثنی نبوده است.

### ۱-۳- تحولات حقوق شهروندی

حقوق ملت و آزادی‌های شهروندی از مباحث محوری هر نظام سیاسی است که در قانون اساسی نظام‌های سیاسی بر آن تاکید می‌شود و کشور‌های مختلف می‌کوشند تا آن را سرلوحه قانون اساسی و درخشان‌ترین فصل آن قرار دهند. (سراجی، ۱۳۸۸: ۱۱) حقوق ملت و وجود حقوق و آزادی‌های شهروندی جزو شروط پایه‌ای تشکیل حکومت‌های مردم‌سالار جدید است، به زبان دیگر زمانی همه مردم می‌توانند در شکل‌گیری رژیم‌ها و حکومت‌ها مداخله داشته باشند که از این حقوق حداقل برخوردار گردند، بی‌اعتنایی به این حقوق از سوی حکومتها و زورمداران، استقرار حکومت مردم‌را ناممکن می‌کند به طوریکه ادعای دموکراسی بدون آنها پوچ و بی‌اعتبار است (قاضی شریعت پناهی، ۱۳۹۵: ۱۳۰) از نظر تاریخی انگلیسی‌ها اولین کسانی بوده‌اند که به حقوق ملت توجه نموده‌اند در این خصوص می‌توان به منشور بزرگ (ماگنا کارتا) سال ۱۲۱۵م، عریضه‌ی حقوق سال ۱۶۲۷م، قانون هابناس کورپوس سال ۱۶۷۹م، مصوبه‌ی حقوق سال ۱۶۷۹م و همچنین قانون استقرار سال ۱۷۰۱م اشاره کرد. (عباسی، ۱۳۹۴: ۳۰) در فرانسه نیز حقوق ملت با وقوع انقلاب فرانسه مورد توجه فراوان انقلابیون قرار گرفت و مفاد اعلامیه حقوق بشر و شهروند فرانسه تا حد زیادی متأثر از آن بود (پروین، ۱۳۹۳: ۲۹۶) تاریخ حیات اجتماعی بشر مشحون از تحولات و دگرگونی‌های خرد و کلان اجتماعی، اقتصادی، سیاسی و حقوقی است. تحولاتی که خواسته یا ناخواسته، برنامه‌ریزی شده یا خودجوش، باعث تغییرات شگرف در ابعاد مختلف زندگی اجتماعی بشر شده است. یکی از راه‌های صعب‌العبور که جهت ایجاد تغییر در روند زندگی اجتماعی، اقتصادی، حقوقی و سیاسی آدمیزادگان، انقلاب است. در نظام‌های کهن و باستانی و همچنین در اندیشه‌های کلاسیک سیاسی و اجتماعی، مفهوم انقلاب و حرکت‌های شتاب‌آلود و رادیکال به منظور ایجاد تحولات بنیادی در جامعه با مفهوم امروزی آن تفاوت عمده داشت. در گذشته انقلاب‌های اجتماعی را بدان سبب که باعث برهم خوردن نظم و امنیت و آشوب و هرج و مرج می‌شد با نگرشی بدبینانه مورد ارزیابی قرار می‌دادند. مفهوم سنتی انقلاب در ادبیات سیاسی و اجتماعی، بیش از آن که با حرکت‌های تکاملی و تاریخ‌ساز ارزیابی گردد به عنوان “شورش” و

خطری تهدید کننده ی منافع و مصالح عمومی و که امنیت اجتماعی بود مورد ملاحظه قرار می گرفت. (احمدی طباطبایی، ۱۳۸۸: ۵) در هر سه کشور ایران، مصر و تونس دگرگونی سیاسی حقوقی اتفاق افتاده که چنین دگرگونی تحول ساز حقوق سیاسی اجتماعی به ویژه حقوق شهروندی بوده است

## ۱. مهم ترین مولفه های حقوق شهروندی

### ۱-۱. حق حیات و آزادی تن

زندگی یکی از حقوق فطری و طبیعی انسان است و آن پایه و اساس تمام حقوق انسانی به شمار می رود، زیرا همه حقوق قائم به وجود خود انسان است و بدون آن هیچ حقی برای شخص معنا و مفهوم ندارد (طباطبایی مومتمنی، ۱۳۹۴: ۲۹) زندگی موهبتی است ذاتی که خداوند آن را به بشر ارزانی داشته است و هیچ فرد یا حکومتی نمی تواند این حق را از افراد سلب کند و صیانت از جان و زندگی افراد، یکی از وظایف اصلی حکومت هاست (همان، ۱۳۹۴: ۲۹) در ماده ی سوم اعلامیه ی جهانی حقوق بشر نیز در ارتباط با حق حیات این چنین آمده است: «هرکس حق زندگی، آزادی و امنیت شخصی دارد». بنابراین بدون هیچ تردیدی، وجود حیات و بقا برای انسان امکان تمتع او از سایر حقوق را فراهم خواهد نمود و حق حیات برجسته ترین و بدیهی ترین حقی است که باید برای انسان مورد شناسایی و پذیرش قرار گیرد در ادیان الهی نیز توجه جدی به حق حیات انسان شده است و مجازات سلب جان آدمی را قصاص دانسته است. عدم پذیرش خودکشی از جانب ادیان الهی نمونه بارز چنین توجهی است.

باتوجه به حضور شریعت اسلام در ایران، جمهوری عربی مصر و تونس، انتظار می رود که باتوجه به مبانی دینی این شریعت توجه جدی به حق حیات در قوانین اساسی هر سه کشور وجود داشته باشد. براساس اصل بیست و دوم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران: «حیثیت، جان، مال، حقوق، مسکن و شغل اشخاص از تعرض مصون است مگر در مواردی که قانون تجویز کند»، باتوجه به این اصل مقنن اساسی تلاش کرده است تا حق حیات شهروندان ایرانی را به عنوان حقی

مسامحه ناپذیر به رسمیت بشناسد، همچنین در اصل سی و هشتم مقنن اساسی: «هرگونه شکنجه برای گرفتن اقرار و کسب اطلاع را ممنوع دانسته است». اما نیک روشن است که تضمین حق حیات تنها در به رسمیت شناختن آن در قانون اساسی یا تعیین مجازات قصاص برای فرد قاتل نیست، بلکه حق حیات مجموعه‌ای از استانداردهای زندگی بشری است که به دوام و بقا حیات او منجر می‌شود. استاندارد‌های بهداشتی، روانی و حتی استاندارد‌های تغذیه، برای مصون دانستن جان افراد از تعرض، تضمین قدرتمندی در ضمانت حق حیات است. از این رو، به نظر می‌رسد تضمین حق حیات در تمامی ابعاد آن در قانون اساسی جمهوری اسلامی وجود ندارد. در مقابل در اصل پنجاه و نه قانون اساسی جمهوری عربی مصر، داشتن زندگی امن حق هر انسانی دانسته شده است، همچنین در اصل ۶۰، پیکر و بدن انسان را دارای حرمت و تجاوز، تنبیه شدید، قاچاق انسان و اعضای بدن و انجام هرگونه معاینات پزشکی بدون رضایت و غیر متعارف را ممنوع می‌داند. همچنین در اصل پنجاه دو، شکنجه با همه اشکال آن را جرم انگاری کرده است. قانون اساسی تونس در اصل ۲۲ خود حق بر زیستن را یک حق مقدس می‌داند که جز در موارد مصرح در قانون نمی‌توان آن را از کسی سلب کرد. همچنین در اصل ۳۸ سلامتی را حق همه‌ی ابنا‌ی بشر دانسته و در اصل ۴۴، حق بهره بردن از آب سالم را برای تمامی شهروندان تضمین شده می‌داند. این تضمین از آن جهت مهم است که یکی از ضرورت‌های حفظ حیات انسان بر خورداری از آب سالم و دسترسی به آن است که قانون اساسی تونس به نحو آسان بدان توجه نموده است.

آزادی تن از دیگر حقوق برجسته‌ی فردی است که باید هر فردی در یک جامعه‌ی مدنی دموکراتیک باید از آن برخوردار باشد و عبارت است از آزادی رفت و آمد و اقامت و منع تبعیدهای خود سرانه، در موضوع آزادی رفت و آمد قانون اساسی جمهوری مصر تصریح بهتری دارد و در اصل ۶۲ قانون اساسی، آزادی رفت و آمد، اقامت و مهاجرت را تضمین نموده است و مقرر داشته است نمی‌توان مانع بازگشت افراد به قلمرو کشور شد و در اصل ۶۳، تمامی اشکال تبعید اجباری را ممنوع دانسته است. در اصل ۳۲ قانون اساسی جمهوری اسلامی نیز مقرر شده است: هیچ کس را نمی‌توان از محل اقامت خود تبعید کرد یا از اقامت در محل مورد علاقه اش ممنوع یا به اقامت



در محلی مجبور ساخت، مگر در مواردی که قانون مقرر می دارد. قانون اساسی تونس نیز در انتهای اصل ۲۴ حق انتخاب محل اقامت، انتقال به مکان در داخل کشور و مهاجرت را به رسمیت می شناسد. در اصل ۲۵ خود نیز تبعید و اخراج و سلب تابعیت شهروندان را ممنوع می کند.

## ۲-۱. آزادی بیان و عقیده

یکی از حقوق و آزادی ها که از آن به مادر سایر آزادی ها تعبیر شده و به حقوق بدیهی انسان اشاره دارد حق آزادی سخن، نوشتن و ارائه ی افکار نظریات و ایده هاست. در این آزادی انسان هر آنچه را که می فهمد و درک می کند می تواند به سایر انسان ها و هم نوعان خود منتقل کند. انتشار دهد و فاش سازد. البته دامنه ی این آزادی در کلیه ی آزادی های اساسی دیگر نیز متجلی است. انسانی که در بیان آزاد باشد در انتقاد آزاد باشد در افشا و بیان ایده های خود آزاد باشد در سایر حقوق و مطالبات خود نیز خواستار آزادی خواهد بود. پس بی راه نیست تا آزادی بیان را که ثمره ی آن، آزادی مطبوعات، آزادی قلم و آزادی انتقاد است را مادر حقوق و آزادی های انسان بنامیم. چرا که انسان با ابزار زبان و یا قلم می تواند از حقوق خود حفاظت و حراست کند و با زبان است که می تواند ایده و افکار خود را منتقل کند (خانی، عبدی، ۱۳۹۶: ۹). آزادی بیان در طول تاریخ آرمان بشری بوده و بشریت برای تحقق آن هزینه های زیادی متحمل شده است و مفهومی آمیخته با دموکراسی و کلید صیانت از حقوق بنیادین فردی است (Mendel, 2008, p142) آزادی بیان و عقیده تنها منحصر در آزادی گفتار نیست؛ بلکه آزادی اندیشه، مذهب و آئین، اخبار اطلاعات و نمایش را در بر می گیرد. اما در این میان آزادی اندیشه یکی از جلوه های تابناک حقوق انسانی است (قاضی شریعت پناهی، ۱۳۹۵: ۱۴۷) اولین قانون مرتبط با آزادی بیان و کنترل رسانه ها، به طور ویژه در ۱۸۸۱م به تصویب رسیده است (J.napoli, Y.amin, 1997, p189) روزنامه نگاری در جامعه عرب به ویژه شمال آفریقا حتی در دوران حکومت دیکتاتور ها قدرت و حررات فراوانی داشته است با توجه به این مهم، قانون اساسی جمهوری عربی مصر در اصل شصت و چهارم آزادی عقیده را مطلق می داند و آزادی انجام آداب و رسوم دینی را و تاسیس مراکز مذهبی را برای سایر

ادیان حقی میدانند که چگونگی آن قانون معین می‌کند. در اصل ۶۵ آزادی بیان و اندیشه را تضمین شده می‌داند. همچنین در اصل ۷۱ آزادی مطبوعات و چاپ و نشر مقالات را تضمین می‌نماید. همچنین در بنای استوارتری در اصل هفتاد و یک: هرگونه نظارت بر روزنامه‌ها و رسانه‌های مصری، مصادره، توقیف و تعطیلی آنها را ممنوع مقرر می‌کند مگر در موارد خاص و در اصل هفتاد و دوم مقرر می‌دارد: دولت متعهد به تضمین استقلال مطبوعات و موسسات رسانه‌ای متعلق به دولت، برای اطمینان از بی‌طرفی و بیان تمام دیدگاه‌ها و گرایش‌های سیاسی و فکری و منافع اجتماعی است و مساوات و برابری فرصت‌ها را در انعکاس افکار عمومی تضمین می‌نماید. در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در اصل بیست و سوم مقرر شده است: «تفتیش عقاید ممنوع است و هیچ‌کس را نمی‌توان به صرف داشتن عقیده‌ای مورد تعرض و مواخذه قرار داد». در اصل بیست و چهارم نیز نشریات و مطبوعات در بیان را آزاد می‌داند مگر آنکه مخل به مبانی اسلام یا حقوق عمومی باشد. همچنین در اصل بیست و پنجم، استراق سمع و بازرسی و نرساندن نامه‌ها و ضبط و فاش کردن آنها را ممنوع می‌داند.

قانون اساسی جمهوری تونس در اصل سی و یکم، آزادی عقیده، اندیشه، بیان، اطلاعات و انتشارات را تضمین کرده و اعمال نظارت و سانسور پیشینی این آزادی‌ها را مجاز ندانسته است همچنین در اصل ۳۲ حق بر اطلاعات و دسترسی به اطلاعات و حق اتصال به شبکه‌های ارتباطی را تضمین کرده است.

مقنن اساسی در قانون اساسی جمهوری عربی مصر، دغدغه بیشتری نسبت به تضمین آزادی بیان و آزادی مطبوعات و اندیشه داشته است. مقنن اساسی در قانون اساسی جمهوری عربی مصر آزادی اندیشه را مطلق می‌داند در حالی که قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران چنین تضمین محکمی را ندارد. همچنین مقنن اساسی در قانون اساسی تونس حق دسترسی به اطلاعات و شبکه‌های ارتباطی را تضمین کرده است در حالی که چنین تضمین‌هایی در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران وجود ندارد. ممیزی و سانسور کتب قبل از چاپ در هر دو قانون اساسی تونس و مصر است. پذیرفته نشده

### ۱-۳- آزادی اجتماعات موقت و دائمی

آزادی اجتماعات یکی از آزادی های اساسی است و عبارت است از این که افراد بتوانند آزادانه و به طور مسالمت آمیز دور هم گرد آیند و از افکار عقاید یکدیگر بهره ببرند (طباطبایی، ۱۳۹۴: ۹۰) آزادی اجتماعات در دو بعد اجتماعات موقت (تظاهرات، راه پیمایی، مارش و ...) و اجتماعات دائمی به صورت تشکیل انجمن ها، سندیکا ها و اتحادیه های صنفی، فرهنگی محیط زیستی و .. شکل می گیرد. قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در اصل ۲۷ تشکیل اجتماعات و راه پیمایی ها، بدون حمل سلاح به شرط آنکه محل به مبانی اسلامی نباشد را آزاد می داند و درباره ی اجتماعات دائمی در اصل ۲۶ تشکیل احزاب، جمعیت ها، انجمن های سیاسی، صنفی و انجمن های اسلامی و اقلیت های دینی را مشروط به اینکه اصول استقلال، آزادی، وحدت ملی، موازین اسلامی و اساس جمهوری اسلامی را نقض نکنند، آزاد پذیرفته است. با توجه در اصول بیست و ششم و بیست و هفتم به نظر می رسد مقنن اساسی نگاه محتاط گرایانه ای به حق برگزاری تجمعات داشته است و مشخص نکرده که کدام مرجع صالح برای تشخیص عدم اخلاف به اسلام توسط یک تجمع است در کنار آن تبیین عدم نقض استقلال، آزادی، وحدت ملی و اساسی جمهوری اسلامی توسط یک اجتماع دائمی هم کاملاً گنگ می نماید که می تواند حق اجتماعات آزاد شهروندان ایرانی را تحدید کند. اما در قانون اساسی جمهوری عربی مصر در اصول ۷۳، ۷۴ و ۷۵ به نحو بسیار بهتری حق آزادی اجتماعات شهروندان مصری تضمین شده است در این باره در اصل ۷۳ مقرر شده است : شهروندان اجازه ی برگزاری تجمعات عمومی و راه پیمایی ها و تظاهرات و همه ی انواع آن را بدون حمل سلاح و اطلاع قبلی به نحوی که قانون معین نموده دارند، اجتماعات خاص مسالمت آمیز بدون نیاز به اطلاع قبلی، تضمین شده است و ماموران امنیتی حق حضور، یا کنترل یا استراق سمع آن را ندارند. در ادامه در اصول ۷۶ و ۷۷ ایجاد تشکل های سندیکایی یک حق براساس دموکراسی شناخته شده است که چنین تأکیدی در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران وجود ندارد و همیشه فعالیت سندیکاها، به ویژه سندیکاها ی کارگری در ایران با محدودیت هایی روبه رو بوده است. قانون اساسی تونس در اصل ۳۷ آزادی اجتماعات و تظاهرات را تضمین کرده و در

اصل ۳۷ حق تشکیل اتحادیه‌ها و سندیکاها را پذیرفته اما ارتش، گمرک و نیروهای امنیت داخلی را مستثنی کرده است.

آزادی اجتماعات را می‌توان زیر مجموعه‌ای از حق آزادی بیان دانست چرا که افراد در تجمعات موقت و دائمی ایده و افکار خود را ابراز می‌دارند. ضعف قوانین اساسی در پذیرش یا تضمین حق اجتماعات دائمی و موقت می‌تواند ضربه‌ی بزرگی بر کالبد آسیب پذیر آزادی بیان داشته باشد.

#### ۴-۱. آزادی کسب و کار

هر انسانی برای دوام حیات، به نقش آفرینی در جامعه و کسب و کار نیاز دارد و باتوسل به شغل می‌تواند نیازهای خود و خانواده‌اش را تامین کند. آزادی شغل لازمه‌ی حکومت انسان بر سرنوشت اجتماعی خویش است زیرا یکی از عوامل همبستگی اجتماعی، چگونگی ارتباط با دیگران و نقشی است که شخص بر عهده می‌گیرد (کاتوزیان، ۱۳۸۴: ۴۳۷) آزادی کسب و کار به قدری اهمیت دارد که امروزه حمایت از آن به عنوان یکی از معیارهای جدی دموکراسی مطرح است. مقنن اساسی جمهوری اسلامی ایران در اصل ۲۸ در رابطه با حق آزادی شغل این چنین اعلام می‌دارد: هر کس حق دارد، شغلی را که بدان مایل است و مخالف اسلام و مصالح عمومی و حقوق دیگران نیست برگزیند دولت موظف است با رعایت نیاز جامعه به مشاغل گوناگون برای همه افراد امکان اشتغال به کار و شرایط مساوی را برای احراز مشاغل ایجاد نماید. همچنین در اصل بیست و دوم: حیثت، جان، حقوق، مسکن و شغل اشخاص را از تعرض مصون می‌داند مگر در مواردی که قانون تجویز کند. بر اصل آزادی شغل در جوامع دینی محدودیت‌های وارد می‌شود که در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران نیز چنین محدودیت‌هایی وارد شده ولی این محدودیت‌ها نباید به حدی توسیع گردد که حقوق فردی شهروندان را ضایع کند. بر اصل آزادی کسب و کار، محدودیت کار مشروع و انطباق با نظم عمومی و اخلاق حسنه وارد شده است.

در قانون اساسی جمهوری عربی مصر در ارتباط با آزادی شغل و کار در اصل دوازدهم مقرر شده است: داشتن کار حق، وظیفه و افتخار برای همه شهروندان است و دولت برای همه آن را تضمین می کند. هیچ یک از شهروندان جامعه را نمی توان به انجام کاری مجبور ساخت جز به موجب قانون و برای انجام خدمات عمومی و مدت محدود و با اجرتی عادلانه، بدون اینکه به حقوق اساسی مکلفان به انجام کار، اخلاقی وارد گردد. مقنن اساسی جمهور عربی مصر کار و شغل را حق، وظیفه و افتخاری برای شهروندان مصری شناخته است و از طرفی کار اجباری را ممنوع دانسته است در اصول دیگری از جمله در اصول ۱۳ و ۱۴ از حقوق کارگران حمایت جدی نموده و تصدی مناصب عمومی را براساس شایستگی و لیاقت حق تمامی شهروندان دانسته است و در یک رویکرد حقوق بشری و مترقی در اصل پانزدهم حق اعتصاب را پذیرفته و مقرر داشته است: اعتصاب مسالمت آمیز حقی است که قانون چگونگی آن را مشخص می نماید. این در حالی است که قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران به حق اعتصاب توجهی نداشته و آن را مورد شناسایی قرار نداده در ادامه، قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران با وجود شناسایی حق بر شغل در اصل ۲۸ مشاغل و مناصب عمومی و عمدتاً مناصب سیاسی را منحصر در شهروندان مسلمان ایرانی دانسته به صورتی که در اصول متعدد قانون اساسی شرط دسترسی به چنین جایگاه های تدین به دین اسلام و یا مذهب شیعه اثنی عشری تجویز شده که در مغایرت با حق بر شغل و دسترسی برابر به مناصب عمومی و سیاسی و همچنین مغایر با اصول نوزده و بیستم و بند نهم اصل سوم قانون اساسی است که بر حقوق برابر و حمایت یکسان قانونی و رفع تبعیضات ناروا و ایجاد امکانات عادلانه برای همه، در تمامی زمینه های مادی و معنوی تاکید دارند. براساس اصول ۱۰۹ رهبر، ۱۱۵ رئیس جمهور، ۱۱۴ عضویت در ارتش، ۱۵۷ رئیس قوه قضائیه، ۱۶۲ رئیس دیوان عالی کشور، ۹۱ فقها و حقوقدانان شورا نگهبان، منحصر در ایرانیان مسلمان است. همچنین شرایط برابر برای زنان در دسترسی به تمامی مشاغل و جایگاه ها متوجه نیست. اما قانون اساسی تونس در تضمینی محکم تر از قانون اساسی ایران حق بر شغل برای همه ی مردان و زنان به صورت برابر با شرایط مناسب و مزد عادلانه (اصل ۴۰) را پذیرفته و در اصل ۳۷ حق بر اعتصاب را پذیرفته است. حق اعتصاب از آن جهت دارای

اهمیت است که تنها راه مسالمت آمیز و اصلی ترین حربه‌ی کارگران برای احقاق حقوق خویش است و عدم توجه به این حق سبب تضییع حقوق کارگران در شرایط نابرابر با کارفرمایان می‌شود.

### ۱-۵. حق بر آموزش

از بدو حیات آدمی آموزش و یادگیری با او عجین بوده است بر خلاف حیوانات که همیشه از قدرت غریزه و ذاتی برخوردار بوده‌اند. آموخته‌های ابتدایی انسان همچون روشن کردن آتش یا کشاورزی تحولات بزرگی در زندگی او ایجاد کرده است. بر همین اساس آموزش و امکان یادگیری جز جدایی ناپذیر زندگی انسان است.

حق بر آموزش از حقوق اولیه‌ی بشری است که فارغ از زمان و مکان و مسائلی از قبیل؛ جنسیت، زبان، نژاد، دین و قومیت می‌بایست در مورد تمامی اشخاصی که متولد می‌شوند تا زمانی ادامه یابد که می‌میرند (اخوان فرد، طالقانی، ۱۳۹۴: ۸۹) اعلامیه‌ی جهانی حقوق بشر در تاکید بر حق آموزش در ماده‌ی ۲۶ خود اعلام می‌دارد: هرکس حق دارد که از آموزش و پرورش بهره‌مند شود. آموزش و پرورش لااقل تا حدودی که مربوط به تعلیمات ابتدایی و اساسی است باید مجانی باشد. آموزش ابتدایی اجباری است. آموزش حرفه‌ای باید عمومیت پیدا کند و آموزش عالی باید شرایط متساوی کامل، به روی همه باز باشد تا همه، بنا به استعداد خود بتوانند از آن بهره‌مند گردند.

در بند سوم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، دولت موظف شده است آموزش و پرورش و تربیت بدنی رایگان برای همه، در تمام سطوح و تسهیل و تعمیم آموزش عالی را فراهم نماید. همچنین در اصل سی ام مقرر شده است: دولت موظف و وسائل آموزش و پرورش رایگان را برای همه ملت تا پایان دوره متوسطه فراهم سازد و وسائل تحصیلات عالی را تا سرحد خودکفایی کشور به طور رایگان گسترش دهد. توجه مقنن اساسی در قانون اساسی ایران به حق بر آموزش و موظف دانستن دولت به گسترش و تعمیم آن در تمامی سطوح رویکرد قابل قبولی است ولی عدم توجه به سایر اجزا حق بر آموزش همانند حق بر آموزش زبان مادری در مدارس، در کشوری همانند ایران

که دارای تنوع قومی و زبانی است از قوت قانون اساسی می کاهد. نکته ی دیگری که در قانون اساسی فعلی مغفول مانده است حق بر آموزش اقلیت های دینی است و بروشنی مشخص نگردیده است که شهروندان اقلیت دینی از چه حقوقی در زمینه ی حق بر آموزش برخوردار هستند. قانون اساسی تونس در اصل ۳۹ آموزش تا ۱۶ سالگی را اجباری دانسته و حق بر آموزش رایگان را تضمین شده دانسته است. در قانون اساسی جمهوری عربی مصر در اصل نوزدهم آموزش حق همه شهروندان مصری دانسته شده و دولت موظف شده است تا پایان دوران دبیرستان براساس استاندارد های جهانی چنین آموزش هایی را به صورت رایگان فراهم نماید. همچنین در اصل بیستم دولت موظف به تشویق و ترغیب آموزش فنی و کسب و کار شده است. در اصل بیست و پنجم، نیز دولت ملزم به تدوین طرحی جامع جهت غلبه بر بی سوادی و ریشه کن کردن آن از میان شهروندان شده است. اما قانون اساسی مصر نیز از همان ضعف قانون اساسی ایران برخوردار بوده و بیش از توجه به تنوع زبانی و حق بر آموزش آن بر وحدت زبانی تاکید کرده است. قانون اساسی تونس رویکرد استوارتری در توجه به حق آموزش داشته است.

## ۱-۶. حمایت از حقوق زنان

زنان نیمی از اعضای جامعه بشری هستند و نمی توان این قسم بزرگ از اعضای جامعه ی بشری را نادیده گرفت و حیات، کرامت و حقوق این قسم بزرگ از جامعه باید همانند قسم دیگر آن مورد توجه قرار بگیرد. وجود تبعیض های ناروا میان زنان و مردان و یا نقض حقوق بدیهی آنان با هیچ منطق حقوقی و انسانی سازگار نیست و هیچ مصلحتی تاب برابری در برابر حقوق برابر زنان و مردان را ندارد. اما باز چالش های جدی به ویژه در جوامع سنتی و دینی نسبت به حقوق زنان وجود دارد.

قانون اساسی جمهوری عربی مصر، با صراحتی ستودنی در اصل یازدهم خود دولت را متعهد به رعایت مساوات میان زن و مرد در تمام حقوق مدنی، سیاسی، اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی می کند و در این باره اعلام می دارد: دولت متعهد است مساوات را میان زن و مرد در تمام حقوق

مدنی، سیاسی، اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی براساس احکام قانون اساسی مراعات نماید. دولت تدابیر تضمینی را اتخاذ می‌کند که به واسطه آن، نمایندگی زنان به شکلی مناسب در مجلس تضمین شود و قانون شرایط آن را مشخص خواهد کرد. به همان صورت زنان حق اشتغال به وظایف عمومی، ادارات کلان دولتی و انتصاب در مراجع و سازمان‌های قضایی را بدون هرگونه تبعیض دارا هستند. دولت باید از زنان در مقابل اشکال مختلف خشونت، حمایت نماید و دولت موظف به ایجاد هماهنگی بین ادای وظایف خانوادگی و شغلی زنان است. همچنین دولت موظف به ارائه خدمات لازم و رایگان به مادران و کودکان، زنان سرپرست خانوار، سالخورده و زنان به شدت نیازمند است. در قانون اساسی تونس در اصل بیست و یکم مقرر شده: همه‌ی زنان و مردان تونسی در حقوق و تکالیف برابرند و در مقابل قانون بدون هیچ‌گونه تبعیضی مساوی هستند. دولت برای همه مردان و زنان، حقوق و آزادی‌های عمومی را تضمین نموده و لوازم زندگی شرافتمندانه را فراهم می‌کند. همچنین در اصل ۳۴ خود حق نمایندگی زنان در مجالس انتخابی را تضمین کرده است. در ادامه در اصل چهل و ششم قانون اساسی تونس دولت ملزم به حمایت از حقوق مکاتبه زنان، برابری فرصت‌ها در میان زنان و مردان برای پذیرش مسئولیت‌های گوناگون و ریشه‌کنی خشونت علیه زنان شده است. اما در مقابل قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران با توجه به صراحت اصل نوزدهم و بیستم در حقوق برابر و حمایت یکسان قانونی زنان و مردان و بند نهم اصل سوم قانون اساسی در رفع تبعیضات ناروا، برابری حقوق زن و مرد در ۲۱ به صراحت مورد پذیرش قرار نگرفته و به رعایت موازین اسلامی مقید شده است. گرچه حمایت از مادران به خصوص در دوران بارداری و حضانت فرزند و حمایت از کودکان بی سرپرست مشخص گردیده ولی باز قابل قیاس با اهتمام الگوهای بین‌المللی و قانون اساسی جمهوری عربی مصر و تونس نیست و تا به امروز هیچ زنی در ایران به مقام ریاست جمهوری نرسیده است.



## ۱-۲. حریم خصوصی

صیانت از حریم شخصی و حفظ آن، حقی محترم و غیرقابل انکار برای هر انسانی بوده است به تبع آن حفظ حریم شخصی انسانها در مکاتبات، مراسلات و ارتباطات نیز دارای اهمیت فزاینده است. امروزه حریم خصوصی و حمایت از ارتباطات و مکاتبات یکی از ارزشمندترین مفاهیم نظام های حقوقی توسعه یافته است که ارتباط تنگاتنگی با کرامت انسانی دارد (انصاری، ۱۳۸۳: ۲). با توسعه ی ارتباطات و افزایش فناوری های الکترونیکی در جهت سهولت آن بر مطالبه گری حفظ حریم خصوصی نیز افزوده شده و این انتظار می رود که در قوانین اساسی و عادی، دولت ها متعهد به حفظ حریم شخصی شهروندان و صیانت از آن گردند و با هر بهانه ای آن را نقض نکنند.

در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران به صراحت از حق بر حریم خصوصی و حفظ آن سخنی گفته نشده است ولی در اصل ۲۵ بر حفظ حریم شخصی در ارتباطات و مراسلات تاکید کرده و مقرر داشته است: «بازرسی و نرساندن نامه ها، ضبط و فاش کردن مکالمات تلفنی، افشای مخابرات تلگرافی و تلکس، سانسور، عدم مخابره و نرساندن آنها، استراق سمع و هرگونه تجسس ممنوع است مگر به حکم قانون». غیر از اصل بیست و پنجم در اصل بیست و سوم نیز به نحوی بر حفظ حریم شخصی توجه شده و در اصل بیست و دوم، حیثیت، جان، مال و حقوق اشخاص را از تعرض مصون دانسته است ولی نتوانسته است با تأکیدی محرز آن را به رسمیت شناخته و به عنوان یک مطالبه ی پذیرفته شده جلوه ی قانونی دهد.

در اصل ۲۴ قانون اساسی تونس، دولت به حفظ حق بر حریم خصوصی، حرمت مسکن و محرمانه بودن مراسلات، ارتباطات و اطلاعات شخصی موظف شده است و تفصیل دیگری در آن مشاهده نمی گردد. در قانون اساسی جمهوری عربی مصر، در اصول ۵۷ و ۵۸ حفظ حریم خصوصی شهروندان مصری مورد تاکید قرار گرفته و با صراحت در اصل ۵۷ مقرر کرده: «زندگی خصوصی افراد دارای حرمت است و مصون بوده و دور از تعدی و تجاوز است...» در ادامه، این اصل نامه های پستی و ارتباطات شهروندان مصری را مصون دانسته است که «ضبط و بازرسی آن ها جز با حکم قضایی مدلل و برای مدت معین و شرایطی که قانون آن را مشخص می نماید مجاز نیست..»

نکته‌ی دیگری که باعث برتری قانون اساسی جمهوری عربی مصر در توجه به حریم خصوصی شهروندان نسبت به قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران شده، قسمت انتهایی اصل ۵۷ است که مقرر کرده: «... دولت موظف به حمایت از حق شهروندان در استفاده از وسائل ارتباطات عمومی در تمام انواع آن می‌باشد. ممانعت توقیف و تحریم آن بر شهروندان به شکل خودسرانه مجاز نیست. قانون حدود آن را مشخص می‌کند» موضوعی که در چندین سال اخیر با تحریم و فیلتر وسائل ارتباطات جمعی و پیام‌رسان‌ها در ایران از جانب حاکمیت به یک چالش جدی تبدیل شده است و روشن نیست که چگونه می‌توان حق دسترسی شهروندان به وسائل ارتباطات جمعی را با بهانه‌های واهی محدود کرد.

#### ۸-۱. اصل امنیت

اصل امنیت فردی در حقیقت حمایت از فرد در قبال بازداشت‌های خودسرانه، غیرقانونی و نامحدود است برای پیش‌گیری از سوءاستفاده قدرت‌ها، اصل بر این است که هیچ بازداشتی صورت نمی‌گیرد؛ مگر آنکه مجوز آن از طرف مقام صالح قضایی صادر شده باشد. (قاضی شریعت پناهی، ۱۳۸۹: ۱۴۵) در پرتو اصل امنیت، اصل قانونی بودن جرم و مجازات متولد شده است که یکی از اصول بنیادین حقوق کیفری است در لوای اصل مذکور تمامی جرائم و مجازات باید از قبل توسط قانون پیش‌بینی گردد. این اصل در تدوین قوانینی اساسی و عادی همیشه مورد توجه بوده و در شریعت مقدس اسلام نیز قاعده‌ی قبح عقاب بلا بیان بر این اصل منطقی صحه گذاشته است. (میلانی، سامانی، ۱۳۹۴: ۲۰) اهمیت این اصل به این دلیل است که از آزادی شهروندان و آزادی رفت و آمد آنان حمایت می‌کند. قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در اصل سی و دوم خود اصل امنیت را پذیرفته و مقرر داشته است: «هیچ کس را نمی‌توان دستگیر کرد؛ مگر به حکم و ترتیبی که قانون معین می‌کند در صورت بازداشت، موضوع اتهام باید با ذکر دلایل بلافاصله کتبا به متهم ابلاغ و تفهیم شود و ظرف مدت بیست و چهار ساعت پرونده مقدماتی به مراجع صالحه‌ی قضایی ارسال و مقدمات محاکمه، در اسرع وقت فراهم گردد. متخلف از این اصل طبق قانون

مجازات می شود». همچنین در اصول ۳۶ و ۳۷ حکم به مجازات و اجرای آن را تنها از طریق دادگاه صالح و به موجب قانون پذیرفته و اصل را بر برائت شهروندان قرار داده مگر اینکه جرم فردی در دادگاه صالح ثابت شود.

به نظر می رسد رویکرد قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در توجه به اصل امنیت بتواند مطالبات پیرامون آن را پاسخ دهد؛ اما بازداشت های طولانی مدت هرچند به حکم دادگاه می تواند اقصای اصل امنیت که تامین آزادی و امنیت شهروندان است را با بهانه های واهی نقض کند. از این رو، توجه به اصل امنیت اقتضا می نمود قانون اساسی امکان بازداشت و حبس های قانونی نیز را منوط به مدت زمان های مشخص و تمدید مکرر آن را با محدودیت هایی مواجه می ساخت. قانون اساسی جمهوری عربی مصر نیز به اصل امنیت توجه کرده و بصورت مفصل در اصول پنجاه و چهار و پنجاه و پنج خود بدان پرداخته است. در اصل پنجاه و چهار قانون اساسی، آزادی شخصی به عنوان حق طبیعی دانسته شده و دستگیری، بازرسی و زندانی نمودن هر فردی را منوط به حکم قضایی مدلل و اطلاع از مفاد بازجویی کرده است. همچنین آغاز رسیدگی قضایی به پرونده ی متهم را تنها با حضور وکیل او امکان پذیر دانسته است. قانون اساسی تونس نیز در اصل ۲۹ دستگیری و توقیف شخص تنها در حالت ارتکاب جرم و براساس حکم قضایی را می پذیرد.

### نتیجه گیری

صاحبان حقیقی هر حکومتی در واقع مردم هستند، نمی توان حکومتی را تصور کرد که در آن از عنصر جمعیت و مردم خبری نباشد، بنابراین با توجه به اینکه اساسی ترین عنصر تشکیل هر حکومتی مردم و اعضای جامعه هستند. حقوق شهروندی باید در بالاترین حد خود باشد و ادعای داشتن یک حکومت مردم سالار و دموکراتیک بدون توجه به حقوق شهروندی و فردی ادعایی واهی و پوچ است برای اینکه یک قانون اساسی بتواند چهره ی دموکراتیک و مردم سالار به خود بگیرد باید نگاه در خور شانی به حقوق شهروندان داشته باشد مبنای حکومت در قوانین اساسی جمهوری اسلامی ایران و جمهوری عربی مصر و تونس، جمهوریت یا حکومت بر مبنای نظر

اکثریت مردم است. نگاه قوانین اساسی مذکور به مهم‌ترین مولفه‌های حقوق شهروندی مطلق انگارانه نبوده و محدودیت‌هایی را بر آنها وارد دانسته‌اند. محدودیتی‌هایی که احتمال برداشت سلیقه‌ای از آن‌ها می‌رود در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران پررنگ‌تر است. قانون اساسی جمهوری تونس محدودیت‌های اعمال شده بر حقوق و آزادیهای تضمین شده در قانون اساسی را تنها در چارچوب قانون می‌پذیرد و اعمال محدودیت‌ها را فقط زمانی می‌پذیرد که باعث آسیب به جوهره‌ی آنها نگردد و حمایت از حقوق و آزادی‌های در برابر نقض و تخلف از آنها را به مراجع قضایی سپرده است. در قانون اساسی ایران مرجع مشخصی در برابر تخلف و نقض حقوق شهروندی پیش‌بینی نشده است گرچه دادگستری و دادگاه‌های عمومی مرجع رسمی تظلمات هستند

آزادی بیان و مطبوعات، برابری حقوق زنان و مردان، حفظ حریم شخصی، حق بر آموزش شهروندان، در قانون اساسی جمهوری عربی مصر و تونس ضمانت‌های قوی‌تری را دریافت کرده‌اند

حق کسب و کار و اشتغال در قوانین اساسی جمهوری عربی مصر و تونس و برابری زنان و مردان در پذیرش مسئولیت‌های سیاسی در شرایط بهتری از قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران قرار دارد. حق اعتصاب در توجه به حقوق کارگران در قوانین اساسی تونس و مصر تضمین شده هستند درحالی‌که در قانون اساسی ایران چنین تضمینی دیده نمی‌شود. توجه ویژه به حقوق کودک، حق بر برخورداری از آب سالم و حقوق مکتسبه‌ی زنان از نکات قوت قانون اساسی تونس است. توجه قوانین اساسی به الگوهای مطلوب شهروندی و اسناد بین‌المللی در میان هر سه قانون اساسی مذکور به چشم می‌خورد گرچه همراه با ضعف قوت‌هایی شده است.

## منابع و ماخذ

## الف) کتاب ها

۱. - پروین، خیرا..، (۱۳۹۳)، **مبانی حقوق عمومی**، تهران، انتشارات سمت.
۲. - طباطبایی مومنی، منوچهر، (۱۳۹۲)، **آزادیهای عمومی و حقوق بشر**، تهران، انتشارات دانشگاه تهران.
۳. - عباسی، بیژن، (۱۳۹۴)، **حقوق اساسی تطبیقی**، تهران، نشر دادگستر.
۴. - قاضی شریعت پناهی، ابوالفضل، (۱۳۹۴)، **بایسته های حقوق اساسی**، تهران، میزان.
۵. - کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۴)، **مبانی حقوق عمومی**، تهران، میزان.
۶. - مجتهدی، محمدرضا، (۱۳۹۱)، **حقوق تامین اجتماعی**، تبریز، انتشارات آیدین.
۷. - مدنی، سیدجلال، (۱۳۸۸)، **کلیات حقوق اساسی**، تهران، انتشارات پایدار.
۸. - مظهري، محمد، قاسم آبادی، مرتضی، جنگجوی، فرزاد، (۱۳۹۴) **قانون اساسی جمهوری عربی مصر**، تبریز، انتشارات آئین دادرسی.
۹. قانون اساسی تونس، تبریز، انتشارات یانار-آیدین.

## ب) مقاله ها

## ۱) منابع فارسی

۱. - آقایی طوق، مسلم، غمامی، مهدی، (۱۳۹۱)، «**تحولات حقوق و آزادیهای شهروندی در مصر مبتنی بر قانون اساسی ۲۰۱۲م**»، فصلنامه بررسی های حقوق عمومی، سال اول، شماره اول. صص ۱-۲۲.
۲. - انصاری، باقر، (۱۳۸۳)، «**حریم خصوصی و حمایت از آن در حقوق اسلامی تطبیقی و ایران**»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، دوره ۶۶، شماره ۰، صص ۱-۵۰.

۳. -اخوان فرد، مسعود، طالقانی، حسین، (۱۳۹۳)، «تکلیف بر رعایت حق بر آموزش در حقوق اسلامی و مقررات حقوق بشر»، فصلنامه فقه و مبانی حقوق اسلامی، سال هشتم، شماره ۴، صص ۸۹-۱۰۴.
۴. -خانی، وحید، عبدی، مرتضی، (۱۳۹۶)، «بررسی تطبیقی حقوق و آزادیهای عمومی در قانون اساسی مشروطه و قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران»، اولین همایش ملی دولت مشروطه در ایران، صص ۱-۲۲.
۵. -سررشته ایزد موسی، فاطمه، برزگر، کیهان، (۱۳۹۴)، «جایگاه حق بر تامین اجتماعی در اسناد روابط بین الملل»، فصلنامه رهیافت های سیاسی و بین المللی، سال هفتم، شماره ۴، صص ۱۵۲-۱۷۱.
۶. -سراجی، محمود، (۱۳۸۸)، «حقوق ملت در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران»، فصلنامه مطالعات انقلاب اسلامی، سال پنجم، شماره ۱۶، صص ۱۱-۴۲.
۷. -کعبی، عباس، علم الهدی، سید حجت، فتاحی زفرقندی، علی، (۱۳۹۴) «تحلیل و بررسی قانون اساسی مصر (۲۰۱۲)»، فصلنامه بررسی های حقوق عمومی، شماره اول، صص ۶۷-۹۱.
۸. -میلانی، علیرضا، سامانی، خلیل، (۱۳۹۴)، «اصل قانونی بودن جرائم و مجازات ها»، فصلنامه مطالعات علوم تجربی، دوره اول، شماره اول، صص ۱۹-۲۵.

## ۲) منابع عربی

۱. -جبابلیه، عبدالحفیظ، (۲۰۱۷)، «سیناریوهات الانتقال الديمقراطي المصري في ظل الحكم العسكري»، المجله الجزائریة الامن و التنمية، العدد العاشر، جانفی، صص ۳۹۸-۴۲۳.

## منابع انگلیسی

1. –Napoli, James, Amin, Hussein(1997) : press freedom and commutation in Africa, world press.
2. –Mendel ,Toby, (2008) , Restricting Freedom: Standard and Principles Background Paper for Meeting Hosted by UN Special Rapporteur on Freedom of Opinion and Expression, Center for Law and Democracy.





## بررسی تطبیقی قانونی سازی بیت کوین

امیرمحسن شعبانی<sup>۱</sup>

محمد محسنی دهکلانی<sup>۲</sup>

سعید ابراهیمی<sup>۳</sup>

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۰۶/۰۹

تاریخ دریافت: ۱۳۹۷/۰۲/۲۴

### چکیده

معاملات، همواره یکی از ضروریات حیاتی بشر محسوب می شده است و بشر همواره به نوعی از ابداعات متفاوت جهت بهره مندی و بکارگیری روش های ابداعی در معامله می پرداخته است، زیرا اساس معامله همواره مبتنی بر اصل اساسی «عوضین» تشکیل شده است که در قالب قرارداد میان دو سوی معامله صورت می گیرد، همچنین بر هیچ کسی پوشیده نیست که دنیای فناوری روز به روز در حال پیشرفت می باشد. هر روز در فضای مجازی در حال روبه رویی با ایده های تازه و نو هستیم و گمانه زنی های مختلفی در خصوص وضعیت بیت کوین در ایران تاکنون انجام شده است، لیکن تحقیق علمی در این خصوص صورت پذیرفته است. بنابراین در کشور ایران مدت کوتاهی است که موضوع بیت کوین مطرح شده است و دارای خلاء های حقوقی زیادی برای قانونی سازی بیت کوین در کشور، همچنین فراهم کردن شرایط بیت کوین برای جلوگیری از مشکلات عدیده من جمله فرار مالیاتی و پولشویی و ... وجود دارد که برای تبیین جایگاه بیت کوین در حقوق و اقتصاد، نیازمند اتخاذ سیاست در موضوع بیت کوین و توجه به قوه مقننه و نظام پرداخت الکترونیکی با توجه به قوانین و اسناد بالادستی و جایگاه و قوانین سایر کشورها در زمینه بیت کوین می باشد.

**واژگان کلیدی:** بیت کوین، پول مجازی، قانونی سازی، مشروعیت

---

<sup>۱</sup> دانشجوی دکتری تخصصی گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشکده الهیات و معارف اسلامی دانشگاه مازندران، بابلسر، ایران.

<sup>۲</sup> (نویسنده مسئول) دانشیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشکده الهیات و معارف اسلامی دانشگاه مازندران، بابلسر، ایران. [mmdehkalany@umz.ac.ir](mailto:mmdehkalany@umz.ac.ir)

<sup>۳</sup> استادیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشکده الهیات و معارف اسلامی دانشگاه مازندران، بابلسر، ایران.

### مقدمه

با قدمتی کمتر از یک دهه، بیت کوین و سایر ارزهای مجازی تأثیر عمده‌ای در جامعه داشته‌اند و ثابت شده است که یک چالش منحصر به فرد در سیستم پرداخت و معاملات، در سراسر جهان و جامعه برای سرمایه‌گذاری می‌باشند. معرفی سریع و انتشار تغییرات فن آوری بیت کوین در کل جامعه، از جمله بلاکچین که به عنوان پایه رمزنگاری بیت کوین فعالیت می‌کند، به گونه‌ای است که حتی از توانایی قانون و مقررات برای حفظ و کنترل سرعت پیشرفت و همگانی شدنش پایش گذاشته است. به عنوان مثال تنها در طول سال ۲۰۱۹، قیمت بازار بیت کوین ۱۷۳۵٪ افزایش یافت، از حدود ۹۷۰ دلار به ۱۷۲۹۲ دلار رسیده و باعث هیجان و سهولت و بهره‌مندی سرمایه‌گذار در معاملات شد (Tara Mandjee, 2019, p1).

بیت کوین یک سیستم پرداخت گسترده انقلابی در اینترنت می‌باشد که برای تأمین و کنترل عرضه پول خود به یک منبع مرکزی متکی نیست. در عوض، شبکه بیت کوین متشکل از رایانه‌هایی در سراسر جهان است که نرم افزار بیت کوین را فعال می‌کنند، نرم افزاری که پروتکل اجرای معاملات بیت کوین را اجرا می‌کند. کاربرانی که می‌خواهند به شبکه بپیوندند می‌توانند نرم افزار را بارگیری کنند و حسابی ایجاد کنند که از طریق آن می‌توان «پول الکترونیکی» را به حساب‌های دیگر منتقل کنند، استقبال گسترده از بیت کوین در چند سال اخیر، به دلیل وجود مزیت‌ها و معایب‌های فراوان، همچون نحوه محاسبه مالیات بر درآمد، امکان از میان رفتن ثبات مالی و خروج سرمایه از بازارهای مولد، تضعیف پول‌های ملی و به خطر افتادن شهرت بانک‌های مرکزی را در مرکز توجه سیاست‌گذاران و مراکز تصمیم‌ساز جهانی قرار داده است. تمام فعالیت‌ها در این ارز غیرمتمرکز از جمله انتشار، پردازش، اعتبارسنجی تحت شبکه بوده و هیچ سرویس‌دهنده مرکزی یا موسسه مالی برای کنترل و دخالت در این فرایند وجود ندارد (Edward V. Murphy, 2015, p2).

لذا ضروری است نهادهای سیاستگذار ایران همانند سایر کشورها در خصوص استفاده از این نوع پول‌های مجازی، قوانین و مقرراتی وضع نمایند تا ضمن استفاده از ارزش‌های مجازی، از خطرات احتمالی آن جلوگیری شود (Edward V. Murphy, 2015, p2).

## ۱. مفهوم شناسی

### ۱-۱. بیت کوین

بیت کوین یک پول مجازی رمزنگاری شده غیرمتمرکز است که تراکنش‌های آن به صورت همتا به همتا و بدون واسطه انجام می‌شود. در این رمز ارزها نیازی به عامل واسطه متمرکز همچون بانک یا موسسات مالی نداریم. بیت کوین نخستین رمز ارزی است که در دنیا ایجاد شده است. این رمز ارز بر مبنای مخفی نگه داشتن هویت کاربران عمل می‌کند، که برای اولین بار در ژانویه سال ۲۰۰۹، با خلاقیت یک برنامه‌نویس کامپیوتر با نام مستعار ساتوشی ناکاموتو پدید آمد. اختراع او یک منبع باز (کد رایانه‌ای کنترل‌کننده، برای انظار عمومی باز است)، همتا به همتا (معاملات به واسطه شخص ثالث که مانند پی‌پال یا ویزا نیاز ندارند) ارز دیجیتالی (الکترونیکی) و فاقد نمود فیزیکی) می‌باشد (Edward V. Murphy, 2015, p2).

### ۱-۲. قانونی سازی

شاید نخستین معنایی که با شنیدن واژه قانونی سازی متبادر می‌شود، تضاد آن با ممنوعیت می‌باشد. با این حال درباره مفهوم دقیق این رویکرد میان صاحب‌نظران اجماعی وجود ندارد. یکی از مهمترین دلایل این اختلافات را باید در این امر دانست که بسیاری اصطلاح «جرم زدایی» یا «کیفرزدایی» را به جای قانونی سازی به کار برده‌اند و به نوعی عقیده بر ترادف آن‌ها دارند. اتان ندلمن از جمله معروف‌ترین طرفداران قانونی سازی است که قانونی سازی و جرم زدایی را در یک معنا به کار برده است (جلالی فراهانی، ۱۳۸۴: ۵).

## ۲. لوازم و بررسی قانونی سازی بیت کوین

دانستن رویکرد و شرایط قانونی سازی جمهوری اسلامی ایران در قبال ارزهای مجازی با وجود مخالفت و حرام اعلام کردن بیت کوین توسط فقها برای بسیاری از اشخاص اعم از حقیقی و حقوقی، مخصوصا اشخاصی که قصد سرمایه گذاری در قالب عقود (بیع، جعاله) در زمینه ارزهای رمزنگاری شده ای همانند بیت کوین را دارند، یک امری حیاتی می باشد. بنابراین در این مقاله سعی شده که علاوه بر آگاهی در زمینه بیت کوین و مشکلات و رویکرد های مختلف، بر وضعیت قانونی سازی این پدیده مستحدثه در ایران و سایر کشورها به صورت تطبیقی مورد بررسی قرار دهیم.

### ۲-۱. لزوم قانونی سازی

در ابتدا به بیان لزوم قانونی سازی در این حوزه می پردازیم و الزامات آن را مورد بررسی قرار می دهیم. چالش مهمی که همیشه در قانونی سازی وجود داشته و در این حوزه نیز وجود دارد، این است که قوانین نباید به اندازه ای محدود کننده باشد که دست و پا گیز شده و مانع رشد و تولد شرکت های نوپا شود.

سرقت، کلاه برداری، قمار بازی، خرید و فروش اقلام ممنوعه ... از جرایمی هستند که امکان ارتکاب آنها در ارتباط با بیت کوین، در صورت عدم قانونی سازی و جرم انگاری، وجود دارد. علاوه بر این، جرایم سازمان یافته که اثراتی به مراتب گسترده تر و مخرب تر با خود به همراه دارند نیز باید مورد توجه قرار گیرند. تاثیر این جرایم به اندازه ای است که از آنها به عنوان تهدیدی برای توسعه کشورها یاد می شود. یکی از این جرایم سازمان یافته، پولشویی می باشد. پولشویی در نوع سنتی خود نیز پلیس و نیروهای امنیتی را با دشواری های بسیار زیادی در زمینه جرم یابی مواجه می سازد، علت آنکه، جرم پولشویی جرمی موخر بوده و همواره جرایم مقدمی وجود دارند که عواید حاصل از آنها به پول تطهیر شده تبدیل می شود. حال در صورتی که پولشویی از طریق ارزهای رمزنگاری شده صورت پذیرد، کشف جرم به مراتب سخت تر شده

و نیازمند تدابیر ویژه است (بهره مند و عامری ثانی، ۱۳۹۸: ۲). با توجه به اصل قانونی بودن جرم و مجازات و سایر قواعد از جمله اصل برائت و قاعده قبح عقاب بلا بیان، در وهله نخست باید جرایم ناشی از ارزش‌های دیجیتال جرم انگاری شوند. هرچند ارزش‌های دیجیتال فی نفسه به رسمیت شناخته نشده و مالیت نداشته باشند، اما به عنوان یک واقعیت خارجی می‌توانند وسیله ایراد صدمه و ارتکاب جرم قرار گیرند و در این خصوص به رسمیت شناختن و یا نشناختن آنها و عدم قانونی سازی این مقوله در کشور تغییری در این واقعیت ایجاد نمی‌کند. علاوه بر این علی‌رغم عدم وجود جرم انگاری و قانونی سازی خاص در خصوص برخی جرایم ناشی از اینگونه ارزش‌ها، بسیاری از جرایم سنتی، در حال حاضر نیز با قوانین موجود قابل ارتکاب و مجازات هستند. باید توجه داشت هدف علوم جنایی از تحلیل و بررسی ارزش‌های رمزنگاری، علی‌الخصوص بیت کوین، ایجاد محدودیت در مسیر فلسفه وجودی این ارزش‌ها، که کسب سود اقتصادی است نبوده، بلکه این علوم نیز به دنبال ایفای وظیفه ذاتی خود در قبال پدیده‌های نوین و خطرات احتمالی ناشی از آنها در صورت عدم قانونی سازی هستند (بهره مند و عامری ثانی، ۱۳۹۸: ۳).

## ۲-۲. راه‌های قانونی ساختن بیت کوین در کشورها

با قدمتی کمتر از یک دهه، بیت کوین و سایر ارزش‌های مجازی تأثیر عمده‌ای در جامعه داشته‌اند و ثابت شده است که یک چالش منحصر به فرد سیستم پرداخت برای اجرای قانون، مقامات نظارتی مالی در سراسر جهان و جامعه سرمایه‌گذاری است. معرفی سریع و انتشار تغییرات فن آوری در کل جامعه، از جمله بلاکچین که به عنوان پایه رمزنگاری بیت کوین فعالیت می‌کند، همچنان از توانایی قانون و مقررات برای حفظ سرعت خود فراتر می‌رود. تنها در طول سال ۲۰۱۷، قیمت بازار بیت کوین ۱۷۳۵٪ افزایش یافت، از حدود ۹۷۰ دلار به ۱۴۲۹۲ دلار و باعث هیجان بهره‌مندی سرمایه‌گذار شد. از ۱۱ سپتامبر سال ۲۰۱۸، در مجموع ۱۹۳۵ ارز رمزنگاری شده گزارش شده است که دارای سرمایه تقریبی بازار ۱۹۱،۵۴ میلیارد دلار در آن زمان بوده است. تاریخچه مختصری از سرعت در حال اتخاذ فناوری مبتنی بر بلاکچین، همراه با نگاهی به تلاش‌های تنظیم‌کننده‌ها برای

همگام شدن با رشد سرسام آور جهانی استفاده‌ی ارزشهای مجازی تهیه شده است. در ایالات متحده، اقدامات اجرایی برای نقض قانون مربوط به ارزشهای مجازی، در درجه اول توسط: کمیسیون معاملات آتی کالا (CFTC)، کمیسیون بورس و اوراق بهادار (SEC)؛ و وزارت خزانه داری از طریق شبکه اجرایی جرایم مالی (FinCEN) انجام می شود (Tara Mandjee, 2019, p13).

### ۱-۲-۲. قانونی سازی بیت کوین در آلمان

آلمان نیز مانند دیگر کشورها قوانین نظارتی مربوط به خود را دارا است که وضع و اجرای آن تحت نظارت بافین یا مرجع نظارت مالی المان فدرال صورت می گیرد. این سازمان وظیفه دارد ضمن تأیید سیستم های مالی کارآمد، به حمایت از مشتریان (از بلک شیپ) پردازد. بنابراین جای تعجب ندارد که بافین به امور مربوط به بیت کوین ورود کرده است که دلیل عمده آن رشد بالای بیت کوین در آلمان است. تحت قوانین آلمان پول های مجازی ابزارهای مالی محسوب می شوند و نزدیک ترین حالت به معنا و مفهوم پول شخصی را دارا هستند و زیرمجموعه آن طبقه بندی می شوند، بنابراین براساس قوانین به آن ها مالیات تعلق می گیرد و در برخی موارد ممکن است به مجوز یا اجازه نامه ای نیاز داشته باشند. از این حیث است که رمز ارزهایی مانند بیت کوین مشمول حوزه «پول های بدون پشتوانه» می شوند که در نتیجه نمی توانند زیرمجموعه قوانین مالی موجود قرار بگیرند، از این رو اگر فروشنده ای در مقابل کالا یا خدمات ارائه شده بیت کوین را پذیرا باشد، قوانین حوزه حقوق خصوصی بر او جاری می شود و خود باید مسئولیت ناشی از آن را بپذیرد. بافین در ۱۹ دسامبر سال ۲۰۱۳ اعلام کرد که قرار مالیاتی وارده بیت کوین باید تحت قوانین مالیات بر « دارایی های نامشهود» و حداقل در قانون مالیات بر درآمد اعمال (حاجی ملامیرزایی، ۱۳۹۸: ۱۲۴).

### ۲-۲-۲. قانونی سازی بیت کوین در ژاپن

آسیا را می بایست قطب رمز ارزها و ژاپن را می توان به عنوان اصلی ترین حامی بیت کوین در جهان دانست. ژاپن به تنهای ۴۰ درصد از خرید بیت کوین، شناخته شده ترین رمز ارز موجود را در برمی گیرد. کشور ژاپن با رویکردی متفاوتی از اغلب کشورها و با جسارتی بسیار و روی گشاده

از این پدیده جدید استقبال کرده است. زاپن نخستین کشور است که در سال ۲۰۱۷ بیت کوین را به صورت قانونی پذیرا شد. بنابراین ژاپن مانند یک رهبر پیشرو، در بازار پول مجازی (بیت کوین) تاثیر بسزایی گذاشت.<sup>۱</sup> آژانس خدمات مالی ژاپن در روز دوشنبه ۱۶ نوامبر ۲۰۱۵ اعلام کرد که کشور نیاز به بهبود سیستم نظارتی بر ساز و کار رمزارها دارد. در ماه ژوئن نیز دولت ژاپن به بررسی و طرح قوانین جدیدی پرداخت تا از تهدیدات ناشی از پول‌های مجازی مانند «پول شویی»، «حمایت‌های مالی تروریسم» و دیگر «فعالیت‌های غیرقانونی» در امان بماند. به همین منظور دولت از کسانی که در بازار رمز ارزها کنشگر بودند، دعوت به عمل آورد تا از تجربیات و دانش آن‌ها بهره‌برد. در مارچ ۲۰۱۶ سند پیشنهادی به مجلس برای تصویب قانون و اصلاح قوانین موجود در مبادلات پول‌های مجازی ارائه شد که شامل اصلاح در قوانین پرداخت پول‌های مجازی بود. این اصلاحات شامل:

۱. الزامات لازم برای ثبت نام صرافی‌های حوزه رمز ارزها

۲. الزامات حفاظت از حقوق مصرف‌کنندگان که می‌تواند استاندارد هم برای موسسات

پرداختی در ژاپن باشد.

۳. تطبیق اجباری با قوانین مربوط به پول شویی.

### ۳-۲-۲. قانونی سازی بیت کوین در ایران

در ایران نیز مانند بسیاری از کشورهای دیگر، مجادلات و مناقشات بسیاری درباره‌ی ماهیت پول مجازی وجود دارد. قانون ایران در خصوص بیت کوین ساکت است و لذا می‌توان بلامانع بودن موضوع را تعبیر نمود. ایران جزء آن دسته از کشورهایی است که با این پول مجازی تحریم ناپذیر محتاطانه برخورد کرده است. این پول مجازی در حال حاضر به خاطر عدم رسمیت آن از سوی بانک مرکزی در خارج از مرزهای ایران کنترل می‌شود. بررسی جزئیاتی نظیر مزایا و معایب و همچنین مقررات سلبی یا ایجابی استفاده از این ابزار مالی جدید توسط سازمان‌ها و نهادهای

<sup>1</sup> -bafin.de{online} <https://www.bafin.de/EN/Willkommen/willkommen-node-en-html>.

گوناگونی نظیر بانک مرکزی، مرکز پژوهش‌های مجلس، سازمان بورس و اوراق بهادار، ستاد مبارزه با قاچاق کالا و ارز، وزارت ارتباطات و فناوری اطلاعات، پلیس فتا و همچنین مرکز ملی فضای مجازی از سال ۹۳ آغاز شده، اما متأسفانه تاکنون این اقدامات به مرحله اجرا نرسیده است. در حال حاضر برخی از صرافی‌هایی در ایران وجود دارند که به صورت لحظه‌ای و بلادرنگ بیت کوین را خرید و فروش می‌کنند. قیمت یک بیت کوین در ایران حدود ۲۱۰ میلیون ریال می‌باشد. عمده‌ترین کاربرد بیت کوین در ایران برای پرداخت‌های هکراهی است که سیستم‌های شرکت‌ها را هک می‌کنند و در ازای دریافت باج به صورت بیت کوین اطلاعات را برمی‌گردانند، همچنین گفته می‌شود بخشی از معاملات مواد مخدر و برخی کالاهای غیرقانونی دیگر هم با بیت کوین انجام می‌شود. البته کسانی هم هستند که بیت کوین را به عنوان یک سرمایه‌گذاری می‌خرند. مدتی است که شورای عالی فضای مجازی در حال بررسی برای وضع قوانین و تعیین موضع دولت ایران در قبال این پول دیجیتال است؛ اما فعلاً وضعیت رسمی بیت کوین در ایران مبهم است و دولت واکنش مشخصی درباره آن نداشته است.

این روزها با توجه به فراگیر شدن استفاده از پول مجازی «بیت کوین» در بازار مبادلات اقتصادی فضای مجازی و ترغیب بیشتر ایرانیان برای استفاده از این سیستم، لازم است شورای ملی فضای مجازی با همکاری وزارتخانه‌های ارتباطات و فناوری اطلاعات، اقتصاد و دارایی، قوه قضائیه، بانک مرکزی و سایر دستگاه‌ها و نهادهای تصمیم‌گیرنده، سیاست‌های کلی استفاده از «بیت کوین» را تصویب نماید.

در فروردین ماه ۱۳۹۶ ورود رسمی بیت کوین به بورس تهران با حضور یک شرکت سوئدی در ایران و قبول سپرده‌های بیت کوینی و تبدیل به ریال برای سرمایه‌گذاری در بورس تهران کلید خورد.

هرچند حجم معاملات با بیت کوین در ایران بسیار کوچک است اما رواج استفاده از این نوع ارز دیجیتال در سایر کشورها رونق گرفته است. بانک‌های مرکزی دنیا نگرانی‌های جدی در خصوص ریسک استفاده از بیت کوین و فعالیت‌های پولشویی در این خصوص دارند ولی علی



رغم تمام این نگرانی‌ها، انجام معاملات با بیتکویین در دنیا در حال گسترش است تا جایی که به تازگی یک شرکت سرمایه‌گذاری تازه ثبت شده در سوئد به نام «بریو نیو ورلد» سپرده‌هایی را به بیت‌کویین قبول و آنها را برای سرمایه‌گذاری در بازار بورس تهران به ریال ایران تبدیل می‌کند. جذب سرمایه در این شرکت به دلیل تحریم‌های آمریکا علیه ایران که هنوز هم پابرجا است از طریق بیتکویین (پول دیجیتال) انجام می‌پذیرد و این شرکت هیچ حساب بانکی در سوئد ندارد اما یک حساب بانکی در ایران برای سرمایه‌گذاری در بورس تهران دارد و با این کار به دنبال یافتن سرمایه‌گذاران علاقه‌مند جدید در بین استفاده‌کنندگان از بیت‌کویین در ایران و اروپاست. این شرکت همچنین به صورت کامل، دستورالعمل‌های مقابله با پولشویی را که توسط نهادهای سوئدی و اروپایی توصیه شده است رعایت می‌کند.

به عبارت دیگر از منظر دیگر حقوق دانان، قانونی‌سازی فرآیندی سه مرحله‌ای است که شامل نظارت بر چگونگی تاسیس بانک یا یک موسسه مالی، نظارت بر نحوه فعالیت و بالاخره اعمال اقدامات اصلاحی برای بهبود وضعیت، حمایت یا مجازات بانک متخلف از قبیل تذکر کتبی، تغییر اعضای هیئت‌مدیره، اجبار به تزریق سرمایه توسط سهامداران و غیره است. هرچند هزینه نظارت سنگین است، ضعف در نظارت به مراتب هزینه سنگین‌تری در بر خواهد داشت. مهمترین رکن نظارت، حفظ ثبات و اعتبار نظام مالی است، زیرا وجود این عوامل سبب کاهش ریسک ضرر و زیان سپرده‌گذاران و سایر بستانکاران است. در این زمینه، ناظران در اجرای وظایف خود باید نظم و انضباط بازار را با اعمال حاکمیت شرکتی، از طریق ساختار مناسب و تنظیم قواعد مربوط به مسئولیت هیئت‌مدیره و مدیران ارشد و ارتقای سطح شفافیت، مستحکم و تقویت کنند (منظور و یادی پور، ۱۳۸۷: ۸).

ناظران باید مطمئن شوند که بانک از منابع مکفی در قبال ریسک تقبل شده از جمله سرمایه کافی، مدیریت صحیح و سیستم کنترل مؤثر برخوردار است. هرچند نظارت خود به خود نمی‌تواند تضمینی برای عدم توقف یا ورشکستگی بانک باشد و وقوع حوادثی از این دست جزئی از ریسک‌پذیری است. اما نکته مهم، چگونگی مقابله و برخورد با ورشکستگی و توقف است.

سازمان ملل متحد، بانک جهانی، صندوق بین‌المللی پول و سازمان تجارت جهانی از جمله مهمترین بازیگران سیاسی در سطح بین‌الملل هستند. به عبارتی، عرصه‌های تصمیم‌گیری سیاسی، مالی و غیره فراتر از دولت‌های ملی است (منظور و یادی پور، ۱۳۸۷: ۸).

حکومت‌های ملی دیگر نمی‌توانند مثل گذشته به وضع سیاست‌های اقتصادی و مالی پردازند، با گسترش فرآیند جهانی شدن، دولت‌های ملی ابعادی از توانایی و حاکمیت خود را از دست خواهند داد و به نحو فزاینده‌ای با بازارهای جهانی، سازمان‌های تجاری جهانی و سازمان‌های منطقه‌ای روبرو خواهند شد. در گذشته چون سرمایه به راحتی بین کشورها حرکت نمی‌کرد لذا کشورها عمدتاً درگیر مسائل داخلی خود بودند و به ابعاد بی‌المللی فعالیت‌های مالی توجه نداشتند. در پرتو تغییرات حاصله در بازارهای مالی، این حقیقت آشکار شد که روش‌های معمول و سنتی نظارت دیگر پاسخگو نخواهد بود.

در مفهوم قانونی سازی می‌توان بیان داشت که ارائه یک تعریف مشخص در این زمینه به سادگی امکان‌پذیر نمی‌باشد، زیرا نظارت بانکی در برگیرنده زمینه‌های مختلفی از فعالیت‌های پیچیده بانک‌ها در جهان امروز می‌باشد. تعاریف موجود در زمینه مورد بحث بسیار متعدد است ولی به جرأت می‌توان ابراز نمود که حفظ ثبات و سلامت مؤسسات مالی، تبعیت از مقررات و حفظ منافع سپرده‌گذاران، نکات مشترک تعاریف موجود می‌باشند. مبحث دیگری که اهمیت نظارت بر بانک‌ها را در زمان حاضر مطرح می‌نماید گام نهادن کشورها در حال توسعه به مراحل آزادسازی نرخ‌های بهره و انجام سایر تعدیلات اقتصادی است (منظور و یادی پور، ۱۳۸۷: ۹).

بانک مرکزی ج.ا.ا. که به موجب بند «ب» ماده ۱۱ قانون پولی و بانکی کشور (مصوب تیرماه سال ۱۳۵۱)، وظیفه نظارت بر بانک‌ها و مؤسسات اعتباری را برعهده دارد از اواخر دهه هفتاد شمسی و با بهره‌گیری از آخرین دستاوردهای مراکز و مجامع حرفه‌ای و تخصصی، رویکرد «نظارت مبتنی بر ریسک» را به عنوان رویکرد اصلی در نظارت بر بانک‌ها و مؤسسات اعتباری کشور برگزید و در این راستا ضمن تجدید ساختار سازمانی حوزه نظارت بر بانک‌ها، تدوین

مقررات احتیاطی و تعمیق و گسترش ادبیات نوین بانکی در کشور را سرلوحه فعالیت های خود قرار داده است.

ملاحظه کردید که بانک مرکزی مسئول کنترل عرضه ی پول در اقتصاد است. از آن جا که بانک ها در نظام بانکی با وجود نسبت سپرده ی قانونی (کم تر از ۱۰۰ درصد) می توانند به خلق پول بپردازند، بنابراین نظارت بانکی مرکزی بر عرضه ی پول غیرمستقیم خواهد بود. وقتی بانک مرکزی تصمیم می گیرد تا عرضه ی پول را تغییر دهد باید به روش هایی که از طریق نظام بانکی به این هدف می رسند، بیندیشد. برای تبادلات مالی از طریق بیت کوین، اجماع جهانی بر مقررات گذاری و انجام کار قانونی بر این بستر است، در کشور ایران رابط کمی سخت تر است. چرا که مقررات گذاری در این زمینه انجام نشده و آنجایی که مردم به این بازار ورود می کنند و می خواهند از طریق این صرافی ها پول نقد را تبدیل به بیت کوین کنند، این صرافی ها و قوانین و مقررات لازم برای آن وجود ندارد. در نتیجه کسانی که می خواهند وارد این بازار شوند، ناچارند از صرافی های خارج از کشور استفاده کنند. عمده صرافی ها در این بازار آمریکایی هستند و تحت قوانین کشور آمریکا و قوانین وزارت بازرگانی این کشور فعالیت می کنند. در نتیجه شرایط تحریم برای آنها وجود دارد و چنانچه آدرس «آی پی» ایرانی را تشخیص دهند و متوجه شوند که مبدا نقل و انتقال پول، ایران است، هر لحظه امکان تحریم کردن حساب ایران را دارند و به این ترتیب پول ایرانیها از بین رفته و اجازه دسترسی به آن داده نمی شود. این صرافی ها به محض آنکه متوجه آی پی ایرانی می شوند، قوانین تحریم برای آنها حاکم می شود و هرگونه مبادله مالی با مقصد و مبدا ایران را لغو می کنند. خطر بعدی نیز به کلاهبرداری ناشی از ناآگاهی کاربران مربوط می شود که در نهایت ضرر و زیان در حذف سرمایه بسیاری از افراد را به همراه دارد (منظور و یادی پور، ۱۳۸۷: ۱۰).

### ۳. رویکرد فقهی بر قانون سازی بیت کوین

پس از اثبات مشروعیت بیت کوین در فصل قبل می‌توانیم بگوییم که، طبق اصل چهارم قانون اساسی لزوم ابتنای قوانین و مقررات بر اساس موازین اسلامی است. این اصل مقرر می‌دارد که کلیه قوانین و مقررات باید بر اساس موازین اسلامی باشند. ابتدا باید موازین اسلامی که معیار مشروعیت عمل به قوانین به حساب آمده‌اند، شناخته شود تا منظور از ابتنای قوانین بر آنها مشخص گردد و پس از آن به این سوال که چگونه بیت کوین باید براساس موازین اسلامی ابنتا گردد؟ بر اساس مبانی فقهی پاسخ داده شود تا ضرورت این موضوع آشکار گردد. علاوه بر این می‌بایست منظور قانون گذار از عبارت «براساس موازین اسلامی» بودن مشخص گردد. و به این سؤال پاسخ داده شود که آیا باید قوانین الزاماً منطبق با موازین اسلامی باشند یا صرف عدم مغایرت قوانین با موازین اسلامی کافی به مقصود خواهد بود؟

#### ۳-۱. موازین فقهی بر تصویب بیت کوین

موازین فقهی بر تصویب بیت کوین شامل حکم ثانوی است. زیرا حکم ثانوی، حکمی است که بر موضوعی به دلیل وجود شرایط خاص و استثنایی یا عارض شدن شرایطی خاص بار می‌گردد. از این شرایط خاص در فقه تحت عنوان عناوین ثانوی نیز یاد می‌شود، از جمله احکامی که ناشی از وجود ضرورت، عسر و حرج، نذر و قسم، حفظ نظام و امثال آن بر فرد، تکلیف می‌شود (کعبی، ۱۳۹۳: ۱۱). تمسک به احکام ثانویه، بر اساس مصلحت یا ضرورتی است که باعث می‌شود از حکم اولیه موقتاً دست کشیده و تا زمانی که این مصلحت یا ضرورت موجود است، حکم ثانویه جاری گردد. مراد از حکم حکومتی نیز امر یا اوامری است که از ناحیه امام مسلمین و یا نایب ایشان صادر می‌گردد. به تعبیر دیگر می‌توان گفت احکام حکومتی مقررات خاصی است که حاکم اسلامی در جهت اجرای احکام شریعت اسلامی و به منظور برقراری نظم در نظام مبتنی بر حاکمیت شریعت وضع می‌نماید. حکم حکومتی را یکی از احکام اولیه شرع دانسته‌اند که بر همه احکام اولیه تقدم دارد. این احکام را حاکم جامعه اسلامی بر مبنای مصلحت عمومی مسلمین و در

چارچوب اختیارات شرعی خود به منظور تنظیم و اداره امور مسلمین یا اجرای احکام اولیه یا ثانویه شرعی متناسب با شرایط روز، صادر می نماید (کعبی، ۱۳۹۳: ۱۱).

آیا فقهای شورای نگهبان در بررسی قوانین و مقررات، بایستی احکام ثانویه و احکام حکومتی را نیز مد نظر قرار دهند و یا اینکه این بررسی صرفاً با ملاک احکام اولیه صورت می گیرد؟ رویه فعلی فقهای شورای نگهبان بر این است که صرفاً بر اساس احکام اولیه نظر داده و قوانین و مقررات را با معیار احکام اولیه بررسی می کنند و مصلحت را در تصمیم گیری های خود دخیل نکرده و بدین عنوان احکام ثانویه مبنای تصمیمات ایشان واقع نمی شود. البته در مواردی که در موضوعی حکم حکومتی از سوی رهبر صادر شده باشد، شورای نگهبان همواره این حکم را مدنظر قرار داده و بر اساس آن اعلام نظر می نمایند. همچنین مهمترین استدلال ایشان این است که مطابق اصل نود و ششم قانون اساسی، تشخیص عدم مغایرت مصوبات مجلس شورای اسلامی با احکام اسلام با اکثریت فقهای شورای نگهبان است. فقهای شورای نگهبان منصوب ولی فقیه هستند و وظیفه آنها این است که با استفاده از ادله اربعه یعنی کتاب، سنت، اجماع و عقل حکم شرعی را استنباط کنند و بر مصوبات مجلس تطبیق دهند و نه اینکه به تشخیص مصلحت و تعیین تکلیف خود موضوع پردازند. تشخیص مصلحت در قانونگذاری به عهده مجلس است و اگر جایی مصوبه مجلس خلاف احکام اولیه شرعی باشد و اقتضای حکم ثانویه را داشته باشد، در این حالت باید خود ولی فقیه نظر بدهد و حکم حکومتی را جاری سازد و یا با استفاده از شیوه های دیگری، مصلحت بر حکم اولیه متقدم گردد (کعبی، ۱۳۹۳: ۱۳).

ولی برای تصویب و قانونی سازی بیت کوین، اگر بیت کوین را به عنوان یک حکم ثانوی در نظر بگیریم، رویه شورای نگهبان باید تصمیم گیری در مورد احکام ثانویه باشد. زیرا اولاً برخی از فقها (قمی و افتخاری و عوض جعفر) مصلحت را طبق ضابطه منفعت تعریف کردند: «مصلحت در اصطلاح علمای دین اسلام، شامل منافعی می شود که شارع حکیم برای بندگانش لحاظ نموده.

۱- اصل نود و ششم- تشخیص عدم مغایرت مصوبات مجلس شورای اسلامی با احکام اسلام با اکثریت فقهای شورای نگهبان و تشخیص عدم تعارض آن ها با قانون اساسی بر عهده اکثریت همه اعضای شورای نگهبان است.

این منافع به ترتیب عبارتند از: حفظ دین، جان، عقل، نسل و اموال، منفعت نیز شامل لذت یا وسیله آن و برطرف کردن آلام یا وسیله رفع آلام است» (بیگدلی و فرچپور، ۱۳۹۲: ۵). که بیت کوین و ارزهای رمزنگاری شده نیز دارای مزایا و منافی برای افراد در معاملات مثل آزادی پرداخت وجه و امنیت و کنترل و... می باشد که باعث ایجاد رغبت گسترده افراد به این نوع ارزها می گردد.

ثانیا، طبق تعریف از حکم اولی، حکمی است که موضوع آن، (بما هو هو) دارای حکم شرعی ثابت و دائمی است که در صورت عدم تغییر موضوع، حکم آن همچنان ثابت است. در این گونه احکام، مصلحت و مفسده در متعلق آن است و تنها خداوند به همه آن‌ها علم دارد و عقل بشر می‌تواند بخشی از مصالح و مفاسد این احکام را درک کند. مکلف ملزم است چنین احکامی را تعبداً بپذیرد و اگر قوانین و مقررات را با معیار احکام ثانویه (ضرورت، ضرر، حرج و...) مورد بررسی قرار نگیرد بسیاری پدیده‌های مستحدثه امروزی بدون نظارت و قانونی سازی با ریسک‌ها و خطرات بسیار زیادی مورد استفاده قرار می گیرند.

ثالثا، طبق بند یک اصل نود و یک قانون اساسی، اوصاف «عادل» و «آگاه به مقتضیات زمان و مسائل روز» را برای فقهای منصوب از جانب رهبری در شورای نگهبان بیان می کند. قانونگذار با ذکر قید آگاهی به مقتضیات زمان و مسائل روز در صدد است تا فقهایی به این سمت منصوب شوند که برای تشخیص به دارا بودن مصلحت یا مفسده مسائل مستحدثه ای همانند بیت کوین و ارزهای مجازی، امکان اجتهاد از منابع فقه را داشته باشند و بتوانند درباره آنها تصمیم بگیرند. به نظر می رسد با توجه به نقش زمان و مکان در اجتهاد فقیه، در مواردی که میان احکام اولیه و مصلحت اختلافی رخ دهد، فقیه آگاه به زمانه می بایست به حکم ثانویه رجوع نموده و نظر شارع را استنباط خواهد کرد (بیگدلی و فرچپور، ۱۳۹۲: ۵).

## ۲-۳. وضعیت احکام ترخیصی در حوزه قانونگذاری

احکام ترخیصی، احکام فاقد الزام شرعی در فعل یا ترک فعل را می‌گویند که یا ناشی از تأکید خفیف بر فعل یا ترک فعل است که در قالب استحباب یا کراهت قرار می‌گیرد و یا اقتضای اباحه دارد که افعال مباح را شامل می‌گردد (بیگدلی و فرجه‌پور، ۱۳۹۲: ۱۵).

پرسشی که در این باره مطرح می‌شود این است که آیا می‌توان بیت‌کوین و پول‌های مجازی را به عنوان احکام ترخیصی قلمداد کرد؟

«مستحبات» و «مکروهات» و «مباحات» به عنوان سه دسته از ترخیصات شارع هستند، حال وضع قانونگذاری و ایجاد الزام در خصوص بیت‌کوین به عنوان ترخیصات شرعی چگونه با انطباق قوانین بر اساس موازین اسلامی قابل جمع است و عدم مغایرت این گونه مصوبات با موازین اسلامی چگونه احراز می‌شود؟

از نظر شهید سید محمدباقر صدر (ره)، محدوده احکام اسلام به دو دسته تقسیم می‌شوند: دسته اول احکام ثابت هستند که واضح و روشن هستند، که در قالب وجوب و حرمت بیان شده و قوانین تغییرناپذیر به شمار می‌روند و عمل حاکمان نظام اسلامی درباره آنها بیشتر جنبه اعلامی دارد؛ و دسته دوم مواردی که نظر قطعی و نهایی در مورد مسئله‌ای به صورت وجوب یا حرمت از جانب شریعت وجود ندارد، که همان ترخیصات شارع را در بر می‌گیرد، که نام «منطقه الفراغ» بر خود می‌گیرد و قوه مقننه وظیفه دارد بر اساس مصالحی که تشخیص می‌دهد به شرط عدم مغایرت با قانون اساسی و چارچوب‌های شرعی در آنها قانونگذاری کند. از نظر ایشان پر کردن منطقه الفراغ با احکام مطابق شریعت اسلامی، از صلاحیت‌های اولی‌الامر و دولت اسلامی است. در نتیجه حاکم می‌تواند در مسائل مستحدثه‌ای همچون بیت‌کوین، اگر به عنوان ترخیصات شارع قلمداد کنیم، ایجاد الزام کند و این هیچ مغایرتی با موازین اسلامی نخواهد داشت (بیگدلی و فرجه‌پور، ۱۳۹۲: ۱۵).

اشکالی که آیت‌الله کعبی از نظر شهید صدر در مورد احکام ترخیصی گرفتن را می‌توان مطرح کرد که فرمودند: «در این جا می‌توان به نظریه منطقه الفراغ شهید صدر (ره) اشکالی وارد کرد، این گونه که در هر صورت تفاوتی میان احکام شارع چه به نحو الزامی - که در زمره احکام

ثابت در نظر ایشان قرار می‌گیرد - و چه به نحو غیر الزامی - که از ترخیصات شارع به حساب می‌آیند و در حیطه منطقه الفراغ قرار می‌گیرد - وجود ندارد و همگی از احکام شرعیه هستند که امکان تغییر آنها وجود ندارد. در صورتی که با دلیلی در احکام غیر الزامی - یعنی مستحبات و مکروهات و مباحات - بتوان تغییری ایجاد کرد و با تغییر آنها را الزامی ساخت، به همان دلیل در احکام ثابت نیز بایستی بتوان تغییر داد. همچنین چنانچه احکام الزامی ثابت هستند، احکام غیر الزامی نیز چنین حالتی دارند. لذا در زمینه مستحبات و مکروهات و مباحات نیز اگر مصلحت اهمی نباشد و مفسده قوی نیز وجود نداشته باشد که حاکم شرع لحاظ کرده باشد، در این زمینه حق قانونگذاری و ایجاد الزام وجود ندارد؛ و در طرف مقابل در صورتی که مصلحت اهم و مفسده اقوابی وجود داشته باشد، در آن صورت نه تنها در ترخیصات شارع حق قانونگذاری وجود دارد، بلکه در واجبات و محرمات هم حق قانونگذاری وجود دارد و می‌توان بر مبنای مصلحت، امری خلاف نظر اولیه شارع و در چارچوب احکام ثانویه وضع کرد» (بیگدلی و فرچپور، ۱۳۹۲: ۱۶).

در پاسخ به این اشکال باید گفت که: ما دو دسته احکام شرعی داریم؛ دسته اول غیر قابل تغییر و همیشه مورد نیاز است مثل بیع، اما روش‌های برقراری بیع در جوامع و زمان‌های گوناگون متفاوت است که این دسته قابل تغییر است و دولت اسلامی طبق قاعده منطقه الفراغ شهید صدر می‌تواند حیطه این قاعده را محدود سازد یا گسترش دهد نه اینکه خود احکام ثابت را بتوان تغییر دهد، زیرا منطقه الفراغ به حوزه‌ای از شریعت اسلامی ناظر است که به سبب ماهیت متغیر آن، محدوده‌ی احکام موضوعات و عناوین می‌تواند متغیر باشد و شارع وضع قواعد مناسب با اوضاع و احوال و مقتضیات زمان و مکان را با حفظ ضوابط و در چارچوب معینی به عهده ولی امر گذاشته است

حال با این اوصاف اگر بیت کوین و ارزهای مجازی دارای مصلحت عامه باشند و به عنوان یکی از احکام ترخیصی در نظر بگیریم، در زمینه ترخیصات شارع نیز مقررات و قوانین بایستی بر اساس موازین اسلامی باشند و شورای نگهبان مسئول تشخیص این موضوع خواهد بود و اگر به خاطر مصلحت، نیازی به تغییر در آنها وجود داشته باشد، این اقدام در مجرای احکام ثانویه یا حکومتی و امور مربوط به مصلحت عملیاتی خواهد شد. در غیر این صورت اگر برای احکام



ترخیصی و مسائل مستحدثه‌ی امروزی در صورت مصلحت، ابتدای قوانین و وضع مقرراتی را در نظر نگیریم، مفسده این امر بیشتر از عدم قانون گذاری خواهد بود.

#### ۴. رویکرد حقوقی بر قانونی ساختن بیت کوین

##### ۴-۱. قانونگذاری ایده آل

اولین قدم در قانونگذاری بیت کوین این است که دولت از طرقی بر معاملات بیت کوین اعمال نظارت کند، که این ابزار، مقررات بانکی و نهاد بانک مرکزی است. به این نحو که، طبق بند «الف» ماده ۱۰ قانون پولی و بانکی کشور مصوب ۱۳۵۱، بانک مرکزی ایران مسئول تنظیم و اجرای سیاست پولی و اعتباری، براساس سیاست کلی اقتصادی کشور است. همین طور وفق بند «ب» ماده ۱۰ قانون مذکور، هدف بانک مرکزی ایران حفظ ارزش پول و موازنه پرداخت ها و تسهیل مبادلات بازرگانی و کمک به رشد اقتصادی است. همچنین بند «الف» ماده واحده قانون اجازه تأسیس بانک‌های غیردولتی مصوب ۱۳۷۹، سیاستگذاری پولی، اعتباری، ارزی، چاپ اسکناس، ضرب سکه، حفظ ذخایر ارزی، نظارت بر بانک ها و صدور مجوز فعالیت بانکی را جزو وظایف دولت دانسته است.

دومین قدم در جهت قانونگذاری بیت کوین، مبادله بیت کوین در سیستم مالی با اعمال و وضع مقررات ویژه مبارزه با پولشویی<sup>۱</sup> می باشد، حتی قانونی سازی بیت کوین، به عنوان کالای قابل تبدیل به پول، منجر می شود که دولت‌ها از فروش بیت کوین مصادره شده کسب درآمد کنند. بنابراین هر کسی که مایل است بیت کوین را به صورت نقدی و یا هر وسیله ی پرداخت مبادله و معامله کند، باید قوانین مخصوص بیت کوین مشتری<sup>۲</sup> (شناسایی مشتری خود) را دقیقاً به صورت: «گشودن یک حساب بانکی، (به طور معمول با نشان دادن کارت شناسایی صادر شده ی دولتی به همراه دو قبض خدمات شهری به عنوان اثبات آدرس) تنظیم کند». اکنون اکثر کشورها از این قاعده پیروی کرده اند و دنیای مبادلات را به اجزای سازگار اقتصادی جهانی تقسیم کرده اند. مرحله سوم این است که

<sup>1</sup> - AML

<sup>2</sup> - KYC

هم دستگاه‌های اجرایی و هم مبادلات می‌توانند از ابزارهای مؤثر در ردیابی پول‌های کثیف استفاده کنند. اگر کیف پول بیت‌کوین یکی از کاربران به سرقت برود، می‌تواند به پلیس مراجعه کرده و آن را گزارش دهد. دارایی‌های مسروقه از طریق بلاکچین کاملاً قابل ردیابی است و هر وقت کسی سعی کرد آنها را در بورس معاملات واریز کند، می‌تواند توقیف شود که این امر منوط به وضع قانون خاص در این زمینه در کشور می‌باشد (Tara Mandjee, 2019, p16).

با این اوصاف بهترین راهکار فعلی در این باره به رسمیت شناختن صرافی‌های قانونی ارز دیجیتال می‌باشد و اگر در ایران صرافی‌های شناخته شده قانونی وجود داشته باشد، برخی از مشکلات قابل رفع است و می‌توان در KYC نیز نقش جدی بازی کرد، زیرا وجود صرافی‌های الکترونیکی در داخل کشور، رعایت قوانین مربوط به پولشویی و مشخص شدن مبدا و مقصد سرمایه را به همراه خواهد داشت، در این صورت مردم هم می‌دانند که اهلیت کدام صرافی تایید شده و فعالیت خود در حوزه ارز دیجیتال را از طریق آن پیگیری می‌کنند. همچنین برای استخراج بیت‌کوین در کنار سخت افزار، نیاز به نرم افزارهای عمدتاً این سورس (منبع باز) نیز است، نگاه در این قسمت کار، یک صنعت تبدیلی است که از برق، بیت‌کوین تولید می‌کند و به همین دلیل است که در حالیکه بسیاری کشورها معامله با این ارزرها را ممنوع کرده اند اما استخراج آن ممنوع نیست. چرا که این مدل استخراج ارزآوری برای کشورها به همراه خواهد داشت. استخراج ارز و فروش آن در صرافی‌های معتبر و تبدیل این ارز به صادرات به نفع کشورها خواهد بود. اما در کشورها هنوز این موضوع به صورت صنعتی شناخته نشده و به همین دلیل به صورت زیرپله ای کار می‌شود.

همچنین با توجه به مصوبه شورای پول و اعتبار که بر اساس آن هرگونه فعالیتی در زمینه بیت‌کوین را برای مبارزه با پولشویی، ممنوع کرده است، اگر فعالیت ماینرها تحت ضوابط خاصی بوده و هدایت شده باشد، ضربه خاصی به اقتصاد نمی‌زند. باید فعالیت این بازیگران بیت‌کوین را به رسمیت شناخت تا آنها از فعالیت زیرزمینی دست کشیده و کار قانونی انجام دهند. البته این موضوع نیازمند تعریف یک مدل اقتصادی درست از جانب دولت می‌باشد.

موضوع قانونی سازی بیت کوین باید در کمیسیون های دولت مورد بررسی قرار بگیرد، هم اکنون دولت در حال تنظیم یک سند سیاستی است که در آن قرار است بانک مرکزی و بورس ضوابط خود را اعلام کرده و صرافیها و ماینرها شکل قانونی به خود بگیرند، این فرآیند قانونی سازی بیت کوین باید توسط مرکز ملی فضای مجازی و کمیسیون دولت به صورت هماهنگ با هم جلو برود و نیازی به سیاست جداگانه ای در شورای عالی فضای مجازی ندارد. معاملات با ارز رمزهای بدون پشتوانه همانند بیت کوین، فضایی می تواند ایجاد کند که تجارت بین المللی، بهتر یا بگیرد؛ البته اگر شرایط آن کنترل شده باشد. مزیت این ویژگی این است که برای مثال در مقایسه با جابجایی پول از نظام سوئیفت، سرعت آن بیشتر و کارمزدش کمتر است. بنابراین در چارچوب های هدایت شده تجارت های خرد، می توان در معاملات از طریق صرافی های مجاز از ارزشمندی استفاده کرد تا بحث پولشویی در کشور مبدا و مقصد دچار مشکل نشود.

در این راستا در ۲۲ تیر ۹۸، هیات دولت برای استخراج بیت کوین در راستای شناختن استخراج رمز ارزها به عنوان یک صنعت به تدوین مصوبه ای اقدام کردند که گمرک ایران اطلاعیه به ستادهای نظارت و گمرکات اجرایی ابلاغ کرد که بر اساس آن دستگاه استخراج ارز دیجیتال با عنوان ماینر در ردیف گمرکی ۸۴۷۱۹۰۹۰ قرار می گیرند. در این ردیف گمرکی عمدتاً دستگاه های کارت خوان، پین بد یا رمزخوان ها و برخی دیگر از ابزارهای بانکی قرار می گیرند.<sup>۱</sup>

#### ۴-۲. پول تلقی کردن بیت کوین

تعجب برانگیز نیست که صنعت ارزهای رمز نگاری شده بسیار تمایل دارد که بیت کوین ها را به عنوان پول اعلام کنند، زیرا این امر باعث می شود تا کاربران روزمره، نگران احتمال سرقت برخی از بیت کوین های خود نباشند. و این ترس کاربران کاملاً منطقی است؛ زیرا عمده ی سرقت ها از کاربران بیت کوین گزارش شده تنها ۶ تا ۹٪ کل بیت کوین در گردش را تشکیل می دهد که اگر درآمد حاصل از جرم سرقت را به طور عام اضافه کنیم، رقمی بسیار بزرگتر به دست می آوریم.

<sup>1</sup> - <http://www.ibena.ir/news/102643>

حال سوالی که پیش می‌آید این است: که اگر خریداران بیت‌کوین صرفاً همین بیت‌کوین‌های سرقتی را خریداری کنند آیا می‌شود به سرمایه‌گذاران عادی اطمینان دهند که به دلیل خرید بیت‌کوین سرقت شده، پول خود را از دست نمی‌دهند؟ سرمایه‌گذاران و خریداران بیت‌کوین می‌توانند خواستار این باشند که صراف‌های فروشنده بیت‌کوین مشتریانی را که به آنها بیت‌کوینی می‌فروشند را ثبت کرده، که بعداً معلوم می‌شود سرقتی بوده، معتبرکنند و مورد شناسایی کنند. یکی دیگر از راه‌ها، بیمه کردن مالکین بیت‌کوین به وسیله دولت است که مالکیت را ثبت کند، همانطور که در بسیاری از کشورها با املاک و مستغلات، وسایل نقلیه موتوری و اختراعات ثبت شده انجام می‌شود. اما در اینجا مسائل ظریفی وجود دارد که آیا این ثبت متشکل از مالکیت است، مانند ثبت اختراعات، یا نه، مانند اتومبیل. و اینکه آیا مانند اموال ضمانت‌نامه می‌ماند (Tara Mandjee, 2019, p18).

### ۳-۴. بیمه کردن مالکین بیت‌کوین به عنوان حق معنوی

یکی دیگر از راه‌ها در قانونگذاری بیت‌کوین در کشورهای مختلف را می‌توان، بیمه کردن مالکین بیت‌کوین به وسیله دولت است که مالکیت را ثبت کند، همانطور که در بسیاری از کشورها با املاک و مستغلات، وسایل نقلیه موتوری و اختراعات ثبت شده انجام می‌شود. اما در اینجا سوال اساسی که وجود دارد این است که آیا این ثبت متشکل از مالکیت است، مانند ثبت اختراعات، یا نه، مانند اتومبیل و اینکه آیا مانند اموال ضمانت‌نامه می‌ماند؟ اما با توجه به مقیاس سرقت‌های بیت‌کوین و ترجیحات ناشناس بودن کاربران بیت‌کوین، بعید است ضمانت‌نامه‌های دولتی گزینه‌ای مناسبی برای بسیاری از ذینفعان باشد. یک بلاکچین تحت کنترل دولت نه هیچ بستر و زیرساختی برای نوآوری که ارزش‌های رمزنگاری شده انجام می‌دهد ارائه می‌کند، و نه هزینه، عملکرد و تاثیر پذیری بازار حسابهای بانکی معمولی را می‌دهد. پس بهتر است که بیت‌کوین همانند اختراعات و حقوق معنوی به ثبت برسد (Tara Mandjee, 2019: 19).

#### ۴-۴. ایجاد رمز ارز (واحد بیت کوین) خصوصی

الزام در ثبت نام کسب و کارها و فعالان در این حوزه ی رمز ارز، تعیین هویت تمامی ذی نفعان به همراه تجهیزات، اعطای مجوز، (مجوزدهی) تشکیل سازمان تنظیم مقررات پول های مجازی کشور صورت خواهد گرفت. گام بعدی تأمین زیرحمایت از طریق ایجاد زیرساخت ها و آموزش است. آموزش و فرهنگ سازی، تأمین زیرساخت های توسعه (برق، سرمایه‌ش، ماینینگ و...)، تثوین قوانین مربوط به عرضه های اولیه سکه، اصلاح قوانین مالیاتی، شناسایی و تعیین حوزه های مجاز فعالیت و تعیین حوزه های غیرقانونی ایجاد رصدخانه ی رمز ارزها جهت نظارت بر فعالیت های مجرمانه و... شناسایی و ثبت تجهیزات ماینینگ، راه اندازی بستر بلاک چین ملی، حمایت از شرکت های تأمین کننده ی زیرساخت (کیف پول ها، نرم افزار های صرافی و معاملات)، تبدیل صرافی ها به مرکز اصلی معاملات خرد و موسسات بانکی و مالی جهت معاملات کلان، تکمیل چرخه حقوقی رمزارزها شامل قوانین مالیاتی، قوانین مبارزه با پول شویی، قوانین و مجوزهای اجرایی، قوانینی حمایت از مصرف کننده، قوانین قضایی و... از جمله مواردی است که می بایست در این زمینه مورد توجه قرار گیرد.

وزارت اقتصاد و دارایی، وزارت ارتباطات و فناوری اطلاعات، وزارت نیرو از نهادهای متولی کار و پلیس فتا، وزارت اطلاعات، سازمان بورس اوراق بهادار، صدا و سیما به عنوان نهادهای مکمل و همکار فعالیت خواهند کرد. وزارت علوم و تحقیقات و همچنین معاونت علمی و فناوری ریاست جمهوری به عنوان سازمان هایی که می توانند از این اتفاق حمایت های علمی و معنوی نمایند از نقش مهمی برخوردارند.<sup>۱</sup>

#### ۴-۵. ایجاد رمز ارز (بیت کوین) ملی

با ایجاد رمز ارز ملی بسیاری از مخاطرات رمز ارزها مرتفع شده و با ایجاد بسترهای ملی و بومی می توان مزایای آن بهره مند گردید. در این مرحله امکان دارد با جهت قدرت بخشیدت به رمز ارز

قانون گذاری ارز دیجیتال/ <https://darikland.com/> - ۱

ملی، مبادلات با دیگر رمز ارزها نیز به صورت کنترل شده صورت گیرد. الزام در فعالیت کسب و کارها و سازمان‌ها از رمز ارز ملی برای ثبت نام، تأمین زیرساخت توسعه رمز ارز ملی، یکپارچه سازی تراکنش‌های رمز ارز ملی با پول ملی، ایمن سازی بسترها، الزام در استفاده از عرضه اولیه سکه ملی، اصلاح قوانین مالیاتی، ترویج و گسترش استفاده از رمز ارز ملی، تعیین حدود و ثغور مشمول قانون در خصوص فعالیت‌های مجرمانه (استثنائات مشمول این قانون)، ایجاد رصدخانه رمز ارزها جهت نظارت بر فعالیت‌های مجرمانه و... سیاست‌های حمایتی از رمز ارز ملی (امتیازات، تشویقی برای صرافی‌ها و سوق دادن مؤسسات مالی و بانکی به آن)، حمایت از استارت آپ‌های استفاده کننده از بستر رمز ارز ملی و ساز و کارهای نظارتی، تبدیل صراف‌ها به مرکز اصلی معاملات خرد و مؤسسات بانکی و مالی جهت معاملات کلان.

مسئله مهم در اینجا لزوم مدیریت یکپارچه و هماهنگ با توجه به پراکندگی وظایف و نقش هاست. این هماهنگی نیاز به مدیریت یکپارچه و متمرکز دارد تا بتوان حلقه مربوطه را به طور موثری راه اندازی کرد.<sup>۱</sup>

## ۶-۴. ارتقای دانش فنی دستگاه‌های امنیتی فضای سایبری

از آنجایی که جرم‌یابی جرایم سایبری وظیفه پلیس و نیروهای امنیتی می‌باشد، تجربه و دانش فنی آنها در خصوص جرایم نوظهور مهمترین عامل در رهگیری کشف اعمال مجرمانه می‌باشد. جرایم سایبری نسبت به جرایم سنتی از ویژگی‌های خاصی برخوردار بوده که جرم‌یابی آنها را نیز دشوارتر می‌نماید. تخصصی بودن، مشخصه اصلی جرم‌یابی جرایم سایبری می‌باشد و با روش‌های سنتی نمی‌توان به مبارزه با آنها اقدام کرد. اگرچه هر کشور می‌بایست با در نظر گرفتن شرایط خاص خود به برنامه ریزی جهت تقویت توانایی در امر مبارزه با جرایم سایبری از جمله جرایم ناشی از ارزهای رمزنگاری شده اقدام نماید و البته بدون تردید کشورهای مختلف دارای توانمندی‌های یکسان نیستند و باید سیاست‌هایی متناسب با ظرفیت‌های خاص کشور خود اعمال

قانون گذاری ارز دیجیتال/ <https://darikland.com/> - ۱

نمایند. از سوی دیگر، به منظور ایجاد هماهنگی و کمک به کشورهای عضو در مبارزه با ارتکاب اعمال مجرمانه از طریق ارزهای رمزنگاری شده پلیس بین الملل پیشنهادهای ارائه می‌کند. یکی از این موارد یک چهارچوب تحلیل گری و سامانه نرم افزاری است در زمینه تحلیل زنجیره های بلوکی و همینطور کمک برای گسترش استفاده از این چنین ابزار های تحقیق در پرونده های کیفری که توسط مجمع جهانی نوآوری پلیس بین الملل (IGCI)<sup>۱</sup> پیشنهاد شده است. این چهارچوب بر سه محور اساسی استوار است که عبارتند از: فهرست نگاری، واحد (مقیاس) تجزیه و تحلیل و روابط وب (شبکه اطلاعات جهانی) و وظیفه آنها بررسی، ثبت و ضبط تراکنش ها و همینطور یافتن الگو های رفتاری میان آنهاست، نتایج این تجزیه و تحلیل در نهایت در چهار گروه دسته بندی می شود:

۱- آمار مربوط به فعالیت یک آدرس معین

۲- یک ترسیم نموداری میان تراکنش های گوناگون و آدرس بیت کوین ها

۳- مسیر تراکنش مربوط به آدرس هر بیت کوین

۴- یک دسته که دربردارنده آدرس تمامی بیت کوین هایی است که به یک کیف پول مشابه تعلق

دارند.

در همین خصوص در ماه دسامبر سال ۲۰۱۷ در شهر وین اتریش، برنامه ای آموزشی در زمینه تحقیقات مربوط به جرایم ناشی از ارزهای رمزنگاری شده به ویژه پولشویی و تامین مالی تروریسم تحت نظر دفتر مبارزه با جرم و مواد مخدر سازمان ملل متحد برگزار شد که بنا بر گزارش این سازمان نمایندگانی رسمی از واحدهای اطلاعاتی مالی و امنیتی مرتبط با جرایم مالی از کشور های مختلف من جمله جمهوری اسامی ایران نیز در آن شرکت داشته اند؛ تمرکز این برنامه بر افزایش آگاهی در زمینه خطرات ناشی از سوء استفاده از بیت کوین و همینطور تکنیک های تحقیقاتی و جرم یابی مرتبط با پولشویی از طریق ارزهای رمزنگاری شده بود. نتیجه اینکه، علی رغم وجود محدودیت ها و توانمندی خاص هر کشور، لازم است با توجه به دیگر ویژگی های

<sup>1</sup> -INTERPOL Global Complex for Innovation

جرایم مرتبط با ارزش‌های رمزنگاری شده که حاکی از لزوم همکاری بین‌المللی در مبارزه با اینگونه مجرمین است، آموزش‌های بین‌المللی و تبادلات تجربیات میان پلیس و نهاد‌های دخیل در این امر در کشور‌های مختلف گسترش یابد، زیرا می‌تواند مسیر آینده را در مقابله با حجم رو به افزایش پولشویی از طریق ارزش‌های رمزنگاری شده تسهیل کند (بهره مند و عامری ثانی، ۱۳۹۸: ۱۸).

#### ۴-۷. تعیین حوزه‌های قانون‌گذاری ارز دیجیتال

حوزه‌ای مرتبط با بیت‌کوین و رمز ارزها به شدت گسترده است و این فناوری، تمامی صنعت را تحت تأثیر خود قرار داد، لذا تعیین حوزه‌های متأثر برای قانونی‌سازی بسیار دشوار است. از طرفی فناوری بلاک‌چین که بر مبنای معماری غیرمتمرکز طرح ریزی شده است. فرامرزی است و محدود به جغرافیای خاصی نیست و این موضوع نیز، قانونی‌سازی در این حوزه را مشکل خواهد کرد، اما با شناخت صحیح و تکاملی از آن، می‌توان قوانین را به نحوی وضع کرد که پوشش اکثریتی داشته باشد.<sup>۱</sup>

- گسترش ابعاد فناوری در حوزه‌های مختلف

- فرامرزی بودن فناوری بیت‌کوین و بلاک‌چین

روش اول برای تعیین حوزه‌های مستعد قانونی‌سازی، تفکیک حوزه‌ها با توجه به نوع سرویس دهی‌شان و تعیین اولویت اقدام با در نظر گرفتن الگوهای رفتاری، توسط افراد خبره هست (برای تعیین اولویت می‌توان از آمار و الگوهای موجود برای عرضه و تقاضا در هر کام از حوزه‌ها استفاده کرد) در حال حاضر می‌توان حوزه‌هایی که باید قانون‌گذاری‌هایی لازم در خصوص آن‌ها صورت پذیرد را به صورت زیر لیست کرد:

- حوزه‌های مرتبط با سرویس‌های پرداخت

- حوزه‌های مرتبط با سرویس‌های تسهیلات

- حوزه‌های مرتبط با سرویس‌های سرمایه‌گذاری

<sup>۱</sup> - <https://darikland.com/> قانون‌گذاری ارز دیجیتال



هر کدام از این حوزه‌ها، دارای درجه‌ای از اهمیت هست که باید با توجه به فرهنگ و الگوهای رفتاری، تعیین اولویت شوند و پس از آن نهادهای حاکمیتی در هر کدام از این حوزه‌ها، به همراه متخصصانی از ارزش‌های دیجیتال، حقوق و اقتصاد طی کارگروهی الزامات لازم در آن حوزه را تبیین کنند.

روش دوم، تفکیک حوزه‌های مستعد قانونی سازی با توجه به اجزای ساختاری است که در این روش، برخلاف تمرکز بر روی سرویس‌های ارائه شده توسط ارزش‌های دیجیتال و فناوری بلاک چین، بر ساختار و اجزای این اکوسیستم تمرکز خواهیم کرد. یعنی برخلاف روش قبلی که از کاربران نهایی شروع و اعمال قانون می‌شود، از مجریان و بازیگران اصلی، اعمال قانون شروع خواهد شد. با این منطق، فضای فعلی این سیستم به صورت زیر تفکیک خواهد شد:

- سکه‌های دیجیتال

- عرضه‌های اولیه سکه

- قراردادهای هوشمند

- صرافی‌ها

- استخراج کنندگان

در این حالت نیز باید با توجه به اهمیت هر کدام از این حوزه‌ها و نظرات افراد خبره، این حوزه‌ها اولویت بندی شده، نهادهای ذی ربط تعیین و قانون گذاری اعمال شود.<sup>۱</sup>

#### ۴-۸. تعیین شاخص‌های قانونی گذاری ارز دیجیتال

تعیین شاخص‌های لازم برای حوزه‌های مستعد قانونی سازی، یکی دیگر از چالش‌های پیش روی قانون گذاران در این حوزه است. در دو روشی که برای تقسیم بندی حوزه‌های قانون گذاری در بخش قبلی اشاره شد، تعیین شاخص‌ها برای اولویت بندی این حوزه‌ها نیز معرفی شد، اما به

<sup>۱</sup> - <https://darikland.com/> قانون گذاری ارز دیجیتال

طور کلی برای تعیین اولویت، باید برخی شاخصه‌ای دیگر را نیز مورد مطالعه قرار داد که از جمله این شاخص‌ها می‌توان به موارد زیر اشاره کرد:

- **شاخص رشد:** برای تعیین اولویت، باید سرعت رشد و فراگیری حوزه مربوطه را در نظر گرفت و حوزه‌هایی که دارای سرعت رشد بیشتری هستند با اولویت بالا قانون گذاری شوند.

- **شاخص نفوذ:** برای مثال وقتی کاربران قراردادهای هوشمند در یک کشور، یک میلیون نفر باشد، در حالیکه کاربران یک ICO، بیش از یکصد میلیون، ضریب نفوذ ICOها نسبت به قراردادهای هوشمند بیشتر بوده و لذا باید با اولویت بیشتری قانونگذاری شود.

- **شاخص ریسک:** یکی دیگر از عوامل تعیین کننده در اهمیت یک حوزه، ریسک ناشی از عدم قانونگذاری در یک حوزه می باشد، برای مثال عدم قانونگذاری درباره اخذ مالیات از استخراج کنندگان، عدم النفع حاکمیت را دربرخواهد داشت، در صورتی که عدم وضع قوانین ضد پولشویی، تبعاتی فاجعه بار در اقتصاد را به دنبال دارد، لذا منطق حکم می کند که در تعیین اولویتهای حوزه های قانونگذاری، ریسک ناشی از عدم وضع قانون نیز به عنوان فاکتوری مهم بررسی شود.

برای گروه دوم حوزه های قانونگذاری باید از شاخص تفکیک استفاده کرد، هرچند که شاخصهای بیان شده در بالا نیز در این گروه نیز قابل استفاده است، اما شاخص تفکیک، نقش پررنگ تری در این گروه ایفا می کند. این شاخص بیان می کند که متغیری که مستعد قانونگذاری است، از عوامل نرم افزاری می باشد که ارزشهای دیجیتال و ارتباط شبکه ای را ایجاد می کند و یا از عوامل اجتماعی است که نرم افزار را توسعه داده و قابلیت اجرا را برای آن فراهم می کند.<sup>۱</sup>

## نتیجه‌گیری و پیشنهادات

برای قانونی سازی بیت کوین و ابتنای قوانین و مقررات ارزش‌های مجازی در کشور باید طبق اصل چهارم قانون اساسی انطباق موازین بیت کوین با مشروع بودن یا خلاف شرع بودن مسئله را مشخص گردد و با توجه به صلاحیت اساسی و ابتدایی علم فقه، این موازین در احکام فقهی متعین می‌گردند. تشخیص تطبیق و یا مغایرت قوانین و مقررات با موازین اسلامی نیازمند وجود شرایطی است که در «فقیه» موجود است. فقیه عادل و آگاه به مسائل روز و مقتضیات زمان، با توجه به تسلط بر احکام فقهی و آگاهی از مقتضیات زمان و با کمک از دکترین اقتصاد و مسائل بانکداری و دیجیتال، مرجع صالح برای انجام این تکلیف خواهند بود که در نظام جمهوری اسلامی ایران، فقهای شورای نگهبان متکفل این امر قرار داده شده‌اند. فقهای شورای نگهبان در مواجهه با موضوعات مختلف در گذر زمان، بیشتر به سمت وحدت فتوای معیار گام برداشته و نظرات ولی فقیه را به عنوان فتوای معیار مطرح نظر قرار می‌دهند که این اقدام با شئون حاکم اسلامی نیز موافقت خواهد بود. بنابراین اولین قدم در قانونگذاری بیت کوین این است که دولت از طرقی بر معاملات بیت کوین اعمال نظارت کند، که این ابزار، مقررات بانکی و نهاد بانک مرکزی است. همچنین در جهت قانونگذاری بیت کوین، مبادله بیت کوین در سیستم مالی با اعمال و وضع مقررات ویژه مبارزه با پولشویی می‌باشد، حتی قانونی سازی بیت کوین، به عنوان کالای قابل تبدیل به پول، منجر می‌شود که دولت‌ها از فروش بیت کوین مصادره شده کسب درآمد کنند. دستگاه‌های اجرایی و هم مبادلات می‌توانند از ابزارهای مؤثر در ردیابی پول‌های کثیف استفاده کنند. اگر کیف پول بیت کوین یکی از کاربران به سرقت برود، می‌تواند به پلیس مراجعه کرده و آن را گزارش دهد. دارایی‌های مسروقه از طریق بلاکچین کاملاً قابل ردیابی است و هر وقت کسی سعی کرد آنها را در بورس معاملات واریز کند، می‌تواند توقیف شود، که این امر در ابتدای امر نیازمند اثبات مشروعیت بیت کوین و تطبیق آن با موازین اسلامی می‌باشد.

قانونی سازی بیت کوین، نیازمند استدلال و اجتهاد احکام فقهی و شرعی می‌باشد. که این امر مستلزم اجتهاد و تلاش های فقهی و علمی در راستای شناخت هدف های تولید و استخراج بیت

کوپن در کشورهای دیگر با احراز تحقق عناوین متمایز با عناوین اولیه موضوعات، جهت دستیابی به راهکارهای مناسبی جهت مشروع و قانونی سازی بیت کوپن می باشد. بنابراین، اگر فقها و دکترین حقوق به این تشخیص برسند که با عدم قانونی سازی بیت کوپن تبدیل به یک ارز مجازی در دست سواستفاده گران و مجرمان خطرناک به منظور اشاعه تبهکاری و فساد شده، یا ابزاری در مقابل فعالیت های اقتصادی می باشد و موجب آسیب های جدی به اقتصاد می گردد، یا به طور کلی مفسده بیت کوپن بیش از منفعت آن در کشور می باشد، در این صورت شورای نگهبان و مجلس قانونگذاری، باید پس از تحقق عناوین ثانویه ای که مجوز اعمال حکم ولایی توسط فقیه هستند، به قانونی سازی و مشروعیت بخشیدن بیت کوپن پردازند.

بانک مرکزی به بررسی و ارائه آمار و دلایل رواج بیت کوپن در ایران پردازد و با شفاف سازی موضوع، به تحلیل نیازهای کاربران ایرانی پردازد. همچنین بانک مرکزی با مشارکت شبکه بانکی کشور، کمیته پول مجازی را تاسیس و آن را نسبت به تعقیب اخبار و شناسایی منابع پول های رمزی ملزم نماید. و شبکه بانکی کشور در برخورد با شرکت های واسطه بیت کوپن که کار تبدیل و تبادل این پول را به عهده دارند در هنگام افتتاح حساب و یا اعطای وام با دقت و تامل بیشتری برخورد نماید. با توجه به این مهم که بانک مرکزی کشور تا کنون هیچگونه موضع گیری رسمی نسبت به بیت کوپن انجام نداده است، لازم است برای جلوگیری از اغتشاش مرتبط با موضع گیری آینده، سریعاً به بررسی این موضوع پرداخته و قوانین لازم را وضع نماید.

## منابع و مآخذ

### کتاب

۱. -حاجی ملامیرزایی، حامد، ۱۳۹۸، پول مجازی، تهران: انتشارات راهبردی

### مقالات

۱. بهره مند، حمید؛ عامری ثانی، امیرکیا، ۱۳۹۸، چالش ها و راهکارهای جرم یابی پولشویی از طریق ارزهای رمز نگاری شده، مجله کارآگاه، شماره ۴۶
۲. بیگدلی، عطاءالله و فرچپور، علی اصغر، ۱۳۹۲، رهیافتی نو به ضوابط تشخیص مصلحت، از ضابطه تا فرآیند، فصلنامه سیاست های راهبردی و کلان، شماره ۱۲
۳. جلالی فراهانی، امیر حسین، ۱۳۸۴، پول شویی الکترونیکی، مجله حقوق اسلامی، شماره ۴
۴. کعبی، عباس، ۱۳۹۳، بازخوانی روند قانونگذاری در جمهوری اسلامی ایران، پژوهشکده مجازی بسیج حقوقدانان، شماره ۱۱۱/۱۳۹۳
۵. منظور، داوود و یادی پور، مهدی، ۱۳۸۷، نظارت در سیستم بانکی با تکیه بر اصول نظارتی کمیته بال به عنوان ناظر بین الملل، نشریه راهبرد، شماره ۱۳
۶. -نواب پور، علیرضا و یوسفی، احمدعلی و طالبی، محمد، ۱۳۹۷، تحلیل فقهی کارکردهای پول های رمزنگاری شده (مورد مطالعه بیت کوین)، فصلنامه علمی پژوهشی اقتصاد اسلامی، سال هیجدهم، شماره ۷۲

### منابع انگلیسی

1. Edward V. Murphy, 2015, Bitcoin: Questions, Answers, and Analysis of Legal Issues, congressional research service, informing the legislative debate since 1914, p 2
2. Tara Mandjee, 2019, Bitcoin, its Legal Classification and its Regulatory Framework, Journal of Business & Securities Law, p1
3. Ross Anderson, Ilia Shumailov and Mansoor Ahmed, 2019, Making Bitcoin Legal, Cambridge University Computer Laboratory, p2

### نماینه

- bafin.de {online} <https://www.bafin.de/EN/Willkommen/willkommen-node-en.html>.

- نامداری، نیما، ۱۳۹۵، بیت کوین چیست؟، هفته نامه تجارت فردا

<https://www.efarda.ir/fa/Blog/Detail/374>

- <http://www.ibena.ir/news/102643>

---

قانون گذاری ارز دیجیتال/ <https://darikland.com/> -

## مطالعه‌ی تطبیقی تعهد ایجابی ناشران اوراق بهادار به افشای اطلاعات در حقوق ایران و آمریکا

مرتضی شهیدی<sup>۱</sup>

محسن شمس الهی<sup>۲</sup>

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۰۴/۰۳

تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۱۱/۱۵

### چکیده

مطابق مواد ۴۰ و ۴۵ قانون بازار اوراق بهادار جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۸۴ مجلس شورای اسلامی، ناشران اوراق بهادار حسب ترتیبات مقرر توسط سازمان بورس و اوراق بهادار، مکلف به افشای اطلاعات در بازارهای اولیه و ثانویه شده‌اند. این تکلیف شامل؛ دو جنبه‌ی سلبی و ایجابی است. در خصوص جنبه‌ی سلبی این تعهد که شامل؛ تعهد ناشر به عدم افشای اطلاعات نادرست یا گمراه کننده است، تردیدی نیست. اما پذیرش جنبه‌ی ایجابی این تعهد به طور عام که به معنای تعهد ناشر به افشای همه‌ی اطلاعاتی است که ممکن است بر تصمیم سرمایه‌گذاران اثرگذار باشد، محل بحث است. خصوصاً این که در رویه‌ی قضایی آمریکا تعهد ایجابی ناشر به افشای همه‌ی اطلاعات مهم پذیرفته نشده است. در این مقاله این موضوع به صورت تطبیقی در حقوق قراردادها و حقوق اوراق بهادار مورد بررسی قرار خواهد گرفت که آیا در حقوق ایران، عموم تعهد ایجابی ناشر پذیرفته شده است یا خیر؟ علاوه بر این به فرض پذیرش عموم این تعهد، بررسی خواهد شد که چه ضابطه‌ای برای تشخیص اطلاعات موضوع افشا وجود دارد و افشا در چه زمانی باید به عمل آید؟ اجمالاً به نظر می‌رسد با توجه به ضرورت‌های موجود در بازار سرمایه ایران، و نیز با توجه به قانون بازار اوراق بهادار و دستورالعمل‌های مربوط به افشای اطلاعات در بازارهای اولیه و ثانویه، برخلاف رویه‌ی حاکم بر بازار سرمایه ایالات متحده‌ی آمریکا، ناشر ایرانی مکلف به افشای فوری اطلاعات است و تعهد وی محدود به اطلاعاتی است که به میزان قابل توجهی بر تصمیم سرمایه‌گذاران و یا قیمت اوراق بهادار اثرگذار باشد.

**کلیدواژه‌ها:** بازار اولیه و ثانویه، افشای اطلاعات، تعهد ایجابی، فوریت افشا، اطلاعات مهم

<sup>۱</sup> استادیار گروه حقوق خصوصی دانشگاه علوم قضایی، تهران، ایران.

<sup>۲</sup> (نویسنده مسئول) دانش آموخته دکتری گروه حقوق خصوصی دانشگاه علوم قضایی، تهران، ایران.

## مقدمه

مطابق مواد ۴۰ و ۴۵ قانون بازار اوراق بهادار ناشران مکلف به افشای اطلاعات در بازار اولیه و ثانویه شده‌اند. در حقوق آمریکا نیز در بازار اولیه، ناشران مطابق قانون اوراق بهادار<sup>۱</sup> ۱۹۳۳ مکلف به تکمیل و انتشار بیانیه‌ی ثبت<sup>۲</sup> و اعلامیه‌ی پذیره‌نویسی شده‌اند و ارائه‌ی برخی اطلاعات در آن الزامی است. در بازار ثانویه نیز مطابق قانون بورس اوراق بهادار<sup>۳</sup> ۱۹۳۴ شرکت‌ها مکلف به افشای اطلاعات خود طی گزارشات دوره‌ای شده‌اند. هدف اصلی از تحمیل این تکلیف بر ناشران، آگاه‌سازی سرمایه‌گذاران و ایجاد امکان تصمیم‌گیری آگاهانه برای ایشان در خصوص معامله اوراق بهادار است.

اطلاعاتی که افشای آن‌ها مطابق مقررات اوراق بهادار ضروری است، در واقع اوصاف شرکتی است که سهام آن مورد معامله واقع می‌شود. این اوصاف ممکن است مربوط به شرکتی باشد که سهام آن منتشر شده است یا به عوامل بیرونی مربوط باشد که به هر نحو بر ارزش اوراق بهادار شرکت اثرگذار بوده و دسترسی به اطلاعات مربوط به آن برای سرمایه‌گذاران عادی ممکن نیست. بنابراین منظور از تعهد به ارائه‌ی اطلاعات، تعهد به اعلام آن دست از اوصاف اوراق بهادار به سرمایه‌گذاران است که ممکن است بر ارزش آن اثرگذار باشد. در عین حال آنچه در مقررات اوراق بهادار پیش بینی شده است مشتمل بر تکلیف ناشر بر اعلام اطلاعات به سرمایه‌گذاران به طور مستقیم نیست. بلکه ناشران اطلاعات را از طریق سامانه کدال در دسترس عموم قرار می‌دهد. به همین دلیل است که در معاملات سهام به جای تعهد به ارائه‌ی اطلاعات از تعهد به افشای اطلاعات<sup>۴</sup> سخن گفته می‌شود.

برای تحقق هدف اصلی الزامات مربوط به افشای اطلاعات در قوانین و مقررات مربوط به اوراق بهادار، که همان ایجاد زمینه‌ی لازم برای تصمیم‌گیری آگاهانه سرمایه‌گذاران است، لازم

<sup>۱</sup> - Securities Act of 1933

<sup>۲</sup> - Registration Statement

<sup>۳</sup> - Securities Exchange Act of 1934

<sup>۴</sup> - Duty to Disclose



است که اولاً کلیه‌ی اطلاعات لازم برای تصمیم‌گیری آنها افشا گردد. ثانیاً اطلاعاتی که از سوی ناشر افشا می‌شود، صحیح باشد. بنابراین، این تعهد دارای دو جنبه‌ی سلبی و ایجابی است. منظور از جنبه‌ی سلبی تعهد، این است که کلیه‌ی اطلاعاتی را که ناشر به طور عمومی افشا می‌کند، نباید نادرست و گمراه‌کننده باشد. در مقابل، منظور از جنبه‌ی ایجابی این تعهد این است که ناشر مکلف است کلیه‌ی اطلاعاتی را که ممکن است اثر با اهمیتی بر تصمیم سرمایه‌گذاران داشته باشد، افشا کند، و عدم افشای کامل اطلاعات مذکور نیز نقض تعهد به افشای اطلاعات محسوب می‌شود. در خصوص جنبه‌ی سلبی تعهد ناشر، تردیدی وجود ندارد؛ با این حال در حدود جنبه‌ی ایجابی تعهد مذکور به طور عام تردیدهایی وجود دارد؛ از این حیث که آیا تعهدات ناشر محدود است به اطلاعات تعیین شده از سوی سازمان بورس و اوراق‌بهادار یا شامل کلیه‌ی اطلاعات مهمی می‌شود که بر تصمیم سرمایه‌گذاران یا قیمت اوراق‌بهادار اثرگذار است؟ بحث دیگری که در این خصوص مطرح است این است که اگر تعهد ایجابی ناشر به طور عام پذیرفته شود، چه معیاری برای تشخیص اطلاعات مهم وجود دارد؟ علاوه بر این، افشای اطلاعات مهم در چه زمانی باید انجام شود؟ آیا فوراً باید به عمل آید یا ناشر امکان تأخیر در افشا را دارد؟

تعهد ایجابی ناشر در دو سطح مختلف قابل بحث است. اولاً ناشر مکلف است اطلاعات خاصی را که بر اساس مقررات موجود یا حسب درخواست سازمان مشخص شده است، افشا کند. در این موارد تردیدی در تعهد ایجابی ناشر به ارائه‌ی اطلاعات مذکور وجود ندارد. ثانیاً ناشر را می‌توان مکلف به افشای همه‌ی اطلاعات مهم دانست. در این خصوص تردید هست که آیا می‌توان قائل به تعهد ناشر به افشای همه‌ی اطلاعات مهم شد، یا تعهد ناشر محدود به موارد مصرح قانونی است؟ علاوه بر این در ادامه‌ی موضوعات ضابطه‌ی تشخیص اطلاعات موضوع تعهد ایجابی عام (مهم بودن)، و زمان اجرای تعهد ایجابی به ارائه‌ی اطلاعات (فوریت افشا) مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

## ۱. تعهدات ایجابی خاص ناشر در افشای اطلاعات

الزامات خاص ناشر به افشای اطلاعات هم در بازار اولیه و ثانویه پیش بینی شده‌است. در این بخش از این مقاله به تفکیک الزامات مذکور در بازار اولیه و ثانویه را مورد بررسی قرار می‌دهیم.

### ۱-۱. در بازار اولیه

منظور از بازار اولیه بازار اوراق بهاداری است که در آن اوراق بهادار جدید توسط شرکت‌های سهامی عام (یا سایر ناشران اوراق بهادار) منتشر می‌شود؛ (BLACK, 1971, p. 989) اعم از این که این اوراق از سوی شرکت جدیدالتأسیس منتشر شود یا در راستای افزایش سرمایه و یا تامین مالی از سوی شرکت‌های موجود عرضه گردد.

در ایالات متحده انتشار اوراق بهادار در بازار اولیه، تابع قانون اوراق بهادار مصوب ۱۹۳۳ است. هدف اصلی وضع این قانون این است که ناشران به افشای کامل و منصفانه‌ی همه‌ی اطلاعات مهم مربوط به عرضه و ناشر ملزم شوند تا سرمایه‌گذاران بالقوه بتوانند تصمیم‌گیری آگاهانه‌ای انجام دهند.<sup>۱</sup> (Sjostrom, Jr., 2006, p. 3) مطابق ماده ۵ این قانون برای انتشار اوراق بهادار، جز در مورد اوراق بهادار معاف از ثبت، در بازار اولیه ناشر مکلف است بیانیه‌ی ثبت<sup>۲</sup> و اعلامیه‌ی پذیره نویسی<sup>۳</sup> را پس از تأیید کمیسیون بورس و اوراق بهادار منتشر کند و از این طریق اطلاعات لازم را افشا کند. اعلامیه‌ی پذیره نویسی یک سند افشای جزئی و کامل است (Steinberg, Gevurtz, & Chaffee, 2014, p. 35) و حاوی اطلاعاتی در خصوص شرکت، کسب و کار و مدیریت آن، هدف انتشار اوراق بهادار، ساختار سرمایه شرکت، خطرات خرید اوراق بهادار و عملکرد مالی

<sup>۱</sup> - با این حال ناشر مکلف به افشای اطلاعات تعیین شده از سوی SEC و مطابق قاعده‌ی ۴۰۸ قانون اوراق بهادار (Rule 408 of the Securities Act) است و لذا این احتمال وجود دارد که اطلاعات مهمی وجود داشته باشد که الزامی به افشای آن وجود ندارد. (Sjostrom, Jr., 2006, p. 3)

<sup>۲</sup> - Registration statement

<sup>۳</sup> - Prospectus

شرکت می‌باشد. اطلاعات مالی موجود در این اعلامیه می‌بایست توسط حسابداران مستقل بررسی و تأیید شده باشند. (Palmiter, , 2009, p. 91)

در حقوق ایران مطابق ماده ی ۲۰ قانون بازار اوراق بهادار جمهوری اسلامی ایران عرضه ی عمومی اوراق بهادار در بازار اولیه منوط به ثبت آن نزد سازمان بورس و اوراق بهادار است و مطابق ماده ی ۲۲ این قانون برای تقاضای ثبت، تسلیم بیانیه ثبت و اعلامیه ی پذیره نویسی به سازمان الزامی است. بیانیه ی ثبت مجموعه ی فرم‌ها، اطلاعات، و اسناد و مدارکی است که در مرحله ی تقاضای ثبت شرکت، به سازمان داده می‌شود؛ و اعلامیه ی پذیره نویسی اعلامیه‌ای است که از طریق آن، اطلاعات مربوط به ناشر و اوراق بهادار قابل پذیره نویسی، در اختیار عموم قرار می‌گیرد. (بندهای ۳۰ و ۳۱ ماده ی ۱ این قانون)

به این ترتیب هدف از مکلف کردن ناشر به تحویل اسناد مذکور، افشای اطلاعات مربوط به ناشر و اوراق بهادار برای عموم است. در عین حال مصادیق اطلاعاتی که افشای آنها از طریق بیانیه ثبت لازم است، در ماده ۶ دستورالعمل ثبت و عرضه ی عمومی اوراق بهادار آمده است و در ماده ی ۸ این دستورالعمل نیز مقرر شده که اعلامیه ی پذیره نویسی شامل اطلاعات بیانیه ی ثبت و موارد مندرج در قانون تجارت (حسب مورد ماده ی ۹ و ۱۷۴ لایحه ی اصلاحی قانون تجارت) می‌باشد که طبق فرم‌های ارائه شده توسط سازمان تهیه می‌شود. بنابراین مطابق دستورالعمل مذکور اطلاعاتی احصا شده است که افشای آنها در بازار اولیه لازم است که در بند ۳ ماده ۴۹ قانون مذکور برای این تکلیف ضمانت اجرای کیفری نیز پیش‌بینی شده است. (میرزایی منفرد، ۱۳۹۱: ۱۶۸)

## ۲-۱. در بازار ثانویه

### ۱-۲-۱. مطالعه ی تطبیقی

در حقوق آمریکا در بازار ثانویه ماده (b) 13 قانون بورس و اوراق بهادار مصوب ۱۹۳۴ به کمیسیون بورس و اوراق بهادار<sup>۱</sup> اختیار پیش‌بینی فرم و محتوای اطلاعات مالی که ارائه ی آنها

<sup>1</sup>- SEC (Securities and Exchange Commission)

مطابق این قوانین لازم است را داده‌است. این کمیسیون در اجرای این ماده ی ۳ فرم طراحی نموده‌است که شرکت‌هایی که سهام آنها در بورس مورد معامله قرار می‌گیرد، مکلف به ارائه ی آنها به این مرجع هستند:

الف- فرم شماره 10K: این فرم که به صورت سالانه ارائه می‌شود، جامع‌ترین فرم است. هدف از پیش‌بینی این فرم ارائه ی یک تصویر کامل از کسب و کار شرکت است. مهم‌ترین اطلاعاتی که افشای آنها از این طریق لازم است، ترازنامه، صورت سود و زیان و اظهارات تکمیلی است که می‌بایست با جزئیات کامل ظرف ۱۲۰ روز پس از پایان سال مالی شرکت ارائه شوند. (Benston, 1973, p. 133) همچنین مدیران شرکت مکلفند تمایلات و متغیرهایی که مدیران شرکت به طور معقولی انتظار دارند که بر عملکرد شرکت در آینده موثر باشد، را افشا کنند. اطلاعات مالی ارائه شده در این فرم باید توسط حسابدار عمومی مستقل حسابرسی شود. این تفاوت اصلی این فرم با فرم 10-Q است که در انتهای هر فصل (بجز فصلی که فرم 10-K ارائه می‌شود) جهت به روز رسانی فرم 10-K که قبلاً ارائه شده‌است، داده می‌شود. هر دوی این فرم‌ها باید توسط مدیر عامل<sup>۱</sup> و مدیر امور مالی<sup>۲</sup> شرکت گواهی شوند، ایشان تأیید می‌کنند که اولاً گزارش را مطالعه کرده‌اند و ثانیاً گزارش حاوی اظهارات نادرست، یا عدم ارائه اطلاعات نیست. ثالثاً اظهارات مالی به شکل منصفانه‌ای حاوی کلیه ی جنبه‌های مهم وضعیت مالی ناشر است و رابعاً، آنها کنترل‌های مالی شرکت را بررسی کرده‌اند و هر ضعف موجود در این بررسی‌ها را به حسابرسان اعلام کرده‌اند.<sup>۳</sup>

(Choi & Pritchard, 2008: 91)

ب- فرم شماره 9K: گزارش نیم سالانه‌ی دارای جزئیات کمتری<sup>۴</sup> که باید ظرف مدت ۴۵ روز پس از گذشت نیمی از سال مالی شرکت ارائه شود. (Benston, 1973, p. 133)

<sup>۱</sup> -CEO(chief executive officer)

<sup>۲</sup> - CFO(chief financial officer)

<sup>۳</sup> -این الزام با قانون Sarbanes-Oxley ایجاد شد و مدیران شرکت را درقبال اشکالات اطلاعات ارائه شده از سوی شرکت متعهد نمود. (Choi & Pritchard, 2008, p. 91)

<sup>۴</sup> - a much less detailed semiannual report

ج- فرم 8K: این فرم حاوی گزارشی ظرف ۱۰ روز پس از پایان هر ماه است که در آن اتفاقات مهم<sup>۱</sup> نظیر تغییر در کنترل شرکت، اقدامات حقوقی مهم انجام شده، تجدید ارزیابی دارایی‌ها و همچنین رخدادهایی نظیر ورشکستگی، ادغام یا استعفای غیردوستانه مدیران و مواردی از این قبیل اعلام می‌شود. (Benston, 1973:133) فرم مذکور باید ظرف ۴ روز از تاریخ تحقق برخی رخدادهای مهم ارائه گردد. اگرچه این رخدادهای اخیر گسترش یافته‌اند. البته آنچه که افشای فوری آن از طریق فرم مذکور الزامی است محدود به اتفاقات بزرگ، نظیر ورشکستگی، خرید یا فروش بیش از ۱۰ درصد مجموع اموال شرکت، تغییر بازرس شرکت و علت تغییر آن، تغییر در کنترل شرکت، یا تغییر در مدیران و مواردی از این قبیل است.<sup>۲</sup> البته شرکت می‌تواند به اختیار خود هر چیز دیگری را که مایل است به سهام داران خود اعلام کند در این فرم قرار دهد. (Choi & Pritchard, 2008, p. 91)

## ۲-۲-۱. در حقوق ایران

مطابق ماده ی ۴۵ قانون بازار اوراق بهادار هر ناشری که مجوز انتشار اوراق بهادار خود را از سازمان دریافت کرده‌است، مکلف است حداقل صورت‌های مالی سالانه حسابرسی شده، صورت‌های مالی میان‌دوره‌ای شامل صورت‌های مالی ۶ ماهه حسابرسی شده، و صورت‌های مالی سه‌ماهه و گزارش هیئت مدیره به مجامع و اظهار نظر حسابرس را طبق دستورالعمل اجرایی که توسط سازمان تعیین خواهد شد، به سازمان ارائه نماید.

مطابق ماده ی ۲ دستورالعمل اجرایی افشای اطلاعات شرکت‌های ثبت شده نزد سازمان، ناشر موظف شده‌است اطلاعات موضوع این دستورالعمل را در مهلت مقرر، مطابق فرم‌های تعیین شده

---

<sup>۱</sup> - "significant" events

<sup>۲</sup> - قانون ساربینز اوکسلی (Sarbanes-Oxley Act) مصوب ۲۰۰۲ ناشر را در بازار ثانویه مکلف نمود که اطلاعات مربوط به تغییرات قابل توجه در اوضاع مالی اش را افشا نماید. (Steinberg M. I., 2014, ص. ۲-۳) کنگره در زمان تصویب این قانون در سال ۲۰۰۲ به SEC این اختیار را داد اما این مرجع تا کنون چنین الزامی را تصویب نکرده است.. (Choi & Pritchard, 2008, p. 92)

برای عموم افشا کند. در ماده‌ی ۷ این دستورالعمل مصادیق و تشریفات اطلاعات بدین شرح پیش‌بینی شده‌است:

الف- صورت‌های مالی و گزارش تفسیری مدیریت سالانه‌ی حسابرسی شده‌ی شرکت اصلی و تلفیقی گروه، حداقل ۱۰ روز قبل از برگزاری مجمع عمومی عادی و حداکثر ۴ ماه پس از پایان سال مالی. (بند ۱ ماده ۷) قبل از اصلاحات سال ۹۶ در این بند اشاره‌ای به گزارش تفسیری مدیریت اشاره نشده بود؛ اما در اصلاحات اخیر ارائه‌ی گزارش تفسیری مدیریت<sup>۱</sup> شرکت نیز علاوه بر صورت‌های مالی حسابرسی شده، الزامی شد. منظور از گزارش تفسیری مدیریت مطابق بند ۱۱ ماده ۱ این دستورالعمل «گزارشی از صورت‌های مالی و دیگر داده‌های آماری ناشر است که به باور مدیریت شرکت به فهم و درک بیشتر سهامداران شرکت از وضعیت مالی فعلی و آینده، تغییرات در وضعیت مالی و نتایج عملیات شرکت کمک خواهد کرد». این تغییر در خصوص بندهای ج، د، و ه نیز صادق است.

ب- گزارش هیئت مدیره به مجامع و اظهارنظر حسابرس در مورد آن، حداقل ۱۰ روز قبل از برگزاری مجمع عمومی. (بند ۲ ماده ۷)

ج- اطلاعات، صورت‌های مالی و گزارش تفسیری مدیریت میان دوره‌ای ۳، ۶ و ۹ ماهه‌ی حسابرسی نشده، حداکثر ۳۰ روز پس از پایان مقاطع سه‌ماهه. (بند ۳ ماده ۷)

---

۱- مطابق بند ۹ ضوابط تهیه‌ی گزارش تفسیری مدیریت «گزارش تفسیری مدیریت یک گزارش توصیفی است که زمینه‌ای را برای تفسیر وضعیت مالی، عملکرد مالی و جریان‌های نقدی واحد تجاری فراهم می‌آورد. گزارش تفسیری مدیریت همچنین این فرصت را برای مدیریت فراهم می‌آورد تا به تشریح اهداف و راهبردهای خود جهت دستیابی به آن اهداف بپردازد. به‌طور معمول، استفاده کنندگان از اطلاعات ارائه شده در گزارش تفسیری مدیریت، برای ارزیابی چشم‌انداز واحد تجاری و ریسک‌های عمومی آن و همچنین موفقیت راهبردهای مدیریت برای دستیابی به اهداف تعیین شده، استفاده می‌کنند. گزارش تفسیری مدیریت، یک عنصر مهم در اطلاع‌رسانی به بازار سرمایه و همچنین مکمل و متمم صورت‌های مالی است.»

د- صورت‌های مالی و گزارش تفسیری مدیریت میان‌دوره‌ای ۶ ماهه‌ی حسابرسی شده حداکثر ۶۰ روز بعد از پایان دوره‌ی ۶ ماهه و در مورد شرکت‌هایی که ملزم به تهیه‌ی صورت‌های مالی تلفیقی هستند، حداکثر ۷۵ روز پس از پایان دوره‌ی ۶ ماهه. (بند ۴ ماده‌۷)

هـ- صورت‌های مالی و گزارش تفسیری مدیریت سالانه‌ی حسابرسی نشده حداکثر ۶۰ روز پس از پایان سال مالی و در مورد شرکت‌هایی که ملزم به تهیه‌ی صورت‌های مالی تلفیقی هستند حداکثر ۹۰ روز پس از پایان سال مالی. (بند ۵ ماده‌۷)

و- اطلاعات وضعیت عملیات ماهانه، حداکثر ۵ روز کاری بعد از پایان هر ماه. (بند ۶ مکرر ماده‌۷) البته مهلت ناشرانی که شناسایی درآمد توسط آن‌ها نیازمند تأیید مشتریان می‌باشد، به درخواست ناشر و در صورت تأیید سازمان، تا سقف ۱۰ روز کاری قابل افزایش خواهد بود.

ز- اطلاعات و صورت‌های مالی شرکت‌های تحت کنترل:

۱- صورت‌های مالی سالانه‌ی حسابرسی شده‌ی شرکت‌های تحت کنترل، حداقل ۱۰ روز قبل از برگزاری مجمع عمومی عادی سالانه‌ی شرکت اصلی و حداکثر ۴ ماه پس از پایان سال مالی شرکت‌های مذکور.

۲- صورت‌های مالی میان‌دوره‌ای ۶ ماهه‌ی حسابرسی شده‌ی شرکت‌های تحت کنترل، مطابق مهلت‌های مقرر در بند ۴ این ماده.

۳- اطلاعات پرتفوی سرمایه‌گذاری‌های شرکت‌های تحت کنترلی که فعالیت اصلی آن‌ها سرمایه‌گذاری در اوراق‌بهدار می‌باشد، در مقاطع ۳، ۶، ۹ و ۱۲ ماهه، حداکثر ۵ روز کاری پس از پایان دوره‌ی سه‌ماهه. (بند ۱۰ مکرر ماده‌۷)

در اصلاحات به عمل آمده در دستورالعمل افشای اطلاعات در سال ۱۳۹۶، بندهای ۶ تا ۹ دستورالعمل فوق که در آن‌ها افشای «برنامه‌های آتی مدیریت و پیش‌بینی عملکرد سالانه‌ی شرکت برنامه‌های آتی مدیریت و پیش‌بینی عملکرد سالانه‌ی شرکت»، «پیش‌بینی عملکرد سالانه‌ی شرکت»، «پیش‌بینی عملکرد حسابرسی شده در سایر مواردی حذف گردیده‌است که به تغییر بااهمیت در پیش‌بینی عملکرد منجر می‌گردد»؛ الزامی شده بود و از این رو به نظر می‌رسد در اصلاحات اخیر

ناشران دیگر الزامی به افشای برنامه‌های آتی و پیش‌بینی عملکرد ندارند. با این حال، به جای آن ارائه‌ی گزارش تفسیری مدیریت ضمن صورت‌های مالی سالانه، دوره‌ای و نیم سالانه الزامی شده‌است. این گزارش مطابق تبصره‌ی ۸ ماده فوق می‌بایست مطابق ضوابطی تهیه شود که توسط سازمان بورس ابلاغ می‌گردد.<sup>۱</sup>

## ۲. تعهد ایجابی عام ناشر به ارائه‌ی اطلاعات

منظور از تعهد ایجابی به ارائه‌ی اطلاعات در معاملات اوراق بهادار تعهد ناشر به افشای همه‌ی اطلاعات مهم یا اقدام به انجام اقدامات اصلاحی در موارد خاص است. (Steinberg M. I., 2014: 2-14) به این ترتیب با پذیرش این تعهد، در بازار اولیه، ناشر مکلف است که کلیه‌ی اطلاعاتی را که ممکن است بر تصمیم‌گیری سرمایه‌گذاران برای خرید اوراق بهادار و قیمت این اوراق اثر گذار باشد، را در بیانیه‌ی ثبت و اعلامیه‌ی پذیره نویسی، ذکر کند. در بازار ثانویه نیز شرکت مکلف است که کلیه‌ی اطلاعاتی را که ممکن است بر تصمیم‌گیری سرمایه‌گذاران (خریداران برای خرید اوراق بهادار، و نیز فروشندگان برای فروش اوراق بهادار) و قیمت اوراق بهادار اثر گذار باشد را ارائه کند. با این حال بحثی که در این خصوص مطرح است این است که علاوه بر موارد گفته شده در بند اول، آیا می‌توان ناشر را به طور کلی متعهد به افشای اطلاعات در معامله دانست یا تعهد ناشر محدود به مواردی است که به طور صریح از سوی سازمان بورس و اوراق بهادار افشای آن لازم دانسته شده‌است. برای این منظور ابتدا وضعیت تعهد مذکور را از منظر قواعد

<sup>۱</sup> - این ضوابط در تاریخ ۹۶/۱۰/۴ به تصویب هیأت مدیره‌ی سازمان بورس رسیده است. در بند ۱۷ این ضوابط اطلاعات آینده نگر به عنوان یکی از اطلاعاتی پیش‌بینی شد که در این گزارش می‌بایست مد نظر قرار گیرد: «گزارش تفسیری مدیریت باید اطلاعاتی درباره‌ی چشم‌انداز مدیریت از جهت‌گیری واحد تجاری ارائه دهد. چنین اطلاعاتی آینده را پیش‌بینی نمی‌کند، اما به جای آن، اهداف مدیریت برای واحد تجاری و راهبردهای مدیریت برای رسیدن به این اهداف را تعیین می‌نماید. میزان آینده‌نگری در گزارش تفسیری مدیریت، تحت تأثیر محیط قانونی و مقرراتی که هر واحد تجاری در آن فعالیت می‌کند، می‌باشد.»



عمومی قراردادها بررسی می‌کنیم؛ سپس به این موضوع از منظر حقوق اوراق‌بهادار در نظامهای حقوقی آمریکا و ایران می‌پردازیم.

## ۱-۲. قلمرو تعهد ایجابی به ارائه‌ی اطلاعات در قواعد عمومی قراردادها

۱-۲-۱. مطالعه‌ی تطبیقی در حقوق فرانسه قبل از اصلاحات به عمل آمده در قانون تعهدات در سال ۲۰۱۶، تعهد ایجابی به ارائه‌ی اطلاعات به طور صریح پذیرفته نشده بود. البته مطابق قوانین خاص و در قراردادهای خاصی نظیر قراردادهای مصرف‌کننده یا بیمه، تعهد به ارائه‌ی اطلاعات بر طرف قوی تر قرارداد تحمیل شده بود. با این حال، تا قبل از اصلاحات اخیر، این قاعده به عنوان قاعده‌ای عام که بر طرفین همه‌ی قراردادها حاکم باشد، در قوانین این کشور پذیرفته نشد. (Poitevin, 2011, ص. ۱۰۳). البته در رویه‌ی قضایی عدم ارائه‌ی اطلاعات با عنوان عدم افشای متقلبانه<sup>۱</sup> به عنوان یکی از مصادیق تدلیس پذیرفته شده و تردیدی وجود نداشت که تدلیس ممکن است در اثر ساکت ماندن و خودداری از رفع درک نادرست طرف مقابل صورت گیرد.<sup>۲</sup> (Hondius, 2004, p. 192)

در اصلاحات قانون مدنی فرانسه در سال ۲۰۱۶ ماده ۱-۱۱۱۲ این قانون به تعهد به ارائه‌ی اطلاعات اختصاص یافت و بر اساس آن هر یک از طرفین قرارداد که اطلاعاتی را در اختیار داشته باشد که برای اراده‌ی طرف دیگر، دارای اهمیت تعیین‌کننده است؛ مکلف است او را از این اطلاعات آگاه سازد. البته مشروط بر این که طرف قرارداد قانوناً از این اطلاعات نا آگاه باشد یا به طرف مقابل خود اعتماد نموده باشد. در این موارد تخلف طرف مقابل از این تعهد می‌تواند حسب

### ۱ - Réticence Dolosive

<sup>۲</sup> - تدلیس در حقوق فرانسه در کنار اشتباه و اکراه به عنوان یکی از عیوب اراده شناخته شده است. تدلیس مانور متقلبانه‌ای است که اثر تعیین‌کننده بر رضای طرف مقابل دارد. برای تحقق تدلیس در اثر عدم افشای اطلاعات سه شرط اولاً باید عدم ارائه‌ی اطلاعات متقلبانه باشد؛ یعنی شخص باید به صورت ارادی نسبت به اطلاعاتی که می‌داند اثر تعیین‌کننده بر رضای طرف مقابل دارد، سکوت کند. ثانیاً عدم ارائه‌ی اطلاعات باید اثر تعیین‌کننده بر رضا داشته باشد. (Disdet, 2011, p. 362)

مورد تحت عنوان تدلیس یا اشتباه زمینه ساز انحلال قرارداد شود یا در صورت اجتماع شرایط مسئولیت مدنی موجب مسئولیت غیر قراردادی گردد.

البته طرفین قرارداد مکلف به ارائه‌ی اطلاعاتی که دسترسی به آن‌ها نوعاً برای طرف مقابل ممکن است، شناخته نمی‌شوند و در این موارد در واقع خود طرف قرارداد مکلف به کسب آگاهی است؛ تکلیفی که برخی آن را «تعهد به خودآگاهی» خوانده‌اند. (لوک اویر & کولار دوتیول، ۱۳۹۰: ۷۴) بنابراین تعهد به ارائه‌ی اطلاعات صرفاً اطلاعاتی را در بر می‌گیرد که نوعاً از دسترس طرف قرارداد خارج باشد. همچنین نمی‌توان شخصی را به این علت که چیزی را که نمی‌دانسته افشا نموده‌است، مدلس محسوب نمود. (Wéry, 2010: 227).

در حقوق کامن لا هیچ تعهد عامی برای ارائه‌ی اطلاعاتی که ممکن است بر تصمیم‌گیری طرف مقابل اثر گذار باشد پیش بینی نشده‌است و سکوت نمی‌تواند تدلیس تلقی شود، حتی اگر شخص ساکت، عالم به واقع باشد. (Marsh & Soulsby, 2002: 131) در خصوص مبنای این رویکرد گفته شده که مطابق اصل آزادی قراردادها هر یک از طرفین قرارداد مسئول حفاظت از منافع خویش است و حقوق قراردادها مایل نیست که به شخصی که معامله بدی را منعقد کرده‌است امکان‌گریز از تعهدات قراردادی را بدهد (Monaghan & Monaghan, 2011: 67) البته در قراردادهای خاصی نظیر قرارداد بیمه که یکی از طرفین به تنهایی همه‌ی اطلاعات مهم را به طور کامل در اختیار دارد؛ وی مطابق قانون ملزم به اثبات حداکثر حسن نیت و مکلف به ارائه‌ی همه‌ی اطلاعات مهم خواهد بود، و گرنه قرارداد قابل فسخ خواهد بود. (Furmston, Cheshire, & Fifoot, 2012, 1, 378)

بنابراین در حقوق فرانسه تعهد ایجابی به ارائه‌ی اطلاعات به عنوان قاعده‌ی عمومی در حقوق قراردادها پذیرفته شده‌است؛ اما در حقوق کامن لا این تعهد جز در مورد برخی قراردادهای خاص پذیرفته نشده‌است.

<sup>۱</sup> - قراردادهای خرید سهام نیز از این قسم قراردادها دانسته شده است. (Furmston, Cheshire, & Fifoot, 2012, p. 384)

## ۲-۱-۲. در حقوق ایران

در فقه امامیه در مبحث مربوط به بیوع الامانات که یکی از مباحث مشهور مربوط به ارائه‌ی اطلاعات است (اوصیا، ۱۳۷۷: ۳۲۶) تعهد ایجابی به ارائه‌ی اطلاعات در خصوص قیمتی که مبیع توسط بایع خریداری شده است، پیش بینی نشده و حتی عدم تصریح به این امر اولی دانسته شده و بهترین قسم بیع مساومه (بیعی که در آن تعرضی به امور مذکور نمی‌شود) دانسته شده است. (عاملی جُبعی، ۱۴۱۲ هـ. ق، ص. ۳۱۷)

در حقوق مدنی در باب تدلیس این بحث مطرح شده است که آیا سکوت یکی از طرفین «نسبت به واقعیتی که معامل از آن آگاه نیست و در نتیجه همین جهل به معامله دست می‌زند» را می‌توان مصداق تدلیس شمرد یا خیر؟ (کاتوزیان، ۱۳۷۸: ۴۳۰) چنانچه قائل به وجود تدلیس در اثر سکوت شخص نسبت به آنچه طرف مقابل از آن آگاه نیست و به واسطه‌ی آن دست به معامله می‌زند، باشیم، در واقع طرفین قرارداد را متعهد به ارائه‌ی اطلاعات به طرف معامله قرار داده‌ایم.<sup>۲</sup> تعهدی که ضمانت اجرای آن در صورتی که جهل ناشی از عدم ارائه‌ی اطلاعات در امور اساسی باشد، بطلان معامله بوده و چنانچه در امور غیر اساسی باشد ممکن است برای طرف مقابل خیار تدلیس ایجاد کند.

در امکان تحقق سکوت مدلسانه و جوه و اقوال مختلفی مطرح است:

۱) از یک سو می‌توان گفت با توجه به ظاهر ماده‌ی ۴۳۸ قانون مدنی و این که از واژه‌ی «عملیات» تحقق تدلیس با فعل مثبت به ذهن متبادر می‌شود، سکوت نمی‌تواند موجب ایجاد خیار تدلیس گردد. چنانچه در فقه اسلامی چه سنت و چه شیعه در متونی که مربوط به پنهان ساختن عیب می‌شود گفته شده که سکوت برای پیدایش تدلیس کافی بنظر نمی‌رسد. (اوصیا، ۱۳۷۷: ۳۲۶)

<sup>۱</sup> - «المساومه و هی البیع بما یتفقان علیه من غیر تعرض للإخبار بالثمن سواء علمه المشتري أم لا و هی أفضل الأقسام» (عاملی جُبعی، ۱۴۱۲ هـ. ق، ص. ۳۱۷)

<sup>۲</sup> - بر همین مبنا برخی سوال مذکور را بدین شکل مطرح نموده‌اند: «آیا هریک از طرفین عقد وظیفه دارد که کلیه عوامل موثر در عقد را در برابر طرف دیگر افشا کند و اگر نکند مرتکب تدلیس شده است؟» (اوصیا، ۱۳۷۷: ۳۲۶)

۲) برخی سکوت از روی علم و عمد را مصداق تدلیس می‌دانند (جعفری لنگرودی، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، ج ۲، ۱۳۷۸: ۱۱۷۶) و معتقدند سکوت از ذکر واقع با وجود اطلاع از آن، اخفاء است که مصداق تدلیس است. (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲: ۱۷۹)

۳) برخی بین پنهان و آشکار بودن عیب کالا تمایز قائل شده‌اند و معتقدند چنانچه عیب آشکار باشد، سکوت نسبت به آن تدلیس محسوب نمی‌شود، اما چنانچه عیب پنهان باشد، سکوت نسبت به آن تدلیس محسوب می‌شود. (کاتوزیان، ۱۳۷۸: ۴۳۱)

۴) برخی سکوت عمدی طرف معامله را در صورتی که عرف یا اوضاع و احوال شخصی طرفین بیان و اظهار عیب را لازم بدانند، مصداق تدلیس می‌دانند. (صفایی، ۱۳۸۲: ۲۹۲)؛ (امیری قائم مقامی، ۱۳۹۲: ۳۱۸)

در هر حال با وجود اختلاف نظرهای فوق، تردیدی در این نیست که عدم ارائه‌ی اطلاعات به تنهایی نمی‌تواند موجب خیار تدلیس باشد. از این رو، نمی‌توان طرفین قرارداد را مکلف به ارائه‌ی اطلاعاتی دانست که از دسترس طرف مقابل خارج است. البته می‌توان عدم ارائه‌ی اطلاعات را به شرط این که اولاً شخص عالم به موضوعی باشد که طرف قرارداد نسبت به آن جاهل است، و ثانیاً وی بداند که عدم ارائه‌ی اطلاعات به طرف مقابل سبب فریب طرف مقابل می‌گردد (شرط عمدی بودن تدلیس) و در واقع هم عدم ارائه‌ی اطلاعات سبب انعقاد عقد از سوی شخص باشد به نحوی که اهمیت اطلاعات به حدی باشد که اگر ارائه می‌شد، طرف مقابل از انعقاد عقد خودداری می‌کرد؛ و ثالثاً سکوت نسبت به اموری باشد، که از قلمرو آگاهی طرف مقابل قرارداد خارج بوده، و آگاهی وی از آنها به طریق متعارف ممکن نباشد؛ سبب تحقق تدلیس دانست. در واقع در این موارد نیز عدم ارائه‌ی اطلاعات، به خود جنبه مثبت می‌گیرد. به عبارت دیگر، در این موارد «سکوت حالت عمل می‌یابد و مشمول ماده‌ی ۴۳۸ قانون مدنی می‌شود» و آنچه اتفاق افتاده «دیگر سکوت نیست؛ بلکه حالتی است که شخص ساکت به خود می‌گیرد تا واقعیتی را پنهان سازد و این حالت خود نوعی رفتار است و مانند هر رفتار دیگر اگر همراه با عنصر روانی تدلیس باشد سبب تحقق تدلیس می‌شود.» (اوصیا، ۱۳۷۷: ۳۲۷)

بنابراین می‌توان گفت که در حقوق ایران تعهد عام ایجابی به ارائه‌ی اطلاعات، پذیرفته نشده‌است و عدم ارائه‌ی اطلاعات صرفاً در موارد خاص می‌تواند موجب خیار تدلیس باشد.

## ۲-۲. قلمرو تعهد عام ایجابی به ارائه‌ی اطلاعات در معاملات اوراق بهادار

گفته شد که در حقوق قراردادهای، جز در اصلاحات اخیر قانون مدنی فرانسه علی‌الاصول تعهد به ارائه‌ی اطلاعات به عنوان قاعده‌ی عمومی پذیرفته نشده‌است. اما در قراردادهای خاص این تعهد پیش‌بینی شده‌است. معاملات اوراق بهادار یکی از اقسام این قراردادها است که در آنها ناشران در بازار اولیه و ثانویه مکلف شده‌اند اطلاعات خود را افشاء نموده و زمینه‌ی آگاهی سرمایه‌گذاران برای تصمیم‌گیری در انعقاد قرارداد را فراهم آورند. با این حال در حدود جنبه‌ی ایجابی این تعهد در معاملات اوراق بهادار تردید هست. برای این منظور در ادامه بررسی خواهد شد که در نظام‌های حقوقی ایران و ایالات متحده‌ی آمریکا می‌توان تعهد عامی برای ناشران اوراق بهادار در افشای همه‌ی اطلاعات مهمی که در اختیار دارد به رسمیت شناخت یا خیر؟

نکته‌ای که در تحلیل این بحث می‌بایست مدنظر قرار گیرد، لزوم ایجاد تعادل بین نیازهای مشروع سرمایه‌گذاران به اطلاعات و نیاز همان قدر مشروع شرکت و سهام‌داران غیرمعامله‌گر آن به سکوت، است. (BAUMAN, 1979, p. 939) از این رو نه می‌بایست تعهد ناشر به حدی گسترده تعریف شود که منافع وی تحت تأثیر قرار بگیرد و نه به حدی مضیق تعریف شود که امکان تصمیم‌گیری آگاهانه از سرمایه‌گذاران سلب شود.

### ۲-۲-۱. در حقوق آمریکا

در ایالات متحده‌ی آمریکا دو رویکرد در این خصوص اتخاذ شده‌است: برخی حقوقدانان قائل به وجود چنین تعهدی هستند و معتقدند که ماده‌ی 10b-5 قانون بورس اوراق بهادار، افشای فوری کلیه‌ی اطلاعات مهم را ضروری می‌داند و این حکم فقط در معرض استثنای محدودی قرار گرفته‌است. (BAUMAN, 1979, p. 937) ایشان در توجیه این نظر به پرونده‌هایی استناد کرده‌اند که در آنها مقرر شده، «اگر ناشر دلیل تجاری مشروعی برای عدم

افشای اطلاعات داشته باشد؛ هیچ تعهدی بر افشای اطلاعات وجود ندارد. ایشان از مفهوم این عبارت این گونه برداشت می‌کنند که در غیاب چنین دلیل تجاری مشروعی، ناشر مکلف به افشای کامل اطلاعات است. (Sheffy, 1982, p. 763) همچنین گفته شده عدم افشای همه‌ی اطلاعات مهم از این جهت تخلف از الزامات افشا تلقی است که شرکت با افشای بخشی از اطلاعات مهم به طور ضمنی اظهار نموده است که همه اطلاعات مهم افشا شده است. (BAUMAN, 1979, p. 938) علاوه بر این افشای کلیه‌ی اطلاعات مهم زمینه ساز تصمیم‌گیری آگاهانه تر سرمایه‌گذاران می‌شود، فاصله‌ی قیمت سهام با قیمت واقعی آنها را به حداقل می‌رساند، و امکان سوءاستفاده دارندگان اطلاعات نهانی از اطلاعات را کاهش می‌دهد.

با این حال، رویکرد غالب رویه‌ی قضایی<sup>۱</sup>، کمیسیون بورس و اوراق بهادار، و نیز مشهور حقوقدانان این کشور، از به رسمیت شناختن تعهد ایجابی عام به افشای اطلاعات امتناع نموده‌اند.<sup>۲</sup> (Steinberg M. I., 2014, ص. ۲-۳). البته ایشان قائل به لزوم کامل بودن اطلاعات هستند، اما معیار کامل بودن اطلاعات را این می‌دانند که «اطلاعات افشا شده نباید به حدی ناقص

<sup>۱</sup> - دادگاه عالی ایالات متحده در سال ۱۹۸۰ در پرونده‌ی (Chiarella v. United States, 1980) مقرر نموده است که «وقتی ادعای تقلب متکی به عدم افشا است به واسطه‌ی عدم وجود تعهد ایجابی افشا تقلبی موجود نخواهد بود... یک تعهد به افشا... از صرف در اختیار داشتن اطلاعات غیر عمومی ناشی نمی‌شود.» (Glover, 2006, pp. 12A-40) و «تعهد به افشا زمانی پدید می‌آید که یک طرف اطلاعاتی در اختیار داشته باشد که طرف دیگر به واسطه‌ی وجود رابطه‌ی امانی یا سایر روابط مشابه مبتنی بر امانت و اعتماد بین آن‌ها، محق در دانستن آن اطلاعات باشد.» (Brown J. R., 1995, pp. 3-3) در پرونده (Matrixx Initiatives, Inc. v. Siracusano, 2011) نیز مقرر شده است که: «ماده (b) 10 و مقرر (b) 5(b)-10 قانون بورس اوراق بهادار ۱۹۳۴ یک تعهد ایجابی برای افشای همه‌ی اطلاعات مهم ایجاد نمی‌کند. مطابق این مقررات افشا تنها زمانی ضروری است که به منظور غیر گمراه کننده شدن اظهارات صورت گرفته با توجه به اوضاع و احوال؛ ارائه اطلاعات لازم است... حتی در خصوص اطلاعاتی که سرمایه‌گذار معقول ممکن است مهم تلقی کند؛ شرکتها می‌توانند آن چه باید مطابق این مقررات افشا کنند را از طریق کنترل آنچه به بازار می‌گویند، اداره کنند.» همچنین در این خصوص رجوع شود به پرونده‌ی های: (Greenfield v. Heublein, 1984)، (Gallagher v. Abbott Laboratories, 2001)، (Texas Partners v. Conrock Co., 1982)

<sup>۲</sup> -See Also (Glover, 2006, pp. 12A-40)

باشد که گمراه کننده محسوب شود»<sup>۱</sup> و از آن تعهد ایجابی به ارائه‌ی اطلاعات<sup>۲</sup> را برداشت نمی‌کنند.<sup>۳</sup> در واقع شرکت‌ها در بازار اولیه صرفاً مکلف به پر کردن فرم‌های اظهارنامه و بیانیه ثبت هستند و در بازار ثانویه نیز ملزم به ارائه‌ی گزارش‌های دوره‌ای به کمیسیون بورس و اوراق‌بهادار (SEC) هستند؛ که شامل ارائه‌ی اطلاعات خاص اعلام شده از سوی این مرجع به علاوه هر اطلاعات مهمی است که برای گمراه کننده نبودن اطلاعات لازم است، (Palmiter, 2008, p. 76) (Block, Barton, & Garfield, 1985, p. 1251) و شامل افشای همه‌ی اطلاعات مهم نمی‌شود. بنابراین اگر شرکتی اطلاعات مهمی را ارائه نکند و نقص مزبور، اطلاعات ارائه شده را گمراه کننده نسازد؛ تخلفی از سوی شرکت صورت نگرفته است.

در توجیه عدم پذیرش تعهد ایجابی به ارائه‌ی اطلاعات گفته شده سرعت در افشای اطلاعات ممکن است به قیمت از دست دادن دقت اطلاعات تمام شود. افشای کلیه‌ی اطلاعات مهم ممکن است به طور بالقوه کارایی اطلاعاتی بازار را کاهش دهد و سبب افزایش منابع اختصاص یافته به گزارش‌های دوره‌ای می‌شود. الزام شرکت‌ها به افشای همه رخدادهای مهم مربوط به کسب و کارشان، سبب فشار زیادی بر مکانیزم‌های شرکت برای انتقال جریان داخلی اطلاعات شرکت ایجاد می‌کند. (Choi & Pritchard, 2008, p. 92)

علی‌رغم عدم پذیرش تعهد ایجابی به ارائه‌ی اطلاعات در حقوق اوراق‌بهادار آمریکا، در مواردی این تعهد پذیرفته شده است. یکی از این استثنائات دکترین «افشا کن یا از انعقاد معامله خودداری کن»<sup>۴</sup> است. مطابق این دکترین، در مواردی که شرکت قصد دارد که اوراق‌بهادار خود را بخرد یا بفروشد، مکلف است همه‌ی اطلاعات مهم غیرعمومی را افشا کند یا از انعقاد معامله امتناع کند. این استثنا بر تعهد شرکت بر عدم استفاده از اطلاعات نهانی در هنگام معامله با سهامداران خود

<sup>۱</sup> - the issuer's statement may not be "so incomplete as to mislead."

<sup>۲</sup> - Affirmative Duty to Disclose

<sup>۳</sup> - بر خلاف آمریکا، در برخی کشورها نظیر کانادا شرکت ملزم به افشای همه‌ی اطلاعات مهمی که در دسترس شرکت قرار گرفته، جز در برخی موارد استثنایی، شده است. (Choi & Pritchard, 2008, p. 92)

<sup>۴</sup> - Disclose or Abstain

مبتنی است. (Levy, 2016, pp. 5-8) در واقع در این موارد، خود ناشر به عنوان شخصی مدنظر قرار گرفته که معامله وی با استفاده از اطلاعات نهانی متصور است و چون مفروض است که ناشر عالم به همه اطلاعات نهانی است مکلف است که همه‌ی اطلاعات مهم افشانشده را افشا کند یا از معامله بر سهام خود امتناع نماید. (Shaw v. Digital Equipment Corp., 1996)

## ۲-۲-۲. در حقوق ایران

در خصوص بازار اولیه در بند ۳۷ ماده‌ی ۶ دستورالعمل ثبت و عرضه‌ی عمومی اوراق بهادار بعد از احصاء مصادیق اطلاعاتی که لازم است در بیانیه‌ی ثبت و اعلامیه‌ی پذیره نویسی افشا شود قاعده‌ای کلی ارائه می‌کند که بر اساس آن افشای «سایر اطلاعات بااهمیتی که به تشخیص ناشر بر قیمت اوراق بهادار و تصمیم‌گیری سرمایه‌گذاران مؤثر است» از طریق اسناد مذکور الزامی است. به این ترتیب در بازار اولیه تعهد ایجابی ناشر به افشای کلیه اطلاعات مهم پیش بینی شده است. در عین حال تشخیص اهمیت اطلاعات بر عهده‌ی ناشر قرار گرفته است.

در خصوص بازار ثانویه نیز در بند ۴ ماده‌ی ۴۵ قانون بازار اوراق بهادار، افشای مطلق «اطلاعاتی که اثر بااهمیتی بر قیمت اوراق بهادار و تصمیم سرمایه‌گذاران دارد» الزامی دانسته شده است، که با توجه به سیاق عبارات این ماده به نظر می‌رسد در اینجا مطلق افاده‌ی عموم می‌کند. همچنین مطابق ماده‌ی ۱۳ دستورالعمل اجرایی افشای اطلاعات شرکت‌های ثبت شده نزد سازمان، ناشران موظف به افشای فوری اطلاعات مهم شده‌اند. در این ماده مصادیق اطلاعات مهم به صورت غیرحصری احصاء شده است و بر حسب درجه‌ی اهمیت به دو گروه الف که حاوی اطلاعات بااهمیت تر است و گروه ب که حاوی اطلاعات بااهمیت کمتر می‌شود، تقسیم شده‌اند.<sup>۱</sup>

<sup>۱</sup> - تفاوت تقسیم اطلاعات در نحوه‌ی توقف نماد معاملاتی ناشر در موارد تخلف در افشای اطلاعات است. در این خصوص در ماده‌ی شانزده مکرر دستورالعمل اجرایی نحوه‌ی انجام معاملات در بورس اوراق بهادار تهران آمده است: «در صورتی که ناشر از افشای اطلاعات گروه الف خودداری کند، نماد معاملاتی به صورت خودکار بلافاصله پس از ارسال اطلاعات با اهمیت موضوع ماده‌ی ۱۳ دستورالعمل اجرایی افشای اطلاعات شرکت‌های ثبت شده نزد سازمان، به صورت زیر متوقف و بازگشایی می‌شود:



با توجه به عبارت «برخی از مصادیق اطلاعات مهم» در صدر ماده‌ی مذکور و نیز قرار گرفتن «سایر موارد» به عنوان مصداق آخر اطلاعات گروه (ب)، و نیز با توجه به ماده‌ی ۴ این دستورالعمل که بر اساس آن این موارد «حداقل الزامات در زمینه‌ی افشای اطلاعات» است؛ الزام ناشر به افشای اطلاعات محدود به این موارد نبوده (صادقی مقدم & نوروزی، ۱۳۹۰: ۱۳۴) و ناشر مکلف است همه اطلاعات مهمی را که احتمال اثرگذاری آن‌ها بر قیمت اوراق بهادار و تصمیم سرمایه‌گذاران وجود دارد، را افشا کند. به این ترتیب مطابق ماده‌ی ۴۵ قانون بازار اوراق بهادار و دستورالعمل اجرایی افشای اطلاعات شرکت‌های ثبت‌شده نزد سازمان، ناشر مکلف است کلیه‌ی اطلاعات

---

الف) اگر اطلاعات با اهمیت در "گروه الف" موضوع ماده‌ی ۱۳ دستورالعمل اجرایی افشای اطلاعات شرکت‌های ثبت شده نزد سازمان قرار داشته باشد:

در صورت افشای اطلاعات با اهمیت، نماد معاملاتی به‌طور خودکار متوقف شده و در اولین جلسه‌ی معاملاتی بعد بازگشایی خواهد شد؛

ب) اگر اطلاعات با اهمیت در "گروه ب" موضوع ماده‌ی ۱۳ دستورالعمل اجرایی افشای اطلاعات شرکت‌های ثبت شده نزد سازمان قرار داشته باشد:

۱- در صورتی که اطلاعات با اهمیت تا ۹۰ دقیقه قبل از پایان جلسه معاملاتی ارسال شود، نماد معاملاتی به‌طور خودکار، به مدت ۶۰ دقیقه متوقف و بعد از آن بازگشایی می‌شود؛

۲- در صورت افشای اطلاعات با اهمیت در ۹۰ دقیقه پایانی جلسه معاملاتی، نماد معاملاتی به‌طور خودکار متوقف شده و در جلسه معاملاتی بعد بازگشایی خواهد شد؛

۳- در صورتی که اطلاعات با اهمیت در ساعت خارج از بازار منتشر شود، نماد معاملاتی در ۹۰ دقیقه ابتدایی جلسه معاملاتی بعد بازگشایی خواهد شد.»

تبصره یک: «در صورت عدم رعایت ضوابط افشای اطلاعات با اهمیت یا وجود هرگونه ابهام در انتشار اطلاعات با اهمیت، سازمان می‌تواند رأساً یا به پیشنهاد بورس، ضمن انتشار پیام شفاف‌سازی در خصوص دلایل توقف (فرم س-۵)، نماد ناشر را جهت رفع ابهام یا اصلاح اطلاعات منتشر شده حداکثر برای ۲ روز کاری متوقف نگه دارد. در صورت عدم رفع ابهام یا عدم اصلاح اطلاعات از سوی ناشر پس از مدت تعیین شده، سازمان مطابق فرم س-۶، ضمن افشا به عموم در خصوص عدم همکاری ناشر، بازگشایی نماد را به بورس اعلام می‌نماید.»

تبصره دو: «بازگشایی نماد مطابق ترتیبات ماده‌ی ۲۲ صورت می‌گیرد که با توجه به اطلاعات با اهمیت موضوع ماده‌ی ۱۳ دستورالعمل اجرایی افشای اطلاعات شرکت‌های ثبت شده نزد سازمان، اگر در گروه (الف) قرار داشته باشد حراج ناپیوسته بدون محدودیت دامنه نوسان و اگر در گروه (ب) قرار داشته باشد حراج ناپیوسته با محدودیت دامنه نوسان انجام می‌گیرد.»

مهمی که ممکن است بر قیمت اوراق بهادار و تصمیم سرمایه‌گذاران اثرگذار باشد، را افشا کند و تعهد وی محدود به ارائه‌ی گزارش‌های دوره‌ای و افشای اطلاعات خاص تعیین شده در دستورالعمل‌ها و فرم‌های مربوطه نیست.

البته مطابق قسمت اخیر ماده‌ی ۴ این دستورالعمل، تعیین و تشخیص سایر اطلاعاتی که مهم است و باید افشای فوری شود، بر عهده‌ی ناشر است. با این حال، این به معنی اختیاری بودن افشای سایر اطلاعات مهم نیست و اگر ناشر از افشای اطلاعاتی را که نوعاً به نظر می‌رسد بر قیمت اوراق بهادار ناشر و تصمیم سرمایه‌گذاران اثرگذار است، خودداری کند؛ از الزامات قانونی راجع به افشای اطلاعات تخلف کرده است. بنابراین ناشر نمی‌تواند به بهانه‌ی این که اطلاعات را غیرمهم تشخیص می‌دهد از افشای اطلاعات مهم خودداری کند.

### ۳. اطلاعات موضوع تعهد ایجابی ناشر به افشای اطلاعات

با وجود دلایل مختلفی که برای توجیه تعهد ایجابی ناشر وجود دارد، نمی‌توان از ناشران انتظار داشت که کلیه‌ی اطلاعات راجع به عرضه‌ی فاش کنند؛ چرا که افشای بیش از حد اطلاعات هم برای شرکت و هم برای سرمایه‌گذاران هزینه بر است. چنین تعهدی هزینه‌ی زیادی بابت جمع‌آوری و بررسی و انتشار اطلاعات به شرکت تحمیل می‌کند. همچنین سبب می‌شود، سرمایه‌گذاران با سیل اطلاعات افشا شده مواجه شوند که این امر سبب عدم توجه آنها به بخش‌های مهم اطلاعات می‌شود و وقت بیشتری از ایشان برای غربال کردن اطلاعات خواهد گرفت. (Choi & Pritchard, 2008: 27) در این زمینه دکترین اطلاعات مدفون<sup>۱</sup> مطرح شده است که بر اساس آن همان گونه که افشای ناقص و محدود اطلاعات می‌تواند زیان آور باشد، افشای زیاد از حد اطلاعات نیز گمراه کننده است. (Palmiter, 2008: 86)

<sup>۱</sup> -Buried Facts Doctrine

بنابراین افشای همه‌ی اطلاعات از سوی ناشر لازم نیست. به همین دلیل در قانون اوراق بهادار ۱۹۳۳ و قانون بورس اوراق بهادار ۱۹۳۴ آمریکا صرفاً افشای اطلاعات مهم<sup>۱</sup> ضروری دانسته شده و لازم نیست اطلاعات غیر مهم فاش شود. در حقوق ایران هم در خصوص افشای اطلاعات که در بازار اولیه در بند ۳۷ ماده ۶ دستورالعمل ثبت و عرضه عمومی اوراق بهادار تعهد ناشر در خصوص مواردی که در این ماده تصریح نشده است محدود به «اطلاعات بااهمیتی که به تشخیص ناشر بر قیمت اوراق بهادار و تصمیم‌گیری سرمایه‌گذاران مؤثر است» شده است. در بازار ثانویه نیز، در بند ۴ ماده ۴۵ قانون بازار اوراق بهادار جمهوری اسلامی ضابطه‌ای کلی برای اطلاعاتی که افشای آنها ضروری است ارائه شده که بر اساس آن افشای «اطلاعاتی که اثر بااهمیتی بر قیمت اوراق بهادار و تصمیم سرمایه‌گذاران دارد» ضروری دانسته شده است. این اطلاعات در بند ۶ ماده ۱ دستورالعمل اجرایی افشای اطلاعات شرکت‌های ثبت شده، اطلاعات مهم نامیده شده است. با این حال، ابهاماتی در خصوص ضابطه‌ی تشخیص اطلاعات مهم وجود دارد که در ادامه مورد بررسی قرار خواهد گرفت. البته، در این زمینه صرفاً سعی خواهد شد که ضابطه‌ای برای تشخیص اطلاعات مهم ارائه شود و ورود به مصادیق آن لازم نیست. چرا که همان‌گونه که برخی فقها گفته‌اند در این موارد وظیفه‌ی حقوقدان و فقیه در این موارد ارائه‌ی ضابطه و قاعده‌ی کلی است (شهید ثانی، ۱۴۲۲) و تشخیص مصادیق آن، برای افراد عادی (و در این خصوص، متخصصین امور مربوط به بازار سرمایه) ساده تر خواهد بود.<sup>۲</sup>

برای این منظور ابتدا این موضوع از منظر قواعد عمومی قراردادها مورد بررسی قرار می‌گیرد و سپس مفهوم اطلاعات مهم در معاملات اوراق بهادار بررسی می‌شود.

<sup>۱</sup> -Material Facts or Informations

<sup>۲</sup> - «ضابط الوصف الذی یُشترط ذکره ما یختلف الثمن باختلافه و ربما کان العامی أعرف به من الفقیه؛ لأنّ غرض الفقیه إعطاء القانون الکلی» (شهید ثانی، ۱۴۲۲)

### ۳-۱. ضابطه‌ی تشخیص اطلاعات مهم در حقوق قراردادها

«اطلاعات» در قوانین اوراق بهادار به اوصاف مورد معامله در حقوق قراردادها نزدیک است. در معاملات سهام، موضوع معامله سهم است؛ اما ورقه‌ی سهم فی نفسه ارزشی ندارد و ارزش آن به واسطه‌ی دلالت سهم بر حق دارنده نسبت به شرکت است. بنابراین با مسامحه می‌توان گفت که در این معاملات در واقع حق شخص نسبت به شرکت منتقل می‌شود و موضوع معامله‌ی جزئی از شرکت است. به این ترتیب، اطلاعاتی که افشای آن‌ها مطابق مقررات اوراق بهادار ضروری است، در واقع همان اوصاف جزء شرکت است که مورد معامله واقع می‌شود. البته این اطلاعات در برابر همه‌ی اوصاف قرار نمی‌گیرد. برای بررسی این که اطلاعات مهم در برابر کدام گروه از اوصاف مورد معامله قرار می‌گیرد، در ادامه اقسام مورد معامله بررسی می‌شود.

اوصاف مورد معامله از حیث سطح اهمیت بر سه قسم است:

۱) اوصاف اساسی که منظور از آنها وصفی است که هویت مورد معامله به آن ارتباط دارد، مثل وصف دست بافت بودن در بیع قالی دستبافت. (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱: ۳۷۷۶) اشتباه در این وصف سبب انتفای قصد متعاملان شده و بطلان عقد می‌گردد و چنانچه در بیع کلی متعهد مصداقی را ادا کند که فاقد وصف اساسی مورد تراضی است در واقع وفای عهد به غیر جنس دین نموده است و تأدیه معتبر نخواهد بود.

۲) اوصاف مهم: اوصافی هستند که اهمیت آنها به اندازه‌ی اوصاف اساسی نیست؛ اما بر تصمیم طرفین اثرگذار هستند. البته در لزوم تعیین همه این اوصاف در زمان انعقاد عقد، تردید هست. مطابق ماده‌ی ۳۴۲ قانون مدنی جنس و مقدار و وصف مبیع باید معلوم باشد و درباره‌ی مبیع کلی، ماده‌ی ۳۵۱ قانون مدنی ذکر این موارد لازمه‌ی صحت عقد دانسته شده است. با این حال در خصوص حدود اوصافی که تعیین آنها لازم است بین حقوقدانان اختلاف است:

برخی به طور مطلق لزوم تعیین همه اوصاف مهمی را که عرف به راحتی از آن نمی‌گذرد، را لازمه‌ی معلوم بودن معامله دانسته‌اند. (رهپیک، حقوق قراردادها، ۱۳۹۰: ۱۲۱) در

مقابل برخی لزوم تعیین همه این اوصاف را نپذیرفته‌اند و معتقدند که «اوصافی که در قصد مشترک از انگیزه‌های اصلی تراضی است و معامله برای آن انجام می‌شود، بایستی روشن باشد.» (کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۲، ۱۳۸۸: ۱۹۵) در عین حال گفته‌اند که علم به وصفی که خصیصه‌ی اساسی و ذاتی را دارا نیست هیچ ضرورتی برای انعقاد و نفوذ قرارداد ندارد. (کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۲، ۱۳۸۸: ۱۹۷) به نظر می‌رسد، در بیع عین معین تعیین اوصاف مذکور ضرورتی ندارد و عدم تعیین آن در ضمن عقد به منزله‌ی بی‌اهمیت بودن آن برای طرفین است. اگر طرفین به طور صریح یا ضمنی بر آن توافق کردند، که به عنوان شرط صفت تلقی می‌شود و در صورتی که بعداً کشف شود مورد معامله فاقد اوصاف مقرر است عقد قابل فسخ خواهد بود؛ اما اگر طرفین بر آن توافق نکنند در واقع وصف مذکور برای ایشان اهمیتی نداشته‌است.<sup>۱</sup> (صفایی، ۱۳۸۲: ۱۰۲) اما در بیع کلی مطابق ماده‌ی ۳۵۱ قانون مدنی تعیین این قسم اوصاف اصولاً لازم است؛ جز در موارد خاصی نظیر وصف مرغوب بودن کالا که هرچند بر قیمت کالا و رغبت اشخاص اثرگذار است اما مطابق ماده‌ی ۲۷۹ تعیین آن ضروری نیست و قانونگذار سکوت طرفین را حمل بر اراده‌ی ایشان بر نوع متوسط آن نموده‌است. چنانچه گفته شده وصف مهم در معاملات کلی به قصد انشا تعلق می‌یابد و توافق قصد طرفین نسبت به آن ضروری است، اما در مورد معامله معین صرفاً به عنصر رضا مربوط می‌شود و در قلمرو قصد انشا قرار نمی‌گیرد. (شهبیدی، ۱۳۹۲: ۱۶۳)

---

<sup>۱</sup> - به عنوان مثال، این که لباسی تولید داخل باشد یا تولید خارج از کشور از اوصافی است که بر جلب تمایل اشخاص و قیمت کالا موثر است؛ اما گفته شده که «اگر کسی پیراهنی به تصور این که خارجی است خریداری کند، بی آن که وجود این وصف در مورد معامله شرط شده یا بنای متعاملین بر آن باشد، و بعد معلوم شود پیراهن ایرانی بوده است.» (صفایی، ۱۳۸۲: ۱۰۲) این امر به صحت عقد خللی وارد نمی‌کند. البته در مثال مذکور فرض بر این است که وصف محل تولید لباس وصف اساسی مورد معامله نیست.

۳) اوصاف غیرمهم اوصافی است که اشخاص نسبت به آن بی تفاوت هستند و در جلب تمایل اشخاص اثری ندارد. مجهول ماندن این اوصاف خدشه‌ای به اعتبار عقد وارد نمی‌کند.

به نظر می‌رسد منظور از اطلاعات مهم، اطلاعاتی است که به اوصاف مهم مورد معامله مربوط می‌شود، و شامل اوصاف غیر مهم نمی‌شود. با این حال در فقه امامیه و حقوق قراردادها برای تشخیص اوصاف مهم معیارهای مختلفی ارائه شده‌است:

۱) به عقیده‌ی برخی اوصاف مهم اوصافی است که معمولاً در جلب تمایل اشخاص موثر است و به تعبیر فقها اغراض نسبت به آن متفاوت است، هر چند ممکن است در ارزش مورد معامله اثری نداشته باشد. (شهیدی، ۱۳۹۲: ۲۹۵) این معیار مورد توجه فقها نیز قرار گرفته و تعیین هر وصفی که سبب اختلاف اغراض نوعی در خصوص عوضین شود نظیر عدم تعیین وصف مرغوب یا غیر مرغوب در بیع یک من گندم را برای صحت عقد لازم می‌دانند. (امام خمینی، بی تا: ۱۵۳)

در این خصوص باید گفت که ملازمه‌ای بین اثر وصف بر اختلاف غرائض و تغییر قابل اعتنای ثمن نیست. در واقع اگر وصف به گونه‌ای باشد که غالب اشخاص، کالای دارای آن وصف را به کالای فاقد آن وصف ترجیح دهند، چنین وصفی هم سبب تمایل اشخاص می‌شود و هم بر قیمت آن اثرگذار است. چنانچه در خصوص فرش معمولاً این وصف که فرش در یک شهر خاص تولید شده باشد، سبب ترجیح این فرش بر سایر فرشها، از سوی غالب اشخاص می‌شود. اما اوصافی هست که اشخاص در تصمیم‌گیری خود آنها را لحاظ می‌کنند، اما مبنای این امر صرفاً سلیقه شخصی افراد است و ترجیح کالای دارای آن وصف غلبه ندارد. مثلاً رنگ اتومبیل وصفی است که بر تصمیم‌گیری اشخاص اثرگذار است، اما مبنای انتخاب رنگ اتومبیل سلیقه‌ی شخصی افراد است. (کمپانی، ۱۴۱۸: ۴۰۰)<sup>۱</sup>

<sup>۱</sup> - «التحقیق... أن الأوصاف الدخيلة في مالیه الأشياء علی قسمین: أحدهما: دخلها في مالیه الشيء بلحاظ الأثر المترقب من ذلك الشيء عند نوع العقلاء، و بلحاظه يقدمون علی ابتیاعه و بذل المال یازانه. و ثانيهما: دخلها في مالیه الشيء بحسب الغرض شخصی لكل أحد من المتعاملین. فالأول: كالأوصاف الدخيلة في مالیه الجارية مثلا من كونها سمراء أو

۲) به عقیده‌ی برخی ضابطه‌ی وصفی که ذکر آن لازم است، وصفی است که به واسطه‌ی آن ثمن معامله تغییر کند، مگر این که اطلاق عقد به آن وصف منصرف باشد مثل وصف صحت. (نجفی کاشف الغطاء، بی تا: ۲۲۱) البته وصف باید سبب اختلافی شود که عرفاً قابل تسامح نباشد. (علامه حلی ح. ب.، ۱۴۱۳ ه ق: ۴۵) در باب تدلیس نیز برخی فقها صرفاً تدلیسی را موثر در ایجاد خیار می‌دانند که باعث اختلاف در قیمت شود. (علامه حلی ح. ب.، بی تا: ۴۵۶) برخی حقوقدانان نیز در تعیین اوصافی که تعیین آنها ضروری است، به این معیار توجه کرده‌اند. (بروجردی عبده، ۱۳۸۰: ۲۸۷)

۳) برخی نیز این اوصاف را اوصافی می‌دانند که ترک آن موجب جهل و غرر می‌شود. (نجفی کاشف الغطاء، بی تا: ۲۲۲) البته منظور از غرر جهلی است که توأم با ضرر قابل توجه و غیرقابل اغماض باشد (رهپیک، حقوق مدنی، عقود معین (۱)، ۱۳۸۷: ۲۸) و هر جهلی را نمی‌توان غرر محسوب نمود. زیرا ممکن است وصف موجب تفاوت غیرقابل تسامح در ثمن بشود، اما ترک آن اثری در جهل به مبیع نداشته باشد. (نجفی کاشف الغطاء، بی تا: ۲۲۲)

۴) برخی نیز ترکیبی از دو نظر اخیر را پذیرفته‌اند که بر اساس آن ضابطه تشخیص اوصاف مهم اوصافی است که به واسطه آن ثمن به نحوی اختلاف می‌یابد که سبب جهل در مبیع می‌شود. معیار تشخیص آنچه که ترک آن به جهل در مبیع می‌انجامد نیز عرف است. (نجفی کاشف الغطاء، بی تا: ۲۲۲)

۵) برخی فقها در خصوص بیع عین معین غایب، که مشهور است که در آن تعیین اوصافی که در بیع سلم لازم است ضروری است، تعیین وصفی را لازم دانسته‌اند که تفاوت آن بر رغبت اشخاص موثر بوده و سبب ایجاد تفاوت غیرقابل تسامح در قیمت می‌شود. (محقق کرکی، ۱۴۱۴: ۳۰۱)

---

سوداء أو طویلة أو قصيرة أو سمنية أو مهزولة فإنها التي تتفاوت الرغبات النوعية بلحاظ ما يترقب منها من وجوه الانتفاع بوطيها و خدمتها. و الثاني: كالأوصاف الدخيلة في ماليتها من كونها عارفة بالموسيقى و سائر الكمالات التي هي محط نظر بعض الأشخاص، و متعلق غرض صنف خاص» (کمپانی، ۱۴۱۸، ص. ۴۰۰)

۶) در باب تدلیس ضابطه‌ای مضیق تر از معیارهای فوق مدنظر قرار گرفته‌است. وصف موضوع تدلیس باید برای طرف قرارداد اهمیت تعیین کننده داشته باشد<sup>۱</sup> و تدلیس در صورتی موجد خیار است که موضوع آن از درجه‌ای از اهمیت برخوردار باشد که بر تصمیم‌گیری طرف معامله اثرگذار است، می‌شود.<sup>۲</sup> برخی حقوقدانان نیز تعیین اوصافی را لازم می‌دانند که «در قصد مشترک طرفین از انگیزه‌های اصلی تراضی» بوده‌است. (کاتوزیان ن.، ۱۳۸۸: ۱۹۷)

در کامن لاینز در دعاوی تدلیس<sup>۳</sup> در خصوص مهم بودن گفته شده که موضوعی که وجود یا عدم وجود آن برای معامله مگر معقول در تصمیم‌گیری برای معامله مورد بحث مهم خواهد بود.<sup>۴</sup> (DENNIS, 1984: 383)

در متن نهایی اصلاحات جدید به عمل آمده در قانون تعهدات فرانسه در ماده ۱-۱۱۱۲ نیز افشای اطلاعاتی لازم دانسته شده که «دارای اهمیت تعیین کننده در تحقق اراده طرف معامله باشد».<sup>۵</sup> با توجه به قید «تعیین کننده»<sup>۶</sup> به نظر می‌رسد مطابق این ماده ارائه‌ی اطلاعاتی لازم است که به حدی برای طرفین مهم است که اگر عالم به آن باشد اقدام به انعقاد معامله نمی‌کند.<sup>۷</sup>

<sup>۱</sup> - در ماده ۴۳۸ قانون مدنی بر لزوم تأثیر فریب بر طرف قرارداد تأکید شده است و بین تدلیس و انعقاد معامله باید رابطه‌ی سببیت برقرار باشد، به گونه‌ای که اگر شخص از واقع آگاه می‌بود، اقدام به انعقاد معامله نمی‌نمود. (کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها جلد پنجم، انحلال قرارداد، ۱۳۸۷: ۲۹۱) (شهیدی، حقوق مدنی، عقود معین ۱، ۱۳۹۲) از این تعابیر می‌توان لزوم تعیین کننده بودن موضوع تدلیس را برداشت کرد. البته گفته شده که تحقق این خیار منوط به اثرگذاری وصف موضوع تدلیس بر قیمت نیست و خود فریب می‌تواند موجد خیار باشد. (رهپیک، حقوق مدنی، عقود معین (۱)، ۱۳۸۷: ۷۰)

<sup>۲</sup> - گفته شده که اعمال این معیار ثبات اقتصادی را ارتقا می‌دهد؛ چرا که طرفین نمی‌توانند از تکمیل معامله به بهانه سوءاظهارات کم اهمیت اجتناب کنند. (W. PROSSER, HANDBOOK OF THE LAW OF TORTS § 108 (4th ed. 1971) cited in: DENNIS, 1984, p. 383)

<sup>۳</sup> - Misrepresentation

<sup>۴</sup> - would be important to the reasonable actor

<sup>۵</sup> - «...une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre...»

<sup>۶</sup> - déterminante

<sup>۷</sup> - در ادامه‌ی ماده‌ی مذکور اهمیت تعیین کننده تعریف می‌شود و مطابق آن اطلاعاتی دارای اهمیت تعیین کننده است که «دارای رابطه‌ی مستقیم و ضروری با محتوای قرارداد یا کیفیت طرفین باشد»<sup>۷</sup> بر این معیار انتقاد شده که این معیار نه واضح است و نه در تشخیص اطلاعات دارای اهمیت تعیین کننده موثر است. (Mainguay, 2016, p. 52)



## ۳-۲. معیار تشخیص اطلاعات مهم در حقوق اوراق بهادار

در بخش قبل مشخص شد که در حقوق قراردادها برای تشخیص اطلاعات مهم، سه معیار اصلی ارائه شده است: اثرگذاری بر تصمیم طرفین قرارداد یا جلب رغبت، اثرگذاری بر قیمت موضوع قرارداد، و تعیین کننده بودن اثرگذاری بر تصمیم گیری. در ادامه معیار تشخیص اطلاعات مهم در بازار اوراق بهادار مورد بررسی قرار می‌گیرد و خواهیم دید که در حقوق اوراق بهادار کدام یک از این معیارها مبنای تشخیص اطلاعات مهم قرار گرفته است.

### ۳-۲-۱. در حقوق آمریکا

در حقوق آمریکا هر چند تعهد به افشای اطلاعات منوط به مهم بودن اطلاعات شده اما در قوانین موضوعه این کشور تعریفی از این مفهوم ارائه نشده است. با این حال در رویه قضایی این کشور سه معیار مختلف برای این امر ارائه شده بود:

۱) معیار احتمال اثرگذاری اطلاعات بر تصمیم‌گیری<sup>۱</sup>: در پرونده (TSC Industries, Inc. v. Northway, 1976) دادگاه تجدید نظر مقرر کرده بود که اطلاعاتی مهم تلقی می‌شود که ممکن است<sup>۲</sup> بر تصمیم‌گیری سرمایه‌گذار اثرگذار باشد. این معیار، معیار موسعی است و در نقد آن گفته شده که پذیرش چنین معیار موسعی بیش از آن که مفید باشد، به واسطه‌ی مواجه نمودن سرمایه‌گذاران با سیل عظیم اطلاعات جزئی مضر است. (Sauer, 2007, p. 320)

۲) معیار تعیین کننده بودن اطلاعات برای تصمیم‌گیری<sup>۳</sup>: برخی دادگاه‌ها این معیار را این گونه بیان کرده‌اند که اطلاعاتی مهم تلقی می‌شوند که در تصمیم‌گیری شخص معقول راجع به انعقاد قرارداد مورد بحث، اثر قطعی داشته باشد. این معیار برخلاف معیار قبلی معیاری مضیق است و بر اساس آن اطلاعاتی مهم تلقی می‌شود، که سرمایه‌گذار در صورت علم به آنها از انعقاد معامله بر اوراق بهادار امتناع می‌کند. (Palmiter, 2008, p. 75)

<sup>1</sup> - "might" test

<sup>2</sup> - might

<sup>3</sup> - "outcome-determinative would" test

۳) معیار احتمال قابل توجه<sup>۱</sup> تأثیر اطلاعات بر تصمیم‌گیری: مطابق این دیدگاه اطلاعات در صورتی مهم است که احتمال قابل توجهی وجود داشته باشد که یک سرمایه‌گذار معقول در هنگام تصمیم‌گیری برای معامله بر اوراق بهادار آن را مهم تلقی کند. (Palmiter, Securities Regulation: Examples and Explanations, 2008, p. 74) در پرونده‌ی TSC Industries, Inc. v. Northway, 1976 دادگاه عالی بار دو معیار قبلی، این معیار را مبنای تشخیص اطلاعات مهم قرار داد. تصمیمی که در رویه‌ی قضایی این کشور هنوز هم مبنای تعیین مهم بودن اطلاعات قرار می‌گیرد.<sup>۲</sup> در این پرونده مقرر شد که «اطلاعات حذف شده (ارائه نشده)<sup>۳</sup> در صورتی مهم است که احتمال قابل توجهی وجود داشته باشد که یک سهامدار معقول در تصمیم‌گیری ... آن را مهم تلقی کند... از سوی دیگر باید احتمال قابل توجهی باشد که افشای اطلاعات حذف شده از منظر سرمایه‌گذار معقول سبب تغییر قابل توجه ترکیب پیچیده اطلاعات موجود شود»<sup>۴</sup>. دادگاه عالی در این پرونده متذکر شد که واژه‌ی substantial likelihood به طور ضمنی متضمن این مطلب است که اطلاعات به احتمال زیاد<sup>۵</sup> برای یک سرمایه‌گذار معقول مهم خواهد بود، نه این که اهمیت آن صرفاً ممکن<sup>۶</sup> باشد. با این وجود، این ضرورتی ندارد که اطلاعات اثر تعیین‌کننده بر تصمیم سرمایه‌گذاران داشته باشد. چنانچه گفته شده «این معیار یک معیار «اگر... نبود» نیست و لازم نیست اطلاعات نادرست یا گمراه‌کننده واقعاً سبب تغییر تصمیم سرمایه‌گذاران

<sup>۱</sup> - substantial likelihood

<sup>۲</sup> - لازم به ذکر است که این معیار در قواعد کمیسیون اوراق بهادار آمریکا نیز منعکس شده است: «اطلاعات در صورتی مهم است که احتمال قابل توجهی وجود داشته باشد که سرمایه‌گذار معقول در تصمیم‌گیری برای خرید، یا فروش اوراق بهادار ثبت شده به آن اهمیت می‌دهد.» (LING LEE, 2004, p. 663)

<sup>۳</sup> - An omitted fact

<sup>۴</sup> - "there must be a substantial likelihood that the disclosure of the omitted fact would have been viewed by the reasonable investor as having significantly altered the "total mix" of information made available."

<sup>۵</sup> - "Probably"

<sup>۶</sup> - merely possible

شود؛ بلکه همین که اطلاعات غلط دارای اهمیت بالفعل مفروض برای تصمیم‌گیری سرمایه‌گذاران داشته باشد، کافی است.»<sup>۱</sup> (Palmiter, 2008, p. 75)

## ۲-۲-۳. در حقوق ایران

در حقوق ایران در بند ۴ ماده ۴۵ قانون بازار اوراق بهادار افشای اطلاعاتی لازم دانسته شده است که «اثر بااهمیتی بر قیمت اوراق بهادار و تصمیم سرمایه‌گذاران دارد.» در مقابل در بند ۶ ماده ۱ دستورالعمل افشا، اطلاعات بااهمیت «اطلاعاتی درباره رویدادها و تصمیمات مربوط به ناشر که بر قیمت اوراق بهادار ناشر و یا تصمیم سرمایه‌گذاران برای معامله اوراق بهادار تأثیر داشته باشد.» تعریف شده است. در بند ۳۱ ماده ۱ قانون مذکور نیز در تعریف اطلاعات نهانی که در واقع، اطلاعات مهم افشا نشده هستند (سلطانی، ۱۳۹۵: ۱۰۰) (جنیدی و نوروزی، شناخت ماهیت اطلاعات نهانی در بورس اوراق بهادار ۱۳۸۸، ۱۳۵) اثرگذاری بر قیمت اوراق بهادار یا تصمیم سرمایه‌گذاران معیار تشخیص این اطلاعات قرار گرفته است.<sup>۲</sup>

با توجه به اختلاف عبارات مواد فوق، بین آن‌ها ظاهراً تعارضی وجود دارد بدین بیان که در حالی که در بند ۴ ماده ۴۵ قانون بازار اوراق بهادار برای مهم تلقی شدن اطلاعات، اثرگذاری آن بر قیمت و تصمیم‌گیری سرمایه‌گذاران توأمان، لازم است، در بند ۳۱ ماده ۱ این قانون و بند ۶ ماده ۱ دستورالعمل افشا، برای مهم تلقی شدن اطلاعات، اثرگذاری آن بر قیمت اوراق بهادار یا تصمیم‌گیری سرمایه‌گذاران به صورت علی‌البدل کافی است. جالب آن که قبل از اصلاحات به عمل آمده در دستورالعمل افشای اطلاعات در سال ۱۳۹۶ اطلاعاتی مهم تلقی می‌شد که هم بر

---

<sup>۱</sup> - در این خصوص در حقوق آمریکا بحثی مطرح شده مبنی بر این که سرمایه‌گذار معقول کیست. در این خصوص سه احتمال داده شده است: سرمایه‌گذار غیرماهر (unsophisticated investors)، تحلیلگران ماهر اوراق بهادار (sophisticated securities analyst) یا هر دو اینها. در هر حال دادگاهها سرمایه‌گذار غیرمنطقی (irrational investors) را معیار قرار نمی‌دهند. (Palmiter, 2008, p. 75)

<sup>۲</sup> - ممکن است گفته شود که هدف قانون‌گذار این بوده که از اطلاعات نهانی تعریفی گسترده‌تر از اطلاعات مهم ارائه دهد؛ که این احتمال بعید به نظر می‌رسد.

تصمیم سرمایه‌گذاران و هم بر قیمت اوراق بهادار اثر گذار باشد؛ اما در اصلاحات اخیر، تعریف مذکور تغییر کرد و اثر گذاری اطلاعات بر تصمیم سرمایه‌گذاران و یا قیمت اوراق بهادار، برای مهم تلقی شدن اطلاعات کافی تلقی شد. به این ترتیب، یک سری اطلاعات منتشر شده حتی اگر بر قیمت، تأثیر قابل توجه نداشته باشند و تنها بر تصمیم‌گذاران اثر گذار باشد، مطابق تعریف جدید دستورالعمل افشا و بند ۳۱ ماده ی ۱ قانون اوراق بهادار بااهمیت تلقی می‌شود؛ (محمدی، ۱۳۸۹: ۲۹۰) اما مشمول بند ۴ ماده ی ۴۵ قانون بازار اوراق بهادار نمی‌شود.

ممکن است برای رفع تعارض مذکور گفته شود که بین اثر گذاری اطلاعات بر تصمیم‌گیری سرمایه‌گذاران و اثر گذاری آن بر قیمت اوراق بهادار ملازمه وجود دارد؛ (سلطانی، ۱۳۹۵: ۱۰۰) با این حال به نظر می‌رسد، رابطه‌ی اطلاعات مؤثر بر قیمت و مؤثر در تصمیم‌گیری، عموم و خصوص مطلق است و همه‌ی اطلاعاتی که بر قیمت اوراق اثر گذار است جلب رغبت نیز می‌کند، اما همه‌ی اطلاعات مؤثر در تصمیم‌گیری، لزوماً بر قیمت مؤثر نیست<sup>۱</sup> (جنیدی & نوروزی، ۱۳۸۸: ۱۴۳) و تصمیم سرمایه‌گذاران برای معامله ممکن است بدون اثر گذاری بر قیمت باشد.<sup>۲</sup> (محمدی، ۱۳۸۹: ۲۰۹)

۱ - مثالی در این خصوص مطرح شده (حالتی که یکی از شرکتهای رقیب شرکت الف، بتواند افراد مجرب و ماهری در شرکت خود جلب کند، در صورت انتشار این خبر سهام شرکت تنزل نخواهد کرد، اما از تمایل به خرید سهام آن کاسته می‌شود). (جنیدی & نوروزی، ۱۳۸۸: ۱۴۳) مثال دیگری که در این خصوص مطرح شده مربوط به فرضی است که دو شرکت (الف) و (ب) که با هم در رقابتند، شرکتی بزرگ و معتبر در شرکت (الف) سرمایه‌گذاری کند. در این فرض ممکن است سهام شرکت (ب) تغییر نکند، اما رغبت به سرمایه‌گذاری در آن کاهش می‌یابد. (سلطانی، ۱۳۹۵: ۱۰۰) به نظر می‌رسد در مثال‌های مذکور هم کاهش رغبت با کاهش قیمت ملازمه دارد. فرضی که چنین ملازمه‌ای وجود ندارد، حالتی است که اشخاص تحت تأثیر انگیزه‌های شخصی و نه عواملی که هر سرمایه‌گذار متعارف را به انعقاد معامله بر می‌انگیزد وارد معامله شوند. و الا در مواردی که اطلاعاتی سبب جلب یا دفع رغبت نوع سهام داران می‌شود، بین جلب رغبت و تغییر در قیمت ملازمه خواهد بود.

۲ - در رویه‌ی قضایی هم ترکیبی از این دو معیار برای تشخیص اطلاعات مهم پذیرفته شده است. در دادنامه شماره ۶۹ شعبه ۱۱۹۲ مجتمع ویژه رسیدگی به جرائم اقتصادی دو فقره معامله شرکت ماشین آلات عمرانی و زراعی (الف) - قرارداد با سازمان شهرداریهای کشور به منظور فروش ۴۵۰ دستگاه تراکتور صنعتی؛ ب- خرید ۹ میلیون سهم بانک کارآفرین)

با این حال به نظر می‌رسد به خصوص در معاملات اوراق بهادار که نوعاً انگیزه‌های شخصی برای انعقاد معامله بر تصمیم سرمایه‌گذاران اثرگذار نیست؛ غالباً بین این دو ملازمه هست و آنچه بر تصمیم سرمایه‌گذاران برای معامله اثر می‌گذارد بر قیمت اوراق بهادار نیز مؤثر است. در واقع همان‌طور که گفته شد اگر اطلاعات به گونه‌ای باشد که سبب شود غالب اشخاص سهام آن شرکت را به سهام سایر شرکت‌ها ترجیح دهند، چنین وصفی هم سبب تمایل اشخاص می‌شود و هم بر قیمت سهام اثرگذار است (کمپانی، ۱۴۱۸: ۴۰۰) اما اگر اطلاعات به گونه‌ای باشد که سبب ترجیح نوع اشخاص در تصمیم‌گیری نسبت به خرید سهام آن شرکت نشود، اما اتفاقاً برخی به‌استناد آن اقدام به انعقاد معامله کنند، اطلاعات مذکور علی‌رغم این که بر تصمیم برخی سرمایه‌گذاران اثرگذار بوده، اما بر قیمت اوراق بهادار اثری ندارد. در این موارد با توجه به این که معیار تشخیص اثرگذاری اطلاعات بر تصمیم اشخاص نوعی است<sup>۱</sup> (سلطانی، ۱۳۹۵: ۱۰۰) و اطلاعاتی مهم تلقی گردند که احتمال اثرگذاری آن بر تصمیم‌گیری نوع سرمایه‌گذاران برود؛ اگر اطلاعات نادرستی از سوی ناشر، افشا شود که فاقد این ویژگی باشد، اما اتفاقاً سرمایه‌گذاری به آن‌ها استناد کرده و اقدام به انعقاد معامله کند، نمی‌توان ناشر را به‌استناد تخلف از الزامات مربوط به افشای اطلاعات مسئول دانست. همچنین است در خصوص عدم افشای اطلاعاتی که بر تصمیم نوع سرمایه‌گذاران اثرگذار نیست، اما به طور خاص بر تصمیم یک سرمایه‌گذار اثرگذار است. لذا، چنانچه اطلاعات نادرستی بر نوع سرمایه‌گذاران اثرگذار نباشد، اما یک سرمایه‌گذار خاص بر اساس آن تصمیم به خرید اوراق بهادار بگیرد نمی‌توان این اطلاعات را مهم تلقی کرد. بنابراین، فرض قانون‌گذار بر این بوده که اطلاعات مؤثر بر تصمیم سرمایه‌گذاران بر قیمت اوراق بهادار نیز مؤثر است. از این رو، تفاوتی بین تعابیر مذکور وجود ندارد.<sup>۲</sup> به این ترتیب اطلاعاتی مهم تلقی می‌شود که هم بر تصمیم

---

مصادق اطلاعاتی دانسته شد که علاوه بر مؤثر بودن در قیمت اوراق بهادار، بر تصمیم سرمایه‌گذاران هم اثرگذار است.

(محمدی، ۱۳۸۹: ۲۹۳)

<sup>۱</sup> - برخی معیار تشخیص اطلاعات مؤثر در تصمیم‌گیری سرمایه‌گذاران را شخصی دانسته‌اند، (محمدی، ۱۳۸۹: ۲۹۰)  
<sup>۲</sup> - یکی از راه‌های تشخیص مهم بودن اطلاعات این است که آیا زمانی که اطلاعات برای اولین بار منتشر می‌شوند، قیمت اوراق بهادار شرکت تغییر می‌کند؟ اگر در آن روز اطلاعات قیمت اوراق بهادار به صورت قابل توجهی تغییر

سرمایه‌گذاران و هم بر قیمت اوراق بهادار اثر گذار باشد. با این وجود، بهتر بود قانون‌گذار از ادبیات واحدی در تعریف این اصطلاحات بهره می‌برد و دست کم بهتر بود در تعریف بند ۶ ماده ۱ دستورالعمل افشا، از بند ۴ ماده ۴۵ قانون تبعیت می‌شد.

بحث دیگری که در این خصوص مطرح است به تحلیل اثر گذاری بر تصمیم‌گیری افراد مربوط می‌شود. برخی با پذیرش معیاری شبیه معیار «اگر نبود...» اطلاعاتی را مهم می‌دانند که «اشخاص را به خرید یا فروش اوراق بهادار ترغیب سازد، به نحوی که اگر اطلاعات یاد شده وجود نداشتند، سرمایه‌گذار در شرایط متعارف اقدام به معامله نمی‌نمود» (سلطانی، ۱۳۹۵: ۱۰۰) این تعبیر که نظیر آن چیزی است که در باب تدلیس گفته شده و برخی حقوق‌دانان در بیان اوصافی که تعیین آن در عقد بیع لازم است به آن توجه کرده‌اند؛ معیاری مضیق است و با ضرورت شفافیت اطلاعاتی در بازار اوراق بهادار سازگار نیست. به همین دلیل گفته شده برای مهم تلقی شدن اطلاعات مربوط به اوراق بهادار، ضرورتی وجود ندارد که اطلاعات حتماً بر قیمت اوراق بهادار و تصمیم سرمایه‌گذاران اثر گذار باشد بلکه احتمال اثر گذاری آن برای این منظور کافی است. (صادقی مقدم & نوروزی، ۱۳۹۰: ۱۳۴) با این حال هر تأثیری در این زمینه مؤثر نیست و لازم است این تأثیر قابل توجه باشد. بنابراین اطلاعاتی مهم تلقی می‌شود که اثر قابل توجهی بر تصمیم سرمایه‌گذاران و قیمت اوراق بهادار داشته باشد. (صادقی مقدم & نوروزی، ۱۳۹۰: ۱۳۴) (جنیدی & نوروزی، ۱۳۸۸: ۱۴۵) شایان ذکر است، لزوم قابل توجه بودن اثر اطلاعات از تعبیر «اثر بااهمیت» در بند ۴ ماده ۴۵ قانون بازار برمی‌آید. این معیار شبیه معیاری است که فقها از آن به اختلاف غیر قابل مسامحه در غرائض یا قیمت یاد کرده‌اند و برخی حقوق‌دانان نیز به آن توجه کرده‌اند.

---

کند، می‌توان اطلاعات را مهم دانست. البته ممکن است رخدادهای دیگر یا افشای سایر اطلاعات نیز در روز افشا بر قیمت اوراق بهادار مؤثر باشد و تشخیص مهم بودن اطلاعات بر اساس انعکاس اثر انتشار آن بر قیمت اوراق بهادار را دشوار سازد. (Palmiter, 2008, p. 78)

در خصوص رابطه‌ی اطلاعات مهم در حقوق اوراق بهادار و حقوق قراردادهای گفته شده «اطلاعاتی که بورس اوراق بهادار بر افشای آن نظارت می‌کند دارای مفهومی مضیق‌تر نسبت به اطلاعات مورد نیاز برای انعقاد یک عقد از نظر حقوق قراردادهای است. در این اطلاعات که از آن به اطلاعات نهانی تعبیر می‌شود وجود چهار ویژگی شرط است: عدم افشا برای عموم (نهانی بودن)، دقیق و شامل جزئیات بودن، قابلیت تأثیر قابل توجه در قیمت و مربوط بودن به ناشر اوراق بهادار... . در حالی که در اطلاعات به مفهوم سنتی حقوق قراردادهای، وجود چنین قیودی الزامی نیست.» (نوروزی، ۱۳۸۹: ۲۰۷) با این حال به نظر می‌رسد صرف نظر از بحث‌هایی که در خصوص پذیرش تعهد به ارائه اطلاعات در حقوق قراردادهای و نیز اعتبار این شروط وجود دارد، اطلاعاتی که در معاملات اوراق بهادار افشای آن‌ها لازم است، موسع‌تر از اطلاعاتی است که ارائه‌ی آن‌ها در سایر قراردادهای لازم است. چرا که قلمرو اطلاعات مهم در حقوق اوراق بهادار گسترده بوده و شامل مواردی می‌شود که احتمال اثرگذاری آن بر قیمت اوراق بهادار یا تصمیم سرمایه‌گذاران وجود دارد. در حالی که در مواردی که در حقوق قراردادهای تعهد به ارائه اطلاعات وجود دارد این تعهد محدود به اطلاعاتی است که اثر تعیین‌کننده بر تصمیم طرف معامله دارد. ( نظیر ماده ۱-۱۱۱۲ اصلاحات اخیر قانون مدنی فرانسه)

#### ۴. فوریت یا عدم فوریت افشای اطلاعات مهم

تعیین زمانی که افشا باید انجام شود دشوار است. از یک سو شرکت‌ها گاه برای تحقیق دقیق و ارزیابی وقایع و گاه به جهت اهداف معتبر تجاری به زمان نیاز دارند. از سوی دیگر، در طول این زمان ممکن است سرمایه‌گذاران بر اساس اطلاعات ناقص تصمیم‌گیری کنند. به همین دلیل گفته شده تعیین معیار ارزیابی تصمیمات شرکت در خصوص زمانبندی افشا باید به نحوی صورت گیرد که شرکت، اگر به نحو مسئولانه‌ای الزامات مربوط به افشای اطلاعات را رعایت کرده باشد، از مسئولیت مبرا شود. (BAUMAN, 1979, p. 954)

در حقوق آمریکا در پرونده ی ( FINANCIAL INDUSTRIAL FUND, INC )  
 v. McDONNELL DOUGLAS CORPORATION, 1973) مساله‌ی زمان بندی افشا مطرح شده‌است. در این پرونده در آوریل ۱۹۶۶ شرکت مکدونل، پیش بینی‌های عمومی برای آن سال مالی انجام داد. یک ماه بعد مدیران شرکت دریافتند که درآمدها به میزان قابل توجهی کمتر از پیش بینی‌ها خواهد بود و این امر پس از تحقیق فوری شرکت افشا شد. دو هفته‌ی بعد صورت سود و زیان سه ماهه نشان داد که زیانی بیش از آنچه قبلاً منتشر شده در انتظار شرکت است. یک روز پس از تکمیل تحقیقات در این خصوص، شرکت با یک بیانیه‌ی عمومی دیگر جزئیات دقیق مشکلات مالیش را منتشر کرد. سهامداری که سهام شرکت را بین دو بیانیه عمومی خریداری کرده بود، علیه شرکت اقامه‌ی دعوا کرد و مدعی شد که شرکت از طریق عدم افشای کامل کاهش درآمدهایش قبل از بیانیه دوم، الزامات مربوط به افشای اطلاعات را نقض کرده‌است. شعبه‌ی دهم دادگاه تجدیدنظر مقرر کرد که شرکت این الزامات را نقض نکرده‌است. زیرا، تعهد به افشا مادامی که شرکت اطلاعات کافی برای افشای دقیق را جمع‌آوری نکرده ایجاد نمی‌شود. بنابراین، اگر شرکتی در تحقیق و ارزیابی وقایع مهم با احتیاط عمل کند، عدم افشای اطلاعات موضوع تحقیق در دوره‌ی مذکور، نقض قواعد افشاء محسوب نمی‌شود. زیرا قبل از بررسی و ارزیابی کامل، شرکت ممکن است در انتشار نسخه‌ای از اطلاعات که به اندازه‌ی کافی دقیق بوده و به بروزرسانی‌های متعدد بعدی نیاز نداشته باشد، مشکل داشته باشد. در یک وضعیت سریعاً در حال تغییر، انتشار اطلاعات اولیه و پس از آن تغییر چندباره آن ممکن است سبب نوسانات گسترده در قیمت سهام شرکت شود، که این امر به جای کمک به سرمایه‌گذاران موجب آسیب رساندن به منافع آنها می‌شود. با این حال بعد از انجام تحقیق و ارزیابی لازم، شرکت مکلف به افشای فوری اطلاعات است، مگر این که بتواند یک دلیل تجاری معتبر<sup>۱</sup> برای عدم افشا صادر کند.<sup>۲</sup> (BAUMAN, 1979: 956)

<sup>۱</sup> - a valid business reason

<sup>۲</sup> - مهمترین پرونده مربوط به تشخیص دلیل تجاری معتبر در پرونده (Securities and Exchange Com'n v. Texas Gulf Sulphur Co., 1968) مطرح شده است. در این پرونده هر چند TGS در اواخر نوامبر ۱۹۶۳ حفاری



در حقوق ایران با توجه مواد ۴ و ۱۳ دستورالعمل افشای اطلاعات، اطلاعات باید به صورت فوری افشا شود. منظور از افشای فوری مطابق بند ۵ ماده ی ۱ این دستورالعمل « افشای اطلاعات به محض آگاهی ناشر، با رعایت شرایط این دستورالعمل است.» در خصوص مبنای لزوم فوریت افشا، به ارتباط افشا با منافع عموم و نظم بازار، لزوم رعایت اصل سرعت در امر تجارت و قابلیت تأثیر سریع اطلاعات بر قیمت و کاهش ریسک وقوع معاملات نهانی اشاره شده است. (سلطانی، ۱۳۹۵: ۱۰۵) (نوروزی، ۱۳۸۹: ۲۰۸)

برخی با استناد به تعریف فوق معتقدند که منظور از فوریت در این ماده «فوریت ریاضی و در مقابل درنگ» است و با فوریت در حقوق خصوصی که مفهومی عرفی است متفاوت است. (نوروزی، ۱۳۸۹: ۲۰۸) با این حال به نظر می‌رسد در این خصوص نیز منظور از فوریت افشا و افشای اطلاعات به محض آگاهی ناشر، فوریت عرفی است و هر درنگ ناشر پس از آگاهی از اطلاعات را نمی‌توان تخلف از الزامات مربوط به افشای اطلاعات تلقی نمود. منظور از فوریت عرفی این است که در نخستین فرصت ممکن و در مهلتی که انسان متعارف در آن شرایط کاری را بی درنگ انجام می‌دهد، اقدامات لازم به عمل آید (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۷۱) و قراردادن تکلیفی فراتر از این بر عهده ی ناشر تکلیف بما لایطاق خواهد بود.

البته تعهد ناشر در این زمینه مطلق نیست و ناشر می‌تواند در موارد ضرورت مطابق ماده ی ۱۵ دستورالعمل افشا اطلاعات مهم را با الزام به عدم افشا، با تأخیر افشا نماید. این موارد به طور حصری در این ماده تعیین شده است:

الف - افشای فوری موجب زیان یا عدم‌النفع بااهمیت برای ناشر شود.

ب - ناشر در حال انجام مذاکره بوده و هنوز بر سر اصول آن توافق حاصل نشده باشد.

---

هایی انجام داده بود، نتایج حفاری‌ها محرمانه نگه داشته شده بود و ادامه حفاری به تملک زمینهای مجاور موکول شده بود. دو هفته بعد زمین‌های مجاور تملک شد و حفاری ادامه یافت. در این زمان شرکت اولین گزارش را درباره کشف منتشر نمود. دادگاه مقرر نمود که «محرمانه نگهداشتن اطلاعات برای توفیق در تملک زمینهای مجاور لازم بوده و این امر یک دلیل تجاری معتبر است که افشای با تأخیر را توجیه می‌کند.

ج - افشای فوری مزایای قابل توجهی برای شرکت‌های رقیب فراهم کند.

د - موضوع مورد افشا پیوسته در حال تغییر باشد.»

در این خصوص گفته شده که با توجه به این که امکان تأخیر در افشا، استثنایی بر اصل لزوم افشای فوری اطلاعات است، موارد مذکور در این ماده باید به طور مضیق تفسیر شود تا شرکتها نتوانند به هر بهانه‌ای حق سرمایه‌گذاران عادی بر تصمیم‌گیری آگاهانه را نادیده بگیرند. (صادقی مقدم & نوروزی، ۱۳۹۰: ۱۳۷) به همین دلیل در موارد مذکور، ناشر مکلف است به محض رفع محدودیت‌های فوق اقدام به افشای اطلاعات کند.

البته بهتر بود علاوه بر موارد مذکور، به امکان تأخیر در افشای اطلاعات به دلیل عدم قطعیت آنها تصریح می‌شد. در هر حال، به نظر می‌رسد تعهد ناشر به افشای فوری زمانی ایجاد می‌شود که دقت اطلاعات نیازمند بررسی بیشتر نباشد. بنابراین، اگر شرکت در تحقیق و ارزیابی اطلاعات مربوط با احتیاط عمل کند، عدم افشای اطلاعات در دوران تحقیق، نقض تعهد ناشر به افشای فوری محسوب نمی‌شود. (BAUMAN, 1979, p. 956) چرا که انتشار اطلاعاتی که درستی آنها به طور قطعی برای ناشر احراز نشده است نه تنها آگاهی سرمایه‌گذاران را در پی ندارد؛ بلکه بیشتر زمینه ساز گمراهی ایشان را فراهم می‌کند و ممکن است ناشر را در معرض مسئولیت بعدی بابت افشای اطلاعات نادرست قرار دهد.

### نتیجه

اطلاعاتی که از سوی ناشران اوراق بهادار افشا می‌شود، نباید نادرست یا گمراه کننده باشد. البته تعهد ناشر محدود به قلمرو علم اوست، هر چند وی مکلف است اقدامات لازم برای راستی آزمایی اطلاعات را انجام دهد و نهایت سعی خود را در عدم ارائه‌ی اطلاعات نادرست به عموم معمول دارد.

همچنین، ناشران به منظور ایجاد امکان تصمیم‌گیری آگاهانه برای سرمایه‌گذاران، علاوه بر این که مکلفند اطلاعاتی را که از سوی سازمان بورس و اوراق بهادار و دستورالعمل‌های مربوطه تعیین

شده به درستی افشا کنند، متعهدند کلیه ی اطلاعات مهم را افشا کنند. در حقوق آمریکا مطابق رویکرد غالب رویه ی قضایی، کمیسیون بورس و اوراق بهادار، و نیز مشهور حقوقدانان این کشور، تعهد عامی برای ناشر نسبت به افشای کلیه اطلاعات مهمی که ممکن است بر تصمیم سرمایه گذاران و قیمت اوراق بهادار اثر گذار باشد (تعهد ایجابی عام نسبت به افشای اطلاعات)، به چشم نمی خورد؛ بلکه تعهد ناشران اوراق بهادار محدود است به این که اولاً، از افشای اطلاعات نادرست با اهمیت خود داری کنند، و ثانیاً، کلیه ی اطلاعاتی را افشا نمایند که برای گمراه کننده نبودن اطلاعات افشا نشده لازم است.

در مقابل در حقوق ایران به دلالت مواد مختلف قانون بازار اوراق بهادار، و دستورالعمل‌های مربوط، ناشر هم در بازار اولیه و هم در بازار ثانویه متعهد به رعایت این تکلیف شده است. به این ترتیب صرف عدم ارائه اطلاعات مهم از سوی ناشر و به عبارتی سکوت ناشر می تواند نقض الزامات قانونی راجع به افشای اطلاعات تلقی شود. رویکرد پذیرفته شده در حقوق ایران از این حیث که افشای کلیه ی اطلاعات مهم زمینه ساز تصمیم گیری آگاهانه تر سرمایه گذاران می شود، فاصله ی قیمت سهام با قیمت واقعی آنها را به حداقل می رساند، و امکان سوءاستفاده دارندگان اطلاعات نهانی از اطلاعات را کاهش می دهد، قابل قبول تر به نظر می رسد. علاوه بر این، عدم افشای همه ی اطلاعات مهم را از این جهت می توان تخلف از الزامات افشا تلقی نمود که شرکت با افشای بخشی از اطلاعات مهم به طور ضمنی اظهار نموده است که همه ی اطلاعات مهم افشا شده است.

با این حال تعهد ناشر بی قید و شرط نیست و تعهد وی مشروط به مهم بودن اطلاعات است. اطلاعاتی مهم محسوب می شود که بر تصمیم سرمایه گذاران و قیمت اوراق بهادار اثر قابل توجهی داشته باشد. معیار تشخیص این اثر گذاری نیز نوعی است و برای تشخیص آنها اثر گذاری اطلاعات بر سرمایه گذار معمولی مدنظر قرار می گیرد و دواعی شخصی افراد در این زمینه مورد توجه قرار نمی گیرد.

همچنین افشای اطلاعات مهم می بایست به صورت فوری انجام گیرد و ناشر نمی تواند در این خصوص درنگ کند. البته منظور از لزوم فوریت افشا فوریت ریاضی نیست. بلکه منظور فوریت

عرفی است که بر اساس آن لازم است افشای اطلاعات مهم «در نخستین فرصت ممکن و در مهلتی که انسان متعارف در آن شرایط کاری را بی‌درنگ انجام می‌دهد» به عمل آید. علاوه بر این برای این که ناشر متعهد به افشای فوری اطلاعات شود لازم است که درستی اطلاعات برای ناشر احراز شده باشد و در مواردی که راستی آزمایشی اطلاعات نیازمند بررسی بیشتر است تعهد ناشر به افشای فوری منطقی نیست و زمینه ساز گمراهی سرمایه‌گذاران می‌شود.

البته تعهد ناشر به افشای فوری اطلاعات بدون استثنا نیست و در صورت تحقق موارد مقرر در ماده‌ی ۱۵ دستورالعمل افشای اطلاعات درخواست تأخیر در افشا را مطرح کند. این موارد خلاف اصل بوده و می‌بایست به طور مضیق تفسیر شود و به محض رفع ضرورت ناشر مکلف به افشای فوری اطلاعات خواهد بود.

## منابع و مآخذ

### الف- منابع فارسی و عربی

۱. امام خمینی، س. ر. (بی تا). کتاب البیع، دوره ۵ جلدی، ج ۲. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی قدس سره.
۲. امیری قائم مقامی، ع. (۱۳۹۲). حقوق تعهدات، ج ۲. تهران: میزان.
۳. اوصیا، پ. (۱۳۷۷). تدلیس در حقوق فرانسه، انگلیس اسلام و ایران. مجله تحولات حقوق خصوصی.
۴. بروجردی عبده، م. (۱۳۸۰). حقوق مدنی. تهران: مجلد.
۵. جعفری لنگرودی، م. (۱۳۸۲). فرهنگ عناصر شناسی. تهران: گنج دانش.
۶. جعفری لنگرودی، م. (۱۳۷۸). مبسوط در ترمینولوژی حقوق، ج ۲. تهران: انتشارات گنج دانش.
۷. جعفری لنگرودی، م. (۱۳۸۱). مبسوط در ترمینولوژی حقوق، جلد پنجم. تهران: گنج دانش.
۸. جنیدی، ل. و ن. نوروزی، م. (۱۳۸۸). شناخت ماهیت اطلاعات نهانی در بورس اوراق بهادار. فصلنامه حقوق، دوره ۳۹، شماره ۲، ۱۲۹-۱۴۷.
۹. رهپیک، ح. (۱۳۸۷). حقوق مدنی، عقود معین (۱). تهران: خرسندی.
۱۰. رهپیک، ح. (۱۳۹۰). حقوق قراردادها. تهران: خرسندی.
۱۱. سلطانی، م. (۱۳۹۵). حقوق بازار سرمایه. تهران: سمت.
۱۲. شهیدی، م. (۱۳۹۲). تشکیل قراردادها و تعهدات. تهران: مجلد.
۱۳. شهیدی، م. (۱۳۹۲). حقوق مدنی، عقود معین ۱. تهران: مجلد.
۱۴. شهید ثانی، ز. ا. (۱۴۱۲ هـ ق.). الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقی، ج ۱. قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
۱۵. شهید ثانی (زین الدین بن نورالدین علی بن احمد عاملی جُبعی)، ز. ا. (۱۴۲۲). حاشیة المختصر النافع. قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
۱۶. شیخ طوسی، ا. ج. (۱۳۸۷ هـ ق.). المبسوط فی فقه الإمامیه. تهران: المكتبة المرتضویة لإحياء الآثار الجعفریة.
۱۷. صادقی مقدم، م. ح. و ن. نوروزی، م. (۱۳۹۰). نقد و بررسی نظام افشای اطلاعات در بورس ایران. فصلنامه حقوق، دوره ۴۱، شماره ۲، ۱۳۱-۱۴۹.
۱۸. صفایی، ح. (۱۳۸۲). قواعد عمومی قراردادها. تهران: میزان.
۱۹. عبدی پور فرد، ا. (۱۳۹۳). مباحث تحلیلی از حقوق تجارت. قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.
۲۰. علامه حلّی، ح. ب. (بی تا). تذکره الفقهاء، ج ۱۱. قم: مؤسسه آل البیت علیهم السلام.
۲۱. علامه حلّی، ح. ب. (۱۴۱۳ هـ ق.). قواعد الأحكام فی معرفة الحلال و الحرام، دوره ۳ جلدی، ج ۲. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۲۲. کاتوزیان، ن. (۱۳۷۸). اعمال حقوقی. تهران: شرکت سهامی انتشار.

۲۳. کاتوزیان، ن. (۱۳۸۷). قواعد عمومی قراردادهای جلد پنجم، انحلال قرارداد. تهران: شرکت سهامی انتشار.
۲۴. کاتوزیان، ن. (۱۳۸۸). قواعد عمومی قراردادهای، جلد دوم. تهران: شرکت سهامی انتشار.
۲۵. کمپانی، م. ح. (۱۴۱۸). حاشیه کتاب المکاسب، ج ۴. قم: أنوار الهدی.
۲۶. لوک اوبر، ژو، & کولار دو تیول، ف. (۱۳۹۰). حقوق تعهدات، قراردادهای - ترجمه مجید ادیب. تهران: میزان.
۲۷. محقق کرکی، ع. ب. (۱۴۱۴). جامع المقاصد فی شرح القواعد ج ۴. قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام.
۲۸. محمدی، ع. (۱۳۸۹). بررسی آراء قضایی صادره در خصوص معامله اوراق بهادار با استفاده از اطلاعات نهانی. مجله پژوهشهای حقوقی، ش ۱۷، ۲۸۵-۳۰۱.
۲۹. میرزایی منفرد، غ. (۱۳۹۱). حقوق کیفری بازار اوراق بهادار. تهران: میزان.
۳۰. نجفی کاشف الغطاء، م. (بی تا). مورد الأنام فی شرح شرائع الإسلام، دوره ۴ جلدی، ج ۴. نجف اشرف: مؤسسه کاشف الغطاء.
۳۱. نوروزی، م. (۱۳۸۹). مبانی و اصول تعهد به دادن اطلاعات در بورس. مجله پژوهشهای حقوقی، ش ۱۷، ۲۰۳-۲۱۳.

#### ب- منابع انگلیسی و فرانسه

32. Palmiter, A. R. (2008). *Securities Regulation: Examples and Explanations*. New York: Aspen Publishers.
33. BAUMAN, J. D. (1979). Rule 10b-5 and the Corporation's Affirmative Duty to Disclose. *Geo. L.J.* 935, 935-989.
34. Benston, G. J. (1973). Required Disclosure and the Stock Market: An Evaluation of the Securities Exchange Act of 1934. *The American Economic Review*, Vol. 63, No. 1, 132-155.
35. BLACK, H. C. (1971). *BLACK'S LAW DICTIONARY*. WEST PUBLISHING CO.
36. Block, D. J., Barton, N. E., & Garfield, A. E. (1985). Affirmative Duty to Disclose Material Information Concerning Issuer's Financial Condition and Business Plans. *The Business Lawyer*, Vol. 40, No. 4, 1243-1265.
37. Brown, J. R. (1995). *The Regulation of Corporate Disclosure*. Aspen Publishers Online.
38. Choi, S. J., & Pritchard, A. C. (2008). *Securities Regulation*. New York : Aspen Publishers.
39. DENNIS, R. J. (1984). MATERIALITY AND THE EFFICIENT CAPITAL MARKET MODEL: A RECIPE FOR THE TOTAL MIX. *WILLIAM AND MARY LAW REVIEW*, VOLUME 25, 372-330.
40. Disdet, D. (2011). *L'obligation d'information dans les contrats du commerce électronique*. THÈSE Présentée pour obtenir le grade de Docteur en droit de l'Université d'Avignon et des Pays de Vaucluse.
41. Furmston, M. P., Cheshire, G. C., & Fifoot, C. H. (2012). *Cheshire, Fifoot and Furmston's Law of Contract*. Oxford : Oxford university press.

42. Glover, S. I. (2006). *Business Separation Transactions Spin-Offs, Subsidiary IPs and Tracking Stock*. Newyork: Law Journal Press.
  43. Hondius, E. H. (2004). *Towards a European Civil Code*. Kluwer Law International.
  44. Levy, P. (2016). *Regulation of Securities: SEC Answer Book, 5th Edition*.
  45. LING LEE, Y. C. (2004). THE ELUSIVE CONCEPT OF "MATERIALITY" UNDER U.S. FEDERAL SECURITIES LAWS. *WILLAMETTE LA W REVIEW* , 660-707.
  46. Mainguy, D. (2016). LE DEVOIR PRECONTRACTUEL D'INFORMATION. In D. Mainguy, *Le nouveau droit français des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (après l'ordonnance du 10 février 2016)* (pp. 49-53). Montpellier: Université de Montpellier.
  47. Marsh, S. B., & Soulsby, J. (2002). *Business Law*. Nelson Thornes.
  48. Monaghan, N., & Monaghan, C. (2011). *Beginning Contract Law*. Routledge.
  49. Palmiter, A. R. (2009). *Corporations: Examples and Explanations*. Aspen Publishers.
  50. Palmiter, A. R. (2008). *Securities Regulation: Examples and Explanations*. Aspen Pub.
  51. Poitevin, C. (2011). *L'avant-contrat en droit des contrats d'auteur*. Avignon: THESE Pour obtenir le grade de DOCTEUR DE L'UNIVERSITE D'AVIGNON.
  52. Sauer, R. C. (2007). The Erosion of the Materiality Standard in the Enforcement of the Federal Securities Laws. *The Business Lawyer, Vol. 62, No. 2* , 317-357.
  53. Sheffy, J. M. (1982). Securities Law Responsibilities of Issuers to Respond to Rumors and Other Publicity: Reexamination of a Continuing Problem. *Notre Dame L. Rev.* 755 , 753-798.
  54. Sjostrom, Jr., W. K. (2006). THE DUE DILIGENCE DEFENSE UNDER SECTION 11 OF THE SECURITIES ACT OF 1933. *BRANDEIS LAW JOURNAL* , 1-62.
  55. Steinberg, M. I. (2014). *Securities Regulation: Liabilities and Remedies*. Law Journal Press.
  56. STEINBERG, M. I., & GOLDMAN, R. M. (1987). ISSUER AFFIRMATIVE DISCLOSURE OBLIGATIONS-AN ANALYTICAL FRAMEWORK FOR MERGER NEGOTIATIONS, SOFT INFORMATION, AND BAD NEWS. *Maryland Law Review, Volume 46* , 923-955.
  57. Steinberg, M., Gevurtz, F., & Chaffee, E. (2014). *Global Issues in Securities Law*. West Academic.
  58. Wéry, P. (2010). *Droit des obligations - Volume 1: Théorie générale des contrats*. Bruxelles: Larcier.
- ج- آرا
59. *Chiarella v. United States*, 78-1202 (Supreme Court of United States. March 18, 1980).
  60. *FINANCIAL INDUSTRIAL FUND, INC v. McDONNELL DOUGLAS CORPORATION*, 474 F.2d 514 (Court of Appeals, 10th Circuit April 5, 1973).
  61. *Gallagher v. Abbott Laboratories*, 01-1473, 01-1477. (United States Court of Appeals, Seventh Circuit. September 28, 2001).

62. Greenfield v. Heublein, 83-1846. (Court of Appeals, 3rd Circuit October 10, 1984).
63. Matrixx Initiatives, Inc. v. Siracusano, 09-1156 (Supreme Court of United States. March 22, 2011).
64. Securities and Exchange Com'n v. Texas Gulf Sulphur Co., No. 296, Docket 30882. ( Court of Appeals, 2nd Circuit August 13, 1968).
65. Shaw v. Digital Equipment Corp., 82 F. 3d 1194 ( Court of Appeals, 1st Circuit May 7, 1996).
66. Texas Partners v. Conrock Co., 80-5764. (United States Court of Appeals, Ninth Circuit. January 8, 1982).
67. TSC Industries, Inc. v. Northway (Supreme Court of United States June 14, 1976).



## مطالعه‌ی تطبیقی شرکت شخص واحد در حقوق ایران و اتحادیه‌ی اروپا با نگاهی به لایحه‌ی جدید تجارت مصوب ۱۳۹۱

مهدی فلاح خاریکی<sup>۱</sup>

فخرالدین اصغری آقمشهدی<sup>۲</sup>

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۰۲/۱۶

تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۰۱/۱۹

### چکیده

تاسیس شرکت تجاری با یک شخص که از آن با عنوان «شرکت شخص واحد» یا «شرکت تک عضوی» یاد می‌شود، علیرغم اینکه در دستورالعمل دوازدهم شورای اروپا و اصلاحیه‌های بعدی آن و لایحه‌ی تجارت مصوب ۱۳۹۱، پیش‌بینی شده است، اما نه دستورالعمل و نه لایحه‌ی تجارت هیچ کدام دربردارنده‌ی مقررات جامعی راجع به نحوه‌ی تصمیم‌گیری، مدیریت و کنترل شرکت، معاملات شرکت و شخص واحد و چگونگی جلوگیری از سوءاستفاده از شرکت توسط شخص واحد نیستند.

این مقاله با روش تحقیق تطبیقی بر آن است تا رابطه‌ی شرکت و شراکت و گسست آن دو از یکدیگر را مورد بررسی قرار داده و با تجزیه و تحلیل مزایا و معایب ساختار چنین شرکتی با روش توصیفی-تحلیلی پیشنهادهایی راجع به تکمیل و اصلاح نواقص لایحه‌ی تجارت ارائه کند. بررسی شرکت شخص واحد نشان می‌دهد که در نظام حقوقی ایران پذیرش شرکت شخص واحد پیش از هر چیز، مستلزم تعریف شرکت تجاری در قانون تجارت به گونه‌ای است که بیانگر گسست مفهوم شرکت از شراکت باشد. علاوه بر این، تجویز شرکت شخص واحد بدون تعیین قوانین جامع و مانع راجع به مدیریت و انعقاد معاملات با شرکت و تصمیم‌گیری شخص واحد و غیره موجب سوءاستفاده‌هایی توسط شخص واحد می‌گردد. به همین دلیل بر مبنای بررسی‌های انجام شده در این مقاله پیشنهادهایی جهت تکمیل لایحه‌ی تجارت ارائه می‌شود.

---

<sup>۱</sup> استادیار گروه حقوق خصوصی، واحد آیت الله آملی، دانشگاه آزاد اسلامی، آمل، ایران.

mehdifallah@gmail.com

<sup>۲</sup> استاد گروه حقوق خصوصی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه مازندران، بابلسر، ایران.

---

**واژگان کلیدی:** شراکت؛ شرکت شخص واحد؛ دستورالعمل دوازدهم؛ لایحه‌ی تجارت.

## مقدمه

مطابق ماده ی ۲ دستورالعمل پارلمان اروپا<sup>۱</sup> مصوب ۲۱ سپتامبر ۲۰۰۹ راجع به شرکت با مسئولیت محدود شخص واحد<sup>۲</sup> یا تک‌عضوی،<sup>۳</sup> یک شرکت با مسئولیت محدود می‌تواند توسط یک شخص تشکیل شود و یا ممکن است با یک شخص به عنوان شرکت تک‌عضوی فعالیت کند بعد از اینکه در طی حیات شرکت، اعضای آن به یک شخص کاهش پیدا کرده و تمام سرمایه شرکت به یک شخص منتقل شده باشد.<sup>۴</sup> اولین سوالی که باید بدان پاسخ داده شود این است که

<sup>۱</sup> منظور از حقوق شرکت‌های اتحادیه ی اروپا مجموعه قواعدی است که توسط نهادهای اتحادیه ی اروپا اعم از شورا یا پارلمان راجع به مسائل شرکت های تجاری تصویب می شود با این هدف که عملکرد بازار داخلی را تضمین نماید. در واقع حقوق شرکت‌های اتحادیه ی اروپا به دنبال این نیست که جایگزین حقوق شرکت‌های کشورهای عضو شود؛ بلکه به دنبال نزدیک کردن راه حل‌های قوانین ملی است (Miao, 2012, p.1).

<sup>۲</sup> در نوشته‌های حقوقی ایران از چنین شرکتی با عنوان «شرکت تک شریک» و یا «شرکت تک‌عضوی» یاد می‌شود (تفرشی و امیر تیموری، ۱۳۹۲، ۱۴۵؛ اسکینی، ۱۳۸۳، ج ۱، ۱۸؛ محمودی، ۱۳۸۴، ۱۲۳؛ اما، هیچ کدام از این اسامی دقیق نیستند. چراکه در شرکتی از اصطلاح شریک استفاده می‌شود که تعداد مالکان آن حداقل دو شخص باشد تا شراکتی وجود داشته باشد. به همین دلیل، شرکت تک شریک اصطلاحی حاوی تناقض است. از طرف دیگر، در یک شرکت تجاری سهام داران یا شرکا آورندگان سرمایه و یا به عبارت دقیق تر مالکان مشاع شخص شرکت می باشند نه اعضای شرکت. به همین دلیل، ما در این مقاله از اصطلاح شرکت شخص واحد استفاده می کنیم زیرا چنین شرکتی در مالکیت تنها یک شخص می‌باشد. ر.ک.: همین مقاله، شماره ۱-۱).

<sup>۳</sup> Directive 2009/102/EC of the European Parliament and of the Council of 16 September on Single Member Private Limited Liability Companies, 2009, p. 20 – 25.

دستورالعمل دوازدهم بخشی از برنامه کنترل و اداره ی موسسات متوسط و کوچک است (Andenas & Wooldridge, 2009, p.42). این موسسات عبارت هستند از موسسه ی بسیار کوچک که حداکثر ۱۰ خدمه دارد و موسسه ی کوچک که حداکثر ۵۰ خدمه دارد و موسسه ی متوسط که دارای حداکثر ۲۵۰ کارگر است. پیش از این دستورالعمل، در سال ۱۹۸۹، شورای اروپا دستورالعمل دوازدهم حقوق شرکتها را که راجع به شرکت‌های با مسئولیت محدود تک‌عضوی بود به تصویب رسانده بود و بعدها چندین بار در سالهای ۱۹۹۴، ۲۰۰۳ و ۲۰۰۶ مورد اصلاح واقع شده بود.

<sup>۴</sup> پیش از دستورالعمل دوازدهم در اروپا شرکت شخص واحد تنها در کشورهای آلمان فرانسه بلژیک هلند و دانمارک پذیرفته شده بود (Andenas & Wooldridge, op.cit., p.42). برای دیدن تفاوت شرکت شخص واحد و نهادهای مشابه همانند مالکیت انفرادی (Sole proprietorship) و موسسه ی انفرادی تاجر (Sole trader enterprises) ر.ک.: (Miao, op.cit., p.5; Cataldo, 1953, p.474).

امکان تشکیل شرکت با یک شخص، ناشی از تغییر و تحول در مفهوم شرکت است یا اینکه تجویز تشکیل شرکت شخص واحد به عنوان استثنایی ناشی از الزامات بازار بر قاعده‌ی تعدد شرکا است؟ در نظام فعلی ایران با وجود اینکه قانونگذار تعدد شرکا را در تشکیل شرکت تجاری الزامی دانسته اما، راجع به ضمانت اجرای کاهش تعداد شرکا از حداقل قانونی سکوت کرده است. سوال مطرح این است که اگر تعداد شرکای شرکت موجود، از حداقل قانونی کمتر شود و به یک شخص تقلیل یابد، آیا شرکت مزبور منحل می‌شود؟

با توجه به مواد ۴۷۹ و ۴۸۸ لایحه‌ی تجارت مصوب ۱۳۹۱<sup>۱</sup>، تشکیل و استمرار حیات شرکت با یک شخص، تنها در قالب شرکت با مسئولیت محدود پیش بینی شده است. سوالی که مطرح می‌شود این است که از لحاظ تحلیلی امکان تشکیل شرکت شخص واحد در قالب شرکت تضامنی و نسبی نیز امکان پذیر است؟ مبنای اختصاص تشکیل چنین شرکتی در قالب شرکت با مسئولیت محدود چیست؟

علاوه بر این مسائل، نه دستورالعمل دوازدهم و اصلاحیه‌های بعدی آن و نه لایحه‌ی تجارت ایران، هیچ کدام مقررات جامع و مانعی راجع به نحوه‌ی تصمیم‌گیری در شرکت شخص واحد، کنترل احتمال سوء استفاده شخص واحد از اختیارات و وظایفش به ضرر اشخاص ثالث و شرکت، تحدید و کنترل معاملات مدیران پیش بینی نکرده‌اند.

<sup>۱</sup> لایحه‌ی تجارت طبق اصل هشتماد و پنجم (۸۵) قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در جلسه روز سه شنبه مورخ ۶/۱۰/۱۳۹۰ کمیسیون قضائی و حقوقی مجلس شورای اسلامی با اصلاحاتی تصویب و در جلسه‌ی علنی روز چهارشنبه مورخ ۲۳/۱/۱۳۹۱ مجلس با اجرای آزمایشی آن به مدت پنج سال موافقت گردیده است. پس از ارسال لایحه به شورای نگهبان، این شورا بدوا و بدون ورود در ماهیت به تصویب این لایحه در کمیسیون ایراد گرفت با این استدلال که به استناد اصل ۸۵ قانون اساسی و اگذاری تصویب قوانین به کمیسیون فقط در موارد ضروری جایز است و در مورد قانون تجارت با توجه به وجود قانون دائمی ضرورتی وجود ندارد و قانون جدید باید در صحن مجلس تصویب شود، لایحه را به مجلس عودت نمود. برای مشاهده‌ی روند تصویب لایحه‌ی مذکور و ایرادات موجود ر.ک: سایت مرکز پژوهشهای مجلس شورای اسلامی:

در این نوشتار، ابتدا به بررسی مفهوم شرکت و شراکت و زمینه‌ی فکری ظهور شرکت شخص واحد پرداخته می‌شود. در قسمت بعد از قالب‌های شرکت شخص واحد بحث خواهد شد و در نهایت، نحوه‌ی تصمیم‌گیری شخص واحد، وضعیت معاملات میان شرکت و شخص واحد و چگونگی جبران سوءاستفاده شخص واحد از شرکت در زیر حجاب شخصیت حقوقی مستقل شرکت مورد بررسی قرار می‌گیرد.

### ۱. مفهوم شرکت شخص واحد و مبنای فکری ظهور آن

در این قسمت ابتدا به این مسئله پرداخته می‌شود که اساساً شرکت که جوهره‌ی آن بر مشارکت اشخاص بنا شده است چگونه ممکن است با یک شخص تشکیل شود؟ سپس در قسمت دوم تعریف مختصری از شرکت شخص واحد ارائه و به بررسی ماهیت آن مبادرت می‌شود.

#### ۱-۱. لزوم گسست شرکت از مفهوم شراکت

آنچه که در بادی امر از مفهوم شرکت به ذهن متبادر می‌شود، همکاری و مشارکت دو یا چند شخص در جهت دستیابی به منافع و تقسیم آن می‌باشد. یکی از مزایای فعالیت از طریق شرکت تجاری بر فعالیت تجار انفرادی، فراهم شدن سرمایه بیشتر و تجمع تخصص‌های گوناگون برای رسیدن به هدفی واحد است (اسکینی، ۱۳۸۳، ۱: ۷-۱) علاوه بر این، با مشاهده تعریف اساتید حقوق از شرکت تجاری، عنصر مشارکت یکی از عناصر اساسی یک شرکت تجاری و همکاری شرکا عاملی ضروری برای ایجاد آن قلمداد می‌شود چراکه یکی از خصایص شرکت تجاری تقسیم منافع و زیانهای احتمالی به عنوان هدف آن می‌باشد (کاتبی، ۱۳۸۷: ۴۴؛ اسکینی، ۱۳۸۳، ج ۱: ۲۸؛ حسینی تهرانی، ۱۳۶۵: ۳۳).

سوالی که در این قسمت مطرح می‌شود این است که شرکت تجاری با مفهوم مشارکت جمعی، چگونه ممکن است با یک شخص تشکیل و اداره شود؟ آیا وجود شرکت شخص واحد امری استثنائی در حقوق شرکت‌ها است یا مفهوم شرکت در طی زمان تغییر و تحول پیدا کرده است به گونه‌ای که امکان تشکیل شرکت توسط یک شخص نیز وجود دارد؟

به نظر می‌رسد مبانی فکری ظهور شرکت شخص واحد را باید در تحول و گسستی جستجو کرد که در مفهوم شرکت پدید آمده است. در آغاز، در تاریخ حقوق شرکت‌ها، تشکیل شرکت تنها با یک شخص ممنوع بود و شرکت تجاری جمعی از اشخاص بودند که اتحاد منافع و مشارکت شرکا جزو مقتضای ذات این نهاد محسوب می‌شد. در این شرایط، تشکیل شرکت نیازمند توافقی بود که ضرورتاً به حضور حداقل دو شخص نیاز داشت و جایگزینی یک شخص به جای آنها غیرقابل تصور بود. در واقع، میان مفهوم شرکت و شراکت تمایزی قائل نبودند. به همین دلیل حقوقدانان به اتفاق بر این نظر بودند که لزوم تعدد شرکا یکی از اصول حاکم بر شرکتهای تجاری است و این شرکت‌ها از ماهیتی قراردادی برخوردارند؛ اما به تدریج این ممنوعیت برداشته شد و در ابتدا با تجویز ادامه‌ی حیات شرکت‌هایی که تعداد اعضا از حداقل قانون کمتر شده بودند راه را برای پذیرش شرکتهای تک‌عضوی باز کردند (نفرشی و امیرتیموری، ۱۳۹۲: ۱۴۶).

همانند توسعه‌ی سایر شاخه‌های حقوق، تحول در این بخش از حقوق شرکتهای نیز تحت تاثیر الزامات بازار و اهمیت اقتصادی استمرار حیات شرکتهای تجاری بوده است. در اقتصادهای دولتی یا بسته توجیه این تحول، در وجود جوامع ملی شده بود که دولت خواست تا به تنهایی مالکیت موسسه‌ی تجاری را در اختیار داشته باشد. از طرف دیگر، در نظام‌های سرمایه‌داری اطمینان طلبکاران اقتضا می‌کرد که یک شرکت تجاری، خود به خود منحل نشود وقتی که در زمان فعالیت شرکت، تمام سرمایه در دستان یک شخص متمرکز شود.

در هر حال، وقتی از شرکتهای شخص واحد یا تک‌عضوی صحبت می‌شود در واقع سخن درباره‌ی شرکتهای است نه شراکت‌ها. این تقسیم‌بندی یا تفکیک میان شرکت و شراکت، برای توجیه این امر که حتی بدون یک قرارداد در مفهوم عادی کلمه نیز یک شخص می‌تواند تنها سهامدار شرکت باشد، باید در نظر گرفته شود (Katinka, 2010:2)

در نظام حقوقی ایران با توجه به قانون و نظریه‌های حقوقی، مفهوم شرکت از شراکت منفک نشده است. در نتیجه، شرکت تجاری بر مبنای شراکت تحلیل شده است و بر همین مبنای همواره شراکت را جوهره هر شرکتی قلمداد می‌کنند (کاتبی، ۱۳۸۷: ۴۴؛ اسکینی، ۱۳۸۳، ج ۲: ۱). وقتی

سخن از شرکت به میان می‌آید سه مفهوم شراکت، شرکت مدنی و شرکت تجاری به ذهن متبادر می‌شود اما، وجه اشتراک همه این مفاهیم، اشاعه در مالکیت است تا جایی که ماده ی ۵۷۱ قانون مدنی، شرکت را اجتماع حقوق مالکان متعدد در شی واحد تعریف می‌کند. تعریفی که جوهره ی اصلی و سنتی تمام شرکتها را می‌بایست تشکیل دهد. به عبارت دیگر، اشاعه در حق مالکیت، مهمترین عنصر هر شرکتی است.<sup>۱</sup> شاید به همین دلیل باشد که در قانون تجارت تعریفی از شرکت ارائه نشده است تا همچنان شراکت جوهره ی اصلی شرکت تجاری قلمداد شود با این تفاوت که شخصیت حقوقی دارد و مطابق و قوانین و مقررات تجاری اداره می‌شود.

سبب ایجاد شراکت یا همان اشاعه در حق مالکیت، ممکن است ارادی باشد یا قهری.<sup>۲</sup> آنچه که بیش از همه به بحث این نوشتار مرتبط است شرکتی است که ناشی از اسباب اختیاری یعنی شرکت عقدی باشد. قانون مدنی در ماده ی ۵۷۳، عقد را یکی از اسباب ایجاد اشاعه قرار داده است. به عبارت دیگر شرکت عقدی اشاعه در مالکیتی است که به وسیله ی یکی از عقود ناقله مثل بیع صلح و هبه ایجاد شده باشد. بنابراین، شرکا توافق می‌کنند که مالکیت انفرادی خود را به مالکیت اشتراکی تبدیل نمایند.

فارغ از اختلاف نظر موجود و با توجه به نظر مشهور حقوقدانان، شراکت یا اشاعه می‌تواند ناشی از عقدی مستقل با عنوان عقد شرکت باشد و نیازی نیست که مسبوق به اختلاط و امتزاج اموال شرکا باشد (کاتوزیان، ۱۳۸۳: ۱۵؛ اسکینی، ۱۳۸۳، ج ۱: ۱۴).<sup>۳</sup>

هرچند برخی بر این اعتقادند که تفاوت شرکت مدنی و تجاری مربوط به اشاعه در مالکیتی است که در شرکت مدنی وجود دارد (سید احمدی سجادی، ۱۳۷۸: ۱۴۲) اما، اشاعه در مالکیت وجه مشترک هر شرکتی است اگرچه در شرکت تجاری شرکا اموال خود را به شرکت انتقال

<sup>۱</sup> . شرکت مفهومی است حاوی مشارکت یا مشارکه از باب مفاعله که دلالت بر دخالت حداقل دو شخص در امری دارد (یگانه، ۱۳۸۸: ۸۹).

<sup>۲</sup> . ر.ک. مواد ۵۷۲-۵۷۴ ق.م.

<sup>۳</sup> . برای دیدن نظر مخالف ر.ک: (کاشانی، ۱۳۵۶: ۲۸)

می‌دهند اما، تردیدی نیست که مالکان مشاع خود شرکت تجاری یا شخص حقوقی می‌باشند. به عبارت دیگر، مفهوم شراکت یا مالکیت مشاع که وجه اشتراک کلیه‌ی شرکتها است، در شرکت مدنی متفاوت از شرکت تجاری است. به این معنا که در شرکت مدنی به دلیل فقدان شخصیت حقوقی، شراکت در نفس اموال قابل تصور است و مالکیت هر ذره مال و در نتیجه مجموع آن به شرکا تعلق دارد. در حالی که در شرکت تجاری، دیگر حق عینی و مالکیت بر اموالی ندارند که شرکا به شرکت آورده‌اند و حق مالکیت آنها به شخص شرکت منتقل می‌شود و حقوق شرکا منحصر به سود حاصل در زمان بقای شرکت و تملک باقیمانده‌ی سرمایه پس از انحلال آن است. این حق که حقوقدانان از آن با عنوان حق خاص نام می‌برند (کاتوزیان، ۱۳۸۶: ۲۳؛ تفرشی، ۱۳۷۸: ۱۰۸) چیزی نیست جز نتایج حاصل از مالکیت شرکا بر شخص حقوقی شرکت. به عبارت دیگر، مفهوم شراکت در شرکت تجاری به معنای مالکیت شرکا بر شرکت به نحو اشاعه است. به همین دلیل، به عنوان مالک شرکت در سود و زیان شریک هستند و در صورت انحلال نه عین اموال؛ بلکه نسبتی از ارزش اموال به آنها می‌رسد. در واقع، عین آورده هر شریک، به همان شریک مسترد نمی‌شود و سرمایه‌ی شرکت اصولاً به نسبت آورده بین شرکا تقسیم می‌شود. علاوه بر این، برخلاف نظر برخی اساتید (ستوده تهرانی، ۱۳۸۸، ج ۱۰۶: ۲؛ صفری، ۱۳۴۴: ۱۵؛ اعظمی زنگنه، ۱۳۵۳: ۱۹۹)، شرکا به عنوان طلبکار شرکت دارای حق دینی نیز نمی‌باشند چراکه سهم معینی از سود را می‌برند و هنگام انحلال شرکت نیز اموال باقیمانده بین آنها تشکیل می‌شود در حالی که طلبکار تنها می‌تواند اصل طلب را بدون توجه به سود و زیان آن بخواهد و هیچ حقی پس از وصول طلبش بر اموال شرکت ندارد (کاتوزیان، ۱۳۸۶: ۲۳). در نتیجه، هر چند شرکا هیچ حق عینی بر اموال شرکت ندارند؛ اما مالک شرکت به عنوان یک شخص حقوقی می‌باشند و حق شرکا بر این شخص حقوقی از نوعی خاص از حق عینی اصلی می‌باشد که بین شرکا به نحو اشاعه است و مفهوم اشاعه و شراکت در شرکت تجاری به این معناست.

با این مقدمه شرکت تجاری در نظام حقوقی ما باید جوهره‌ی هر شرکت یعنی شراکت را دارا باشد. به عبارت دیگر، شرکت از اجتماع حقوق مالکان ایجاد می‌شود خواه این اجتماع و شراکت،



به اتحاد منجر شود و شخصیت حقوقی پیدا کند و یا به طور اشاعه در یک مال باقی بماند (کاتوزیان، ۱۳۸۴: ۲۹۴). این عنصر بی تردید، نیازمند وجود حداقل دو شخص اعم از حقیقی یا حقوقی است. به همین دلیل شرکت تجاری را یک قرارداد تعریف می‌کنند (اسکینی، ۱۳۸۳، ج ۱۷: ۱) در حالی که شرکت تجاری یک شخصیت حقوقی است که با انعقاد یک قرارداد به وجود می‌آید (کاوایانی، ۱۳۸۶: ۵۰). چراکه شراکت نیازمند حداقل دو شخص است و تنها قالبی که می‌توان شراکت را به وجود آورد قرارداد می‌باشد. بنابراین، در حقوق ما شرکت تجاری نوعی شرکت اختیاری یا به عبارت دیگر شرکت عقدی است که از زیر شاخه‌های مفهوم شرکت در حقوق مدنی می‌باشد. با این توصیف پذیرش شرکت شخص واحد در صورتی امکان پذیر است که مفهوم شرکت تجاری از مفهوم سنتی شرکت یعنی شراکت گسسته شود و این گسست زمانی حادث می‌شود که در قانون تجارت تعریف متفاوتی از شرکت ارائه شود تا شراکت که مستلزم وجود حداقل دو شخص است از مفهوم شرکت تجاری خارج شود.

با نگاهی به لایحه‌ی تجارت مشاهده می‌شود که برخلاف تفسیر فوق تعریفی از شرکت تجاری به شیوه‌ی سابق ارائه نشده است. در حالی که تشکیل و یا استمرار حیات شرکت با مسئولیت محدود با یک عضو پیش بینی شده است. این فقدان به احتمال قریب به یقین مورد ایراد قرار خواهد گرفت. چراکه شرکت در نظام حقوقی ما با مفهوم شراکت عجین است و تا زمانی که از این عنصر جدا نشود امکان تشکیل آن با یک شخص امکان پذیر نیست. به عبارت دیگر، امکان تشکیل شرکت شخص واحد در نظام حقوقی ما زمانی امکان پذیر است که مفهوم شراکت از شرکت جدا شود و این امر از طریق تعریفی مناسب و متفاوت می‌تواند میسر شود. به دلیل همین وابستگی شرکت به مفهوم شراکت و مبنای قراردادی شرکت تجاری است که حقوقدانان عموماً حداقل تعداد لازم برای ایجاد و استمرار شرکت را دو شخص دانسته‌اند و وجود شرکت شخص واحد را در نظام حقوقی ما انکار کرده‌اند. بنابراین، پیشنهاد می‌شود تعریفی از شرکت تجاری در لایحه‌ی تجارت بدین شرح گنجانده شود: «شرکت تجاری، یک شخصیت حقوقی است که توسط یک یا چند نفر با توجه به قواعد و مقررات تجاری تشکیل می‌شود».

## ۲-۱. تعریف و ماهیت شرکت شخص واحد

طبق ماده ی ۲ دستورالعمل، شرکت شخص واحد، شرکتی است که یک عضو دارد، خواه توسط یک شخص تشکیل شود و یا در زمان حیاتش به دلیل از بین رفتن تعدد شرکا، کلیه سرمایه ی آن به یک شخص انتقال یابد. به عبارت دیگر، با یک شخص تشکیل و اداره می‌شود و در ایجاد و استمرار، به تعدد شرکا نیاز ندارد. شخص واحد، می‌تواند شخص حقیقی باشد یا حقوقی. به این معنا که شخص واحد می‌تواند یک شرکت تجاری باشد (Griffin, 2006:78).

با گسست شرکت تجاری از مفهوم مشارکت و امکان تشکیل شرکت شخص واحد، این سوال مطرح می‌شود که ماهیت حقوقی این نهاد نوظهور چیست؟ پیش از گسست شرکت از شراکت، به موجب نظریه قدیمی، شرکت یک قرارداد میان شرکا محسوب می‌شد که این قرارداد روابط میان شرکا را تنظیم می‌کرد اما، به دلیل اینکه شرکت به صرف توافق اشخاص قابل تشکیل نیست و به رعایت مقررات قانونی نیاز است. عنوان کرده اند که شرکت تجاری تاسیس حقوقی خاصی است که قانونگذار در اختیار اشخاص قرار داده است چراکه این قالب را نه اراده اشخاص بلکه قانون به وجود می‌آورد (سید احمدی سجادی، ۱۳۸۷: ۱۰۲-۱۰۴؛ عرفانی، ۱۳۸۱: ۲۰).

شرکت شخص واحد بی تردید نمی‌تواند یک قرارداد محسوب شود. چراکه در تشکیل آن تنها اراده یک شخص کارگزار است. به همین دلیل، بیشتر به ایقاع شباهت می‌یابد. درست است که مبنای تشکیل شرکت می‌تواند قرارداد یا اراده یک شخص در چارچوب مقررات قانونی باشد اما، خود شرکت تجاری یک قرارداد یا ایقاع محسوب نمی‌شود بلکه همان گونه که در تعریف بالا ذکر شد یک شخصیت حقوقی محسوب می‌شود که مبنای تشکیل آن اراده یک یا چند شخص در چارچوب قانون است.

## ۲. قالب شرکت شخص واحد

شرکت شخص واحد یک قالب استثنائی شرکتهای تجاری نیست تا قسم و همدردیف انواع شرکتهای تجاری باشد و در کنار شرکت تضامنی، با مسئولیت محدود و غیره، یکی دیگر از تقسیم

بندی‌ها در باب شرکت تلقی شود. بلکه شرکت شخص واحد یکی از فروع و زیرشاخه‌های شرکت‌های تجاری است که در کنار خصیصه‌های اساسی انواع شرکت‌های اصلی، مشخصه‌های منحصر به فردی دارد. حال این پرسش مطرح می‌شود که شرکت شخص واحد در قالب کدام یک از شرکت‌های تجاری تشکیل می‌شود یا امکان تشکیل دارد؟

با توجه به عنوان دستورالعمل و بند ۵ مقدمه آن، شرکت شخص واحد یکی از فروع قالب شرکت با مسئولیت محدود خاص<sup>۱</sup> است اما، با توجه به ماده ۶ دستورالعمل، می‌توان بر این نظر بود که دستورالعمل، تشکیل شرکت شخص واحد در قالب شرکت با مسئولیت محدود عام را نیز مجاز دانسته است (Bedrac, 2006:46). اما در حقیقت، مسئله‌ی اصلی این است که کشورهای عضو، هریک شرکت‌های عام و خاص را به گونه‌ای متفاوت تعریف می‌کنند. به همین دلیل است که که برخی از کشورهای عضو جواز تاسیس شرکت شخص واحد در قالب شرکت سهامی عام را داده‌اند. برای مثال، در آلمان تاسیس شرکت شخص واحد در قالب شرکت سهامی عام امکان پذیر است در حالی که در فرانسه حداقل تعداد شرکا برای تشکیل شرکت سهامی عام ۷ نفر است (Radenkovic Jocić, 2005:216-217; Prokopieva, 2004: 24)

در هر حال، با توجه به بند ۴ مقدمه دستورالعمل و ماده ۷ آن، تشکیل شرکت شخص واحد در قالب شرکتی مجاز است که مسئولیت شرکا در آن شرکت، به آورده‌ای محدود است که در اختیار شرکت قرار می‌دهند خواه شرکت با مسئولیت محدود خاص باشد یا عام. در واقع، بسیاری از اشخاص نمی‌خواهند خود را تاجر قلمداد کنند. چراکه تجار در مقابل اشخاص ثالث مسئولیتی نامحدود دارند. در نتیجه، فعالیت تجاری را عملی پرخطر می‌بینند و از آن منصرف می‌شوند. به همین دلیل، دستورالعمل، در پی آن است تا کشورهای عضو به هر شکلی، به تجار اجازه دهند تا از طریق تشکیل شرکت شخص واحد با مسئولیت محدود بتوانند به عملیات تجاری مبادرت نمایند بدون آنکه شخصا مسئول تادیه‌ی قروض آن باشند.

<sup>1</sup> . Private Limited Liability Company

علاوه بر این، با توجه به مواد ۴۷۹ و ۴۸۸ لایحه‌ی تجارت، تشکیل و استمرار حیات یک شرکت با یک شخص، تنها در قالب شرکت با مسئولیت محدود پیش بینی شده است. اما، در سایر شرکتها، تشکیل شرکت شخص واحد و استمرار حیات آن با یک شخص ممنوع شده است (مواد ۳۰۹ و ۳۱۰ لایحه‌ی تجارت).<sup>۱</sup>

از لحاظ تحلیلی امکان تشکیل شرکت شخص واحد در قالب شرکت تضامنی و نسبی نیز امکان پذیر است هرچند در شرکت نسبی به دلیل مالکیت تمام سهم شرکت به یک شخص کاملاً به شرکت تضامنی شباهت پیدا خواهد کرد. به همین دلیل و با توجه به ماهیت و مفهوم شرکت نسبی، می توان بر این نظر بود که شرکت نسبی لزوماً باید چند شریک داشته باشد تا مفهوم نسبی بودن مسئولیت مصداق پیدا کند. شاید به همین دلیل باشد که در ماده‌ی ۵۰۶ لایحه تجارت، برای تشکیل شرکت نسبی نیاز به حداقل دو شخص است و با توجه به مواد ۳۰۹ و ۳۱۰ لایحه‌ی تجارت کاهش شرکای شرکت از این حداقل قانونی یکی از اسباب انحلال شرکت دانسته شده است.

در هر حال، تشکیل شرکت شخص واحد در قالب شرکت تضامنی، هرچند مزیت مسولیت محدود شخص واحد را از بین می برد اما، امری بی فایده نیست. چراکه از این طریق می توان برخی از فعالیت هایی که صرفاً در قالب شرکت قابل انجام است اجرایی شود (محمودی، ۱۳۸۴: ۶۱). از طرف دیگر، در عرصه‌ی عمل به ویژه بانک ها و موسسات اعتباری در رابطه با شرکت های با مسئولیت محدود و در معاملات با آنها ضمانت شخصی مدیر شرکت یا بعضی از شرکا را نیز مطالبه

<sup>۱</sup>. در ماده ۲۷۳ لایحه‌ی تجارت حداقل تعداد لازم برای تشکیل شرکت سهامی عام ۷ شخص، در ماده‌ی ۴۷۴ حداقل تعداد لازم برای تشکیل شرکت سهامی خاص ۳ شخص، در ماده‌ی ۵۳۲، حداقل تعداد لازم برای تشکیل شرکت مختلط غیرسهامی ۲ شخص، در ماده‌ی ۵۴۹ حداقل تعداد لازم برای تشکیل شرکت تعاونی سهامی خاص ۱۰ شخص، در ماده‌ی ۵۶۲ حداقل تعداد لازم برای تشکیل شرکت تعاونی غیرسهامی ۷ شخص، در ماده‌ی ۴۹۳ حداقل تعداد لازم برای تشکیل شرکت تضامنی ۲ شخص و در ماده‌ی ۵۰۶ حداقل تعداد لازم برای تشکیل شرکت نسبی ۲ شخص پیش‌بینی شده است.

می‌کنند. چراکه سرمایه‌ی این شرکتها به دلیل عدم پیش‌بینی قانون، بسیار کم است<sup>۱</sup> و به دلیل مسئولیت محدود شرکا ممکن است حقوق اشخاص ثالث تضییع شود (ستوده تهرانی، ۱۳۸۸، ج ۲:۳۰۴).

سوالی که در این بحث مطرح می‌شود این است که اگر تعداد شرکای هر یک از شرکت‌های موجود، از حداقل قانونی کمتر شود و به یک شخص تقلیل یابد، منحل می‌شوند؟ در نظام فعلی ایران با وجود اینکه قانونگذار تعدد شرکا را در تشکیل شرکت تجاری الزامی دانسته؛ اما راجع به ضمانت اجرای کاهش تعداد شرکا از حداقل قانونی سکوت کرده است. بسیاری از اساتید حقوق، بر این عقیده‌اند که وجود حداقل قانونی تعداد شرکا هم از عناصر تشکیل دهنده شرکت است و هم لازمه‌ی استمرار شخصیت حقوقی (ستوده تهرانی، ۱۳۸۸، ج ۲:۲۵۷؛ تفرشی، ۱۳۷۸: ۶۱).

با توجه به مواد ۳۰۹ و ۳۱۰ لایحه‌ی تجارت نیز کلیه‌ی شرکت‌های تجاری به غیر از شرکت با مسئولیت محدود، در تشکیل نیاز به حداقل دو یا چند شخص دارند و تعدد شرکا در بقا نیز الزامی است.

### ۳. نحوه‌ی تصمیم‌گیری در شرکت شخص واحد

در شرکت‌های تجاری مجمع عمومی از اجتماع شرکا یا سهام‌داران تشکیل می‌شود و این رکن در شرکت‌های تجاری همانند فرمانده عمل می‌کند و ارکان دیگر شرکت بدان وابسته هستند تا جایی که هیچ‌کدام از تصمیمات مهم در رابطه با حیات شرکت بدون تایید این مجمع اعتبار قانونی ندارد (اسکینی، ۱۳۸۳، ج ۲:۱۰۹). شرکت شخص واحد نیز با اینکه از یک شخص تشکیل می‌شود؛ اما ساختار و تکالیف مشابه‌ای همانند سایر شرکت‌های تجاری با تعدد شرکا دارد. با

<sup>۱</sup> در لایحه‌ی تجارت نیز حداقلی برای سرمایه تعیین نشده است: ماده‌ی ۴۸۱: شرکت با مسئولیت محدود با هر میزان سرمایه قابل ثبت است.

<sup>۲</sup> . برای دیدن نظر مخالف ر.ک: (تفرشی و امیر تیموری، ۱۳۹۲: ۱۶۴؛ عرفانی، ۱۳۸۱: ۱۷۶).

این تفاوت که شخص واحد مستقلاً اختیار به کارگیری و اداره‌ی سرمایه شرکت را بدون رجوع به اشخاص دیگر دارد و می‌تواند هرگونه دخل و تصرفی در آن بکند.

طبق بند یک ماده‌ی ۴ دستورالعمل، شخص واحد دارای اختیارات مجمع عمومی شرکت تک‌عضوی است. بنابراین، وی تنها شخصی است که به اعمال این اختیارات و تصمیم‌گیری می‌پردازد. به عبارت دیگر، با اینکه شخص واحد می‌تواند اختیار تصمیم‌گیری را به شخصی دیگری وکالت دهد تا این اختیارات را اعمال نماید اما، نمی‌تواند این اختیار را به دیگری منتقل کند. در این ماده، قلمرو صلاحیت مجمع عمومی پیش‌بینی نشده است و به حقوق کشورهای عضو واگذار شده است. در هر حال، هرگونه تصمیم‌گیری همیشه باید توسط شخص واحد به عنوان موسس نه به عنوان مدیر، امضا شود. علاوه بر این، مطابق بند دو ماده‌ی ۴ دستورالعمل، تصمیمات متخذه توسط شخص واحد باید در صورت جلسه‌ای ثبت شود یا به صورت مکتوب اتخاذ گردد. انتشار و عمومیت صورت جلسه، از حقوق و منافع اشخاص ثالث تا حدی حمایت می‌کند. در مقابل، دستورالعمل تعریفی از تصمیم‌گیری کتبی ارائه نکرده است. بنابراین، هرگونه نوشته‌ای که قابل خواندن باشد اعم از کاغذی، الکترونیکی، رسمی یا غیر رسمی قابل قبول است (Katinka, op.cit., p.39).

با توجه به ماده‌ی ۴۸۸ لایحه‌ی تجارت نیز، شخص واحد کلیه‌ی وظایف و اختیارات مجمع عمومی را برعهده دارد. این ماده مقرر می‌دارد: «هرگاه شرکت به وسیله‌ی یک شخص تأسیس شود یا پس از تشکیل به هر علت تعداد شرکای آن به یک شخص تقلیل یابد، شخص مذکور کلیه‌ی وظایف و اختیارات مجمع عمومی را برعهده دارد. در این صورت، رعایت مقررات مربوط به دعوت، تشکیل جلسه و تصمیم‌گیری در مجمع عمومی الزامی نیست».

همان‌گونه که مشاهده می‌شود لایحه‌ی تجارت تحت تأثیر این عقیده که شخص واحد مستقلاً اختیار به کارگیری و اداره‌ی سرمایه شرکت را بدون رجوع به اشخاص دیگر دارد و می‌تواند هرگونه دخل و تصرفی در آن بکند، هیچ مقرره‌ای راجع به ثبت تصمیمات یا تنظیم صورت جلسه پیش‌بینی نکرده است. در حالی که برای جلوگیری از سوءاستفاده‌های احتمالی شخص واحد باید

از طریق پیش‌بینی ثبت تصمیمات این شخص در شرکت به صورتی رسمی، امکان آگاهی اشخاص ثالث فراهم شود تا تصمیمات شخص واحد سبب تحمیل زیان بر شرکت و طلبکاران نگردد.

#### ۴. معاملات میان شرکت و شخص واحد

یکی از مسائلی که در شرکت شخص واحد از اهمیت قابل ملاحظه‌ای برخوردار است استقلال شرکت به عنوان یک شخصیت حقوقی از شخص واحد است. همین امر سبب می‌شود که احتمال سوءاستفاده شخص واحد از اختیارات و وظایفش به ضرر اشخاص ثالث افزایش یابد. این امر زمانی برجسته‌تر می‌شود که شخص واحد خودش مدیریت شرکت را نیز برعهده داشته باشد. در این صورت، امکان آگاهی از معاملات شرکت از اهمیت زیادی برخوردار است. چراکه شخص واحد در چنین وضعیتی در صورت فقدان نهاد کنترل، ممکن است به ضرر اشخاص ثالث به انعقاد قراردادهایی با شرکت بپردازد و از این طریق کسب منفعت نماید. به عبارت دیگر، معامله شخص واحد با شرکت به نوعی معامله با خود محسوب می‌شود و در این گونه معاملات همیشه این خطر وجود دارد که شخص تنها به منافع خود بیاندیشد و به ضرر شرکت عمل کند.

به همین دلیل، دستورالعمل، ثبت در صورت جلسه و یا کتبی بودن این معاملات را الزامی کرده است. بند یک ماده ۵ دستورالعمل در این باره مقرر می‌دارد: «قراردادهای منعقد شده میان شخص واحد و شرکتی که به نمایندگی از آن عمل می‌کند، باید در صورت جلسه‌ای ثبت گردد و یا اینکه به صورت کتبی منعقد شود». هرچند نوع سند مشخص نشده است؛ اما هرگونه قرارداد میان آنها باید ثبت شود. بنابراین، هرگونه قرارداد میان شرکت و شخص واحد اعم از اینکه این شخص مدیر همان شرکت باشد یا خیر باید به صورت کتبی ثبت شود. چراکه شخص واحد به عنوان مالک شرکت اعم از اینکه مدیر شرکت باشد یا خیر ملزم است تا نسبت به دارایی شرکت و فرصتهای تجارت و اطلاعات محرمانه شرکت وفادار باشد و در فرض نقض این گونه تکالیف در برابر شرکت مسئول زیانهای وارده باشد.

پیش نویس اولیه‌ی دستورالعمل برخلاف متن نهایی آن در جهت حمایت از اشخاص ثالث در این رابطه شمارش تک تک هرگونه قرارداد ممکن را در اسناد اصلی شرکت پیش بینی کرده بود. چراکه شخص واحد معمولاً مدیریت شرکت را نیز بر عهده دارد و تشخیص اینکه آیا معاملات وی به نفع خودش است یا از جانب شرکت، بسیار دشوار است. با این وجود، چنین امری در متن نهایی پذیرفته نشد (Katinka, op.cit:45-47).

در لایحه‌ی تجارت نیز با اینکه در ماده‌ی ۲۲۵ محدودیت‌هایی برای معاملات منعقد شده میان شرکت و مدیران و شرکتهای مادر و وابسته، پیش بینی شده است اما، شرکت‌های تک عضو از این ماده استثنا شده است. با این وجود، قانونگذار در ماده‌ی ۴۸۹ مقرر می‌دارد: «کلیه‌ی صورت‌های مالی شرکت تک عضو باید به صورت سالانه به تأیید حسابدار رسمی برسد. تأییدیه‌ی مذکور برای مدیر یا مدیران این گونه شرکتهای در حکم مفاصاحساب دوره‌ی مدیریت است. حسابدار مذکور در این ماده، کلیه‌ی مسؤولیت‌های بازرسی شرکت را نیز دارد».

این گونه حمایت‌های کلی نمی‌تواند حقوق اشخاص ثالث را در رابطه با شرکتهای شخص واحد به طور کامل حفظ نماید و باب تقلب و کلاهبرداری صاحبان آن را باز می‌گذارد. به نظر می‌رسد قانونگذار که با پیش بینی شرکت شخص واحد گامی به سوی حقوق شرکتهای جدید برداشته است، الزامات وجود سالم چنین شرکتهایی را نیز مقرر نماید که از جمله آنها لزوم ثبت رسمی معاملات شرکت و شخص واحد اعم از اینکه مدیر باشد یا خیر، می‌باشد.

علاوه براین، تعارض میان منافع شخص واحد و شرکت، احساس امنیت اشخاص ثالث را در معامله با شرکت به خطر می‌اندازد و سبب سلب اعتماد آنها می‌شود. از طرف دیگر، معامله شخص واحد با شرکت، همیشه به ضرر شرکت نیست و ممکن است این گونه معاملات برای شرکت مفید باشد. در نتیجه، باید مقرراتی مناسب برای کنترل و مقابله با سوءاستفاده‌های احتمالی شخص واحد چه در مقام مدیر و چه در مقام مالک شرکت پیش بینی شود تا ضمن حفظ حقوق شرکت و طلبکاران، حق انعقاد قرارداد شخص واحد با شرکت نیز اعطا گردد. به همین دلیل، یکی از راهکارهای اساسی می‌تواند گرفتن وثیقه و تضمین‌های مناسب به اندازه‌ی دارایی اولیه شرکت از



شخص واحد باشد تا در صورت سوءاستفاده وی از اختیاراتش، حقوق طلبکاران زیان دیده شرکت محفوظ بماند (Rotondi, op.cit:1008).

به هر حال، در صورتی که شخص واحد به عنوان یک کارفرمای اقتصادی بدون توجه به شخصیت حقوقی شرکت، از شرکت به عنوان نقابی برای مخفی کردن هویت و شخصیت و انگیزه های خود استفاده کند<sup>۱</sup> می‌توان با نفوذ در حجاب شخصیت حقوقی شرکت<sup>۲</sup> و کنار نهادن قاعده استقلال شرکت از شخص واحد، به مسئولیت شخص واحد متقلب حکم داد. چراکه در این صورت دارایی شخصی شخص واحد با دارایی شرکت مخلوط می‌شود. این امر که با عنوان نظریه‌ی استثنای شخصیت ثانوی<sup>۳</sup> شناخته می‌شود برای اثبات مسئولیت شخص واحد در زمانی مورد استفاده واقع می‌شود که وی از شخصیت حقوقی شرکت در جهت انجام فعالیت‌هایی که به ضرر شرکت و اشخاص ثالث است، سوءاستفاده نماید.<sup>۴</sup>

در صورت اثبات سوءاستفاده شخص واحد شخصیت حقوقی شرکت کنار گذاشته می‌شود و وی دیگر مسئولیتی محدود نخواهد داشت. به عبارت دیگر، حجاب شخصیت حقوقی شرکت از چهره‌ی شخص واحد برداشته می‌شود و مشخص می‌شود که شرکت، شخصیتی ثانوی برای شخص واحد است و شخصیت اصلی خود شخص واحد است (Griffin, op.cit., p.23; Presser, 2006:412).

نه در دستورالعمل و نه در لایحه‌ی تجارت، هیچ کدام به پیش‌بینی شیوه‌ای برای مقابله با سوءاستفاده شخص واحد از شرکت مبادرت ننموده‌اند. هرچند نقص دستورالعمل با مراجعه به حقوق کشورهای عضو جبران می‌شود اما، خلاء این امر در لایحه‌ی تجارت احساس می‌شود.

1. Corporate Veil

2. Pierce the Corporate Veil

نظریه‌ی نفوذ در حجاب شخصیت حقوقی شرکت ریشه در مقاله‌ی ای دارد که موریس ورمر در سال ۱۹۱۲ در مجله‌ی حقوق کلمبیا با این عنوان منتشر نمود (Klyachin, Spirina, 2013, p.98)

3. Alter Ego

۴. برای مطالعه‌ی تطبیقی نظریه‌ی شخصیت ثانوی در حقوق ایران و انگلیس ر.ک: (شهبازی نیا و همکاران، ۱۳۹۰:۹)

## نتیجه‌گیری

بررسی شرکت شخص واحد در دستورالعمل دوازدهم اتحادیه‌ی اروپا و اصلاحیه‌های بعدی آن، نشان می‌دهد که امکان تشکیل چنین شرکتی ریشه در انقلابی دارد که در مفهوم شرکت رخ داده است و آن را از مفهوم شراکت جدا کرده است. به همین دلیل در نظام حقوقی ایران پذیرش شرکت شخص واحد پیش از هر چیز، مستلزم تعریف شرکت تجاری در قانون تجارت به گونه‌ای است که بیانگر این گسست باشد.

تجویز شرکت شخص واحد در لایحه‌ی تجارت بدون ارائه تعریفی از شرکت از لحاظ نظری فاقد توجیه منطقی است. به عبارت دیگر، در لایحه‌ی تجارت باید تعریفی از شرکت ارائه شود تا مفهوم شرکت شخص واحد را نیز دربر بگیرد.

وانگهی تجویز شرکت شخص واحد بدون تعیین قوانین جامع و مانع راجع به کنترل مدیریت و انعقاد معاملات با شرکت و تصمیم‌گیری شخص واحد و غیره موجب سوءاستفاده‌هایی توسط شخص واحد می‌گردد. به همین دلیل بر مبنای بررسی‌های انجام شده در این مقاله پیشنهاد می‌شود که ماده‌ی ذیل به لایحه‌ی تجارت اضافه شود:

«شرکت شخص واحد شخصیت حقوقی مستقل از شخص واحد دارد و تعهدات شرکت باید توسط خود شرکت ایفا گردد مگر اینکه سوء استفاده شخص واحد از شرکت اثبات شود که در این صورت وی در مقابل طلبکاران مسئولیت نامحدود خواهد داشت».

## فهرست منابع

## الف - فارسی

- ۱- احمدوند، محمد رحیم، "بررسی عملکرد و بازدهی شرکت های دولتی"، مجله اقتصادی، شماره ۱۲، ۱۳۸۱.
- ۲- اسکینی، ربیعا، حقوق تجارت (شرکت های تجاری)، ج ۱ و ۲، ج ۷، تهران، انتشارات سمت، ۱۳۸۳.
- ۳- اعظمی زنگنه، عبدالحمید، حقوق بازرگانی، تحقیق سهراب امینیان، تهران، درس و تقریرات، ۱۳۵۳.
- ۴- تفرشی، محمد عیسایی، مباحثی تحلیلی از حقوق شرکتهای تجاری، ج ۱، تهران، انتشارات دانشگاه تربیت مدرس، ۱۳۷۸.
- ۵- -----، امیر تیموری، سعیده، "شرکت تجاری تک‌عضوی و تطور تاریخی آن"، پژوهشهای حقوق تطبیقی، دوره ۱۷، شماره ۱، ۱۳۹۲.
- ۶- حسینی تهرانی، سید مرتضی، "شرکت و مفاهیم آن و مختصات شرکت مدنی"، نشریه حق (مطالعات حقوقی و قضائی)، شماره ۷، ۱۳۶۵.
- ۷- ستوده تهرانی، حسن، حقوق تجارت، تحقیق سید علی احمدی، ج ۲، ج ۱۶، تهران، نشر دادگستر، ۱۳۸۸.
- ۸- سلامی، غلامرضا، "شرکت دولتی: چرا شرکت؟ چرا سهامی؟ چرا خاص؟"، نشریه حسابدار، شماره ۸۵ و ۸۶، ۱۳۷۱.
- ۹- سید احمدی سجادی، سید علی، "تحلیل شرکت از دیدگاه اقتصادی"، مجله حقوق خصوصی، شماره ۱۳، ۱۳۸۷.
- ۱۰- -----، "مقایسه شرکت مدنی و شرکت تجاری در حقوق ایران"، مجله مجتمع آموزش عالی قم، شماره ۴، ۱۳۷۸.
- ۱۱- شهبازی‌نیا، مرتضی، تفرشی، محمد عیسی، کاویانی، کوروش، فرجی، اسماعیل، "عبور از شخصیت حقوقی شرکت در فرض تقلب شریک در حقوق ایران و انگلیس"، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۷۴، ۱۳۷۵.
- ۱۲- صقری، منصور، "شخصیت حقوقی شرکت‌های تجاری"، نامه اتاق بازرگانی، شماره ۱۴۷، ۱۳۴۴.
- ۱۳- عرفانی، محمود، حقوق تجارت، ج ۲، تهران، انتشارات میزان، ۱۳۸۱.
- ۱۴- کاتبی، حسینقلی، حقوق تجارت، ج ۱۲، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۷.

- ۱۵- کاتوزیان، ناصر، مشارکتها و صلح، ج ۶، تهران، انتشارات گنج دانش، ۱۳۸۳.
- ۱۶- -----، درسهایی از عقود معین، ج ۱، ج ۸، تهران، انتشارات گنج دانش، ۱۳۸۴.
- ۱۷- -----، اموال و مالکیت، ج ۱۶، تهران، انتشارات میزان، ۱۳۸۶.
- ۱۸- کاشانی، محمود، "شرکت مدنی"، نشریه دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، دوره دوم، شماره ۲، ۱۳۵۶.
- ۱۹- کاویانی، کوروش، حقوق شرکتهای تجارتي، تهران، انتشارات میزان، ۱۳۸۶.
- ۲۰- محمودی، اصغر، "تشکیل شرکت با عضو واحد"، فصلنامه مصباح دانشکده علوم انسانی دانشگاه امام حسین، دوره چهاردهم، شماره ۶۱، ۱۳۸۴.
- ۲۱- یگانه، فریدون، حقوق بازرگانی، تهران، انتشارات اشک قلم، ۱۳۸۸.

#### ب- انگلیسی

- 22- Andenas, Mads, Wooldridge, Frank *European Comparative Company Law*, Cambridg, Cambridge University Press, 2009.
- 23- Bedrac, Janja, "What Makes a Good Company?", *European Trade Union Institute for Research, Education and Health and Safety*, Report 94.2006.
- 24- Cataldo, Bernard F. (1953), *limited Liability with One Man Company and Subsidiary Corporations*, Law and Contemporary Problems , Vol. 18, No. 4.
- 25- Directive 2009/102/EC of the European Parliament and of the Council of 16 September on single-member private limited-liability companies, *Official Journal of the European Union* L 258/20, 1/10/2009 p. 20 – 25.
- 26- European Commission (2003-05-06). "Recommendation 2003/361/EC: SME Definition". Retrieved 2012-09-28.
- 27- Griffin, Stephen(2006), *Company Law Fundamental Principles*, Fourth edition, Pearson Longman.
- 28- Katinka, Beretka(2010), *Concept of Single Member Companies in the Light of EU Harmonization*, LL.M Short Thesis, Central European University, 1051 Bdapest, Nador utca 9.
- 29- Klyachin, Alexey Aleksandrovich, Spirina, Tatyana Anatolyevna (2013) "Piercing the Corporate Veil" Through the Mechanism of Bringing to the Subsidiary Responsibility in Russia and Abroad, *World Applied Sciences Journal* 28 (1): 98-102.

- 
- 30- Miao, Beihui (2012), "A Comparative Study of Legal Framework for Single Member Company in European Union and China", *Journal of Politics and Law*; Vol. 5, No. 3.
- 31- Presser, Stephen B.(2006) "the Bogalusa Explosion, Single Business Enterprise, *Alter Ego* and *Other Errors: Academics, Economics, Democracy, and Shareholder Limited Liability: Back Towards a Unitary, Abuse, Theory of Piercing the Corporate Veil* Northwestern University Law Review, Vol. 100, No. 1.
- 32- Prokopieva, Vassya(2004), *Parent Company Liability in Case of Subsidiary Insolvency - Time to Rethink Liability of Corporate Shareholders?*, Thesis for the Degree of Master of European Studies, College of Europe, Bruges Campus, Law Department.
- 33- Radenkovic Jocić, Dragana(2005), "A Single Member Company - Convenient or not for the Founders", *Facta Universitatis, Economics and Organization*, Vol. 2, No 3, pp. 209-219.
- 34- Rotondi, Mario (1973-1974) "Limited Liability of the Individual Trader: One-Man Company or Commercial Foundation", *48 Tul. L. Rev.* 989-1009.
- 35- Twelfth Council Company Law Directive 89/667/EEC of 21 December 1989 on Single Member Private Limited Liability Companies OJ L 395, 30.12.1989, p. 40-42.

## مفهوم تحلیلی اداره و مدل های آن

سید مجتبی واعظی<sup>۱</sup>

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۰۵/۱۲

تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۰۳/۱۸

### چکیده:

شناخت دقیق مفهوم اداره صرفاً محدود به ابعاد نظری خاصی نشده و در بردارنده ی آثار و لوازم مهمی در عرصه عمل حکمرانی است. وابستگی تعریف قرارداد اداری و تعیین رژیم حقوقی حاکم بر آن به طرفیت اداره، ابتدای صلاحیت قاضی اداری و تحقق دعوی اداری به خوانده واقع شدن اداره و محوریت آن در تشخیص رژیم حقوقی مسئولیت مدنی دولت و بالاخره عرصه ی جریان امتیازات اقتداری در تأمین نظم و خدمات عمومی، نشان‌دهنده‌ی اهمیت و لزوم چنین شناختی است.

عناصر سازنده ی مفهوم اداره، ناظر است بر عنصر سازمانی، عنصر هدف و عنصر روش و ابزار. در بُعد سازمانی، تمرکز اصلی بر لایه ی غیرسیاسی قوه ی مجریه و همکاران آن است، در بُعد هدف، عنصر نفع عمومی تعیین کننده بوده و به لحاظ روش و ابزار، روش اجرای روزمره، موردی و ابتکاری قانون محوریت دارد و به لحاظ ابزار، اداره اصولاً بر ابزار اقتداری متکی است.

در همین راستا به منظور روزآمد ساختن و شناخت کامل مفهوم اداره، به مدل‌های مختلف حکمرانی و آخرین تحولات پرداخته شده و نشان داده شده است که در مدل‌ها و ادوار مختلف، به رغم تفاوت‌های قابل توجه، همچنان می‌توان اداره را به اتکای سه عنصر وجودی آن، سازمانی (لایه ی غیرسیاسی قوه ی مجریه و همکاران آن)، هدف (نفع عمومی) و روش و ابزار (یک جانبگی و اقتدار) بازشناخت.

**کلیدواژه ها:** اداره، اقتدار، نفع عمومی، قوه ی مجریه، شخص حقوق عمومی

<sup>۱</sup> دانشیار گروه حقوق عمومی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه شیراز، شیراز، ایران.

## مقدمه

در خصوص مفهوم «اداره» در کلیه ی کتب کلاسی حقوق اداری، تعریفی دوگانه ارائه شده است: اداره به مفهوم کارکردی یا ماهوی آن که ناظر است بر مجموع فعالیت هایی که سازمان های دولتی در مقام اجرای قانون و تأمین نظم یا خدمات عمومی به انجام می رسانند. در واقع تعریف مذکور در نگاهی دقیق تر، ناظر بر عمل «اداره کردن» است که در ادبیات حقوقی لاتین با حرف کوچک «a» آغاز می شود. در تعریف ارگانیک یا سازمانی یا شکلی، مفهوم اداره ناظر بر مجموع سازمان هایی است که کارکرد اجرای قانون را به طور رسمی بر عهده دارند. کلمه ی اداره با چنین مفهومی در ادبیات حقوقی لاتین با حرف بزرگ «A» آغاز می شود (waline, 2008: 1). همچنین لازم به ذکر است مفهوم اداره کردن چون در حوزه ی خصوصی هم به کار می رود در ادبیات حقوقی لاتین به ویژه فرانسه از تعبیر «اداره ی عمومی»<sup>۱</sup> برای تمییز از مدیریت در حوزه ی حقوق خصوصی استفاده می شود (Debbasch, 2006: 3). چنین تعریفی در عین برخورداری از ارزش علمی می تواند به نحو دقیق تر و روشن تری بیان گردد چرا که برخی ارکان آن خود نیازمند تعریف و تبیین به نوبه ی خود است. همچنین با مذاقه در مقررات جاری کشور و رویه ی قضایی ملاحظه می گردد که تأکید حقوق جاری بیشتر از آن که معطوف به اصطلاح «اداره» باشد ناظر بر مصادیق آن مانند؛ موسسه ی دولتی، دستگاه اجرایی و نهادهای مشابه است و بنابراین به نظر می رسد تعریفی کاربردی تر ضرورت دارد تا مجریان مذکور به جای استناد به مفاهیم پراکنده، معیار واحد و روشنی در اختیار داشته باشند. در نوشتار حاضر ضمن پرداختن به عناصر وجودی اداره، مدل های مختلف و سیر تحولات آن بررسی خواهد شد.

به نظر می رسد برای ارائه تحلیل دقیق و کارآمد در نظام حقوقی کشورمان لازم باشد ابتدا به تحلیل عناصر مقوم اداره و سپس مدل ها و تحولات اخیر نگاهی اجمالی داشته باشیم.

<sup>1</sup> Administration publique

## ۱- عناصر وجودی اداره

شناخت عناصر وجودی اداره، علاوه بر ارزش علمی آن به جهت تبیین و تحلیل هر چه بهتر مسایل حقوقی مربوط، دارای ارزش کاربردی قابل توجهی نیز هست. شناخت و تمییز اداره از غیر آن، در تعریف قراردادهای اداری، تعیین حوزه‌ی صلاحیت قضایی اداری، رژیم حقوقی مسئولیت مدنی اداره و عرصه‌ی امکان استناد به نفع عمومی و روش‌های اقتداری تأثیر قابل توجهی دارد که در جای خود به آنها خواهیم پرداخت.

قبل از پرداختن به هریک از این عناصر، ذکر این نکته مقدماتی مهم لازم است که موضع قاطع و روشنی در مقررات و حقوق جاریه کشور و سایر نظام‌های حقوقی در این خصوص وجود ندارد و رویکرد این مقاله در واقع رویکردی استقرایی است که البته در مقام ترکیب و جمع‌بندی مقولات مختلف موجود در دکترین، قانون و رویه، و با گامی به جلو، چشم‌اندازی کارآتر را پیشنهاد می‌دهد. برای شناخت اداره، ممکن است هر سه عنصر به طور همزمان قابل تشخیص نباشد و بتوان از یکی به دیگری رسید و آن را استنتاج نمود. عناصر وجودی اداره را می‌توان تحت سه مقوله‌ی کلی عنصر سازمانی، عنصر هدف و عنصر روش و ابزار مورد مطالعه قرار داد.

### ۱-۱. عنصر سازمانی:

عنصر سازمانی تعریف اداره، همانا وابستگی به حکومت یا قدرت سیاسی است. اداره به تعبیری حافظ سیاست‌های دولت و ابزار تحقق آن (Debbasch, 2006: 28-31) محسوب شده و به عنوان رابط بین دولت و شهروند عمل می‌کند. هر چند که در دوره‌هایی و در برخی مدل‌ها، اداره ممکن است به عنوان رقیب یا مستقل از لایه‌ی سیاسی عمل کند؛ اما نوعاً و در شرایط عام و معمول، صلاحیت و رسمیت اعمال و جایگاه اداره به اتکاء دولت شکل می‌گیرد. وابستگی اداره به دولت می‌تواند به دو صورت رابطه سلسله‌مراتبی یا سازمانی مستقیم باشد و یا نظارتی و سازمانی غیر مستقیم. (Eisenmann, 1982: 185). ارتباط مستقیم سازمانی یا سلسله‌مراتبی به توضیح و تحلیل چندانی نیازی ندارد. به طور مثال، در نظام اداری ایران وزارتخانه‌ها، موسسات دولتی و شرکت



های دولتی در زمره ی مصادیق ارتباط مستقیم سازمانی قرار می گیرند هرچند که موسسات دولتی و شرکت های دولتی در حوزه ی عدم تمرکز فنی واقع می شوند (امامی و استوار سنگری، ۱۳۹۴: ۱۳۳) اما به دلیل نقش قابل توجهی که سازمان مرکزی دولت در اداره ی امور سازمان های مذکور داراست می توان آنها را در زمره ی مصادیق ارتباط مستقیم سازمانی قرار داد. در مقابل، مهم ترین مصداق نوع دوم رابطه، یعنی رابطه ی غیرمستقیم یا نظارتی، مورد موسسات عمومی غیردولتی است. مهم ترین شاخصه موسسه عمومی غیردولتی آن است که این نوع موسسه نیز مانند مصادیق مورد قبل، دارای مأموریت نفع یا خدمات عمومی است. البته عامل مهم دیگری که ربط این نوع موسسات را با حاکمیت سیاسی مورد تأیید و تأکید قرار می دهد آن است که اصولاً تأسیس و ساختار آنها با مجوز مقنن صورت می پذیرد. در نوع دوم هرچند که ارتباط سازمانی مستقیم با دولت وجود ندارد؛ اما به دلیل اهمیت مأموریت این نوع موسسات، دولت دارای نظارت جدی بر آنهاست (Gaudemet, 2001: 118s).

بدیهی است که دولت بر کارکرد برخی اشخاص خصوصی نیز به ویژه نظام های صنفی، نظارت دقیقی دارد و شاید در نگاه اول معیار نظارت در رابطه ی نوع دوم دچار ابهام و فقدان دقت شود، اما در نگاه دقیق تر می توان ملاحظه نمود که علاوه بر این که اشخاص خصوصی در کیفیت تأسیس و تعیین ساختار خود دارای آزادی عمل و تفاوت های جدی نسبت به اشخاص عمومی غیردولتی هستند، همچنین نکته ی مهم در تبیین تفاوت کیفیت نظارت بر اشخاص مذکور آن است که نظارت بر موسسات عمومی غیردولتی سختگیرانه تر و دقیق تر به جهت اطمینان از تحقق مأموریت خدمت عمومی است که در صلاحیت ذاتی دولت است و بنا به مصالحی به این موسسات واگذار شده حال آن که در نظارت بر اشخاص خصوصی، هدف اصلی، حراست از منافع و حقوق خصوصی شهروندان است که احتمالاً مورد تعدی واحدهای صنفی قرار گرفته باشد. از همین روی است که دخالت و نظارت دولت در موسسات عمومی غیردولتی اصولاً نظارتی ابتکاری است حال آن که در مورد اشخاص خصوصی (نظام های صنفی) نظارت اصولاً بر اساس شکایت ذینفع صورت می پذیرد. بنابراین در مقام جمع بندی می توان گفت اداره در وجه سازمانی به مجموع سازمان هایی

گفته می‌شود که دارای ارتباط سازمانی مستقیم بوده یا در رابطه‌ی غیرمستقیم تحت نظارت ابتکاری دولت قرار می‌گیرند. مصادیق این تعریف عبارتند از اشخاص دولتی و اشخاص عمومی غیردولتی.

## ۲-۱. عنصر هدف (کارکرد - محتوا)

سازمان عریض و طویلی که انسان‌ها خود به نام اداره ساخته‌اند و ضمن صرف هزینه‌های قابل توجه، به این سازمان اجازه داده‌اند تا به صورت روزمره و همه‌جانبه در شئون مختلف زیست اجتماعی - اقتصادی شان دخالت کند تنها با این امید توجیه می‌شود که در خدمت و در جهت تأمین منافع عمومی جامعه باشد. تصدی نفع عمومی، در انحصار دولت و تکلیف اصلی آن است (Truchet, 1977: 19) به تعبیر دیگر می‌توان گفت نفع عمومی فلسفه‌ی وجودی اداره و هدف اصلی آن و در عین حال مشروعیت بخش اعمال اداری است بدین معنا که اداره تا زمانی اعمالش دارای قانونمندی است که در جهت تأمین منافع عمومی باشد، (Mestre, 1985: 87) به ویژه در حوزه‌ی صلاحیت‌های اختیاری اداره، استفاده درست از آزادی عمل اداره، با این معیار محک می‌خورد. نفع عمومی در واقع در عرصه‌های مختلف حقوق اداری دارای کارکرد است از سویی محک و معیار قانونمندی در صلاحیت‌های اختیاری است. از سوی دیگر معیار صلاحیت قاضی اداری یعنی تعیین کننده‌ی گستره‌ی دخالت و صلاحیت قاضی اداری در کنترل اداره است و بالاخره تعیین کننده‌ی قلمرو اعمال مقررات ویژه اداری و تعیین حوزه‌ی عمومی است. در مقام تعریف نفع عمومی، در تعریفی مختصر، نفعی بیان شده است که متعلق به همگان است و در عین حال، انحصاری هیچ کس نیست. نفع عمومی از سویی دربرگیرنده‌ی نیازهای حیاتی و ضروری مانند انرژی است و از سوی دیگر سطوح عالی‌تر رفاهی برای زیست بهتر را نیز مانند حوزه‌ی سرگرمی‌ها و تفریحات شامل می‌شود. نفع عمومی در مفهومی عام، حوزه‌ی نظم عمومی را نیز دربرمی‌گیرد و در مفهومی خاص به عنوان موضوع خدمات عمومی، از نظم عمومی منفک می‌شود که در جای خود قابل بحث است (نک: واعظی، ۱۳۹۶: ۶۷) با این حال در اینجا، مفهوم عام مد نظر است

چرا که هر دو حوزه به اداره به عنوان کارکرد اصلی آن واگذار شده است. به لحاظ شیوه ی تصدی به دو نکته ی مهم باید توجه داشت. اول آنکه تمرکز تصدی نفع عمومی، در قوه ی مجریه صورت می پذیرد به این معنا که در قوه ی مقننه اصولاً عرصه تصمیم گیری و سیاستگذاری کلان محقق می شود و بنابراین تشخیص مصادیق و تحقق نفع عمومی عملاً به قوه ی مجریه واگذار می گردد. در قوه ی قضائیه نیز، کارکرد اصلی قوه که توسط قضات صورت می پذیرد فیصله ی دعاوی مبتنی بر منافع خصوصی است. هرچند که در کنار این کارکرد اصلی، مقاماتی چون دادستان به حراست از حقوق عمومی مأمور شده اند صرف نظر از این که دادستان را در این نوع کارکرد بتوانیم به مفهوم دقیق کلمه، مقام قضایی بشناسیم یا اداری، باید به این تفاوت ظریف توجه نمود که وجه غالب کارکرد دادستان، کارکردی سرکوبی اعم از پیشگیرانه یا پیگیرانه است که عمدتاً در حوزه نظم عمومی مستقر است. حال آن که وجه غالب کارکرد اداره در مفهوم عام، وجه ایجابی ارائه دهنده ی خدمات و در بردارنده ی شیوه های ترغیبی - تشویقی نیز هست.

بنابراین، متصدی اصلی نفع عمومی، قوه ی مجریه است؛ اما باید توجه نمود که تمام سطوح قوه ی مجریه را نیز نمی توان متصدی و در نتیجه، مصداق اداره تلقی نمود. سطوح عالی و شوراهای مستقر عمدتاً به کارکرد سیاستگذاری و تصمیم گیری کلان اکتفا می نمایند که در واقع عملی شبه تقنینی است (واعظی، ۱۳۹۶: ۴۵). با این حال در عرصه ی عدم تمرکز فنی و محلی، برخی از تصدی های نفع عمومی به سایر مراجع غیردولتی به موجب قانون اساسی یا قانون عادی واگذار گردیده است. موسسات عمومی غیردولتی و نهادهای محلی از مهمترین مصادیق اند. در مقام جمع بندی می توان گفت سطوح غیرسیاسی قوه ی مجریه و اشخاص عمومی غیردولتی که به تصدی مستقیم منافع عمومی اشتغال دارند مصداق عنوان اداره تلقی می گردند.

با این همه، واضح است که اداره همانند سایر اشخاص خصوصی، دارای منافع اختصاصی سازمان خود و کارکنانش هست. در چنین وضعی، در حوزه ی تأمین حوایج اختصاصی، اداره از امتیازات خاص برخوردار نیست (Waline, 2008: 7) در عین این که از باب عدم خلط دو عرصه

و احتمال سوء استفاده اشخاص اداری از امکانات عمومی در جهت حوایج اختصاصی خود، نظارت و کنترل بیشتری بر این رفتارها نسبت به اشخاص خصوصی وجود دارد.

حالت خاص دیگری را که باید در نظر گرفت، تفویض امر عمومی یا تصدی نفع عمومی به شخص خصوصی است. در چنین حالتی هرچند ممکن است شخص خصوصی برای تصدی مأموریت خود از برخی امتیازات برخوردار باشد؛ اما چنین فرآیندی را در غالب اوقات با مشارکت بخش عمومی و در همه موارد تحت نظارت اداره‌ی عمومی به انجام می‌رساند و بنابراین نمی‌توان در چنین وضعی، شخص خصوصی را «اداره» تلقی نمود (Chapus, 2001: 198-199).

### ۳-۱. عنصر روش و ابزار:

در روش‌ها و ابزار، اداره نه تنها از بخش خصوصی متمایز می‌شود؛ بلکه از سایر مقامات عمومی هم فاصله می‌گیرد.

#### ۱-۳-۱. روش:

به لحاظ روش، اداره یا عمل اداره کردن را عبارت از «اجرای روزمره و موردی قانون» می‌دانند. (زولر، ۱۳۹۶: ۲۳۵) روزمره و موردی بودن اجرای قانون، عمل اداره کردن را به مفهوم دقیق کلمه از عمل سیاستگذاری و تصمیم‌گیری‌های کلان متمایز می‌سازد. بنابراین، تعریفی را که برخی منابع از اداره، ناظر بر عمل سیاستگذاری ارائه می‌دهند (نک: هداوند، ۱۳۸۹: ۸۳) تعریفی بسیار موسع و مسامحه‌آمیز است. پرداختن مقامات عالی‌رتبه قوه‌ی مجریه به سیاستگذاری، امری خلاف اصل و محتاج جواز قانون اساسی یا قانون عادی است چرا که ماهیتاً شبه تقنینی و مداخله در امر مقنن به نظر می‌رسد. (نک: واعظی، ۱۳۹۲: ۴۵-۶۶) در واقع مقامات اجرایی دارای دو کارکرد حکومتی و اداری هستند که سیاستگذاری در حوزه‌ی کارکرد اول قرار می‌گیرد (زولر، ۱۳۹۶: ۲۳۴) و ربطی به عمل اداره کردن ندارد.

اما ویژگی دوم عمل اداره کردن، ابتکاری و یک‌جانبه بودن آن است که آن را از عمل قضا متمایز می‌سازد (موسی‌زاده، ۱۳۸۱: ۳۹-۳۸). بدین شرح که هرچند قضا هم ماهیتاً اجرای موردی

قانون است اما در قضا، کارکرد قاضی متوقف و منوط به بروز اختلاف دو طرف و مراجعه آنان به قاضی و درخواست حل اختلاف از وی است. بدین ترتیب قاضی به ابتکار خود نمی تواند در امری ورود نماید و به تعبیری دارای نقشی منفعلانه است حال آن که کارکرد اداره غالباً ابتکاری است و سازمان های اداری به صورت مستمر و بنا به تشخیص خود به تصرف در شوون مختلف زیست جمعی می پردازند. تصمیمات و اقداماتی که در حوزه ی تنظیم حمل و نقل شهری و شهرسازی صورت می پذیرد از مهمترین نمونه های این دسته است.

## ۲-۳-۱. ابزارهای اداره:

مأموریت ویژه اداره، در حفظ نظم عمومی و ارائه ی خدمات عمومی اقتضا می کند ابزارهای ویژه ای در اختیار آن قرار گیرد. مهم ترین این ابزارها از نوع ابزارهای اقتداری است به جهت آن که در زمان مقتضی اداره بتواند اراده خود را بر اشخاص خصوصی تحمیل کند.

### ۱-۲-۳-۱. وجه بیرونی اقتدار:

اهمیت ابزارهای اقتداری به نحوی است که عمده مولفان، یکی از مهم ترین ویژگی های حقوق اداری را، وجود اصل نابرابری به سود اداره می دانند (Gaudemet, 2001: 3-4). انعکاس اجرایی و دقیق ترین ویژگی را می توان در اصل «تقدم نفع عمومی بر نفع خصوصی» ملاحظه نمود. در حقوق فرانسه، چنین تمایزاتی تئوریزه شده و بیشتر به چشم می آید به نحوی که در نتیجه وجود این نوع امتیازات، از رژیم ویژه حقوق اداری سخن گفته شده است. مهم ترین امتیازات اقتداری اداره را رویه و دکترین حقوقی فرانسه مشتمل بر دو امتیاز دانسته است: ۱- حق اتخاذ تصمیم یکجانبه و ۲- حق اجرای قهری (غیرقضایی) تصمیمات (Waline, 2008: 3).

به موجب امتیاز اول، اداره در جهت تنظیم امور و تأمین نظم و خدمات عمومی، در چارچوب قانون دارای حق ابتکار تصمیم و اقدام بوده و اصولاً نیازی به اخذ رضایت حقوقی تک تک شهروندان، در اعمال قانونی مربوط به حقوق آنان ندارد. بدیهی است چنین وضعی به هیچ عنوان در دستگاه منطقی حقوق خصوصی (مدنی) نمی گنجد. چرا که در حقوق مدنی اصولاً هیچ کس

حق تصرف در شوون دیگری ندارد مگر به موجب نص قانونی یا تراضی با طرف مقابل (اصل عدم ولایت). از همین روی مهم ترین منبع تعهدات در حقوق مدنی، قرارداد است حال آن که در حقوق اداری، مهم ترین منبع، ایقاعات اداری است به نحوی که حق آیین نامه گذاری را مهم ترین تجلی صلاحیت اختیاری اداره دانسته اند. (Chapus, 2001: 470-471)

به موجب امتیاز دوم، اداره در تصمیمات ناشی از صلاحیت ذاتی خود<sup>۱</sup>، البته با رعایت شرایط قانونی (طباطبایی مومنی، ۱۳۸۵: ۲۸۳) حق اجرای قهری تصمیمات خود را در صورت عدم پذیرش مخاطب، بدون لزوم توسل به مراجع قضایی، رأساً دارد. وجود چنین امتیازی باعث می شود اداره در گیر فرآیند دشوار و کند قضایی نشده و با سبکباری، امور خود را به پیش برد. بدیهی است طرف مقابل اگر به تصمیم اداری اعتراض داشته باشد می تواند به مرجع قضایی شکایت برد؛ اما صرف شکایت علیه تصمیم اداری باعث توقف اجرای آن نمی شود (مارکو، ۱۳۹۲: ۱۳۷ به بعد) مگر آن که قاضی رسیدگی کننده بنا به تقاضای ذینفع، تشخیص و حکم به لزوم توقف تصمیم دهد (دستور موقت). چنین وضعی باعث می شود که مخاطب اداره همواره در جایگاه مدعی و اداره در جایگاه خواننده یا مدعی علیه قرار گیرد و بدیهی است که بار اثبات و پیگیری دعوا همواره بر عهده مدعی است. از همین روی، امتیاز اخیر اداره را، "تقدم قضایی" نیز نامیده اند (واعظی، ۱۳۸۸: ۱۰۸).

امتیازات اقتداری اداره به موارد مذکور محدود نمی شود. امتیازات مهم دیگری را می توان در همین راستا ذکر نمود که عبارتند از؛ برخی مصونیت های مالی مانند عدم توقیف اموال یا مهلت بیشتر اداره در پرداخت محکوم به مالی یا حق فسخ یا قائم مقامی در قراردادها به استناد اصل تداوم خدمات عمومی، نیز حق تملک قهری به استناد اصل تقدم نفع عمومی بر نفع خصوصی و بالاخره حق تغییر یا حتی فسخ قرارداد به موجب اصل تطبیق خدمات عمومی بر نیازهای جامعه (نک: مولایی، ۱۳۹۳: ۲۳۷ به بعد).

<sup>۱</sup> صلاحیت های اداره را می توان به دو دسته تقسیم کرد صلاحیت های عام که اداره مانند هر شخص حقوقی داراست مانند حق عقد قرارداد یا طرح دعوی قضایی، و صلاحیت های ذاتی یا خاص که ناظر بر ماموریت های ویژه اداره و دلیل وجودی اداره است مانند صلاحیت نظارت بر استاندارد ساختمان برای شهرداری.

### ۲-۲-۳-۱. وجه درونی اقتدار

از امتیازات اقتداری درونی اداره نیز نباید غافل ماند، چنین امتیازاتی نیز در جهت سبکبار و کارآمد ساختن اداره در جهت انجام مأموریت ویژه خود پیش بینی شده است. مهم ترین جلوه ی اقتدار درونی اداره، اصل سلسله مراتب مقامات اداری است که در نتیجه آن، دو مولفه، بیش از سایر مولفه ها به چشم می آید. اول حق مواخذه و مجازات اداری کارمند به نحو مستقل، در حالی که در بخش خصوصی باید از طریق مراجع بیرونی مانند مراجع حل اختلاف کارگر و کارفرما صورت پذیرد و دوم، آثار قانونی امر آمر قانونی است که به موجب آن، مأمور اداری به استناد امر مافوق صالح، در مقام انجام مأموریت های خود از برخی مسئولیت های قانونی معذور است<sup>۱</sup>.

با همه این اوصاف، مأموریت ویژه و اقتضائات و ابزارهای آن در نهایت باید در خدمت خرسندی شهروندان باشد. همچنین این اندازه از اختیار و امتیازات همواره دغدغه سوء استفاده مقامات اداری علیه حقوق عمومی و فردی شهروندان را با خود دارد، از همین روی، اداره در مقابل امتیازات ویژه ای که در اختیار دارد، با الزامات متعددی مواجه است.

### ۳-۳-۱. قیود و الزامات اداره

تدابیر مختلفی را می توان در این خصوص نام برد که از جمله مهم ترین آنها عبارتند از اصل عدم صلاحیت که به موجب آن، اداره صرفاً با جواز قانون حق تصرف در شوون دیگران را دارد، اصل شفافیت اقدامات اداری، اصل لزوم تحقیق عمومی، مذاکره و نظرسنجی اداره در میان ذینفع ها قبل از اتخاذ تصمیمات اداری مربوط به حقوق و تکالیف آنان، اصل تناسب و لزوم توجه پذیری اقدامات اداری و نیز بیان توجیها و انگیزه مقام اداری در هنگام اتخاذ تصمیمات اداری (نک: ۱)

<sup>۱</sup> ماده ی ۹۶ قانون مدیریت خدمات کشوری و ماده ی ۱۵۹ قانون مجازات اسلامی

عطریان، ۱۳۹۶)، حرکت به سمت هر چه بیشتر ترافی ساختن فرآیند اتخاذ تصمیمات اداری، تأکید ویژه بر نظارت قضایی بر اداره و هر چه بیشتر توانمند ساختن قاضی و ساز و کار تفتیشی رسیدگی در جهت احقاق حقوق شهروندان از این جمله اند (نک: مارکو، ۱۳۹۲).

علاوه بر جمیع جهات مذکور، مهم ترین نکته ای که امروزه حتی در رویکرد فرانسوی به حقوق اداری پذیرفته شده آن است که در تنظیم روابط اداره با افراد تا جایی که قواعد حقوق مدنی پاسخگوست و خللی بر مأموریت ویژه اداره وارد نمی آورد، اصل بر حاکمیت قواعد عام حقوق مدنی است و دلیلی بر استفاده از قواعد ویژه و اقتداری حقوق اداری وجود ندارد. به تعبیر دیگر حقوق اداری واقعی و جاری، محدود به قواعد ویژه و اقتداری نبوده و در بخشی از خود شامل مقررات عام حقوق مدنی نیز می شود و می تواند از آن بهره گیرد (Waline, 2008: 6).

## ۲- اداره و مدل های حکمرانی

اداره نیز مانند هر نهاد بر ساخته از فرد و اراده ی انسانی، در جوامع و مدل های مختلف حکمرانی به تبع نوع نگاه به قدرت و وظایف و روابط آن در مقابل شهروندان و سایر مراجع قانونی می تواند شکل و کارکردهای متنوعی به خود بگیرد.

این تنوع و دسته بندی می تواند به تناسب معیارهای متفاوت، صورت های مختلفی به خود بگیرد که در ادامه، به آنها اختصاراً می پردازیم:

### ۱-۲. دوگانه کلاسیک (انگلستان - فرانسه)

از مهم ترین و دیرپاترین تقسیم بندی ها که ربط قابل توجهی با نوع کارکرد اداره دارد و همچنان معنادار است تمایزی است که بین دو مدل انگلیسی و فرانسوی اداره وجود دارد که البته به تبع تمایز بین دو نظام حقوقی رم-ژرمن و کامن لا مطرح می گردد که البته تفصیل آن در این مختصر نمی گنجد.

#### ۱-۱-۲. مدل انگلستان:



به لحاظ تاریخی مهم ترین ویژگی های حقوق اداری انگلستان را به ویژه در دوره ویکتوریایی قرن نوزدهم عبارت دانسته اند از:

۱- حقوق عام و برابر به این معنا که بین اداره و سایر اشخاص به ویژه اشخاص خصوصی به لحاظ قواعد حقوقی تفاوتی وجود ندارد و بنابراین اداره تابع همان حقوقی است که سایر اشخاص نیز از آن تبعیت می کنند و این وضعی است که به یگانگی حقوقی و سپس یگانگی قضایی منجر می شود (کاسز، ۱۳۹۲: ۳۰).

۲- دومین ویژگی، خود فرمانروایی و سطح بالای استقلال نهادهای محلی است.

۳- سومین ویژگی یگانگی قضایی و حق دخالت قضات در امور اداری (صدور مجوز) است.

۴- چهارمین ویژگی، رسیدگی تناظری در ادارات است. (کاسز: ۳۱)

خود فرمانروایی<sup>۱</sup> تعبیر موجزی از یک مدل پیچیده متشکل از حداقل سه بخش است: اولین بخش، عبارت از مالکیت تمامی ادارات محلی توسط "جنتری"<sup>۲</sup> است یعنی گروه متشکل از افراد نخبه که وظایف خود را به نحو افتخاری انجام می دهند و هزینه های اداری خود را از طریق عوارض شهری تأمین می نمایند (کاسز: ۴۵). دومین بخش بر اساس کارکرد «دادگاه های صلح» شکل می گیرد، یعنی ارگان هایی که دارای صلاحیت های دوگانه ی قضایی کوچک و نیز اداری (صدور مجوزهای تجاری، کنترل شرایط کار) هستند. سومین بخش عبارت است از کارکردها و خدمات عمومی محلی (کاسز: ۴۶).

همچنین می توان این نکته را افزود که بخش استخدام دولتی بسیار کوچک بوده و فاقد حقوق ویژه و منسجمی است (کاسز: ۱۱۶-۱۱۵)، از سوی دیگر دانش حقوق در ادارات انگلیسی توسعه ی چندانی نیافته و دانش آموختگان حقوقی دارای نقش کم رنگی در ادارات هستند. (کاسز: ۱۰۸)

## ۲-۱-۲. مدل فرانسه

<sup>1</sup> Self-government

<sup>2</sup> gentry

در مقابل، در مدل فرانسوی شاهد آنیم که قواعد حاکم بر اداره و روابط آن با دیگران، اصولاً قواعد ویژه و حامی قدرت (حداقل در دوران ناپلئونی) هستند، تمرکز گرای حاکم است و صلاحیت آیین نامه گذاری برای قوه ی مجریه وجود دارد. کارکرد مقامات قضایی از مقامات اداری کاملاً جداست و نقش قاعده گذاری قضات به چشم می آید. (کاسز: ۲۴)

بنابراین شاهد نوعی دوگانگی حقوقی و قضائی هستیم که در آن، کفه ی قدرت به نوعی به نفع قوه ی مجریه می چربد. گفته می شود که در انگلستان، انقلاب شکوهمند سال ۱۶۸۸ باعث برتری پارلمان بر قوه مجریه، و در فرانسه، انقلاب ۱۷۸۹ به برتری قوه مجریه منجر گردید. (کاسز: ۵۹)

با این حال، هیچ یک از این دو مدل، به نابی و اصالت اولیه ی تاریخی خویش وفادار نمانده اند و تحت تأثیرات متقابلی که بر یکدیگر داشته اند و تحولات مشترکی که هر دوی آنها را به عنوان دو کشور مهم اروپایی درنوردیده است مانند دولت رفاه و ظهور اتحادیه ی اروپا و حقوق اروپایی تا حدود زیادی به یکدیگر نزدیک شده اند. از سویی، در انگلستان، تمایز و تقدم نفع عمومی بر نفع خصوصی و در نتیجه حقوق ویژه اداره هر چند در حد محدود و غیرتئوریزه پذیرفته شده (زولر: ۱۲۶ به بعد) است و از سوی دیگر، فرانسوی ها نیز نگاه اسطوره ای و تاریخی به اداره را کنار گذاشته و پذیرفته اند که اداره به صرف اداره بودنش همواره از حقوق متمایز برخوردار نیست و در بسیاری جاها می تواند تابع همان حقوق عام حاکم بر روابط افراد خصوصی باشد. (شوالیه، ۱۹۹۸: ۱۳)

علاوه بر این، به هم ریختگی مرزها محدود به دو مدل مذکور نمی شود، کشورهای دیگر لزوماً تابع یکی از این دو مدل نبوده اند و هر کدام راه خود را طی کرده اند. به طور مثال، در ایالات متحده آمریکا امروزه شاهد ظهور نوعی اداره ایم که دارای اقتدار فراوانی است به نحوی که برخی از قوه ی اداری در آمریکا سخن می گویند (داوید و ژوفره، ۱۳۸۴: ۲۸۹) و برخی دیگر، تفکیک قوای شناخته شده در آمریکا را نفی می کنند و نشان می دهند چگونه کنگره به وضع قواعد عام اکتفا کرده و اصول و استانداردها را به اداره واگذار می کند به نحوی که دستگاه های اجرایی واجد قدرت شبه تقنینی شده اند. «ژرژ بوردو» بر آن است که در مدل مذکور، پارلمان به امر اداره کردن

می پردازد و اداره هم به امر تقنین. 77: 2006) Debbasch) برخی کشورها مانند آلمان نیز راه ویژه خود را برگزیده و دست به امتزاج ویژگی های هر دو مدل معروف زده اند به نحوی که از آنها به عنوان مدل مختلط<sup>۱</sup> نام برده می شود (37: 2001) Lemasurier).

## ۲-۲. اداره و مدل های حقوق اساسی :

اصولاً گفته می شود که حقوق اداری، ادامه اجرایی و فنی حقوق اساسی است. به لحاظ تاریخی نیز در برخی برهه های مهم، اصول جدید قانون اساسی، نوعی دیگر از اداره را طلب کرده است. در این خصوص نمونه مهم انقلاب ۱۷۸۹ فرانسه را مثال می آورند. (151: 1985) Mestre). هر چند که برخی از پیوستگی حقوق اداری در مقابل گسستگی حقوق اساسی سخن گفته اند (777: 1974) Vedel) اما این وضعیت بیشتر خاص دوره یا کشور مشخصی بوده است.

جایگاه اداره به تبع نوع رژیم سیاسی یا مدل حقوق اساسی، دستخوش تغییراتی می شود. گفته می شود در رژیم اختلاط قوا، اداره فاقد استقلال است (52: 2006) Debbasch) اما در رژیم ریاستی، چون دولت در مقابل پارلمان مسئولیتی ندارد، پارلمان مستقیماً با اداره در تماس است و اداره حایلی بین خود و پارلمان ندارد. پارلمان با قانون بودجه بر آن اثر می گذارد و کنترلش بر اداره آسان است چون اداره هیچ حامی سیاسی ندارد. در این مدل چون که اداره، عرصه ی رقابت رئیس جمهور و پارلمان می شود سیادت سیاست و قوای سیاسی بر اداره مشهود است (Debbasch, 2006: 53). در آمریکا رییس جمهور حق اخراج کارکنان را ندارد و بسیاری انتصابات عالییه هم منوط به تأیید سناست، همچنین مقنن می تواند از طریق کمیسیون های نظارتی خود، اعمال قدرت بر اداره کند. (59: 2006) Debbasch)

در رژیم پارلمانی، استقلال اداره خیلی بیشتر است (ibid) چون دولت برآمده از اکثریت پارلمانی است و پارلمان خود را متصدی کنترل مستقیم اداره نمی بیند. اداره تابع پارلمان است اما با واسطه دولت، برای مثال، در انگلستان، وزرا پاسخگوی کارکرد ادارات هستند (Debbasch,

<sup>1</sup> Model mixte

(Debbasch, 2006: 54) و در فرانسه ماده ۲۰ قانون اساسی، اداره را از آن دولت دانسته است. (Debbasch, 2006: 60)

با این حال گفته می‌شود اداره در دوران معاصر به طور کلی دارای استقلال بیشتری نسبت به سیاست هست. در همین راستا سه مرحله‌ی تاریخی در خصوص رابطه‌ی اداره و سیاست ترسیم شده است: مرحله‌ی اول تبعیت اداره از سیاست، مرحله‌ی دوم استقلال اداره و مرحله‌ی سوم رقابت اداره با قدرت سیاسی (Debbasch, 2006: 78-79).

### ۲-۳. اداره و (مدل) کارکرد اقتصادی-اجتماعی دولت

در طی سه فرآیند اصلی، تحولات کارکرد اقتصادی-اجتماعی دولت یعنی از دولت ژاندارم به دولت رفاه و سپس دولت تنظیم‌گر را شاهدیم به نحوی که مفهوم کارکردی و حتی ساختاری اداره دچار قبض و بسط می‌شود.

#### ۲-۳-۱. دولت ژاندارم:

در دولت ژاندارم، اداره در واقع منطبق با مفهوم کلاسیک پلیس است که به چهار کارکرد اصلی امنیت، بهداشت عمومی، آسایش عمومی و اخلاق حسنه (طباطبایی موتمنی، ۱۳۸۵: ۲۲۱ به بعد) اکتفا می‌کند. این مفهوم از اداره در چارچوب نسل اول حقوق و آزادی‌ها یعنی آزادی‌های سیاسی و مدنی تحلیل می‌شود که وجهی سلبی دارند. دولت ژاندارم در راستای منطق لیبرالیسم اقتصادی کلاسیک عمل می‌کند و بنابراین، دخالتی در بازار و روابط اقتصادی ندارد و صرفاً به دغدغه امنیت یا نظم عمومی می‌اندیشد، در این مدل، اداره دارای کارکردی حداقلی به شرح مذکور است. به همین نسبت نیز ساختار آن حداقلی است و البته به دلیل پیچیدگی‌های نظم عمومی، اصولاً کارکردهای اداره قابل واگذاری به غیر به ویژه بخش خصوصی نیست. از این رو، عرصه‌ی چندانی برای قراردادهای اداری وجود ندارد.

#### ۲-۳-۲. دولت رفاه:

در دولت رفاه، می دانیم که دولت علاوه بر نظم و امنیت، به عدالت هم می اندیشد (عباسی، ۱۳۸۹: ۲۹) و نسل دوم حقوق و آزادی ها یعنی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی هم مورد توجه قرار می گیرد که باعث نقش ایجابی و مداخله گر دولت می شود (شوالیه، ۱۳۷۸: ۹۷). در این فضا، اداره به فراتر از مفهوم پلیس گسترش می یابد و دارای کارکرد خدماتی و انتفاعی می شود. دولت از یک "ناظم" به یک "تولیدکننده" و "فروشنده کالا و خدمت" هم تبدیل می شود و بنابراین در کنار ادارات کلاسیک، شاهد گسترش گونه دیگری از اداره هستیم که خود را در قالب کلاسیک اما تحول یافته «موسسه عمومی» نشان می دهد (Waline, 2008: 182) و در سه مصداق شاخص شرکت دولتی، موسسه ی دولتی و موسسه عمومی غیردولتی توسعه می یابد. بدیهی است در چنین وضعی، اداره به لحاظ ساختاری و تعداد کارکنان، گسترش قابل توجهی می یابد و همچنین می تواند و ناچار است بخشی از فرآیندهای تهیه و توزیع خدمات را به بخش خصوصی واگذار کند. از همین روی نقش قراردادهای اداری به نحو چشمگیری ارتقا می یابد (Richer, 1999: 46s). درحوزه ی ادارات مالیاتی و سازمان مالیه ی عمومی، نیز شاهد تحول چشمگیری هستیم. مالیاتی که در دولت ژاندارم صرفاً در جهت تأمین هزینه های عمومی دولت اخذ می شد در دولت رفاه دارای کارکردی چندگانه می شود و علاوه بر تأمین هزینه های دولت، به عنوان ابزار موثری جهت توزیع عادلانه ثروت، سیاست گذاری و ارشادگری اقتصادی و جهت دهی به فعالیت ها و بالاخره تأمین منابع جهت تهیه و توزیع خدمات عمومی مورد استفاده قرار می گیرد.

### ۳-۲-۳- دولت تنظیم گر

در دولت تنظیم گر، دولت دست از برخی فعالیت های تصدی گرایانه می شوید و در وضعیتی بینابین دو مدل قبل قرار می گیرد. به نحوی که اگر بتوانیم بگوییم در دولت ژاندارم، پارو زنی و سکانداری اقتصادی در تصرف بخش خصوصی بود و در دولت رفاه، دولت به هر دو پرداخت اما در دولت تنظیم گر دولت به سکانداری اکتفا نموده و پارو زنی را اساساً به بخش خصوصی وامی گذارد (نک: گیلر و اوزبرن، ۱۳۸۴). در این این مرحله، دولت به جای بازیگری، صرفاً به وضع

قواعد بازی (مقررات‌گذاری) و نظارت و داوری می‌پردازد. می‌توان حدس زد که تا چه اندازه کارکرد و ساختار اداره در این مرحله تقلیل می‌یابد. اقدام به خصوصی‌سازی و کوچک‌سازی دولت مخصوصاً از طریق واگذاری شرکت‌های دولتی به بخش خصوصی از مهم‌ترین آثار این مرحله است (شمس، ۱۳۹۴: ۵۷). تفصیل این مرحله را در بخش دیگر این نوشتار خواهیم دید.

#### ۴-۲. دولت لائیک - دولت دینی

عمده مباحثی که تاکنون بیان شده اصولاً ناظر بر دولت لائیک است یعنی دولتی که به لحاظ دینی بی‌طرف است. یکی از اصول مهم حاکم بر عرصه‌ی حقوق عمومی، اصل برابری شهروندان در حقوق و در برابر قانون است. اصل برابری اقتضا می‌کند که عموم شهروندان صرف نظر از اوصاف قومی، جنسیتی و به ویژه عقیدتی، از حقوق و تکالیف برابر برخوردار باشند. چنین اقتضایی منتج به اصل بی‌طرفی دینی دولت می‌شود به نحوی که بسیاری صاحب‌نظران بر آن بوده‌اند که لائیسیته لازمه‌ی ذاتی جمهوریت دولت است (زارعی، ۱۳۹۷: ۱۶). البته لازم به ذکر است که لائیسیته مطلق را در کمتر دولتی می‌توان دید، لزوم اعتقاد پادشاه انگلستان به مذهب انگلیکان یا تعهد دولت اسپانیا به حمایت مالی از کلیسای کاتولیک و ... (وثیق، ۱۳۸۷: ۱۲۲) از جمله مهمترین مثال‌های نقضی‌اند.

اما آنچه به عنوان هسته‌ی اصلی و لازمه‌ی ذاتی لائیسیته مورد توجه و تأکید است، بی‌اثری اعتقاد شهروندان در حقوق بنیادین آنان است. با این مبنا بدون تردید اداره باید در خدماتی که به شهروندان ارائه می‌دهد و در نوع تعاملی که در روابط اداری دارد نسبت به عقاید شهروندان بی‌اعتنا باشد. بدون آن که قصد ورود به بحث امکان جمهوری دینی را داشته باشیم. به هر حال مدل دوم در مقابل دولت و اداره‌ی لائیک، مدل دولت دینی است که با توجه به مقدمه‌ی مطروحه، دولتی

است که به نوبه ی خود و به تناسب میزان تأثیرپذیری از دین می توان آن را به سه نوع دولت مراعی (حداقلی یا سلبی)، دولت مجری (میانه یا ایجابی) و دولت مبتنی (حداکثری) دسته بندی نمود.<sup>۱</sup> به نظر می رسد در دو نوع اول و دوم، قائلان آن، بدون ادعایی مبنی بر اینکه دین، الگوی خاصی برای حکومت کردن ارائه داده باشند صرفاً در پی جمع بین لوازم حکومتی مدرن و دغدغه های دینی خود هستند.

### ۱-۴-۲. دولت مراعی:

در نوع اول، دولت فقط تکلیف دینی خود را آن می داند که در تقنین و اجرا، مرتکب محرمات دینی نشده و خطوط قرمز آن را رعایت کند. بنابراین در چنین مدلی، اداره به طور مثال، جواز تأسیس قمارخانه نمی تواند صادر کند. به نظر می رسد در این مدل، اداره نسبت به هسته ی اصلی الگوی جهانی اش فاصله چندانی نمی گیرد و فقط برخی از صلاحیت هایش محدود می شود.

### ۲-۴-۲. دولت مجری:

در نوع دوم دولت دینی یعنی دولت مجری دین، حکومت خود را مکلف به اجرای اوامر دین می داند. البته اوامری که جنبه ی عمومی داشته و مخاطب آن حکومت باشد. با این حال، تعیین مرز و تشخیص امر عمومی از خصوصی در مواردی مانند حجاب، خود یک بحث چالشی است. در این مدل، حکومت علاوه بر وظایف سلبی اش، برخی وظایف ایجابی هم دارد، به این معنی که ممکن است به اجبار و الزام شهروندان به رعایت برخی احکام روی آورد. در هر حال در چنین مدلی نیز، اداره دینی از اداره ی لائیک ذاتاً فاصله ی چندانی نمی گیرد چرا که در دولت های لائیک هم به هر حال رعایت برخی موارد اخلاقی مانند حداقلی از پوشش الزامی بوده و پلیس مأمور به برخورد با ناقضان قاعده است. به تعبیری جامع تر اگر پنج موضوع مورد حراست شرع یعنی جان، مال، عقل، نسل و دین را در نظر بگیریم، ملاحظه می شود که در چهار نوع اول، هر دو نوع حکومت

<sup>۱</sup> برای دیدن نوع دیگر دسته بندی دولتهای دینی نک: داود فیرحی، نظام سیاسی و دولت در اسلام، سمت، ۱۳۸۵،

لائیک و دینی و به تبع آن، ادارات آنها خود را مکلف به حراست می‌دانند و تفاوت در نوع برخوردها و گستره‌ی حریم‌هاست. اما موضوع پنجم یعنی دین، در حکومت لائیک به عنوان امری خصوصی تلقی می‌شود؛ اما با این حال حکومت از آن به عنوان آزادی وجدان و نیز بخشی از حریم خصوصی افراد حراست می‌کند (واعظی، ۱۳۸۹: ۱۷۷). لکن در دولت دینی نوع دوم، ممکن است به عنوان عنصری از نظم عمومی (هویت و انسجام اجتماعی) تلقی شده و با رفتار و اقدامات موهن نسبت به دین اکثریت، برخورد شود. بدیهی است در دولت لائیک هم ممکن است اهانت به احساسات مذهبی بخشی از جامعه به عنوان تهدیدی علیه نظم عمومی تلقی و قابل برخورد شود. اما در دولت دینی نوع دوم، نوع برخورد سختگیرانه‌تر بوده و جنبه پیشگیرانه و ابتکاری دارد مانند جلوگیری از تکثیر کتب یا عقاید به اصطلاح ضاله.

### ۳-۴-۲. دولت مبتنی:

اما در مدل سوم یعنی دولت دینی «مبتنی»، ادعای مفروض آن است که می‌توان از بطن و متن منابع شرعی، مدل خاص حکومت دینی استخراج نمود و بایسته است که کلیه‌ی مقررات و موازین (حتی در منطقه‌ی الفراغ) بر اساس یا با جواز تلویحی شریعت باشد (جوان آراسته، ۱۳۹۵: ۷۴-۷۲). از دل این مدل می‌توان گونه‌های فرعی حکومتی استخراج کرد که یکی از این گونه‌ها، نظام ولایی است. نظام ولایی را هم می‌توان به صورت‌های مختلف تصور کرد، به طور مثال، بر اساس این که تا چه حد مردم حق نقد حاکم را دارند و تا چه حد این نظام قابلیت تلفیق با ساز و کارهای مدرن مانند تفکیک قوا و انتخابات را دارد بین نظریه‌پردازان ولایت فقیه، یکدستی نظری وجود ندارد. به منظور گریز از دشواری طرح فروض متعدد، چنانچه به واقعیت جاری نظام موجود جمهوری اسلامی ایران<sup>۱</sup> اکتفا کنیم می‌توانیم برای اداره در این مدل، کارکردهایی را تعریف کنیم که آن را از

<sup>۱</sup> از نظر این قلم، آنچه که از کلیت مجموعه قانون اساسی می‌توان استنباط نمود بیشتر متمایل به مدل دوم یعنی مدل مجری است اما آنچه در نتیجه تفسیر رسمی در عمل جریان یافته است مدل حداکثری یا مبتنی است.



متناظران لائیک خود دور می‌سازد. به نظر می‌رسد اداره در این مدل علاوه بر کارکردهای کلاسیک و عام خود، بر چهار کارکرد ویژه متمرکز است:

الف- کارکرد ترویجی، ب- کارکرد گزینشی، ج- کارکرد نظارتی و د- کارکرد تحدیدی  
الف- کارکرد ترویجی: دولت خود را مکلف به ترویج عقاید و ارزش‌های حقه دینی خود می‌داند. از این رو، اداراتی مانند بخش ارشاد وزارت فرهنگ و ارشاد، سازمان تبلیغات اسلامی پدید می‌آید. در همین راستا حتی کارکرد رسانه‌های ملی مانند صدا و سیما نیز دچار تحول اساسی می‌شود.

ب- کارکرد گزینشی: دولت علیرغم امکان احترام محدود به سایر عقاید و ادیان، برای تصدی قریب به اتفاق مناصب دولتی و حتی برخی فعالیت‌های خصوصی، شرط عقیدتی قایل است. در نتیجه، بخش قابل توجهی از کارکرد ادارات گزینش و حراست در این راستا قابل توجه می‌شوند.

ج- کارکرد نظارتی: از باب اطمینان از حرکت سازمان‌ها در چارچوب موازین و مقاصد دینی، ساز و کار نظارتی ویژه‌ای در نظر گرفته می‌شود که در حوزه اجرای می‌توان به نقش ائمه جمعه و نمایندگان ولی فقیه در کلیه سازمان‌های دولتی اشاره نمود.

د- کارکرد تحدیدی: بروز و ظهور و تبلیغ و ترویج برخی عقاید و ادیان یا حتی قرائت‌های دینی کلاسیک می‌تواند به عنوان تهدیدی علیه نظام عقیدتی حاکم و موجب انحراف شهروندان متدین تلقی گردد. از این رو، برخی از کارکردهای سازمان‌های اطلاعاتی-امنیتی و انتظامی در این چارچوب قابل فهم می‌شود.

با این حال همان‌گونه که گفته شد نظم اخلاقی در نظام‌های لائیک هم به عنوان یکی از عناصر چهارگانه نظم عمومی مورد توجه است و به طور مثال، هر نوع پوشش و یا ارائه‌ی هر نوع کالایی به صورت مطلق آزاد نبوده و ممکن است مغایر اخلاق حسنه تلقی و منع گردد. همچنین هرچند که نظم اخلاقی موجود بنا به دلایل لیبرالی نظام‌های لائیک، نظم حدقلی است؛ اما گاهی به مواردی حساسیت نشان داده شده است که از باب رعایت شؤون انسانی مبتنی بر موازین حقوق بشری، ممکن

است فربه‌تر از نظام‌های کلاسیک از جمله نظم اخلاقی دینی سنتی باشد. به طور مثال حساسیت نسبت به حقوق کودک در رابطه با والدین آنها یا حقوق طرفین در مقوله‌ی ازدواج و نیز اهمیت ویژه کرامت انسانی را می‌توان در این خصوص ذکر کرد.

### ۳- تحولات جدید در اداره :

تحولات چند دهه‌ی اخیر به طور عام، پس از جنگ جهانی دوم در قالب‌ها و فرآیندهای مختلف، ساختار، کارکرد و جایگاه اداره‌ی کلاسیک را به چالش کشیده و دچار تغییر ساخته‌اند. در ادامه به دو تحول بسیار مهم و متاخر دولت اشاره می‌گردد که بیشترین تأثیرات را بر مفهوم و کارکرد اداره داشته است.

#### ۳-۱. جهانی شدن، امتیاز زدایی از اداره و عادی سازی حقوق آن

همان‌گونه که اشاره شد با روی آوردن دولت به تأمین خدمات عمومی، از طرفی دولت به کارها و قالب‌هایی رو آورد که به حوزه‌ی خصوصی تعلق داشت و تصدی امور انتفاعی آن هم در قالب‌هایی مانند شرکت‌ها، معیار عمل دولتی را دچار تحول ساخت و اعمالی از دولت‌ها سر زد که لزوماً عجین با عنصر اقتدار و منحصرأ و ذاتاً اداری نبوده‌اند. به تعبیر دیگر خدمات عمومی به دو دسته تقسیم شد: خدمات عمومی اداری (اقتداری) و خدمات عمومی صنعتی - بازرگانی (غیر محتاج به عنصر اقتدار و تابع روش‌ها و قالب‌های خصوصی).

از سوی دیگر حجم امور عمومی به حدی افزایش یافت که دولت ناچار از واگذاری برخی از آنها به بخش خصوصی در قالب قراردادهایی همچون قرارداد امتیاز شد. در نتیجه، معیار سازمانی عمل اداری نیز به چالش کشیده شد یعنی؛ خدمات عمومی لزوماً همواره توسط اداره به مفهوم خاص صورت نمی‌پذیرد و ممکن است اشخاص خصوصی (غیراداره) هم به نیابت از اداره وارد این عرصه شوند. خصوصی سازی و کوچک سازی، چنانکه بیان شد باعث ظهور دولت تنظیم‌گر شد و ساختار و کارکرد اداره تا حد قابل توجهی رو به تقلیل و تنزل نهاده است.

در خصوص جهانی شدن تعاریف مختلفی ارائه شده است. به موجب یکی از این تعاریف، جهانی شدن به واسطه ی همزیستی پنج تحول بزرگ، خودنمایی می کند:

- ۱- جهانی شدن بازارها (مالی)
  - ۲- جهانی شدن ارتباطات
  - ۳- جهانی شدن فرهنگی که تعداد بازیگران را افزایش می دهد
  - ۴- جهانی شدن ایدئولوژیک که در قالب تحمیل رویکرد لیبرال انعکاس می یابد.
  - ۵- جهانی شدن سیاسی که به صورت ترویج برخی مدل های سازمان سیاسی ظهور می یابد.
- (شوالیه، ۱۳۹۶: ۳۵)

از مهم ترین آثار پدیده مذکور در حوزه ی حقوق آن است که :

۱- دولت را در یک فضای وابستگی متقابل ساختاری قرار داده است که مفهوم سنتی حاکمیت را متروک می سازد

۲- خلوص و دقت مرزهای بین عمومی و خصوصی در حال محو شدن و موجب عادی شدن مدیریت بخش عمومی گردیده است. (شوالیه، ۱۳۹۶: ۳۹)،

در نتیجه ی تحولات مذکور، از میزان و کیفیت خاص بودن دولت کاسته شده است: نفع عمومی از سوی، دیگر در انحصار دولت نیست و از سوی دیگر دستاویز قاطعی برای توجیه عمل دولتمردان به حساب نمی آید (شوالیه، ۱۳۹۶: ۸۳).

در همین راستا اداره دیگر نمی تواند به صرف استناد به مأموریت نفع عمومی، خود را متمایز شمرده و اعمال خود را توجیه نماید. اداره در واقع از این پس باید به استناد کارآمدی و سودمندی واقعی اقدامات خود، به توجیه اقداماتش بپردازد. همین مسأله باعث شده است اداره در جهت کم کردن هزینه های خود و پاسخگویی و سودمندی هرچه بیشتر رو به اقتباس از فرآیند و ساختارهای بخش خصوصی آورده است. وضعیتی که تحت عنوان «مدیریت عمومی نوین»<sup>۱</sup> از انگلستان آغاز شده است. (شوالیه، ۱۳۹۶: ۸۵)

<sup>1</sup> New Public Management

## ۲-۳. حقوق بشر، شهروند و اداره :

رویکرد حقوق بشری به مسائل حکومتی و توجه ویژه به موازین حقوق بشر و شهروندی، از جمله مهم‌ترین تحولات حقوقی است که در کلیه‌ی حوزه‌ها با درجات متفاوت تأثیرگذار بوده است. در عرصه‌ی حقوق بین‌الملل، یکی از مهم‌ترین اصول مطرح یعنی حق حاکمیت دولتها در مقابل این رویکرد، نقش گذشته خود را از دست داده است. در عرصه‌ی حقوق جزا، کیفیت مجازات‌ها و توجه به حقوق و نیز دادرسی منصفانه از جمله مهم‌ترین مؤلفه‌های متأثر از حقوق بشر و در عرصه‌ی حقوق خصوصی، به طور خاص حقوق خانواده و روابط زن و مرد و نیز رابطه‌ی والدین با فرزندان، از مهم‌ترین نمونه‌های تأثیرگذاری حقوق بشر است. در حوزه‌ی حقوق عمومی، طبیعی است که گستره اثرگذاری آشکارتر و وسیع‌تر باشد در حوزه‌ی حقوق اساسی، نحوه‌ی حکمرانی (خوب) و تحولات دادرسی اساسی از مهم‌ترین این نمونه‌هاست. اما در حوزه‌ی حقوق اداری می‌توان به ظهور و تأکید بر حقوق و نهادهای خاص که باعث ارتقاء حقوق شهروندی و افزایش نقش شهروندان در تعاملات با اداره شده است اشاره کرد. مقررات ناظر بر «حق دسترسی شهروندان به اسناد اداری»، الزام اداره به بیان انگیزه و توجیه عمل و تصمیم خود در برابر شهروندان و اصل شفافیت، تناظری شدن فرآیند تصمیم‌سازی ادارات و روی‌آوری روزافزون ادارات به مذاکره با ذینفعان قبل از اتخاذ تصمیم اداری به نحوی که از آن به عنوان «قراردادی شدن روابط اداره» نام برده شده است از مهم‌ترین نمونه‌ها (Chevallier, 1998: 13). تحولات مذکور حتی در کاربست عناوین نمود داشته است. تغییر عنوان «اداره شونده» به «مصرف‌کننده» یا «مشتری» و نهایتاً به «شهروند» در این راستا معنای ویژه خود را دارد.

ژاک شوالیه سیر تحولات مذکور را در رابطه با اداره به نحوی مختصر چنین بیان می‌کند: «در نظم اداری، فردی که یک تابع و ملزم به اطاعت از فرامین اداره بوده و فاقد هرگونه سلطه‌ای بر آن تلقی می‌شده است ... با توسعه‌ی دولت رفاه، جای خود را به گونه‌های دیگری از رابطه داده است به نحوی که اداره شونده به عنوان مصرف‌کننده، تبدیل به ذینفع و بهره‌گیرنده از خدمات عمومی شده است. (شوالیه، ۱۳۹۶: ۲۵۸) ... حقوق جدید شناخته شده برای اداره شوندگان به ویژه در حوزه

ی اطلاعات، باعث ایجاد یک تعادل جدید در رابطه ی اداری شده است. پذیرش ایده ی مشارکت، به واگذاری حق مداخله و نقش آفرینی مصرف کنندگان در بازار خدمات عمومی منجر گردیده است، به نحو عام تر، به نظر می رسد که رابطه ی دارای یک بعد کاملاً مدنی است که به فراتر از اعمال صرف مقررات یا تدارک خدمات می رود. اداره شونده، تنها یک تابع، مصرف کننده یا مدیون نیست؛ بلکه یک شهروند است که برخوردار از مجموعه ای از حقوق در برابر اداره مانند حق دسترسی به کالاهای تولید شده در نتیجه خدمات اداری، حق مشارکت در اجرای صلاحیت های اداری و حق نظارت بر کارکرد اداره است. این بعد مدنی در حال اعمال یک نیروی جذاب انکارناپذیر است که به نحو فزاینده ای قالب های مختلف ارتباط با اداره را در خود جذب می کند و می پذیرد چنان که در تمامی کشورها در طول دهه ی ۱۹۹۰، توسعه ی «مشورهای شهروند» یا حتی جایگزینی اصطلاح «شهروند» به جای «اداره شونده» در اسناد حقوقی بر آن گواهی می دهد.» (شوالیه، ۱۳۹۶: ۲۵۹)

### نتیجه :

از مهم ترین تفاوت های دانش حقوق اداری با دانش حقوق مدنی در ایران، آن است که در خصوص مفاهیم و نهادهای بنیادین و ریشه های تاریخی آن به اندازه کافی بحث نشده و عمده مؤلفان این عرصه، یا دست به اقتباس مباحث آن از منابع غربی زده اند بدون آن که در جهت بومی سازی، دخل و تصرف درخوری صورت دهند یا آن که به شرح مواد و مقررات مصوب حکومتی اکتفا نموده و راهی به عمق نبرده اند. حال آن که در حوزه ی ادبیات حقوق مدنی، سرشاری منابع در خصوص اصطلاحات و لوازم تاریخی و مفهومی آن همواره جلب توجه می نماید. به منظور رفع این نقیصه به نظر می رسد در کنار مطالعات تاریخی و تطبیقی، احتیاج مبرمی به مفهوم شناسی و غنابخشی به ترمینولوژی حقوق اداری البته به صورت تفصیلی و نه صرفاً به صورت فرهنگنامه ای هست که هرچند این نوع تلاش نیز ضروری و درخور تقدیر است و توسط برخی پژوهشگران ارجمند آغاز شده است.

در این مقاله، از تعریف عام و کلاسیک اداره عبور کرده و درصدد نگاهی تحلیلی بدان برآمدم و ملاحظه شد که سه عنصر اصلی سازمانی، هدف و روش و ابزار تا چه حد در شکل‌گیری و تحقق اداره آنچنان که اقتضائات جامعه انسانی ایجاب می‌کند مؤثر واقع شده‌اند.

عناصر مذکور، در مدل‌ها و ادوار مختلف، هسته‌ی اصلی کیفی کارکرد خود را حفظ نموده‌اند و هرچند که تحولات اخیر، اداره را پاسخگوتر و انسان‌مدارتر ساخته و به حوزه‌ی ابتکارات فردی و آزادی‌های مدنی میدان و مجال بیشتری بخشیده است؛ اما همچنان سه عنصر اصلی وجودی اداره، در حال نقش‌آفرینی است.

عنصر سازمانی بر وابستگی مستقیم یا غیرمستقیم اداره به دولت تأکید دارد که به نوعی تمام اشخاص دولتی (غیرقضایی و غیرسیاسی) و عمومی غیردولتی را دربرمی‌گیرد و نشانگر آن است که همچنان و به رغم توسعه آزادی‌ها و توانایی‌های بخش خصوصی، تصدی امور عمومی در دست یا تحت نظر دولت همچنان اهمیت و ضرورت محوری دارد.

عنصر هدف یعنی نفع عمومی که همزمان خدمت و نظم عمومی را دربرمی‌گیرد، همچنان اداره و دولت را در متن و محور نظام اجتماعی مدل‌ها و ادوار مختلف نگاه می‌دارد و توجیه‌گر امتیازات و تعهدات ویژه اداره نسبت به سایر اشخاص و باعث تمایز آن می‌گردد.

و بالاخره، عنصر روش و ابزار، نشانگر واقعیت قدرت در عرصه‌ی مناسبات اجتماعی و اقتصادی است و بیانگر آن است که علیرغم رشد و توسعه‌ی جوامع انسانی، تحقق اهداف دولت همچنان مستلزم عنصر اقتدار و در صورت لزوم خشونت و انحصار مشروع است. تحلیل عناصر مذکور در عین آن که به قضات و مجریان حقوق امکان شناخت دقیق‌تری از اداره در جهت تعیین رژیم حقوقی مرتبط، تعیین نوع دعوا، تعیین قاضی صالح و عرصه امکان جریان امتیازات اقتداری را می‌بخشد. در یک کلام نشانگر آن است که یکی از لوازم حیاتی جوامع مختلف انسانی در دوران مدرن بوده و خواهد بود.

## منابع:

## -فارسی

۱. -امامی، محمد، کوروش استوار سنگری، حقوق اداری، انتشارات میزان، چاپ نوزدهم پاییز ۱۳۹۴.
۲. -جوان آراسته، حسین، مبانی حکومت اسلامی، انتشارات بوستان کتاب، چاپ دهم، ۱۳۹۵.
۳. -داوید، رنه، کامی ژوفره اسپینوزی، درآمدی بر حقوق تطبیقی و دو نظام بزرگ حقوقی معاصر، ترجمه سید حسین صفایی، انتشارات میزان، چاپ ششم، پاییز ۱۳۸۴.
۴. -زارعی، آرمان، پست سکولاریسم، نشر نی، ۱۳۹۷.
۵. -زولر، الیزابت، درآمدی بر حقوق عمومی، ترجمه سید مجتبی واعظی، انتشارات جاودانه، چاپ سوم، ۱۳۹۶.
۶. -شمس، عرفان، خودتنظیمی، انتشارات خرسندی، ۱۳۹۴.
۷. -شوالیه، ژاک، دولت قانونمند، ترجمه حمیدرضا محمدی، نشر دادگستر، ۱۳۸۷.
۸. ------، دولت پسامدرن، ترجمه سید مجتبی واعظی، انتشارات مجد، ۱۳۹۶.
۹. -طباطبایی مومنی، منوچهر، حقوق اداری، انتشارات سمت، چاپ دوازدهم، ۱۳۸۵.
۱۰. -عباسی، بیژن، حقوق اداری، نشر دادگستر، ۱۳۸۹.
۱۱. -عطریان، فرامرز، اداره خوب، انتشارات میزان، ۱۳۹۶.
۱۲. -فیرحی، داود، نظام سیاسی و دولت در اسلام، انتشارات سمت، چاپ پنجم، ۱۳۸۶.
۱۳. -کاسز، ساینو، شکل گیری حقوق اداری در انگلستان و فرانسه، ترجمه سید مجتبی واعظی، انتشارات شهرداد، ۱۳۹۲.
۱۴. -گیلر، تد، دیوید اوزبرن، بازآفرینی دولت، ترجمه فضل الله امینی، انتشارات فرا، ۱۳۸۴.
۱۵. -مارکو، ژرارد، ویژگی ها و تحولات دادگستری اداری در اروپای غربی، ترجمه سید مجتبی واعظی، ضمیمه کتاب شکل گیری حقوق اداری، انتشارات شهرداد، ۱۳۹۲.
۱۶. -موسی زاده، رضا، حقوق اداری کلیات و ایران، انتشارات میزان، بهار ۱۳۸۱.

۱۷. -مولایی، آیت، قراردادهای اداری، انتشارات میزان، چاپ اول، ۱۳۹۳.
۱۸. واعظی، سید مجتبی، مطالعه تطبیقی صلاحیت وضع آیین نامه با تاکید بر نظام های حقوقی ایران و فرانسه، نامه مفید، شماره ۷۹.
۱۹. -----، نقش دیوان عدالت اداری در دادرسی شرعی مقررات اداری، مجله مطالعات حقوقی، دانشگاه شیراز، دوره اول، شماره اول، زمستان ۱۳۸۸.
۲۰. -----، شورای نگهبان و چگونگی سلسله مراتب هنجارهای حقوقی در ایران، فصلنامه حقوق دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، دوره ۴۰، شماره ۶، تابستان ۱۳۸۹.
۲۱. هداوند، مهدی، حقوق اداری تطبیقی، جلد اول، انتشارات سمت، ۱۳۸۹.

### -لاتین

1. Chapus, René, (2001), Droit administratif général, t1, Montchrestien. –
2. -----, (1999) Le service public et la puissance publique, in l'administration et son juge, PUF.
3. Chevallier, Jacques (1998), L'évolution du droit administratif, Revue du droit public, n 5/6.
4. -Eisenmann, Charles (1982), Cours de droit administratif, t1, L.G.D.J.
5. -Gaudemet, Yves (2001) Traité de droit administratif, t1, L.G.D.J.
6. -Laferrière, Edouard (1896), Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux, t2, L.G.DJ.
7. -Lemasurier, Jean (2001), Le contentieux administratif comparé, Economica.
8. -Mestre, Jean-Louis (1985), Introduction historique au droit administratif français, PUF.
9. -Richier, Laurent (1999), Droit des contrats administratifs, L.G.D.J,
10. -Truchet, Didier (1977), Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'Etat, L.G.D.J.



- 
11. -Vedel, Georges (1974), Discontinuité du droit constitutionnel et continuité du droit administratif: le rôle du juge, in Mélanges offerts à Marcel Waline.
  12. -Waline, Jean (2008), Droit administratif, Dalloz,.

مکیده مقالات به زبان انگلیسی