



مطالعات حقوق تطبیقی معاصر

سال چهاردهم، شماره سی و یک، تابستان ۱۴۰۲



- معیارهای عینی کنترل منصفانه بودن شروط در قراردادهای مصرف و ضمانت اجرای آنها (مطالعه تطبیقی در حقوق فرانسه و ایران)
مهرزاد ابدالی
- مبانی نظری مسئولیت شرکت‌های مادر در موارد ورشکستگی شرکت‌های تابعه (مطالعه تطبیقی با قانون نمونه آنستیرال)
ربیعا اسکینی؛ شیرین ملک‌محمدی
- بررسی نمایندگی اضطراری در حقوق انگلستان و جایگاه آن در حقوق ایران
زهرا ایران‌دوست؛ سید محمدهادی ساعی
- تأملی بر مفهوم حق رأی با رویکرد ارتقای مبانی نظری حق انتخاب شدن اعضای شوراهای اسلامی شهر و روستا در پرتو قانون اساسی
علی‌اکبر ترمان؛ حسین ملکوتی
- مطالعه تطبیقی نقد پدیدارشناختی به رویکرد لیبرال حقوق بشر
مهدی رضایی؛ مازیار خادمی
- تحلیل حقوقی اعمال نظارت پس از واگذاری در خصوصی‌سازی‌ها (موانع و راهکارها)
حسینعلی کلهر؛ عادل ابراهیم‌پور اسنجان
- بررسی ارکان نهاد تجاوز به ملک در نظام کامن‌لا در مقایسه تطبیقی با تصرف عدوانی و غصب در حقوق ایران
رضاحسین گندم‌کار؛ زهره نجفی
- مناسبات میان هزینه دادرسی و اصول دادرسی منصفانه؛ مطالعه تطبیقی در حقوق ایران و انگلستان
پژمان محمدی؛ خلیل احمدی؛ میلاد کیانپوریان‌نژاد
- دادرسی افتراقی اطفال بزه‌دیده در مرحله پیش‌محاکمه
وحید نکونام
- مطالعه تطبیقی مبانی و معیارهای تحدید حق بر حریم خصوصی در عصر شیوع کرونا در حقوق ایران و فرانسه
جعفر نوری یوشانلوئی؛ ندا همکانمراد

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



مطالعات حقوق تطبیقی معاصر

(نشریه علمی)

سال چهاردهم - شماره سی و یک

تابستان ۱۴۰۲

مطالعات حقوق تطبیقی معاصر

نشریه علمی

صاحب امتیاز: دانشگاه تبریز

مدیر مسئول: دکتر رضا سکوتی نسیمی سردبیر: دکتر ابراهیم شعاریان ستاری

هیأت تحریریه

دکتر حمید اهری:	استاد دانشگاه مازندران	دکتر اسمعیل رحیمی نژاد:	دانشیار دانشگاه تبریز
دکتر محمدعلی اردبیلی:	استاد دانشگاه شهید بهشتی	دکتر رضا سکوتی نسیمی:	استاد دانشگاه تبریز
دکتر حیدر باقری اصل:	استاد دانشگاه تبریز	دکتر ابراهیم شعاریان ستاری:	استاد دانشگاه تبریز
دکتر محمدرضا پاسبان:	دانشیار دانشگاه علامه طباطبایی	دکتر مرتضی شهبازی نیا:	دانشیار دانشگاه تربیت مدرس
دکتر منصور جباری:	استاد دانشگاه علامه طباطبایی	دکتر بیژن عباسی:	دانشیار دانشگاه تهران
دکتر سعید حبیبیا:	استاد دانشگاه تهران	دکتر سید محمدتقی علوی:	استاد دانشگاه تبریز
دکتر محمدجعفر حبیبزاده:	استاد دانشگاه تربیت مدرس	دکتر حسین فخر:	دانشیار دانشگاه تبریز
دکتر ابوالفتح خالقی:	دانشیار دانشگاه قم	دکتر حسن محسنی:	دانشیار دانشگاه تهران
دکتر مهراب داراب‌پور:	استاد دانشگاه شهید بهشتی	دکتر محمدرضا مجتهدی:	استاد دانشگاه تبریز
دکتر احمد دلمی:	دانشیار دانشگاه قم	دکتر پژمان محمدی:	استاد دانشگاه شهید چمران اهواز
دکتر محمد راسخ:	استاد دانشگاه شهید بهشتی	دکتر سام محمدی:	استاد دانشگاه مازندران

همکاران علمی این شماره:

مسلم آقایی طوق، عادل ابراهیم‌پور، باقر انصاری، حسین ایمانی جاجرمی، اشرف بروجردی، محمدرضا پاسبان، عباس تدین، فرامرز تقی‌لو، محمدرضا جاوید، غلامرضا حاجی‌نوری، سیدپدرام خندان، رضا سکوتی نسیمی، زهرا شاکری، الهام‌الدین شریفی آل‌هاشم، ابراهیم شعاریان ستاری، وهاب کریمی، حسن طفرانگار، ابراهیم عابدی، مرتضی عادل، مجید عزیزبانی، مجید غمامی، سیدمحمد مهدی قبولی درافشان، حسن محسنی، محمدعلی مشفق، علی مشهدی، سیدحسین ملکوتی هشتجین، اصغر مهاجری، محمدرضا ناطق‌پور، سید جواد نگارنده، امیرحسن نیازپور

این نشریه براساس مصوبه شماره ۸۹/۳/۱۱/۲۱۹۷۵ مورخ ۱۳۸۹/۷/۶ کمیسیون بررسی نشریات علمی وزارت علوم، تحقیقات و فناوری حائز درجه علمی شده و براساس مجوز شماره ۹۱/۱۲۹۰۸ تاریخ ۱۳۹۱/۵/۳ وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی منتشر می‌شود.

- O ویراستار فارسی: ماندانا نعمت‌نژاد
- O ویراستار انگلیسی: دکتر داود کوهی
- O مدیر اجرایی: عباس یگانه
- O نوبت انتشار: فصلنامه
- O صفحه آرای: شیرین زمانی
- O قیمت این شماره: ۱۰۰۰۰۰ ریال
- O تاریخ چاپ: تابستان ۱۴۰۲

انتشارات دانشگاه تبریز

این نشریه در «*ایران ژورنال*» نظام نمایه‌سازی مرکز منطقه‌ای اطلاع‌رسانی علوم و فناوری به نشانی www.ricest.ac.ir و پایگاه استنادی علوم جهان اسلام (ISC) به نشانی www.isc.gov.ir نمایه می‌شود.

Email: tabrizulaw@gmail.com

نشانی: تبریز، بلوار ۲۹ بهمن، دانشگاه تبریز، دانشکده حقوق و علوم اجتماعی
کدپستی: ۵۱۶۶۶۱۶۴۷۱، تلفن: ۰۴۱-۳۳۳۹۲۲۶۲، نمابر: ۰۴۱-۳۳۳۵۶۰۱۳
❖ مسئولیت صحت مطالب مقاله‌ها با نویسندگان است.

راهنمای تدوین مقاله

ضوابط جدید انتشار مقاله در نشریه مطالعات حقوق تطبیقی معاصر که به تصویب هیات تحریریه رسیده است و از تاریخ اول شهریور ماه ۱۳۹۹ مبنای عمل خواهد بود، بر اساس آیین نامه جدید نشریات علمی مصوب ۱۳۹۸ و شیوه نامه ارزیابی و رتبه‌بندی نشریات علمی مصوب ۱۳۹۸ و همچنین سیاست‌های کلی نشریه تدوین گردیده است.

ضوابط شکلی

۱. حجم مقاله (متن اصلی) حداکثر در ۱۰۰۰۰ کلمه خواهد بود. چکیده فارسی و انگلیسی مقاله ۱۵۰ الی ۳۰۰ کلمه و تعداد واژگان کلیدی بین ۵ تا ۷ کلمه خواهد بود.
۲. مقاله بایستی دارای مقدمه شامل طرح مسئله، سوالات، پیشینه، هدف و بیان ساختار اصلی مقاله باشد.
۳. فاصله سطرها به صورت single حاشیه از راست و چپ ۴/۸، از بالا ۶/۵ و پایین ۶ سانتی‌متر باشد.
۴. عناوین اصلی و فرعی و فصل‌بندی موضوعی باید حاوی نظم منطقی باشد. در عناوین مقاله از روش شماره‌گذاری عددی استفاده شده و در عناوین فرعی اعداد از راست به چپ نوشته شود.
۵. فرمت ارسالی فایل مقاله (Docx Word 2013 یا جدیدتر) خواهد بود.
۶. صفحه اول مقاله مشتمل بر عنوان، چکیده و واژگان کلیدی فارسی باشد.
۷. نحوه ارجاع دهی منابع به صورت پاورقی، به صورت شماره‌های پایایی و به شرح زیر خواهد بود:
* کتاب: نام، نام خانوادگی، عنوان کتاب (بصورت ایتالیک)، ج، (محل چاپ: ناشر، نوبت چاپ، سال)، ص.
نمونه: محمدعلی اردبیلی، حقوق جزای عمومی، ج ۱، (تهران: میزان، چ ۵۴، ۱۳۹۷)، ص ۸۱.
* مقاله: نام، نام خانوادگی، «عنوان مقاله» (داخل گیومه)، نام مجله، شماره مجله (سال)، ص.
نمونه: کمال الدین هریسی نژاد، «تأملی در عوامل تأثیرپذیری حقوق نوین ایران از نظام حقوقی رمی- ژرمنی»، مطالعات حقوق خصوصی، شماره ۲ (۱۳۸۸)، ص ۳۷۵.
* مقاله چاپ شده در کتاب: نام، نام خانوادگی، «عنوان کامل مقاله» (داخل گیومه)، نام و نام خانوادگی گردآورنده یا گردآوردگان کتاب، عنوان مجموعه مقالات (به صورت ایتالیک)، (محل چاپ: ناشر، نوبت چاپ، سال)، ص.
نمونه: سید حسین صفایی، «معامله وکیل به نام خود در حقوق ایران با بررسی تطبیقی» در: حسن جعفری تبار، بر منہج عدل: مقالات اهدا شده به استاد دکتر ناصر کاتوزیان، (تهران: مؤسسه انتشارات دانشگاه تهران، چ دوم، ۱۳۹۳)، ص ۲۴۶.
* تکرار با واسطه: نام، نام خانوادگی، پیشین، ص.
* تکرار بی‌واسطه: همان، ص.
* اگر در تکرار با واسطه علاوه بر منبع مورد نظر، از همان نویسنده، دیگر منابع هم در ارجاعات پیشین ذکر شده باشد: نام، نام خانوادگی، عنوان مقاله یا کتاب.
* در مورد منابع لاتین، استفاده از عبارت *op. cit* و *Ibid* (به صورت ایتالیک) در ارجاعات بعدی به تناسب با درج شماره صفحه.

* پایان نامه و رساله: نام، نام خانوادگی، عنوان رساله/پایان نامه (به صورت ایتالیک)، نام دانشگاه، سال چاپ.

* منبع الکترونیک: نام نویسنده، نام خانوادگی نویسنده، عنوان مقاله، آدرس سایت قابل دسترسی (داخل در علامت < >)

* از ذکر هرگونه القاب و عناوین برای اشخاص در ارجاعات خودداری شود.

۸. فهرست منابع می‌بایست به تفکیک نوع منبع (فارسی/زبان‌های خارجی و کتاب / مقاله / قوانین / منبع الکترونیک / پرونده‌ها) درج شده و به صورت اعداد متوالی شماره‌گذاری گردند. نحوه تنظیم فهرست منابع به همان ترتیبی است که برای پاورقی‌ها ذکر شده است به استثنای اینکه در ذکر منابع نام خانوادگی قبل از نام نویسنده و بدون ذکر شماره صفحه درج خواهد شد.

راهنمای تنظیم اندازه و قلم مقالات

نوع فونت	اندازه	موضوع
B Mitra	Bold 14	عنوان مقاله به فارسی
B Mitra	Bold 11	اسامی نویسندگان به فارسی
B Mitra	<i>Italic</i> 13	متن چکیده فارسی
B Mitra	<i>Italic</i> 13	کلیدواژه فارسی
B Mitra	Bold 13	عنوان‌های داخل متن
B Mitra	Bold 12	عنوان‌های فرعی داخل متن
B Mitra	۱۳	متن مقاله
B Mitra	۹	پانویس فارسی
Times New Roman	۱۰	پانویس انگلیسی
B Mitra	۱۰	عناوین جداول، نمودارها و شکل‌ها
B Mitra	۱۳	منابع فارسی
Times New Roman	۱۱	منابع انگلیسی

راهنمای تنظیم اندازه و قلم چکیده انگلیسی

چکیده انگلیسی		
Times New Roman	Bold 13	عنوان مقاله انگلیسی
Times New Roman	Bold 11	اسامی نویسندگان انگلیسی
Times New Roman	Bold 13	عنوان Abstract
Times New Roman	<i>Italic</i> 11	متن چکیده انگلیسی
Times New Roman	13	کلید واژه انگلیسی

فهرست مطالب

عنوان	صفحه
۱- معیارهای عینی کنترل منصفانه بودن شروط در قراردادهای مصرف و ضمانت اجرای آنها (مطالعه تطبیقی در حقوق فرانسه و ایران)	
مهرزاد ابدالی.....	۳۱-۱
۲- مبانی نظری مسؤلیت شرکتهای مادر در موارد ورشکستگی شرکتهای تابعه (مطالعه تطبیقی با قانون نمونه آنستیرال)	
ربیعا اسکینی؛ شیرین ملک محمدی.....	۶۰-۳۳
۳- بررسی نمایندگی اضطراری در حقوق انگلستان و جایگاه آن در حقوق ایران	
زهرا ایران دوست؛ سید محمدهادی ساعی.....	۸۲-۶۱
۴- تأملی بر مفهوم حق رأی با رویکرد ارتقای مبانی نظری حق انتخاب شدن اعضای شوراهای اسلامی شهر و روستا در پرتو قانون اساسی	
علی اکبر ترمان؛ حسین ملکوتی.....	۱۱۱-۸۳
۵- مطالعه تطبیقی نقد پدیدارشناختی به رویکرد لیبرال حقوق بشر	
مهدی رضایی؛ مازیار خادمی.....	۱۴۳-۱۱۳
۶- تحلیل حقوقی اعمال نظارت پس از واگذاری در خصوصی سازیها (موانع و راهکارها)	
حسینعلی کلهر؛ عادل ابراهیم پور اسنجان.....	۱۸۲-۱۴۵
۷- بررسی ارکان نهاد تجاوز به ملک در نظام کامن لا در مقایسه تطبیقی با تصرف عدوانی و غصب در حقوق ایران	
رضاحسین گندم کار؛ زهره نجفی.....	۲۱۹-۱۸۳
۸- مناسبات میان هزینه دادرسی و اصول دادرسی منصفانه؛ مطالعه تطبیقی در حقوق ایران و انگلستان	
پژمان محمدی؛ خلیل احمدی؛ میلاد کیانپوریان نژاد.....	۲۵۳-۲۲۱

۹- دادرسی افتراقی اطفال بزه‌دیده در مرحله پیش‌محاکمه

وحید نکونام ۲۸۵-۲۵۵

۱۰- مطالعه تطبیقی مبانی و معیارهای تحدید حق بر حریم خصوصی در عصر
شیوع کرونا در حقوق ایران و فرانسه

جعفر نوری یوشانلوئی؛ ندا همکانمراد ۳۱۴-۲۸۷



University of Tabriz

Contemporary Comparative Legal Studies

Online ISSN: 2821-0514

Volum: 14 Issue: 31
Summer 2023

Article Type: Research Article

Pages: 1-31

Objective Criteria for Controlling the Fairness of Terms in Consumer Contracts and their Sanction: A Comparative Study in French and Iranian Law

Mehrdad Abdali¹✉

1. Associate Professor, Imam Khomeini International University, Qazvin, Iran.

abdali@soc.ikiu.ac.ir

Abstract

*In the French legal system, in order to control the fairness of the terms and judicial supervision of consumer contracts, two general categories of criteria have been identified and introduced to control them. The first one is the Commercial Code, which governs all "commercial contracts" and forms part of a broader law on unfair competition law; it has historically been rooted in countering abuses' by large retailers of their suppliers of goods. Second, in civil law, which seems to be influenced by the criteria for controlling the terms of consumer contracts in European law and governs the terms of *contrats d'adhésion*. That is, cases in which the "will" of one of the parties to the contract is not taken into account. In Iranian law, there is no objective criterion for recognizing the unfairness of conditions, and as a result, it has become difficult to control them. The law on e-commerce and the law on the implementation of the general policies of principle 44 of the Constitution are not helpful in this regard either, and the need to pay attention to this important issue is fully felt.*

Keywords: *Unfair terms, Commercial contracts, Unfair competition, Competition law.*

Received: 2022/04/30 Received in revised form: 2022/10/22 Accepted: 2022/10/24 Published: 2023/06/26

DOI: 10.22034/LAW.2022.51373.3125

Publisher: University of Tabriz

Tabrizulaw@gmail.com



معیارهای عینی کنترل منصفانه بودن شروط در قراردادهای مصرف و ضمانت اجرای آنها (مطالعه تطبیقی در حقوق فرانسه و ایران)

مهرداد ابدالی ✉

abdali@soc.ikiu.ac.ir

۱. دانشیار دانشگاه بین‌المللی امام خمینی (ره) قزوین، ایران.

چکیده

در نظام حقوقی فرانسه، برای کنترل منصفانه بودن شروط و نظارت قضایی بر قراردادهای مصرف، دو دسته کلی از معیارها برای کنترل آنها تعیین و معرفی شده است؛ نخست، معیارهایی در قانون تجارت که بر همه «قراردادهای تجاری» حکومت می‌کنند، بخشی از یک قانون گسترده‌تر در مورد حقوق رقابت ناعادلانه را شکل می‌دهند و از حیث تاریخی ریشه در مسئله مقابله با سوءاستفاده تهیه‌کنندگان کالا از خرده‌فروشان دارند. دوم، معیارهایی در قانون مدنی که ظاهراً تحت تأثیر معیارهای کنترل شروط قراردادهای مصرف در حقوق اروپا مورد توجه قرار گرفته، بر شروط قراردادهای الحاقی حکومت می‌کنند؛ یعنی مواردی که در آنها «اراده» یکی از طرفین قرارداد لحاظ نشده است. در حقوق ایران معیاری عینی برای تشخیص ناعادلانه بودن شروط معرفی نشده و در نتیجه کنترل آنها را با مشکل مواجه ساخته است. قانون تجارت الکترونیک و قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی نیز در این مورد راهگشا نیستند. در این شرایط ضرورت توجه به این امر مهم کاملاً احساس می‌شود.

واژگان کلیدی: رقابت ناعادلانه، حقوق رقابت، شروط غیرمنصفانه، قراردادهای مصرف، نظم

عمومی.

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۲/۱۰ تاریخ بازنگری: ۱۴۰۱/۰۷/۳۰ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۰۸/۰۲ تاریخ انتشار: ۱۴۰۲/۰۴/۰۵

DOI: 10.22034/LAW.2022.51373.3125

Tabrizulaw@gmail.com

ناشر: دانشگاه تبریز

مقدمه

جای تردید نیست که اولاً بین حقوق قراردادهای، یعنی مقرراتی که در معنای سنتی خود بر حقوق و تکالیف ناشی از انعقاد، اجرا یا عدم اجرای تعهدات حکومت می‌کند، و مقررات گسترده‌تر حاکم بر فضا و محیط تشکیل قراردادهای (معمولاً بازارها)^۱ که قراردادهای در آن ساخته و اجرا می‌شوند، رابطه مهمی وجود دارد. نمونه روشن این رابطه را می‌توان در قراردادهای مصرف مشاهده کرد که در آنها مراجع عمومی از طریق حمایت‌های قانونی و اتخاذ معیارهای مؤثر و قابل اجرا، حقوقی را برای مصرف‌کننده فراهم می‌کنند تا در حوزه کالاهای مصرفی دچار زیان نشود. ثانیاً پیوندهای مستقیمی بین حقوق قراردادهای و حقوق رقابت (که نمونه کامل آن در مقررات حاکم بر بازار مشاهده می‌شود) وجود دارد؛ یعنی مواردی که توافقنامه‌های ضدرقابتی (مانند توافق‌های راجع به تثبیت قیمت یا شروط ناظر بر ایجاد محدودیت غیرمتعارف در تجارت) که در قالب قراردادهای یا شروط قراردادی شکل می‌گیرند، نامشروع و در نتیجه غیرقابل اجرا هستند.

توجه به این دو نکته، حقوق‌های ملی را بر آن داشته است که هم در قوانین مربوط به رقابت و هم در قوانین مدنی یا تجاری خود، ضرورت کنترل شروط قراردادی از جمله در قراردادهای مصرف را لحاظ کنند. نمونه این حقوق، حقوق فرانسه است که مقررات آن در این حوزه قابل توجه بوده و موضوع بررسی این نوشتار قرار گرفته است.

در حقوق ایران، اما کنترل منصفانه بودن شروط، فضایی مبهم دارد و آن‌چنان که باید کارایی ندارد. قانون اجرای سیاست‌های اصل ۴۴ قانون اساسی، تحمیل شرایط قراردادی غیرمنصفانه را ممنوع اعلام کرده است اما ضمانت اجرای آن مشخص نیست. قانون حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان نیز در این زمینه وضعیتی مشابه دارد و چنان که خواهد آمد، گام مؤثری برنداشته است. قانون تجارت الکترونیکی تنها قانونی است که از ضمانت اجرای منصفانه بودن شروط غافل نمانده است، اما به‌گونه‌ای مبهم که اثری جز دامن زدن به

۱. در بند ۱ ماده ۱ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی، بازار «به فضایی جغرافیایی یا مجازی که در آن خریداران و فروشندگان، کالاها و خدمات مشابه یا جانشین نزدیک را مبادله می‌کنند» اطلاق شده است.

۲Hugh, Collins, *Regulating Contracts*, (Oxford: Oxford University Press, Vol. 27, 1999), p. 389.

اختلافات نظری نداشته است. در این مقاله تلاش بر آن است که با نشان دادن وضعیت شروط غیرمنصفانه و چگونگی کنترل آنها در حقوق فرانسه، خلأ قانونی مربوط به کنترل این شروط و تعیین ضمانت اجرای روشن آنها در حقوق ایران مورد توجه قرار گیرد.

در طول یک دهه گذشته، حقوق فرانسه در کنار کنترل‌های موضوع قانون تجارت، یک دسته کنترل قانونی جدید بر شروط قرارداد ایجاد کرده است که بر مبنای «معیار غیرمنصفانه بودن» در قانون مصرف‌کنندگان اروپا الگوسازی شده است و در واقع دستورالعمل اروپایی را در مورد شروط ناعادلانه در قراردادهای مصرف‌کننده اجرا می‌کند.^۳ اما این معیار در خارج از حوزه قراردادهای مصرف‌کننده نیز قابل اجرا است. اولین مورد کنترل، در مقررات حاکم بر فعالیت‌های بازار خرده‌فروشی در خصوص تهیه‌کنندگان کالا ایجاد شد و در سال ۲۰۰۸ به‌عنوان بخشی از حقوق رقابت ناعادلانه وارد قانون تجارت گردید، اما به‌طور کلی در همه قراردادهای تجاری قابل اجرا است.^۴ کنترل دوم که در راستای اصلاحات سال ۲۰۱۶ در بخش قراردادها و تعهدات قانون مدنی صورت گرفته، ناظر بر قراردادهای الحاقی است.^۵

پیش از توضیح دو قانون ملی کشورهای مورد مطالعه، ضرورت دارد نگاهی به دو معنای ممکن از حقوق رقابت داشته باشیم.^۶ بر پایه معنای اول و معمول، حقوق رقابت به مجموعه مقرراتی اشاره دارد که در مقام ایجاد اطمینان برای تأمین «رقابت آزاد» است و در وهله اول نظر بر منافع مصرف‌کنندگان است.^۷ این قوانین، کنترل‌های گسترده‌ای بر روی توافقات ضدرقابتی یا اقدامات مشترک و سوءاستفاده از موقعیت برتر در بازار را اعمال می‌کنند و همچنین یک سری اختیارات دولتی را برای مداخله در بازارهای خاص در صورت مشاهده شواهدی بر پدیده شکست بازار فراهم می‌آورد تا شرایط رقابت آزاد مهیا شود. در این معنا

^۳ Arts L 212-1-212-3; R 212-1-212-5 Code De La Consommation; Directive 1993/13/EC on Unfair Terms in Consumer Contracts [1993] OJ L95/29 (1993 Directive)

^۴ Art L 442-6.I.2o Code De Commerce, Section 3

^۵ Code Civil (2016, Arts 1110 et 1171

^۶ امیرعباس علاءالدینی و مهرزاد شیری، «قواعد حقوق رقابت در ایران و تحولات آن در پرتو سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی»، قضاوت، ش ۸۷ (۱۳۹۵)، ص ۱۲۵.

^۷ Richard Whish & David Bailey, *Competition Law*, (Oxford: Oxford University Press, 9th Ed. 2018), pp. 18-23.

حقوق فرانسه مجموعه‌ای از قوانین مربوط به رقابت آزاد را شامل می‌شود که تا حدی برگرفته از حقوق اروپا است، اما با ویژگی‌های ملی خاص خود. این موارد در قانون تجارت ذیل عنوان «فعالیت‌های ضد رقابتی»^۸ منعکس شده است.

معنای دوم، حقوق رقابت ناظر بر قوانینی است که هدف آنها ایجاد این اطمینان است که «رقابت عادلانه» و به نفع تاجران دیگر بوده و حداقل به همان اندازه به نفع مصرف‌کنندگان است. در واقع، چنین تصور می‌شود که رفتار نادرست بازاری یک تاجر (نسبت به تاجر دیگر یا مصرف‌کنندگان) این امکان را فراهم می‌سازد که از مزیت ناشی از رقابت ناعادلانه در بازار برخوردار شود و از این رو، قانون‌گذار موانع و محدودیت‌هایی را ایجاد می‌کند تا از ناعادلانه شدن رقابت جلوگیری نماید. در این معنا نیز حقوق فرانسه دارای قواعدی کلی در مورد رقابت ناعادلانه است که ابتدا از سوی دادگاه‌ها تحت عنوان مسئولیت غیر قراردادی ناشی از خطا، در قانون مدنی توسعه یافت؛^۹ اما بعدها در قانون تجارت، با عنوان «فعالیت‌های محدودکننده رقابت» گسترش پیدا کرده است.

۱. پیشینه مقابله با شروط غیر منصفانه

با توجه به اینکه روند تاریخی شکل‌گیری سیاست‌های تقنینی در حوزه قراردادی مصرف، زمینه تفسیری لازم در این مورد را فراهم می‌کند. نگاهی تاریخی به چگونگی روند یادشده به صورت مجزا پی گرفته می‌شود.

۱.۱. حقوق فرانسه

بر اساس قانون مدنی ۱۸۰۴ فرانسه، قرارداد عبارت است از توافقی که به وسیله آن یک طرف متعهد به انتقال، انجام یا عدم انجام کاری است، بدون اینکه نسبت به موضوع قرارداد یا تشریفات آن محدودیتی داشته باشد. صرف تحقق قانونی قرارداد، طرفین را ملتزم می‌کند؛ مگر اینکه قرارداد مخالف با نظم عمومی یا اخلاق حسنه باشد.^{۱۰} این رویکرد در قرن

^۸Les Pratiques Anti-Concurrentielles, Arts L 420-1-420-7.

^۹Arts 1382-3 C Civ. (1804), Arts 1240-1 C Civ (2016)

^{۱۰}Arts 1101 and 1134(1) C Civ (1804)

نوزدهم در این عبارت متجلی شد که طرفین از «استقلال اراده» برخوردارند و در نتیجه عادل هستند.^{۱۱} با این حال، این تصویر به طور قابل توجهی در طول قرن بیستم تحت تأثیر دکترین و آرای قضایی تغییر کرده است.

اول، به گفته ریموند سالی،^{۱۲} فقدان حق انتخاب واقعی طرفی که با مجموعه‌ای از شرایط تحمیل شده از سوی طرف دیگر مواجه می‌شود (قراردادهای الحاقی)، به این معناست که این قراردادها بیشتر شبیه مقررات اداری هستند تا قرارداد.^{۱۳} اگرچه دادگاه‌ها و بیشتر نویسندگان این نتیجه‌گیری را نپذیرفتند، اما تحلیل ریموند سالی منجر به این درک گسترده شد که اصل قراردادی مرسوم نمی‌تواند قراردادهای شکل استاندارد را توجیه کند.^{۱۴}

دوم، نویسندگان فرانسوی و دادگاه‌ها به طور فزاینده‌ای مخالف شروط معاف‌کننده و بعدها شروط کیفری بودند. تکنیک‌هایی برای کنترل موارد معاف‌کننده به کار گرفته شد که برخی از آنها مستقیماً مربوط به نظم عمومی بود و برخی دیگر نسبتاً پیچیده و مبتنی بر تفاسیر قضایی دادگاه‌های فرانسه. در مورد شروط کیفری، قانون مدنی در سال ۱۹۷۵ اصلاح شد و به دادگاه اجازه داد در مواردی که میزان مورد توافق، گزاف یا ناچیز باشد آن را کاهش یا افزایش دهد. در هر دو مورد، این کنترل‌ها در اصل برای تمام انواع قرارداد اعمال شد، اعم از اینکه طرف دیگر قرارداد تاجر باشد یا مصرف‌کننده و اعم از اینکه در قراردادهای الحاقی باشد یا غیر آن.^{۱۵}

سوم، در طول قرن بیستم قانون‌گذار فرانسه مجموعه‌ای از مقررات مهم را برای تنظیم انواع قرارداد (به‌ویژه قراردادهای بیمه، انواع مختلف اجاره و قراردادهای استخدام) ایجاد کرد. بسیاری از آنها الزام‌آور هستند به‌گونه‌ای که با توافق طرفین، امکان معاف شدن از آنها یا

^{۱۱}Réonique, Ranouil, *L'autonomie De La Volonté : Naissance et Évolution D'un Concept*, Vol. 12, (Presses Universitaires De France, 1980), p. 175.

^{۱۲}Ramon Saleilles,

^{۱۳}François Chénéde & Raymond Saleilles, "Le Contrat D'adhésion", *Revue Des Contrats* 24, Part 1, (2012), P. 229.

^{۱۴}*Ibid*, p. 30.

^{۱۵}François, Terré, Philippe, *Simler and Yves Lequette, Droit Civil: Les Obligations*, (Daloz, 11th Ed., 2013), p. 201.

تغییرشان وجود ندارد.^۶ از دهه ۱۹۸۰، برخی از حقوق دانان فرانسوی استدلال کردند که حسن نیت (که قانون مدنی آن را برای اجرای قرارداد لازم می‌شمرد)^۷ پیامدهای بسیار گسترده‌ای برای توسعه قوانین ماهوی دارد. این امر مبنای مهمی را برای تحمیل مسئولیت در مورد نقض غیرمنتظره مذاکرات، تعهدات پیش‌قراردادی مربوط به اطلاعات، تعهدات قراردادی مشترک و کنترل‌های مربوط به اجرای برخی از حقوق قراردادی فراهم کرد.^۸ در واقع، برخی از حقوق دانان حسن نیت را منعکس‌کننده توجه مناسب قوانین به عدالت یا انصاف قراردادی دانسته‌اند که در جای خود نمایانگر الگوی وسیع‌تر «همبستگی اجتماعی» خواهد شد.^۹

بنابراین، رابطه نزدیکی بین حسن نیت و نظریه مبتنی بر دکترین سوءاستفاده از حق وجود دارد. از آنجا که دادگاه‌های فرانسوی حسن نیت را وسیله کافی برای ارزیابی عادلانه بودن شروط قرارداد نمی‌دانستند، قانون‌گذار فرانسه نخستین کنترل‌های قانونی بر شروط قراردادهای مصرف را با لحاظ کردن توأمان «امکان سوءاستفاده تاجر از حق خود در قرارداد» و «ضرورت اصلاح امتیازات گزافی» که ممکن است از آن نتیجه شود، آغاز کرد.^۲

در سال ۱۷۹۱، قانون‌گذار انقلابی فرانسه با «قانون آلارد»^{۱۰} امتیازات خاص شرکت‌های تجاری و مقررات اقتصادی گسترده رژیم سنتی را کنار گذاشت و به تثبیت چیزی پرداخت که با نام «اصل آزادی صنعت و تجارت» و در نتیجه، اصل آزادی رقابت معروف شد. این اصل بر رویکرد حقوق دانان فرانسوی به بازار در طول قرن نوزدهم تسلط داشت. البته این

^۶Alain, Bénabent, *Droit Civil: Les Contrats Spéciaux Civils et Commerciaux* (Paris: Montchrestien, 7th En., 2001), p. 284.

^۷Art 1134(3) C Civ (1804).

^۸François, Terré; Philippe, Simler; Yves, Lequette, *op. cit.*, p. 203.

^۹Denis, Mazeaud, "Loyauté, Solidarité, Fraternité: La Nouvelle Devise Contractuelle?", *L'avenir Du Droit, Mélanges en Hommage à François Terré* (Paris: Dalloz, 1999), p. 603.

^۲Loi no 78-23 of 10 Janvier 1978 Sur La Protection et L'information Des Consommateurs De Produits et De Services, Art 35(1).

^{۲۱} Décret d'Allarde: قانون آلارد، که اغلب به اشتباه فرمان آلارد خوانده می‌شود، قانونی است که گزارشگر آن پیر دالارد بود و از سوی مجلس مؤسسان در تاریخ ۲ و ۱۷ مارس ۱۷۹۱ به تصویب رسید. شرکت‌های حاضر در رژیم قدیمی آن را لغو کردند و امکان ایجاد اصل دسترسی آزاد به تجارت در جامعه فرانسه را فراهم آوردند.

ایده هم گسترش یافت که اگر رقابت ناعادلانه باشد، ممکن است با توجه به قانون مدنی، تقصیر زیان‌آور تلقی شود.^{۲۲} قانون‌گذار نیز بعدها برخی فعالیت‌های تجاری را ممنوع کرد (برای نمونه، تقلب در مواد غذایی یا دیگر رفتارهای متقلبانه در تجارت). در نتیجه، تاجری که در مقام پیشرفت فعالیت خود ناعادلانه رفتار کرده، به تاجر دیگری خسارت وارد می‌کرد فعالیتش به دستور دادگاه متوقف می‌شد.^{۲۳} علاوه بر این، هدف قانون رقابت ناعادلانه در این حقیقت منعکس شد که تنها تاجر رقیب یا اتحادیه‌های تجاری می‌توانند اقدام به طرح دعوا کنند. بنابراین وقتی در دهه ۱۹۷۰، قانون‌گذار به حمایت از مصرف‌کنندگان اقدام کرد، این حمایت مشمول عناوین کیفری بود و جنبه جزایی داشت؛ درحالی که قانون رقابت ناعادلانه، بخشی از قانون مدنی در مورد مسئولیت غیرقراردادی بود. این تمایز میان حقوق مصرف‌کننده و حقوق رقابت سبب شد حقوق مصرف‌کننده در قانون حمایت از مصرف‌کنندگان مصوب ۱۹۹۳ منعکس شود، درحالی که قانون حاکم بر حقوق رقابت ناعادلانه در قانون تجارت جای گرفت.^{۲۴}

چهارم، بعد از جنگ جهانی دوم، با وجود اصل آزادی تجارت و حتی نظر نویسندگان حقوق مدنی بر اصل استقلال اراده و آزادی قراردادها، بسیاری از کالاها و خدمات تحت کنترل مستقیم مراجع دولتی قرار گرفت؛ درحالی که در دهه ۱۹۵۰، قانون‌گذار برای حمایت از آزادی رقابت، توافق‌های ضدرقابتی را مشمول مجازات‌های کیفری قرار داد. در سال ۱۹۸۶ قوانین کنترل قیمت و رقابت آزاد به‌عنوان بخشی از آزادسازی وسیع اقتصاد فرانسه اصلاح شدند. قانون جدید سال ۱۹۸۶ اعلام کرد که «قیمت اموال، محصولات و خدمات ... به‌طور آزادانه و با مقررات رقابتی تعیین می‌شوند»^{۲۵} و همچنین توافقات ضدرقابتی و سوءاستفاده از موقعیت برتر، مشابه آنچه که در مقررات جامعه اروپا وضع شده بود، ممنوع شد.^{۲۶} همچنین سوءاستفاده از موقعیت وابستگی در صورتی که با هدف ممنوعیت، محدودیت

^{۲۲}Georges, Ripert & René, Roublot, *Traite' De Droit Commercial, Tome 1*, (Paris: Louis Vogel, 18th Ed., 2001), P. 590

^{۲۳}Luc, Bihl, *Le Droit Penal De La Consommation* (Paris: Nathan, 1989), P. 8.

^{۲۴}*ibid*, P. 9.

^{۲۵}1986 Ordonnance, Art 1(1). Art L 410-2 Code De Commerce

^{۲۶}1986 Ordonnance, Art 8-2.

و یا تغییر در نقش رقابت در بازار انجام گیرد و نیز تبعیض بین مصرف‌کنندگان از حیث قیمت، شروط و شرایط، ممنوع اعلام شد. این مقررات زمینه شکل گرفتن ماده L442-6-I^o قانون تجارت شد که بررسی منصفانه بودن شروط قراردادهای تجاری را حتی در جایی که قیمت‌ها تعیین شده‌اند فراهم می‌کند.

۲.۱. حقوق ایران

اولین قانونی که در زمان ناصرالدین شاه قاجار در سال ۱۲۹۷ به تصویب رسید، برای کاسبانی که با فروش اجناس تقلبی به زیان مصرف‌کننده اقدام می‌کردند مجازات پیش‌بینی کرد. پس از تصویب قانون مجازات عمومی در سال ۱۳۰۴، فصل یازدهم قانون با عنوان «دسیسه و تقلب در کسب و تجارت» به این امر اختصاص یافت. مواردی چون «گران خریدن اجناس زیاده بر نرخ معین نزد فروشندگان یا به‌واسطه مواضعه و اتفاق بین مالکین قیمت اجناس و امتعه یا بروات و سهام و امثال آن را زیاده بر نرخ عادلانه ترقی یا تنزل آنها» (ماده ۲۴۲)، فریب دادن مشتری در مورد عیار طلا یا نقره، قرارداد جنسی به جای جنس دیگر و تغییر اوزان و مقادیر و فریب مشتری از حیث کمیت یا کیفیت (ماده ۲۴۴)، استعمال متقلبانه علائم صنعتی یا تجاری دیگری (ماده ۲۴۹) از جمله این موارد است.

بعد از تصویب قانون مجازات عمومی نیز طی سال‌ها قوانین دیگری مصوب شد که از جمله می‌توان به قانون «اوزان و مقیاس‌ها» (مصوب ۱۳۰۴ و اصلاحیه ۱۳۱۱)، قانون مواد خوراکی و آشامیدنی و آرایشی و بهداشتی (مصوب ۱۳۴۹) اشاره کرد.

بعد از انقلاب نیز می‌توان به این قوانین اشاره نمود. قانون تشدید مجازات محکمران (مصوب ۱۳۶۷)؛ قانون تعزیرات حکومتی با وضع مقرراتی در زمینه احتکار و تقلب در مبیع، گران‌فروشی، کم‌فروشی، عرضه خارج از شبکه، عدم درج قیمت، اخفا و امتناع از عرضه کالا، فروش اجباری، عدم صدور فاکتور، عدم اجرای ضوابط قیمت‌گذاری و توزیع و جرم‌انگاری آنها (مصوب ۱۳۶۷ مجمع تشخیص مصلحت نظام)؛ قانون مجازات اخلاک‌گران در نظام اقتصادی کشور (مصوب ۱۳۷۹) با وضع قواعدی در خصوص اخلاک در امر توزیع مایحتاج

عمومی، اخلال در نظام تولیدی کشور، قانون تجارت الکترونیک مصوب ۱۳۸۲ با وضع قواعدی در حمایت از مصرف‌کنندگان، تشویق رقابت‌های مشروع و حمایت از اسرار تجاری در بستر مبادلات الکترونیکی؛ قانون نظام صنفی مصوب ۱۳۸۲ که در این قانون از آزادی ورود و خروج به بازار، ممنوعیت خودداری از ارائه کالا یا خدمت و ممنوعیت فروش اجباری کالا (موضوع بند «ل» ماده ۳۰، تبصره ۲ ماده ۴۹، بند «ب» ماده ۲۸، و ماده ۱۴) سخن رفته است.

در برنامه پنج‌ساله دوم توسعه، ذیل عنوان خط‌مشی‌های اساسی، مسئله اصلاح قیمت‌ها در مورد کالاهای عمومی و خدمات مورد توجه قرار گرفت. قانون برنامه سوم توسعه مصوب ۱۳۷۹ در فصل چهارم با عنوان «تنظیم انحصارات و رقابتی کردن فعالیت‌های اقتصادی» به مقابله با انحصار پرداخت. قانون برنامه چهارم توسعه مصوب ۱۳۸۳ نیز عنوان فصل سوم را به «رقابت‌پذیری اقتصادی» اختصاص داد و در بند «ه» ماده ۴۱، دولت را به تهیه «لایحه جامع تسهیل رقابت و کنترل و جلوگیری از شکل‌گیری انحصارات» موظف کرد.

در همین راستا و به‌منظور تحقق اهداف برنامه‌های دوم و سوم و چهارم توسعه (به‌ویژه برنامه چهارم)، با توجه به وظایف قانونی وزارت بازرگانی و همچنین مسئولیت تخصصی آن در تدوین لایحه اصلاح قانون تجارت، قانون تجارت الکترونیک، قانون نظام صنفی، لایحه حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان و سایر موارد مرتبط، هیئت وزیران لایحه قانون «تسهیل رقابت و کنترل و جلوگیری از شکل‌گیری انحصارات» را با همکاری وزارت امور اقتصادی و دارایی به این وزارتخانه سپرد. وزارت بازرگانی لایحه را تنظیم نمود و در ادامه روند اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی، تصمیم به ادغام این لایحه در لایحه سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی گرفت و در نهایت بعد از تصویب آن در مجلس شورای اسلامی و ایرادات شورای نگهبان و عودت آن به مجلس، در نهایت تحت عنوان «قانون اصلاح موادی از قانون برنامه چهارم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران و سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی» در تاریخ ۲۵ خرداد ۱۳۸۷ به تصویب مجمع تشخیص مصلحت نظام رسید. البته بر اساس ماده واحده «قانون اصلاح موادی از قانون برنامه چهارم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران و اجرای

سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران» مصوب ۱۱ اسفند ۱۳۸۹، عنوان قانون یادشده به قانون «اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی» اصلاح شد. فصل نهم این قانون مربوط به تسهیل رقابت و منع انحصار است.

۲. شیوه‌های کنترل منصفانه بودن شروط قراردادی

چنان‌که در بند ۲ این نوشتار گفته شد، حقوق رقابت در روند تاریخی شکل‌گیری خود در حقوق فرانسه، درنهایت در قانون تجارت این کشور قرار گرفت، اما در حقوق ایران، قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی، قانون تجارت الکترونیکی و قانون حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان به این مهم پرداختند. بنابراین، قوانین کنترلی این دو کشور به ترتیب مورد بحث قرار می‌گیرند.

۲.۱. قانون تجارت فرانسه

ماده ۴۴۲-۶-۱-۲ L بخشی از مجموعه پیچیده مقررات حاکم بر شفافیت، اعمال محدودکننده رقابت و دیگر شیوه‌های ممنوع را تشکیل می‌دهد که به فعالیت‌های گسترده‌تر مربوط به آزادی قیمت‌ها و رقابت تعلق دارد. این ماده در مواردی بر اساس ماده ۹۳ قانون نوسازی اقتصادی در سال ۲۰۰۸ اصلاح شد، اما هنوز هم قابل اجرا است. این ماده مقرر می‌دارد:

«۲. رفتارهای زیر از سوی هر تولیدکننده، تاجر، سازنده، یا فردی که در ثبت تجارت‌ها به ثبت رسیده، باعث مسئولیت مرتکب می‌شود و او را ملزم به جبران زیانی می‌کند که ناشی از فعل اوست.

(۱)....

(۲) متعهد کردن یا تلاش برای متعهد کردن شریک تجاری به تعهداتی که سبب عدم تعادل در حقوق و تعهدات طرفین می‌شود».

برخلاف عنوان دوم (II) از کتاب چهارم (IV) (که روند توافقات ضدرقابتی را ممنوع می‌کند و هدف آن تضمین این امر است که با قیمت پایین‌تر بتوان ارائه کالا و خدمات با

کیفیت بهتر و امکان انتخاب‌های بیشتر را برای رفاه مصرف‌کنندگان تأمین کرد)، عنوان IV عمدتاً ناظر است بر این امر که با استناد به نظم عمومی اقتصادی، بتوان شفافیت (بخش ۱) و عادلانه بودن روابط تجاری بین تأمین‌کنندگان و مشتریان آنها را خصوصاً در بخش خرده‌فروشی (بخش ۲) بدون در نظر گرفتن واقعی تأثیرات احتمالی بر رقابت رفتارهایی که به آن مربوط می‌شود، تضمین کرد. به‌طور خلاصه، عنوان IV دربارهٔ عادلانه بودن رقابت است، در حالی که عنوان II دربارهٔ آزادی رقابت است.

پیشینهٔ مادهٔ L442-6.I.2 قانون ۱۹۵۸ که فروشندگان کالا یا تهیه‌کنندگان خدمات را از اعمال تبعیض در قیمت بین مشتریان مختلف و مطالبهٔ قیمت‌های مختلف و یا بستن قرارداد با شروط مختلف منع کرد،^{۲۷} هدف اصلی این بود که از خرده‌فروشان کوچک کالا در مقابل استفاده از قدرت بالای چانه‌زنی تهیه‌کنندگان کالا در مذاکرات راجع به شروط مختلف حمایت کند.^{۲۸} اما با اینکه قدرت چانه‌زنی نسبی تهیه‌کنندگان و خرده‌فروشان در دههٔ ۱۹۷۰ در نتیجهٔ افزایش زنجیره‌های سوپرمارکت معکوس شد، دامنهٔ این ممنوعیت گسترش یافت. این ممنوعیت از قضیهٔ آزادسازی عمومی قیمت‌ها در سال ۱۹۸۶ مصون ماند، اما ضمانت اجرای آن از مجازات کیفری به تحمیل مسئولیت مدنی تبدیل شد. قانون جدید مقرر می‌کرد هر تولیدکننده، تاجر، فعال صنعتی یا استادکار، «دربارهٔ شریک اقتصادی خود از کسب منفعت در اثر تغییر قیمت‌ها، تأخیر در پرداخت‌ها، شرایط فروش و یا دیگر ویژگی‌های فروش یا خرید که تبعیض‌آمیز بوده، ممنوع است و مسئولیت دارد و برای هیچ همتای تجاری موجه نیست که از این طریق برای شریک خود، کسب امتیاز کند یا در مقام رقابت ضرری وارد سازد». فروشندگان تعهد داشتند شرایط کلی فروش^{۲۹} (شامل تعرفهٔ قیمت هر واحد، همراه با هرگونه تخفیف و شرایط راجع به پرداخت) نسبت به تمام مشتریان

۲۷. مصوبهٔ شمارهٔ ۵۸-۵۴۵-۲۴ ژوئن ۱۹۵۸ در مورد اصلاح برخی از مقررات شمارهٔ ۴۵-۱۴۸۳-۳۰ ژوئن ۱۹۴۵ مربوط به حفظ رقابت آزاد (مادهٔ ۱).

۲۸. Jean-Paul Charie', De 'pute', Report on Behalf of the Commission des Affaires Économiques, De L'environnement et Du Territoire Sur Le Projet De Loi De Modernisation De L'économie of the Assemblée Nationale (22 mai 2008), Ass Nat no 908.

۲۹. Conditions Générales De Vente

بالقوة خود اعمال کنند و انحراف از این موارد، تبعیض تلقی می‌شد.^{۳۰}

عنوان IV این قانون، فروش مجدد همراه با ضرر را ممنوع اعلام کرد. منظور از این نوع فروش مجدد، فروش کالا از سوی یک خرده‌فروش به مشتری با قیمتی کمتر از «قیمت واقعی» است که خرده‌فروش به تهیه‌کننده خود پرداخت کرده است.^{۳۱} این ممنوعیت با هدف حمایت از خرده‌فروشان محلی کوچک صورت می‌گیرد به این طریق که تهیه‌کنندگان کالا (برای نمونه، سازنده و تولیدکننده عمده مواد غذایی) از تثبیت قیمت آنها در یک سطح بسیار پایین (پیشرو زبان)^{۳۲} منع می‌شوند. همچنین حمایت از تولیدکنندگان / تهیه‌کنندگان نیز لحاظ شد، با این نگاه که این امر سبب می‌شود دیگر خرده‌فروشان نیز برای همسو کردن قیمت‌های خود با کمترین قیمت تعیین‌شده فعلی از سوی رقبای خویش، به تهیه‌کنندگان خود فشار بیاورند.^{۳۳} خرده‌فروشان بزرگ به‌جای اینکه از تهیه‌کنندگان خود کاهش قیمت تعرفه‌ها را مطالبه کنند، از قدرت خرید خود برای شارژ کردن آنان در قبال خدمات استفاده کردند. با توجه به ممنوعیت تهیه‌کنندگان از اعمال تبعیض در قیمت، خرده‌فروشان کوچک باید همانند خرده‌فروشان بزرگ، همان قیمت‌ها (تعرفه‌ها) را پرداخت می‌کردند اما برخلاف خرده‌فروشان بزرگ، آنها قدرت لازم برای مذاکره نداشتند. این امر به افزایش تورم منجر گردید که بر همه طرفین توزیع کالاها، از جمله مصرف‌کنندگان تأثیر می‌گذاشت.

راه‌حل این مشکلات، قانون مصوب سال ۲۰۰۸ بود که هدف آن بازگشت قراردادهای توزیع به مذاکرات آزاد قیمت‌ها و شروط قراردادی در راستای بیشترین رقابت ممکن در قیمت بود. در عین حال، امکان یک ضمانت اجرای مؤثر در قبال سوءاستفاده در روابط تجاری را، به‌ویژه به دلیل عدم تعادل در رابطه قدرت طرفین فراهم می‌کرد.

^{۳۰}Calais-Auloy, Jean & Temple, Henri, *Droit De La Consommation* (Daloz, 2010), p. 249.

^{۳۱}Loi de Finances no 63-628 Du 2 Juillet Rectificative Pour 1963 Portant Maintien De La Stabilité Économique et Financière, Art 1, Later Codified as Art L 442-2(1).

^{۳۲} کالایی که در تجارت خرده‌فروشی، به قیمتی کمتر از بهای مایه فروخته می‌شود تا خریداران به سوی کالای دیگری کشانده نشوند.

^{۳۳}Raymond (G.), *Droit De La Consommation*, (Paris: Classeur, 2008), p. 246.

با این حال، آزادسازی مستلزم پیش‌بینی مقررات جزئی‌تری در قانون رقابت ناعادلانه بود تا بتواند سوءاستفاده‌های احتمالی این قانون جدید را نیز مورد توجه قرار دهد و قطعیت قانونی و اجرای مؤثرتری را فراهم آورد. بنابراین قانون جدید، قانون تجارت را اصلاح کرد تا بتواند فهرست سوءاستفاده‌های احتمالی را که معامله‌گران ممکن است با ایجاد عدم تعادل در حقوق و تکالیف طرفین مرتکب شوند، دربر گیرد (L442-6.I.2). در ماده L442-6 نیز موارد دیگر سوءاستفاده، به‌ویژه به‌دست آوردن و یا تلاش برای کسب پرداخت‌ها در قبال خدمات تجاری غیراصیل (غیرواقعی) و یا به‌دست آوردن پذیرش شروط ناعادلانه حاکم بر قیمت‌ها یا دوره‌های بازپرداخت از طریق تهدید به تغییر در روابط تجاری و یا قطع روابط تجاری به‌جز در شرایطی خاص و تحمیل شروطی در مورد دامنه‌های تغییر قیمت، مشخص شده‌اند. اشخاص ذی‌نفع می‌توانند از طریق وزیر کشور یا وزیر اقتصاد یا رئیس سازمان رقابت، هریک با لحاظ کردن حدود صلاحیت خود، اقامه دعوا کنند. این دعاوی فقط باید در یکی از دادگاه‌های هشت‌گانه تخصصی تجاری اقامه شوند که مرجع تجدیدنظر از آنها دادگاه استیناف پاریس است (L442-6 III; D442-3). در صورت طرح دعوا از سوی مراجع عمومی، دادگاه می‌تواند علاوه بر تحمیل مسئولیت مدنی، از جرمه مدنی نیز استفاده کند. بنابراین، علاوه بر اینکه مقامات دولتی نقش مهمی در سیاست‌گذاری موضوع این قانون خاص در مورد رقابت ناعادلانه دارند، تجار نیز امکان طرح دعوا یافته‌اند. اهمیت معیار اصلی ناعادلانه بودن شروط در قراردادهای مصرف در ماده L442-6.I.2، زمانی آشکار شد که در جریان شکایت وزیر اقتصاد فرانسه از گروهی از ۹ خرده‌فروش بزرگ فرانسوی به جهت ادعای استفاده از شروط ناعادلانه، مفاد این ماده در شورای قانون اساسی مورد بحث قرار گرفت. شورای قانون اساسی مقررات این ماده را معطوف به قانون اساسی می‌دانست، با این مبنا که دادگاه‌ها مفهوم «عدم تعادل قابل توجه در حقوق و تعهدات طرفین» را در زمینه حقوق مصرف تبیین کرده‌اند و بنابراین رفتاری که طبق ماده ممنوع شده آن‌قدر روشن و مشخص است که به نقض اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها (موضوع ماده ۸ اعلامیه حقوق بشر و شهروندی ۱۷۸۹) منجر نمی‌شود.^{۳۵}

^{۳۴}Ministère Public

^{۳۵}Dimitri, Delesalle & Nicholas, Genty, "Vers un Controle Des Clauses Abusives Dans Les

یکی از موضوعات مهم در خصوص شروط قراردادهای تجاری، گستره آنهاست. در این مورد، نکات زیر قابل توجه است:

اول، ماده ۶.I.2-L442 بر هریک از تولیدکنندگان، تاجران، سازندگان و اشخاصی که فعالیت آنها بر اساس قانون ثبت شده است (از جمله اشخاص عمومی)، در روابط معاملاتی با «شریک تجاری» خود اعمال می‌شود. بسیاری از مفسران، علی‌رغم پیشینه موضوع، معتقدند که این ماده محدود به توزیع کالاهای تجاری نیست و بنابراین شامل هر نوع قرارداد تجاری از قبیل اجاره، قراردادهای فرعی، بیمه یا معاملات اعتباری می‌شود.^{۳۶} با وجود این، برخی استدلال کرده‌اند (و برخی دادگاه‌ها هم پذیرفته‌اند) که «مشارکت تجاری» مستلزم تداوم همکاری است و باید از همکاری‌های موقت صرف متمایز شود.^{۳۷}

ماده ۶.I.2-L442 به منظور ارائه خدمات مدیریت شده برای شرکت‌های خدمات پرداخت آنلاین، راه‌اندازی وبسایت، ارائه خدمات پستی و قراردادهای بین شرکت‌های مسافرتی-تعطیلاتی و هتل‌داران نیز قابل اعمال تلقی شده است. دادگاه تجدیدنظر پاریس اعلام کرد که ماده ۶.I.2-L442 در هر قراردادی که بین تجار (اشخاص حرفه‌ای) منعقد می‌شود قابل اعمال است. این دیدگاه در گزارش نماینده پارلمانی فرانسه در زمان تصویب آخرین اصلاح قانون مدنی نیز تأیید شده است. البته در این دیدگاه، قراردادهایی که موضوع حرفه‌ای دارند، اما متعلق به حوزه حقوق تجارت نیستند (برای مثال، قرارداد وکلا با موکلان آنها) استثنا شده است. از سوی دیگر، در عمل، مقامات اداری عمومی توجه خود را بر بخش خرده‌فروشی عمده متمرکز کرده‌اند و دادگاه‌ها به ندرت ماده ۶.I.2-L442 را در خارج از این زمینه به کار برده‌اند.^{۳۸}

دوم، ماده ۶.I.2-L442 وجود رابطه وابستگی اقتصادی بین طرفین قرارداد یا اندراج شروط قراردادی در قراردادهای استاندارد و یا موضوع مذاکره قرار نگرفتن این شروط را لازم

36 Contrats Entre Professionnels Els", *Droit Civil, Tomb 3, Petites Affiches* N2, (2011), p. 97.
37 Delesalle and Genty (n 90); Diény (n 86) no 17, Quoting CA Douai 13 Septembre 2012, no 12/02832.

38 Marie, Malaurie-Vignal, *Contrats Concurrence Consommation*, (Paris: Dalloz, 2016), p. 140.

39 Diego, De Lammerville in: Philippe Stoffel-Munck, *Réforme Du Droit Des Contrats et Pratique Des Affaires* (Dalloz, 2015), p. 62.

نمی‌داند. اما در عوض، این ماده به صورت پیچیده‌ای به یکی از طرفین اشاره دارد که دیگری را در معرض تحمیل «عدم تعادل در تعهدات» قرار داده یا در مقام ایجاد چنین وضعیتی برای اوست. برای مثال، در یک مورد، دادگاه تجدیدنظر پاریس در خصوص یک شرکت ملی سوپرمارکت حکم کرد که حق استفاده از شروط خاصی در قرارداد با تهیه‌کنندگان را نداشته است. البته این حکم اعتراض شدید اتاق بازرگانی را به دنبال داشت؛ با این بیان که تهیه‌کنندگان (که تنها ۳ درصد از آنها متعلق به گروه‌های بزرگ بودند) فاقد «قدرت واقعی مذاکره» بوده و اصولاً توان و امکان تغییر شروط را نداشته‌اند. بنابراین «مفهوم تحمیل» را باید با لحاظ کردن تفاوت در قدرت چانه‌زنی عملی تفسیر کرد، نه صرف وجود یک شرط در قراردادهای استاندارد.

سوم، برخلاف کنترل‌های مربوط به شروط ناعادلانه در قانون مصرف‌کنندگان یا قانون مدنی، ماده ۶.I.2 L442 شروط قراردادی را که قیمت یا موضوع اصلی قرارداد را تعیین می‌کنند^۳ از قلمرو خود استثنا نمی‌کند. شاید با این هدف که «سوءاستفاده» از آزادی در مذاکرات مربوط به قیمت و همچنین شروط معرفی‌شده در سال ۲۰۰۸ را کنترل کند؛^۴ در این خصوص، دادگاه استیناف پاریس قبول کرد که اگرچه «دادگاه‌ها نباید در قیمت‌ها که تعیین آنها آزاد بوده و موضوع مذاکره قراردادی هستند دخالت کنند، با وجود این باید مشخص کنند که آیا قیمتی که طرفین تعیین می‌کنند یا تعیین کرده‌اند سبب عدم تعادل بین آنها شده یا نه، و اینکه آیا این عدم تعادل آنقدر اهمیت دارد که ذیل عنوان «مهم» طبقه‌بندی شود.^۵ بعضی از حقوق‌دانان فرانسه بر این باورند که این جنبه از ماده ۶.I.2 L442 یک قالب کلی جدید برای عدم تعادل اساسی (غبن)^۶ قرار داد تلقی می‌شود و با

^۳Cf Art L 212-1(3) C Consom; 1993 Directive, Art 4(2); Art 1171 C Civ. Com 25 Janvier 2017 no 15-23547, AJ Contrat 2017.132

^۴Jean, Calais-Auloy & Henri Temple, *Droit De La Consommation* (Paris: Dalloz, 8th Edn, 2010), pp. 36-7.

^۵Dimitri, Delesalle & Nicholas, Genty, "Vers un Controle Des Clauses Abusives Dans Les Contrats Entre Professionnels", *Petites Affiches*, (Paris: Dalloz, 2011), p. 295.

^۶Lésion

این ایراد مواجه است که موجب عدم قطعیت حقوقی می‌گردد.^{۴۳}

چهارم، ارجاع شورای قانون اساسی به قانون مصرف‌کننده در مقام تأیید این امر که ماده L442-6.I.2 معطوف به حقوق اساسی است، به بعضی از مفسران چنین الهام کرد که استنباط دادگاه‌ها از معیار «عدم تعادل» در حوزه مصرف، باید در مقام تفسیر و به‌کارگیری آن در حوزه تجارت نیز لحاظ شود، اما کسانی دیگر این تشابه را کاملاً نامناسب دانسته‌اند. با این حال، بعید است که قانون حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان به مقدار زیادی کمک کند، چراکه دادگاه‌های فرانسه در این مورد، نیازی به توضیح اهمیت «عدم تعادل قابل توجه» ندارند. قانون حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان مجموعه‌ای از عوامل ضروری را که برای حصول این هدف باید لحاظ شود مقرر کرده و^{۴۴} از سال ۲۰۰۸ یک فهرست سیاه از تمام شروطی که در همه شرایط ناعادلانه‌اند و یک فهرست خاکستری از شروطی که ناعادلانه فرض می‌شوند ارائه داده است.^{۴۵} بر اساس نظر دادگاه تجدیدنظر، در زمینه‌های تجاری، ماده L442-6.I.2 اقتضا دارد زمینه‌ای که قرارداد در آن منعقد می‌شود و هدف کلی اقتصادی آن مورد ارزیابی قرار گیرد و^{۴۶} اجازه می‌دهد یک «شرط نامتوازن» خاص به‌وسیله دیگر شروطی که درباره آنها مذاکره شده است، تعدیل گردد. در عمل، دادگاه استیناف پاریس بین پرونده‌های شامل خرده‌فروشان بزرگ و تهیه‌کنندگان آنها در مواردی که کنترل‌ها به‌طور گسترده (از جمله در سطح قیمت مورد مطالبه) اعمال می‌گردد و موارد دیگری که در آنها بیشتر ادعاهای مربوط به ناعادلانه بودن شروط قراردادی رد می‌شوند قائل به تفکیک شده است. به این ترتیب، استدلال این است که دادگاه‌ها این «خطای قانون‌گذاری» را در پیش‌نویس ماده L442-6.I.2 که در آن، شروط شامل تمام قراردادهای تجاری است، تصحیح کرده‌اند.^{۴۷}

^{۴۳}Gael, Chantepie, "Le Déséquilibre Significatif au Miroir De La Cour De Cassation' AJ Contrats D'affaires- Concurrence-Distribution", *Revue Trimestrielle De Droit Civil, Tome Soixante-Huitiem*, N. 2(2015), p. 218.

^{۴۴}Art 212-1(2) C Consom (Implementing Art 4(1) of the 1993 Directive)

^{۴۵}*ibid*, p. 225.

^{۴۶}Com 3 Mars 2015 Eurauchan (n 116) 6th Moyen

^{۴۷}Behar-Touchais, *Op. cit*, No. 18.

در نهایت، ارتکاب رفتار غیرمنصفانه تجاری به شرح تبیین شده در ماده L442-6.I.2، ممکن است سبب تحمیل مسئولیت به جبران خسارت شود. اما ماده L442-6.I.2 تنها به مقامات اجرایی قدرت می‌دهد تا بطلان شرط قراردادی یا قرارداد را با لحاظ امکان جبران آن در صورت ضرورت درخواست کنند.^{۴۸} با وجود این، دادگاه‌ها اجازه می‌دهند بازرگانان بتوانند این ادعا را طرح کنند که شرط یادشده «نانوشته» تلقی می‌شود، از این رو فاقد اثر است. علاوه بر این، مقامات دولتی تعیین شده ممکن است از دادگاه بخواهند به پرداخت جریمه مدنی تا سقف ۲ میلیون یورو یا حداکثر ۵ درصد از گردش مالی خالص خوانده حکم صادر کنند.^{۴۹} به‌طور کلی، قانون تجارت به دادگاه‌های فرانسوی اجازه داده است در روابط بین تجار، به بررسی وضعیت تحمیل شرط (از جمله قیمت) پرداخته، مسئله سوءاستفاده در رقابت و اثر آن بر موقعیت نسبی طرفین قرارداد را ارزیابی کنند.

۲.۲. حقوق ایران

عنوان فصل نهم قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی، «تسهیل رقابت و منع انحصار» است. قسمت «ط» ماده ۴۵ این قانون، با عنوان «سوءاستفاده از وضعیت اقتصادی مسلط»، یکی از مصادیق این عنوان را «تحمیل شرایط قراردادی غیرمنصفانه» برشمرده که بر اساس ماده ۴۵ ممنوع است. با وجود این، قانون‌گذار مشخص نکرده که اثر سوءاستفاده از وضعیت اقتصادی مسلط در مورد تحمیل این شرایط چیست؛ بطلان است یا عدم نفوذ؟ در صورت بطلان، فقط بطلان شرط است یا بطلان شرط و قرارداد؟ یا صحیح و نافذ است؟ در این صورت، اثر ممنوعیت چیست؟

قانون حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان ایران نیز شروط غیرمنصفانه را صریحاً باطل اعلام نکرده است. اما در بند ۵ ماده ۱ آنها را از مصادیق تبانی دانسته و در ماده ۸ نیز تبانی را جرم خوانده است. این ماده مقرر می‌دارد: «هرگونه تبانی و تحمیل شرایط از سوی

^{۴۸}Art L 442.6.III(2) C Com

^{۴۹}Art L 442.6.III(2) C Com

عرضه‌کنندگان کالا و خدمات که موجب کاهش عرضه یا پایین آوردن کیفیت، یا افزایش قیمت شود، جرم محسوب می‌شود». برخی معتقدند «با توجه به جرم شناختن تحمیل شروط غیرعادلانه، شروط مزبور شرط نامشروع محسوب و چون عدم مشروعیت شروط یکی از مصادیق بطلان شرط در قانون مدنی است، شروط مزبور باطل محسوب می‌شوند، اما بطلان آنها تأثیری در قرارداد ندارند. بر این اساس شروط ناعادلانه که به مصرف‌کننده تحمیل شده است، در صورتیکه موجب کاهش عرضه یا پایین آوردن کیفیت، یا افزایش قیمت شود؛ جزو شروط باطل محسوب می‌شود».^{۵۰}

این نظر را به دلایل زیر نمی‌توان پذیرفت:

اولاً صرف جرم‌انگاری تبانی، ملازمه‌ای منطقی با بطلان شرط ندارد. ماده ۱۹ قانون یادشده مقرر می‌دارد: «عرضه‌کنندگان کالا و خدمات و تولیدکنندگانی که مبادرت به تخلفات موضوع مواد (۳ الی ۸) این قانون نمایند در صورت ورود خسارات ناشی از مصرف همان کالا و خدمات به مصرف‌کنندگان علاوه بر جبران خسارت وارده به جزای نقدی حداکثر معادل دو برابر خسارت وارده محکوم خواهند شد». این ماده محکومیت به جزای نقدی را منوط به «ورود خسارت به مصرف‌کنندگان» دانسته است. بنابراین، اثر تبانی در مرحله ورود خسارت لحاظ می‌شود و این امر با بطلان شرط غیرمنصفانه تفاوت دارد.

ثانیاً ماده ۸ قانون یادشده، تبانی بین عرضه‌کنندگان کالا و خدمات را جرم اعلام کرده و منصرف از توافق آنها با مصرف‌کنندگان دانسته است. در تأیید این نظر گفته شده: «آنچه که به‌عنوان یکی از مصادیق تبانی ممنوع گردیده سازش و مواضعه بین عرضه‌کنندگان به‌منظور تحمیل شرایط غیرعادلانه است. بنابراین اگر عرضه‌کننده‌ای در قراردادهای با مصرف‌کننده شرایط ناعادلانه را تحمیل نماید عمل او خلاف قانون نیست».^{۵۱}

بعضی معتقدند ماده ۱۷۹ قانون دریایی که مقرر می‌دارد: «هر قرارداد کمک و نجات که

۵۰. مرتضی عادل و محسن شمس‌الهی، «شروط غیرمنصفانه در قراردادهای مصرف‌کننده»، پژوهش حقوق خصوصی، ش ۵۱ (۱۳۹۷)، صص ۲۲۸-۲۲۷.

۵۱. منصور امینی؛ میرحسین عابدیان؛ سکینه کرمی، «نحوه مقابله نظام‌های حقوقی با شروط ناعادلانه قراردادی و سکوت قانون حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان در ایران»، تحقیقات حقوقی، ش ۵۱ (۱۳۹۶)، ص ۲۰۵.

در حین خطر و تحت تأثیر آن منعقد شده و شرایط آن به تشخیص دادگاه غیر عادلانه باشد ممکن است به تقاضای هر یک از طرفین بوسیله 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^{۵۲}، قابل تسری در شرایط تحمیلی در قراردادهای مصرف‌کننده^{۵۳} ولی این نظر نیز پذیرفته نیست:

اولاً قانون دریایی، یک قانون خاص است و تسری آن به سایر موارد، خلاف اصل است. ثانیاً حکم مندرج در آن، ناظر بر موارد اضطراری موضوع قراردادهای کمک و نجات است.

نظرهای پیش‌گفته حکایت از توجه به حمایت از مصرف‌کنندگان دارد، اما راهگشا نیست. آنچه در این مقام مغفول مانده، استناد به نظم عمومی و اخلاق حسنه است که متأسفانه در رویه قضایی نیز منعکس نشده است. سیاست‌های حمایتی قانون‌گذار را باید در قلمرو مفاد نظم عمومی و اخلاق حسنه جستجو و تحلیل کرد؛ به این معنا که نظم عمومی و اخلاق حسنه، دیگر استثنایی بر اصل آزادی اراده نیست، بلکه قاعده است؛ «اگر قرارداد با نظم عمومی و اخلاق حسنه مطابق نباشد، از اصل درست نیست... قرارداد در صورتی نافذ است که موافق مصالح عمومی باشد»^{۵۴} بنابراین نقص قانون را می‌توان با رویه قضایی تکمیل کرد و حکم به غیرقابل اجرا بودن شروط غیرمنصفانه به علت مغایرت با نظم عمومی و اخلاق حسنه داد. از ماده ۴۶ قانون تجارت الکترونیکی نیز می‌توان این نظر را استنباط نمود. ماده ۴۶ مقرر می‌دارد: «استفاده از شروط قراردادی خلاف مقررات این فصل و همچنین اعمال شروط غیرمنصفانه به ضرر مصرف‌کننده، مؤثر نیست». منظور از مؤثر نبودن-

۵۲. علی‌اکبر گروسی و محمدرضا پیرهادی، «تضمینات شروط غیرمنصفانه در قراردادهای الحاقی؛ با مطالعه در نظام حقوقی ایران و انگلستان»، *فقه و مبانی حقوق اسلامی*، ش ۴ (۱۳۹۸)، ص ۱۴۶.

۵۳. ناصر کاتوزیان، «محدودیت‌های آزادی قراردادی بر مبنای حمایت از مصرف‌کننده»، *مطالعات حقوق خصوصی*، ش ۳ (۱۳۸۷)، ص ۳۳۸.

برخلاف آنچه گفته شد^{۵۴} «بطالان نسبی» نیست، بلکه با توجه به ماده ۹۷۵ قانون مدنی، عدم قابلیت اجرایی آن است که به نظر این نگارنده معنایی جز بطلان نمی‌تواند داشته باشد.

۳. بررسی شروط غیرمنصفانه در قراردادهای الحاقی

۳.۱. حقوق فرانسه

در قانون مدنی فرانسه، مقررات حاکم بر حقوق تعهدات، به‌طور کلی، و حقوق قراردادهای، به‌طور خاص، از تاریخ تصویب در سال ۱۸۰۴ میلادی تا زمان اصلاح قانون مدنی در سال ۱۲۱۶ بدون تغییر باقی ماند. اما رویه قضایی در طول این مدت به‌طور قابل توجهی تغییر کرد و اتکای حقوق دانان فرانسوی به حقوق جاری در دادگاه‌ها و «رویه قضایی»^{۵۵} به «عدم قطعیت حقوقی»^{۵۶} منجر شد. پس از گذشت ۱۰ سال از اسناد پیش‌نویس دانشگاهی و رسمی،^{۵۷} دولت فرانسه اختیارات پارلمانی را برای اصلاح قانون مدنی به‌وسیله اوردونانس^{۵۸} (شکلی ویژه از قانون‌گذاری اجرایی از سوی شورای وزیران) با وجود مخالفت مجلس سناي فرانسه به‌دست آورد. وزارت دادگستری در فوریه ۲۰۱۵ یک پیش‌نویس برای اخذ نظرهای مشورتی منتشر کرد. اوردونانس در ماه فوریه ۲۰۱۶ تصویب شد و در اول اکتبر ۲۰۱۶ در مورد قراردادهای به‌مرحله اجرا درآمد.^{۵۹}

با این حال، ویژگی خاص قانون‌گذاری از طریق اوردونانس این است که قانون جدیدی که با این شیوه ایجاد می‌شود تنها از وضعیت مقررات اداری بَرخوردار است. بنابراین، راه

۵۴. ابراهیم تقی‌زاده و افشین احمدی، «جایگاه شروط غیرمنصفانه در حقوق ایران با نگاهی به ماده ۴۶ قانون تجارت الکترونیکی»، پژوهش حقوق خصوصی، ش ۱۰ (۱۳۹۴)، ص ۲۶؛ قاسم کبریا نبی‌زاده، «مداخله دولت در شروط غیرمنصفانه با تکیه بر تحلیل اقتصادی قراردادهای»، دانش حقوق اقتصادی، ش ۱۸ (۱۳۹۹)، ص ۲۸۹.

۵۵ Case Law

۵۶ Legal Uncertainty

۵۷. این سند به ترتیب عبارت‌اند از: سند پیر کاتالا (Pierre Catala)، پیش‌نویس اصلاح قانون تعهدات (مستندات ۲۰۰۶ فرانسه) و فرانسوا تره (François Terré)، برای اصلاح قانون قرارداد (Dalloz 2009). وزارت دادگستری پیش‌نویس اولیه خود را در سال ۲۰۰۸ تهیه کرد که به صورت غیررسمی توزیع شد.

۵۸ Ordonnance

۵۹ 2016 Ordonnance, Art 9.

۶ Réglement

برای تجدیدنظر در آن باز است مگر آنکه مجلس آن را تصویب کند. بنابراین دولت فرانسه در سال ۲۰۱۷ این پیش‌نویس را صرفاً برای تصویب به مجلس فرستاد، اما مجلس فرانسه (به‌خصوص سنا) از انجام این کار بدون اصلاح خودداری کرد؛ هرچند این اصلاحات به «روح مسئولیت‌پذیری» محدود شده بود تا اهمیت سیاسی آن لحاظ شود و یا به شفاف‌سازی آن منجر گردد.

یکی از مهم‌ترین نوآوری‌های اوردونانس، ایجاد یک صلاحیت قضایی عمومی جدید برای بررسی منصفانه بودن شروط قرارداد بود.^۴ این ماده که در ابتدا از سوی وزارت دادگستری مطرح شده بود به قراردادهای الحاقی محدود نمی‌شد. اما این امر موجب انتقادات قابل توجهی از دنیای کسب و کار شد و در مورد تأثیر آن بر قطعیت معاملاتی نگرانی‌هایی را پدید آورد.^۵ بنابراین، همان‌طور که در سال ۲۰۱۶ به تصویب رسید، معیار عادلانه بودن در ماده ۱۱۷۱ قانون مدنی محدود به شروط قرارداد الحاقی شد که در ماده ۱۱۱۰ با عنوان «شرایط کلی که از سوی یکی از طرفین، به صورت پیشینی، بدون مذاکره تعیین شده است» تعریف شد. بر طبق نظر این وزارتخانه، این تغییر از طرف ضعیف‌تر حمایت کرده، هماهنگی با کنترل‌های قانونی بر شروط ناعادلانه را در قراردادهای مصرف و قراردادهای تجاری ایجاد می‌کند و منعکس‌کننده پیشرفت‌های گسترده اروپا در اسناد اروپایی، مانند اصول حقوق اروپایی قراردادها و پیش‌نویس مشترک مرجع اروپا و قانون پیشنهادی فروش‌های مشترک اروپا است. ماده ۱۱۷۱ مقرر می‌دارد: «هریک از شروط قراردادهای الحاقی که عدم تعادل قابل توجهی را در حقوق و تعهدات طرفین قرارداد ایجاد می‌کند، نانوشته تلقی می‌گردد. ارزیابی عدم تعادل قابل توجه، باید نه در مورد موضوع اصلی قرارداد باشد و نه در مورد کافی بودن قیمت در خصوص اجرای قرارداد». البته باید توجه داشت که ماده ۱۱۷۱ تنها ماده‌ای نیست که اعتبار شروط قرارداد را کنترل می‌کند، بلکه بر اساس ماده ۱۱۰۲ قانون مدنی که مقرر می‌دارد: «هر کس مختار است در انعقاد قرارداد یا عدم عقد قرارداد، شخصی را که با او قرارداد ببندد و محتوا و شکل قرارداد را در حدود مقرر در قانون

۴ Arts 1110 and 1171 C Civ (2016)

۵ گزارش به رئیس‌جمهور در خصوص فرمان شماره ۲۰۱۶-۱۳۱- مورخ ۱۰ فوریه ۲۰۱۶ در مورد اصلاح حقوق قراردادها، رژیم کلی و اثبات تعهدات، متن شماره ۲۵ و نیز پیش‌نویس فرمان ۲۰۱۵، ماده ۱۱۶۹.

تعیین کند. آزادی قراردادی اجازه تخطی از قواعدی را نمی‌دهد که بیانگر نظم عمومی است.^{۶۳} همچنین ماده ۱۱۷۰ که مقرر می‌دارد: «هر شرط قراردادی که تعهد اساسی مدیون را از ماهیت خود سلب کند نانوشته تلقی می‌شود» نیز ناظر بر مقام کنترل شروط غیرمنصفانه است.

با این حال، در دوره تصویب اوردونانس ۱۲۱۶، درحالی که مجلس ملی و سنا موافقت کردند که کنترل جدید باید فقط در مورد شروط قراردادهای الحاقی باشد، با چگونگی تعریف این قراردادها موافق نبودند. سنا معتقد بود که مفهوم «شروط عمومی» که در ماده ۱۱۱۰ به کار رفته مبهم است و اینکه تعریف باید به جای فقدان «مذاکره در مورد شروط» بر فقدان «مذاکره‌پذیری» تکیه کند؛ دیدگاهی که در نهایت مورد پذیرش مجلس ملی قرار گرفت. در نتیجه، ماده ۱۱۱۰ مصوب، قرارداد الحاقی را قراردادی تعریف کرد که «شامل مجموعه شروطی غیرقابل مذاکره است که به صورت پیشینی از سوی یکی از طرفین تعیین شده است». این تغییرات همچنین از یک مشکل قبلی نیز اجتناب کرد، زیرا چنین به نظر می‌رسید که کنترل‌های موضوع ماده ۱۱۷۱ ناظر بر تمامی شروط قراردادی است که از شرایط عمومی پیشینی استفاده می‌کنند ولو اینکه این شروط مورد مذاکره قرار گرفته باشند.^{۶۴}

روند پارلمانی تصویب این قانون، توجیه قابل درکی را برای کنترل‌های جدید آشکار کرد. گزارشگر کمیته مربوطه سنا به نگرانی‌های سنتی در مورد کیفیت اراده طرف قراردادی اشاره کرد که مجموعه‌ای از شروط بر او تحمیل شده است و توضیح داد که محدودیت راجع به قراردادهای الحاقی چگونه می‌تواند به نحو مناسبی در قواعد کلی قانون مدنی گنجانده شود تا بتواند برابری طرفین قرارداد را نشان دهد؛ برخلاف کنترل‌های حاکم بر قراردادهای مصرف و تجاری که در آن طرفین به لحاظ ساختاری نابرابر هستند. به نظر این گزارشگر، قراردادهای الحاقی با این حقیقت مشخص می‌شود که یک طرف قرارداد را پیشنهاد می‌دهد بدون اینکه به دیگری اجازه بحث در مورد همه یا بخشی از شروط داده

^{۶۳}Olivier, Deshayes; Thomas Genicon; Yves-Marie Laithier, *Réforme Du Droit Des Contrats, Du Régime Générale et De La Preuve Des Obligations*, (Paris: LexisNexis, 2018), pp. 347-50.

^{۶۴}*Ibid*, p. 372.

شود؛ یعنی جایی که یک طرف مجموعه‌ای از شروط را بدون حق انتخاب می‌پذیرد. نکته قابل توجه اینجاست که آیا بعداً امکان طرح ناعادلانه بودن این شروط وجود دارد یا نه؟ این امر سنگ محک مناسبی برای بررسی قضایی «مذاکره‌پذیری شروط» است؛ یعنی اینکه آیا طرف قرارداد این امکان را دارد که محتوای این شروط را تحت تأثیر قرار دهد؟ با توجه به این استدلال‌ها، نگرانی جدی که این کنترل‌ها با عدالت قراردادی تلاش دارد لحاظ کند این است که درجایی که نه آزادی وجود دارد و نه برابری، چگونه باید از طرف ضعیف‌تر حمایت کرد؟ در نتیجه، عبارت‌های جدید قانون، منعکس‌کننده توجیه کافی برای بررسی قضایی در مورد نبود فرصت برای مذاکره درباره «مجموعه شروط» است. روشن است که در جایی که شروط قابل مذاکره هستند (حتی اگر واقعاً مورد مذاکره قرار نگیرند)، می‌توان اراده طرفین و بنابراین آزادی قراردادی آنها را منعکس نمود.^{۶۵}

آنچه در مباحث پارلمانی و یا تفاسیر قانونی مربوط به این قراردادها دیده نمی‌شود این است که استفاده از قراردادهای استاندارد به شکست نسبی بازار منجر می‌شود، زیرا برای طرفی که با شروط قراردادی استاندارد طرف مقابل مواجه می‌شود، بیهوده است که زمان یا پول خود را صرف مذاکره در مورد آنها کند. این امر نشانگر آن است که در محافل حقوقی فرانسه، مباحث «حقوق و اقتصاد» همچنان برای الگوهای حمایت از قرارداد (که مبتنی بر نگاهی اخلاقی است، نه اقتصادی)، بیگانه تلقی می‌شود.

مسئله‌ای که در نهایت باید به آن پرداخت، حدود کاربرد این کنترل‌ها است. ماده ۱۱۷۱ قانون مدنی فرانسه به‌مثابه بخشی از «قواعد عمومی قراردادها» اصولاً می‌تواند نسبت به هر نوع از قراردادهای حوزه حقوق خصوصی با هر موضوعی و با هر ویژگی (تجاری یا غیرتجاری) که طرفین آن داشته باشند، اعمال گردد. اما اهمیت این ویژگی‌ها در مقام عمل، به رابطه آنها با کنترل‌های اولیه راجع به شروط ناعادلانه در قانون مصرف‌کنندگان و قانون تجارت بستگی دارد؛ به این معنا که از نظر وزارت دادگستری، اعمال کنترل‌ها به صورت هم‌زمان با قانون مدنی و یکی از رژیم‌های خاص، اعم از قانون تجارت یا قانون مصرف‌کنندگان، غیرممکن است. با این نگاه، سکوت صرف یک رژیم خاص به این معنا

^{۶۵} *ibid.*, p. 380.

نیست که رژیم عام قانون مدنی می‌تواند به‌جای آن اعمال شود، زیرا کاربرد قانون عام نمی‌تواند به‌ازبین بردن انسجام و نادیده گرفتن روح قانون خاص منجر شود.^{۶۸} این نکته نشان می‌دهد که موارد مطرح‌شده ذیل رژیم‌های قانون تجارت و قانون مصرف‌کننده نمی‌توانند کنترل‌های قانون مدنی را به‌دنبال داشته باشند. ماده ۱۱۷۱ تنها برای قراردادهای بین اشخاص خصوصی (مثلاً خرید و فروش از طریق شبکه‌های اینترنت که در آنها قراردادها یکسویه تهیه می‌شود) و دو یا چند نفر که روابط آنها تجاری تلفی نمی‌شود (مثلاً قرارداد بین وکلا و موکلان) قابل اعمال است.^{۶۹} با این بیان، مثلاً در مورد قراردادهای مصرف، مصرف‌کنندگان به مقررات موجود در قانون مصرف‌کنندگان تکیه می‌کنند که جنبه حمایتی بیشتری دارد.

بنابر آنچه گفته شد، هدف ماده ۱۱۷۱ کنترل عناصر اصلی قرارداد و در نتیجه، کنترل عادلانه بودن اصل قرارداد نیست، بلکه کنترل مسائل فرعی ناعادلانه قرارداد است. این ویژگی ماده ۱۱۷۱، آن را از کنترل‌های موضوع قراردادهای تجاری که ناظر بر تمام شروط قراردادی بوده و به‌طور خاص در مورد شروط راجع به قیمت است، متمایز می‌کند.

۲.۳. حقوق ایران

در حقوق ایران در هیچ‌یک از قوانین موجود، قراردادهای الحاقی و معیار «غیرمنصفانه بودن شروط» مندرج در این نوع قراردادها و چگونگی کنترل آنها مورد توجه قرار نگرفته است. البته در پاره‌ای از نوشته‌های حقوقی، مفهوم، ماهیت و اثر این قراردادها مورد بحث و تحلیل قرار گرفته است؛ بنابراین، این قراردادها که بعضی آن را «عقود تحمیلی» نامیده‌اند^{۶۸} و بعضی دیگر، «عقود تصویبی»^{۶۹}؛ با همان معیارهایی سنجیده می‌شوند که در مورد شروط در سایر قراردادها جاری است. بنابراین در حقوق ایران، تقسیم قراردادها به قرارداد الحاقی و

^{۶۸}Karl, Lafaurie, "Clauses Abusives: L'articulation Du Dispositifs Du Code Civil Avec Les Textes Spéciaux", *Revue Trimestrielle De Droit Civil*, No. 145(2017), p. 119.

^{۶۹}Xavier, Lagarde. "Questions Autour De L'article 1171 Du Code Civil", *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2016, p. 2174.

^{۶۸} مهدی شهیدی، تشکیل قراردادها و تعهدات، ج ۱، (تهران: نشر حقوقدان، چ ۱، ۱۳۷۷)، ص ۹۰.

^{۶۹} محمدجعفر جعفری لنگرودی، تعهدات، (تهران: نشر گنج دانش، چ ۱، ۱۳۷۲)، ص ۵۴۶.

قرارداد با گفت‌وگوی آزاد چندان منشأ اثر نیست و قواعد کلی حاکم بر قراردادهای در همهٔ مصادیق قراردادی وضعیت برابری دارد. تنها نکته‌ای که با توجه به عنوان این نوشتار باید بررسی شود، این است که با لحاظ اینکه قراردادهای الکترونیکی از جمله قراردادهای الحاقی استاندارد است و با عنایت به اینکه عنوان «شروط غیرمنصفانه» برای اولین بار در این قانون منعکس شده است، دو سؤال مطرح می‌شود: سؤال نخست این است که آیا مادهٔ ۴۶ قانون تجارت الکترونیکی، ناظر بر همهٔ قراردادهای مصرف است یا فقط به قراردادهای الکترونیکی اختصاص دارد؟ سؤال دوم این است که شروط غیرمنصفانه از نظر این قانون چه وضعیتی دارند؟

پاسخ به سؤال نخست، برخلاف آنچه در مقام پاسخ به سؤال دوم خواهد آمد، با پیچیدگی‌های جدی مواجه نیست. مادهٔ «۴۶ قانون تجارت الکترونیکی» بیان می‌دارد: «استفاده از شروط قراردادی خلاف مقررات این فصل و همچنین اعمال شروط غیرمنصفانه به ضرر مصرف‌کننده، مؤثر نیست». دقت در مفاد مادهٔ یادشده نشان می‌دهد که از حیث منطق تفسیری نمی‌توان اصطلاح «مصرف‌کننده» را در این ماده شامل همهٔ مصرف‌کنندگان دانست، بلکه فقط مصرف‌کنندگانی مشمول این ماده می‌شوند که از طریق الکترونیکی اقدام به معامله کنند، زیرا:

اولاً در مادهٔ ۱ این قانون، ذیل عنوان «قلمرو و شمول قانون» مقرر شده است: «این قانون مجموعهٔ اصول و قواعدی است که برای مبادلهٔ آسان و ایمن اطلاعات در واسطه‌های الکترونیکی و با استفاده از سیستم‌های ارتباطی جدید به کار می‌رود». بنابراین، قلمرو قانون محدود به مبادلات در واسطه‌های الکترونیکی شده است و سایر مبادلات، خارج از قلمرو حکومت این قانون قرار می‌گیرند.

ثانیاً در صدر مادهٔ یادشده، عبارت «استفاده از شروط قراردادی خلاف مقررات این فصل» مانع از استناد به اطلاق اصطلاح «مصرف‌کننده» و تسری آن به سایر مصرف‌کنندگان است. اگرچه عدالت اقتضا دارد که همهٔ مصرف‌کنندگان بتوانند در برابر شروط غیرمنصفانه از حمایت قانونی برخوردار شوند، اما از حیث مبنای منطقی، امکان استناد به این ماده در مقام ایجاد عدالت صحیح نیست.

در مقام پاسخ به سؤال دوم، باید به چند نکته توجه داشت:

اولاً ضمانت اجرای «غیرمؤثر بودن» در نظام حقوقی ایران فاقد پیشینه است و معنای محصل قانونی ندارد. ثانیاً تعبیر «مؤثر نیست» مندرج در ماده ۴۶ در مورد شروط غیرمنصفانه را نمی‌توان معادل «باطل است» قلمداد کرد، زیرا قانون‌گذار با وجود پیشینه مباحث راجع به شروط در قانون مدنی و اقسام شروط باطل و صحیح (موارد ۲۳۲ و ۲۳۳ قانون مدنی)، عمداً از واژه «باطل» استفاده نکرده است. به نظر می‌رسد استفاده قانون‌گذار از تعبیر «مؤثر نیست» ناشی از این نگرانی بوده است که شورای نگهبان با توجه به پیشینه فقهی حاکم بر شروط قراردادهای و فراهم بودن امکان استفاده مصرف‌کنندگان از خیارات، حسب مورد، بطلان چنین شروطی را تأیید نخواهد کرد.

ثانیاً تعبیر «مؤثر نیست» را نمی‌توان معادل «نافذ نیست» قلمداد کرد، زیرا «عدم نفوذ» در مورد شروط به معنای «بطلان» است و در پیشینه فقهی، فقها ذیل عنوان «شرط نافذ بودن شروط ضمن عقد»، نفوذ را به معنای صحت در مقابل بطلان استعمال می‌کنند. آنچه در مورد عقود غیرنافذ (مواردی چون بیع فضولی و صغیر ممیز یا غیررشید در قانون مدنی و بعضی از معاملات تاجر متوقف یا ورشکسته در قانون تجارت) پیش‌بینی شده است، جنبه حصری دارد و قابل تسری به بحث شروط نیست. ضمن اینکه این موارد با آنچه در مورد شروط غیرمنصفانه در قراردادهای مصرف‌داریم هم از حیث مبنا (نظریه) و هم تطبیق کاملاً متفاوت است.

شاید با توجه به این نکات است - چنان‌که قبلاً اشاره شد - بعضی چنین نتیجه گرفته‌اند که در مجموع می‌توان «عدم تأثیر» در این ماده را به نوعی «بطلان نسبی» آن از نظر قانون‌گذار تعبیر کرد.

آنچه به این نکات باید اضافه کرد این است که اداره حقوقی قوه قضاییه نیز در نظریه شماره ۷۲۳۳-۷۷۲-۳۹ اظهار نظر کرده است: «مراد از مؤثر نبودن شروط غیرمنصفانه در ماده ۴۱ قانون تجارت الکترونیکی، این است که شرط مذکور، فاقد هرگونه تأثیر در معاملات مربوط به تجارت الکترونیکی بوده و در حکم کان لم یکن است». آیا مراد از «کان لم

یکن» بودن این است که بطلاق مطلق است یا نسبی یا غیرقابل استناد؟

نظرهای پیش‌گفته از توجه حقوق‌دانان بر حمایت از مصرف‌کنندگان حکایت دارد، اما راهگشا نیست. آنچه در این مقام، مغفول مانده، استناد به نظم عمومی و اخلاق حسنه است که متأسفانه در رویه قضایی نیز منعکس نشده است. سیاست‌های حمایتی قانون‌گذار را باید در قلمرو مفاد نظم عمومی و اخلاق حسنه جستجو و تحلیل کرد؛ به این معنا که دیگر نظم عمومی و اخلاق حسنه استثنایی بر اصل آزادی اراده نیستند، بلکه قاعده‌اند؛ «اگر قرارداد با نظم عمومی و اخلاق حسنه مطابق نباشد، از اصل درست نیست... قرارداد در صورتی نافذ است که موافق مصالح عمومی باشد»: بنابراین نقص قانون را می‌توان با رویه قضایی تکمیل کرد و حکم به بطلان شروط غیرمنصفانه به علت مغایرت با نظم عمومی و اخلاق حسنه داد. بنابراین، منظور از مؤثر نبودن، برخلاف آنچه گفته شده، نه «بطلان نسبی» است و نه عدم قابلیت استناد؛ بلکه با توجه به ماده ۹۷۵ قانون مدنی، عدم قابلیت اجرایی آن به معنای بطلان است. در تأیید این نظر، بعضی معتقدند قضاوت می‌تواند چنین شروطی را با استناد به ماده ۹۷۵ قانون مدنی باطل اعلام کند.^{۷۰}

نتیجه

در حقوق فرانسه، قوانین قراردادی که عادلانه بودن شروط قراردادهای مصرف را کنترل می‌کند، همواره در پیشینه تاریخی خود مورد توجه بوده است. حقوق فرانسه دو مجموعه گسترده کنترلی را معرفی کرده است که هرکدام زمینه اجرای خاص خود را دارند. کنترل قراردادهای تجاری در قانون تجارت پیشینه‌ای در تنظیم قیمت‌ها و شرایط قرارداد و به‌ویژه نگرانی در مورد رقابت ناعادلانه در بخش خرده‌فروشی در مقیاس بزرگ را دارد. این کنترل‌ها در همه سطوح تجاری و مدنی به نحوی مورد توجه قرار گرفته و معیارهایی نیز برای تشخیص شروط غیرمنصفانه و کنترل آنها تعیین و معرفی شده است و ضمانت اجرای منصفانه بودن شروط، حسب مورد، بطلان به استناد مغایرت آنها با نظم عمومی یا حذف آنها

۷۰. ناصر کاتوزیان، «محدودیت‌های آزادی قراردادی بر مبنای حمایت از مصرف‌کننده»، *مطالعات حقوق خصوصی*، ش ۸ (۱۳۸۷)، ص

۳۳۸.

۷۱. سکینه کرمی، «نظم عمومی؛ ابزاری برای کنترل قضایی شروط ناعادلانه»، *حقوقی دادگستری*، ش ۱۱ (۱۳۹۴)، ص ۱۲۹.

از قرارداد، به استناد معیارهایی است که تحت عنوان لیست خاکستری معرفی شده است. در حقوق ایران برای تشخیص این شروط، معیاری عینی معرفی نشده و ضمانت اجرای آنها نیز به روشنی تعیین نشده است. از این رو، بعضی از نویسندگان تلاش کرده‌اند که در مقام حمایت از مصرف‌کننده، نظر قانون‌گذار را به «بطال نسبی» تفسیر کنند؛ امری که در نظام حقوق مدنی ایران سابقه ندارد. بنابراین با در نظر گرفتن اینکه سیاست‌های تقنینی حمایتی از مصرف‌کنندگان با توجه به گستره قراردادهای مصرف، ارتباط محکمی با نظم عمومی دارد، این نوع شروط را باید باطل اعلام کرد؛ اگرچه نظریه اداره حقوقی قوه قضاییه مبنی بر «کان‌لم‌یکن بودن» آنها، به ضمانت اجرای «حذف» این شروط از قرارداد اشاره دارد. با توجه به این اختلافات و ابهام در ضمانت اجرای این شروط، اقدام قانون‌گذار برای روشن شدن این وضعیت کاملاً ضروری است.

منابع و مأخذ

الف) منابع فارسی

- کتابها

۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *تعهدات*، (تهران: نشر گنج دانش، چ ۱، ۱۳۷۲).
۲. شهیدی، مهدی، *تشکیل قراردادها و تعهدات*، چ ۱، (تهران: نشر حقوقدان، چ ۱، ۱۳۷۷).

- مقاله‌ها

۳. امینی، منصور؛ عابدیان، میرحسین و کرمی، سکینه، «نحوه مقابله نظام‌های حقوقی با شروط ناعادلانه قراردادی و سکوت قانون حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان در ایران»، *تحقیقات حقوقی*، ش ۵۱ (۱۳۹۱).
۴. تقی‌زاده، ابراهیم و احمدی، افشین، «جایگاه شروط غیرمنصفانه در حقوق ایران با نگاهی به ماده ۴۶ قانون تجارت الکترونیکی»، *پژوهش حقوق خصوصی*، ش ۱۰ (۱۳۹۴).
۵. عادل، مرتضی و شمس‌الهی، محسن، «شروط غیرمنصفانه در قراردادهای مصرف‌کننده»، *پژوهش حقوق خصوصی*، ش ۵۱ (۱۳۹۷).
۶. علاء‌الدینی، امیرعباس و شبیری، مهرزاد، «قواعد حقوق رقابت در ایران و تحولات آن در پرتو سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی»، *قضاوت*، ش ۸۷ (۱۳۹۵).
۷. کاتوزیان، ناصر، «محدودیت‌های آزادی قراردادی بر مبنای حمایت از مصرف‌کننده»، *مطالعات حقوق خصوصی*، ش ۸ (۱۳۸۷).
۸. کرمی، سکینه، «نظم عمومی؛ ابزاری برای کنترل قضایی شروط ناعادلانه»، *حقوقی د/دگستری*، ش ۱۱ (۱۳۹۴).
۹. گروسی، علی‌اکبر و پیرهادی، محمدرضا، «تضمینات شروط غیرمنصفانه در قراردادهای الحاقی؛ با مطالعه در نظام حقوقی ایران و انگلستان»، *فقه و مبانی حقوق اسلامی*، ش ۴ (۱۳۹۸).
۱۰. نبی‌زاده کبریا، قاسم، «مداخله دولت در شروط غیرمنصفانه با تکیه بر تحلیل اقتصادی

قراردادها»، دانش حقوق اقتصادی، ش ۱۸ (۱۳۹۹).

ب) منابع فرانسوی

- Books

11. Bénabent, Alain, *Droit Civil, Les Contrats Spéciaux Civils et Commerciaux* (7th En., Montchrestien, 2001).
12. Bihl, Luc, *Le Droit Penal De La Consommation* (Nathan 1989).
13. Calais-Auloy, Jean & Temple, Henri, *Droit De La Consommation* (8th edn, Dalloz 2010).
14. Collins, Hugh, *Regulating Contracts*, (Oxford: oxford University Press, 1999, Vol. 27, No. 2).
15. De Lammerville, Diego, *Réforme Du Droit Des Contrats Et Pratique Des Affaires* (Dalloz 2015).
16. Delesalle, Dimitri & Genty, Nicholas, 'Vers Un Controle Des Clauses Abusives Dans Les Contrats Entre Professionnels' Petites Affiches (Dalloz 2011).
17. Delesalle, Dimitri & Genty, Nicholas, *Vers Un Controle Des Clauses Abusives Dans Les Contrats Entre Professionnels*, Petites Affiches (Presses Universitaires De France 2011).
18. Deshayes ; Olivier & Thomas and Genicon Yves & Laithier, Marie, *Réforme Du Droit Des Contrats, Du Régime Générale Et De La Preuve Des Obligations* (2nd edn, LexisNexis 2018).
19. Malaurie-Vignal, Marie, *Contrats Concurrence Consommation* (2016).
20. Mazeaud, Denis, "Loyauté, Solidarité, Fraternité: La Nouvelle Devise Contractuelle?", L'avenir Du Droit, Mélanges En Hommage à François Terré (Dalloz ; 1999).
21. PICOD, Y. & DAVO, H. *Droit De La Consommation*. (Paris: Armand Colin, 2005).
22. Ranouil, Réonique, *L'autonomie De La Volonté: Naissance et Evolution D'un Concept, Volume 12 De Serie Sciences*

Historiques, (Presses Universitaires De France, 1980).

23. Raymond (G.), *Droit De La Consommation*, (Editions Du Juris Classeur, 2008).

24. Ripert, Georges & René Roublot, *Traite De Droit Commercial*, (Tome 1, vol, 18th Ed, by Louis Vogel, LDGJ, 2001).

25. Terré, François; Simler, Philippe; Lequette, Yves, *Droit Civil: Les Obligations*, (11th Ed., Dalloz, 2013).

26. Whish, Richard & David Bailey, *Competition Law*, (9th Ed., 2018).

- Articles

27. Chénéde, François, "Raymond Saleilles, Le Contrat D'adhésion", *Revue Des Contrats* 24, Part 1, (2012).

28. Chantepie, Gael, "Le Déséquilibre Significatif Au Miroir De La Cour De Cassation" *AJ Contrats D'affaires- Concurrence- Distribution*, (2015).

29. Lafaurie, Karl, "Clauses Abusives: L'articulation Du Dispositifs Du Code Civil Avec Les Textes Spéciaux" *JCP Entreprises Et Affaires*, no 145, no 2, (2017).

30. Xavier Lagarde. "Questions Autour De L'article 1171 Du Code Civil". *Recueil Dalloz, Dalloz*, (2016).



University of Tabriz

Contemporary Comparative Legal Studies

Online ISSN: 2821-0514

Volum: 14 Issue: 31
Summer 2023

Article Type: Research Article

Pages: 33-60

Theoretical Foundations of Parent Companies' Liability in Cases of Bankruptcy of Subsidiaries: A Comparative Study with the Australian Model Law

Shirin Malek Mohammadi¹| Rabia Eskini^{2✉}

1. Ph.D. Candidate in Private Law, Islamic Azad University, Zanjan Branch, Iran

shirinmalek9676@gmail.com

2. Professor of Shahid Beheshti University, Tehran, Iran

dreskini@inbox.com

Abstract

The parent company is a company whose share of the company against another company is sufficient to control management and operations by influencing and electing the board of directors. The most important mission of UNCITRAL is to standardize and modernize international trade law through legislative and non-legislative tools on various issues of international trade law, including the supervision of the parent company. The findings of the present study, which has been written in a descriptive-analytical method with the aim of explaining the theoretical foundations of parent companies' liability in cases of bankruptcy of subsidiaries, indicate that: a) If the company is owned by other companies, with applying the rule of breaking the veil of personality, the parent company may be declared bankrupt under certain circumstances and a bankruptcy order may be issued; b) If the company is a capital company, the parent company can be prosecuted only by applying the rule of fraud to the law.

Keywords: *Australian Model Law, Liability of Parent Companies, Subsidiaries, Bankruptcy.*

Received: 2021/10/23 Received in revised form: 2022/10/20 Accepted: 2022/11/07 Published: 2023/06/26

DOI: 10.22034/LAW.2022.48373.3018

Publisher: University of Tabriz

Tabrizulaw@gmail.com



مبانی نظری مسئولیت شرکت‌های مادر در موارد ورشکستگی شرکت‌های تابعه (مطالعه تطبیقی با قانون نمونه آنستیرال)

شیرین ملک‌محمدی^۱ | ربیعا اسکینی^۲

shirinmalek9676@gmail.com

dreskini@inbox.com

۱. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه آزاد اسلامی، واحد زنجان، ایران

۲. استاد دانشگاه شهید بهشتی تهران، ایران

چکیده

شرکت مادر شرکتی است که سهم آن شرکت در مقابل شرکت دیگر به اندازه کافی باشد تا کنترل مدیریت و عملیات از طریق تأثیرگذاری و انتخاب هیئت مدیره لحاظ گردد. مهم‌ترین مأموریت آنستیرال، یکسان‌سازی و نوسازی حقوق تجارت بین‌الملل به وسیله ابزارهای قانون‌گذاری و غیر قانون‌گذاری در موضوعات گوناگون حقوق تجارت بین‌الملل از جمله نظارت بر شرکت مادر است. یافته‌های تحقیق حاضر که به روش توصیفی-تحلیلی و با هدف تبیین مبانی نظری مسئولیت شرکت‌های مادر در موارد ورشکستگی شرکت‌های تابعه نگارش یافته، حاکی از آن است که الف) اگر شرکت تحت تملک از جمله شرکت‌های اشخاص باشد، با اعمال قاعده خرق حجاب شخصیت ممکن است شرکت مادر تحت شرایطی ورشکسته شناخته شده، حکم ورشکستگی آن صادر گردد. ب) اگر شرکت از شرکت‌های سرمایه باشد، تنها با اعمال قاعده تقلب نسبت به قانون می‌توان شرکت مادر را مورد تعقیب قرار داد.

واژگان کلیدی: شرکت‌های تابعه، قانون نمونه آنستیرال، مسئولیت شرکت‌های مادر، ورشکستگی.

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۰۸/۰۱ تاریخ بازنگری: ۱۴۰۱/۰۷/۲۸ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۰۸/۱۶ تاریخ انتشار: ۱۴۰۲/۰۴/۰۵

DOI: 10.22034/LAW.2022.48373.3018

Tabrizulaw@gmail.com

ناشر: دانشگاه تبریز

مقدمه

طرح مسئله

در مواردی که در شرکت‌های چندملیتی، شرکت مادر ورشکسته شود، این موضوع نیز بحث تأثیرات ورشکستگی را بر فعالیت شرکت اقماری پدید می‌آورد و با توجه به اینکه شرکت‌های اقماری در مالکیت و کنترل شرکت‌های مادر هستند و معمولاً نیز برای اجرای قراردادهای جانبی شرکت اصلی تأسیس می‌شوند، به‌طور معمول ورشکستگی یک شخص حقیقی و یا حقوقی تمام اموال تحت مالکیت وی را تحت تأثیر قرار می‌دهد. در این زمینه بدیهی است که شرکت اقماری نیز از ورشکستگی شرکت مادر تأثیر بپذیرد. از سوی دیگر، ممکن است شرکت‌های اقماری در کشورهای مختلفی ثبت شده و در آنجا مشغول به فعالیت باشند، در این خصوص، هماهنگ‌سازی فرایند تصفیه با توجه به تأثیرگذاری قوانین مختلف، حائز اهمیت تلقی می‌شود و این درحالی است که به‌موجب بند «ج» ماده ۱ قانون نمونه آنسیترال، اعمال هم‌زمان رسیدگی خارجی و داخلی در مورد یک شخص ورشکسته، از موارد اعمال قانون نمونه است. در خصوص شرکت‌های تجاری، قانون نمونه هیچ‌کدام از عوامل تأثیرگذار بر موضوع ورشکستگی را مورد بحث قرار نداده است.

در مقاله حاضر که با هدف تبیین مبانی نظری مسئولیت شرکت‌های مادر در موارد ورشکستگی شرکت‌های تابعه و همراه با مطالعه تطبیقی با قانون نمونه آنسیترال انجام یافته، سعی بر آن است که نظریه‌های موجود در نحوه تصفیه ورشکستگی و راهکارهای نوین ورشکستگی و نیز اینکه کدام نظریه بیشتر مورد پذیرش کشورها قرار گرفته است، بررسی شود.

بر این اساس، می‌توان گفت با توجه به اینکه حتی در قانون نمونه آنسیترال نیز مسئله تأثیر پیچیدگی‌های شرکت‌های تجاری مادر بر ورشکستگی و به شکل متقابل تأثیرات ورشکستگی بین‌المللی با توجه به پیچیدگی‌های موجود در

شرکت‌های چندملیتی و مشارکت‌های تجاری بر روابط و تعهدات این قبیل شرکت‌ها مورد تبیین قرار نگرفته است، این مقاله می‌تواند به برخی از این مسائل بپردازد.

پیشینه مقاله

از آنجا که بحث ماهیت ورشکستگی بین‌المللی موضوعی است که تاکنون پژوهش‌های زیادی در خصوص آن انجام پذیرفته، پایان‌نامه امین فخرایی با عنوان «مطالعه تطبیقی ورشکستگی بین‌المللی در حقوق ایران و کامن‌لا»، نمونه قابل ذکری از پژوهش‌هایی است که ماهیت ورشکستگی بین‌المللی را بررسی کرده و پژوهشگر نهایتاً به مطالعه موضع قانون‌گذار ایران و تعارضات قانون ایران و لایحه جدید قانون تجارت با قواعد قانون نمونه آنسیترال پرداخته و راهکارهای رفع تعارض در این زمینه را مورد بحث قرار داده است، اما مسئله آثار حقوقی و قراردادی ورشکستگی بین‌المللی مسئله‌ای است که کمتر در پژوهش یادشده مورد توجه بوده است.

پایان‌نامه سعیده قاسمی مقدم (۱۳۹۲) با عنوان «نظام ورشکستگی شرکت‌های چندملیتی با تأکید بر قانون نمونه آنسیترال» از اینکه به مسئله وجود و حضور شخصیت‌های حقوقی متعدد در ورشکستگی بین‌المللی توجه شده، حائز اهمیت است. اما باید یادآور شد که تنها ماهیت تعدد در پایان‌نامه کارشناسی ارشد با موضوع نظام ورشکستگی شرکت‌های چندملیتی با تأکید بر قانون نمونه آنسیترال مورد بحث قرار گرفته و آثار آن مغفول مانده است.

محمود باقری و محمدسجاد توسلی (۱۳۹۲) در مقاله‌ای با عنوان «بررسی مسایل حقوقی ورشکستگی بانک‌های چندملیتی» با تأکید بر الزامات حقوقی خاص بانکداری (که احتمالاً در حقوق داخلی نیز وجود دارد و با الزامات بین‌المللی نیز یکسان است)، آثار حقوقی ورشکستگی بانک‌های بین‌المللی و راهکارهای قابل استفاده در برابر ورشکستگی بانک‌ها در نظام بین‌المللی را بررسی کرده‌اند.

پژوهش قابل ذکر دیگر که تا اندازه‌ای به بررسی آثار حقوقی ورشکستگی بین‌المللی پرداخته، پایان‌نامه‌ای است به نگارش مژگان احمدی (۱۳۸۹) با عنوان «ابطال معاملات بعد از توقف تاجر ورشکسته در حقوق ایران و مقایسه آن با قانون نمونه آنسیترال».

هدف و ساختار مقاله

مهم‌ترین نکته‌ای که در دنیای امروز باید مورد توجه قرار بگیرد رشد و گسترش روزافزون سرمایه‌گذاری‌های بین‌المللی در قالب‌های مختلف است. احکام و قواعد حل تعارض ورشکستگی بین‌المللی با توجه به تلاش‌هایی که از سوی برخی نهادها در عرصه بین‌المللی صورت گرفته، از دیدگاه حقوقی تا اندازه زیادی رشد و گسترش یافته و این درحالی است که آثار ورشکستگی بین‌المللی چه از دیدگاه حقوقی و چه از منظر اقتصادی تا اندازه بسیار زیادی مورد غفلت بوده است. از این رو، ضرورت دارد مقاله حاضر مورد مذاقه قرار گیرد تا برای رفع معضل به یافته‌های آن توجه شود؛ به‌ویژه اینکه قانون نمونه آنسیترال حکم خاصی در باب تعیین نحوه تصفیه شرکت‌های چندملیتی نداده و اکثراً کشورها را مجاز به انتخاب راهکار نموده است. با توجه به این موضوع، می‌بایستی خصوصیات، فواید و ایرادات راهکارهای موجود بررسی شود تا بتوان در مواقع نیاز و در چارچوب قوانین حاکم داخلی از آن استفاده کرد؛ لذا این مقاله در چهار بخش مقدمه، مفهوم‌شناسی، مبانی نظری مقاله و نتیجه‌گیری تنظیم شده است.

۱. مفهوم‌شناسی

۱.۱. شرکت مادر و شرکت تابعه

شرکت مادر، همان شرکت هلدینگ یا شرکت دارنده، شرکت کنترل‌کننده، شرکت مالک، شرکت صاحب سهم و شرکت اصلی است که تعاریف گوناگونی از آن شده است. شرکت مادر، سازمان بزرگ مالی است که با تملک سهام شرکت‌ها و سازمان‌های دیگر، تمامی اختیارات شرکت‌های عضو را به‌عهده می‌گیرد؛ بنابراین، شرکت مادر به شرکتی گفته

می‌شود که از طریق داشتن مالکیت سهام، فعالیت‌های شرکت دیگر را کنترل می‌کند. در تعریف سوم نیز به شرکت کنترل‌کننده که فعالیت اصلی آن خرید سهام قابل کنترل یک یا چند شرکت دیگر است، شرکت مادر اطلاق می‌شود.^۱

در حقوق شرکت‌های کنونی، کنترل در دو مفهوم به کار می‌رود: ۱- قدرت تعیین اکثریت اعضای هیئت مدیره، ۲- قدرت تصمیم‌گیری در امور مالی و حیاتی شرکت. در حقوق ایران کنترل به هر دو معنا به کار رفته است. بند ۷ ماده ۱ قانون اجرای اصل ۴۴، سهام کنترلی را حداقل میزان سهامی می‌داند که به دارنده آن قدرت تعیین اکثریت اعضای هیئت مدیره شرکت را بدهد. علاوه بر قانون پیش‌گفته، طبق بند ۲۲ ماده ۱ قانون بازار اوراق بهادار، شرکت مادر (هلدینگ) شرکتی است که با سرمایه‌گذاری در شرکت سرمایه‌پذیر جهت کسب انتفاع، آن قدر حق رأی کسب می‌کند که برای کنترل عملیات شرکت، هیئت مدیره را انتخاب کند و یا در انتخاب اعضای هیئت مدیره مؤثر باشد. همچنین ماده ۴ قانون رفع موانع تولید رقابت‌پذیر و ارتقای نظام مالی نیز کنترل به مفهوم نخست را پذیرفته است.^۲

قانون‌گذار در بند ۱۸ ماده ۱ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴، شرکت مادر را شرکتی می‌داند که از طریق تملک تمام یا قسمتی از سهام یا مدیریت و یا از طریق دیگر، فعالیت اقتصادی بنگاه‌ها یا شرکت‌های دیگر را در یک بازار کنترل می‌کند. به این ترتیب، اگرچه سهام‌داران یک شرکت اغلب اشخاص حقیقی هستند، ولی اشخاص حقوقی نیز می‌توانند در شرکت دیگر به‌عنوان مالک یا مدیر انتخاب شوند که منظور از مالک در این مقاله همان شرکت مادر است و واحدهای وابسته آن را شرکت تابعه می‌نامند.

در تعریف آنکتاد این‌گونه مقرر شده است: شرکت چندملیتی شرکت‌هایی هستند که متحد شده یا به‌هم پیوسته‌اند و شامل مؤسسه مادر و شعبات وابسته

۱. رضا میرزاخانی، «بررسی فقهی اوراق مرابحه مبتنی بر سهام برای تأمین مالی شرکت‌های هلدینگ»، مرکز پژوهش، توسعه و مطالعات اسلامی سازمان بورس و اوراق بهادار، (۱۳۹۴)، ص ۹.

۲. ابراهیم عابدی فیروزجایی، نظام حقوقی حاکم بر گروه شرکت‌ها (نظریه عمومی وابستگی شرکت‌های تجاری)، (تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۷)، ص ۵۴.

است. مؤسسه مادر به مؤسسه‌ای اطلاق می‌شود که دارایی‌های دیگر شعبات را در کشوری غیر از کشور متبوعش مدیریت و کنترل می‌کند. این کنترل معمولاً با تملک مقدار مشخصی از سرمایه حاصل می‌شود.^۳

بنابراین، آنچه در تعریف‌های پیش‌گفته واحد است، بیشتر ملاک کنترل می‌باشد؛ لذا شرکت مادر به شرکتی گفته می‌شود که دیگر شرکت‌های زیرمجموعه را کنترل می‌کند.

۲.۱. قانون نمونه آنستیرال

در سال ۱۹۹۷، مذاکرات نهایی در وین اتریش جامعه عمل پوشید و متن قانون نمونه آنستیرال در همان سال مورد پذیرش قرار گرفت. از دیدگاه ماهوی، جریان رسیدگی به ورشکستگی یک تاجر که فعالیت بازرگانی او ابعاد بین‌المللی دارد، ممکن است پس از توقف و اعلام ورشکستگی بر حسب محل وقوع اموال غیرمنقول، محل استقرار دفتر شرکت یا مؤسسه تجاری او و یا محل فعالیت تجاری به نحوی که بتوان آن را مرکز امور مهم وی تلقی نمود یا نقطه تجمع و تمرکز فعالیت و عملیات تاجر باشد و مراحل اجرایی و قضایی لازم جهت اعلام ورشکستگی، تعیین و نصب مدیر تصفیه و درنهایت تصفیه امور فرد ورشکسته و پرداختن دیون طلبکاران و تعیین خسارت و شمردن طلبکاران هم‌زمان در چند کشور جریان یابد. در این وضعیت، هر کشور بر حسب مقررات داخلی یا قراردادهای دوجانبه‌ای که با کشورهای دیگر دارد تصمیم قضایی متفاوتی اتخاذ می‌کند.^۴

۲. چارچوب نظری تحقیق

مبانی نظری گوناگون برای تحلیل مسئولیت شرکت‌های بزرگ مادر در فرض

^۳ Transnational Corporations (TNCs) are Incorporated or Unincorporated Enterprises Comprising parent Enterprises and Their Foreign Affiliates. A Parent Enterprise is Defined as an Enterprise That controls Assets of Other Entities in Countries Other Than its Home Country, Usually by Owning a Certain Equity Capital Stake. Giroud, Axèle, Transnational Corporations, Technology, and Economic Development: Backward Linkages and Knowledge Transfer in South East Asia, Edward Elgar Publishers, 2003 p. 15.

^۴ بیژن ایزدی، «ورشکستگی فرامرزی قانون نمونه آنستیرال»، رویدادها و تحلیل‌ها، ش ۱۰۶ (۱۳۷۵)، ص ۲۲.

وقوع ورشکستگی در شرکت‌های تابعه ارائه شده است. این نظریه‌ها در موارد وقوع ورشکستگی در شرکت مادر نیز قابل طرح است؛ به عبارت دیگر، اگر شرکت فرعی و تابعه شرکت مادر ورشکست شود به استناد نظریه‌های یادشده می‌توان ارتباط میان دو شرکت را تعیین نمود و شرکت مادر را تحت تعقیب قرار داد؛ در مقابل اگر شرکت مادر هم ورشکست شود، همین نظریه‌ها برای تحلیل تأثیر ورشکستگی شرکت مادر بر شرکت‌های تابعه به کار گرفته خواهد شد. لذا با توجه به اینکه قانون نمونه آنسیترا ل جهت ترغیب پیوستن اعضا به این قانون و موارد حاکمیتی دولت‌ها، هیچ قاعده‌ای در این خصوص ارائه نداده، کشورها را مختار به انتخاب دانسته است. در ادامه به بحث و بررسی در این باره پرداخته می‌شود تا بتوان راهکاری در خصوص انتخاب راه حل بهتر ارائه داد.

۲.۱. نظریه خرق حجاب شخصیت حقوقی شرکت (دکترین آلتراگو)

قاعده آلتراگو^۵ یا خرق حجاب شخصیت حقوقی، در حقوق کامن لا مطرح شده و مبتنی بر قاعده انصاف است. مضمون کلی آن این است که توانایی و حق تأسیس شخصیت حقوقی نباید دست‌آویزی برای فرار از مسئولیت و یا تضییع حقوق دیگران باشد؛ به همین دلیل هرگاه شرکتی برای انجام مقصود تشکیل آن آشکارا فاقد سرمایه لازم باشد، یا بین حساب شخصی سهام‌داران و شرکت تفکیک منطقی وجود نداشته باشد^۶ یا میان شرکت مادر و شرکت تابعه نیز همین وضعیت برقرار بوده، نتوان تفکیک دقیقی میان آنها قائل شد، شخصیت حقوقی کنار گذاشته می‌شود و مسئولیت متوجه سهام‌داران و یا شرکت اصلی تأسیس‌کننده شرکت فرعی خواهد بود. نظریه خرق حجاب شخصیت حقوقی دقیقاً عکس اصل استقلال شخصیت‌های حقوقی^۸ عمل می‌کند؛ به همین دلیل نیز در اصطلاح

^۵Alter Ago

^۶Jonathan, Macey & Joshua, Mitts, "Finding Order in the Morass: The Three Real Justifications for Piercing the Corporate Veil", *Cornell Law Review*, Vol. 100, Issue 1 (November 2014), p. 144.

^۷ مرتضی نصیری، «نظریه اصیل واقعی و آلتراگو»، ترجمه محمدجواد فخرایی، *حقوقی بین‌المللی*، ش ۲ (۱۳۶۴)، ص ۲۲۸.

^۸Separate Entity Rule.

حقوقی گاهی آن را اصل نادیده گرفتن شخصیت حقوقی شرکت می‌نامند.

در این دکترین دادگاه شخصیت حقوقی شرکت را کنار گذاشته، در نتیجه مسئولیت اصلی ناشی از ورشکستگی متوجه سهام‌داران شرکت می‌شود: در پرونده *دای/استاف*، دیوان دادگستری اتحادیه اروپا اظهار داشت: این واقعیت که شرکت فرعی شخصیت حقوقی مستقلی دارد، مانعی برای انتساب اقدامات آن به شرکت اصلی نیست.^{۱۱}

این نظریه در مواردی که شرکت مادر به‌عنوان هلدینگ سهام شرکت فرعی را در اختیار دارد به کار گرفته خواهد شد. هدف این قاعده عبارت است از اثبات و توجیه مسئولیت شرکت اصلی یا سهام‌داران اصلی به‌منظور جلوگیری از سوءاستفاده‌های احتمالی از اصل تفکیک شخصیت حقوقی، یا مزیت‌هایی که قانون در خصوص استقلال شخصیت حقوقی فراهم آورده است. در واقع، هنگامی که سهام‌داران یا مدیران شرکت‌ها یا شرکت‌های تجاری می‌توانند با تشکیل یک یا چند شرکت فرعی از تبعات اقدامات متخلفانه خود بگریزند یا اموال خود را از دسترس طلبکاران دور سازند، قاعده یادشده اعمال می‌شود تا مانعی برای سوءاستفاده از حقوق طلبکاران گردد و از آن مهم‌تر، ممکن است شرکت‌های فراملی با تأسیس شرکت‌های فرعی یا خرید بخش بزرگی از سهام شرکت‌های دیگر اقدام به نقض حقوق بستانکاران داخلی نموده، با اعلام ورشکستگی شرکت فرعی و یا پنهان شدن در ساختارهای پیچیده حقوقی و اتکا به اصل استقلال شخصیت حقوقی از مسئولیت فرار نمایند.^{۱۲} کنار گذاشتن پرده ظاهری شخصیت حقوقی شرکت و رجوع به مسئولان واقعی با اعمال نظریه آلتراگو یا خرق حجاب

^۹Disregarding the Corporate Entity or Personality

^{۱۰}Daniel A. Austin & Stephen P. Parsons, *Business Bankruptcy Law in Focus*, (United States: Aspen Publishing, 2016), pp. 38-41.

^{۱۱}ECJ, Case 48/69, "Imperial Chemical Industries Ltd. v. Commission ('Dyestuffs')", *E. C. R.* 1972, §§131132.

^{۱۲} محسن مجبی و یاسر ضیائی، «صلاحیت فراسرزمینی در حقوق بین‌الملل در پرتو خرق حجاب شخصیت حقوقی شرکت»، *حقوقی بین‌المللی*، ش ۴۷ (۱۳۹۱)، ص ۱۷.

شخصیت حقوقی امکان‌پذیر خواهد شد و باعث می‌شود شرکت‌های فراملی نتوانند از مسئولیت فرار کنند.^{۱۳}

در این نظریه تمام اشخاص دخیل در تأسیس و راه‌اندازی شرکت به صورت توأمان مورد بررسی قرار می‌گیرند و صدور حکم علیه این اشخاص در قبال اقدامات و تعهدات شرکت برخلاف قاعده استقلال شخصیت حقوقی و قاعده مسئولیت محدود است؛ به این صورت که خرق حجاب شخصیت حقوقی شرکت که به‌مثابه حجاب و حائلی، مانع از رجوع به فعالان در شرکت می‌شود امکان مراجعه به اشخاص فرای شرکت را فراهم می‌سازد.^{۱۴}

مهم‌ترین مبنای نظریه خرق حجاب شخصیت، جلوگیری از تقلب و منع سوءاستفاده از حق است؛^{۱۵} البته در برخی موارد برای تعقیب شرکت‌ها مستقیماً به همین قاعده منع سوءاستفاده از حق اشاره می‌شود، به‌گونه‌ای که ثبت متقلبانة شرکت‌ها برای جلوگیری از مسئولیتی که در نتیجه وقوع خسارت یا ورشکستگی متوجه شرکت اصلی می‌شود، نباید مشمول اصل استقلال شخصیت حقوقی قرار گرفته، شرکت اصلی در دستیابی به هدف متقلبانه‌اش ناکام بماند. نظریه خرق حجاب شخصیت حقوقی در شرکت‌های اشخاص به‌کار گرفته نمی‌شود و تنها در شرکت‌های سرمایه این نظریه کاربرد دارد؛ زیرا در شرکت‌های اشخاص در صورت عدم کفایت دارایی و اموال شرکت برای تأدیه دیون خود، شرکا شخصاً مسئول پرداخت دیون و تصفیه حساب‌ها هستند و مجالی برای اعمال قاعده خرق حجاب شخصیت حقوقی باقی نمی‌ماند.^{۱۶} در واقع، زمانی قاعده خرق حجاب شخصیت حقوقی به‌کار گرفته می‌شود که اعمال آن فایده منطقی داشته باشد؛

^{۱۳}William J. Rands, "Domination of a Subsidiary by a Parent", *Indiana Law Review* . Vol. 32, No. 2 (1999), pp. 433-435.

^{۱۴} لیا جنیدی و همکاران، «تأثیر ورشکستگی شرکت‌های مادر و تابعه بر یکدیگر با تدقیق در روابط و مسئولیت متقابل آنها»، *مطالعات حقوق خصوصی*، ش ۲ (۱۳۹۶)، ص ۲۴۲.

^{۱۵}M Ramsay, D. B. Noakes, "Piercing the Corporate Veil in Australia", *Company and Securities Law Journal*, Issue. Vol. 19, (2001), p. 257.

^{۱۶} ملیحه زارع، خرق حجاب شخصیت حقوقی، رساله دکتری حقوق خصوصی دانشگاه تهران، ۱۳۹۲.

یعنی زمانی قاعده خرق کاربرد دارد که بتوان با اعمال آن از یک تقلب یا سوءاستفاده از پوشش شخصیت حقوقی جلوگیری نمود.

شایان ذکر است در حقوق داخلی نیز برخی از آرای دادگاه‌ها اخیراً با استناد به قواعد و اصول کلی حقوقی از جمله قاعده جلوگیری از تقلب و منع سوءاستفاده از حق و قواعد لاضرر و غیره صادر شده که در آن مدیران شرکت‌های اشخاص شخصاً مسئول جبران خسارت طلبکاران شده‌اند و رویه قضایی نسبت به این موضوع انعطاف بیشتری نسبت به قبل نشان داده و آرای متعددی نیز در این زمینه صادر شده است.

۲.۲. نظریه استفاده ابزاری

نظریه استفاده ابزاری^{۱۸} به عنوان قاعده‌ای مشابه و بسیار نزدیک و گاه مترادف با قاعده التراگو یاد می‌شود. به موجب قاعده اخیر که در خصوص شرکت‌های مادر و فرعی به کار می‌رود، هنگامی که ساختار یک شرکت فرعی، درجه کنترل آن از سوی شرکت مادر و نیز نحوه اداره و فعالیت‌های آن به کیفیت و میزانی است که به ابزاری برای شرکت مادر تبدیل شده است، شرکت مادر متعهد و متکفل تعهدات شرکت فرعی می‌شود. بر اساس این نظریه، شرکت فرعی باید به گونه‌ای تحت انقیاد و غلبه شرکت مادر باشد که موجودیت آن مورد تردید قرار گیرد و شرکت به عنوان وسیله‌ای برای پیشبرد مقاصد شرکت اصلی مطرح گردد؛ در این صورت، حجاب شخصیت حقوقی برداشته می‌شود، زیرا ابقای آن موجب بی‌عدالتی، سوءاستفاده از حق و همکاری در تقلب می‌گردد.^{۱۹}

در مواردی که شرکت مادر بخشی از سهام شرکت فرعی را در تملک خود گرفته است، نظریه خرق حجاب شخصیت حقوقی می‌تواند مانع از سوءاستفاده از

^{۱۸}Instrumentality Rule.

۱۸. اسدالله نوری، «دکترین التراگو یا آموزه دیگر خود خرق حجاب شخصیت حقوقی شرکتها، سازمان‌ها و مؤسسات دولتی ایرانی در محاکم ایالات متحده در دعاوی ایران پس از انقلاب اسلامی ۱۳۵۷»، مجموعه مقالات همایش صدمین سال تأسیس نهاد داور در حقوق ایران، (۱۳۹۰)، ص ۱۸۴.

پوشش شخصیت حقوقی شرکت تحت تملک شود. اما نظریه استفاده ایزاری در مواردی به کار گرفته می‌شود که شرکت فرعی در ظاهر در قالب شعبه مستقل عمل می‌کند و ظاهراً هم ارتباط مالی، مدیریتی و سرمایه‌ای میان شرکت مادر و شرکت فرعی یا شعبه وجود ندارد؛^۱ برای مثال در مواردی که شرکت فرعی بدون کسب سرمایه از شرکت مادر یا أخذ وام و سایر تسهیلات تأسیس شده است، مدیران آن اشخاصی غیر از مدیران شرکت مادر هستند، تشخیص ارتباط میان دو شخصیت حقوقی شرکت مادر و شرکت فرعی دشوار است و ارتباط میان دو شخصیت حقوقی با اعمال معیار کنترل محرز می‌شود؛ یعنی به صرف کنترل شرکت فرعی «الف» از سوی شرکت دیگر می‌توان با اعمال نظریه استفاده ایزاری، حدود مسئولیت آنها را در موارد مسئولیت یا ورشکستگی مشخص نمود.

به‌طور کلی در خصوص رابطه شرکت مادر با شرکت‌های تابع و فرعی دو نظریه وجود دارد: یکی نظریه وجود مستقل و دیگری نظریه وجود واحد.^۲ اصل وجود مستقل در واقع منطبق با اصول اساسی حقوق شرکت‌ها، یعنی اصل استقلال شخصیت حقوقی و استقلال دارایی شرکت یا مسئولیت محدود شرکا در برابر ضرر و زیان و بدهی‌های شرکت است. این اصل مزایای زیادی را به همراه دارد. وجود شخصیت حقوقی مستقل از شرکا برای شرکت از نظر اقتصادی بسیار کارآمد است و باعث کاهش هزینه‌های معاملاتی می‌شود؛ زیرا لازم نیست با انتقال سهام، مالکیت اموال شرکت به سهام‌داران جدید منتقل شود. همچنین شخصیت حقوقی شرکت این امکان را برای شرکت فراهم می‌سازد که تقاضای تسهیلات مالی و تضمین بدهی‌های خود را داشته باشد.^۳ البته تطابق با اصل استقلال دارایی و شخصیت نمی‌تواند یک مزیت تلقی شود، زیرا ریبعا اسکینی اعتقاد دارد اصل

^۱ Henry W. Ballantine, "Separate Entity of Parent and Subsidiary Law Corporations", *California Review*, Vol. 4, Issue 1, 1995, p. 16.

^۲ Entity Principle

^۳ Enterprise Principle

۲۲. علی رضایی، «مسئولیت شرکت مادر در قبال شرکت تابعه (مطالعه تطبیقی در حقوق فرانسه، بلژیک و ایران)»، *مطالعات حقوق تطبیقی معاصر*، ش ۱، (۱۳۹۶)، ص ۱۵۸.

استقلال دارایی و اصل استقلال شخصیت گاهی در برابر ضرورت‌های عملی رنگ می‌بازد، از جمله - همان‌طور که گفته شد - در صورتی که بر اثر ورشکستگی شرکت سهامی کمبودی در دارایی شرکت ایجاد شود که ناشی از تخلف مدیران باشد، طبق ماده ۱۴۳ لایحه قانونی ۱۳۴۷، طلبکاران شرکت حق دارند به مدیر - یعنی به شریک متخلف - مراجعه و تقاضا کنند که خسارتشان از دارایی او جبران شود.^{۲۳} لذا از این ماده می‌توان جهت مسئول دانستن شرکت مادر در مقابل طلبکاران استفاده کرد؛ چراکه شرکت مادر عضو هیئت مدیره شرکت تابعه بوده، از باب قواعد مسئولیت مدنی می‌توان به شرکت مادر مراجعه نمود.

در مقابل اصل وجود مستقل، اصل وجود واحد قرار دارد؛ یعنی برای تحلیل شخصیت حقوقی شرکت‌های فرعی و مادر به حدود رابطه آنها نظارت می‌کند، و شرکت مادر و تابعه را فارغ از شخصیت حقوقی مستقل آنها به صورت یک مجموعه و کل واحد در نظر می‌گیرد. در واقع، گاهی واقعیت‌های اقتصادی اقتضا دارد که بین اجزای مستقل گروه شرکت‌ها ارتباط برقرار گردد و با آن به مثابه یک مجموعه واحد رفتار شود. در این نظریه، می‌توان مسئولیت را بر شرکت مادری که در هر حال به فعالیت‌های شرکت فرعی نظارت و کنترل مستمر دارد تحمیل نمود؛^{۲۴} بنابراین در اعمال نظریه استفاده ابزاری، تشخیص کنترل حائز اهمیت تلقی می‌شود.

در تعریف کلی گفته شده که نظریه استفاده ابزاری اصلی است در حقوق شرکت‌ها و مشارکت‌های تجاری، و هنگامی اعمال می‌شود که تأسیس شرکت فرعی یا شعبه، تنها بر اساس خواست شرکت مادر صورت می‌گیرد و فعالیت آن کاملاً در کنترل شرکت مادر و به نفع این شرکت است. در نتیجه، در موارد یادشده با اعمال نظریه استفاده ابزاری شخصیت، وجود شرکت تابعه نادیده گرفته می‌شود

۲۳. کورش کاویانی و سعیده قاسمی مقدم، «مسئولیت شرکت مادر در برابردهی شرکتهای فرعی ورشکسته»، پژوهش‌های حقوق

خصوصی، ش ۵ (۱۳۹۴)، ص ۳۰.

۲۴. همان، ص ۳۳.

و به این ترتیب، مسئولیت محدود شرکت تابعه نمی‌تواند به‌عنوان پوششی برای فعالیت شرکت مادر باشد.^{۵۵} نظریه استفاده ابزاری برای تحلیل کنترلی که شرکت‌های مادر بر شرکت‌های فرعی اعمال می‌دارند ارائه شده است.^{۵۶} بسیاری نظریه استفاده ابزاری را معادل دکترین آلتراگو یا خرق حجاب شخصیت حقوقی تلقی نموده‌اند که به‌نظر می‌رسد این دو نظریه حداقل در معیارهایی که برای تشخیص ارتباط میان شرکت مادر و شرکت تابعه در نظر می‌گیرند با هم متفاوت باشد. در نظریه خرق حجاب شخصیت میزان ارتباط مالی دو شرکت در نظر گرفته می‌شود و در نظریه استفاده ابزاری به ارتباط مدیریتی دو شرکت و کنترلی که شرکت مادر بر شرکت تابعه دارد تأکید می‌شود؛ در نتیجه می‌توان گفت که نظریه استفاده ابزاری و دکترین خرق حجاب شخصیت متفاوت با یکدیگرند. لیکن به‌نظر می‌رسد در نتیجه آن، که کنار گذاشتن شخصیت شرکت تابعه و رجوع به شرکت مادر است، هر دو نظریه یکسان باشند.

۳.۲. کنترل

در نظریه استفاده ابزاری، معیار تشخیص ارتباط شرکت مادر و شرکت تابعه، کنترل و ارتباط مدیریتی است که میان دو شرکت وجود دارد. در ماده ۱ دستورالعمل راهبری شرکتی ناشران پذیرفته‌شده در بورس اوراق بهادار تهران و فرابورس ایران، کنترل، توانایی راهبری سیاست‌های مالی و عملیاتی یک واحد تجاری به‌منظور کسب منافع اقتصادی از فعالیت‌های آن، تعریف شده است. در نظریه استفاده ابزاری، شرکت مادر به‌واسطه تملک اکثریت سهام شرکت تابعه، کنترل و مدیریت این شرکت را برعهده می‌گیرد و به دلیل همین کنترل و نقشی که در تصمیمات اتخاذشده از سوی شرکت فرعی دارد، در صورت ورود خسارت به غیر، یا وقوع ورشکستگی برای شرکت فرعی، لازم است پاسخگو باشد؛^{۵۷} زیرا مسئولیت عملکرد نامناسب شرکت تابعه که به وقوع ورشکستگی منتهی شده با شرکت مادر است؛

^{۵۵}Henry W. Ballantine, *Ibid*, p. 13

^{۵۶}Simeon, Obidairo, *Transnational Corruption and Corporations: Regulating Bribery Through Corporate Liability*, (London, Routledge publishers, 2016), p. 183.

۲۷. علی رضایی، پیشین، ص ۶۶

چراکه هرچند استقلال شخصیت حقوقی شرکت تابع مانع از مسئول شناختن شرکت مادر است، اما اساساً اقدام زیان‌بار به شرکت تابع منسوب نیست و چون شرکت تابع مدیریت شده است، باید شخص اداره‌کننده مسئول قلمداد گردد. در اصل، شرکت فرعی به شرکتی اطلاق می‌شود که از جانب شرکت خارجی تأسیس شده و کنترل آن در اختیار شرکت مادر است؛^{۲۸} در واقع، کنترل شرکت تابعه معیار مهمی در تشخیص ارتباط مدیریتی شرکت مادر و شرکت‌های فرعی است؛^{۲۹} در حالی که تأثیر کنترل، بیشتر با نتایج تصمیمات مرتبط است تا نحوه تصمیم‌گیری که در قاعده خرق حجاب شخصیت از آن استفاده می‌شود.^{۳۰}

اما آیا قوانین و مقررات مربوط به شرکت‌های خارجی اجازه اعطای کنترل شرکت ثبت‌شده در ایران را به شرکت خارجی می‌دهند؟ به عبارت دیگر، آیا معیار کنترل در ایران قابل اعمال است؟ در پاسخ به این سؤال باید اذعان داشت در ایران به استناد اصل ۸۱ قانون اساسی، تأسیس شرکت از سوی خارجی‌ان ممنوع اعلام شده است. در اصل یادشده آمده: «دادن امتیاز تشکیل شرکتها و مؤسسات در امور تجاری و صنعتی و کشاورزی و معادن و خدمات به خارجی‌ان مطلقاً ممنوع است». اداره ثبت شرکت‌ها در تفسیر این اصل اعتقاد دارد «میزان سهام سهام‌داران مبین میزان مشارکت آنان در مدیریت و کنترل شخص حقوقی است و تجویز مالکیت بیش از ۴۹ درصد به منزله اعطای امتیاز مندرج در اصل ۸۱ قانون اساسی به شرکت خارجی می‌باشد»؛^{۳۱} اگر نتیجه، از دیدگاه تفسیر ارائه‌شده از سوی اداره ثبت شرکت‌های ایران، اشخاص حقوقی خارجی نباید کنترلی بر شرکت تأسیس‌شده ایرانی داشته باشند. در نهایت، معیار کنترل در حقوق ایران نمی‌تواند برای احراز رابطه میان شرکت مادر و شرکت فرعی و مسئول انگاشتن این شرکت در موارد ورشکستگی شرکت تابعه مورد استفاده قرار گیرد؛ در واقع، ذی‌نفع و سرمایه‌گذار

۲۸. کلاویو ام اشمیت‌هوف، حقوق تجارت بین‌الملل، ترجمه بهروز اخلاقی و همکاران، (تهران: انتشارات سمت، ۱۳۹۴)، ص ۴۹۲.

۲۹. مرجان آتشی گلستان، شرکت‌های خارجی در حقوق ایران، (تهران: انتشارات بهنامی، ۱۳۸۸)، ص ۲۸۲.

۳۰. مایکل گولد، استراتژی و شیوه‌ها در شرکت مادر، ترجمه حسین رحمان سرشت و افشین فتح‌الهی، (تهران: انتشارات دوران،

۱۳۸۹)، ص ۶۱.

۳۱. مرجان آتشی گلستان، پیشین، ص ۲۸۲.

خارجی نمی‌تواند کنترل شرکت ایرانی را در دست داشته باشد و حقوق ایران نسبت به وضعیت مالکیت شرکتی شرکت‌های خارجی قاعده یا قانون مشخصی ارائه نداده است.^{۳۲}

در ماده ۲۳۷ لایحه جدید تجارت ایران (هنوز تصویب نشده) معیار کنترل مورد توجه واقع شده است. به موجب این ماده «در صورتی که شرکت ورشکسته شود یا پس از انحلال معلوم گردد اموال شرکت برای تأدیه دیون آن کافی نیست، دادگاه می‌تواند به تقاضای هر ذینفع هریک از مدیران را که مطابق ماده ۲۱۹ این قانون مفاصا حساب نگرفته‌اند یا با اعمال تقلب، مفاصا حساب أخذ کرده‌اند به تأدیه آن قسمت از دیونی که پرداخت آن از اموال شرکت ممکن نشده است محکوم کند، مگر اینکه ثابت شود ورشکستگی شرکت یا کافی نبودن اموال آن ناشی از جرائم و یا تخلف صریح آن مدیر از مفاد قوانین، مقررات و اساسنامه شرکت نبوده است. در صورتی که ثابت شود مجمع عمومی عادی علی‌رغم تخلفات مدیر یا مدیران صورتهای مالی را تصویب کرده است، شخصی که به هنگام تصمیم‌گیری بیش از پنجاه درصد سرمایه شرکت، به‌طور مستقیم یا غیرمستقیم، متعلق به وی بوده یا به هر نحو کنترل مجمع را در اختیار داشته است مسؤول جبران خسارت وارد شده به اشخاص ذینفع است، مگر اینکه ثابت کند تصمیم مجمع به وی مستند نبوده است». این ماده (در صورت تصویب) یک قاعده جدید در حقوق ایران ایجاد خواهد کرد. در واقع، مسئولیت متوجه شخصی خواهد بود که تأثیرگذاری رأی وی در تصویب صورتهای مالی مشخص باشد؛ شخصی که به هنگام تصمیم‌گیری بیش از پنجاه درصد سرمایه شرکت به‌طور مستقیم یا غیرمستقیم متعلق به وی بوده یا به هر نحو کنترل مجمع را در اختیار دارد، مسؤول جبران خسارت وارد شده به اشخاص ذی‌نفع است. این قاعده در موارد ورشکستگی به تقصیر می‌تواند نقش پراهمیتی ایفا کند؛ یعنی در مورد ورشکستگی به تقصیر شرکت فرعی، به استناد

۳۲. امین جعفری، «وضعیت نظام حاکمیت شرکتی در حقوق ایران و ضرورت بازنگری لایحه قانون تجارت»، پژوهش‌های حقوقی، ش ۲۶ (۱۳۹۳)، ص ۲۰۰.

این قاعده می‌تواند شرکت اصلی را مورد تعقیب قرار داد. علی‌رضایی اعتقاد دارد مفاد ماده ۲۳۷ در تحلیل مسئولیت شرکت مادر قابل اعمال است، به عبارتی حاکمیت شرکتی را معادل کنترل مسئولیت‌زا تلقی می‌کند؛ یعنی شخص تأثیرگذار در تصمیم مجمع عمومی شرکت ورشکسته که به واسطه آن تصمیم تقصیرآمیز ورشکسته شده، می‌تواند شرکت مادر یا هلدینگ باشد و در نتیجه ورشکستگی، اگر شرکت مادر بخواهد این اماره را از اثر بیندازد باید ثابت کند تصمیم مجمع به وی مستند نبوده است. در واقع، قانون‌گذار در این ماده، صرفاً در اختیار داشتن مدیریت و یا تملک اکثریت سهام را اماره نفوذ مؤثر در تصمیم‌گیری دانسته و بر همین اساس، چنین شخصی را مسئول به حساب آورده است.^{۳۴}

۲.۴. قاعده فقهی من له الغنم فعلیه الغرم

از نظر علی‌رضایی قاعده خرق حجاب شخصیت و سوءاستفاده ابزاری ریشه در حقوق کشورهای اروپایی دارد، اما با کنکاش در مبانی فقهی و حقوقی موجود به ویژه قاعده لاضرر، قاعده من له الغنم فعلیه الغرم و منع سوءاستفاده از حق، می‌توان با رعایت احتیاط مبنی بر عدم تعرض به قاعده تفکیک شخصیت حقوقی شرکت‌ها و با تحقق شرایطی خاص، شرکت مادر را در قبال شرکت تابع مسئول دانست.^{۳۵}

مضمون قاعده من له الغنم فعلیه الغرم این است که هرکس که مالک منافع مالی شد، ضمان آن مال بر او تعلق می‌گیرد. این قاعده معادل قاعده الخراج بالضمن است.^{۳۶} اما آیا واژه خراج می‌تواند به گونه‌ای تفسیر شود که شامل ضمان ناشی از ورشکستگی شرکت فرعی نیز بشود؟ به طور کلی فارغ از جدل‌های فقهی

^{۳۳}Mark Hirschey & Others, *Corporate Governance and Firm Performance*, (Tehran, Emerald Group Publishing, 2009), p. 84.

^{۳۴}. علی‌رضایی، پیشین، ص ۶۷.

^{۳۵}. همان، ص ۷۰.

^{۳۶}. محمد موسوی بجنوردی، قواعد فقهیه، (تهران: انتشارات مجمع علمی فرهنگی مجد، ۱۳۸۸)، ص ۲۵۱.

صورت گرفته، می‌توان گفت که معنای روایت چنین می‌شود که منفعت اموال در مقابل ضمانت آنها قرار دارد. جعفری لنگرودی در تعریف خراج- مانند فقهای اهل سنت- آن را منافع مال معین دانسته^{۳۷} و حدیث الخراج بالضمنان را به این شکل معنا کرده که نمائت و منافع یک مال از آن کسی است که تلف آن مال از دارایی او محسوب شود. ابوالحسن محمدی در تعریف ضمان در حدیث الخراج بالضمنان به نقل از کتاب *دررالحکام* آورده است: «یقصد بالضمنان المومنه کالانفاق علی الحيوان و مصاریف العماره للعقار»؛ از این حدیث فهمیده می‌شود که هرکس که در صورت تلف چیزی ضامن آن باشد، منافع آن مال نیز از آن او خواهد بود^{۳۸} چنین تفسیری از قاعده من له الغنم فعلیه الغرم نمی‌تواند کاربردی در خصوص تشخیص ارتباط شرکتهای مادر و تابعه داشته باشد، اما می‌تواند معنی قاعده را به صورت عکس نیز مطرح ساخت؛ زیرا قاعده تنها بر تلازم و هماهنگی میان کسب منفعت از مال و مسئولیت تأکید دارد^{۳۹}.

به این ترتیب، مفهوم قاعده اینطور خواهد بود که هرکس که مالک منافع مالی باشد مسئولیت ناشی از آن مال را نیز برعهده دارد؛ بر این اساس، اگر شرکت فرعی به‌عنوان دارایی شرکت اصلی عمل کند، یعنی عملاً منافع حاصل از عملکرد شرکت فرعی متوجه شرکت اصلی بشود، می‌توان گفت که ارتباط قوی و پایدار مالی میان دو شرکت وجود داشته است و در نتیجه مسئولیت ورشکستگی شرکت فرعی متوجه شرکت مادر خواهد بود.

مفاد قاعده من له الغنم فعلیه الغرم از دیدگاه نظری در خصوص ورشکستگی شرکت تابعه و تأثیر آن بر شرکت مادر قابل طرح است، اما آیا ممکن است در خصوص ورشکستگی شرکت مادر و تأثیر آن بر شرکت فرعی نیز به این قاعده استناد شود؟ به نظر می‌رسد پاسخ مثبت باشد. شرکتی را تصور کنید که به‌عنوان

۳۷. محمدجعفر جعفری لنگرودی، *ضمان عقودی در حقوق مدنی*، (تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۸۸)، ص ۲۶۰.

۳۸. ابوالحسن محمدی، *قواعد فقه*، (تهران: انتشارات میزان، ۱۳۸۹)، ص ۱۴۱.

۳۹. محمد کاظم مصطفوی، *القواعد الفقهیه*، (قم: انتشارات مرکز العالمی للدراسات الإسلامیة، ۱۴۲۶)، ص ۲۸۴.

نماینده تجاری هرساله مبلغی مشخص از شرکت مادر در کشور خارجی دریافت نموده، نمایندگی فروش محصولات شرکت مادر را برعهده دارد و مهم‌ترین درآمد شرکت فرعی نیز همین پولی است که از شرکت مادر دریافت می‌دارد. بدیهی است که در این موارد کسب منفعت شرکت تابعه به عملکرد شرکت مادر مرتبط شده است؛ یعنی ممکن است درآمد شرکت فرعی وابسته به عملکرد شرکت مادر باشد. در این موارد برای تشخیص ارتباط میان ورشکستگی شرکت مادر و شرکت تابعه می‌توان به قاعده من له الغنم فعلیه الغرم استناد نمود؛ درحالی که یکی از شرایط واقعی این است که شرکت مادر، کنترل و مدیریت شرکت تابعه را برعهده داشته باشد و از این طریق سود ببرد. این امر، همان چیزی است که قاعده الغنم نیز بر آن تأکید دارد.

۲. ۵. قاعده لاضرر

قاعده لاضرر برای تحلیل ارتباط میان شرکت مادر و شرکت تابعه پیشنهاد شده است؛ کلیات قاعده لاضرر را همه فقهای اسلام پذیرفته‌اند.^{۴۰} اگر اغلب نظام‌های حقوقی معاصر این قاعده تحت عنوان عدم جواز سوءاستفاده از حق^{۴۱} مطرح شده است و می‌توان گفت که منشأ عقلی دارد و بنای عقلا بر ضرورت وجود چنین قاعده‌ای در اجرای حق قرار گرفته است. نظریه سوءاستفاده از حق، به معنی ممنوعیت اعمال حق به شکلی است که موجب ناراحتی، ضرر یا تفویت منفعت دیگران شود.^{۴۲}

مهم‌ترین مبنای قاعده لاضرر این حدیث نبوی است: لاضرر و لا ضرار فی الاسلام.^{۴۳} البته می‌توان برای اثبات قاعده یادشده به برخی از آیات قران کریم

۴۰. علی رضایی، پیشین، ص ۱۶۴.

۴۱. عباسعلی عمید زنجانی، قواعد فقه، بخش حقوق خصوصی، (تهران: انتشارات سمت، ۱۳۹۰)، ص ۱۰۸.

۴۲. Abuse of Right or Prohibition of Chicane.

۴۳. عباس کریمی و هادی شعبانی، «رابطه منطقی قاعده فقهی لاضرر و قاعده غربی سوءاستفاده از حق»، پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب، ش ۲ (۱۳۹۳)، ص ۱۵۳.

۴۴. محمدابراهیم یزدی نجفی، حاشیه فرائد الاصول، ج ۲، (قم: مجمع فکر اسلامی، ۱۴۲۰)، ص ۵۷۳.

نظیر آیات ۲۳۱ و ۲۳۳ سوره بقره نیز استناد کرد.

در واقع، دلیل صدور حدیث از جانب حضرت محمد (ص) داستان سمیره بن جندب است؛ توضیح اینکه «در زمان رسول الله (ص) سمیره بن جندب در جوار خانه مردی از انصار درخت خرمایی داشت که راه رسیدن به آن از داخل ملک آن مرد انصاری می‌گذشت. سمیره بن جندب برای رسیدگی به آن درخت و کارهایش به دفعات و سرزده به زمین مرد انصاری می‌رفت و به این ترتیب ایجاد مزاحمت می‌کرد تا اینکه صاحبخانه به سمیره گفت: تو بی‌خبر و بدون إذن به خانه‌ام می‌آیی و ایجاد مزاحمت می‌کنی، پس از این، هنگام آمد و شد اجازه بگیر. سمیره گفت: چنین نمی‌کنم. مرد انصاری به حضرت رسول (ص) شکایت برد. حضرت به سمیره فرمود: از این پس إذن بگیر، سمیره نپذیرفت. حضرت فرمود: از این درخت صرف نظر کن و من در برابر آن، درختی با همان اوصاف در جای دیگر به تو می‌دهم، سمیره نپذیرفت. حضرت فرمود: ده درخت در مقابل آن می‌دهم، باز هم قبول نکرد. فرمود: درختی در بهشت به تو می‌دهم، سمیره باز هم نپذیرفت، تا اینکه حضرت فرمود:

«انک رجل مضار و لا ضرر و لا ضرار علی مؤمن»: تو مرد سخت‌گیر و آسیب‌رسانی هستی و مؤمن نباید به کسی ضرر بزندی، بعد از آن دستور داد آن درخت را از ریشه کنند و جلوی سمیره انداختند»^{۴۵}

مفهوم کلی قاعده لاضرر این است که ایجاد ضرر و زیان برای دیگران با توسل به هر فعلی ممنوع و مسئولیت‌زا خواهد بود. قاعده لاضرر در فقه اسلامی نزدیک‌ترین قاعده به نظریه منع سوءاستفاده از حق در حقوق کشورهای اروپایی است، اما قاعده لاضرر اندکی عام‌تر از نظریه منع سوءاستفاده از حق است. قاعده لاضرر می‌تواند برای تحلیل ارتباط میان شرکت مادر و شرکت‌های فرعی مورد استفاده قرار گیرد؛ توضیح اینکه ویژگی محدود بودن مسئولیت سهام‌داران یا شرکا

۴۵. مصطفی محقق داماد، قواعد فقه، (تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۸۸)، ص ۱۳۴.

در حقوق شرکت‌ها، حقی است که می‌تواند به ضرر بستانکاران مورد سوءاستفاده قرار گیرد. در بلژیک، طلبکاران شرکت اغلب با استناد به نظریه سوءاستفاده از حق در پی تحمیل مسئولیت بر شرکت مادر هستند.^{۴۶} به این ترتیب، اگر شرکت تجاری مادر با دربرداشتن شخصیت حقوقی مستقل از تشکیل‌دهندگان خود و اختیارات لازم برای هدایت شرکت‌های زیرمجموعه خود از طریق تملک عمده سهام آنها، موجبات سوءاستفاده شرکا و درنهایت تضرر ثالث را فراهم آورد، می‌توان زمانی که در این خصوص با خلأ قانونی مواجه هستیم، با استناد به قاعده لاضرر به‌عنوان قاعده‌ای مسلم و اجماعی در فقه و حقوق مانع از این‌گونه ضررها شد.

اما شایان ذکر است در بقیه کشورهای، خصوصاً کشورهای تابع نظام کامن‌لا، استناد به نظریه خرق حجاب شخصیت برای تعقیب شرکت مادر معمول‌تر است.^{۴۷} به هر حال، احتمال پذیرش اینکه قاعده لاضرر و منع سوءاستفاده از حق در حقوق شرکت‌ها به‌عنوان مبنایی برای نادیده گرفتن مشارکت تجاری یا شرکت فرعی ثبت‌شده از سوی شرکت مادر باشد، وجود دارد.

۲.۶. دیدگاه قانون نمونه آنستیرال درباره ورشکستگی شرکت مادر

قانون نمونه آنستیرال در باب توقف، از سوی سازمان ملل متحد برای الگوبرداری نظام‌های حقوقی علاقه‌مند به یکسان‌سازی قواعد ورشکستگی در سطح بین‌المللی و نیز از جانب جمعی از حقوق‌دانان برجسته از سراسر جهان پیشنهاد شد. بسیاری از کشورها یا دقیقاً همان را مورد تصویب مجالس قانون‌گذاری خود قرار داده و یا در تدوین قوانین خود از آن الگوبرداری کرده‌اند. در قانون نمونه نیز از مرکز عملیات به‌عنوان قاعده حل تعارض یاد شده است؛ به این معنا که قانون کشور مرکز عملیات به‌عنوان قانون ماهوی و شکلی حاکم بر امر توقف و ورشکستگی مورد نظر است و در فرض ابهام مرکز عملیات، محل ثبت

۴۶. علی رضایی، پیشین، ص ۱۶۴.

۴۷. Jonathan, Macey & Joshua, "Mitts, Finding Order in the Morass: The Three Real Justifications for Piercing the Corporate Veil", *Cornell Law Review*, Vol. 100, Issue 1 (November 2014), p. 124.

مرکز شرکت و یا تجارتخانه، مرکز مهم فرض می‌شود.

درحالی که در حقوق ایران متأسفانه با فقدان قاعده حل تعارض در زمینه قانون حاکم بر ورشکستگی اعم از شکلی و ماهوی مواجه هستیم، تنها متنی که اشاره به موضوع ورشکستگی بین‌المللی دارد، ماده ۱۶ قانون سینا (قانون عضویت ایران در اتحادیه مخابرات هوانوردی) مصوب ۱۳۹۱ است که هیچ‌گونه گشایش و راه‌حلی ارائه نمی‌کند. در مقررۀ یادشده در باب تعلیق عضویت، یکی از اسباب تعلیق را ورشکستگی دانسته، تأکید می‌نماید که ورشکستگی عضو نسبت به قانون صالح سنجیده می‌شود، اما قانون صالح را مشخص نمی‌کند. بنابراین، به‌ناچار می‌بایست بر اساس اصول کلی حقوقی و بررسی تطبیقی نظام‌های حقوقی دیگر، راه‌حلی کارآمد ارائه نمود. در این باره هرچند نه از طریق استدلال، بلکه در نتیجه، حقوق‌دانان بزرگ ایران بر نظریۀ سرزمینی بودن ورشکستگی در ایران متفق‌القول هستند.

به‌نظر می‌رسد، نظام حاکم بر قانون نمونه، رویکرد «جهانی تعدیل‌یافته» است. نظریۀ جهانی تعدیل‌یافته، محور اصلی «رویکرد جهانی» یعنی ضرورت جمع‌آوری و تقسیم اموال غرمایی بدهکار متوقف از سوی مرجع واحد را بر یک مبنای جهانی و سراسری پذیرفته، اما حق رسیدگی توأم با انصاف در دعوی مطرح در کشور مرجع خارجی و حمایت از منافع بستانکاران داخلی برای دادگاه‌های محلی را همچنان محفوظ دانسته است. در رویکرد جهانی تعدیل‌یافته، به نحو خودکار از رسیدگی خارجی تبعیت نمی‌شود، بلکه ابتدا نوعی رسیدگی مقدماتی که متضمن بررسی در خصوص منصفانه بودن رسیدگی خارجی و حمایت از بستانکاران داخلی و شباهت کلی آن با قانون داخلی است ضرورت دارد. در قانون نمونه، آثار حکم صادره از محدوده قلمرو دادگاه صادرکننده فراتر رفته، ولی در کشورهای تصویب‌کننده که محل استقرار اموال بدهکار است، به شرط حفظ منافع طلبکاران داخلی معتبر خواهد بود؛ زیرا بر اساس بند ۲ ماده ۲۱، در صورت شناسایی دعوی خارجی، اعم از اصلی و غیراصلی، دادگاه می‌تواند اختیار تقسیم تمام یا بخشی از

اموال داخلی بدهکار را به مدیر تصفیه خارجی اعطا کند، مشروط بر اینکه از منافع طلبکاران داخلی محافظت شود.

یکی از ویژگی‌های بارز قانون نمونه آنسیتزل، توجه به جنبه بین‌المللی دعاوی ورشکستگی است. بر این اساس، علی‌رغم محدودیت قانونی برخی از کشورها، قانون نمونه بر حق دسترسی بستانکاران و نمایندگان خارجی به محاکم داخلی تأکید می‌کند.^{۴۸} لایحه جدید نیز اهمیت این بحث مورد توجه قانون‌گذار قرار گرفته است، به نحوی که در باب ورشکستگی بین‌المللی، یک فصل مشخص به «دسترسی بستانکاران و نمایندگان خارجی به دادگاه‌های داخلی» اختصاص یافته است. هدف نهایی قانون نمونه آنسیتزال، همکاری کشورهای پذیرنده آن برای سرعت در رسیدگی و ایجاد هماهنگی هرچه بیشتر میان کشورهای است که تاجر در آنها مؤسساتی دارد، تا از این طریق از بروز تعارض در رسیدگی به یک پرونده واحد که مربوط به تاجری است که در سطح بین‌المللی اموال و مؤسسات مختلفی دارد، جلوگیری شود. البته در مواردی، حصول همکاری، به شناسایی رسیدگی خارجی (چه فرعی و چه اصلی) از سوی کشوری که از او تقاضای همکاری شده است، نیاز دارد. در ماده ۱۱ قانون نمونه بیان شده است که نماینده خارجی حق دارد شروع رسیدگی را در کشور پذیرنده این قانون درخواست کند و به شرط شناسایی رسیدگی خارجی، محق خواهد بود در رسیدگی مربوط به همان بدهکار شرکت نماید.

نتیجه

با توجه به بررسی‌های انجام‌یافته، نتایج زیر حاصل شد:

- با در نظر گرفتن ورشکستگی شرکت مادر، اگر شرکت تابعه نیز متوقف شده، از اجرای تعهدات خود باز ماند، می‌توان ورشکستگی شرکت مادر را متوجه شعبه نیز

^{۴۸}Bernstein, Donald S; Timothy, Graulich; Damon, Meyer and Robert, Stewart, "Recognition and Comity in Cross-Border Insolvency Proceedings", *the International Insolvency Review*, (London, Law Business Research Ltd, 2013), p. 2.

قلمداد نمود. در مقابل، در خصوص تأثیر ورشکستگی شرکت فرعی بر شرکت چندملیتی مادر، باید توجه داشت از آنجایی که به‌طور معمول شرکت‌های مادر از توانایی مالی بیشتری نسبت به شرکت‌های تابعه خود برخوردار هستند، باید پس از توقف شرکت فرعی، وضعیت شرکت مادر را نیز بررسی نمود؛ چنانچه این شرکت هم متوقف باشد، طبیعتاً ورشکسته خواهد بود، ولی اگر متوقف نباشد باید بتوان با اعمال یکی از قواعد مربوط به احراز ارتباط تجاری، از جمله قاعده خرق حجاب شخصیت حقوقی، شرکت مادر را در قبال فعالیت شرکت تابعه مسئول قلمداد نمود؛ در غیر این صورت ورشکستگی شرکت فرعی متوجه شرکت مادر می‌شود.

■ در مواردی که شرکت مادر دارای سهام در شرکت فرعی است، چیزی که تحت عنوان مالکیت شرکتی در حقوق شرکت‌ها مطرح شده، از نظر حقوقی ممکن است موجب شود تا شرکت مادر در مقابل ورشکستگی شرکت تحت تملک مسئول قلمداد گردد. در وضعیت مالکیت شرکتی، اگر شرکت مادر ورشکسته شود، با توجه به قوانین موجود، چنانچه آن شرکت یک شرکت سرمایه باشد، ورشکستگی شرکت های تابعه نیز قابل بررسی است.

■ اگر مدیران یا سایر شرکای شرکت تحت تملک توانایی پرداخت حق السهم یا مبلغ سهام شریک ورشکسته را داشته باشند، می‌توانند از اعمال مقررات ورشکستگی فرار کنند. در مقابل، در خصوص تأثیر ورشکستگی شرکت تحت تملک بر شرکت مادر نیز باید توجه داشت که اگر شرکت تحت تملک از جمله شرکت‌های اشخاص باشد، با اعمال قاعده خرق حجاب شخصیت ممکن است شرکت مادر تحت شرایطی ورشکسته شناخته شده، حکم ورشکستگی آن صادر گردد، و اگر آن شرکت از شرکت‌های سرمایه باشد، تنها با اعمال قاعده تقابل نسبت به قانون می‌توان شرکت مادر را مورد تعقیب قرار داد.

با این همه و با توجه به مطالب یادشده، به نظر می‌رسد همان‌گونه که در لایحه اصلاح قانون تجارت نیز تا حدودی مدنظر قرار گرفته است و نیز پیش‌بینی راه‌حل‌های بین‌المللی و استفاده از تجربیات برخی از کشورها، با عنایت به جهانی شدن تجارت و پیشرفت روزافزون در این زمینه و لزوم ارتباط با کشورهای مختلف، دیگر نمی‌توان به راهکارهای داخلی و

حاکمیتی بسنده کرد؛ لذا بایستی اصولی در این خصوص پیش‌بینی نمود. اگرچه مراکزی از قبیل مرکز بین‌المللی حل و فصل اختلافات سرمایه‌گذاری میان کشورها با اتباع دیگر کشورها با نام اختصاری «ایکسید» که با انعقاد کنوانسیون تأسیس گردیده است، در واقع پاسخ مناسبی به نیاز بین‌المللی به حساب می‌آید.^{۴۹}

۴۹. محمدرضا مجتهدی، «درآمدی بر حقوق حل و فصل اختلافات سرمایه‌گذاری بین‌المللی بر مبنای کنوانسیون "داوری ایکسید"»، *مطالعات حقوق تطبیقی معاصر*، ش ۳ (۱۳۹۰)، ص ۱۸۰.

منابع و مأخذ

الف) منابع فارسی

- کتابها

۱. آتشی گلستان، مرجان، *شرکت‌های خارجی در حقوق ایران*، (تهران: انتشارات بهنامی، ۱۳۸۸).
۲. اشمیت‌هوف، کلاویو ام، *حقوق تجارت بین‌الملل*، ترجمه بهروز اخلاقی و همکاران، (تهران: انتشارات سمت، ۱۳۹۴).
۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *ضمان عقده در حقوق مدنی*، (تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۸۸).
۴. عمید زنجانی، عباسعلی، *قواعد فقه، بخش حقوق خصوصی*، (تهران: انتشارات سمت، ۱۳۹۰).
۵. عابدی فیروزجانی، ابراهیم، *نظام حقوقی حاکم بر گروه شرکتها نظریه عمومی وابستگی شرکت‌های تجاری*، (تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۷).
۶. گولد، مایکل، *استراتژی و تسویه‌ها در شرکت مادر*، ترجمه حسین رحمان‌سرشت و افشین فتح‌الهی، (تهران: انتشارات دوران، ۱۳۸۹).
۷. محقق داماد، مصطفی، *قواعد فقه*، (تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۸۸).
۸. محمدی، ابوالحسن، *قواعد فقه*، (تهران: انتشارات میزان، ۱۳۸۹).
۹. مصطفوی، محمدکاظم، *القواعد الفقهیه*، (قم: انتشارات مرکز العالمی للدراسات الإسلامیه، ۱۴۲۶).
۱۰. موسوی بجنوردی، محمد، *قواعد فقهیه*، (تهران: انتشارات مجمع علمی فرهنگی مجد، ۱۳۸۸).
۱۱. یزدی نجفی، محمدابراهیم، *حائسیه فرائد الاصول*، ج ۲ (قم: مجمع فکر اسلامی، ۱۴۲۰).

- مقاله‌ها

۱۲. ایزدی، بیژن، «ورشکستگی فرامرزی قانون نمونه آتی آنسیترال»، *رویدادها و تحلیل‌ها*، ش ۱۰۶ (۱۳۷۵).

۱۳. جعفری، امین، «وضعیت نظام حاکمیت شرکتی در حقوق ایران و ضرورت بازنگری لایحه قانون تجارت»، پژوهش‌های حقوقی، ش ۲۶ (۱۳۹۳)،
۱۴. جنیدی، لعیا، اسکندری، حسن و فرجام، بهزاد، «تأثیر ورشکستگی شرکت‌های مادر و تابعه بر یکدیگر با تدقیق در روابط و مسئولیت متقابل آنها»، مطالعات حقوق خصوصی، ش ۲ (۱۳۹۶).
۱۵. رضایی، علی، «مسئولیت شرکت مادر در قبال شرکت تابعه (مطالعه تطبیقی در حقوق فرانسه، بلژیک و ایران)»، مطالعات حقوق تطبیقی، ش ۱ (۱۳۹۶).
۱۶. کاویانی، کورش و قاسمی مقدم، سعیده، «مسئولیت شرکت مادر در برابر بدهی شرکت‌های فرعی ورشکسته»، پژوهش‌های حقوق خصوصی، ش ۵ (۱۳۹۴).
۱۷. کریمی، عباس و شعبانی، هادی، «رابطه منطقی قاعده فقهی لاضرر و قاعده غربی سوءاستفاده از حق»، پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب، ش ۲ (۱۳۹۳).
۱۸. محبی، محسن و ضیایی، یاسر، «صلاحیت فراسرزمینی در حقوق بین‌الملل در پرتو خرق حجاب شخصیت حقوقی شرکت»، حقوقی بین‌المللی، ش ۴۷ (۱۳۹۱).
۱۹. مجتهدی، محمدرضا، «درآمدی بر حقوق حل و فصل اختلافات سرمایه‌گذاری بین‌المللی بر مبنای کنوانسیون داوری ایکسید»، مطالعات حقوق تطبیقی معاصر، ش ۳ (۱۳۹۰).
۲۰. میرزاخانی، رضا، «بررسی فقهی اوراق مرابحه مبتنی بر سهام برای تأمین مالی شرکت هلدینگ»، مرکز پژوهش، توسعه و مطالعات اسلامی سازمان بورس و اوراق بهادار (۱۳۹۴).
۲۱. نصیری، مرتضی، «نظریه اصیل واقعی و آلتراگو»، ترجمه محمدجواد فخرایی، تهران، حقوقی بین‌المللی، ش ۲ (۱۳۶۴).
۲۲. نوری، اسدالله، «دکترین آلتراگو یا آموزه دیگر خود، خرق حجاب شخصیت حقوقی شرکت‌ها، سازمان‌ها و مؤسسات دولتی ایرانی در محاکم ایالات متحده در دعاوی علیه ایران پس از انقلاب اسلامی ۱۳۵۷»، مجموعه مقالات همایش صدمین سال تأسیس نهاد داوری در حقوق ایران، (تهران: انتشارات مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، ۱۳۹۰).

– پایان نامه

۲۳. زارع، ملیحه، خرق حجاب شخصیت حقوقی شرکت، رساله دکتری حقوق خصوصی، دانشگاه تهران، ۱۳۹۲.

(ب) منابع انگلیسی

24. András, Sajó, *Abuse: The Dark Side of Fundamental Rights*, (Netherlands: Eleven International Publishing 2006).
25. Bernstein, Donald S; Timothy, Graulich; Damon, Meyer; Robert, Stewart, "Recognition and Comity in Cross-Border Insolvency Proceedings", *The International Insolvency Review*, London: Law Business Research Ltd, (2013).
26. ECJ, Case 48/69, "Imperial Chemical Industries Ltd. v. Commission ('Dyestuffs')", *E.C.R.* (1972), 131132.
27. Jonathan, Macey & Joshua, Mitts, "Finding Order in the Morass: The Three Real Justifications for Piercing the Corporate Veil", *Cornell Law Review*, Vol. 100, Issue 1 (November 2014).
28. Daniel A. Austin & Stephen P. Parsons, *Business Bankruptcy Law in Focus*, (United States: Aspen Publishing, 2016).
29. Disregard of the Corporate Entity, William Mitchell Law Review: 1978, Vol. 4: Iss. 2, Article3.
30. M. Ramsay, D.B. Noakes, "Piercing the Corporate Veil in Australia", *Company and Securities Law Journal*, Vol. 19, (2001).
31. Henry W. Ballantine, "Separate Entity of Parent and Subsidiary Corporations", *California Law Review*, Vol. 4, Issue 1, (1995).
32. Hirschev, Mark & others, *Corporate Governance and Firm Performance*, (Emerald Group Publishing, 2009).
33. Simeon, Obidairo, *Transnational Corruption and Corporations: Regulating Bribery Through Corporate Liability*, (London: Routledge publishers, 2016).
34. William J. Rands, "Domination of a Subsidiary by a Parent", *Indiana law review*. Issue. Vol. 32, No. 2, (1999).
35. Westbrook, Jay Lawrence, "A Global Solution to Multinational Default", *Michigan Law Review*, Vol. 98, (2000).



University of Tabriz

Contemporary Comparative Legal Studies

Online ISSN: 2821-0514

Volum: 14 Issue: 31

Summer 2023

Article Type: Research Article

Pages: 61-82

A Study of Agency by Necessity in English Law and its Position in Iranian Law

Zahra Irandoost^{1✉} | Seyyed Mohammad Hadi Saei²

1. Master of Private Law, Imam Khomeini International University (RA), Qazvin, Iran

zahrairandoost.lawyer@gmail.com

2. Associate Professor, Imam Khomeini International University, Qazvin, Iran

saei@ikiu.ac.ir

Abstract

Agency by necessity in English law is a situation in which a person acts on behalf of another person beyond their previous agreement to prevent harm to the principal, and for such an institution to exist, there must be a prior relationship between the agent and the principal and due to the necessity created in the particular situation, the agent goes beyond the scope of the granted authority and acts in the principal's interests. In this article, after reviewing several statutes in Iran's law, we came to the conclusion that the mentioned institution is recognizable in our law, but no separate and distinct provisions or statutes regarding agency by necessity are legislated in our law. In this research, an attempt has been made to review the legal provisions that are compatible with the definition of agency by necessity. Therefore, by identifying agency by necessity in English law, in addition to identifying the advantages and disadvantages of this institution, we want to examine its existence or non-existence in Iran's law, and, if possible, use the advantages of this institution and if this institution is identified in Iran's law, interpret that in accordance with our legal system and provisions so that we can use this legal institution in its best way.

Keywords: Agent, Agency by necessity, Necessity, Owner, Principal, Management of other's property.

Received: 2022/06/02 Received in revised form: 2022/10/19 Accepted: 2022/11/07 Published: 2023/06/26

DOI: 10.22034/LAW.2022.51672.3137

Publisher: University of Tabriz

Tabrizulaw@gmail.com



بررسی نمایندگی اضطراری در حقوق انگلستان

و جایگاه آن در حقوق ایران

زهرا ایران دوست^۱ | سید محمدهادی ساعی^۲

۱. کارشناسی ارشد حقوق خصوصی دانشگاه بین‌المللی امام خمینی (ره)، قزوین، ایران

zahrairandoost.lawyer@gmail.com

saei@ikiu.ac.ir

۲. دانشیار دانشگاه بین‌المللی امام خمینی (ره)، قزوین، ایران

چکیده

نمایندگی اضطراری در حقوق انگلستان وضعیتی است که در آن یک شخص به‌عنوان نماینده شخص دیگری فراتر از محدوده توافق قبلی عمل می‌کند تا از آسیب رسیدن به اصل جلوگیری نماید. برای تحقق چنین نهادی باید رابطه قبلی میان نماینده و اصل وجود داشته باشد و به علت اضطرار ایجاد شده در موقعیت خاصی، نماینده از حدود اختیارات اعطایی فراتر می‌رود و در جهت منافع اصل عمل می‌کند. در این مقاله به دنبال بررسی‌های صورت گرفته، پس از مطالعه قوانین متعدد در حقوق ایران به این نتیجه رسیدیم که نهاد یاد شده در حقوق ایران قابل شناسایی است، اما هیچ‌گونه مقررات مجزا و متمایزی در خصوص نمایندگی اضطراری در حقوق ما مقرر نشده و به صورت پراکنده و در مواد قانونی مختلف به این نهاد اشاره شده است. در این پژوهش تلاش شده است تا مواد قانونی که با تعریف نمایندگی اضطراری سازگاری دارد بررسی شود. لذا با شناسایی نمایندگی اضطراری در حقوق انگلستان، می‌خواهیم علاوه بر تشخیص و بررسی نقاط قوت و ضعف نهاد یاد شده، وجود یا نبود آن را در حقوق ایران بررسی نماییم و حتی‌الامکان از نقاط قوت این نهاد استفاده کرده، در صورت شناسایی این نهاد در حقوق ایران، نهاد پیش گفته را مطابق قواعد حقوقی و نظم عمومی جامعه تفسیر نماییم تا بتوانیم به بهترین شکل ممکن از این نهاد حقوقی بهره‌مند شویم.

واژگان کلیدی: اداره مال غیر، اصل، اضطرار، مالک، نمایندگی، نمایندگی ناشی از اضطرار.

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۳/۱۲ تاریخ بازنگری: ۱۴۰۱/۰۷/۲۷ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۰۸/۱۶ تاریخ انتشار: ۱۴۰۲/۰۴/۰۵

DOI: 10.22034/LAW.2022.51672.3137

Tabrizulaw@gmail.com

ناشر: دانشگاه تبریز

مقدمه

نمایندگی اضطراری زمانی رخ می‌دهد که فردی که از قبل از جانب اصیل به‌عنوان نماینده منصوب شده است از اختیارات خود فراتر رود و در موقعیت اضطراری از جانب اصیل اقدام کند. به بیان دیگر، نماینده اضطراری کسی است که نماینده شخص دیگری در مواقع اضطراری است، اما به‌طور رسمی حق انجام این کار را ندارد؛ در شرایط عادی، از نماینده انتظار می‌رود که در حوزه‌های محدود و مقرر در قرارداد نمایندگی کار کند؛ برای مثال، در حقوق انگلیس، زمانی که میان دو شخص رابطه نمایندگی وجود دارد و یکی به‌عنوان وکیل دیگری عمل می‌کند، مسئولیت‌های وکیل احتمالاً تصمیم‌های پزشکی را در زمانی که خود موکل قادر به اتخاذ تصمیم باشد شامل نمی‌شود؛ با این حال، اگر بیمار در موقعیت اضطراری بوده و نیاز به جراحی فوری باشد و شخص دیگری برای تصمیم‌گیری وجود نداشته باشد، وکیل نامبرده می‌تواند برای جراحی رضایت دهد. در چنین شرایطی، وکیل ضرورتاً به‌عنوان نماینده اضطراری عمل می‌کند.^۱

از آنجا که در خصوص وجود یا نبود نمایندگی اضطراری در حقوق ایران بررسی دقیقی صورت نگرفته و به‌صورت مجزا به این مبحث پرداخته نشده است، در صورت مواجهه با موقعیتی که نیازمند بهره‌برداری و تفسیر نهاد نمایندگی اضطراری باشد، با خلأ قانونی مواجه هستیم؛ لذا در این مقاله به‌دنبال ارائه پیشنهاد برای رفع آن خواهیم بود. در این مقاله به‌دنبال یافتن پاسخ این پرسش هستیم که آیا می‌توان قاعده‌ای را با عنوان نمایندگی اضطراری در حقوق ایران شناسایی کرد یا خیر. در خصوص پیشینه موضوع، مقاله، کتاب، رساله و یا پایان‌نامه‌ای که به صورت مجزا تحت عنوان نمایندگی اضطراری و تحقق یا عدم تحقق آن در حقوق ما نگارش شده باشد، یافت نشد. اما نزدیک‌ترین مطالب نسبت به موضوع نمایندگی اضطراری در مقالات و پایان‌نامه‌هایی منعکس شده است که موضوع اصلی آنها بررسی تطبیقی اداره فصولی مال غیر بوده است. به جهت تشابه ارکان و شرایط

^۱ Cambridge Business English Dictionary, (Cambridge: Cambridge University Press, 1st Edition, 2011).

^۲ The Farlex Financial Dictionary: Business and Investing Terms Explained, (South Carolina: CreateSpace Independent Publishing Platform, 2017).

ایجاد اداره فصولی مال غیر در حقوق ایران و نمایندگی اضطراری در حقوق انگلستان، در چند مقاله و پایان نامه به صورت مختصر به نمایندگی اضطراری و مباحث مرتبط با آن پرداخته شده است. لذا نگارش این مقاله به لحاظ عدم بررسی نمایندگی اضطراری به عنوان نهاد مجزا و قابل استفاده در حقوق ایران صورت گرفته و این ضرورت وجود دارد که در صورت تحقق این نهاد در حقوق ایران، در جهت تفسیر و بهره‌برداری هرچه بهتر از این نهاد، اقدامات لازم صورت پذیرد. در این مقاله برای جمع‌آوری اطلاعات و منابع از روش کتابخانه‌ای استفاده شده و با گردآوری اطلاعات از منابع مختلف فارسی و انگلیسی به تحلیل موضوع پرداخته شده است.

هدف از بررسی موضوع مقاله و سؤال مطرح‌شده، صرفاً وارد کردن یک نهاد حقوقی از نظام حقوقی کشور دیگری به نظام حقوقی کشور ما نیست، زیرا همان‌طور که خواهیم دید، حتی اگر این نهاد به صورت مشخص و قابل شناسایی تحت عنوان نمایندگی اضطراری در حقوق ما مطرح نشود، مانع استفاده و ترویج آن در میان مردم نخواهد بود. لذا با شناسایی نمایندگی اضطراری در حقوق انگلستان، می‌خواهیم وجود و یا نبود آن را در حقوق ایران بررسی نماییم و حتی الامکان از نقاط قوت این نهاد استفاده کرده، در صورت شناسایی آن در حقوق ایران نهاد یادشده را مطابق قواعد حقوقی و نظم عمومی جامعه تفسیر نماییم تا بتوانیم به بهترین شکل ممکن از این نهاد حقوقی بهره‌مند شویم.

۱. نمایندگی اضطراری

نمایندگی اضطراری نهادی است که در آن با وجود قرارداد نمایندگی، به علت ایجاد شرایط اضطراری، نماینده از حدود اختیارات اعطایی فراتر می‌رود. برای تحقق چنین نهادی باید برقراری ارتباط نماینده با اصیل برای دریافت دستورالعمل متناسب با موقعیت، غیرممکن باشد و عدم اقدام و یا تأخیر در اقدام از سوی نماینده، باعث ورود خسارت به اموال اصیل شود. علاوه بر آن، اقدامات صورت‌گرفته از جانب نماینده باید بر اساس حسن نیت و در راستای منافع اصیل باشد. نماینده ممکن است در مواقع اضطراری ملزم به اقدام به نمایندگی از جانب اصیل شود و بدون اینکه اختیار قبلی در خصوص موقعیت ایجادشده از طرف اصیل داشته باشد، قرارداد ببندد. نمایندگی اضطراری در شرایطی به وجود می‌آید که

یک فرد فراتر از اختیار اعطایی قبلی از جانب اصیل، در یک وضعیت اضطراری و ناگهانی، در جهت حفاظت از اموال یا منافع وی اقدام کند.

در انگلستان در صورت وجود شرایط اضطراری، به‌ویژه غیرممکن بودن برقراری ارتباط نماینده با اصیل، دادگاه‌ها نقش نماینده را می‌پذیرند؛ با این استدلال که نماینده در شرایط اضطراری اختیار انجام کارهای منطقی و عرفی را برای حفاظت از دارایی اصیل دارد. اگر نمایندگی اضطراری احراز شد، نماینده می‌تواند هزینه‌های ناشی از نجات یا ذخیرهٔ اموال اصیل را مطالبه کند.

نظریهٔ نمایندگی اضطراری ابتدا فقط در مورد حمل و نقل کالا از طریق دریا قابل اجرا بود، زیرا ناخدا یا مدیر کشتی برای نجات یک کشتی یا محموله در شرایط بحرانی اقدام می‌کرد. در آن زمان، ناخدای کشتی به‌موجب قرارداد، برای ملزم کردن مالک و صاحبان محموله در شرایط اضطراری، اختیارات گسترده‌ای داشت. در چنین موقعیتی اختیارات نمایندهٔ اضطراری یعنی ناخدای کشتی، هم شامل انعقاد قرارداد با ثالث، و هم استحقاق بازپرداخت و دریافت دستمزد نماینده از اصیل بابت اموری که انجام داده بود،^۳ می‌شد. سپس این نظریه به موارد مربوط به حمل کالا از طریق خشکی و سایر شرایط نیز تسری یافت.

برای تحقق نمایندگی اضطراری باید یک اضطرار تجاری واقعی و قطعی برای اصیل وجود داشته باشد که نمایندهٔ اضطراری با توجه به شرایط خاص مداخله کند. اقدام نماینده برای خساراتی که غیرقابل جبران هستند باید به‌عنوان آخرین چاره باشد.^۴ برای مثال، در مواردی که کالاهای فاسدشدنی نزد نماینده باشد و عدم فساد کالاها در زمان رسیدن به مقصد غیرممکن به‌نظر برسد، بر مبنای نمایندگی اضطراری، نماینده می‌تواند آن محصولات را به‌منظور کاهش تلفات یا جلوگیری از ضرر کامل بفروشد.^۵

بنابر نظر برخی صاحب‌نظران حقوق، با وجود مادهٔ ۱۹۶ قانون مدنی، نمی‌توان نظریهٔ

^۳Tundawala Moiz & Samanta Navajyoti, "Agency of Necessity". *University of Sheffield*, 2007, p.2.

^۴Ekanem Yaknse, "The summary Ambits of Agency of Necessity", *University of UYO*, 2020, p. 6.

^۵Abdul-Wahab Alkhadhari, "Should English Law Develop a Doctrine of Necessitous Intervention? What Part Might Agency of Necessity Play in This Process?", *University of Birmingham, United Kingdom*, 2011, p. 6.

نماینده‌گی اضطراری را در حقوق ایران پذیرفت؛ لذا پیش از ورود به بحث اصلی، به صورت مختصر درباره‌ی ضرورت بررسی نماینده‌گی اضطراری سخن خواهیم گفت. در این خصوص باید گفت، علی‌رغم قسمت اول ماده‌ی پیش‌گفته که مقرر می‌دارد: «کسی که معامله می‌کند آن معامله برای خود آن شخص محسوب می‌شود...»، قانون‌گذار در قسمت پایانی ماده تصریح نموده است که در صورت اثبات خلاف آن، معامله‌ی یادشده برای اصیل خواهد بود. لذا زمانی که فردی به نیابت از دیگری عمل می‌کند، اگر پس از زمان انعقاد معامله رابطه‌ی نماینده‌گی خود با اصیل را افشا و اثبات نماید، معامله برای اصیل خواهد بود. مشابه مطلبی که در ماده‌ی ۱۹۶ قانون مدنی ما مقرر شده است، در حقوق انگلستان نیز وجود دارد. در این خصوص رابطه‌ی نماینده‌گی ممکن است افشا شده^۶ و یا افشا نشده^۷ باشد. در صورتی که نماینده فراتر از اختیارات خودش عمل کند و حین انعقاد معامله اعلام کند که به نمایندگی از فرد دیگری معامله را منعقد می‌کند و هویت اصیل را افشا سازد و اصیل این اقدامات را معتبر بداند، اصیل و شخص ثالث در برابر هم مسئولیت خواهند داشت. اگر اصیل به‌موجب یکی از اقدامات نماینده تحت عنوان اختیار ظاهری یا نمایندگی اضطراری ملزم شود، در برابر شخص ثالث نسبت به قرارداد مسئولیت خواهد داشت.

در مورد رابطه‌ی نماینده‌گی که نسبت به شخص ثالث افشا نشده باشد، باید گفت به‌موجب دو شرط، اصیل در برابر شخص ثالث مسئولیت خواهد داشت؛ نخست اینکه نماینده باید اختیار داشته باشد، خواه این اختیار صریح باشد یا ضمنی، و دوم اینکه نماینده برای انعقاد قرارداد با شخص ثالث باید قصد کرده باشد که قرارداد را برای اصیلی که افشا و شناخته نشده است منعقد سازد و نه برای منافع خودش. در صورت وجود این دو شرط، اصیل در برابر شخص ثالث مسئولیت خواهد داشت؛ در غیر این صورت، یعنی درحالی که دو شرط پیش‌گفته وجود نداشته باشد، نماینده مسئولیت خواهد داشت و مسئولیتی متوجه اصیل نخواهد بود.^۸

^۶ Disclosed Agency

^۷ Undisclosed Agency

^۸ Samarth Trigunayat, "Rights and Liabilities of an Undisclosed Principal in Agency", *Chanakya National Law University*, 2019, p. 2.

احراز وجود نمایندگی اضطراری در حقوق ایران مستلزم بررسی مفهوم و شرایط تحقق نمایندگی اضطراری در حقوق انگلستان و انواع نمایندگی در این کشور است. لذا پس از بررسی انواع نمایندگی و مشخص شدن اینکه نمایندگی اضطراری از کدام نوع نمایندگی محسوب می‌شود و پس از بیان شرایط تحقق نهاد یادشده، به بررسی مواد قانونی موجود در حقوق ایران که با نمایندگی اضطراری مرتبط می‌باشد، می‌پردازیم و از آنجا که نظام حقوقی انگلیس، نظام کامن‌لا و مبتنی بر رویه قضایی است برای توضیح بیشتر در خصوص بخش‌های مختلف مقاله، به پرونده‌های مرتبط با بحث اشاره خواهیم کرد. نگارندگان بر آن‌اند که در صورت تحقق آن، با بررسی جلوه‌های نمایندگی اضطراری در حقوق ایران، تفسیر مناسب و قاعده‌مند ارائه نمایند.

۲. انواع نمایندگی

رابطه نمایندگی بین اصیل و نماینده اضطراری مهم‌ترین پیش‌نیازی است که می‌توان اصیل را به خاطر اعمال نماینده در برابر شخص ثالث مسئول دانست. اختیار نماینده، او را قادر می‌سازد تا موقعیت قانونی اصیل خود را تحت تأثیر قرار دهد. نماینده‌ای که به او اختیار اعطا شده است، حق دارد که از جانب اصیل عمل کند. اختیار و نمایندگی در یک تقسیم‌بندی به چهار قسم نمایندگی واقعی؛ نمایندگی ظاهری؛^۹ نمایندگی ناشی از تنفیذ^{۱۱} و نمایندگی قانونی^{۱۲} تقسیم می‌شود.

۲.۱. نمایندگی یا اختیار واقعی

نمایندگی واقعی مطابق یک تعریف، یعنی «یک رابطه حقوقی بین اصیل و نماینده که با قرارداد ایجادشده، اصیل و نماینده طرفین آن محسوب می‌شوند»^{۱۳} اختیار واقعی به اختیارات خاصی اطلاق می‌شود که از سوی اصیل به نماینده اعطا می‌شود تا نماینده از

^۹Actual Agency or Authority

^{۱۰}Apparent Agency or Authority

^{۱۱}Ratification

^{۱۲}Operation of Law

^{۱۳}Freeman & Lockyer V. Buckhurst Park Properties (mangal) LTD, (1964) 2 QB 480.

طرف اصیل اقدام کند.^{۱۴} نمایندگی واقعی ممکن است به صورت صریح و یا ضمنی باشد. اگر اختیار به صورت شفاهی یا کتبی داده شود، اختیار صریح نام دارد. اختیار ضمنی نماینده ممکن است ناشی از عرف یا رویه موجود در بازار خاص باشد. پس نماینده می‌تواند اعمالی را که با تجارت، عرف یا رویه مطابقت دارد انجام دهد، مشروط بر اینکه آن اعمال معقول و منطقی باشد.

۲.۲. نمایندگی یا اختیار ظاهری

مطابق یک تعریف در فرهنگ لغات^{۱۵} «نمایندگی ظاهری زمانی به وجود می‌آید که کسی به طور معقول اعتقاد پیدا می‌کند که شخصی از جانب دیگری اختیار دارد تا به نمایندگی از او برای انجام معاملات تجاری یا انعقاد قرارداد اقدام کند».

یکی از مثال‌های رایج نمایندگی ظاهری زمانی است که صاحب مغازه‌ای مدت کوتاهی می‌خواهد از مغازه خارج شود، اما نمی‌خواهد درب مغازه بسته باشد. در این حالت شاگرد یا فرزند خود را به جای خود می‌گذارد تا در صورتی که فردی به مغازه مراجعه کرد کارش انجام شود. در این حالت، مشتری یا مراجعه‌کننده تصور می‌کند که فرد حاضر در مغازه اختیارات کافی برای فروش محصول موردنظرش را دارد. در این شرایط، نمایندگی ظاهری ایجاد می‌شود بدون آنکه از جانب صاحب مغازه تفویض اختیاری صورت گرفته باشد.^{۱۶}

نمایندگی ظاهری یکی از انواع نمایندگی است که ابتدا در نظام‌های حقوق کامن‌لا به ویژه حقوق انگلستان و ایالات متحده آمریکا مطرح شد و توسعه یافت و سپس در دیگر کشورها پذیرفته شد و نمایندگی اضطراری زیرمجموعه آن محسوب می‌شود. در نمایندگی ظاهری، رفتار اصیل و نماینده به گونه‌ای است که این تصور را در اشخاص ثالث ایجاد می‌کند که نماینده دارای اختیارات کافی از جانب اصیل است؛ هرچند واقعا چنین چیزی وجود نداشته باشد.

^{۱۴} Julia Kagan, Actual Authority, "www.investopedia.com".

^{۱۵} <https://legaldictionary.net/apparent-authority/>

^{۱۶} سید الهام‌الدین شریفی، «مطالعه تطبیقی اختیار ظاهری با تأکید بر اصول حقوق قراردادهای اروپایی»، تحقیقات حقوقی، ش ۶۲ (۱۳۹۲)، ص ۷۱۹.

نمایندگی اضطراری در جایی ایجاد می‌شود که نماینده با وجود رابطه نمایندگی که از قبل میان او و اصیل وجود داشته از حدود اختیارات اعطایی فراتر می‌رود و با توجه به شرایط اضطراری و موقعیت موجود اقدامات لازم را در جهت منافع مالک و اصیل انجام می‌دهد؛ در واقع در هر دو نوع نمایندگی یادشده، اعطای اختیار واقعی نسبت به موقعیت ایجادشده از جانب اصیل صورت نگرفته است، اما با توجه به وجود شرایط، این تصور در اشخاص ثالث ایجاد می‌شود که نماینده دارای اختیارات کافی از جانب اصیل است. زمانی که اقدامات نماینده به موجب شرایط اضطراری و با سایر شرایط تحقق این نهاد همراه باشد، به عنوان نماینده اضطراری شناخته خواهد شد و آثار این نهاد نسبت به او بار می‌شود. لذا با بررسی نمایندگی ظاهری، احراز کردیم که نمایندگی اضطراری زیرمجموعه نمایندگی ظاهری محسوب می‌شود.

۳.۲. نمایندگی ناشی از تنفیذ

یکی دیگر از انواع نمایندگی در حقوق انگلیس، نمایندگی ناشی از تنفیذ است. زمانی که فرد مدعی نیابت با سایر اشخاص به نام و حساب اصیل معامله کند، در صورت تنفیذ این اعمال از جانب اصیل، نمایندگی ایجاد می‌شود و اصیل در قبال اجرای قرارداد مسئولیت دارد. در واقع، تنفیذ قرارداد منعقدشده از جانب اصیل، به کلیه اقدامات انجام شده از سوی نماینده اعتبار می‌بخشد و بر اساس آنچه در حقوق انگلیس وجود دارد، اگر شخصی معامله‌ای را برای غیر منعقد کند، هر چند اختیار انجام چنین کاری را نداشته باشد، در صورتی که این اقدامات از سوی اصیل تنفیذ شود، اعمال انجام شده نسبت به اصیل معتبر خواهد بود.^{۱۷}

شرایط تحقق نمایندگی ناشی از تنفیذ، عبارت است از اهلیت اصیل برای انجام اقداماتی که نماینده به نیابت از او انجام می‌دهد. انجام اعمال موصوف از سوی نماینده برای اصیل، تنفیذ صریح یا ضمنی اصیل بر اساس رفتار نماینده است.

۱۷. سیدحسین صفایی و همکاران، «تحلیل نمایندگی ناشی از تنفیذ در حقوق انگلیس، اسلام و ایران»، مدرس علوم انسانی، ش ۴ (۱۳۸۰)، ص ۸۲.

۴.۲. نمایندگی قانونی

یکی دیگر از اقسام نمایندگی، نمایندگی قانونی یا نمایندگی ناشی از اعمال قانون است. در این نوع نمایندگی، اختیارات فرد نماینده بنابر قانون مفروض بوده، نیازی به تصریح اصیل ندارد.

یکی از اقسام نمایندگی قانونی، نمایندگی زوجه از جانب زوج و یا نمایندگی ناشی از رابطه زناشویی^{۱۹} است. در این نوع از نمایندگی، بنابر اختیاری که قانون برای زوجه ایجاد می‌کند، وی را برای تأمین مایحتاج زندگی، نماینده زوج قلمداد می‌نماید.^{۱۹}

پس از بررسی انواع نمایندگی در حقوق انگلستان و توضیح اینکه نمایندگی اضطراری زیرمجموعه نمایندگی ظاهری محسوب می‌شود، به بررسی شرایط تحقق نمایندگی اضطراری در حقوق انگلستان می‌پردازیم.

۳. شرایط تحقق نمایندگی اضطراری در حقوق انگلستان

برای اینکه وجود نمایندگی اضطراری را در حقوق ایران احراز نماییم لازم است که شرایط تحقق این نهاد در حقوق انگلستان را بررسی کنیم. این شرایط عبارت‌اند از:

۳.۱. لزوم وجود رابطه نمایندگی قبلی

همان‌طور که در تعریف نمایندگی اضطراری بیان شد، برای تحقق این نهاد، باید یک رابطه نمایندگی از قبل وجود داشته باشد تا زمانی که موقعیت اضطراری ایجاد می‌شود و امکان برقراری ارتباط با اصیل وجود ندارد، نماینده از چارچوب اختیارات اعطایی فراتر رود و به نفع اصیل عمل کند. در واقع، مهم‌ترین شرط تحقق نمایندگی اضطراری و وجه تمایز این نوع نمایندگی با سایر انواع آن، وجود رابطه نمایندگی قبلی میان اصیل و نماینده است که بنابر شرایط ایجادشده، نماینده برای اقدام به نفع اصیل، فراتر از حدود اختیارات اعطایی عمل می‌کند.

^{۱۹} Agency by Cohabitation

۱۹. گلنوش سادات طالب هاشمی، «مبانی نظریه اختیارات زوجه از جانب زوج ناشی از رابطه زناشویی در حقوق انگلیس و ایران»، *قانونیار*، ش ۱۷ (۱۴۰۰)، ص ۷۱۹.

برای مثال، در حقوق ما، قانون‌گذار در مواد ۳۹۹ قانون تجارت در بحث قائم‌مقام تجارتي و نیز در ماده ۶۸۰ قانون مدنی به وجود چنین شرطی به‌طور ضمنی اشاره کرده است. ماده ۳۹۹ قانون تجارت مقرر می‌دارد: «عزل قائم‌مقام تجارتي که وکالت او به ثبت رسیده و اعلان شده باید مطابق مقررات وزارت عدلیه به ثبت رسیده و اعلان شود و الا درمقابل ثالثی که از عزل مطلع نبوده وکالت باقی محسوب می‌شود». از آنجا که بر اساس مواد ۳۹۵ و ۴۰۰ قانون یادشده، قائم‌مقام تجارتي نمایندهٔ تجارت‌خانه محسوب می‌شود و کلیه اقدامات وی باید در راستای اهداف تجارت‌خانه باشد، اگر وی عزل شود، اما این عزل مطابق تشریفات صورت نپذیرد و ثبت نشود، در برابر اشخاص ثالث باحسن‌نیت اعتبار نخواهد داشت. در این ماده بنا بر شرایط خاص، یعنی عزل قائم‌مقام بدون رعایت تشریفات آن، اقداماتی که قائم‌مقام نسبت به اشخاص ثالث باحسن‌نیت به نمایندگی از تجارت‌خانه انجام می‌دهد، صحیح دانسته شده است.

همچنین در ماده ۶۸۰ قانون مدنی مقرر شده است: «تمام اموری که وکیل قبل از رسیدن خبر عزل به او در حدود وکالت خود بنماید نسبت به موکل نافذ است». در واقع هر دو ماده یادشده بیانگر آن است که باید یک رابطهٔ نمایندگی قبلی وجود داشته باشد تا به‌موجب شرایط ایجادشده، نماینده از حدود اختیارات اعطایی فراتر رود و به نفع اصیل عمل کند.

۲.۳. وجود اضطرار

نمایندگی اضطراری زمانی به‌وجود می‌آید که فردی بنا بر اضطرار ایجادشده در شرایط خاص، برای حفظ اموال دیگری به نفع وی عمل نماید.

جایی که یک نماینده با عمل به نمایندگی از اصیل در شرایط اضطراری از اختیارات خود فراتر می‌رود، نمایندگی اضطراری محقق می‌شود. در نتیجهٔ شرایط اضطراری، به‌ویژه غیرممکن بودن برقراری ارتباط نماینده با اصیل، دادگاه‌ها نقش نماینده را می‌پذیرند، به‌گونه‌ای که او اختیار انجام کارهای معقول برای حفاظت از دارایی اصیل را دارد. اگر نمایندگی اضطراری احراز شد، نماینده می‌تواند هزینه‌های ناشی از نجات یا ذخیرهٔ اموال

اصیل را مطالبه کند:^{۲۰}

برای تحقق نمایندگی اضطراری باید یک اضطرار تجاری واقعی و قطعی برای اصیل وجود داشته باشد که نماینده اضطراری با توجه به شرایط خاص پرونده مداخله کند. در واقع، نماینده باید تمام تلاش خود را در راستای عدم ورود خسارت به اموال اصیل به کار گیرد.^{۲۱}

معیار سنجش صحت اعمال نماینده برای جلوگیری از ورود خسارت به اصیل با در نظر گرفتن نوع کالا است؛ مانند اینکه کالا فسادپذیر باشد یا خیر. زمانی که کالاها صرفاً به خاطر عدم توانایی در نگهداری فروخته شود، نمایندگی اضطراری ایجاد نمی‌شود؛ مانند پرونده^{۲۲} معروفی که در آن خواهان یک اسب به ایستگاه قطار از جانب خواننده فرستاد. زمانی که اسب به مقصد رسید هیچ‌کس برای تحویل گرفتن آن حاضر نشد، بنابراین خواهان آن را به اصطبل فرستاد. چند ماه بعد خواهان هزینه‌های مربوط به نگهداری اسب در اصطبل را پرداخت و پس از آن بابت آنچه که پرداخته بود از خواننده مطالبه خسارت کرد. در این پرونده دادگاه حکم داد که ادعای خواهان مسموع است. با اینکه پرونده در حیطة حمل کالاها در خشکی قرار می‌گیرد نمایندگی اضطراری ایجاد شده است؛ به این دلیل که خواهان هیچ چاره‌ای به جز فراهم کردن شرایط نگهداری اسب را نداشته است؛ همان‌طور که اگر هرکس دیگری نیز جای او بود به همین شیوه عمل می‌کرد. در این پرونده اگر نماینده صرفاً به این دلیل که با نگهداری اسب به زحمت افتاده، یا توانایی نگهداری آن را نداشته، اسب را به اصطبل می‌فرستاد، به‌عنوان نماینده اضطراری شناخته نمی‌شد.

اگر هیچ ضرورتی وجود نداشته باشد و بعد از آن کالاها فروخته شود صرفاً به این خاطر که نماینده نمی‌خواهد آنها را نگهداری کند، نمایندگی اضطراری ایجاد نمی‌شود و نماینده‌ای که کالاها را می‌فروشد به علت عدم تعلق کالاها به وی، مسئولیت پیدا می‌کند.

در پرونده‌ای^{۲۳} خواننده پذیرفت که برای مدتی از وسایل خواهان به صورت رایگان

^{۲۰} Abdul-Wahab Alkhadhari, *op.cit.*, p. 6.

^{۲۱} Ekanem Yaknse, *op.cit.*, p. 6.

^{۲۲} Great Northern Railway Co. VS. Swaffield (1874)

^{۲۳} Sachs V. Miklos, [1948] 2 KB 23.

نگهداری کند. پس از مدت زمان قابل توجهی، خواهان وسایل را پس نگرفت و از آنجا که خواننده قصد داشت اتافی را که وسایل در آن قرار داشت اجاره دهد، اقدام به برقراری ارتباط با خواهان کرد. با وجود تلاش‌های بی‌شمار برای برقراری ارتباط، خواننده نتوانست خواهان را پیدا کند و به همین دلیل وسایل وی را فروخت. خواهان سپس وسایل خود را مطالبه کرد و وقتی فهمید که این کالاها فروخته شده است، از خواننده شکایت کرد. خواننده ادعا کرد که به‌عنوان نماینده اضطراری اقدام نموده است، اما دادگاه تجدیدنظر معتقد بود که این امر اثبات نشده، فقط به این دلیل که نیازی به فروش وسایل نبوده است. لذا در این پرونده به آن جهت که وجود اضطرار برای فروش وسایل احراز نشد، قاضی عمل خواننده را مشمول نمایندگی اضطراری ندانست.

در پرونده‌ای دیگر^{۲۴} یک نماینده برای اصیل که در کشور دیگری بود پوست خز خریداری کرد، اما به دلیل وقوع جنگ قادر به ارسال آن نبود و همچنین موفق به برقراری ارتباط با اصیل نشد؛ بنابراین، قبل از پایان جنگ آن را فروخت. دادگاه حکم داد که نماینده مسئولیت دارد به دلیل آنکه اضطرار تجاری واقعی وجود نداشت و در واقع جنگ بعد مدتی پایان یافت. به عبارت دیگر، ضرر واقعی یا قریب‌الوقوع تجاری در این پرونده اثبات نشد تا وی نماینده اضطراری محسوب شود.

در حقوق ما، قانون امور حسبی در ماده ۹۲ مقرر می‌دارد: «بعد از زوال قیمومت، قیم مسئول حفظ اموال محجور است تا به تصرف شخصی که باید تصرف نماید بدهد». در ماده یادشده، به جهت ضرورت حفظ اموال محجور، قانون‌گذار قیم زایل‌شده را تا زمانی که اموال به تصرف شخص صالح داده شود، مسئول حفظ اموال محجور می‌داند. در واقع شرایط اضطراری که می‌توان از این ماده استنباط کرد این است که به دلیل عدم توانایی فرد محجور در اداره اموال متعلق به خود، اگر این اموال از سوی فرد دارای اهلیت و سمت از جانب محجور اداره نشود، امکان ورود خسارات متعددی به اموال یادشده وجود دارد. لذا باید با انجام برخی اقدامات از ورود چنین خساراتی جلوگیری نمود که قانون‌گذار در ماده مطروحه، اقدام مقتضی را ادامه اداره اموال محجور از سوی قیمی می‌داند که سمت او زایل

^{۲۴}Prager V. Blatspiel, Stamp and Heacock Ltd. (1924) 93 LJ. K. B. 410.

شده است. لذا در این ماده نیز با وجود رابطه نمایندگی قبلی (قیمومت) و وجود ضرورت برای حفظ اموال محجور، نمایندگی اضطراری پذیرفته شده است.

در ماده ۱۱۸ لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت مصوب ۱۳۴۷، اختیارات مدیران شرکت که نماینده شرکت محسوب می‌شوند، محدود نشده و شرط صحت اقدامات مدیران این است که اقداماتشان در حدود موضوع شرکت باشد. بنابراین، شاید بتوان گفت که در قانون تجارت به جهت وجود ضرورت، انجام برخی اقدامات در راستای اهداف و منافع شرکت و توجه به دو اصل امنیت و سرعت در اعمال و قراردادهای تجاری، نمایندگی اضطراری با وجود برخی شرایط پذیرفته شده است.

ماده ۶۸۰ قانون مدنی، اقدامات وکیلی را که عزل شده است تا زمان اطلاع از عزل معتبر می‌داند. صحت اعمال وکیل عزل شده به جهت جلوگیری از ورود ضرر به اشخاص ثالث و وجود اضطرار برای انجام اعمال صورت گرفته از سوی وی است.

۳.۳. عدم امکان برقراری ارتباط

برای تحقق نمایندگی اضطراری باید دستیابی به دستورالعمل اصیل درباره آنچه باید به موقع انجام شود، غیرممکن باشد. در صورتی که نماینده از اصیل دستورالعمل درخواست کند و اصیل نتواند پاسخ دهد، نماینده حق مطالبه غرامت وارده را خواهد داشت؛ عملی که از سوی نماینده برعهده گرفته می‌شود باید عملی اضطراری و نافع برای اصیل باشد. نظر شخصی نماینده نسبت به اینکه چه چیزی اضطراری است مطرح نیست؛ موضوع مطرح شده این است که موقعیت چنان باشد که هر انسانی همان اعمال را انجام دهد. در واقع، باید به عرف توجه کرد. اگر در موقعیت اضطراری و بدون امکان دسترسی به اصیل کاری را که هر انسان معقولی در موقعیت ایجادشده انجام می‌دهد از جانب نماینده انجام شود، می‌توان چنین عملی را مشمول نمایندگی اضطراری دانست.

به عنوان نمونه، برای اهمیت شرط عدم امکان برقراری ارتباط میان نماینده و اصیل، پرونده‌ای^۵ وجود دارد که در آن خواهان به عنوان مالک، محموله گوجه‌فرنگی را از جرسی

^۵Springer V. Great Western Railway, (1921) 1 K. B. 257.

به لندن انتقال داد. حمل و نقل از طریق خطوط راه‌آهن انجام شد و کشتی سه روز دیرتر از برنامه رسید. علاوه بر آن، تخلیهٔ محموله نیز دو روز به طول انجامید که تأخیر ناشی از اعتصاب کارگران راه‌آهن بود و محمولهٔ گوجه فرنگی هنگام تخلیه در حال فاسد شدن بود و شرکت راه‌آهن تصمیم به فروش آن گرفت. دادگاه حکم داد که شرکت راه‌آهن در برابر خواهان نسبت به خسارات وارده مسئول است؛ به این دلیل که شرکت راه‌آهن باید با خواهان ارتباط برقرار می‌کرد تا از او دستورالعمل بگیرد و از آنجا که می‌توانست ارتباط برقرار کند، اما از انجام چنین کاری خودداری کرده است، نمایندهٔ اضطراری محسوب نمی‌شود.

نمایندگی اضطراری تنها زمانی به وجود می‌آید که عملاً برقراری ارتباط نماینده با اصیل قبل از اقدام به نمایندگی از جانب وی غیرممکن باشد. برای مثال، در پرونده‌ای که در قسمت مربوط به شرط «وجود اضطرار» بررسی کردیم، عدم احراز وجود ضرورت موجب ابطال قرارداد فروش از سوی دادگاه شده است. موضوع پرونده به این شرح است که خواهان یک فروشنده پوست و چرم در بخارست بوده است که در سال ۱۹۱۵-۱۹۱۶ به خوانندگان سفارش خرید تعدادی پوست می‌دهد تا به بخارست ارسال کنند. آنها پوست‌ها را خریداری کردند اما نتوانستند برای خواهان بفرستند، زیرا رومانی از سوی ارتش آلمان اشغال شده بود، به همین دلیل در سال ۱۹۱۷-۱۹۱۸ اقدام به فروش پوست‌ها کردند. در پایان جنگ، خواهان ادعایی علیه خوانندگان اقامه کرد و خسارت وارده را مطالبه نمود. خوانندگان به استناد اینکه نمایندگان اضطراری خواهان بودند، به دفاع از خود پرداختند. در نهایت رأی دادگاه علیه خوانندگان و به نفع خواهان صادر شد، زیرا هیچ‌گونه اضطراری برای فروش پوست‌ها وجود نداشت و پوست‌ها نیز فاسدشدنی نبودند. هرچند به علت جنگ امکان برقراری ارتباط با صاحب کالا در آن زمان نبود، ولی خوانندگان می‌توانستند پوست‌ها را تا زمان برقراری ارتباط و کسب تکلیف از مالک نگهداری کنند. اصولاً خریدار به این منظور این پوست‌ها را خریداری کرده بود که در زمان صلح با بحران کالا مواجه نشود و اگر پوست‌ها در انبار نگهداری می‌شدند، صاحبشان می‌توانست آنها را به چندین برابر قیمت به فروش برساند؛ لذا حسن نیت خوانندگان نیز برای دادگاه احراز نشد. به این ترتیب، مشخص می‌شود برای اعطای نمایندگی اضطراری، وجود شرایط پیش‌گفته، از جمله عنصر اضطرار و حسن نیت

لازم است.^{۲۶}

در حقوق ما، در قسمت پایانی ماده ۳۶۳ قانون تجارت، به عدم امکان برقراری ارتباط حق العمل کار و آمر در موقعیت اضطراری اشاره و چنین شرطی پذیرفته شده است. این ماده مقرر می‌دارد: «اگر حق العمل کار مال التجاره را به کمتر از حداقل قیمتی که آمر معین کرده به فروش رساند مسئول تفاوت خواهد بود مگر اینکه ثابت نماید از ضرر بیشتری احتراز کرده و تحصیل اجازه آمر در موقع مقدور نبوده است».

۳. ۴. وجود حسن نیت

یکی دیگر از شرایط تحقق نهاد نمایندگی اضطراری در حقوق انگلستان، وجود حسن نیت برای نماینده است. در صورتی که یک نماینده با وجود اضطرار واقعی و فوریت یافتن موضوع و در شرایط عدم امکان برقراری ارتباط و دسترسی به مالک برای گرفتن دستورالعمل از او، برای انجام اقداماتی نسبت به اموال اصیل حسن نیت داشته باشد و در جهت منافع او عمل کند، این نهاد شکل می‌گیرد و اقدامات نماینده مشمول آثار نمایندگی اضطراری می‌شود.

این مسئولیت برعهده نماینده است که نشان دهد که با حسن نیت و در جهت منافع اصیل عمل کرده است. از این رو، نتیجه می‌گیریم که اقدام نماینده باید معقول و محتاطانه بوده، در جهت منافع اصیل انجام شده باشد؛ در غیر این صورت نماینده مسئولیت خواهد داشت.

از آنجا که نماینده امین محسوب می‌شود، باید رفتار او مطابق با وصف امانت باشد. روابط حقوقی میان نماینده و اصیل، وظایف و اختیارات نماینده را تعیین می‌کند. نماینده اضطراری باید مراقبت معقول را با حسن نیت همراه کند و در جهت منافع مالک نسبت به اموال او عمل نماید. علاوه بر این، نماینده باید منطقی عمل کند. بنابراین اگر نماینده با حسن نیت عمل کرده باشد در صورتی مسئول خواهد بود که بهای معقول یک کالا را نادیده بگیرد و بدون توجه به آن، کالا را بفروشد. بار اثبات حسن نیت نماینده‌ای که اقدام به فروش

۲۶. محسن رحمانی، اختیارات و تعهدات ناشی از اداره‌ی مال غیر، دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۷۷، ص ۲۶.

می‌کند، برعهده خود اوست و اثبات سهل‌انگاری نماینده نیز برعهده مدعی سهل‌انگاری است.^{۳۲}

در پرونده‌ای که پیش‌تر اشاره شد، در طول جنگ جهانی اول، نماینده یک تاجر پوست خز در بخارست، پوستی به ارزش ۱۹۰۰ پوند خریداری کرد. تاجر هزینه پوست‌ها را پرداخت، اما به دلیل جنگ، نماینده نتوانست پوست‌ها را برای او بفرستد. ارزش پوست‌ها افزایش یافت و نماینده آنها را فروخت. دادگاه حکم داد که هیچ نمایندگی اضطراری احراز نشد، زیرا امکان حفظ پوست‌ها با ذخیره‌سازی مناسب وجود داشت و به این ترتیب، پوست‌ها ارزش خود را ازدست نمی‌دادند؛ یعنی نماینده امکان این را داشت که مدت طولانی‌تری از پوست‌ها مراقبت کند. از مثال پیش‌گفته می‌توان نتیجه گرفت که اگر عمل نماینده در راستای منافع اصیل و با حسن نیت صورت می‌گرفت و مدت طولانی‌تری از پوست مراقبت می‌شد، دادگاه نمایندگی اضطراری را احراز می‌کرد. اما به این دلیل که امکان نگهداری کالاهای یادشده از سوی نماینده برای مدت طولانی‌تری وجود داشت، ولی او تصمیم به فروش پوست‌ها گرفت، یکی از اصلی‌ترین شرایط تحقق این نهاد، یعنی حسن نیت نماینده، احراز نشد.

پس به‌منظور ایجاد نمایندگی اضطراری، نماینده باید ثابت کند که یک اضطرار واقعی و مشخص تجاری برای فروش وجود داشته، و این معامله با حسن نیت و در جهت منافع اصیل منعقد شده است.

در حقوق ما، ماده ۳۶۲ قانون تجارت مقرر می‌دارد: «اگر بیم فساد سریع مال‌التجاره رود که نزد حق‌العمل‌کار برای فروش ارسال شده حق‌العمل‌کار می‌تواند و حتی در صورتی که منافع آمر ایجاب کند مکلف است مال‌التجاره را با اطلاع مدعی‌العمومی محلی که مال‌التجاره در آنجا است یا نماینده او به فروش برساند». بر اساس این ماده، زمانی که ضرورت فروش مال‌التجاره وجود داشته باشد، حق‌العمل‌کار برای اینکه در جهت منافع آمر عمل کند، مکلف به فروش مال‌التجاره می‌شود و درواقع وی باید در راستای انجام اقدامات

۳۲ Duhan Roshni, and Joshi Vimal, "A Study of the Agency of Necessity with Reference to Consensual Relation between the Agent and the Principal in Contract", *International Research Journal of Social Sciences*, No. 1(2012), p. 53.

مقتضی از جانب آمر، حسن نیت داشته باشد.

همچنین ماده ۳۶۳ همان قانون مقرر می‌دارد: «اگر حق‌العمل کار مال‌التجاره را به کمتر از حداقل قیمتی که آمر معین کرده به فروش رساند مسئول تفاوت خواهد بود مگر اینکه ثابت نماید از ضرر بیشتری احتراز کرده و تحصیل اجازه آمر در موقع مقدور نبوده است». در ماده یادشده، زمانی که اضطرار فروش مال‌التجاره وجود داشته باشد و برقراری ارتباط با آمر ممکن نباشد و حق‌العمل کار مال را بفروشد و درواقع حسن نیت داشته باشد و در جهت منافع آمر عمل کند، مسئولیتی متوجه او نخواهد بود؛ لذا نمایندگی اضطراری با شرایط قیدشده در مواد پیش‌گفته محقق می‌شود.

نتیجه

در متن مقاله بیان کردیم که یکی از انواع نمایندگی، نمایندگی ظاهری است و نمایندگی اضطراری در حقوق انگلستان از نوع نمایندگی ظاهری محسوب می‌شود. در خصوص پذیرش این نوع نمایندگی در حقوق ما، با وجود ماده ۱۹۶ قانون مدنی، در صورت اثبات نیابتی بودن اعمال انجام‌شده از سوی نماینده، مسئولیت متوجه اصیل است؛ لذا از منظر نگارندگان، میان ماده ۱۹۶ قانون مدنی و پذیرش نمایندگی اضطراری مغایرتی وجود ندارد.

در مورد وجود یا نبود نمایندگی اضطراری در حقوق کشور ما، بررسی کردیم که نمایندگی اضطراری در جایی ایجاد می‌شود که نماینده از حدود اختیارات خود فراتر رفته، به جهت اضطرار و ضرورتی که وجود دارد، اقدامات خاصی را در جهت منافع اصیل انجام دهد. در برخی شرایط خاص می‌توان وجود این نهاد را در حقوق کشور ما احراز کرد؛ برای مثال، بررسی کردیم که قانون تجارت در مواد ۳۶۲ و ۳۶۳ در مبحث مربوط به حق‌العمل‌کار، نمایندگی اضطراری را مشروط به وجود حسن نیت و عدم امکان برقراری ارتباط حق‌العمل‌کار با آمر پذیرفته، که موارد یادشده از شرایط تحقق نهاد نمایندگی اضطراری است. در خصوص ماده ۱۱۸ لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت مصوب ۱۳۴۷، اختیارات مدیران شرکت که نماینده شرکت محسوب می‌شوند، محدود نشده و شرط صحت اقدامات مدیران این است که اقداماتشان در حدود موضوع شرکت باشد؛ لذا بر اساس این

ماده، مدیران در مواقع اضطراری می‌توانند اقدامات لازم را در حدود موضوع شرکت انجام دهند. در ماده ۶۸۰ قانون مدنی در خصوص وکیلی که عزل شده آمده است که اعمال او تا زمان اطلاع از عزل معتبر است و صحت اعمال وکیل عزل شده منوط به جلوگیری از ورود ضرر به اشخاص ثالث و وجود اضطرار برای انجام اعمال صورت گرفته از سوی وی است. در ماده ۹۲ قانون امور حسبی، به جهت ضرورت حفظ اموال محجور، قانون گذار قییم زایل شده را تا زمانی که اموال به تصرف شخص صالح داده شود، مسئول حفظ اموال محجور می‌داند.

لذا مشاهده می‌کنیم که با اینکه نهاد نمایندگی اضطراری در حقوق ما کاربرد فراوانی دارد و مصادیقی از وجود نمایندگی اضطراری خصوصاً در مباحث حقوق تجارت دیده می‌شود، اما به این جهت که از نمایندگی اضطراری در قوانین ما نامی برده نشده و قسمت مجزایی برای تشریح ارکان و شرایط تحقق آن پیش‌بینی نشده است، این ضرورت وجود دارد که بررسی بیشتری نسبت به این زمینه انجام شود و شرایط تحقق نمایندگی اضطراری و سایر ارکان آن مطابق با مقررات و نظام حقوقی و اهداف قانون گذار در کشور ما به وضوح مشخص و تعریف گردد و قوانین و مقررات مجزایی برای این نهاد در حقوق ما پیش‌بینی شود، تا در زمان لزوم استناد به این نهاد، بتوانیم به بهترین شکل ممکن از آن بهره‌جوییم.

منابع و مأخذ

الف) منابع فارسی

– کتابها

۱. قانون تجارت ایران.
۲. قانون مدنی ایران.
۳. کاتوزیان، ناصر، *دوره مقدماتی حقوق مدنی اعمال حقوقی قرارداد-ایقاع*، (تهران: شرکت سهامی انتشار، چ ۱۳، ۱۳۹۴).

– مقالهها

۴. امینی، مونا و عبدی، منصور، «بررسی تطبیقی نظریه نمایندگی ظاهری»، *حقوقی دادگستری*، ش ۸۷ (۱۳۹۳).
۵. خندان، سیدپدرام، «مطالعه تطبیقی اداره فصولی امور دیگری در حقوق اروپا و ایران»، *مطالعات حقوق تطبیقی معاصر*، ش ۷ (۱۳۹۵).
۶. شریفی، سید الهام‌الدین، «مطالعه تطبیقی اختیار ظاهری با تأکید بر اصول حقوق قراردادهای اروپایی»، *تحقیقات حقوقی*، ش ۶۲ (۱۳۹۲).
۷. صفایی، سید حسین؛ تفرشی، محمدعباسی؛ قنواتی، جلیل، «تحلیل نمایندگی ناشی از تنفیذ در حقوق انگلیس، اسلام و ایران»، *مدرس علوم انسانی*، ش ۴ (۱۳۸۰).
۸. طالب هاشمی، گلنوش سادات، «مبانی نظریه اختیارات زوجه از جانب زوج ناشی از رابطه زناشویی در حقوق انگلیس و ایران»، *قانونیار*، ش ۱۷ (۱۴۰۰).

– پایان‌نامهها

۹. پورارشاد، نادر، *نمایندگی ظاهری در حقوق ایران با مطالعه تطبیقی در حقوق انگلیس و فرانسه*، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد علوم و تحقیقات تهران، ۱۳۹۰.
۱۰. رحمانی، محسن، *اختیارات و تعهدات ناشی از اداره مال غیر*، دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۷۷.
۱۱. کرمی، فاطمه، *مقایسه اصول حاکم بر اختیارات وکیل در حقوق مدنی و تجارت*، دانشگاه بین‌المللی امام خمینی (ره)، ۱۳۸۸.

ب) منابع انگلیسی

– Books

13. Cambridge Business English Dictionary, (Cambridge: Cambridge University Press, 1st Edition, 2011).
14. Companies Act of the Parliament of the United Kingdom, 2006.
15. The Farlex Financial Dictionary: Business and Investing Terms Explained, (South Carolina: Create Space Independent Publishing Platform, 2017).

- Articles

16. Alkhadhari, Abdul-Wahab, “Should English Law Develop a Doctrine of Necessitous Intervention? What Part Might Agency of Necessity Play in This Process?”, *University of Birmingham, United Kingdom*, 2011.
17. Duhan Roshni and Joshi Vimal, “A Study of the Agency of Necessity with Reference to Consensual Relation between the Agent and the Principal in Contract”, *International Research Journal of Social Sciences*, No 1(2012).
18. Ekanem, Yaknse, “The Summary Ambits of Agency of Necessity”, *University of UYO*, 2020.
19. Ian, Brown “Authority and Necessity in the Law of Agency”, *The Modern Law Review*, No 55 (1992).
20. Julia, Kagan, Actual Authority, “www.investopedia.com”.
21. Moiz, Tundawala & Samanta Navajyoti, “Agency of Necessity”, *University of Sheffield*, 2007.
22. “https://legaldictionary.net/apparent-authorit”
23. Trigunayat, Samarth, “Rights and Liabilities of an Undisclosed Principal in Agency”, *Chanakya National Law University*, 2019.

– **Cases**

24. Blackburn v. Mason, (1893) 68 LT 510
25. Freeman & Lockyer V. Buckhurst Park Properties (Mangal) LTD, (1964) 2 QB 480
26. Great Northern Railway Co. VS. Swaffield (1874)
27. Hely-Hutchinson v. Brayhead Ltd., 1968 QB 549.
28. Industrie Chimiche Iralia Centrale and Cerealjin SA V. Alexander G. Tsavloris & Sons Maritime Co [1989] 2 Lloyd's Rep 42; [1990] 1 Lloyd's Rep 516
29. Lord Pearson in Garnac Grain Co., Inc. v. H.M.F. Faure and Fairclough, Ltd
30. Munro v. Willmott, [1948] 1 KB 295
31. Prager V. Blatspiel, Stamp and Heacock ltd. (1924) 93 LJ. K. B. 410.
32. Sachs V. Miklos, [1948] 2 KB 23
33. Springer v. Great Western Railway, (1921) 1 K. B. 257



University of Tabriz

Contemporary Comparative Legal Studies

Online ISSN: 2821-0514

Volum: 14 Issue: 31
Summer 2023

Article Type: Research Article

Pages: 83-111

An Investigation into the Nature of the Right to Vote in Light of Strengthening the Theoretical Foundations of Urban and Rural Islamic Councils' members' Election Rights

Ali Akbar Terman^{1✉} | Seyyed Hossein Malakooti Hashjin²

1. Ph.D. Candidate in Public Law, Islamic Azad University, Tabriz Branch, Iran

aliakbarterman@gmail.com

2. Assistant Professor, University of Tabriz, Iran

malakooti@tabrizu.ac.ir

Abstract

The Constitution recognizes the right to vote to protect the rights of the nation in the administration of affairs and to protect the principles and values of the rule of religious democracy in the elections of councils. Every citizen has the right to run for elected councils. In the implementation of the rule of law, the conditions for a citizen to be elected are determined by the legislature, respecting the rights of individuals. However, achieving the behavioral aspects of the candidacy with selectable conditions such as belief and moral competence in the process of reviewing the qualifications, causes controversy and deprives the citizen of the right to be elected. The questions are what the nature of the right to vote is and what the capacities and guarantees of the principles of the right to be elected in the legal system of Islamic council elections are. The purpose of this study was to examine the nature of suffrage by looking at strengthening the theoretical foundations of the right of individuals to be elected to elected positions, which has been studied and evaluated in a descriptive and analytical manner by focusing on the constitutional capacities. Findings show that the true expression of criteria (appropriate to the requirements), accurate determination of indicators of voluntary conditions and the development of a specialized procedure with the supremacy of the rights of the nation in the constitution, can lead to the realization of the right to self-determination, removal of obstacles, selectivity, and development of public participation in local affairs.

Keywords: *Elections of Urban and Rural Islamic Councils, Constitution, the Right to be Elected, Ineligibility, the Right to Vote, Qualification of Candidacy.*

Received: 2021/12/11 Received in revised form: 2022/12/31 Accepted: 2023/01/22 Published: 2023/06/26

DOI: 10.22034/LAW.2023.40448.3046

Publisher: University of Tabriz

Tabrizulaw@gmail.com



تأملی بر مفهوم حق رأی با رویکرد ارتقای مبانی نظری حق انتخاب شدن اعضای شوراهای اسلامی شهر و روستا در پرتو قانون اساسی

علی اکبر ترمان^۱ | سیدحسین ملکوتی هاشجین^۲

aliakbarterman@gmail.com

۱. دانشجوی دکتری حقوق عمومی دانشگاه آزاد اسلامی واحد تبریز، ایران

malakooti@tabrizu.ac.ir

۲. استادیار دانشگاه تبریز، ایران

چکیده

حق رأی پاسداشت حقوق ملت در اداره امور و صیانت از حق حاکمیت مردم سالاری است و قانون اساسی آن را با عنوان حق مشارکت عامه مردم در تعیین سرنوشت خویش به رسمیت شناخته است. هر شهروندی حق دارد خود را به منظور انتخاب شدن در شوراهای اسلامی نامزد کند و دیگران هم می‌توانند به او رأی دهند. قانون‌گذار می‌تواند در اجرای حاکمیت قانون، شرایط داوطلبان شوراهای اسلامی را با رعایت حقوق افراد تعیین کند، ولی این‌گونه شرایط نمی‌تواند برخلاف قانون اساسی باشد. نظارت بر شرایط داوطلبی به‌عده نمایندگان مجلس شورای اسلامی است و کسی را نمی‌توان بدون مستند قانونی و دلیل معتبر از حق انتخاب شدن محروم کرد. با اینکه احراز جنبه‌های رفتاری نامزدی با شرایط کیفی ایجابی ماده ۳۰ قانون انتخابات شوراهای اسلامی شهر و روستا در مراحل رسیدگی بر صلاحیت داوطلبان، موجب بحث در انتخابات و مسائلی در خصوص حق انتخاب شدن شهروندان می‌شود، پرسش این است که مفهوم حق رأی و مبانی حق انتخاب شدن در نظام حقوقی انتخابات شوراهای چیست و از چه قابلیت قانونی برخوردار است؟ نگارندگان این پژوهش با تمرکز بر ظرفیت‌های قانون اساسی، مفهوم حق رأی را با رویکرد تقویت مبانی نظری حق انتخاب شدن اعضای شوراهای به روش توصیفی-تحلیلی مورد مطالعه و بررسی قرار داده‌اند. یافته‌ها نشان می‌دهد، اگر معیارها و شاخص‌های شرایط داوطلبی و آیین رسیدگی تخصصی مطابق با حقوق ملت، تفوق اصول قانون اساسی و راهکار سیاست‌های کلی انتخابات انجام پذیرد، می‌تواند به تقویت اعمال حاکمیت مردم بر تعیین سرنوشت خویش، رفع ابهام از حق انتخاب‌پذیری شهروندان و توسعه مشارکت عمومی در امور محلی منجر گردد.

واژگان کلیدی: احراز صلاحیت نامزدی، انتخابات شوراهای اسلامی شهر و روستا، انتخاب‌ناپذیری، قانون اساسی، ماهیت محرومیت از نمایندگی مردم، مبانی حق انتخاب شدن، مفهوم حق رأی.

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۰۹/۲۰ تاریخ بازنگری: ۱۴۰۱/۱۰/۱۰ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۱۱/۰۲ تاریخ انتشار: ۱۴۰۲/۰۴/۰۵

DOI: 10.22034/LAW.2023.40448.3046

Tabrizulaw@gmail.com

ناشر: دانشگاه تبریز

مقدمه

مردم به‌عنوان صاحبان اصلی قدرت در نظام مردم‌سالاری، حاکمان را انتخاب و بر عملکرد آنان نظارت می‌کنند. دخالت مردم در تعیین نمایندگان و متصدیان امور محلی تنها منحصر به رأی دادن نیست، آنان حق انتخاب شدن به مناصب انتخابی شوراها را هم دارند. حق انتخاب کردن و انتخاب شدن با عنوان حق رأی کامل در اختیار شهروندان قرار دارد. اراده آزاد مردم به صورت همگانی در انتخابات آزاد و منصفانه بیان شود. تحقق مشارکت عامه مردم در تعیین سرنوشت سیاسی و اجتماعی خویش با اعمال حق رأی فردی شهروندان امکان‌پذیر است و قانون اساسی با عنوان میثاق ملی و دینی جامعه، آن را در انتخابات شوراها برای همه افراد ملت به رسمیت شناخته است.^۳ هر شهروندی حق دارد برای تصدی مناصب انتخابی شوراهای اسلامی شهر و روستا، خود را نامزد نمایندگی مردم کند و سایر مردم هم می‌توانند به او رأی دهند. شوراهای اسلامی شهر و روستا از ارکان تصمیم‌گیری و اداره امور کشورند و شرایط نامزدی آنها را مجلس شورای اسلامی معین می‌کند. ولی این نوع شرایط فنی و قانونی نمی‌تواند برخلاف قانون اساسی و معیارهای شناخته‌شده حقوق بشری مورد پذیرش دولت باشد.

با اینکه حق رأی در ایران بر مبنای فقه امامیه ترسیم شده و ماهیتی متفاوت با نظام‌های حقوقی دیگر کشورها دارد، اما این حق در حوزه سیاسی و مدنی به حقوق شهروندی اختصاص دارد. حق انتخاب شدن در انتخابات شوراها از محتوای حق رأی فردی، حقوق اساسی و حق اختیاری افراد است.^۴ بنابراین تعیین و تشخیص شرایط داوطلبان و احراز تأیید یا عدم تأیید صلاحیت نامزدهای شوراها مطابق قانون است و کسی را نمی‌توان

۱. محمد هاشمی، حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، ج ۲، (تهران: میزان، چ ۵، ۱۳۸۹)، ص ۵.

۲. ابوالفضل قاضی، حقوق اساسی و نهادهای سیاسی، (تهران: میزان، چ ۱۴، ۱۳۹۵)، ص ۵۸۲.

۳. اصل‌های ۶ و ۵۶ قانون اساسی

۴. اصل ۷ قانون اساسی

۵. خیرالله پروین و مهدی نورایی، «تحلیل نظریه حق الناس در خصوص حق رأی و بررسی صلاحیت‌ها»، حکومت اسلامی، ش ۴ (۱۳۹۵)، ص ۱۲۵.

بدون موجبات قانونی از حق انتخاب شدن محروم کرد.^۶ اصل حاکمیت قانون ایجاب می‌کند حقوق هیچ شهروندی مورد تعرض اشخاص قرار نگیرد.

نخستین قانون انتخابات در ایران به دنبال صدور فرمان اول و دوم مشروطه در مجلس شورای ملی تدوین و به اشکال مختلف برگزار شد.^۷ شوراهای پیشینه‌ای فراتر از دوران انقلاب اسلامی دارند و از مقوله نوپدید عصر حاضر نیستند. در شریعت اسلام نیز سابقه‌ای طولانی دارند، اما کمتر مورد توجه و اهتمام عمل حاکمان قرار گرفته است. توسعه و تحولات اقتصادی و اجتماعی امروزی شوراهای را یک امر اجتناب‌ناپذیر کرده، به‌عنوان ارکان تصمیم‌گیری از جلوه‌های عدم تمرکز امور اداری و محلی هستند. اعضای شورا با رأی مستقیم مردم همان محل برگزیده می‌شوند و تصمیمات و دیدگاه‌های آنان یا نمایندگانشان در چارچوب قانون اعمال می‌گردد.^۸

با اینکه احراز جنبه‌های رفتاری نامزدی با شرایط کیفی ایجابی مصرح در ماده ۳۰ قانون انتخابات شوراهای به‌نوعی موجب محدودیت در حق رأی و مسائلی در حق انتخاب شدن شهروندان می‌شود؛ سؤال این است که مفهوم حق رأی و مبانی نظری حق انتخاب شدن در نظام حقوقی انتخابات لچيست و از چه قابلیت قانونی برخوردار است؟ نگارندگان این تحقیق با تمرکز بر ظرفیت‌های قانون اساسی، مفهوم حق رأی را با رویکرد ارتقای مبانی نظری حق انتخاب شدن اعضای شوراهای اسلامی به روش توصیفی - تحلیلی و به شیوه کتابخانه‌ای مورد مطالعه و بررسی قرار داده‌اند. یافته‌ها نشان می‌دهد، اگر بازتعریف و بیان حقیقی معیارها (متناسب با مقتضیات)، تعیین شاخص‌های دقیق شرایط داوطلبی و تدوین آیین رسیدگی تخصصی (بررسی احراز صلاحیت و رسیدگی به اعتراض نامزدی) بر اساس حقوق ملت، تفوق اصول قانون اساسی و راهکار سیاست‌های کلی انتخابات صورت پذیرد،

۶. قانون لزوم رسیدگی دقیق به شکایات داوطلبان رد صلاحیت شده در انتخابات مختلف به تاریخ ۱۳۷۸/۸/۲۲.

۷. محمدرضا ویژه و حمید قهوه‌چیان، «تحلیلی بر نظامنامه انتخابات سال ۱۲۸۵ مجلس شورای ملی»، مطالعات حقوق تطبیقی معاصر، ش ۵ (۱۳۹۱)، ص ۲۱۸.

۸. رضا صالحی امیری و همکاران، «شورها: چالش‌ها و کارکردها»، پژوهش‌نامه تحقیقات استراتژیک مجمع تشخیص مصلحت نظام، ش ۳۰ (۱۳۸۷)، ص ۹.

۹. جواد تقی‌زاده، «شرایط خاص انتخاب‌پذیری در انتخابات سیاسی»، حقوق اساسی، ش ۶ و ۷ (۱۳۸۵)، ص ۶۴.

۱۰. نظام حقوقی بر پایه اصول قانون اساسی و گزاره‌های قانونی و رویه‌های اجرایی بنیان می‌گیرند (عالی‌پور، ۱۳۹۴: ۶۳).

می‌تواند به رفع ابهام از انتخاب شدن شهروندان، تضمین و تقویت اعمال حق حاکمیت بر تعیین سرنوشت و توسعه مشارکت عامه مردم در اداره امور محلی منجر گردد.

در خصوص مبانی حق انتخاب شدن در انتخابات شوراهای اسلامی شهر و روستا پژوهش مستقلی صورت پذیرفته است، ولی در برخی از کتب یا مقالات به ماهیت حق رأی و محرومیت از حق انتخاب شدن در انتخابات سیاسی^۱ اشاره‌ای شده که اهم سوابق آنها عبارت است از:

- قاسم محمدی و محمد سلیمانی درچه (۱۳۹۲) در مقاله‌ای با عنوان «ابعاد حقوقی اعمال حق رأی در نظام حقوقی ایران» آورده‌اند: «حق رأی در حقوق ایران وضعیتی متفاوت با نظام‌های دیگر کشورها است و اصل تلازم حق و تکلیف، اجرای آن را از امر شخصی خارج و به‌مثابه حق قانونی و تکلیف شرعی کرده است».

- سید احمد مرتضایی (۱۳۸۹) در مقاله‌ای با عنوان «پاسخ به شبهات نظارت استصوابی با رویکرد فقهی» بیان کرده است: «استناد به اصل برائت یا اصالت صحت در بررسی صلاحیت نامزدی جای ندارد، نظارت مطلق و تأیید شورای نگهبان برای اطمینان از احراز شرایط قانونی داوطلبان است».

- محمدجواد رضائی‌زاده و محسن داوری (۱۳۹۵) در مقاله‌ای با عنوان «مبانی و اصول تشخیص صلاحیت نمایندگی مجلس شورای اسلامی» بیان کردند: «حاکمیت صالحان و حق تعیین سرنوشت از مبانی و اصول قانونی است و حاکمیت قانون، مستند و مستدل بودن، عدم صلاحیت، لزوم احراز صلاحیت و الزم و کافی بودن ابزار عینی در احراز شرایط صوری از اصولی هستند که باید در احراز صلاحیت‌ها مدنظر ناظرین باشند».

- هادی طحان نظیف و سجاد قلیچ‌پور (۱۴۰۰) در مقاله‌ای با عنوان «آسیب‌شناسی تعیین شرایط داوطلبان نمایندگی مجلس در پرتو قانون اساسی و سیاست‌های کلی انتخابات» بیان می‌دارند: «ازاینکه نمایندگان مردم باید از متخصصان و کارشناسان باتجربه

۱۱. انتخابات مجلس شورای اسلامی و انتخابات شوراهای اسلامی نیز از انتخابات سیاسی به‌شمار می‌روند (تقی‌زاده، ۱۳۸۵: ۵۶).

باشند، سیاست‌های کلی انتخابات، راهکاری مناسبی برای ارتقای شایسته‌گزینی است و قانون‌گذار می‌تواند به تعریف و احصای مصادیق شرایط سلبی و اصلاح شرایط عینی اقدام کند».

– اسدالله یآوری (۱۳۹۶) در مقاله‌ای با عنوان «بررسی صلاحیت نامزدهای انتخابات توسط شورای نگهبان: تأملی دیگر» گفته است: «نظارت کارآمد بر صلاحیت نامزدی عامل رقابتی بودن انتخابات و مانع ورود اشخاص فاقد شرایط قانونی است، اما شرایط اعتقادی به دلیل کلی و مبهم بودن جهت‌گیری سیاسی، مذهبی و شخصی که دارد بایستی حذف شود».

– جواد تقی‌زاده (۱۳۸۸) نیز در مقاله خود با عنوان «انتخاب‌ناپذیری در حقوق انتخابات مجلس شورای اسلامی و شوراهای اسلامی محلی با نگاهی به حقوق فرانسه» آورده است: «موارد انتخاب‌ناپذیری مطلق در انتخابات سیاسی عمدتاً مبهم و دائمی هستند و انتخاب‌ناپذیری نسبی ملی و محلی هم گسترده است».

مطالعات انجام‌شده تفاوت ماهیت حق رأی در ایران و دشواری احراز صلاحیت نامزدی با شرایط کلی در انتخابات را مورد بررسی و نقد قرار داده است که بیشتر بحث‌ها بر محور تکلیف و حکمی بودن حق رأی، حذف یا تعدیل کیفیت شرایط انتخاب‌پذیری (از قبیل اعتقادی و اهلیت اخلاقی) و روش احراز تأیید یا رد صلاحیت‌ها است؛ بنابراین، برخی از این دیدگاه‌ها به دلایل زیر مورد بحث قرار گرفته است:

- نخست آنکه حق رأی در نظام حقوقی انتخابات به منزله حق قانونی و اختیاری همه افراد جامعه شناخته شده است و کسی برای اعمال آن اجبار نمی‌شود و این حق شامل حق انتخاب کردن و انتخاب شدن است.
- دوم، حذف و یا نادیده گرفتن اصول اعتقادات اسلامی و یا اهلیت اخلاقی داوطلبان شوراهای اسلامی با مبانی حاکمیت مردم‌سالاری دینی منافات دارد.
- سوم، تعیین شرایطی برای داوطلبان نمایندگی مردم در اکثر نظام‌های انتخاباتی است. آنچه موجب محدودیت نامتعارف در حق انتخاب شدن شهروندان به عنوان اعضای شوراها می‌شود، نبود معیارهای حقیقی، شاخص‌های دقیق شرایط داوطلبی

(ملاک و میزان حقیقی رفتار فردی) و آیین رسیدگی تخصصی (قواعد و روش ارزیابی عملی احراز صلاحیت «تأیید و رد» و رسیدگی به اعتراض نامزدی) است که در این مورد پژوهشی صورت نگرفته است.

نگارندگان این پژوهش با نگاهی نو به مسئله، به جای طرح مناقشه و نوع نظارت و کیفیت شرایط داوطلبی، موضوع بازتعریف و بیان حقیقی معیارها و تعیین کمیت شرایط داوطلبی و اصول حقوقی رسیدگی به صلاحیت نامزدی را در حیطه قانون اساسی به صورت کامل بررسی کرده و سپس به ارائه راهکارهای تقویت مبانی نظری حق انتخاب شدن اعضای شوراهای اسلامی پرداخته‌اند. از این رو، پس از تبیین مفهومی حق رأی، انتخاب‌پذیری، انتخاب‌ناپذیری و نظارت بر صلاحیت نامزدی، بر مبانی حق انتخاب شدن در نظام حقوقی انتخابات شوراهای نظامات تقنینی و نیز رویه‌های نظارتی در تعیین و تطبیق و تشخیص شرایط داوطلبی مروری خواهند داشت.

۱. تبیین مفهومی حق رأی، انتخاب‌پذیری، انتخاب‌ناپذیری و نظارت بر صلاحیت نامزدی

اهداف و خواسته‌های متفاوت انسانی در جامعه موجب ایجاد قدرت سیاسی است تا سایر قوا را تحت شرایط خود قرار دهد.^{۱۲} بر همین اساس، مردم به عنوان صاحبان اصلی حاکمیت، حق دارند در تصمیم‌گیری‌های اجتماعی مشارکت و در اداره امور محلی دخالت کنند. اساس نظام مردم‌سالاری بر مشارکت مردم در تعیین حق سرنوشت خویش استوار است. تحقق حاکمیت مردمی در جمهوری اسلامی^{۱۳} با اعمال حق رأی مردم در فرایند انتخابات آزاد، رقابتی و عادلانه امکان‌پذیر است. حق انتخاب کردن در ترکیب با حق انتخاب شدن به عنوان حق رأی کامل محسوب می‌شود که نظام حقوقی انتخابات شوراهای آن را برای همه افراد ملت به رسمیت می‌شناسد و نظام سیاسی کشور یک نظام انتخابی است.^{۱۴} مطابق اصل برابری و بهره‌مندی همه افراد ملت از حقوق سیاسی و اجتماعی و حق برخورداری از

۱۲. ناصر کاتوزیان، مبانی حقوق عمومی، (تهران: دادگستر، ۱۳۷۷)، ص ۸۰.

۱۳. اصل ۵۶ قانون اساسی

۱۴. اصل ۶ قانون اساسی

امکانات و مشاغل عمومی کشور که به‌طور یکسان و برابر به شهروندان اختصاص دارد^{۱۵} هر شهروندی حق دارد برای تصدی مناصب انتخابی شوراها نامزد شود.

طبق دستور قرآن کریم که می‌فرماید: و امرهم شوری بینهم و شاورهم فی الامر؛ شوراهای اسلامی روستا، بخش، شهر، شهرستان، استان و نظایر اینها از ارکان تصمیم‌گیری و اداره امور کشورند و شرایط اختصاصی و عمومی داوطلبی اعضای شوراها را قانون معین می‌کند.^{۱۶} شرایطی که در اجرای حاکمیت قانون با رعایت حقوق داوطلبی از حیث راهیابی افراد شایسته و توانمند و جلوگیری از ورود افراد فاقد صلاحیت به نهاد شوراها تعیین می‌شود، نمی‌تواند برخلاف قانون اساسی و معیارهای شناخته‌شده حقوق بشری باشد.^{۱۷} تعیین هرگونه شرایط برای داوطلبان انتخاباتی نوعاً محدودکننده است. اصولاً قرار دادن شرایط انتخاب‌پذیری نامتعارف و غیرقابل ارزیابی عملیاتی در نظام انتخاباتی که مبتنی بر حاکمیت قانون است، مقبول نیست و یا وجود ابهام در احراز عملی صلاحیت‌ها در انتخابات شوراها می‌تواند مغایر با حقوق ملت در قانون اساسی باشد.

حق انتخاب شدن به مناصب انتخابی شوراها ناشی از اصل حاکمیت بر تعیین سرنوشت است که هر شهروندی می‌تواند به صورت انفرادی یا گروهی خود را برای رقابت در انتخابات آزاد و سالم، نامزد^{۱۸} شوراهای محلی بنماید. رقابت در حوزه‌های مختلف نمایانگر مطالبات واقعی مردم است که نامزدها با تحت تأثیر قرارداد افکار عمومی و شکل‌دهی آگاهی سیاسی، اعتماد رأی‌دهندگان را برای کسب کرسی شوراهای محلی جلب می‌کنند.^{۱۹} این نوع انتخاب، تصویر صادقی از گرایش و تمایلات شهروندان است و از برخی شرایط اجتماعی، سیاسی و فرهنگی کشور نشئت می‌گیرد. گرچه انتخابات شوراها طبق قانون در برخی حوزه‌ها می‌تواند غیررقابتی باشد^{۲۰} که به‌نوعی ایراد بر کسب مشروعیت یا مقبولیت مردمی

۱۵. محمدجواد رضایی‌زاده و داوود کاظمی، «بازشناسی نظریه خدمات عمومی» و اصول حاکم بر آن در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، مطالعات حقوق تطبیقی معاصر، ش ۵ (۱۳۹۱)، ص ۳۵.

۱۶. اصل ۷ قانون اساسی

۱۷. قانون اجازه الحاق دولت به میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی، مصوب ۱۳۵۴، مجلسین ایران

۱۸. Candidature

۱۹. بیژن عباسی حقوق بشر و آزادی‌های بنیادین، (تهران: دادگستر، ۱۳۹۰)، ص ۲۰۷.

۲۰. قانون تثبیت تعداد کاندیداها در انتخابات، مصوب ۱۳۷۰ مجمع تشخیص مصلحت نظام.

انتخابات است. انتخابات غیررقابتی باعث محدودیت بر حق انتخاب شدن و کاهش مشارکت همگانی در امور محلی خواهد شد.

۱.۱. مفهوم حق رأی

همان‌طور که اشاره شد، حق رأی کامل شامل حق انتخاب کردن و انتخاب شدن است. برداشت اولیه از این حق آن است که شهروند بتواند براساس ضوابط و شرایط قانونی، نماینده یا نمایندگان خود را گزینش نماید.^{۲۱} با اینکه رأی دادن وسیله‌ای برای ابراز اراده شهروند جهت تشکیل نهادهای محلی و دخالت در تصمیم‌گیری‌ها است، اما مردم حق انتخاب شدن به مناصب انتخابی شوراها را هم دارند. حق رأی از حقوق بشری جهان‌شمولی برخوردار است تا آزادی ابراز اراده رأی‌دهندگان، برگزیده‌شدگان به مناصب انتخابی و مشروعیت و مقبولیت مردمی نهادهای ملی و محلی تضمین شود.^{۲۲} گزینش اعضای شوراها در انتخابات به صورت عمومی، مستقیم و با آرای نسبی و مخفی مردم انجام می‌پذیرد.^{۲۳}

ماهیت حق رأی در انتخابات شوراها مبین آن است که اداره امور محلی متکی بر آرا و مشارکت مردم در تعیین سرنوشت اجتماعی خویش است. متصدیان امور از سوی مردم یا نمایندگان آنان انتخاب می‌شوند و خواسته‌های عمومی در چارچوب قانون اساسی بیان می‌شود.^{۲۴} مفهوم حق رأی از لحاظ اراده و اختیار فردی، به حق و تکلیف تقسیم شده، برخوردار از شهروندان از این امتیاز قانونی، شامل حق انتخاب کردن و انتخاب شدن است. ماهیت این حق در نظام‌های حقوقی مورد مناقشه قرار گرفته است، اما مشروط و مقید به شرایط خاصی از جامعه نیست و هر نظام سیاسی مطابق با واقعیت و سازوکارهای اجتماعی و سیاسی خود ویژگی‌هایی را برای حق رأی بیان می‌کند.^{۲۵} نظام حقوقی انتخابات شوراها

۲۱. ابوالفضل قاضی، پیشین، ص ۵۸۲.

۲۲. گای اس گودوین گیل، انتخابات آزاد و منصفانه در حقوق و رویه بین‌المللی، ترجمه قاسم زمانی و همکار، (تهران: دانش، چ ۱، ۱۳۷۹)، ص ۱۱.

۲۳. ماده ۲۰ قانون انتخابات شوراهای اسلامی.

۲۴. علیجان حیدری و محمدجواد نوروزی، «مبانی فقهی مشارکت سیاسی در حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران»، اندیشه‌های حقوق عمومی، ش ۱۰ (۱۳۹۵)، ص ۶۰.

۲۵. جواد تقی‌زاده، «تأملی بر حق رأی در حقوق ایران با نگاهی به حقوق فرانسه»، حقوق اساسی، ش ۱ (۱۳۸۲)، ص ۳۱.

آن را حق قانونی و امتیاز فردی شهروندان شناخته است و توصیه یا تکلیف شرعی برای شرکت افراد در رأی دادن و یا حضور در رقابت‌های انتخاباتی، موجب شناسایی حق رأی اجباری در ایران نیست.^{۲۶} شرکت و عدم شرکت افراد در انتخابات حق اختیاری آنان است. اکنون حق رأی ابزاری مدرن در دست شهروندان برای اعمال حاکمیت بر تعیین سرنوشت، تکریم هویت انسانی، آزادی، امنیت و برابری است.

۲.۱. انتخاب‌پذیری

انتخاب‌پذیری^{۲۷} وضعیت حقوقی کسی است که شرایط قانونی لازم برای داوطلبی در انتخابات شوراهای را داراست و می‌تواند خود را در معرض انتخاب مردم قرار دهد. شرایط انتخاب‌پذیری در اجتماع، فرصت برخورداری از حق انتخاب شدن است؛ یعنی هر شهروندی بتواند انتخاب‌شونده هم باشد. این مسئله با فلسفه حاکمیت مردم‌سالاری سازگار است و از نتایج اصل برابری مردم در برابر قانون و بهره‌مندی از تمام حقوق و امتیازات مقرر در قانون است.^{۲۸} شرایط انتخاب‌پذیری در قانون انتخابات شوراهای از قبیل اعتقادی، علمی و شایستگی تحت عنوان شرایط ایجابی تعیین شده است که در بخش بعدی مورد بررسی و ارزیابی قرار خواهد گرفت.

۳.۱. انتخاب‌ناپذیری

انتخاب‌ناپذیری^{۲۹} عبارت است از وضعیت محرومان از حق انتخاب شدن است که موارد انتخاب‌ناپذیری در قانون انتخابات شوراهای تحت عنوان شرایط سلبی بیان شده است. برخی از این موارد در قالب انتخاب‌ناپذیری مطلق و برخی دیگر در قالب انتخاب‌ناپذیری نسبی است. انتخاب‌ناپذیری مطلق به دلایل شخصی از قبیل ناشایستگی اخلاقی و اجتماعی است که فرد نمی‌تواند در هیچ‌یک از حوزه‌های انتخابیه و تحت هیچ شرایطی داوطلب شوراهای

۲۶. محمد مظهری، «تأملی بر فرایند انتخابات شوراهای شهر و روستا در ایران و فرانسه»، مطالعات حقوق تطبیقی معاصر، ش ۲ (۱۳۹۵)، ص ۷۲۶.

۲۷ Eligibility

۲۸. جواد تقی‌زاده، «شرایط خاص انتخاب‌پذیری در انتخابات سیاسی»، حقوق اساسی، ش ۶ و ۷ (۱۳۸۵)، ص ۵۸.

۲۹ Ineligibility.

شود؛ اما انتخاب‌ناپذیری نسبی به دلایل شغلی است که فرد نمی‌تواند در حوزه انتخابیه خاصی داوطلب گردد. انتخاب‌ناپذیری مطلق در حقوق انتخاباتی عمدتاً شامل اهلیت اخلاقی و اعتقادی می‌شود که دائمی هستند. انتخاب‌ناپذیری نسبی ملی و محلی هم گسترده است. تعیین شرایط برای انتخاب‌پذیری نوعاً موجب محدودیت در حق انتخاب، رأی‌همگانی و منحصر کردن حق انتخاب شدن به اشخاص خاص می‌شود که مانع تضمین آزادی انتخاب و محرومیت فرد از حق انتخاب شدن است. اصولاً تعیین این‌گونه شرایط نامزدی نباید به تبعیض یا نابرابری در بین شهروندان منجر شود. با توجه به اینکه بین خدمات انتخاب‌شوندگان و انتخاب‌کنندگان تفاوت زیادی وجود دارد، لاجرم دایره محدودیت‌ها نسبت به افرادی که از شایستگی و توانمندی مدیریتی برخوردارند باید کمتر باشد تا راه برای شایسته‌گزینی در انتخابات شوراها فراهم شود.^{۳۲}

۱.۴. نظارت بر صلاحیت نامزدی

اکثر نظام‌های سیاسی به خاطر ذی‌نفع بودن احزاب و نامزدها در نتیجه انتخابات، به آنان اجازه می‌دهند به طریقی بر فرایند انتخابات نظارت کنند؛ در چنین حالتی به بررسی شرایط قانونی نامزدها از سوی مجریان و ناظران نیازی نیست.^{۳۳} معمولاً نهاد ناظر در روند انتخابات ورود نمی‌کند و وظیفه او پس از پایان انتخابات، رسیدگی به شکایت انتخاباتی و اعتراض نامزدها است که چنین سازوکاری در نظام انتخاباتی ما وجود ندارد. در انتخابات شوراها هر فردی با هر شرایط و بدون واسطه احزاب ثبت‌نام می‌کند و وارد رقابت‌های انتخاباتی می‌شود و نهاد ناظر هم در تمامی مراحل انتخابات به‌نوعی ورود پیدا می‌کند.^{۳۴} وجود تضاد در سیاست‌اداره کشور و رقابت‌های انتخاباتی غیرحزبی موجب ایجاد مشکل جدی در امور

۳۰. جواد تقی‌زاده، «انتخاب‌ناپذیری در حقوق انتخابات مجلس شورای اسلامی و شوراهای اسلامی محلی با نگاهی به حقوق فرانسه»، مطالعات حقوق تطبیقی معاصر، ش ۴ (۱۳۸۸)، ص ۷۱.

۳۱. International Institute for Democracy and Electoral Assistance International Electoral, Standards Guidelines for Reviewing the Legal Framework, (The OSCE Publication, 2001, IDEA), p. 33.

۳۲. برگرفته از بند ۱۰ سیاست‌های کلی انتخابات، ابلاغی مقام معظم رهبری، سال ۱۳۹۵.

۳۳. حسن خسروی و ایرج حسینی صدرآبادی، «نظارت کارآمد بر انتخابات»، حقوق‌اداری، ش ۳۱ (۱۳۹۶)، ص ۹۵.

۳۴. ماده ۶۵ قانون انتخابات شوراهای اسلامی.

حاکمیتی می‌شود که در این امر نظارت بر شرایط قانونی افراد و گروه‌های خاص از اهمیت ویژه‌ای برخوردار است.

نظارت بر انتخابات شوراها طبق قانون انجام می‌شود و قانون‌گذار تلاش کرده است تا کسی بدون موجبات قانونی از حق نامزدی محروم نشود. فلسفه نظارت بر انتخابات در جهت پیشگیری از رقابت‌های ناسالم، جلوگیری از جرم و تخلف و صیانت از آرای مردمی است. نظارت قانونی و بی‌طرفانه بر صلاحیت نامزدها موجب تحکیم نظام مردم‌سالاری و مقبولیت مردمی نهاد شوراها می‌شود.^{۳۵} نظارت بر انتخابات شوراها شامل نظارت بر شرایط قانونی نامزدی و نیز نظارت بر چگونگی برگزاری انتخابات است که قانون اساسی در این خصوص ساکت است. ولی قانون موضوعه این نظارت را برعهده نمایندگان مجلس نهاده است.^{۳۶} با مناسبت تحقیق از نظارت بر صلاحیت داوطلبان مجلس شورای اسلامی می‌توان گفت که نظارت در انتخابات شوراها در سطح حوزه‌های انتخابیه و در حیطه هیئت نظارت استانی، شباهت بیشتری به نظارت استطلاعی دارد، اما در حیطه هیئت عالی نظارت، مشابه نظارت استصوابی است که در تمام مراحل و کلیه امور انتخابات شوراها نظارت عام دارد.^{۳۷} هیئت اجرایی اولین مرجع قانونی برای رسیدگی بر صلاحیت داوطلبان است که مطابق ماده ۵۰ قانون انتخابات، پس از دریافت مستندات و دلایل مراجع قانونی استعلام، اقدام به تأیید یا رد صلاحیت نامزدها می‌کند. صلاحیت افرادی که در هیئت اجرایی رد می‌شود قطعی نیست. اگر صلاحیت افراد در هیئت اجرایی تأیید شده باشد، مشکلی ندارد و با تأیید هیئت نظارت حوزه انتخابیه معتبر خواهد بود. رسیدگی به شکایت داوطلبان از تصمیمات هیئت اجرایی بخش به‌عهده هیئت نظارت شهرستان، و از تصمیمات هیئت اجرایی شهرستان به‌عهده هیئت نظارت استان می‌باشد و قطعیت احکام رد صلاحیت افراد با هیئت نظارت بر انتخابات است.^{۳۸}

با اینکه برخی از شرایط نامزدی در ماده ۳۰ قانون انتخابات از شرایط ایجابی کمی است

۳۵Brahm, Eric, (2004), "Election Monitoring", September, URL, date: 10 June 2020, URL.

۳۶. اصل ۱۰۰ قانون اساسی

۳۷. ماده ۵۶ قانون انتخابات شوراها، اسلامی

۳۸. ماده ۵۱ قانون انتخابات شوراها، اسلامی

مانند سن و مدرک تحصیلی که قابل ارزیابی عملی است، اما برخی از آنها ایجابی کیفی و غیرقابل ارزیابی عملی هستند و امکان اعمال سلیقه ناظران یا مجریان در آن متصور است؛^{۳۹} مانند اعتقاد و التزام عملی به اسلام و ولایت مطلقه فقیه و وفاداری به قانون اساسی که ارزیابی درست آنها در اکثر مواقع با دشواری همراه است و می‌تواند به تضییع حقوق انتخاب‌شوندگان منجر شود. در هر حال، حقوق سیاسی از جمله حق انتخاب شدن شهروند را نمی‌توان با عدم احراز شرایط کیفی و غیرقابل ارزیابی، سلب یا مورد ابهام قرار داد. بنابراین، تحصیل دلیل از طریق کسب اخبار و اطلاعات (تحقیقات محلی) از وضعیت نامزدی جهت بررسی شرایط قانونی آنان در هیئت‌ها از لحاظ اعتبار و ادله قانونی در میان صاحب‌نظران جای بحث و تأمل شده است. تنها گزارش نمی‌تواند ملاک مدرک و سند رد صلاحیت داوطلبی باشد. قانون صراحت دارد که بر اساس مدارک معتبر و مستندات قانونی ثابت شود که نامزد انتخاباتی واجد شرایط قانونی نیست و آنچه از نص قانون انتخابات برداشت می‌شود این است که محمل قانونی این نوع اقدامات با اصل همگانی حق رأی، حق دفاع از اتهامات انتسابی و منطق حقوقی حاکم بر نظام حقوقی انتخابات تعارض دارد. آنچه در بررسی صلاحیت نامزدها منوط است، رعایت اصول مسلم قانون است^{۴۰} تا حقوق انتخاب‌شوندگان و حق مشارکت عامه مردم بر تعیین سرنوشت سیاسی و اجتماعی خود تضمین گردد.

در خصوص تشخیص صلاحیت داوطلبی، برداشت متعارف از قانون بیانگر تأیید یا عدم تأیید صلاحیت داوطلبی است؛^{۴۱}

الف) احراز صلاحیت یعنی تأیید افراد برای داوطلبی.

۳۹. جواد تقی‌زاده، پیشین، ص ۷۷.

۴۰. مستنبط از ماده ۵۲ قانون انتخابات شوراها و قانون لزوم رسیدگی دقیق به شکایات داوطلبین رد صلاحیت‌شده در انتخابات مختلف.

۴۱. محمدجواد رضائی‌زاده و محسن، داوری، «مبانی و اصول تشخیص صلاحیت نمایندگی مجلس»، دانش حقوق عمومی، ش ۳۱ (۱۳۹۵)، ص ۱۲۸.

۴۲. با التفات به اصل ۳۷ قانون اساسی، ماده ۲۱ اعلامیه حقوق بشر و ماده ۲۵ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی و تفسیر منطقی از سیاق ماده ۵۱ و تبصره یک ماده ۵۳ قانون انتخابات شوراها اسلامی.

ب) احراز عدم صلاحیت یعنی فرد نمی‌تواند نامزد انتخابات شود و از داوطلبی شوراهای محروم است. از اینکه روش سومی به‌عنوان عدم احراز صلاحیت داوطلبی در برخی ادوار انتخابات شوراهای از سوی هیئت نظارت و احیاناً هیئت اجرایی ملاک عمل قرار گرفته، یک سیاست پیشگیرانه است؛ هرچند نتایجی با معنای متفاوت برای داوطلب مطرح می‌شود، اما از حیث آثار نتیجه، نامزد را از ادامه رقابت انتخاباتی باز می‌دارد و با رد صلاحیت یکسان است. بیشترین مستندات و دلایل آن هم مربوط به تحقیقات محلی است.^{۴۳} محمل قانونی تحقیقات محلی مورد اختلاف است اینکه تحصیل دلیل از منابع مردمی محل و مرجع مطمئن و متیقن برای ارزیابی شرایط انتخاب‌پذیری نامزدها نمی‌تواند باشد. در هر صورت، برخورداری از چنین اختیاراتی نیازمند قانون است و اتخاذ تصمیم و آرای با این روش علیه و له داوطلبی در عمل سبب شائبه سیاسی اعضای هیئت، زیر سؤال رفتن نظارت بی‌طرفانه و محرومیت فرد از حق انتخاب شدن می‌شود.^{۴۴}

قانون انتخابات، هیئت‌های اجرایی و نظارت را در واقع نماینده گروه و اقشار مختلف جامعه می‌داند که فراتر از نمایندگان سیاسی تصمیم می‌گیرند؛ اما هیئت اجرایی در عمل متأثر از جریان‌های حاکم در دولت است و هیئت نظارت با نظر هیئت مرکزی نظارت متشکل از نمایندگان منتخب مجلس تشکیل و اداره می‌شود.^{۴۵} تنها ناظر نهایی انتخابات شوراهای هیئت مرکزی نظارت است که از آیین رسیدگی تخصصی هم برخوردار نیست و این روش مورد انتقاد است. اساساً رعایت حقوق افراد نتیجه کرامت انسانی آنان است و بند ۶ اصل دوم قانون اساسی با صراحت به آن تأکید کرده است؛ پس اقدام نامتعارف کارگزاران می‌تواند عملکرد آنان را مخالف این اصل قرار دهد. عملکرد خلاف قانون اساسی سبب نقض اصل

۴۳. با اینکه مصاحبه مطبوعاتی عضو حقوق‌دان شورای نگهبان با خبرگزاری مهر حاکی از آن است که قانون انتخابات مجلس، بررسی صلاحیت نامزدها را در سه حالت تأیید صلاحیت، احراز صلاحیت و عدم احراز صلاحیت قرار داده است، ولی چنین دلیلی در قانون انتخابات شوراهای دیده نمی‌شود، اما عمل هیئت نظارت یا احیاناً هیئت اجرایی تحقیقات محلی را مستند رد صلاحیت داوطلبان شوراهای قرار می‌دهد. در تاریخ ۱۳۹۸/۶/۳۱ رجوع شد به آدرس پایگاه اطلاع‌رسانی شورای نگهبان: <https://www.shora-gc.ir/fa/news/6185>

۴۴. علی‌اکبر جعفری ندوشن، بررسی تطبیقی کارویژه شورای نگهبان در ایران، فرانسه و آمریکا، (تهران: اسناد انقلاب اسلامی، ۱۳۸۵)، ص ۱۲۴.

۴۵. ماده ۵۶ قانون انتخابات شوراهای اسلامی

یادشده و ایجاد مسئولیت برای مجریان و ناظران خواهد بود.^{۴۶} بی تردید استواری قانون اساسی بر صیانت از حقوق ملت و مشارکت عامه مردم در تعیین سرنوشت خویش است. قانون‌گذار می‌تواند با تعمق بر اصل بیستم قانون اساسی، حقوق ملت و سازوکارهای مطمئن سیاست‌های کلی انتخابات، مقرراتی را برای تأمین حقوق داوطلبان، سلامت انتخابات آزاد، بی‌طرفی ناظران و پاسخگو کردن آنان وضع نماید.^{۴۷}

۲. مبانی حق انتخاب شدن در نظام حقوقی انتخابات شوراهای

قانون اساسی محو هرگونه استبداد و خودکامگی قدرت را بدون مشارکت عامه مردم در امور اجتماعی و سیاسی عملی نمی‌داند. دخالت مردم در حاکمیت بر تعیین سرنوشت و مشارکت در اداره امور محلی با اعمال حق رأی کامل آنان در فرایند انتخابات آزاد، رقابتی و عادلانه فراهم می‌شود؛^{۴۸} محرومیت از حقوق سیاسی تعارض جدی با آزادی‌های اساسی و مشروع فردی و تفوق حقوق ملت در قانون اساسی دارد. در صورت تراجم این حق با مصالح عمومی، قانون‌گذار می‌تواند اقدامات پیشگیرانه‌ای را تحت شرایط متعارف، فنی و قانونی برای جلوگیری از ورود افراد فاقد صلاحیت به نهاد شوراهای معین کند و این نوع محرومیت از حق نمایندگی مردم به موجب نص قانون اساسی و با تحقق شرایط مربوطه ممکن خواهد شد. احراز رد و تأیید صلاحیت داوطلبی نیازمند مستند قانونی و دلایل معتبری است و رسیدگی به اعتراض نامزد انتخاباتی با حق دادخواهی در مراجع صلاحیت‌دار انجام می‌گیرد تا به حقوق هیچ فردی تعرض نشود.

بررسی صلاحیت نامزدی در مراجع اجرایی و نظارتی برحسب اصل صحت که یک قاعده حقوقی برگرفته از فقه است می‌باشد؛ یعنی اصل بر صحت و درستی عمل است مگر آنکه خلاف آن ثابت شود؛^{۴۹} احراز تأیید و عدم صلاحیت نامزدی مطابق با این اصل به نفع حقوق شهروندی خواهد بود تا افراد شایسته و توانمند با احراز عملی شرایط قانونی به شوراهای

۴۶. ماده ۱۴ قانون تعیین حدود اختیارات، وظایف و مسوولیت‌های ریاست‌جمهوری مصوب ۱۳۶۵.

۴۷. بندهای ۱۰، ۱۱ و ۱۵ سیاست‌های کلی انتخابات ابلاغی مقام معظم رهبری، سال ۱۳۹۵.

۴۸. بند ۸ اصل‌های ۳، ۶ و ۵۶ قانون اساسی

۴۹. قانون لزوم رسیدگی دقیق به شکایات داوطلبین رد صلاحیت شده در انتخابات مختلف به سال ۱۳۷۸.

۵۰. مصطفی محقق داماد، قواعد فقه بخش ملنی، (تهران: علوم اسلامی، ۱۳۷۵)، ص ۲۰۷.

راه یابند و به این ترتیب شوراها متشکل از نمایندگان مسلمان و متخصص خواهند شد. صراحت قانون در رسیدگی به صلاحیت نامزدی بر احراز تأیید و رد صلاحیت داوطلبی است^{۵۱} و قانون در مورد عدم احراز صلاحیت حکمی بیان نکرده است. با اینکه روش اخیر موجب اختلاف است، اقدام به صدور رأی احراز عدم صلاحیت نامزدی هم نیازمند مستند قانونی، مستدل و مستدرک بودن احکام است. نظام حقوقی انتخابات متأثر از فقه امامیه است و علم اصول فقه در وضع مقررات و صدور احکام نفوذ بالایی دارد. احراز شرایط داوطلبی شوراها می‌تواند با علم اصول به ابواب حجت شرعیه استوار شود؛ یعنی علمی که در صورت فقدان آگاهی از اماره شرعیه و عقلیه اطمینان‌بخش، به آن استناد گردد و برای اثبات موضوع، احکام تکلیفی و وضعی لازم است که مبنای حقوقی آن، مصرحات قانون است.^{۵۲}

ماهیت حق رأی در ایران با نظام‌های دیگر کشورها به‌ویژه غربی‌ها متفاوت و مبتنی بر مردم‌سالاری دینی و مبانی فقه امامیه است. اعمال حق رأی در حاکمیت، توأم با مسئولیت افراد در برابر حقوق اشخاص بوده، با اقتدار و استواری نظام جمهوری اسلامی پیوند خورده است.^{۵۳} مسئولیت افراد در تعیین سرنوشت بر اساس اصل اولیه اعتقادی در شریعت اسلام است که خداوند انسان را آزاد آفریده و تنها کسی که بر انسان ولایت دارد، خالق و پرورش‌دهنده اوست و ولایت الهی بر انسان به معنای جبر و تحمیل دین بر او نیست.^{۵۴} صیانت از حق رأی، انتخاب افراد شایسته و تحقق پارلمان محلی کارآمد در سایه نظام انتخاباتی قانونمند و عادلانه است.^{۵۵} با اینکه نظام انتخاباتی شوراها در قالب قوانین و مقررات است و چارچوب و ابزاری برای ورود افراد، احزاب و گروه‌ها به انتخابات شوراها ترسیم شده،^{۵۶} اما با کاستی‌هایی همراه است؛ از جمله در انتخابات شوراها به خواست عمومی، سیاست رقابتی شدن و برنامه‌محور بودن نامزدها توجه چندانی نمی‌شود و شوراهای محلی در اکثر حوزه‌های انتخابیه با سلیقه فردی، طایفه‌ای و گرایش گروهی نمایندگان اداره

۵۱. برگرفته از ماده ۵۱ و تبصره ۱ ماده ۵۳ قانون انتخابات.

۵۲. ابوالحسن محمدی، *مبانی استنباط حقوق اسلامی*، (تهران: دانشگاه تهران، چ ۹، ۱۳۷۵)، صص ۱۸ و ۲۱.

۵۳. محمد هاشمی، *حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران اصول و مبانی کلی*، ج ۱، (تهران: میزان، چ ۷، ۱۳۸۷)، صص ۱۰۳ و ۱۰۴.

۵۴. عبدالله جوادی آملی، *حق و تکلیف در اسلام*، (قم: اسراء، ۱۳۹۳)، ص ۸۶.

۵۵. بیژن عباسی و مصطفی جعفری، «بررسی تطبیقی شرایط انتخاب‌کنندگان و انتخاب‌شوندگان در نظام انتخاباتی مجالس ایران و

مالزی»، *مطالعات حقوق تطبیقی معاصر*، ش ۲ (۱۳۹۰)، ص ۱۱۵.

۵۶. ماده ۶۵ قانون انتخابات شوراهای اسلامی

می‌شوند.

تحقیقات محلی برای تحصیل یا تأمین دلیل با ایرادات حقوقی مختلفی مواجه شده است که گاهی موجب محرومیت فرد از حق انتخاب شدن و یا باعث تأیید و رد صلاحیت‌های پی‌درپی در جریان انتخابات و یا در مراحل بعدی می‌شود. بنابراین گزارش و مدارکی اتهامی خارج از محاکم و مراجع غیررسمی که مستند رد یا عدم احراز شرایطی داوطلبی قرار گیرد، محمل قانونی آنها جای بس اشکال دارد. رضایت‌مندی شهروندان برای تأمین حقوق داوطلبان شوراها دارای ضمانت‌های اجرایی لازم در نظام حقوقی انتخابات است و از جمله نقش افکار عمومی در صیانت از حقوق افراد و جلوگیری از نقض اصول قانون اساسی اهمیت زیادی دارد. مردم می‌توانند با امر به معروف و نظارت عمومی بر عملکردها، واکنش نشان دهند و مقامات را به اجرای حقوق ملت در اصول قانون اساسی از طریق سیاست‌های کلی و مقررات‌گذاری وادار نمایند.^{۵۷} رسیدگی به شکایات انتخاباتی در برخی کشورها با دادگاه‌های قضایی است اما در ایران به موجب قانون، رسیدگی نهایی با هیئت نظارت است و رسیدگی به جرایم و تخلفات انتخابات در مراجع دادگستری انجام می‌گیرد.

۳. مروری بر نظامات تقنینی و رویه‌های اجرایی در تعیین و تشخیص شرایط داوطلبی

وظایف و اختیاراتی که قانون اساسی برای اعضای شوراها معین کرده است به نوعی ولایت و سرپرستی بر سرنوشت، مردم تلقی می‌شود و قانون‌گذار سپردن این اختیارات را به افرادی که فاقد صلاحیت قانونی باشند موجه نمی‌داند. قانون انتخابات شوراها شرایط داوطلبی و موارد محرومیت از نمایندگی مردم را بیان کرده، اما برخی از این شرایط به صورت کلی و قابل تفسیر است. ماده ۳۳ قانون انتخابات شوراها در مقام بیان محرومیت‌ها (شرایطی سلبی) است و در صورت احراز هریک از بندهای آن، افراد از نامزدی محروم می‌شوند.

۵۷. علی‌اکبر ترمان، «نقش و جایگاه سند چشم‌انداز در قانون اساسی»، مجموعه مقالات همایش ملی نقش مدیریت راهبردی در تحقق سند چشم‌انداز بیست‌ساله، ج ۴، (تهران: دانشگاه دفاع ملی، ۱۳۹۱)، ص ۴۴.

برابر ماده ۵۰ قانون انتخابات، مسئولیت احراز شرایط داوطلبی با هیئت اجرایی است. در صورت نیافتن مدارک معتبر صلاحیت، افراد به علت فقدان دلیل و مدارک معتبر، دارای صلاحیت تلقی شده، صلاحیت آنها برای رقابت انتخابات تأیید خواهد شد.^{۴۸} اما در اکثر موارد، صلاحیت داوطلب به علت وجود شرایط کیفی از قبیل اعتقادی، التزام عملی به اسلام و ولایت مطلقه فقیه که در واقع مصادیق آنها مشخص نیست وضعیتی را به وجود می‌آورد که هرکسی ممکن است شامل آن شده، صلاحیتش رد یا احراز نگردد. با این همه، اگر قانون‌گذار شرایط اعتقادی و التزام عملی را به صورت واضح و مصداقی بیان کند، می‌تواند به تضمین اعمال حاکمیت بر تعیین سرنوشت سیاسی و اجتماعی خویش بینجامد و از برداشت‌های شخصی و سیاسی در مراحل ارزیابی شرایط داوطلبی جلوگیری شود.

در ماده ۴۹ قانون انتخابات، مراجع قانونی استعمال در خصوص سوابق امنیتی، سوء پیشینه، تابعیت و محکومیت کیفری مشخص شده، اما در باب شرایط اعتقادی و التزام عملی به اسلام و ولایت مطلقه فقیه و ابراز وفاداری به قانون اساسی، مرجع مشخصی در قانون برای اعلام سابقه تعیین نشده یا مراجع چهارگانه^{۴۹} منابع لازم و اختیارات قانونی برای ارائه چنین دلیلی بوده است که اسناد معتبری در این زمینه وجود ندارد. حسب مورد هیئت نظارت و احیاناً هیئت اجرایی راساً با شناخت و معرفتی که نسبت به دلایل مکتسبه پیدا می‌کند مرجع تطبیق شرایط قانون با وضعیت داوطلب نفیاً و اثباتاً می‌شود. احراز شرایط کیفی عمدتاً دشوار است و نبود آیین رسیدگی تخصصی بر حق انتخاب شدن و حاکمیت قانون خدشه وارد می‌سازد و به همین سبب برخی منتقدان لزوماً مستندات را تنها محکومیت قضایی اعلام کردند و خارج از آن را غیرقابل قبول می‌دانند، ولی وجود دلیل متیقن بر شرایط ایجابی و فقدان شرایط سلبی که در نزد مراجع رسمی صلاحیت‌دار طبق ترتیبات قانونی به اثبات رسیده باشد، منعی برای بررسی آنها وجود ندارد.^{۵۰}

۴۸. علی‌اکبر جعفری ندوشن، پیشین، ص ۱۴۵.

۴۹. مراجع چهارگانه استعمال عبارت است از: قوه قضاییه، نیروی انتظامی، وزارت اطلاعات و سازمان ثبت احوال، که هیئت اجرایی مطابق ماده ۴۹ قانون انتخابات شوراهای اسلامی کشور موظف است برای احراز شرایط قانونی هریک از داوطلبان شورای شهر حسب مورد از مراجع یادشده استعمال نماید.

۵۰. قانون لزوم رسیدگی دقیق به شکایات داوطلبین رد صلاحیت شده در انتخابات مختلف به سال ۱۳۷۸.

چالش اصلی حق انتخاب شدن، ارزیابی عملی احراز صلاحیت داوطلب با شرایط کیفی است که کدام عمل و رفتار، چگونه و چه اندازه آن مد نظر قانون گذار در باب تقید و ترک محرمات و وفاداری است. شایان ذکر است که میزان و شاخص‌های تشخیص اعتقاد و التزام عملی به اسلام و ولایت مطلقه فقیه، ابراز وفاداری به قانون اساسی و یا ابراز اختلاف نظر با ولایت فقیه در بین صاحب نظران از موارد اختلافی بوده، بحث آن خارج از این تحقیق است. اما سؤال این است که حدود تقید به احکام اسلامی و عمل به فرایض دینی در شئون اعضای شوراهای اسلامی شهر و روستا تا چه حد ضروری است که خود جای بحث دارد. ولی قانون گذار برحسب بندهای ۱ و ۳-۱۰ سیاست‌های کلی انتخابات ابلاغی مقام معظم رهبری می‌تواند شرایط انتخاب‌پذیری را به صورت واقعی و منطقی معین کند. تعیین و تشخیص شرایط قانونی داوطلبان اعضای شوراهای اسلامی با مجلس شورای اسلامی است. بررسی محدودیت‌های حق انتخاب‌پذیری اعضای شوراهای اسلامی در بندهایی از مواد ۳۰، ۳۲ و ۳۳ قانون انتخابات شوراهای آمده است که لازم می‌آید در دو مبحث جداگانه به‌عنوان شرایط انتخاب‌پذیری ایجابی و سلبی بررسی شود.

۳.۱. شرایط محدودکننده (ایجابی یا محرومیت نسبی)

از شروطی که بیشتر مورد بحث قرار گرفته، اعتقاد و التزام عملی به اسلام و ولایت مطلقه فقیه و ابراز وفاداری به قانون اساسی است. نگرش در صورت نداشتن شرایط ایجابی از داوطلب شدن محروم می‌شود و این نوع محرومیت از حقوق اجتماعی به‌مثابه مجازات تبعی یا تکمیلی است^{۶۱} که برای مدت معینی با رفع آن موانع به‌وجود می‌آید تا اینکه به‌عنوان محرومیت نسبی از بین برود. قانون گذار در سابقه محرومیت کیفری، پس از گذشت مدتی از اجرای احکام کیفری اجازه شرکت در فعالیت اجتماعی از جمله حق انتخاب شدن را به فرد می‌دهد؛^{۶۲} اما فقدان هریک از شرایط اعتقادی و اهلیت اخلاقی موجب ایجاد محرومیت مطلق برای فرد خواهد بود و منطبق حقوقی ایجاب می‌کند این‌گونه شرایط به صورت کمی و

۶۱ بندهای «ج» و «د» ماده ۳۰ قانون انتخابات شوراهای اسلامی

۶۲ پرویز صانعی، حقوق جزای عمومی، ج ۲، (تهران: گنج دانش، ج ۲، ۱۳۷۲)، ص ۲۱۴.

۶۳ ماده ۶۲ مکرر قانون اصلاح دو ماده و الحاق یک ماده و یک تبصره به قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۷/۲/۲۷.

مصادقی باشند؛ چنان که برخی از شرایط کمی برای جلوگیری از ورود افراد ناشایست و ناکارآمد و یا تخصصی‌تر شدن اعضای شوراها وضع شده است، مانند قرار دادن وثیقه و یا دریافت امضا از تعدادی از شهروندان.^{۶۴}

۳.۱.۱. شرایط اعتقادی و التزام عملی به اسلام و ولایت مطلقه فقیه (بند «ج» ماده ۳۰ قانون انتخابات)

نظام سیاسی تحت عنوان جمهوری اسلامی تعریف شده است تا حاکمیت اسلام در تمام شئون جامعه پذیرفته شود و مطابق اصل دوم قانون اساسی، کارگزاران نظام باید به این اصول یعنی اسلام و نظام سیاسی اعتقاد داشته باشند. مبنای نظام همان اعتقادات مذهب شیعه است، مگر اقلیت‌های دینی که در دین خود و اهل سنت به مذهب خود ثابت‌العقیده باشند.^{۶۵} اطاعت از احکام نظام حکومتی (حکم حکومتی ولی فقیه)،^{۶۶} نشانگر التزام عملی به ولایت فقیه است و اعمال خلاف مصالح و منافع نظام و کشور به‌عنوان عدم التزام به ولایت فقیه محسوب می‌شود.^{۶۷} یکی شک تنها ملاک قانونی در انتخاب‌ناپذیری افراد، تشخیص شرایطی است که قابل ارزیابی عملیاتی باشد و شرایط سلبی متناسب با مقتضیات و جایگاه نهاد شوراها مورد پذیرش افکار عمومی (ضرورتی برای سلب صلاحیت افراد از تصدی نهادهای محلی) قرار گیرد؛ یعنی مصادیق و میزان ارزش حقیقی افعال و رفتار داوطلب با شرایط قانونی به‌طور وضوح تبیین گردد و در غیر این صورت، مجریان و ناظران در اجرای مقررات ملزم به ارزیابی شرایط و تصمیم‌گیری نسبت به انطباق یا عدم انطباق وضعیت داوطلب با شرایط کیفی می‌شوند.^{۶۸}

۶۴. بیژن عباسی، حقوق اساسی تطبیقی، (تهران: دادگستر، ۱۳۹۴)، ص ۴۱.

۶۵. تبصره یک مکرر ماده ۳۰ قانون انتخابات شوراها، اسلامی

۶۶. تدبیر و مدیریت کلان کشور نیاز به اتخاذ تصمیمات راهبردی دارد؛ مقولات مهم و تأثیرگذار امور کشور را نمی‌توان با فرار و نشیب آرا و سلیقه‌ها گوناگون اداره کرد و مسائل اساسی کشور نیازمند مصلحت‌سنجی و کارشناسی است. این نوع تصمیمات راهبردی به‌عنوان سیاست‌های کلی نظام و فرامین مقام رهبری در اصل ۱۱۰ قانون اساسی بیان شده است. (علی‌اکبر ترمان، بررسی نقش و جایگاه سند چشم‌انداز در نظام حقوقی ایران، دانشگاه تبریز، (۱۳۹۰)، ص ۳۵.

۶۷. حسن ممدوحی، در پاسخ مقام معظم رهبری به استفتای التزام به ولایت فقیه و قوانین، پایگاه اطلاع رسانی مقام معظم رهبری، به تاریخ ۱۴۰۰/۰۱/۲۰ مراجعه شد به آدرس: <https://farsi.khamenei.ir/others-page?id=9796>

۶۸. اسداله یآوری، «بررسی صلاحیت نامزدهای انتخابات توسط شورای نگهبان: تأملی دیگر»، تحقیقات حقوقی، ش ۸۰ (۱۳۹۶)،

۳.۱.۲. شرط ابراز وفاداری به قانون اساسی (بند «د» ماده ۳۰ قانون انتخابات)

قانون اساسی اداره امور محلی اعم از شهر و روستا را به نمایندگان منتخب مردم محل واگذار کرده است تا طبق قانون نسبت به توسعه و حل مشکل منطقه اقدام کنند. عدم پایبندی و درست عمل نکردن به مفاد قانون موجب مناقشه در اجتماع می‌شود. اگر کارگزاران و نمایندگان به قواعد قانون اساسی معتقد نباشند و این در رفتار آنها منعکس گردد، قانون اساسی دیگر پایدار نخواهد ماند. این تفکر پذیرفته نیست که فردی به‌عنوان عضو شورای اسلامی قسم یاد کند که متعهد به رعایت قانون اساسی است؛^{۶۹} اما پایبندی به آن نداشته باشد. از منظر قانون، مناط ابراز وفاداری به قانون اساسی و اعتقاد به میانی نظام می‌تواند اظهار، اعلام و یا از هر طریق دیگری باشد که به صورت مستند از سوی داوطلب بیان شده باشد و اعتبار آن تا زمانی است که ایراد قانونی بر آن وارد نباشد.

۳.۱.۳. شرط تابعیت (بند «الف» ماده ۳۰ قانون)

بر اساس ماده ۹۸۲ قانون مدنی، کسانی که تابعیت اکتسابی ایران را تحصیل کرده‌اند از کلیه حقوقی که برای ایرانیان مقرر شده است بهره‌مند می‌شوند، اما نمی‌توانند به عضویت شوراهای نایل آیند. با توجه به توسعه روزافزون جهانی، کم‌رنگ شدن مرزهای فیزیکی و وجود اشتراکات فرهنگی و اقتصادی ملتها، محروم کردن نخبگان سیاسی که دارای توانمندی خاص و تابعیت اکتسابی باشند منطقی به نظر نمی‌رسد. قانون‌گذار می‌تواند بر اساس اصل شایسته‌گزینی تحت شرایطی کشور را از این امتیازات منتفع سازد.^{۷۱}

۳.۱.۴. مقام و شغل (ماده ۳۲ قانون)

برخی از مقامات و مشاغل از انتخاب شدن محروم هستند و این محدودیت در راستای حفظ استقلال قوا، پرهیز از فشار قدرت دولتمردان بر نمایندگان مردم و انتخابات آزادانه است که مقرر می‌دارد، مقامات اداری و قضایی بعد از استعفا از سمت خود در صورت واجد

ص ۲۲۶.

۶۹. ماده ۲ آیین‌نامه اجرایی تشکیلات، انتخابات داخلی و امور مالی شوراهای اسلامی شهرها.

۷۰. مستفاد از تبصره ۴ ماده ۲۷ آیین‌نامه اجرایی قانون انتخابات مجلس مصوب ۱۳۷۸.

۷۱. محمدرضا ضیائی بیگدلی، اسلام و حقوق بین‌الملل (تهران: گنج دانش، چ ۹، ۱۳۸۹)، ص ۶۴.

شرایط بودن در انتخابات شرکت نمایند. دایرهٔ انتخاب‌ناپذیران نسبی بسیار گسترده است، ولی بر اساس بندهای ۴-۱۰ سیاست‌های کلی انتخابات، باید فهرست مقامات و مشاغل انتخاب‌ناپذیر به‌گونه‌ای تنظیم شود که عرصهٔ خدمتگزاری برای افراد شایسته و توانمند تنگ نگردد.

برخی شرایط انتخاب‌پذیری مادهٔ ۳۰ قانون انتخابات از قبیل بندهای «ج» و «د»، نیازمند بازتعریف ملاک و معیارهای آن است که به علت نبود معیار متناسب با مقتضیات و شاخص‌های دقیق، شرایط داوطلبی سبب محدودیت بر حق انتخاب شدن شهروند در مناصب انتخابی شوراها و مشاهدهٔ تأیید یا ردّ پی‌درپی داوطلبان در هیئت‌ها می‌شود.

۲.۳. مقررات محرومیت از داوطلبی (سلبی یا محرومیت مطلق)

عضویت در شوراها حق عمومی افراد است که مردم حق حاکمیت خویش را از طریق نمایندگان منتخب خود اعمال می‌کنند. محروم کردن افراد از این حق مستلزم تجویز قانون است و حذف افراد از حق انتخاب شدن، بدون رعایت قانون جای بسی اشکال است. اینک در مادهٔ ۳۳ قانون انتخابات، شرایط سلبی داوطلبان انتخابات شوراها مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۲.۳.۱. وابستگی سیاسی به گروه‌های غیرقانونی (بند «ج» مادهٔ ۳۳ قانون)

بر اساس اصل ۲۶ قانون اساسی، گروه‌های سیاسی آزادند و ادامهٔ فعالیت آنها مشروط بر این است که اصول استقلال، آزادی، وحدت ملی، موازین اسلامی و اساس جمهوری اسلامی را نقض نکنند. اشخاص، احزاب و گروه‌های سیاسی برای انتخاب شدن آزاد هستند. چنانچه مرتکب تخلف و جرایمی هم شده باشند، تا محکومیت و فعالیت آنان از مصادیق محرومیت حقوق اجتماعی موردنظر قانون‌گذار برای انتخاب‌ناپذیری نباشد، می‌توانند در انتخابات به‌عنوان انتخاب‌شونده حضور یافته، در معرض انتخاب مردم قرار گیرند. هیچ‌کس به علت ویژگی شخصیتی، فعالیت سیاسی یا مخالفت و انتقاد با سیاست و برنامه‌های دولت از انتخاب شدن محروم نمی‌شود. اما افرادی که به گروه و جریان غیرقانونی وابسته یا از آنان طرف‌داری کرده باشند از انتخاب شدن محروم هستند.

۲.۲.۳. محکومان دادگاهها (بند «د»، «ه»، «و» ماده ۳۳ قانون) و محکومان به حدود شرعی (بند «و» ماده ۳۳ قانون)

کسانی که به جرم اقدام علیه جمهوری اسلامی محکوم شده باشند یا افرادی که به حکم مقامات صالحه محکوم به ارتداد شده‌اند محروم از انتخاب‌پذیری هستند. در خصوص ارتداد که به معنی خروج از دین یا طغیان و عصیان است، مجازات آن در قرآن قتل (سلب حیات) است؛^{۷۲} ولی در قانون مجازات اسلامی مجازات خاصی با این عنوان تعیین نشده است.

اگر بنا باشد به دلیل ارتکاب جرمی بر شخصی حد جاری شود و او قبل از اثبات جرمش در دادگاه توبه نماید، با یک سری شرایط حد از وی ساقط می‌شود. این توبه مربوط به قبل از صدور حکم در دادگاه می‌شود، ولی در این موضوع قانون‌گذار توبه بعد از حکم محکومیت را لحاظ کرده است و با اینکه توبه یک امر قلبی است که بیشتر به نیت برمی‌گردد و تنها مواردی که در توبه می‌تواند باشد همان حدود است که کلمه‌ای را بر زبان می‌آورد و به‌نظر می‌رسد منظور قانون‌گذار هم این باشد که توبه زبانی افراد هم مورد قبول است و همین‌که ثابت شود فرد از گناه برگشته و پشیمان شده و حالا به راه حق برگشته است، توبه افراد نزد حاکم پذیرفته خواهد شد. با التفات به ماده ۱۱۴ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ و نظریات فقهی پیرامون آن، توبه از معاذیر قانونی معاف از مجازات است و افراد را از محرومیت خارج می‌نماید. بنابراین، توبه فرد قبل از صدور حکم او را انتخاب‌پذیر می‌کند، ولی پس از صدور حکم براساس نظریه مشورتی قوه قضاییه به‌نظر می‌رسد این امر امکان‌پذیر نباشد.^{۷۳}

۷۲. پرویز صانعی، پیشین، ص ۹۵.

۷۳. برحسب نظریه مشورتی شماره ۱۸۸۵/۹۹/۷ به تاریخ ۱۴۰۰/۲/۷ اداره کل حقوقی قوه قضاییه محکومیت دائمی از حقوق اجتماعی امری استثنایی است، اما با توجه به تصریح قسمت اخیر تبصره ۲ ماده ۲۶ قانون مجازات اسلامی سال ۱۳۹۲، با لحاظ بند «الف» ماده یادشده محرومیت دائمی شامل اعضای شوراهای اسلامی شهر و روستا نیز می‌شود. ماده ۳۳ قانون انتخابات شوراهای محکوم به حکم مراجع صالح قضایی اشاره کرده است که محکومیت اشخاص در محاکم و مراجع صالح قضایی موجب تسری محرومیت‌های ماده ۳۳ قانون مذکور است و محکومیت‌های هیئت‌های رسیدگی به تخلفات اداری سبب محرومیت افراد از داوطلبی عضویت شوراهای در چارچوب ماده ۳۳ نخواهد شد. طبق بندهایی از ماده ۳۳ قانون مورد بحث، صرف محکومیت (محکومیت قطعی) به جرایم موضوع این بندها موجب محرومیت از داوطلب شدن برای عضویت در شوراهای اسلامی است.

۳.۲.۳. مشهوران به فساد و متهمان به مواد مخدر (بند «ح» و «ط» ماده ۳۳ قانون)

کرامت انسانی در قانون اساسی از جایگاه خاصی برخوردار است. انتخاب حاکمان و دخالت در امور اجتماعی و سیاسی از سوی مردم، احترام نهادن بر ارزش و کرامت انسانی و نیز برخورداری از حقوق یکسان و برابر است.^{۷۴} قانون‌گذار می‌کوشد افرادی که سابقه سوء شهرت در محل و اشتهار به فسق و فجور دارند به شوراها راه نیابند. معیار احراز شهرت به فسق یا سوء شهرت در آن حدی است که به جرم منتهی نشود و حکم قطعی کیفری قابل مجازات برای شخص مورد نظر اعلام نشده باشد.^{۷۵}

قاچاقچیان مواد مخدر و معتادان به این مواد نیز طبق بند «ط» ماده ۳۳ قانون، حق انتخاب شدن ندارند. با اعلام گزارش سابقه در این زمینه از سوی ضابطان ذی‌صلاح و احراز هیئت‌ها، این موضوع موجب محرومیت افراد از داوطلبی خواهد شد. صرف گزارش سابقه مراجع انتظامی، اثبات اتهام در خارج از محاکم و نداشتن محکومیت، برای سلب حق نامزدی افراد صحیح به نظر نمی‌رسد. برای جلوگیری از تشدید تأثیر قضاوت سلیقه‌ای در رد صلاحیت نامزدی و تعرض به حقوق فردی، معمولاً شرایط انتخاب‌ناپذیری شهروندان به مناصب انتخابی شوراها باید تعریف شود و با ابزار عینی احراز گردد.

نتیجه

قانون اساسی حق رأی را برای همه افراد ملت در انتخابات شوراها، اسلامی کشور به رسمیت شناخته است. مردم حق دارند برای تصدی مناصب انتخابی شوراها نامزد شوند و سایر مردم هم می‌توانند به او رأی دهند. شرایط انتخاب‌پذیری با رعایت حقوق داوطلبی از حیث راهیابی افراد شایسته و جلوگیری از ورود افراد فاقد صلاحیت به نهاد شوراها در اجرای حاکمیت قانون معین می‌شود. این نوع شرایط فنی و قانونی در جامعه لازم می‌آید، اما نمی‌تواند برخلاف قانون اساسی و معیارهای شناخته‌شده حقوق سیاسی و مدنی شهروندان باشد. نظارت بر شرایط قانونی با نمایندگان مجلس شورای اسلامی است و کسی را نمی‌توان

^{۷۴}George Brenkert, *Political Freedom*, (Londom and New York: Routledge Press, 1991), p. 3.

^{۷۵} احمد حبیب‌نژاد، «شرایط انتخاب‌شوندگی در انتخابات مجلس شورای اسلامی در نظام حقوق اساسی با نگاه تطبیقی»، علوم سیاسی، ش ۵۵ (۱۳۹۰)، ص ۱۱۰.

بدون مستند قانون و دلایل معتبری از حق انتخاب شدن محروم کرد. برداشت متعارف از قانون انتخابات، احراز تأیید و عدم تأیید صلاحیت افراد است. محل قانونی تحقیقات محلی برای تحصیل دلیل، کسب گزارش و اثبات اتهام در خارج از محاکم که مستند رد یا عدم احراز صلاحیت داوطلبی باشد جای بسی اشکال است. مسئولیت و اختیارات حاصله از قانون نیازمند اعتقاد راسخ کارگزار بر اجرای صحیح مفاد آن است. پایداری و کارآمدی قانون اساسی در گرو ارتباط با اصل و خاستگاه آن، حقوق افراد، حاکمیت بر تعیین سرنوشت و مشارکت عامه مردم در اداره امور محلی است و در صورت عمل نکردن به اصول آن، مسئولیت‌ها متوجه اشخاص خواهد بود.

مهم‌ترین مسائل و موانع انتخاب‌پذیری شهروندان به علت نبود معیار و شاخص دقیق شرایط داوطلبی، عدم ارائه دلیل اتهامات انتسابی، وجود برخی تفاوت‌ها در روش‌های ارزیابی و احراز عملی صلاحیت‌ها، ناکافی بودن مهلت رسیدگی به اعتراضات و عدم دسترسی مؤثر کلیه داوطلبان به مراجع تجدیدنظر استانی و هیئت مرکزی برای دفاع از اتهامات وارده است. عمده اختلاف حقوقی موجود مربوط به تفاسیر از نص یا مر قانون است و راه‌حل آن با توجه به پیشنهاد‌های ارائه شده در این تحقیق، جز با اصلاح قانون انتخابات برای کارآمدی و شفافیت در شرایط واقعی انتخاب‌پذیری و روش احراز عملی صلاحیت نامزدی نیست. تحقیقاً حق حاکمیت بر تعیین سرنوشت و حق مشارکت عامه مردم در اداره امور محلی از حقوق اساسی هر شهروندی است و با وضع شرایط غیرقابل ارزیابی و اتخاذ روش رسیدگی غیرمنصفانه، این حق از کسی سلب نمی‌شود. فراهم کردن زمینه ورود افراد شایسته و توانمند مدیریتی به جرگه خدمتگزاری از مسئولیت‌های قانون‌گذار است.

رهیافت و راهکار برون‌رفت از وضعیت موجود، نخست، نیازمند بازتعریف و بیان حقیقی معیارها و تعیین دقیق شاخص‌های شرایط انتخاب‌پذیری است. میزان ارزش حقیقی افعال و رفتار داوطلب نسبت به تقید به احکام اسلامی و عمل به فرایض دینی، اعتقاد به ولایت مطلقه فقیه و نحوه ابراز وفاداری به قانون اساسی و تدوین آیین رسیدگی تخصصی (قواعد روش احراز تأیید و رد صلاحیت و بررسی اعتراض نامزدی) با محوریت حقوق ملت در فصل سوم قانون اساسی، سیاست‌های کلی انتخابات و اصول حقوقی رسیدگی عادلانه است که

می‌تواند به رفع ابهام از انتخاب‌پذیری شهروندان، تقویت حق حاکمیت بر تعیین سرنوشت (حق رأی مردم) و توسعه حق مشارکت عامه مردم در اداره امور محلی بینجامد.

دوم، رسیدگی به صلاحیت و اعتراض داوطلبان با روش رسیدگی حقوقی در حضور شاکی یا نماینده قانونی و وکیل وی انجام‌پذیرد و در صورت لزوم از افراد اعاده حیثیت شود.

سوم، رفع موانع کارآمدی و نهادینه شدن احزاب در جامعه می‌تواند افراد سرشناس، متخصص و متعهد را با برنامه و عملکرد شفاف برای داوطلبی شوراها معرفی کند و از طرف دیگر، زمینه نظارت کاربردی، کاهش تعدد کاندیداهای فاقد شرایط و افزایش قدرت تشخیص مردم را فراهم سازد. در نهایت، موارد محرومیت از انتخاب‌پذیری شهروندان در انتخابات شوراها به احکام و ترتیبات قانون اساسی منحصر است.

منابع و مأخذ

الف) منابع فارسی

- کتاب‌ها

۱. جعفری ندوشن، علی‌اکبر، بررسی تطبیقی کار ویژه شورای نگهبان در ایران، فرانسه و آمریکا، (تهران: اسناد انقلاب اسلامی، ۱۳۸۵).
۲. جوادی آملی، عبدالله، حق و تکلیف در اسلام، (قم: اسراء، ۱۳۹۳).
۳. صانعی، پرویز، حقوق جزای عمومی، ج ۲، (تهران: گنج دانش، چ ۲، ۱۳۷۲).
۴. ضیائی بیگدلی، محمدرضا، اسلام و حقوق بین‌الملل (تهران: گنج دانش، چ ۹، ۱۳۸۹).
۵. عباسی، بیژن، حقوق بشر و آزادی‌های بنیادین، (تهران: دادگستر، ۱۳۹۰).
۶. عباسی، بیژن، حقوق اساسی تطبیقی، (تهران: دادگستر، ۱۳۹۴).
۷. قاضی شریعت پناهی، ابوالفضل، حقوق اساسی و نهادهای سیاسی، (تهران: میزان، چ ۱۴، ۱۳۹۵).
۸. کاتوزیان، ناصر، مبانی حقوق عمومی، (تهران: دادگستر، ۱۳۷۷).
۹. گودوین گیل، گای اس، انتخابات آزاد و منصفانه در حقوق و رویه بین‌المللی، ترجمه قاسم زمانی و جمال سیفی، (تهران: دانش، چ ۱، ۱۳۷۹).
۱۰. محقق داماد، مصطفی، قواعد فقه بخش مدنی، (تهران: علوم اسلامی، ۱۳۷۵).
۱۱. محمدی، ابوالحسن، مبانی استنباط حقوق اسلامی، (تهران: دانشگاه تهران، چ ۹، ۱۳۷۵).
۱۲. هاشمی، محمد، حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران اصول و مبانی کلی، ج ۱، (تهران: میزان، چ ۷، ۱۳۸۷).
۱۳. هاشمی محمد، حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران اصول و مبانی کلی، ج ۲، (تهران: میزان، چ ۲، ۱۳۸۹).

- مقاله‌ها

۱۴. ترمان، علی‌اکبر، «نقش و جایگاه سند چشم‌انداز در قانون اساسی»، مجموعه مقالات همایش ملی نقش مدیریت راهبردی در تحقق سند چشم‌انداز بیست‌ساله، ج ۴، (تهران: دانشگاه دفاع ملی، ۱۳۹۱).
۱۵. تقی‌زاده، جواد، «تأملی بر حق رأی در حقوق ایران با نگاهی به حقوق فرانسه»، حقوق اساسی، ش ۱، (۱۳۸۲).

۱۶. تقی‌زاده، جواد، «شرایط خاص انتخاب‌پذیری در انتخابات سیاسی»، *حقوق اساسی*، ش ۶ و ۷ (۱۳۸۵).
۱۷. تقی‌زاده، جواد، «انتخاب‌ناپذیری در حقوق انتخابات مجلس شورای اسلامی و شوراهای اسلامی محلی با نگاهی به حقوق فرانسه»، *مطالعات حقوق تطبیقی معاصر*، ش ۴ (۱۳۸۸).
۱۸. تقی‌زاده، جواد، «ویژگی‌های رأی در حقوق انتخابات سیاسی ایران و فرانسه»، *نامه مفید*، ش ۹۱ (۱۳۹۱).
۱۹. حبیب‌نژاد، احمد، «شرایط انتخاب‌شوندگی در انتخابات مجلس شورای اسلامی در نظام حقوق اساسی با نگاه تطبیقی»، *علوم سیاسی*، ش ۵۵ (۱۳۹۰).
۲۰. حیدری علیجان و نوروزی محمدجواد، «مبانی فقهی مشارکت سیاسی در حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران»، *اندیشه‌های حقوق عمومی*، ش ۱۰ (۱۳۹۵).
۲۱. خسروی، حسن و حسینی صدراآبادی، ایرج، «نظارت کارآمد بر انتخابات»، *حقوق اداری*، ش ۳۱ (۱۳۹۶).
۲۲. رضائی‌زاده، محمدجواد و کاظمی، داود، «بازشناسی نظریه «خدمات عمومی» و اصول حاکم بر آن در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران»، *مطالعات حقوق تطبیقی معاصر*، ش ۵ (۱۳۹۱).
۲۳. رضائی‌زاده، محمدجواد و داوری، محسن، «مبانی و اصول تشخیص صلاحیت نمایندگی مجلس»، *دانش حقوق عمومی*، ش ۳۱ (۱۳۹۵).
۲۴. صالحی امیری، رضا و همکاران علمی، «شوراها: چالش‌ها و کارکردها»، *بزه‌شناسی، تحقیقات استراتژیک مجمع تشخیص مصلحت نظام*، ش ۳۰ (۱۳۸۷).
۲۵. عالی‌پور، حسین، «نظام حقوقی انتخابات و حق انتخاب در جمهوری اسلامی ایران»، *مطالعات راهبردی*، ش ۳ (۱۳۹۴).
۲۶. عباسی، بیژن و جعفری، مصطفی، «بررسی تطبیقی شرایط انتخاب‌کنندگان و انتخاب‌شوندگان در نظام انتخاباتی مجالس ایران و مالزی»، *مطالعات حقوق تطبیقی معاصر*، ش ۲ (۱۳۹۰).
۲۷. محمدی، قاسم و سلیمانی درچه، محمد، «ابعاد حقوقی اعمال حق رأی در نظام حقوقی ایران»، *حقوق عمومی*، ش ۲ (۱۳۹۲).
۲۸. مظهری، محمد، «تأملی بر فرایند انتخابات شوراهای شهر و روستا در ایران و فرانسه»، *مطالعات حقوق تطبیقی معاصر*، ش ۲ (۱۳۹۵).

۲۹. ویژه، محمدرضا و قهوه‌چیان، حمید، «تحلیلی بر نظام‌نامه انتخابات سال ۱۳۸۵ مجلس شورای ملی»، *مطالعات حقوق تطبیقی معاصر*، ش ۵ (۱۳۹۱).
۳۰. یآوری، اسداله، «بررسی صلاحیت نامزدهای انتخابات توسط شورای نگهبان: تأملی دیگر»، *تحقیقات حقوقی*، ش ۸۰ (۱۳۹۶).

– پایان‌نامه

۳۱. ترمان، علی‌اکبر، *بررسی نقش و جایگاه سند چشم‌انداز در نظام حقوقی ایران*، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق عمومی، دانشگاه تبریز، (۱۳۹۰).

ب) منابع انگلیسی

32. Brahm, Eric, (2004), "Election Monitoring", September, URL: Date: 10 June 2020, https://www.beyondintractability.org/essay/election_monitoring.
33. Brenkert, Gorge. G, *Political Freedom*, (London: Routledge Press, 1991).
34. International Institute for Democracy and Electoral Assistance International Electoral, Standards Guidelines for Reviewing the Legal Framework, (The OSCE Publication, 2001, IDEA). <https://www.idea.int/sites/default/files/publications/international-electoral-standards-guidelines-for-reviewing-the-legal-framework-of-elections.pdf>.



University of Tabriz

Contemporary Comparative Legal Studies

Online ISSN: 2821-0514

Volum: 14 Issue: 31

Summer 2023

Article Type: Research Article

Pages: 113-143

Comparative Study of Phenomenological Critique of the Liberal Approach to Human Rights

Mehdi Rezaei^{1✉} | Maziyar Khademii²

1. Assistant Professor of Allameh Tabatabai University, Tehran, Iran msa_rezaei@yahoo.com

2. Ph.D. Candidate in Public Law, Allameh Tabatabai University, Tehran, Iran

maziyarkhademii@gmail.com

Abstract

This article examines the relationship between human rights and the concept of other with a phenomenological approach through the interpretation and description of the importance of the concept of other in human rights philosophy to provide an introduction to the critique of the liberal approach to human rights. The starting point of this research is by examining the concept of other in the minds of phenomenological thinkers such as Hegel, Sartre, Husserl and Heidegger. He then examines this concept and its relationship to human rights in the thought of Emmanuel Levine and Robert Bernasconi to provide a critique of the liberal approach to human rights. Although Locke and his followers begin with an abstract and isolated individual outside of society, for the phenomenologist, the starting point is a concrete existence (human existence at the heart of reality). Phenomenology is not based on artificial and constructive intellectual experiences, such as the natural state or social contract, but on the knowledge that no human will be perfect without the constant help of others, including previous generations, and that my emotional and spiritual conflict with them is individual. It starts with a part or part of me and I am a part or part of them. The impossibility of separating me from anyone else makes any attempt to explain the rights or thoughts about the decisions that a person may make, regardless of the society in which you live, meaningless.

Keywords: Human rights, Phenomenology, Levinas, Bernasconi, Other.

Received: 2021/02/03 Received in revised form: 2022/10/23 Accepted: 2022/11/07 Published: 2023/06/21

DOI: 10.22034/LAW.2022.44361.2832

Publisher: University of Tabriz

Tabrizulaw@gmail.com



مطالعه تطبیقی نقد پدیدارشناختی به رویکرد لیبرال حقوق بشر

مهدی رضایی^۱ | مازیار خادمی^۲

msa_rezaei@yahoo.com

mazyarkhademii@gmail.com

۱. استادیار دانشگاه علامه طباطبائی تهران، ایران

۲. دانشجوی دکتری حقوق عمومی دانشگاه علامه طباطبائی تهران، ایران

چکیده

نگارندگان این مقاله با رویکرد پدیدارشناسانه از طریق تفسیر و شرح اهمیت مفهوم «دیگری» در فلسفه حقوق بشر، رابطه میان حقوق بشر و مفهوم «دیگری» را بررسی می‌کنند تا مقدمه‌ای بر نقد رویکرد لیبرال به حقوق بشر را پیش کشند. سپس به بررسی این مفهوم و ارتباط آن با حقوق بشر در اندیشه امانوئل لویناس و رابرت برناسکونی می‌پردازند تا بر دریچه‌ای به نقد رویکرد لیبرال به حقوق بشر دست یازند. اگرچه لاک و پیروانش با فرد انتزاعی و منزوی خارج از جامعه آغاز می‌کنند، اما به بیان برناسکونی، برای پدیدارشناس، نقطه شروع، وجود انضمامی است (وجود انسان در بطن واقعیت). برناسکونی سعی کرده است با استناد به آثار هگل، هوسرل، هایدگر و سارتر، رویکرد لیبرالیستی به حقوق بشر را نقد کند. محورهای نقد برناسکونی بر سنت لیبرالی که در دامنه اندیشه جان لاک قرار دارد، فردگرایی، انتزاعی بودن، برساختی بودن و مضیق بودن و انحصارگر بودن و متناقض بودن است. وی با رویکرد پدیدارشناسانه به مقوله حقوق بشر سعی دارد ضمن نقد و اصلاح زبان حق‌ها که به نظر او ارزش ابزاری و زمانی دارند، از مشکلات سنت لیبرالی فراتر رود و به واقع ادبیات حقوق بشر را برای حل مشکلات آسیب‌دیده‌ترین اقشار توانمند سازد. از منظر برناسکونی حقوق بشر در وضعیت کنونی، هم به واسطه سنت فلسفی لیبرالیستی و فردگرایانه و هم به واسطه حواشی سیاسی، ناکارا و ناتوان است. حقوق بشر لیبرال علی‌رغم ادعایش محدود به یک سنت فکری و تنگ نظر است.

واژگان کلیدی: پدیدارشناس، حقوق بشر، لویناس، برناسکونی، دیگری.

تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۱۱/۱۵ تاریخ بازنگری: ۱۴۰۱/۰۸/۰۱ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۰۸/۱۶ تاریخ انتشار: ۱۴۰۲/۰۴/۰۵

DOI: 10.22034/LAW.2022.44361.2832

Tabrizulaw@gmail.com

ناشر: دانشگاه تبریز

مقدمه

اعلام رسمی حقوق بشر با اینکه ریشه‌های فکری آن در گذشته دور نهفته است، امری نسبتاً تازه و جدید است. واقعیت مهم‌تر این است که تعریف و استنباط از حقوق بشر بحث‌برانگیز و اختلاف‌پرور است، چه رسد به اینکه حقانیت آن به‌طور عام به رسمیت شناخته شده باشد. به همین سبب، آکسل^۱ معتقد است که حقوق بشر نه به‌عنوان یک قانون طبیعی، بلکه قبل از هر چیز به‌مثابه امری تاریخی، رشدیافته، متحول و آسیب‌پذیر، قابل درک است. اما با قبول این سخن، ادعا این است که نه‌تنها حقوق بشر با همان ویژگی‌ها امری تاریخی است، بلکه امری وابسته به جغرافیا نیز هست؛ بنابراین، هم تکامل تاریخی و هم محدودیت‌های جغرافیایی آن را باید در نظر داشت.

اما مسئله این است که در درک تکامل تاریخی آن به‌گونه‌ای برجسته توجه و نگاه به سوی اندیشه و فرهنگ غربی جلب می‌شود و همین سبب کم‌بها دادن به دیگر حوزه‌های فکری و فرهنگی شده، و این در صورتی است که امروزه حقوق بشر گفتمانی است که مبنایی برای مشروعیت ادعاها است؛ چیزی که با نگرش کلاسیک به حقوق بشر کاملاً ناسازگار است. چگونه ممکن است با یک نگرش مضیق و یکسویه حقوق بشر را به‌عنوان یک امر جهان‌شمول و همگانی مطرح کرد؟!

برخی همچون برناسکونی با توسل به مفاهیمی که سویه نئوهگلی دارد برای گسترش دامنه حقوق بشر و خارج کردن آن از سلطه و سیطره یک سنت فکری تلاش کرده است. وی برای پیشنهاد یک مفهوم فراگیر و جهان‌شمول از حقوق بشر و فرارفتن از تنوع فرهنگی و تفاوت‌های تاریخی و محیطی و فکری، راهی غیر از رویکرد لیبرالی برمی‌گزیند؛ به این معنا که به‌جای توسل به بحث‌های انتزاعی و استعلایی و نادیده گرفتن شرایط متنوع و متفاوت یادشده، با رویکردی واقع‌گرایانه و از رهگذر رویکرد انضمامی با طرح مفهوم همبستگی انسانی و تعهد اخلاقی اجتماعی انسان این کار را انجام می‌دهد.

از دید برناسکونی، برداشت ما از حقوق بشر به‌وسیله سیاست‌های پیرامون تدوین

اعلامیه جهانی حقوق بشر مصوب ۱۹۴۸ غامض و آشفته گشته است. حقوق بشر از منظر پدیدارشناسی بایستی به عنوان حق‌های دیگری درک شود. اگرچه همیشه می‌توان مطالبات خاص دیگران را از جانب خود مطرح کرد، اما این خواسته‌ها نه به خودی خود حق محسوب می‌شوند، و نه وظیفه متناظر با آن را از طرف دیگران تعیین می‌کنند. تجربه اولیه ما از حق‌ها در این حس نهفته است که برخی از بی‌عدالتی‌هایی که دیگران تحمل می‌کنند غیرقابل تحمل هستند و تا زمانی که به آن بی‌عدالتی‌ها رسیدگی نکنیم، نمی‌توانیم آسودگی حاصل کنیم.^۲ این برداشت برخلاف تصور رایج، بر پیش‌فرض‌های حاصل از سنت لیبرال فلسفه سیاسی متکی نیست، بلکه در درک انضمامی از رابطه ما با دیگری ریشه دارد که محدود به هیچ سنت واحدی نیست. در این بین، سیمای «دیگری»- همان‌طور که لویناس آن را توصیف می‌کند- متضمن شکوه و جذبه است. درحالی که جذبه چهره، انواع گوناگون ادعاها از سوی دیگری را خلاصه می‌کند؛ وجه آسیب‌پذیر چهره به درجه مسئولیتی دلالت دارد که از بیان واقعی حق- ادعاهای دیگری فراتر می‌رود. در نتیجه، درک چهره برحسب آسیب‌پذیری دیگری، آن را بسط می‌دهد در جهت شمول دیگرانی مانند چهره کودکان و کهن‌سالان که بسیار آسیب‌پذیر هستند، تاجایی که نمی‌توانند حتی از سوی خود مدعی حقی شوند؛ آن‌هم در جهانی که کشورها در پی چاره‌اندیشی و طرح نظریات برای برقراری توازن و تعادل میان دو مصلحت هستند؛ یکی دیرینه یعنی صیانت بی‌چون و چرا از منافع ملی، و دیگری نواندیش و امروزی.^۳

مسئولیت برای دیگری حتی به آن مواردی بسط پیدا می‌کند که دیگری اصلاً نه ادعای حقی می‌کند و نه می‌تواند ادعای حقی بکند. به همین سبب است که پدیدارشناسی حق دیگری بسیار قابل تأمل است، زیرا درست در آن نوع وضعیت‌های حداکثری است که گفتمان حقوق بشر تبدیل به ضروری‌ترین و معنادارترین گفتمان ممکن می‌شود و این‌طور

^۲ Bernasconi, Robert. "Toward a Phenomenology of Human Rights. In: Jung H, Embree L. (eds) Political Phenomenology. Contributions to Phenomenology" (In Cooperation with the Center for Advanced Research in Phenomenology), Springer, Cham, Vol. 84, (2016), p. 227-228.

^۳ *Ibid*, pp. 229-230.

^۴ لیا جنیدی و همکاران، «صیانت از حق مالکیت خصوصی سرمایه‌گذاران خارجی از منظر حقوق اسلام، ایران و بین‌الملل»، مطالعات حقوق تطبیقی معاصر، ش ۱۷، (۱۳۹۷)، ص ۳.

به نظر می‌رسد که تنها یک برداشت از حق‌ها، از بیان ادعای حق‌ها فراتر می‌رود و حتی رابطه بنیادی‌تری را میان انسان‌ها شناسایی می‌کند؛ رابطه‌ای را که به واسطه مسئولیت در قبال آسیب‌پذیری دیگری جهت داده شده، می‌توان برای این بُعد بسیار مهم‌تر از حقوق بشر به حساب آورد. برای روشن شدن این مطلب در ادامه در ۳ بخش به بررسی آن خواهیم پرداخت. در بخش اول، دیگری از منظر پدیدارشناسی را مورد بررسی قرار می‌دهیم. در بخش دوم، حقوق بشر و دیگری در اندیشه لویناس را تحلیل می‌کنیم و در بخش پایانی، اندیشه برناسکونی و تأکید وی بر پدیدارشناسی حقوق بشر و دیگری را بررسی خواهیم کرد.

۱. مفهوم دیگری از منظر پدیدارشناسی

۱.۱. هگل

مسئله «غیر» از آغاز پیدایش فلسفه، در غرب مورد توجه بوده است. افلاطون تمام رساله‌های خود را در قالب گفت‌وگو نگاشته، و ارسطو در کتاب اخلاق نیکوماخوس از «دیگری» سخن گفته و دوست را «من دوم» فرد دانسته است. حتی در قرون وسطی در بحث آگاهی، «دیگری» مورد توجه قرار گرفته است. اما این مفهوم اولین بار به شکل جدی در فلسفه هگل و در بحث «خدایگان و بنده» مطرح شد.^۵

هگل ذهن خویش را نه در عینی جامد، بلکه در خود دیگری همانند خویش می‌بیند. چون آن خود دیگر جلوه‌ای و بازتابی از ذهن است و چون در آن خویش را عیان می‌بیند، حال ذهن نوعی از خودآگاهی است و چون ذهن در اینجا چیزی را باز می‌شناسد که در گذشته باز نشناخته است - یعنی وجود خودهای دیگر - هگل آن را خودآگاهی بازشناس^۶ می‌نامد.^۷

بر حسب نظر هگل، آگاهی در هر مرحله یک تلقی ناکافی و نادرست از خود دارد. در هر

۵. سارا مقدوری خوبنا و شمس‌الملوک مصطفوی، «مفهوم دیگری در فلسفه یاسپرس»، جستارهای فلسفی (فلسفه تحلیلی)، ش ۲۷ (۱۳۹۴)، صص ۱۲۹-۱۳۰.

۶. Recognaitive Self Consciousness

۷. استیس ترنس، فلسفه هگل. ترجمه حمید عنایت، ج ۲، (تهران: نشر علمی و فرهنگی، ۱۳۸۸)، ص ۴۹۰.

مرحله از تکامل تلقی آگاهی از خود به طور ضمنی حاضر است.^۸ هگل عقیده دارد مشکل دوگانگی بین جزئی- کلی و امر معقول واقعی با ساختن جهان معقولات (همچون عقل‌گرایان) یا با استخراج همه‌چیز از محسوسات (همچون تجربه‌گرایان) حل نمی‌شود. آگاهی با بررسی نقش خود می‌تواند این تمایزها و دوگانگی‌ها را حل کند؟

مسئله‌ی خواجه و بنده در نزد هگل در ارتباط مستقیم با مسئله‌ی پراهمیت خودآگاهی است؛ زیرا من، تنها زمانی می‌توانم از خویشتن خود آگاهی پیدا کنم که از چیز دیگری که خودم نیستم آگاهی پیدا کنم. از نظر هگل، انسانی که نخستین بار با انسان دیگر برخورد می‌کند، خویشتن را انسان می‌پندارد و از انسان بودن خود اطمینان ذهنی پیدا می‌کند. ولی برای اینکه این اطمینان ذهنی و تصور به مرتبه‌ی علم برسد، باید تصویری را که از خویشتن در ذهن دارد، بر دیگران تحمیل کند و فرد دوم نیز به اقتضای انسان بودنش به همین‌سان رفتار می‌کند. به این ترتیب، نخستین کنش آغاز می‌شود. پیکار بین دو موجود که دعوی انسان بودن دارند؛ پیکاری که به سبب شناخت متقابل با غلبه‌ی یکی از دو طرف بر دیگری از بین می‌رود. از منظر هگل، انسان واقعی و حقیقی آفریننده‌ی کنش و واکنش متقابل بین خود و دیگران است. انسان‌ها هنگام نخستین پیکار مرگبار به دو صورت یا حالت متضاد در برابر هم قرار می‌گیرند؛ یکی آگاهی مستقل که ماهیت ذاتی‌اش در هستی برای خویش است و دیگری آگاهی غیرمستقل و وابسته که ماهیت ذاتی‌اش، هستی برای دیگری است. اولی خواجه یا ارباب نام دارد و دومی، بنده یا برده نامیده می‌شود (نبرد خصمانه بین دو حریف). پس به باور هگل، خودآگاهی فقط در تعامل و با کنش و واکنش اجتماعی است که به شکوفایی می‌رسد و نه در انزوا و تنهایی، و موجود خودآگاه این نتیجه را می‌گیرد که برای فعلیت بخشیدن کامل به قوای خود باید جهان یا غیر یا دیگری را دگرگون کند و آن را در بند خود درآورد.^۹

^۸Tugendhat, Ernst., *Self-Consciousness and Self-Determination*, (The MIT Press, 1986), p. 290.

^۹ Rauch, Leo and David Sherman. *Hegel's Phenomenology of Self-Consciousness: Text and Commentary*, (New York: State University of New York, 1999), p. 72.

۱۰. سارا مقدوری خوبنما و شمس‌الملوک مصطفوی، پیشین.

۲.۱. هوسرل

از دیگر اندیشمندان پدیدارشناس که بر اهمیت «دیگری» تأکید کرده، ادموند هوسرل است. هوسرل بر اهمیت دیگری در شکل‌گیری حیثیت بین‌الذنهانی تأکید دارد؛ «من» تنها زمانی می‌تواند «آگو»^۱ی تجربه‌کننده جهان باشد که با دیگر آگوهای نظیر خود در اشتراک و ارتباط بین‌الذنهانی بوده و عضو جامعه‌ای از موناها باشد. هایدگر شاگرد وی نیز «دازاین» را از لحظه‌ای که وجود پیدا می‌کند همراه دیگران می‌داند. جهان برای دازاین یک «آنجا با دیگری هستی»^۱ و در واقع گشوده به روی دیگران است و از راه واسطه با دیگری رابطه با خود را می‌سازد.^۲ در اندیشه هوسرل، رابطه من و دیگری در حقیقت آن‌طور نیست که بتوانم در آن نفوذ کنم، اما به هر حال به آن دسترسی دارم. هر انسان برای انسانی دیگر موجودی فیزیکی، فیزیکی روانی و روانی است که به‌عنوان جهانی نامتناهی در برابر یکدیگر وجود دارند و این رویارویی پیش‌شرط وجود و «جهان عینی»، «جهان طبیعت»، و هر آن چیزی است که برای انسان به‌عنوان غیر خود شکل می‌گیرد.

هوسرل برخلاف دیدگاه‌هایی که به عقیده او در طبیعت‌گرایی فلسفی اسیرند و جهان با طبیعت عینی را مقدم بر آگاهی می‌دانند، نشان می‌دهد که بدون تجربه از دیگری و بر پایه آن شکل‌گیری اشتراک بین‌الذنهانی، تجربه از چیزی به نام «جهان عینی، جهان طبیعی، و اصولاً هرگونه امر بیرونی»، امکان‌پذیر نخواهد بود. تقویم و آگوی دیگر است که پیش‌شرط تقویم همه اینهاست و می‌توان گفت که آگوی دیگر در تحلیل نهایی مسئولیت هرگونه تعالی را بر دوش می‌کشد و تحلیل تقویم آگوی دیگر باید در عین حال، تحلیل تعالی اولیه با منشأ و تعالی و در یک کلام، تحلیل منشأ جهان باشد. معنای واژه جهان و به‌خصوص طبیعت متضمن وجود آن برای هر یک از ما است و علاوه بر من به سوژه‌هایی غیر از من نیز ارجاع و بستگی دارد. اشتراک موناها در مراتب مختلفش عینیت‌های مختلفی را شکل می‌دهد که فراگیرترین آنها همان طبیعت عینی واحد است که همه موناها (به استثنای

^۱Mitdasain

۱۲. سیاوش جمادی، زمینه و زمانه پدیدارشناسی، (تهران: انتشارات ققنوس، ج ۱، ۱۳۸۶)، ص ۳۱۱.

موناذهای نابهنجار) در شکل‌گیری آن سهیم‌اند.^{۱۳}

اگوی من که به نحو یقینی به من داده شده و تنها موجودی است که می‌توانم آن را با یقین مطلق برای خودم وضع کنم به‌طور پیشین فقط به شرطی می‌تواند الگوی تجربه‌کننده جهان باشد که با دیگر اگوهای نظیر خود در ارتباط و اشتراک باشد، و عضو جامعه از موناذهای باشد که به نحوی جهت‌دار به او داده شده است. توجیه بی‌تناقض جهان تجربه‌عملی برای خود متضمن توجیه بی‌تناقض وجود موناذهای دیگر است. برعکس من نمی‌توانم هیچ کثرتی از موناذهای را تصور کنم، مگر اینکه به‌طور آشکار یا ضمنی در اشتراک و ارتباط باشند؛ یعنی جماعتی را تشکیل دهند که در خودش جهانی عینی را متقوم می‌کند و در این جهان به مکان‌مندی و زمان‌مندی خودشان تحت صورت موجودات زنده و به‌طور اخص موجودات انسانی تحقق ببخشند.^{۱۴}

وجود دیگری به‌عنوان شرط مسلم برای شناخت جهان عینی و جهان طبیعی برای من ضامن اطمینانی است که هوسرل را از فروافتادن در ورطه‌ی ایدئالیسم افراطی نجات می‌دهد. اما این دلیل نمی‌شود که هوسرل از تقدم داشتن و مرکزیت داشتن من استعلایی عقب بکشد. اولویت همچنان با من استعلایی است و این آموزه‌ای است که هوسرل تا آخرین نوشته‌هایش به آن پایبند است. صحیح نیست که «بین‌الاذهان استعلایی را مقوم جهان و جهان همگانی» بنامیم که در آن «من» به‌مثابه یکی از من‌های استعلایی همانند بقیه من‌ها خلاصه شوم و به این طریق همه ما با عملکردی استعلایی در نظر گرفته شویم. بلکه فقط با شروع از اگو و نظام عملکردها و نقش‌های استعلایی‌اش می‌توانیم به‌طور منظم بین‌الاذهان استعلایی و اشتراکی شدن استعلایی آن را نشان دهیم. در هر حال، باید نقش ویژه اگو و موقعیت مرکزی آن را در هر تقویمی به‌رسمیت بشناسیم.^{۱۵}

هوسرل مانند دکارت آنچه که یقیناً به وجود آن اطمینان دارد، تنها خود «من» است و

۱۳. عبدالکریم رشیدیان، هوسرل در متن آثارش، (تهران: نشر نی، چ ۱، ۱۳۸۴)، ص ۴۰۳.

۱۴. ادموند هوسرل، تأملات دکارتی، ترجمه عبدالکریم رشیدیان، (تهران: نشر نی، چ ۱، ۱۳۸۱)، ص ۲۰۹.

۱۵. ادموند هوسرل، بحران علوم اروپایی و بیدارشناسی استعلایی، ترجمه غلام‌عباس جمالی، (تهران: انتشارات گام نو، چ ۱، ۱۳۸۸)، صص ۱۶۴-۱۶۶.

تمام عینیات و تجربه‌ها به‌عنوان اضافات در ضمن این «من» حاضر می‌شوند. هوسرل پیوستگی میان من و دیگری را پس از بررسی‌های وجودشناختی و معرفت‌شناختی در عرصه‌های دیگر، مانند آزادی و اجتماع و همدلی، مورد کنکاش قرار می‌دهد. این عرصه‌ها برای هوسرل عرصه‌هایی یکسویه و صرفاً وابسته به یک آگوی مشخص نیست، بلکه ظرف شکل‌گیری این مفاهیم برای هوسرل ظرفی است مشترک بین من و دیگری.

تصویر جامع دیگران از من از جهت درک خودم به‌عنوان یک انسان اجتماعی، برای من سودمند است. این در دیگران از من، کاملاً با درکی که از خودم در تأمل درونی مستقیم و بی‌واسطه دارم متفاوت است. به کمک آن و ساخت پیچیده‌اش خودم را در خانواده انسان قرار می‌دهم و با امکان تقویت وحدت این خانواده را به‌وجود می‌آورم. فقط در این صورت است که من به معنای واقعی کلمه، آگویی در مقابل دیگران هستم و می‌توانم از «ما صحبت کنم. برای اولین بار من به آگو و دیگری به دیگری تبدیل می‌شود، ما، همگی موجودات انسانی و مشابه یکدیگریم و قادریم به معنای موجودات انسانی وارد مرادده با یکدیگر شویم و روابط انسانی برقرار سازیم»^{۱۶}. تکامل شخص و شکل‌گیری شخصیت او در ضمن این ما شکل می‌گیرد. تأثیر افکار و احساسات دیگران و امر و نهی‌های آنهاست که شخصیت یک انسان را شکل می‌دهد.

۳.۱. هایدگر

دیگری در اندیشه هایدگر بحثی ارزش‌شناسانه را شامل نمی‌شود. یکی از ایرادهایی که برخی از متفکران به هایدگر وارد کرده‌اند، این بوده که هایدگر آنقدر غرق در هستی‌شناسی خود است که قلمروهای بسیار مهم و تأثیرگذار دیگری را از جمله اخلاق و نسبت اخلاقی بین انسان‌ها را به‌طور کل نادیده می‌گیرد. با وجود این، هایدگر به‌طور کلی از دیگری غافل نیست و هرچند دل مشغولی او، دیگری در سطحی بسیار بنیادین است، اما به هر روی به این مسئله توجه داشته است و در کتاب سترگ و دوران‌ساز خود، هستی و زمان، که فصل چهارم از بخش نخست آن (بندهای ۲۷-۲۵) با عنوان «در جهان بودن» همچون هستی با و خود

۱۶. ادموند هوسرل، پیشین، ص ۴۶۲.

هستن «هرکس»، درباره مفهوم‌های با دیگری و به‌طور کلی مفهوم دیگری و مفهوم هرکس است، به مسئله «دیگری» پرداخته است.^{۱۷}

هایدگر مسئله «دیگری» را ذیل تحلیل خودش از در جهان بودن ما بیان کرده است، به نحو معین‌تر در خصوص تحلیل درگیری عملی ما با جهان (محیط اطراف) ماست که هایدگر به مسئله دیگری می‌پردازد. زیرا همچنان که او اذعان کرده است، جهانی که ما در آن درگیری داریم نه یک جهان خصوصی، بلکه یک جهان مشترک و عمومی است. طبق نظر هایدگر نوع اشیایی که ما در زندگی هرروزه خود، اولاً و قبل از هر چیزی، با آنها مواجه می‌شویم، اشیایی طبیعی چون بادام و بلوط نیستند، بلکه مصنوعات یا قطعاتی از ابزارهایی همچون صندلی، چنگال، پیراهن یا پرگار هستند. این ویژگی بنیادی این اشیا است که همه آنها دربرگیرنده ارجاعی به اشخاص دیگر هستند؛ به این سبب که آنها محصول کار دیگران‌اند، و یا ما به نحوی کاری را که پیش‌تر از سوی دیگران صورت گرفته است تکمیل می‌کنیم. به نحو اجمال، در زندگی توأم با اهتمام و نگرانی، ما دائماً از اشیایی که به دیگران ارجاع دارند، استفاده می‌کنیم، زیرا نحوه حضور دازاین در این جهان به طریق بنیادی پردازش‌گرانه است، یعنی در زندگی عادی و عملی خود چیزی را می‌سازد یا به‌کار می‌گیرد و یا به‌طور کلی با چیزی سروکار دارد که این امور ضرورتاً همجواری دازاین‌های دیگر را در جهان دازاین آشکار می‌سازد. اما همچنان که هایدگر یادآور شده است، این ارجاع مکرر به دیگران نامتعیین است.^{۱۸}

در حقیقت، دازاین شکلی از وجود است که به مرتبه خودآگاهی و آگاهی رسیده است؛ صرف‌نظر از اینکه دیگران واقعاً نزد ما حاضر باشند یا غایب. دازاین اولاً بالذات تنها و منفرد نیست، و نخست از طریق روی آوردن به سوی دیگران با هستی آشنا نمی‌شود، برعکس، «چونان در جهان بودن درگیرانه، دازاین اساساً در سرآغاز هستی خود نحوه‌های هستی اجتماعی را با خود به‌همراه دارد» و بدون فهم معنایی از دیگری فهمیده نمی‌شود. «من و دیگری در رابطه‌ای متقابل و همبسته همدیگر را در جهان مشترک خویش آشکار می‌سازند.

۱۷. بابک احمدی، هایدگر و پرسش بنیادین، (تهران: نشر مرکز، چ ۲، ۱۳۸۲)، ص ۳۱۷.

۱۸. Dan, Zahavi, "Beyond Empathy; Phenomenological Approaches to Intersubjectivity", Journal of Consciousness Studies, No. 5-7 (2004), p. 151.

بر اساس نظر هایدگر، جهان و دازاین به طریق درونی با هم مرتبط هستند. از آنجا که ساختار جهان شامل ارجاع ضروری به دیگران است، دازاین نمی‌تواند جز به‌عنوان سکن‌گزیده در جهانی که به نحو اساسی آن را با دیگران دارد فهمیده شود.^{۱۹} بنابراین، از نظر هایدگر، دازاین از طریق کارکرد ساختار درونی جهان‌ایزاری و نحوه تعامل خود با اشیای جهان است که به‌درستی چونان هستی‌ای که در نحوه بودن خود به هستی دیگران اشاره دارد، بایستی فهمیده شود.

از منظر هایدگر نحوه مناسبیت و تعامل دازاین نسبت به انسان‌های دیگر تیمارداشت است. تیمارداشت هم به معنای توجه است و هم متضمن نوعی مراقبت. با وجود این، تیمارداشت هم می‌تواند مانع امکانات دازاین باشد و هم اینکه اجازه دهد امکانات دازاین تحقق یابد. «به نظر هایدگر تیمارداشت وضعیتی از هستی دازاین است»: «ما در پردازش خود نسبت به اشیا اهتمام می‌ورزیم، اما نسبت ما با انسان‌های دیگر نحوه‌ای تیمارداشت است. تیمارداشت لزوماً به معنای مراقبت و نگرانی در وجه مثبت نیست، ممکن است ما در تیمارداشت مانع و رادعی باشیم برای اینکه دیگری احساس مسئولیت کند و از این طریق آزادانه برای سلوک در طریق اصالت گام بردارد.

بنابراین ما دو نوع تیمارداشت داریم: یکی به درون جهیدن، و دیگری به جلو پیش رفتن. به درون جهیدن تیمارداشتی است که چونان نوعی ممانعت است. «در این تیمارداشت، دیگری ممکن است کسی باشد که مقهور و وابسته است، حتی اگر این تسلط یک امر مستتر باشد و از او پنهان بماند. این نوع نگرانی که به درون می‌چهد و از مبالغات فاصله می‌گیرد، تا حد زیادی برای بودن با دیگری تعیین‌کننده است و اغلب وابسته به اهتمام ما نسبت به وجود دم دستی است». «با وجود این، ممانعت تنها نوع تیمارداشت دیگری نیست، بلکه نحوه‌ای از تیمارداشت غیراصیل و عاریتی است که به احساس وابستگی و عدم تجربه آزادی و مسئولیت منجر می‌شود. نوع دیگری از تیمارداشت، دغدغه اصالت دیگری را

^{۱۹}*Ibid*, p. 155.

^۲Martin Heidegger, *Being and Time*, Trans by John Macquarrie & Edward Rabinson, (Blackwell, 1966), p. 35.

^۳*Ibid*, p. 36.

به‌همراه دارد. این نوع از نگرانی اساساً وابسته به موجودیت دیگری است و نه چیزی که او به آن اهتمام دارد؛ «این نوع تیمارداشت به دیگری کمک می‌کند که برای خویش در میالایش و آزاد شدن برای آن، آشکار شود»^{۲۲}. «در تیمارداشت از نوع ممانعت، فرد بار انسانی دیگری را بر دوش می‌کشد و یا از کشیدن بار به‌دست خود او ممانعت به‌عمل می‌آورد، تا آنجا که فرد دوم در خطر برده شدن و وابستگی قرار می‌گیرد. اما در تیمارداشت از نوع جلو‌دار بودن، فرد می‌کوشد تا مسئولیت را به فردی که مورد تیمارداشت اوست بازگرداند، تا آنجا که فرد قادر است خودش بار و مسئولیت خویش را بر دوش بگیرد»^{۲۳}.

تیمارداشت اصیل برای دیگری به شخص برای رسیدن به آزادی و اختیارش و رسیدن به امکان‌های فریدش برای خویشتن یاری می‌رساند، اما رابطه با دیگری غالباً رابطه‌ای بی‌اهمیت یا حتی کوششی برای تسلط بر او و گرفتن وجود متمایز او از اوست. فرد به‌ویژه در معرض آن است که زیر سلطه انبوه خلق قرار بگیرد: «معیارهای او و تمامی شیوه‌های زندگی او را آداب و رسوم عرفی جامعه‌اش تعیین می‌کنند. وجه امتیاز وجود داشتن انتخاب کردن است، اما جامعه امکان‌های انتخاب را از فرد می‌گیرد. به‌ویژه در جوامع توده‌ای جهان معاصر با تولیدات انبوه وسایل ارتباط جمعی و سردرگمی، نوعی همشکلی یکنواخت به همه تحمیل می‌شود»^{۲۴}. بنابراین، ما بر سر دوراهی گریزناپذیری نسبت به دیگری قرار داریم یا نحوه ارتباط با ما گونه‌ای تصرف کردن و تحمیل خواست و اراده خود به دیگری و از این طریق وابسته کردن او و ربودن مسئولیت و آزادی و در نتیجه اصالت اوست، یا نسبت و ارتباط ما با دیگری به گشودگی بر روی امکانات دیگری و اجازه دادن به آزادی و مسئولیت او برای اینکه ارتباط اصیلی با دیگری را تحقق بخشیم، منجر می‌شود.

۴.۱. سارتر

از نگاه سارتر، روابط ما با دیگران روابط دو «سوژه» یا «فاعل» با یکدیگر است. هریک از ما دیگری را می‌بیند و با نگاه، خود او را به «چیزی» برای شناخت، تصرف و سلطه تبدیل

^{۲۲}bid.

^{۲۳}. والتر بیمل، بررسی روشنگرانه اندیشه‌های هایدگر، ترجمه بیژن عبدالکریمی، (تهران: سروش، ج ۲، ۱۳۸۸)، ص ۶۵.

^{۲۴}. همان، ص ۶۶.

می‌کند. نگاه دیگری ما را می‌هراساند و نخستین واکنش ما به این نگاه معمولاً به صورت «شرم» ابراز می‌شود. سپس هریک از ما می‌کوشد که از زیر نگاه دیگری بگریزد و یا با گستاخی بیشتر نگاه او را پس بزند. حاصل این است که در پایان، «دو» نگاه نمی‌تواند وجود داشته باشد. به این طریق از نظر سارتر در هر کوششی ما برای شناسایی یکدیگر با شرم (و ترس)، (و با خشونت) برای تلافی و پس زدن نگاه خیره دیگری و دور کردن و حتی از میان برداشتن او قدم به میان می‌گذاریم. «تلاش «دو سوژه» هیچ‌گاه نمی‌تواند با موفقیت قرین باشد. چون هرکس می‌خواهد خدا باشد، اما خدایان نمی‌توانند واقعیت داشته باشند»^{۲۵} عشق شاید کوششی باشد برای از میان برداشتن این رابطه خصمانه از سوی ما. اما عشق نیز نوعی «خودفربیی» است، چون ما در عشق فقط می‌توانیم با تن معشوقه یگانه شویم؛ آن هم برای لحظاتی و ذهن معشوق همواره از دسترس ما دور می‌ماند.^{۲۶} در واقع سارتر دیگری را دوزخ می‌داند، چراکه انتخاب‌های مرا محدود می‌کند. در ادامه به بررسی مفهوم دیگری در اندیشه امانوئل لویناس می‌پردازیم.

۲. وجوه دیگری در اندیشه لویناس

۲.۱. مواجهه با دیگری

در زمان مرگ، رابطه جنسی و رابطه پدر و فرزند سوژه با تجربه جدیدی روبرو می‌شود و این مواجهه پایانی است بر حظ، تمتع، خودمحوری، تملک و سروری سوژه. اما مواجهه با غیر، سرانجام، مواجهه سوژه با دیگری که هیئت انسانی دارد و لویناس آن را مطلقاً غیر می‌خواند، به اوج می‌رسد و این رابطه همان مکانی است که اخلاق زاده می‌شود، و غیر، همان یا خود را زیر سؤال می‌برد؛ امری که در دایره خودانگیختگی خودمحورانه همان محال است روی می‌دهد: «ما همین زیر سؤال بردن خودانگیختگی من را که از ناحیه دیگری رخ می‌دهد اخلاق می‌نامیم»^{۲۷} لویناس وضعیت زیر سؤال رفتن

۲۵. محمدسعید حنایی کاشانی، «ژان پل سارتر؛ فیلسوف صلح و مدارا یا خشونت»، فردوسی، ش ۷۳ (۱۳۸۷)، ص ۳۶.
۲۶. نک:

<https://vista.ir/w/a/16/ijc wd/%DA%98%D8%A7%D9%86-%D9%BE%D9%84-%D8%B3%D8%A7%D8%B1%D8%AA%D8%B1-%D9%88-%D8%AE%D8%B4%D9%88%D9%86%D8%AA>
Immanuel Levinas, *Outside the Subject*. Trans. Michael B. Smith. (Stanford: Stanford University Press, 1966) p. 33.

خودانگیختگی و جایگاه مرکزی من در جهان، از ناحیه حضور دیگری را محل زاده شدن اخلاق می‌داند؛ جایی که قدرت، تملک و سروری من بر عالم به سؤال گرفته می‌شود؛ وضعیتی که مرا از خواب طریق حظ و تمتع و سروری بر عالم بیدار می‌کند و شرمسار از خودانگیختگی‌ام به دیگری خوشامد می‌گوییم.^{۲۸} لویناس در طعنه به اقامتگاه هایدگری، واقعیت را از سرآغاز، درگیر یک خوشامدگویی به دیگری می‌داند. او نگرش اخلاقی و اجتماعی، اقامتگاه و زبان را در خصوص وضع کردن، قبضه کردن و تأسیس کردن نمی‌داند؛ بلکه از منظر وی این مفاهیم نشان می‌دهند که چگونه «خود» در مهمان‌نوازی آغاز می‌شود و دیگری را در راهی که معادل است با «یک مالکیت‌زدایی ازلی، یک عطیه نخستین» می‌پذیرد^{۲۹} و خوشامد می‌گوید. دیگری در همان حال که مرا به چالش می‌کشد، از من طلب پاسخی می‌نماید و این طلب هم بنیاد زبان است و هم اساس مسئولیت و پاسخگویی من.

۲.۲. دیگری در مقام نامتناهی

لویناس با استناد به تأملات افلاطون در باب خیر و پروراندن نتایج مشابهی از فلسفه عملی کانت و خصوصاً با تأکید بر تحلیل دکارت از ایده نامتناهی، استدلال می‌کند که فلسفه یک فراروی فراسوی وجود را اعتبار می‌کند: لویناس ادعای هایدگر مبنی بر امکان غلبه بر متافیزیک از طریق هستی‌شناسی را مورد تردید قرار می‌دهد. طبق تفکرات لویناس «متافیزیک عبارت است از گرایش تفکر به تعالی از حدود فردیتش و طلب دیگری»^{۳۰} همچنین معتقد است که متافیزیک متوجه دیگر جایی، دیگر نحو و دیگری است. از منظر وی ما موجوداتی هستیم که تحت حرکت خواست دیگری هستیم، ولی برخلاف خواستن یک غذا ما از طریق رویارویی با دیگری ارضا نمی‌شویم؛ چراکه دیگری چیزی نیست که من کم داشته باشم. من در خواستن دیگری از خواستی متافیزیکی برخوردارم که هرگز با رفتار کردن با آن به‌مثابه یک ابژه فروکش نمی‌کند. خواست متافیزیکی دیگری خواستنی و رای

^{۲۸}*Ibid*, p. 83.

^{۲۹}Sean Hand, "Emmanuel Levinas", *Routledge Critical Thinkers*, (State University of New York Press, 2009), p. 52.

^{۳۰}*Ibid*, p. 52.

۳۱. پیتر سجویک، دکارت تا دریدا، ترجمه محمدرضا آخوندزاده، (تهران: نشرنی، چ ۱، ۱۳۸۸)، ص ۲۷۴.

تمام خواسته‌های دیگر است. این خواست متافیزیکی است، چراکه مستلزم استعلائی جزئیت متفرد از طریق دیگری است. این گونه است که لویناس این خواست را خواستن نامتناهی می‌داند. لویناس تأمل دکارت درباره تصور نامتناهی را یکی از جسورانه‌ترین پاره‌های فلسفه غرب توصیف می‌کند؛ هرچند که خود دکارت اهمیت کارش را درک نکرد، لویناس می‌خواهد تفسیری تازه از ایده نامتناهی نزد دکارت ارائه دهد که مقام او را به‌عنوان پیشرو سوژه‌محوری تعدیل نماید.

نکته دیگری که لویناس به آن عنایت دارد، این است که رابطه با نامتناهی رابطه‌ای نیست که در آن یکی از طرفین - سوژه جذب طرف دیگر شود یا در برابر چیزی که غیر از اوست رنگ ببازد، بلکه اساساً نامتناهی تقوم سوژه را ممکن می‌سازد. بنابراین، چهره به چهره وجهی از همزیستی نیست، بلکه محصول مقدم بودن است؛ دیگری همچون خداست، غیبتی است که ما را می‌خواند و پاسخی را در ما برمی‌انگیزد، و ضمن این کار به صورت هم‌زمان، هم به خودمحوری من استناد می‌ورزد و هم بر آن سروری می‌کند.

لویناس غیریت دیگری را صرفاً به وجه سلبی تعریف نمی‌کند، چراکه چنین توصیفی غیریت دیگری را همچون غیریتی نسبی یا منطقی به توصیف می‌کشد که وجه تمایز هر فرد در کثرتی از افراد به‌واسطه تمایزش از دیگران است. همچنین بسان دیالکتیک هگلی هم نیست که ممزوج شدن غیر با همان، به سنتزی در مرحله‌ای بالاتر منجر شود. لویناس می‌خواهد غیریت را به وجهه مثبت و مطلق نشان دهد. از نظر او غیریت مطلق دیگری اساساً رؤیت‌ناپذیر است و در هیچ افقی نمی‌گنجد. وی تأکید می‌کند که اگر دیگری را خودی دیگر به‌شمار آوریم، به‌واقع دیگرسانی و غیریتش را از او جدا کرده و از بین برده‌ایم: «لویناس از غیریت دیگری به عنوان خارجیت (برون‌بودی) و تعالی نیز سخن می‌گوید. دیگری خارج از من است آن‌هم نه به معنای صرفاً مکانی یا مفهومی، بلکه فراتر از آن به این معنا که اساساً از دایره فراگرفته معنابخشی و تملک من بیرون است».^{۳۲} پس از نظر لویناس، آنچه که «من» را به سوی «دیگری» جلب می‌کند، خواستن متافیزیکی جهان نامرئی است؛ خواستنی که در جستجوی نامتناهی در دیگری است. نامتناهی در خواستنی

۳۲. مسعود علیا، کشف دیگری با لویناس، (تهران: نشر نی، ۱۳۸۸)، صص ۱۱۹-۱۲۱.

پدیدار می‌شود که با کشیده شدن به سوی دیگری امکان می‌یابد.

لویناس ایده نامتناهی را به مثابه چیزی که تعالی می‌جوید به فراسوی حدود اندیشه ارائه می‌کند و در واقع او این را شرط هر حقیقت ایزکتیو (عینی) در نظر می‌گیرد. او در «تمامیت و نامتناهی»، نامتناهی را «ایزکتیوتر از هر ایزکتیویته» می‌داند.^{۳۳} با نظر به اینکه ایده نامتناهی اولیه است، همچنین این معنی را می‌رساند که سوپراکتیویته به طور اولی اخلاقی است. همچنین از آنجایی که ما نامتناهی در دیدگاه لویناس را به صورت یک «کشف دیگری» ادراک می‌کنیم و به ویژه اینکه در چهره دیگری مستقر است، پس آگاهی برای لویناس نخستین و مهم‌ترین عمل فروکاستن و باز نمودن هستی به شمار نمی‌رود، بلکه اساساً یک «رخداد اخلاقی»^{۳۴} است که دیگری خستگی‌ناپذیر و از پیش استقرار یافته را تشخیص می‌دهد و خوشامدگویی می‌کند.

۳.۲. چهره دیگری

«چهره» شاید مهم‌ترین و غریب‌ترین اصطلاح در میان تمام اصطلاحات لویناس باشد. بینش اخلاقی او به طور بنیادی از ارائه‌ای از چهره دیگری تجلی می‌یابد. چهره، تجلی یا اکتشاف دیگری است. «وی برای توصیف رابطه‌ای میان «من» و «دیگری» که تلویحاً بر آن دلالت نداشته باشد که دیگری با من (شبیبه من) یا بر من (در مقابل من و بخشی از یک کلیت واحد) است، اشاره می‌کند که غیر صرفاً وجود دارد و در قالب رابطه آغازینی که او رابطه چهره به چهره می‌نامد نزد من حاضر است»^{۳۵} چهره حضور زنده دیگری است. چهره نشانه خاص بودگی و فردیت و روانی است به سوی نامتناهی و شهادتی است بر آن. «چهره» در وهله اول بر سیمای ملموس دیگری دلالت نمی‌کند؛ هر چند لویناس گاه از چهره به گونه‌ای سخن می‌گوید که گویی مراد همان سیمای ظاهری است. در واقع چهره به وسیله فرم با تصویر محصور نشده است، ولو اینکه خودش را به طور عینی بیش از من فاش کرده باشد. این به آن معناست که اصولاً اخلاق می‌تواند به وسیله هر قسمت دیگری از

^{۳۳}Immanuel Levinas, *Totality and Infinity*. Trans. Alphonso Lingis, (Pittsburgh: Duquesne University Press, 1969), p. 26.

^{۳۴}Sean Hand, *op. cit.*, p. 57.

^{۳۵}*ibid.*, p. 69.

بدن ترسیم شود. برای لویناس، رابطهٔ چهره به چهره دقیقاً مانند یک تجسم دراماتیک از نامتناهی نیست، می‌توان گفت تا اندازه‌ای برای لویناس، چهره همچون امری نااثبات بر سایر اعضای بدن دلالت می‌کند و درحقیقت به شکل اثرگذاری، نمایشی واقعی از ساحت «تن‌کامگی» به‌دست می‌دهد. یک نمونهٔ آن هنگامی رخ می‌دهد که لویناس به چهرهٔ معشوقه اشاره دارد. معشوقه دقیقاً کسی است که «دربر گرفتنی اما بکر در عریانی خویش و در فراسوی ابژه و چهره و بنابراین در فراسوی هستموند می‌باشد و رابطهٔ اروتیک بی‌واسطه به فقدان شخص بدل می‌گردد».^{۳۶}

خود لویناس هم به این موضوع تصریح می‌کند: «وقتی یک بینی، چشم‌ها، یک پیشانی و یک چانه را می‌بینید و می‌توانید آنها را توصیف کنید، چرخش و نگاه شما به سوی دیگری همانند چرخش به سوی یک شیء ابژه است، بهترین راه مواجهه با دیگری این است که حتی متوجهٔ رنگ چشمان او نشوید؛ وقتی آدمی رنگ چشم‌ها را مشاهده می‌کند، در رابطهٔ اجتماعی با دیگری قرار نمی‌گیرد».^{۳۷}

همچنین، لویناس از ناپایدار بودن چهره سخن می‌گوید و اینکه چهره را نمی‌توان دید، چراکه دیدن چهره به این معناست که آن را به صورت یکی از اعیان التفاتی آگاهی مدرک درآوریم و از این طریق دیگربودگی مطلق چهره را فرو بکاهیم: «فکر نمی‌کنم بتوان از نوعی پدیدارشناسی چهره سخن گفت، زیرا پدیدارشناسی آنچه را نمایان می‌شود توصیف می‌کند. به همین ترتیب، گمان نمی‌کنم بتوان از نگاه معطوف به چهره سخن گفت، زیرا نگاه یعنی معرفت و ادراک. من بیشتر بر این باورم که دسترسی به چهره بلاواسطه اخلاقی است».^{۳۸} گرچه چهره در یک مفهوم متداول با حساسیت و پنداره پیوند یافته، اما چهره به‌مثابه چیزی است که به نحو بنیادی در برابر مقوله‌بندی، محدودیت و یا ادراک‌پذیری مقاومت می‌کند و چهره یک دلالت بدون سیاق است که لویناس آن را به‌مثابه «امر نامتناهی بیگانه و به‌غایت خارجی» یا همچون مانیفست مصونیت و قدوسیت دیگری

^{۳۶}*ibid.*, p. 60.

^{۳۷}. امانوئل لویناس، *زمان و دیگری*، ترجمهٔ مریم حیاط‌شاهی، (تهران: نشر افکار، چ ۱، ۱۳۹۲) ص ۱۰۱.

^{۳۸}. همان، ص ۹۹.

توصیف می‌کند؟^۳ لویناس بر آن است که چهره در آن واحد دو مجموعه صفات متعارض را در خود جمع‌آوری نموده است؛ از این وضعیت به‌عنوان دوپهلویی در چهره یاد می‌کند. این دو احساس متضاد، یکی احساس خشونت (کشتن دیگری) است و دومی احساس نیکی (مسئول بودن در قبال دیگری). چهره «دیگری» از یک سو در برابر تملک و قوای من مقاومت می‌کند و اولین بیان آن یک فرمان است: «قتل مکن». از نظر لویناس، این تنها فرمان، و فرمان فرمان‌هاست که سایر فرمان‌ها از آن سرچشمه می‌گیرند. این فرمان بنیادین نه نشانگر مرجعیت خداوند است و نه مبنایی سودانگاران دارد و نه می‌توان آن را با امر مطلق کانت به‌اثبات رساند. از سوی دیگر، چهره دیگری مسکین، بی‌دفاع و به‌غایت شکننده، حساس و تنها وانهاد، بی‌پوشش و بی‌حفاظ و آسیب‌پذیر است. چهره دیگری عریان‌تر از هر عریانی است و بی‌حفاظ و پناه و در معرض تهدید است و گویی ما را به عملی از جنس خشونت فرا می‌خواند: «در واقع، من می‌توانم دیگری را به قتل برسانم، اما از بین بردن دیگری و بی‌اثرسازی، همچون مالکیت دیگری ناممکن است. در حقیقت، قتل قدرتی را بر آن چیزی که از قدرت می‌گریزد اعمال می‌کند. لویناس چهره را عریان می‌داند و ما زمانی می‌توانیم چهره را ببینیم که برهنه و عریان باشد. امکان چنین برهنگی به دلیل این است که چهره با من حرف می‌زند. وقتی دیگری با من سخن می‌گوید عین برهنگی است و این بی‌حفاظ بودن و برهنگی همان دشواری است که «من» هنگام مواجهه با چهره دیگری با آن مواجه می‌شوم.

۴.۲. رابطه با دیگری

مواجهه با چهره دیگری مرا به او نزدیک می‌سازد، اما این نزدیکی موجب از بین رفتن فردیت و هویت من نمی‌شود. میان من و دیگری فاصله‌ای است و «خود» به صورت چیزی مستقل و جداست. لویناس از شرح این رابطه برحسب تقابل و تفاوت پرهیز می‌کند، زیرا هر دوی این مفاهیم نهایتاً خود و دیگری را از منظر تمامیت می‌بیند. او با انتقاد از تمامیت برآمده از دل سنت هگلی از فرد و یگانگی او دفاع و بر کثرت من و دیگری تأکید می‌کند:

^۳Sean Hand, *op. cit.*, p. 57.

«اگر همان هویتش را از رهگذر صرف تقابل با غیر بر کرسی می‌نشانند پیشاپیش بخشی از تمامیتی می‌بود که همان و غیر را دربر می‌گرفت»^{۴۱}

دیگری در قیاس با «خود» نامتجانس است و در تعارض با من تعریف می‌شود و همواره با من ناهمساز باقی می‌ماند. این به آن معنا نیست که من از یک هسته اصلی برخوردارم، بلکه آنچه من انجام می‌دهم بازبایی مستمر هویت خویش از طریق تمامی اتفاقاتی است که در طی حیاتم رخ می‌دهد. مثلاً فردی که اسیر نازی‌ها شده است بعد از این تجربه تفسیر متفاوتی از هویت خویش به نسبت قبل از آن حادثه ارائه می‌دهد. در واقع، من و دیگری هیچ وحدتی را تشکیل نمی‌دهیم، زیرا خواست متافیزیکی دیگری منوط به وجود دیگری است که از سیطره «خود» می‌گریزد، ولی بیشتر مورد خواست وی قرار می‌گیرد. وجه دیگری از مواجهه سوژه با دیگری که لویناس بر آن تأکید می‌ورزد، بیداری و هوشیاری سوژه به دست دیگری است. از منظر او «مواجهه با دیگری مواجهه‌ای نیست که سوژه بتواند خود را از آن برکنار دارد. دیگری همچون شبحی که مدام پیش چشم حاضر می‌شود، نفس را بیدار و بی‌خواب نگه می‌دارد و او را هوشیار و گوش به زنگ برجا می‌گذارد»^{۴۲} لذا می‌توان در پرتو عنایت به دیگری خود را بهتر شناخت و بیشتر شکوفا کرد و زیستن اخلاقی پیشه کرد.

۲.۵. مسئولیت نامتناهی در برابر دیگری

شاید غریب‌ترین و بدیع‌ترین رکن اخلاق لویناس برداشت او از مسئولیت باشد. لویناس مسئولیت را هم در قبال دیگری مسئول بودن و هم پاسخگو بودن در قبال او می‌داند. او میان چهره و زبان با مسئولیت ارتباطی عمیق می‌بیند. چهره به‌طور اخلاقی مرا فرا می‌خواند به برعهده گرفتن مسئولیتی که از دانش تعالی می‌جوید. غیریت دیگری سوژه را در مسئولیتی خطیر درگیر می‌کند، مسئولیتی که ناشی از عدم بی‌اعتنایی به دیگری بدون هیچ بنیان هستی‌شناختی است. هوسرل از مسئولیت در قبال حقیقت و هایدگر از اصالت سخن می‌گویند؛ اما لویناس مسئولیت را عَرَض با صفتی از اعراض سوژه نمی‌داند: «مسئولیت

^{۴۱} Immanuel Levinas, *op. cit.*, (1969), p. 38.

^{۴۲} مسعود علیا، همان، ص ۱۲۰.

به‌مثابه ساختار ذاتی، نخستین و بنیادین سوژه است. زیرا من سوژه را بر حسب مقولات اخلاقی توصیف می‌کنم، نفس کانون و گره‌گاه سوژه در اخلاق به مفهوم مسئولیت تنیده شده است. از نظر من مسئولیت یعنی مسئولیت در قبال دیگری و در نتیجه یعنی مسئولیت در قبال آن چه کردم نیست، یا حتی در قبال آنچه برایم مهم نیست؛ یا آن چه دقیقاً برایم مهم است و در هیئت چهره با آن مواجه می‌شوم.^{۴۳} «مسئولیت با یک تصمیم یا وظیفه آغاز نمی‌شود، تصمیمی که به‌طور آزادانه گرفته شده باشد یا وظیفه‌ای که به اجبار از سوی کسی تحمیل شده باشد. مسئولیت به این معناست که دیگری جای مرا گرفته باشد، چنان‌که مسئولیت از آن من نیست، باعث می‌شود من «من» نباشم.»^{۴۴}

لویناس صفت «نامتناهی» را همانند دیگری به مسئولیت نیز متصف می‌کند و همانند ایده نامتناهی دکارت که از ظرف کوگیتو^{۴۵} سرریز می‌کند، زنجیره‌هایی که بر پای مسئولیت بسته شده را باز می‌کند، زیرا معتقد است که «تا هنگامی که آدمی برای مسئولیت خویش حد تعیین می‌کند هنوز به وادی اخلاق وارد نشده است. می‌توان گفت تا وقتی «من» هستیم در تنهایی خویش محدود می‌شویم، اما همین که نگران دیگری شدیم و به او عشق ورزیدیم، نامتناهی و بی‌کران می‌شویم. تا زمانی که دلواپس دیگری هستیم و مسئولیت در قبال دیگری داریم اخلاق در ما زنده خواهد بود و تا زمانی که «دیگری» در ما زنده است می‌توانیم بگوییم «من اخلاقی» در ما حیات دارد. بنابراین، مسئولیت من نه تنها شامل اعمال گذشته، حال و آینده خودم، بلکه شامل اعمال گذشته، حال و آینده دیگران نیز می‌شود و این دیگری، نه تنها آشنایان، بلکه کسانی را هم که نمی‌شناسم دربر می‌گیرد. بر این اساس، من در قبال اعمالی که انجام نداده‌ام نیز مسئول و پاسخگو هستم؛ حتی فارغ از توانایی یا ناتوانی در انجام این مسئولیت برای دیگری. همچنین نباید آن را اراده‌ای دگرخواهانه، غریزه خیرخواهی طبیعی یا عشق دانست.»^{۴۶} مسئول بودن یعنی بی تفاوت بودن نسبت به دیگری.

۴۳. همان، صص ۱۰۹-۱۱۰.

۴۴. اولریش هاسه و ویلیام لارج، موریس بلانشو. ترجمه رضا نوحی، (تهران: نشر مرکز، چ ۱، ۱۳۸۴)، ص ۱۱۵.

۴۵. «می‌اندیشم، پس هستم یا فکر می‌کنم، پس هستم» به لاتین Cogito Ergo Sum جمله معروف رنه دکارت، فیلسوف فرانسوی، است.

۴۶. Immanuel Levinas, *Otherwise Than Being or Beyond Essence*, Translated by Alphonso Lingis, (Pittsburgh: Duquesne University Press, 1981), pp. 111-112.

البته رابطه میان من و دیگری همواره نابرابر است، زیرا مسئولیت من در قبال دیگری هیچ‌گاه به معنای مسئولیت دیگری در برابر من نیست؛ از این رو، رفتن من به سوی «دیگری» فقط به دلیل خواست متافیزیکی «من» در جستجوی نامتناهی است. مسئولیت من مسئولیتی یک‌طرفه و نابرابر است و از گذشته کهن به من ارث رسیده است.

۳. حقوق بشر و دیگری؛ نقد رویکرد لیبرال

در این بخش ابتدا نقد رویکرد لیبرال به حقوق بشر از دریچه تفکر لویناس را برانداز می‌کنیم و سپس به بررسی تفسیر برناسکونی در پیوند با این نقد خواهیم پرداخت.

۳.۱. از منظر لویناس

برخی معتقدند که هدف اخلاق، فرسودگی اخلاق است؛^{۴۷} تعهدات انجام می‌شوند، اهداف محقق می‌شوند، خواسته‌ها برآورده می‌شوند. به نظر می‌رسد روابط اخلاقی همیشه پس از تحقق تعهد به پایان می‌رسد. از این رو، قدیسان اخلاقی نه تنها غیرضروری بلکه مشکل‌ساز نیز هستند. در این خوانش، همه ما اگر به درستی زندگی کنیم، می‌توانیم اخلاقی باشیم. مطابق با چنین الگویی، به نظر می‌رسد اخلاق تنها امری است که برای معدودی افراد در دسترس است و شاید حتی برای آنها هم در دسترس نباشد و این خود به بی‌اخلاقی یا نیهیلیسم منجر می‌شود. لویناس اما این فرضیات راجع به همه‌گیر بودن توانایی اخلاقی را رد می‌کند. عشق برخلاف اخلاق پایان نمی‌یابد و فرسوده نمی‌شود؛ عشق هرگز خسته نمی‌شود و تعهد شخص از منظر لویناس فراتر از این می‌رود: عشق آن‌گونه که در سیر تاریخی عدالت تجسم یافته است، ناممکن است.

در این راستا لویناس معتقد است که لیبرالیسم هرگز به اندازه کافی لیبرال نخواهد بود، زیرا عدالت برای همه باید به نوعی عدالت برای هر فرد باشد. مفهوم حقوق بشر در درجه اول و مهم‌ترین سؤال از این مفهوم، این است که چگونه می‌توان حقوق دیگری را درک کرد: «حقوق دیگری به عنوان مبنایی برای هر حقوقی که خودم خواهان آن هستم»^{۴۸} بر

^{۴۷}Susan Wolf, "Moral Saints. the Journal of Philosophy", 79, (1982) p. 419.

^{۴۸}Emmanuel Levinas, *Alterity and Transcendence*. Trans. Michael B. Smith. (New York: Columbia

این اساس، هر بار که ما در مسیر زندگی خود دچار وسوسه آرمان‌گرایی شدید، ناممکن بودن عشق را به ما یادآوری می‌کند که تحقق آرزوی ما فراتر از قدرت خود ماست. فقط در تحقق محدودیت‌های خودمان است که می‌توانیم از غلبه بر فشارها و در خیال خود از فاجعه بیشتر جلوگیری کنیم. این به آن معنا نیست که دست از تلاش برای عدالت برداریم، بلکه نیازمند ادامه تلاش بیشتر برای تحقق عدالت هستیم.

برداشت لویناس از عدم امکان آرمان اخلاقی آن‌گونه که در زندگی سیاسی نقش می‌بندد، چند وجهی است. از یک نظر، شرّ در جهان محصول آگاهی کاذب اندیشه هستی‌شناختی است. برای لویناس، اراده به قدرت در درجه اول با این عقیده همراه است که خود و دیگری موجوداتی مجزا و منفک هستند: «وجود همیشه باید هست باشد، هستی در جریان است. وجود در زندگی، جنگ همه علیه همه است».^۴ با تمرکز بر هستی، نفس از نظر هستی‌شناختی به‌عنوان موندی بر علیه دیگری تصور می‌شود، دیگری با هم‌نوع خود مقوله‌بندی می‌شود و خطوط نبرد معین می‌شود: «سؤال قابیل، آیا من نگهبان برادرم هستم، به این نوع نگرش به جهان بستگی دارد. پاسخ قابیل، روشن است. اخلاق تنها چیزی است که جوابی برای قابیل ندارد. پاسخ به این سؤال، پاسخی هستی‌شناختی است: من، من هستم و او، او است. ما موجودات هستی جدای از یکدیگر هستیم».^۵

لویناس معتقد است که این آگاهی کاذب تنها در مواجهه با چهره دیگری، در منحصربه‌فرد بودن و در شکنندگی آن، قابل غلبه کردن است؛ لذا لویناس دیدگاه هستی‌شناختی هابزی را تأیید نمی‌کند و هدف او ارائه جایگزینی برای چنین نگرشی است: «من سعی می‌کنم انسان‌شناسی متفاوتی را با آن نوع از انسان‌شناسی که از جنگ همه علیه همه می‌آغازد، تصور کنم. این مواجهه با چهره دیگری است که نفس کاذب هستی‌شناسی خودپرستانه و لیبرال را سرنگون می‌کند: سپردن حاکمیت به نفس (خود)، اساس رابطه

University Press, 1999), p. 149.

^۴David G. Ritchie, *is It Righteous to be? Interviews with Emmanuel Levinas*. Edited by Jill Robbins. (Stanford: Stanford University Press, 2001), p. 145.

^۵David G Ritchie, *op. cit.*, (2001), p. 122.

اجتماعی با دیگری است؛ رابطه‌ای مبتنی بر بی‌تفاوتی»^{۵۱}. رویکرد لویناس تجدیدنظری اساسی در هستی‌شناسی لیبرال است. در هستی‌شناسی لیبرال، انسان به‌جای اینکه از سوی قدرت‌های ذاتی در وضعیت فردی، آزاد، مساوی و مستقل تعریف شود، صرف‌نظر از اینکه آیا این ویژگی‌ها، خصوصیات متمایزی هستند یا برداشتی سیاسی از شهروند، تقدم اجتماعی بودن انسان به‌گونه‌ای تعریف می‌شود که در پس آن خودپرستی ظهور می‌کند. دقیقاً به دلیل همین تجدیدنظر اخلاقی در مبنای زندگی سیاسی، هرگز به خود اجازه داده نمی‌شود در یک رابطه صرفاً اخلاقی باقی بماند. رابطه اخلاقی با دیگری (اخلاق) همیشه با تعدد دیگران (سیاست) به‌خطر می‌افتد: «اما ما، من و دیگری، هرگز در جهان تنها نیستیم. همیشه [شخص] سومی وجود دارد؛ انسان‌هایی که مرا احاطه کرده‌اند و این شخص سوم، همسایه من است. چه کسی نزدیک‌ترین شخص به من است؟ پرسش‌های اجتناب‌ناپذیر از چیستی عدالت از عمق مسئولیت نسبت به امر یگانه مطرح می‌شود که در آن اخلاق در مقابل آنچه مقایسه‌ناپذیر است، آغاز می‌گردد. این ضرورت مقایسه آن چیزی است که مقایسه‌ناپذیر است - ضرورت شناخت انسان»^{۵۲}.

وجود چندین دیگری مستلزم مشارکت دقیق در مقایسه و توزیع خیرهایی است که منجر به سوء برداشت از اصل بنیادین اسپینوزایی اصرار بر هستی‌آز^{۵۳} یک طرف، و توافق موقت رالزی از طرف دیگر است. سیاست از آنجا دارای اهمیت است که انسان قابل تقلیل به سیاست نیست. عدالت وظیفه اخلاقی ما است به دلیل خودپرستی ما در روابطمان: «عدالت که شامل مقایسه بین انسان‌ها و قضاوت ایشان است و بازگرداندن امر یکتا به فرد، بازگرداندن امر یکتا به جامعه یکتایان و بنابراین منشأ امر سیاسی، منشأ دولت و نهادهای آن و همه اینها در عین حال، مسئولیت در قبال دیگری را که نقطه آغاز ما بود پیش می‌کشد»^{۵۴}.

^{۵۱}David G Ritchie, *Ethics and Infinity: Conversations with Philippe Nemo*. Translated by Richard A. Cohen. (Pittsburgh: Duquesne University Press, 1985), p. 52.

^{۵۲}David G Ritchie, *op. cit.*, pp. 115-116.

^{۵۳}Conatus Essendi

^{۵۴}David G Ritchie, *op. cit.*, p. 108.

۳.۲. از منظر برناسکونی^{۵۵}

این عقیده که حقوق افراد بی‌معنی است، مگر اینکه افراد دیگری با وظایفی متناظر وجود داشته باشند، نسبتاً قدیمی است و ادبیات گسترده‌ای دارد.^{۵۶} ارتباط بین وظایف، حقوق و وضعیت یا جایگاه شخص در زندگی در واژه لاتین *Officium* قابل مشاهده است که برای مثال یکی از مفاهیم اصلی فلسفه سیاسی پوفندورف^{۵۷} در قرن هفدهم بود. او با استفاده از این اصطلاح، توانست به شکلی که عمدتاً در تفکر جان لاک و سنت انگلیسی در مورد حقوق طبیعی وجود ندارد، انضمامی بودن وظایف ما را در نظر بگیرد. حقوق من انتزاعی است، زیرا آنها فقط به واسطه وجود من به من تعمیم داده می‌شوند. با این حال، درست برعکس، وظایف من ناشی از وضعیت مشخص یا انضمامی من هستند. آنها در چارچوب نقش من در جامعه، تعهدات شخصی و تجاری من، جایگاه من در جامعه، منابع در دسترس من و انجمن‌هایی که من به آنها تعلق می‌گیرم به وجود می‌آیند. علاوه بر این، باید روشن شود که به میزانی که ما به یک جامعه جهانی تعلق داریم وظایف انضمامی من نیز آن قدر گسترش می‌یابد که مردم سراسر جهان را دربر می‌گیرد. بنابراین، فراتر از هر گفتمان مسئولیت جهانی، وظایف من با توجه به شرایط من تغییر می‌کند، و همچنین به فرصت‌هایی که آنها ارائه می‌دهند وابسته است.

با تمرکز بر این ادعا که تجلی نخستین حق‌ها، نه به‌عنوان حق‌هایی متعلق به من، بلکه به‌عنوان حق‌هایی متعلق به دیگران، راه برای روشن شدن مطلب باز می‌شود. هنگامی که من از طرف خودم مطالبه کنم، حق‌ها محقق نمی‌شوند. چنین مطالباتی بر حسب ظاهر، از

۵۵. رابرت ال برناسکونی (متولد ۱۹۵۰)، استاد فلسفه در دانشگاه ایالتی پنسیلوانیا، به‌عنوان قرائت‌کننده هایدگر و لویناس و همچنین به دلیل فعالیت در زمینه مفهوم نژاد بسیار شناخته شده است. وی در مورد تاریخ فلسفه نیز کتابی نگاشته است.

۵۶. See, for Example, David G. Ritchie, *Natural Rights* (London: George Allen and Unwin, 1952), p. 78.

۵۷. Pufendorf

خودخواهی قابل تمییز نیستند. این واقعیت که من چیزی را برای خودم می‌خواهم، حق من را نسبت به آن ایجاد نمی‌کند. فقط وقتی احساس می‌کنم که از رنج دیگران رنج می‌برم، حق‌ها ظهور می‌کنند؛ به این معنی که بگوییم تجلی اصلی حقوق بشر به صورت حقوق برای دیگران و تکالیفی برای من است، و این نکته‌ای است که امانوئل لویناس در حقوق انسان و حقوق دیگران بیان کرده است. واقعۀ اجتماعی بودن مقدم بر هر ارتباطی به نام یک انسانیت انتزاعی و مشترک است. حق انسان مطلقاً و اساساً فقط در دیگری به‌عنوان حق انسان دیگر معنا می‌یابد.

از منظر برناسکونی نکته این است که اگرچه فرد همیشه می‌تواند چیزهایی را برای خود، چه به تنهایی و چه به‌عنوان عضوی از یک گروه، مطالبه کند و حتی می‌تواند با احساس استحقاق این کار را انجام دهد، زیرا آن چیز یا فرصت را به‌نوعی طلبکار است یا اینکه به او قول داده شده است؛ واقعیتی که در صورت انکار مطالبه، «احساس خشم» شخص را نسبت به اشتباه انجام‌شده به‌شدت افزایش می‌دهد. با وجود این، تجربه نخستین حق از این نوع نیست. تجربه نخستین ما از حقوق در احساس بی‌عدالتی‌هایی است که دیگران متحمل شده‌اند. احساس ما این است که یک سطح بی‌عدالتی پیرامون ما و به‌طور کلی در جهان وجود دارد که غیرقابل تحمل است، به‌گونه‌ای که تا زمانی که این بی‌عدالتی‌ها برطرف نشوند نمی‌توانیم آسوده باشیم. تجلی نخستین حق در آمادگی من برای ایثار چیزی از خود در راه تلاش برای برطرف کردن بی‌عدالتی و احساس اینکه این (ایثار) نه یک انتخاب، بلکه کاری است که باید انجام دهم، قرار دارد و این البته به معنی نخستین تجلی حق‌ها به‌مثابه حقوق دیگران است.^{۵۸}

مطالبات حقوق برای خود فرد امری لحظه‌ای است. آنها در شرایط حاد به‌وجود می‌آیند، اما اگر کسی از این بحران جان سالم به‌در برد، به زندگی خود ادامه خواهد داد. چیزی که در اینجا غم‌انگیز است، در مورد شخصی است که به بی‌عدالتی‌هایی که خود در گذشته متحمل شده است می‌پردازد، ولو اینکه کاملاً درست باشد. اما این قضیه، وقتی مشاهده می‌کنیم

۵۸ Robert, Bernasconi, "Toward a Phenomenology of Human Rights. in: Jung H., Embree L. (eds) Political Phenomenology. Contributions to Phenomenology" (in Cooperation with the Center for Advanced Research in Phenomenology), Springer, Cham, Vol. 84 (2016), p. 230.

دیگران از حق‌های خود محروم می‌شوند، کاملاً متفاوت است.

بنابراین، اساس حقوق بشر نه در خواسته‌های من نسبت به خودم، یا حتی کسانی که در نفعی با آنان سهیم هستیم، بلکه در قلبی که نسبت به دیگران همدردی دارد نهفته است. من در رنج دیگران دخیل هستم، نه به این دلیل که در تحمل آن درد و رنج مقصر هستم، گرچه ممکن است چنین باشد، بلکه به این دلیل است که هریک از ما همیشه به معنای بی‌تفاوت نبودن در زندگی دیگران دخیل هستیم. این معنی درهم تنیدگی و وابستگی متقابل انسان است، و برناسکونی این اصطلاح را به روشی استفاده می‌کند که بیشتر روشی لویناسی است.

ما نمی‌توانیم خود را از دیگران جدا کنیم، در عین حال که با آنها متفاوت و از آنان دوریم. همه ما می‌توانیم رنج ببریم، اما این اشتباه است که شیوه‌ای را که ما از رنج دیگران آشفته می‌شویم، با همین نام رنج بنامیم. ممکن است تحت تأثیر رنج آنها قرار بگیریم، اما از رنج آنان رنج نمی‌بریم؛ رنج ما نوعی درک حسی است که می‌توانیم آن را حساس بودن بنامیم که گشودگی به سوی دیگران است که فراتر از تسهیم جمعیت و کالاهای مادی است؛ گشودگی‌ای که ریشه در این واقعیت دارد که ما نمی‌توانیم خود را از هم‌نوعان خود رها کنیم. شناسایی این حساسیت منجر به فرارفتن از تصور تکالیف یا تعهدات، به سوی تصورات جدید و بسیار غنی‌تر مسئولیت و امر نامتناهی است.^۵ به عقیده برناسکونی، لویناس به‌عنوان یک یهودی زندانی نازی‌ها به‌طور بی‌واسطه‌ای می‌داند که چگونه گناه زنده ماندن یک وضعیت روانی نیست که قابل درمان باشد، بلکه راهی برای دستیابی به اعماق مسئولیت و ایثار است؛ مسئولیتی که حتی به مسئول بودن از طرف کسی که مرا تحت آزار و شکنجه قرار می‌دهد نیز گسترش می‌یابد. از این طریق است که پدیدارشناسی لزوماً به‌مثابه اخلاقی نمود پیدا می‌کند.^۶

ویژگی مهم این حساسیت این است که حتی اگر جهان‌شمول باشد، به این معنا که هرکسی تا حدی آن را داشته باشد، از تغییرناپذیری فاصله دارد. این امر فقط به‌گونه‌ای

^۵ *Ibid*, p. 232.

^۶ Robert Bernasconi, 'Failure of Communication' as a Surplus: Dialogue and Lack of Dialogue between Buber and Levinas, in Bernasconi, Robert and David Wood, *the Provocation of Levinas, Rethinking the Other*, (London: Routledge, 1988), p. 125.

محدود تجربه می‌شود، زیرا از نظر فرهنگی مشروط است و به همین دلیل می‌تواند و باید آموزش داده شود. به همین دلیل، تاریخ ظلم و بی‌تفاوتی بی‌شماری را ثبت کرده است. نژادپرستی، جنسیت‌گرایی و آزار و اذیت مذهبی به ما می‌آموزد که انسان‌های دیگر را نه برای خودشان، بلکه از طریق یک لنز مخدوش و تحریف‌کننده ببینیم. از منظر برناسکونی، این به آن معنی نیست که فرد باید هویتی را که یک جامعه به اعضای خود می‌بخشد از بین ببرد، اما به این معناست که فرد باید فراتر از آنها را ببیند و این در سطح حساسیت است که تعهدات من نسبت به حیوانات، به حقوق آنها نیز تعلق می‌گیرد. به همین دلیل است که تعلیم حساسیت‌های ما به روش‌های مختلف، اما به‌ویژه در نمونه‌ای که از سوی کنشگران، گیاه‌خواران و حتی به‌سادگی از جانب صاحبان حیوانات خانگی ارائه شده است، به‌نظر می‌رسد که یک لحظه مهم در تاریخ اخلاق است که مربوط به روزگار ما است.^{۶۱}

به‌نظر می‌رسد که با برجسته کردن حق بر ضروریات زندگی، ما تقدم‌بخشی حقوق مادی بر آزادی‌های نسبتاً پالوده‌تر مورد التفات روشنگری لیبرال را برگزیده‌ایم. زنده بودن یک پیش‌شرط برای بهره‌مندی از حق‌های دیگر است. با وجود این، آزادی وجدان و آزادی بیان به‌سرعت به‌وجود می‌آیند تا حق بر ضروریات مادی را همراهی کنند. یکی از کارکردهای آزادی بیان برای افراد نیازمند این است که به ما بگویند آنچه که ما به آنها می‌خواهیم بدهیم، چیزی نیست که آنها می‌خواهند. ما می‌توانیم به آنها پاپ کورن پیشنهاد دهیم و به آنها بگوییم که به‌واسطه همان انسانیت خود، خواهان دموکراسی لیبرال هستند، اما همیشه این امکان وجود دارد که پاپ کورن همان چیزی نباشد که مورد نیاز آنها است و آنان راجع به آنچه نیاز دارند ایده بهتری از ما داشته باشند.^{۶۲}

نتیجه

گفتمان حقوق بشر با مجموعه‌ای از تضادها اشباع شده که بازتاب زمینه‌های مغشوشی است که در آن رشد کرده‌اند. هرکسی که تاریخچه حقوق بشر را بازگو می‌کند، ناگزیر

^{۶۱}Robert Bernasconi, Extra Territoriality: "Outside the Subject, Outside the State". Journal of Chinese Philosophy, Vol. 35 (2008), p. 173.

^{۶۲}Robert Bernasconi, "The Other Does Not Respond, Angelaki", Vol. 24 (2019), p. 95.

می‌شود بر شیوهٔ ارائهٔ این حقوق به‌عنوان حقوقی ابدی، جهان‌شمول، سلب‌ناپذیر و بدیهی متمرکز شود. اگر این حق‌ها جهانی‌اند، چگونه غرب اصرار دارد که آنها را کشف کرده است و ادعای تملک مستمر در مورد آنها دارد؟ اگر این حقوق ذاتی و سلب‌ناپذیرند، پس محرومیت‌های گستردهٔ موجود چه نسبتی با این سلب‌ناپذیری دارد؟ علاوه بر این، صورت‌بندی‌های بزرگ تاریخی حق‌ها در شرایط حاد درگیری یا منازعاتی به‌وجود آمده است. تمرکز بر حق‌ها در ازای تعهدات است و بنابراین تمایل بر آن است که حق‌ها در درجهٔ اول به‌عنوان حقوق من یا حقوق کسانی که شبیه من هستند تصور شوند. پدیدارشناسی حقوق بشر ریشه در درک انضمامی از خودمان دارد که تأکید می‌کند هرکدام از ما فقط در رابطه با دیگران وجود داریم و از این طریق مسئولیت اساسی و در واقع نامتناهی ما تعیین می‌شود. تا زمانی که زبان حق‌ها حفظ شود، مشکل حق‌های رقیب هرگز از بین نمی‌رود. این سؤال که رنج چه کسی توجه ما را جلب می‌کند و چه کسی نیاز دارد که ما عمیق‌تر وی را احساس کنیم، غالباً متأثر از شرایط هستند. جدا از فردگرایی مصنوعی لیبرالیسم، پدیدارشناسی حق‌ها، برای هرکسی که متعهد به مبارزه برای عدالت اجتماعی است، ممکن است اساسی‌ترین منبع باشد. اندیشهٔ لویناس ما را در این ارزیابی یاری می‌کند که تأیید حقوق بشر به‌خاطر نفع فرد دارای اهمیت نیست، بلکه حقوق بشر معنادار بودن خود را به نسبتی از تصدیق حقوق دیگران و تا اندازه‌ای از ترویج توانایی‌مان در مسئولیت در قبال دیگران أخذ می‌کند. دفاع از حقوق بشر حاکی از این است که شق دیگری از مسئولیت خود در برابر دیگری ضرورتاً وجود دارد. آگوی متعهد بدون دفاع یا چاره به حال خود رها نشده است، زیرا حقوق خودش را دقیقاً بیرون از دایرهٔ مسئولیت برای دیگری کسب می‌کند. بر حسب این بسط یکسان حقوق خود و دیگری، مفهوم مسئولیت اخلاقی ماهیتی دوگانه به خود می‌گیرد و تبدیل می‌شود به پایه‌ای برای سوگیری مسئولیت خود نسبت به حقوق دیگری و بر همین پایه نسبت به حقوق خود.

منابع و مأخذ

الف) منابع فارسی

- کتاب‌ها

۱. احمدی، بابک، *هایدگر و پرسش بنیادین*، (تهران: نشر مرکز، چ ۲، ۱۳۸۲).
۲. بیمل، والش، *بررسی روشنگرانه اندیشه‌های هایدگر*، ترجمه بیژن عبدالکریمی، (تهران: سروش، چ ۲، ۱۳۸۸).
۳. جمادی، سیاوش، *زمینه و زمانه پدیدارشناسی*، (تهران: انتشارات ققنوس، چ ۱، ۱۳۸۶).
۴. رشیدیان، عبدالکریم، *هوسرل در متن آثارش*، (تهران: نشر نی، چ ۱، ۱۳۸۴).
۵. سجویک، پیتر، *دکارت تا دریدا*، ترجمه محمدرضا آخوندزاده، (تهران: نشر نی، چ ۱، ۱۳۸۸).
۶. علیا، مسعود، *کشف دیگری با لویناس*، (تهران: نشر نی، چ ۱، ۱۳۸۸).
۷. لویناس، امانوئل، *زمان و دیگری*، ترجمه مریم حیاط‌شاهی، (تهران: نشر افکار، چ ۱، ۱۳۹۲).
۸. هاسه، اولریش و ویلیام لارج، *موریس بلاتشو*، ترجمه رضا نوحی، (تهران: نشر مرکز، چ ۱، ۱۳۸۴).
۹. هوسرل، ادموند، *بحران علوم اروپایی و پدیدارشناسی استعلائی*، ترجمه غلام‌عباس جمالی، (تهران: انتشارات گام نو، چ ۱، ۱۳۸۸).
۱۰. هوسرل، ادموند، *تأملات دکارتی*، ترجمه عبدالکریم رشیدیان، (تهران: نشر نی، چ ۱، ۱۳۸۱).

- مقاله‌ها

۱۱. جنیدی، لعیا؛ تیموری، محمدصادق؛ صقری، محمد و عباسیان، رضا، «صیانت از حق مالکیت خصوصی سرمایه‌گذاران خارجی از منظر حقوق اسلام، ایران و بین‌الملل»، *مطالعات حقوق تطبیقی معاصر*، ش ۱۷، (۱۳۹۷).
۱۲. حنایی کاشانی، محمدسعید، «ژان پل سارتر؛ فیلسوف صلح و مدارا یا خشونت»، *فردوسی*، ش ۷۳ (۱۳۸۷).
۱۳. مقدوری خونما، سارا و مصطفوی، شمس‌الملوک، «مفهوم دیگری در فلسفه یاسپرس»، *جستارهای فلسفی (فلسفه تحلیلی)*، ش ۲۷ (۱۳۹۴).

(ب) منابع انگلیسی

- Books

14. Bernasconi, Robert, *Failure of Communication' as a Surplus: Dialogue and Lack of Dialogue between Buber and Levinas*, in Bernasconi, Robert and David Wood, *The Provocation of Levinas, Rethinking the Other*, (London: Routledge, 1988.)
15. Hand, Sean, "Emmanuel Levinas", *Routledge Critical Thinkers*, (State University of New York Press, 2009).
16. Heidegger, Martin, *Being and Time, Trans by John Macquarrie & Edward Rabinson*, (Blackwell, 1966).
17. Levinas, Imanuel, *Otherwise Than Being or Beyond Essence"*, *Translated by Alphonso Lingis*, (Pittsburgh: Duquesne University Press, 1981).
18. Levinas, Immanuel, *Alterity and Transcendence. Trans. Michael B. Smith*. (New York: Columbia University Press, 1999).
19. Levinas, Immanuel, *Outside the Subject. Trans. Michael B. Smith*. (Stanford: Stanford University Press. 1966).
20. Levinas, Immanuel, *Totality and Infinity. Trans. Alphonso Lingis*. (Pittsburgh: Duquesne University Press. 1969).
21. Rauch, Leo & David Sherman, *Hegel's Phenomenology of Self-Consciousness: Text and Commentary*, (New York, State University of New York, 1999).
22. Ritchie, David G, *Is It Righteous To Be? Interviews with Emmanuel Levinas. Edited by Jill Robbins*, (Stanford: Stanford University Press, 2001).
23. Ritchie, David G, *Natural Rights*, (London: George Allen and Unwin, 1952).
24. Ritchie, David G. *Ethics and Infinity: Conversations with Philippe Nemo. Translated by Richard A. Cohen*. (Pittsburgh: Duquesne University Press, 1985)
25. Tugendhat, Ernst., *Self-Consciousness and Self-Determination*, (The MIT Press, 1986).

- Articles

26. Bernasconi, Robert, "The Other Does Not Respond", *Angelaki*, Vol. 24, (2019).
27. Bernasconi, Robert, Extra Territoriality: "Outside the Subject, Outside the State", *Journal of Chinese Philosophy*, 35, (2008).
28. Bernasconi, Robert. "Toward a Phenomenology of Human Rights. In: Jung H., Embree L. (eds) Political Phenomenology. Contributions to Phenomenology" (In Cooperation with the Center for Advanced Research in Phenomenology) *Springer*, Cham, Vol. 84 (2016).
29. Wolf, Susan. "Moral Saints". *The Journal of Philosophy*, Vol 79, (1982).
30. Zahavi, Dan, "Beyond Empathy; Phenomenological Approaches to Intersubjectivity", *Journal of Consciousness Studies*, 8, No. 5-7, (2004).



University of Tabriz

Contemporary Comparative Legal Studies

Online ISSN: 2821-0514

Volum: 14 Issue: 31

Summer 2023

Article Type: Research Article

Pages: 145-182

Legal Analysis of Post-privatization Oversight Practices (Barriers and Solutions)

Hossein Ali kalhor^{1✉} | Adel Ebrahimpour Asanjan²

1. Ph.D. in Public Law, University of Tabriz, Iran

h.k137020@gmail.com

2. Assistant Professor, University of Tabriz, Iran

ebrahimpooradel@gmail.com

Abstract

Supervision is a systematic, continuous, and uninterrupted care to ensure proper and complete performance of duties and assignments specified in a given domain. It is intended to maximize the goal research coefficient or slightly goals and it can be prognostic or an appointment and posterior or informative. In the constitution of the Islamic Republic of Iran, supervision as a special task has always been an important and fundamental task of the constitutional legislator. Supervising outsourced companies and evaluating their performance is considered as one of the important and integral steps in the privatization process and is one of the most important plans of the privatization organization in the post-outsourcing phase. Certainly, after the implementation process of the outsourcing process, oversight is the most important factor in completing the outsourcing process. Therefore, monitoring the entrusted economic activities and evaluating their performance is one of the most important authorities in the post-privatization phase. In general, post-privatization supervision by the privatization agency is expected to prevent breach of the obligations of buyers as well as to encourage and grant discounts and sometimes penalties and damages to some of them as well as to protect and secure employment and employee rights. To guarantee the success of the privatization and implementation of Article 44 of the general policy in the country, the scope and manner of the exercise of government sovereignty after the transfer of state-owned enterprises to the private sector at different and quite different levels should be specified. This study attempts to address the scope of post-outsourcing oversight in accordance with Article 44 of the General Policy Implementation Act and its related guidelines.

Keywords: Privatization, General Policy Implementation Law Article 44, Supervision, Delegation of Firms, Regulatory actions.

Received: 2022/01/09 Received in revised form: 2023/01/08 Accepted: 2023/01/22 Published: 2023/06/26

DOI: 10.22034/LAW.2023.49841.3064

Publisher: University of Tabriz

Tabrizulaw@gmail.com



تحلیل حقوقی اعمال نظارت پس از واگذاری در خصوصی‌سازی‌ها (موانع و راهکارها)

حسینعلی کلهر^۱ | عادل ابراهیم‌پور اسنجان^۲

h.k137020@gmail.com

۱. دکتری حقوق عمومی دانشگاه تبریز، ایران

ebrahimpooradel@gmail.com

۲. استادیار دانشگاه تبریز، ایران

چکیده

نظارت نوعی مراقبت نظام‌مند، مستمر و پیوسته برای تضمین انجام صحیح و کامل وظایف و تکالیف مشخص‌شده در یک حوزه معین به‌منظور افزایش حداکثری ضریب تحقق هدف و یا اهداف موردنظر است و می‌تواند پیشینی یا استصوابی و پسینی یا اطلاعی باشد. در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، نظارت به‌عنوان یک کارویژه و وظیفه‌ای مهم پیوسته مورد نظر قانون‌گذار اساسی بوده است. نظارت بر شرکت‌های واگذارشده و ارزیابی عملکرد آنها به‌عنوان یکی از مراحل مهم و جدایی‌ناپذیر در فرایند خصوصی‌سازی به‌حساب می‌آید و از مهم‌ترین برنامه‌های سازمان خصوصی‌سازی در مرحله پس از واگذاری است. مسلماً پس از فرایند اجرایی واگذاری بنگاه‌ها، نظارت مهم‌ترین عامل در به‌انجام رساندن صحیح فرایند واگذاری است. بر این اساس، نظارت بر فعالیت‌های مراکز اقتصادی واگذارشده و ارزیابی عملکرد آنها، از مهم‌ترین اختیارات دولت در مرحله پس از خصوصی‌سازی است. در حالت کلی، نظارت پس از واگذاری از سوی سازمان خصوصی‌سازی به‌منظور جلوگیری از نقض تعهدات خریداران و همچنین تشویق و اعطای تخفیفات و گاه تنبیه و در نتیجه پرداخت خسارت از جانب برخی از آنها و نیز در راستای حمایت و تأمین امنیت نسبت به وضعیت اشتغال و حقوق و دستمزد کارکنان صورت می‌پذیرد که به‌منظور تضمین موفقیت برنامه خصوصی‌سازی و اجرایی سیاست کلی اصل ۴۴ در کشور است. به‌طور کلی محدوده و شیوه اعمال حاکمیت دولت پس از واگذاری بنگاه‌های دولتی به بخش خصوصی در سطوح مختلف و کاملاً متفاوت صورت می‌گیرد. در این پژوهش تلاش شده است که به‌گستره اعمال نظارتی پس از واگذاری بنگاه‌ها با توجه به قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ و دستورالعمل‌های مرتبط با آن پرداخته شود.

واژگان کلیدی: اعمال نظارتی، خصوصی‌سازی، قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴، نظارت، واگذاری بنگاه‌ها.

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۱۰/۱۹ تاریخ بازنگری: ۱۴۰۱/۱۰/۱۸ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۱۱/۰۲ تاریخ انتشار: ۱۴۰۲/۰۴/۰۵

DOI: 10.22034/LAW.2023.49841.3064

Tabrizulaw@gmail.com

ناشر: دانشگاه تبریز

مقدمه

در تعریف خصوصی‌سازی می‌توان این‌گونه بیان کرد که خصوصی‌سازی عبارت است از: حرکت به سوی اقتصاد بازار آزاد از طریق توسعه بخش خصوصی و خصوصی کردن مؤسسات اقتصادی.^۱ به این ترتیب، خصوصی‌سازی یکی از عناصر استاندارد برنامه تعدیل صندوق ساختار بین‌المللی پول است که تبدیل به یکی از راهبردهای اساسی کشورهای توسعه‌یافته برای دستیابی به کارایی بالاتر و رشد اقتصادی بیشتر هم‌زمان با کنکاش نیاز به وام‌گیری بخش دولتی شده است.^۲ علاوه بر این، پاسخی به مجموعه‌ای از مشکلات در خصوص حساسی، مقررات، سیاست‌های اجتماعی، سرمایه‌گذاری و کنترل‌های مالی است که ناشی از اصرار بر حاکمیت سامانه‌های دولتی است. شاید اتلاف گسترده منابع و عدم کارایی شرکت‌های دولتی برجسته‌ترین علت در میان عوامل دیگر خصوصی‌سازی باشد.

اما خصوصی‌سازی با شروع آزادسازی اقتصادی در ایران، رسماً به برنامه‌های توسعه کشور نفوذ پیدا کرد. در تدوین و تصویب بازسازی اقتصادی در قالب برنامه‌های اول و دوم توسعه، «خصوصی‌سازی» نقشه راهی برای اقتصاد کشور شد. این نقشه راه در برنامه سوم توسعه به شکل جدی‌تری پیگیری و صاحب یک سازمان برای واگذاری سهام شرکت‌های دولتی و وابسته به دولت تحت عنوان سازمان خصوصی‌سازی شد. اصول و سیاست‌های کلی خصوصی‌سازی پیش‌بینی شده در برنامه سوم توسعه، دوباره در برنامه چهارم تکرار گردید. در طول اجرای برنامه چهارم توسعه بود که تغییرات مهمی در برنامه خصوصی‌سازی کشور ایجاد شد. مهم‌ترین تغییر، ابلاغیه رهبری معظم نظام جمهوری اسلامی ایران پیرامون سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی و تصویب و ابلاغ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی بود. در برنامه‌های پنجم و ششم توسعه، خصوصی‌سازی هم‌چنان در برخی مواد و تبصره‌ها با لحاظ همان تغییرات عمده در اصل ۴۴ ادامه یافت.

۱. محمدجواد رضایی‌زاده، و داود کاظمی، «بازشناسی نظریه خدمات عمومی» و اصول حاکم بر آن در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، فقه و حقوق اسلامی، ش ۵ (۱۳۹۱)، صص ۲۸-۲۹.

۲. رامین امینی و وجیهه مهجوریان، اصل ۴۴ و فرایند خصوصی‌سازی در ایران و جهان، سایت شبکه خبری کشاورزی ایران، (۱۳۸۹)، صص ۹-۱۰.

۱. گستره اختیارات و وظایف دولت در دوران پس از خصوصی سازی

نظارت بر فرایند خصوصی سازی از راستی آزمایی اطلاعات مالی، فنی - مهندسی و حقوقی شرکتها و بنگاههای مشمول واگذاری تا قیمت گذاری دقیق، تعیین روش مناسب واگذاری، احراز اهلیت خریداران و واگذارشوندگان، برگزاری مزایده های شفاف و قانونی و انعقاد قرارداد را دربر می گیرد. از آنجا که این فرایند مستعد دست کاری، تحریف و فساد است و گروه های ذی نفع را قادر می سازد تا کنترل بخش قابل توجهی از اقتصاد را به دست گیرند، خصوصی سازی باید با ساختار نظارتی دقیق همراه شود. باید قواعدی شکل بگیرد تا مقامات تصمیم گیر خصوصی سازی را در جهت اعمال سلیقه های شخصی محدود سازد و روند تصمیم گیری مقامات را بر مبنای ساختاری قانونمند قرار دهد. اصولاً مقابله با فساد نیازمند نظارت و کنترل است.

اعتقاد بر این است که برای داشتن فرایند خصوصی سازی سالم باید دستگاه نظارتی جدید و مستقل از قدرت های اجرایی دخیل در خصوصی سازی ایجاد شود که خود تحت نظارت اعمال نفوذ غیرقانونی قرار نداشته باشد. در این صورت، معمولاً به دلیل پایین آمدن فرصت های تبانی، میزان فساد پایین خواهد آمد. تجربه خصوصی سازی در اقتصادهای درحال گذر در کشورهای اروپای شرقی نیز در طول قرن نوزدهم نشان داده است که در صورتی که این فرایند برعهده یک گروه اجرایی جدید و مستقل قرار گیرد، روابط فسادآمیز کمتری ایجاد خواهد شد.^۱

معمولاً این نهاد نظارتی است که گزارش های لازم را به مجلس ارائه می دهد. مهم است که این چارچوب نظارتی به شیوه ای قابل قبول پیش از آنکه پرونده های واگذاری آغاز گردد، ایجاد شود. اقتصادهای رو به توسعه و در حال گذار با خدمات عمومی به تازگی خصوصی شده، باید دستگاه نظارتی نیرومند غیرسیاسی با فرایندهای شفاف و آشکار ایجاد کنند. این امر حالت شک و تردید و عدم قطعیت مرتبط با قراردادهای واگذاری را کاهش خواهد داد.

^۱ Koffman, L. & Macdonald, E., *The Law of Contract*. (Oxford University Press, 2004).

در واقع، اختیارات دولت در دوران پس از خصوصی‌سازی در ایران در دو بخش فرایند خصوصی‌سازی و نظارت بر شرکت‌های واگذار شده بررسی می‌شود. وظایف نظارتی سازمان خصوصی‌سازی به سه مرحله تفکیک شده است: «مرحله پیش از واگذاری»، «مرحله حین واگذاری» و «مرحله پس از واگذاری». در خصوص «نظارت پیش از واگذاری» می‌توان به مواردی از قبیل راستی‌آزمایی در خصوص اطلاعات مالی، فنی-مهندسی و حقوقی در قبال شرکت مشمول واگذاری اشاره کرد. مهم‌ترین موضوع در این مرحله شیوه ارزش‌گذاری دقیق، سالم و واقعی قیمت شرکت‌ها است. اجرای صحیح این مرحله در روند واگذاری بسیاری از شرکت‌ها بارها محل تردید و حتی مورد پرسش کمیسیون تحقیق و تفحص مجلس قرار گرفته است. در خصوص «نظارت حین واگذاری» می‌توان به ارزیابی مالی، قانونی، رتبه‌بندی اعتباری اوراق بهادار، ارزش‌گذاری و قیمت‌گذاری شرکت‌های مشمول واگذاری، روش عرضه، تعهد پذیرهنویسی، تنظیم جدول زمان‌بندی، و میزان عرضه سهام توجه کرد. مهم‌ترین موضوع این مرحله نیز احراز شایستگی مدیران و چگونگی تعیین قیمت نهایی شرکت است. مسئله احراز شایستگی مدیران نیز در بسیاری از واگذاری‌ها بارها مورد تردید جدی واقع شده و تجربه‌های فساد در بسیاری از مدیران این شرکت‌ها نشان می‌دهد این مرحله نیز اغلب با بی‌توجهی همراه بوده است.

۱.۱. مرحله پس از واگذاری

در حقوق ایران، علاوه بر دستگاه‌های نظارتی، مسئله نظارت بر فرایند خصوصی‌سازی در قانون اجرای سیاست‌های کلی نیز مورد توجه قرار گرفته است. به موجب ماده ۴۲ قانون یادشده، نظارت بر برآیند اجرای قوانین و مقررات مرتبط با قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی و تصویب شاخص‌های اجرایی برای تحقق اهداف سیاست‌های کلی این اصل به منظور اعمال نظارت دقیق بر اجرای آنها، از جمله وظایف و اختیارات شورای عالی اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی دانسته شده است. اما با ملاحظه ترکیب اعضای شورای یادشده مشخص می‌شود که ترکیب اعضا و جهت تصمیم‌گیری‌ها عملاً در اختیار وزارت امور اقتصادی و دارایی خواهد بود. این درحالی است که این وزارتخانه و سازمان خصوصی‌سازی که خود زیرمجموعه وزارت پیش‌گفته است، اجرای برنامه

خصوصی‌سازی را عهده‌دار هستند و جمع شدن مقام اجرایی و مقام نظارتی در یک ارگان خود عاملی برای اعمال فسادآمیز است. از این رو، فقدان نهاد ناظر مستقل باعث شده است که در عمل، نظارت و کنترل مناسب بر فرایند خصوصی‌سازی صورت نگیرد و در نتیجه مباحث زیادی در خصوص سالم نبودن برخی از واگذاری‌ها مطرح شود و در مواردی به دنبال گزارش نهادهای نظارتی (سازمان بازرسی کل کشور و دیوان محاسبات) واگذاری‌ها پس از صرف وقت و هزینه، ابطال می‌شود و باید واگذاری مجدد صورت گیرد. برای نمونه، می‌توان به ابطال واگذاری سیلوی کرمانشاه در اردیبهشت ۹۸ به دلیل قیمت‌گذاری کمتر از ارزش واقعی و ابطال واگذاری ۷۲ درصد از سهام شرکت توسعه گردشگری باز هم به دلیل ارزیابی نادرست سهام آن، اشاره کرد.

نکته مهم این است که اصل نظارت را می‌توان هم با ساختارها و سازمان‌های حکومتی محقق ساخت و هم از طریق فشار از خارج و از سوی جامعه و مردم، و نیز بالابردن سطح نظارت اجتماعی و داشتن رسانه‌های آزاد عامل مهمی در تحقق این اصل است!

مسئله پس از واگذاری بنگاه، نظارت مهم‌ترین فاکتور در به سرانجام رساندن فرایند واگذاری است. مطابق روال‌های تعریف‌شده در سازمان خصوصی‌سازی، معاونت نظارت و پیگیری قراردادها به صورت دوره‌ای نسبت به ارزیابی عملکرد بنگاه اقدام می‌کنند. اما برای تقویت نظارت سه برنامه در دستور کار قرار گرفته است. همان‌طور که اشاره شد، کمیته تخصصی در هر حوزه تشکیل شده و در حال تدوین شاخص‌های ارزیابی عملکرد بنگاه‌ها است؛ همچنین با توجه به نوع شاخص‌ها، بازه‌های زمانی کنترل مشخص شده و مرحله بعدی ایجاد دفاتر منطقه‌ای سازمان در مراکز استان‌ها است که از وظایف این مراکز می‌توان به بازرسی‌های میدانی و اعتبارسنجی گزارش‌های ارائه‌شده از سوی بنگاه‌های تحت نظارت اشاره کرد. بنابراین، نظارت بر فعالیت‌های اقتصادی واگذارشده و ارزیابی عملکرد آنها، از مهم‌ترین اختیارات دولت در مرحله پس از خصوصی‌سازی است. در حالت کلی، نظارت پس از واگذاری از سوی سازمان خصوصی‌سازی به منظور جلوگیری از نقض تعهدات خریداران و

۱. محسن صادقی و عاطفه، آجری آیسک، «لزوم نظارت بر خصوصی‌سازی در راستای اصل توازن منافع سه گانه»، حقوق اقتصادی، ش ۱۸ (۱۳۹۹)، ص ۲۶۲.

همچنین تشویق و اعطای تخفیفات و گاه تنبیه و پرداخت خسارت در مورد برخی از آنها صورت می‌پذیرد. نحوه نظارت بر شرکت‌های واگذار شده از سوی این سازمان بر اساس «دستورالعمل نحوه نظارت پس از واگذاری» موضوع جزء «ب» بند «ب» ماده ۴۰ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی (تصویب‌نامه شماره ۸۹/۲/۱۴۳ هـ مورخ ۱۳۸۹/۰۵/۱۷ هیئت واگذاری) انجام می‌شود.^۱

۲.۱. نظارت بر بنگاه‌های واگذار شده

نظارت بر شرکت‌های واگذار شده از مجموعه اقدامات و اختیارات دولت در مرحله پس از خصوصی‌سازی (پس از واگذاری) است که به منظور تضمین موفقیت برنامه خصوصی‌سازی و اجرایی سیاست کلی اصل ۴۴ در کشور است. در واقع، اجرای این موارد حاکی از آن است که دولت پس از خصوصی‌سازی (پس از واگذاری) شرکت‌ها، آنها را به حال خود رها نکرده، نظارت بر شرکت‌های واگذار شده پس از واگذاری را به‌عنوان یکی از مراحل مهم و لاینفک در فرایند خصوصی‌سازی به حساب می‌آورد.

در کلیه کشورهای که خصوصی‌سازی به‌طور موفق انجام شده است، از جمله مالزی، بنگاه واگذار شده پس از واگذاری به حال خود رها نمی‌شود، بلکه به‌منظور اطمینان از اینکه واحد خصوصی‌شده کالاها و خدمات مورد نیاز مصرف‌کنندگان را به نحو مطلوب تأمین کند و فعالیت آن تداوم یابد، دولت بر عملکرد بخش خصوصی نظارت می‌کند.^۲

این امر مورد اجماع همه کشورهای است که دولت نباید اقدام به واگذاری یک بنگاه دولتی بکند، مگر اینکه قبلاً چارچوب نظارتی مناسب برای واحد خصوصی‌شده تأسیس کرده باشد^۳. از این رو، بهتر است قبل از شروع هرگونه برنامه‌ای برای خصوصی‌سازی ابتدا یک سازمان مقررات‌گذار به وجود آید.^۴

۱. سید علی اسلامی‌نژاد، خصوصی‌سازی در ایران، (تهران: نشر فرهنگ دهخدا، ۱۳۹۲)، ص ۹۵.

۲ Husin, R.. *Malaysian Economic Development with Emphasis on Public-Private Collaboration*.

World Bank PSD Conference, (2006), p. 26.

۳ OECD (2009). *Privatization in the 21st Century: Recent Experience of OECD Countries*.

Available at: www.oecd.org/daf/corporateaffairs (Last Visited: 2019/05/25), p. 17).

۴. محسن، صادقی و عاطفه، آجری ایسک، «لزوم نظارت بر خصوصی‌سازی در راستای اصل توازن منافع سه‌گانه»، حقوق

۱،۲،۱. الزامات دولت پس از واگذاری

الزامات دولت در دوران پس از واگذاری، در سه بند: اعمال حاکمیت دولت پس از واگذاری موارد صدر اصل ۴۴، ضرورت اعمال حاکمیت دولت پس از واگذاری فعالیت‌های صدر اصل یادشده، و شیوه‌ها و چارچوب اعمال حاکمیت دولت در فعالیت‌های صدر اصل ۴۴ در ادامه بررسی می‌شود.

۱،۱،۲،۱. اعمال حاکمیت دولت پس از واگذاری

محدوده و شیوه اعمال حاکمیت دولت پس از واگذاری بنگاه‌های دولتی به بخش خصوصی باید در دو سطح کاملاً متفاوت صورت گیرد. گفتنی است که بسیاری از این سوءبرداشته‌ها از مسئله اعمال حاکمیت نیز به تفکیک نکردن این دو سطح بازمی‌گردد. دو سطح از اعمال حاکمیت دولت را می‌توان به دو مقوله اعمال حاکمیت عام و خاص دسته‌بندی کرد. در شیوه نخست، دولت با بنگاه‌های خصوصی یا تعاونی مواجه است و تنها می‌تواند از راه‌های سه‌گانه هدایت، اعمال محدودیت و یا نظارت، به اعمال حاکمیت بر بنگاه‌ها بپردازد. در این شکل از حاکمیت، دولت مجاز نیست که وارد تصمیمات مدیریتی بنگاه شود! در روش اعمال حاکمیت به صورت خاص، حوزه وضع مقررات و نظارت به حد حوزه مدیریتی برای بنگاه‌هایی گسترش می‌یابد که طبق قانون به دولت تعلق دارند. در این نوع از اعمال حاکمیت، دولت در هدایت بنگاه برای حصول اهداف خود از اختیارات بیشتری برخوردار است

۲،۱،۲،۱. ضرورت اعمال حاکمیت دولت پس از واگذاری

گسترش نقش دولت در بنگاهداری و ناکارآمدی آن که در تعارض با موارد ذیل اصل یادشده قرار گرفته است و از سوی دیگر، بافت و ساخت انحصاری صنایع و بازارها در کنار نبودن بخش خصوصی توانمند، نقش نظارتی و تنظیمی دولت را اجتناب‌ناپذیر می‌سازد.

اقتصادی، ش ۱۸ (۱۳۹۹)، ص ۲۶۶.

۱. منصوره عباسی، چالشها و الزامات خصوصی‌سازی و اجرای سیاستهای کلی اصل ۴۴ قانون اساسی، (تهران: مؤسسه تحقیقاتی تدبیر اقتصاد، ۱۳۸۸)، ص ۱۰۲.

۱،۲،۱،۲،۱. شیوه‌ها و چارچوب اعمال حاکمیت دولت

به‌طور کلی، شیوه‌های اعمال حاکمیت دولت پس از واگذاری در موارد صدر اصل ۴۴ به این شرح است:

الف) اعمال حاکمیت با حفظ موقت بخشی از سهام. در این روش، برای جلوگیری از تغییر در اساسنامه بنگاه‌های واگذار شده و تأمین منافع عمومی در کوتاه‌مدت، بخشی از سهام بنگاه‌ها در مالکیت دولت باقی می‌ماند، اما لازم است که دولت تنها از اعمال حاکمیت از طریق سهام استفاده کند و مانع تصمیمات مدیریتی جدید نشود.

ب) اعمال حاکمیت با وضع مقررات بخشی و بنگاهی. دولت مجاز است که برای بنگاه‌های مشمول واگذاری در صدر اصل ۴۴ مقرراتی درباره ضوابط قیمت‌گذاری، استانداردهای فعالیت و محصول، محدودیت تعدیل منابع انسانی، مقررات توزیع و توسعه منطقه‌ای و نیز مشوق‌ها یا محدودیت‌های بازرگانی تدوین و تصویب کند.

ج) اعمال حاکمیت از طریق نظارت و وضع مقررات تنظیمی. دولت و مجلس شورای اسلامی مجازند قوانینی را تحت عنوان «مقررات تنظیمی» به‌منظور نظارت مستمر بر عملکرد، رعایت استانداردها و مقررات و صورت‌های مالی برای بنگاه‌های مشمول واگذاری صدر اصل ۴۴ تنظیم و تصویب کنند. به بیان ساده‌تر، این مقررات، مداخلات دولت برای تغییر رفتار بنگاه‌ها (نظیر قیمت‌گذاری، سطح تولید و یا انجام تبلیغات) را دربر می‌گیرد. در نتیجه تنظیمات، بخشی از مداخلات دولت برای جلوگیری از سوءاستفاده بنگاه‌ها از قدرت بازاری صورت می‌گیرد، زیرا انحراف از شرایط رقابتی است که اعمال تنظیمات را القا می‌کند و درواقع برای اینکه فضا و بازار به‌درستی عمل کند، باید رقابت و مالکیت خصوصی به صورت هم‌زمان وجود داشته باشند. این مداخلات به صورت اصلی از راه قانون رقابت اعمال می‌شود.

۳,۱. اختیارات دولت بر شرکت‌های واگذار شده (بنگاه‌های واگذار شده)

اختیارات دولت بر بنگاه‌های واگذار شده بر اساس قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی را می‌توان به این موارد تقسیم کرد: مقررات‌زدایی، مقررات‌گذاری، محدود کردن خصوصی‌سازی، تشویق و اعطای تخفیفات، و بعضاً نظارت و ارزیابی عملکرد شرکت‌های واگذار شده، تنبیه و پرداخت خسارت، فسخ قرارداد واگذاری، و صیانت از اشتغال و حقوق مکتسبه کارکنان شرکت‌های واگذار شده.

مقررات‌زدایی در ماده ۷ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی (مصوب ۱۳۸۷/۳/۲۵ مجمع تشخیص مصلحت نظام) دستگاه‌های دولتی، شوراهای اسلامی شهر، شهرداری‌ها و مجامع و اتحادیه‌های صنفی را موظف به اتخاذ تدابیر لازم برای اصلاح کلیه مقررات ناظر به صدور پروانه‌ها و مجوزهای سرمایه‌گذاری و کسب و کار با رویه حذف مجوزهای غیرضروری و تسهیل شرایط دریافت مجوزها و شفاف‌سازی فعالیت‌های اقتصادی نموده است و در این راستا، رئیس‌جمهور موظف شده است هیئتی موسوم به هیئت نظارت بر مقررات‌زدایی و تسهیل شرایط صدور مجوزها و پروانه فعالیت‌های اقتصادی، تشکیل دهد که طبق آیین‌نامه اجرای ماده ۹ قانون یادشده (مصوب ۱۳۸۸/۵/۱۷)، هیئت وزیران موظف به انجام اقدامات مقرر برای تسهیل و تسریع سرمایه‌گذاری و صدور مجوزهای فعالیت‌های اقتصادی برای بخش‌های غیردولتی، اعم از حقیقی و حقوقی در خصوص اصلاح و حذف قوانین و مقررات زائد یا نامناسب ناظر به صدور مجوزها و پروانه‌ها، تهیه لوایح اصلاحی مربوطه و ارائه آن به هیئت دولت برای طی مراحل قانونی تصویب و نیز تأیید و تصویب محتوای کتاب راهنمای سرمایه‌گذاری گردیده است. مقررات‌گذاری، نوعی عملیات تنظیم بازار از اختیارات دولت در دوران پس‌اصحوصی‌سازی است که نقش خود را در اقتصاد به‌عنوان مالک، تولیدکننده، توزیع‌کننده و کارفرما رها کرده و به‌دنبال نظارت پایدار و گسترده بر انجام این نقش‌ها از سوی بخش خصوصی و هدایت و جهت‌دهی رفتار فعالان بازارهای گوناگون اقتصادی است و در این راستا هم از ابزار قاعده‌سازی (وضع مقررات اداری، استانداردها و آیین‌نامه‌های ناظر به شرع، تداوم و پایان هر یک از فعالیت‌های اقتصادی تولید کالا و خدمات

و توزیع و عرضه آن در بازار) و هم از ابزارهای اداری و مدیریتی (فنی) بهره می‌برند.^۱ در این فرایند، مقامات عمومی بر ورود کالاها و خدمات به بازار و نرخ‌گذاری‌های آنها، نرخ بهره، ساعت کار اصناف، میزان ساعت و رعایت حداقل‌های حمایتی از کارگران، صدور و تمدید و لغو مجوزها و پروانه‌های شغلی، شیوه تبلیغاتی، کیفیت محصولات و رعایت حقوق مصرف‌کنندگان، چگونگی استفاده از املاک خصوصی از حیث ساخت‌وساز و اجاره اماکن مسکونی و تجاری و نیز حفظ محیط زیست نظارت می‌کنند و پیوسته در پی اصلاح انحراف‌ها و حوزه‌های حقوق در جنبه‌های مختلف هستند.^۲

برای مثال، دولت انگلستان مسئله کنترل بنگاه‌های اقتصادی در زمان واگذاری و بعد از آن را به دلیل تضمین منافع مصرف‌کنندگان و تشویق و ترغیب آنها مورد توجه قرار داد. برای نمونه، دولت در جهت ادامه کنترل و نظارت خود بر شرکت‌هایی که از روش عرضه عمومی سهام واگذار شده بودند، یک سهم یک پوندی با امتیازات ویژه (سهم طلایی) را برای خود نگه داشت. جلوگیری از تغییر اساسنامه شرکت، فروش کلی آن بر خارجیان، انحلال و توقف فعالیت‌های شرکت از جمله مهم‌ترین اختیارات سهام طلایی بود. همچنین دولت برای حصول اطمینان از کیفیت خدمات و کالای ارائه‌شده از سوی شرکت‌های خصوصی‌شده، برای آنها استانداردهایی تعیین می‌نمود. به این ترتیب، انگلستان توانست در مدتی کمتر از ده سال از اجرای سیاست خصوصی‌سازی نتایج قابل توجهی به دست آورد و به اهداف تعیین‌شده دست یابد. بنابراین، دولت بریتانیا به جای واگذاری شرکت‌های تولیدی بازرگانی ترجیح داد تا ساختار انحصارات دولتی را حفظ نموده، رژیم نظارتی را به‌عنوان سازوکار کنترل برگزیند.^۳

۱. عرفان شمس، «نقش نهادهای مقررات‌گذار در تنظیم خدمات عمومی»، *اطلاع‌رسانی حقوقی معاونت حقوقی ریاست‌جمهوری*، ش ۲۰ (۱۳۸۸)، صص ۴۱-۵۹.

۲. مهدی هداوند و علی، سر زعیم، «تحول نقش دولت در اقتصاد»، *اطلاع‌رسانی حقوقی معاونت حقوقی ریاست‌جمهوری*، ش ۱۴ (۱۳۸۷)، صص ۴۰-۶۵.

۳. فرشته محمدی، *چالش‌های حقوقی واگذاری واحدهای دولتی به بخش خصوصی*، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد تهران مرکزی، دانشکده حقوق، (۱۳۹۱)، ص ۲۹.

۲. نظارت پس از واگذاری

نظارت بر شرکت‌های واگذاری‌شده و ارزیابی عملکرد آنها، عنوان یکی از مراحل مهم و لاینفک در فرایند خصوصی‌سازی به حساب می‌آید و از مهم‌ترین برنامه‌های سازمان خصوصی‌سازی در مرحله پس از واگذاری است.

۱.۲. دستورالعمل نحوه نظارت پس از واگذاری

سازمان خصوصی‌سازی مکلف است با استفاده از خدمات مؤسسات حسابرسی مورد اعتماد (از بین سازمان حسابرسی و یا مؤسسات عضو جامعه حسابداران رسمی ایران) و یا در موارد خاص، کارشناسان رسمی دادگستری بر اساس برنامه‌ای که تهیه می‌نمایند، شرکت‌های واگذارشده را مورد بازرسی ویژه قرار دهند. این مؤسسات موظف‌اند طی قراردادی که با سازمان خصوصی‌سازی منعقد می‌کنند هر شش ماه یکبار و یا در دوره‌های کوتاه‌تر از شش ماه به تشخیص سازمان خصوصی‌سازی از شرکت‌های واگذارشده بازدید نموده، گزارش کتبی خود را حداکثر ظرف ۴۵ روز به سازمان خصوصی‌سازی ارائه نمایند. قراردادهای یادشده باید به گونه‌ای تنظیم شوند که بازرسان ویژه موظف گردند در موارد ضروری حسب تشخیص سازمان خصوصی‌سازی علاوه بر ارائه گزارش‌های دوره‌ای، گزارش‌های موردی را در فاصله زمانی کوتاه‌تر نیز تهیه و ارائه کنند. گزارش‌های بازرسان ویژه از شرکت‌های واگذارشده محرمانه تلقی شده، این موضوع باید در قراردادهای سازمان خصوصی‌سازی با بازرسان ویژه درج گردد. در موارد خاص به منظور نظارت مستمر، با تصویب هیئت واگذاری، سازمان خصوصی‌سازی می‌تواند از بازرسان ویژه به صورت مقیم در شرکت‌های واگذارشده استفاده نماید. سازمان خصوصی‌سازی موظف است پس از انعقاد و ابلاغ قراردادهای واگذاری، بازرسان یا بازرسان ویژه شرکت واگذارشده را تعیین و به خریدار/ خریداران و همچنین شرکت واگذارشده اعلام نماید. بازرسان ویژه موظف‌اند حسب مورد با توجه به ماده ۴ دستورالعمل اجرایی نحوه تنظیم قراردادهای واگذاری مشتمل بر تعیین اختیارات و تعهدات طرفین قراردادهای، وثایق و تضمین‌ها، شرایط فسخ یا اقاله و نحوه اعمال تخفیفات و جرایم

۱. مرتضی محمودی، اختیارات دولت در دوران پس‌خصوصی‌سازی در ایران، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد تهران مرکزی، (۱۳۹۵)، ص ۱۱۵.

موضوع جزء ۲ بند «ب» ماده ۲۰ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی با أخذ مستندات و مدارک موردنیاز از مدیریت شرکت و در صورت لزوم بازدید حضوری از شرکت، گزارش تهیه نموده، به سازمان خصوصی‌سازی ارائه نمایند. تعیین چارچوب گزارش‌های یادشده و نحوه ارائه آن، به‌عهده سازمان خصوصی‌سازی است و مسئولیت صحت گزارش‌ها برعهده بازرسان ویژه قرار دارد.

شرکت‌هایی که واگذاری آنها به صورت بلوکی، ولی با انعقاد قراردادهای متعدد واگذاری انجام گرفته است از لحاظ موارد نظارتی بر مبنای مجموع درصد بلوک واگذارشده تقسیم‌بندی خواهند شد. مفاد دستورالعمل اجرایی نحوه تنظیم قراردادهای واگذاری مشتمل بر تعیین اختیارات و تعهدات طرفین قراردادهای، وثایق و تضمین‌ها، شرایط فسخ یا اقاله و نحوه اعمال تخفیفات و جرایم موضوع جزء ۴ بند «ب» ماده ۴۰ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی در خصوص شرکت‌هایی که سهام آنها به صورت نقد و اقساط واگذار می‌شود حداکثر برای طول مدت قرارداد و حداقل به مدت پنج سال، و برای شرکت‌هایی که سهام آنها به صورت نقد واگذار می‌گردد حداکثر به مدت پنج سال پس از واگذاری جاری است. در موارد خاص که تعهدات خریدار بیش از طول مدت قرارداد است، هیئت واگذاری می‌تواند به پیشنهاد سازمان خصوصی‌سازی تا پایان زمان ایفای تعهدات یادشده اعمال نماید. در راستای اعمال مشوق‌ها و تنبیهات مندرج در تبصره ۱ ماده ۱۰ دستورالعمل اجرایی نحوه تنظیم قراردادهای واگذاری موضوع جزء ۴ بند «ب» ماده ۴۰ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی، سازمان خصوصی‌سازی می‌تواند برای خریدارانی که از اجرای این مفاد خودداری نمایند، خسارت یا اقدام تنبیهی مناسب را با توجه به نوع، علت و میزان تخلف، تعدد و تکرار آن، وضعیت خریداران و سایر اوضاع و احوال جهت تصویب به هیئت واگذاری پیشنهاد نماید^۱.

سازمان خصوصی‌سازی موظف است فهرست شرکت‌های واگذارشده (اداره کل ثبت شرکت‌ها و مالکیت صنعتی) را به سازمان ثبت اسناد و املاک کشور اعلام کند و سازمان یادشده در دوره تعهد، هرگونه نقل و انتقال اسناد مالکیت اموال شرکت را منوط به مجوز

۱. همان، ص ۱۱۹.

سازمان خصوصی سازی نماید. سازمان خصوصی سازی موظف است گزارش اقدامات نظارتی انجام شده مطابق مفاد این دستورالعمل را به صورت شش ماهه تهیه و به هیئت واگذاری ارائه نماید. بنابراین به نظر می رسد در طی فعالیت سازمان خصوصی سازی، نظارت بر خصوصی سازی ها همواره با بی توجهی های متعدد و آشکار همراه بوده است. هرچند در طی این سال ها، شرکت های بزرگ با میزان سرمایه، تعداد و حوزه فعالیت وسیع، ظرفیت های بسیاری برای سازمان خصوصی سازی ایجاد کرده اند، اما پس از واگذاری ها، نظارت این سازمان بر شرکت های مشمول واگذاری و عملکرد مدیران آنها بسیار مسئله دار و ضعیف بوده است.

مطابق قوانین و مقررات پیش گفته، «پس از واگذاری» بازرسان سازمان خصوصی سازی موظف اند طی قراردادی که با سازمان خصوصی سازی منعقد می نمایند هر شش ماه یکبار و یا در دوره های کوتاه تر، به تشخیص سازمان خصوصی سازی، از بنگاه ها و شرکت های واگذار شده بازدید کنند. بازرسان موظف هستند در موارد ضروری حتی علاوه بر ارائه گزارش های دوره ای، گزارش های موردی را نیز تهیه و ارائه نمایند. و حتی در موارد خاص به منظور نظارت مستمر، سازمان خصوصی سازی می تواند از بازرسان ویژه به صورت مقیم و یا غیرمقیم در بنگاه ها و یا شرکت های واگذار شده استفاده نماید.

نکته مهم «دستورالعمل نحوه نظارت پس از واگذاری» این است که سازمان خصوصی سازی تلاش کرده حتی همین امر نظارت را هم برون سپاری کند تا از طریق انعقاد قرارداد با بازرسان این امر محقق گردد؛ به یک معنا، یک بخش حاکمیتی از فرایند خصوصی سازی یعنی بازرسی از شرکت های خصوصی سازی شده هم به خود بخش خصوصی واگذار شده است.

واگذاری بازرسی شرکت های مشمول واگذاری به بخش خصوصی، نشان می دهد که خصوصی سازی به عنوان یکی از اصول نئولیبرالیسم، مقررات زدایی از امور حاکمیتی را تا مرزهایی پیش برده که میدان وظایف خود را هم بلعیده است؛ یعنی مجری و ناظر یکی شده اند و بخش خصوصی بر بخش خصوصی نظارت می کند. قطعاً این امر نمی تواند از تخلفات شرکت مشمول واگذاری و رعایت قوانین و مقررات که امروز در اولین سطح گریبان

کارگران را گرفته است، پیشگیری کند.

با این حال، بازرسان موظفاند گزارش‌های خود را به سازمان خصوصی سازی ارائه نمایند و سازمان خصوصی سازی نیز وظیفه دارد گزارش اقدامات نظارتی انجام شده مطابق مفاد این دستورالعمل را به صورت شش ماهه و سالانه تهیه و به هیئت واگذاری ارائه کند. بنابراین، وقتی قانون گذار پیش‌بینی کرده است که خریداران شرکت‌های واگذار شده موظفاند برای حضور نمایندگان سازمان خصوصی سازی در مجامع عمومی شرکت‌ها اقدام نمایند؛ یعنی نمایندگان سازمان خصوصی سازی وظیفه دارند در مجامع عمومی شرکت‌ها حضور داشته باشند و نمی‌توانند با این برون‌سپاری‌ها از خود رفع مسئولیت کنند. اما امروز سازمان خصوصی سازی مکانیسم دفاعی غیرقابل توجیهی در این زمینه اتخاذ کرده است؛ سازمان خصوصی سازی به‌رغم وجود این وظایف قانونی، برای توجیه عدم نظارت خود بر شرکت‌های خصوصی سازی شده، با فرافکنی، به شکست‌های دوران دولتی بودن این شرکت‌ها ارجاع می‌دهد؛ مکانیسمی دفاعی که نه تنها مشروعیت بخش عملکرد این سازمان نبوده، بلکه موجب بی‌اعتباری عملکرد آن در حوزه پاسخگویی در زمینه نظارت بر بخش خصوصی نیز خواهد شد.

بنابراین، هنگامی که قرارداد بین دولت و بخش خصوصی منعقد شد و بخش خصوصی فعالیت خود را آغاز کرد، دولت بایستی نظارتی مستمر بر انجام فعالیت‌ها و خدمات داشته باشد تا مفاد قرارداد به‌خوبی به‌اجرا درآید. در برخی موارد اعمال این نظارت را نیز به متخصصان بخش خصوصی واگذار می‌کند که این امر نیز هزینه‌هایی را در پی خواهد داشت.

در اینجا ایراد یکی شدن مجری و ناظر وارد است. سازمان خصوصی سازی که مسئول اجرای برنامه خصوصی سازی در ایران است، مسئول نظارت بر عملکرد شرکت‌های خصوصی شده نیز می‌باشد که می‌تواند بر کیفیت نظارت و تأمین توازن منافع سه‌گانه تأثیر سوء داشته باشد. در دستورالعمل یادشده، تخلفاتی از قبیل فروش دارایی شرکت بدون أخذ مجوز از سازمان خصوصی سازی، تأخیر بیش از دو ماه در پرداخت حقوق کارکنان و کاهش تعداد کارکنان شرکت خارج از مجوز مندرج در قرارداد، تعیین اقدامات تنبیهی از اخطار و

توییح کتبی تا فسخ قرارداد واگذاری در نظر گرفته شده است. برای نمونه، می‌توان به فسخ واگذاری هپکو به دلیل فروش اموال شرکت، عدم پرداخت به موقع حقوق کارکنان و بازپرداخت آن اشاره کرد.

۲.۲. ارزیابی عملکرد در راستای موضوع نظارت پس از واگذاری

یکی از اهداف ارزیابی، امکان‌سنجی اعمال مشوق‌های مالی و غیرمالی به خریداران سهام کنترلی شرکت‌ها است که تعداد کارکنان شرکت را طی دوره‌ای تقسیم، به میزانی بیش از آنچه در سند واگذاری ثبت شده است، افزایش می‌دهند. این مهم بر اساس ماده ۱۶ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی و «دستورالعمل نحوه اعمال مشوق‌های مالی یا غیرمالی» موضوع تبصره ۱ همین ماده صورت می‌پذیرد. اعطای مشوق‌های مالی و غیرمالی موضوع این دستورالعمل، منوط به ارائه برنامه کتبی خریدار برای حفظ و افزایش سطح اشتغال موجود و بازآموزی کارکنان شرکت، پیشنهاد سازمان خصوصی‌سازی و تصویب هیئت واگذاری است. شرط استفاده از مشوق‌های موضوع ماده ۱۶، افزایش میانگین سالانه تعداد کارکنان شرکت پس از واگذاری است؛ مشروط بر آنکه هیچ‌گاه کاهش تعداد کارکنان طی دوره مورد بررسی از ۱۰ درصد بیشتر نباشد.

یکی دیگر از اهداف مهم برنامه ارزیابی عملکرد شرکت‌های واگذار شده در راستای موضوع نظارت پس از واگذاری، بررسی امکان اعطای تخفیفات به آن دسته از خریداران سهام کنترلی شرکت‌های دولتی است که به سرمایه‌گذاری جدید ارتقای کارایی و بهره‌وری، تداوم تولید و بالا بردن سطح آن، ارتقای فناوری و افزایش یا تثبیت سطح اشتغال در بنگاه اقدام می‌نمایند. این مهم بر اساس ماده ۲۵ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی و «دستورالعمل نحوه اخذ تعهدات، درج شروط و اعطای تخفیفات به خریداران سهام کنترلی شرکت‌های دولتی» صورت می‌پذیرد.

۳.۲. اختیارات دولت نسبت به وضعیت اشتغال و حقوق مکتسبه کارکنان بنگاه‌های واگذار شده

عملکرد نهادهای نظارتی در خصوص حقوق شاغلان بنگاه‌های مشمول را می‌توان در دو

برهه زمانی قبل و پس از واگذاری تقسیم نمود. در دوره قبل از واگذاری، سازمان خصوصی‌سازی و هیئت واگذاری از طرف قوه مجریه و پس از آن، شعب ویژه دادگاه‌هایی که قوه قضاییه موظف به تشکیل آن بوده و دیوان عدالت اداری مسئول نظارت بر صیانت از حقوق شاغلان بنگاه‌های مشمول هستند. این نهادها باید در طول روند واگذاری در خصوص تعهد به بیمه بیکاری کلیه کارکنان بنگاه واگذار شده و تعیین رقم اشتغال و ثبت آن در سند واگذاری تا ۵ سال پس از اتمام واگذاری در الزام کارفرمای جانشین دولت به حفظ اشتغال، نظارت‌های لازم را انجام دهند.

مطابق ماده ۲۵ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی، به‌طور کلی سازمان خصوصی‌سازی نخستین نهادی است که مسئله صیانت از حقوق شاغلان بنگاه واگذاری را از طریق در نظر گرفتن و ثبت تمهیدات در واگذاری پیشینی اعمال خواهد کرد. از طرف دیگر، قوه قضاییه نیز شعبات ۱۲ دادگاه حقوقی ۱۰۹۱ دادگاه جزایی تهران را به‌عنوان شعب ویژه جهت رسیدگی به تخلفات و جرایم ناشی از اجرای قانون یادشده و قانون بازار و اوراق بهادار اختصاص داده است. اشخاص حقیقی و حقوقی نیز می‌توانند شکایت کنند، اما وضعیت آنان چندان مشخص نیست. به‌علاوه از آنجایی که بسیاری از بنگاه‌های واگذار شده متعلق به بنگاه‌های اقتصادی عمومی غیردولتی هستند و خود را از حیطه اقتدار قضایی خارج می‌دانند، پاسخگو نمودن آنان و پیگردشان دشوارتر به نظر می‌رسد. دو مورد از وظایف شورای عالی اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ به صیانت از حقوق شاغلان بنگاه‌های مشمول واگذاری مربوط است. بند ۲ اختیارات نظارت بر فرایند اجرای قوانین و مقررات مرتبط با سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی، ذکر می‌کند که افزایش سطح عمومی اشتغال، هم در اصل یادشده، هم در ابلاغیه رهبری در خصوص این اصل و هم در موارد مختلف قانون اجرای اصل مطرح‌شده مورد تأیید قرار گرفته است. بند ۵ اختیارات شورای عالی اجرای سیاست‌های کلی، تصویب شاخص‌هایی برای تحقق اهداف موردنظر را به‌منظور اعمال نظارت دقیق برای اجرای آنها تأیید کرده است. با این حال، فعالیت مؤثر چندانی از سوی این

۱۱. شادی ذوقی پاکدل، بررسی وضعیت ادامه اشتغال کارکنان بنگاه‌های اقتصادی مشمول واگذاری به بخش غیردولتی با تأکید بر اجرای قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد تهران مرکزی، (۱۳۹۳)، صص ۹۰-۹۳.

شورا در خصوص مسئله نظارت در دو مورد نظارت بر فرایند اجرای قوانین و مقررات مرتبط با سیاست‌های کلی اصل ۴۴ و تصویب شاخص‌های اجرایی برای تحقق اهداف سیاست‌های کلی اصل یادشده به منظور اعمال نظارت دقیق آنها دیده نشده است. این شورا با تأخیر نسبتاً طولانی پس از تصویب قانون اجرایی شدن اصل ۴۴ تشکیل گردید و مصوباتی را از تصویب گذرانده که بیشتر بر مسائل فرهنگ‌سازی برای اجرای اصل یادشده تمرکز داشته است. اما به علت ناروشتی وضعیت نحوه واگذاری و اطلاعات آن به‌ویژه در خصوص تدوین سند واگذاری‌ها و رقم‌های ذکرشده شاغلان در آن و صورتی بودن نهادهای موجود مانند شورای واگذاری یا سازمان خصوصی‌سازی، بسیاری از نهادهای فعال در این حوزه تنها در نام وجود دارند و هیچ اثری از فعالیت آنها مترتب نیست. بنابراین، یکی از مراحل «پس از واگذاری» می‌توان به نحوه بازارگردانی، استراتژی بهینه مالی بنگاه، افزایش سرمایه بنگاه، تجدید ساختار مالی، دریافت مجوزها و تعهد پذیرهنویسی، عدم اخراج بی‌دلیل کارگران و عدم ایجاد معوقات دستمزدی و مواردی از این قبیل اشاره کرد. رعایت بیشتر موارد یادشده در این مرحله از بازرسی سازمان خصوصی‌سازی، مورد غفلت قرار گرفته و در اغلب موارد آنان که بیشترین ضرر را کرده‌اند، کارگران بوده‌اند. مطابق ماده ۸ دستورالعمل یادشده، در راستای پیش‌بینی تخلفات و ضمانت اجرای متناسب برای این نظارت و بازرسی، انجام اعمالی از سوی خریداران و یا مدیران بنگاه‌ها و یا شرکت‌های واگذارشده، تخلف محسوب می‌شود و متناسب با تعدد و شدت تخلف انجام‌شده، حسب تشخیص سازمان خصوصی‌سازی و تصویب هیئت واگذاری، مشمول یک یا چند مورد از اقدامات تنبیهی پیش‌بینی در این دستورالعمل خواهند شد.

در بسیاری از مجموعه‌های خصوصی‌سازی، دو مورد تخلف مبتلابه است که مستقیماً به وضعیت معیشت کارگران ارتباط پیدا می‌کند و هر دو مورد نیز در همین دستورالعمل به‌عنوان شرایطی که مستوجب تنبیه بخش خصوصی می‌شود، پیش‌بینی شده است: ۱. تأخیر بیش از دو ماه در پرداخت حقوق و دستمزد کارکنان به‌گونه‌ای که باعث اختلال در

۱. مرتضی محمودی، اختیارات دولت در دوران پس‌خصوصی‌سازی در ایران، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد تهران مرکز، (۱۳۹۵)، صص ۱۳۵-۱۳۷.

روند فعالیت بنگاه و یا شرکت گردد. ۲. کاهش تعداد کارکنان بنگاه و یا شرکت، خارج از مجوز مندرج در قرارداد.

بنابراین، سازمان خصوصی‌سازی مکلف است در صورت تأخیر بیش از دو ماه حقوق معوقه کارکنان سابق و کارگران فعلی شرکت خصوصی‌سازی شده و یا اخراج کارکنان یا کارگران شرکت، ضمانت اجرای قانونی متنوع، امکان صلاحیت سازمان خصوصی‌سازی را برای تنبیه ضمانت‌های اجرایی قانونی متنوع، امکان صلاحیت سازمان خصوصی‌سازی را برای تنبیه شرکت‌هایی که مثلاً حقوق کارگزارانش را با تأخیر ۳ ماهه یا بیشتر پرداخت نموده بسیار باز کرده است؛ هرچند «اراده‌ای برای انجام» می‌خواهد. با وجود این، از جمله آسیب‌های سیاست‌های خصوصی‌سازی اجراشده در طی این دوره این است که قانون‌های مرتبط با آن، وضعیت پرسنلی شرکت‌های مورد واگذاری را در زمان پس از واگذاری خوب تبیین نکرده است. بنابراین لازم است که قانون خصوصی‌سازی اولاً نظارت‌های پس از واگذاری شرکت‌ها را به‌عنوان مصالح و منافع عمومی با جدیت اجرا کرده، گزارش عملکرد شرکت را تهیه کند و در اختیار شرکت‌های مادر تخصصی قرار دهد. ثانیاً این آسیب و نقص قانونی در مورد عدم تبیین مناسب و شفاف قانونی وضعیت پرسنل شرکت‌ها پس از واگذاری بایستی مورد پیگیری قرار گرفته، قانون‌های مناسب با ابزارهای نظارتی کامل و دارای بیشترین قدرت حمایتی از حقوق و امنیت کاری پرسنل وضع گردد.

به این ترتیب، یکی از مقدمات اعمال نظارت بر اجرای قراردادهای خصوصی‌سازی، پیش‌بینی تضمین‌های حقوقی لازم است. الزام بخش خصوصی به ارائه گزارش فعالیت در زمان‌های مقرر پس از واگذاری، تعهد به گزارش فعالیت‌های بنگاه‌ها، تعهد به افزایش حجم سرمایه شرکت بعد از دوره مشخص، از جمله تضمین‌هایی است که دولت باید از بخش خصوصی أخذ کند. تصریح به این تضمین‌ها در قانون، اعمال نظارت را ضابطه‌مند می‌سازد. با این حال، در وضع این تضمین‌ها نباید به‌گونه‌ای عمل کرد که انگیزه‌های سرمایه‌گذاری بخش خصوصی کاهش یابد و این بخش خود را در مواجهه با تکالیف سنگین و نامتعارف ببیند؛ برای مثال، این تعهد که بخش خصوصی مکلف است کلیه کارکنان بنگاه دولتی را حفظ کرده، هر ماه چند نیروی داخلی به مجموعه بیفزاید، تعهدی نامتعارف است که در

قرارداد خصوصی‌سازی گنجانده شده و باید مورد بازنگری قرار گیرد!

۴.۲. شورای عالی بورس

الگوی نظارتی در بازار سرمایه ایران از این قرار است که از دو نهاد شورای عالی بورس و سازمان بورس اوراق بهادار تشکیل گردیده است. شورای عالی بورس به سیاست‌گذاری‌های کلان بازار می‌پردازد و سازمان بورس تحت نظارت شورا، نقش عمده‌ای در نظارت بر فعالان بازار به‌منظور تنظیم و هدایت بازار برعهده دارد. اما نقش دولت به‌ویژه وزارت اقتصاد و دارایی و صلاحیت تصمیم‌گیری نهایی وزیر اقتصاد در نوع نظارت نهادهای ناظر و عملکرد ارکان نظارتی بازار، تأثیر عظیمی بر جای نهاده و تا حدی استقلال این نهاد را تحت شعاع قرار داده است.

بنابراین، اتخاذ تدابیر لازم برای ساماندهی و توسعه بازار اوراق بهادار، تعیین سیاست‌ها و خط‌مشی بازار اوراق بهادار، پیشنهاد آیین‌نامه‌های لازم به هیئت وزیران برای تصویب و ارتباط بازار سرمایه کشور با بورس‌های خارج از کشور، از مهم‌ترین وظایف شورای عالی بورس است؛ البته این نظارت از سوی هیئت مدیره سازمان بورس اوراق بهادار به‌عنوان بدنه اجرایی نهاد ناظر و مجری سیاست‌های شورای عالی بورس و اوراق بهادار اعمال می‌شود. قانون‌گذار در ماده ۲ قانون بازار به این مهم اشاره کرده است. قانون بازار اوراق بهادار برای بورس علاوه بر پیشرفت در تمامی حوزه‌ها، افزایش شفافیت در اطلاع‌رسانی را به‌همراه داشته است.

در خصوص واگذاری سهام شرکت‌های دولتی و با توجه به جزئیات لوائح سالانه بودجه در بخش درآمدی، وزارت امور اقتصادی و دارایی مکلف است تمام یا بخشی از سهام و دارایی‌های دولتی دستگاه‌های اجرایی زیرمجموعه قوه مجریه و باقیمانده سهام متعلق به

۱. محسن صادقی و عاطفه آجری آیسک، «لزوم نظارت بر خصوصی‌سازی در راستای اصل توازن منافع سه‌گانه»، حقوق اقتصادی، ش ۱۸ (۱۳۹۹)، صص ۲۷۱-۲۷۲.

۲. زهرا محمدیان، نقش نهاد نظارتی در بازار سرمایه ایران، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد شهر قدس، دانشکده علوم انسانی، (۱۳۹۶)، ص ۱.

۳. ندا کاردان زیرک، ساختار و وظایف نهاد ناظر در بازار سرمایه، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، (۱۳۹۲)، ص ۲.

دولت و شرکت‌های دولتی در بنگاه‌های مشمول واگذاری را مطابق روش‌های مندرج در قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی عرضه نماید

همچنین به موجب مصوبه (لایحه بودجه ردیف ۲ بند «الف» تبصره ۲) مجلس، وزارت امور اقتصادی و دارایی مجاز است سهام شرکت‌های تابعه در بورس اوراق بهادار تهران یا فرابورس ایران را که در مالکیت دستگاه‌های اجرایی یا شرکت‌های تابعه آنها و یا بانک‌های دولتی قرار دارند در چارچوب روش‌های مندرج در این جزء واگذار نماید. در صورت واگذاری در قالب صندوق‌های سرمایه‌گذاری قابل معامله در بورس، پس از ایجاد صندوق‌های سرمایه‌گذاری، انتقال سهام یادشده در قالب معاملات خارج از جلسه رسمی معاملات بین صندوق‌ها و عرضه واحدها و صندوق‌های یادشده به عموم امکان‌پذیر است. عرضه سهام شرکت‌ها به روش ثبت سفارش یا در قالب صندوق‌های سرمایه‌گذاری تا سقف ۳۰ درصد مشمول تخفیف است. میزان تخفیف از سوی هیئت وزیران تعیین می‌شود.

همچنان‌که در تصویب‌نامه شورای عالی اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی و وزارت امور اقتصادی و دارایی آمده، در راستای اجرای بندهای ۳ و ۵ ماده ۶ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی به منظور نظارت سایر نهادهای ذی‌ربط، سازمان بورس و اوراق بهادار مکلف است با همکاری سازمان ثبت اسناد و املاک کشور (اداره ثبت شرکت‌ها) ظرف مدت حداکثر شش ماه از تاریخ ابلاغ مصوبه یادشده (۱۳۹۹/۰۹/۱۶) از طریق ارتقای سامانه‌های فعلی اطلاعات مالی شرکت‌ها، نسبت به ایجاد بستری برای رصد هوشمند و شفاف مالکیت و سهم بازار شرکت‌های اصلی و اقماری اشخاص حقوقی موضوع بند ۵ ماده ۶ قانون اقدام کرده، اطلاعات مالی آنها را در سطوح مختلف در این سامانه بارگذاری نماید. همچنین نسبت به دسترسی برخط شورای رقابت به سامانه یادشده اقدام کند.

۵.۲. هیئت داورى

هیئت داورى موضوع ماده ۲۱ قانون برنامه سوم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران به منظور رسیدگی، اظهار نظر و اتخاذ تصمیم در مورد شکایت

اشخاص حقیقی و حقوقی از هریک از تصمیم‌ها در امر واگذاری، مطابق با آیین‌نامه اجرایی نحوه تشکیل جلسات و چگونگی اتخاذ تصمیمات هیئت داورى موضوع ماده ۲۱ تنفیذی قانون برنامه سوم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران در ماده 30 قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ رسیدگی می‌نماید. با استناد به بند «ج» از آیین‌نامه یادشده منظور قراردادهای واگذاری مالکیت (اجاره به شرط تملیک، فروش تمام یا بخشی از سهام، حق تقدم سهام و سهم‌الشرکه، حقوق مالکانه و اموال) و واگذاری مدیریت (اجاره، پیمانکاری عمومی و پیمان مدیریت)، در کلیه موارد مشمول قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی است.

مطابق ماده ۳۰ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی: الف- جهت رسیدگی به دعاوی و اختلافات ناشی از واگذاری‌ها، اتخاذ تصمیم نسبت به دعاوی و اختلافات ناشی از فرایند واگذاری بنگاه‌های دولتی، سهام دولت و شرکت‌های دولتی در شرکت‌های دولتی و غیردولتی و حقوق و دارایی‌های آنها موضوع این قانون، در صلاحیت هیئت داورى هفت نفره موضوع این ماده است. موضوع داورى باید در آگهی عرضه سهام و دارایی‌ها و قرارداد واگذاری درج گردد.

تبصره- فرایند واگذاری شامل اقدامات قبل، حین یا بعد از واگذاری است که به تشخیص هیئت داورى به‌طور مستقیم مرتبط با واگذاری بوده، محدود به طرفین قرارداد یا قائم مقام قانونی آنها و کارکنان بنگاه‌ها و شرکت‌های دولتی واگذارشده و سایر اشخاص ثالث ذی‌نفع می‌شود.

برای مثال، در این خصوص می‌توان به آرای هیئت داورى در خصوص پرونده کشت و صنعت مغان اشاره کرد که ابتدا این موضوع از سوی هیئت مستشاری دیوان محاسبات ناظر به محرز بودن تخلف در ارزیابی سهام و دارایی‌ها و واگذاری اعلام گردید و از آنجایی که ارزیابی یادشده باید مبتنی بر واقعیات اثرگذار بر قیمت سهام مربوطه و با توجه به زمان انعقاد قرارداد (۱۳۹۷/۱۰/۰۲) و علی‌القاعده با ابتدای به صورت‌های مالی سال ۱۳۹۶ شرکت و بر اساس استانداردهای قانونی مربوطه صورت می‌پذیرفت، نهایتاً هیئت داورى مطابق وظایف و اختیارات خود با بررسی موضوع و احراز عدم رعایت شرایط واگذاری، رأی به ابطال

واگذاری این شرکت به بخش خصوصی داده است.

به این ترتیب، هرچند در فصل سوم قانون برنامه سوم توسعه، پس از آنکه در ماده ۲۰ برای نخستین بار به معرفی هیئت داورى واگذاری می‌پردازد، بی‌درنگ در ماده ۲۱ تعداد هیئت داورى را ۷ نفر و ترکیب آنان را نیز به شرح زیر اعلام می‌نماید: پنج نفر از متخصصان [.....] به پیشنهاد مشترک وزیر امور اقتصادی و دارایی، وزیر دادگستری و رئیس سازمان برنامه و بودجه و تصویب هیئت وزیران برای مدت شش سال؛ رئیس اتاق تعاون؛ رئیس اتاق بازرگانی و صنایع و معادن جمهوری اسلامی ایران.

بنابراین، قانون یادشده در اساس، هیچ توافقی را نه بر سر تعداد و نه بر سر ترکیب هیئت داوران به رسمیت نشناخته است. علاوه بر این، اگرچه بی‌طرفی داوران و ذی‌نفع نبودن آنان در اختلاف فی‌مابین نیز از مبانی پذیرفته‌شده و اساسی داورى داخلی و بین‌المللی است، قانون‌گذار ترکیب این هیئت را به گونه‌ای در نظر گرفته است که دست کم پنج نفر از هفت نفر اعضای آن، منتسب و از اعضای دولت باشد و نمی‌توان ایشان را در دعوای خصوصی‌سازی شرکت‌های دولتی که دولت یکی از طرفین اختلاف است، بی‌طرف قلمداد نمود. با وجود این، به نظر می‌رسد که چنین موضوعی با ذات و ماهیت امر داورى سختی ندارد و متعاقب آن به لحاظ امر نظارتی نمی‌تواند مفید واقع شود.

۶.۲. هیئت واگذاری

در راستای نظارت پس از واگذاری در امور خصوصی‌سازی، علاوه بر وظایف و اختیارات متعدد هیئت واگذاری مطابق آخرین اصلاحات قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ مصوب ۱۳۹۷، می‌توان به تصمیمات این هیئت در خصوص گزارش‌های سازمان خصوصی‌سازی اشاره کرد. برای مثال، مصوبه (سیصد و شصت و نهمین جلسه) هیئت واگذاری در خصوص گزارش سازمان خصوصی‌سازی مبنی بر عدم ایفای تعهدات خریدار شرکت «کشت و صنعت نیشکر هفت‌تپه» و پیشنهاد فسخ قرارداد که این امر از سوی هیئت

۱. اویس رضوانیان، «بررسی ماهیت هیئت داورى موضوع ماده ۳۰ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ با نگاهی به رویه قضایی»، برنامه‌ریزی و بودجه، سال ۲۲، ش ۲ (۱۳۹۶)، ص ۱۶۹.

یادشده با توجه به شرایط خاص منطقه و بنگاه پیش‌گفته، با ادامه قرارداد مشروط به انجام تعهدات مربوطه از سوی خریدار و استمهال پرداخت اقساط معوق موافقت شد. همچنین مصوبه (سیصد و هفتاد و سومین جلسه) هیئت واگذاری در خصوص گزارش سازمان خصوصی‌سازی درباره «بازرسی شرکت‌ها و بنگاه‌های کنترلی واگذارشده طی سال‌های ۱۳۹۶ تا ۱۳۹۸، پس از بحث و بررسی موضوعات مربوطه، علاوه بر ضمانت اجرای تنبیهی، سازمان خصوصی‌سازی را مکلف به بازنگری و اصلاح مقررات و مصوبات موجود (آیین‌نامه و دستورالعمل‌ها) نمود. نمونه دیگر می‌توان به مصوبه (سیصد و شصت و چهارمین جلسه) هیئت واگذاری مبنی بر مکلف کردن سازمان خصوصی‌سازی نسبت به عرضه خرد و تدریجی سهام شرکت ایران ترانسفو و موافقت با درخواست گروه مپنا، خریدار سهام شرکت آلومینیوم المهدی و طرح هرمزال، مبنی بر افزایش دوره بازپرداخت اقساط قرارداد واگذاری شرکت‌های یادشده اشاره کرد.

۷,۲. شورای عالی اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴

در راستای وظایف و اختیارات متعدد و متنوع شورای یادشده از جمله اجرای بندهای ۷ و ۸ (موضوع تبیین نقش سیاست‌گذاری و هدایت و نظارت دولت، و همچنین ایجاد هماهنگی بین دستگاه‌های اجرایی در اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی) و از سوی به‌منظور تقویت نظارت پس از واگذاری بر بنگاه‌های واگذارشده (موضوع دستورالعمل نحوه نظارت پس از واگذاری در خصوص جزء ۴ بند «ب» ماده ۴۰ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی) مطابق تصویب‌نامه شورای عالی اجرای سیاست‌های فوق و وزارت امور اقتصادی و دارایی مورخ ۴ اسفند ۱۳۹۹، سازمان خصوصی‌سازی مکلف به ارتقای سامانه‌های فعلی نسبت به ایجاد بستری برای رصد هوشمند و شفاف بنگاه‌های یادشده، بارگذاری اطلاعات مالی و عملکردی آنها در سطوح مختلف و تکلیف به اطلاع‌رسانی عمومی مبنی بر آگهی عرضه بنگاه‌های مشمول واگذاری از طریق پایگاه اطلاع‌رسانی اینترنتی خود و حداقل دو روزنامه کثیرالانتشار در صدا و سیما ملی و شبکه استانی محل استقرار بنگاه مورد واگذاری و سایر اطلاعات به هیئت واگذاری شده است. علاوه بر این، شورای عالی اجرا سازمان خصوصی‌سازی را مکلف کرده که با تشکیل کارگروهی متشکل از

نمایندگان دستگاه‌های اجرایی ذی‌ربط و نهادهای نظارتی و با استفاده از ظرفیت‌های علمی دانشگاه‌ها و صاحب‌نظران اقتصادی ظرف مدت حداکثر چهار ماه از تاریخ ابلاغ این مصوبه نسبت به ارائه لایحه اصلاحی قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی در راستای رفع چالش‌های مبتلابه خصوصی‌سازی در حوزه‌هایی از جمله «فرایند اصلاح ساختار شرکت‌های مشمول واگذاری و متنوع‌سازی روش‌های واگذاری»، «فرایند نظارت حین و پس از واگذاری» و «واگذاری سیستم دادرسی واگذاری‌ها» به دبیرخانه شورا اقدام نماید.

اما با در نظر گرفتن موضوع مدیریت رفع تعارض منافع و وحدت ملاک آن، به نظر می‌رسد در اینجا نیز ایرادی وارد است؛ چراکه بهتر است مأموران دولتی نسبت به تصمیماتی که اتخاذ می‌کنند استقلال کامل داشته باشند، اما این امر همیشه میسر نیست. این افراد در جامعه زندگی کرده، با درآمدهایشان سرمایه‌گذاری و اموال شخصی خود را خرید و فروش می‌کنند و این امور ممکن است با وظیفه آنها در اتخاذ تصمیمات، تعارض منافع ایجاد کند. داشتن نفع شخصی دارای تعارض به‌خودی خود فساد نیست، بلکه فساد در جایی نهفته است که زمینه تأثیرگذاری ناروای منافع خصوصی بر منافع عمومی فراهم شود. اقدامات پیشگیرانه از تعارض منافع، با حذف وسوسه یا فرصت عادی مواجهه با فساد، عامل مهمی در پیشگیری از فساد اقتصادی خواهد بود. اقدامات صورت‌گرفته در خصوص رفع تعارض منافع، با حذف اسباب مظنونیت، از مأموران نیز حمایت می‌کند و به سلامت نظام اداره دولت اعتماد و اطمینان می‌بخشد.^۱

در همین راستا در ماده ۲۴ در مورد افرادی که در جریان واگذاری مظنون به فساد بوده‌اند چنین آمده است: «... حق ندارند به طور مستقیم یا غیر مستقیم در خرید سهام، سهم‌الشرکه، حق تقدم ناشی از سهام و سهم‌الشرکه، حقوق مالکانه و حق بهره‌برداری مدیریت قابل واگذاری را، خریداری نمایند». به‌موجب تبصره ۲ ماده پیش‌گفته، این ممنوعیت شامل بستگان این افراد به شرح مندرج در قانون منع مداخله کارکنان دولت مصوب ۱۳۳۷ و اصلاحات بعدی آن نیز می‌شود.

^۱ Langseth, P. & Others, *The Global Programme Against Corruption*. (UN Anticorruption Toolkit), United Nations Office on Drugs & Crime. Vienna, (2004).

۸.۲. وظایف و اختیارات شورای رقابت در خصوص اعمال نظارتی و چالش‌های آن

دامنه گسترده‌ای از ابزار اعمال حاکمیت در اختیار این نهاد مقررات‌گذار جهت اعمال نظارت قرار گرفته است (قانون نحوه اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴) که به شرح زیر است:

- دستور به فسخ هر نوع قرارداد، توافق و تفاهم متضمن رویه‌های ضدرقابتی
- دستور به توقف طرفین توافق با توافقی‌های مرتبط با آن از ادامه رویه‌های ضدرقابتی موردنظر
- دستور به توقف هر رویه ضدرقابتی
- اطلاع‌رسانی عمومی در جهت شفافیت بیشتر بازار
- دستور به عزل مدیرانی که برخلاف مقررات انتخاب شده‌اند
- دستور به واگذاری سهام یا سرمایه بنگاه‌ها یا شرکت‌ها که برخلاف قانون حاصل شده است
- الزام به تعلیق یا دستور به ابطال هرگونه ادغام که برخلاف قانون انجام شده و یا الزام به تجزیه شرکت‌های ادغام شده
- دستور استرداد اضافه درآمد یا توقیف اموالی که از طریق ارتکاب رویه‌های ضدرقابتی قانون تحصیل شده است.

شورای رقابت تنها مرجع رسیدگی به موارد ضدرقابتی است و مکلف است رأساً و بر اساس شکایت هر شخصی اعم از حقیقی یا حقوقی از جمله دادستان کل یا دادستان محل، دیوان محاسبات کشور، سازمان بازرسی کل کشور، تنظیم‌کننده‌های بخشی، سازمان‌ها و نهادهای وابسته به دولت، تشکل‌های صنفی، انجمن‌های حمایت حقوق مصرف‌کنندگان و دیگر سازمان‌های غیردولتی و بررسی و تحقیق در خصوص رویه‌های ضدرقابتی را آغاز و در چارچوب ماده ۴۱ این قانون تصمیم بگیرد. بنابراین، رسیدگی و نظارت بر رفتار بنگاه‌ها و اعمال محل رقابت در بازارهای کشور نیازمند تشکیل بازوهای استانی برای شورا در نقاط

مختلف است. درحالی که ساختار کنونی شورای رقابت همان‌گونه که در فصل نهم قانون اشاره شده، بر تمرکز جغرافیایی آن استوار بوده و برای این نهادها بازوهای استانی پیش‌بینی نشده است. با توجه به وجود چنین نقصانی در ساختار سازمانی شورا، ایفای نقش مدعی‌العموم از سوی شورا و شناسایی مصادیق ضدرقابتی در گستره جغرافیایی کشور در شرایط موجود تا حدی غیرعملی به نظر می‌رسد. از این رو باید در درازمدت برای رفع این نقص تدابیری اندیشیده شود^۱ اما از آنجایی که اکثریت اعضای این شورا از اعضای هیئت دولت و یا منصوب از سوی قوه مجریه می‌باشند، تکرر و استقلال حقوقی این اعضا به چشم نمی‌خورد. به عبارت دیگر، نشان‌دهنده وابستگی این رگولاتور به قوه مجریه است. بنابراین، امکان اعمال نظارت مطلوب از سوی شورا به دلیل عدم استقلال کامل وجود نخواهد داشت و اینکه در فرایند تصمیم‌گیری به موجب ماده ۶۱ قانون تصمیمات شورا در صورتی اعتبار خواهد داشت که حداقل رأی یک قاضی عضو نیز در آن مثبت باشد که می‌توان گفت این موضوع بیانگر حق وتو برای اعضای قاضی در شورای رقابت بوده و از این حیث قانون نوعی ارجحیت برای اعضای حقوقی شورا قائل شده است. بنابراین به نظر می‌رسد که چالش‌های قانونی فراروی صلاحیت شورای رقابت قرار گرفته است؛ به عبارت دیگر، گرچه در قانون هیچ تفکیکی بین بازارهای انحصاری صورت نگرفته و همچنین به مفاهیم مرتبط با تسهیل رقابت در فصل نهم قانون اصل ۴۴ توجهی نشده، ولی مفاهیم کیفی در برخی مواد قانونی فصل نهم موجود است. بنابراین، به نظر می‌رسد در بُعد درون‌سازمانی، به دلیل عدم پیش‌بینی ستادهای منطقه‌ای و زیرشاخه‌های استانی برای شورای مربوطه و احتمال اختلال در ایفای بهینه وظایف و کارکردهای مختلف آن شورا در گستره جغرافیایی کل کشور، بازنگری مجدد مقنن اجتناب‌ناپذیر خواهد بود. لحاظ نکردن مقتضیات خاص تجاری و محیط بازار در تحقیق، بازرسی و رسیدگی شورا نیز از دیگر موارد قابل انتقاد در این زمینه است. اما در بُعد برون‌سازمانی، تزاخم و تداخل وظایف و اختیارات شورا با سایر نهادهای مشابه (همچون سازمان تعزیرات حکومتی و کمیسیون تنظیم مقررات ارتباطات) و نیز سکوت قانون‌گذار در خصوص جواز یا عدم جواز نظارت قضایی بر تصمیمات شورا، پیش‌بینی

۱. ایمان چراتیان، «واکاوی چالش‌های شورای رقابت»، مجلس و راهبرد، ش ۷۳ (۱۳۹۲)، ص ۸۲.

۲. موضوع تصمیمات اصلاحی و تنبیهی اتخاذشده در موقع احراز اعمال رویه‌های ضدرقابتی.

سازوکارهای جدید قانونی را در جهت جلوگیری از تشتت‌های احتمالی، الزام می‌کند. در بُعد اجرایی، جدای از سرعت در اعمال تصمیمات شورا و فقدان اثر تعلیقی تجدیدنظرخواهی از آن - جز در صورت سپردن تأمین متناسب - ارجاع فرایند اجرایی آن به مراجع قضایی رسمی نیز محل انتقاد بوده و متبادرکننده عدم هماهنگی بین سیاست جنایی - تقنینی و سیاست جنایی - اجرایی، به ذهن است!

۹.۲. آسیب‌شناسی حقوقی خصوصی‌سازی در ایران

با عنایت به پژوهش‌های مختلف و مطالعات متنوع صورت‌گرفته در فرایند خصوصی‌سازی، چالش‌های متعددی وجود دارد که در این پژوهش به اقتضای موضوع به تعدادی از آنها به همراه بعضی از راهکارها اشاره شده است.

در خصوص چالش و به‌نوعی آسیب‌های حقوقی خصوصی‌سازی می‌توان از عدم توجه به اهلیت خریداران به‌رغم وجود دستورالعمل اهلیت نام برد که یکی از اساسی‌ترین حلقه‌های مفقوده در جریان اجرای خصوصی‌سازی در کشور است؛ آسیبی که ریسک واگذاری‌های صورت‌گرفته را به حداکثر ممکن رسانده است. از این رو، ضروری است با احترام به تجربیات موفق دنیا (از جمله آلمان، انگلیس، مرحله دوم واگذاری‌ها در شیلی) و قواعد حرفه‌ای کسب و کار، نسبت به اعمال اهلیت خریداران (سرمایه‌گذاران) در واگذاری‌ها به‌ویژه واگذاری بنگاه‌های بزرگ اقدام شود.

موضوع بعدی ریشه‌یابی آسیب‌های مربوط به جایگاه حاکمیتی نامناسب دستگاه مجری خصوصی‌سازی، مقاومت، ناهماهنگی و عدم رغبت اغلب مدیران و مسئولان دستگاه‌ها و سازمان‌های دولتی با خصوصی‌سازی و همچنین عدم بازسازی ساختاری بنگاه‌ها و شرکت‌های مشمول واگذاری است که ما را به این نکته رهنمون می‌سازد که جدا کردن برنامه‌های خصوصی‌سازی از برنامه‌های توسعه کشور که متعاقب آن با جدا شدن دستگاه متولی امر واگذاری از سازمان برنامه و بودجه همراه شد، یک تصمیم اشتباه استراتژیک در

۱. عباس شیخ الاسلامی و امید، ابراهیمی، «ارزیابی حقوقی ساختار سازمانی و کارکردهای شورای رقابت»، مطالعات حقوق عمومی، ش ۳ (۱۳۹۸)، صص ۷۱۲-۷۱۳.

اقتصاد کشور بوده است. چراکه اولاً سازمان برنامه و بودجه شناخت کامل و تخصصی نسبت به سازمان‌ها و شرکت‌های دولتی داشته است؛ لذا از جایگاه قانونی مناسب و ابزار قدرت کارآمد به منظور اعمال مدیریت بر شرکت‌های مادر تخصصی برای افزایش اطلاعات شرکت‌های تابعه، اصلاح و بازسازی ساختاری آنها و همچنین آماده‌سازی شرکت‌ها و بنگاه‌ها برای واگذاری برخوردار بوده است. ثانیاً این سازمان با توجه به ماهیت و وظایف خود از جمله راهبری و رصد توسعه کشور و انجام مطالعات و بررسی‌های اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی کشور، قادر به تلفیق برنامه‌های خصوصی‌سازی با برنامه‌های توسعه کشور است. ثالثاً «سیاست‌گذاری و برنامه‌ریزی واگذاری‌ها» متناسب با راهبردهای توسعه و برنامه‌های کوتاه‌مدت، میان‌مدت و بلندمدت و با تمرکز بر درآمدزایی برای دولت که از سوی سازمان‌ها و ارگان‌های اقتصادی - نه صرفاً سازمان خصوصی‌سازی - دنبال می‌شود، صورت می‌گرفته است. بر این اساس پیشنهاد می‌شود هدایت، راهبری و اجرای خصوصی‌سازی در کشور از سوی سازمان برنامه و بودجه انجام شود.

مکلف نمودن دولت به تحقق درآمد از محل فروش شرکت‌ها و بنگاه‌های دولتی و واریز آن به خزانه بر اساس قانون بودجه سالانه و مصرف آن در حوزه‌های غیرمرتبط با خصوصی‌سازی، موجب غلبه رویکرد درآمدزایی در واگذاری‌ها شده است که در هیچ‌یک از نمونه‌های موفق دنیا (از جمله مالزی) مشاهده نمی‌شود. این رویکرد، موضوع اهلیت خریداران و همچنین الزام خریداران به سرمایه‌گذاری جدید و ارتقای کارایی شرکت‌های واگذار شده را به حاشیه برده است. بر این اساس، ضروری است دولت و مجلس با عبور از رویکرد درآمدزایی، برنامه واگذاری‌ها را مبتنی بر اهداف واقعی خصوصی‌سازی قرار داده، تداوم تولید، ارتقای بهره‌وری بنگاه‌های واگذار شده و بهبود اقتصاد ملی را مبنای ارزیابی موفقیت خصوصی‌سازی قرار دهند، نه میزان تحقق درآمدهای بودجه‌ای سالانه را. از سوی دیگر در حال حاضر مؤثرترین نهاد تصمیم‌گیر در خصوصی‌سازی شرکت‌ها و بنگاه‌های دولتی، هیئت واگذاری است. لیکن همان‌طور که پیش‌تر اشاره شد، حیطة اختیارات این هیئت و ترکیب اعضای آن با اهداف خصوصی‌سازی همخوانی ندارد. در نظر نگرفتن حق رأی برای برخی اعضا، عدم پاسخگویی هیئت در برابر کیفیت تصمیمات اتخاذ شده،

ساده‌انگاری و واگذاری‌ها، عدم توجه به همه ابعاد و جوانب واگذاری‌ها و ...، موجب اتخاذ تصمیمات غیرجامع و با کیفیت پایین شده که این موضوع به نوبه خود موجب بروز مشکلات و چالش‌های متعددی شده است. بر این اساس، پیشنهاد می‌شود ضمن تغییر در ترکیب اعضای مؤثر هیئت واگذاری، نسبت به اصلاح اختیارات این هیئت متناسب با اهداف خصوصی‌سازی اقدام شود. اگرچه در حال حاضر مشوق‌هایی برای حضور سرمایه‌گذاران بخش خصوصی در فرایند خصوصی‌سازی در نظر گرفته شده است، لیکن بخش خصوصی همچنان به دلیل قدرت اقتصادی و سیاسی بخش‌های شبه‌دولتی و عمومی، قادر به رقابت با این بخش‌ها نیست. از این رو، پیشنهاد می‌شود اولاً حضور بخش‌های دولتی و عمومی در فرایند خصوصی‌سازی محدود شود و ثانیاً توانمندسازی بخش خصوصی برای توفیق اجرای خصوصی‌سازی از طریق اصلاح و بهبود فضای کسب و کار، اصلاح دستورالعمل‌ها و آیین‌نامه‌های واگذاری و ... محقق گردد. از طرفی با توجه به تعدد و تکثر نهادهای نظارتی، پیشنهاد می‌شود نظارت بر اجرای صحیح خصوصی‌سازی، در یک نهاد، دستگاه یا سازمان متمرکز شده، از موازی‌کاری، دوباره‌کاری، اتلاف منابع که به نوبه خود موجب کند شدن مسیر حرکت واگذاری‌ها نیز می‌شود، جلوگیری گردد. به این ترتیب، همان‌طور که اشاره شد، عدم تفکیک شفاف و متقن وظایف حاکمیتی و تصدی‌گری دولت، یکی از موانع اجرای صحیح خصوصی‌سازی بوده است. در واقع، دولت‌ها همواره علاقه‌مند به ورود به قلمرو بخش خصوصی بوده‌اند که این موضوع به معنی محدودکردن قلمرو بخش خصوصی و اقدامی ضدتوسعه‌ای محسوب می‌شود. این درحالی است که در ماده ۸ قانون مدیریت خدمات کشوری مصوب ۱۳۸۶، امور حاکمیتی تعریف و در ماده ۲۴ همان قانون، تکالیف کلیه دستگاه‌های اجرایی به‌منظور شناسایی وظایف قابل واگذاری به بخش غیردولتی ظرف شش ماه از زمان تصویب، مشخص شده است. بر این اساس، پیشنهاد می‌شود اجرای قانون یادشده و نظارت بر حسن اجرای آن، در دستور کار قرار گیرد.

نتیجه

در متن سیاست‌های اصل ۴۴ به صراحت عنوان شده است که دولت موظف است کلیه واگذاری‌ها را تا پایان برنامه چهارم توسعه (سالانه ۲۰ درصد کاهش فعالیت) به انجام برساند. چنین سیاست‌ریزی قانونی با توجه به شرایط درونی بوروکراسی ایران و آمادگی بنگاه‌ها، بسیار غیرواقع‌بینانه و رویاپردازانه بوده است. نخست اینکه از یک طرف سازمان خصوصی‌سازی ظرفیت انجام واگذاری‌ها را در مقیاسی که سیاست‌های اصل ۴۴ تعیین کرده است، ندارد؛ به این دلیل که شرکت‌ها برای واگذاری باید پرونده خاصی را طی کنند و به آماده‌سازی برسند. مراحل آماده‌سازی و همچنین طی شرایط واگذاری در بورس برای کسب استحقاق واگذارشدن، مراحل زمان‌بر است. بسیاری از شرکت‌ها با مشکلات مالی، آمادگی انجام واگذاری را ندارند که همین مسئله برای سازمان بورس مشکل‌ساز خواهد شد. از طرف دیگر، خود سازمان ظرفیت انجام واگذاری در مقیاس خاصی را دارد که به دلیل طولانی شدن واگذاری برخی شرکت‌ها به سبب عدم آمادگی و مشکلاتشان، نتوانسته است واگذاری‌های خارج از ظرفیت کاری خود را به انجام برساند.

مسئله دیگر در مورد نقص و آسیب در قانون خصوصی‌سازی ایران، عدم تعامل شرکت‌های مادر تخصصی در فرایند خصوصی‌سازی است. ارگان‌های اجراکننده خصوصی‌سازی، سازمان خصوصی‌سازی و بورس و اوراق بهادار ایران هستند و هیئت عالی واگذاری و وزارت اقتصاد و دارایی در رده بالاتری بر امر اجرا نظارت و کنترل دارند. خود شرکت‌های مادر تخصصی در فرایند واگذاری هیچ تعاملی ندارند و نقش آنها به قبل از واگذاری مربوط است که لیست شرکت‌های مورد واگذاری یا استثنای آن را تهیه کرده، در جلسات مربوطه با مسئولان امر خصوصی‌سازی به مشارکت می‌گذارند و البته بدون داشتن حق رأی، قدرت چانه‌زنی و پیشبرد سیاست‌های سازمانی مرتبط خود را دارند و حد این قدرت چانه‌زنی و توان پیشبرد سیاست‌های درون‌سازمانی، به قدرت درونی بوروکراسی آنها بازمی‌گردد. دیگر اینکه بسیاری از مؤسساتی که به نام بخش خصوصی شرکت‌های دولتی را تحویل می‌گرفتند مؤسسات عمومی غیردولتی یا شبه‌دولتی یا اصطلاحاً خصولتی‌ها بودند. اینکه شرکت‌های خصوصی اجازه اصلاح ساختار یا تعدیل نیرو در شرکت‌های تحویل‌گرفته

را نداشتند، خود باعث ایجاد مشکلاتی برای آن مؤسسات شد.

اما آسیب مهم‌تر در قوانین خصوصی‌سازی مربوط به عدم ایجاد ابزارها و ضمانت‌های قانونی و عدم تناسب آنها با شرایط و مقتضیات روند بنگاه‌ها برای طی کردن فرایند نظارت شورای رقابت در خصوصی‌سازی به دلیل اختلاف نظر میان نهادهای مقرر شده در قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ مرتبط با حوزه رقابت با یکدیگر و همچنین اختلافات میان شورای رقابت با نهادهایی که در سایر قوانین موضوع وظایف آنها وضع مقررات است (مانند سازمان‌های تنظیم مقررات، سازمان حمایت از مصرف‌کنندگان و تولیدکنندگان) که به این ترتیب فرایند رقابت‌پذیری را در اقتصاد ملی کند کرده است.

پیشنهادها

- پیش از آغاز مراحل واگذاری، دولت باید با توجه به وضعیت مطلوب بخش‌ها و بنگاه‌ها و شیوه بهینه اعمال اختیارات دولت در دوران پساخصوصی‌سازی در هر بخش و زیرمجموعه‌های آن، ضوابط مشخص و کارشناسی‌شده‌ای را تدوین کند که در عین انعطاف‌پذیری در برابر بخش‌های مختلف و مقاطع بحرانی و دعاوی و شیوه‌های متفاوت واگذاری، شفافیت و ثبات داشته باشند؛ تا هم امنیت کسب و کار و اطمینان خاطر طرف‌های بخش خصوصی فراهم شود و هم احتمال اعمال سلیقه یا بروز فساد اداری به حداقل برسد.
- به‌منظور قانونی بودن اعمال اختیارات دولت در دوران پساخصوصی‌سازی و داشتن ضمانت اجرا و پذیرش بنگاه‌ها، لازم است که در متن قرارداد واگذاری، شیوه اعمال اختیارات دولت در دوران پساخصوصی‌سازی، مقطع زمانی و دیگر شرایط آن ذکر شود و دو طرف قرارداد در خصوص آن به توافق برسند.
- اعمال اختیارات دولت در دوران پس از خصوصی‌سازی و وضع حجم زیادی از مقررات محدودکننده- که بعضاً خلاف منافع اقتصادی کشور است- بر این فعالیت‌ها و بنگاه‌ها، نباید به‌گونه‌ای باشد که مانع تحقق هدف اصلی واگذاری (افزایش کارایی اقتصادی و تسهیل در تأمین رفاه عمومی) گردد و در نهایت به اتلاف منابع ملی و تضییع حقوق مصرف‌کنندگان منجر شود.

- در مواردی که دولت به سبب شرایط بحرانی ملزم به وضع مقررات بنگاهی و مدیریتی است و در نتیجه اعمال اختیارات دولت در دوران پس از خصوصی‌سازی هزینه‌هایی را بر بنگاه‌های واگذار شده تحمیل می‌کند، لازم است که سیاست‌های دولت همراه با سازوکارهای جبرانی و یارانه‌ای باشد تا انگیزهٔ فعالیت در این بخش‌ها متزلزل نشود.
- به علل مختلف نظیر روابط کارکنان و مدیران دولتی، گستردگی مسئولیت‌ها در فعالیت‌های صدر اصل ۴۴ و همچنین ناسالم بودن فرهنگ کسب و کار و ساختارهای اقتصادی در کشور، باید در یک دورهٔ زمانی معین پس از واگذاری، دستگاه‌های ناظر حق نظارت بر عملکرد استانداردها، رعایت مقررات و صورت‌های مالی بنگاه‌های واگذار شده را داشته باشند.
- برای تنظیم دقیق قراردادها با توجه به مسئولیت‌های طرفین، شایسته است سازمان بازرسی کل کشور در تنظیم قراردادها و مسئولیت‌های طرفین، نمایندگان یا کارشناس خود را به‌عنوان شخص سوم در تنظیم قرارداد در نظر بگیرد و برای این منظور باید یک نسخه قرارداد برای شناخت محتوا در اختیار سازمان بازرسی قرار گیرد.
- تقویت شورای رقابت و ممانعت از انحصارگرایی و ایجاد زمینه‌های رقابت سالم بین شرکت‌های خصوصی و ارتباط آن با دولت.

بنابراین به‌طور خلاصه می‌توان گفت از جمله ابزارهای دولت‌ها برای اجرای اصل نظارت، وضع مقررات و تدوین قراردادهای استاندارد واگذاری است که در برنامهٔ خصوصی‌سازی ایران نیز پیش‌بینی شده است ولیکن دچار نقایصی است که باید مرتفع گردد. یکی از مهم‌ترین آنها که باعث شده است به برخی واگذاری‌های انجام‌شده از سوی دستگاه‌های نظارتی اشکال وارد شود، این است که معیارهای صلاحیت منتقل‌الیه در فرایند خصوصی‌سازی و نحوهٔ احراز آنها در اکثر شیوه‌های واگذاری مبهم مانده است و باید مرتفع گردد. نکتهٔ مهمی که باید مد نظر قانون‌گذار باشد، شناسایی مرز حساس مقررات‌گذاری مطلوب که به توازن قوای سه‌گانه منجر می‌شود و مرز مقررات‌گذاری افراطی است که توازن منافع را برهم می‌زند. ارزیابی آثار مقررات‌گذاری باید بر مبنای تحلیل هزینه-فایده انجام گیرد. در زمینهٔ تنظیم قراردادهای واگذاری نیز پیشنهاد می‌شود در ترکیب اعضای

هیئت واگذاری، کارشناس حقوقی اضافه شود؛ زیرا بسیاری از ابهامات موجود در قانون را می‌توان با استفاده از نیروی متخصص در قالب قراردادی مرتفع ساخت و وضعیت حقوق و تکالیف طرفین قرارداد خصوصی‌سازی را روشن نمود تا نظارت بر اجرای آن و استفاده از ضمانت اجراهای لازم به‌طور دقیق میسر گردد.

منابع و مأخذ

الف) منابع فارسی

– کتاب‌ها

۱. اسلامی‌نژاد، سید علی، *خصوصی‌سازی در ایران*، (تهران: نشر فرهنگ دهنخدا، ۱۳۹۲).
۲. امینی، رامین و وجیهه مهجوریان، *اصل ۴۴ و فرایند خصوص‌سازی در ایران و جهان*، (سایت شبکه خبری کشاورزی ایران، ۱۳۸۹)
۳. رزاقی، ابراهیم، *اقتصاد ایران*، (تهران: نشر نی، ۱۳۹۴).
۴. عباسی، منصوره، *چالش‌ها و الزامات خصوصی‌سازی و اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی*، (تهران: مؤسسه تحقیقاتی تدبیر اقتصاد، ۱۳۸۸).
۵. نقیبی، سید حسین، *مجموعه مقررات اصل (۴۴) قانون اساسی*، (تهران: چاپ و انتشار توسط اتاق بازرگانی ایران، ۱۳۸۸).

– مقاله‌ها

۶. آل عمران، رویا و آل عمران سید علی، «خصوصی‌سازی و سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی»، *بورسی مسائل و سیاست‌های اقتصادی*، ش ۱۲ (۱۳۹۰).
۷. جعفرپور، محمود، «آسیب‌شناسی خصوصی‌سازی در ایران»، *بورسی‌های بازرگانی*، ش ۱۰۴ (۱۳۹۹).
۸. چراتیان، ایمان، «واکاوی چالش‌های شورای رقابت»، *مجلس و راهبرد*، ش ۷۳ (۱۳۹۲).
۹. رضایی‌زاده، محمدجواد و کاظمی، داود، «بازشناسی نظریه «خدمات عمومی» و اصول حاکم بر آن در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران»، *مطالعات حقوق تطبیقی معاصر*، ش ۵ (۱۳۹۱).
۱۰. رضوانیان، اویس، «بررسی ماهیت هیأت داورى موضوع ماده ۳۰ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ با نگاهی به رویه قضایی»، *برنامه‌ریزی و بودجه*، ش ۲ (۱۳۹۶).
۱۱. شمس عرفان، «نقش نهادهای مقررات‌گذار در تنظیم خدمات عمومی»، *اطلاع‌رسانی حقوقی معاونت حقوقی ریاست جمهوری*، ش ۲۰ (۱۳۸۸).

۱۲. شیخ‌الاسلامی، عباس و ابراهیمی، امید، «ارزیابی حقوقی ساختار سازمانی و کارکردهای شورای رقابت»، *مطالعات حقوق عمومی*، ش ۳ (۱۳۹۸).
۱۳. صادقی، محسن و آجری آیسک، عاطفه، «لزوم نظارت بر خصوصی‌سازی در راستای اصل توازن منافع سه‌گانه»، *حقوق اقتصادی*، ش ۱۸ (۱۳۹۹).
۱۴. قاسمی، محسن، «نقش و مداخله‌گرایی اقتصادی قوه مجریه در تأمین حق مالکیت و آزادیهای اقتصادی شهروندان»، *مجموعه مقالات اولین همایش ملی قوه مجریه در حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران*، (تهران: معاونت تدوین و تنقیح و انتشار قوانین و مقررات، چ ۱، ۱۳۹۲).
۱۵. هداوند، مهدی و سر زعیب، علی، «تحول نقش دولت در اقتصاد»، *اطلاعرسانی حقوقی معاونت حقوقی ریاست جمهوری*، ش ۱۴ (۱۳۸۷).

- پایان‌نامه‌ها

۱۶. ذوقی پاکدل، شادی، *بررسی وضعیت ادامه اشتغال کارکنان بنگاههای اقتصادی مشمول واگذاری به بخش غیردولتی با تأکید بر اجرای قانون اجرای سیاستهای کلی اصل ۴۴ قانون اساسی*، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد تهران مرکزی، ۱۳۹۳.
۱۷. غفارپور دامنا، نیلوفر، *آسیب‌شناسی سیاست‌های خصوصی‌سازی در ایران؛ مطالعه موردی در صنعت نفت از سال ۱۳۸۴ تا ۱۳۸۹*، رساله دکتری دانشگاه آزاد اسلامی، واحد تهران مرکزی، دانشکده علوم سیاسی، ۱۳۹۱.
۱۸. کردان زیرک، ندا، *ساختار و وظایف نهاد ناظر در بازار سرمایه*، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۹۲.
۱۹. محمدی، فرشته، *چالش‌های حقوقی واگذاری واحدهای دولتی به بخش خصوصی*، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد تهران مرکزی، دانشکده حقوق، ۱۳۹۱.
۲۰. محمودی، مرتضی، *اختیارات دولت در دوران بساخصی‌سازی در ایران*، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد تهران مرکزی، ۱۳۹۵.
۲۱. محمدیان، زهرا، *نقش نهاد نظارتی در بازار سرمایه ایران*، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد شهر قدس، دانشکده علوم انسانی، ۱۳۹۶.

- قوانین و مقررات

۲۲. آیین‌نامه اجرایی «روش‌های واگذاری» ماده ۱۹ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی.

۲۳. آیین‌نامه اجرایی تشخیص انطباق و طبقه‌بندی فعالیتها و بنگاههای اقتصادی جمهوری اسلامی با هریک از سه گروه مصرح در ماده ۲ قانون اجرایی سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی.

- آیین‌نامه‌های اجرایی نحوه تشکیل جلسات و چگونگی اتخاذ تصمیمات هیئت داورى

۲۴. دستورالعمل «واگذاری سهام یا بنگاههای قابل واگذاری از طریق مذاکره و نحوه انتخاب مدیران و متخصصان در موارد واگذاری از این طریق» در بندهای «ی» و «ب» ماده ۴۰ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴.

۲۵. دستورالعمل «نحوه نظارت پس از واگذاری»، موضوع جزء ب بند «ب» ماده ۴۰ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی.

۲۶. دستورالعمل اجرایی نحوه تنظیم قراردادهای واگذاری موضوع جزء ۴ بند «ب» ماده ۴۰ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی.

۲۷. دستورالعمل نحوه اخذ تعهدات، درج شروط و اعطای تخفیفات به خریداران سهام کنترلی شرکت‌های دولتی

۲۸. دستورالعمل نحوه تنظیم قراردادهای واگذاری مشتمل بر تعیین اختیارات و تعهدات طرفین قراردادها، وثایق و تضمین‌ها، شرایط فسخ یا اقاله و نحوه اعمال تخفیفات و جرائم، موضوع جزء ۲ بند «ب» ماده ۴۰ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی.

۲۹. سیاست‌های کلی اشتغال (۱۳۹۰/۰۴/۲۸)

۳۰. سیاست‌های کلی امنیت اقتصادی (مصوب ۱۳۷۹/۱۱/۳)

۳۱. قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی

۳۲. قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران

۳۳. قانون برنامه سوم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران
۳۴. قانون برنامه چهارم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران
۳۵. قانون برنامه پنجم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران

(ب) منابع انگلیسی

– books

- 36.F.Balasoorya Asoka & Alma Quarrel & Cog Hill Ken, *Market-Based Reforms and Privatization in Sri Lanka, International Journal of Public Sector Management*.Vol. 21, (2008), No. 1.
- 37.Husin, R. Malaysian Economic Development with Emphasis on Public-Private Collaboration. World Bank PSD Conference, 2006.
- 38.Koffman, L. & Macdonald, E. *The Law of Contract*. (Oxford University Press, 2004).
- 39.Langseth. P. & Others, *The Global Programme Against Corruption*. (UN Anticorruption Toolkit), United Nations Office on Drugs & Crime.Vienna (2004).

– site

- 40.OECD. Privatization in the 21st Century: Recent Experience of OECD Countries.2009. Available at: www.oecd.org/daf/corporateaffairs (Last Visited: 2019/05/25) p. 17.
- 41.Professor V.V.Ramanadham, PRIVATIZATION AND AFTER Monitoring and regulation, (2002).
- 42.<https://meidaan.com/archive/58809>
- 43.<http://news.zar.ir/news/2355/%D8%B2%DB%8C>
- 44.http://priv.ujss.ac.ir/browse.php?a_id=31&sid=1&slc_lang=fa



University of Tabriz

Contemporary Comparative Legal Studies

Online ISSN: 2821-0514

Volum: 14 Issue: 31
Summer 2023

Article Type: Research Article

Pages: 183-219

A Study of the Elements of Trespass to Land in the Common Law System: A Comparative Study with Forcible Entry and Usurpation in Iranian Law

Reza Hossein Gandomkar^{1✉} | Zohreh Najafi²

1. Associate Professor University of Qom, Iran

rh.gandomkar@gom.ac.ir

2. Ph.D. Candidate in private law at University of Qom, Iran

zohrehnajafism@gmail.com

Abstract

Land under human ownership has a special place and importance in all legal systems and the legislator provides important protections for this property by observing certain conditions. The rights of Islam and the common law also attach special importance to land and have protected the owner and occupier in various civil and criminal regulations. The legal establishment of Trespass is one of the most important issues of tort law in the common law system in this regard, one type of which is Trespass to land. Although this legal establishment does not exist in Iranian law with such a title, by careful evaluation and recognition of its elements, it can be claimed that its contents can be found in the institution of forcible entry and usurpation in Iranian legal system. Since Trespass to land has a long history in common law judgments, by analyzing and comparing the elements of these three institutions, one can identify the commonalities and differences between the elements and responsibilities arising from each in the two legal systems and the achievements of this. Due to its long history, the regime used domestic property lawsuits to promote domestic law. This article analyzes and compares the elements and responsibilities of these three legal institutions after examining the elements of each of the trespass to land in the common law system and the forcible entry and usurpation of Iranian law.

Keywords: *Trespass, Trespass to land, Forcible entry, Usurpation, Common Law System.*

Received: 2022/02/21 Received in revised form: 2022/04/09 Accepted: 2022/04/27 Published: 2023/06/26

DOI: 10.22034/LAW.2023.50354.3089

Publisher: University of Tabriz

Tabrizulaw@gmail.com



بررسی ارکان نهاد تجاوز به ملک در نظام کامن لا در مقایسه تطبیقی با

تصرف عدوانی و غصب در حقوق ایران

رضاحسین گندم کار^۱ | زهره نجفی^۲

rh.gandomkar@qom.ac.ir

۱. دانشیار دانشگاه قم، ایران

Zohrehnajafism@gmail.com

۲. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه قم، ایران

چکیده

زمین تحت مالکیت و تصرف انسان در همه نظام‌های حقوقی جایگاه و اهمیت ویژه‌ای دارد و قانون‌گذار با رعایت شرایط خاصی، حمایت‌های مهمی از این دارایی به عمل می‌آورد. حقوق اسلام و کامن لا هم برای زمین اهمیت خاصی قائل است و در مقررات مختلف مدنی و جزایی از مالک و متصرف حمایت نموده است. تأسیس حقوقی تجاوز (Trespass)، یکی از مهم‌ترین مباحث مسئولیت مدنی در نظام کامن لا در این خصوص به‌شمار می‌رود که یکی از اقسام آن تجاوز به ملک (Trespass to land) است. اگرچه این تأسیس حقوقی با چنین عنوانی در حقوق ایران وجود ندارد، با این حال، با ارزیابی دقیق و شناخت ارکان آن می‌توان ادعا کرد مفاد آن را در نهاد تصرف عدوانی و غصب در نظام حقوقی ایران می‌توان یافت. از آنجا که تجاوز به ملک سابقه طولانی در آرای قضایی کامن لا دارد، از تحلیل و مقایسه ارکان این سه نهاد می‌توان به شناخت وجوه اشتراک و افتراق عناصر و مسئولیت‌های ناشی از هریک در دو سیستم حقوقی دست یافت و از دستاوردهای این نظام با توجه به قدمت دیرینه دعای مربوط به تجاوز به ملک و رویه قضایی، برای ارتقای حقوق داخلی استفاده کرد. نگارندگان این مقاله پس از بررسی ارکان هریک از تجاوز به ملک در نظام کامن لا، تصرف عدوانی و غصب در حقوق ایران، به تحلیل و مقایسه ارکان و مسئولیت این سه نهاد حقوقی می‌پردازند.

واژگان کلیدی: تجاوز، تجاوز به ملک، تصرف عدوانی، غصب، نظام کامن لا.

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۱۲/۰۲ تاریخ بازنگری: ۱۴۰۱/۰۱/۲۰ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۰۲/۰۷ تاریخ انتشار: ۱۴۰۲/۰۴/۰۵

DOI: 10.22034/LAW.2023.50354.3089

Tabrizulaw@gmail.com

ناشر: دانشگاه تبریز

مقدمه

با نگاهی به ساختار مسئولیت مدنی در نظام کامن‌لا، ملاحظه می‌شود که مسئولیت مدنی شامل سه دسته خطاهای عمدی، خطاهای مبتنی بر بی‌احتیاطی، و مسئولیت بدون تقصیر یا محض است. چنان‌که معروف است، در حقوق انگلستان نهاد تجاوز از جمله خطاهای عمدی به‌شمار می‌رود. به لحاظ تاریخی، تجاوز (Trespass) در قرن سیزدهم در نظام کامن‌لای انگلستان به‌وجود آمده و از این مفهوم که متجاوز (Trespasser) مرتکب تقصیر شده، باید خسارت بپردازد و جریمه شود، سرچشمه گرفته است. اگرچه در آن زمان تمایز روشنی بین جرم و مسئولیت مدنی وجود نداشت، با این حال، تأکید اصلی بر ارائه شیوه‌های جبران مدنی مانند پرداخت خسارت یا استرداد تصرف بود. در اواخر قرن چهاردهم، پارلمان قوانین کیفری را تصویب کرد که ورود عدوانی به اموال غیرمنقول دیگران را ممنوع می‌کرد. این طرح قانونی که در دو قرن بعد بیشتر توسعه یافت، عمدتاً برای فراهم کردن امکان بازگرداندن مالکیت مالک و منع اعاده تصرف متجاوز بود. در نیمه اول قرن هجدهم، مجموعه‌ای از آرای قضایی انگلستان برای اولین بار به‌صراحت وجود تجاوز جزایی (Criminal Trespass) را در نظام کامن‌لا به‌رسمیت شناخت. به‌رسمیت شناختن جرم تجاوز جزایی در زمان انقلاب امریکا کامل شد و ایالت‌های منفرد تجاوز جزایی را در نظام کامن‌لا پذیرفتند. آنها همچنین ممنوعیت ورود عدوانی و اعاده تصرف متجاوز را به‌عنوان بخشی از یک قانون عرفی تعریف‌شده، اتخاذ کردند.

تجاوز به سه دسته تقسیم می‌شود: تجاوز به شخص، تجاوز به ملک، و تجاوز به اموال منقول. تجاوز به ملک از مباحث مهم در مسئولیت مدنی نظام کامن‌لا است که در اکثر کتاب‌های حقوق قرارداد و کتاب‌های مسئولیت مدنی مورد بحث واقع شده است. علاوه بر آن، این نهاد در راستای اصل حق مالکیت مطلق اموال در حقوق انگلستان مطرح می‌شود؛ چراکه در این نظام، اصل اولی در خصوص تجاوز به ملک، حمایت از مالک یا متصرف است. مالک از حق محروم کردن دیگران از استفاده از مال خود برخوردار است و این حمایت تا جایی پیش می‌رود که خواهان می‌تواند به صرف ورود دیگران به ملک او، حتی بدون اثبات خسارت وارده، علیه خواننده دعوای تجاوز به ملک را مطرح نماید. چراکه در این نهاد فراتر از

مسئله خسارت به ملک، از مسائل مهم دیگری حمایت می‌شود؛ از جمله حفظ حریم خصوصی و حق محروم کردن دیگران از اموال به نفع مالک.

با نگاهی به مباحث حقوقی ارائه شده در خصوص این نهاد در نظام کامن‌لا و تطبیق آن با نهادهای مشابه در حقوق ایران، می‌توان دریافت که نزدیک‌ترین نهاد در حقوق ایران به تجاوز به ملک در نظام کامن‌لا، تصرف عدوانی و غصب است، و تبیین دقیق ارکان تصرف عدوانی و غصب در حقوق ایران و تجاوز به ملک در کامن‌لا و مقایسه ارکان آنها به دلیل وجوه افتراقی که بین این دو نهاد دیده می‌شود، مفید به نظر می‌رسد. از لحاظ وجه تشابه، شباهت‌های عمده‌ای نیز در این خصوص بین این دو نظام وجود دارد که مورد بررسی قرار می‌گیرد. علاوه بر آن، مسئله مسئولیت ناشی از هریک از این سه نهاد از مباحث مهم و قابل بررسی است که در این جستار به آن پرداخته می‌شود.

۱. نظام کامن‌لا

۱.۱. مفهوم‌شناسی

تجاوز در نظام کامن‌لا، انجام عمل غیرقانونی یا قانونی و به شیوه غیرقانونی، بدون إذن مالک یا متصرف برای آسیب رساندن به شخص دیگر یا دارایی او است.^۱ این نهاد در نظام کامن‌لا به سه دسته تقسیم می‌شود: تجاوز به شخص، تجاوز به ملک، تجاوز به اموال منقول.

۱.۱.۱. تجاوز به شخص

به معنای دخالت مستقیم و عمدی در بدن یا آزادی هر شخص است.^۲ در نظام کامن‌لا، سه خطای اصلی وجود دارد که در زمره این نوع از تجاوز قرار می‌گیرد: ضرب و جرح،^۳ حمله،^۴ بازداشت غیرقانونی.^۵

1. Bryan A., Garner, *Black Law Dictionary*, (America: Thomson Reuters Business, Ninth Edition, 2009), p. 1674.

۲. سید حسین صفایی و حبیب‌الله رحیمی، مسئولیت مدنی تطبیقی، (تهران: شهردانش، ج ۱، ۱۳۹۷)، ص ۲۵.

۳ Battery

۴ Assault

۱.۱.۱.۱. ضرب و جرح

خطایی که به‌عنوان ایراد ضرب و جرح در نظر گرفته می‌شود، شامل اعمال عمدی زور بر شخص دیگر بدون توجیه حقوقی است.^۶ تماس فیزیکی که در ضرب و جرح برقرار می‌گردد، باید مستقیم و خصمانه باشد^۷ که از این جهت با حمله (Assault) متفاوت است.

۱.۱.۱.۲. حمله

حمله عبارت است از تلاش یا تهدید برای صدمه جسمانی به دیگری همراه با قصد انجام این عمل. ضربه زدن به دیگری با چوب یا مشت حتی اگر به هدف اصابت نکند، کشیدن شمشیر و پرتاب یک بطری از نمونه‌های رایج حمله^۸ به‌شمار می‌رود.

۱.۱.۱.۳. توقیف ناروا یا غیرقانونی

منظور از توقیف ناروا آن است که کسی عمداً و مستقیماً آزادی حرکت و جابه‌جایی دیگری را با ایجاد مانع کامل، سلب کند بدون آن که توجیه قابل قبولی وجود داشته باشد.^۹

۱.۱.۲. تجاوز به ملک

این مورد شامل مواردی همچون ورود مستقیم به ملک، یا باقی ماندن در آن و مانند آن به نحو غیرقانونی یا بدون اذن مالک است. این دعوا فی‌نفسه بدون اثبات خسارت قابل طرح است، و حفظ حریم خصوصی در ماده ۸ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر می‌تواند از موارد حمایت از حقوق مربوط به مالک در دعوای تجاوز به ملک غیر باشد.^{۱۰}

مصادیق مهم تجاوز به ملک شامل موارد زیر است:

۵ False Imprisonment

۶. همان، ص ۱۶۷۴

۷ Edwin, Peel & James, Goudkamp, *Winfield & Jolowicz Tort*, (London: Sweet & Maxwell, nineteenth Edition, 2014), p. 576.

۸ David, Barker, *Law Made Simple*, (London: Made Simple Publication, Twelfth Edition, 2007), p. 195.

۹. سیدحسین صفایی و حبیب‌الله رحیمی، پیشین، ص ۲۵.

۱۰ Vivienne, Harpwood, *Modern Tort Law*, (London: cavendish publishing Limited, Fifth Edition, 2003), p. 203.

- به‌طور مستقیم وارد زمین دیگری شدن یا ادامهٔ اقامت در زمین با اتمام مجوز
- قرار دادن اشیا در زمین دیگری
- تجاوز به حریم هوایی ملک
- پرتاب اشیا به زمین دیگری
- سوءاستفاده از حق ورود و اقدام به مقاصدی غیر از آنچه مجاز بوده است.^{۱۱}

۱.۱.۳. تجاوز به اموال منقول

تجاوز به اموال منقول را می‌توان دخالت مستقیم در اموال متعلق به شخص دیگر معنا کرد که بر مبنای آن، حقی برای شخصی که دارای حق مالکیت یا حق تصرف کالای موردنظر است، فراهم و از او حمایت می‌کند. در این مورد، عمل موردنظر باید به‌طور مستقیم صورت گرفته باشد، همچنان که برای تحقق تجاوز به ملک، عمل مستقیم مورد نیاز است.^{۱۲} برای تحقق مسئولیت ناشی از تجاوز به اموال منقول، خواهان در دادرسی باید ثابت کند که مالک کالا یا دارای حق تصرف است و در گام بعدی باید اثبات نماید که خوانده قصد تجاوز به مال منقول او را داشته است، اما نیازی به اثبات قصد نفی مالک یا مالکیت کالا از سوی خوانده نیست.^{۱۳} بنابراین ملاک تحقق این نوع از تجاوز، قصد ارتکاب عمل مداخله‌گرانه از سوی خوانده است. مصادیق این نوع از تجاوز شامل موارد زیر است:

- تخریب کالای متعلق به مدعی
- فروش کالا بدون اجازهٔ مدعی
- توقیف بدون اجازهٔ کالایی که متعلق به مدعی است.
- کالا با عنوانی که مالک واقعی دارا است، مغایرت دارد.

^{۱۱}*Ibid*, pp. 205-207.

^{۱۲}*Ibid*, p. 327.

^{۱۳}David, Barker, *Law Made Simple*, (London: Made Simple Publication, Twelfth Edition, 2007), p. 201.

- اگر کالا از سوی مأمورین در حین بازرسی گرفته یا آسیب ببینند، این مورد در صورتی است که پلیس فراتر از قوانین عمل کرده باشد.
- دریافت کالاهایی که با کلاهبرداری به دست آمده و شخص آنها را با حسن نیت به شخص دیگری فروخته است.
- تحویل اشتباه کالا^{۱۴}.

۲.۱. ارکان تحقق تجاوز به ملک

با ملاحظه اقسام تجاوز و خصوصیات تجاوز به ملک در کامن‌لا، نزدیک‌ترین نهاد حقوقی در ایران به این نهاد حقوقی، غصب و تصرف عدوانی است. بررسی و مقایسه ارکان تجاوز به ملک در کامن‌لا و غصب و تصرف عدوانی در حقوق ایران، زمینه را برای شناخت دقیق این نهاد حقوقی در دو نظام و تطبیق آن فراهم می‌کند. حسب تحقیقات به عمل آمده از منابع کامن‌لایی عناصر تشکیل‌دهنده خطای تجاوز به ملک به شرح زیر است:

۲.۱.۱. ورود به ملک

ورود به ملک به عنوان مهم‌ترین و اساسی‌ترین رکن تحقق تجاوز به ملک به‌شمار می‌رود. ورود به ملک، شامل ورود به ساختمان، زمین، وسایل متصل به زمین و همچنین خود زمین، فضای بالای زمین و زیرزمین می‌شود.^{۱۵} در واقع، هر که مالک زمین است مالک فضای بالا و فضای زیرزمین نیز می‌باشد. بنابراین، حتی تکیه دادن یک نردبان به دیوار می‌تواند به منزله تجاوز باشد. همچنین است اگر فردی تبلیغاتی در ملک دیگری یا حتی در فضای بالادست ملک او بچسباند یا در سطح زیرزمین ملک برای انجام عملیات معدن وارد گردد،^{۱۶} به این ترتیب، نه تنها ورود به خود زمین که ورود به فضا و قرار زمین دیگری نیز به منزله تجاوز به ملک محسوب می‌شود.

۱۴. از جمله مفاهیم مسئولیت مطلق (Absolute Liability or Strict Liability).

op cit, p. 328

۱۵ David, Barker, *Law Made Simple*, (London: Made Simple Publication, Twelfth Edition, 2007), p. 198.

۱۶ Vivienne, Harpwood, *Modern Tort Law*, (London: Cavendish Publishing Limited, Fifth Edition, 2003), p. 205.

۲.۲.۱. غیرقانونی بودن

رکن دیگر این خطا، غیرقانونی بودن به معنای ورود غیرقانونی یا ورود قانونی و به شیوه غیرقانونی یا ورود بدون إذن مالک یا متصرف است.^{۱۷} در تجاوز به ملک، تحقق خسارت شرط مسئولیت نیست و لذا لزومی به اثبات خسارت برای موفقیت در این دعوا نیست. در این خصوص، خواهان باید ثابت کند خوانده بدون مجوز قانونی یا قانونی و به شیوه‌ای غیرقانونی یا بدون إذن مالک یا متصرف، مال غیرمنقول او را تصرف کرده است.^{۱۸} برای مثال، ثابت نماید خوانده به‌طور مستقیم یا از راه‌های زیرزمینی وارد زمین او شده یا فضای بالای زمین او را اشغال کرده است.

علی‌رغم ممنوعیت ورود به ملک غیر در نظام کامن‌لا، قوانین متعددی وجود دارد که به افراد مختلف حق ورود به ملک دیگری را می‌دهد. قانون پلیس و ادله کیفری ۱۹۸۴^{۱۹} و قانون نظم عمومی ۱۹۸۶^{۲۰} و قانون پیشگیری از تروریسم^{۲۱} از جمله قوانینی هستند که به پلیس اجازه می‌دهد تا برای اهداف مشخص از جمله دستگیری و بازرسی وارد ملک غیر گردد.^{۲۲} بنابراین، اگر پلیس خارج از اهداف مشخص و حدود اختیارات وارد ملک غیر شود، عمل او از مصادیق تجاوز به ملک است.^{۲۳}

همچنین سایر کارکنان دولتی از جمله مددکاران اجتماعی و مقامات گمرک و مأمورین دستگاه‌هایی همچون تابلوهای برقی، با توجه به قوانین مربوطه و برای اهداف مشخصی می‌توانند وارد ملک غیر شوند، اما اگر از هدف خاصی که برای ورود به آن ملک مجاز شده‌اند تجاوز کنند، تجاوز به ملک محقق می‌گردد. در همین راستا، قانون دسترسی به

^{۱۷}Bryan A., Garner, *Black Law Dictionary*, (America: Thomson Reuters Business, Ninth Edition, 2009), p. 1674.

^{۱۸}*Op Cit*, p. 210.

^{۱۹}The Police and Criminal Evidence Act 1984

^{۲۰}The Public Order Act 1986

^{۲۱}The Prevention of Terrorism Legislation

^{۲۲}Wivienne, Harpwood, *Modern Tort Law*, (London: Cavendish Publishing Limited, Fifth Edition, 2003), p. 208.

^{۲۳}Laurent, Scharoff, "Constitutional Trespass", *Tennessee Law Review*, Vol. 81, No. 877, 877-928, (2014), p. 50.

زمین‌های مجاور سال ۱۹۹۲، اجازه ورود به زمین‌های همسایه را با حکم دادگاه در شرایطی می‌دهد که مالک زمین از ورود همسایه به زمین برای انجام تعمیرات خودداری کند.^{۲۴}

۱.۲.۳. قصد

در نظام کامن‌لا تجاوز به ملک اساساً از خطاهای عمدی است^{۲۵} که بر مبنای آن ورود به ملک باید به صورت عمدی صورت گیرد. به این صورت که ورود متجاوز باید همراه با قصد باشد؛ هرچند نسبت به تعلق ملک به غیر، جهل داشته یا اشتباه کرده باشد. و این جهل و اشتباه، چنانچه اشتباه معقول نیز محسوب گردد، هیچ‌گونه دفاعی برای این عمل محسوب نمی‌شود.^{۲۶} پس، صرف داشتن قصد^{۲۷} مد نظر نیست، بلکه قصد ضروری، قصد ورود^{۲۸} به ملک است.^{۲۹} بنابراین، پذیرش دخالت عمدی در دارایی دیگری، مفهوم مسئولیت بدون تقصیر را در خصوص تجاوز به ملک تضعیف می‌کند. با وجود این، نظر دیگری نیز مطرح است که بر مبنای آن، در تجاوز اعم از تجاوز به شخص، به ملک، و به اموال منقول، قصد اهمیتی ندارد و نوعی مسئولیت بدون تقصیر به‌شمار می‌رود؛ چراکه اصول مسئولیت بدون تقصیر، وجود یا عدم وجود قصد انجام یک عمل غیرقانونی را بی‌اهمیت می‌کند.^{۳۰} بنابراین، علی‌رغم اینکه اغلب تصور می‌شود که مسئولیت در این نهاد بر اساس تقصیر عمدی متهم است، اما بر طبق این نظریه، چنین مسئولیتی، محض یا بدون تقصیر است.

با این حال، در نظام حقوقی کامن‌لا، نه تنها دخالت قصد در حیطه تجاوز به ملک

^{۲۴}Op Cit. p.50

^{۲۵}. ایرج بابایی و اسماعیل کشاورز، «بررسی تطبیقی ساختار مسئولیت مدنی در حقوق کامن‌لا و اسلام»، پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب، ش ۱ (۱۳۹۷)، ص ۱۰.

^{۲۶}Allan, Beever, "The Form of Liability in the Torts of Trespass", *Sage Journal*, Vol. 40, No. 4, 378-399 (2011), p. 5.

^{۲۷}Intention

^{۲۸}Intent of Intrusion

^{۲۹}*Ibid*, p. 4.

^{۳۰}Avihay, Dorfman, Jacob, Assef, "The Fault of Trespass", *University of Toronto Law Journal*, Vol. 65, No. 1, 48-98 (2015), p. 4.

به‌عنوان نظر غالب مطرح است؛^{۳۱} بلکه می‌توان گفت در هر سه دسته، نهاد تجاوز قصد دخالت داشته، جزء ارکان اصلی این نهاد محسوب می‌شود.^{۳۲}

۱.۲.۴. مالک یا متصرف بودن

حق محروم کردن دیگران از استفاده از اموال خود، از اساسی‌ترین جزء مالکیت در نظام کامن‌لا است. این حق به مالک یا متصرف این اختیار را می‌دهد که از استفاده، تصرف یا گرفتن اموال خود جلوگیری کند. او می‌تواند از اقدامات مختلف برای دفع ورود شخص ثالث استفاده نماید.^{۳۳}

علاوه بر این، قانون به قدرت تصمیم‌گیری مالک در مورد کیفیت و نحوه استفاده از ملک خود احترام می‌گذارد، حتی اگر انتخاب‌های او غیرمنطقی باشد. به عبارت بهتر، در کشورهایی با نظام کامن‌لا، قوانینی همچون قانون زمین همسایه مصوب ۱۹۹۲^{۳۴} و قانون تجاوز به اموال اونتاریو مصوب ۱۹۹۰ (Ontario's Trespass to Property Act 1990) به مالک یا متصرف اختیار کامل در مورد استفاده از اموال و شرایط استفاده از آن را می‌دهد. لذا این نظام در این خصوص از مالک یا کسی که از طرف مالک اختیار تصرف دارد، حمایت می‌کند^{۳۵} و با ضمانت اجراهای شبه کیفری و مانند آن تکمیل شده است؛ همانند موارد مندرج در ماده ۲۱ قانون تجاوز به اموال اونتاریو.^{۳۶} بنابراین، کسی که مالک یا متصرف از

^{۳۱}Ned, Snow, "Accessing the Internet Through the Neighbor's Wireless Internet Connection: Physical Trespass in Virtual Reality", *Nebraska Law Review*, Vol. 84, Issue 4, 1226-1264 (2005), p. 13.

^{۳۲}*ibid*, p.13

^{۳۳}Alex, Stein., Gideon, Parchomovsky, "Reconceptualizing trespass", *North Western University Law Review Journal*, Vol. 103, No. 4, 1823-1862 (2009), p. 6.

^{۳۴}Neighboring Land Act 1992

^{۳۵}*ibid*, p. 7.

^{۳۶} قاعده کلی این است که نظام کامن‌لا از طریق مسئولیت مدنی متجاوز از اختیار مطلق مالک حمایت می‌کند که با ممنوعیت‌های شبه کیفری در ماده ۲۱ تکمیل می‌گردد.

- ماده ۲۱: هر شخصی که بر طبق اختیار یا حق مالک یا متصرف رفتار نکند چنانچه عمل او بدون اجازه متصرف یا مالک باشد یا چنانچه پس از اخطار سریعاً محل را ترک نکند یا در صورت ممنوعیت ورود، بر مبنای این ماده، مجرم شناخته و به جزای

جانب مالک نیست نمی‌تواند به‌عنوان خواهان، دعوای تجاوز به ملک را اقامه کند. برای تحقق تجاوز به ملک نیاز به ورود خسارت به مالک یا متصرف نیست^{۳۷} و صرف ورود به ملک یا باقی ماندن در آن پس از اتمام اِذْن، پرتاب شیء به زمین غیر یا عبور از آن کافی است.^{۳۸}

۳.۱. مسئولیت مدنی ناشی از تجاوز به ملک

چنان‌که ملاحظه شد، در نظام کامن‌لا مسئولیت مدنی شامل خطاهای عمدی، خطاهای مبتنی بر بی‌احتیاطی و مسئولیت مطلق است. تجاوز و اقسام آن، جزء خطاهای عمدی قرار می‌گیرد. در این نظام، قصد به معنای قصد نفوذ^{۳۹} (نه صرف قصد) یکی از ارکان تجاوز به ملک محسوب می‌شود. از این رو، چنانچه متجاوز قصد نفوذ به ملک را نداشته باشد و صرفاً از روی بی‌احتیاطی به ملک دیگری وارد شده باشد برای تحقق این قسم از تجاوز کفایت نخواهد کرد. همچنین تحقق تجاوز به ملک، مشروط به ورود خسارت نیست؛^{۴۰} چراکه به صرف حضور شخص در یک ملک بدون ورود آسیب به مالک یا متصرف، موجب تحقق تجاوز به ملک خواهد شد. بنابراین اگر تجاوز به ملک دیگری موجب خسارت نشود مشمول مسئولیت خواهد بود و خواننده باید خسارت اسمی (نمادین)^{۴۱} پرداخت نماید. و در مواردی که ارتکاب این خطا منجر به آسیب شود، متجاوز بدون در نظر گرفتن عوامل بی‌احتیاطی یا تعهد به رعایت احتیاط مسئول است و باید خسارت را جبران کند.^{۴۲} ممکن است آسیب فیزیکی به زمین بسیار جزئی باشد، در چنین مواردی تنها خسارت اسمی پرداخت می‌شود؛ همچنان‌که

نقدی حداکثر تا ۲۰۰۰ دلار محکوم می‌گردد».

^{۳۷}Trespass is Actionable per se, i.e. the Act of Trespass is Itself a Tort and It Is not Necessary to Prove That it Has Caused Actual Damage.

^{۳۸}Jonathan, Law, *Oxford Dictionary of Law*, (Oxford: Oxford University Press, Eight Edition, 2015), p. 632.

^{۳۹}Intent of Intrusion

^{۴۰}Intention

^{۴۱}R.K. Bangia, *Law of Torts, Delhi*, (Allahabad: Law Agency Published, Twenty Second Edition, 2010), p. 434.

^{۴۲}Nominal Damages

^{۴۳}Avihay, Dorfman, Jacob, Assef, "The Fault of Trespass", *University of Toronto Law Journal*, Vol. 65, No. 1, 48-98 (2015), p. 4.

اگر ورود به ملک منجر به خسارتی نمی‌گردد خسارت اسمی پرداخت می‌شود. و اگر خسارت قابل توجهی به ملک وارد گردد، خسارت متناسب با خسارت وارده برای جبران تعیین می‌شود. در این موارد که خسارت قابل توجه است و در مدت زمانی مالک حق استفاده از مال خود را از دست می‌دهد، به نظر می‌رسد که مالک بتواند خسارت از دست دادن حق استفاده از اموال را از متجاوز مطالبه کند؛ چراکه منظور از اصطلاح خسارت از دست دادن حق استفاده، ارزیابی ارزش استفاده از مال در مدت زمان توقف، تعمیر یا ممانعت از استفاده از آن و یا بررسی میزان پرداختی برای استفاده از مال جایگزین است.^{۴۴} در برخی موارد نیز علاوه بر خسارت (Damages)، ممکن است قرار منع^{۴۵} یکی از شیوه‌های جبران عینی در حقوق انگلیس است مورد حکم واقع شود. قرار منع در این خصوص دارای پشتوانه قوی و فراوان است؛ چراکه در مواردی که خسارت بسیار اندک است قرار منع تنها شیوه‌ای است که جز در موارد استثنایی تنها راه چاره می‌تواند باشد و علاوه بر آن، آنچه که مدعی نیاز دارد دستور جلوگیری از اقدامات بیشتر است. برای مثال، هنگامی که مردم با عبور از ملک خصوصی غیر، همچنان به تجاوز به ملک ادامه می‌دهند، مالک زمین باید بتواند آنها را در آینده منع کند که این امر به بهترین وجه ممکن با حکم قرار منع به دست می‌آید.^{۴۶}

۲. حقوق ایران

یکی از نهادهایی که از حقوق فرانسه به ایران وارد شده، تصرف عدوانی است که در مواد ۱۲۶۴ تا ۱۲۶۷ قانون سابق آیین دادرسی مدنی فرانسه^{۴۷} مقرر شده بود. اما این نهاد حقوقی با این عنوان خاص در فقه امامیه وجود ندارد. چراکه در فقه تصرف اماره بر مالکیت در مال است، لذا در فقه مسئله‌ای به نام تصرف سابق موجود نیست تا مورد حمایت قرار بگیرد. آنچه در فقه اهمیت دارد مالک و مالکیت است. اما در تصرف عدوانی با توجه به نظم

۴۴. منصور امینی و مونا عبدی، «بررسی تطبیقی خسارت از دست دادن حق استفاده از اموال در نظام‌های حقوقی ایالات متحده آمریکا و ایران»، مطالعات حقوق تطبیقی معاصر، ش ۲۴ (۱۴۰۰)، ص ۴.

۴۵. Injunction

۴۶. Vivienne, Harpwood, *Modern Tort Law*, (London: Cavendish Publishing Limited, Fifth Edition, 2003), p. 211.

۴۷. حسن محسنی، *آیین دادرسی مدنی فرانسه*، ج ۲، (تهران: شرکت سهامی انتشار، چ ۱، ۱۳۹۴)، ص ۲۶۰.

عمومی که در نظر قانون‌گذار بوده این نهاد را با شکل و احکام خاص مورد حمایت قرار داده است. به این ترتیب، این مطلب که متصرف به صرف تصرف سابق می‌تواند رفع تصرف را بخواهد- همچنان که در قانون آیین دادرسی ما آمده- زائیده حقوق جدید است و از جهت نظم عمومی و مباحث این‌چنینی از حقوق فرانسه به ایران منتقل شده است. این نهاد با احکام و شرایط خاصی که قانون‌گذار آیین دادرسی مدنی مقرر نموده، دارای ارکان است و برای شناخت ارکان آن، به بهترین تعریف آن که در قانون آیین دادرسی مدنی ایران آمده است اکتفا می‌کنیم. در ادامه به علت بحث‌های کلی یا برخی وجوه افتراق و شباهت که بین تجاوز به ملک و غصب وجود دارد، به بررسی آن می‌پردازیم.

۲.۱. ارکان تحقق تصرف عدوانی

برای شناخت ارکان تصرف عدوانی، به بهترین تعریف آن که در قانون آیین دادرسی مدنی ایران آمده است، اکتفا می‌کنیم. ماده ۱۵۸ ق.آ.د.م در خصوص تعریف تصرف عدوانی، مقرر کرده است: «دعوای تصرف عدوانی عبارتست از: ادعای متصرف سابق مبنی بر اینکه دیگری بدون رضایت او مال غیرمنقول را از تصرف وی خارج کرده و اعاده تصرف خود را نسبت به آن مال درخواست می‌نماید». با توجه به این تعریف که معنای حقوقی تصرف عدوانی است، ارکان تصرف عدوانی مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۲.۱.۱. سبب تصرف خواهان

از مفهوم تصرف عدوانی^{۴۸} حقوق فرانسه که عبارت است از هر متصرفی که از او سلب تصرف شده باشد، می‌توان با طرح دعوای تصرف عدوانی مجدداً مال از دست‌رفته خود را به تصرف درآورد.^{۴۹} همچنین از ماده ۱۵۸ ق.آ.د.م ایران نیز که مقرر می‌دارد: «ادعای متصرف سابق مبنی بر این که دیگری بدون رضایت او، مال غیرمنقول را از تصرف وی، خارج کرده و اعاده تصرف خود را نسبت به آن مال، درخواست می‌نماید»، مستفاد می‌شود

۴۸. *L'areintegrando*

۴۹. اسمعیل صالحی، *مقایسه دعوای تصرف در حقوق ایران و فرانسه*، (تهران: مجد، چ ۱، ۱۳۹۷)، ص ۷.

که سبق تصرف خواهان به عنوان یکی از ارکان تحقق تصرف عدوانی شمرده می‌شود. بنابراین، دعوا در صورتی تصرف عدوانی محسوب می‌شود که موضوع حق منشأ آن، تصرفات قبلی خواهان یا به عبارت بهتر در اختیار داشتن عملی مال یا حق مورد نظر باشد.^{۵۰} پس مدعی در دعوی تصرف عدوانی، باید سبق تصرفات خود را ثابت نماید^{۵۱} و چنانچه مدعی تنها به حق مالکیت خود نسبت به ملک استناد نماید و نتواند یا نخواهد به تصرفات سابق خود استناد کند، در دعوی تصرف عدوانی محکوم به بی‌حقی می‌شود.

۲.۱.۲. لِحوق تصرفات خوانده

یکی دیگر از ارکان دعوی تصرف عدوانی که باید مدعی دعوا به آن استناد کند، تصرفات بعدی خوانده است.^{۵۲} خواهان باید پس از استناد به تصرفات سابق خود، ثابت نماید که تصرفات خوانده پس از او بوده است؛ به عبارت بهتر، باید اثبات کند خوانده ملک را از تصرف او عدواناً خارج نموده است. چنان که ماده ۱۶۱ ق.آ.د.م مقرر نموده است: «در دعوی تصرف عدوانی، ممانعت از حق و مزاحمت، خواهان باید ثابت نماید که موضوع دعوا حسب مورد، قبل از خارج شدن ملک از تصرف وی و یا قبل از ممانعت و یا مزاحمت، در تصرف و یا مورد استفاده او بوده و بدون رضایت او و یا به غیر وسیله قانونی از تصرف وی خارج شده است.»

۲.۱.۳. عدوانی بودن تصرفات خوانده

عنصر عدوان، یکی از ارکان تحقق تصرف عدوانی به شمار می‌رود؛ چراکه در حقوق ایران علی‌الاصول تصرف عدوانی مستلزم اقدام عملی به استیلا بر ملک بدون رضایت متصرف سابق و به غیر وسیله قانونی است.^{۵۳} در ماده ۱۵۸ ق.آ.د.م نیز در تعریف تصرف عدوانی، به عدوانی بودن اشاره شده است. بنابراین عدوانی بودن عمل متصرف به عنوان رکنی از ارکان دعوی تصرف عدوانی مورد نظر قانون گذار است.

۵۰. همان، ص ۹.

۵۱. عبدالله شمس، آیین دادرسی مدنی دوره پیشرفته، ج ۱، (تهران: دزاک، چ ۳۴، ۱۳۹۴)، ص ۳۲۴.

۵۲. همان، ص ۲۲۴.

۵۳. عبدالله شمس، آیین دادرسی مدنی دوره پیشرفته، ج ۱، (تهران: دزاک، چ ۳۴، ۱۳۹۴)، ص ۳۳۰.

۲.۲. ارکان تحقق غضب

برای تحقق غضب باید ارکان آن با یکدیگر جمع شوند. ارکان تحقق غضب از تعریف آن مستفاد می‌شود. غضب در لغت به معنی به زور و ستم گرفتن یا به ناحق گرفتن چیزی آمده است.^{۵۴} در منابع فقهی و حقوق مدنی، تعاریف مختلف و متعددی از غضب به عمل آمده است که برخی از آنها در ادامه ذکر می‌شود.

شهید اول در *لمعه غضب* را «هو الاستقلال باثبات الید علی المال الغیر عدواناً» تعریف کرده است؛ یعنی غضب عبارت است از «سلطه استقلال نسبت به مال غیر به نحو عدوانی» و شهید ثانی غضب را «هو الاستیلاء علی حق الغیر عدواناً» تعریف کرده است.^{۵۵} یعنی غضب، استیلا بر مال یا حق غیر به نحو عدوانی است. امام خمینی تعریف دیگری از غضب ارائه داده است: «استیلا علی مال الغیر بغیر حق» و برخی از فقهای معاصر تعریف دیگری برای غضب بیان کرده‌اند: «هو الاستیلاء علی مال الغیر من مال أو حق عدواناً».^{۵۶} در خصوص تعریف غضب ماده ۳۰۸ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «غضب، استیلا بر حق غیر است به نحو عدوان». مقصود از عدوان به عنوان یکی از عناصر تحقق غضب، تجاوز به حق دیگری است؛ بنابراین در غضب استیلا از روی عمد و قهر صورت می‌گیرد.^{۵۷} بر اساس تعاریف غضب، ارکان تحقق آن در کلام فقها عبارت‌اند از: لزوم استیلا بر حق غیر به نحو عدوان.

همچنین شبه غضب که در مسائل غضب مطرح می‌شود، دارای مصادیق متعددی است که از جمله می‌توان به مقبوض به عقد فاسد (۳۶۶ ق.م)، عدم استرداد به مالک پس از انقضای مدت اجاره (ماده ۶۳۱ ق.م)، عدم رد مال به مالک یا انکار آن (مواد ۳۰۸ و ۳۱۰

۵۴. علی‌اکبر مشکینی، *مصطلحات الفقه*، (قم: نشر الهادی، چ ۵، ۱۳۸۶)، ص ۳۹۱؛ حمید ابهری و ایوب، پرتوی، «مفهوم و قلمرو

غضب در فقه اسلامی و حقوق مدنی ایران»، مقالات و بررسی‌ها، دفتر ۸۹، (۱۳۸۷)، ص ۲.

۵۵. محمدبن مکی، *عاملی، اللمعه الدمشقیه*، (قم: دارالناصر، چ ۱، ۱۴۰۶ ق)، ص ۲۳۴؛ زین‌الدین، *عاملی، الروضه البهیة فی شرح*

اللمعه الدمشقیه، (قم: دارالتفسیر، چ ۴، ۱۳۸۲)، ص ۱۰۵.

۵۶. روح‌الله موسوی خمینی، *تحریر الوسیله*، (تهران: انتشارات مؤسسه العروج، چ ۱، ۱۳۹۷)، ص ۶۴۳؛ محمد فاضل، *موحدی لنگرانی*،

کتاب الغضب احیاء الموات المشترکات و اللقطه، ج ۱، (قم: مرکز نشر فقه الأنمه الاطهار ع، چ ۱، ۱۳۸۷)، ص ۷.

۵۷. سید مصطفی محقق داماد، *قواعد فقه*، ج ۱، (تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، چ ۱۲، ۱۳۶۴)، ص ۶۸.

ق.م) و مواردی از این قبیل اشاره نمود. با توجه به تعدد مصادیق شبه غضب، نمی‌توان حکم کلی بر ارکان آن بار کرد و باید ارکان هریک از مصادیق را مورد بررسی قرار داد که ذیل هر رکن از غضب، مصادیق شبه غضب و ارکان آن مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۲.۲.۱. لزوم استیلا

رکن اصلی غضب در کلام فقهاء، استیلا است؛^{۵۸} چنان که برخی از فقهاء به صراحت بیان کرده‌اند «انّ المدار فی تحقیق الغضب علی الاستیلاء الغاصب علی المغضوب»^{۵۹}

برای تحقیق غضب، لازم است شخص غاصب بر حق مالی غیر استیلا پیدا کند، چراکه دستیابی بدون امکان تصرف کافی نیست؛^{۶۰} چنان که اگر کسی بدون قبض مال بر آن تسلط یابد، رکن استیلا تحقق می‌یابد. معیار تحقیق استیلا داوری عرف است، زیرا معیار ثابتی وجود ندارد. رکن استیلا در تحقیق غضب لزومی به مباشرت ندارد؛ همچنان که اگر شخصی به امر دیگری در خانه‌ای سکونت کند آمر را باید بر آن مستولی دانست.^{۶۱}

در شبهه غضب نیز استیلا وجود دارد، اما نه استیلائی کاملی که به‌عنوان عنصر مادی برای غضب موردنیاز است. در ضمان مقبوض به عقد فاسد، تا زمانی که یک طرف مال را قبض نکند ضامن عین و منافع آن نخواهد بود (ماده ۳۶۶ ق.م). همچنین این رکن از ماده ۳۰۸ که مقرر کرده «...اثبات ید بر مال غیر بدون مجوز هم در حکم غضب است» استنباط می‌شود؛ بنابراین در تمامی مصادیق شبهه غضب استیلا رکن آن محسوب می‌شود (مواد ۶۳۱

۵۸. یحیی بن سعید حلّی، *الجامع للشرائع*، ج ۱ (قم: انتشارات مؤسسه سیدالشهداء، چ ۱، ۱۴۰۵)، ص ۳۴۶؛ محمدبن مکی عاملی، *اللمعة الدمشقیة*، (قم: دارالناصر، چ ۱، ۱۴۰۶ ق)، ص ۲۳۴؛ زین‌الدین عاملی، *الروضه البهیه فی شرح اللمعة الدمشقیة*، (قم: دارالتفسیر، چ ۴، ۱۳۸۲)، ص ۱۰۵؛ محمدحسن نجفی جواهری، *جواهرالکلام فی شرح شرائع الاسلام*، (قم: مؤسسه نشر اسلامی وابسته به جامعه مدرسین قم، چ ۷، ۱۴۳۲ ق)، صص ۷ و ۸؛ روح‌الله، موسوی خمینی، *تحریرالوسیله*، (تهران: انتشارات مؤسسه العروج، چ ۱، ۱۳۹۷)، ص ۶۴۳؛ محمد فاضل موحدی لنکرانی، *کتاب الغصب احیاء الموات المشترکات و اللقطه*، ج ۱، (قم: مرکز نشر فقه الأئمه الاطهار ع، چ ۱، ۱۳۸۷) ص ۷.

۵۹. ابوالحسن اصفهانی، *وسیله النجاه مع تعلیق الام‌الخمینی ره*، ج ۱ (قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی ره، چ ۱، ۱۳۸۰) ص ۶۴۰.

۵۹. علی‌عباس حیاتی، *مسئولیت ملنی*، (تهران: میزان، چ ۱، ۱۳۹۲)، ص ۲۰۶.

۶۰. ماده ۳۰۸ ق.م: «غصب استیلاء بر حق غیر است به نحو عدوان، اثبات ید بر مال غیر بدون مجوز هم در حکم غضب است».

۶۱. ناصر کاتوزیان، *الزامهای خارج از قرارداد*، ج ۲، (تهران: انتشارات دانشگاه تهران، چ ۱، ۱۳۷۴)، ص ۲۱.

و ۳۶۶ ق.م).

۲.۲.۲. غیرمشروع و عدوانی بودن استیلا

چنان که در تعریف غصب در فقه بیان شد، اکثر فقها واژه عدوان و به غیر حق بودن را ذکر کرده‌اند؛ به عبارتی به سلطه درآوردن مال غیر را از روی عدوان دانسته‌اند، لذا عدوان از منظر ایشان یکی از ارکان تحقق غصب به‌شمار می‌آید. مقصود از عدوان در این خصوص به این معناست که غاصب بدون مجوز و با علم به عدم استحقاق، از روی عمد بر حق غیر مستولی^{۶۲} شود؛ لذا عدوان هنگامی صدق می‌کند که متصرف با علم به اینکه مال از آن دیگری است و اجازه تصرف ندارد بر آن استیلا یابد و به عبارت دیگر، سوء نیت شرط تحقق غصب است.^{۶۳} در صورت تسلط فرد بر حق مالی دیگری، چنانچه این تسلط با مجوز قانونی باشد عنوان غصب تحقق نمی‌یابد.^{۶۴} معنای عدوان در ماده ۱۵۸ ق.آ.د.م مربوط به تصرف عدوانی، به معنای بدون حق به کار رفته است.^{۶۵}

برخی، مواردی را که به علت فقدان عنصر عدوان از مصادیق غصب محسوب نمی‌شود، از نظر احکام به غصب ملحق کرده‌اند؛ بدین معنا که از نظر ضمان، در حکم غصب دانسته‌اند.^{۶۶} برخی دیگر^{۶۷} عدوان را صرفاً به معنای قهر و ظلم گرفته و چنین استدلال کرده‌اند که عنصر عدوان در شبه غصب وجود ندارد، زیرا امتناع ورزیدن از تخلیه در پایان مدت اجاره یا انکار مال ودیعه یا قبض در ضمان مقبوض به عقد فاسد، قهر و غلبه به‌شمار نمی‌رود و از باب اینکه تصرف او بدون مجوز و نامشروع است در حکم غاصب است. با این حال، به نظر می‌رسد در تمامی مصادیق شبه غصب، عدوان به‌عنوان رکن آن به‌شمار می‌رود؛ چراکه اگر عدوان را به معنای بدون مجوز و نامشروع در نظر بگیریم، چنانچه مستأجری در پایان مدت اجاره از تخلیه امتناع نماید یا امینی مال ودیعه را نزد خود انکار کند یا به عقد

۶۲ فرهاد بیات و شیرین بیات؛ حقوق منعی، (تهران: انتشارات ارشد، چ ۱۷، ۱۳۹۸)، ص ۲۶۱.

۶۳ سید حسین صفایی و حبیب‌الله رحیمی، مسئولیت منعی، (قم: سمت، چ ۳، ۱۳۹۳)، ص ۲۷.

۶۴ عباس میرشکاری، «بررسی استحقاق غاصب نسبت به افزایش قیمت مال مغضوب»، قضاوت، ش ۷۴ (۱۳۹۰)، ص ۲.

۶۵ همان.

۶۶ سید مصطفی محقق داماد، قواعد فقه، ج ۱، (تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، چ ۱۲، ۱۳۶۴)، ص ۶۸.

۶۷ ناصر کاتوزیان، الزامهای خارج از قرارداد، ج ۲، (تهران: انتشارات دانشگاه تهران، چ ۱، ۱۳۷۴)، ص ۲۶.

فاسد مالی را قبض کند، رکن عدوان به این معنا که بدون مجوز و نامشروع بر مال استیلا یافته است وجود دارد. تنها تفاوت غضب و شبه غضب در این رکن در این است که اگر آغاز تصرف با عدوان یعنی بدون إذن باشد، غضب و چنانچه عدوان از آغاز وجود نداشته و شروع تصرف با إذن باشد آنچه رخ می‌دهد در حکم غضب است.^{۶۸} اگر فقه نیز مقبوض به عقد فاسد و اجرتی را که مستأجر در عقد اجاره باطل دریافت می‌کند در حکم غضب دانسته‌اند، زیرا بدون إذن صاحب مال آن را دریافت کرده است.^{۶۹}

۲.۲.۳. حق غیر

حق، سلطه و اختیاری است که شخص نسبت به چیزی دارد که شامل حق مالی و حق غیرمالی است. چنانچه متعلق حق چیزی باشد که مال نامیده می‌شود، آن را حق مالی و چنانچه متعلق حق، امر غیرمالی باشد آن را حق غیرمالی می‌نامند. با این حال، قانون‌گذار در مواد مربوط به غضب تنها در صدد بیان احکام حقوق مالی غضب بوده است.^{۷۰} همچنین در خصوص حق باید دانست که برای تحقق غضب، استیلا بر حق دیگری شرط است. بنابراین اگر کسی بر حق خود استیلا پیدا کند، به هیچ عنوان غضب مصداق نخواهد یافت.^{۷۱} چنان که از کلام فقها روشن است تعلق مال یا حق به غیر از ارکان غضب محسوب می‌شود، زیرا حقی که متعلق به «غیر» است مورد انکار واقع یا نادیده گرفته شده است.^{۷۲} همچنین این رکن در تمامی انواع مصادیق شبه غضب وجود دارد؛ چنان که برخی فقها درخصوص

۶۸. میترا ضرابی و سلیمان اکبری، *بایسته‌های حقوق مدنی*، (تهران: طرح نوین اندیشه، چ ۱۲، ۱۴۰۱)، ص ۱۷۶
 ۶۹. «یلحق بالغصب فی الضمان، المقبوض بالعقد المعاوضی الفاسد، فالمبیع الذی یأخذهُ المشتري و الثمن الذی یأخذهُ البائع فی المبیع الفاسد یكون فی ضمانها...»؛ ابولحسن اصفهانی، *وسیله النجاه مع تعلیق الام الخمینی ره*، ج ۱ (قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی ره، چ ۱، ۱۳۸۰) صص ۶۳۷ و ۶۴۰.

۷۰. علی‌عباس حیاتی، *مسئولیت مدنی*، (تهران: میزان، چ ۱، ۱۳۹۲)، ص ۲۰۶.

۷۱. سید مرتضی قاسم‌زاده، *الزامها و مسئولیت مدنی بدون قرارداد*، (تهران: میزان، چ ۹، ۱۳۹۰)، ص ۱۹۲.

۷۲. یحیی‌بن سعید حلّی، *الجامع للشرائع*، ج ۱ (قم: انتشارات مؤسسه سیدالشهداء، چ ۱، ۱۴۰۵)، ص ۳۴۶؛ محمدبن مکی عاملی، *اللمعه الدمشقیه*، (قم: دارالناصر، چ ۱، ۱۴۰۶ ق)، ص ۲۳۴؛ زین‌الدین عاملی، *الروضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیه*، (قم: دارالتفسیر، چ ۴، ۱۳۸۲)، ص ۱۰۵؛ محمدحسن نجفی جواهری، *جواهرالکلام فی شرح شرائع الاسلام*، ج ۳۷ (قم: مؤسسه نشر اسلامی وابسته به جامعه مدرسین قم، چ ۷، ۱۴۲۲ ق)، صص ۷ و ۸؛ روح‌الله موسوی خمینی، *تحریرالوسیله*، (تهران: انتشارات مؤسسه العروج، چ ۱، ۱۳۹۷)، ص ۶۴۳؛ ابولحسن اصفهانی، *وسیله النجاه مع تعلیق الام الخمینی ره*، ج ۱ (قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی ره، چ ۱، ۱۳۸۰) ص ۶۳۷.

عدم تخلیه مورد اجاره پس از انقضای مدت و در مقبوض به عقد فاسد به نهی از قبض و تصرف مبیع یا ثمن در عقد فاسد که متعلق به غیر است، پرداخته‌اند.^{۷۳}

۳.۲. مسئولیت ناشی از تصرف عدوانی

در این دعوا چنانچه قاضی شرایط حمایت از تصرف عدوانی (ارکان تحقق این نهاد) را احراز کند، به رفع تصرف عدوانی و آثار آن حکم می‌کند (مواد ۱۲۶۴ و ۱۲۶۵ قانون آیین دادرسی مدنی فرانسه).^{۷۴} اولین اثر دعوای تصرف عدوانی، خلع ید متصرف از اموال غیرمنقول (رفع تصرف) و جلوگیری از اقدامات بعدی خواننده است (ماده ۳ قانون اصلاح قانون جلوگیری از تصرف عدوانی ۱۳۵۲ و ماده ۱۶۶ ق.آ.د.م). هدف نهاد تصرف عدوانی، جلوگیری از تجاوز به مال غیرمنقول و اعاده وضع سابق است، چنان که اگر متصرف به ایجاد اعیانی از قبیل احداث بنا، غرس اشجار یا کشت و زرع در ملک مورد دعوی اقدام کند، این اعیانی قلع و همچنین از ایجاد، ادامه و تکمیل آن جلوگیری خواهد شد (ماده ۱۴ قانون اصلاح قانون جلوگیری از تصرف عدوانی ۱۳۵۲)؛ گرچه اعمال یادشده به استناد ادعای حقی نسبت به آن مال باشد (ماده ۲ قانون اصلاح قانون جلوگیری از تصرف عدوانی ۱۳۵۲).

یکی دیگر از آثار این نوع مسئولیت، جبران خسارت اعم از عین و منفعت به‌عنوان شیوه مقابله با خسارت است. البته در این مورد می‌توان به نظریه دیگری اشاره کرد که میان حقوق دانان کامن‌لا مشهور است که بین تصرف غاصبانه و غیرغاصبانه تفکیک قائل شده‌اند. می‌توان گفت اگر تصرف غاصبانه باشد (با استناد به قاعده الغاصب یؤخذ باسحق الاحوال) برای مالک حق مطالبه بالاترین قیمت را قائل شویم و در مواردی که تصرف غیر غاصبانه باشد به علت عدم سوءنیت متصرف به حق مطالبه قیمت روز ادای حکم شود.^{۷۵}

۴.۲. مسئولیت مدنی ناشی از غصب

اولین مسئولیت غاصب، تعهد مطلق او به برگرداندن مال به صاحب آن است. غاصب یا

۷۳. محمدبن حسن طوسی، *المبسوط فی فقه الإمامیه*، ج ۲، (بی‌جا، مرتضوی، بی‌تا)، ص ۵۹؛ سید محمد جواد حسینی عاملی، *مفتاح الکرامه فی شرح القواعد العلامه*، ج ۱۸ (قم: مؤسسه نشر اسلامی، ج ۱، بی‌تا) ص ۸.

۷۴. حسن محسنی، *آیین دادرسی مدنی فرانسه*، ج ۲، (تهران: شرکت سهامی انتشار، ج ۱، ۱۳۹۴)، ص ۲۶۰.

۷۵. سید مصطفی محقق داماد، *قواعد فقه*، ج ۱، (تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، ج ۱۲، ۱۳۶۴)، ص ۸۵.

متصرف غیرمجاز با تصرف در مال یا حق غیر، در واقع متعهد می‌گردد که آن را به مالک یا صاحب حق بازگرداند و این تعهد یک تعهد مطلق است؛ یعنی به هر صورت، ولو با وجود قوه قاهره، باید تعهد خود را انجام دهد و هیچ حادثه‌ای او را از انجام چنین تعهدی معاف نمی‌نماید. همچنین در صورت از بین رفتن مال به وسیله ثالث یا قوه قاهره، غاصب مسئول جبران خسارت یادشده است؛^{۷۶} یعنی غاصب مسئول فعل دیگری است و اماره این مسئولیت، غیرقابل رد است.^{۷۷}

در ماده ۳۱۱ ق.م. مقرر شده است: «غاصب باید مال مغضوب را عیناً به صاحب آن رد نماید...» و قانون‌گذار در ماده ۳۱۳ ق.م. در مورد مطلق بودن تعهد غاصب به رد عین مغضوب بیان می‌کند: «هرگاه کسی در زمین خود با مصالح متعلقه به دیگری بنایی بسازد و یا درخت غیر را بدون إذن مالک در آن زمین غرس کند، صاحب مصالح یا درخت می‌تواند قلع یا نزع آن را بخواهد مگر اینکه به أخذ قیمت تراضی نمایند». این حکم در مواردی است که غاصب شخص واحد باشد، در صورتی که افراد متعدد مالی را غصب نمایند، دو فرض قابل تصور است: نخست اینکه هر کدام از غاصبان به ترتیب زمانی، مال را غصب کند، مثلاً مال مغضوب را یکی از غاصبان غصب نماید و بعد شخص دیگری مال را از غاصب قبلی غصب کند و همینطور، هر غاصبی بعد یا قبل از دیگری مال را غصب کرده است که این صورت مسئله تعاقب ایادی است. در این صورت تمامی غاصبان تعهد مطلق دارند تا مال را به صاحب آن برگردانند. به همین جهت در ماده ۳۱۷ ق.م. مقرر شده است: «مالک می‌تواند عین، مثل یا قیمت تمام یا قسمتی از مال مغضوب را از غاصب اولی یا از هریک از غاصبین بعدی که بخواهد مطالبه کند». در این ماده به تعهد مطلق غاصبان ترتیبی، به بازگرداندن عین تصریح شده است. فرض دوم موردی است که غاصبان متعدد، هم‌زمان و با همدیگر مال را غصب نمایند. در این خصوص، در صورتی که عین در تصرف یکی از غاصبان باشد، مالک می‌تواند از او استرداد تمام عین را خواستار شود. ولی اگر قسمتی از مال در تصرف غاصبی و قسمت دیگر در تصرف شریک دیگر باشد، در این صورت از او به نسبت مشارکتی

۷۶. علی‌رضا باریکلو، مسئولیت ملنی، (تهران: میزان، چ دوم، ۱۳۸۷)، صص ۱۵۰ و ۱۵۲.

۷۷. حسینی‌نژاد، مسئولیت ملنی، (تهران: مجد، ج ۱، ۱۳۸۹)، ص ۱۴۴.

که در غصب داشته است، می‌تواند درخواست استرداد مال را^{۷۸} بنماید.

در ماده ۳۱۶ ق.م. آمده است: «اگر کسی مال مغضوب را از غاصب غصب کند، آن شخص نیز مثل غاصب سابق ضامن است، اگرچه به غاصبیت غاصب اولی جاهل باشد». این حکم به این معنی است که هرکسی دست نامشروع بر مال دیگری دارد ضامن بازگرداندن عین، منافع و بدل آن است؛ بنابراین، هر کسی که از راه نامشروع بر مال دیگری استیلا یافته ضامن است و ضمان به غاصب نخستین محدود نمی‌شود. پس غاصب یا خریدار از غاصب (ماده ۳۲۳ ق.م) نیز در همان وضع حقوقی او قرار می‌گیرد و مشمول حکم تکلیفی و وضعی غصب می‌گردد. ماده ۳۱۷ ق.م مقرر می‌نماید که «مالک می‌تواند عین و در صورت تلف شدن عین، مثل یا قیمت تمام یا قسمتی از مال مغضوب را از غاصب اولی یا از هر یک از غاصبین بعدی که بخواهد مطالبه کند». اشتراک در موقعیت باعث می‌شود تا همه غاصبان در برابر مالک، ضامن تمام خسارت قرار گیرند و او بتواند یک حق را از چند نفر مطالبه کند. همین وضع است که به مسئولیت تضامنی غاصبان تعبیر می‌شود. این تضامن به گونه‌ای محدودتر درباره منافع مال مغضوب نیز وجود دارد؛^{۷۹} ضمان منافع یکی دیگر از مسئولیت‌های غاصب در برابر مالک است؛ چراکه هر غاصب، ضامن منافع زمان تصرف خود و دست‌های نامشروع بعد از آن است اگرچه استیفای منفعت نکرده باشد، ولی نسبت به غاصبان پیش از خود مسئولیتی ندارد (ماده ۳۲۰ ق.م). بنابراین، غاصب ضامن منافع مستوفات و غیرمستوفات است. همچنین هرگاه مال مغضوب در زمان تصرف یکی از غاصبان نقص و عیبی پیدا کند و سپس در دست دیگران تلف شود، غاصبان بعد از او تنها ضامن مثل یا قیمت مال ناقصی هستند که غصب کرده‌اند و تفاوت قیمت برعهده کسانی است که مال سالم در دست داشته‌اند. چنانچه مال مغضوب در جریان غصب‌های متعدد افزایش پیدا کند، مسئول تلف این فزونی، دست‌های پیش از آن نیستند و ضمان اختصاص به دست‌های بعدی دارد.^{۸۰}

۷۸. پیشین، صص ۱۵۲ و ۱۵۳.

۷۹. ناصر کاتوزیان، *الزامهای خارج از قرارداد*، ج ۲، (تهران: انتشارات دانشگاه تهران، چ ۱، ۱۳۷۴)، صص ۱۰۰ و ۱۰۱.

۸۰. همان، ص. ۱۰۷.

۳. مقایسه بین دو نظام حقوقی

پس از تبیین هریک از ارکان تجاوز به ملک در نظام کامن لا و تصرف عدوانی و غصب در فقه و حقوق ایران، در مقام مقایسه، تحلیل وجوه افتراق و اشتراک، از موارد مهم و قابل بررسی است.

۳.۱. وجوه افتراق میان تجاوز به ملک و تصرف عدوانی

۳.۱.۱. تصرف

در حقوق ایران، صرف ورود به ملک غیر، موجب تحقق تصرف عدوانی نیست. متصرف عدوانی باید مال را از تصرف متصرف خارج کند و خود متصرف ملک شود تا این نهاد محقق گردد. تصرف شیوه‌ای از تملک و تصاحب به‌شمار می‌رود؛ همچنان‌که در ماده ۱۵۸ قانون آیین دادرسی مدنی مقرر شده است: «... ادعای متصرف سابق مبنی بر اینکه دیگری بدون رضایت او مال غیرمنقول را از تصرف او خارج کرده...».

همچنین صرف ورود به ملک غیر بدون ایجاد خسارت موجب مسئولیت مدنی نمی‌شود، هرچند که ممکن است از جهاتی جنبه کیفری داشته باشد؛ چنان‌که در ماده ۶۹۴ قانون مجازات اسلامی (تعزیرات ۱۳۹۹) آمده است: «هرکس در منزل یا مسکن دیگری به عنف یا تهدید وارد شود به مجازات از سه ماه تا یک سال و شش ماه حبس محکوم خواهد شد». بنابراین در تصرف عدوانی، متصرف شیوه‌ای از تصاحب را در جهت تصرف ملک به‌کار می‌برد و صرف ورود به مال غیرمنقول برای تحقق آن کافی نیست؛ همچنان‌که به‌موجب دادنامه قطعی شماره ۹۳۰۹۹۷۰۹۲۵۰۰۸۴۰ به تاریخ ۱۸ اسفند ۱۳۸۸ که طی آن مدیرعامل شرکت از اتهام تصرف عدوانی با برداشت غیرمجاز مخلوط کوهی از معدن که مورد بهره‌برداری شرکت دیگری بوده، به لحاظ عدم کفایت دلیل در تحقق تصرف عدوانی تبرئه شده است؛ با این استدلال که تصرف عدوانی منوط به استمرار و تداوم ید متصرف در ملک متعلق به غیر به‌منظور تصرف است و صرف ورود و برداشت مقداری مواد معدنی از شمول مقررات تصرف عدوانی خارج است (سامانه آرای قضایی).

این درحالی است که در نظام کامن لا تجاوز به ملک به صرف ورود شخص به ملک

دیگری محقق می‌شود. همچنین تحقق آن مشروط به ورود خسارت نیست؛ چراکه به صرف حضور شخص در یک ملک بدون ورود آسیب به مالک یا متصرف، ارکان تجاوز به ملک محقق می‌شود و مشمول مسئولیت خواهد بود.^{۸۱}

۳.۱.۲. قصد

وجه افتراق دیگر میان تجاوز به ملک و تصرف عدوانی، مسئله قصد است. همان‌طور که در تعریف تجاوز به ملک در نظام کامن‌لا، ملاحظه می‌شود، عملی است که به صورت غیرقانونی و بدون داشتن إذن انجام می‌شود و به‌طور عملی یا ضمنی باعث تجاوز به ملک می‌گردد و معمولاً همراه با قصد ورود به ملک است.^{۸۲} می‌توان گفت در این سیستم حقوقی برای تحقق تجاوز به ملک، قصد مورد نیاز است، اما برای طرح دعوای آن تفاوتی ندارد که تجاوز به ملک در نتیجه یک سهل‌انگاری یا رفتار بی‌پروا باشد که در جریان یک فعالیت غیرمخرب رخ داده است یا در نتیجه یک حادثه زیان‌آور،^{۸۳} و حتی ممکن است شامل مواردی باشد که فرد متجاوز نادانسته به ملک متعلق به دیگری ورود کرده است.^{۸۴} بنابراین، در این خصوص می‌توان گفت تجاوز به ملک جزء خطاهای عمدی است و قصد در آن دخالت دارد، اما قصد ضروری برای تحقق این نهاد در مسئولیت مدنی، قصد ورود به مال غیرمنقول است؛ هرچند که به تعلق آن مال به دیگری آگاهی نداشته باشد.

در حقوق ایران، در ق.آ.د.م در مواد مرتبط با دعوای تصرف عدوانی به قصد متصرف اشاره‌ای نشده است و نویسندگان حقوقی نیز اشاره‌ای به این مطلب نکرده‌اند.^{۸۵} با این حال، پرواضح است که اگر متصرف عدوانی قصد نداشته باشد باز هم با فعل و تصرفی که انجام می‌دهد، تصرف عدوانی محقق می‌شود. هرچند اگر دارای قصد و سوءنیت باشد عمل او

^{۸۱}Avihay, Dorfman, Jacob, Assef, "The Fault of Trespass", *University of Toronto Law Journal*, Vol. 65, No. 1, 48-98, (2015), p. 4.

^{۸۲}Bryan A, Garner, *Black Law Dictionary*, (America: Thomson Reuters Business, Ninth Edition, 2009), p. 1674.

^{۸۳}Wilton, Rankin, "Torts-Trespass to Land- Unintentional and No Negligent Entry as a Defence". *North Carolina Law Review*, Vol. 36, No. 2, 251, (1958), p. 251.

^{۸۴}Ben, Depoorter, "Fair Trespass", *Columbia Law Review*, Vol. 111, 1090- 1136, (2011), p. 6.

^{۸۵} عبدالله شمس، *آیین دادرسی مدنی دوره پیشرفته*، ج ۱، (تهران: نشر دراک، چ ۲، ۱۳۹۴)، ص ۳۳۷.

عنوان مجرمانه گرفته، مشمول قانون مجازات اسلامی (ماده ۶۹۴ ق.م.ا) می‌گردد، ولی در هر حال، مسئولیت حقوقی او محفوظ خواهد بود. بنابراین در حقوق ایران در خصوص تصرف عدوانی، از ابتدا پذیرفته شده است که قصد، رکن ضروری نیست؛ در صورتی که در نظام کامن‌لا برای تحقق نهاد تجاوز به ملک غیر قصد لازم است و این مسئله نقضی است که از این جهت در این نظام حقوقی وجود دارد؛ چراکه فلسفه مسئولیت مدنی جبران ضرر است و ضروری نبودن قصد به نحوی مزیت برای خواهان به‌شمار می‌رود که از اثبات قصد متصرف عدوانی معاف است.

۲.۳. وجوه افتراق میان تجاوز به ملک و غصب

۱.۲.۳. قلمرو شمول

در خصوص تمایز ارکان نهاد تجاوز به ملک در نظام کامن‌لا و غصب در حقوق ایران، چند وجه قابل بررسی است: از مهم‌ترین وجوه افتراق بین دو نهاد قلمرو شمول آنها است. موضوع غصب استیلا بر حقوق مالی غیر است. قانون‌گذار با آوردن واژه حق، دایره شمول غصب را گسترده کرده است. موضوع استیلا می‌تواند عین، منفعت یا حق باشد؛ بنابراین اگر شخصی عین مستأجره را غصب کند نسبت به مالک، غصب عین و نسبت به مستأجر، غصب منفعت است؛^{۸۶} و این درحالی است که قلمرو اعمال تجاوز به ملک شامل ساختمان، زمین، وسایل متصل به زمین و همچنین فضای بالا و زیرزمین می‌گردد.^{۸۷}

۲.۲.۳. قصد

وجه تمایز دیگر این دو، مسئله قصد است. تجاوز به ملک، متعلق به خطاهای عمدی

۸۶. فرهاد بیات و شیرین بیات، *حقوق منعی*، (تهران: انتشارات ارشد، چ ۱۷، ۱۳۹۸)، ص ۲۶۱.

۸۷. Wivienne, Harpwood, *Modern Tort Law*, (London: Cavendish Publishing Limited, Fifth Edition, 2003), p. 204.

است^{۸۸} که بر مبنای آن ورود به ملک باید به صورت عمدی صورت گیرد؛ به این صورت که ورود متجاوز باید با قصد نفوذ به آن ملک باشد، هرچند نسبت به تعلق ملک به غیر، جهل داشته یا اشتباه کرده باشد. جهل و اشتباه، چنانچه اشتباه معقول نیز محسوب گردد، هیچ‌گونه دفاعی برای این عمل ناقض محسوب نمی‌شود؛^{۸۹} بنابراین، قصد ضروری، قصد ورود (نفوذ) به ملک است نه صرف قصد؛^{۹۰} برای تحقق غصب نیز وجود قصد لازم است، چراکه عدوان رکن اساسی آن را تشکیل می‌دهد. اما در مواردی که به علت فقدان عنصر عدوان از مصادیق در حکم غصب محسوب می‌گردد، قصد و علم و جهل شرط نیست و این مورد وجه تمایز میان دو تأسیس حقوقی است. همانند مشتری که مال مغضوب را در تصرف دارد در حکم غاصب است، درحالی که عالم به غصب نباشد (مواد ۳۲۳، ۳۲۵ ق.م).

۳.۲.۳. استیلا

وجه تمایز دیگر، لزوم استیلا در غصب و عدم لزوم آن در نهاد تجاوز به ملک است. رکن اصلی غصب، استیلا است، چنان که ماده ۳۰۸ در تعریف غصب، استیلا بر حق غیر به نحو عدوان را مقرر کرده است، اما در تجاوز به ملک استیلا بر مال شرط نیست؛ زیرا صرف ورود به زمین یا باقی ماندن در آن بدون اینکه بر آن مستولی شود، و حتی پرتاب شیء در آن ملک یا عبور از آن برای تحقق این نهاد کافی است.^{۹۱}

۳.۲.۴. مسئولیت

اگر تجاوز به ملک دیگری موجب خسارت نشود مشمول مسئولیت خواهد بود و خواننده محکوم به خسارت اسمی (نمادین) می‌گردد. در مواردی که ارتکاب این خطا به آسیب منجر شود متجاوز بدون در نظر گرفتن عوامل بی‌احتیاطی یا تعهد به رعایت احتیاط مسئول است و

۸۸ ایرج بابایی و اسماعیل کشاورز، «بررسی تطبیقی ساختار مسئولیت مدنی در حقوق کامن‌لا و اسلام»، پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب، ش ۱ (۱۳۹۷)، ص ۱۰.

۸۹ Allan, Beever, "The Form of Liability in the Torts of Trespass", *Sage Journal*, Vol. 40, No. 4, 378- 399 (2011), p. 5.

۹۰ *Ibid*, p. 4.

۹۱ Vivienne, Harpwood, *Modern Tort Law*, (London, Cavendish Publishing Limited, Fifth Edition, 2003), p. 205.

باید خسارت را جبران کند.^{۹۲} ممکن است آسیب فیزیکی به زمین بسیار جزئی باشد در چنین مواردی تنها خسارت اسمی پرداخت می‌گردد، همچنان که اگر ورود به ملک به خسارتی منجر نمی‌شد خسارت اسمی پرداخت می‌گردید. اگر خسارت قابل توجهی به ملک وارد گردد، خسارت متناسب با خسارت وارده برای جبران تعیین می‌شود؛ این درحالی است که اولین مسئولیت غاصب تعهد مطلق او به بازگرداندن مال به صاحب آن است. غاصب یا متصرف غیرمجاز با تصرف در مال یا حق غیر، درواقع متعهد می‌شود که آن را به مالک یا صاحب حق برگرداند و این تعهد یک تعهد مطلق است؛ یعنی به هر صورت، ولو با وجود قوه قاهره، باید تعهد خود را انجام دهد و هیچ حادثه‌ای او را از انجام چنین تعهدی معاف نمی‌کند. همچنین در صورت از بین رفتن مال به وسیله ثالث یا قوه قاهره، غاصب مسئول جبران خسارت یادشده است؛^{۹۳} یعنی غاصب مسئول فعل دیگری است و اماره این مسئولیت، غیرقابل رد است.^{۹۴} ضمان منافع یکی دیگر از مسئولیت‌های غاصب در برابر مالک است، زیرا هر غاصب ضامن منافع زمان تصرف خود و دست‌های نامشروع بعد از آن است؛ اگرچه استیفای منفعت نکرده باشد، ولی نسبت به غاصبان پیش از خود مسئولیتی ندارد (ماده ۳۲۰ ق.م). بنابراین، غاصب ضامن منافع مستوفات و غیرمستوفات است. همچنین هرگاه مال منصوب در زمان تصرف یکی از غاصبان، نقص و عیبی پیدا کند و سپس در دست دیگران تلف شود، غاصبان بعد از او تنها ضامن مثل یا قیمت مال ناقصی هستند که غصب کرده‌اند و تفاوت قیمت برعهده کسانی است که مال سالم در دست داشته‌اند.

۳.۳. وجوه افتراق میان تجاوز به ملک و شبه غصب

از آنجایی که مصادیق شبه غصب در حقوق ایران متعدد هستند، بنابراین ذیل عناوین افتراق به صورت موردی به بررسی آنها خواهیم پرداخت.

۳.۳.۱. استیلا

۹۲. Avihay, Dorfman, Jacob, Assef, "The Fault of Trespass", *University of Toronto Law Journal*, Vol. 65, No. 1, 48-98 (2015), p. 4.

۹۳. علی‌رضا باریکلو، مسئولیت ملتی، (تهران: میزان، چ ۲، ۱۳۸۷)، صص ۱۵۰ و ۱۵۲.

۹۴. حسینقلی حسینی‌نژاد، مسئولیت ملتی، (تهران: مجد، چ ۱، ۱۳۸۹)، ص ۱۴۴.

یکی از مسائلی که در مصادیق شبه غصب وجود دارد و موجب وجه تفاوت این نهاد با تجاوز به ملک می‌گردد، مسئله قبض است. در ضمان مقبوض به عقد فاسد، قبض از سوی بایع یا مشتری صورت می‌گیرد. همچنین در امانت یا در انقضای مدت اجاره، قبض مال از سوی امین یا مستأجر استمرار پیدا می‌کند (مواد ۳۶۶ و ۶۳۱ ق.م)؛ این درحالی است که گفته شد در نظام کامن‌لا، تجاوز به ملک شامل مصادیقی از جمله ورود به زمین یا قراردادن اشیاء در زمین غیر، تجاوز به حریم هوایی ملک یا پرتاب اشیاء به زمین دیگری است که قبض، تسلط یا استیلا شرط نیست.

۲.۳.۳. قلمرو شمول

یکی دیگر از وجوه تمایز میان ارکان نهاد تجاوز به ملک در نظام کامن‌لا و شبه غصب در حقوق ایران، قلمرو شمول است. قلمرو موضوعی شبه غصب شامل مستولی شدن بر حقوق مالی غیر می‌شود و به لحاظ قلمرو مصادیقی، شبه غصب، هم در حوزه قراردادی است و هم غیرقراردادی. در مسئله عدم رد مال به مالک یا انکار آن در ودیعه (مواد ۳۰۸ و ۳۱۰ ق.م) و عدم استرداد به مالک پس از انقضای مدت اجاره (ماده ۶۳۱ ق.م)، شروع رابطهٔ اذنی و قراردادی است. ضمان مقبوض به عقد فاسد (ماده ۳۶۶ ق.م) نیز فرع بر وجود یک رابطهٔ قراردادی است؛ درحالی که قلمرو اعمال تجاوز به ملک، فرع بر قرارداد نیست و از جهت قلمرو مصادیقی شامل اموال غیرمنقول همانند ساختمان، زمین، وسایل متصل به زمین و همچنین فضای بالا و زیرزمین می‌شود.^{۹۵}

۲.۳.۴. وجوه اشتراک میان تجاوز به ملک و تصرف عدوانی

۲.۳.۴.۱. مال غیرمنقول

مهم‌ترین وجه اشتراک میان تجاوز به ملک و تصرف عدوانی، غیرمنقول بودن مال است. با ملاحظهٔ تعریف تصرف عدوانی و تجاوز به ملک می‌توان گفت هر دو تأسیس حقوقی زمانی محقق می‌شود که مال غیرمنقولی تصرف یا به آن، تعدی شده باشد.

^{۹۵}Vivienne, Harpwood, *Modern Tort Law*, (London: Cavendish Publishing Limited, Fifth Edition, 2003), p. 204.

۳.۴.۲. سبق تصرفات خواهان

در مورد مشابهت ارکان تصرف عدوانی و تجاوز به ملک، یکی از مهم‌ترین وجوه اشتراک، سبق تصرفات خواهان است. این مورد یکی از ارکان مهم دعوای تصرف عدوانی در حقوق ایران به‌شمار می‌رود که بر مبنای آن خواهان باید سابقاً در ملک تصرف داشته باشد و در اثبات ذی‌حقی خود تنها به تصرفات سابق خود استناد کند و به حق مالکیت خود متمسک نمی‌شود.^{۹۶} در نهاد تجاوز به ملک در سیستم کامن‌لا نیز خواهان باید زمان تجاوز سابقه تصرف داشته باشد. با این حال، خواهان که ممکن است مالک باشد یا متصرف سابق، در مواردی که مالک طرح دعوا می‌کند، نیازی به اثبات سبق تصرف خود ندارد؛ چراکه در این خصوص در درجه اول مالک مورد حمایت قرار گرفته است. صاحبان املاک می‌توانند هرطور که می‌خواهند با ملک خود رفتار کنند و قاعده کلی این است که قانون عرفی از این اختیار مطلق از طریق مسئولیت مدنی متجاوز حمایت می‌کند.^{۹۷} این درحالی است که در حقوق ایران سند مالکیت در دعوای تصرف عدوانی طبق ماده ۱۶۲ ق.آ.د.م، تنها اماره سبق تصرف است و آن هم تاب مقاومت در برابر دلیل مخالف را ندارد. بنابراین، دادگاه، وارد دلایل مالکیت نمی‌شود و فقط به سبق تصرفات خواهان و لحوق و عدوانی بودن تصرفات خواننده رسیدگی می‌کند و اگر هریک از این سه رکن اثبات نشود، دادگاه خواهان را محکوم به بی‌حقی می‌نماید، حتی اگر مالک ملک باشد.^{۹۸} در هر حال، سابقه تصرف خواهان در هر دو نظام حقوقی به‌عنوان یکی از ارکان تحقق این دو نهاد محسوب می‌شود.

۳.۴.۳. عدوان

یکی از وجوه مهم که به‌عنوان وجه تشابه تجاوز به ملک و تصرف عدوانی در این دو سیستم حقوقی قابل طرح است، عدوانی بودن عمل می‌باشد. چنان‌که ملاحظه شد، یکی از مهم‌ترین ارکان تجاوز به ملک در سیستم کامن‌لا، نامشروع بودن به معنای انجام عمل غیرقانونی یا به‌غیر از وسیله قانونی و یا بدون اذن متصرف است. در واقع این نهاد، زمانی

۹۶. عبدالله شمس، آیین دادرسی مدنی دوره پیشرفته، ج ۱، (تهران: دراک، ۲، ۱۳۹۴)، ص ۳۲۴.

۹۷. W. Wesley, "Trespass and Rights", Paper Prepared for the Ipperwash Inquiry, 1-96, (2005), p. 42.

۹۸. پیشین، ص ۲۲۴.

صورت می‌گیرد که شخص بدون رضایت صریح یا ضمنی مالک یا متصرف یا به‌طور غیرقانونی یا قانونی و به شیوه غیرقانونی به مال غیرمنقول دیگری وارد شده باشد.

در حقوق ایران علی‌الاصول تصرف عدوانی مستلزم اقدام عملی به استیلا بر ملک بدون رضایت متصرف سابق و به‌غیر از وسیله قانونی است؛^{۹۹} در ماده ۱۵۸ ق.آ.د.م نیز در تعریف تصرف عدوانی، به عدوانی بودن اشاره شده است. بنابراین، عدوانی بودن عمل متصرف به‌عنوان رکنی از ارکان دعوای تصرف عدوانی مورد نظر قانون‌گذار ایران است؛ همچنان‌که در نظام کامن‌لا، عدوان رکن اصلی تجاوز به ملک به‌شمار می‌رود.

۳.۴.۴. عدم لزوم مالکیت خواهان

وجه تشابه دیگری که بین ارکان این دو نهاد وجود دارد، عدم لزوم مالکیت خواهان است. قاعده کلی در نظام کامن‌لا این است که در دعوای تجاوز به ملک، خواهان نیازی به اثبات مالکیت خود ندارد؛ همین که خواهان متصرف سابق نباشد و نسبت به مال غیرمنقول وی ورود تحقق گرفته باشد، برای این دعوا کافی است. به‌نظر می‌رسد استفاده از کلمه «Occupier» به معنای متصرف، به جای واژه «Owner» به معنای مالک به‌روشنی مؤید این مطلب است که در دعوای تجاوز به ملک نیازی به اثبات مالکیت خواهان نیست.^{۱۰۱}

در حقوق ایران نیز ضرورتی بر مالک بودن خواهان وجود ندارد و همین‌که خواهان متصرف سابق باشد برای دعوای تصرف عدوانی کافی است. چه‌بسا در دعوای تصرف عدوانی، غاصب که متصرف سابق است بتواند علیه مالک اصلی که ملک در تصرف او نیست پیروز شود؛ چراکه مشروع بودن تصرف نیز شرط حمایت قانون‌گذار از آن در دعوای تصرف نخواهد بود. رسیدگی به مالکانه بودن عنوان تصرف و مشروعیت آن در دعوای

۹۹. عبدالله شمس، پیشین، ص ۳۳۰.

۱ Occupier

۱۰۱ Pae, W. Wesley, "Trespass and Rights", Paper Prepared for the Ipperwash Inquiry, No. 1-96 (2005), p. 41.

مالکیتی که علیه متصرف عدوانی اقامه می‌شود انجام می‌گیرد.^۲ به این ترتیب، این مسئله که در دعوی تصرف عدوانی و تجاوز به ملک، خواهان می‌تواند مالک یا متصرف باشد در هر دو نظام، یکسان است.

۳. ۴. ۵. لحوق تصرف خواننده

آخرین وجه تشابهی که بین ارکان این دو نهاد حقوقی می‌توان مطرح کرد، تصرفات بعدی خواننده است. لحوق تصرفات خواننده در حقوق ایران، به‌عنوان یکی از ارکان دعوی تصرف عدوانی بیان شده است. در حقوق انگلیس با اینکه چنین رکنی در نوشته‌های حقوقی مورد بررسی قرار نگرفته است، اما با توجه به اینکه خواننده می‌بایست در نتیجه عمل غیرقانونی یا بدون إذن و اجازه مالک، ملک را از تصرف خواهان خارج کند، یا تنها وارد آن شود، پذیرش این رکن در این نهاد موجه می‌نماید.

۳. ۴. ۶. منع اقدامات بعدی خواننده

اولین اثر دعوی تصرف عدوانی، خلع ید متصرف از اموال غیرمنقول (رفع تصرف) و جلوگیری از اقدامات بعدی خواننده است (ماده ۳ قانون اصلاح قانون جلوگیری از تصرف عدوانی ۱۳۵۲ و ماده ۱۶۶ ق.آ.د.م). هدف نهاد تصرف عدوانی، جلوگیری از تجاوز به مال غیرمنقول و اعاده وضع سابق است، چنان‌که اگر متصرف به ایجاد اعیانی از قبیل احداث بنا، غرس اشجار یا کشت و زرع در ملک مورد دعوی اقدام کند، این اعیانی قلع و همچنین از ایجاد، ادامه و تکمیل آن جلوگیری خواهد شد. گرچه اعمال یادشده به استناد ادعای حقی نسبت به آن مال باشد (ماده ۲ قانون اصلاح قانون جلوگیری از تصرف عدوانی ۱۳۵۲). در نظام کامن‌لا نیز در برخی موارد، علاوه بر خسارت (Damages) ممکن است قرار منع^{۱۰۳} که یکی از شیوه‌های جبران عینی در حقوق انگلیس است مورد حکم واقع شود. قرار منع در این خصوص دارای پشتوانه قوی و فراوان است؛ چراکه در مواردی که خسارت بسیار اندک است قرار منع تنها شیوه‌ای است که جز در موارد استثنایی تنها راه چاره می‌تواند باشد و

۱۰۲. پیشین، ص ۳۳۵.

علاوه بر آن، آنچه که مدعی نیاز دارد دستور جلوگیری از اقدامات بیشتر است؛ برای مثال، هنگامی که مردم با عبور از ملک خصوصی غیر، همچنان به تجاوز به ملک ادامه می‌دهند، مالک زمین باید بتواند آنها را در آینده منع کند که این امر به بهترین وجه ممکن با حکم قرار منع بده‌دست می‌آید.

۳.۵. وجه اشتراک میان تجاوز به ملک و غصب

۳.۵.۱. عدوان

در خصوص وجه تشابه ارکان نهاد غصب در حقوق ایران و تجاوز به ملک در نظام کامن‌لا، می‌توان گفت، تنها وجه اشتراک این دو نهاد در مسئله عدوانی بودن استیلا است. چنان که ملاحظه شد، عدوان هنگامی صدق می‌کند که متصرف با علم به اینکه مال برای دیگری است و اجازه تصرف را ندارد بر آن استیلا یابد و به عبارت دیگر، سوء نیت شرط تحقق غصب است.^{۱۰۵} در صورت تسلط فرد بر حق دیگری، چنانچه این تسلط با مجوز قانونی باشد عنوان غصب تحقق نمی‌یابد؛ فرد باید بر حق غیر به نحو غیرقانونی و بدون مستند تسلط یابد تا غصب محقق شود.^{۱۰۶} (میرشکاری، ۱۳۹۰: ۲). همچنان که در تجاوز به ملک نیز این مورد از ارکان آن به‌شمار می‌رود، چراکه خواهان باید ثابت کند خواننده بدون مجوز قانونی یا قانونی و به شیوه‌ای غیرقانونی یا بدون إذن مالک یا متصرف، به مال غیرمنقول او تعدی کرده است.^{۱۰۷}

۳.۶. وجوه اشتراک میان تجاوز به ملک و شبه غصب

۳.۶.۱. عدوان

با توجه به اینکه برخی مصادیق تجاوز به ملک که به شبه غصب در حقوق ایران

^{۱۰۵}Wivienne, Harpwood, *Modern Tort Law*, (London: Cavendish Publishing Limited, Fifth Edition, 2003), p. 211.

۱۰۵. سید حسین صفایی و حبیب‌الله رحیمی، *مسئولیت مدنی*، (قم: سمت، چ ۳، ۱۳۹۳)، ص ۲۷.

۱۰۶. عباس میرشکاری، «بررسی استحقاق غاصب نسبت به افزایش قیمت مال مغضوب»، *قضاوت*، ش ۷۴ (۱۳۹۰)، ص ۲.

^{۱۰۷}Wivienne, Harpwood, *Modern Tort Law*, (London: Cavendish Publishing Limited, Fifth Edition, 2003), p. 210.

نزدیک‌تر است همانند ادامه اقامت در زمین با اتمام مجوز و یا سوءاستفاده از حق ورود و اقدام به مقاصدی غیر از آنچه مجاز بوده است، این دو نهاد دارای اشتراکاتی هستند که اولین اشتراک آنها در مسئله عدوان است؛ همچنان که در مسئله عدوان در وجه افتراق غصب و تجاوز به ملک گفته شد. چنانچه مستأجر و امین علی‌رغم اخطار مالک تخلیه نکنند، در حکم غاصب هستند و دیگر رابطه قراردادی با مالک ندارند. در این موارد، رکن عدوان موجود است. همچنین درجایی که علم و جهل تأثیر در عدوانی یا عدم عدوانی بودن ندارد، همچون ضمان مقبوض به عقد فاسد، که مشتری یا بایع با قبض مال در حکم غاصب است و علم و جهل او تأثیری در حکم غاصب بودن او ندارد (ماده ۳۶۶ ق.م). در تجاوز به ملک نیز خواهان باید عدوان متجاوز را به‌عنوان شرطی برای تحقق این نهاد، ثابت نماید.

۳.۶.۲. عدم لزوم استیلائی موردنیاز برای غصب

همچنان که از ارکان تجاوز به ملک در نظام کامن‌لا مستفاد می‌شود، در این نهاد، استیلا رکن ضروری نیست؛ به این معنا که می‌تواند با استیلا یا بدون استیلا باشد. برای مثال، همین که متجاوز شیء را به زمین دیگری پرتاب کند یا با صرف ورود او به زمین غیر بدون استیلا، تجاوز به ملک محقق می‌شود؛ همچنان که اگر او در ملک غیر سکنی گزیند، تجاوز به ملک غیر تحقق یافته است.

در حقوق ایران در مصادیق شبه غصب، استیلائی کاملی که برای غصب مورد نیاز است، موجود نیست؛ لذا از این جهت، با نظام کامن‌لا اشتراک وجود دارد. به عبارت دیگر، چنانچه اثبات ید بر مال غیر بدون استیلائی کامل باشد که برای غصب مورد نیاز است، شبه غصب است و با تجاوز به ملک در نظام کامن‌لا از این جهت مشترک است.

نتیجه

مصادیقی همچون غصب، شبه غصب و تصرف عدوانی که در حقوق ایران تقسیم‌بندی و به آن عنوان داده شده است و در این مقاله ارکان، وجوه افتراق و مشابهت آنها با تجاوز به ملک غیر در نظام کامن‌لا بررسی گردید، می‌تواند جنبه مدنی و جنبه کیفری داشته باشد. در

حقوق ایران نهادهایی همانند تصرف عدوانی (ماده ۱۵۷ ق.آ.د.م و ماده ۱۰۰ ق.م.ا) و غصب (ماده ۳۰۸ ق.م) مطرح است که در حقوق انگلیس چنین تقسیم‌بندی وجود ندارد و به صورت کلی همه این عناوین تحت عنوان تجاوز به ملک مطرح شده است. لذا تجاوز به ملک در نظام کامن‌لا یک مفهوم کلی است که مصادیق مختلفی را شامل می‌شود و از این جهت حقوق ایران کامل‌تر و قابل توجیه‌تر است. نهاد تجاوز به ملک، متعلق به خطاهای عمدی است که بر مبنای آن، ورود به ملک باید به صورت عمدی صورت گیرد، به این صورت که ورود متجاوز (Trespasser) باید با قصد نفوذ به آن ملک باشد؛ هرچند نسبت به تعلق ملک به غیر، جهل داشته یا اشتباه کرده باشد. تحقق این نهاد مشروط به ورود خسارت نیست، زیرا به صرف حضور شخص در یک ملک بدون ورود آسیب به مالک یا متصرف، موجب تحقق تجاوز به ملک خواهد شد. چنانچه متجاوز به ملک غیر موجب خسارت نشود، همچنان مشمول مسئولیت خواهد بود؛ چراکه به صرف ورود به ملک غیر، این نهاد محقق شده است و خواننده محکوم به خسارت اسمی (نمادین) می‌گردد. ممکن است آسیب فیزیکی به زمین بسیار جزئی باشد، در چنین مواردی نیز تنها خسارت اسمی پرداخت می‌شود؛ این درحالی است که اولین مسئولیت غاصب تعهد مطلق او به بازگرداندن مال به صاحب آن است؛ یعنی به هر صورت، ولو با وجود قوه قاهره، باید تعهد خود را انجام دهد و هیچ حادثه‌ای او را از انجام چنین تعهدی معاف نمی‌کند. ضمان منافع یکی دیگر از مسئولیت‌های غاصب در برابر مالک است، چراکه هر غاصب ضامن منافع زمان تصرف خود و دست‌های نامشروع بعد از آن است؛ هرچند استیفای منفعت نکرده باشد. همچنین لزوم استیلا در غصب و عدم لزوم آن در نهاد تجاوز به ملک، از دیگر وجوه تمایز تجاوز به ملک در نظام کامن‌لا و غصب در حقوق ایران است. وجه اشتراک ارکان این دو نهاد در مسئله عدوانی بودن استیلا و عدم لزوم استیلا مورد نیاز برای غصب مطرح می‌شود.

میان ارکان تحقق تجاوز به ملک و تصرف عدوانی، از حیث غیرمنقول بودن مال، سبق تصرفات خواهان، عدوانی بودن عمل، عدم لزوم مالکیت خواهان، لحوق تصرفات خواننده و قصد، اشتراک وجود دارد. همچنین مسئولیت متصرف عدوانی و متجاوز نیز از جهتی مشابه است. اولین اثر دعوای تصرف عدوانی، رفع تصرف و جلوگیری از اقدامات بعدی خواننده

است. هدف نهاد تصرف عدوانی، جلوگیری از تجاوز به مال غیرمنقول و اعاده وضع سابق است؛ چنان‌که اگر متصرف به ایجاد اعیانی از قبیل احداث بنا، غرس اشجار یا کشت و زرع در ملک مورد دعوی اقدام کند، این اعیانی قلع و همچنین از ایجاد، ادامه و تکمیل آن جلوگیری خواهد شد. در کامن‌لا نیز در برخی موارد، علاوه بر خسارت ممکن است قرار منع که یکی از شیوه‌های جبران عینی در حقوق انگلیس است مورد حکم واقع شود. قرار منع در این خصوص دارای پشتوانه قوی و فراوان است، زیرا آنچه که مدعی نیاز دارد دستور جلوگیری از اقدامات بیشتر است.

منابع و مأخذ

الف) منابع فارسی

– کتاب‌ها

۱. باریکلو، علی‌رضا، *مسئولیت مدنی*، (تهران: میزان، چ ۲، ۱۳۸۷).
۲. بیات، فرهاد و بیات، شیرین، *حقوق مدنی*، (تهران: انتشارات ارشد، چ ۱۷، ۱۳۹۸).
۳. حسینی‌نژاد، حسینقلی، *مسئولیت مدنی*، (تهران: مجد، چ ۱، ۱۳۸۹).
۴. حیاتی، علی‌عباس، *مسئولیت مدنی*، (تهران: میزان، چ ۱، ۱۳۹۲).
۵. شمس، عبدالله، *آیین دادرسی مدنی، دوره پیشرفته*، ج ۱، (تهران: دراک، چ ۲، ۱۳۹۴).
۶. صالحی، اسمعیل، *مقایسه دعاوی تصرف در حقوق ایران و فرانسه*، (تهران: مجد، چ ۱، ۱۳۹۷).
۷. صفایی، سید حسین و رحیمی، حبیب‌الله، *مسئولیت مدنی*، (قم، سمت، چ ۳، ۱۳۹۳).
۸. صفایی، سید حسین و رحیمی، حبیب‌الله، *مسئولیت مدنی تطبیقی*، (تهران: شهردانش، چ ۱، ۱۳۹۷).
۹. ضرابی، میترا و اکبری، سلیمان، *بایسته‌های حقوق مدنی*، (تهران: طرح نوین اندیشه، چ ۱۲، ۱۴۰۱).
۱۰. قاسم‌زاده، سید مرتضی، *الزام‌ها و مسئولیت مدنی بدون قرارداد*، (تهران: میزان، چ ۹، ۱۳۹۰).
۱۱. کاتوزیان، ناصر، *الزام‌های خارج از قرارداد*، ج ۲، (تهران: انتشارات دانشگاه تهران: چ ۱، ۱۳۷۴).
۱۲. محسنی، حسن، *آیین دادرسی مدنی فرانسه*، ج ۲، (تهران: شرکت سهامی انتشار، چ ۱، ۱۳۹۴).
۱۳. محقق داماد، سید مصطفی، *قواعد فقه*، ج ۱، (تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، چ ۱۲، ۱۳۶۴).

- مقاله‌ها

۱۴. ابهری، حمید و پرتوی، ایوب، «مفهوم و قلمرو غصب در فقه اسلامی و حقوق مدنی ایران»، *مقالات و بررسی‌ها*، دفتر ۸۹، (۱۴۰۰).
۱۵. امینی، منصور و عبدی، مونا، «بررسی تطبیقی خسارت از دست دادن حق استفاده از اموال در نظام های حقوقی ایالات متحده امریکا و ایران»، *مطالعات حقوق تطبیقی معاصر*، ش ۲۴ (۱۴۰۰).
۱۶. بابایی، ایرج و کشاورز، اسماعیل، «بررسی تطبیقی ساختار مسئولیت مدنی در حقوق کامن لا و اسلام»، *پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب*، ش ۱ (۱۳۹۷).
۱۷. میرشکاری، عباس، «بررسی استحقاق غاصب نسبت به افزایش قیمت مال مغضوب»، *قضاوت*، ش ۷۴ (۱۳۹۰).

- منابع عربی

- کتاب‌ها

۱۸. اصفهانی، ابوالحسن، *وسيله النجاه مع تعليق الام الخميني ره*، ج ۱ (قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی ره، چ ۱، ۱۳۸۰).
۱۹. حسینی عاملی، سید محمدجواد، *مفتاح الكرامه فی شرح القواعد العلامه*، ج ۱۸، (قم: مؤسسه نشر اسلامی، چ ۱، بی تا).
۲۰. حلّی، یحیی بن سعید، *الجامع للشرائع*، ج ۱ (قم: انتشارات مؤسسه سید الشهداء، چ ۱، ۱۴۰۵ق).
۲۱. طوسی، محمدبن حسن، *المبسوط فی فقه الإمامیه*، ج ۲، (بی جا، مرتضوی، بی تا).
۲۲. عاملی، زین‌الدین، *الروضه البهیه فی شرح اللمعه دمشقیه*، (قم: دارالتفسیر، چ ۴، ۱۳۸۲).
۲۳. عاملی، محمدبن مکی، *اللمعه دمشقیه*، (قم: دارالناصر، چ ۱، ۱۴۰۶ ق).
۲۴. فاضل موحدی لنکرانی، محمد، *کتاب الغصب احياء الموات المشترکات و اللقطه*، ج ۱، (قم: مرکز نشر فقه الأئمه الاطهار (ع)، چ ۱، ۱۳۸۷).
۲۵. مشکینی، علی‌اکبر، *مصطلحات الفقه*، (قم: نشر الهادی، چ ۵، ۱۳۸۶).

۲۶. موسوی خمینی، روح‌الله، *تحریر الوسیله*، (تهران: انتشارات مؤسسه العروج، چ ۱، ۱۳۹۷).
۲۷. نجفی جواهری، محمدحسن، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام*، (قم: مؤسسه نشر اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه، چ ۷، ۱۴۳۲ ق).

ج) منابع انگلیسی

– Books

28. Bangia, R.K. *Law of Torts*, (Delhi: Allahabad law Agency published, Twenty Second Edition, 2010).
29. Barker, David, *Law Made Simple*, (London: Made Simple Publication, Twelfth Edition, 2007).
30. Garner, Bryan A., *Black Law Dictionary*, (America: Thomson Reuters Business, Ninth Edition, 2009).
31. Harpwood, Vivienne, *Modern Tort Law*, (London: Cavendish Publishing Limited, Fifth Edition, 2003).
32. Law, Jonathan, *Oxford Dictionary of Law*, (Oxford: Oxford University Press, Eight Edition, 2015).
33. Peel, Edwin & Goudkamp, James, *Winfield & Jolowicz Tort*, (London: Sweet & Maxwell, Nineteenth Edition, 2014).

– Articles

34. Beever, Allan, “The Form of Liability in the Torts of Trespass”, *sage Journal*, Vol. 40, No. 4, 378- 399 (2011).
35. Depoorter, Ben, “Fair Trespass”, *Columbia Law Review*, Vol. 111, 1090- 1136, (2011).
36. Dorfman, Avihay, Jacob, Assef, “The Fault of Trespass”, *University of Toronto Law Journal*, Vol. 65, No. 1, 48-98 (2015).
37. Pue, W. Wesley, “Trespass and Rights”, *Paper Prepared for the Ipperwash Inquiry*, (2005).
38. Rankin, Wilton, “Torts-Trespass to Land- Unintentional and No

Negligent Entry as a Defence”, *North Carolina Law Review*, Vol. 36, No. 2, 251 (1958).

39.Scharoff, Laurent, “Constitutional Trespass”, *Tennessee Law Review*, Vol. 81, No. 877, 877-928 (2014).

40.Snow Ned, “Accessing the Internet Through the Neighbor’s Wireless Internet Connection: Physical Trespass in Virtual Reality”, *Nebraska Law Review*, Vol. 84, Issue 4, 1226-1264, (2005).

41.Stein, Alex., Parchomovsky, Gideon, “Reconceptualizing Trespass”, *North Western University Law Review Journal*, Vol. 103, No. 4, 1823-1862 (2009).



University of Tabriz

Contemporary Comparative Legal Studies

Online ISSN: 2821-0514

Volume: 14 Issue: 31

Summer 2023

Article Type: Research Article

Pages: 221-253

Relationships between Litigation Costs and Principles of Fair Trial: A Comparative Study of Iranian and English Law

Pejman Mohammadi¹ | Khalil Ahmadi² | Milad Kianpourian Nejad³

1. Professor of Tarbiat Modares University, Tehran, Iran p.mohamadi@modares.ac.ir
2. Associate Professor University of Shahid Chamran, Ahvaz, Iran khalilahmadi56@gmail.com
3. Ph.D. Candidate in private law, University of Judicial Sciences and Administrative Services, Tehran, Iran ascu.lts@gmail.com

Abstract

The right to a fair trial includes a set of principles and rules guaranteeing the rights of the litigants during the trial, and the "amount", "responsibility" and "time" of the payment of the proceeding costs have many effects on the realization of these principles. The comparative study of the regulations governing the cost of proceeding in the three aforementioned fields in the laws of Iran and England is effective in providing a suitable standard for determining the amount, responsibility and time of paying the proceeding costs based on the principles of fair trial. The current research is a descriptive-analytical one with a comparative look at various documentary sources and studies in Iranian and English law. The right to equal access to justice is the beginning of fair trial and the high cost of proceedings is one of the obstacles to the realization of this principle. The principle of equality requires setting costs at a "reasonable and conventional" level. Auxiliary mechanisms such as legal aid cannot guarantee the realization of a fair trial and even if it can compensate economic inequalities, it disrupts another indicator of the quality of the trial, i.e., time, and causes the trial to be delayed. The result of prolonging the proceedings is a decrease in the accuracy of the court and dissatisfaction of the parties to the trial. Mere failure in a lawsuit cannot justify imposing costs on one of the litigants. The responsibility for payment of proceeding costs should be done according to fair criteria. Therefore, the trial costs should be collected at the right time so that, while providing the possibility of determining the proceeding costs in accordance with the lawsuit and the realization of the trial, the person responsible for paying the fees should also be determined.

Keywords: Proceeding costs, Fair trial, Access to justice, Time of payment, Responsible for payment, Principle of equality.

Received: 2022/04/08 Received in revised form: 2023/01/25 Accepted: 2023/03/19 Published: 2023/06/26

DOI: 10.22034/LAW.2023.50910.3119

Publisher: University of Tabriz

Tabrizulaw@gmail.com

مناسبات میان هزینه دادرسی و اصول دادرسی منصفانه؛

مطالعه تطبیقی در حقوق ایران و انگلستان

پژمان محمدی^۱ | خلیل احمدی^۲ | میلاد کیانپوریان نژاد^۳

p.mohamadi@modares.ac.ir

khailahmadi56@gmail.com

ascu.lts@gmail.com

۱. استاد دانشگاه تربیت مدرس، تهران، ایران

۲. دانشیار دانشگاه شهید چمران، اهواز، ایران

۳. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری، تهران، ایران

چکیده

زمینه و هدف: حق بر دادرسی منصفانه متضمن مجموعه اصول و قواعد تضمین کننده حقوق طرفین دعوا در طول دادرسی است و «میزان»، «مسئول» و «زمان» پرداخت هزینه دادرسی در تحقق این اصول آثار متعددی دارد. بررسی تطبیقی مقررات ناظر بر هزینه دادرسی در سه حوزه پیش گفته در حقوق ایران و انگلستان، در ارائه معیاری مناسب برای تعیین میزان، مسئول و زمان پرداخت هزینه دادرسی بر مبنای اصول دادرسی منصفانه مؤثر می‌افتد. **روش تحقیق:** پژوهش حاضر به صورت توصیفی-تحلیلی و با نگاه تطبیقی به منابع مختلف اسنادی و مطالعاتی در حقوق ایران و انگلستان تدوین یافته است. **یافته‌ها و نتایج:** حق دسترسی برابر به دادگستری سرآغاز دادرسی منصفانه، و بالا بودن میزان هزینه دادرسی از موانع تحقق این اصل است. اصل برابری، اقتضای تعیین هزینه‌ها در سطحی «معقول و متعارف» را دارد. نهادهای ارفاقی مانند معاضدت‌های قضایی و قانونی نمی‌توانند تحقق یک دادرسی منصفانه را تضمین کنند و حتی اگر بتوانند نابرابری‌های اقتصادی را جبران نمایند، شاخص دیگر کیفیت دادرسی یعنی زمان را مختل کرده، موجب اطاله دادرسی می‌شوند. نتیجه اطاله دادرسی نیز کاهش دقت دادگاه و نارضایتی طرفین دعوا از دادرسی است. صرف شکست در دعوا نمی‌تواند توجیه کننده تحمیل هزینه‌ها به یکی از اصحاب دعوا باشد و مسئولیت پرداخت هزینه‌های دادرسی باید با لحاظ ملاک‌های عادلانه صورت گیرد. این ملاک‌ها در هر دعوا می‌تواند متفاوت باشد. بنابراین هزینه دادرسی باید در زمان مناسبی اخذ شود تا ضمن فراهم آوردن امکان تعیین هزینه دادرسی به تناسب دعوا و تحقق دادرسی، مسئول پرداخت هزینه‌ها نیز مشخص شود.

واژگان کلیدی: اصل برابری، دادرسی منصفانه، دسترسی به دادگستری، زمان پرداخت، مسئول پرداخت، هزینه دادرسی.

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۱/۱۹ تاریخ بازنگری: ۱۴۰۱/۱۱/۰۵ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۱۲/۲۸ تاریخ انتشار: ۱۴۰۲/۰۴/۰۵

DOI: 10.22034/LAW.2023.50910.3119

Tabrizulaw@gmail.com

ناشر: دانشگاه تبریز

مقدمه

در یک نگاه کلی، تمام اصول دادرسی مدنی را می‌توان بر مبنای عدالت توجیه کرد^۱ و قواعد دادرسی مدنی معیار کیفیت برخورداری شهروندان از عدالت است؛ چنان که دادرسی کارآمد از جمله تضمین‌های عدالت مدنی است.^۲ نظر به اینکه دادرسی از مهم‌ترین روش‌های دستیابی به عدالت و نظم است، حقوق‌دانان دادرسی را از اعمال حاکمیتی دولت^۳ و از مصادیق بارز خدمات عمومی دانسته‌اند.^۴ حاکمیت نمی‌تواند این وظیفه ذاتی و منحصر به فرد خود را ارزش‌گذاری کرده، در معرض فروش گذارد؛ همان‌گونه که نمی‌تواند حقوقی مانند امنیت و آزادی را بنابر قدرت اقتصادی افراد ملت به شکل‌های متفاوت عرضه کند. از همین رو ذیل فصل سوم قانون اساسی در بیان حقوق ملت، به حق دادخواهی (اصل ۳۴) تصریح شده است. اما در نظام قضایی ما و از آغاز قانون‌گذاری نوین، دادرسی همواره متضمن هزینه‌هایی برای طرفین دعوا بوده است؛ هزینه‌هایی که از تشریفات مهم دادرسی بوده و رسیدگی به دعوا را منوط به خود کرده است. بر اصول جهان‌شمولی چون اصل دسترسی به دادگستری، اصل برابری در دادرسی، اصل تساوی سلاح‌ها و اصل رسیدگی در مدت معقول اثر گذاشته و اصول دادرسی منصفانه را متأثر ساخته است، تا آنجا که باید آن را از ارکان نظام دادرسی دانست.

هزینه دادرسی رکنی است انکارناپذیر در دادرسی که در تحقق عدالت مدنی^۵ به‌طور مستقیم بر صحت آرا و زمان دادرسی اثر گذاشته، رضایت طرفین دعوا از نظام قضایی را به خود معطوف می‌سازد. به هر میزان که هزینه دادرسی کمتر باشد و یا امکان بازگشت هزینه‌های پرداختی به خواهان دعوا فراهم باشد، به همان میزان نیز بر تعداد دعاوی

۱. مصطفی‌السان، *اصول دادرسی منصفانه مدنی (مطالعه تطبیقی در حقوق ایران و کامن‌لا)*، دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۸۷، ص ۱.
۲. حسین داوودی، «ویژگی‌های قواعد شکلی (آیین دادرسی مدنی)»، *مطالعات حقوق خصوصی*، ش ۲ (۱۳۹۷)، ص ۲۱۷.
۳. مجید پوراستاد و فاطمه حصارخانی، «تحلیل اقتصادی فرایند دادرسی مدنی بر اساس هزینه‌ها»، *تحقیقات حقوق تطبیقی ایران و بین‌الملل*، ش ۲۸ (۱۳۹۴)، ص ۵۸.
۴. سید محسن حسینی پویا، «بایسته‌های تفسیر مقررات مرتبط با هزینه دادرسی»، *وکیل مدافع*، ش ۲ (۱۳۹۰)، ص ۸۰.
۵. ناصر کاتوزیان، *مبانی حقوق عمومی*، (تهران: میزان، ج ۳، ۱۳۸۶)، ص ۱۷۱.
۶. سید محسن حسینی پویا، «دادرسی: هزینه یا درآمد؟»، *وکیل مدافع*، ش ۱۱ و ۱۰ (۱۳۹۲)، ص ۱۰.
۷. مجید غمامی، «جستاری تطبیقی در اوصاف نظام دادرسی مطلوب»، *مطالعات حقوق تطبیقی معاصر*، ش ۲۷ (۱۴۰۱)، ص ۱۵۴.

طرح شده افزوده می‌شود. در نتیجه، حجم پرونده‌ها بالا رفته، به طولانی شدن زمان دادرسی و در نهایت کاهش دقت و صحت در آرا منجر می‌گردد. در نقطه مقابل، افزایش هزینه دادرسی فراتر از حد معقول و متعارف آن، یا به طرح دعوی اعسار می‌انجامد که بر زمان دادرسی اثر می‌گذارد و کاهش کیفیت دادرسی را به دنبال دارد و یا مانع از دسترسی مردم به دادگستری می‌شود که در این صورت اساساً بحث صحت آرا یا زمان رسیدگی، محلی از اعراب نخواهد داشت. آثاری که مولود زمان پرداخت هزینه دادرسی است و شاید بتوان زمان پرداخت هزینه‌ها را مهم‌ترین مؤلفه در این باب دانست. ضمن آنکه لزوم پرداخت هزینه دادرسی در زمان طرح دعوا موجب تحمیل آن بر خواهان و نارضایتی او می‌شود و الزام خواننده به جبران خسارت وارده به خواهان به صرف شکست در دعوا، عدم رضایت او را در پی خواهد داشت.

پژوهش حاضر با روش توصیفی-تحلیلی و با بهره‌گیری از منابع اسنادی و مطالعاتی، با هدف تبیین موارد تقابل هزینه دادرسی با اصول دادرسی منصفانه و با نظر به حقوق انگلستان برای پاسخ به این پرسش اساسی که چه مناسباتی میان أخذ هزینه دادرسی و اصول دادرسی منصفانه وجود دارد و همچنین یافتن پاسخی برای این سؤالات که معیار تعیین هزینه دادرسی مؤثر چیست، مسئول پرداخت هزینه‌ها در نظام دادرسی منصفانه کیست و چه زمانی برای پرداخت‌ها مناسب است، با تقدیم مختصری در دلایل موافق و مخالف با هزینه دادرسی، تدوین شده و مشتمل است بر چهار بخش و یک نتیجه‌گیری.

۱. موافقان و مخالفان أخذ هزینه دادرسی

تصور حق برای یک شخص، مستلزم تصور تکلیف بر دیگری است و این دو مقوله همواره با هم ملازمه دارند. حق بر دادخواهی در قانون اساسی به‌عنوان یکی از حقوق ملت شمرده شده است و حق ملت جز تکلیف دستگاه حاکمه نمی‌تواند تکلیف دیگری را تداعی کند. دولت مکلف به عرضه حق آموزش و پرورش، حق دادخواهی و دیگر حقوق ملت به‌صورت رایگان و بدون هیچ‌گونه قید و شرطی است. هدف از دادرسی تحقق عدالت است

و تشریفات شکلی دادرسی باید در خدمت این هدف قرار گیرد و نه در مقابل آن! لذا نمی‌توان دادرسی را وسیله کسب درآمد برای دولت قرار داد. در عین حال، برخی بیان داشته‌اند: «مقصود از مجانی بودن محاکمه... آن است که طرفین متداعیین نباید غیر از آنچه که قانوناً معین شده است چیزی بدهند و احدی هم حق مطالبه دیناری غیر از آن نداشته باشد»^۸ و بسیاری از حقوق دانان نیز در حمایت از اقدام قانون‌گذار برای پیش‌بینی هزینه در قبال خدمات قضایی، ادله‌ای را ابراز داشته‌اند که هیچ‌یک خالی از ایراد نیست.

۱.۱. دلایل موافقان أخذ هزینه دادرسی

الف) تالی فاسد مجانی بودن دادرسی، افزایش دعاوی بیهوده و ضایع کردن اوقات دادگاه‌ها است که باید صرف رسیدگی به دعاوی مهم و اساسی مردم شود.^۹ در اقامه دعاوی مدنی، اصحاب دعا فاکتورهای مختلف هزینه- فایده را در نظر می‌گیرند؛ توضیح آنکه خواهان دعاوی مدنی با لحاظ صرفه اقتصادی اقامه دعا و توجه به هزینه‌های دادرسی، اگر نتیجه احتمالی دعا را سودمند یافت، اقدام به طرح دعا می‌نماید. اما چنانچه نتیجه دعا بنابر احتمال، مقصود وی را حاصل ننماید یا اساساً امکان پیروزی در دعا را برای خود متصور نباشد، از اقامه دعاوی ایذایی و واهی خودداری می‌کند. حال آنکه فقدان هزینه برای دادرسی، به خواهان، با هر میزان از احتمال پیروزی و حتی با علم به شکست قطعی در دعا، اجازه طرح دعا را می‌دهد، بدون آنکه در انتهای رسیدگی خسارتی را متوجه خود ببیند؛ لذا، یکی از مبانی مهم أخذ هزینه دادرسی، منع از طرح دعاوی واهی است.^{۱۰}

ب) در خصوص تکلیف دولت به ارائه خدمات عمومی و اصل رایگان بودن اعمال حاکمیتی، باید گفت که رایگان بودن خدمات عمومی در زمانی که دولت‌ها کوچک و تکالیف

۸. سید محسن حسینی پویا، «بایسته‌های تفسیر مقررات مرتبط با هزینه دادرسی»، صص ۸۷-۸۹.

۹. مصطفی عدل، (منصورالسلطنه)، حقوق اساسی یا اصول مشروطیت، (تهران: بی‌نا، ۱۳۲۷)، ص ۳۶۸.

۱۰. جلال‌الدین مدنی، آیین دادرسی مدنی، (تهران: گنج دانش، چ ۲، ۱۳۷۰)، ص ۳۴۸.

۱۱. قدرت‌الله واحدی، بایسته‌های آیین دادرسی مدنی، (تهران: میزان، چ ۷، ۱۳۸۷)، ص ۳۹۲.

۱۲. علی مشهدی، «مبانی و مسائل هزینه دادرسی در دعاوی اداری، مورد پژوهی دیوان عدالت اداری»، پژوهش حقوق عمومی، ش ۵۹ (۱۳۹۷)، ص ۲۲۶.

Richard Lewis "Litigation Costs and Before-the-Event Insurance: The Key to Access to Justice", *Modern Law*, Vol. 74 (2011), p. 273.

آنها در مقابل جامعه محدود بود، قابل دفاع به نظر می‌رسید. اما با گسترش حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی در قوانین کشورها و توسعه تشکیلات اداری برای ایفای این حقوق و گسترش خدمات عمومی^{۱۴} باید از اصل یادشده فاصله گرفت. هرچند با توجه به اینکه هدف اعمال اشخاص حقوقی عمومی برخلاف اشخاص خصوصی، نه کسب درآمد و سودجویی، بلکه تأمین منافع عمومی و نیازهای همگانی است و یکی از ویژگی‌های خدمات عمومی ارزانی بهای آنها نسبت به خدمات خصوصی است، اما در کشور ما نیز همچون دیگر کشورها، اصل رایگان بودن خدمات عمومی تخصیص اکثر خورده و بسیاری از خدمات عمومی در ازای بهای آنها می‌شود.^{۱۵} اینکه عملی در زمره خدمات عمومی بوده و بنابر مصالحی دولت ناگزیر از ارائه آن باشد، نافی امکان اخذ عوض در مقابل اعمال یادشده نخواهد بود.^{۱۶} لذا افزایش روزافزون هزینه‌های دادگستری، مانند هزینه‌های نیروی انسانی و مستحقات، دریافت هزینه‌های دادرسی را توجیه می‌کند.^{۱۷}

ج) برخی از حقوق دانان اخذ هزینه دادرسی را موجب توسعه بهره‌گیری از نهادهایی مانند داوری و سازش می‌دانند^{۱۸} و این امر فشار وارده جهت دادرسی دولتی و عمومی را کاهش داده، زمینه‌ساز اصلاح فرهنگ حقوقی شهروندان می‌شود.^{۱۹} اقامه هر دعوا علاوه بر اینکه هزینه‌هایی را بر طرفین تحمیل می‌کند، دولت را نیز به تحمل هزینه‌های گزافی و ادار می‌سازد. بنابراین، کاهش دعاوی به‌طور قطع می‌تواند از هزینه‌های دولت کاسته، به سود عمومی و افزایش تمرکز و کارایی دادگاه‌ها بینجامد. از جمله سیاست‌های کلان در جهت کیفیت اقتصادی دادرسی با توجه به هزینه‌های دادرسی، خصوصی‌سازی دادرسی به معنای تشویق به سازش و داوری یا حل و فصل اختلافات در خارج از دادگاه و تخصص‌گرایی

۱۴. محمدجواد رضایی‌زاده و داوود کاظمی، «بازشناسی نظریه خدمات عمومی» و اصول حاکم بر آن در قانون اساسی، مطالعات حقوق تطبیقی معاصر، ش ۵ (۱۳۹۱)، ص ۴۲.

۱۵. بیژن عباسی، مبانی حقوق عمومی (تهران: نشر دادگستر، ۱۳۹۳)، ص ۳۰۲.

۱۶. مجید عارفعلی، «هزینه دادرسی مدنی، پیوند حقوق و اقتصاد»، اطلاعات سیاسی-اقتصادی، ش ۳۰۹ (۱۳۹۷)، ص ۲۵۲.

۱۷. مشهدی، پیشین، ۲۲۶.

۱۸. عبدالله خدابخشی، حقوق دعاوی (تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۲)، ص ۱۰۶.

۱۹. عارفعلی، پیشین، ص ۲۵۴.

۲ Steven Shavell, "the Fundamental Divergence between the Private and Social Motive to Use the Legal System", *Journal of Legal Studies*, Vol. 26 (1997), p. 577.

است.^{۲۱} قانون گذار انگلستان با پیش‌بینی مرحله مقدماتی، به منظور مدیریت پرونده به صورت رایگان و خارج از دادگاه و تأثیر رفتار اطراف اختلاف در این مرحله بر رأی دادگاه، آنها را به سازش بدون مداخله دادگستری سوق می‌دهد. مرحله مقدماتی، به‌ویژه در دعاوی کوچک، بسیار کارگشا بوده، طرح این‌گونه دعاوی را در دادگاه به سطح بسیار چشمگیری کاهش داده است. قواعد دادرسی نباید به‌گونه‌ای تنظیم شود که به تمام افراد اجازه رسیدن مستقیم به مرحله محاکمه را بدهد و بهتر است که مرحله پیش‌محاکمه طراحی شود تا چنانچه دعاوی به صلح ختم نشد، پرونده برای محاکمه آماده گردد.^{۲۲}

د) در جهت تقویت موضع موافقان، می‌توان استدلال کرد که کاهش تعداد دعاوی ورودی دادگاه‌ها از طریق ممانعت از طرح دعاوی واهی و فصل‌دعوا با استعانت از روش‌های جایگزین دادگستری، موجب ارتقای سطح کیفی رسیدگی‌ها و افزایش سرعت در دادرسی و دقت در آرا می‌شود.

ه) نگاهی به مستندات قانونی هزینه دادرسی و مصوبات مختلف، مبنای دیگری برای أخذ هزینه دادرسی را عینیت می‌بخشد؛ مبنایی که می‌توان از آن به «درآمدزایی دولت» تعبیر نمود. در واقع، با بررسی مقررات مختلف، از جمله ماده ۳ ق.و، قوانین بودجه سالیان اخیر و بخشنامه‌های فراقانونی قوه قضاییه،^{۲۳} این تصور ایجاد می‌شود که دولت برای تأمین منابع مالی خود و جبران کسری بودجه، دست بردن به جیب رو به تنگی نهاده مردمی را که یک‌مرتبه حق خود را تضییع یا انکار شده دیده‌اند و برای احقاق آن به دادگستری رجوع کرده‌اند، یکی از روش‌های قابل اتکا و سودآور دانسته است.

۲.۱. پاسخ به دلایل موافقان

الف) ایراد دیدگاه نخست آن است که هزینه دادرسی به همان میزان که می‌تواند مانع از طرح دعاوی واهی گردد، قادر است از اقامه دعاوی اشخاص محق نیز جلوگیری نماید. در

۲۱. پوراستاد و حصارخانی، ص ۷۰.

۲۲. Catherine Elliot, Frances Quinn, *English Legal System* (London: Longman, 2000), p. 346.

۲۳. نک: بخشنامه‌های شماره ۹۰۰۰/۲۷۸۹/۱۰۰ و ۷۳۹/۳۵/۱۰۰ و ۹۰۰۰/۱۲۳۹۷/۱۰۰ و عجیب‌تر از اینها بخشنامه شماره ۹۰۰۰/۴۴۶۳/۹۰۰.

واقع، هزینه دادرسی می‌تواند گامی به سوی سیستم قضایی سرمایه‌داری باشد، آنگاه که ثروتمندان به راحتی امکان طرح هرگونه دعوایی (اعم از واهی یا واقعی) را داشته باشند و فقرا با ناتوانی از پرداخت هزینه دادرسی، یا در راهروهای دادگستری به دنبال اثبات اعسار خود باشند و به اطلاع دادرسی تن دهند و یا ناامید از احقاق حق، از دادگستری روی برگردانند و از حق خود اعراض نمایند. ضمن آنکه تبصره ماده ۱۰۹ ق.آ.د.م به دادگاه اجازه داده است تا در صورت احراز قصد خواهان بر طرح دعوی واهی، او را با جریمه معادل سه برابر هزینه دادرسی محکوم نماید و این مقرر مبنای جلوگیری از طرح دعوی واهی را تأمین می‌کند.

ب) خدشه وارد به دلیل دومی که ذکر شد این است که دولت هزینه خدمات عمومی را در قالب مالیات پیش از این از مردم أخذ نموده و دریافت هزینه دادرسی بر این مبنای واقع أخذ مجدد مالیات^{۲۴} با عنوانی متفاوت و صوری است. ضمن آنکه دادرسی نه هدف است و نه ابزار کسب درآمد یا جبران هزینه، بلکه وسیله‌ای است در دستان حاکمیت برای برقراری عدالت و نظم عمومی. حکمت و مصالح عمومی و اجتماعی ایجاب می‌کند که دولت در این بخش نگاه اقتصادی خود را کنار بگذارد و از فرایند دادرسی انتظار درآمد و یا حتی جبران همه هزینه‌های دفتری را نداشته باشد.^{۲۵} اعمال حاکمیت دولت نمی‌تواند تعطیل یا معلق به پرداخت هزینه شود^{۲۶} دادگستری نیز از جمله اعمال حاکمیتی و خدمات عمومی است.^{۲۷}

ج) نظر سوم از دو جهت قابل نقد است: اول آنکه سوق دادن اشخاص به سمت نهادهای جایگزین دادگستری و حل و فصل اختلافات خارج از دادگاه با پیش‌بینی هزینه دادرسی، در نظام‌های حقوقی که امکان مطالبه هزینه‌ها از طرف مقابل وجود ندارد شاید منطقی باشد و محقق گردد. اما در نظام حقوقی ما که به مانند حقوق انگلستان، طرف پیروز در دعوی می‌تواند هزینه‌های خود را از محکوم علیه بازستاند، چنین امری چندان عملی به نظر نمی‌رسد؛ چراکه خواهان با اعتقاد به پیروزی و با علم به بازبایی هزینه‌های خود، بدون

۲۴. عباس زراعت، محشای قانون آیین دادرسی مدنی (تهران: انتشارات ققنوس، ۱۳۸۹)، ص ۹۶۹.

۲۵. عدل، پیشین، ۳۶۸.

۲۶. رضایی‌زاده و کاظمی، پیشین، ص ۳۰.

۲۷. ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی (تهران: نشر میزان، ۱۳۹۵)، ص ۱۰۶.

دغدغه به دادگستری مراجعه می‌کند و به دنبال روش‌های جایگزین برای پرهیز از هزینه‌ها نیست. بنابراین، سیستم هزینه‌ها نقش بسیار مؤثری بر انتخاب‌های خواهان در جهت تصمیم‌گیری در خصوص اقامه دعوا دارد.^{۲۸} در این خصوص، اما میان نظام حقوقی ایران و انگلستان تفاوت دیگری وجود دارد که به کاهش پرونده‌های ورودی در دادگستری انگلستان و افزایش دعاوی فصل‌شده در نهادهای جایگزین انجامیده است و در ایران طرح دعاوی نزد محاکم دادگستری همچنان سیر صعودی دارد. در سیستم قضایی انگلستان، چنانچه دعوا در مرحله پیش‌محاکمه^{۲۹} خل و فصل نشد و به دادگاه ارجاع یافت، دادگاه این اختیار را دارد که با در نظر گرفتن حسن نیت و اقدامات طرفین در مرحله پیش‌محاکمه و تلاش آنها در جهت مصالحه و سازش، از قواعد هزینه‌ها خروج کرده، تصمیمات دیگری بگیرد؛ از جمله آنکه نسبت به الزام محکوم‌علیه به پرداخت تمام یا بخشی از هزینه‌های محکوم‌له حکمی صادر نکند؛^{۳۰} دوم آنکه پیش‌بینی هزینه‌های دادرسی و افزایش احتمالی آن به منظور کاهش طرح دعاوی نزد دادگستری از طریق مراجعه دادخواهان به نهادهای غیردادگستری در مواردی موجب تحمیل داوری و سازش بر طرف ضعیف و پذیرش اکراهی این طریق می‌گردد.

د) در مورد کاهش پرونده‌های ورودی دادگستری نیز با توجه به پیش‌بینی دعاوی اعسار از هزینه دادرسی و حجم بالای دعاوی با این خواسته و استقبال کم طرفین دعوا از نهادهایی مانند داوری که غالباً ناشی از عدم اعتماد به نهادهای غیردولتی است، نه تنها از تعداد پرونده‌های دادگستری کاسته نمی‌شود، بلکه به آنها افزوده می‌شود یا دست کم در ازای همان تعداد دعاوی واهی که هزینه دادرسی مانع از طرح آن شده است، دعاوی اعسار نیز طرح می‌گردد. اگر در سیستم حقوقی انگلستان هزینه دادرسی در کاستن از دعاوی ورودی دادگاه‌ها نتیجه‌بخش بوده است به دلیل امکان اعمال نظر دادگاه در خصوص هزینه‌ها^{۳۱}

^{۲۸}Steven, Shavell, "Suit, Settlement, and Trial, a Theoretical Analysis under Alternative Methods for the Allocation of Legal costs", *Economic and Law*, In Harvard Law School (2007), p. 5

^{۲۹}Pre-Trial

^{۳۰}CPR.r44.3

^{۳۱}بخش سوم از قاعده ۴۴، ضمن بیان قاعده تحمیل خسارات به محکوم‌علیه، در بند دوم به دادگاه اختیار اتخاذ تصمیمی متفاوت، حسب شرایط پرونده و رفتار طرفین را داده است. در بخش دوم از قاعده ۴۴، ارائه پیشنهاد سازش به طرف مقابل و سوءاستفاده اصحاب دعوا از حقوق خود (مانند حق طرح دعوا برای خواهان یا تقاضای تامین دعاوی واهی برای خواننده) از جمله مواردی

تأثیر رفتار طرفین دعوا در مراحل قبل از رسیدگی بر تصمیمات دادگاه^{۳۲} و نیز پیش‌بینی سازوکاری غیرقضاتی برای معاضدت به واجدین شرایط است.^{۳۳}

ه) در خصوص مبنای اتخاذی قانون‌گذار، حتی اگر بتوان درآمدزایی از دادگستری را پذیرفت، پیشی گرفتن از نرخ تورم در افزایش تعرفه‌ها قابل هضم نخواهد بود. در واقع، قوه قضاییه در راستای تحقق اهداف اقتصادی خود با هر بار افزایش نرخ تعرفه‌های خدمات قضایی به افزایش مضاعف آنها اقدام کرده است. قواعد دادرسی مدنی انگلستان دعوی را به سه دسته^{۳۴} تقسیم و برای هر یک مسیر جداگانه‌ای با هزینه‌های مشخص ترسیم می‌نماید^{۳۵} و با تعیین تعرفه ثابت در سقف مشخصی از خواسته، تغییر قیمت اموال را در تعرفه‌های خود بی‌اثر کرده است. به عبارت دیگر، افزایش قیمت اموال، فی‌نفسه موجب تغییر میزان هزینه دادرسی می‌شود؛ اما در حقوق ایران با پیش‌بینی تعرفه‌های متغیر، صرف افزایش نرخ تورم و تغییر قیمت اموال در افزایش هزینه دادرسی مؤثر خواهد بود و همین امر می‌تواند تکافوی نیازهای مالی قوه قضاییه به تناسب تغییر قیمت‌ها باشد. اما قوه قضاییه که پیشنهاددهنده تعرفه‌های خدمات قضایی در هر سال است، به این میزان از رشد درآمدها اکتفا نکرده و در کنار افزایش تبعی هزینه‌های دادرسی، با افزایش میزان تعرفه‌ها، در واقع تورمی جدای از تورم جاری در نظام اقتصادی کشور را خواستار است.

۲. تأثیر میزان هزینه دادرسی در تحقق اصول دادرسی منصفانه

باید پذیرفت که عدم پیش‌بینی هزینه برای دادرسی به همان میزان مشکلاتی را به وجود می‌آورد که بالا بودن آن. با این حال نباید از نظر دور داشت که اصل دسترسی به دادگستری مقدمه اجرای سایر اصول و شالوده یک دادرسی منصفانه است که بدون آن اساساً محملی برای طرح دیگر اصول باقی نمی‌ماند و قرار دادن هزینه دادرسی در مسیر دادخواهی می‌تواند

معرفی شده که دادگاه در صدور دستور به جبران تمام یا قسمتی از خسارات به آن توجه می‌کند.

۳۲CPR.r44

۳۳. نک: منصور پورنوری، «معاضدت قضایی در انگلستان»، قضاوت، ش ۱۹ (۱۳۸۲)، ص ۵۵

۳۴) Small Claims Track

2) Fast Track

3) Multi-Track

۳۵CPR.r27-29

این اصل را مخدوش سازد. لذا نمی‌توان دادرسی را وسیله کسب درآمد برای دولت قرار داد^{۳۶} و اعمال حاکمیت دولت نمی‌تواند تعطیل یا معلق به پرداخت هزینه گردد.^{۳۷} در دادرسی‌ها، اصل بر کاهش هزینه اقتصادی و اشتباهات است؛^{۳۸} اما این امر به معنای حرکت به سمت رایگان شدن دادرسی نیست؛ در واقع، معقول و متعارف بودن هزینه‌ها را باید حد تعادل میان دو اعتقاد رایگان یا هزینه‌بر بودن دادرسی دانست.^{۳۹} هزینه دادرسی از شاخص‌های کنترل کیفیت و سنجش کارایی نظام دادرسی منصفانه است که باید به صورت نظام‌مند و با رعایت معیارهای منطقی و بر مبنای ملاک‌های عقلانی و هدفمند تعیین گردد.^{۴۰} در همین راستا بند ۲ قاعده ۱،۱ از قواعد آیین دادرسی مدنی انگلستان مقرر می‌دارد:

«تا جایی که امکان دارد رسیدگی عادلانه به دعوا، شامل:

الف) تضمین برابری طرفین.

ب) کاهش دادن هزینه‌ها... باید مورد توجه قرار گیرد».

پیش‌بینی هزینه دادرسی برای جلوگیری از طرح دعاوی واهی ضروری است، اما این هزینه نباید به میزانی بالا باشد که طرح دعاوی واقعی را برای اشخاصی که حق خود را تضییع یا انکار شده می‌بینند یا مانع مواجه سازد. حقوق انگلستان از دو شیوه هزینه‌های ثابت و درصدهای ثابت از ارزش خواسته، توأمان استفاده کرده است؛ با این توضیح که برای دعاوی با خواسته پولی به میزان صد هزار پوند تا دویست هزار پوند، بنابر نوع پرداخت هزینه دادرسی، ۴/۵ یا ۵ درصد ارزش خواسته را به‌عنوان هزینه دادرسی پیش‌بینی نموده است و در سایر دعاوی، با تعیین حداقل و حداکثر ارزش دعوا، مبلغ مشخصی را قرار داده است و

۳۶. عدل، پیشین، ص ۳۶۸.

۳۷. رضایی‌زاده و کاظمی، همان ص ۳۰.

۳۸. مجید غمامی و حسن محسنی، «اصول تضمین‌کننده عملکرد دموکراتیک در دادرسی و اصول مربوط به ویژگی‌های دادرسی مدنی»، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران: ش ۷۴ (۱۳۸۵)، ص ۲۸۶.

۳۹. عارفعلی، پیشین، ص ۲۵۹.

۴۰. مشهدی، پیشین، صص ۲۲۹-۲۳۰.

۴ Civil Procedure Rules (CPR).

میزان آن را در سقف ده هزار پوند متوقف می‌کند.^{۴۳} در حالی که در حقوق ایران، در صورت طی مراحل بدوی، واخواهی، تجدیدنظر یا فرجام‌خواهی و اعاده دادرسی نسبت به یک دعوای مالی، معادل ۱۸-۱۹ درصد ارزش خواسته به‌عنوان هزینه دادرسی از طرفین دعوا اخذ می‌شود. حال اگر حکم صادره شرایط اعتراض ثالث به خود را داشته باشد، ۵/۵ درصد دیگر باید به هزینه‌های یادشده اضافه گردد. مبالغ سنگینی که حتی موجب رضایت محکوم‌له نیز نخواهد بود و فرسنگ‌ها از یک دادرسی منصفانه و عدالت قضایی فاصله دارد (اضافه کنید بر هزینه‌های یادشده، هزینه اجرای حکم (۵ درصد) و دیگر هزینه‌های مربوط به دادرسی را). اقتضای انصاف آن است که ورود به دادرسی برای عموم مردم تسهیل شود، همچنان که در برخی نظام‌های حقوقی مترقی، مانند فرانسه، جریان دارد. تشخیص واهی یا ایذایی بودن دعوا به دادرسی واگذار شده است و بدو از خواهان وجهی وصول نمی‌شود. بخش ۴۴ از قواعد دادرسی مدنی انگلستان از اهمیت حسن نیت در طرح دعوا و منع سوءاستفاده از حق دادخواهی حکایت دارد و به‌ویژه امکان جریمه خواهان دعوی کوچک با هر میزان از احتمال پیروزی را پیش‌بینی کرده است.^{۴۴}

برخی در تأمین اصل معقول و متعارف بودن هزینه‌های عمومی، نظر بر این دارند که کاهش دعوای به‌طور قطع می‌تواند از هزینه‌های دولت بکاهد و به سود عمومی^{۴۵}، افزایش تمرکز و کارایی دادگاه با کاستن از حجم دعوای به‌واسطه توسعه بهره‌گیری از نهادهای جایگزین منجر گردد.^{۴۶} لذا قواعد دادرسی نباید به‌گونه‌ای تنظیم شود که به تمام افراد اجازه رسیدن مستقیم به مرحله محاکمه را بدهد و بهتر است که مرحله پیش‌محاکمه طراحی شود تا چنانچه دعوای به صلح ختم نشد، پرونده برای محاکمه آماده گردد.^{۴۷} از همین رو، در حقوق انگلستان، در دعوایی که ارزش خواسته پایین است، نسبت هزینه‌ها به احتمال زیاد

^{۴۳}Civil Fees Order.1.1-1.2.

^{۴۴}Lan, Grainger & Michael, Fealy, *The Civil Procedure Rules In Action*, (London and Sydney, Cavendish Publishing Limited, second edition, 2000), p. 521.

^{۴۵}Steven, Shavell, "the Fundamental Divergence between the Private and Social Motive to Use the Legal System", p. 577.

^{۴۶} . خدابخشی، پیشین، ص ۱۰۶.

^{۴۷}Catherine, Elliot & Frances, Quinn, *English Legal System*, (London, Longman, 3ed Ed, 2000), p. 346.

بیشتر از یک مطالبه بزرگ است و حتی ممکن است معادل یا احتمالاً از مبلغ اختلاف تجاوز کند.^{۴۷} بالا بودن میزان هزینه دادرسی در این دعاوی، خواهان را برای پایان دادن به دعوا در مرحله پیش‌محاكمه مجاب کرده است و خوانده نیز در چنین شرایطی و با توجه به احتمال تحمل خسارات وارد به خواهان حتی پیش از صدور حکم^{۴۸} به میدان مصالحه پای می‌گذارد.

پیش‌بینی نهاد اعسار، راهکار قانون‌گذار برای برون‌رفت از این مانع است و با استناد به وجود همین مساعدت قانونی، افزایش هزینه‌ها توجیه شده است؛ اما باید اذعان داشت که طرح دعوی اعسار خود موجب تحمیل هزینه‌هایی مضاعف به دولت در معنای عام و نقض شاخص دیگر دادرسی منصفانه، یعنی زمان، می‌شود. به عبارت دیگر، فلسفه و ماهیت نهاد اعسار، امری ضروری در تحقق اصل دسترسی به دادگستری و اصل برابری است. با این توضیح که نیل به اصل دسترسی به دادگستری مستلزم ارائه تسهیلات به قشر ضعیف برای تأمین فرصت برابر در قالب اصل حمایت مساوی از طرفین است.^{۴۹} اصل برابری سلاح‌ها نیز به دنبال ایجاد وضعیت و فرصت‌های برابر و متوازن در جریان دادرسی است؛^{۵۰} این امر برهم زدن توزیع نابرابر ثروت را ضروری می‌نماید. از همین رو، برای تعدیل هزینه‌های مادی، از نهادهایی مانند اعسار و معاضدت قضایی^{۵۱} بهره گرفته می‌شود و قانون‌گذار انگلستان با ایجاد کمیته معاضدت قضایی در همین مسیر گام نهاده است. قسمت چهارم از بند دوم قاعده نخست قواعد دادرسی مدنی انگلستان در همین خصوص مقرر می‌دارد: «۴...- موقعیت اقتصادی هر یک از طرفین باید مورد توجه قرار گیرد». کمیته معاضدت قضایی در حقوق انگلستان، بدون تشریفات به وضعیت مالی متقاضی رسیدگی می‌کند و رأی این کمیته از سوی طرف دعوا غیرقابل اعتراض است. دادگاه نیز مطابق گواهی کمیته به دعوای اصلی رسیدگی خواهد کرد.

^{۴۷}Grainger & Fealy, (op.cit.), p. 539.

^{۴۸}CPR.r48.2.

^{۴۹}Tim, Koopmans, *Courts and Political Institutions: A Comparative View*, (Cambridge. University Press, 2003), p. 215.

^{۵۰} به‌نام حبیبی، درگاه، حقوق و اقتصاد (حقوق دادرسی مدنی)، (تهران: جاودانه، ج ۱، ۱۳۹۲)، ص ۱۴۹

^{۵۱}Legal Aid.

اما فرایند طرح دعوای اثبات اعسار در ایران به گونه‌ای است که افزایش هزینه‌های دادگستری و تطویل دادرسی را اجتناب ناپذیر می‌کند. رسیدگی به دعوای اعسار مستلزم صرف وقت، به کارگیری نیروی انسانی و افزایش مستحدمات دادگستری است و درنهایت، رأی اعسار خواه به نفع خواهان دعوای آن باشد و خواه به ضرر وی، می‌تواند با اعتراض محکوم علیه مواجه شود و هزینه‌های مجددی را لازم نماید. ملاحظه می‌شود که میزان افزوده شده بر هزینه دادرسی، درنهایت برای رسیدگی به دعوای اعسار صرف می‌شود و دولت از این مسیر سود زیادی نمی‌برد. نتیجه دعوای اعسار اگر به نفع خواهان آن باشد، دولت هزینه بدون بازگشتی را متحمل شده است و اگر اعسار رد شود، درآمد زیادی متوجه دولت نخواهد شد؛ اما اثر منفی این دعوا، مطول شدن دادرسی و از بین رفتن زمان، هم برای طرفین دعوا و هم برای دادگاه است. این طولانی شدن، بر اعتماد و رضایت طرفین از دادگستری تأثیر منفی خواهد گذاشت و موجب کاهش دقت دادگاه در رسیدگی به پرونده‌ها و افزایش اشتباهات قضایی به واسطه افزایش تعداد پرونده‌های تحت رسیدگی می‌شود. پیش‌بینی ساختاری مستقل به‌مانند کمیته معاضدت قضایی در انگلستان و یا اختصاص دادن برخی از شعب دادگاه برای رسیدگی فوری و بدون تشریفات به «درخواست اعسار»، مضرات پیش‌گفته را مرتفع کرده، گامی است در راستای تحقق یک دادرسی منصفانه.

بنابراین، در تعیین میزان هزینه دادرسی، باید به تأثیر آن در کاهش هزینه‌های عمومی، تحقق اصل دسترسی به دادگستری، کاهش میزان طرح دعوای نزد مراجع قضایی، جلوگیری از اطاله دادرسی و تضمین اصل سرعت در رسیدگی و گسترش نقش نهادهای جایگزین دستگاه قضایی توجه نمود و درنهایت به دادرسی این اختیار داده شود تا با بررسی میزان کار انجام شده در هر پرونده و وقت و هزینه مصروف در آن، به تعیین هزینه متناسب با هر دعوا اقدام کند. تجویز هزینه یکسان برای دو دعوا با ارزش مالی برابر که رسیدگی به یکی از آنها به سهولت و بدون صرف زمان زیادی خاتمه می‌یابد و رسیدگی به دعوای دیگر با پیچیدگی بسیاری مواجه و مستلزم به کارگیری زمان و هزینه بیشتری است، به دور از عدالت خواهد بود. همچنین، ممکن است رسیدگی به دعوایی با ارزش مالی کمتر، نسبت به یک دعوی با ارزش مالی بالاتر زمان و هزینه زیادی را معطوف خود نماید، درحالی که هزینه دادرسی آن پایین‌تر است. هرچند درصد ثابت را نمی‌توان در همه موارد به ارزش ادعا

اعمال کرد تا مشخص شود که آیا هزینه‌ها متناسب هستند یا خیر؛^{۴۲} اما تفکیک دعاوی بنا بر ارزش خواسته و اختصاص مسیر رسیدگی واحد برای هر قسم از آنها، آن گونه که در بخش‌های ۲۶ و ۲۷ قواعد دادرسی مدنی انگلستان آمده است، می‌تواند این ایراد را مرتفع و اختصاص درصد ثابت برای تعیین هزینه دادرسی را منطقی‌تر نماید. به این ترتیب، قانون‌گذار با پیش‌بینی میزان هزینه‌های احتمالی دادگاه برای رسیدگی به یک دعوا و خدمات ارائه‌شده، اقدام به تعیین هزینه‌های دادرسی بر مبنای انصاف و با معیارهای منطقی می‌کند.

۳. آثار نظام مسئولیت پرداخت هزینه‌ها و جبران خسارت بر اصول دادرسی منصفانه

حقوق‌دانان عموماً و از سر تسامح، به مسئله جبران خسارات ناشی از هزینه دادرسی تحت عنوان مسئولیت پرداخت هزینه دادرسی می‌پردازند؛ توضیح آنکه هزینه دادرسی وجهی است که برای اقامه دعوا به دولت پرداخته می‌شود و مسئولیت پرداخت آن در هر صورت برعهده خواهان است و در واقع، متعهد به پرداخت هزینه استفاده از خدمات دادگستری همواره خواهان است. بحث از مسئولیت محکوم‌علیه، برای جبران خسارتی است که محکوم‌له در پرداخت‌های خود به دولت متحمل شده و به همین دلیل است که قانون‌گذار صدور حکم به جبران خسارت را منوط به درخواست ذی‌نفع نموده است؛ چراکه محکوم‌علیه در مقابل دولت مسئولیتی از این منظر ندارد. لذا باید میان مسئولیت پرداخت هزینه دادرسی و ضمان خسارات ناشی از آن قائل به تفکیک شد؛ مورد نخست در مقابل دولت مطرح می‌شود و ضمان دوم در مقابل پیروز دعوا.

۳.۱. مسئولیت پرداخت هزینه دادرسی

از جمله شرایط لازم برای به‌جریان افتادن دادخواست و شروع رسیدگی، پرداخت هزینه دادرسی است که به صورت ابطال و الصاق تمبر و یا واریز وجه به خزانه دولت صورت می‌گیرد. این خواهان است که می‌خواهد از خدمات دادگستری استفاده کند و ادعایی خلاف

^{۴۲}Granger & Fealy & Spencer, *op.cit.*, p. 539.

اصل برائت دارد و هم اوست که باید برای خدمات دریافتی هزینه‌های دولتی را پرداخت نماید. خواننده دعوا بدو اراده‌ای برای ورود به آن ندارد و اقدام خواهان است که او را به میدان دادرسی می‌کشاند؛ انصاف حکم می‌کند که ضرر بر کسی که کاری انجام داده و آن را به وجود آورده است تحمیل شود، نه بر کسی که در این راه هیچ نقشی ندارد و به حکم اتفاق پذیرای خسارت شده است.^{۵۳} اینکه خواهان تا چه حد استحقاق طرح دعوا را داشته و خواننده تا چه میزان در وقوع جریان دادرسی اثرگذار بوده است، با حق دولت در دریافت مابه‌ازای خدماتی که به خواهان ارائه می‌دهد تا او بتواند حقوق خود را بازپس ستاند، تزامنی ندارد. گاه قانون شخصی را که مرتکب هیچ فعل قابل سرزنشی نشده است مسئول می‌شناسد و به جبران خسارت زیان‌دیده بیش از تقصیر عامل توجه دارد. در نظام کنونی مسئولیت مدنی، تکیه بر جبران خسارت است، نه مجازات متخلف، و قلمرو مسئولیت‌های محض در حال گسترش است تا ضرری بدون جبران باقی نماند. پس نباید این‌گونه تصور کرد که مسئولیت تنها ناشی از تقصیر و کار قابل نکوهش است.^{۵۴}

نگاه فوق، ابتدایی‌ترین گونه تعیین مسئول پرداخت هزینه دادرسی است، اما در منصفانه بودن آن باید با دیده تردید نگریست. پیش‌بینی امکان مطالبه خسارات ناشی از دادرسی از خواننده محکوم‌علیه نیز نمی‌تواند توجیه‌کننده این مقرر باشد. زیان‌دیده‌ای که مسئول خسارات وارد به خود را غیر ملئی می‌بیند و یا دسترسی به واردکننده زیان یا اموال او برایش دشوار است، احتمال دستیابی به اصل طلب خود را در نتیجه اقامه دعوا اندک می‌داند و با علم به این امر، چه بسا با صرف نظر کردن از طرح دعوا می‌تواند خود را از پرداخت هزینه‌های دیگر و تحمل خسارات مضاعف وارهااند. خواهان محکوم‌له‌ای که با بی‌نتیجه ماندن اجرای رأی موفق به وصول مطالبات خود نمی‌شود، علاوه بر از دست دادن خواسته، ضرر دیگری را متوجه خود می‌بیند که خارج از عدالت است. «در موردی که واردکننده زیان معادل مبلغی که بابت جبران خسارت باید بپردازد، سود نبرده باشد، نمی‌توان از برابری سخن گفت؛ زیرا وی نسبت به قبل فقیرتر می‌شود»^{۵۵} ضمن آنکه از منظر قواعد مسئولیت مدنی

۵۳. ناصر کاتوزیان، الزام‌های خارج از قرارداد (ضمن قهری)، ج ۱، (تهران: دانشگاه تهران: ج ۲، ۱۳۷۸)، ص ۱۷۹.

۵۴. همان، صص ۵۳ و ۷۳.

۵۵. George P., Fletcher, *Corrective Justice for Moderns*, (Harvard Law Review, 1993), p. 1668.

نیز مسئول شناختن خواهان در مقابل هزینه دادرسی در همه حال قابل توجیه نیست، در تحقق ارکان سه‌گانه ضمان، بروز خسارت برای دولت قطعی است و دولت با ارائه خدمات دادگستری و صرف هزینه برای رسیدگی به دعوا متضرر می‌شود. اما اینکه چه کسی واردکننده زیان است تا بتوان رابطه سببیت را نیز احراز نمود در آغاز دعوا مشخص نیست. چه بسا شخص ثالثی مسئول حقیقی بروز اختلاف و طرح دعوا میان طرفین باشد و هم اوست که موجب ورود زیان به دولت شده است. باید به دنبال فاعل زیان‌کار و کشف رابطه سببیت میان فعل او و ضرر وارد به دادگستری بود و نمی‌توان همواره و با فرض تقصیر، خواهان را مسئول پرداخت دانست. قواعد عام مسئولیت مدنی، امکاناتی هستند که به دادرس فرصت تمییز سبب معقول و متعارف را می‌دهد و این امر در تعارض با عدالت و انصاف، قاعده نمی‌پذیرد.^{۵۶} بنابراین، به همان میزان که تقصیر محکوم‌علیه در استحقاق محکوم‌له به دریافت خسارت مؤثر است، باید قائل به اثرگذاری موجبات ضمان در خصوص خسارات وارده به دولت نیز شد و نمی‌توان مطلقاً شخص خاصی را مسئول پرداخت هزینه‌ها دانست. قدر متیقن آن است که امر دادرسی متضمن هزینه‌هایی برای دولت است که نباید بدون جبران بماند، اما نمی‌توان در همه حال اعتقاد بر مسئولیت خواهان دعوا در این خصوص داشت. این مسئله ناشی از لزوم پرداخت هزینه دادرسی در بدو طرح دعوا و تحت تأثیر زمان پرداخت است و در این مقطع، تنها شخصی که می‌تواند مسئول تلقی شود خواهان دعوا است. دادگاه نمی‌تواند بنا بر احتمالات پرونده موقتاً خواهان را از پرداخت هزینه دادرسی معاف کند یا هزینه یادشده را از خواننده اخذ نماید. راهکار دیگری که در قواعد دادرسی مدنی انگلستان پیش‌بینی شده، این‌گونه است که دادرس می‌تواند در اثنای رسیدگی، به خواننده یا شخص ثالثی دستور پرداخت تمام یا بخشی از هزینه‌های دادرسی به خواهان را بدهد.^{۵۷}

۵۶. غلامرضا حاجی‌نوری، «مطالعه تطبیقی رهیافت‌های سببیت در مسئولیت مدنی»، *مطالعات حقوق تطبیقی معاصر*، ش ۱ (۱۳۸۹).

۲.۳. جبران خسارات ناشی از هزینه دادرسی

مطابق قواعد جبران خسارت دادرسی در ایران، صرف انتساب فعل زیان‌بار و محکوم‌له واقع شدن هریک از اصحاب دعوا برای محق دانستن او به دریافت خسارات دادرسی کافی نیست، بلکه قاعده تسبیب و مبنای تقصیر بر دادرسی مدنی حاکم است و افزون بر آن، در صورت پیروزی خوانده، با تشدید اسباب مسئولیت، علم و عمد خواهان نیز شرط استحقاق او به استرداد خسارت است. با این حال، رویه قضایی به نحوی دیگر عمل کرده، صرف شکست خوانده دعوا را به منزله تقصیر او قلمداد می‌نماید تا با اتکا و استناد به همین شکست، حکم به جبران خسارت دادرسی محکوم‌له صادر کند و چنانچه خوانده فاتح دعوا باشد، راهی جز اقامه دعوی جبران خسارت ندارد؛ چراکه دادگاه بدون درخواست ذی‌حق نمی‌تواند در خصوص موضوعی تصمیم‌گیری کند و در این مورد به جبران خسارت حکم بدهد و این درخواست باید شرایط شکلی اقامه دعوا و از جمله تقدیم دادخواست را به خود داشته باشد؛ در حالی که در حقوق انگلستان، قاعده کلی این است که دادگاه پس از صدور حکم و بدون نیاز به درخواست ذی‌نفع، به یکی از طرفین دستور پرداخت هزینه‌های طرف مقابل را می‌دهد.^{۵۸}

پرداخت خسارت به محکوم‌له، از طرح دعاوی با احتمال اندک پیروزی جلوگیری می‌کند؛ چراکه انتقال هزینه‌ها خطر و ارزش مورد انتظار دعوا را برای خواهان در مواردی که احتمال پیروزی در آن وجود دارد، بالا می‌برد؛ لذا در انگلستان، اشخاص در مواردی که شانس بالایی برای پیروزی در دعوی احتمالی ندارند، از اقامه دعوا پرهیز کرده، به حل اختلاف در بیرون از دادگاه گرایش پیدا می‌کنند. در توجیه این قاعده (قاعده انگلیسی) این‌گونه استدلال شده است که افراد با طرح دعوا، به دنبال فصل اختلافات با تعیین حقوق و تکالیف خود هستند و طرف پیروز نباید متحمل مخارج ناشی از خطای محکوم‌علیه گردد؛

^{۵۸}CPR.r44.2.8

^{۵۹}James R., Maxeiner, "Cost and Fee Allocation in Civil Procedure", *American Journal of Comparative Law*, University Of Baltimore-School of Law, Vol. 158 (2010), p. 1

درحالی که عدم الزام بازنده دعوا به جبران خسارات محکوم‌له (قاعده امریکایی) به منزله تقدیم فرصت برای تزییع حقوق خواهان محقق است. گردیدی وجود ندارد که اعمال راه‌های قانونی مانند طرح دعوا و پاسخ به آن خساراتی را، اعم از مادی و معنوی، به طرف مقابل وارد می‌آورد، اما به دلیل اینکه چنین خسارتی لازمه احقاق حق است، الزام شخص به تحمل آن به منزله جلوگیری از اعمال حقوق یادشده است. در پیش‌نویس قواعد دادرسی مدنی انگلستان (۱۹۹۶) اصول کلی جهت نیل به عدالت، ضمن تأکید بر ضرورت کاهش مخارج، این‌گونه تبیین گردید که «سیستم باید:

الف) نتیجه‌بخش باشد و نتیجه مناسب ارائه دهد.

ب) با طرفین دعوا منصفانه برخورد کند.

پ) آیین رسیدگی مناسب را با هزینه معقول تدوین نماید.

ت) سرعت رسیدگی به نحو منطقی و معقول باشد.

ث) برای عموم قابل درک باشد.

ج) پاسخگوی نیازهای کسانی که از آن استفاده می‌کنند باشد»^{۶۰} و تأمین این اصول و دستیابی به عدالت با روش‌های مناسب‌تری، از جمله معاضدت حقوقی و بیمه وقایع حقوقی، منطقی‌تر است.^{۶۲}

در مورد مبنای حقوقی تحمیل خسارت ناشی از هزینه دادرسی بر محکوم‌علیه، دو تحلیل زیر ارائه شده است:

تحلیل نخست. چنانچه محکوم‌علیه خواننده دعوا باشد، به واسطه مقاومت ناپجای خود و اگر خواهان باشد، به دلیل طرح دعوای خلاف حق، باید خسارات ناشی از دادرسی را جبران

۶۰ صالح یمرلی و عباس کریمی، «مطالعه تطبیقی قواعد جبران خسارت دادرسی مدنی در حقوق ایران، انگلستان و آمریکا»، مرکز مطالعات حقوق تطبیقی، ش ۱۰۷ (۱۳۹۶)، ص ۱۹۹.

۶۱ Harry Kenneth, Woolf, *Access to Justice Final Report to the Lord Chancellor on the Civil System in England and Wales*, (HMSO, 1996), Section I, Overview, Paragraph 1

۶۲ Maxeiner, *op. cit.*, p. 29.

نماید.

ایراد این نظر آن است که اولاً بی‌حق بودن یکی از طرفین در برخی موارد تا قبل از رسیدگی قضایی نامعلوم است و گاه حقانیت یکی از دو طرف اختلاف برای خود آنها نیز مورد تردید است و به همین جهت هردو طرف آن را با حسن نیت تعقیب می‌کنند؛ لذا منصفانه نیست که محکوم‌علیه به صرف امتناع از ادای حق، مقصر شناخته شود؛ چراکه طبق این نظر، نیازی به ذکر قید تقصیر نبوده، در واقع هر محکوم‌علیه مقصر است و در نهایت باید تمام هزینه‌های دادرسی را بپردازد. همچنین، در بسیاری از دعاوی، محکوم‌علیه مقصر نبوده، احتمال محق بودن او نیز چندان دور از ذهن نیست. ثانیاً در این تحلیل به اشتباهات قضایی و آرای نادرست و نیز برخی حقوق، از جمله حقوق طبیعی که قابل مطالبه نیستند توجه نشده است. ثالثاً گاه قانون‌گذار اشخاصی را به لحاظ تکلیف به حفظ پاره‌ای از حقوق، به اقامه دعوا ملزم نموده است؛ مانند دعوایی که قیم برای غبطه مولی‌علیه طرح می‌کند که در این موارد نمی‌توان بازنده دعوا را همیشه خاطی و مسئول جبران خسارت دانست.^{۶۴}

تحلیل دوم، رابطه متداعیین همانند شبه عقد است و این‌گونه فرض می‌شود که طرفین دعوا بر جبران خسارت از سوی محکوم‌علیه توافق نموده‌اند.^{۶۵} گر این موارد، الزام محکوم‌علیه به پرداخت خسارت ناشی از هزینه دادرسی، بیشتر دفع ضرر از محکوم‌له است تا تنبیه محکوم‌علیه.

خدشه وارد به این دیدگاه آن است که عالم اعتبارات باید در خدمت جهان واقع و منطبق بر آن باشد. قانون آیین دادرسی مدنی ایران بدون پیش‌بینی مرحله مقدماتی یا الزام به مراجعه به نهادهای غیرقضایی، خواهان را محق و مجاز به طرح دعوا نموده است و خواننده جز در زمان ابلاغ دادخواست و وقت رسیدگی، از دعوی مطروحه و اختلاف موجود مطلع نمی‌شود. فرض توافق در چنین شرایطی بسیار بعید بوده، نمی‌تواند توجیه‌کننده تحمیل هزینه دادرسی بر محکوم‌علیه باشد؛ درحالی که در حقوق انگلستان، ضمن پیش‌بینی مرحله

۶۳ محمدهادی فضلعلی، «خسارت دادرسی (بررسی تحولات قوانین و رویه قضایی)»، قضاوت، ش ۲۴ (۱۳۸۳)، ص ۱۰.

۶۴ همان، ۱۰.

۶۵ احمد متین دفتری، آیین دادرسی مدنی و بازرگانی، ج ۱، (تهران: مجد، ج ۳، ۱۳۸۸)، ص ۳۹۰.

پیش‌محاکمه و تفکیک آن از مرحله محاکمه، این اختیار به قاضی داده شده است تا با بررسی رفتار متداعیین در مرحله پیش‌محاکمه و تأثیر اراده طرفین برای فصل دعوا در خارج از دادگاه، در خصوص جبران خسارت دادرسی تصمیم مقتضی را اتخاذ نماید.^{۶۶}

۳.۳. مقایسه جبران خسارت ناشی از هزینه دادرسی در حقوق ایران و انگلستان

ظاهر ماده ۵۱۵ ق.آ.د.م جواز مطالبه خسارت را مقید به تقصیر خواننده دانسته است؛ بنابراین، ممکن است دلالت شود که حق مطالبه مطلقاً مقید به تقصیر و امتناع از ادای حق از روی تعدی یا تفریط است. با وجود این، رویه دادگاه چنین نبوده است و خواهان مطلقاً می‌تواند ضمن دادخواست اصلی یا به موجب دادخواست مستقل، خسارات دادرسی را نیز مطالبه نماید. از این رو، برخی از حقوق دانان معتقدند: «قاعده مورد قبول در حقوق ایران قابل نقد است و باید تعدیل گردد. دست کم فرض تقصیر را باید برای طرف بازنده ملحوظ داشت و تنها در صورت اثبات عدم تقصیر، بازنده را از پرداخت خسارات طرف مقابل معاف دانست. همچنین، انتقال‌پذیری قضایی خسارات دادرسی را باید پذیرفت و در مواردی، به قاضی اجازه تغییر شیوه جبران خسارات دادرسی را اعطا کرد».^{۶۷} همچنان که پیش‌تر نقل شد، رویه قضایی همسو با این نظر، تقصیر بازنده را همواره مفروض دانسته، صرف شکست در دعوا را مثبت تقصیر محکوم علیه می‌داند؛ اما به نظر می‌رسد، این دیدگاه و رویه قضایی است که نیاز به تعدیل دارد و محکوم کردن خواننده به جبران خسارت دادرسی تنها به این دلیل که او بازنده دعوا بوده از اصول دادرسی منصفانه به دور است. همچنان که حقوق دانان نامبرده در ادامه، اختیار دادگاه برای تغییر شیوه جبران خسارت دادرسی را راهکار مناسبی برای «مواردی» از دعاوی می‌دانند، برای تضمین عدالت و مراعات انصاف، در «همه موارد» باید قائل به اختیار دادرسی در تعیین مسئول جبران خسارت و فراتر از آن، مسئول پرداخت هزینه دادرسی بود. در این خصوص، قواعد دادرسی مدنی انگلستان پس از آنکه در قاعده ۳ از بخش ۴۴ مقرر می‌دارد «در صورتی که دادگاه تصمیم به صدور قرار در خصوص هزینه‌ها بگیرد:

الف) قاعده کلی این است که به محکوم علیه دستور داده شود تا هزینه‌های محکوم له را پرداخت کند.

ب) دادگاه ممکن است دستور متفاوتی نسبت به قاعده صادر کند». در ادامه، در بیان تکلیف دادگاه به بررسی جمیع شرایط، این گونه مقرر می‌دارد که «دادگاه در تصمیم‌گیری در خصوص هزینه‌ها، به همه شرایط توجه می‌نماید. از جمله:

الف) رفتار همه طرفین؛

ب) پیروزی در دعوا، اگرچه پیروزی در بخشی از آن باشد؛

ج) هرگونه تأدیة وجه نزد دادگاه یا اراده پیشنهاد برای حل و فصل اختلاف؛

د) مبلغ و ارزش موضوع دعوا؛

ن) پیچیدگی مسئله یا دشواری یا تازگی مسائل طرح شده؛

ه) زمان مصروف در پرونده...»^{۶۸}

منظور از رفتار طرفین، رفتار قبل و یا در طول دادرسی و منطقی بودن اقامه دعوا یا دفاع و نیز سوءاستفاده طرف پیروز از حق خود در تمام یا بخشی از دعوا است.^{۶۹} اگر واقع، در حقوق انگلستان، در تعیین مسئول جبران خسارت، حسن نیت طرفین دعوا بیش از هر چیز مورد توجه است و این امر اختیار دادگاه در بررسی سوءاستفاده هر یک از طرفین از مقررات آیین دادرسی را اقتضا دارد و دادرس باید بتواند برنده دعوایی را که از مقررات آیین دادرسی سوءاستفاده کرده یا موجب تحمیل هزینه به طرف مقابل و دولت شده است از دریافت هزینه دادرسی یا بخشی از آن محروم کند. این مقرر، همسو با قواعد عام مسئولیت و به طور خاص قاعده تسبیب است؛ با این توضیح که در حقوق انگلستان، دادگاه مطابق قانون اصلاحی تقصیر زیان دیده مصوب ۱۹۴۵، با توجه به میزان مشارکت، بر مبنای عدل و

^{۶۸}CPR.r44.5.3.

^{۶۹}CPR.r44.2.5.

انصاف حکم می‌دهد.^{۷۰} همچنین، به موجب بند ۱ از قاعده ۳ بخش ۴۴: «دادگاه نظر خود را نسبت به این موارد اعلام می‌دارد:

الف) آیا هزینه‌ها قابل پرداخت از سوی یک طرف به طرف مقابل است یا خیر؟

ب) این هزینه‌ها چقدر است؟

ج) مهلت پرداخت هزینه‌ها به چه میزان است؟»

به موجب بند سوم از قاعده ۳ بخش ۴۴، در صورتی که دادگاه تصمیم به اعمال اختیار خود، موضوع بخش ۵۱ قانون دیوان عالی مصوب ۱۹۸۱^{۷۱} داشته باشد و شخصی غیر از اطراف دعوا را مسئول پرداخت هزینه‌ها بداند، باید وی را به دعوا جلب کند تا او فرصت مناسبی برای شرکت در جلسه دادرسی داشته باشد و دادگاه با استماع دفاعیات مجلوب ثالث، تصمیم مقتضی اتخاذ نماید. حکم به پرداخت هزینه‌ها از سوی شخص ثالث با لحاظ تحمیل منطقی هزینه‌ها بر وی و میزان معقول هزینه‌ها صادر می‌شود.^{۷۲} دادگاه در ارزیابی هزینه‌ها و تحمیل آن بر هریک از طرفین، به تناسب رأی خود با جریان پرونده و منطقی بودن آن توجه کرده، معقول بودن میزان هزینه‌ها را لحاظ خواهد نمود.^{۷۳} البته باید توجه داشت که در صورت «توافق طرفین در خصوص هزینه‌های دادرسی، مطابق توافق عمل خواهد شد»^{۷۴} این قاعده با لحاظ اصل حاکمیت اراده و نتایج آن، در حقوق ما نیز مجری و توافق طرفین دعوا در خصوص جبران خسارات ناشی از هزینه دادرسی، لازم‌الاجرا است.

نتیجه آنکه در هر دو کشور اصل بر تحمیل هزینه‌ها به محکوم علیه است؛ با این تفاوت که اعمال این قاعده در حقوق ایران منوط به احراز قید تقصیر (در خصوص خواننده) و علم و عمد (در مورد خواهان) است و دادگاه در این خصوص، به صرف درخواست طرف پیروز و با

۷۰. علی‌رضا پوراسماعیلی، «مطالعه تطبیقی تأثیر تقصیر زیان‌دیده بر مسئولیت مدنی در حقوق اسلامی و کامن‌لا»، *مطالعات حقوق تطبیقی معاصر*، ش ۷ (۱۳۹۲)، ص ۱۱.

۷۱. مطابق این بخش، تصمیم‌گیری در خصوص هزینه‌ها در اختیار دادگاه است.

۷۲CPR.r48.3.1.

۷۳CPR.r44.5.1.

۷۴CPR.r47.10.

احراز قیود یادشده، ملزم به صدور حکم به جبران خسارت است. اما در حقوق انگلستان، این قاعده با استثناهای زیادی برخورد کرده است و در مواردی که تنها خواهان مستحق بخشی از خواسته باشد یا مرتکب سوءاستفاده یا اغراق شود یا ادعای نادرست و غیرمنطقی مطرح کند، دادگاه ممکن است او را از دریافت تمام یا بخشی از هزینه‌های خود محروم و یا حتی ملزم به پرداخت هزینه‌های محکوم علیه نماید.^{۷۵} با توجه به خلاف قاعده بودن اختیارات دادگاه در محکوم کردن بازنده دعوا به جبران خسارات دادرسی، در هر مورد که دادگاه تصمیم به تحمیل هزینه‌ها بر محکوم علیه دارد، باید آن را توجیه و دلایل آن را ذکر کند و بر همین اساس، بار اثبات جهات موجه آن برعهده محکوم علیه است. این درحالی است که استحقاق محکوم له به استرداد خسارات خود در حقوق ایران، حسب مورد، منوط به اثبات تقصیر یا علم و عمد طرف مقابل است. نظام حقوقی انگلستان با پیش‌بینی اختیار دادرسی در انتقال هزینه‌های دادرسی، به اصول دادرسی منصفانه نزدیک‌تر است و باید گفت که در یک دادرسی منصفانه، قاعده این است که دادگاه می‌تواند محکوم له را از تمام یا بخشی از خسارات دادرسی محروم کند و مواردی که این اختیار را از دادگاه سلب می‌کند محدود و استثنا هستند.

۴. زمان پرداخت هزینه دادرسی

اینکه خواهان در همه حال ملزم به پرداخت هزینه دادرسی به دولت است و اینکه محکوم علیه باید خسارات دادرسی محکوم له را به صرف شکست در دعوا جبران کند، خالی از اشکال نیست و در بخش پیش به این دو مسئولیت پرداخته شد. در این مبحث، در پی دستیابی به زمانی مناسب برای اجرای این تعهدات، زمان اجرای آنها در حقوق ایران و انگلستان و آثار آن بر اصول دادرسی منصفانه بررسی می‌شود.

۴.۱. زمان پرداختها در حقوق ایران و انگلستان

در این مقام نیز باید میان زمان پرداخت هزینه دادرسی و زمان جبران خسارات ناشی از

^{۷۵} Grainger & Fealy, *op.cit.*, p. 521.

^{۷۶} غمامی و محسنی، پیشین، صص ۱۶۵-۱۶۶.

آن، قائل به تفکیک شد.

۴. ۱. ۱. زمان پرداخت هزینه دادرسی از سوی خواهان

مطابق مواد ۵۱ و ۵۳ ق.آ.د.م، قاعده این است که در حقوق ایران هزینه دادرسی باید در زمان تقدیم دادخواست پرداخت شود و چنانچه خواهان در آن تاریخ و یا پس از پایان مهلت قانونی رفع نقص، اقدام به تأدیه هزینه دادرسی نکند، دادخواست او رد می‌شود. اعسار که همواره وضعیتی استثنایی بر هزینه‌های دادرسی و قواعد حاکم بر آن بوده، تنها استثنای موجود بر زمان پرداخت هزینه دادرسی است. توضیح آنکه، اگر خواهان ضمن دادخواست اصلی، صدور حکم بر اعسار را نیز تقاضا کند و یا سابقاً اعسار خود را ثابت کرده باشد، الزامی به پرداخت هزینه دادرسی در زمان تقدیم دادخواست ندارد؛ با این حال، او به صورت دائمی از پرداخت هزینه دادرسی معاف نشده است و چنانچه در دعوی اصلی محکوم‌له واقع گردد و یا از حالت اعسار نیز خارج شود، باید هزینه دادرسی را پرداخت کند (ماده ۵۱۱ ق.آ.د.م). در واقع، «زمان پرداخت» هزینه دادرسی به تاریخ تحقق این دو شرط موکول شده است. ضمن آنکه اگر در طول دادرسی و یا حتی پس از ختم رسیدگی، به تأدیه تمام یا قسمتی از هزینه‌ها متمکن شود، هزینه‌ای که از پرداخت آن موقتاً معاف بود، حسب مورد، جزئاً یا کلاً، از او اخذ می‌شود. البته چنانچه ادعای اعسار او رد گردد، رسیدگی به دعوی اصلی منوط به پرداخت هزینه دادرسی خواهد بود و با قطعیت رأی رد اعسار، خواهان باید ظرف مهلت مقرر، هزینه دادرسی را پرداخت و از دادخواست خود رفع نقص کند، در غیر این صورت دادخواست او رد می‌شود.

در حقوق انگلستان، خواهان باید در زمان تقدیم دادخواست هزینه‌های دادگاه را پرداخت کند^۷ و چنانچه تقاضای معاضدت قضایی داشته باشد، دادگاه با جلب نظر کمیته معاضدت قضایی تصمیم‌گیری می‌کند. اگر شخص مستحق معاضدت شناخته شد، هزینه دادرسی از صندوق معاضدت قضایی پرداخت می‌شود و چنانچه نظر کمیته بر عدم استحقاق او بود، دادخواست رد می‌گردد؛ مگر آنکه خواهان هزینه دادرسی را پرداخت کند.

^۷Fees Order 2.1.

۴.۱.۲. زمان جبران خسارات ناشی از هزینه دادرسی

دادگاه پس از رسیدگی و تعیین میزان خسارات، ضمن حکم راجع به اصل دعوا و یا به موجب حکم جداگانه، رأی به تأدیة خسارات از سوی محکوم علیه می‌دهد (ماده ۵۱۵ ق.آ.د.م). با توجه به اینکه تا قبل از اعلام ختم دادرسی و صدور رأی، پیروز و بازنده دعوا مشخص نیست، مسلم می‌گردد که حکم جداگانه در خصوص خسارات، تنها پس از صدور حکم دعوای اصلی صادر می‌شود و با توجه به لزوم قطعیت آرا جهت اجرا در حقوق ایران، محکوم له با قطعی شدن رأی می‌تواند خسارات خود را مطالبه نماید.

در حقوق انگلستان، قاعده کلی این است که دادگاه پس از صدور حکم و بدون نیاز به درخواست ذی‌نفع، به یکی از طرفین دستور پرداخت هزینه‌های طرف مقابل را می‌دهد.^{۷۸} چنانچه دادگاه نتواند در خصوص هزینه‌های ثابت دستوری صادر کند، قاعده کلی این است که در پایان دادرسی یک پرونده، به همراه تمامی هزینه‌های مربوط به پرونده و یا در پایان هر جلسه دادرسی در صورتی که رسیدگی به دعوا مستلزم بیش از یک جلسه باشد، یک ارزیابی فوری انجام می‌گیرد. «ارزیابی فوری» به معنای رویه‌ای است که از سوی آن، دادگاه هنگام تصمیم‌گیری در مورد هزینه‌ها، به جای هزینه‌های ثابت یا «ارزیابی تفصیلی»، قرار پرداخت مبلغی از پول را صادر می‌کند.^{۷۹} قانون‌گذار انگلستان ضمن پذیرش قاعده پرداخت پس از صدور، به دادرسی این اختیار را داده است تا قبل از صدور حکم در اصل دعوا، یکی از طرفین را به جبران تمام یا بخشی از خسارات طرف مقابل ملزم کند. در هر صورت، زمان اجرای دستور جبران خسارات در اختیار دادرسی است که می‌تواند پیش یا پس از صدور حکم در دعوای اصلی باشد.^{۸۰}

۴.۲. زمان پرداخت مؤثر هزینه‌ها در پرتو اصول دادرسی منصفانه

در نظام حقوقی ایران، زمان پرداخت‌ها به غیرمنصفانه‌ترین حالت ممکن علیه خواهان دعوا پیش‌بینی شده است. خواهان در نخستین گام از شروع فرایند دادرسی باید هزینه‌هایی

^{۷۸}CPR.r44.2.8.

^{۷۹}CPR.r44.3.

^{۸۰}CPR.r44.3.1.4.

را پرداخت کند که شاید بی‌جهت به او تحمیل شده است و برای استرداد این هزینه‌ها به همراه اصل طلب، باید تا آخرین گام از اجرای حکم به انتظار بنشیند.

در حقوق انگلستان، علی‌رغم آنکه خواهان در زمان طرح دعوا باید هزینه دادرسی را پرداخت کند، اما قواعد دادرسی این کشور در ادامه به نفع او تلطیف شده، در مسیر عدالت گام برمی‌دارد. پس از طرح دعوا در این کشور، چنانچه در رسیدگی مقدماتی طرفین به سازش رسیدند هزینه‌های خواهان مسترد خواهد شد. در طول جریان دادرسی نیز دادرس با آگاهی از شرایط پرونده و مطالعه وضعیت دعوا در مرحله مقدماتی، اگر دلایل خواهان را موجه و یا خوانده یا شخص ثالثی را مقصر حدوث دعوا دانست، پیش از ختم دادرسی دستور جبران خسارات خواهان را صادر می‌کند.^{۸۱}

۴.۲.۱. آثار زمان پرداخت‌ها بر اصول دادرسی منصفانه

بالا بودن میزان هزینه دادرسی به‌تنهایی نمی‌تواند اصل دسترسی به دادگستری را مخدوش کند و رسیدگی به دعوا منوط به پرداخت این هزینه در آغاز رسیدگی است که مکمل تأثیر منفی میزان بالای هزینه‌ها است. خواهانی که به پیروزی خود در دعوا یقین دارد، تنها هنگامی که ملزم به پرداخت هزینه‌ها در آغاز رسیدگی نباشد، به طرح دعوا با هزینه دادرسی معادل هر میزان از ارزش خواسته (مثلاً ۱۰ درصد) اقدام می‌کند، چراکه درنهایت هزینه دادرسی را متوجه خود نمی‌بیند. همچنین، اگر هزینه دادرسی پایین باشد خواهان منصرف از طرح دعوا نخواهد شد، حتی اگر در زمان تقدیم دادخواست ناچار به تأدیه هزینه دادرسی گردد.

رکن دیگر هزینه دادرسی، یعنی مسئول پرداخت هزینه دادرسی را نیز عامل زمان مشخص می‌کند. در واقع، در زمان شروع دعوا این خواهان است که خواستار رسیدگی قضایی است و اوست که باید شرایط قانونی دادرسی را فراهم آورد که از جمله باید موانع مالی در مسیر اقامه دعوا را مرتفع سازد. مسئولی که ممکن است نتواند از ایفای تعهد خود برآید و به صرف‌نظر کردن از طرح دعوا ناچار می‌شود، یا به سازش تن می‌دهد و یا دعوای

اعسار را در پیش می‌گیرد؛ درحالی که اساساً نباید او را به‌صرف آغازگر دعوا بودن، مسئول دانست. اعراض از حق و ترک با اکراه دادخواهی، عبارت اخراجی نقض اصل دسترسی به دادگستری و حق دادخواهی مردم است. هدایت به سازش با اهرم قرار دادن ضعف اقتصادی ذی‌حق نیز مطلوب یک جامعه مبتنی بر انصاف و یک نظام دادرسی عادلانه نیست. شیوه اتخاذی برای معاضدت به اقشار ضعیف جامعه در حقوق انگلستان به اصول منصفانه دادرسی نزدیک‌تر بوده، به‌ویژه اصل رسیدگی در مدت معقول را با چالشی جدی مواجه نمی‌سازد. فرایند طرح و اثبات دعوای اعسار در ایران به‌گونه‌ای است که تطویل در دادرسی را غیرقابل اجتناب می‌کند. به عبارت دیگر، لزوم تقدیم دادخواست به دادگاه، ایجاد تکلیف است؛ هم برای مدعی اعسار و هم برای دادگاه. خواهان باید تمامی شرایط صحت یک دادخواست و مقدمات یک دعوا را رعایت نماید و دادگاه ملزم به بررسی شرایط دادخواست و رسیدگی به دعوا است. این رسیدگی در وقت عادی دادگاه صورت می‌گیرد و این دومین عامل در مسیر اطلاع دادرسی از سوی اعسار است. همچنین، درحالی که هزینه دادرسی در ازای خدمات دادگستری و خسارات وارده به دولت اخذ می‌شود، طرح بلاوجه دعوای اعسار به طرفیت خواننده اصلی، این حق را به او می‌دهد که به رأی صادره، چنانچه مبنی بر پذیرش اعسار خواهان باشد، به‌منظور ایجاد وقفه در ایفای تعهد، اعتراض نماید و این امر موجب دیگری است در به‌درازا کشیده‌شدن حل و فصل اختلاف‌ها.

لذا پیشنهاد می‌شود یا پرداخت هزینه دادرسی به زمان دیگری موکول شود، همچنان که اعسار نیز پرداخت هزینه دادرسی را کان‌لم‌یکن نمی‌سازد و معسر موقتاً از پرداخت هزینه دادرسی معاف می‌شود و یا اینکه با اختصاص دادن شعبی از دادگاه و یا تدارک سازمان مشخصی مانند کمیته معاضدت قضایی در انگلستان برای رسیدگی به ادعای اعسار، ضمن تسریع در رسیدگی به این ادعا، با کاستن از حجم پرونده‌های دادگاه، در جهت اعتلای اصول دیگر دادرسی نیز گام برداشت. با یک محاسبه ساده ریاضی مشخص می‌شود که اقدام اخیر نه‌تنها هیچ زیان مالی به دستگاه قضایی وارد نمی‌سازد، بلکه موجب افزایش دقت دادگاه و صحت آرا و درنهایت رضایت عموم از عملکرد آن می‌شود.^{۸۲}

۸۲ صرف حذف مرحله اعتراض خوانده به حکم اعسار موجب تقلیل هزینه‌های دادگستری است، اما مراد ما از انتفاع دستگاه قضایی

نتیجه

گسترش فعالیت‌های دولت و توسعه تشکیلات اداری برای عرضه خدمات عمومی و ایفای حقوق اقتصادی، فرهنگی و اجتماعی مردم ایجاب می‌کند که در مقابل ارائه این خدمات هزینه‌هایی دریافت شود. دادگستری از جمله خدمات عمومی است که دولت موظف به آن است و اعتقاد بر مجانی بودن دادرسی را باید کنار گذاشت. اما هزینه‌هایی که برای رسیدگی به اختلافات مقرر می‌شود نباید به گونه‌ای باشد که حق دادخواهی و اصل دسترسی به دادگستری را با مانع مواجه ساخته، یا بار مالی سنگینی بر دادخواهان تحمیل کند.

قرار دادن هزینه دادرسی در مسیر اقامه دعوا به منظور جلوگیری از طرح دعوای واهی و کاستن از پرونده‌های دادگستری با وجود نهاد اعسار، ثمربخش نبوده و موجب افزایش حجم پرونده‌های دستگاه قضایی شده است. نهاد اعسار به منظور ایجاد فرصت برابر برای افراد با قدرت اقتصادی نابرابر، آنگاه می‌تواند مفید باشد که موجب اطاله دادرسی نشود، اما در نظام حقوقی ما، علاوه بر آنکه هزینه‌های مضاعفی را بر قوه قضاییه تحمیل نموده و موجب تطویل دادرسی شده، با افزایش حجم کار دادگاه‌ها، میزان صحت و دقت در آرا را نیز کاهش داده است. نظام حقوقی انگلستان در پیش‌بینی کمیته معاضدت قضایی و رسیدگی به وضعیت اقتصادی خواهان معاضدت در مدت اندک و خارج از دادگاه، زبان‌های پیش‌گفته در مسیر دادرسی را از بین برده است.

مناسبات میان هزینه دادرسی و اصول دادرسی منصفانه را می‌توان در میزان هزینه‌های قابل پرداخت، مسئولیت پرداخت‌ها و زمان پرداخت هزینه دادرسی جستجو کرد. میزان هزینه دادرسی باید با معیارهایی تعیین شود که علاوه بر تحقق اصل دسترسی به

با بهره‌گیری از کمیته‌های معاضدت یا شعب اختصاصی برای رسیدگی به دعوای اعسار، منصرف از آن است و نیازمند اطلاعات صحیح از میانگین مخارج هر شعبه دادگاه در بازه‌های زمانی مشخص است، که در شرایط فعلی و با فقدان این اطلاعات، ارائه تحلیل جامع مقدور نیست؛ به اجمال می‌توان گفت که با حذف دعوای اعسار، هزینه مصرف (اعم از نیروی انسانی و هزینه‌های مالی دادگستری و...) برای رسیدگی به نوع خاصی از دعوای مطروحه در دادگستری که اتفاقاً درصد قابل توجهی از پرونده‌ها را به خود اختصاص داده است (و به تبع آن، حذف مراحل اعتراض همان طیف از دعوای ذخیره می‌شود و تنها بخشی از آن به نهادی مانند کمیته معاضدت قضایی با نیروی انسانی کمتر و تحدید هزینه‌های لازم با حذف رسیدگی قضایی و صرفاً از طریق استعلام اموال نزد مراجع ذی‌ربط اختصاص می‌یابد، البته در این صورت، باید با تعیین حداقل درآمد یا دارایی برای برخورداری از معاضدت، امکان احراز استحقاق متقاضی معاضدت به دریافت کمک‌های قضایی را برای کمیته یادشده تسهیل نمود.

دادگستری، تناسب میان هزینه و خدمت نیز رعایت گردد. در این خصوص، تقسیم دعوی و پیش‌بینی روش‌های رسیدگی متفاوت برای رسیدگی به قسم‌های متفاوت دعوا، همان‌گونه که در حقوق انگلستان جریان دارد، پیشنهاد می‌شود. دومرحله‌ای شدن رسیدگی و بررسی پرونده در مرحله مقدماتی، به‌منظور بررسی شرایط پرونده و اختصاص دعوا به یکی از مسیرهای رسیدگی و محاسبه هزینه‌های احتمالی دعوا راهکار مناسبی است که قانون‌گذار انگلستان به‌درستی از آن استفاده کرده است. قانون‌گذار باید قائل به دومرحله‌ای کردن دادرسی شود و با پیش‌بینی مرحله مقدماتی، از طرح دعوی که قابلیت رسیدگی ندارند جلوگیری و یا اقدام به حل و فصل آنها در همان مرحله نماید.

هم در حقوق ایران و هم در نظام حقوقی انگلستان، خواهان باید در زمان تقدیم دادخواست هزینه دادرسی را پرداخت نماید. تکلیف خواهان به پرداخت هزینه دادرسی، می‌تواند او را بیش‌ازپیش متضرر کند و با علم به همین موضوع، بسیاری از اشخاصی که حق خود را تضییع شده می‌بینند و احتمال وصول طلب خود از خوانده‌ای را که مفلس است یا دسترسی به او یا اموالش ممکن نیست پایین می‌دانند، از اقامه دعوا صرف‌نظر می‌کنند. بنابراین، باید با رفع مسئولیت پرداخت هزینه دادرسی از خواهان، به دادرسی این اختیار داده شود که در اثنا رسیدگی و یا در پایان دادرسی با تشخیص مسئول اصلی تحمیل هزینه‌ها به دولت، هزینه دادرسی را از او اخذ کند. به این ترتیب، بحث از جبران خسارات و رسیدگی به تقصیر خوانده یا علم و عمد خواهان مطرح نمی‌شود و دادرسی در تعیین مسئول نهایی پرداخت هزینه‌ها آزادی عمل خواهد داشت. این امر مستلزم تغییر زمان پرداخت هزینه دادرسی است. اخذ هزینه دادرسی در پایان رسیدگی، علاوه بر تضمین اصل دسترسی به دادگستری، طرفین را از طرح دعوی اعسار بی‌نیاز کرده، موجب کاهش اطاله دادرسی و حجم پرونده‌های دادگستری می‌شود. در این زمان است که دادرسی می‌تواند رفتار طرفین را ارزیابی و با توجه به شرایط پرونده، هزینه دادرسی را بر یکی از طرفین تحمیل و یا پرداخت آن را میان اصحاب دعوا تقسیم کند.

منابع و مأخذ

الف) منابع فارسی

– کتاب‌ها

- ۱- حبیبی درگاه، بهنام، *حقوق و اقتصاد (حقوق دادرسی مدنی)*، (تهران: جاودانه، چ ۱، ۱۳۹۲).
- ۲- خدابخشی، عبدالله، *حقوق دعاوی (تحلیل فقهی- حقوقی)*، (تهران: سهامی انتشار، چ ۱، ۱۳۹۲).
- ۳- زراعت، عباس، *محمضای قانون آیین دادرسی مدنی* (تهران: انتشارات ققنوس، ۱۳۸۹).
- ۴- عباسی، بیژن، *مبانی حقوق عمومی* (تهران: نشر دادگستر، ۱۳۹۳).
- ۵- عدل، مصطفی، (منصورالسلطنه)، *حقوق اساسی یا اصول مشروطیت*، (تهران: بی‌نا، ۱۳۲۷).
- ۶- کاتوزیان، ناصر، *الزامهای خارج از قرارداد (ضمان قهری)*، ج ۱، (تهران: دانشگاه تهران، چ ۲، ۱۳۷۸).
- ۷- کاتوزیان، *حقوق مدنی* (تهران: نشر میزان، ۱۳۹۵).
- ۸- کاتوزیان، ناصر، *مبانی حقوق عمومی*، (تهران: میزان، چ ۳، ۱۳۸۶).
- ۹- متین دفتری، احمد، *آیین دادرسی مدنی و بازرگانی*، ج ۱، (تهران: مجد، چ ۳، ۱۳۸۸).
- ۱۰- مدنی، جلال‌الدین، *آیین دادرسی مدنی*، (تهران: گنج دانش، چ ۲، ۱۳۷۰).
- ۱۱- واحدی، قدرت‌الله، *بایسته‌های آیین دادرسی مدنی*، (تهران: میزان، چ ۷، ۱۳۸۷).

– مقاله‌ها

- ۱۲- الماسی، نجادعلی و حبیبی، بهنام، «درآمدی بر کیفیت دادرسی در فرآیند دادرسی کارآمد»، *دیدگاه‌های حقوق قضایی*، ش ۵۸ (۱۳۹۱).
- ۱۳- پوراستاد، مجید و حصارخانی، فاطمه، «تحلیل اقتصادی فرآیند دادرسی مدنی بر اساس هزینه‌ها»، *تحقیقات حقوق تطبیقی ایران و بین‌الملل*، ش ۲۸ (۱۳۹۴).

- ۱۴- پوراسماعیلی، علیرضا، «مطالعه تطبیقی تأثیر تقصیر زیان دیده بر مسئولیت مدنی در حقوق اسلامی و کامن لا»، *مطالعات حقوق تطبیقی معاصر*، ش ۷ (۱۳۹۲).
- ۱۵- پورنوری، منصور، «معاذت قضایی در انگلستان»، *قضاوت*، ش ۱۹ (۱۳۸۲).
- ۱۶- حاجی نوری، غلامرضا، «مطالعه تطبیقی رهیافت‌های سببیت در مسئولیت مدنی»، *مطالعات حقوق تطبیقی معاصر*، ش ۱ (۱۳۸۹).
- ۱۷- حسینی پویا، سید محسن، «بایسته‌های تفسیر مقررات مرتبط با هزینه دادرسی»، *وکیل مدافع*، ش ۲ (۱۳۹۰).
- ۱۸- حسینی پویا، سید محسن، «دادرسی؛ هزینه یا درآمد؟»، *وکیل مدافع*، ش ۱۰ و ۱۱ (۱۳۹۲).
- ۱۹- داوودی، حسین، «ویژگی‌های قواعد شکلی (آیین دادرسی مدنی)»، *مطالعات حقوق خصوصی*، ش ۲ (۱۳۹۷).
- ۲۰- رضایی زاده، محمدجواد و کاظمی، داوود، «بازشناسی نظریه‌ی «خدمات عمومی» و اصول حاکم بر آن در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران»، *فقه و حقوق اسلامی*، ش ۵۰ (۱۳۹۱).
- ۲۱- عارفعلی، مجید، «هزینه دادرسی مدنی، پیوند حقوق و اقتصاد»، *اطلاعات سیاسی-اقتصادی*، ش ۳۰۹ (۱۳۹۷).
- ۲۲- غمامی، مجید، «جستاری تطبیقی در اوصاف دادرسی مطلوب»، *مطالعات حقوق تطبیقی معاصر*، ش ۲۷ (۱۴۰۱).
- ۲۳- غمامی، مجید و محسنی، حسن، «اصول تضمین کننده‌ی عملکرد دموکراتیک در دادرسی و اصول مربوط به ویژگی‌های دادرسی مدنی»، *دانشکده حقوق و علوم سیاسی*، دانشگاه تهران: ش ۷۴ (۱۳۸۵).
- ۲۴- فضلعلی، محمدهادی، «خسارت دادرسی (بررسی تحولات قوانین و رویه قضایی)»، *قضاوت*، ش ۲۴ (۱۳۸۳).
- ۲۵- مشهدی، علی، «مبانی و مسائل هزینه دادرسی در دعاوی اداری، مورد پژوهی دیوان عدالت اداری»، *پژوهش حقوق عمومی*، ش ۵۹ (۱۳۹۷).
- ۲۶- یمرلی، صالح و کریمی، عباس، «مطالعه تطبیقی قواعد جبران خسارت دادرسی مدنی در حقوق ایران، انگلستان و آمریکا»، *مرکز مطالعات حقوق تطبیقی*، ش ۱۰۷ (۱۳۹۶).

- پایان نامه

۲۷-السان، مصطفی، *اصول دادرسی منصفانه مدنی (مطالعه تطبیقی در حقوق ایران و کامن لا)*، دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۸۷.

(ب) منابع انگلیسی

- 28- Elliot, Catherine & Frances, Quinn, *English Legal system*, (London: Longman, 3ed Ed, 2000).
- 29- Fletcher, George P., *Corrective Justice for Moderns*, (Harvard Law Review, 1993).
- 30- Grainger, Lan & Michael, Fealy and Martin, Spencer, *The Civil Procedure Rules In Action*, (London & Sydney, Cavendish Publishing Limited, second edition, 2000).
- 31- Koopmans, Tim, *Courts and Political Institutions: A Comparative View*, (Cambridge. University Press, 2003).
- 32- Lewis, Richard, "Litigation Costs and Before-the-Event Insurance: the Key to Access to Justice", *Modern Law*, Vol. 74 (2011).
- 33- Maxeiner, James R., "Cost and Fee Allocation in Civil Procedure", *American Journal of Comparative Law*, University Of Baltimore-School of Law, Vol. 158 (2010).
- 34- Rose, Wiliam, Rose and Stuart SIME and Contributors, *Blackstone's Civil Practice*, (Oxford University Press, 2005).
- 35- Shavell, Steven, "Suit, Settlement, and Trial, a Theoretical Analysis under Alternative Methods for the Allocation of Legal Costs", *Journal Economic and law*, In Harvard Law School (2007).
- 36- Shavell, Steven, "The Fundamental Divergence between the Private and Social Motive to Use the Legal System", *in Journal of Gal Studies.by the University of Chicago* (1997).
- 37- Harry Kenneth, Woolf, *Access to Justice Final Report to the Lord Chancellor on the Civil System in England and Wales*, (HMSO, 1996).



University of Tabriz

Contemporary Comparative Legal Studies

Online ISSN: 2821-0514

Volume: 14 Issue: 31

Summer 2023

Article Type: Research Article

Pages: 255-285

Differential Procedure of Child Victims in the Pre-trial Stage

Vahid Nekonam^{1✉}

1. Assistant Professor of Hazrat Masoumeh University, Qom, Iran vahid.nekoonam@gmail.com

Abstract

Victimization of children and adolescents is one of the problems of today's world, and the physical and mental conditions of children, their vulnerability and the multitude of cases of child abuse justify the existence of a special judicial system for this group. Until a few decades ago, there were few guidelines in international documents regarding the differential proceedings of delinquent children, and the focus was on delinquency of children, but in the last two decades, under the influence of criminological perspectives and the efforts of civil institutions, this matter has been the focus of legal circles and documents. Despite the approval of the Child and Adolescent Protection Law in 1381 and the Criminal Procedure Law in 1392, Iranian law has not included this issue in the legislative field and has not taken into account the characteristics of differential proceedings. This article has been written in a descriptive-analytical method with the aim of examining the main components of differential proceedings of child victims in the pre-trial stage in Iranian law. In this regard, while explaining the characteristics of the subject, the current situation is examined and the desired situation is explained by looking at international documents. According to the research findings, despite the efforts of the legislator in the Law on the Protection of Children and Adolescents approved in 1399, shortcomings in this area are still observed.

Keywords: *Differential procedure, Pre-trial, Child, Victim.*

Received: 2022/04/25 Received in revised form: 2022/10/14 Accepted: 2022/11/07 Published: 2023/06/26

DOI: 10.22034/LAW.2022.51286.3123

Publisher: University of Tabriz

Tabrizulaw@gmail.com

شاپا الکترونیکی: ۰۵۱۴-۲۸۲۱

دوره: ۱۴، شماره: ۳۱

تابستان ۱۴۰۲

مطالعات حقوق تطبیقی معاصر



صفحات: ۲۵۵-۲۸۵

نوع مقاله: پژوهشی

دادرسی افتراقی اطفال بزه‌دیده در مرحله پیش‌محاکمه

وحید نکونام^۱

vahid.nekoonam@gmail.com

۱. استادیار دانشگاه حضرت معصومه (س)، قم، ایران

چکیده

بزه‌دیدگی اطفال و نوجوانان از مسائل مبتلابه دنیای کنونی است. شرایط جسمی و روحی کودکان، آسیب‌پذیری آنان و کثرت موارد کودک‌آزاری، وجود نظام دادرسی ویژه‌ای را برای این قشر موجه می‌سازد. در اسناد بین‌المللی تا چند دهه قبل رهنمودهای اندکی در خصوص دادرسی افتراقی کودکان بزه‌دیده وجود داشت و تمرکز بر بزهکاری کودکان بود، لکن در دو دهه اخیر تحت تأثیر دیدگاه‌های جرم‌شناختی و نیز تلاش‌های نهادهای مدنی این امر مورد توجه محافل حقوقی و اسناد بین‌المللی قرار گرفته است. حقوق ایران با تصویب قانون حمایت از اطفال و نوجوانان مصوب ۱۳۸۱ و قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲، این موضوع را در عرصه قانون‌گذاری وارد کرده، ولی شاخصه‌های دادرسی افتراقی را مورد توجه قرار نداده است. این مقاله به روش توصیفی-تحلیلی با هدف بررسی مؤلفه‌های اصلی دادرسی افتراقی کودکان بزه‌دیده در مرحله پیش‌محاکمه در حقوق ایران به‌رشته تحریر درآمده است. در این راستا ضمن تبیین شاخصه‌های موضوع، شرایط موجود بررسی و با نگاهی به اسناد بین‌المللی وضعیت مطلوب تبیین می‌گردد. بر اساس یافته‌های پژوهش، به‌رغم تلاش‌های قانون‌گذار در قانون حمایت از اطفال و نوجوانان مصوب ۱۳۹۹، همچنان نقایصی در این عرصه ملاحظه می‌شود.

واژگان کلیدی: اطفال و نوجوانان، بزه‌دیده، پیش‌محاکمه، دادرسی افتراقی.

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۲/۰۵ تاریخ بازنگری: ۱۴۰۱/۰۷/۲۲ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۰۸/۱۶ تاریخ انتشار: ۱۴۰۲/۰۴/۰۵

DOI: 10.22034/LAW.2022.51286.3123

Tabrizulaw@gmail.com

ناشر: دانشگاه تبریز

مقدمه

حقوق کیفری بر پایه انگاره‌هایی بنیان نهاده شده است که مطلق و غیرقابل انعطاف نیستند و در بیشتر موارد تحولات بشری در آنها تغییر ایجاد می‌نماید. با پیدایش جنبش‌های جهانی حقوق بشر و ظهور نسل سوم آن، ارزش‌های جدیدی چون حمایت از محیط زیست و فضای سایبر و... مورد توجه حقوق کیفری قرار گرفته است. از سوی دیگر جنبش‌های حمایت از بزه‌دیده سبب شد تا حقوق و منافع آنان نیز به‌طور خاص در فرایند دادرسی پررنگ گردد. پاراگراف چهارم اعلامیه اصول بنیادین عدالت برای بزه‌دیدگان و قربانیان سوءاستفاده از قدرت مقرر می‌دارد: رفتار با بزه‌دیدگان باید همراه با احساس همدردی و احترام به کرامت انسانی باشد. دادرسی کیفری نیز تحت تأثیر این متغیرهای نوپدید دچار دگرگونی شده است. مقوله افتراقی‌سازی ناظر به همین رویکرد تحولی حقوق است که از سیاست جنایی افتراقی نشئت می‌گیرد. در برخی شرایط وجود گزاره‌های خاص از جمله نوع جرم ارتكابی، شخصیت مرتکب یا بزه‌کار توجیه‌گر تدوین فرایندی متفاوت در مقایسه با قواعد عمومی در رسیدگی به برخی جرایم است. این امر که اصطلاحاً افتراقی‌سازی دادرسی کیفری نامیده می‌شود راهبردی است که در دهه‌های اخیر با تأثیرپذیری از علم جرم‌شناسی در نوع رسیدگی به جرایم شکل گرفته است.

کودکان به‌عنوان قشر آسیب‌پذیر جامعه که سالیانه صدها هزار نفر از آنها بزه‌دیده واقع می‌شوند نیازمند حمایت همه‌جانبه هستند. فرایند رسیدگی‌های قضایی نیز ویژگی آسیب‌پذیری آنان را دوچندان نموده، حتی می‌تواند سبب بزه‌دیدگی ثانویه گردد. اسنادی بین‌المللی استلزامات و اصولی را در خصوص بزه‌دیدگی کودکان پیش‌بینی کرده و کشورهای عضو را به اتخاذ این تدابیر ملزم نموده است. توجه به این مقوله ضمن به‌حداقل رساندن آسیب‌های کودک در فرایند دادرسی، افشا و گزارش موارد بزه‌دیدگی را از سوی کودکان دوچندان می‌سازد؛ چراکه کودک با اعتماد به سیستم عدالت کیفری، می‌تواند حقوق خود را بهتر مطالبه کند.

با این توصیف، سؤال اصلی این پژوهش آن است که حقوق ایران تا چه میزان به مقوله افتراقی‌سازی دادرسی نسبت به کودکان بزه‌دیده در مرحله پیش‌محاکمه نظر داشته و وضع مطلوب در این خصوص چگونه است؟

در راستای پاسخ به این پرسش، ضمن تبیین مصادیق دادرسی افتراقی کودکان در مرحله پیش‌محاکمه به تطبیق موضوع با اسناد بین‌المللی می‌پردازیم. انحصار این مقاله به مرحله پیش‌محاکمه نافی اهمیت حقوق کودک بزه‌دیده در مرحله محاکمه نیست و افتراقی‌سازی در مرحله محاکمه با موضوعاتی چون ویژگی‌های قاضی رسیدگی‌کننده و نوع رفتارهای وی، صلاحیت دادگاه، اصل سرعت در رسیدگی و غیرعلنی بودن محاکمه، حضور وکیل و حامی، نحوه مشارکت کودک در فرایند رسیدگی و ... بروز و ظهور می‌یابد. البته ورود به این حوزه بحث مبسوط و مستقلی را می‌طلبد که از رسالت این مقاله خارج است.

نکته‌ای که اهمیت پرداختن به این موضوع را دوجندان می‌سازد عدم سابقه پژوهش در این عرصه است؛ زیرا هرچند در خصوص دادرسی افتراقی مطالبی به‌رشته تحریر درآمده، لیکن با توجه به تحولات صورت‌گرفته در قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ و قانون حمایت از اطفال و نوجوانان ۱۳۹۹ و نیز لایحه پلیس ویژه اطفال و نوجوانان، این موضوع کمتر مورد توجه محققان بوده است.

۱. اهمیت دادرسی کیفری افتراقی اطفال بزه‌دیدگی

تحولات حقوق کیفری نمایانگر انقطاع از اخلاق‌گرایی سنتی و روی‌آوری به ابزارگرایی حقوقی و عقلانیت است؛ یعنی برخلاف دیدگاه‌های کلاسیک که متمرکز بر رفتار مجرمانه بود، رویکرد حقوق کیفری شکلی و ماهوی به سمت توجه به بزه‌دیده و بزه‌کار معطوف گردید. یکی از جلوه‌های این امر، افتراقی‌سازی سیاست جنایی است که در دادرسی کیفری نیز نمود یافته است.

افتراقی شدن دادرسی ناظر به تشدید و تفرق آیین دادرسی کیفری است. در افتراقی شدن با مقررات دادرسی کیفری روبرو هستیم که جزیره‌ای و نامتناسج است. البته این بیان به معنای غیرمنطقی بودن رویکرد افتراقی نیست، بلکه به این معناست که به اعتبار

۱ Peter Bal, *Discourse Ethics and Human Rights in Criminal Procedure*, in Habermas, *Modernity and Law*, Edited by Mathieu Deflem, Sage Publication, 1996, p. 71.

۲ حسین نجفی ابرندآبادی، درباره سیاست جنایی افتراقی، دیباچه بر کریستین لازرژ، درآمدی بر سیاست جنایی، (تهران: نشر میزان، چ ۱، ۱۳۹۲)، ص ۶۱

نوع جرم، شخصیت مرتکب و... شیوه متفاوتی نسبت به دادرسی عمومی اتخاذ می‌شود.^۳ بر اساس مطالعات جرم‌شناسی، ایجاد نظام دادرسی افتراقی در خصوص برخی افراد و جرایم تأثیر بسزایی داشته است.

برخی نویسندگان افتراقی‌سازی را در دو شیوه متفاوت تشدید دادرسی برای جرایم شدید و دادرسی ساده برای جرایم متوسط خلاصه کرده‌اند؛^۴ اما نامتجانس شدن دادرسی امری فراتر از این بوده، افتراقی‌سازی نهادها، تشکیلات و فرایندها را شامل می‌شود.

یکی از موارد افتراقی‌سازی که در نظام‌های حقوقی مختلف و نیز اسناد بین‌المللی مورد توجه و تأیید قرار گرفته، موضوع بزه‌دیدگی اطفال و نوجوانان است. افتراقی‌سازی در این موارد مصادیقی چون تأکید بر عدالت ترمیمی و میانجی‌گری، قضازدایی، جنبه عمومی بخشیدن به جرایم علیه اطفال را شامل می‌شود؛ چراکه دوران کودکی به دلیل شکل‌گیری شخصیت کودک از اهمیت فوق‌العاده‌ای برخوردار است و طبعاً اطفال به لحاظ سنی و روحی در برابر بزه‌دیدگی، آسیب‌پذیر هستند. مرحله پیش‌محاکمه حساس‌ترین مرحله رسیدگی کیفری است، زیرا اولاً در این مرحله تعامل کودک با سیستم عدالت کیفری به اعلی درجه خود می‌رسد و ثانیاً به دلیل اینکه نقطه ثقل اولیه ارتباط در این مرحله به‌وجود می‌آید نگرش کودک به مراجع کیفری تا انتهای رسیدگی در همین مرحله شکل می‌گیرد. کودک به دلیل آنکه درک درستی از شرایط پیرامونی ندارد نیاز به حمایت دارد و در صورت وقوع جرم نیز اگر دیدگاه مثبتی نسبت به سیستم قضایی نداشته باشد تمایلی به اعلام جرم و پیگیری موضوع نخواهد داشت و البته یکی از دلایل بالا رفتن رقم سیاه در بزه‌دیدگی کودکان نیز همین امر است. در حقوق ایران در سال‌های اخیر برعکس گذشته تا حدی به مقوله افتراقی‌سازی در این حوزه توجه شده است، لکن همچنان نقایصی در این زمینه ملاحظه می‌شود.

در قوانین ایران تا سال ۱۳۹۹ به موضوع افتراقی‌سازی دادرسی کودکان بزه‌دیده توجه

۳. حسنعلی موذن‌زادگان و همکاران، «کاربست آیین دادرسی کیفری افتراقی نسبت به اشخاص حقوقی»، پژوهش حقوق کیفری، ش ۲۹ (۱۳۹۸)، ص ۴۷.

۴. ریمون گسن، مقدمه‌ای بر جرم‌شناسی، ترجمه مهدی کی‌نیا، (تهران: دانشگاه علامه طباطبائی، چ ۱، ۱۳۷۰)، ص ۳۴۶.

چندانی نشده و حتی از نگاه قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ این امر مغفول مانده بود، با این حال، قانون حمایت از کودکان مصوب ۱۳۹۹ تا حدی این خلأ را جبران کرده است.

۲. مصادیق دادرسی کیفری افتراقی اطفال بزه‌دیده

در ادامه به مؤلفه‌های افتراقی‌سازی دادرسی اطفال بزه‌دیده در مرحله پیش‌محاکمه می‌پردازیم.

۲.۱. کشف جرم

در خصوص اینکه مرحله کشف جرم در زمره مراحل دادرسی قلمداد می‌شود یا خیر، دیدگاه‌های مختلفی مطرح شده است؛^۵ با این حال، ماده یک قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ این مرحله را در شمول قواعد دادرسی دانسته است. این رویکرد سبب می‌شود حقوق بزه‌دیده به‌عنوان کنشگر اصلی این مرحله مورد عنایت قرار گیرد. بین کشف جرم با مؤلفه‌هایی چون سن بزه‌دیده، جنسیت وی، نوع و انگیزه جرم رابطه وجود دارد.^۶ جرایم علیه اطفال در زمره جرایمی است که رقم سیاه در آن بالاست و کوه یخی را می‌ماند که تنها نقطه اوج، خود را بر دیگران مکشوف می‌دارد و ارقام سیاه این بزهکاری را در اعماق خویش مدفون می‌کند.^۷ رقم بالای عدم کشف بزه‌دیدگی کودکان آنها را در زمره قربانیان خاموش یا رنج‌دیدگان در سکوت^۸ قرار داده است. دلایل این امر را می‌توان در چند بند خلاصه نمود:

- در بسیاری موارد، جرم از سوی اعضای خانواده به‌وقوع می‌پیوندد و لذا کودک تمایلی به افشای آن ندارد، خاصه آنکه گاه ترس از انتقام‌گیری نیز^۹ مطرح می‌شود.
- موضوع Dirty Hands یعنی امکان تعقیب بزه‌دیده به جهت مشارکت در فعالیت

۵. محمود آخوندی، آیین دادرسی کیفری: کلیات و دعاوی ناشی از جرم، (تهران: نشر دوران‌دیشان، چ ۱۷، ۱۳۹۴)، ص ۴۰.
6. Elisa Bunting, "Invisible Victims: Recorded Crime and Children in the UK", *Journal: Child Abuse Review*, Vol. 23, Issue 3, (2014), p. 16.

۷. سعید قهفرخی و امیرحمزه زینالی، آسیب‌شناسی حقوق کودکان در ایران (با تأکید بر کودک‌آزاری)، (تهران: نشر میزان، چ ۱، ۱۳۹۰)، ص ۲۴۵.

۸. Suffering in Silence.

۹. Stephen Brown, et al, *Criminology, Explaining Crime and its Context*, (Anderson Publishing, Seventh Edition, 2010), p. 71.

مجرمانه یکی دیگر از موانع تعقیب است.^۱ در این موارد، بزه‌کار وانمود می‌کند که کودک در صورت افشای جرم، مسئول خواهد بود.

- کودکان به دلیل شرایط جسمی و روانی خاص، گاه توانایی و درک شکایت و پیگیری حقوقی موضوع بزه‌دیدگی را ندارند و یا به همین دلایل نمی‌توانند ارزیابی درستی از محاسن مراجعه به مراجع قضایی داشته باشند.

این عوامل سبب می‌شود اسناد بین‌المللی به شیوه‌های مختلف به تسهیل موضوع طرح شکایت از سوی کودکان بزه‌دیده توصیه نمایند. کمیته حقوق کودک مجمع عمومی سازمان ملل که بر اجرای کنوانسیون حقوق کودک و پروتکل‌های اختیاری آن نظارت دارد در ۱۹ دسامبر ۲۰۱۱، پروتکل اختیاری سومی را در مورد آیین مکاتبات تصویب کرد که به کودکان اجازه می‌دهد شخصاً شکایات خود در مورد تجاوزات خاصی که نسبت به حقوق آنان صورت می‌گیرد به استناد کنوانسیون حقوق کودک و پروتکل اختیاری آن تسلیم کنند.^{۱۱}

قانون‌گذار در ماده ۶۶ ق.آ.د.ک جهات شروع به تعقیب را که فرع بر کشف جرم است، شامل شکایت شاکی، اعلام و اخبار افراد ثالث و گزارش‌دهی آنان، اظهار و اقرار متهم، وقوع جرم مشهود در برابر دادستان و بازپرس و اطلاع مقام تعقیب به روش‌های قانونی دیگر دانسته است. در خصوص بزه‌دیدگی کودکان و نوجوانان امکان اعلام جرم از سوی کودکان با توجه به مانع قانونی سن آنان و نیز گزارش‌دهی جرایم علیه اطفال و نوجوانان اهمیت بیشتری دارد.

در موضوع اعلام جرم از سوی کودک به جهت آنکه وی شرایط عامه تکلیف را ندارد طرح شکایت از سوی او با مانع مواجه است. به همین جهت برخی فقها بیان داشته‌اند: اگر بچه ممیز تظلمش را نزد قاضی ببرد پس اگر ولی داشته باشد او را جهت طرح دعوی احضار می‌کنند وگرنه قیمی را برایش منصوب می‌نمایند.^{۱۲} ماده ۷۰ آ.د.ک در این راستا تأکید

^{۱۱}De wijze, Stephen, *Punishing 'Dirty Hands', Ethical Theory and Moral Practice*, Vol. 16, No. 4, 2013, p. 124.

^{۱۱} مریم محمدی نوقی‌زاده و همکاران، «سازکارهای اخلاقی در حمایت از رنج‌دیدگان در سکوت با رویکرد کاهش رقم سیاه جرایم علیه اطفال»، پژوهش‌های اخلاقی، ش ۳۹ (۱۳۹۹)، ص ۲۲۲.

^{۱۲} روح‌الله خمینی، تحریر الوسیله، ج ۱، (قم: مؤسسه دارالعلم، ج ۱، بی‌تا)، ص ۴۱۰.

می‌کند، در صورت در دسترس نبودن یا عدم حضور و یا سایر موانع، دادستان شخصی را به‌عنوان قیم موقت تعیین و یا خود امر کیفری را تعقیب می‌کند. این سازوکار تا حدی مشکل طرح شکایت را برطرف می‌سازد، لیکن در برخی موارد، خاصه در فرض ارتکاب جرم از جانب خود این افراد پاسخگو نخواهد بود؛ به همین جهت قانون حمایت از اطفال و نوجوانان در ماده ۳۰ در اقدامی شایسته تقاضای طفل یا نوجوان را به‌عنوان یکی از جهات شروع به تعقیب به رسمیت شناخته است. البته این امر به‌تنهایی کافی به مقصود نیست و علاوه بر لزوم پیش‌بینی روش‌های دیگر تعقیب مرتکبان چنین جرایمی، تسهیل دسترسی کودکان به سیستم عدالت کیفری از راه‌هایی چون اعلام جرم به‌وسیله سامانه‌های الکترونیکی، فرهنگ‌سازی و اطلاع‌رسانی به کودکان در خصوص حقوق قانونی‌شان مهم تلقی می‌شود.

راهکار دیگری که در مرحله کشف جرم به کاهش رقم سیاه کمک می‌کند جنبه عمومی دادن به جرایم علیه کودکان است. ماده ۳۱ قانون حمایت تأکید نموده است که تمام جرایم موضوع این قانون جنبه عمومی داشته، بدون شکایت شاکی خصوصی قابل تعقیب است و در صورت گذشت شاکی خصوصی تعقیب موقوف نخواهد شد. در جرایم قابل گذشت، مقامات تعقیب و تحقیق تا زمانی که شاکی خصوصی تعقیب متهم را نخواهد، نمی‌توانند هیچ‌گونه اقدامی انجام دهند، لکن در صورتی که جرم وصف عمومی داشته باشد به محض اطلاع، مقامات ذی‌صلاح اقدامات تعقیبی را انجام خواهند داد.

۲.۲. الزام به گزارش دهی

رویکرد جامعه با معضل بزه‌دیدگی با تفکرات ایدئولوژیک حاکم بر آن جامعه رابطه مستقیم دارد. در جوامع غربی که دیدگاه لیبرالیستی حاکم است ورود به حوزه خصوصی افراد که بزه‌دیدگی کودکان بیشتر در آن حوزه اتفاق می‌افتد کمتر است و لذا گزارش دهی کاهش می‌یابد؛ به همین دلیل بهره‌کشی و کودک‌آزاری در اروپا افزایش چشمگیری یافته است.^{۱۳} لیکن در برخی جرایم عمومی مثل جرایم علیه محیط زیست اعلام جرم افزایش می‌یابد؛ این

^{۱۳}Louis jean. "adoption d'une conversion international sur Les droits de L'enfant", *revue du droit public*, No. 2 (1990), p. 442.

درحالی است که در جوامع دینی حساسیت‌ها نسبت به اعلام بزه‌دیدگی کودکان بیشتر است. با این حال، به‌طور کلی روند اعلام جرم از سوی اعضای جامعه در دهه‌های اخیر کاهش یافته که یکی از مهم‌ترین دلایل آن در ادبیات دورکیم حرکت توده مردم به سمت «جوامع ارگانیک» است.^{۱۴} در این جوامع اهداف فردگرایانه پررنگ شده، تکثر ارزش‌ها اتفاق می‌افتد؛ لذا اگر جامعه بخواهد همبستگی بیشتری بین افراد پدید آورد و مشوق همکاری و تعاون جمعی باشد می‌تواند اعمالی را در قالب مواد قوانین جزایی به صورت وظایف معین پیش‌بینی کند و در این صورت جامعه به نتایج مثبت همکاری و جلوگیری از بی‌قیدی و عدم توجه افراد به منافع و خواست‌های سایر انسان‌ها نائل می‌شود.^{۱۵} در حقوق ایران قانون‌گذار برای جبران مشکل گزارش‌دهی در جرایم، تکلیف به گزارش‌دهی را نسبت به مقامات و اشخاص رسمی در ماده ۷۱ ق.آ.د.ک^{۱۶} پیش‌بینی نمود و البته در برخی جرایم، مستند به ماده ۶۰۶ ق.م.ا، عدم گزارش‌دهی نه‌تنها تخلف است، بلکه با ضمانت اجرای کیفری توأم خواهد بود. این جرایم منحصر به برخی موارد مثل ارتشا، تصرف عدوانی و اختلاس است؛ لذا جای خالی موضوع بزه‌دیدگی اطفال در این قوانین ملاحظه می‌شود. ماده ۱۷ قانون حمایت از کودکان و نوجوانان این خلأ را پر نمود. بر اساس این ماده، هرکس از وقوع جرم یا شروع به آن یا خطر شدید و قریب‌الوقوع علیه طفل یا نوجوانی مطلع بوده یا شاهد وقوع آن باشد و با وجود توانایی اعلام و گزارش به مقامات یا مراجع صلاحیت‌دار و کمک طلبیدن از آنها از این امر خودداری ورزد یا در صورت عدم دسترسی به این مقامات و مراجع و یا عدم تأثیر دخالت آنها در رفع تجاوز و خطر، از اقدامات فوری و متناسب برای جلوگیری از وقوع خطر و یا تشدید نتیجه آن امتناع کند، مشروط بر اینکه با این اقدام، خطری مشابه یا شدیدتر و یا خطر کمتر قابل‌توجهی متوجه خود او یا دیگران نشود، به یکی از مجازات‌های درجه شش قانون مجازات اسلامی محکوم می‌شود.

۱۴. فرانک ولیامز و ماری لین دی مک شین، نظریه‌های جرم‌شناسی، ترجمه حمیدرضا ملک‌محمدی، (تهران: نشر میزان، چ ۱، ۱۳۸۶)، ص ۱۰۶.

۱۵. پرویز صانعی، حقوق جزای عمومی، (تهران: طرح نو، چ ۱، ۱۳۸۲)، ص ۳۲۱.

۱۶. ماده ۷۲ قانون آیین دادرسی کیفری: هرگاه مقامات و اشخاص رسمی از وقوع یکی از جرایم غیرقابل گذشت در حوزه کاری خود مطلع شوند، مکلفند موضوع را فوری به دادستان اطلاع دهند.

در تبصره ماده پیش گفته نیز نسبت به افرادی که حسب وظیفه شغلی مکلف به اعلام، گزارش یا کمک می‌باشند و یا به اقتضای حرفه خود می‌توانند کمک مؤثری کنند و از این کار استنکاف نمایند، مجازات شدیدتری در نظر گرفته شده است.

این ماده برعکس ماده ۶ قانون حمایت از اطفال و نوجوانان مصوب ۱۳۸۱ گزارش‌دهی را تنها منحصر به افراد و مؤسسات و مراکزی که به نحوی مسئولیت نگهداری و سرپرستی کودکان را برعهده دارند نکرده است، بلکه همه افراد در این عرصه وظیفه گزارش‌دهی دارند؛ از سوی دیگر این اعلام منحصر به مقامات قضایی نشده است بلکه شامل تمامی مراجع صلاحیت‌دار از جمله پلیس و سازمان بهزیستی هم می‌شود. همچنین الزام به گزارش‌دهی منوط به مشاهده موضوع نیست، بلکه اطلاع افراد از هر طریق را دربر می‌گیرد. نهایت آنکه تعیین مجازات شدیدتر در مقایسه با قانون سابق جلوه‌ای از سیاست کیفری سخت‌گیرانه‌تر است که به نوعی در چارچوب رویکرد افتراقی قابل توجیه می‌باشد.

این رویکرد مطابق اسناد بین‌المللی و حقوق برخی کشورهاست. قانون‌گذار فرانسه در سال ۱۳۹۲ جرم اخفای جرایم علیه کودکان را پیش‌بینی نمود.^{۱۷} پیمان‌نامه حمایت از کودکان علیه بدرفتاری مصوب ۱۹۷۹ شورای اروپا^{۱۸} در بندهای a، b، c از بخش دوم سند، ضمن تأکید بر گزارش‌دهی بزه‌دیدگی کودکان، آگاهی و تشویق عموم مردم را در این راستا مورد اشاره قرار داده است. در ماده ۱۴ قانون نمونه مرکز بین‌المللی حمایت از کودکان استثمار و مفقودشده مصوب ۲۰۱۳^{۱۹} نیز تأکید شده است: هر فردی که در حین انجام مراقبت از کودک از موقعیت یا عملی آگاه شود که در زمره بی‌توجهی، سوءاستفاده، بدرفتاری و استثمار کودک تلقی می‌شود بدون در نظر گرفتن هر الزامی باید بی‌درنگ موضوع را به پلیس یا هر مقام داخلی صلاحیت‌دار دیگر گزارش دهد.

بنابراین، الزام افراد به گزارش‌دهی بزه‌دیدگی اطفال و متعاقب آن جرم‌انگاری این

۱۷. ژان بوریگان، «اطفال بزهکار و بزه‌دیده در حقوق فرانسه»، مجله دانشگاه علوم اسلامی رضوی، ش ۲ (۱۳۸۱)، ص ۶۴.

۱۸. Council of Europe, Committee of Ministers, Concerning the Protection of Children Against Ill Treatment, 1979.

۱۹. Child Protection Model Law, Best Practices: Protection of Children from Neglect, Abuse, Maltreatment, and Exploitation, January 2013.

موضوع در قانون حمایت، جلوه دیگری از رویکرد افتراقی به جرایم علیه اطفال و حمایت از اطفال و نوجوانان در حقوق کیفری ایران است.

۳.۲. حضور حامی در تحقیقات

با گسترش بزه‌دیده‌شناسی علمی و همزمان با آن، تحت تأثیر جنبش‌های ایدئولوژیکی^{۲۰} رویکرد حمایتی از بزه‌دیدگان به‌ویژه اطفال مورد عنایت قرار گرفته است. یکی از ابعاد این حمایت، بحث حامی است. در اسناد بین‌المللی از جمله رهنمودهای سازمان ملل در خصوص اطفال بزه‌دیده، حضور شخص حامی در جریان رسیدگی به امر بزه‌دیدگی کودکان به رسمیت شناخته شده است. قسمت B ماده ۹، ماده ۲۴ و قسمت B ماده ۲۵ با عبارت Support Person به این نکته اشاره دارد. بر این اساس، فرد حامی کسی است که در جریان بزه‌دیدگی کودک از شروع گزارش بزه‌دیدگی تا زمانی که دیگر به وی نیاز نیست در فرایند کیفری برای آرامش‌بخشی به کودک و پیشگیری از بزه‌دیدگی مکرر وی حضور دارد. در پژوهشی که بر روی دو گروه صد نفره از کودکان بزه‌دیده در جریان رسیدگی انجام گرفت. اعضای هیئت منصفه اذعان نمودند که کودکانی که در جریان دادرسی حضور حامی را در کنار خود داشتند با اعتماد به نفس بیشتر و دقیق‌تر موضوع بزه‌دیدگی را بیان می‌کردند، به‌نحوی که این امر در محکومیت بزهکار تأثیر شگرفی داشت.^{۲۱}

قانون‌گذار ایران به‌صراحت به عبارت «شخص حامی» اشاره نکرده است، اما در مواد مختلف به حضور افرادی که در روند رسیدگی می‌توانند به کودک و سیستم قضایی کمک نمایند اشاره دارد. حال سؤال این است که چه کسانی می‌توانند به‌عنوان حامی، یاریگر کودک بزه‌دیده در فرایند دادرسی باشند؟ در پاسخ باید گفت، نقش حمایتی والدین در این عرصه در اولویت قرار دارد. ماده ۹ کنوانسیون حقوق کودک^{۲۲} تأکید نموده است که کودک را نباید از والدین جدا کرد، مگر آنکه به حکم مقام صلاحیت‌دار و مطابق قانون این امر برای

۲۰. ژرار لپز و ژینا فیلیزولا، بزه‌دیده و بزه‌دیده‌شناسی، ترجمه روح‌الدین کرد علیوند، (تهران: انتشارات مجد، چ ۱، ۱۳۷۹)، ص ۱۱.
 ۲۱. McAuliff Bradley; Joshua Lapin; Sandra Michel, Support Person Presence and Child Victim Testimony: Believe it or Not, Behavioral Sciences & the Law, Vol. 33, Issue 4, 2015, p. 508.
 ۲۲. Convention on the Rights of the Child 1989.

تأمین منافع عالی کودک ضرورت داشته باشد. همچنین پیمان نامه استراسبورگ مصوب ۳۰۳ بر حفظ ارتباط و تماس منظم والدین و کودک تأکید دارد. این نیاز در روند دادرسی دوچندان است، زیرا از یک سو کودک به جهت بزه‌دیدگی در وضعیت نابسامانی قرار دارد و از سوی دیگر حضور در محیط قضایی - پلیسی دلهره‌آور است، لذا حضور والدین به‌عنوان حامی نقش مهمی خواهد داشت؛ مگر آنکه به دلایلی چون فوت والدین، آوارگی، ترک کودک و یا نقش خود آنان در بزه‌دیدگی، این امر ممکن و یا به مصلحت نباشد. قسمت B ماده ۲۵ رهنمودهای سازمان ملل در خصوص اطفال بزه‌دیده با صراحت بیشتری شخص حامی را شامل اعضای خانواده می‌داند.

در کنار خانواده، مددکاران اجتماعی نیز نقش مهمی در روند دادرسی اطفال بزه‌دیده دارند. مددکاران اجتماعی با توجه به اینکه رسالت خود را بر مبنای توانمندسازی، شکوفایی و شناساندن منابع و امکانات به گروه هدف خود پایه‌گذاری کرده‌اند، می‌توانند با به‌کارگیری دانش تخصصی خود ورود کودک بزه‌دیده را در فرایند دادرسی تسهیل نمایند.^{۲۴} بند ۲ ماده ۹ اصول راهبردی در مورد عدالت برای اطفال بزه‌دیده و شهود مصوب ۲۰۰۴ و نیز بند D قسمت دوم ماده ۶۲ قانون نمونه محافظت از کودکان بر به رسمیت شناختن حضور مددکاران اجتماعی تأکید نموده است. در همین راستا، سیاست‌گذاران عرصه سیاست جنایی در کشور ما در سال‌های اخیر موضوع بهره‌گیری از توانمندی‌های متخصصان آسیب‌های اجتماعی در رسیدگی به بزه‌دیدگی اطفال را مورد توجه قرار داده‌اند. قانون حمایت از اطفال جایگاه مهمی را برای مددکاران اجتماعی ترسیم نموده است و این افراد در مراحل مختلف دادرسی حضور دارند. مطابق بند یک ماده ۶ قانون حمایت، مددکاران اجتماعی با همکاری شهرداری یا دهیاری و نیروی انتظامی نسبت به شناسایی، پذیرش، حمایت، نگهداری و توانمندسازی اطفال و نوجوانان موضوع این قانون و اعلام آن به مراجع صالح اقدام می‌کنند؛ همچنین

^{۲۴}Convention on Contact Concerning (Children Strasbourg, 15. v. 2003).

^{۲۴}. عبدالرضا جوان جعفری و شعله قتلویی، «نقش مددکار اجتماعی در نظام عدالت کیفری اطفال و نوجوانان بزه‌دیده»، *وکیل مدافع*، ش ۱۵ (۱۳۹۵)، ص ۹۲.

^{۲۵}Guideline on Justice for Child Victim and Witnesses of Crime, the Economic and Social Council, UN, 2004.

مواد ۲۹ و ۳۸ این قانون حضور مددکار اجتماعی را در دادرسی الزامی دانسته است.

۴.۲. پلیس اطفال

در ساختار فعلی نیروی انتظامی، جایگاه تخصصی برای پلیس اطفال و نوجوانان پیش‌بینی نشده و این درحالی است که در برخی موضوعات چون جرایم سایبر، امنیت اقتصادی و جرایم امنیتی، رویکرد تخصصی تا حدی مد نظر بوده است. اولین کنگره بین‌المللی پیشگیری از وقوع جرم و درمان مجرمان مصوب ۱۹۵۵ و نیز بخش ۱۲/۱ قواعد پکن (حداقل مقررات استاندارد سازمان ملل برای دادرسی ویژه نوجوانان)^{۲۶} به تشکیل پلیس ویژه کودکان و نوجوانان تأکید نموده، لکن رویکرد این اسناد بر بزهکاری کودکان متمرکز است؛ همین‌کلاً در ادبیات حقوقی پژوهشگران نیز ملاحظه می‌شود و متأسفانه جایگاه پلیس ویژه در بزه‌دیدگی اطفال کمتر مورد توجه قرار گرفته است. پلیس در مواجهه با بزه‌دیدگی کودکان به‌طور کلی دو راهبرد دارد؛ حمایتی و اجرای قانون. در راهبرد جامعه‌پلیسی^{۲۷} پیشنهاد می‌شود پلیس به‌دنبال راهی باشد که با همکاری شهروندان قانون‌مدار ضمن افزایش سطح رفاه اجتماعی به حمایت از بزه‌دیدگان بپردازد^{۲۸} و در کنار آن، شرایط آغاز و استمرار روند قانونی دادرسی را فراهم نماید.

نظام حقوقی ایران تا سال ۱۳۹۲ توجه چندانی به این امر نداشت تا آنکه ماده ۳۱ قانون آیین دادرسی کیفری برای نخستین بار تشکیل پلیس ویژه اطفال و نوجوانان را الزامی نمود. این اقدام از منظر حقوقی و جرم‌شناسی اقدامی مثبت و رو به جلو تلقی می‌شود و نمایانگر رویکرد نظام تقنینی به افتراقی‌سازی و تخصصی کردن سیستم قضایی در رسیدگی به موضوعات مرتبط با کودکان است. با این حال، این ماده با این اشکال اساسی روبه‌رو است که صرفاً حسن اجرای وظایف ضابطان در مورد کودکان را هدف از تشکیل پلیس اطفال و

^{۲۶}United Nations Standard Minimum Rules for the Administration of Juvenile Justice.

^{۲۷}Community policing.

^{۲۸}Trojanowicz, Robert C; Bucqueroux, Bonnie, Community Policing: A Contemporary Perspective. Cincinnati, OH: Anderson, 1990, p. 48.

نوجوانان تلقی کرده و لذا با توجه به آنکه ماده ۲۸ قانون آیین دادرسی کیفری این وظایف را شامل کشف جرم، حفظ آثار و علائم و ادله وقوع جرم، شناسایی و جلوگیری از فرار و مخفی شدن متهم، تحقیقات مقدماتی، ابلاغ اوراق و اجرای تصمیمات قضایی دانسته است، در نتیجه مسائلی از قبیل پیشگیری از جرم و حمایت از کودکان بزه‌دیده در این فرایند تعریف نشده است. این موضوع فلسفه وجودی پلیس اطفال و نوجوانان را با چالش مواجه می‌سازد.^{۲۹} قانون حمایت از اطفال و نوجوانان و نیز لایحه پلیس اطفال تلاش کرد که این خلأ را تا حدی جبران نماید.

لایحه پلیس اطفال که در تاریخ ۲۶ اردیبهشت ۱۴۰۰ تقدیم مجلس شد، با آنکه تمرکز بر امر بزهکاری کودکان دارد، در برخی مواد به وظیفه پلیس ویژه در عرصه بزه‌دیدگی اطفال نیز پرداخته است. در ماده یک لایحه و در تعریف اطفال و نوجوانان، کودکان بزه‌دیده زیر ۱۸ سال نیز تحت شمول قانون قرار گرفته‌اند. تبصره ۲ ماده ۱۷ لایحه نیز وظیفه تحقیقات مرتبط با بزه‌دیدگی کودکان را برعهده پلیس ویژه نهاده است.

این لایحه با تمرکز بر چند مشخصه در پلیس ویژه به دنبال رسیدن به اهداف حداکثری در ایجاد این ساختار تخصصی است. مطابق ماده ۴ لایحه، مأموران پلیس ویژه باید علاوه بر شرایط عمومی، متأهل و ترجیحاً دارای فرزند، دارای مدرک تحصیلی کاردانی و یا بالاتر در یکی از رشته‌های ذی‌ربط علوم انتظامی و همچنین رشته‌های روانشناسی، علوم تربیتی، علوم اجتماعی، حقوق و مددکاری اجتماعی بوده، آموزش‌های تخصصی را نیز طی کرده باشند. این شرایط سبب می‌شود افسر پلیس حداقل شرایط لازم را برای برقراری تعامل با کودک بزه‌دیده و ایجاد حس اعتماد در وی داشته باشد. ماده ۱۶ اعلامیه اصول بنیادین عدالت برای بزه‌دیدگان و قربانیان سوءاستفاده از قدرت، به امر آموزش افسران پلیس برای پاسخگویی به نیازهای بزه‌دیدگان اشاره نموده است.

با توجه به ساختار جسمی و روحی جنس مؤنث که دارای لطافت روحی است و همین مؤلفه وی را مهبیای مادر شدن می‌کند، پلیس زن نقش بی‌بدیلی در فرایند تحقیقات

۲۹. حسنعلی موذن‌زادگان و حسین جوادی، «الزامات و سازوکارهای پلیس اطفال و نوجوانان در ایران (مطالعه تطبیقی حقوق آمریکا)»، پژوهش‌های حقوق جزا، ش ۵ (۱۳۹۴)، ص ۲۰.

مقدماتی ایفا می‌نماید؛ چراکه درک درستی از عواطف و احساسات کودکان دارد. قانون حمایت در این خصوص ساکت است، اما ماده ۴۲ ق.آ.د.ک بر انجام تحقیقات افراد نابالغ از سوی ضابطان آموزش‌دیده زن تأکید دارد. در لایحه پلیس ویژه نیز بر حضور حداقل ۳۰ درصدی زنان در ساختار کلانتری‌ها برای نیل به اهداف تشکیل پلیس ویژه اطفال تأکید شده است. در مجموع می‌توان گفت، پلیس در موضوع بزهدیدگی کودکان می‌تواند در چند حوزه ایفای نقش نماید؛ اولاً رفتار کرامت‌مدار پلیس با بزهدیده در ایجاد آرامش و امنیت برای وی حائز اهمیت خاص است و به عبارت دیگر چنانچه بزهدیده در مواجهه با پلیس و مراجع قضایی به هنگام شکایت متحمل ناملایمات جدیدی (از قبیل رفتار اهانت‌آمیز، نامنصفانه و بی‌اعتنایی به عواطف) شود؛ تحقق بزهدیدگی ثانویه محتمل است.

ثانیاً پلیس با ارائه آموزش‌های لازم در خصوص مواجهه بزهدیدگان با جرایم، نحوه گزارش‌دهی و چگونگی ارتباط با مراجع قضایی می‌تواند روند تحقیقات مقدماتی را تسهیل نماید.

ثالثاً در برخی جرایم چه بسا بزهدکار با توجه به شرایط خاص کودک، به تهدید وی روی آورد و در صدد برآید با سوءاستفاده از وضعیت وی امکان طرح شکایت و پیگیری آن را منتفی سازد. در این حال، بزهدیده نیازمند حمایت مضاعف دستگاه‌های مجری عدالت و به‌ویژه پلیس است. در این راستا پلیس می‌تواند ضمن حمایت از کودک، زمینه انتقال وی به اماکن امن از جمله بهزیستی را فراهم آورد. بند «ب» ماده ۶ قانون حمایت به این نکته توجه نموده است.

۲.۵. شرایط خاص تحقیقات مقدماتی

با توجه به شرایط خاص کودکان بزهدیده تحقیقات مقدماتی نسبت به آنان از شرایط کاملاً متفاوت و افتراقی در مقایسه با سایر بزهدیدگان و بزهدکاران برخوردار است. این رویکرد در شرایط خاص مقام تحقیق، مکان تحقیق و روند تحقیق متجلی می‌شود. رابطه محبت‌آمیز بازپرس سبب کاهش اضطراب و دلهره کودک می‌شود و ضمن آنکه احتمال

۳۰. ابراهیم رجبی، «درمانگاه بزهدیده و بزهدیدگی و نقش پلیس در آن»، *دانش انتظامی*، ش ۴۶ (۱۳۸۹)، ص ۱۹.

بزه‌دیدگی ثانویه را کاهش می‌دهد شرایطی را فراهم می‌آورد که کودک حضور فعالانه‌ای در روند دادرسی داشته باشد و همین امر به بازپرس کمک می‌کند شرایط و انگیزه‌های ارتکاب جرم را بهتر ارزیابی نماید.

پاراگراف چهارم اعلامیه اصول بنیادین عدالت برای بزه‌دیدگان و قربانیان سوءاستفاده از قدرت تأکید نموده است که رفتار با بزه‌دیدگان باید همراه با احساس همدردی و احترام به کرامت انسانی آنان باشد. در خصوص کودکان بزه‌دیده این ارتباط از حساسیت بیشتری برخوردار است. بازپرس باید با جلب اعتماد کودک و کاهش نگرانی وی شرایط یادآوری وقایع را فراهم نماید. صحبت‌های اولیه بازپرس می‌تواند راجع به موضوعاتی غیر از مسائل پرونده مثل ورزش، برنامه‌های تلویزیون، بازی‌های مورد علاقه کودک باشد. او باید در این مرحله کودک را از اینکه کار اشتباهی انجام نداده است، مطمئن نماید و درواقع احساس گناه وی را کاهش دهد و حتی توصیه شده است برای برقراری رابطه با کودک، از وی خواسته شود، واقعه‌ای که مربوط به پرونده نیست، مثل جشن تولد را توضیح دهد. این شیوه تمرینی است که کودک را برای ادای جزئیات یاری می‌رساند.^{۳۱} توجه به این نکات ظریف مستلزم آن است که بازپرس آموزش‌های لازم و تخصصی را در این خصوص دیده باشد و در عین حال، مهارت‌های برخورد با کودک را نیز بداند. زیرا از یک طرف، هرگونه برخورد نامناسب و ناشایست می‌تواند به اثر سوء در روحیه کودک، سلب اعتماد و در نتیجه عدم همکاری وی با مراجع رسیدگی منجر شود و از طرف دیگر، هیجان و اضطراب نیروی یادآوری خاطرات را فلج نموده، مانع حصول نتیجه دلخواه از مصاحبه می‌شود و در نتیجه روند اجرای عدالت را دچار اختلال می‌کند.^{۳۲}

ماده ۳۹ قانون حمایت تأکید دارد که تمام اقدامات و تحقیقات از اطفال و نوجوانان موضوع این قانون باید از سوی اشخاص آموزش‌دیده در این زمینه و در کمترین دفعات و کوتاه‌ترین زمان ممکن برحسب نیازهای آنها به عمل آید. همچنین تبصره ماده ۴ قانون

۳۱. ژینوس شریف رازی، *حمایت از اطفال بزه‌دیده در فرآیند دادرسی کیفری ایران و انگلستان*، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۸۷.

۳۲. هدیه هدایت، *آیین دادرسی ویژه کودکان بزه‌دیده*، (تهران: انتشارات میزان، ج ۱، ۱۳۹۵)، ص ۱۲۴.

حمایت نیز به «دادیار آموزش دیده» در بزه‌دیدگی اطفال اشاره دارد.

این روند مطابق اسناد بین‌المللی است؛ برای مثال بند ۲ از ماده ۶۱ قانون نمونه مرکز بین‌المللی حمایت از کودکان استثمار و مفقودشده مصوب ۲۰۱۳ بیان می‌دارد: کلیه اقدامات قضایی از سوی مقامات مجری قانون، قضات، دادستان‌ها و وکلایی مورد رسیدگی و اجرا قرار می‌گیرد که آموزش‌های خاص دیده باشند. این افراد می‌بایست درباره حقوق کودکان و محافظت از صلاحیت کودکان آموزش‌های مستمر دریافت کنند. همین رویکرد در ماده ۱۳ اصول راهبردی برای اطفال بزه‌دیده و شهود مصوب ۲۰۰۴ ملاحظه می‌شود.

به جهت آنکه شرایط مصاحبه با کودک و چگونگی آن از تکنیک‌های خاصی برخوردار است قاضی می‌تواند از مددکار اجتماعی نیز در این باره کمک بگیرد. ماده ۴۰ قانون حمایت به مرجع قضایی اختیار داده است که با در نظر گرفتن غبطه و نیز مصلحت طفل یا نوجوان، انجام اقداماتی از قبیل ارزیابی و تحقیقات مقدماتی درباره وضعیت جسمی، روحی و روانی وی یا والدین، اولیا و یا سرپرستان قانونی او، وضع خانوادگی و محیط سکونت، اشتغال و تحصیل را به مددکاران اجتماعی بهزیستی محول کند.

علاوه بر موارد پیش‌گفته، حتی توجه به محیط حضور کودک در زمان تحقیقات مقدماتی نیز حائز اهمیت است. در توصیه‌نامه‌ای که در سال ۲۰۰۷ از سوی وزارت کشور انگلیس ارائه گردید^{۳۳} به شرایط مطلوب مکان بازپرسی و ابعاد آن، دکور اتاق و در دسترس بودن اسباب بازی‌های متناسب با سن و جنسیت کودک تأکید شده است. بند G از ماده ۶۲ قانون نمونه مرکز بین‌المللی حمایت از کودکان استثمار و مفقودشده مصوب ۲۰۱۳ تأکید می‌نماید که جلسه رسیدگی کودک به روش‌های الکترونیکی یا به صورت ویدئویی ضبط و از مطالب آن در جلسات بعدی دادگاه استفاده شود. این شیوه می‌تواند از یک سو از ورود کودک به محیط پلیسی - قضایی جلوگیری کند و از سوی دیگر، نیاز به مواجهه کودک با مقامات قضایی را کاهش دهد.

^{۳۳}Achieving Evidence in Criminal Processing: Guidance on Interviewing Victims and Witnesses 2007.

۶.۲. نهادهای مردمی و غیرقضایی

حقوق کیفری به‌تنهایی و فقط با سازوکارهای نهادهای رسمی قضایی نمی‌تواند کارآمدی لازم را برای مقابله با پدیده بزهکاری داشته باشد، لذا استفاده از ظرفیت‌های جامعه و فرایندهای ترمیمی در دهه‌های اخیر مورد توجه قرار گرفته است. استدلال جامعه‌شناسان و فعالان اجتماعی این است که ورود سازمان‌های غیردولتی و مردم‌نهاد در برخی از امور از قبیل آسیب‌های اجتماعی به‌ویژه کمک به کودکان آسیب‌دیده بهتر از حاکمیت می‌تواند مؤثر باشد؛ چراکه به صورت داوطلبانه و بدون دریافت حقوق این کار را انجام می‌دهند.^{۳۴} هیئت وزیران در آیین‌نامه اجرایی تأسیس و فعالیت‌های سازمان‌های غیردولتی مصوب ۱۳۸۴، سازمان‌های مردم‌نهاد را تشکل‌هایی دانسته است که از سوی گروهی از اشخاص حقیقی یا حقوقی غیرحکومتی به صورت داوطلبانه با رعایت مقررات مربوط تأسیس شده و دارای اهداف غیرانتفاعی و غیرسیاسی است. حضور سازمان‌های مردم‌نهاد یکی از مهم‌ترین عرصه‌ها در زمینه تأمین حقوق اطفال بزه‌دیده است؛ اهمیت این موضوع تا حدی است که روز ۲۰ نوامبر به‌عنوان «روز جهانی اتحاد سازمان‌های مردم‌نهاد برای پیشگیری از کودک‌آزاری» در نظر گرفته شده است. بند ۴ از قسمت «ب» ماده ۸۰ قانون برنامه ششم توسعه نیز به بسط و توسعه نقش مردم و سازمان‌های مردم‌نهاد در حوزه‌های مشارکت‌های گروهی تأکید نموده است.

سازمان‌های مردم‌نهاد در موضوع بزه‌دیدگی اطفال در چند حوزه ایفای نقش می‌نمایند:

- حضور به‌عنوان شاکی و یا اعلام‌کننده جرم در جهت به‌جریان انداختن روند دادرسی.
- حضور در فرایند دادرسی و ارائه مشاوره‌های بایسته به بزه‌دیدگان و بازیگران عرصه عدالت قضایی در جهت رسیدگی عادلانه و شایسته با لحاظ شرایط کودک.
- حضور فعال در مرحله اجرای حکم و ایفای نقش واسط میان بزه‌دیده و بزهکار و به حداقل رساندن آسیب‌های بزه‌دیدگی و جبران آن.

۳۴. مصطفی پاک‌نیت، *افتراقی شدن دادرسی کیفری*، (تهران: نشر میزان، ج ۱، ۱۳۹۶) ص ۲۴۹.

دو محور اول به نوعی در حیطة تحقیقات مقدماتی می‌گنجد، لذا موضوع در حقوق کیفری ایران مورد مذاقه قرار می‌گیرد. قانون‌گذار ایران در قانون آیین دادرسی کیفری و نیز قانون حمایت از اطفال و نوجوانان تا حدی به فعالیت‌های سمن‌ها در این حوزه توجه نموده است.

ماده ۶۶ آیین دادرسی کیفری بیان می‌دارد: «سازمان‌های مردم‌نهادی که اساسنامه آنها در زمینه حمایت از اطفال و نوجوانان، زنان، اشخاص بیمار و دارای ناتوانی جسمی یا ذهنی، محیط زیست، منابع طبیعی، میراث فرهنگی، بهداشت عمومی و حمایت از حقوق شهروندی است، می‌توانند نسبت به جرایم ارتكابی در زمینه‌های فوق اعلام جرم کنند و در تمام مراحل دادرسی شرکت کنند».

همچنین در تبصره ماده ۳۸ قانون حمایت آمده است: «دادگاه می‌تواند علاوه بر موارد ماده (۶۶) قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲/۱۲/۴ با اصلاحات بعدی از نماینده مطلع سازمان‌های مردم‌نهادی که دارای مجوز فعالیت در زمینه حقوق اطفال و نوجوانان هستند، برای حضور در جلسه دعوت کند».

تحلیل این دو مصوبه قانونی و ارتباط آنها و نیز خلأهای احتمالی موجود در تبیین رویکرد قانون‌گذار مهم تلقی می‌شود، لذا در چند بند به این موارد اشاره می‌کنیم:

- در مصوبه ابتدایی ماده ۶۶ ق.آ.د.ک، حق اعتراض به احکام برای سازمان‌های مردم‌نهاد پیش‌بینی شده بود، لکن در اصلاحات سال ۹۴ این مورد حذف گردید. همین رویکرد در لایحه قانون حمایت از اطفال وجود داشت، ولی در مصوبه نهایی حق اعتراض به احکام حذف شد. این امر به‌نوعی سبب کاهش نقش حمایتی سمن‌ها نسبت به مقوله بزه‌دیدگی کودکان خواهد شد.

- حق تعقیب دعوای عمومی متعلق به جامعه بوده، جامعه این حق را به‌واسطه نمایندگان خود به‌اجرا می‌گذارد. دادسرا نماینده جامعه است و به نام جامعه بزه‌کار را تحت تعقیب قرار می‌دهد.^{۳۵} با این حال، نباید این‌گونه تصور کرد که حضور

سازمان‌های مردم‌نهاد با حق تعقیب جرم از سوی دادسرا منافات دارد، بلکه این امر ناکارآمدی احتمالی دادسرا را در عرصه بزه‌دیدگی اطفال جبران می‌کند و به سمن‌ها نقشی شبه دادستان می‌بخشد. سازمان‌های غیردولتی به‌عنوان چشمان بیدار جامعه و حاکمیت، یار و مددکار دادستان به‌شمار رفته، با حضور فعالی که در سطح جامعه دارند نقش انکارناپذیری در کشف و تعقیب و به‌طور کلی پیشگیری از جرایم در سطح جامعه برعهده دارند. از سوی دیگر با توجه به تخصصی بودن سازمان‌های غیردولتی و شناخت دقیق و همه‌جانبه‌ای که آنها از بخش‌های اجرایی دارند به‌طور دقیق و شفاف و با ارائه دلایل متناسب می‌توانند گام‌های چشمگیری در مسیر تأمین امنیت کشور بردارند.^{۳۶} البته برعکس دادسرا که تکلیف به تعقیب دارد، اقدامات سازمان‌های مردم‌نهاد الزامی نبوده، بلکه همان‌گونه که در ماده ۶۶ نیز بیان شد، جنبه اختیاری به خود گرفته است.

- مقایسه میان ماده ۶۶ و تبصره ماده ۳۸ گویای آن است که بر اساس تبصره ماده ۶۶ در صورتی که جرم واقع شده دارای بزه‌دیده خاص باشد، کسب رضایت وی جهت اقدام مطابق این ماده ضروری است. در خصوص اطفال بزه‌دیده، رضایت ولی، قیم یا سرپرست قانونی او اخذ می‌شود. اگر ولی، قیم یا سرپرست قانونی، خود مرتکب جرم شده باشد، سازمان‌های یادشده با اخذ رضایت قیم اتفاقی یا تأیید دادستان، اقدامات لازم را انجام می‌دهند و این درحالی است که ماده ۳۸ قانون حمایت، به‌طور مطلق به حضور سمن‌ها در جریان دادرسی اشاره دارد. در مقام ارزیابی این مواد باید بیان نمود مشروط ساختن حضور سمن‌ها به رضایت بزه‌دیده یا قیم و یا حتی دادستان جایگاه این نهاد را کاهش خواهد داد؛ چراکه حضور سازمان‌های مردم‌نهاد به جهت رویکرد تخصصی قطعاً در حسن جریان رسیدگی و رعایت مصالح کودک مؤثر خواهد بود.
- حضور سمن‌ها در جریان رسیدگی تشریفاتی نبوده، بلکه به استناد تبصره ۴ ماده ۶۶ حضوری فعال است که ضمن شرکت در دادرسی می‌توانند ادله خود را نیز ارائه نمایند.

۳۶. غلامحسین کوشکی، «سازمان‌های غیردولتی: از انفعال تا مشارکت رو به فعال در تعقیب دعوی عمومی»، پژوهش حقوق کیفری، ش ۴ (۱۳۹۲)، ص ۷۳.

با این حال، در تبصره ماده ۳۸ قانون حمایت برای مرجع قضایی حق دعوت از سمن‌ها پذیرفته شده است. از این ماده نباید این‌گونه استنباط کرد که حضور سمن‌ها در جریان رسیدگی منوط به دعوت مرجع قضایی است، بلکه بر اساس قاعده کلی یادشده در قانون آیین دادرسی کیفری، سازمان‌های مردم‌نهاد حق حضور در جریان رسیدگی را دارند و البته اگر در مواردی این سازمان‌ها حضور نداشته باشند دادگاه نیز مستقلاً حق دعوت از آنها را خواهد داشت.

▪ مواد ۴ و ۱۶ آیین‌نامه اجرایی سازمان‌های مردم‌نهاد به سمن‌ها جایگاه شاکی بخشیده است؛ درحالی که در قانون آیین دادرسی کیفری و قانون حمایت، سمن‌ها فقط اعلام‌کننده جرم هستند و البته حق حضور در جلسات رسیدگی را نیز دارند. این رویکرد سبب می‌شود نقش فعال سمن‌ها به نقشی منفعل بدل گردد و دقیقاً به‌واسطه همین امر تبصره ۴ ماده ۶۶ حضور سمن‌ها را در جرایم منافی عفت ممنوع ساخته است. این رویکرد قانون‌گذار صحیح به نظر نمی‌رسد و به قیاس اولویت اتفاقاً حضور سمن‌ها در این جرایم موجه‌تر است؛ چراکه اولاً جرایم منافی عفت ماهیتی پنهان دارد، به همین دلیل در زمره جرایم آپارتمانی^۷ قلمداد می‌شود و طبعاً در این جرایم حضور سمن‌ها می‌تواند به شناخت ابعاد مختلف بزه و ادله آن کمک نماید؛ ثانیاً نیاز کودک بزه‌دیده به حضور این نهادها و اتخاذ تدابیری جهت آرامش بخشی به کودک و راهبردی برای جبران صدمه وارده در چنین مواردی بیشتر از سایر جرایم است.

۷.۲. مرجع اختصاصی تحقیقات مقدماتی

اگر به مبانی تشکیل مراجع اختصاصی توجه نماییم، شخصیت مرتکب جرم و شرایط خاص وی یکی از مواردی است که ایجاد چنین مراجعی را توجیه می‌کند؛ همچنین وجود این محاکم حجم کار قضات عمومی را کاهش می‌دهد.^۸ فارغ از مبانی تشکیل دادگاه‌های اختصاصی که در جای خود قابل تأمل است، این نکته حائز اهمیت است که چرا

^۷Suite Crime.

^۸Miller-Brett, Banks-Brett, "Experience and Ideology on Specialized Courts: the Case of the Court of Appeals for the Federal Circuit", *Law & Society Review*, Vol. 43, No. 4 (2009), p. 839.

آسیب‌پذیری و وضعیت جسمی و روانی بزه‌دیده نتواند توجیه‌گر ایجاد مراجع اختصاصی گردد.^{۳۹} قانون آیین دادرسی کیفری رویکرد افتراقی را در مورد رسیدگی به جرایم اطفال و نوجوانان مد نظر قرار داده است، لیکن چنین رویکردی در خصوص بزه‌دیدگی این قشر ملاحظه نمی‌شود؛ البته قانون حمایت از اطفال و نوجوانان مصوب ۱۳۹۹ با پیش‌بینی تدابیری که در بالا بیان گردید تا حدی دادرسی افتراقی را مورد عنایت قرار داده، لکن در خصوص صلاحیت، دادگاه‌های تخصصی در این قانون پیش‌بینی شده است. اختصاص شعبی از دادگاه‌های کیفری و خانواده برای رسیدگی به جرایم و دعاوی موضوع قانون حمایت از کودکان و نوجوانان و مورد عنایت قرار دادن نیازها و مطالبات کودک، اقدامی پیشرفته در جهت سیاست حمایتی افتراقی از کودک بزه‌دیده است که توأم با اقدامات اصلاحی و توانمندسازانه برای کودک و به‌موازات آن تضمین و اعتلای حقوق او و رعایت عدالت بزه‌دیده‌محور در فرایند کیفری است و نشانه‌هایی آشکار از بزه‌دیده‌شناسی حمایتی در آن مشهود بوده که در نوع خود بی‌سابقه است.^{۴۰} مطابق ماده ۲۸ قانون حمایت، رئیس قوه قضاییه به پیشنهاد رئیس کل دادگستری استان و به تناسب امکانات، ضرورت، تجربه، تبحر و سابقه قضات در هر حوزه قضایی شعبی از دادرسی و دادگاه کیفری و دادگاه خانواده را جهت رسیدگی به جرایم و دعاوی موضوع این قانون اختصاص خواهد داد. اختصاص این شعب مانع رسیدگی به سایر پرونده‌ها نمی‌شود.

در زمینه اصل وجود دادرسی ویژه اطفال و نوجوانان دیدگاه‌های مختلفی مطرح شده است؛ برخی با این استدلال که وجود این دادرسی عملاً سبب اطاله دادرسی شده، اصل تسریع در رسیدگی به جرایم اطفال را با اختلال مواجه می‌سازد و همچنین سبب اضطراب و تشویش کودکان می‌شود، با این تشکیلات مخالفت نموده‌اند؛^{۴۱} این درحالی است که اگرچه حذف مراجع مقدم بر دادگاه در جهت جلوگیری از آسیب‌های اجتماعی به طفل صورت

۳۹. برای آگاهی بیشتر در خصوص مراجع اختصاصی اطفال و نوجوانان، نک: امیرحسین نیازپور، «دادگاه‌های کیفری رسیدگی‌کننده به جرم‌های اطفال و نوجوانان»، *مطالعات حقوق تطبیقی معاصر*، ش ۱۵ (۱۳۹۶).

۴۰. هدیه هدایت، پیشین، ص ۲۳۹.

۴۱. محمد شایگان، «الگوی عدالت کیفری کودکان و نوجوانان معارض با قانون در حقوق ایران»، مجموعه مقالات همایش ملی عدالت کیفری کودکان و نوجوانان در حقوق ایران، (تهران: دانشگاه علوم قضایی، ج ۱، ۱۳۸۹)، ص ۳۳۹؛ محمدحسین پویاسیرت، «رسیدگی به جرایم اطفال در قانون آیین دادرسی کیفری»، *مطالعات حقوق*، ش ۹ (۱۳۸۸)، ص ۳۰.

می‌گیرد، لکن چنانچه نهادهای مقدم بر دادگستری به صورت اختصاصی ایجاد شوند، وجود آنان منافع بیشتری نسبت به حذفشان خواهد داشت.^{۴۲} از سوی دیگر، اسناد بین‌الملل به دادرسی نوجوانان به‌عنوان یک مرجع پیش از دادرسی که تنها وظیفه تحقیقات مقدماتی و صدور کیفرخواست دارد، نگاه نمی‌کند، بلکه آن را یک مرجع پیش از دادرسی می‌انگارد که امکان استفاده از راهکارهای قضازدایی با برخورداری از مصالحه یا میانجی‌گری و بهره‌مندی از تعلیق تعقیب و دارد، و اصل را در این مرحله بر قضازدایی و تغییر مسیر رسمی دادرسی قرار می‌دهد.^{۴۳}

در خصوص این مرجع تحقیقات مقدماتی نسبت به اطفال و نوجوانان چند نکته قابل ملاحظه است:

اول: با آنکه قانون آیین دادرسی کیفری در ماده ۲۵ به رئیس قوه قضاییه اجازه تشکیل دادرسی‌های تخصصی را داده، با این حال، قانون حمایت بر این امر تأکید نموده و دلیل آن نیز وجهه الزام‌آوری است که در ماده ۲۸ قانون حمایت در مقایسه با آیین دادرسی کیفری ملاحظه می‌گردد؛ لذا تشکیل دادرسی اطفال از سوی رئیس قوه قضاییه الزام‌آور است و نه اختیاری.

دوم: به‌طور کلی سیر حرکتی مراجع قضایی به‌درستی به سمت تخصصی شدن در حرکت است، لکن در خصوص اطفال بزه‌دیده این امر کافی به مقصود نیست و بهتر بود قانون‌گذار به‌مانند رویکردی که در قانون آیین دادرسی کیفری نسبت به اختصاصی شدن مراجع رسیدگی‌کننده به جرایم اطفال داشت، در خصوص اطفال بزه‌دیده نیز همین شیوه را اتخاذ می‌کرد، چراکه الزامات رسیدگی افتراقی با مراجع اختصاصی و تخصصی متفاوت است؛ برای نمونه در خصوص مراجع اختصاصی به جهت ذاتی بودن صلاحیت آنها، مستند به بند «پ» ماده ۴۵۰ و بند ۳ ماده ۴۶۹، در صورت صدور رأی از جانب مرجع فاقد صلاحیت، چه مرجع اعتراض دیوان عالی کشور و چه دادگاه تجدیدنظر استان باشد، در هر حال، رأی نقض

۴۲. سید علی‌رضا میرکمالی و انسیه حسینی، «دادرسی کیفری افتراقی اطفال در قانون آیین دادرسی ۱۳۹۲»، حقوق کیفری، ش ۱۴ (۱۳۹۵)، ص ۲۵۳.

۴۳. علی فخاری، دادرسی عادلانه اطفال در حقوق بشر بین‌المللی و حقوق ایران، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۸۸.

و به مرجع صالح ارسال می‌شود، لکن این ضمانت اجرا در خصوص مراجع تخصصی وجود ندارد.

چنین رویکردی در قوانین بسیاری از کشورها دیده می‌شود که صلاحیت مراجع رسیدگی‌کننده به موضوعات کودکان را تنها به بزهکاری اطفال منحصر نکرده‌اند، بلکه تمایل دارند تا دامنه صلاحیت قضات دادگاه اطفال را هرچه بیشتر گسترش دهند؛ به طوری که امروزه در اکثر کشورهای اروپایی محاکم یادشده کم‌کم به صورت یک نوع «دادگاه حمایت اطفال» درآمده‌اند. در برخی کشورهای غرب آسیا چون سوریه و عراق، حتی رسیدگی به وضع اطفال رهاشده و بی‌سرپرست نیز از طرف دادستان به این‌گونه دادگاه‌ها ارجاع می‌شود.^{۴۴} مبنای این امر آن است که دادگاه‌های اطفال به جهت داشتن قضات باتجربه و نیز استفاده از کمک‌های فنی سازمان‌های مختلف از جمله بهزیستی و مددکاران اجتماعی، بهتر می‌توانند به موضوعات کودکان بزه‌دیده و در معرض خطر ورود کنند.

یکی از مهم‌ترین نتایج تأسیس مراجع اختصاصی، پیش‌بینی مکانی مجزا جهت تحقیقات و دادرسی در خصوص کودکان و نوجوانان است که از ارتباط آنان با مجرمان بزرگسال جلوگیری می‌شود؛ همچنان که می‌توان فضا سازی آن را متناسب با شخصیت و روحیات کودکان و نوجوانان سامان داد. تمامی این اقدامات بدین سبب است که تا از احساس ترس ناشی از حضور در چنین مکانی کاسته شود و کودک با احساس آرامش بیشتری در مقابل قاضی قرار گیرد و پذیرای تصمیمات دادگاه گردد؛^{۴۵} علاوه بر این، نوع چیدمان صندلی دادگاه و تزئینات سالن محاکمه نیز ممکن است در روحیه اطفال تأثیرگذار باشد.^{۴۶}

این موضوع در خصوص بزهکاری کودکان قابل توجهی و در خصوص بزه‌دیدگی اطفال از اولویت بیشتری برخوردار است؛ چراکه وضع کودک بزه‌دیده و شرایط روحی او نیاز به چنین رویکردهایی را دوچندان می‌سازد.

سوم: بر اساس ماده ۲۸۵ در معیت دادگاه اطفال و نوجوانان و در محل آن، شعبه‌ای از

۴۴. محمود امامی و جاوید صلاحی، *دادرسی اطفال و نوجوانان بزهکار*، (تهران: انتشارت میزان، ج ۱، ۱۳۸۹)، ص ۶۱

۴۵. سید علیرضا میرکمالی و انسیه حسینی، پیشین، ص ۱۵۹.

۴۶. محمود امامی و جاوید صلاحی، پیشین، ص ۵۱.

دادرسی عمومی و انقلاب با عنوان دادرسی ویژه نوجوانان به سرپرستی یکی از معاونان دادستان و با حضور یک یا چند بازپرس تشکیل می‌شود. تحقیقات مقدماتی جرایم افراد پانزده تا هجده سال به‌جز جرایم موضوع مواد ۳۰۶ و ۳۴۰ این قانون که به‌طور مستقیم از سوی دادگاه صورت می‌گیرد، در این دادرسی به‌عمل می‌آید.

این ماده دادرسی یادشده را «دادرسی نوجوانان» نام نهاده است. دلیل این امر نیز روشن است، زیرا بر اساس تبصره یک این ماده، دادرسی نسبت به جرایم افراد زیر پانزده سال حق مداخله ندارد و کلیه وظایف مربوط به تحقیقات مقدماتی برعهده دادگاه است؛ بنابراین، این دادرسی صرفاً تحقیقات مقدماتی جرایم ارتكابی از سوی نوجوانان بالای پانزده سال را به‌عمل می‌آورد. حال سؤال این است که دادرسی نامبرده اختصاصی است یا تخصصی؟

در این خصوص چند دیدگاه قابل طرح است: برخی بیان داشته‌اند دادرسی ویژه نوجوانان دادرسی اختصاصی نبوده، بلکه شعبه‌ای تخصصی از دادرسی عمومی و انقلاب است و این دادرسی صلاحیت تحقیقات مقدماتی در مورد اتهام افراد بین ۱۵ تا ۱۸ سال شمسی را دارد.^{۴۷} این دیدگاه از این جهت تقویت می‌شود که ماده ۲۸۵ آ.د.ک دادرسی نوجوانان را شعبه‌ای از دادرسی عمومی و انقلاب دانسته است.

یکی دیگر از حقوق‌دانان معتقد است دادرسی‌های تخصصی موضوع ماده ۲۵، دادرسی‌های تخصصی قضایی است که اختیار تأسیس آن با قوه قضاییه می‌باشد و دادرسی ویژه نوجوانان در زمره دادرسی تخصصی قانونی است که خود قانون‌گذار آن را تأسیس کرده، زیر نظر دادرسی عمومی قرار دارد.^{۴۸}

به‌نظر می‌رسد هیچ‌یک از این دو دیدگاه صحیح نیست، چراکه دیدگاه اخیر اقدام به جعل مفهومی حقوقی نموده است که مسبوق به سابقه نیست و از سوی دیگر مرز میان مراجع اختصاصی و تخصصی را برهم می‌زند. از طرف دیگر با توجه به وجوه افتراق میان مراجع اختصاصی و تخصصی، می‌توان این دادرسی را اختصاصی دانست؛ زیرا اولاً دادگاه و دادرسی

۴۷. علی خالقی، نکته‌ها در آیین دادرسی کیفری، (تهران: انتشارات شهر دانش، ج ۱، ۱۳۹۴)، ص ۳۱۶.

۴۸. محمدعلی جهانی‌پور، دادرسی کیفری اختصاصی (اطفال و نوجوانان بزهدکار)، (تهران: انتشارات شهر دانش، ج ۱، ۱۳۹۷)، ص ۹۰.

اختصاصی از سوی قانون‌گذار ایجاد می‌شود و برعکس قانون سابق، این دادسرا در قانون آیین دادرسی مصوب ۱۳۹۲ پیش‌بینی شده است.

ثانیاً دادرهای تخصصی با توجه به نیاز سیستم قضایی به تشخیص رئیس قوه قضاییه ایجاد می‌شود و ماده ۲۵ آ.د.ک به این موضوع اشاره کرده است؛ حال آنکه در این ماده صحبتی از دادرای ویژه نوجوانان نشده است و نکته جالب توجه اینکه در لایحه ابتدایی آیین دادرسی کیفری، دادرای ویژه نوجوانان در ماده ۲۵ به‌عنوان دادرایی تخصصی آمده بود، لیکن در اصلاحات صورت‌گرفته این مورد از ماده ۲۵ حذف گردید و به صورت مستقل ایجاد شد؛ این امر مشعر بر آن است که قانون‌گذار این دادسرا را برخلاف مصادیقی چون دادرای کارکنان دولت، جرایم امنیتی و... تخصصی نمی‌داند.

ثالثاً در این قانون اجازه ارجاع سایر پرونده‌ها به دادرای نوجوانان داده نشده و این درحالی است که در قانون سابق چنین منعی وجود نداشته است؛ لذا به نظر می‌رسد تمایل قانون‌گذار بر اختصاصی بودن این دادسرا است.

با این استدلال، دادرای ویژه نوجوانان دادرایی اختصاصی است که قضات آن دارای شرایط خاصی همچون گذراندن دوره‌های آموزشی، تأهل و سابقه قضاوت هستند. حال این سؤال مطرح می‌شود که چرا قانون‌گذار به‌جای ایجاد دادرایی تخصصی برای رسیدگی به موضوع بزه‌دیدگی اطفال از پتانسیل این دادسرا در رسیدگی به این موارد استفاده نکرده است؛ خاصه آنکه مطابق ماده ۴۸ قانون حمایت از اطفال، در مواردی که کودک ناقض قوانین جزایی باشد یا نوجوان بزه‌کار، بزه‌دیده نیز تلقی شود، دادرای رسیدگی به جرایم اطفال و نوجوانان به جرایم ارتكابی علیه آنها نیز رسیدگی می‌کند؛ لذا این اشکال به قانون حمایت از اطفال و نوجوانان وارد است که از این امتیاز برای کودکان بزه‌دیده استفاده نکرده است.

نتیجه

تحولات آیین دادرسی کیفری در دهه‌های اخیر گویای آن است که صرفاً نظر به بزه‌کار و جامعه ندارد، بلکه مصالح بزه‌دیده مد نظر است. رویکرد افتراقی به دادرسی کودکان

بزه‌دیده از منظر علوم جرم‌شناسی و روان‌شناسی شکل گرفته و نظام حقوقی ایران نیز برخی صور افتراقی‌سازی را هرچند ناقص پذیرفته است. این مصادیق شامل موارد زیر است:

۱- افزایش رقم سیاه بزه‌دیدگی کودکان و نوجوانان سبب شده است نظام حقوقی ایران به تبع اسناد بین‌المللی به جرایم علیه اطفال جنبه عمومی ببخشد. اتخاذ چنین تدبیری الزام به طرح شکایت از سوی کودک بزه‌دیده یا خانواده وی را برای آغاز جریان دادرسی منتفی می‌سازد و به مقام تعقیب امکان می‌دهد خود امر تعقیب را آغاز نماید؛ همچنین الزامی بودن اعلام بزه‌دیدگی کودکان در قانون حمایت و تعیین ضمانت اجرای کیفری برای آن در کاهش رقم سیاه کشف جرایم علیه کودکان تأثیر بسزایی دارد.

۲- حضور شخص حامی اعم از خانواده یا مددکار اجتماعی و یا سایر افرادی که می‌توانند یاریگر کودک باشند در سرعت و دقت روند تحقیقات مقدماتی و کاهش آسیب‌های طفل مؤثر است. قانون‌گذار ایران با آنکه برعکس اسناد بین‌المللی به‌صراحت از اصطلاح «شخص حامی» استفاده نکرده، لکن سازوکارهای حضور این افراد را در تحقیقات پیش‌بینی نموده است.

۳- شرایط خاص مقام تعقیب و نیز مکان تحقیقات مقدماتی کودکان حائز اهمیت است و در اسناد بین‌المللی مصادیقی از توجه به این موارد ملاحظه می‌شود؛ با این حال در نظام حقوقی ایران در خصوص مکان تحقیق و شرایط ظاهری آن مقرره‌ای وجود ندارد و در مورد مقام تحقیق نیز به لفظ کلی «آموزش‌دیده» اکتفا شده است.

۴- چگونگی رویکرد پلیس به مقوله بزه‌دیدگی کودکان، یکی از مهم‌ترین سنجه‌های میزان رضایت‌مندی کودکان بزه‌دیده از دستگاه عدالت کیفری محسوب می‌شود، لکن در قانون حمایت از کودکان و نوجوانان و نیز لایحه پلیس ویژه اطفال این موضوع تا حد زیادی مغفول مانده و قانون‌گذار سازوکارهای اجرایی این تعامل را مشخص نکرده است. مهم‌ترین دلیل این امر را می‌توان در تمرکز نظام حقوقی ایران بر امر بزهکاری کودکان - و نه بزه‌دیدگی آنان - تحلیل نمود.

۵- اختصاصی شدن مراجع کیفری مهم‌ترین جلوه دادرسی افتراقی است، با این همه و با وجود پیش‌بینی مراجع اختصاصی تحقیقات مقدماتی جرایم کودکان، از ظرفیت این نهاد در امر بزه‌دیدگی اطفال استفاده نشده است.

منابع و مأخذ

الف) منابع فارسی

– کتاب‌ها

۱. امامی، محمود و صلاحی، جاوید، *دادرسی اطفال و نوجوانان بزهکار*، (تهران: انتشارات میزان، چ ۱، ۱۳۸۹).
۲. آخوندی، محمود، *آیین دادرسی کیفری: کلیات و دعاوی ناشی از جرم*، (تهران: نشر دوران‌دیشان، چ ۱۷، ۱۳۹۴).
۳. پاک‌نیت، مصطفی، *افتراقی‌شدن دادرسی کیفری*، (تهران: نشر میزان، چ ۱، ۱۳۹۶).
۴. جهانی‌پور، محمدعلی، *دادرسی کیفری اختصاصی (اطفال و نوجوانان بزهکار)*، (تهران: انتشارات شهر دانش، چ ۱، ۱۳۹۷).
۵. خالقی، علی، *نکته‌ها در آیین دادرسی کیفری*، (تهران: انتشارات شهردانش، چ ۱، ۱۳۹۴).
۶. صانعی، پرویز، *حقوق جزای عمومی*، (تهران: طرح نو، چ ۱، ۱۳۸۲).
۷. قهفرخی، سعید و زینالی، امیرحمزه، *آسیب‌شناسی حقوق کودکان در ایران (با تأکید بر کودک آزاری)*، (تهران: نشر میزان، چ ۱، ۱۳۹۰).
۸. گسن، ریمون، *مقدمه‌ای بر جرم‌شناسی*، ترجمه مهدی کی‌نیا، (تهران: دانشگاه علامه طباطبایی، چ ۱، ۱۳۷۰).
۹. لپز، ژرار و فیلیزولا، ژینا، *بزهدیده و بزهدیده‌شناسی*، ترجمه روح‌الدین کرد علیوند، (تهران: انتشارات مجد، چ ۱، ۱۳۷۹).
۱۰. نجفی ابرندآبادی، حسین، *درباره سیاست جنایی افتراقی، دیباچه بر کریستین لازرژ، درآمدی بر سیاست جنایی*، (تهران: نشر میزان، چ ۱، ۱۳۹۲).
۱۱. ویلیامز، فرانک و مک‌شین، ماری لین دی، *نظریه‌های جرم‌شناسی*، ترجمه حمیدرضا ملک‌محمدی، (تهران: نشر میزان، چ ۱، ۱۳۸۶).
۱۲. هدایت، هدیه، *آیین دادرسی ویژه کودکان بزهدیده*، (تهران: انتشارات میزان، چ ۱، ۱۳۹۵).

- مقاله‌ها

۱۳. بوریکان، ژان، «اطفال بزه‌کار و بزه‌دیده در حقوق فرانسه»، ترجمه علی‌حسین نجفی ابرندآبادی، *دانشگاه علوم اسلامی رضوی*، ش ۲ (۱۳۸۱).
۱۴. پویاسیرت، محمدحسین، «رسیدگی به جرایم اطفال در قانون آیین دادرسی کیفری»، *مطالعات حقوق*، ش ۹ (۱۳۸۸).
۱۵. جوان جعفری، عبدالرضا و قتلویی، شعله، «نقش مددکار اجتماعی در نظام عدالت کیفری اطفال و نوجوانان بزه‌دیده»، *وکیل مدافع*، ش ۱۵ (۱۳۹۵).
۱۶. رجبی، ابراهیم، «درمانگاه بزه‌دیده و بزه‌دیدگی و نقش پلیس در آن»، *دانش انتظامی*، ش ۴۶ (۱۳۸۹).
۱۷. کوشکی، غلامحسین، «سازمان‌های غیردولتی: از انفعال تا مشارکت رو به فعال در تعقیب دعوی عمومی»، *پژوهش حقوق کیفری*، ش ۴ (۱۳۹۲).
۱۸. محمدی نوقی‌زاده، مریم؛ مهرا، نسرین؛ سماواتی پیروز، امیر، «سازکارهای اخلاقی در حمایت از رنج‌دیدگان در سکوت با رویکرد کاهش رقم سیاه جرایم علیه اطفال»، *پژوهش‌های اخلاقی*، ش ۳۹ (۱۳۹۹).
۱۹. موذن‌زادگان، حسنعلی و جوادی، حسین، «الزامات و سازوکارهای پلیس اطفال و نوجوانان در ایران (مطالعه تطبیقی: حقوق آمریکا)»، *پژوهش‌های حقوق جزا*، ش ۵ (۱۳۹۴).
۲۰. موذن‌زادگان، حسنعلی؛ بیگی‌زاده، پرویز؛ کوشکی، غلامحسین، «کاربست آیین دادرسی کیفری افتراقی نسبت به اشخاص حقوقی»، *پژوهش حقوق کیفری*، ش ۲۹ (۱۳۹۸).
۲۱. میرکمالی، سید علیرضا و حسینی، انسیه، «دادرسی کیفری افتراقی اطفال در قانون آیین دادرسی ۱۳۹۲»، *پژوهشنامه حقوق کیفری*، ش ۱۴ (۱۳۹۵).
۲۲. نیازپور، امیرحسین، «دادگاه‌های کیفری رسیدگی‌کننده به جرم‌های اطفال و نوجوانان»، *مطالعات حقوق تطبیقی معاصر*، ش ۱۵ (۱۳۹۶).

- پایان‌نامه‌ها

۲۳. شریف رازی، ژینوس، *حمایت از اطفال بزهدیده در فرآیند دادرسی کیفری ایران و انگلستان*، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۸۷.

۲۴. فخاری، علی، *دادرسی عادلانه اطفال در حقوق بشر بین‌المللی و حقوق ایران*، دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۸۸.

- همایش

۲۵. شایگان، محمد، «الگوی عدالت کیفری کودکان و نوجوانان معارض با قانون در حقوق ایران»، *مجموعه مقالات همایش ملی عدالت کیفری کودکان و نوجوانان در حقوق ایران*، (تهران: دانشگاه علوم قضایی، چ ۱، ۱۳۸۹).

(ب) منابع عربی**- کتاب‌ها**

۲۶. خمینی، روح‌الله، *تحریر الوسیله*، ج ۱، (قم: موسسه دارالعلم، چ ۱، بی‌تا).

۲۷. طوسی، محمد، *الخلافا*، ج ۳، (قم: دفتر انتشارات اسلامی، چ ۱، ۱۴۰۷).

(ج) منابع انگلیسی و فرانسه**- Books**

33. Peter Bal, *Discourse Ethics and Human Rights in Criminal Procedure, in Habermas, Modernity and Law*, Edited by Mathieu Deflem, Sage Publication, 1996.

28. Stephen Brown, et al, *Criminology, Explaining Crime and its Context*, Seventh Edition, Anderson Publishing, 2010.

29. Trojanowicz, Robert C; Bucqueroux, Bonnie, *Community Policing: A Contemporary Perspective Cincinnati*, OH: Anderson, 1990.

- Articles

30. Bradley D. McAuliff, Joshua Lapin, Sandra Michel, Support Person Presence and Child Victim Testimony: Believe it or Not, *Behavioral*

Sciences & the Law, Vol. 33, No. 4, 2015.

31. De wijze, Stephen, Punishing 'Dirty Hands', *Ethical Theory and Moral Practice*, Vol. 16, No. 4, 2013.
32. Lisa Bunting, Invisible Victims: Recorded Crime and Children in the UK, *Journal: Child Abuse Review*, Vol. 23, Issue 3, 2014.
33. Louis Jean. *Adoption D'une Conversion Internationale Sur Les Droits De L'enfant*, *Revue Du Droit Public*, No. 2, 1990.
34. Miller, Brett, Banks-Brett, Experience and Ideology on Specialized Courts: the Case of the Court of Appeals for the Federal Circuit, *Law & Society Review*, Vol. 43, No. 4, 2009.



University of Tabriz

Contemporary Comparative Legal Studies

Online ISSN: 2821-0514

Volum: 14 Issue: 31

Summer 2023

Article Type: Research Article

Pages: 287-314

A Comparative Study of the Principles and Pillars of Privacy in the Age of Corona Outbreak in Iranian and French Law

Jafar Nouri Yushanloui^{1✉} | Neda Hamkanmorad²

1. Associate Professor, University of Tehran, Iran

jafarnory@ut.ac.ir

2. Master of Private Law, University of Tehran, Iran

hameganmoradn@ut.ac.ir

Abstract

With the outbreak of the Covid19 pandemic, the ways to prevent the spread of the virus challenged the privacy at national and international scope. Conflicting the right to privacy with other rights, such as protecting the lives and health of others or securing public interests requires taking an appropriate approach to balancing privacy protection with the need for reasonable and necessary information and action due to prevention of the spread of the pandemic. This article takes a comparative view; it uses library resources, studies the guidelines and follows practical measures at the pillars and legal status of the conflict between privacy and citizens' right to health and the fight against the Covid 19 pandemic in Iran and France to address the questions whether control of pandemic can be one of the exceptions to the need to protect the privacy of individuals, and if so, what the legal principles and rules governing this response are. In order to answer these question, the author emphasizes the legal gaps in the current legal system of Iran, both in the field of substantive laws and in the field of defining organizations and technical institutions whose existence and powers are derived from legislative channels. It is argued that the privacy, as one of the most vulnerable areas of fundamental rights and its provision mechanisms in the event of widespread diseases as an emergency situation, should be comprehensively supported in light of specialized legislation based on universal principles of human rights. It is emphasized that providing public health should not act as an extra-legal tool to violate the right to privacy, and governments can make decisions and take action in this field within pre-defined legal and technical frameworks.

Keywords: *Pandemic, Covid 19, Privacy, Privacy restriction, Corona.*

Received: 2022/04/04 Received in revised form: 2022/05/22 Accepted: 2022/06/18 Published: 2023/06/26

DOI: 10.22034/LAW.2022.50964.3116

Publisher: University of Tabriz

Tabrizulaw@gmail.com



مطالعه تطبیقی مبانی و معیارهای تحدید حق بر حریم خصوصی در عصر شیوع کرونا در حقوق ایران و فرانسه

جعفر نوری یوشانلوئی^۱ | ندا همکانمراد^۲

jafamory@ut.ac.ir

۱. دانشیار دانشگاه تهران، ایران

hameganmoradn@ut.ac.ir

۲. کارشناس ارشد حقوق خصوصی دانشگاه تهران، ایران

چکیده

با شیوع پاندمی کووید ۱۹، موضوع حریم خصوصی در سطح ملی و بین‌المللی در تعارض با روش‌های جلوگیری از انتشار این ویروس با چالش‌هایی مواجه شده است. تعارض حق حریم خصوصی اشخاص با دیگر حقوق، از جمله حفظ حیات و سلامت دیگران و یا تأمین منافع عمومی، مستلزم اتخاذ رویکردی مناسب در برقراری تعادل میان حمایت از حریم خصوصی و لزوم دستیابی معقول و ضروری به اطلاعات مورد نیاز و اقدامات پیشگیرانه، بهداشتی و درمانی در راستای جلوگیری از سرایت پاندمی است. این نوشتار با نگاهی تطبیقی و با بهره‌گیری از منابع کتابخانه‌ای و مطالعه دستورالعمل‌ها و پیگیری اقدامات عملی صورت‌گرفته، به بررسی ارکان و وضعیت حقوقی تقابل حفظ حریم خصوصی در مقابل حق شهروندان بر سلامت و مبارزه با پاندمی کووید ۱۹ در دو کشور ایران و فرانسه و پاسخ به این پرسش پرداخته است که آیا کنترل پاندمی می‌تواند از موارد استثنای لزوم حفظ حریم شخصی افراد باشد و اگر پاسخ مثبت است، اصول و قواعد حقوقی حاکم بر آن کدامند؟ نگارندگان در راستای پاسخ به این پرسش، بر خلأهای قانونی در نظام حقوقی کنونی ایران در حوزه قوانین ماهوی و در حوزه تعریف تشکیلات فنی که موجودیت و اختیارات آن برگرفته از مجاری تقنینی باشد تأکید دارند و بر این باورند که حریم خصوصی به‌عنوان یکی از آسیب‌پذیرترین حوزه‌های حقوق بنیادین و سازوکارهای تأمین آن در شرایط بروز بیماری‌های فراگیر به‌مثابه یک وضعیت اضطراری، می‌بایست در پرتو قانون‌گذاری‌های تخصصی و مبتنی بر اصول جهان‌شمول حقوق بشری مورد حمایت همه‌جانبه قرار گیرد؛ به‌نحوی که تأمین سلامت عمومی به‌عنوان ابزاری فراقانونی در جهت نقض حق بر حریم خصوصی عمل نکند و دولت‌ها در چهارچوب از پیش تعریف‌شده حقوقی بتوانند در این حوزه تصمیم‌گیری و اقدام نمایند.

واژگان کلیدی: پاندمی، تحدید حق حریم خصوصی، حریم شخصی، کرونا، کووید ۱۹.

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۱/۱۵ تاریخ بازنگری: ۱۴۰۱/۰۳/۰۱ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۰۳/۲۸ تاریخ انتشار: ۱۴۰۲/۰۴/۰۵

DOI: 10.22034/LAW.2022.50964.3116

Tabrizulaw@gmail.com

ناشر: دانشگاه تبریز

مقدمه

حفظ حریم خصوصی یکی از حقوق بنیادین بشر است و مبتنی بر آن هر انسانی حق دارد حریم خصوصی خود را از آگاهی و ورود دیگران مصون سازد. اهمیت این موضوع تا آنجاست که با توجه به ماده ۱۶ اعلامیه حقوق بشر و شهروندان^۱ مصوب ۱۷۸۹ که پس از پیروزی انقلاب کبیر فرانسه صادر شد، بدون تضمین حقوق بنیادین حتی قانون اساسی هم معنی پیدا نخواهد کرد.^۲ این آزادی و مصونیت همواره به شیوه‌ها و علل مختلفی از جمله فشارهای اجتماعی، گسترش ابزارها و روش‌های افشا و تحقیق، مورد تهدید واقع می‌شود.

با شیوع ویروس کرونا دولت‌ها برای تضمین سلامتی مردم، حفظ امنیت اجتماعی و بقای خویش به‌عنوان یک ضرورت ملی و فراملی، با استناد به قاعده حفظ نظام^۳ مجبور شده‌اند به شکل بی‌سابقه‌ای حقوق شخصی تعداد زیادی از تابعین خود را محدود کنند (اگرچه برخی قاعده حفظ نظام را از نگاهی دیگر دلیلی بر مرجح بودن و تأکید بر مصون بودن محرمانگی زندگی افراد می‌دانند).^۴ محدودیت‌هایی از جمله قرنطینه اجباری، منع و کنترل تردها و سنجش موقعیت مکانی افراد و همچنین اقداماتی که به‌نوعی می‌تواند افشای اسرار پزشکی افراد تلقی شود و یا حتی در موارد شدیدتر، اجبار به واکسیناسیون و برخی محرومیت‌های اجباری در صورت عدم دریافت واکسن.

با اعلام وضعیت اضطراری عملاً دخالت دولت‌ها در آزادی‌های فردی افزایش پیدا می‌کند، زیرا راه‌حل مشکلات بروز یافته، مدیریت مقتدارانه جامعه است که بدون مداخله در زندگی شهروندان میسر نمی‌شود.^۵

^۱ Déclaration Des Droits De L'homme Et Du Citoyen, 1789.

^۲ علیرضا جلالی و محمد ابوعطا، «وضعیت اضطراری و محدودیت حقوق بنیادین بررسی اقدامات حکومت ایتالیا در مقابله با بیماری کرونا»، پژوهش حقوق عمومی، ش ۶۷ (۱۳۹۹)، ص ۴۲.

^۳ رحیم نوبهار، «از حفظ حکومت تا حفظ نظام»، پژوهش حقوق عمومی، ش ۶۳ (۱۳۹۸)، ص ۴۵.

^۴ حسین جاویر و امیر کشتگر، «ساحت‌های تأثیر قاعده فقهی حفظ نظام بر حق حریم خصوصی»، مطالعات حقوق بشر اسلامی، ش ۱ (۱۴۰۰)، ص ۱۳۳.

^۵ باقر شاملو و ابوالفضل یوسفی، «وضعیت اضطرار عمومی در نظام بین‌المللی حقوق بشر»، حقوقی دادگستری، ش ۹ (۱۳۹۵)، ص ۱۱۰.

در حالت عادی و با توجه به اهمیت این موضوع در بسیاری از دولت‌ها، در صورت تضاد این حق با سایر مصالح اجتماعی، رجحان با حفظ حریم خصوصی افراد است. اما در عصر کووید ۱۹ به‌عنوان یک بحران جهانی و پیش آمدن موضوع مصالح عالی در سطح جهانی، رویکرد دولت‌ها چه بوده است و چه باید باشد؟ سؤال این است که شیوع این بیماری آیا به‌مثابه یک وضعیت اضطراری است که محدود شدن حقوق بنیادین شهروندان را توجیه کند و اگر پاسخ مثبت است، این پاسخ دارای چه مبانی حقوقی است؟ به‌طور دقیق‌تر نحوه دخالت دولت‌ها در حریم خصوصی افراد در راستای مدیریت بحران بهداشتی حال حاضر، یعنی همه‌گیری کرونا، دارای چه مبانی و توجیحات حقوقی است و اساساً می‌بایست در پرتو چه معیار یا اصولی صورت پذیرد؟

اگرچه پژوهش‌های متعددی در حوزه حریم خصوصی و حتی به‌طور خاص امکان تحدید آن و همچنین به‌طور جداگانه در عرصه نگاه حقوقی به مسئله کرونا صورت گرفته است، اما نوآوری این نوشتار علاوه بر تطبیقی بودن و تمرکز بر حقوق دو کشور ایران و فرانسه حول موضوع موردبحث، توجه ویژه بر لزوم قانون‌گذاری و قانونمندسازی اختیارات دولت‌ها در خصوص امکان نقض حریم خصوصی افراد در زمان بروز پاندمی‌ها با محوریت بیماری کرونا و مهم‌تر از آن، لزوم مقید بودن فرایندهای تقنینی در این حوزه به اصول و ضوابط جهان‌شمولی است که نگارندگان سعی داشتند از روح و متن قوانین موجود استخراج و معرفی کنند.

در این نوشتار ذیل سه عنوان ابعاد این مهم در عصر کرونا و رویکرد دولت‌ها در برقراری تعادل میان حفظ حریم خصوصی و مصالح عمومی و مبانی حقوقی آن بررسی شده است.

در بخش نخست به مفهوم، مبانی و ارکان حریم خصوصی در حقوق ایران و فرانسه پرداخته شده و در بخش دوم، تقابل حق بر حفظ حریم خصوصی در مواجهه با سازوکارهای کنترل پاندمی کووید ۱۹ و مقابله با آن و حفظ مصالح ملی و مسائل سلامت جامعه و مبانی حقوقی آن از منظر جمع‌آوری اطلاعات شخصی افراد اعم از اطلاعات مربوط به موقعیت مکانی و اطلاعات مربوط به سلامت آنها و همچنین اجبار به واکسیناسیون با نگاهی تطبیقی بررسی شده است. ذیل بخش سوم، ضوابط حاکم بر تحدید این حق بنیادین مورد مطالعه قرار خواهد گرفت.

۱. مفهوم، ماهیت و ارکان حریم خصوصی در عصر کرونا

مفهوم حریم خصوصی دارای ریشه‌های عمیق در مباحث انسان‌شناختی و جامعه‌شناختی بوده و این امر حاکی از ارزش‌های مختلف این مفهوم در فرهنگ‌های متفاوت است.^۶ بنابراین، حریم خصوصی مفهومی سیال است که در هر جامعه دارای تعریف و قلمرو متفاوتی است و در هر کشوری با فرهنگ، اجتماع، اقتصاد و به‌ویژه نوع رژیم سیاسی حاکم بر آن کشور ارتباط دارد و ممکن است در کشوری موضوعی از موضوعات داخل در مفهوم حریم خصوصی تلقی شود و در کشور دیگر چنین نباشد.^۷ اما به‌طور کلی امروزه از جمله آزادی وجدان و اندیشه، کنترل بر اطلاعات شخصی، رهایی از نظارت‌های سمعی و بصری دیگران، حمایت از حیثیت و اعتبار خود و حمایت در برابر تفتیش‌ها و تجسس‌ها و رهگیری‌ها را شامل می‌شود.^۸

«حریم خصوصی محدوده‌ای از زندگی شخص است که به وسیله قانون و عرف تعیین شده و ارتباط با عموم ندارد به نحوی که دخالت دیگری در آن ممکن است باعث جریحه‌دار شدن احساسات شخص یا تحقیر شدن وی نزد دیگران به‌عنوان موجود انسانی شود»^۹.

آیین‌نامه اجرایی قانون انتشار و دسترسی آزاد به اطلاعات، حریم خصوصی را قلمرویی از زندگی شخصی فرد تلقی کرده است و در ماده ۱ می‌گوید:

«قلمروی از زندگی شخصی فرد که انتظار دارد دیگران بدون رضایت یا اعلام قبلی وی یا به حکم قانون یا مراجع قضایی آن را نقض نکنند؛ از قبیل حریم جسمانی، وارد شدن، نظاره کردن، شنود و دسترسی اطلاعات شخصی فرد از طریق رایانه، تلفن همراه، نامه، منزل مسکونی، خودرو و آن قسمت از مکان‌های اجاره‌شده خصوصی نظیر هتل و کشتی، همچنین آنچه حسب قانون، فعالیت حرفه‌ای خصوصی هر شخص حقیقی و حقوقی محسوب می‌شود؛ از قبیل اسناد تجاری و اختراعات و اکتشافات».

۶. باقر انصاری، حقوق حریم خصوصی، (تهران: سمت، چ ۱، ۱۳۹۳)، ص ۱۱.

۷. منصور رحمدل، «حق انسان بر حریم خصوصی»، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، ش ۷۰ (۱۳۸۴)، ص ۱۲۹.

۸. باقر انصاری، پیشین، ص ۲.

۹. منصور رحمدل، پیشین، ص ۱۲۹.

در قانون اساسی ایران متن خاصی وجود ندارد که از حریم خصوصی تحت عنوانی خاص حمایت کرده باشد، اما به طور کلی در مواردی از جمله حریم خلوت بدنی، حریم مکانی، حریم ارتباطات و حریم جسمانی به آن توجه شده است.^{۱۰}

اصل ۲۲ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران مقرر داشته است که حیثیت، جان، مال، حقوق و مسکن افراد از تعرض مصون است؛ مگر در مواردی که قانون تجویز کند. قانون اساسی همچنین تفتیش عقاید را ممنوع کرده و اصل ۲۵ قانون اساسی این مسئله را بیان می‌کند که بازرسی، نرساندن نام‌ها، 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.

تأکید بر حفظ حریم شخصی افراد و احترام به آن را در قانون اساسی ایران به طور کلی می‌توان به چند دسته طبقه‌بندی نمود:

- حریم خصوصی افراد در مکالمات خصوصی و ارتباطات آنها و اصل عدم تجسس مندرج در اصل ۲۵.
- حریم خصوصی تن و جسم که در مواردی همچون آزادی انتخاب شغل و یا منع از بازداشت و عدم تبعید، خود را نشان می‌دهد.
- حریم خصوصی روانی افراد که در مواردی همچون منع از هتک حرمت خود را نشان می‌دهد؛ از جمله اصل ۳۹.

میثاق حقوق مدنی و سیاسی^{۱۱} که ایران در سال ۱۳۵۴ به آن ملحق شده، صریحاً به حمایت از حریم خصوصی در نظام حقوقی ایران تأکید کرده است.

همچنین در مواد مختلفی از قوانین عادی، از جمله قانون مجازات اسلامی، شاهد حمایت‌های کیفری قانون‌گذار از حق بر حریم خصوصی هستیم.^{۱۲} از جمله در مواد مختلفی

۱۰. اصول ۲۱ تا ۲۷ و ۳۱ تا ۳۳ و نیز ۳۵، ۴۱ و ۴۲.

۱۱. International Covenant on Civil and Political Rights.

۱۲. مواد ۶۱۱، ۶۱۲، ۶۱۴، ۶۱۵، ۶۲۱ و مواد ۵۱۷ تا ۵۲۳ قانون مجازات اسلامی.

بر عدم هتک حرمت، قذف و امکان بازرسی بدون مجوز، بر حفظ حریم خصوصی افراد تأکید شده و برای نقض آن ضمانت اجراهای کیفری وضع گردیده است.

در قانون مدنی نیز در مواد ۱۳۰ و ۱۳۳ و همچنین در باب موضوعاتی همچون تصرف عدوانی، حفظ حریم خصوصی مکانی افراد مورد تأکید قرار گرفته است.

ماده ۱۳ منشور حقوق شهروندی بر این حق تأکید دارد و اقدامات غیرقانونی حتی به نام تأمین امنیت عمومی را رد می‌کند. همچنین در ماده ۳۵ بر حفاظت از داده‌ها و حفظ حریم خصوصی افراد در فضای سایبر تأکید شده است.

همچنین قانون‌گذار در ماده ۱۴ قانون انتشار و دسترسی آزاد به اطلاعات، حاکمیت افراد بر حفظ حریم خصوصی را به رسمیت می‌شناسد.

در قوانین شکلی نیز از جمله ماده ۵۵ قانون آیین دادرسی کیفری در مواردی همچون تفتیش اماکن بسته و بازرسی‌ها در جرایم غیرمشهود، تأکید بر حفظ حریم خصوصی به چشم می‌خورد.

قانون تجارت الکترونیکی نیز در ماده ۵۸ بر حفظ حریم خصوصی اطلاعاتی افراد تأکید دارد.

طبق تعریف دیکشنری ژوئدیگ^{۱۳} دادگاه‌ها اصل رازداری را شامل حمایت از محرمانگی عشق و زندگی خانوادگی، رازداری مربوط به سلامتی، رازداری محل سکونت و اقامتگاه و نیز حقوق تصویر در نظر می‌گیرند.^{۱۴}

در فرانسه تأکید بر حریم خصوصی را می‌توان در ادوار مختلف مشاهده کرد. طبق قانون اساسی ۲۲ اوت مصوب ۱۷۹۵، مسکن هر شهروندی مصون است (قانون اساسی ۳ سپتامبر ۱۷۹۱ و قانون اساسی ۲ دسامبر ۱۷۹۹ شامل حمایت مشابهی بود). قانون ۱۱ می ۱۸۶۸

^{۱۳}<https://www.dictionnaire-juridique.com/definition/vie-privee.php> .

^{۱۴}Les Tribunaux Ont Appliqué Le Principe De Cette Protection, Au Droit À La Vie Sentimentale Et à La Vie Familiale, Au Secret Relatif À La Santé, Au Secret De La Résidence Et Du Domicile, Et Au Droit à L'image.

انتشار هرگونه واقعیت مربوط به زندگی خصوصی را جرم دانسته و در سال ۱۹۷۰ ماده ۹ جدید وارد قانون مدنی شد و قانون‌گذار قاعده‌ای کلی برای حمایت از حریم خصوصی پیش‌بینی کرده است. در سال ۱۹۹۵ شورای قانون اساسی حق انسان بر حریم خصوصی را به‌عنوان حق قانونی اساسی و به‌عنوان یک اصل قانون اساسی به‌رسمیت شناخت.^{۱۵} همچنین طبق بند ۲ ماده ۱۶-۱-۱ قانون مدنی، با جسد افراد متوفی باید با احترام، وقار و نجابت رفتار شود.

حق احترام به زندگی خصوصی مندرج در ماده ۸ کنوانسیون حمایت از حقوق بشر و آزادی‌های اساسی و ماده ۹ قانون مدنی^{۱۶} و نیز حق آزادی بیان مشمول ماده ۱۰ کنوانسیون یادشده، یک امر هنجاری است. این برعهده قاضی است که در پی تعادل میان این حقوق باشد و در صورت لزوم، حمایت‌کننده‌ترین راه‌حل با مشروع‌ترین منافع را بیابد^{۱۷} (اولین اتاق مدنی، ۳۰ سپتامبر ۲۰۱۵، درخواست تجدیدنظر ۱۴-۱۶۲۷۳، BICC شماره ۸۳۶ از ۱۵ فوریه ۲۰۱۶ و Legifrance).

اصل آزادی بیان مندرج در بند ۱ ماده ۱۰ کنوانسیون حمایت از حقوق بشر و آزادی‌های اساسی^{۱۸} می‌تواند شامل محدودیت‌ها و تحریم‌هایی باشد که در یک جامعه دموکراتیک برای حمایت از شهرت یا حقوق لازم است. این موضوع ماده ۹ قانون مدنی است که به‌موجب مقررات خاصی به قاضی این اختیار را می‌دهد که هر اقدامی را که برای جلوگیری یا خاتمه دادن به نقض حق احترام به زندگی خصوصی و همچنین «به‌منظور جلوگیری یا خاتمه دادن به تجاوز به زندگی خصوصی باشد» دستور دهد.

اما زندگی خصوصی دقیقاً چه چیزی را پوشش می‌دهد؟ این سؤال ظریف است، زیرا راه‌های مختلفی برای درک حریم خصوصی وجود دارد.

^{۱۵}Étienne Picard: 49-103.

^{۱۶}Chacun a Droit Au Respect De Savie Privée.

^{۱۷}Mère Chambre Civile 30 Septembre 2015, Pourvoi n 14-16273, BICC n°836 du 15 Février 2016 et Legifrance.

^{۱۸}European Convention on Human Rights, 1950.

بنابراین، از یک سو، دفاع از «محرمانه بودن زندگی خصوصی» به معنی محافظت در برابر هرگونه افشا که عنصری از زندگی خصوصی شناخته می‌شود و از سوی دیگر، «آزادی زندگی خصوصی» دو رکن حریم خصوصی در فرانسه می‌باشد. «خصوصی» به معنای قدرت رفتار کردن آن‌گونه که (شخصی) در این بخش از زندگی خود مناسب می‌داند، است.^{۱۹} پس حفاظت از حریم خصوصی شامل دو سطح می‌شود: قدرت پنهان شدن، و آزادی عمل به دلخواه.

هیچ تعریف قانونی برای «زندگی خصوصی» وجود ندارد، اما قضات تمام اطلاعاتی را که به حریم خصوصی افراد نفوذ می‌کند، به‌ویژه موارد زیر را تعیین کرده‌اند:

روابط جنسی: هرکس حق دارد آزادانه زندگی جنسی خود را سازماندهی کند؛ به این ترتیب، اطلاعات در مورد همجنس‌گرایی در چارچوب احترام به زندگی خصوصی و عدم تبعیض قرار می‌گیرد.

زندگی عاشقانه: دخالت در زندگی عاشقانه یک فرد (رابطه، طلاق، جدایی و غیره) ممکن است موضوع رسیدگی قانونی باشد.

زندگی خانوادگی: دخالت در زندگی خانوادگی و به‌ویژه افشای اطلاعاتی مانند مکاتبات، اقامتگاه، محل تعطیلات، زایمان، ممنوع است. عکس‌هایی که نشان‌دهنده یک شخص در یک مکان خصوصی (حتی بیشتر در خانه) است مذموم شمرده می‌شود.

وضعیت مالی: افشای اطلاعات در مورد وضعیت مالی یک فرد و خانواده او تحت حمایت زندگی خصوصی است.

خاطرات شخصی: اتفاقاتی که متعلق به حوزه زندگی خصوصی است، فقط موضوع داده‌ها حق تصمیم‌گیری در مورد انتشار آنها را دارد.

وضعیت سلامت: محرمانه بودن خدمات پزشکی که برای همه افراد دخیل در حوزه

^{۱۹}Pierre. Kayser: 547-548.

^۲Cass. Civ. ,31 May 1988.

بهداشت و درمان الزام‌آور است، با هدف احترام به حریم خصوصی بیماران ایجاد مسئولیت می‌کند.

عقاید سیاسی یا مذهبی: عقاید سیاسی و اعتقادات مذهبی افراد می‌تواند پنهان و مصون از فاش شدن بماند.

شایان ذکر است که طبق قوانین فرانسه این واقعیت که اطلاعات به روشی قانونی جمع‌آوری شده است، مصونیت فاش‌کننده را تضمین نمی‌کند.

مبنای حفظ حریم خصوصی به‌طور کلی پذیرش این اصل است که ورود و تعرض به حریم خصوصی افراد ممنوع است و این امر به‌عنوان یک اصل مهم در همه سیستم‌های حقوقی دنیا پذیرفته شده است. ارکان آن با توجه به اصول و مواد پراکنده‌ای که بر این اصل تأکید دارند شامل حفظ حریم شخصی افراد در سه بخش اصلی جسمانی، روانی و اطلاعاتی است.

در حقوق ایران علی‌رغم پذیرش حفظ حریم خصوصی به‌عنوان یک اصل، در بسیاری از موارد به حکم قانون ورود و تعرض به حریم خصوصی افراد مجاز شمرده شده است و افرادی که دارای مجوز قانونی باشند می‌توانند تا حدودی که قانون برای آنها تعیین کرده به قلمرو حریم خصوصی افراد وارد شده، در آن تجسس و تفحص نمایند؛ ازجمله در قوانینی همچون آیین دادرسی کیفری و یا قانون حمایت از آمران به معروف می‌توان مجوز قانونی ورود به حریم خصوصی افراد را مشاهده نمود.

در حقوق فرانسه نیز اگرچه این اصل با استثناهایی مواجه است، اما اساساً در قلمرو و حتی در مصادیق، متفاوت با حقوق ایران است.

همان‌گونه که پیش‌تر گفته شد، حریم خصوصی در حقوق فرانسه با دو محور حمایت از محرمانگی زندگی خصوصی و نیز آزادی زندگی خصوصی مطرح است؛ درحالی که در حقوق ایران به‌نظر این تعریف مضیق‌تر بوده و حریم خصوصی محدود به حمایت‌های قانون‌گذار از محرمانگی آن است.

۲. مبانی حقوقی تحدید حق بر حریم خصوصی در عصر کرونا

حقوق دانان درباره شرایط اعمال اوضاع فوق العاده این نکات را بیان کرده‌اند: برای توجیه اتخاذ تصمیمات غیرعادی محل آزادی‌های عنوان شده در اسنادی چون قوانین اساسی (مانند حق بر آزادی شخصی، حق بر آزادی تردد، آزادی رسانه‌ای، حق آزادی تجمعات) در جهت مدیریت بحران، وضعیت جامعه باید استثنایی به حساب آید. علاوه بر این، وضعیت اضطراری که در چنین حالتی استثنایی اجرا می‌شود باید موقت باشد و تعلیق حقوق مردم نمی‌تواند از حدود زمانی مجاز تجاوز کند. معیار دیگر، قریب‌الوقوع بودن تهدیدها و خطرها است؛ به این معنی که خطر باید تهدیدی درباره حیات سازمان یافته جامعه محسوب شود و قویاً زندگی مسالمت‌آمیز در کشور را تحت الشعاع قرار دهد؛ از این حیث بین خطرهای بالفعل و بالقوه فرقی وجود ندارد. مصادیق تهدیدهای بسیار شدید به این شرح است: جنگ، شورش‌های داخلی، عملیات تروریستی، بلایای طبیعی، بحران‌های اقتصادی و اجتماعی.^{۲۱}

قانون تشکیل سازمان مدیریت بحران ایران، بحران را این‌گونه تعریف می‌کند:

«شرایطی که در اثر حوادث، رخدادها و عملکردهای طبیعی و انسانی بطور ناگهانی یا غیر قابل کنترل به وجود می‌آید و موجب ایجاد مشقت و سختی به یک مجموعه یا جامعه انسانی می‌گردد و برطرف کردن آن نیاز به اقدامات اضطراری، فوری و فوق العاده دارد».

مثلاً پس از وقوع حمله تروریستی در شش مکان مختلف در پاریس در تاریخ ۱۳ نوامبر ۲۰۱۵ که به مرگ ۱۳۰ نفر منجر شد، وضعیت اضطراری در سراسر این کشور اعلام گردید. این وضعیت در روزهای ۲۶ نوامبر ۲۰۱۵ و ۲۶ فوریه ۲۰۱۶ از سوی مجلس برای سه ماه تمدید شد.^{۲۲}

در اصل ۱۶ قانون اساسی فرانسه^{۲۳} هرگونه تعرض به کرامت انسان ممنوع است. بر اساس این مقرر، هرگاه در فرانسه نهادهای جمهوری، استقلال ملی، تمامیت ارضی و یا تعهدات بین‌المللی در موارد مهم و اضطراری در معرض مخاطره قرار گیرند و روند عادی قوای حاکمه مختل گردد، رئیس‌جمهور پس از مشورت با نخست‌وزیر و رؤسای پارلمان و شورای قانون اساسی تصمیمات مقتضی را اتخاذ می‌نماید. رئیس‌جمهور از طریق اعلامیه

۲۱. ناصر قربان‌نیا، «تعلیق اجرای حقوق بشر در شرایط اضطراری»، فقه و حقوق، ش ۱۲ (۱۳۸۶)، ص ۴۲.

۲۲. به گزارش خبرگزاری آنا، ۲۶ می ۲۰۱۷.

۲۳. La Constitution Française.

مردم را در جریان امور قرار می‌دهد. با وجود این وضعیت بحرانی، دولت نمی‌تواند مجلس را منحل کند.

همچنین اصل ۳۶ قانون اساسی فرانسه از امکان برقراری حکومت نظامی از سوی هیئت دولت می‌گوید، اما تمدید آن برای بیش از ۱۲ روز نیازمند تصویب مجلس است.

شایان ذکر است، وضعیت اضطراری در فرانسه در ۳ آوریل ۱۹۵۵ در جریان جنگ الجزایر به صورت قانون به تصویب رسید. وضعیت فوق‌العاده برای اولین بار در سال ۱۹۵۵ به مدت ۱۲ ماه، سپس در سال ۱۹۵۸ به مدت سه ماه، در سال ۱۹۶۱ به مدت یک ماه، در سال ۱۹۸۴ به مدت شش ماه و در سال ۲۰۰۵ برای دو دوره شش‌ماهه در این کشور اعلام شده است.

قانون ۳ آوریل ۱۹۵۵ در مواد مختلفی از جمله مواد ۵ و ۶ امکان قرنطینه و کنترل عبور و مرور از مرزها را در وضعیت اضطراری پیش‌بینی کرده است.

لازم به ذکر است، در فرانسه اسناد حقوق بین‌الملل از جمله کنوانسیون‌های حقوق بشری بر قانون ملی تفوق دارند.^{۲۴}

سازمان بهداشت جهانی در مقررات بهداشتی بین‌المللی، یک هیئت را در وضعیت اضطراری پیش‌بینی کرده که وظیفه اعلام یا خاتمه و یا تمدید وضعیت اضطراری را به آنها محول نموده است.^{۲۵}

ماده ۵۵ قانون یادشده مقررات این قانون را برای کشورهای عضو با الزامات مندرج در ماده ۲۲ اساسنامه سازمان بهداشت جهانی لازم‌الاجرا می‌داند. بنابراین، کشور فرانسه در اعلام یا پایان یک وضعیت اضطراری، علاوه بر پایبندی به اصول داخلی و اروپایی و نظارت‌های آنان، مطیع توصیه‌های این سازمان جهانی است.

تمامیت جسمانی هر شخص اولین و مهم‌ترین داشته‌اوست که تجاوز به آن در همه

۲۴. مرتضی حاجی‌پور، «بررسی تطبیقی اعمال حقوق بنیادین بشری در حقوق خصوصی»، مطالعات حقوق تطبیقی معاصر، ش ۲ (۱۳۹۷)، ص ۵۸۰.

۲۵. International Health Regulation, Act 48 .

نظام‌های حقوقی با شدیدترین مجازات مواجه می‌شود و به همین دلیل، کامل‌ترین حریم از جهت حمایتی، حریم جسمانی است.^{۲۶} اما شاید یکی از اصلی‌ترین مواردی که بر حفظ این حریم مرجح است، حفظ سلامت جامعه باشد. در قوانین ایران اگرچه چنین ترجیحی صراحت ندارد، اما از لابه‌لای قوانین و همچنین با تمسک به اصول فقهی می‌توان این اصل را استنباط نمود.

قانون طرز جلوگیری از بیماری‌های آمیزشی و واگیردار مصوب ۱۱ خرداد ۱۳۲۰ در این خصوص صراحت دارد. در ماده ۱۳ قانون یادشده، حفظ حریم خصوصی بیمار از طریق مخفی ماندن نام وی مورد تأکید قرار گرفته است. اما مطابق ماده ۲۲ همین قانون، اشخاصی که مانع اجرای مقررات بهداشتی شده یا در اثر غفلت باعث انتشار یکی از بیماری‌های واگیردار می‌شوند به هشت روز تا دو ماه حبس تأدیبی یا جریمه نقدی و یا به یکی از این دو کیفر محکوم می‌شوند. همچنین مطابق ماده ۹ قانون پیش‌گفته، هرکس بداند که به بیماری واگیر مبتلا شده و یا آنکه اوضاع و احوال شخصی او طوری باشد که حدس بزند بیماری‌اش واگیردار است و به‌واسطه او طرف مقابل مبتلا شود و به مراجع قضایی شکایت کند، مبتلاکننده به حبس تأدیبی از سه ماه تا یک سال محکوم می‌شود.

در فقه نیز می‌توان مبانی قابل قبولی در پذیرش امکان تحدید حقوق افراد در راستای منافع جمعی یافت. قواعدی همچون قاعده اختلال نظام و یا لزوم دفع ضرر محتمل و یا حتی مقدمه واجب می‌تواند لزوم برخورد ویژه در شرایط اضطراری و نقض برخی از حقوق بنیادین را مورد قبول معرفی کند؛ از جمله قاعده «الضرورات تبيح المحذورات» یکی از قواعدی است که مواردی را که در حالت عادی حرام است در مواقع اضطرار مباح می‌گرداند (مانند امکان خوردن مردار). همچنین قاعده «نفي ظلم» را به‌عنوان گزاره‌ای کلی که بر اساس ادله شرعی ثابت می‌شود و به‌خودی خود بر مصادیق خویش تطبیق پیدا می‌کند،^{۲۷} می‌توان مبانی فقهی دیگری در نظر گرفت.

۲۶. حسین صادقی، مسئولیت مدنی در ارتباطات الکترونیکی، ج ۱، (تهران: میزان، ۱۳۸۸)، ص ۱۱۷.

۲۷. محمد سلطانی رنانی، «جریان قاعده نفی ظلم در فقه عدلی مسلک»، مطالعات حقوق تطبیقی معاصر، سال یازدهم، ش ۲۱ (۱۳۹۹)، ص ۱۳۱.

مفاد قانون بهداشت عمومی کشور فرانسه^{۲۸} مشتمل بر این اصل است که باید به خواست افراد مبنی بر محرمانه بودن اقدامات تشخیصی و درمانی آنها احترام گذاشت؛ مگر در مواردی که اشخاص ثالث در معرض خطر انتقال باشند.^{۲۹}

میثاق حقوق مدنی و سیاسی نیز تعلیق حقوق یادشده را در شرایطی که موجودیت جامعه در خطر باشد پذیرفته است؛ مگر در مورد شمار خاصی از حقوق که مستقیماً به کرامت انسانی افراد بازمی‌گردد و تعلیق‌پذیر نیست؛ از جمله این دسته از حقوق بنیادین که طبق کنوانسیون حقوق بین‌الملل تحت عنوان حداقل حقوق بشر حتی در شرایط اضطرار قابل تعلیق نیستند؛ حق زندگی، منع شکنجه، منع بردگی، منع حبس در صورت عدم توانایی در انجام الزامات ناشی از تعهد، قبح عقاب بلابیان، آزادی مذهب.^{۳۰}

از آنچه که گفته شد، می‌توان نتیجه گرفت که امکان تحدید و تعلیق حقوق بنیادین افراد و به‌طور خاص حق بر حریم خصوصی در شرایط اضطراری، چه در حقوق ایران و چه در حقوق فرانسه، مورد قبول قانون‌گذار بوده است. اگرچه در قوانین ایران به‌روشنی قوانین فرانسه موقعیت‌هایی که دولت‌ها امکان چنین مداخلاتی را خواهند داشت بیان نشده است.

در بخش بعدی نگارندگان سعی در بررسی و بیان اصولی دارند که می‌بایست بر امکان مداخله دولت‌ها در حریم خصوصی افراد در وضعیت بروز همه‌گیری کرونا به‌عنوان ضابطه عمل کنند؛ اصولی که کمابیش در حقوق فرانسه در نظر گرفته شده، اما خلاً آنها در قوانین ایران کاملاً مشهود است.

۳. معیارهای تحدید حق بر حریم خصوصی در عصر کرونا

جهان‌شمولی از خصوصیات اصلی حقوق بشر شمرده می‌شود؛^{۳۱} بنابراین، لازم است

^{۲۸}Code De La Santé Publique

^{۲۹}Article L.1111- 2

^{۳۰} سعیداله فغان‌نژاد و مهدی نوری، «بررسی حقوق شهروندی در وضعیت بحران - مطالعه تطبیقی حقوق ایران، آمریکا، فرانسه»، مدیریت بحران، ش ۱ (۱۳۹۱)، ص ۷۷.

^{۳۱} مصطفی فضایی و سجاد رضازاده، «کاوشی در سازگاری اعلامیه اسلامی با اعلامیه جهانی حقوق بشر بر پایه دکترین حاشیه تفسیر»، مطالعات حقوق تطبیقی معاصر، ش ۱۹ (۱۳۹۸)، ص ۲۳۰.

معیارهای حاکم بر آن، چه از حیث ایجابی و چه سلبی، به شکلی عام و جهان‌شمول تعریف شده، محدود به مکان و زمان خاصی نباشد.

شورای قانون اساسی فرانسه ۵ اوت ۲۰۲۱ (۱۴ مرداد ۱۴۰۰) لایحه جنجالی «گذرنامه سلامت» را که پیش‌تر از سوی پارلمان و سنای این کشور تصویب شده بود، تأیید کرد. با اجرایی شدن این قانون، ورود به کافه‌ها، رستوران‌ها، قطارهای بین‌شهری و پروازهای هوایی تنها به افرادی که واکسینه شده‌اند یا آزمایش کرونای آنها منفی است محدود شد. این اقدام بحث‌برانگیز دولت اعتراضات گسترده‌ای را در افکار عمومی فرانسه در پی داشته است.

اگر کارکنان مراکز عمومی و بهداشتی نظیر بیمارستان‌ها، کافه‌ها و رستوران‌ها از زدن واکسن خودداری نمایند، کارفرما می‌تواند پرداخت حقوق آنان را برای دو ماه معلق کند.

دادگاه قانون اساسی اعلام کرد محدودیت‌های وضع شده نشان‌دهنده یک «توازن متعادل» میان نگرانی‌ها پیرامون سلامت عمومی و آزادی‌های فردی است.

برونو کورسل بر این باور است که استفاده از گواهی سلامت «جامعه‌ای با نظارت عمومی» شکل می‌دهد که در آن بین افراد واکسینه‌شده و دیگران «تبعیض» وجود دارد؛ در مقابل، مقامات دولت فرانسه تأکید می‌کنند که استفاده از گواهی سلامت برای مقابله با همه‌گیری ویروس کرونا ضروری است.^{۳۲}

دادگاه اروپایی حقوق بشر^{۳۳} خصوص ادعای نقض ماده ۸ کنوانسیون حقوق بشر اروپایی^{۳۴} و منع کودکان واکسینه‌نشده از ثبت نام در مهدکودک‌های چک، چنین رأی داد:

«دادگاه یادآوری می‌کند که واکسیناسیون اجباری، به‌عنوان یک مداخله پزشکی

۳۲. گزارش یورونیوز فارسی در تاریخ ۲۰۲۱/۷/۳۰.

۳۳European Court of Human Rights.

۳۴. ماده ۸ کنوانسیون حقوق بشر اروپایی: «در اجرای این حق، نمی‌بایست هیچ مداخله‌ای از سوی مقامی دولتی صورت گیرد؛ به استثنای آنچه که مطابق با قانون است و در یک جامعه مردم‌سالار، به دلایل امنیت ملی، امنیت عمومی یا رفاه اقتصادی کشور، به‌منظور جلوگیری از بی‌نظمی یا ارتکاب جرم، برای حفاظت از بهداشت و اخلاقیات، یا به‌منظور حفاظت از حقوق و آزادی‌های دیگران، ضروری است.»

غیرارادی، تداخلی در اعمال حق احترام به زندگی خصوصی است. با این حال، خاطر نشان می‌سازد که تعهد مورد بحث که از سوی مقامات پزشکی ذی‌صلاح در چک حمایت می‌شود، به نیاز مبرم اجتماعی برای محافظت از سلامت فردی و عمومی در برابر بیماری پاسخ می‌دهد. بهترین تصمیم در جهت منافع کودکان باید بر همه تصمیماتی که بر آنها تأثیر می‌گذارد ارجحیت داشته باشد و واکسیناسیون اجباری مربوط به بیماری‌هایی است که واکسن برای آنها از نظر جامعه علمی ایمن و مؤثر است. علاوه بر این، دادگاه کنوانسیون اروپایی حقوق بشر (ECtHR) خاطر نشان کرد که جریمه اداری اعمال شده برای متقاضی به دلیل عدم رعایت تعهدات واکسیناسیون بیش از حد نبوده و عدم پذیرش کودکان در مهد کودک تنها یک اقدام پیشگیرانه بوده است. بنابراین، این اقدامات متناسب با اهدافی بوده که دولت دنبال می‌کرده و در یک جامعه دموکراتیک ضروری بوده است. بر این اساس، ECtHR به این نتیجه رسید که هیچ نقضی در ماده ۸ کنوانسیون صورت نگرفته است»^{۳۵}

در حالی که در حقوق ایران طبق ماده ۱۶ قانون طرز جلوگیری از بیماری‌های واگیردار مصوب ۱۳۲۰، واکسیناسیون آبله اجباری بوده و عدم انجام آن جرم‌انگاری شده و برای آن ضمانت اجرای حبس در نظر گرفته شده است که به نظر می‌رسد چنین ضمانت‌اجراهایی نقض حریم جسمانی افراد باشد؛ در حالی که در رأی پیش‌گفته دیده شد که در قواعد اروپایی ضمن اینکه نفس الزام به واکسیناسیون به‌مثابه نقض حریم خصوصی شناخته می‌شود، تنها آن دسته از ضمانت‌اجراها، محرومیت‌ها و جریمه‌هایی از نظر حقوقی مورد پذیرش است که متناسب بوده، شکل و شمایل اجبار به خود نگیرد؛ در حالی که تعریف ضمانت اجرای کیفری به‌عنوان مابه‌ازای عدم دریافت واکسن نمی‌تواند متضمن توجیه و مبانی حقوقی قابل قبولی باشد.

در مورد دیگری، کمیته حقوق بشر سازمان ملل: خودداری از دادن آزمایش ایدز یک معلم برای اخذ ویزای کره جنوبی و در نتیجه عدم صدور ویزا برای او نقض حریم خصوصی است. این کمیته اعلام کرد که غربالگری ایدز سبب کاهش شیوع بیماری ایدز نخواهد بود و

^{۳۵} <https://www.dbfbruxelles.eu/obligation-de-vaccination-protection-de-la-sante-droit-au-respect-de-la-vie-privee-arret-de-grande-chambre-de-la-cedh-leb-944/>

لغو ویزای این خانم از سوی دولت کره نقض حریم خصوصی است و این نقض فاقد توجیه کافی است.^{۳۶}

هیئت عمومی دیوان عدالت اداری نیز در رأیی بخشنامه وزارت نفت را در خصوص ممانعت از ورود کارمندانی که حداقل یک دوز واکسن کرونا را دریافت نکرده‌اند، ابطال نمود که شرح آن به قرار زیر است:

«هرچند بند ۳ بخشنامه شماره ت ه م/۲۹۲۲۲۸-۱۴۰۰/۷/۲۹ مدیرکل تدوین و هماهنگی مقررات اداری و استخدامی وزارت نفت در اجرای بخشنامه شماره ۳۹۱۵۸-۱۴۰۰/۷/۲۷ سازمان اداری و استخدامی کشور به تصویب رسیده و بخشنامه اخیرالذکر نیز در اجرای مصوبه بالادستی مورخ ۱۴۰۰/۷/۲۴ هشتاد و نهمین جلسه ستاد ملی مدیریت بیماری کرونا وضع شده است، لکن مصوبه ستاد ملی مدیریت بیماری کرونا صرفاً اقدام به تخلف‌انگاری کرده و متضمن حکمی که دلالت بر اختیار دستگاه اجرایی نسبت به جلوگیری از ورود کارمندان دولتی به ادارات باشد، نیست. بنابراین تصویب بند ۳ بخشنامه شماره ت ه م/۲۹۲۲۲۸-۱۴۰۰/۷/۲۹ مدیرکل تدوین و هماهنگی مقررات اداری و استخدامی وزارت نفت خارج از صلاحیت مقام واضح مقرر و مغایر با مصوبه مذکور ستاد ملی مدیریت بیماری کرونا است و مستند به بند ۱ ماده ۱۲ و ماده ۸۸ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب سال ۱۳۹۲ ابطال می‌شود»^{۳۷} البته علت بطلان این بخشنامه مغایرت با مصوبه بالادستی و نیز خروج مقام صادرکننده از اختیارات خود بوده است.

بر اساس آنچه گفته شد، می‌توان نتیجه گرفت محدودیت‌ها و تصمیمات اتخاذی دولت‌ها در شرایط ویژه و همچنین ضمانت‌اجراهای وضع‌شده برای آنها می‌بایست مبتنی بر استانداردهای حقوقی بوده، دخالت در حریم خصوصی افراد را توجیه نماید. در موارد یادشده دادگاه اروپایی حقوق بشر تصمیمات اتخاذی و میزان مداخله در حریم خصوصی افراد را در سایه فاکتوری به نام «تناسب» و «مؤثر بودن» مورد ارزیابی قرار می‌دهد و این درحالی است که به‌نظر می‌رسد اجبار به واکسیناسیون و پیش‌بینی ضمانت اجرای کیفری برای آن

۳۶ به نقل از ستار عزیز: www.bigdeliacademy.com

۳۷. رأی شماره ۰۰۲۵۸۴ مورخ ۱۱/۱۶/۱۴۰۰.

در قانون سال ۱۳۲۰ ایران در سایه این اصول چندان قابل دفاع نباشد.

در آخرین چالش بهداشتی جهانی یعنی بحران کرونا نیز می‌توان شاهد اقدامات و مداخلاتی از سوی دولت‌ها بود که بدون در نظر گرفتن این اصول به کار گرفته شده‌اند.

طبق مصوبات متعددی از سوی ستاد ملی مبارزه با کرونا^{۳۸} محدودیت‌هایی نسبت به حریم خصوصی افراد وضع شده است که می‌توان به اثربخشی آنان در امر کنترل پاندمی شک کرد؛ از جمله وضع محدودیت‌های تردد درون شهری شبانه.

در فقه نیز قاعده عقلی با عنوان «الضرورات تنقذ بقدرها» وجود دارد که تنها تا رفع حالت ضرورت و به تناسب خطر و تهدید انجام فعل اضطراری را جایز می‌داند.^{۳۹}

قانون احترام به آزادی‌های مشروع و حفظ حقوق شهروندی نیز در بند ۸ خود بر متناسب و مرتبط بودن اقدامات مأموران تأکید می‌کند که به نوعی بر غیرقابل اجتناب بودن این اصول در هر موردی از نقض حقوق افراد اشاره دارد.

دانشگاه کلمبیا در آپریل ۲۰۲۰ مجموعه مقالاتی تحت عنوان «حقوق در عصر کووید ۱۹» منتشر کرده که به بررسی ابعاد حقوقی مهم در عصر کرونا پرداخته است و راه‌حلی را در خصوص چالش‌های حوزه‌های مختلف حقوق بیان می‌کند.^{۴۰}

این مقاله در بخش مربوط به حریم خصوصی بر این باور است که انبوه اطلاعات دولت از داده‌های موقعیت مکانی تلفن همراه بدون نام که موقعیت فیزیکی افراد در یک جامعه را بدون رضایت آنها تحت نظر نشان می‌دهد که مظنون به هیچ جرمی نیستند (ثبت اطلاعات هویتی افراد) و نیز داده‌های جمع‌آوری شده دولتی در مورد وضعیت سلامت یا مصونیت افراد (اطلاعات مربوط به سلامتی افراد)، هر دوی اینها نگرانی‌های اساسی در خصوص حریم خصوصی اطلاعات و حفظ حریم خصوصی سلامتی را ایجاد می‌کنند.

۳۸. جایگاه حقوقی و قانونی این ستاد و مصوبات آن نیز می‌تواند خود محل بحث‌های متعدد حقوقی باشد که خارج از تمرکز این نوشتار است.

۳۹. حسین جاویر و امیر کشتگر، «ساحت‌های تأثیر قاعده فقهی حفظ نظام بر حق حریم خصوصی»، *مطالعات حقوق بشر اسلامی*، ش ۱ (۱۴۰۰)، ص ۱۴۴.

۴۰ <https://www.law.columbia.edu>.

نگرانی‌ها در مورد حریم شخصی هنگامی بروز می‌کند که جمع‌آوری و نگهداری دیجیتال یا غیردیجیتال داده‌ها و اطلاعاتی باعث شود فردی به صورت خاص شناسایی شود. ریشه و اساس مشکلات در زمینه حریم شخصی مربوط به افشاگری نامناسب و بدون کنترل داده‌های شخصی است.

از جمله مهم‌ترین منابع این داده‌های شخصی که به موضوع گفتار مرتبط می‌شود، بایگانی اطلاعات مربوط به سلامت فرد و نیز موقعیت مکانی افراد است.

از جمله حقوق بنیادین برای بیماران، حفاظت از اطلاعات بهداشتی آنهاست. رضایت و حریم خصوصی داده‌ها در مراقبت‌های بهداشتی باید مورد توجه قرار گیرد.

اطلاعات بهداشتی و ژنتیکی به دسته اطلاعات حساس متعلق بوده، از حمایت بیشتری در قانون اتحادیه اروپا بهره‌مند است.

در ماده ۸ منشور حقوق اساسی اروپا، حفاظت از داده‌ها به عنوان یک حق اساسی بیان شده است.

کنوانسیون اروپایی حمایت از حقوق بشر و آزادی‌های بنیادین، حمایت از رضایت و حریم خصوصی را الزام می‌کند.^{۴۱}

در این کنوانسیون نقض این حق تنها به موارد قانونی و وجود منافع ملی در یک جامعه دموکراتیک و یا حفظ سلامتی و یا حقوق دیگر افراد محدود شده است و تعریف چنین محدوده‌ای دست دولت‌ها را در نقض حریم خصوصی به بهانه‌های مختلف می‌بندد، به شکلی که دولت‌ها تنها با اثبات موارد یادشده و در چارچوب قانون امکان مداخله در حریم خصوصی افراد را خواهند داشت.

در اعلامیه مشترک سازمان بهداشت جهانی و سازمان ملل در ۱۹ نوامبر ۲۰۲۰، بر لزوم رعایت حفظ حریم خصوصی افراد و محدود و موقتی بودن اقدامات پیشگیرانه از جمله

^{۴۱}Herman, H. E.

^{۴۲}European Convention on Human Rights/ Article 8.

استفاده از سیستم‌های موقعیت‌یاب افراد تأکید شده است. و تصریح می‌کند که اقدامات از نظر دامنه و زمان، محدود و برای اهداف خاص و مشروع در زمینه واکنش به همه‌گیری COVID-19 ضروری و متناسب باشد.^{۴۳}

به نظر می‌رسد در حقوق ایران در مواد مختلفی که به منظور حمایت از حقوق بنیادین افراد تدوین شده، امکان نقض این حقوق تحت عنوان «مگر به موجب قانون» پیش‌بینی شده است. این درحالی است که امکان نقض حقوق بنیادین افراد در قوانین اروپایی با توصیف شرایط ویژه‌ای همچون سلامت عمومی و منافع عمومی و همچنین همراه با قیودی از جمله موقتی بودن پیش‌بینی شده است. علاوه بر این، در حقوق اروپایی حفظ حقوق بنیادین که از جمله آنان حفظ حریم شخصی است حتی مرجح بر اصول قانون اساسی بوده،^{۴۴} هیچ قانونی نمی‌تواند ناقض این حقوق باشد.

اطلاعات افراد در حوزه مورد بحث این پژوهش، در دو دسته اطلاعات شخصی قابل شناسایی^{۴۵} و اطلاعات سلامت حفاظت‌شده^{۴۶} قابل مطالعه هستند که اطلاعات مربوط به موقعیت مکانی افراد در دسته اول و اطلاعات پزشکی و هرآنچه مربوط به بهداشت و سلامت افراد است در دسته دوم قرار می‌گیرند.

جمع‌آوری و رصد این دو دسته از اطلاعات که در شرایط عادی بر اساس قانون ممنوع هستند، ممکن است در زمان اضطراری مانند زمان شیوع پاندمی عادی، حتی مرجح بوده و بنابراین جمع‌آوری اطلاعات چه در زمینه موقعیت مکانی افراد و یا وضعیت سلامت آنها می‌تواند مورد قبول باشد.^{۴۷}

چالش اصلی در حفظ حریم شخصی آنجایی مطرح می‌شود که در حین توزیع و اشتراک‌گذاری داده‌های مختلف در حفاظت اطلاعاتی که شخص خاصی را بازمی‌شناساند

۴۳ Déclaration Conjointe Sur La Protection Des Données Et Le Respect De La Vie Privée Dans Le Cadre De La Riposte À La COVID-19 <https://www.who.int/fr/news/item/19-11-2020>.

۴۴. ماده ۱۶ اعلامیه حقوق بشر و شهروند.

۴۵PII (Personally Identifiable Information)

۴۶PHI (Protected Health Information)

۴۷Clarisa Long, Max Mendel Shaye: 89.

کوتاهی صورت بگیرد؛ یعنی هویت افراد فاش گردد.

کمیته ملی مشاوره در حقوق بشر^{۴۸} به موجب مأموریت خود در حمایت از حقوق بشر، معتقد است که برنامه StopCovid با اثربخشی نامشخص از نظر دسترسی و استفاده، نقض آشکار حقوق و آزادی‌های همه شهروندانی است که تاکنون بسیج بزرگ و نظم و انضباط زیادی در طول این بحران از خود نشان داده‌اند. در نهایت، CNCNDH یادآوری می‌کند که فناوری‌های جدید به هیچ‌وجه نمی‌تواند جایگزین یک سیاست بلندپروازانه سلامت عمومی، به‌ویژه از طریق آزمایش‌های غربالگری شود، و از دولت و پارلمان می‌خواهد که اجرای یک برنامه کاربردی را مورد ارزیابی مجدد قرار دهند.^{۴۹}

همچنین CNCNDH به اصل فرعی بودن اقداماتی که می‌تواند زندگی خصوصی را نقض کند اهمیت ویژه‌ای داده است. هرگونه تداخل فقط در صورتی قابل توجیه است که کاملاً ضروری باشد. همچنین یادآوری می‌کند که تضمین‌های حق زندگی خصوصی نباید با استثنای متعددی همراه باشد که حفاظت از ماهیت آن را باطل سازد.

بنابراین می‌توان نتیجه گرفت که مداخله در حریم خصوصی در حقوق فرانسه، تنها در شرایط اضطراری و به موجب قانون و برای تحصیل هدفی مشروع مثل منافع ملی، بهداشت عمومی و منافع عالی مملکت امکان‌پذیر و دارای توجیه حقوقی است. همچنین لازم است اقدامات صورت گرفته در جهت نیل به هدف موردنظر بوده، میان کیفیت و کمیت مداخله در حریم خصوصی و جلب منفعت عمومی و درنهایت حصول نتیجه و اثرگذاری اقدامات نقض‌کننده، تناسب وجود داشته باشد.

از مجموع آنچه که گفته شد می‌توان نتیجه گرفت که روح حاکم بر این قوانین ضوابط و اصول جهان‌شمولی را ارائه می‌کند که تنها در پرتو آنان امکان دخالت دولت‌ها در حریم خصوصی افراد توجیه حقوقی دارد؛ اصولی همچون قانونی بودن اقدامات دولت‌ها در پی اعلام شرایط اضطراری، مؤثر بودن اقدامات صورت گرفته و همچنین متناسب بودن میزان

^{۴۸}CNCNDH.

^{۴۹}La CNCNDH Souligne Les Dangers De L'application StopCovid. 26/05/20. <https://www.cncndh.fr/fr/publications/la-cncndh-souligne-les-dangers-de-lapplication-stopcovid>

دخالت‌ها با موقعیت اضطراری و موقتی ایجاد شده. حاکمیت این اصول بر حدود اقدامات دولت‌ها می‌تواند اهرمی حقوقی در جهت کنترل و نیز معیاری برای سنجش تصمیم‌گیری‌ها و اقدامات آنها باشد.

بررسی نتایج تصمیمات و اقدامات محدودکننده دولت‌ها در جهت دفع خطر کرونا، از جمله اجبار به واکسیناسیون یا منع تردد‌ها و ادامه آنها و اینکه تا چه اندازه در راستای اهداف موردنظر مؤثر واقع شده و تا چه حدود متناسب با آنها بوده است، می‌تواند کلیدی‌ترین پاسخ به سؤال این نوشتار و چراغ راهی برای چگونگی قانون‌گذاری و بازتعریف قوانین در این حوزه باشد.

نتیجه

با آنکه نظام حقوقی ایران از زمان تصویب اولین قانون اساسی، با تأکید بر مفاهیمی همچون رعایت حرمت مسکن اشخاص و منع باز کردن نامه‌های شخصی آشنا شده و در قوانین عادی از جمله قانون مجازات اسلامی، قانون آیین دادرسی کیفری، قانون مدنی، قانون آمران به معروف و ناهیان از منکر، قوانین مرتبط با فضای سایبر نیز به آن توجه داشته، اما قانونی که به‌طور اختصاصی به موضوع حریم خصوصی بپردازد به‌تصویب نرسیده است.

همچنین تعریف دقیقی از شرایط اضطرار ارائه نشده و سازوکارهای حقوقی برای تعلیق و تحدید حقوق بنیادین افراد در شرایط اضطراری پیش‌بینی نگردیده است.

دولت‌ها در خصوص مشکل کرونا با یک چالش دوسویه مواجه بوده‌اند؛ از یک طرف، تعهدات آنها در مقابله با کرونا و تلاش برای کنترل آن، و از طرف دیگر، تعهداتشان نسبت به رعایت حق بر حریم شخصی افراد.

نقض و تحدید حریم خصوصی در راستای حفظ سلامت جامعه باید دارای توجیهات حقوقی کافی برای پذیرش آن باشد.

تجزیه و تحلیل نتیجه پژوهش نشان می‌دهد که در حقوق ایران در وهله نخست حمایت اساسی از حریم خصوصی و تعریف دقیق حدود آن نیازمند یک قانون منسجم و مستقل است. در کنار این مطلب، قانون‌گذار در شرایط اضطراری که قانون عادی قابل اعمال نیست

باید مبانی قانونی تعریف نموده، امکان و کیفیات تعلیق و تحدید حقوق بنیادین افراد را به دقت مورد تقنین و تعریف قرار دهد و تشکیلات قانونی و ساختاری برای مدیریت و تنظیم دستورالعمل‌های محدودکننده و اثربخش مبتنی بر سنجش موقعیت و با توجه به اصول حقوقی برای آن تعریف نماید.

به طور کلی با تدقیق در قوانین ایران، علاوه بر تفاوت در تعاریف و قلمرو حریم خصوصی، چه در زمان عادی و چه در زمان اضطراری، معمولاً شرط امکان نقض حریم خصوصی منوط به تصریح قانون است و این شرط بیش از این تعریف نشده است؛ درحالی که در حقوق فرانسه حفظ این حقوق بنیادین حتی از قانون اساسی نیز فراتر است و شرایط امکان نقض و تحدید این حقوق قاعده‌مدارتر و مبتنی بر فاکتورهای مشخص و تعریف‌شده‌ای از جمله وجود مصالح عالی و موقتی بودن است.

حریم خصوصی در عصر کرونا چه در جامعه ایرانی و چه در جامعه اروپایی با محدودیت‌هایی مواجه شده است که این محدودیت‌ها در حقوق ایران اگرچه دارای توجیهات و مبانی حقوقی - آن‌گونه که بیان شد - می‌باشد، اما اجمال و خلأ در تدوین قوانین مربوطه و عدم تعریف تشکیلات واحد که منحصراً متولی تصمیم‌گیری و اعمال تصمیمات باشد می‌تواند سبب بی‌ضابطه شدن این محدودیت‌ها گردد و بی‌ضابطه شدن یک امر استثنایی در عرصه حقوق می‌تواند خطرناک باشد. قانون‌گذار ایرانی در همین مختصر توجهی که به تحدید و تعلیق حقوق بنیادین در وضعیت‌های اضطراری داشته، اقدامات ناقضانه را تنها مقید به «به موجب قانون» کرده و توضیح بیشتری نداده است. این درحالی است که با توجه به مطالب بیان‌شده، تعاریف و نهادهای نظارتی در حقوق فرانسه و اروپا به شکل ضابطه‌مندتر عمل کرده، اعمال محدودیت‌ها به شکل قانونی‌تر صورت گرفته است. در قوانین حاکم بر فرانسه (چه قوانین داخلی و چه قوانین منطقه‌ای و بین‌المللی پذیرفته‌شده) اصول و فاکتورهای مشخص‌تری حاکم بر تصمیمات و اقدامات ناقضانه دولت است که همان‌گونه که برشمردیم مهم‌ترین آنها، قانونی بودن، متناسب و مؤثر بودن است.

به نظر نگارندگان، به طور کلی اقدامات محدودکننده دولت‌های مردم‌سالار در وضعیت اضطراری باید دارای ویژگی‌های غیرقابل عدول و جهان‌شمول زیر باشند که حتی قانون‌گذاری در این عرصه نیز مبتنی بر آنها صورت پذیرد. این ویژگی‌ها به قرار زیرند:

- شرایط اضطراری به موجب قانون و رسماً احراز شود.
- محدودیت‌ها باید در جهت تحصیل منافع عمومی و به شکل موقتی و برای بازه زمانی تعریف‌شده اعمال شوند.
- لزوم تعریف نهاد متولی ویژه و واحد برای اجتناب از ناهماهنگی.
- لزوم به‌کارگیری اقدامات متناسب با وضعیت پیش‌آمده و احراز نتایج عملی و مؤثر.

در نهایت، در حوزه جمع‌آوری داده‌های مکانی و سلامت افراد نیز به نظر می‌رسد با رعایت اصل محرمانگی و پاسخ‌دهی به لزوم حفظ حریم خصوصی در جمع‌آوری، پردازش و اشتراک‌گذاری داده‌های شخصی و همچنین موقتی بودن نگهداری آنها تا حصول نتیجه موردنظر، تحدید حریم خصوصی دارای توجیه حقوقی در حقوق ایران و فرانسه است. اما در خصوص اجبار به واکسیناسیون، به نظر می‌رسد در حقوق ایران این اجبار دارای مبانی قانونی است آن‌گونه که در تفسیر مواد قانون طرز جلوگیری از بیماری‌های واگیردار مصوب ۱۳۲۰ گفته شد که این امر می‌تواند با توجه به شرایط تاریخی آن زمان قابل توجیه باشد. اما مبتنی بر اصول و قواعد کلی حقوقی همان‌گونه که در حقوق فرانسه نیز به‌درستی به آن توجه شده است نقض آشکار حریم خصوصی جسمانی افراد تلقی می‌شود و تأمین منافع حاصل از امر واکسیناسیون باید با ضمانت‌آجراهایی به‌غیر از الزام و یا سلب حقوق مهم اجتماعی صورت گیرد، و قوانین موجود می‌بایست بازبینی و اصلاح شوند و مصوبات ستاد مبارزه با کرونا و پیش‌بینی ضمانت‌آجراها نیز می‌بایست با توجه به اصل مهم حفظ حریم خصوصی افراد تدوین گردند؛ یعنی برای افرادی که مایل به دریافت واکسن نیستند آلت‌رناتیوهای پیش‌بینی شود که از جنبه اجباری بودن آن بکاهد.

در نهایت، نکته قابل تأمل این است که نفس حقوق بنیادین و به‌طور خاص حق بر حفظ و احترام به حریم خصوصی استثناپذیر نبوده، تلاش جهانی برای دفع چالش کرونا نباید

مساوی با گرفتار شدن در گرداب نقض حقوق بنیادین بشری باشد و مدیریت حقوقی این موضوع باید با ظرافت و تیزبینی مورد توجه قرار گیرد. کلیدی‌ترین گفته این نوشتار، تأکید بر قانونی کردن امکان تحدید حق بر حریم خصوصی در شرایط اضطراری و به‌طور خاص در موقعیت بروز بیماری‌های فراگیر، موازی با تلاش‌ها در جهت ارتقا و حمایت از سلامت عمومی است؛ چه در خصوص قوانین ماهوی باشد و چه در خصوص پیش‌بینی نهاد و تشکیلات فنی که یگانه متولی امور در شرایط مورد بحث است، و مهم‌تر آنکه قانونی کردن نه به‌مثابه صرف قانون‌گذاری که چه‌بسا دولت‌ها با دراختیار داشتن تشکیلات تقنینی خود دست به اقدامات فراقانونی در هیئتی قانونی می‌زنند. قانونی بودن به معنای اعم آن، یعنی قوانینی در حوزه مدیریت شرایط اضطراری و به‌طور خاص شرایط اضطراری بهداشتی تدوین شود که بر اصول جهان‌شمولی مبتنی باشد و با تأکید بر اولی بودن حقوق بنیادین بشری از جمله حریم خصوصی، چگونگی و سازوکار امکان تحدید و تعلیق آن را به‌دقت حقوقی سازد.

منابع و مأخذ

الف) منابع فارسی

- کتابها

۱. انصاری، باقر، *حقوق حریم خصوصی*، (تهران: سمت، چ ۱، ۱۳۹۳).
۲. صادقی، حسین، *مسئولیت مدنی در ارتباطات الکترونیک*، چ ۱، (تهران: میزان، ۱۳۸۸).

- مقاله‌ها

۳. جاور، حسین و کشتگر، امیر، «ساحت‌های تأثیر قاعده فقهی حفظ نظام بر حق حریم خصوصی»، *مطالعات حقوق بشر اسلامی*، ش ۱ (۱۴۰۰).
۴. جلالی، علیرضا و ابوعطا، محمد، «وضعیت اضطراری و محدودیت حقوق بنیادین: بررسی اقدامات حکومت ایتالیا در مقابله با بیماری کرونا»، *پژوهش حقوق عمومی*، ش ۶۷ (۱۳۹۹).
۵. حاجی‌پور، مرتضی، «بررسی تطبیقی اعمال حقوق بنیادین بشری در حقوق خصوصی»، *مطالعات حقوق تطبیقی معاصر*، ش ۲ (۱۳۹۷).
۶. رحمدل، منصور، «حق انسان بر حریم خصوصی»، *دانشکده حقوق و علوم سیاسی*، دانشگاه تهران، ش ۷۰ (۱۳۸۴).
۷. سلطانی رنانی، محمد، «جریان قاعده نفی ظلم در فقه عدلی مسلک»، *مطالعات حقوق تطبیقی معاصر*، ش ۲۱ (۱۳۹۹).
۸. شاملو، باقر و یوسفی، ابوالفضل، «وضعیت اضطرار عمومی در نظام بین‌المللی حقوق بشر»، *حقوقی دادگستری*، ش ۹۶ (۱۳۹۵).
۹. قربان‌نیا، ناصر، «تعلیق اجرای حقوق بشر در شرایط اضطراری»، *فقه و حقوق*، ش ۱۲ (۱۳۸۶).
۱۰. فغان‌نژاد، سعداله و نوری، مهدی، «بررسی حقوق شهروندی در وضعیت بحران - مطالعه تطبیقی حقوق ایران، آمریکا، فرانسه»، *مدیریت بحران*، ش ۱ (۱۳۹۱).
۱۱. فضایی، مصطفی و رضازاده، سجاد، «کاوشی در سازگاری اعلامیه اسلامی با اعلامیه جهانی حقوق بشر بر پایه دکتترین حاشیه تفسیر»، *مطالعات حقوق تطبیقی معاصر*، ش ۱۹ (۱۳۹۸).

۱۲. نوبهار، رحیم، «از حفظ حکومت تا حفظ نظام»، پژوهش حقوق عمومی، ش ۶۳ (۱۳۹۸).
۱۳. مقررات بهداشتی بین‌المللی (۲۰۰۵)، وزارت بهداشت درمان و آموزش پزشکی، مرکز مدیریت بیماری‌های واگیردار، ویرایش سوم، (۱۳۹۶).

ب) منابع انگلیسی

- Books

14. Etienne Picard, "The Right to Privacy in French Law, Protecting Privacy", *Clarendon Press Oxford*, (1998).
15. Herman, Herbert, "Patients' Rights in the European Union: Cross-Border Care as an Example of the Right to Health Care". *European Journal of Public Health*, ps 11-17, (1997).
16. Kayser, Pierre, *La protection De La Vie Privée Par Le Droit*, (Paris: presses Universitaires d'Aix- Marseille, 3^e édition, 1995).
17. Long, Clarisa, Shaye Mendel, "Privacy and Pandemics", *Columbia Law School*, scholarship Archive, (2020)
18. Rothstein, Mark A, "Genetic Privacy and Confidentiality: Why They Are So Hard to Protect", *Journal of Law, Medicine & Ethic*, Vol. 26, (1998).

- Site

19. <<https://www.law.columbia.edu>>
20. <<https://www.cncdh.fr/fr/publications/la-cncdh-souligne-les-dangers-de-lapplication-stopcovid>>
21. <www.bigdeliacademy.com>
22. <<https://www.dbfbruxelles.eu>>
23. <<https://www.eurounews.farsi>>
24. <<https://www.dictionnaire-juridique.com>>
25. <<https://www.aa.com.tr/fa>>
26. <<https://www.who.int/fr/news/item/19-11-2020->>>

(د) قوانین

۲۷. آیین‌نامه اجرایی قانون انتشار و دسترسی آزاد به اطلاعات، ۱۳۹۳

۲۸. قانون اساسی ایران

۲۹. قانون انتشار و دسترسی آزاد به اطلاعات، ۱۳۸۸

۳۰. قانون آیین دادرسی کیفری

۳۱. قانون تجارت الکترونیکی، ۱۳۸۲

۳۲. قانون تشکیل سازمان مدیریت بحران، ۱۳۸۷

۳۳. قانون طرز جلوگیری از بیماری‌های آمیزشی و واگیردار، ۱۳۲۰

۳۴. قانون مجازات اسلامی، ۱۳۹۲

۳۵. قانون مدنی ایران، ۱۳۰۷

۳۶. منشور حقوق شهروندی، ۱۳۹۵

۳۷. قانون احترام به آزادی‌های مشروع و حفظ حقوق شهروندی، ۱۳۸۳

38. Code De La Santé Publique Française 2020

39. Déclaration Des Droits De L'homme Et Du Citoyen, 1789

40. International Covenant on Civil and Political Rights, 1966

41. International Health Regulation, 2005

42. European Convention on Human Rights, 1950

43. La Constitution française, 1958

Table of Contents

1. Objective Criteria for Controlling the Fairness of Terms in Consumer Contracts and their Sanction: A Comparative Study in French and Iranian Law Mehrdad Abdali	1-31
2. Theoretical Foundations of Parent Companies' Liability in Cases of Bankruptcy of Subsidiaries: A Comparative Study with the Australian Model Law Rabia Eskini; Shirin Malek Mohammadi	33-60
3. A Study of Agency by Necessity in English Law and its Position in Iranian Law Zahra Irandoost; Seyyed Mohammad Hadi Saei	61-82
4. An Investigation into the Nature of the Right to Vote in Light of Strengthening the Theoretical Foundations of Urban and Rural Islamic Councils' members' Election Rights Ali Akbar Terman; Hossein Malakooti	83-111
5. Comparative Study of Phenomenological Critique of the Liberal Approach to Human Rights Mehdi Rezaei; Mazyar Khademii	113-143
6. Legal Analysis of Post-privatization Oversight Practices (Barriers and Solutions) Hossein kalhor; Adel Ebrahimpour Asanjan	145-182
7. A Study of the Elements of Trespass to Land in the Common Law System: A Comparative Study with Forcible Entry and Usurpation in Iranian Law Reza Hossein Gandomkar; Zohreh Najafi	183-219
8. Relationships between Litigation Costs and Principles of Fair Trial: A Comparative Study of Iranian and English Law Pejman Mohammadi; Khalil Ahmadi; Milad Kianpourian Nejad	221-253

9. Differential Procedure of Child Victims in the Pre-trial Stage	
Vahid Nekonam	255-285
10. A Comparative Study of the Principles and Pillars of Privacy in the Age of Corona Outbreak in Iranian and French Law	
Jafar Nouri Yushanloui; Neda Hamkanmorad	287-314

Journal of
Contemporary Comparative Legal
Studies

University of Tabriz

Director: R. Sokuti Nasimi

Editor-in-Chief: E. Shoarian Sattari

Editorial Board

Hamid Abhari	Professor of Mazandaran University
Mohammad Ali Ardebili	Professor, Shahid Beheshti University
Heydar Bagheriasl	Professor, University of Tabriz
Mohammad Reza Pasban	Associate Professor, Allameh Tabataba'i University
Mansour Jabbrai	Associate Professor of Allameh Tabatabai University
Saeed Habiba	Professor, University of Tehran
Mohammad Jafar Habibzadeh	Professor of Tarbiat Modares University
Abolfath Khaleghi	Associate Professor, Qom University
Mehrab Darabpour	Professor, Shahid Beheshti University
Aahmad Deilami	Associate Professor, Qom University
Mohammad Rasekh	Professor, Shahid Beheshti University
Ismail Rahiminejad	Associate Professor, University of Tabriz
Reza Sokuti Nasimi	Professor, University of Tabriz
Ebrahim Shoarian Sattari	Professor, University of Tabriz
Morteza Shahbazinia	Associate Professor, Tarbiat Modares University
Bijan Abbasi	Associate Professor, University of Tehran
Seyyed Mohammad Taghi Alavi	Professor, University of Tabriz
Hossein Fakhr	Associate Professor, University of Tabriz
Hassan Mohseni	Associate Professor, University of Tehran
Mohammad Reza Mojtehed	Professor, University of Tabriz
Pejman Mohammadi	Professor of Shahid Chamran University of Ahvaz
Sam Mohammadi	Professor of Mazandaran University

Persian Editor: Mandana Nematnezhad

English Editor: Davood Kuhi

Executive Manager: Abbas Yeganeh

Typist: Shirin Zamani

Faculty of Law and Social Sciences, University of Tabriz, 29 Bahman Blvd.,

Tabriz, Zip Code: 5166616471, Iran

E-mail: tabrizulaw@gmail.com

Tel: 041-33392262 Fax: 041-33356013



University of Tabriz

Journal of
Contemporary Comparative
Legal Studies

Year. 14 - No. 31

Summer 2023



Contemporary Comparative Legal Studies

Year. 14, No. 31, Summer 2023



- Objective Criteria for Controlling the Fairness of Terms in Consumer Contracts and their Sanction: A Comparative Study in French and Iranian Law
Mehrdad Abdali
- Theoretical Foundations of Parent Companies' Liability in Cases of Bankruptcy of Subsidiaries: A Comparative Study with the Australian Model Law
Rabia Eskini; Shirin Malek Mohammadi
- A Study of Agency by Necessity in English Law and its Position in Iranian Law
Zahra Irandoost; Seyyed Mohammad Hadi Saei
- An Investigation into the Nature of the Right to Vote in Light of Strengthening the Theoretical Foundations of Urban and Rural Islamic Councils' members' Election Rights
Ali Akbar Terman; Hossein Malakooti
- Comparative Study of Phenomenological Critique of the Liberal Approach to Human Rights
Mehdi Rezaei; Maziyar Khademii
- Legal Analysis of Post-privatization Oversight Practices (Barriers and Solutions)
Hossein kalhor; Adel Ebrahimpour Asanjan
- A Study of the Elements of Trespass to Land in the Common Law System: A Comparative Study with Forcible Entry and Usurpation in Iranian Law
Reza Hossein Gandomkar; Zohreh Najafi
- Relationships between Litigation Costs and Principles of Fair Trial: A Comparative Study of Iranian and English Law
Pejman Mohammadi; Khalil Ahmadi; Milad Kianpourian Nejad
- Differential Procedure of Child Victims in the Pre-trial Stage
Vahid Nekonam
- A Comparative Study of the Principles and Pillars of Privacy in the Age of Corona Outbreak in Iranian and French Law
Jafar Nouri Yushanlou; Neda Hamkanmorad

