



کانون وکلای دادگستری مرکز

# کانون وکلای

مجله علمی، حقوقی و انتقادی کانون وکلای دادگستری مرکز

یادداشت مدیر مسئول: در مسیر چشمه ای خروشان برای تشنگان علم و عمل | دکتر امیر حسین آبادی  
تحلیلی بر حقوق بنیادین در قانون اساسی ایران: حق تعیین سرنوشت مردم | دکتر علیرضا دیرنیا  
استقلال وکلا و قضات: شرط حاکمیت قانون | ترجمه: ابراهیم یوسفی محله  
نحوه محاسبه حق بیمه در قراردادهای پیمانکاری | دکتر حمیدرضا پرتو، دکتر اسدالله صحرانورد  
بررسی تحولات قانون مجازات اسلامی: اصل صلاحیت شخصی قوانین کیفری | سید مهدی جنتی  
دریای خزر: یک رژیم حقوقی با ابعاد سیاسی، آمیخته با منافع ملی | لیلای فیروزمند  
نکات کاربردی در قانون امور حسبی: ترکه و مسایل کاربردی آن | فرامرز زمانی سلیمی  
نقد رای در باب تملک اراضی: اشتباه در جهت معامله | دکتر عباس میرشکاری  
نقد دو رای انتظامی: درخواست اعاده دادرسی وکلا | دکتر نصرالله قهرمانی  
نقد فیلم حقوقی - اجتماعی «اسپات لایت»: مصالح موکل مهمتر است یا اجرای عدالت؟ | دکتر عباس ایمانی  
نقد حقوقی فیلم «فروشنده»: ترویج انتقام خصوصی یا تابوشکنی از ناموس پرستی؟ | دکتر بهروز جوانمرد  
تازه‌های نشر حقوقی

سال شصت و هشتم

شماره پیاپی ۲۳۴

پاییز ۱۳۹۵





مجله کانون وکلای دادگستری مرکز



سال شصت و هشتم | شماره پیاپی ۲۳۴ | پاییز ۱۳۹۵

[www.icbar.ir](http://www.icbar.ir)



کانون وکلادادگستری مرکز

فراخوان کمیسیون انتشارات

چاپ کتاب‌های نفیس حقوقی وکلای دادگستری

با توجه به تمهید مقدمات لازم جهت چاپ کتاب‌های حقوقی همکاران در کمیسیون انتشارات کانون وکلای دادگستری مرکز، آن دسته از همکارانی که تمایل دارند کتاب‌های تالیفی خود را توسط کانون وکلای منتشر نمایند، می‌توانند به کمیسیون انتشارات مراجعه نمایند و یا از طریق ایمیل [K.entesharat@gmail.com](mailto:K.entesharat@gmail.com) با این کمیسیون در ارتباط باشند.

## مجله کانون وکلای دادگستری مرکز

صاحب امتیاز و مدیر مسئول: کانون وکلای دادگستری مرکز

شورای سردبیری: احمد بشیری، سعید دهقان، ابراهیم یوسفی محله

ناظر چاپ: مرتضی شیخ‌الاسلامی

صفحه آرای: احمد شکری

شمارگان: ۳۰۰۰ نسخه

بها: ۴۰۰۰۰ ریال

تلفن تماس: ۰۲۱-۸۴۰۰۰

فکس: ۰۲۱-۸۸۷۷۱۳۴۰

روابط عمومی: ۰۲۱-۸۴۰۰۱۱۳۳

دبیرخانه کانون: ۰۲۱-۸۴۰۰۱۱۱۵-۱۶

صندوق پستی: ۱۵۸۷۵-۳۱۴۶

ایمیل: k.entesharat@gmail.com

نشانی: تهران، میدان آرژانتین، خیابان زاگرس، شماره ۳، ساختمان کانون وکلای، اتاق ۲۰

### اعضای کمیسیون انتشارات

دکتر عباس ایمانی، احمد بشیری، دکتر یحیی جلیلود، دکتر مهربان داراب پور، سعید دهقان

لیلا فیروزمند، دکتر نصرالله قهرمانی، دکتر سید محمود مصطفوی کاشانی

محمد علی مقبلی، ابراهیم یوسفی محله

## پژوهشگران گرامی لطفاً توجه فرمایند

- ۱- نوشته‌های فرستاده شده، بر یک روی کاغذ تایپ و میان سطرها، فاصله مناسب برای ویراستاری و تحت نرم افزار «word» در نظر گرفته شود.
- ۲- دارای نام و نام خانوادگی، عنوان، نشانی و شماره تلفن نویسنده باشد.
- ۳- عنوان مقاله به زبان انگلیسی نیز ترجمه و در کنار عنوان فارسی قید شود.
- ۴- نسخه فرستاده شده تنها نسخه نویسنده نباشد، زیرا نسخه دریافتی پس داده نخواهد شد.
- ۵- نوشته فرستاده شده در جای دیگری از جمله نشریه و سایت منتشر نشده باشد و هم زمان نیز برای آن‌ها فرستاده نشود.
- ۶- نقل قول‌ها، دقیقاً در علامت «» مشخص شده و متن مربوطه نیز همچون متن داخل پرانتز، بدون فاصله با این علامت‌ها درج شود. همچنین، ویرگول بلافاصله بعد از کلمه مربوطه و نقطه بلافاصله بعد از پایان هر جمله و بدون فاصله درج شود.
- ۷- ارجاعات هر صفحه به پایین همان صفحه منتقل شود.
- ۸- هرگونه برگردان به فارسی از زبان‌های دیگر، باید همراه با متن به زبان اصلی و در صورت امکان، با شرح کوتاهی در شناخت نویسنده و معرفی مآخذ باشد.
- ۹- کمیسیون انتشارات در رد یا قبول، ویراستاری، اصلاح و حذف مطالب آزاد است.
- ۱۰- چاپ نوشته‌های پژوهشگران و نویسندگان محترم، نشانه پذیرش دیدگاه آنان از سوی کمیسیون انتشارات یا کانون وکلای دادگستری مرکز نخواهد بود.

با سپاس

کمیسیون انتشارات کانون وکلای دادگستری مرکز

## فهرست مطالب

- یادداشت مدیر مسئول؛ در مسیر چشمه‌ای خروشان برای تشنگان علم و عمل ..... ۷  
دکتر امیر حسین آبادی
- تحلیلی بر حقوق بنیادین در قانون اساسی ایران؛ حق تعیین سرنوشت مردم ..... ۱۳  
دکتر علیرضا دبیرنیا
- استقلال و کلا و قضات؛ شرط حاکمیت قانون ..... ۲۵  
ترجمه: ابراهیم یوسفی محله
- نحوه محاسبه حق بیمه در قراردادهای پیمانکاری ..... ۵۱  
دکتر حمیدرضا پرتو، دکتر اسدالله صحرانورد
- بررسی تحولات قانون مجازات اسلامی؛ اصل صلاحیت شخصی قوانین کیفری ..... ۷۹  
سید مهدی حجتی
- دریای خزر؛ یک رژیم حقوقی با ابعاد سیاسی، آمیخته با منافع ملی ..... ۱۰۳  
لیلا فیروزمند
- نکات کاربردی در قانون امور حسبی؛ ترکه و مسایل کاربردی آن ..... ۱۱۷  
فرامرز زمانی سلیمی
- نقد و توجیه رویه قضایی**
- نقد رأی در باب تملک اراضی؛ اشتباه در جهت معامله ..... ۱۲۵  
دکتر عباس میرشکاری
- نقد دو رأی انتظامی؛ درخواست اعاده دادرسی و کلا ..... ۱۳۹  
دکتر نصرالله قهرمانی
- نقد حقوقی فیلم**
- نقد فیلم حقوقی - اجتماعی «اسپات لایت»؛ مصالح موکل مهمتر است یا اجرای عدالت؟ ..... ۱۴۵  
دکتر عباس ایمانی
- نقد حقوقی فیلم «فروشنده»؛ ترویج انتقام خصوصی یا تابوشکنی از ناموس پرستی؟ ..... ۱۵۵  
دکتر بهروز جوانمرد
- تازه‌های نشر حقوقی ..... ۱۶۳
- اسامی محکومان انتظامی به توبیخ با درج در مجله کانون ..... ۱۶۷





## یادداشت مدیر مسئول

## در مسیر چشمه‌ای خروشان برای تشنگان علم و عمل

دکتر امیر حسین آبادی \*

## هو الوکیل

نزدیک به هفتاد سال از انتشار اولین شماره مجله کانون وکلای دادگستری می‌گذرد. هفتاد سالگی در انسان ضمن اینکه سن پختگی است، آغاز دوران کهولت و غلبه ضعف و سستی بر جوانی و سرزندگی است. اما هفتاد سال سابقه انتشار برای یک نشریه علمی - حقوقی - انتقادی، باید آن را به گنجینه‌ای از علم و تجربه تبدیل کند و همچون چشمه خروشانی شود که همگان به ویژه تشنگان علم و عمل را سیراب کند؛ در حقیقت، سن بالندگی است و نه فطور و سستی.

مجله کانون وکلا در طول سالیان دراز انتشار خود، فراز و فرودهایی دیده و شاهد رفتن انسان‌های وارسته‌ای به دیار باقی بوده است که در اداره آن نقش موثری داشته‌اند. خوانندگان محترم مجله، تاریخچه آن را در همین شماره و ذیل این یادداشت مطالعه خواهند نمود.

می‌دانیم که اعضای هیأت مدیره کانون وکلا دو سال یکبار تغییر می‌کنند؛ متأسفانه گاهی دیده شده است که این تغییرات، مجله را دستخوش سلیقه‌های گوناگون کرده است. تغییر بعضی از اعضا کمیسیون انتشارات به تبع هیأت مدیره، موجب تأخیر در انتشار و حتی محتوای آن می‌شود. ما امیدواریم که این گنجینه با ارزش، خارج از جناح و گروه بندی‌های حاکم بر کانون وکلا، به عنوان یک وسیله مهم برای بالا بردن سطح علمی و عملی وکلا و کارآموزان وکالت - که از وظایف اساسی کانون وکلاست - باقی بماند.

از همکاران محترم تقاضا دارم با ارائه مقالات علمی، عملی و انتقادی به غنای نشریه بیفزایند. از اعضای محترم کمیسیون انتشارات که از ابتدای انتخاب، برای اصلاح امور و انتشار به موقع مجله سعی و اهتمام وافی نموده اند سپاسگزاری می‌کنم و توفیق بیشتر آنان را از خداوند بزرگ مسئلت دارم.

در خاتمه لازم می‌دانم از شادروان محمد فرض‌پور ماچپانی که در سال‌های اخیر زحمات فراوانی برای این مجله متحمل شدند، ذکر خیری بنمایم.

### پیوست؛ گذری بر تاریخچه مجله کانون وکلا<sup>۱</sup>

۱- اولین مجله کانون وکلا در خرداد ماه سال ۱۳۲۷ با نام «مجله ماهانه علمی-انتقادی-حقوقی» و با صاحب امتیازی و سردبیری مرحوم محمد فرنی وکیل محترم دادگستری منتشر شده بود.

۲- در این دوره و در شماره ۸ این مجله نوشته شده بود: «چون مجله کانون وکلا مرجعی برای انتشار افکار آقایان وکلا و همچنین وسیله‌ای است که آقایان می‌توانند ایرادات و اعتراضات خود را در باب احکام محاکم و دادگاه‌ها به طور اختصار با دلائل و مستندات قانونی بنویسند و برای مجله ارسال دارند، لذا به اطلاع آقایان وکلا می‌رساند که از این به بعد در این خصوص چند صفحه از مجله برای انتشار انتقادات احکام اختصاص داده شده است مقتضی است از آن استفاده نمایند.»

۳- با وجود تأکیدی که این نوشته بر «آقایان وکلا» دارد، اما آنچه مسلم است اینکه در آن بازه زمانی، سه وکیل از بین خانم‌های حقوقدان، در عرصه وکالت حضور داشته و فعال بودند؛ خانم‌ها خدیجه کشاورز، کاترینا سعید خانیان و مهرانگیز منوچهریان<sup>۲</sup> البته، در حال

۱. تاریخچه مجله کانون وکلا در شماره پاییز و زمستان ۱۳۸۶ منتشر شده و قابل دسترس است.

۲. بنا بر اطلاعات واصله، خانم خدیجه کشاورز به لحاظ تقدم زمانی اولین وکیل زن ایران محسوب می‌شود که در ۲۱ فروردین سال ۱۳۱۶ پروانه وکالت پایه دو اخذ کرد و در ۲۵ مهر سال ۱۳۲۵ با صدور پروانه وکالت پایه یک او موافقت شد. از خانم کاترین سعید خانیان اطلاعات دقیقی در دست نیست، اما ظاهراً او دومین وکیل زن از نظر تقدم تاریخی است. در خصوص خانم مهرانگیز منوچهریان هم باید گفت که هر چند اولین وکیل زن ایران به لحاظ زمانی نیست، اما از نظر ابعاد کاری و فعالیت‌های حرفه‌ای می‌تواند شاخص‌ترین چهره در میان این سه باشد. خانم منوچهریان در سال ۱۳۳۶ پروانه وکالت پایه یک خود را دریافت کرد.

حاضر و با وجود تعداد قابل توجه خانم های وکیل، طبیعی است که حضور پررنگ تر ایشان در فعالیت های صنفی به طور عام و در فعالیت های علمی و قلمی برای مجله کانون وکلا به طور خاص، بیشتر مطرح شود.

۴- این نوشته که در شماره ۱۳۰ مجله کانون وکلا در سال ۱۳۵۴ چاپ شده، بر انتقادی بودن مجله تاکید دارد و به فرهنگ دوستی و خدمت به علم می پردازد: «حقوق دانشی مشخص و مدون از رشته های علوم اجتماعی و انسانی است. بنابر این مفهوم علم در عرف مجله دانش زیر بنائی از فلسفه، منطق، ادب و تاریخ است که مقدمه علوم حقوقی است. اما انتقادی بودن مجله به این معنی است که انتقاد سالم و سازنده، انتقاد ارشادی با تفکیک سره از ناسره، ارائه جنبه های قوی و ضعیف قوانین، نشان دادن خلاء قانونی، نمایاندن شیوه های دادرسی، بحث و نقد رویه ها و احکام و سیره محاکم و بالجمله نظارت علمی و تحقیق منطقی در امور تقنینی و اجرائی و قضائی سرلوحه مباحث آنست. نویسندگان ما با روحی سرشار از «فرهنگ دوستی» و هدف عالی و نظر غائی «خدمت به علم» و روشنائی بخشیدن به «جامعه حقوقی» بدون کوچکترین اجر مادی قدم همت استوار دارند و قلم خدمت بر کار. نویسندگان ما آرزومندند که خوانندگان از سرنوشته ها سرسری نگذرند و بی تفاوتی را پیشه نسازند و با تیزبینی و نکته گیری مقاله ها را با محک انتقاد کشند تا بحث ها هر چه جدی تر، پرشورتر، عمیق تر و دامنه دارتر دنبال شود. در این زمینه، عقیده نویسندگان این است که نوشته های حقوقی با مباحثه، ابراز عقیده مخالف و موافق، ستیز منطقی نه ستیزه جوئی، آوردن شواهد یا نظیره ها، استفاده از آرشيو و کالتی و ذخایر تجربی می توان سطح نوشته ها را بالا برد و بازار دانش را با رونق تر و اندوخته های حقوقی را غنی تر ساخت. خوانندگان گرامی به یاد بیاورند که مجله کانون ناشر افکار همه همکاران است. صفحات آن وقف خاص چند نویسنده که خود را آماده ی خدمت ساخته اند نیست. مجله خود را دریابید، هر چه در پیشبرد هدف های مجله و پیشرفت آن در نظر دارید ارائه دهید تا این مجله فراخور حال و در خور آینده باشد.»

۵- مجله کانون با وقعه ۳ ساله مجدداً در سال ۱۳۳۱ به صاحب امتیازی قوام الدین مجیدی و تحت نظر هیات تحریریه آقایان دکتر محمود سرشار، دکتر محمد شاهکار و علی شهیدزاده شروع شد و چاپخانه داد مسئولیت چاپ مجله را به عهده داشت. مجله شماره ۲۴ اختصاص داشت به مطالبی در خصوص قوانین اختیارات دکتر مصدق ۱۳۳۱ و دادرسی

دیوان بین‌المللی دادگستری لاهه در دعوی دولت انگلستان بر دولت ایران راجع به نفت سال ۱۹۵۲.

۶- در شماره ۳۲ مجله، سید هاشم وکیل به هیات تحریریه اضافه شد و چاپ بانک ملی ایران، چاپ مجله را به عهده گرفت.

۷- با انتشار شماره ۴۶، سال هشتم مجله با این مقدمه آغاز شد: «به درگاه خداوند توانا و توانائی بخش که ما را تا بحال توفیق انجام این خدمت عطاء فرموده با کمال خضوع سپاسگذار و نیازمندیم که در آینده نیز عنایات لایتناهی خود را از ما دریغ نفرماید و از نویسندگان دانشمند و گرامی که در گذشته از افاضه رشحات قلم خود این مدینه فاضله را مشترکاً تأیید کرده‌اند متشکر و توقع و انتظار آنکه من بعد نیز ما را در این باره کمک و یاری فرمایند.» / سال ۱۳۳۴

۸- شماره ۹۴ در سال ۱۳۴۵ مجله اختصاص دارد به چاپ نام خلیج «ع ر ب» در مطبوعات خارجی که کل مطالب این شماره مربوط به واکنش جامعه و کالت به این موضوع می‌باشد و در شماره ۱۰۱، مطالب مجله کانون با افتتاح باشگاه کانون به اوج خود می‌رسد و از سال ۱۳۳۲ تا سال ۱۳۴۶ چاپ مجلات کانون به عهده چاپخانه بانک ملی شد.

۹- در سال ۱۳۵۱ شماره ۱۲۰ با صاحب امتیازی آقای سید محمد رضا جلالی نائینی و آقایان هیات تحریریه جعفر بوشهری، تقی لطفی، حسینقلی کاتبی، علی اکبر درخشانی، غلامحسین نعمتی، جهانگیر امیر حسینی، محمد علی سفری، محمود معینی عراقی توسط چاپخانه شرکت سهامی افست سهامی خاص (چاپخانه ۲۵ شهرپور) منتشر شد.

۱۰- در شماره ۱۳۱ مجله که در سال ۱۳۵۴ و با صاحب امتیازی آقای جلالی نائینی و شورای نویسندگان آقایان فیض مهدوی، غلامحسین نعمتی، نورعلی تابنده، تقی لطفی و دبیر شورا محمد علی سفری منتشر شد، می‌توانید تراز نامه مالی کانون و کلا را مطالعه فرمایید.

۱۱- شماره های ۱۴۳ و ۱۴۴ و ۱۴۵ در سال ۱۳۵۷ توأمأ منتشر شد که صاحب امتیاز و مدیر مسئول حسن نزیه و سردبیر آن حمید مصدق بودند.

۱۲- دوره جدید مجله کانون و کلا در سال ۱۳۶۸ با مدیر مسئولی آقای دکتر افتخار جهرمی و با چاپ وزارت نیرو آغاز به کار کرد.

۱۳- در تیر ۱۳۸۰ شماره ۱۷۳ دوره جدید با صاحب امتیازی کانون وکلاء و با مدیر مسئولی آقای محمد فرض پور ماچیانلی و زیر نظر شورای نویسندگان: آقایان رضا تمدن، محمد علی سفری، مصطفی شریعت، دکتر مصطفوی کاشانی منتشر شد و در شماره ۱۷۴ آقای سیدمحمد جندقی کرمانی هم به عضویت شورا اضافه گردید. در ادامه و همزمان با مدیر مسئولی محمد فرض پور ماچیانلی، انتشار مجله به سردبیری سید مصطفی شریعت وکیل دادگستری ادامه یافته تا دور جدید که مجله کانون وکلا زیر نظر شورای سردبیری منتشر می شود.



تحلیلی بر حقوق بنیادین در قانون اساسی ایران (۱)

## حق تعیین سرنوشت مردم

دکتر علیرضا دبیرنیا\*

### چکیده

حق تعیین سرنوشت مردم در قانون اساسی ایران که از درون یک انقلاب سیاسی و با انحلال رژیم سلطنتی و جایگزین کردن نظام جمهوری شکل گرفت، از نقاط کلیدی در قانون اساسی ایران است. این تحول عظیم در حوزه حقوق اساسی به نقطه عطفی در تاریخ سیاسی ایران تبدیل شد و برای اولین بار در تاریخ ایران، جایگاه مردم را به عنوان خالقان قدرت سیاسی مطرح کرد.

عینیت یافتن حقوق اساسی در هر جامعه‌ای مستلزم وجود عناصر مهمی مانند «رویکرد مردم به حقوق اساسی به عنوان یک حق طبیعی و مستقل از دولت»، «حقوق اساسی به عنوان بخش تفکیک‌ناپذیر از شأن و کرامت ذاتی انسان»، «وجود فرهنگ دموکراتیک در روابط میان مردم»، «شناسایی اصل عدم حاکمیت احدى بر دیگری»، «شناسایی مردم در جایگاه سازندگان قدرت سیاسی مشروع» و «شناسایی نظام نمایندگی به عنوان تنها ابزار مشروع در اداره امور کشور» است.

**واژگان کلیدی:** حقوق بنیادین، قانون اساسی، حق تعیین سرنوشت، حاکمیت.

\* وکیل دادگستری و عضو هیأت علمی دانشگاه

## مقدمه

حقوقدانان اعم از استادان رشته های مختلف حقوق و وکلای دادگستری به دلیل تخصص، حرفه، درک مفاهیم حقوقی و فرصتی که در اختیار آنان قرار دارد، در تبیین حقوق و آزادی های مندرج در قانون اساسی و پاسداری از آن، از مسئولیت خطیری برخوردارند. این مسئولیت در نگاه اول متوجه عموم است و تمامی اشخاص و گروه های اجتماعی را در بر می گیرد اما در یک رویکرد تخصصی، جامعه حقوقدانان می توانند به طور مؤثر در راستای حفظ ارزش های مندرج در قانون اساسی و تضمین حقوق ملت تلاش کنند. بدیهی است تحقق این رسالت مهم مستلزم کوشش حقوقدانان در تبیین، آموزش و ترویج مفاهیم حقوق اساسی است.

در این تحقیق مباحث مربوط به صلاحیت و جایگاه مردم در تولید قدرت سیاسی - در راستای ایجاد یک نظام سیاسی جدید و مشروعیت بخشیدن به آن - مورد کنکاش قرار می گیرد. حق تعیین سرنوشت مردم در قانون اساسی ایران که از درون یک انقلاب سیاسی و با انحلال رژیم سلطنتی و جایگزین کردن نظام جمهوری شکل گرفت، از نقاط کلیدی در قانون اساسی ایران است. این تحول عظیم در حوزه حقوق اساسی به نقطه عطفی در تاریخ سیاسی ایران تبدیل شد و برای اولین بار در تاریخ ایران، جایگاه مردم را به عنوان خالقان قدرت سیاسی مطرح کرد. در این نوشتار، حق تعیین سرنوشت به عنوان یک حق بنیادین و با تمرکز بر اصل اول قانون اساسی مورد تحلیل قرار می گیرد.

### ۱- استقرار نظام استبدادی در سایه فرهنگ غیر دموکراتیک

حاکمیت پادشاهان و نظام های استبدادی بخش مهمی از تاریخ ایران از عصر باستان تا پایان دوره پهلوی را تشکیل می دهد اما نکته قابل تأمل این است که در طول این دوران معمولاً برای عموم مردم این سؤال مطرح نمی شد که به چه دلیل و بر کدام مبنا باید از حکومت پادشاه و قوانین آن پیروی کنند؟

ورود به عصر مدرن و ظهور مفاهیم حقوق اساسی در عرصه بین الملل هم نتوانست به شناسایی حق بر تعیین سرنوشت به عنوان یک حق طبیعی برای مردم منجر شود؛ با این که در اسناد بین المللی حقوق بشر جایگاه ویژه ای برای حق تعیین سرنوشت



انسان در نظر گرفته شده بود و کشور ایران نیز به عنوان عضوی از سازمان ملل متحد ظاهراً متعهد به رعایت حقوق اساسی ملت بود و به برخی از کنوانسیون های بین‌المللی نیز پیوسته بود.

در مقدمه و مواد ۱، ۲، ۳ و ۲۱ اعلامیه جهانی حقوق بشر تصریح شده است: «ما مردم ملل متحد ایمان خود را به حقوق اساسی بشر و مقام و ارزش فرد انسانی اعلام می‌کنیم»، «تمام افراد بشر آزاد متولد می‌شوند و از لحاظ حیثیت و حقوق با هم برابرند»، «هر فرد می‌تواند بدون هیچ‌گونه تمایز از تمام حقوق و کلیه آزادی‌هایی که در اعلامیه حاضر ذکر شده است بهره‌مند گردد»، «هر فرد حق زندگی، آزادی و امنیت شخصی دارد»، «هر فرد حق دارد که در اداره عمومی کشور خود، خواه مستقیماً و خواه با وساطت نمایندگان که آزادانه انتخاب شده باشند شرکت جوید»، «هر فرد حق دارد با تساوی شرایط به مشاغل عمومی کشور خود نایل آید.»

در مقدمه و مواد ۳ و ۲۵ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی تأکید شده است: «شناسایی حیثیت ذاتی و حقوق یکسان و غیرقابل انتقال کلیه اعضای خانواده بشری مبنای آزادی، عدالت و صلح در جهان است و حقوق مذکور ناشی از حیثیت ذاتی شخص انسان است»، «دولت‌های طرف این میثاق متعهد می‌شوند که تساوی حقوق زنان و مردان را در استفاده از حقوق مدنی و سیاسی پیش‌بینی شده در این میثاق تأمین کنند»، «هر انسان عضو اجتماع، حق و امکان خواهد داشت بدون هیچ‌یک از تبعیضات و بدون محدودیت غیر معقول در اداره امور عمومی بالمباشره یا بواسطه نمایندگان که بطور آزاد انتخاب می‌شوند شرکت نماید.»

مواد احصاء شده در اسناد بین‌المللی حقوق بشر که به روشنی بر حقوق بنیادین انسان تأکید داشت همانند برخی از اصول مهم قانون اساسی مشروطه، قادر نبود تا حقوق اساسی را برای مردم به ارمغان بیاورد زیرا قرن‌ها بود که نظام بردگی و استبداد در جامعه وجود داشت، رشد کرده بود، به یک امر طبیعی تبدیل شده بود، در اعماق وجودی و شخصیت مردم نفوذ کرده بود و در قالب یک فرهنگ مستقر درآمده بود به نحوی که تمیز میان آزادگی و بردگی برای بسیاری از مردم دشوار بود. گسست از خوی بردگی نیاز به یک انقلاب در حوزه اندیشه داشت زیرا ارزش‌های فرهنگی مستقر

و ساختارهای سیاسی - حقوقی جملگی فرد را به موجودی تابع تبدیل می‌کرد. فرآیند اجتماعی شدن و تمرکز بر عنصر پیروی نیز از سنت های غالب جامعه بود به نحوی که رابطه معناداری میان حق بر زندگی و تبعیت وجود داشت.

## ۲- شناسایی حق بر انقلاب با استقرار نظام جمهوری اسلامی ایران

انحلال نظام شاهنشاهی و استقرار نظام جمهوری اسلامی ایران توسط مردم موجب شد تا حق تعیین سرنوشت به عنوان یک حق طبیعی مورد شناسایی قرار گیرد. قدر متیقن این است که با اقدام ملت در سرنگونی نظام سابق، عملاً حق بر انقلاب به عنوان یک حق بنیادین و بخش جدایی‌ناپذیر از حق تعیین سرنوشت مورد شناسایی قرار گرفت. به عبارت دیگر نه تنها هیچ ابزار سیاسی و حقوقی برای ایستادگی در مقابل نظام سلطنت وجود نداشت بلکه کوچکترین فعالیت مردم در نقد قدرت سیاسی مستقر به منزله اقدام علیه امنیت کشور، بر هم زدن نظم عمومی و یا تشویش اذهان عمومی تلقی شده و به شدت با آن برخورد می‌شد به نحوی که از حق تعیین سرنوشت نامی بیش نمانده بود. بدیهی است در چهارچوب یک نظام استبدادی و مبتنی بر حق حاکمیت پادشاه، مردم در اداره امور کشور نقشی تعیین‌کننده نداشتند و تبعیت کامل از نظام سیاسی و اعلام وفاداری به حاکم از شروط لازم در بهره‌مندی از حق بر زندگی بود. در این وضعیت، مردم با رهبری حضرت امام (ره) و بدون توجه به الزامات نظام سیاسی - حقوقی مستقر، به حق بر انقلاب دست یافتند و آن را در تاریخ ایران به ثبت رساندند.

بدیهی است نظام سیاسی - حقوقی با بهره‌مندی از قدرت سیاسی، الزامات قانونی و ابزارهای فرهنگی، هر اندیشه‌ای مغایر با اشرافیت فکری مستقر را سرکوب می‌کرد و اصولاً تعیین سرنوشت مردم از صلاحیت‌های قطعی پادشاه تلقی می‌شد که با مصلحت حاکم تعریف می‌شد. بنابراین بطور اجتناب‌ناپذیر و برای برون رفت از سلطه یک نظام استبدادی، توسل به یک انقلاب سیاسی به عنوان یک حق بنیادین مورد توجه قرار گرفت و شخصیت برجسته‌ای مانند حضرت امام (ره) با پیروی از تعالیم دینی به خصوص الگوبرداری از قیام حضرت اباعبدالله الحسین علیه السلام توانست حق بر انقلاب را به عنوان یک حق بنیادین و بخش جدایی‌ناپذیر از حق تعیین سرنوشت مردم

معرفی کند. از این مقطع تاریخی است که برای اولین بار و پس از گذر از نظام‌های بردگی و استبدادی، مردم در جایگاه سازندگان انحصاری قدرت سیاسی مشروع قرار گرفتند و قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران به عنوان محصول اراده مردم اعتبار یافت. بدین ترتیب حق بر انقلاب به عنوان مقدمه لازم جهت تدوین قانون اساسی مورد شناسایی قانونگذار اساسی قرار گرفت.

قدر متیقن این است که قانون اساسی جمهوری ایران زمانی اعتبار یافت که حق بر انقلاب به عنوان یک حق بنیادین و در راستای تضمین حقوق اساسی مردم مورد شناسایی قرار گرفت و در غیر این صورت بدون تجویز حق بر انقلاب به عنوان یک حق بنیادین، نظام سلطنت و ساختارهای حقوقی همچنان به حیات خود ادامه می‌دادند. به عبارت دیگر رابطه مستقیمی میان «شناسایی حق بر انقلاب»، «انحلال نظام سلطنت» و «اعتبار قانون اساسی مصوب ۱۳۵۸» وجود دارد و تا زمانی که حق بر انقلاب به عنوان یک حق بنیادین مورد شناسایی قرار نگیرد ظاهر در این است که قانون اساسی مشروطه به قوت خود باقی مانده است و هیچ اثر قانونی بر قانون اساسی سال ۱۳۵۸ مترتب نخواهد بود. بر همین اساس حضرت امام (ره) با شجاعت، حق تعیین سرنوشت را به عنوان یک حق الهی معرفی کرد که از درون آن، حق بر انقلاب به عنوان یک حق بنیادین مورد شناسایی قرار گرفت.

### ۳- استقرار نظام نمایندگی با تشکیل مجلس مؤسسان منتخب مردم

در تبیین مبانی حق بر انقلاب، این نکته مورد توجه قرار می‌گیرد که تمام مردم برابر و آزاد هستند و هیچ فردی حق ندارد قدرتی را بدون رضایت اشخاص بر آن‌ها اعمال کند زیرا اعتبار حکومت از رضایت مردم تحصیل می‌شود و بر همین اساس خوشبختی اعضای جامعه باید اولین قانون هر حکومت باشد.<sup>۱</sup> قدر متیقن این است که آزادی به عنوان پدیده ای تفکیک ناپذیر از وجود انسان است که از طریق انعقاد قرارداد اجتماعی مورد تضمین قرار می‌گیرد.<sup>۲</sup>

قدرت سیاسی که انعکاسی از قدرت مردم است منحصراً از طریق توافق اجتماعی و

1. Lakoff, S. (2006), *Liberalism in America: Hartz and his Critics*, Routledge Press, P. 21.

۲. روسو، ژان ژاک (۱۳۸۹)، قرارداد اجتماعی، ترجمه مرتضی کلانتریان، نشر آگاه، چاپ پنجم، ص ۲۷.

به منظور تأمین خیر عمومی تشکیل می‌شود<sup>۱</sup> به نحوی که رضایت حکومت شوندگان به عنوان بنیان نظام سیاسی در نظر گرفته می‌شود و حکومت به پشتیبانی ارادهٔ مردم قادر خواهد بود تا منافع گروه‌های اجتماعی مختلف را تأمین نماید.<sup>۲</sup> به عبارت دیگر برای تضمین حقوق اساسی، مردم در چهارچوب یک قرارداد اجتماعی آزاد، به تأسیس نظام دموکراتیک می‌پردازند تا اشخاص بتوانند منافع برابر را در جامعه جستجو نمایند.<sup>۳</sup> هنگامی که قدرت سیاسی از درون یک قرارداد اجتماعی شکل گرفت، توافق کنندگان در بارهٔ مهم‌ترین مسائل مانند ارزش‌ها و ماهیت نظام سیاسی تصمیم می‌گیرند.<sup>۴</sup> بنابراین تضمین حقوق بنیادین مستلزم این است که منشأ قدرت سیاسی به مردم مستند شود و اصل مشارکت سیاسی مردم در ادارهٔ امور جامعه مورد شناسایی قرار گیرد.<sup>۵</sup>

با توجه به موارد مطروحه، رابطه معناداری میان تشکیل نظام‌های دموکراتیک و تضمین حق حاکمیت مردم وجود دارد به نحوی که با فقدان اصول و ساختارهای دموکراتیک در هر نظام سیاسی، معمولاً نقض حقوق بنیادین شهروندان امری اجتناب ناپذیر است<sup>۶</sup> و به همین دلیل است که ضرورت دارد آرای مردم در مشروعیت بخشیدن به قدرت سیاسی به عنوان یک معیار و بنیان انحصاری در قانون اساسی ایران در نظر گرفته شود. بر همین اساس با انحلال نظام پادشاهی، مردم در جایگاه خالقان قدرت سیاسی تصمیم گرفتند تا حق تعیین سرنوشت خود را به نحوی که مایلند تعریف و تعیین کنند. قانون اساسی تأکید کرده است که مجلس خبرگان متشکل از نمایندگان مردم، مأموریت یافت تا به نمایندگی از مردم به تدوین قانون اساسی بپردازد. بدیهی است مجموعه اصول قانون اساسی اعتبار خود را از آرای مردم کسب کرده است و در

1. Passavant, P.A. (2009), *We Shouhd Be Liberals at least*, Sage Press, p. 17.

2. Forster, G. (2005), *Jhon Locke's Political of Moral Consensus*, Cambridge-University Press, p. 219.

3. Linklater, A.(2007), *Critical Theory & World Politics: Citizenship Sovereignty & Humanity*, Routledge Press, P.18.

4. Dionisopoulos, P.A.(1970), *The Government of the United States*, Charles Scribner's Sons Press, P.9.

۵. بشیریه، حسین(۱۳۸۳)، *جامعه شناسی سیاسی*، نشر نی، چاپ دهم، ص ۲۹۹.

6. Griffin, S. M. (1996), *American Constitutionalism: From Theory to Politics*, Prinstone University Press, P. 19.

این فرض وقتی بنیانِ مجلس مؤسسان از آرای مردم است قدر متیقن این است که اعتبار تمامی اصول قانون اساسی نیز از آرای مردم نشأت گرفته است. بنابراین توزیع هر گونه قدرت سیاسی یا اعطای اختیارات به قوا و سایر نهادهای مندرج در قانون اساسی منحصراً در چهارچوب یک نظام نمایندگی معتبر خواهد بود.

وقتی از مفهوم نمایندگی سخن به میان می آید، مجلس مؤسسان که کارویژه اش تدوین قانون اساسی است، شأنی غیر از نمایندگی ملت ندارد و به تبع آن، نظام سیاسی مبتنی بر نظام نمایندگی نمی تواند قدرتی خارج یا فراتر از نمایندگی را مورد شناسایی قرار دهد. بنابراین مجلس مؤسسان که از بنیان و ماهیت نمایندگی برخوردار است قادر نیست هیچ ساختاری غیر از نمایندگی را تولید کند و یا به ساختاری خارج از نظام نمایندگی اعتبار بخشد. نقطه قوت نظام جمهوری اسلامی ایران نیز در نظام نمایندگی نهفته است، زیرا تمامی اصول قانون اساسی با هر جایگاه و ارزشی منحصراً از بنیانی تحت عنوان نمایندگی تشکیل شده است و بر همین اساس هر گونه تفسیر از حقوق ملت لزوماً با در نظر گرفتن جایگاه مردم به عنوان اصیل و کارگزاران نظام در جایگاه نماینده ملت مورد بررسی قرار می گیرد.

#### ۴- آثار ناشی از ماهیت نمایندگی مجلس مؤسسان

شناسایی نظام نمایندگی به عنوان بنیان مجلس مؤسسان دارای آثار و نتایج زیر است: اولاً مردم در چهارچوب یک نظام نمایندگی، مجلس مؤسسان را خلق کردند تا به نیابت از سوی آنان به تدوین قانون اساسی بپردازد و به همین دلیل مجلس مؤسسان منحصراً از شأن نمایندگی برخوردار است و شأن دیگری برای آن متصور نیست. ثانیاً وقتی شأن نمایندگی برای مجلس مؤسسان مطرح می شود یعنی تمام اعتبار و قدرت خود را از آرای مردم کسب کرده است، لذا ماهیتی غیر از نمایندگی ملت برای این مجلس متصور نیست. بدیهی است مردم به نمایندگان خود اجازه دادند تا نسبت به تدوین قانون اساسی اقدام کنند و نتیجه منطقی آن، این است که اعتبار تمامی اصول قانون اساسی از آرای مردم است و هیچ منبع دیگری برای اعتباربخشی به مجموعه اصول قانون اساسی پیش بینی نشده است. بدین ترتیب تمامی مظاهر قدرت در قانون اساسی منحصراً در جایگاه نمایندگی ملت ایران قرار دارند تا جایی که

در مقدمه قانون اساسی تصریح شده است: «قانون اساسی زمینه تحقق رهبری فقیه جامع الشرایطی را که از طرف مردم به عنوان رهبر شناخته می‌شود آماده می‌کند.» بر همین اساس تمامی قوا، نهادها و کارگزاران، اعتبارشان را از آرای مردم کسب می‌کنند. در اصل یکصد و هفتم نیز تأکید شده است که بنیانگذار جمهوری اسلامی ایران از طرف اکثریت قاطع مردم به مرجعیت و رهبری شناخته و پذیرفته شدند.

### ۵- آرای مردم در جایگاه بنیان قانون اساسی

از یک سو در ساختار یک نظام سیاسی، افراد به عنوان شهروند در نظر گرفته می‌شوند و این موضوع، شأن سیاسی واحدی را به افراد اعطا می‌کند.<sup>۱</sup> از سوی دیگر قانون اساسی جلوه‌های مختلفی از مشارکت حقوقی، سیاسی و اجتماعی مردم را پیش‌بینی نموده است؛ یعنی از نظر حقوقی حکومت جمهوری اسلامی با رأی ملت تأسیس شده است و اداره امور کشور به اتکای آرای عمومی است و بر همین مبنا حاکمیت الهی به مردم منتقل شده است و قانون اساسی، حاکمیت مردم را برگزیده است<sup>۲</sup> و به همین دلیل است که اعتبار قانون اساسی بر اساس واضح آن مورد سنجش قرار می‌گیرد.<sup>۳</sup> بدیهی است مردم نمی‌توانند قدرتی را تفویض کنند که در تعارض با حقوق بنیادین انسان است و حکومت هم نمی‌تواند قدرت ناشی از نمایندگی را به نحوی اعمال کند که مفهوم آزادی را از درون تهی نماید.<sup>۴</sup>

با توجه به این که قانون اساسی دموکراتیک، قانونی مبتنی بر سنت نیست بلکه هدف آن، این است که رویه‌های طولانی مدت و مستقر در جامعه را مورد بررسی انتقادی قرار دهد<sup>۵</sup> بنابراین اصل بر این است که در یک قانون اساسی دموکراتیک، برتری اراده سیاسی مردم مورد توجه قرار گیرد.<sup>۶</sup> در یک قانون اساسی دموکراتیک،

۱. راولز، جان (۱۳۸۹). قانون ملل، ترجمه مرتضی بحرانی و محمد فرجیان، نشر پژوهشکده مطالعات فرهنگی و اجتماعی، ص ۲۲۴.

۲. کاتوزیان، ناصر، مقاله «اصول منطقی حاکم بر تفسیر قانون اساسی»، نشریه حقوق اساسی، شماره ۳، ۱۳۸۳، ص ۳۰۷.

۳. قاضی شریعت پناهی، سید ابوالفضل، بایسته‌های حقوق اساسی، نشر دادگستر، چاپ دوم، ۱۳۷۵، ص ۱۷۵.

۴. آقایی، کامران (۱۳۹۱)، سنجش عقل تفسیری، مجله تحقیقات حقوقی، ش ۵۸، دانشگاه شهید بهشتی، ص ۴۹۶.

5. Sunstein, C.R. (2001), *Designing Democracy: What Constitutions Do*, Oxford University Press, P.240.

6. Mohallem, M.F. (2011), *Immutable Clauses & Judicial Review in India, Brazil & South Africa: Expanding-Constitutional- Court's Authority*, Routledge Press, P.768.

اصل حاکمیت مطلق مردم بر سرنوشت سیاسی و اجتماعی خویش به این مفهوم است که فرمانروایان صرفاً نمایندگان موقت و منتخب از سوی مردم می باشند تا در راستای منافع عمومی فعالیت نمایند و این نمایندگی تا زمانی ادامه خواهد داشت که حاکمان در چهارچوب خواست عمومی و منافع مردم حرکت نمایند. در این فرض، حاکمان هیچ جایگاهی غیر از نمایندگی مردم نداشته و قدرت آنان صرفاً قدرت بر آمده از مردم است، بنابراین هیچ معیاری غیر از رضایت مردم نمی تواند عملکرد کارگزاران را موجه جلوه دهد.<sup>۱</sup>

ویژگی های یک قانون اساسی مبتنی بر آرای مردم در مجلس مؤسسان قانون اساسی ایران نیز مورد توجه قرار گرفته است؛ در اصل اول قانون اساسی تأکید شده است که نظام جمهوری اسلامی ایران منحصراً با آرای مردم ایجاد شده است و بدین جهت مردم در جایگاه خالق و مجموعه نظام جمهوری اسلامی به عنوان مخلوق تلقی شده است. بنابراین هیچ رابطه دیگری غیر از خالق و مخلوقی میان مردم و نظام جمهوری اسلامی ایران متصور نیست. مطابق اصل اول، تمامی مظاهر قدرت سیاسی به عنوان محصول اراده سیاسی مردم تلقی شده است و به همین دلیل هیچ قدرتی بدون مراجعه به آرای مردم نمی تواند ظهور یابد. وجود این رابطه مؤید این است که مخلوق همواره باید از خالق خود تبعیت کند و در غیر این صورت، اراده و قدرت مردم در ایجاد نظام سیاسی صرفاً در یک فرآیند شکلی متوقف خواهد شد. در این فرض، قدرت سیاسی مشروعاً منحصراً از طریق اراده سیاسی و رضایت مردم تولید می شود و در نتیجه، مجموعه نهادهای تأسیس شده -مخلوق- نمی توانند هیچ مانع یا محدودیتی برای خالق خود ایجاد کنند.

#### ۶- مشارکت فعال تمامی گروه های اجتماعی؛ تضمین حق تعیین سرنوشت

اصل بر این است که در یک نظام نمایندگی، قدرت سیاسی از مجرای نمایندگی شکل می گیرد تا منافع مورد نظر شهروندان تأمین شود.<sup>۲</sup> به عبارت دیگر مردم،

1. Rein Mullerson , International law , rights & politics , London , lse,routledge, 1994 , p, 63

2. Moncrieffe, J.M.(2010), Accountability: Ideals, Constraints, Routledge Press, P.26.

نمایندگان را نه به خاطر تخصصی که ممکن است داشته باشند بلکه برای اعتمادی که برای انجام وظایفشان به آنها دارند، انتخاب می‌کنند.<sup>۳</sup>

در مقدمه قانون اساسی ایران تأکید شده است: «حکومت از دیدگاه اسلام برخاسته از موضع طبقاتی و سلطه‌گری فردی یا گروهی نیست و قانون اساسی تضمین‌گر نفی هر گونه استبداد فکری و اجتماعی و انحصار اقتصادی می‌باشد و در خط گسستن از سیستم استبدادی و سپردن سرنوشت مردم به دست خودشان تلاش می‌کند.» قدر متیقن این است که سپردن حق تعیین سرنوشت به مردم، منحصر در انتخابات نیست بلکه حوزه‌های فردی، اجتماعی، فرهنگی، اقتصادی و سیاسی را نیز در بر می‌گیرد. به عبارت دیگر، مردم باید قادر باشند بر تمامی بخش‌های زندگی خود حاکم باشند به نحوی که مانعی در اعمال این حق وجود نداشته باشد. حق حاکمیت مردم بر سرنوشت خویش به این معنا است که مردم حق دارند آن گونه که مایلند، حوزه‌های سیاسی، اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی خود را مدیریت کنند. وقتی سخن از مدیریت به میان می‌آید ضرورت دارد این نکته مورد توجه قرار گیرد که حق تعیین سرنوشت باید از فرآیند شکلی گذر کند و مردم به طور مؤثر و ابتکاری در حوزه‌های مختلف زندگی خود، نقش آفرین باشند و این مهم وقتی دست یافتنی است که جایگاه خود را به عنوان سازندگان قدرت سیاسی به درستی درک کرده باشند.

بدیهی است حق تعیین سرنوشت موضوعی نیست که صرفاً در چهارچوب یک نظام نمایندگی محقق شود، بلکه حضور فعال و مشارکت مردم در عرصه‌های مختلف زندگی می‌تواند به مفهوم حق تعیین سرنوشت غنا بخشد. در همین راستا قانون اساسی ایران در مقدمه خود تأکید کرده است که ملت ایران به دنبال ایجاد نظام نوینی بوده است تا این حق را که قبلاً به طور عینی و ملموس وجود نداشته است، احیا کند. بر همین اساس، قانون اساسی مهم‌ترین مانع در تحقق حق تعیین سرنوشت مردم را وجود استبداد در حوزه‌های فکری، اجتماعی و انحصار اقتصادی معرفی کرده است و مشارکت تمامی گروه‌های اجتماعی در اداره کشور را به عنوان تضمین حقوق اساسی ملت قلمداد کرده است.

۱. بیتنام، دیوید و بویل، کوین، دموکراسی چیست، ترجمه شهرام نقش تبری، ۱۳۸۴، ققنوس، ص ۹۹.



قانون اساسی ایران با دریافت صحیح از سنت استبدادی مستقر در نظام‌های پیشین، بر سپردن سرنوشت مردم به دست خودشان تأکید کرده است: «قانون اساسی زمینه مشارکت مردم در تمام مراحل تصمیم‌گیری‌های سیاسی و سرنوشت ساز برای همه افراد اجتماع را فراهم می‌سازد تا هر فردی خود، دست اندرکار و مسئول رشد و ارتقاء خود گردد.»

## ۷- نتیجه‌گیری

عینیت یافتن حقوق اساسی در هر جامعه‌ای مستلزم وجود مقدمات و عناصر مهمی مانند «رویکرد مردم به حقوق اساسی به عنوان یک حق طبیعی و مستقل از دولت»، «حقوق اساسی به منزله شرط لازم برای ادامه حیات انسان آزاد»، «حقوق اساسی به عنوان بخش تفکیک‌ناپذیر از شأن و کرامت ذاتی هر انسان»، «وجود فرهنگ دموکراتیک در روابط میان مردم و در ارتباط با حکومت»، «شناسایی حق تعیین سرنوشت برای هر فرد»، «شناسایی اصل عدم حاکمیت احدی بر دیگری»، «شناسایی مردم در جایگاه سازندگان قدرت سیاسی مشروع»، «تدوین قانون اساسی در یک فرآیند دموکراتیک»، «وجود مبانی، اصول و ساختارهای دموکراتیک در قانون اساسی» و «شناسایی نظام نمایندگی به عنوان تنها ابزار مشروع در اداره تمامی امور کشور» است.

## فهرست منابع:

### الف) فارسی

۱. آقای، کامران (۱۳۹۱)، سنجش عقل تفسیری، مجله تحقیقات حقوقی، ش ۵۸، دانشگاه شهید بهشتی.
۲. اعلامیه جهانی حقوق بشر، مصوب ۱۰ دسامبر ۱۹۴۸، مجمع عمومی سازمان ملل.
۳. بشیریه، حسین (۱۳۸۳)، جامعه شناسی سیاسی، نشر نی، چاپ دهم.
۴. بیتهم، دیوید و بویل، کوین (۱۳۸۴)، دموکراسی چیست، ترجمه شهرام نقش تبریزی، ققنوس.
۵. راولز، جان (۱۳۸۹)، قانون ملل، ترجمه مرتضی بحرانی و محمد فرجیان، نشر پژوهشکده مطالعات فرهنگی و اجتماعی.
۶. روسو، ژان ژاک (۱۳۸۹)، قرارداد اجتماعی، ترجمه مرتضی کلانتریان، نشر آگاه، چاپ پنجم.
۷. قاضی شریعت پناهی، سید ابوالفضل (۱۳۷۵)، بایسته‌های حقوق اساسی، نشر دادگستر، چاپ دوم.
۸. قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران (۱۳۵۸ و ۱۳۶۸)، مجلس مؤسسان و بازنگری قانون اساسی.
۹. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۳)، مقاله «اصول منطقی حاکم بر تفسیر قانون اساسی»، نشریه حقوق اساسی، شماره ۳.
۱۰. میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی، مصوب ۱۶ دسامبر ۱۹۶۶ مجمع عمومی سازمان ملل متحد.

### ب) لاتین

11. Dionisopoulos, P.A.(1970), The Government of the United States, Charles Scribner`s Sons Press.
12. Forster, G. (2005), Jhon Locke's Political of Moral Consensus, Cambridge-University Press.
13. Griffin, S. M. (1996), American Constitutionalism: From Theory to Politics, Prinstone University Press.
14. Lakoff,S.(2006), Liberalism in America: Hartz and his Critics, Routledge Press.
15. Linklater, A.(2007), Critical Theory & World Politics: Citizenship Sovereignty & Humanity, Routledge Press.
16. Mohallem, M.F.(2011), Immutable Clauses & Judicial Review in India, Brazil & South Africa: Expanding Constitutional- Court`s Authority, Routledge Press.
17. Moncrieffe, J.M.(2010), Accountability: Ideals, Constraints, Routledge Press.
18. Passavant, P.A. (2009), We Shouhd Be Liberals at least, Sage Press.
19. Rein Mullerson , (1994), International law , rights &politics , London , lse,routledge .
20. Sunstein, C.R.(2001), Designing Democracy: What Constitutions Do, Oxford University Press.

## استقلال و کلا و قضات؛ شرط حاکمیت قانون<sup>۱</sup>

نویسنده: برتراند فاوور\*

مترجم: ابراهیم یوسفی محله\*\*

### دیباچه

«هابرماس» معتقد است که بخش عمده ای از حوزه شناخته شده برای حاکمیت قانون را می‌توان در امنیت حقوقی جستجو کرد. به نظر وی، قدرت سیاسی می‌تواند با ایجاد امنیت حقوقی برای دارندگان حق، به وظیفه ذاتی حقوق و تثبیت انتظارات رفتاری کمک کند، تا آنها بتوانند همزمان نتایج ناشی از رفتارهای خود و دیگران را ارزیابی کنند.

حاکمیت قانون از ابعاد گوناگونی برخوردار است. همان‌طور که به آزادی‌ها و حقوق بنیادین مربوط است، به روابط بین حقوق افراد و جهت‌گیری‌های اجتماعی جوامع گوناگون، حقوق زنان و دسترسی آنها به آموزش یا روابط بین خصوصیت لائیک اعلامیه جهانی حقوق بشر و خصوصیت مذهبی برخی جوامع نیز مربوط است. اعلامیه جهانی حقوق بشر مصوب سال ۱۹۴۸ میلادی تعدادی از اصول اساسی مربوط به کرامت انسانی و نظام اجتماعی را بر شمرده است. این اعلامیه تأکید می‌کند که همه از حق مساوی حمایت‌های قانونی برخوردارند، فرض بر بی‌گناهی هر شخص متهم به ارتکاب عمل مجرمانه است تا این که در یک دادگاه منصف، علنی، مستقل و بی‌طرف، گناهکاری او از طرق قانونی اثبات شود و در نهایت آن که «هیچ کس را نمی‌توان خودسرانه دستگیر، بازداشت و تبعید کرد.»

۱. این مقاله در سمینار «ارتقای حاکمیت قانون به عنوان بخشی از توسعه پایدار» که در سال ۲۰۰۳ میلادی در شهر بروکسل

برگزار شد، ارائه شده است و از متن فرانسوی به زبان فارسی ترجمه شد.

\* رئیس سابق کانون وکلای بوردو، رئیس موسسه حقوق بشر وکلای اروپایی (IDHAE).

\*\* وکیل دادگستری

در میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی مصوب ۱۹۶۶ که «استانداردهای قضایی» تحت عنوان «قواعد حقوقی» معرفی شده و فراتر از اصول دانسته شده، آمده است: هر کس حق دسترسی به محاکمه منصفانه، احکام قابل تجدیدنظر و مصونیت از هرگونه بازداشت خودسرانه را دارد.

موضوع نوشته حاضر مربوط به یک اصل بنیادین مرتبط با حاکمیت قانون است که به وسیله دول عضو معاهدات بین‌المللی تضمین شده است. «داگسو» قاضی عالی رتبه فرانسوی در این زمینه معتقد بود که قدمت حرفه وکالت به اندازه قضاوت می‌باشد و اینکه یکی موجد دیگری نیز بوده است. لذا استقلال قاضی و استقلال وکیل، جدایی‌ناپذیر هستند.

در یک جامعه دمکراتیک، «قضات» نگهبانان آزادی‌های بنیادین و «وکلا» تضمین‌کنندگان آنها هستند. لذا بدون قضات و وکلای مستقل، حاکمیت قانون وجود نخواهد داشت و در واقع استقلال قضات، مرتبط یا تضمین‌کننده استقلال وکلا نیز است. قضات واقعاً مستقل، بدون کانون وکلای مستقل وجود ندارند. وجود و بقای حرفه وکالت مستقل، مدیون قضات مستقلی است که با هرگونه نقض احتمالی این استقلال برخورد می‌کنند.

بدین ترتیب، در هر زمان و هر کجا بهترین معیار برای احترام به حاکمیت قانون، میزان تحقق استقلال وکلا و قضات است.

از دهه هشتاد میلادی به این سو، استقلال قضایی، یکی از دل‌نگرانی‌های جامعه بین‌المللی بوده است که می‌توان در متونی تحت عناوین؛ اصول پایه، توصیه نامه، منشور، بیانیه و اساسنامه، آثار آن را ملاحظه کرد. این متون، از اعتبار توصیه‌گرایانه برخوردارند و همگی، مبانی خود را به اعلامیه جهانی حقوق بشر و متون بعدی مرتبط با حقوق بشر منتسب می‌کنند.

### با اشاره به اسناد زیر:

- منشور ملل متحد که به موجب آن مردم جهان تصمیم خود را برای ایجاد شرایط لازم جهت دسترسی به عدالت و همچنین انجام همکاری‌های بین‌المللی

برای توسعه و ارتقای احترام به حقوق بشر و آزادی‌های بنیادین بدون هیچ گونه تبعیضی اعلام کرده‌اند؛

- مواد ۷ و ۸ و ۱۰ و ۱۱ اعلامیه جهانی حقوق بشر که به اصل تساوی در مقابل قانون، اصل برائت و حق رسیدگی به پرونده‌های اشخاص در دادگاه صالح و قانونی، علنی، مستقل و بی‌طرف و منصف اشاره کرده است؛

- میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی که علاوه بر آن، رسیدگی قضایی به حقوق اشخاص را در یک موعد معقول تضمین می‌کند؛

- میثاق‌های بین‌المللی حقوق اقتصادی و اجتماعی و فرهنگی و میثاق حقوق مدنی و سیاسی که هر دو اجرای این حقوق را تضمین می‌کنند؛

اول، در مورد قضاوت: «اصول بنیادین مربوط به استقلال در قضاوت» مصوب هفتمین کنگره ملل متحد برای پیشگیری از جرم و اصلاح بزهکاران (میلان ایتالیا در سال ۱۹۸۵ میلادی) که در مجمع عمومی سازمان ملل به موجب قطعنامه‌های ۴۰/۳۲ و ۴۰/۱۴۶ سال ۱۹۸۵ مورد تصویب قرار گرفته است.

دوم، در مورد وکلا: «اصول پایه مربوط به حرفه وکالت» که اصول آن ناظر بر کمک به کشورها برای ملموس کردن نقش وکلا در جامعه و افزایش روزافزون آن است. این سند در هشتمین کنگره ملل متحد برای پیشگیری از جرم و اصلاح بزهکاران در هاوانا و در تاریخ ۱۹۹۰ میلادی به تصویب رسیده است.

به موجب «اصول بنیادین مربوط به استقلال در قضاوت» مصوب ۱۹۸۵: قضاوت باید از اختیار عمل کامل، دستمزد شایسته و امکانات لازم برای انجام امور شغلی خود برخوردار باشند. همچنین باید از هر گونه فشار و تهدیدی نیز رها باشند.

هر چند که این مجموعه استانداردها از اعتبار قانونی برخوردار نیستند، اما می‌توانند مشوق قانونگذاران کشور های دنیا باشند تا از آنها به عنوان الگو در تدوین قوانین اساسی و عادی خود استفاده کنند. سازمان ملل نیز در این راستا اصول راهبردی ناظر بر نقش قضاوت را اعلام و منتشر کرده است.

در دهه نود میلادی، خطر افزایش لطمات وارده به استقلال قضاوت و وکلا در کشور های مختلف و همچنین نمود تضعیف کلی احترام به حقوق بشر باعث شد

که «کمیسیون حقوق بشر سازمان ملل» در مارس ۱۹۹۴ میلادی «گزارشگر ویژه در موضوع استقلال قضا و وکلا» را تعیین کند؛ با تاکید بر این امر که «این مساله، دو بُعد از یک مبارزه است که به موجب آن استقلال و کلا و قضا در یک ردیف قرار دارند و استقلال و کلا بدون استقلال قضا از بین می‌رود.»

وظایف گزارشگر ویژه در موضوع استقلال و کلا و قضا عبارت است از: بررسی مستند مداخلات در فرایند قضایی، شناسایی و فهرست کردن لطمات به استقلال مرجع قضایی و استقلال و کلا و پرسنل و مامورین دادگستری، فهرست کردن اقدامات مثبت دولت‌ها در جهت حمایت و تقویت استقلال قضا و وکلا و ارائه پیشنهادات عملی لازم برای ارتقای استقلال آنها.

این اصول با همان مبانی مذکور، در اسناد منطقه‌ای نیز مورد شناسایی قرار گرفته‌اند. سال‌ها پس از تصویب «اصول» سازمان ملل، کمیته وزیران شورای اروپا در سال ۱۹۹۴ اقدام به تصویب توصیه نامه شماره R(94) تحت عنوان «توصیه نامه ناظر بر استقلال، کارایی و نقش قضا» کرد.

سپس در سال ۱۹۹۸ میلادی، منشوری تحت عنوان «منشور اروپایی ناظر بر وضعیت قضا» در شورای اروپا به تصویب رسید که در آن به ماده ۶ کنوانسیون «نظارت بر حقوق بشر و آزادی‌های بنیادین» و «اصول بنیادین مربوط به استقلال در قضاوت» استناد شده است.

در مورد حرفه وکالت نیز، کمیته وزیران شورای اروپا در سال ۲۰۰۰ میلادی با ضروری دانستن وجود یک سیستم قضایی منصفانه و با استناد به «اصول پایه مصوب سازمان ملل در خصوص نقش حرفه وکالت»، اقدام به تصویب توصیه نامه شماره R(۲۱ ۲۰۰۰) با عنوان «آزادی انجام حرفه وکالت» کرد.

اهداف این توصیه‌نامه این چنین ذکر شده است: «افزایش آزادی انجام حرفه وکالت در جهت تقویت حاکمیت قانون» مخصوصاً در دفاع وکیل از آزادی‌های فردی. این توصیه نامه بر آن است که «با به کارگیری یک نظام قضایی منصفانه، برای وکلای دادگستری ضمانتی فراهم شود که بتوانند وظایف شان را بدون محدودیت‌های بلاوجه و بدون مداخلات، تحریکات، فشارها و تهدیدهای مستقیم یا غیر مستقیم

ناروا از جانب هرکس و به هر دلیل، انجام دهند.»

حق واقعی دسترسی به عدالت و دادگستری، نیازمند وجود قضاتی مستقل و بی طرف و امکان دفاع آزادانه از حقوق اشخاص است. واقعیت عینی آن است که بین آنچه «اصول بنیادین استقلال در قضاوت» مصوب سازمان ملل بازگو کرده یعنی ایده آل‌ها و آنچه در وضعیت واقعی ملاحظه می‌شود، فاصله وجود دارد و هیچ کشوری نمی‌تواند از انتقاد در این زمینه مصون بماند.

اولین پرسشی که در این زمینه قابل طرح است، دانستن معنای استقلال است. در سال ۲۰۰۳ میلادی، «گزارشگر ویژه سازمان ملل در مقوله استقلال قضات و وکلای» از وضعیت تعدادی از کشورهای در حال گذار از جمله کشورهای اروپای شرقی و مرکزی و کشورهای آسیایی سخن گفت که لازم است تحت نظارت بیشتری قرار گیرند. وی اعلام کرد که این کشورها نیازمند کمک‌های فنی در جهت ایجاد ساختارها و یا بازسازی نهادهای خود هستند تا بتوانند به طور مؤثری در ایجاد یک نظام قضایی معتبر، مستقل و بی طرف اقدام کنند.

در چهارچوب کشورهای عضو شورای اروپا، رویه قضایی قابل توجهی وجود دارد که معتقد است برای امکان انتساب وصف استقلال به قاضی لازم است که برای یک دادگاه، شیوه‌های به کارگماری قضات، مدت آن، عدم امکان برکناری و یا دستورگیری قضات از دیگران و غیره، لحاظ شود.

می‌توان استقلال قاضی را یک ارزش اجتماعی و نهادی دانست و حتی آن را یک انتظار اخلاقی متقابل از یک قاضی نیز تلقی کرد. به عبارت دیگر، دادگستری می‌تواند از طریق دادگاه مستقل، روح «اعتماد» را در یک جامعه دمکراتیک بدمد. در حال حاضر، هیچ کشوری نمی‌تواند مدعی حاکمیت قانون در کشور خود باشد، مگر آن که استقلال واقعی قضات و وکلای دادگستری و شیوه‌های اعمال آن را در قبال الزام‌های اداری، سیاسی و یا سایر فشارها از قبیل فشارهای اقتصادی پیش‌بینی و تضمین کرده باشد.

**بخش نخست) استقلال، تضمین واقعی در قبال الزام‌های اداری و سیاسی**

بر مبنای احترام به حاکمیت قانون، استقلال فرد از استقلال بدنه ای که بدان

تعلق دارد، جدانشدنی است. همانگونه که قاضی مستقل بدون نظام قضایی مستقل وجود ندارد، وکیل مستقل نیز بدون کانون وکلای مستقل وجود ندارد. متقابلاً نیز، وجود نظام قضایی مستقل و کانون وکلای مستقل، بدون تضمین استقلال اعضای آنها ممکن نخواهد بود.

### فصل یک) استقلال بدنه یا سازمان حرفه‌ای: گفتار اول - استقلال دادگستری:

دادگستری مستقل بدون پیش‌بینی دو تضمین اساسی وجود نخواهد داشت:  
اول: عدم امکان برکناری قضاات و دوم: عدم دخالت مقامات اجرایی در انجام وظایف قضاات.

تاریخ دادگستری فرانسه در این زمینه وضعیت‌های متفاوتی را شاهد است. به دست آوردن استقلال قضاات تا قرن ۱۹ به آهستگی صورت پذیرفت. زمانی که دادگستری را شاه اداره می‌کرد، شکلی سلطنتی، اربابی و مذهبی داشت و به تدریج «حق» قاضی شدن به دست آمد. قضاات تحت حاکمیت قدرت سیاسی بودند و حاکمیت تمایل داشت که از دست قضاات متمرّد و یاغی خلاص شود. پس از دوران ناپلئون و در زمان جمهوری سوم، اقدامات لازم جهت کسب استقلال واقعی قضاات صورت گرفت. امروزه استقلال واقعی قضاات در فرانسه به موجب اصل ۶۴ قانون اساسی مصوب ۱۹۵۴ تضمین شده است و به موجب این اصل، امکان برکناری قضاات وجود ندارد.

#### مبحث اول - استقلال دادگستری در متون بین‌المللی:

الف) در چهارچوب جهانی:

۱. «اصول بنیادین ناظر بر استقلال در قضاوت» مصوب سال ۱۹۸۵ سازمان ملل که در قطعنامه‌های شماره ۴۰/۳۲ و ۴۰/۱۴۶ مجمع عمومی تصویب شده است.
۲. «اصول راهبردی ناظر بر نقش قضاات دادسرا» مصوب ۱۹۹۰ سازمان ملل متحد.

ب) در چهارچوب‌های منطقه‌ای:



۱. استانداردهای شورای اروپا در رابطه با استقلال و بی‌طرفی و صلاحیت قضات در توصیه نامه شماره R(۹۴) مصوب ۱۹۹۴ تحت عنوان «توصیه نامه استقلال، کارایی و نقش قضات»

۲. «منشور اروپایی در خصوص وضعیت قضات» مصوب ۱۹۹۸ میلادی

۳. «بیانیه اصولی پکن در رابطه با استقلال قضایی» در منطقه (LAW ASIA) مصوب ۱۹۹۵: که حداقل‌های لازمه را برای امکان ارزیابی میزان استقلال قضات و کلا در منطقه مزبور برشمرده است.

۴. «اساسنامه جهانی قضات» مصوب مورخ ۱۹۹۹ میلادی شورای مرکزی اتحادیه بین‌المللی قضات: در نشست ۱۷ نوامبر ۱۹۹۹ تایوان، این شورا، به اتفاق آراء اقدام به تصویب «اساسنامه جهانی قضات» (UIM) کرد که در آن، قواعد حداقلی استقلال قضایی مقرر شده است.

#### مبحث دوم - مبانی:

«اصول بنیادین استقلال در قضاوت» مصوب سازمان ملل در مقدمه توجیهی خود به وضوح به مبانی اشاره کرده است: «نظر به این که اعلامیه جهانی حقوق بشر به اصل تساوی در مقابل قانون، فرض برائت و حق هر شخص متهم در رسیدگی منصفانه به اتهامش در دادگاه‌های قانونی علنی، صالح، مستقل و بی‌طرف» اشاره کرده است.

«نظر به این که دو منشور بین‌المللی مربوط به «حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی» و «حقوق مدنی و سیاسی» اجرای این حقوق را تضمین می‌کنند و این که منشور بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی همچنین «حق رسیدگی قضایی در موعد معقول» را نیز تضمین می‌کند.»

«نظر به این که در مقررات لازم الاجراء انجام وظایف قضات و امکان انجام وظایف در تطابق با این اصول باید باشد.»

در این اسناد بر اهمیت تصمیمات قضات بدین شکل تاکید شده است: «نظر به این که قضات در مورد زندگی، آزادی‌ها، حقوق، وظایف و اموال شهروندان به طور موثر و قاطع اعلام نظر می‌کنند.»

در مقدمه «منشور اروپایی ناظر بر وضعیت قضات مصوب ۱۹۹۸ میلادی» به توصیه‌های «کنوانسیون اروپایی حقوق بشر» اشاره است و اعلام شده است که «با دغدغه اقدام مؤثر برای ارتقای استقلال قضات که امری لازم در راستای تقویت منزلت حقوق و آزادی‌های شخصی در جوامع دموکراتیک است» و این استقلال در مواد ۱،۱ و ۱،۴ این منشور مورد تاکید قرار گرفته است.

«اساسنامه جهانی قضات» مصوب اتحادیه بین‌المللی قضات (UIM) با تاکید بر استقلال آغاز می‌شود:

ماده (۱) استقلال:

«قضات در کلیه اقداماتشان حقوق اشخاص را در برخورداری از رسیدگی منصفانه تضمین می‌کنند. آنها باید تمامی تلاش خود را به کار گیرند تا به پرونده‌ها در یک دادگاه قانونی مستقل و بی‌طرف و در یک موعد معقول، رسیدگی علنی شده و در نتیجه، حقوق و تعهدات در قلمرو مدنی و میزان مسوولیت‌ها در قلمرو کیفری مشخص گردد.»

استقلال قاضی در اعمال دادرسی بی‌طرفانه و تبعیت از قانون امری اجتناب ناپذیر و جدانشدنی است. همه نهادها و مؤسسات ملی و بین‌المللی به استقلال قضات احترام گذاشته و از آن دفاع و حمایت خواهند کرد.»

#### مبحث سوم - وجود تضمین‌های لازم در قوانین عادی یا اساسی

علی‌رغم وجود تفاوت‌ها در سنن حقوقی، اولین نمود پیوستن به حاکمیت قانون را می‌توان در قوانین اساسی و قوانین دارای اعتبار قانون اساسی مشاهده کرد. تحقیقات دکتر «مورین» استاد دانشگاه مونترال کانادا در خصوص تضمینات اساسی حاکمیت قانون نشان داده است که در ۱۷۵ متن قانون اساسی می‌توان متونی را در خصوص استقلال و بی‌طرفی قضات به عنوان ضرورت‌های دادرسی عادلانه، نظارت بر احترام به حقوق بنیادین و ثبات اصل حاکمیت قانون مشاهده کرد. در این تحقیقات، حقوق و آزادی‌های بنیادین مندرج در قوانین اساسی کشورهای فرانسه زبان در چهار عنوان دسته بندی شده اند:

۱- حقوق و آزادی‌های شناخته شده برای اشخاص،

۲- قضایی کردن حقوق و دادرسی‌های قابل اجراء،

۳- حمایت‌های تضمینات سیستم قانون اساسی،

۴- گزارش‌های حقوق بین‌الملل و حقوق داخلی.

در «اصول بنیادین استقلال در قضاوت» مصوب سازمان ملل متحد:

«استقلال قضایی به توسط دولت تضمین می‌شود و در قانون اساسی یا قوانین ملی پیش‌بینی می‌شود. احترام به استقلال قضایی برای همه مؤسسات و نهادهای دولتی وغیره لازم است.»

همین ضرورت در اصل دوم «توصیه نامه R94» و «در اصول کلی ناظر بر استقلال قضاوت» وجود دارد. در این توصیه نامه پیش‌بینی تضمین استقلال قضاوت در قوانین اساسی یا دیگر متون قانونی شده است. در صورت اصلاح قوانین داخلی بر مبنای «توصیه نامه»، این موارد لحاظ خواهند شد. در ماده ۲،۱ «منشور اروپایی» نیز به همین منوال می‌توان این موضوع را مشاهده کرد.

در ماده (۲) منشور جهانی قضاوت (UIM) پیش‌بینی شده است که «استقلال قاضی در قوانین خاص تضمین خواهد شد به گونه‌ای که یک قاضی بتواند در قبال سایر قوای حکومتی استقلال واقعی و مؤثری داشته باشد. قاضی با این که قدرتش را از قوه قضاییه گرفته است، در انجام وظایف خود، استقلال کاملی در رابطه با قوای اجتماعی، اقتصادی و سیاسی و حتی سایر قضاوت و اداره دادگستری خواهد داشت. صحبت از شرایط ضروری اما غیر مکفی شد؛ یکی از مشکلات فعلی در این زمینه، استقلال دستگاه قضایی در مقابل قوه مجریه است. در قانون اساسی برخی کشورها به طور صریح از این امر صحبت شده است و در برخی دیگر از کشورها سیاست تثبیت شده‌ای مبتنی بر عدم مداخله در انجام وظایف دستگاه قضایی وجود دارد. اما وضعیت واقعی کشورها در این زمینه متفاوت بوده و در انتصاب قضاوت، این تفاوت‌ها بیشتر قابل ملاحظه است.

در برخی از قوانین اساسی به طور صریح به استقلال دستگاه قضایی اشاره شده اما از ضمانت اجرای مشخصی برای این استقلال نام برده نشده است. وضعیت عجیب مربوط به وابستگی اعضای دستگاه قضایی به وزارت دادگستری است که این

وزارتخانه خود یکی از ارگان های قوه مجریه است. در برخی کشورها نیز دستگاه قضایی بخشی از قوای عمومی غیر مستقل است.

باید گفت که در اغلب موارد، انتظار استقلال سیستم قضایی یک انتظار آرمانی است. اخیراً یکی از قضات دادگاه عالی کشور آفریقای جنوبی در رای مورخ ۱۷ اکتبر ۲۰۰۲ میلادی اعلام کرد: «ادعای وجود استقلال در مجموعه دستگاه قضایی کشورهای دمکراتیک نباید مطرح شود، مگر آن که وجود واقعی آن اثبات گردد. استقلال و بی طرفی قضات در بطن قانون مندی است و برای حسن اجرای دادگستری امری اساسی به شمار می رود.»

### گفتار دوم - استقلال کانون های وکلا:

از قرن ۱۹ میلادی به این سو، موضوع استقلال در اغلب کشورهای قاره اروپا از جمله کشورهای فرانسه، بلژیک و ایتالیا به عنوان امتیازی برای حرفه وکالت به شمار می رود. استقلال در دو بعد فردی و گروهی مطرح است. این دوگانگی به خوبی در اسناد بین المللی ناظر به قانون گذاری در حرفه وکالت قابل مشاهده است.

#### مبحث اول - معیارهای استقلال:

۱- حق سازمان دهی و تشکیل نهادهای خودمختار و مستقل از قوای عمومی و دولتی:

در این اسناد یک حق اولیه برای وکلا پیش بینی شده است: حق سازمان دهی و تشکیل نهادهای خودمختار و مستقل از قوای عمومی و دولتی (Rec.2000، 21 v,2). در این راستا، «اصول پایه حرفه وکالت» مقرر کرده که وکلا می توانند انجمن های حرفه ای مستقلی تشکیل دهند.

این حق بنیادین تشکیل کانون های وکلا را دولت ها باید تضمین کنند. برخی معتقدند که چنین یادآوری هایی بهبود یافته است، چرا که این حقوق با خطرات و موارد نقض مواجه شده است. در کشورهایی چون آذربایجان و بلاروس نظارت های حکومت بر مجامع وکلا در جهت تعیین وکلای خاص در پرونده های کیفری قابل ملاحظه است. مدت زیادی از انحلال کانون وکلای "alger" در ابتدای دهه شصت

میلاادی توسط دولت فرانسه سپری نشده است که به بهانه و اتهام عدم رعایت برخی دستورات آمره، آن را منحل کرد. در کشور تونس نیز کانون وکلا و رییس آن به دلیل دعوت از وکلا برای اعتصاب قانونی و مسالمت‌آمیز و اعتراض به نقض گسترده حق بر دادرسی‌های عادلانه و منصفانه تحت پیگرد قضایی قرار گرفتند.

۲- اعطای مجوز انجام حرفه وکالت توسط نهاد مستقل:

مجوز انجام حرفه وکالت باید توسط یک نهاد مستقل صادر شود (Rec.2000 21.1,2) به گونه‌ای که دسترسی موثر به حرفه وکالت به هر شکل ممکن میسر گردد (البته به شرط امکان رسیدگی قضایی به اعتراضات).

۳- رسیدگی انضباطی به تخلفات وکلا توسط کانون‌های وکلا:

تضمین رعایت اخلاق حرفه‌ای و برخورد با تخلفات بر عهده کانون‌های وکلا خواهد بود.

به موجب بند (Rec. 2000 21.v,1 et 4.g) «اصول پایه حرفه وکالت» مصوب سازمان ملل، تنظیم هنجارهای انضباطی با کانون‌های وکلاست. به موجب بند (Rec.2000 21 vi2) همان سند، مسوولیت اجرای این تضمینات با کانون‌های وکلاست که با نظارت بر رعایت این هنجارها محقق می‌شود.

#### مبحث دوم- استقلال اثربخش:

این اسناد بین‌المللی فراتر از جنبه‌های ارشادی، محورهایی را نیز برای تضمین اجرای استقلال ارائه می‌کنند. باید دید نهادی که این اختیارات به عنوان نماینده حرفه وکالت به او اعطا شده است، چگونه آن را اجرا می‌کند.

در سطح اجتماعی و سیاسی: توصیه نامه (N.R94)، کانون‌های وکلا را تشویق به انجام وظایف آمرانه شان می‌کند حتی اگر در کشورهای با دموکراسی نوپا و غیرمستقر واقع شده باشند. لذا باید به طور مؤثری «حمایت از اعضا و دفاع از استقلال آنها در مقابل هر گونه محدودیت و مداخله نابجا» (Rec.2000.21.v,3) را تضمین کنند. این وظیفه‌ای سیاسی با ماهیت شبه نهادی است. بنابراین کانون‌های وکلا لازم است که به عنوان نگهبانان واقعی ضمانت‌ها، تمام تلاششان را برای تضمین استقلال قضات و وکلا به کار گیرند. در این راستا، توصیه نامه (R

- 94) محورهای اقدامات کانون‌های وکلا در این زمینه را به شرح زیر بر شمرده است:
- اقدام بدون واهمه برای تعالی و دفاع از منافع عدالت؛
  - دفاع از نقش وکلا در جامعه و رعایت شأن، صداقت و سلامت آنها؛
  - افزایش مشارکت وکلا در نظام‌هایی که حق دسترسی افراد بی بضاعت به دادگستری را تضمین کند؛
  - حمایت از انجام اصلاحات در مورد قوانین موجود حقوقی و قضایی و یا پروژه‌های مربوط؛
  - همکاری با وکلای سایر کشورها؛
  - افزایش میزان صلاحیت‌های وکلا در حد امکان، ارتقای احترام به اخلاق و نظامات حرفه‌ای.

## فصل دوم) استقلال اعضای حرفه‌ای:

### گفتار اول - استقلال قضات:

#### مبحث اول - تضمینات استقلال قضات

الف- در استخدام: استقلال دستگاه قضایی به طور گسترده به شیوه‌های استخدام قضات و سایر وابستگان ارتباط پیدا می‌کند. در بیشتر کشورها هیأت‌های مشخصی وجود دارند که لیست اسامی اشخاصی را که صلاحیت قضاوت دارند به رییس دولت ارائه می‌کنند. اما اشکال این مسأله آن است که در اغلب موارد، خود اعضای این هیأت‌ها توسط رییس دولت منصوب شده‌اند.

در ماده ۱۰ «اصول بنیادین مربوط به استقلال در قضاوت» مصوب سازمان ملل متحد چنین آمده است: «اشخاص انتخاب شده برای وظیفه قضاوت باید درستکار و صالح بوده و از آموزش‌ها و اوصاف حقوقی لازم برخوردار باشند. کلیه روش‌های انتخاب قضات باید تضمیناتی را جهت مقابله با هرگونه سوءاستفاده در انتصابات پیش‌بینی کنند.»

در همین راستا، توصیه نامه R94 و همچنین «منشور اروپایی» در ماده (1.2C) در مورد مقررات قضات، تفاوتی بین استخدام و سلسله مراتب شغلی نمی‌گذارند. «تمامی تصمیم‌گیری‌های ناظر بر سلسله مراتب حرفه‌ای قضات» یا «تمامی تصمیم‌گیری‌های ناظر بر انتخاب، استخدام، انتصاب، سلسله مراتب شغلی، توقف فعالیت

و بر کناری قاضی» بر مبنای توصیه نامه (R94) انتخاب قضات و سلسله مراتب شغلی آنها باید «بر مبنای شایستگی، لحاظ ویژگی ها، سلامت، صلاحیت و کارایی» صورت گیرد و «مرجع صالح انتخاب و سلسله مراتب شغلی قضات باید از دولت و سلسله مراتب مدیریتی مستقل باشد.»

بر مبنای ماده ۱,۳ سند «منشور»، حداقل نصف اعضای این هیأت، مستقل از قوای اجرایی و تقنینی و از قضات با انتخاب همکارانشان خواهند بود که بر مبنای شیوه‌های تضمینی نماینده مؤثری برای قضات خواهند بود.

این منشور فصل مستقلی تحت عنوان فصل دوم برای موضوع انتخاب، استخدام و آموزش‌های لازم پیش‌بینی کرده است. «مقررات ناظر بر انتخاب و استخدام قضات بر مبنای انتخاب کاندیدها توسط هیات مستقلی خواهد بود که در آن ارزیابی آزادانه از توانایی‌ها و صلاحیت‌ها با رعایت شئونات شخصی صورت خواهد گرفت. ملاحظات مؤثر جنسیتی، نژادی، اجتماعی، دیدگاه‌های فلسفی، سیاسی و مذهبی در این قوانین جایی نخواهد داشت.»

در ماده ۹ «اساسنامه جهانی قضات» مصوب اتحادیه بین‌المللی قضات (UIM) آمده است: «انتخاب و انتصاب قضات باید بر مبنای معیارهای شفاف و عینی و بر اساس صلاحیت‌های حرفه‌ای صورت گیرد. با ملاحظه رویه مستقر و موجود که در آنها به کارگیری چنین روش‌هایی هنوز تضمین نشده است، لازم است که برای تضمین اجرای چنین روش‌هایی در هیأت صالح، اکثریت مهمی به نمایندگی از قضات حضور داشته باشند.»

ب- در مدیریت سلسله مراتب شغلی:

پس از موضوع استخدام، مسأله حمایت‌های شغلی می‌تواند یکی از ابزارهای تحلیل میزان استقلال قضات باشد. نخستین تضمین در این راستا، مسأله عدم امکان برکناری قضات است. در ماده ۱۲ اصول بنیادین، آمده است: «قضات انتخابی یا انتصابی را تا زمان رسیدن به سن بازنشستگی و یا پایان دوره مأموریتی، نمی‌توان برکنار کرد.» البته می‌توان در مورد انتصاب‌های دوره‌ای و مدت دار قضات معتقد بود که در تحت شرایط خاص، این گونه انتصاب‌ها وضعیت مؤثر استقلال آنها را

تحت تأثیر قرار ندهد.

دادگاه عالی استراسبورگ در سال ۱۹۹۷ در یکی از تصمیمات خود چنین نظر داده است: «برای انتساب عنوان «دادگاه مستقل» به یک دادگاه، مطابق ماده ۶،۱ باید به شیوه‌های انتخاب قضاات آن، مدت مأموریت قضاات، وجود حمایت‌های لازم در مقابل فشارهای خارجی و بود و نبودِ ظواهر استقلال در آن دادگاه توجه کرد.» همچنین «اصول بنیادین» مصوب سازمان ملل می‌گوید: «۱۱. مدت مأموریت شغلی قضاات، استقلال، امنیت و دستمزد شایسته، شرایط خدمت، شرایط اقامت و سن بازنشستگی آنها به توسط قانون تضمین خواهد شد.» «۱۳. نظام ترفیع قضاات بر مبنای معیارهای عینی به ویژه صلاحیت، سلامت و تجربه خواهد بود.» در بند (۳،۴) «منشور اروپایی» آمده است: «قضاات زن و مرد شاغل در دادگاه را نمی‌توان بدون رضایت آزادانه آنها در جای دیگر منصوب کرد، هرچند که در مقام ترفیع صورت گیرد. این اصل، استثناء پذیر نیست مگر آنکه ۱- به موجب تصمیمات انضباطی صورت گیرد؛ ۲- در چهارچوب تغییر و تحولات قانونی در سازمان قضایی رخ دهد؛ ۳- به شرط عدم آسیب به مقررات بند (۱،۴) برای تقویت یک دادگاه مجاور و برای مدت بسیار محدود قانونی صورت گیرد.»

ماده (۸) «اساسنامه جهانی قضاات» مصوب اتحادیه بین‌المللی قضاات (UIM) می‌گوید: «قاضی را نمی‌توان از پست خود جابجا، معلق و یا برکنار نمود، مگر آنکه در قانون پیش‌بینی شده باشد و یا در چهارچوب رسیدگی انضباطی صورت گیرد. قاضی بدون محدودیت در یک پست منصوب می‌شود اما طبق شرایط مشخص می‌توان برای مدت محدود این کار را کرد، به شرط آنکه به استقلال قضایی او آسیب وارد نشود. هرگونه تغییر و تحولات در سن بازنشستگی، عطف به ماسبق نخواهد شد.»

ج- در مقررات ناظر بر قضاوت:

تنها ملاک استقلال قاضی، قانون است و به طور مستقیم یا غیرمستقیم از هیچ چیز دیگری متأثر نمی‌شود. در «اصول بنیادین استقلال در قضاوت» مصوب سازمان ملل آمده است: «۲. قضاات به پرونده‌ها مطابق واقع، در چهارچوب قانون، بی‌طرفانه،



به دور از هرگونه دخالت و فشار مستقیم یا غیر مستقیم خارجی با هر توجیهی که باشد، رسیدگی می‌کنند.<sup>۳</sup> قضاات صلاحیت رسیدگی و تصمیم‌گیری نسبت به کلیه پرونده‌های قضایی در چهارچوب صلاحیت‌های قانونی خود را دارند.»

در «توصیه نامه شماره (R94)» نیز چنین آمده است: «قضاات، تصمیماتشان را با استقلال کامل و به دور از هرگونه محدودیت، نفوذ، فشار، تهدید و مداخله نابجای مستقیم یا غیر مستقیم از جانب هر کس و به هر دلیل اتخاذ می‌کنند. در قوانین باید ضمانت اجرای برخوردها با افرادی که اعمال نفوذ می‌کنند پیش‌بینی شود. قضاات باید با لحاظ وجدان درونی و تفسیرشان از مابوق با آزادی و بی‌طرفی کامل در چهارچوب قوانین به پرونده‌ها رسیدگی کنند. قضاات در خصوص محتوای پرونده‌های تحت رسیدگی خود، ملزم به ارائه گزارش به هیچ مقامی خارج از دستگاه قضایی نخواهند شد.»

در «اساسنامه جهانی قضاات» مصوب اتحادیه بین‌المللی قضاات، یک اصل با موضوع قانون‌گرایی به این مسأله پرداخته است: «ماده ۳- تبعیت از قانون: قضاات در انجام وظایف حرفه‌ای خود صرفاً با تبعیت از قانون و در چهارچوب آن تصمیم‌گیری خواهند کرد. ماده ۴- خودمختاری فردی: هیچ شخصی حق دستور یا اقدام به دستور و فرمان به یک قاضی را ندارد. البته دادگاه‌های عالی در مقام رسیدگی اعتراضی به تصمیمات دادگاه اولیه و در مقام انجام تغییرات و اصلاحات در آن مجاز به این کار هستند.»

د- در حقوق و ضمانت‌های مربوط به شغل:

در «اصول بنیادین» مصوب سازمان ملل متحد آمده است: «۸. مطابق اعلامیه جهانی حقوق بشر، قضاات مانند سایر شهروندان از حق آزادی بیان، اعتقاد، انجمن‌ها و مجامع برخوردار هستند. با این حال، قضاات در اجرای این حقوق به گونه‌ای رفتار خواهند کرد که شئون حرفه‌ای، بی‌طرفی و استقلال قضایی حفظ شود. ۹. قضاات در تأسیس و عضویت در انجمن‌ها و سازمان‌های مربوط به قضاات آزاد هستند تا بتوانند در آنها از منافع شان دفاع کرده و وضعیت حرفه‌ای خود را ارتقاء دهند و از استقلال قضایی حمایت کنند.»

در اصل ششم «توصیه نامه (R94)» نیز چنین مقرر شده است: «قضات در تشکیل انجمن‌ها و عضویت در آنها و یا سایر ارگان‌ها که هدفشان مراقبت از استقلال قضایی و حمایت از منافع آنهاست آزادند.»

در ماده ۱۲ «اساسنامه جهانی قضات» مصوب اتحادیه بین‌المللی قضات «حق تشکیل و عضویت در انجمن‌های حرفه‌ای قضات باید برای قضات شناسایی شود تا بتوانند در مورد تعیین مقررات ناظر بر وضعیت حرفه‌ای، قواعد اخلاق حرفه‌ای و دیگر مسایل با هم مشورت کرده و از حقوق قانونی خود دفاع کرده و از ابزارهای دادگستری برخوردار شوند.»

«منشور اروپایی» در ماده ۸ فصل ۴،۳ مانند «اصول بنیادین»، محدودیتی را بیان می‌کند: «قضات از هر گونه رفتار و اقدام یا تظاهری که به طور ماهوی و مؤثر بر اعتماد و بی‌طرفی و استقلال قضایی آسیب وارد کند، خودداری کنند.»

در یکی از قطعنامه‌های کمیسیون حقوق بشر سازمان ملل متحد در سال ۱۹۹۹ میلادی چنین اشاره شده است: «نقش مهم دفاع از اصول استقلال و کلا و قضات» به وسیله سازمان‌های غیر دولتی، کانون‌های و کلا و انجمن‌های حرفه‌ای قضات ایفا می‌شود.» (قطعنامه شماره ۱۹۹۹/۳۱ پنجاه و پنجمین نشست در ۲۶ آوریل ۱۹۹۹)

اگر اعمال اصل استقلال در قانون پیش‌بینی نشده باشد، واژه مرده‌ای بیش نخواهد بود. در کشور تونس در سال ۲۰۰۱ میلادی قاضی «مختار یحیوی» بهای چنین آزادی را پرداخت. زمانی که او در نامه سرگشاده‌ای به تبعیت دادگستری از قدرت سیاسی و نبود استقلال قضات اشاره کرد، از کارش بدون پرداخت هیچ گونه حقوقی برکنار شد.

ه- در تضمینات مربوط به انجام مسئولیت‌های قضات:

در اصول بنیادین مصوب سازمان ملل آمده است: «۱۶. با حفظ حق دسترسی به رسیدگی‌های انضباطی و اقامه دعوی جبران خسارت به طرفیت دولت، مطابق حقوق ملی نمی‌توان قضات را به سبب سوء استفاده یا کوتاهی‌هایشان در انجام وظایف قضایی، طرف دعوی حقوقی قرار داد. ۱۷. به اتهامات انتسابی و شکایات وارده به

طرفیت قاضی به سبب انجام وظایف قضایی و حرفه‌ای‌اش در یک فرایند دادرسی شایسته و به طور منصفانه و سریع رسیدگی خواهد شد. قاضی حق پاسخ‌گویی و رسیدگی عادلانه دارد. مراحل اولیه رسیدگی‌ها محرمانه خواهد بود، مگر آنکه قاضی به گونه دیگری درخواست کند. ۱۸. قاضی را نمی‌توان از کار معلق یا برکنار کرد، مگر آنکه به دلیل عدم توانایی یا ناکارآمدی، امکان ادامه وظایف حرفه‌ای خود را نداشته باشد. ۱۹. در تمامی رسیدگی‌های انضباطی، تعلیق و انفصال، مقررات مرتبط با اخلاق حرفه‌ای قضات مراعات خواهد شد. ۲۰. مقررات شایسته‌ای برای امکان رسیدگی مجدد به تصمیمات دادرسی‌های انضباطی، تعلیق‌ها و انفصال‌ها توسط یک مرجع صالح باید پیش‌بینی شود. این اصل می‌تواند ناظر به نتایج رسیدگی‌های مرجع عالی قضایی یا تصمیمات قانونگذار در چهارچوب رسیدگی‌های شبه قضایی نباشد.»

در «منشور اروپایی ناظر به وضعیت مقررات مربوط به قضات» آمده است: «۱، ۵. به قصورات قضات زن و مرد در انجام وظایف مصرح قانونی، در مراجع صالح که دست کم نصف اعضای آن را قضات انتخابی تشکیل می‌دهند، به گونه توافقی و با حضور قاضی موضوع پرونده رسیدگی خواهد شد. اعمال درجات مجازات‌های انضباطی قابل اجرا که در این منشور آمده است با رعایت اصل «تناسب» خواهد بود. تصمیمات مقام اجرایی، مرجع قضایی یا یک هیأت که منجر به ضمانت انضباطی شود، قابل رسیدگی مجدد در مرجع قضایی عالی خواهد بود.»

در «اساسنامه جهانی قضات» مصوب اتحادیه بین‌المللی قضات آمده است: «ماده ۱۰- مسوولیت مدنی و کیفری: در کشورهایی که اقامه دعوی حقوقی به طرفیت قاضی پذیرفته شده است یا در دعاوی کیفری و بازداشت‌ها، این اقدامات نباید به منظور تأثیر بر وظیفه قضایی قاضی، موضوع پرونده قرار گرفته باشد. ماده ۱۱- مدیریت اداری و انضباطی اعضای دستگاه قضایی با رعایت استقلال و بر مبنای معیارهای عینی شایسته صورت خواهد گرفت. در صورت نبود رویه مستقر در این زمینه، مدیریت قضایی و اقدامات انضباطی توسط یک ارگان مستقل و متشکل از اعضای مؤثر منتخب قضات انجام خواهد شد. اقدامات انضباطی باید مطابق با

جهات پیش‌بینی شده در قانون و همچنین مقررات مشخص شده مربوط به فرایند رسیدگی، انجام شوند.»

### مبحث دوم - وظایف در قبال دادخواهان:

رعایت اصل دادرسی منصفانه تعهدی بر دوش دولت‌ها برای اعمال حسن دادگستری است و یکی از مبانی تعهدات قضات به شمار می‌رود. «حق بر دادرسی منصفانه» یک اصل تعاملی است. از یک طرف دولت‌ها باید توجه خود را به برخورداری عملی صاحبان این حق نشان دهند و از طرف دیگر، یکی از مبانی تعهدات قضات در اعمال بی‌طرفی و رعایت انصاف به شمار می‌رود. دادگاه استراسبورگ در رای مورخ ۱۷ ژانویه ۱۹۷۷ میلادی خود اشاره به این موضوع کرده است که در یک جامعه دموکراتیک، «حق بر دادرسی منصفانه» به جای «حکومت قانون» در صدد تضمین نهایی حقوق شهروندان است. چرا که کنوانسیون «در نظر دارد که از حقوق به جای حمایت‌های تئوریک و نظری، حمایت‌های واقعی و عملی کند.»

در اصول بنیادین مصوب سازمان ملل متحد آمده است: «۵. هر شخصی حق دارد که به پرونده اش در یک دادگاه عادی مطابق موازین قانونی رسیدگی شود. نباید دادگاه‌هایی را به طور مستمر برای سلب صلاحیت‌های دادگاه‌های عادی ایجاد کرد. ۶. بر مبنای اصل استقلال قضات، قضات حق و تکلیف دارند که به پرونده‌های مردم به طور منصفانه و رعایت حقوق طرفین رسیدگی کنند.»

در اساسنامه جهانی قضات مصوب اتحادیه بین‌المللی قضات آمده است: «قضات در فعالیت‌های قضایی خود بی‌طرف بوده و بدان متخلق خواهند بود. آنها در انجام وظایف حرفه‌ای و در مقابل کلیه اشخاص مربوط، با رعایت اعتدال و شئون رفتار خواهند کرد. ۶. قضات تعهدات حرفه‌ای خود را در یک موعد معقول انجام داده و از کلیه ابزارهای لازم برای مؤثر واقع شدن تصمیماتشان استفاده خواهند کرد.»

بدیهی است که استقلال قاضی مانند استقلال وکیل به یک سرنوشت ختم شود؛ لزوم مراعات اخلاق حرفه‌ای. از سال ۲۰۰۲ میلادی با تصویب «اصول اخلاق قضایی بنگلور» به اصل «استقلال»، یک محتوای عینی در چهارچوب اخلاق حرفه‌ای داده شد. در حالی که مخاطب «اصول بنیادین» مصوب سازمان ملل، دولت‌ها

هستند اما «اصول بنگلور» در صدد راهنمایی قضات و همچنین کمک به دستگاه قضایی در تعیین چهارچوب‌های لازم برای تدوین مقررات در عرصه اخلاق حرفه‌ای است. اصول دقیق «اخلاق قضایی بنگلور»، قضات را در مورد رفتارهایشان در مقابل نهادهای صالح اخلاق حرفه‌ای مسئول می‌داند. بر این مبنا، اصل «استقلال» یکی از انتظارات اولیه اصل «قانون‌گرایی» و یکی از تضمینات بنیادین «دادرسی منصفانه» است و بر جنبه‌های شخصی و نهادی استقلال در دادگستری تاکید می‌کند. «اصول بنگلور» برخلاف مقررات متعدد اخلاق حرفه‌ای و یا بیانیه‌های اصولی دیگر، در شش «ارزش» تدوین شده است که نخستین آنها «اصل استقلال» است. ارزش‌های دیگر عبارتند از بی‌طرفی، سلامت، شایستگی، تساوی، صلاحیت و صداقت.

### گفتار دوم- استقلال و کلا:

به طور سنتی، مسأله استقلال وکیل در کانون‌های وکلای جهان یکی از ارزش‌های اولیه و اصول مشترک اخلاق حرفه‌ای بوده است. می‌توان این اصل را یکی از نتایج ناشی از نگرش فردی به انجام حرفه و کالت دانست. در دیدگاه سنتی و در یک مفهوم کلی، استقلال در رابطه با موکل معنا داشت و در مقررات اخلاق حرفه‌ای نیز در چهارچوب موضوع «ناسازگاری و تعارض» مطرح می‌شد. در عین حال، دیدگاه اخلاق حرفه‌ای مدار مانع از آن نیست که از منظر دیگری نیز به استقلال نگاه شود. آن گونه که آثاری از آن را بنا به تحلیل‌های قدیمی در «اصول بنیادین حرفه و کالت» در اتحادیه بین‌المللی وکلا در سال ۱۹۶۴ می‌توان دید: «آزادی وکیل خدشه بردار نیست» یا «وکیل خودمختار است و تابع قوانین حرفه‌ای و نظامات خاص بوده و نگرهان این مقررات است...» یا در بیانیه انجمن بین‌المللی وکلای جوان در آتن مورخ ۲۷ اوت ۱۹۶۶: «استقلال وکلا نیز مثل استقلال قضات برای حسن اجرای دادگستری و تضمین آزادی‌ها در تمامی زمینه‌ها امری ضروری است.»

در مصوبات بین‌المللی از جمله مقررات اخلاق حرفه‌ای مصوب شورای کانون‌های وکلای اتحادیه اروپایی مورخ ۱۹۸۷ و اصلاحات بعدی آن در ۱۹۹۸، از اصل استقلال به عنوان اولین اصل از اصول کلی نام برده شده است. «استقلال» اصلی است که از

آن به دفعات نام برده شده اما تعریفی از آن ارائه نشده است. در واقع، دلیل وجودی آن بیشتر مطرح بوده است.

در این مقررات، استقلال به مفهوم «مطلق» آن مد نظر قرار گرفته است. «استقلال برای فعالیت‌های حقوقی و پرونده‌های قضایی به یک اندازه ضرورت دارد.» این استقلال باید «عاری از هرگونه فشار باشد مخصوصاً فشارهای ناشی از منافع شخصی و یا نفوذهای خارجی... ارایه خدمات حقوقی توسط وکیل که صرفاً برای جلب منافع شخصی و یا تحت تأثیر فشارهای خارجی صورت پذیرد، هیچ گونه ارزشی نخواهد داشت.» این امر بر مبنای پذیرش مفهوم کلاسیک استقلال قابل پذیرش است که البته بیش از آن که واقعی باشد، آرمانی است.

همان گونه که در مقررات اخلاق حرفه‌ای مصوب شورای کانون‌های وکلای اتحادیه اروپایی آمده است: «وکیل از هرگونه آسیب به استقلالش باید اجتناب کند» لذا تحولات امروزه جهانی به سمتی می‌رود که موضوع استقلال را امری فراتر از «ناسازگاری و تعارض» ببیند آن گونه که در قرن ۱۹ و بخش عمده‌ای از قرن ۲۰ مطرح بود. از این رو، بجاست که ماهیت کامل تری برای استقلال وکیل در نظر گرفت.

یکی از محاسن توصیه نامه شماره (R94) آن است که در مقدمه توجیهی خود، ضمن تعیین اصول ناظر بر آزادی انجام حرفه وکالت، بر آن شده که «ماهیت استقلال وکیل، دلایل آن، اهمیتش برای جامعه، تعهدات ناشی از آن، ابزارهای تضمین کننده و حمایتی و در نهایت مقررات و نظامات لازم برای دفاع از آن» را نیز مشخص کند. به طور قطع، ویژگی استقلال یکی از اوصاف اولیه حقوقدانان است و در مصوبه ۴ دسامبر ۲۰۰۱ میلادی، از وکیل با عنوان «اعضای حرف حقوقی و اشخاص مستقل» نام برده شده است.

در توصیه نامه مصوب ۲۰۰۰ میلادی کمیته وزیران شورای اروپا، برای مفهوم استقلال چهارچوبی مشخص شده است. لذا ضمانت‌هایی را نیز در انطباق با انتظارات موجود از حکومت قانون و قانون‌گرایی به شرح زیر توصیف کرده است:

۱- «حق دسترسی واقعی به موکلین» مخصوصاً به اشخاص محروم از آزادی تا بتوانند به طور خصوصی به آنها مشاوره داده و نمایندگی آنها را مطابق مقررات

اخلاق حرفه‌ای شغل شان بر عهده گیرند (توصیه نامه کمیته وزیران ۲۱ ۲۰۰۰ بخش ۱ بند ۵).

این امر یکی از نتایج «حق دسترسی مؤثر اشخاص به خدمات حقوقی قابل ارائه توسط وکلای مستقل» است (همان توصیه نامه، بخش ۴ بند ۱).

۲- «دسترسی کامل به اطلاعات، اسناد و اوراق پرونده»: (اصول پایه، توصیه نامه، بخش یک، بند های ۵ و ۷ و ۸)

دیوان اروپایی حقوق بشر بارها از این اصل یاد کرده است: اصل تساوی در ابزارهای دفاعی که «یکی از عناصر مفهوم گسترده دادرسی منصفانه» است. یا با اشاره به این امر که «هر یک از طرفین پرونده انتظار دارد که به او امکانات شایسته‌ای داده شود تا به ادعایش در شرایط نابرابر با طرف مقابل رسیدگی نشود.» ابزارهای دفاعی هر طرف باید هم اندازه طرف مقابلش باشد. در این مورد فرقی نمی‌کند که طرف مقابل یک دادستان در یک پرونده کیفری و یا یک خواهان در یک پرونده حقوقی باشد. کمیته حقوق بشر سازمان ملل متحد در پرونده «کمپل» مربوط به کشور جامائیکا (A/48/40 1993) چنین نظر داده است: «لزوم تساوی ابزارهای اتهامی و دفاعی.» در این تساوی ابزارهاست که استقلال واقعی معنا پیدا می‌کند.

۳- حق بر آزادی عقیده و بیان و همچنین تشکل‌ها و اجتماعات (توصیه نامه ۲۱ ۲۰۰۰ بخش یک، بند ۳) و آزادی باور (اصول پایه حرفه وکالت، مصوب سازمان ملل): دیوان اروپایی حقوق بشر در رای پرونده «یزلین» مربوط به کشور فرانسه (سال ۱۹۹۱) چنین گفته است: «جستجوی تعادل منطقی بین ترس و کلا از اقدامات انضباطی و آن چه که معتقد به انجام آن در چنین اوضاعی هستند، نباید به دلسردی آنها بیانجامد.» و در ادامه: «آزادی شرکت در تجمعات آرام به شکل تظاهرات قانونی به قدری اهمیت دارد که نمی‌توان محدودیت‌هایی بر آن قائل شد حتی برای یک وکیل، به شرط آن که در این وضعیت، هیچ اقدام غیر قانونی انجام نداده باشد.»

در گزارش سال ۲۰۰۱ گزارشگر ویژه سازمان ملل در خصوص استقلال وکلا و قضات، اشاره به پیگرد و کیلی بنام «محمد مغربی» شده است. وی به دلیل افشاگری درباره فساد در دستگاه قضایی لبنان تحت پیگرد دادستان قرار گرفت.

۴ - حق جابجا شدن (توصیه نامه ۲۱ ۲۰۰۰ بخش اول بند ۳):

مایه تأسف است که در «توصیه نامه» مانند «اصول پایه» به صراحت در مورد تعهد قوای عمومی برای آزادی و کلا در مسافرت و امکان مشاوره به موکلین شان در کشورهای خارج مطلبی قابل مشاهده نیست. ابطال پاسپورت تعدادی از وکلا توسط قوه مجریه یکی از این موانع به شمار می‌رود. مورد «نجیب حسنی» وکیل تونسی در فاصله سال‌های ۱۹۹۷ تا ۲۰۰۲ میلادی از این قبیل است. مثال دیگر نقض این اصل در قالب ممنوعیت صورت گرفت: به عنوان مثال می‌توان به بازداشت خانم «گونگوله» وکیل لیبریایی در فرودگاه بین‌المللی «روبرتسفیلد» اشاره کرد که از طرف یک نهاد مدنی آمریکایی به عنوان ناظر بر انتخابات سیرالئون قصد سفر به آن کشور را داشت. در یکی از موارد نیز پس از خروج یک وکیل از کشور خود، به دلیل فشارهای وارده از جمله محکومیت به حبس به دلیل شرکت در یک کنفرانس، وی امکان ورود به کشور خود را پیدا نکرد.

۵- حق مشارکت در مباحث عمومی در خصوص مسائل مرتبط با قانون، مدیریت دادگستری و پیشنهادات اصلاحی (توصیه نامه ۲۱ ۲۰۰۲ بخش یک، بند ۳) و اصول پایه، بند ۲۳):

رعایت این قاعده نیز دور از انتظار است. یک وکیل بلاروسی به نام خانم «استریمکووسکایا» به دلیل بیان برخی نکات در یکی از نشست‌های فدراسیون بین‌المللی حقوق بشر به اتهام نقض اخلاق حرفه‌ای تحت پیگرد وزارت دادگستری و کانون وکلای خود قرار گرفت. او در معرض حذف نامش از فهرست وکلای کانون متبوعش قرار گرفت.

۶- حق مقایسه نشدن شخصیت وکیل با شخصیت موکلین به دلیل انجام امور موکلین (بند ۱۸ اصول پایه) :

این حق را می‌توان سرآمد سایر حقوق دانست و شایسته بود از آن در رأس سایر حقوق نام برده می‌شد. این حق صرفاً در «اصول پایه» مصوب سازمان ملل به صراحت ذکر شده است و مخاطبینش کشورهایی است که در آن علاقه‌ای برای شناسایی چنین حقوقی وجود ندارد.



در بند ۲۰ «اصول پایه» به مصونیت وکلا در این زمینه اشاره شده است: «وکلا در قبال اظهارات شایسته خود که از روی حسن نیت به هنگام مدافعات کتبی یا شفاهی در زمان حضور در یک دادگاه یا دیگر مراجع حقوقی یا اداری ابراز می‌دارند، از مصونیت حقوقی و کیفری برخوردارند.»

این حق، خالی از مفهوم و یک نظریه صرف دانشگاهی نیست. آزار و اذیت‌ها و تهدیدهای وکلا، رویه غالب کشورهای است که درصدد انکار استقلال آنها هستند؛ استقلالی که در اسناد بین‌المللی، این کشورها را ملزم به رعایت استقلال وکلا کرده است. اقدام به مقایسه شخصیت موکل و وکیل در این راستاست.

در کشور کلمبیا یک قاعده‌ای وجود دارد که بر مبنای آن وکلایی که از اعضای ارتش آزادی بخش کلمبیا دفاع می‌کنند، از طرف نیروهای نظامی متهم به عضویت در این ارتش می‌شوند.

این واقعیت در اروپا هم قابل مشاهده است. کافی است به گزارشات «مرکز استقلال قضات و وکلای ژنو» و یا گزارش‌های سالیانه گزارشگر ویژه استقلال سازمان ملل مراجعه کنیم. در سال ۱۹۹۹ میلادی یک وکیل خانم به نام «رزماری نلسن» به قتل رسید و هفت سال بعد نیز وکیلی بنام «پاتریک فینوکان» کشته شد. دادگاه اروپایی حقوق بشر، پادشاهی بریتانیا را به دلیل عدم انجام تحقیقات موثر، شفاف و دقیق در این زمینه محکوم کرد. «گزارشگر ویژه سازمان ملل درباره استقلال وکلا و قضات» در گزارش خود از آزار و اذیت و تهدید وکلا در ایرلند شمالی به عنوان یک «نگرانی خاص» نام برده که در آن، شخصیت وکیل مدافع و موکل با هم عجین شده است. نکته پایانی آنکه این حقوق را نمی‌توان به عنوان یک مفهوم نظری در نظر گرفت که نظام قضایی هر کشور بتواند تفسیر خاص خود را از آن ارائه کند.

اشاره به «نبود هر گونه فشار به استقلال وکلا با رعایت اخلاق حرفه‌ای آنها» به این معناست که نمی‌توان با گذر از اصول اخلاق حرفه‌ای استقلال، به اصول بنیادین حاکمیت قانون، به استقلالی عاری از تعهدات اخلاق حرفه‌ای رسید. بدیهی است که وکلا از این حقوق با لحاظ اخلاق حرفه‌ای خود بهره مند خواهند شد (توصیه نامه ۲۱ ۲۰۰۲ بخش اول، بند ۱).

## بخش دوم) استقلال اقتصادی:

### فصل اول - استقلال اقتصادی و مالی قاضی:

از استقلال یک قاضی حقوق بگیر با میزان حقوق دریافتی او پاسداری می‌شود. میزانی که در متن بیانیه‌ها از توصیف آن خودداری می‌شود. اما معنای واژگان «مناسب»، «مکفی»، یا «به میزان شأن حرفه‌ای او» هر چه که باشد، میزانی از دستمزد است که بتواند استقلال مالی قاضی را تضمین کند.

مبحث اول - حق بر دریافت دستمزد مکفی برای تضمین استقلال قاضی:  
«اصول بنیادین» مصوب سازمان ملل در بند ۷ پیش‌بینی کرده است: دول عضو متعهدند که منابع ضروری را برای حرفه قضاوت تأمین کنند تا قضات بتوانند وظایف شان را به طور عادی انجام دهند. و در بند ۱۱ اشاره به «حق بر یک دستمزد مناسب» شده است.

### مبحث دوم - دستمزد متناسب با شئون حرفه‌ای:

«توصیه نامه ۱۹۹۴» در اصل سوم خود در این زمینه، عنصر «شأن» را مطرح کرده است. هدف از این اقدام، «ایجاد شرایط کاری مناسب» است تا دولت‌ها «به این سمت بروند که شرایط کاری و حقوق قضات متناسب با شئون حرفه‌ای و مسوولیت‌های محوله باشد.» در «منشور اروپایی» از این امر به عنوان تضمین بی‌طرفی قضات نام برده شده است: «لازمه انجام حرفه‌ای وظایف قضایی آن است که حقوق قضات به گونه‌ای مقرر شود که در پناه آن، قضات از هر گونه فشار و نفوذ بر تصمیم‌گیری‌ها و به طور کلی بر رفتارهای قضایی که با هدف از بین بردن استقلال و بی‌طرفی آنهاست، مصون بمانند.»

در «اساسنامه جهانی قضات» مصوب انجمن بین‌المللی قضات و دربند مربوط به تعهدات در قبال قضات آمده است: ماده (۱۳) حقوق و بازنشستگی: قاضی برای تضمین استقلال اقتصادی اش حقوق مکفی دریافت خواهد کرد. حقوق قاضی وابسته به میزان نتایج فعالیت او نبوده و در طول دوران خدمت او کاهش نخواهد یافت. قاضی حق تصمیم‌گیری در خصوص بازنشستگی و اتخاذ تصمیم بر مبنای میزان مسوولیت‌هایش خواهد داشت. پس از بازنشستگی، نمی‌توان قاضی را به

صرف انجام آخرین فعالیت‌های قضایی اش از انجام فعالیت‌های حقوقی منع کرد. این مطلب را هم می‌توان اضافه کرد که در برخی کشورها، موضوع حقوق قضات صرفاً تضمین استقلال قضات نیست، بلکه مانعی نیز در برابر مخاطرات فساد به شمار می‌رود.

گزارشگر ویژه سازمان ملل در گزارش سال ۲۰۰۳ خود یکی از جهات نگرانی خود را افزایش موارد فساد قضایی معرفی کرده است. «اصول بنگلور» یک سری قواعد مشخصی را در چهارمین «ارزش» خود تحت عنوان «شایستگی» برشمرده است: «قضات و اعضای خانواده آنها از درخواست و یا پذیرش هدیه، وصیت، وام و منفعت تحت هر عنوانی در قبال کارهای انجام شده و یا در قبال انجام یا عدم انجام کاری در چهارچوب فعالیت‌های قضایی شان ممنوع هستند. قضات از دریافت هر گونه هدایای افتخاری و جایزه که به گونه‌ای امکان تاثیر گذاری بر انجام وظایف حرفه‌ای و یا جانبداری آنها داشته باشد، ممنوع هستند.»

**مبحث سوم- بیمه شدن استقلال قضات با شناسایی حق داشتن شرایط کاری مناسب:**  
در اصل سوم توصیه نامه (R94) آمده است: «قضات کافی باید استخدام شده و در اختیار آنها پرسنل کمک کننده و امکانات دفتری و انفورماتیک مناسب قرار داده شود تا آنها بتوانند بدون تاخیر غیرموجه و به طور مؤثری وظایفشان را انجام دهند. در توصیه نامه (R86) واگذاری امور غیر قضایی به اشخاص دیگر با تدارک امکانات مناسب پیش‌بینی شده تا از بار اضافه دادگاه‌ها کاسته شود.

در «اساسنامه جهانی قضات» مصوب انجمن بین‌المللی قضات چنین آمده است: «ماده (۱۴) ابزارهای مادی: قوای عمومی حکومتی موظف هستند که امکانات مورد نیاز قوه قضاییه را برای انجام وظایفش تأمین کنند. قوه قضاییه باید توانایی مشارکت و اتخاذ تصمیم در تصمیم‌گیری‌های مربوط به امکانات مادی خود را داشته باشد.»  
فصل دوم- استقلال اقتصادی و مالی وکیل:

«اصول پایه» مصوب سازمان ملل و «توصیه نامه» مصوب شورای اروپا در خصوص استقلال اقتصادی وکیل تودار هستند. اما در عین حال چند قاعده در این خصوص پیش‌بینی کرده‌اند:

- ۱- تلاش در جهت شفاف سازی وظایف و کلا در قبال موکلین شان با اطلاع رسانی به آنها درباره نتایج پرونده‌ها و هزینه های مالی آنها ( Rec.2000 21 III,3,a).
- ۲- حق دسترسی به وکیل و در نتیجه تعهد به تأمین خدمات حقوقی برای اشخاص ضعیف از لحاظ اقتصادی (Rec 2000 21 IV,2 et 3). در بند ۳ «اصول پایه» مصوب سازمان ملل از این اشخاص تحت عناوین «بسیار محروم» و «بسیار در مانده» نامبرده شده است.
- ۳- یک اصل دوجانبه وجود دارد که در پلان اخلاقی، و کلا را متعهد به انجام وظایفشان در چهارچوب‌های معاضدتی و کمک های قضایی می کند و علی رغم وجود ناهماهنگی در خود متن و مقدمه توجیهی، توصیه نامه (۲۱ ۲۰۰۰) دولت‌ها را متعهد به جبران هزینه ها و دستمزد مناسب برای وکلای ذی مدخل در این راستا می داند (Rec .2000 21 IV,4).
- «اصول پایه» مصوب سازمان ملل بر این نکته تأکید کرده است که نمی توان برای ترک وظیفه وکالتی، و کلا را با ضمانت‌های اقتصادی تهدید کرد. در سند «توصیه نامه» نیز به وظیفه تضمین حمایت اجتماعی کانون‌های و کلا از اعضایشان تأکید شده است. استقلال قضاات و و کلا را در بسیاری از کشورها می توان از پیروزی های اخیر دانست؛ هر چند قطعی نیست. می توان استقلال و کلا و کانون‌های و کلا را یکی از مبانی و حتی شرایط حکومت مبتنی بر قانون دانست. با پذیرش استقلال قضاات و و کلا به عنوان عناصر تشکیل دهنده حکومت قانون، در سرزمین هایی که «میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی» و البته «کنوانسیون حقوق بشر اروپایی» اجرا می شوند، نمی توان هیچ گونه محدودیت و تخطی نسبت به اصول بنیادین استقلال قضاات و و کلا ایجاد کرد. محدودیت‌های قوانین ملی نیز باید در چهارچوب این اصل بین‌المللی از بین بروند.
- استقلال در ابتدای امر یک مسأله ذهنی است و نمی توان آن را مقرر کرد. بدیهی است که هیچ بیانیه و توصیه نامه ای نمی تواند برای یک انسان و یک وکیل استقلال بیافریند. همان گونه که آزادی خواستنی است، استقلال نیز به دست آوردنی است و لازم است از آن حمایت شود.

## نحوه محاسبه حق بیمه در قراردادهای پیمانکاری<sup>۱</sup>

دکتر حمیدرضا پرتو \*

دکتر اسدالله صحرانورد \*\*

### چکیده

مطابق مواد ۳۶، ۳۹ و ۴۰ قانون تامین اجتماعی و ماده ۱۴۸ قانون کار یکی از تکالیف کارفرما، تنظیم و ارسال لیست بیمه کارگران تحت امر و پرداخت حق بیمه آنان است. کارفرمایان مشمول قانون تامین اجتماعی به پیمانکاران و کارفرمایان دارای پرسنل و کارگاه ثابت قابل تقسیم هستند. برای محاسبه میزان حق بیمه کارگران دو روش اصلی مرسوم است: ۱- پرداخت حق بیمه بر اساس ماده ۲۸ قانون تامین اجتماعی (پرداخت حق بیمه بر اساس میزان مزد و حقوق و تعداد واقعی کارگران شاغل) و ۲- پرداخت حق بیمه بر اساس ضریب یا درصدی از مبلغ پیمان. مورد دوم در خصوص قراردادهای پیمانکاری جریان دارد. در این نوشتار به طور اجمالی به کارفرمایان مشمول این نحوه محاسبه حق بیمه، میزان و چگونگی احتساب حق بیمه، مقررات حاکم، شیوه و مرجع رسیدگی به اعتراضات احتمالی پیمانکار در خصوص میزان حق بیمه پرداخته می‌شود.

**واژگان کلیدی:** حق بیمه، تامین اجتماعی، کارفرما، کارگر، قرارداد پیمانکاری،

۱. در شماره بعدی مجله، به «نظام دادرسی دعاوی راجع به حق بیمه قراردادهای پیمانکاری» خواهیم پرداخت.

\* وکیل دادگستری

\*\* قاضی دادگستری

ضریب پیمان.

### مقدمه

پیمانکاران بازوی دولت در انجام پروژه های عمرانی و خدماتی هستند. در واقع گردش چرخ اقتصاد امروز و اجرای پروژه های اقتصادی و عمرانی دولت بدون همکاری پیمانکاران غیرممکن است. موسسات عمومی (دولتی) انجام این پروژه ها را طی قراردادی به پیمانکار واگذار می کنند.

پیمانکار یا مقاطعه کار جهت انجام تعهد موضوع قرارداد از اشخاصی استفاده می کند که قالب رابطه آنها با پیمانکار، غالباً رابطه کارگری و کارفرمایی است. البته ممکن است نوع رابطه این دو در قالب های دیگری بگنجد.

قانون کار مصوب ۱۳۶۹ و قانون تامین اجتماعی مصوب ۱۳۵۴ دارای مقررات خاصی در زمینه حقوق و تکالیف پیمانکاران در زمینه بیمه اجتماعی کارگران تحت امر، بیمه اجتماعی پیمانکار، تعیین نرخ حق بیمه، مآخذ احتساب حق بیمه، مرجع تعیین حق بیمه، چگونگی اعتراض پیمانکار به حق بیمه تعیینی و نظایر آن است. قانون فوق تنها یکی از قوانین و مقررات حوزه حقوق تامین اجتماعی است.

گاهی دیده می شود که پیمانکار طرف قرارداد با کارفرمایان مناقصه گزار، انجام موضوع پیمان را به پیمانکار یا پیمانکاران دیگری می سپارد که به آنها مقاطعه کار فرعی یا جزء یا دست دوم گفته می شود. در این صورت قسمت عمده ای از مسئولیت های قانونی متوجه پیمانکار ثانوی می باشد. لذا باید توجه داشت عمده مطالب این نوشتار ناظر به فرضی است که پیمانکار طرف قرارداد با کارفرما، رأساً اقدام به انجام موضوع پیمان می کند و آن را به پیمانکار دیگری نمی سپارد.

قاعده عمومی محاسبه حق بیمه در ماده ۲۸ قانون تامین اجتماعی آمده است، در عین حال مطابق بخشنامه شماره ۱۴ جدید اداره درآمد سازمان تامین اجتماعی، حق بیمه در قراردادهای پیمانکاری به صورت درصدی از مبلغ قرارداد تعیین می شود و تعداد بیمه شدگان و مزد آنان از این جهت بی تاثیر است.

**گفتار نخست: قاعده عمومی در محاسبه حق بیمه پیمان ها**

پیمان‌ها بر اساس موضوع خود انواع متعددی دارند. در این بند به حق بیمه برخی از مهم‌ترین پیمانکاری‌ها اشاره می‌شود. در اجرای ماده ۳۸ قانون تامین اجتماعی، سازمان تامین اجتماعی اقدام به صدور بخشنامه شماره ۱۴ جدید درآمد کرده است. تعیین این نسبت (حق بیمه) به صورت درصدی از کل مبلغ پیمان صورت پذیرفته است. این درصد همان است که در رویه جاری سازمان تامین اجتماعی به ضریب یا «ضریب پیمان» مشهور شده است.

در واقع سازمان تامین اجتماعی در قراردادهای پیمانکاری علاوه بر تعیین نسبت مزد به کل مبلغ قرارداد، پس از تعیین این نسبت ماده ۲۸ قانون تامین اجتماعی را نیز در آن اعمال کرده است. بدین صورت که سازمان برای پیمان‌هایی که مصالح بر عهده کارفرما است، پنجاه و شش درصد بهای ناخالص پیمان را برای حقوق یا مزد کارکنان تعیین کرده و برای پیمان‌هایی که مصالح بر عهده پیمانکار است و قراردادهایی که در اجرای آن نیاز به مصالح نیست (کارهای خدماتی) بیست و شش درصد را در نظر گرفته است. سپس این نسبت‌ها را در عدد بیست و هفت درصد موضوع ماده ۲۸ قانون تامین اجتماعی ضرب نموده که عدد پانزده درصد و هفت درصد به دست آمده است. پس، آنچه در مواد ۱ و ۲ تصویب‌نامه آمده (پانزده درصد و هفت درصد) با رعایت مواد ۳۸ و ۲۸ قانون تامین اجتماعی به دست آمده است.

نکته دیگر اینکه احتساب حق بیمه بر اساس ماده ۳۸ یا همان ضریب پیمان و یا به عبارتی شمول بخشنامه ۱۴ جدید درآمد سازمان تامین اجتماعی بر قراردادی خاص بدین معناست که میزان حق بیمه قرارداد در ابتدا ارتباطی به تعداد کارگران واقعی (بیمه شدگان) شاغل در اجرای طرح و پیمان ندارد و به طور نوعی تعیین می‌شود. توضیح اینکه حق بیمه پیمان بر اساس مفاد تبصره ماده ۲۸ قانون تامین اجتماعی و اسامی اعلامی از سوی کارفرما تعیین نمی‌شود، بلکه به طور نوعی بر حسب نوع قرارداد (عمرانی یا غیرعمرانی) و بر اساس نسبت مزد به کل کار تعیین می‌شود و حق بیمه بر مبنای آن وصول می‌شود؛ از آنجا که تنوع موضوعات قراردادهای مختلف و نسبت مزد به کل کار در هر یک به طور جداگانه در نظر گرفته نمی‌شود و پیشرفت تکنولوژی و کاهش نسبت مزد به کل کار در بسیاری از موارد ملاحظه نمی‌شود، این

امر موجب می‌شود تا برای نمونه اجرای عملیات مادی پیمان را ۳ نفر بیمه شده بر عهده داشته باشند، ولی میزان حق بیمه ای که بر اساس ماده ۳۸ قانون مزبور (بر اساس ضریبی از مبلغ پیمان) تعیین می‌شود به میزان حق بیمه ۱۰ نفر باشد. البته در مواردی نادر، عکس این حالت هم ممکن است روی دهد.

## گفتار دوم: چگونگی محاسبه حق بیمه پیمان در انواع مختلف قراردادهای پیمانکاری

از منظر احتساب حق بیمه در قراردادهای پیمانکاری، این نوع قرارداد به سه نوع قابل تقسیم است. مقدمه فصل دوم بخشنامه شماره ۱۴ جدید سازمان تامین اجتماعی، پیمانکاری‌ها را به قراردادهای مشمول ضوابط طرح‌های عمرانی، قراردادهای غیرعمرانی و موارد خاص قراردادهای غیرعمرانی تقسیم کرده است.

### بند نخست: حق بیمه قراردادهای مشمول ضوابط طرح‌های عمرانی

از سال ۱۳۸۲، طرح‌های عمرانی به طرح‌های تملک دارایی‌های سرمایه‌ای دولت تغییر نام یافت.

این قراردادها حائز چند ویژگی (توامان) هست: ۱- قرارداد بر اساس فهرست بها پایه سازمان برنامه و بودجه (در حال حاضر، معاونت برنامه ریزی و نظارت راهبردی ریاست جمهوری) یا ضوابط تیپ سازمان مزبور (در قراردادهای مشاوره‌ای) منعقد شده باشد. ۲- تمام یا قسمتی از بودجه عملیات از محل اعتبارات عمرانی دولت (اعتبارات عمرانی ملی، منطقه‌ای، استانی) تامین شده باشد. ۳- در این نوع قراردادها، واگذارنده همیشه دولت است. ۴- این نوع طرح‌ها دارای شماره طرح است؛ به گونه‌ای که در صورت شک در عمرانی یا غیرعمرانی بودن قرارداد، می‌توان موضوع را از معاونت نظارت راهبردی ریاست جمهوری مورد استعلام کرد.

نرخ حق بیمه این نوع قراردادها بر اساس بند ب بخش اول از فصل دوم بخشنامه ۱۴ جدید درآمد سازمان تامین اجتماعی مصوب ۱۳۸۰/۵/۶ محاسبه می‌شود؛ ماخذ حق بیمه کلیه قراردادهای مشمول ضوابط طرح‌های عمرانی بر اساس مصوبات شماره ۱۲۹ و ۱۴۳ شورای عالی تامین اجتماعی از تاریخ ۱۳۶۳/۴/۱۶ به بعد، به شرح ذیل



است:

**۱- حق بیمه قراردادهای عمرانی مشاوره‌ای:** قراردادهای عمرانی مشاوره‌ای قراردادهایی هستند که عموماً نیاز به مصالح نداشته یا هزینه لازم جهت تامین مصالح نسبت به هزینه کل پروژه ناچیز است. نمونه این قبیل قراردادهای مشاوره در زمینه امکان احداث بزرگراه در منطقه‌ای خاص یا قرارداد بهسازی لرزه‌ای ساختمان یا ساختمان‌هایی معین است.

این قراردادها خود به دو نوع قراردادهای سازه‌ای و عملیاتی تقسیم می‌گردند. حق بیمه این نوع قراردادهای مقطوعاً ۱۴ درصد ناخالص کارکرد به علاوه ۱/۶ درصد به عنوان حق بیمه بیکاری جمعاً به میزان ۱۵/۶ درصد ناخالص کارکرد است (۱۲ درصد از محل پروژه و ۳/۶ درصد از طرف پیمانکار تامین می‌گردد).

باید توجه داشت حق بیمه کلیه قراردادهای مشاوره که قبل از ۱۳۶۳/۴/۱۶ خاتمه یافته است و همچنین صورتحساب مربوط به قبل از تاریخ مذکور در مورد قراردادهایی که قبل از ۱۳۶۳/۴/۱۶ شروع و بعد از آن خاتمه یافته است، طبق حسابرسی از دفاتر قانونی و در مورد قراردادهای پیمانکاری (اجرایی) به ماخذ دو سوم محاسبه می‌گردد. در عین حال در قراردادهای مشاوره‌ای، این محل پرداخت مبلغ قرارداد است که بدان وصف عمرانی یا غیرعمرانی می‌دهد. بدین توضیح که چنانچه مبلغ قرارداد از محل طرح‌های عمرانی دولت پرداخت شود «عمرانی» و در غیر این صورت یعنی در فرضی که مبلغ قرارداد از محل درآمدهای عمومی یا سایر درآمدهای دستگاه دولتی تامین شود یا چنانچه کارفرما دستگاه غیردولتی باشد، «غیرعمرانی» تلقی می‌شود. حق بیمه قراردادهای دسته اخیر ۱۶/۶۷ درصد کل مبلغ قرارداد است.

**۲- حق بیمه قراردادهای عمرانی اجرایی:** نمونه این دسته از پیمان‌ها، قرارداد احداث بزرگراه و کلاً قراردادهای ساخت و ساز می‌باشد. حق بیمه این دسته از قراردادهای عمرانی، مقطوعاً ۶ درصد ناخالص کارکرد به علاوه ۶ دهم درصد به عنوان بیمه بیکاری جمعاً به میزان ۶/۶ درصد ناخالص کارکرد می‌باشد (۱/۶ درصد سهام پیمانکار و ۵ درصد سهم کارفرما که از محل پروژه تامین می‌گردد). نحوه پرداخت حق بیمه در این دسته از قراردادهای بدین نحو است که کارفرما قبل از پرداخت هر

صورت وضعیت، حق بیمه را کسر و به سازمان پرداخت می‌کند. مبنای این تکلیف دستگاه دولتی مصوبه ۱۳۶۴ هیأت وزیران است. با وجود این در رویه عملی، چنانچه قراردادی فاقد فهرست بها باشد یا از فهرست بهای خاص پیروی کند، حق بیمه آن مانند قراردادهای غیرعمرانی محاسبه خواهد شد.

در خصوص حق بیمه کارکنان شاغل در دفتر مرکزی و کارکنان مستقر در محل اجرای پروژه های عمرانی باید به ماده ۱۳ آیین‌نامه نحوه تسلیم صورت مزد، میزان و نحوه پرداخت حق بیمه کارکنان شاغل در طرح‌های عمرانی مصوب ۱۳۶۳/۱۲/۸ شورای عالی تأمین اجتماعی و اصلاحیه مصوب ۱۳۶۴/۶/۶ مراجعه کرد. بر این اساس: «مهندسان مشاور و کارشناسان مشمول این آیین‌نامه مکلفند طبق ماده ۳۹ قانون تأمین اجتماعی و آیین‌نامه مربوطه، صورت مزد ماهانه کارکنان شاغل در دفتر مرکزی و همچنین نظارت کارگاهی در هر قرارداد را حداکثر تا آخرین روز ماه بعد تهیه و پس از تأیید کارفرما (در مورد کارکنان نظارت کارگاهی) به سازمان تأمین اجتماعی ارائه و رسید مورد نیاز را جهت تسلیم به کارفرما دریافت دارند.

صدور دستور پرداخت توسط دستگاه اجرایی و پرداخت صورت حساب هر ماه یا هر قسط به مهندس مشاور و کارشناس، موکول به تسلیم رسید صورت مزد کارکنان شاغل در قرارداد منعقد شده برای مدت مذکور می‌باشد.»<sup>۱</sup>

وفق ماده ۱۴: «حق بیمه قراردادهای مهندسان مشاور و یا کارشناسان که بعد از تاریخ ۱۳۶۳/۴/۱۶ منعقد شده و یا می‌شوند مقطوعاً به میزان ۱۴ درصد حق الزحمه مهندسان مشاور و یا کارشناسان تعیین که به شرح ماده ۱۵ توسط ذیحسابی‌ها به حساب سازمان تأمین اجتماعی واریز می‌شود.»<sup>۲</sup>

مطابق ماده ۱۵ حق بیمه متعلقه از صورت حساب کسر و به حساب سازمان تأمین

۱. اصلاحی به موجب مصوبه مورخ ۱۳۶۴/۶/۶.

۲. اصلاحی به موجب مصوبه مورخ ۱۳۶۴/۶/۶. باید توجه داشت حق بیمه مهندسین مشاور در قراردادهای غیرعمرانی مشمول مقررات دیگری است. مطابق ماده ۱ آیین‌نامه اجرایی قانون الحاق یک تبصره به ماده (۳۸) قانون تأمین اجتماعی مصوب ۱۳۵۴ (۱۳۷۳/۳/۱۸): «کلیه اشخاص حقیقی و حقوقی مشمول مواد (۳۸) قانون تأمین اجتماعی و (۲۹) قانون بیمه‌های اجتماعی سابق مکلفند کلیه مطالبات سازمان تأمین اجتماعی (که در این آیین‌نامه به اختصار سازمان نامیده می‌شود) از مقاطعه کاران و مهندسین مشاور را برابر مفاد ماده واحده قانون الحاق یک تبصره به ماده (۳۸) قانون تأمین اجتماعی - مصوب ۱۳۷۲/۲/۲۶ - پس از درخواست سازمان از محل (۵٪) کل کارکرد و آخرین قسط نگهداری شده، به سازمان پرداخت نمایند...».

اجتماعی واریز می‌شود. ماده یادشده مقرر می‌دارد: «از هر صورت حساب مهندس مشاور و یا کارشناس معادل ۳/۶ درصد بابت حق بیمه سهم کارکنان مهندس مشاور و یا کارشناس کسر و معادل ۱۰/۴ درصد نیز بابت حق بیمه سهم کارفرما از محل اعتبار طرح مربوط برداشت و مبالغ مربوط مجموعاً بلافاصله به حساب سازمان تأمین اجتماعی واریز می‌شود.

نکته دیگر آنکه طرح‌های عمرانی موسسات عمومی غیردولتی از قبیل سازمان تأمین اجتماعی، شهرداری، کمیته امداد امام خمینی و نظایر آن، مشمول مقررات عمومی دولت می‌باشد. مطابق ماده ۱۴ آیین‌نامه مالی و معاملاتی مربوط به اعتبارات جاری مؤسسات و نهادهای عمومی غیر دولتی مصوب ۱۳۸۰/۴/۳۰: «با توجه به تبصره (۴) ماده (۷۲) قانون محاسبات عمومی کشور- مصوب ۱۳۶۶- اعتبارات طرح‌های عمرانی مؤسسات و نهادهای عمومی غیر دولتی تابع قانون مذکور و سایر قوانین و مقررات عمومی دولت می‌باشد.» بنابراین می‌توان گفت حق بیمه طرح‌های عمرانی این قبیل مؤسسات و نهادها نیز مطابق طرح‌های عمرانی مؤسسات و نهادهای دولتی محاسبه می‌شود.

### بند دوم: حق بیمه قراردادهای غیرعمرانی

اصل بر غیرعمرانی تلقی شدن همه قراردادهای پیمانکاری است؛ مگر اینکه قراردادی دارای دو شرط پیش گفته باشد: یعنی تعیین قیمت یا ضوابط تعیین قیمت بر اساس ضوابط تعیینی دولت باشد و علاوه بر آن، تمام یا قسمتی از منابع مالی لازم از طرف دولت تأمین شده باشد. قراردادهای غیرعمرانی به قراردادهای با مصالح و بدون مصالح تقسیم می‌شود. حق بیمه دسته اول، هفت درصد به علاوه حق بیمه بیکاری و حق بیمه دسته دوم پانزده درصد به اضافه حق بیمه بیکاری از مبلغ پیمان می‌باشد.<sup>۱</sup> وفق بند الف از بخش دوم فصل دوم بخشنامه ۱۴ درآمد سازمان تأمین اجتماعی، کلیه قراردادهای فاقد شرایط اشاره شده در بخش طرح‌های عمرانی، قراردادهای غیرعمرانی تلقی شده و حق بیمه این قبیل قراردادها برابر مقررات و مصوبات شورای

۱. قسمت ب از بخش دوم فصل اول بخشنامه شماره ۱۴ جدید درآمد. نرخ دقیق حق بیمه قراردادهای با مصالح ۷/۷۷ و

قراردادهای بدون مصالح ۱۶/۶۶ می‌باشد.

عالی تامین اجتماعی به شرح ذیل محاسبه می‌شود.  
قراردادهای غیرعمرانی نیز در یک تقسیم بندی کلی به دو قسم اجرایی و مشاوره‌ای تقسیم می‌شوند.

**۱- حق بیمه قراردادهای غیرعمرانی که در اجرای آنها تهیه مصالح مصرفی کلاً به عهده و هزینه پیمانکار می‌باشد و یا موضوع قرارداد ارائه خدمات بوده و نوع کار ایجاب نماید که کلاً به صورت مکانیکی انجام شود**

به عنوان اصل می‌توان گفت حق بیمه قراردادهایی که نیاز به مصالح داشته و مصالح به هزینه پیمانکار تامین می‌شود، کمتر از حق بیمه قراردادهایی است که نیاز به مصالح نداشته یا مصالح با هزینه کارفرما تامین می‌شود. حق بیمه این دسته از قراردادها به میزان هفت درصد ناخالص کل کارکرد می‌باشد (موضوع ماده دوم مصوبه مورخ ۱۳۷۰/۱/۲۴ شورای عالی تامین اجتماعی).

مقصود از قراردادهای مکانیکی، قراردادهای خدماتی است که انجام تعهد موضوع آن نیاز به ماشین آلات دارد<sup>۱</sup> و هزینه خدمات این گونه ماشین آلات نسبت به مبلغ قرارداد قابل توجه می‌باشد. مانند قراردادهای نظافت بزرگراه‌ها که با ماشین آلات مدرن انجام می‌شود. نمونه دیگر، قراردادهای احداث بزرگراه و جاده می‌باشد.

## **۲- حق بیمه قراردادهای دستمزدی و خدماتی غیرمکانیکی**

در این نوع از پیمان‌ها حق بیمه به میزان پانزده درصد ناخالص کل کارکرد می‌باشد. بابت حق بیمه بیکاری نیز ۱/۶۷ درصد اضافه می‌شود. بنابراین حق بیمه این نوع پیمان‌ها ۱۶/۶۷ درصد از کل مبلغ پیمان است. شیوه محاسبه بدین نحو است که بنا به فرض پنجاه و شش درصد از مبلغ کل پیمان، به عنوان دستمزد در نظر گرفته می‌شود. طبیعتاً مطابق ماده ۲۸ قانون تامین اجتماعی، پرداخت ۲۷ درصد از مبلغ مزبور (۲۷ درصد از ۵۶ درصد) به عنوان حق بیمه بر عهده پیمانکار قرار می‌گیرد. حاصل این ضرب یعنی ۱۵ درصد کل مبلغ پیمان به عنوان حق بیمه کارگران محسوب می‌شود.

## **۳- حق بیمه قراردادهای غیرعمرانی که قسمتی از مصالح به عهده پیمانکار و**

۱. بند د ماده ۱۳ شرایط عمومی پیمان: «ماشین آلات و ابزار، عبارت از دستگاه‌ها، تجهیزات، ماشین آلات و به طور کلی، ابزارهای اجرای کار است که به منظور اجرای موضوع پیمان به صورت موقت به کار گرفته می‌شود. ماشین آلات و ابزار را ممکن است ماشین آلات نیز بنامند».

### قسمتی به عهده کارفرما است

در این نوع قراردادهای، ارزش مصالح واگذار شده به پیمانکار به ناخالص کل کارافزوده می‌شود و سپس حق بیمه محاسبه می‌شود. بدین معنی که عملاً به بهای آن دسته از اقلامی که توسط کارفرما تامین می‌شود حق بیمه ای تعلق نمی‌گیرد. بنابراین طبیعی است که هر چه ارزش مصالحی که کارفرما در اختیار پیمانکار قرار می‌دهد بیشتر باشد، حق بیمه قرارداد کمتر خواهد شد.

رویه عملی سازمان تامین اجتماعی بر این منوال است که صرف گواهی کارفرما مبنی بر استفاده پیمانکار از مصالح وی را جهت اثبات ادعا کافی می‌دانند. کارفرما در گواهی خود به اصل و میزان استفاده پیمانکار از مصالح کارفرما اشاره می‌کند. این ترتیب موجب شده است تا در برخی موارد پیمانکاران با هماهنگی کارفرمایان گواهی خلاف واقع مبنی بر استفاده از مصالح کارفرما تنظیم کرده و بدین وسیله موجب تعلق حق بیمه کمتر و در واقع تزییع حقوق سازمان می‌شوند.

البته چنانچه مبالغ و درصدهای مندرج در این گواهی نامعقول و نامتعارف باشد، شعب سازمان از اعتباردهی به آن خودداری ورزیده و ارائه دفاتر قانونی، اسناد مناقصه و مدارکی از این دست را جهت احراز میزان درصد واقعی مصالح کارفرما الزامی می‌دانند. در عین حال در این خصوص بین رویه عملی شعب سازمان، تفاوت‌های زیادی دیده می‌شود.

نمونه قراردادهای موضوع این بند، قراردادهای پخت و پز غذا در دانشگاه‌ها و موسساتی است که مواد اولیه غذایی را با بهای یارانه ای دریافت می‌کنند. در این نوع قراردادهای دیده می‌شود که مبلغ کل قرارداد (برای نمونه) یک میلیارد تومان است و کارفرما ادعا دارد که پیمانکار از مواد اولیه غذایی او به ارزش یک صد میلیون تومان استفاده کرده است. در این فرض مبلغ قرارداد، نهصد میلیون تومان در نظر گرفته می‌شود. سپس ۱۶/۶۷ درصد از آن یعنی حدود یک صد و پنجاه میلیون تومان به عنوان حق بیمه محاسبه می‌شود.

### ۴- عدم تعلق حق بیمه به مصالح

قیمت تجهیزات وارده از خارج از کشور که پیمانکاران از طریق گشایش اعتبار

اسنادی خریداری می نمایند، مشمول کسر حق بیمه نمی باشد؛ همچنین قیمت مصالح انحصاری، اختصاصی، آسانسور و تاسیسات، ماشین آلات و آهن آلات در قراردادهای سوله سازی که تهیه آن در اختیار واگذارندگان کار است، پارچه در قراردادهای دوخت و دوز و آسفالت در قراردادهای جاده سازی و آسفالت کاری، موکت و کف پوش و کابینت در صورتی که توسط کارفرما تهیه و به صورت رایگان به پیمانکار تحویل شود، به عنوان مصالح واگذاری تلقی نشده و قیمت آنها به کل کارکرد اضافه نمی شود.

این ترتیب مطابق اصول حاکم بر محاسبه حق بیمه است؛ زیرا بنا به فرض، حق بیمه درصدی از مزد و حقوق کارگر است. بنابراین فقط از مبالغی کسر می شود که در این فرض حقوق و دستمزد کارگر باشد. در این میان، طبیعی است که بهایی که برای خرید مصالح و اجناس پرداخت می شود، جزو حقوق و دستمزد نمی باشد و از همین رو، از مبلغ آن حق بیمه کسر نمی شود.

به همین علت است که پیمانکاران یکی از دفاعیاتی که جهت اعتراض به حق بیمه اعلامی مطرح می کنند، مبتنی بر این است که بخشی از مبلغ پیمان که جزو اجرت پیمانکار در نظر گرفته شده است، صرف خرید مصالح شده و به همین علت نباید از آن، حق بیمه کسر شود.

با این حال، در برخی موارد تشخیص درصدی از مبلغ پیمان که صرف خرید مصالح می شود دشوار است و به ناچار باید به احتمال تن داد.

نکته دیگر اینکه در اینجا مقصود از مصالح صرفاً مصالحی که در قراردادهای ساختمانی و موارد مشابه به کار می رود نیست. در پیمانها به کلیه اجناسی که خرید آن برای اجرای قرارداد ضروری است «مصالح» گفته می شود. بنابراین، دستگاه یا ماشین آلات خاص، مصالح تلقی می شود.

**۵- حق بیمه قراردادهای خدماتی که نوع کار ایجاب نماید قسمتی از کار به صورت مکانیکی (با وسایل و ماشین آلات مکانیکی متعلق به پیمانکار) و قسمتی به صورت دستی انجام گیرد**

مقصود از قراردادهای خدماتی، قراردادهایی است که انجام تعهد موضوع قرارداد نیاز به ماشین آلات هزینه بر دارد. حال چنانچه هزینه این ماشین آلات بر عهده پیمانکار

باشد، بدان قرارداد مکانیکی و در غیر این صورت بدان غیرمکانیکی گویند. به هر تقدیر، چنانچه بخشی از کار به صورت مکانیکی و بخشی به صورت غیرمکانیکی باشد، کارفرما گواهی مبنی بر تعیین میزان مکانیکی و غیرمکانیکی بودن قرارداد صادر می‌کند.

در این حالت حق بیمه بخش مکانیکی به ماخذ  $7/8$  و حق بیمه بخش دستی به ماخذ  $16/67$  محاسبه می‌شود. چنانچه وسایل و ابزار مکانیکی توسط واگذارنده کار تهیه و بدون دریافت کرایه در اختیار پیمانکار قرار گیرد، در این حالت نیز با توجه به دستمزدی بودن کار، حق بیمه آن کلاً طبق ماده اول مصوبه مورخ  $1370/1/24$  و با ماخذ پانزده درصد (بدون احتساب بیمه بیکاری) محاسبه خواهد شد.

در این نوع قرارداد نیز تقلب نسبت به قانون شیوع دارد. بدین ترتیب که کارفرما با تنظیم گواهی خلاف واقع می‌کوشد درصد مکانیکی کار را بیشتر از واقع نشان دهد. طبیعتاً نرخ حق بیمه قراردادهای مکانیکی کمتر از غیرمکانیکی است. در نتیجه افزایش درصد مکانیکی یعنی کاهش حق بیمه قرارداد. روش دیگر تقلب - که البته در قراردادهای ساختمانی نیز شایع است - مبهم نوشتن متن قرارداد است؛ به گونه‌ای که موضوع و مبلغ قرارداد و نیز میزان فعالیت‌های بامصالح و بی‌مصلح و نیز مکانیکی و دستمزدی به دقت مشخص نباشد.

#### ۶- قراردادهایی که بر اساس آن فقط نصب تجهیزات با پیمانکار است.

نمونه این قبیل قراردادهای، قرارداد نصب جرثقیل‌های بندرگاه‌ها یا قرارداد نصب دیگ بخار است. در قرارداد نصب تجهیزات فقط اجرت نصب جزو مبلغ قرارداد است و قیمت تجهیزاتی که باید نصب شود جزو مبلغ قرارداد محسوب نمی‌شود. در نتیجه، در تعیین حق بیمه این قبیل قراردادها به ارزش تجهیزاتی که باید نصب شود توجهی نمی‌شود.

در مواردی که تهیه و طراحی و خرید تجهیزات در خارج از کشور صورت گرفته و تامین بهای آن نیز از طریق اعتبار اسنادی باشد و فقط عملیات نصب آنها در داخل کشور باشد، چنانچه عملیات پروژه شامل نصب و کارهای ساختمانی و دیگر عملیات مرتبط با آن بوده و تامین سایر مصالح بر عهده پیمانکار باشد، حق بیمه با ماخذ هفت

درصد کارکرد داخل ایران و در صورتی که عملیات پروژه صرفاً نصب تجهیزات باشد، با توجه به نحوه انجام آن (مکانیکی یا غیرمکانیکی و یا توأم مکانیکی و دستی) حق بیمه آن حسب مورد طبق ماده اول و دوم مصوبه مورخ ۱۳۷۰/۱/۲۴ و به شرح فوق محاسبه می‌شود.

قراردادهای نصب تجهیزات علی‌الاصول دستمزدی (غیرمکانیکی) محسوب می‌شود. بنابراین حق بیمه آن ۱۶/۶۷ درصد کل مبلغ قرارداد است، مگر اینکه نصب تجهیزات نیاز به ماشین آلات هزینه بر مانند بالابر، جرثقیل و غیره داشته باشد. در این صورت، قرارداد به دو بخش مکانیکی و دستمزدی تقسیم شده و حق بیمه هر یک جداگانه محاسبه و جمع می‌شود.

به عنوان نتیجه این قسمت می‌توان گفت حق بیمه قراردادهای عمرانی از حق بیمه قراردادهای غیرعمرانی کمتر است. همچنین قراردادهای مشاوره‌ای نرخ حق بیمه بیشتری از قراردادهای اجرایی دارند. در قراردادهای غیرعمرانی نیز باید توجه داشت که حق بیمه قراردادهای با مصالح و مکانیکی کمتر از حق بیمه قراردادهای بدون مصالح و غیرمکانیکی می‌باشد. نکته دیگر اینکه حق بیمه اصولاً به مزد تعلق می‌گیرد. بنابراین وجوهی که صرف خرید مصالح می‌شود در محاسبه حق بیمه به عنوان مبلغ پیمان به حساب نمی‌آید.

#### ۷- نحوه محاسبه حق بیمه در فرضی که کارگران پیمانکار مشمول قانون خاص

##### حمایتی غیر از تامین اجتماعی باشند

آن دسته از نهادها، سازمان‌ها و وزارتخانه‌هایی که کارکنان آن مشمول قانون حمایتی خاص غیر از تامین اجتماعی می‌باشند در صورتی که با انعقاد قرارداد با سایر موسسات، وزارتخانه و سازمان‌ها اقدام به انجام کار به صورت پیمانکاری نمایند، چنانچه ارگان‌های مذکور گواهی نمایند که کار موضوع قرارداد منحصراً توسط پرسنل رسمی آنها که مشمول قانون حمایتی خاص می‌باشند انجام گرفته است، لزومی به محاسبه و وصول حق بیمه قراردادهای آنها بر اساس تصویبنامه مذکور نخواهد بود. این حکم اختصاص به مشمولین صندوق‌های بیمه‌ای دیگر ندارد، بلکه مشمولین مقررات استخدامی خاص نیز ممکن است تابع حکم این قسمت از بخشنامه شماره



۱۴ درآمد سازمان تامین اجتماعی باشند.

## ۸- حق بیمه مقطوع جهت کارکنان شاغل در قراردادهای پیمانکاری و مهندسان

### مشاور غیر طرح‌های عمرانی

مقصود از این بند، حق بیمه مهندسان مشاور طرح‌های غیرعمرانی است. شورای عالی تامین اجتماعی در جلسه شماره ۲۴۰- ۱۳۷۰/۱/۲۴ خود که بر اساس نامه شماره ۵- ۵۶۰۷۷/۴ مورخ ۱۳۶۹/۱۲/۷ مدیریت عامل سازمان تامین اجتماعی در خصوص تعیین حق بیمه مقطوع جهت کارکنان شاغل در قراردادهای پیمانکاری و مهندسان مشاور غیر طرح‌های عمرانی و به استناد ماده ۴۱ قانون تامین اجتماعی صورت گرفته، حق بیمه قراردادهای پیمانکاری را به شرح زیر تصویب نمود: «ماده یک: حق بیمه کارکنان شاغل در قراردادهای زیر به مأخذ پانزده درصد ناخالص بهای کل کار تعیین و وصول می‌گردد: قراردادهایی که در اجرای آنها تمامی مصالح مصرفی به عهده واگذارنده کار (کارفرما) می‌باشد. کلیه قراردادهایی که موضوع آنها ارائه خدمات اعم از خدمات نصب فنی، مشاوره‌ای، آموزش طراحی، نقشه کشی، نقشه برداری، نظارت، حسابداری، حسابرسی، نظیفات و غیره بوده و یا در اجرای آن نیازی به مصالح نباشد. تبصره: مواد پاک کننده در قراردادهای نظیفات جزو مصالح محسوب نمی‌شود.

ماده دو: حق بیمه کارکنان شاغل در سایر قراردادها به مأخذ (۷ درصد) ناخالص بهاء کل کار تعیین و وصول می‌شود. تبصره: قیمت تجهیزاتی که پیمانکار از طریق گشایش اعتبار اسنادی از خارج از کشور خریداری می‌کند، مشمول کسر حق بیمه نخواهد بود.»

با عنایت به اینکه میزان و نرخ حق بیمه در سازمان تامین اجتماعی بر اساس مواد ۲۸ و ۴۱ قانون تامین اجتماعی بوده و دایره شمول مصوبه شماره ۲۴۰ مورخ ۱۳۸۰/۱/۲۴ شورای عالی تامین اجتماعی در خصوص تعیین حق بیمه مقطوع جهت کارکنان شاغل در قراردادهای پیمانکاری و مهندسان مشاور غیر طرح‌های عمرانی می‌باشد و قرارداد در عرف و مقررات نوشته‌ای حداقل بین ۲ نفر و یا موسسه بوده و در آن مواردی چون شرح وظایف و اختیارات، مبلغ قرارداد، مدت قرارداد و غیره در نظر

گرفته شده است و هر یک از طرفین قرارداد موظف به رعایت مفاد آن خواهند بود. در قراردادهای تنظیمی که مسلماً اجرای آن مدتی به طول خواهد کشید پیمانکاران با توجه به ماده ۳۸ قانون تامین اجتماعی موظف هستند که لیست کارکنان شاغل در پروژه را با رعایت ماده ۳۹ قانون مزبور به شعبه محل پروژه ارسال و حق بیمه مقرر را نیز بپردازند.

در خصوص قراردادهای مهندسیین مشاور باید افزود در حال حاضر دستورالعمل و شیوه محاسباتی مدونی وجود ندارد و به صورت موردی و سلیقه ای عمل می‌شود. البته اغلب شعب مفاصا حساب این قراردادها را موکول به پرداخت حق بیمه به میزان ۱۵ درصد مبلغ قرارداد می‌دانند.

#### ۹- حق بیمه در قراردادهایی که قسمتی از مبلغ آن به ارز پرداخت می‌گردد

در مورد قراردادهایی که تمام یا قسمتی از کارکرد آنها به ارز است با توجه به به قیمت ارز پیش بینی شده در قرارداد، معادل ریالی آن محاسبه و سپس مبنای احتساب حق بیمه قرار می‌گیرد. در حال حاضر این قبیل قراردادها با عنایت به نوسان نرخ ارز موجب طرح دعاوی متعدد می‌شود، زیرا نرخ ارز پیش بینی شده در روز انعقاد قرارداد با نرخ ارز در روز اتمام انجام تعهدات موضوع قرارداد یکسان نیست و همین امر موجب تضرر یکی از طرفین (غالباً پیمانکار) می‌شود.

#### بند سوم: حالات خاص قراردادهای غیر عمرانی

این دسته از قراردادها اگرچه غیر عمرانی است و طبیعتاً باید مشمول ضوابطی مشابه قراردادهای بخش دوم بخشنامه باشد؛ ولی نظر به پاره ای جهات از مقررات متفاوتی تبعیت می‌کنند. این قراردادها خود به چندین دسته تقسیم می‌شوند؛ مانند: پیمانکارانی که دارای کارگاه تولیدی، صنعتی و فنی می‌باشند، قراردادهای خرید و فروش، قراردادهای گازرسانی، قراردادهای خدمات شهری و نگهداری فضای سبز، قراردادهای طراحی و ساخت نرم افزار و ارائه خدمات رایانه ای، قراردادهای حسابرسی - تحقیقاتی و پژوهشی و غیره در ذیل به نرخ حق بیمه برخی از قراردادهای فوق اشاره می‌شود:

#### ۱- حق بیمه قراردادهای تحقیقاتی و انجام طرح‌های پژوهشی

جهت محاسبه حق بیمه این نوع قراردادهای باید به قسمت «و» از بخش سوم فصل دوم بخشنامه شماره ۱۴ اشاره کرد. بر این اساس: «۱- در مواردی که قرارداد تحقیقاتی و پژوهشی با دانشگاهها یا مراکز علمی و یا موسسات وابسته به آنها به عنوان پیمانکار یا مجری منعقد می‌شود، چنانچه دانشگاه یا مراکز مذکور وابسته به وزارتخانه‌ها باشد و طبق پرونده‌ای که نزد سازمان دارد بدهکار نبوده و یا اصلاً کارکنان آن مشمول قانون تامین اجتماعی نباشد، بدون محاسبه و مطالبه وجهی بابت حق بیمه قرارداد مفاصا حساب مربوط صادر می‌شود. ۲- در مواردی که موسسات تحقیقاتی و پژوهشی وابسته به دانشگاه‌ها یا سایر مراکز علمی دولتی، دارای شخصیت حقوقی مستقل باشند و همچنین در موسسات تحقیقاتی و پژوهشی بخش خصوصی که دارای دفاتر قانونی می‌باشند و آن را جهت حسابرسی در اختیار سازمان قرار دهند دفاتر قانونی مبنای محاسبه و وصول حق بیمه قراردادهای منعقد است، به این ترتیب چنانچه طبق دفاتر قانونی فاقد بدهی باشند، صدور مفاصاحساب قراردادهای آنها بلامانع خواهد بود. ۳- در مورد کلیه اشخاص حقوقی فاقد دفاتر قانونی با توجه به استفاده از رایانه، نرم افزار و برای انجام قراردادهای تحقیقاتی و پژوهشی قراردادهای مزبور به طور کلی مکانیکی محسوب و حق بیمه آنها طبق ماده دوم مصوبه مورخ ۱۳۷۰/۱/۲۴ به ماخذ هفت درصد محاسبه و وصول می‌شود. ۴- در مواردی که قرارداد تحقیق و پژوهش با شخص حقیقی (یک نفر یا چند نفر به صورت دسته جمعی) منعقد شود با توجه به ابعاد تخصصی کار تحقیقات و پژوهش و اجتناب ناپذیر بودن مشارکت مستقیم خود شخص حقیقی به عنوان مجری در انجام کار ( بدون توجه به ماهیت نیروی انسانی که به کار گمارده می‌شوند) چون شرایط مربوط به ماده ۳۸ قانون تامین اجتماعی حاصل نمی‌شود از شمول بیمه معاف و لازم است از محاسبه و مطالبه حق بیمه قراردادهای مذکور به طور کلی خودداری و مفاصا حساب داده شود.»

نکته دیگر اینکه چنانچه پیمانکاران مجری طرح‌های عمرانی، بخشی از اجرای عملیات موضوع پیمان را به پیمانکاران فرعی واگذار نمایند و اگر حق بیمه متعلق به قرارداد بر مبنای ناخالص کل کارکرد قرارداد پرداخت شود، در این صورت حق بیمه‌ای بابت قرارداد پیمانکار فرعی مطالبه و دریافت نخواهد شد. شایان ذکر است، سازمان

تامین اجتماعی در اجرای بند «و» بخشنامه شماره ۱۴ در تاریخ ۱۳۹۱/۱۰/۱۶ اقدام به صدور بخشنامه شماره ۱۴/۸ جدید درآمد کرده است.

## ۲- حق بیمه قراردادهای کامپیوتری

مطابق بخشنامه ۱۴/۳ درآمد سازمان تامین اجتماعی چنانچه در این نوع قراردادهای پیمانکار دارای دفاتر منظم باشد، حق بیمه بر اساس تعداد کارگران پیمانکار و بدون اعمال ضریب محاسبه می‌شود. در غیر این صورت نرخ حق بیمه، هفت درصد مبلغ قرارداد است. متن این بخشنامه به قرار ذیل است:

« پیرو بخشنامه ۱۴ جدید درآمد در خصوص چگونگی محاسبه حق بیمه قراردادهای انفورماتیکی (موضوع بند «ه» از بخش سوم فصل دوم بخشنامه مزبور) ... حق بیمه قراردادهای مذکور به شرح ذیل تعیین و مقرر می‌گردد: ... اشخاص حقوقی: ۱- در مواردی که پیمانکار مذکور دارای دفاتر و اسناد قانونی باشد، در این صورت می‌باید از محاسبه و مطالبه حق بیمه قرارداد آنها بر اساس ماخذ مندرج در بخشنامه ۱۴ جدید درآمد خودداری و با وصول حق بیمه ماهیانه کارکنان آنان بر اساس گزارش بازرسی از دفاتر آنها مفاصا حساب قرارداد صادر شود، چنانچه پیمانکار لیست و حق بیمه کارکنان خود را به طور ماهیانه ارسال و پرداخت نموده باشد، در صورت ارائه تعهدنامه منضم به بخشنامه ۱۴/۲ جدید درآمد مبنی بر ارائه دفاتر و اسناد قانونی جهت حسابرسی می‌باید مفاصا حساب قرارداد صادر شود. ۲- در مورد پیمانکارانی که لیست و حق بیمه کارکنان خود را نداده اند باید در اسرع وقت از دفاتر آنان حسابرسی و بر مبنای آن حق بیمه وصول و سپس مفاصا حساب صادر شود. ۳- در مواردی که پیمانکار مذکور فاقد دفاتر قانونی بوده و یا از ارائه دفاتر خودداری نماید، ضرورتی به استعلام درصد مکانیکی و غیرمکانیکی کارکرد از واگذارنده کار نبوده و قراردادهای مربوطه از نظر سازمان، مکانیکی محسوب و حق بیمه آنها باید طبق ماده دوم مصوبه مورخ ۷۰/۱/۲۴ شورای عالی تامین اجتماعی به ماخذ ۷ درصد به اضافه بیمه بیکاری مربوطه محاسبه و وصول و سپس مفاصا حساب قرارداد صادر شود. بدیهی است، چنانچه پیمانکار وجهی بابت حق بیمه پرداخت نموده باشد، باید از بدهی که به ترتیب فوق محاسبه می‌گردد، کسر شود.

اشخاص حقیقی: ۱- در مواردی که پیمانکار، کار موضوع قرارداد را راساً و به تنهایی انجام دهد و به طور کلی از نیروی انسانی دیگر استفاده نکند، مشمول ماده ۳۸ قانون تامین اجتماعی نخواهد بود و واگذارنده کار (کار فرما) می‌باید بدون اخذ مفصاحساب، این سازمان با وی تسویه حساب کند. ۲- در مواردی که پیمانکار برای انجام کار، از نیروی انسانی دیگر نیز استفاده نماید، می‌باید حق بیمه کارکنان قرارداد به ماخذ ۷ درصد ناخالص کارکرد محاسبه و به اضافه بیمه بیکاری مربوطه وصول و سپس مفصاحساب قرارداد صادر شود.»

**۳- حق بیمه قراردادهای غیر عمرانی کلید در دست (PC-EPC) در پروژه های گازرسانی، انتقال نیرو، تصفیه خانه و تلمبه خانه فاضلاب پیمان‌های حمل و نقل ریلی و پیمان‌های مشاوره مدیریت**

از منظر مقررات راجع به احتساب حق بیمه، مقصود از قراردادهای کلید در دست قراردادهایی است که پیمانکار خرید تجهیزات، حمل، نصب و اجرای پروژه را بر عهده دارد؛ بدین توضیح که مبلغ پیمان با لحاظ هزینه لازم برای همه امور یادشده محاسبه می‌شود. در این نوع قرارداد، صورت وضعیت‌ها نیز بر همین مبنا محاسبه می‌شود. مطابق بخشنامه ۱۴/۵ جدید درآمد سازمان تامین اجتماعی یکی از شروط شمول این بخشنامه بر قراردادهای پیش گفته تغییر صورت کارکردهای موقت و قطعی حداکثر تا ۲۵ درصد مبلغ اولیه مندرج در قرارداد است. بدین معنی که در غیر این صورت حق بیمه قرارداد مطابق قاعده عمومی محاسبه می‌شود.

به هر تقدیر دامنه بخشنامه ۱۴/۵ جدید درآمد سازمان تامین اجتماعی مصوب ۱۳۸۳ به قرار ذیل است:

### ۱-۳- قراردادهای کلید در دست پروژه های گازرسانی

در این قرارداد چنانچه قیمت تجهیزات به تفکیک در قرارداد درج شده باشد، تا میزان مندرج در صورت وضعیت قطعی کارکرد یا گواهی واگذارنده کار (مشروط به اینکه حداکثر تا ۲۵ درصد مبلغ مندرج در قرارداد افزایش داشته باشد) از محاسبه حق بیمه معاف است و حق بیمه کارکرد اجرا به قرار ذیل محاسبه می‌شود:

۱- حق بیمه قراردادهای گازرسانی شامل پروژه های خطوط انتقال (بین شهری و

کمر بندی شهرها) گازرسانی شهری، گازرسانی به روستاها و صنایع و شرکت های صنعتی به ماخذ ۷ درصد ناخالص کارکرد اجرا و خدمات طبق صورت وضعیت قطعی کارکرد یا گواهی واگذارنده کار محاسبه گردد. ۲- در قراردادهای نصب انشعابات و علمک معادل ۷۰ درصد کارکرد اجرا و خدمات، مکانیکی منظور و حق بیمه آن به ماخذ ۷ درصد و ۲۰ درصد مابقی کارکرد غیر مکانیکی منظور و حق بیمه به ماخذ ۱۵ درصد محاسبه شود. ۳- در قراردادهایی که منحصرأ نصب کنتور و رگلاتور باشد حق بیمه نسبت به ناخالص کارکرد اجرا و نصب به ماخذ ۱۵ درصد محاسبه شود. ۴- در کلیه موارد فوق بیمه بیکاری به میزان  $\frac{1}{9}$  حق بیمه محاسبه شده است.

۳-۲- قراردادهایی به صورت کلید در دست پروژه های انتقال نیرو و برق رسانی در کلیه قراردادهای مذکور چنانچه قیمت تجهیزات در قرارداد به تفکیک درج شده باشد در این صورت تا میزان مندرج در صورت وضعیت قطعی کارکرد یا گواهی واگذارنده کار (مشروط بر اینکه حداکثر تا ۲۵ درصد نسبت به مبلغ مندرج در قرارداد افزایش داشته باشد) از محاسبه حق بیمه معاف است و حق بیمه کارکرد اجرا و خدمات به ترتیب زیر محاسبه می شود: ۱- در مورد قراردادهای خطوط انتقال نیرو معادل ۷۵ درصد از کارکرد اجرا و خدمات بابت کارکرد مکانیکی و با مصالح منظور و حق بیمه آن به ماخذ ۷ درصد و نسبت به ۲۵ درصد مابقی کارکرد که غیر مکانیکی است حق بیمه به ماخذ ۱۵ درصد محاسبه می شود. ۲- در مورد قراردادهای نصب و راه اندازی پست های انتقال نیرو معادل ۸۰ درصد از کارکرد اجرا و خدمات بابت کارکرد مکانیکی و با مصالح منظور و حق بیمه آن به ماخذ ۷ درصد و نسبت به ۲۰ درصد مابقی کارکرد که غیر مکانیکی است، حق بیمه به ماخذ ۱۵ درصد محاسبه می شود. ۳- در کلیه موارد فوق، بیمه بیکاری به میزان یک نهم حق بیمه محاسبه شده می باشد.

#### ۴- قراردادهای حمل و نقل ریلی

نظر به اینکه طبق بررسی های به عمل آمده در خصوص قراردادهای حمل و نقل ریلی، پیمانکاران مربوطه ۶۰ الی ۸۰ درصد از مبلغ کارکرد قرارداد منعقد به واگذارندگان کار را بابت استفاده از امکانات ریلی و نیروی کششی به راه آهن جمهوری

اسلامی ایران پرداخت می نمایند، لذا باید نسبت به ناخالص کارکرد قراردادهای حمل و نقل مذکور پس از کسر سهم راه آهن بابت خدمات ارائه شده (با تأیید راه آهن) حق بیمه به ماخذ هفت درصد سهم پیمانکار محاسبه و وصول و مفاصاحساب نسبت به کل کارکرد قرارداد صادر شود. وفق بخشنامه ۱۴/۵ سازمان تامین اجتماعی، در این گونه قراردادهای هشتاد درصد مبلغ پیمان از پرداخت حق بیمه معاف است. به عبارتی، ضرایب موضوع ماده ۳۸ قانون تامین اجتماعی فقط در خصوص بیست درصد از مبلغ پیمان اعمال می شود. در خصوص این بیست درصد نیز درصد حق بیمه پانزده می باشد. مطابق بخشنامه مزبور: «نظر به اینکه طبق بررسی های به عمل آمده در خصوص قراردادهای حمل و نقل ریلی، پیمانکاران مربوطه شصت و هشتاد درصد از مبلغ کارکرد قرارداد منعقد با واگذارندگان کار را بابت استفاده از امکانات ریلی و نیروی کششی به راه آهن جمهوری اسلامی ایران پرداخت می نمایند، لذا باید نسبت به ناخالص کارکرد قراردادهای حمل و نقل مذکور پس از کسر سهم راه آهن بابت خدمات ارائه شده (با تأیید راه آهن) حق بیمه به ماخذ هفت درصد سهم پیمانکار محاسبه و وصول و مفاصاحساب نسبت به کل کارکرد قرارداد صادر گردد». بنابراین و برای نمونه چنانچه مبلغ قراردادی یک میلیارد تومان باشد، پانزده درصد از دویست میلیون تومان به عنوان حق بیمه منظور می شود. پس حق بیمه این پیمان پانزده میلیون تومان خواهد بود. این رویه موجب تقلب برخی پیمانکاران می شود. بدین ترتیب با گنجاندن اسامی کارگران غیرواقعی در لیست ماهیانه موجبات تضرر سازمان و برخورداری من غیر حق اشخاص یاد شده را از مزایای تامین اجتماعی فراهم می آورند.

#### ۵- قراردادهای مشاوره مدیریت

قراردادهایی به عنوان قرارداد مشاوره مدیریت شناخته می شوند که شرکت مجری قرارداد (پیمانکار) در اداره ثبت شرکت ها جهت انجام خدمات مدیریت به ثبت رسیده و عضو انجمن مشاوران مدیریت ایران بوده و قرارداد آنها نیز در ارتباط با موضوعات زیر باشد: -مدیریت پروژه (شامل مطالعات امکان سنجی، مدیریت پروژه و مهندسی ارزش)؛ -مدیریت برنامه ریزی (شامل مدیریت با برنامه ریزی استراتژیک، برنامه ریزی

سازمانی و مدیریت مبتنی بر هدف)؛- مدیریت تولید (شامل برنامه ریزی تولید، برنامه ریزی مواد، سیستم انبار و کنترل موجودی، طراحی و جانمایی کارخانه و مطالعه کار و زمان و غیره. نکته عجیب اینکه وفق بخشنامه مورد بحث قراردادهای شرکت ملی گاز از پرداخت حق بیمه برای مبالغ ناظر به قیمت تجهیزات معاف است، ولی شرکت نفت معاف نیست. این تبعیض در موارد دیگر نیز مشاهده می‌شود و ضرورت وضع مقررات جامع و مانع بیش از پیش خودنمایی می‌کند. به عنوان نتیجه باید گفت قراردادهای پنج واگذرانده کار در موارد فوق از شمول بخشنامه شماره ۱۴ جدید درآمد معاف است.

#### ۶- پیمان‌های حمل و نقل برون شهری و درون شهری

در این گونه قراردادهای مبلغ چهار درصد به علاوه هفت سی و ششم به عنوان حق بیمه قراردادهای پیمانکاری حمل و نقل کسر می‌شود. علت آن است که رانندگان در اجرای قانون بیمه اجتماعی رانندگان حمل و نقل بار و مسافر بین شهری مصوب ۱۳۷۹ حق بیمه خود را پرداخت می‌نمایند. به همین علت حق بیمه قراردادهای پیمانکاری حمل و نقل پایین تر از سایر پیمانکاری‌هاست. به نظر ما این ترتیب قابل انتقاد است. زیرا رانندگان در اجرای قانون یادشده بیمه هستند و حق بیمه متعلقه را پرداخت می‌کنند، از این رو پرداخت حق بیمه مجدد در قالب پیمان‌های رانندگان غیرقابل توجیه است.

در پیمان‌های حمل و نقل درون شهری مبلغ هفت درصد به عنوان حق بیمه قراردادهای پیمانکاری حمل و نقل کسر می‌شود. علت آن است که این قبیل رانندگان در اجرای ماده واحده قانون اصلاح قانون بیمه اجتماعی رانندگان حمل و نقل بار و مسافر بین شهری مصوب ۱۳۷۹ حق بیمه خود را پرداخت می‌کنند. به همین علت، حق بیمه قراردادهای پیمانکاری حمل و نقل پایین تر از سایر پیمانکاری‌هاست.

#### ۷- پیمانکاری در برخی معادن خاص

وفق بخشنامه ۱۴/۶ سازمان تامین اجتماعی، میزان دستمزد در برخی قراردادهای پیمانکاری در معادن خاص، شانزده و شصت و هفت صدم درصد فرض می‌شود. این عدد در بیست و هفت درصد ماده ۲۸ ضرب می‌شود. نتیجه برابر است با چهار و نیم



درصد؛ این درصد به عنوان میزان حق بیمه در این گونه قراردادهای محسوب می‌شود. علت پایین بودن میزان حق بیمه در پیمان‌های بخش معدن استفاده از ماشین‌آلات زیاد و هزینه بر است.

### گفتار سوم: معافیت از پرداخت حق بیمه بر اساس ضریب پیمان

گفته شد که حق بیمه‌ای که بر اساس بخشنامه شماره ۱۴ جدید درآمد تأمین اجتماعی (درصدی از مبلغ پیمان) محاسبه می‌شود معمولاً بیشتر از حق بیمه واقعی کارگران شاغل در پیمان است. قانونگذار با توجه به اعتراضات زیاد پیمانکاران و حمایت از حقوق آنان دامنه شمول بخشنامه ۱۴ را محدود کرده است. در موارد ذیل حق بیمه بر اساس قاعده عمومی مندرج در ماده ۲۸ قانون تأمین اجتماعی یعنی بر اساس لیست کارگران واقعی محاسبه می‌شود و اعمال ضریب (درصد) منتفی است. بند نخست: بند ج ماده ۱۱ قانون رفع برخی از موانع تولید و سرمایه‌گذاری صنعتی

مصوب ۱۳۸۶/۵/۷

«وزارت رفاه و تأمین اجتماعی موظف است حق بیمه تأمین اجتماعی پیمانکاران طرح‌های عمرانی و غیرعمرانی یا بدون مصالح و با مصالح را صرفاً بر مبنای لیست ارائه‌شده توسط پیمانکار دریافت نماید.» با تصویب این ماده، قلمرو اجرای حکم ماده ۳۸ قانون تأمین اجتماعی و بخشنامه شماره ۱۴ جدید درآمد محدود شده است. زیرا وفق این ماده، حق بیمه‌ها باید بر اساس ماده ۲۸ قانون تأمین اجتماعی یعنی بر مبنای کارکرد واقعی، تعداد واقعی کارکنان پیمانکار محاسبه و دریافت شود، نه بر اساس درصدی از مبلغ کلی پیمان (ضریبی از مبلغ قرارداد). در تفسیر این بند از ماده ۱۱ قانون باید به رای هیات عمومی دیوان عدالت اداری به شماره ۷۸۳-۷۸۴ مورخ ۱۳۹۱/۱۰/۲۵ نیز توجه داشت. سازمان تأمین اجتماعی در اجرای مقرر فوق‌الذکر اقدام به صدور بخشنامه شماره ۱۴/۷ کرده است. با عنایت به بخشنامه یادشده در رویه عملی سازمان تأمین اجتماعی بند «ج» ماده ۱۱ قانون رفع برخی موانع تولید به صورت محدود اجرا می‌شود. بدین توضیح که مطابق بخشنامه پیش‌گفته بند «ج» ماده ۱۱ صرفاً در خصوص قراردادهای پیمانکاری که انجام تعهد موضوع پیمان

در کارگاههای تولیدی، صنعتی و فنی و توسط پرسنل ثابت آن انجام می‌شود، اجرا می‌گردد.

### بند دوم: اجرای پیمان توسط دستگاه های عمومی

ممکن است پیمانکار از نهادهای و سازمانها و وزارتخانه هایی باشد که کارکنان آن مشمول قانون حمایتی خاص غیر از تامین اجتماعی می‌باشند؛ در این صورت حق بیمه متعلقه صرفاً می‌بایست بر مبنای لیست کارگران محاسبه شود، نه بر مبنای ضریبی از مبلغ پیمان. در این حالت، مبلغ پیمان یا مدت اجرای قرارداد، تاثیری در حکم مزبور ندارد. البته در عمل و در پرتو حکم بند ۹-۳ بخشنامه شماره ۱۴ جدید، درآمد مورد یادشده فقط در خصوص کارکنان ثابت و دائمی نهادهای و دستگاه های دولتی و عمومی اجرا می‌شود.

**بند سوم: ماده ۱۴ قانون حداکثر استفاده از توان تولیدی و خدماتی در تأمین نیازهای کشور و تقویت آنها در امر صادرات و اصلاح ماده (۱۰۴) قانون مالیاتهای مستقیم مصوب ۱۳۹۱**

«سازمان تامین اجتماعی موظف است حق بیمه کارکنان قراردادهای ارائه خدمات اجتماعی پیمانکاران طرحهای عمرانی و غیرعمرانی با مصالح یا بدون مصالح را بر مبنای فهرست ارائه شده توسط پیمانکاران دریافت نماید. اعمال هرگونه روش دیگری غیر از روش مندرج در این ماده ممنوع است. تبصره در صورت عدم ارسال دقیق فهرست توسط پیمانکار و عدم انجام تعهدات، طبق ماده (۱۴۸) قانون کار مصوب ۱۳۶۹/۸/۲۹ مجمع تشخیص مصلحت نظام و مواد (۲۸) و (۲۹) قانون تامین اجتماعی مصوب ۱۳۵۴ و اصلاحیه‌های بعدی آن و شکایت نیروی کار، سازمان تامین اجتماعی براساس قانون تامین اجتماعی با پیمانکار برخورد می‌کند».

حکم ماده نیازمند تفسیر است. بدین معنی که اصطلاح کارکنان قراردادهای ارائه خدمات اجتماعی پیمانکاران طرحهای عمرانی و غیرعمرانی با مصالح یا بدون مصالح، مفهومی است مبهم. تفسیر لفظی موید این است که مقصود قانونگذار، کارکنان قراردادهایی است که در جهت ارائه خدمات اجتماعی به پیمانکاران طرحهای عمرانی و غیر عمرانی منعقد می‌شود. ولی با عنایت به اصول حاکم بر مقررات تامین اجتماعی

و سابقه قانونگذاری باید گفت مقصود این است که کلیه پیمانکارانی که قراردادهای پیمانکاری طرح‌های عمرانی و غیر عمرانی را - اعم از اینکه با مصالح باشد یا بدون مصالح - منعقد می‌سازند، از شمول حکم ماده ۴۱ یعنی پرداخت حق بیمه بر اساس ضریبی از پیمان معاف بوده و باید حق بیمه متعلقه را بر اساس ماده ۲۸ قانون تامین اجتماعی یعنی بر مبنای تعداد نفرات واقعی که تعهد موضوع پیمان را اجرا می‌نمایند، پرداخت کنند و عبارت «قراردادهای ارائه خدمات اجتماعی» را در متن ماده مذکور زائد تصور کرد. نتیجه اینکه، حق بیمه این قبیل پیمان‌ها از شمول حکم بخشنامه شماره ۱۴ درآمد سازمان تامین اجتماعی خارج شده است.

اگر این تفسیر پذیرفته شود باید پذیرفت که شمول بخشنامه ۱۴ جدید درآمد سازمان بسیار محدود می‌شود، زیرا عملاً فقط قراردادهای خارج از شمول حکم ماده ۱۴ فوق‌الذکر مشمول بخشنامه شماره ۱۴ باقی می‌ماند. ثمره این حکم، دریافت حق بیمه صرفاً بر مبنای لیست است.

**بند چهارم: مشمولین ماده واحده قانون عدم لزوم بیمه مجدد اجباری شاغلین فصلی و ساکنین شهرهای با جمعیت کمتر از بیست هزار نفر که نزد**

**صندوق بیمه اجتماعی روستاییان و عشایر بیمه می‌باشند مصوب ۱۳۹۱**

برطبق این قانون: «بیمه اجباری مجدد شاغلین فصلی و ساکنین شهرهای با جمعیت کمتر از بیست هزار نفر که از مزایای درمان روستایی و عشایری استفاده می‌نمایند و نزد صندوق بیمه اجتماعی روستاییان و عشایر بیمه می‌باشند، نزد سازمان تامین اجتماعی لازم نیست».

**بند پنجم: استفاده از کارگران بیگانه**

و فوق ماده ۵ قانون تامین اجتماعی: «بیمه اتباع بیگانه که طبق قوانین و مقررات مربوط در ایران به کار اشتغال دارند تابع مقررات این قانون خواهد بود مگر در موارد زیر: الف- در صورتی که بین دول متبوع آنان و دولت جمهوری اسلامی ایران موافقتنامه‌های دوجانبه یا چند جانبه تأمین اجتماعی منعقد شده باشد که در این صورت طبق موافقتنامه عمل خواهد شد. ب- هرگاه تبعه بیگانه طبق گواهی مقامات صالح دولت متبوع خود در مدت اشتغال در ایران در کشور خود یا در کشور دیگر در

موارد پیش‌بینی شده در ماده ۳ این قانون کلاً یا بعضاً بیمه شده باشند که در این صورت در همان موارد از شمول مقررات این قانون معاف می‌باشند.

تبصره حوادث ناشی از کار اتباع کشورهای ملحق شده به مقاله‌نامه شماره (۱۹) سازمان بین‌المللی کار از شمول بند «ب» مستثنی می‌باشد و نرخ و مأخذ حق بیمه طبق آیین‌نامه‌ای خواهد بود که توسط سازمان تأمین اجتماعی تهیه و به تصویب هیأت وزیران خواهد رسید. «بخشنامه شماره ۱۲ مشترک فنی و درآمد سازمان تأمین اجتماعی مورخ ۱۳۹۲/۳/۲۵ در راستای تشریح چگونگی اجرای این ماده صادر شده است. وفق این بخشنامه اتباع بیگانه در اصل مشمول قانون تأمین اجتماعی می‌باشند و معافیت آنها از مقررات قانون تأمین اجتماعی امری استثنایی است.

وفق بند دو بخش اول بخشنامه پیش گفته، واحدهای سازمانی مکلف هستند در زمان ارائه حمایت به اتباع بیگانه روادید ورود با حق کار مشخص کارگر (بیمه شده) را بررسی نموده و صرفاً در صورت وجود روادید اقدام به ارائه حمایت نمایند. در واقع اتباع بیگانه اصولاً همانند اتباع داخلی، مشمول مقررات قانون تأمین اجتماعی مصوب ۱۳۵۴ قلمداد شدند، اما نظر به تحولات و دگرگونی‌ها واقعیت‌های موجود، این ماده در سال ۱۳۵۸ به موجب لایحه قانونی اصلاح ماده ۵ قانون تأمین اجتماعی به شرح فوق اصلاح شد.

خلاصه کلام اینکه اگر در یک پیمانکاری داخلی با رعایت ماده ۵ قانون تأمین اجتماعی از کارگر خارجی استفاده شود، وی مشمول تأمین اجتماعی بوده و باید برای وی لیست ارسال شود، ولی چنانچه مطابق تبصره ماده ۵ در کشور خود بیمه باشد و تفاهم نامه ای با آن کشور وجود داشته باشد که کشور یاد شده معاف باشد، حق بیمه این قبیل افراد باید به کارفرما مسترد شود و صرفاً حق بیمه حوادث ناشی از کار اخذ می‌شود.

بر اساس مصوبه شورای عالی تأمین اجتماعی در جلسه مورخ ۱۳۵۶/۱۲/۲۸، آن دسته از کارشناسان خارجی که طبق قرارداد برای انجام خدمات فنی از قبیل نصب ماشین آلات مراکز تعلیمات حرفه‌ای در ایران به کار اشتغال دارند و از دولت ایران حقوق دریافت نمی‌دارند، مشمول قانون تأمین اجتماعی نمی‌باشند.

**بند ششم: استفاده پیمانکار از شاغلین یا بازنشستگان کشوری و لشکری**  
چنانچه پیمانکار از شاغلین یا بازنشسته‌های صندوق بازنشستگی کشوری یا سازمان تامین اجتماعی نیروهای مسلح استفاده نماید، به نسبت استفاده از این قبیل اشخاص از پرداخت حق بیمه معاف است. زیرا مطابق اصل مشمولین این دو صندوق از شمول قانون تامین اجتماعی معاف هستند.

**بند هفتم: مشمولین ماده ۹۲ قانون نظام صنفی مصوب ۱۳۸۲/۱۲/۲۸**  
مطابق ماده ۹۲ قانون نظام صنفی: «سازمان تأمین اجتماعی فقط در صورت شکایت هر یک از کارکنان واحدهای صنفی مبنی بر عدم پرداخت حق بیمه در مدت همکاری توسط افراد صنفی می‌تواند به نظر بازرس یا مندرجات دفاتر قانونی فرد صنفی، استناد و حق بیمه را دریافت کند...». در رویه عملی دیده می‌شود که برخی اشخاص با انعقاد قرارداد پیمانکاری اداره و فروش برخی فروشگاهها و در واقع مشمولین نظام صنفی را بر عهده می‌گیرند و در پرتو مقررات ماده ۹۲ از شمول ماده ۳۸ قانون تامین اجتماعی معاف می‌شوند.

### **بند هشتم: اجرای تعهد موضوع پیمان در خارج از کشور**

مقررات ماده ۳۸ قانون تامین اجتماعی مبنی بر احتساب حق بیمه پیمان بر اساس ضریبی از مبلغ پیمان در خصوص قراردادهایی اعمال می‌شود که اجرای تعهد موضوع آن در ایران به عمل می‌آید. از این رو، قراردادهایی که شرکت های ایرانی جهت ساخت و ساز و غیره در خارج از کشور منعقد می‌سازند، خارج از قلمرو شمول ماده ۳۸ بوده و حق بیمه متعلقه طبق لیست ارسالی محاسبه می‌شود. در این خصوص تابعیت کارگران پیمانکار موثر در مقام نیست.

مطابق ماده ۱۲ قانون حداکثر استفاده از توان تولیدی و خدماتی در تأمین نیازهای کشور و تقویت آنها در امر صادرات و اصلاح ماده ۱۰۴ قانون مالیاتهای مستقیم مصوب ۱۳۹۱: «کارگران ایرانی اعزامی موضوع قراردادهای صدور خدمات فنی به خارج از کشور به شرط داشتن گواهینامه شغلی از وزارت تعاون، کار و رفاه اجتماعی از پرداخت هرگونه عوارض و مالیات معاف می‌باشند.

تبصره ۱- وزارت تعاون، کار و رفاه اجتماعی موظف است برای کلیه کارگران ایرانی

که در ارتباط با صدور خدمات فنی اعزام می‌شوند گواهینامه شغلی صادر کند و جهت وصول حق بیمه و تحت پوشش قرار دادن آنها در داخل و خارج کشور مراتب را به سازمان تأمین اجتماعی اطلاع دهد. تبصره ۲- سازمان تأمین اجتماعی مکلف است با دریافت حق بیمه افراد مذکور در این ماده مطابق قانون تأمین اجتماعی مصوب ۱۳۵۴/۴/۳ و اصلاحیه‌های بعدی، آنها را بیمه نماید». ظاهراً مقصود قانونگذار معافیت این قبیل پیمان‌ها از اعمال ضریب است.

در رویه عملی دیده می‌شود که بازرسان و حساب‌برسان سازمان تأمین اجتماعی با مراجعه به پیمانکاران یادشده، مبالغی را به عنوان حق بیمه از آنان مطالبه می‌کنند. علت آن است که شرکت پیمانکاری پیش گفته مبالغی که جهت اجرای پیمان (در خارج از کشور) به کارگران به عنوان مزد پرداخت می‌کند، در دفاتر خود قید می‌کند. ولی این مبالغ از مبالغی که به عنوان مزد کارهای داخل کشور پرداخت می‌کند، تفکیک نمی‌شود. در نتیجه از این مبالغ نیز به عنوان مزد و حقوق کارگران حق بیمه کسر می‌شود.

راه چاره این است که شرکت‌ها و پیمانکاران در زمان ثبت هزینه‌های مربوط به مزد و حقوق در دفاتر خود، به تفکیک مبالغی که جهت کارهای داخل کشور و خارج کشور پرداخت کرده‌اند را قید نمایند.

در مقابل، برخی از پیمانکاران با ثبت اطلاعات کذب در دفاتر خود، مبالغ مربوط به پروژه‌هایی که در ایران اجرا می‌شود را در ستون پروژه‌هایی که در خارج اجرا می‌شود قید می‌کنند و از این رهگذر، موجبات تضرر سازمان را فراهم می‌آورند.

**بند نهم: ماده ۴۰ قانون رفع برخی از موانع تولید رقابت پذیر و ارتقای نظام مالی کشور**

بر این اساس: «یک تبصره به شرح زیر به ماده ۳۸ قانون تأمین اجتماعی مصوب ۱۳۵۴/۴/۳ و اصلاحات بعدی آن الحاق می‌شود: تبصره - مبنای مطالبه حق بیمه در مورد پیمان‌هایی که دارای کارگاه‌های صنعتی و خدمات تولیدی یا فنی مهندسی ثابت می‌باشند و موضوع اجرای پیمان توسط افراد شاغل در همان کارگاه انجام می‌شود، بر اساس فهرست ارسالی و بازرسی کارگاه است و از اعمال ضریب حق

بیمه جهت قرارداد پیمان معاف می‌باشند و سازمان تأمین اجتماعی باید مفاصاحساب اینگونه قراردادهای پیمان را صادر کند.» در اجرای این تبصره، بخشنامه شماره ۱۴/۹ جدید درآمد تصویب شد که چگونگی اجرای آن را نشان می‌دهد.

### فهرست منابع:

۱. نعیمی، عمران و پرتو، حمیدرضا، حقوق تأمین اجتماعی، تهران، انتشارات سمت، ۱۳۹۳.
۲. نعیمی، عمران و پرتو، حمیدرضا، حقوق تأمین اجتماعی در قراردادهای پیمانکاری، تهران، دادگستر، ۱۳۹۲.
۳. نعیمی، عمران و دیگران، قانون تأمین اجتماعی در نظم حقوقی کنونی، تهران: انتشارات جنگل، ۱۳۸۹.
۴. کاویانی، کوروش، «ضمانت اجرای عدم پرداخت حق بیمه در سازمان تأمین اجتماعی و راهکارهای اصلاحی»، فصلنامه تأمین اجتماعی، سال نهم، شماره سی ام.
۵. عراقی، عزت الله، «حقوق تأمین اجتماعی، حقوق کار و حقوق بین المللی کار»، دیدگاههایی در حقوق تأمین اجتماعی (مجموعه مقالات)، (تهران: موسسه آهنگ آتیه، ۱۳۸۴).





## بررسی تحولات قانون مجازات اسلامی اصل صلاحیت شخصی قوانین کیفری

سید مهدی حجتی \*

### چکیده

اگرچه تابعیت از جمله موضوعاتی است که در حوزه حقوق بین‌الملل خصوصی مورد بحث و بررسی قرار می‌گیرد، اما با توجه به اینکه تابعیت رابطه‌ای است بین شخص و دولت متبوع وی که به واسطه آن، تبعه از امتیازات ناشی از تابعیت دولت متبوع خویش برخوردار می‌شود، لذا تبعه نیز ملزم و مکلف است نظامات و الزامات قانونی کشور متبوع خویش را پذیرفته و در تمامی نقاط جهان، سفیری صالح و قانون مدار برای کشور خویش باشد. متقابلاً نیز دولت متبوع چنین فردی باید ملتزم و متعهد باشد که هر گاه در هر جای دنیا بزه‌ی علیه تبعه آن کشور رخ داد، با حمایت از تبعه خویش، قلمرو قوانین کیفری خود را به فراسوی مرزهای خویش توسعه داده و بزه ارتكابی در نقطه‌ای دیگر از جهان را مشمول قوانین جزایی خود بداند. در حقوق کیفری بین‌المللی یا فراملی، توسعه قلمرو حاکمیت قوانین کیفری یک کشور به خارج از مرزهای آن را در فروض مذکور، «اصل صلاحیت شخصی» گویند که واجد دو جنبه فعال و منفعل است.

در حقوق کیفری ایران تا قبل از تصویب قانون مجازات عمومی مصوب سال ۱۳۵۲، اصل صلاحیت شخصی قوانین کیفری به صورتی کم رنگ و صرفاً در برخی از قوانین متفرقه مورد پیش‌بینی واقع شده بود، لیکن از سال ۱۳۵۲ جنبه فعال اصل صلاحیت شخصی قوانین کیفری به صورت خاص مورد پذیرش قرار گرفت و

\* وکیل دادگستری و مقطع دکتری حقوق جزا دانشگاه خوارزمی

جنبه منفعل اصل صلاحیت شخصی به رسمیت شناخته نشد؛ با این حال قانون مذکور با پذیرش قاعده منع محاکمه مجدد و مجازات مضاعف، مطابقت زیادی با استانداردهای شناخته شده جهانی در قلمرو قوانین جزایی در مکان داشت که پس از پیروزی انقلاب اسلامی دستخوش تغییر و تحولاتی اساسی شد که در این مقاله به بررسی آن خواهیم پرداخت.

**واژگان کلیدی:** اصل صلاحیت شخصی، جنبه فعال اصل صلاحیت شخصی، جنبه منفعل اصل صلاحیت شخصی، منع محاکمه مجدد، منع مجازات مضاعف.

### مقدمه

اصل صلاحیت شخصی قوانین کیفری که مبتنی بر رابطه تابعیت فرد با کشور متبوع خویش است، به معنی شمول قانون کیفری کشور متبوع مرتکب یا مجنی علیه بر جرایم ارتكابی در خارج از قلمرو حاکمیت آن کشور است. در واقع، اصل صلاحیت شخصی بدان معنی است که قوانین کیفری، در مورد اتباع یک دولت اعمال می‌شود؛ اعم از اینکه در کشور ساکن باشند یا نباشند (باهری، ۱۲۹، ۱۳۴۰). این اصل در شهرهای لومباردی در زمان بارتل پذیرفته شده بود و در تمام دوره قرن ۱۷ و ۱۸ میلادی، این صلاحیت در محاکم آلمان و فرانسه مجری بود (حسینی نژاد، ۱۳۸۳، ۴۹) و در حقوق کیفری مدرن نیز به رسمیت شناخته شد. اصل صلاحیت شخصی قوانین کیفری دارای سابقه ای طولانی است و حتی قبل از اصل صلاحیت سرزمینی با وسعت امروزی آن مورد عمل واقع می‌شده است؛ زیرا حاکمیت در ابتدا شخصی بوده است (باهری، ۱۲۹، ۱۳۴۰). گفته می‌شود که این اصل، یادگار دوران کاپیتولاسیون است که به موجب آن، تبعه کشور متروپل در کشور کاپیتوله اعم از اینکه مجرم یا مجنی علیه واقع می‌شدند طبق قانون کشور متبوع خویش محاکمه و مجازات می‌شدند (واحدی، ۴۶، ۱۳۸۰).

اصل صلاحیت شخصی، واجد دو جنبه متفاوت از یکدیگر است که عبارتند از جنبه فعال یا مثبت اصل صلاحیت شخصی و جنبه منفعل یا منفی اصل صلاحیت شخصی قوانین کیفری. در صورتی که قانون کیفری کشور متبوع مرتکب بر رفتار مجرمانه وی در خارج از قلمرو حاکمیتی کشور متبوعش حکومت نماید، در این صورت جنبه

مثبت یا فعال اصل صلاحیت شخصی است که رفتار مرتکب را تحت شمول قانون کیفری کشور متبوعش قرار می‌دهد. این جنبه از اصل صلاحیت شخصی مبتنی بر یک اصل قدیمی شناخته شده در حقوق بین‌الملل است که معروف به اصل عدم استرداد تبعه به کشور بیگانه است. در واقع با توجه به اینکه امروزه عمده کشورها، اتباع خود را به علت جرایمی که در کشور دیگری مرتکب شده‌اند به کشوری که متقاضی استرداد آنهاست مسترد نمی‌کنند. از این رو، به منظور بی مجازات نماندن این دسته از مجرمین که در خارج از کشور به نقض قوانین محلی پرداخته و پس از آن به کشور خود بازگشته‌اند تا از قاعده عدم استرداد اتباع بهره مند شوند، جنبه مثبت اصل صلاحیت شخصی در قوانین کیفری کشورها به رسمیت شناخته شده است (خالقی، ۴۰، ۱۳۸۸). ماده ۸ قانون استرداد مجرمین (مصوب ۱۳۳۹) ایران نیز صراحتاً استرداد تبعه ایرانی را به کشور بیگانه ممنوع دانسته است.

جنبه دیگر اصل صلاحیت شخصی که به جنبه منفی یا منفعل معروف است، در واقع دارای جنبه حمایتی یک کشور از اتباع بزه دیده خویش در قبال جرایمی است که در خارج از قلمرو آن کشور توسط اتباع بیگانه علیه آنان ارتکاب پیدا کرده است و بدان معناست که چنانچه جرمی علیه تبعه یک کشور در خارج از قلمرو حاکمیتی آن کشور ارتکاب پیدا کند، قانون کیفری کشور متبوع مجنی علیه بر بزه ارتکابی حاکم خواهد بود. در این صورت، جنبه منفی یا منفعل اصل صلاحیت شخصی قوانین کیفری است که بزه ارتکابی را مشمول قانون کیفری کشور متبوع مجنی علیه قرار می‌دهد.

این جنبه از اصل صلاحیت شخصی، علاوه بر قوانین داخلی کشورها به موجب برخی از قراردادهای بین‌المللی نیز به رسمیت شناخته شده است که از جمله می‌توان در این رابطه به «کنوانسیون بین‌المللی علیه گروگانگیری» مصوب هفدهم دسامبر ۱۹۷۹ میلادی اشاره کرد که دولت ایران نیز در خردادماه سال ۱۳۸۵ بدان پیوسته است و به موجب بند «د» فراز ۲ ماده ۶ آن، دول عضو در مواردی که فرد گروگان گرفته شده تبعه آن کشور است می‌توانند قوانین کیفری خویش را در خصوص بزه ارتکابی اعمال کنند.

در کنار جنبه های مثبت و منفی اصل صلاحیت شخصی، برخی از استادان قائل به تقسیم بندی دیگری نیز در خصوص این اصل شده اند. به نظر ایشان، صلاحیت شخصی قوانین کیفری قابل تقسیم بر صلاحیت شخصی کلی یا عام و صلاحیت شخصی خاص است؛ بدین معنا که چنانچه در اصل صلاحیت شخصی، دائر مدار اعمال قانون کیفری، شخص و به عبارتی دیگر تبعه باشد؛ در این صورت صلاحیت شخصی را می توان کلی یا عام فرض کرد، چرا که در این حالت، شمول صلاحیت شخصی، اصولاً همه جرایم ارتكابی اتباع را اعم از مهم و غیرمهم و قطع نظر از سرزمینی که جرم در آن واقع شده است، در بر می گیرد. قانون کیفری ایران، در زمره همین قوانین است. در حالی که در صلاحیت شخصی خاص، صلاحیت ناظر بر عنوان شخص و ناظر به پاره ای از شرایط خاص است؛ مانند نوع جرم و یا قسمتی از قلمرو حاکمیتی کشور بیگانه که این نوع از صلاحیت می تواند حاکم بر آن باشد (حسینی نژاد، ۱۳۸۳، ۸۵). به عنوان مثال می توان در این رابطه به قوانین کشور انگلستان اشاره کرد که به موجب آن، صلاحیت شخصی فقط نسبت به تعدادی از جرایم مانند قتل و تعدد زوجات پذیرفته شده و به عنوان یک حکم عام و کلی مورد پذیرش قرار نگرفته است (خانلری المشیری، ۱۳۸۸، ۸۸). همچنین، کشور کانادا نیز قانون کیفری خود را در جرایم خاصی که توسط یا علیه اتباع خویش ارتكاب می شود را قابل اعمال دانسته (مؤمنی، ۱۳۹۱، ۱۴۹) و اصل صلاحیت شخصی را به صورت خاص و محدود اعمال می نماید. در واقع، حق نیز همین است که با توجه به دشواری رسیدگی به جرایم واقع شده در خارج از قلمرو مرزهای یک کشور، اصل صلاحیت شخصی صرفاً در جرایم مهم و با درجه اهمیت بالا قابل اعمال باشد، نه در همه جرایم ریز و درشت پیش بینی شده در قانون کیفری کشور متبوع فرد.

### توجیه اصل صلاحیت شخصی

اصل صلاحیت شخصی به عنوان یکی از استثنائات وارد بر جنبه منفی اصل صلاحیت سرزمینی قوانین کیفری از جهات متعددی قابل توجیه است. با این حال قبل از بیان توجیهاات مربوط به این اصل، ضروری است یادآوری شود که توسعه

صلاحیت قانون کیفری یک کشور به خارج از مرزهایش، باعث ایجاد این تردید شده است که این امر به حاکمیت کشور محل وقوع جرم آسیب می‌رساند، در حالی که این ایراد در صورتی وارد است که یک دولت بتواند در خارج از مرزهایش به استناد اصل صلاحیت شخصی، اعمال حاکمیت نماید؛ مانند آنکه بزهرکاری را در قلمرو حاکمیتی کشور ثالث جلب و به پای میز محاکمه در دادگاه‌های ملی خود بکشاند. در حالی که از اعمال اصل صلاحیت شخصی، چنین نتیجه ای حاصل نمی‌شود و این اصل، زمانی بر جرایم ارتكابی در خارج از مرزهای یک کشور اعمال می‌شود که متهم، آزادانه به سرزمین کشور متبوع خویش بازگشته و یا اینکه توسط دولت بیگانه به کشور متبوع خویش مسترد گردد (دندوید دووابر، ۱۳۶۸، ۷۶). از این رو، اعمال و اجرای اصل صلاحیت شخصی قوانین کیفری نه تنها تعارضی با حاکمیت کشور محل وقوع جرم پیدا نمی‌کند بلکه اعمال آن از جهات متعددی نیز توجیه می‌شود.

اولاً، اتباع یک کشور که در خارج از مرزهای آن در کشوری بیگانه به صورت دائم یا موقت اقامت دارند، همواره از حمایت بی دریغ سیاسی آن کشور در امور مدنی و خدمات کنسولی کشور متبوع خوش بهره مند شده و نتیجتاً اتباع مزبور باید مطیع قوانین کشور خویش بوده و شایسته است که در صورت ارتكاب جرم، در قبال رفتار معارض قانون خویش مسئول بوده و امکان تعقیب و مجازات آنان طبق قانون کیفری کشور متبوعشان وجود داشته باشد (علی آبادی، ۱۳۵۴، ۱۴۴). ثانیاً، رفتار مجرمانه و خلاف قانون اتباع یک کشور در کشوری بیگانه، به تدریج باعث آسیب به حیثیت عمومی اتباع آن کشور و بدنامی آنان در محل وقوع جرم شده و آثار سوء ناشی از این رفتار دامن سایر اتباع کشور را نیز خواهد گرفت؛ به گونه‌ای که ممکن است در درازمدت، حتی امکان مهاجرت یا مسافرت اتباع آن کشور به کشور مقصد نیز ممنوع و یا با محدودیت‌های متعددی مواجه شود.

دووابر حقوقدان فرانسوی در این رابطه می‌گوید: نظم عمومی فرانسه به صرف اینکه یک تبعه فرانسوی در خارج از قلمرو فرانسه مرتکب جرم شود خدشه دار می‌شود و شرافت و حیثیت فرانسه لکه دار می‌شود؛ حتی اگر مجنی علیه جرم تبعه

فرانسه نباشد (دندیو دووابر، ۸۵، ۱۳۶۸). ثالثاً، پذیرش اصل صلاحیت شخصی، مانع از بی مجازات ماندن افرادی خواهد شد که در خارج از قلمرو حاکمیتی کشور متبوع خویش مرتکب جرم شده و سپس برای فرار از تعقیب و مجازات به کشور متبوع خویش مراجعت می‌کنند. رابعاً، از حیث جنبه منفی یا فعال اصل صلاحیت شخصی نیز با توجه به اینکه ممکن است مراجع قضایی کشور محل وقوع جرم فاقد عزم لازم برای تعقیب، محاکمه و مجازات شهروندان خویش در قبال جرایمی باشند که نسبت به اتباع بیگانه مرتکب شده‌اند (خالقی، ۴۱، ۱۳۸۸) لذا برای حمایت کیفری از اتباع یک کشور در کشورهای بیگانه، شمول قانون کیفری کشور متبوع مجنی علیه بر جرمی که علیه او واقع شده است ضروری شناخته شده است.

از این رو بر مبنای توجیهات ارائه شده در باب اصل صلاحیت شخصی، اتباع یک کشور همواره مشمول قوانین کیفری دولت متبوع خویش بوده و ترک سرزمین و خروج از قلمرو سرزمینی کشور متبوع آنان، مانع از اعمال قانون کیفری و حمایت قضایی و کیفری کشور متبوع آنان نخواهد بود.

### اصل صلاحیت شخصی در قوانین کیفری ایران

همچنانکه قبلاً نیز بیان شد، تا زمان تصویب قانون مجازات عمومی سال ۱۳۵۲، قلمرو قوانین کیفری در مکان به صورت کامل در حقوق کیفری ایران به رسمیت شناخته نشده بود. با این حال قانون اصول محاکمات جنایی (مصوب ۱۳۹۰/۶/۱۱ شمسی) برای اولین بار، اصل صلاحیت شخصی قوانین کیفری را مورد پذیرش قرار داد. ماده ۲۰۰ این قانون مقرر می‌داشت: «هرگاه یکی از تبعه ایران در خارجه مرتکب جنحه یا جنایت شده و در ایران به دست بیاید در محکمه‌ای محاکمه می‌شود که درحوزه او مقصر را یافته‌اند.» این ماده از حیث اینکه صرفاً ناظر بر صلاحیت قضایی بود نه صلاحیت تقنینی و قانون دیگری نیز صلاحیت تقنینی قانون کیفری ایران را برای اعمال بر رفتارهای مجرمانه‌ای که در خارج از قلمرو حاکمیتی ایران ارتکاب پیدا کرده بود به رسمت شناخته بود، عملاً کاربردی نداشت.

البته تا قبل از تصویب قانون مجازات عمومی سال ۱۳۵۲ که قلمرو قوانین کیفری در مکان را به صورت کامل مورد پذیرش قرار داد، در برخی از قوانین متفرقه کیفری، مقرراتی در خصوص اصل صلاحیت شخصی قوانین کیفری به تصویب رسیده بود که از آن جمله می‌توان به ماده ۲ قانون جلوگیری از نشریات مستهجن (مصوب ۱۳۰۹)، تبصره ۳۵ قانون پول و بانکی (مصوب ۱۳۱۵) و مادتين ۳۱ و ۳۰ قانون هواپیمایی کشوری (مصوب ۱۳۲۸/۵/۱) اشاره کرد.

با این حال، با تصویب قانون مجازات عمومی در سال ۱۳۵۲، اصل صلاحیت شخصی قوانین کیفری نیز به طور کامل و از هر دو جهت صلاحیت تقنینی و قضایی در حقوق ایران و پس از آن در ادوار مختلف قانونگذاری به رسمیت شناخته شده است. بند «ه» ماده ۳ قانون مجازات عمومی (مصوب ۱۳۵۲)، هر ایرانی را که در خارج از قلمرو حاکمیت ایران، مرتکب جرمی می‌گردید را با در نظر گرفتن شرایطی طبق قانون کیفری ایران قابل تعقیب و محاکمه می‌دانست.

این شرایط عبارت بودند از:

- ۱- حداکثر مجازات قانونی جرم مطابق قانون ایران بیش از یک سال حبس باشد.
- ۲- رفتار ارتكابی تبعه ایران، مطابق قانون کشور محل وقوع نیز جرم باشد.
- ۳- مرتکب در کشور محل وقوع جرم محاکمه و تبرئه نشده باشد و یا در صورت محکومیت، مجازات موضوع حکم کلاً یا بعضاً درباره او اجراء نشده باشد.
- ۴- به موجب قانون ایران و قانون کشور محل وقوع جرم، موجبی برای منع یا موقوفی تعقیب یا عدم اجرای مجازات یا سقوط آن وجود نداشته باشد.

بدین ترتیب، قانون مجازات عمومی سال ۱۳۵۲ صرفاً جنبه فعال اصل صلاحیت شخصی را مورد پذیرش قرار داده بود و در زمینه جنبه منفعل اصل صلاحیت شخصی قوانین کیفری ساکت بود. اعمال جنبه فعال اصل صلاحیت شخصی نیز در این قانون تقریباً به صورت خاص و در جرایمی امکان پذیر دانسته شده بود که مجازات بزه ارتكابی طبق قانون کیفری ایران بیش از یک سال حبس باشد و بدین ترتیب جرایم ارتكابی اتباع ایران در خارج از قلمرو حاکمیت ایران که مجازاتی کمتر از یک سال حبس می‌داشت از شمول قوانین کیفری ایران مستثنی بود و مشمول

اصل صلاحیت شخصی قوانین کیفری نمی‌شد.

به علاوه، قانون مزبور شرط مجرمیت مضاعف یا متقابل رفتار ارتكابی تبعه ایران را در قانون کیفری هر دو کشور ایران و کشور محل وقوع جرم به رسمیت شناخته بود؛ بدین معنا که رفتار ارتكابی تبعه ایران در صورتی طبق قانون کیفری ایران قابل تعقیب و مجازات بود که مطابق توصیف قانون کیفری کشور محل وقوع جرم نیز (صرفنظر از عنوان جرم ارتكابی) دارای وصف کیفری بوده و جرم انگاری شده باشد، و الا در صورت عدم حصول چنین شرطی، صرف جرم بودن رفتار ارتكابی فرد به موجب قانون یکی از دو کشور متبوع یا محل وقوع جرم، باعث تعقیب و محاکمه وی نمی‌شد.

همچنین قانون مجازات عمومی سال ۱۳۵۲ با شناسایی اعتبار احکام صادره از دادگاه‌های خارجی، قاعده منع محاکمه مجدد را به عنوان یکی از مهمترین قواعد حاکم در حقوق کیفری فراملی به رسمیت شناخته بود و به موجب آن، محاکمه و صدور حکم برائت قطعی تبعه ایران را در یک دادگاه خارجی مانع از اعمال قانون کیفری ایران و مآلاً رسیدگی مجدد دادگاه‌های ملی می‌دانست و در صورت صدور حکم محکومیت و اجرای مجازات نیز قانون کیفری ایران، قابل اعمال بر تبعه بزهکار ایرانی که در کشور بیگانه محاکمه و مجازات شده بود، نبود و در صورت تحمل قسمتی از مجازات در کشور خارجی، آن میزان از مجازات متحمله برای جلوگیری از اعمال مجازات مضاعف توسط محکمه‌ایرای محاسبه می‌شد.

پس از پیروزی انقلاب و با تصویب قانون راجع به مجازات اسلامی در سال ۱۳۶۱، مفاد قانون مجازات عمومی در زمینه اصل صلاحیت شخصی قوانین کیفری که مطابقت زیادی با اصول شناخته شده بین‌المللی داشت مورد عدول قرار گرفت؛ هرچند که عقیده بر عدم نسخ مقررات قانون مجازات عمومی سال ۱۳۵۲ نیز وجود داشت. بند «د» ماده ۳ قانون راجع به مجازات اسلامی در رابطه با اصل صلاحیت شخصی مقرر می‌داشت: «در غیر موارد مذکور در بندهای ب و ج هر ایرانی که در خارج ایران مرتکب جرمی شود و در ایران یافت شود، طبق قوانین جزایی جمهوری اسلامی ایران مجازات خواهد شد.» که بدین ترتیب، صرف نظر از



آنکه این قانون نیز مانند قانون مجازات عمومی، صرفاً جنبه فعال اصل صلاحیت شخصی را به رسمیت شناخته بود و در خصوص جنبه منفعل اصل صلاحیت شخصی ساکت بود، عموم و اطلاق مقررات بند «د» ماده ۳ آن نیز حاکی از آن بود که اعمال اصل صلاحیت شخصی قوانین کیفری منوط به هیچ قید و شرطی نیست و صرف تابعیت ایرانی داشتن مرتکب و یافت شدن وی در قلمرو حاکمیتی ایران برای محاکمه حضوری و اعمال قانون کیفری ایران - صرفنظر از نوع جرم ارتكابی یا محاکمه و مجازات مرتکب در کشور محل وقوع جرم - کفایت می‌کند.

با این حال، سکوت قانون در این باره مانع از آن نبود که رویه قضایی برای احکام صادره از دادگاه‌های بیگانه، قائل به اعتبار شود. به عنوان مثال، شعبه ۱۴۵ دادگاه کیفری یک تهران به موجب دادنامه مورخه ۱۳۶۹/۴/۱۳ در رابطه با بزه قتل که در محکمه بیگانه بدان رسیدگی شده بود، چنین مبادرت به انشاء رأی کرده است: «با عنایت به محاکمه شدن قاتل و صدور حکم بر محکومیت او به پانزده سال حبس و تحمل بخشی از آن و آزادی در اثر گواهی استخلاص صادره از هیأت عفو و بخشودگی که کلاً وسیله مرجع قضایی رسمی محل وقوع جرم انجام گرفته، قضیه قتل مذکور در حقیقت یک قضیه رسیدگی شده و محکوم بها محسوب می‌شود و اولیاء دم هم بر حسب قرائن موجود در جریان محاکمه و محکومیت و تحمل زندان و آزادی قاتل بوده‌اند و می‌توان گفت که همین امر علت انصراف آنها از تعقیب شکایت نخستین بوده و پس از قریب ۶ سال مجدداً به خاطر آزادی و مراجعه قاتل به ایران تقاضای تعقیب مجدد او را کرده‌اند. مضافاً بر اینکه جرم مذکور از مصادیق جرائم منعکس در بندهای «ب» و «ج» ماده ۳ قانون راجع به مجازات اسلامی نبوده و بند دال ماده فوق هم علی فرض مشمول ناظر بر مواردی است که رسیدگی و صدور حکم مقتضی و اجرای آن در محل وقوع جرم انجام نگرفته باشد... بنا به مراتب به ویژه از جهت انجام محاکمه و صدور حکم در مورد جرم آقای... قرار موقوفی تعقیب نامبرده را صادر و اعلام می‌دارد...» (اخوت، ۱۳۸۵، ۴۲).

به علاوه، اداره حقوقی قوه قضائیه نیز در زمان حاکمیت قانون راجع به مجازات اسلامی، طی نظریه مشورتی شماره ۷/۵۴۰ مورخ ۱۳۶۸/۵/۹ اشعار داشت: «چون

به اتهام متهم در در دادگاه محل وقوع جرم رسیدگی شده و محکوم علیه مجازات قانونی را تحمل نموده است، طبق بند «د» ماده ۳ قانون جزای اسلامی موجبی برای محاکمه مجدد در جمهوری اسلامی ندارد.»

با تصویب قانون مجازات اسلامی در مردادماه سال ۱۳۷۰، مجدداً مفاد بند «د» ماده ۳ قانون راجع به مجازات اسلامی در ماده ۷ قانون مجازات اسلامی تکرار شد و معذالک در قانون سال ۱۳۷۰ نیز صرفاً جنبه فعال اصل صلاحیت سرزمینی مورد پذیرش قانونگذار ایرانی قرار گرفت و اعمال همین جنبه از اصل صلاحیت شخصی قوانین کیفری ایران نیز مقید به شرطی به غیر از تابعیت ایرانی داشتن مرتکب و یافت شدن او در قلمرو حاکمیت ایران نشد. بدین ترتیب، قانون مجازات اسلامی سال ۱۳۷۰ نیز مانند قانون سال ۱۳۶۱ با ممنوع دانستن محاکمه غیابی تبعه ایرانی که در خارج از کشور مرتکب جرم شده بود، اعمال اصل صلاحیت شخصی را به صورت مطلق در کلیه جرایم پذیرفته و از قاعده منع محاکمه مجدد و اعمال مجازات مضاعف نیز چشم‌پوشی کرده بود و حتی مجرمیت مضاعف رفتار ارتكابی مرتکب در قانون کیفری هر دو کشور محل وقوع جرم و کشور ایران را نیز برای اعمال قانون کیفری ایران شرط ندانسته بود و بدین ترتیب مانند قانون سابق، اتباع ایرانی در معرض محاکمه و مجازات به واسطه ارتكاب رفتاری قرار داشتند که اگرچه در کشور محل اقامت آنان جرم نبود لیکن طبق قانون کیفری ایران واجد وصف مجرمانه شناخته شده بود.

البته علت اصلی عدم پذیرش شرط مجرمیت مضاعف و قاعده منع محاکمه مجدد نیز در قوانین سال های ۶۱ و ۷۰ را باید در تأثیر نظریه جهان شمولی احکام حقوقی اسلام در امر قانونگذاری دانست که به استناد آیه «إِنَّ هَذِهِ أُمَّتُكُمْ أُمَّةً وَحِدَةً وَأَنَا رَبُّكُمْ فَاعْبُدُونِ» تحقق آن به صورت یک آرمان مکتبی درآمده است. بر همین اساس نیز گفته شده است که بنیان تشریح اسلامی، مصلحت عامه است و این مصلحت در مفهومی وسیع، مصلحت انسانی را در بر می‌گیرد و مصلحت عامه نیز در اسلام به معنی مصلحت سرزمینی و محدود به یک ملت یا گروه خاص نیست. از این رو، با عنایت به اینکه اسلام یک آیین جهانی است و احکام و مقررات آن اعم از عبادی،

اخلاقی، اجتماعی، جزایی و غیر آن برای هدایت و راهنمایی در زندگی اجتماعی همه انسان‌های عالم تشریح شده است، لذا قلمرو مکانی اجرای قوانین و احکام شرعی اسلام، مانند قوانین و مقررات عرفی غیر اسلامی محدود به محیط، سرزمین، قوم، نژاد یا ملت خاصی نیست (ولیدی، ۲۶، ۱۳۷۱) که وجود همین دیدگاه و تأثیر آن در قانونگذاری کیفری ایران باعث شده تا قانونگذار ایرانی آراء و احکام صادره از دادگاه‌های بیگانه را که بر اساس شریعت اسلام صادر نشده باشند را معتبر تلقی نکرده و حتی قاعده منع مجازات مضاعف را نیز به موجب قانون داخلی در قلمرو حقوق کیفری فراملی به رسمیت نشناسد.

با این حال، رویه قضایی در مقابل اطلاق مقررات ماده ۷ قانون مجازات اسلامی قائل به تخصیص بود و استعلامات متعدد قضات از اداره حقوقی قوه قضاییه در رابطه با معتبر شناختن آراء و احکام صادره از دادگاه‌های بیگانه، مثبت وجود همین دیدگاه نزد قضات محاکم بود. در این خصوص، به عنوان مثال می‌توان به نظریه مشورتی شماره ۴۳۲۲/۷ مورخ ۱۳۷۶/۸/۱۸ اداره حقوقی قوه قضاییه اشاره کرد که به موجب آن تصریح شد: «هرگاه یکی از اهالی ایران در خارج از کشور عملی مرتکب شود که آن عمل طبق قوانین ایران نیز جرم باشد و مرتکب در کشور محل وقوع آن، مجازات نشده باشد برابر قوانین جزایی ایران قابل مجازات خواهد بود و اگر در آن کشور مجازات شده باشد دیگر در ایران بابت همان عمل مجازات نخواهد شد و معاونت محترم قوه قضائیه بر این عقیده اند که اگر جرم ارتکاب شده در خارج مستلزم حد شرعی باشد در ایران هم قابل مجازات خواهد بود...» که نظریات شماره ۷/۶۵۳۴ مورخ ۱۳۷۸/۹/۱۶ و ۷/۲۲۵۵ مورخ ۱۳۷۷/۱۱/۲۹ اداره حقوقی قوه قضاییه نیز مؤید همین معناست.

بدین ترتیب، تمایل رویه قضایی بر خلاف اطلاق مقررات ماده ۷ قانون مجازات اسلامی سال ۱۳۷۰ بر معتبر شناختن آراء و احکام صادره از دادگاه‌های بیگانه در جرائمی بود که به موجب قانون ایران مصداق جرایم تعزیری غیر منصوص شرعی و بازدارنده بود، لیکن در جرایم مستوجب حد و قصاص و دیه، حکم صادره از دادگاه خارجی و یا اجرای مجازات تأثیری در محاکمه و مجازات مجدد مرتکب طبق قانون

کیفری ایران نداشت. در کنار ماده ۷، ماده ۶ قانون مجازات سال ۱۳۷۰ اعمال اصل صلاحیت شخصی فعال را در خصوص مستخدمان ایرانی دولت ایران و مأمورین سیاسی یا کنسولی که در خارج از کشور مرتکب جرم شده و از مصونیت سیاسی استفاده می‌کنند نیز مجری دانست. به موجب این ماده: «هر جرمی که اتباع بیگانه که در خدمت دولت جمهوری اسلامی ایران هستند و یا مستخدمین دولت به مناسبت شغل و وظیفه خود در خارج از قلمرو حاکمیت جمهوری اسلامی ایران مرتکب می‌شوند و همچنین هر جرمی که مأموران سیاسی و کنسولی و فرهنگی دولت ایران که از مصونیت سیاسی استفاده می‌کنند مرتکب گردند، طبق قوانین جزائی جمهوری اسلامی ایران مجازات می‌شوند.»

مفاد این ماده حاکی از آن بود که اولاً، هر جرمی که اتباع ایرانی یا بیگانه که در خدمت دولت ایران هستند و در خارج از قلمرو حاکمیت ایران به مناسبت شغل و وظیفه خود مرتکب می‌شوند مشمول قوانین کیفری ایران است که البته مفاد این قسمت از ماده ۶، ناظر بر توسعه اصل صلاحیت واقعی قوانین کیفری است و ارتباطی به اصل صلاحیت شخصی ندارد. ثانیاً، جرایم ارتكابی غیر مرتبط با شغل و وظیفه مستخدمین بیگانه دولت ایران که در خارج از قلمرو حاکمیتی ایران توسط آنان مرتکب می‌شود، از شمول قانون کیفری ایران خارج است. ثالثاً، جرایم ارتكابی غیر مرتبط با شغل و وظیفه مستخدمین ایرانی دولت ایران، بر مبنای اصل صلاحیت شخصی، مشمول قانون کیفری ایران است. رابعاً، کلیه جرایم ارتكابی مأمورین سیاسی و جرایم مرتبط با شغل و وظیفه مأمورین کنسولی در کشور محل مأموریت که از مصونیت سیاسی و دیپلماتیک بهره مند می‌گردند نیز بر مبنای اصل صلاحیت شخصی، مشمول قانون کیفری ایران است.

با انقضاء مدت اعتبار قانون مجازات اسلامی سال ۱۳۷۰ که قانونی آزمایشی و موقت بود، بالاخره قانون مجازات اسلامی جدید در اردیبهشت ماه سال ۱۳۹۲ از تصویب کمیسیون امور حقوقی و قضایی مجلس شورای اسلامی گذشت. قانونگذار در قانون مجازات اسلامی جدید در موضوع اصل صلاحیت شخصی با رجعتی چهل ساله و محدود به قانون مجازات عمومی سال ۱۳۵۲ و البته با تحولی جدید که

دربردارنده شناسایی جنبه منفعل اصل صلاحیت شخصی قوانین کیفری ایران برای اولین بار در تاریخ قانونگذاری ایران است، یک گام نیز به جلو برداشت و در ماده ۸ این قانون، ارتکاب جرم علیه اتباع ایران را در خارج از قلمرو حاکمیت ایران توسط بیگانگان، مشمول قانون کیفری ایران دانست.

### تحولات مربوط به اصل صلاحیت شخصی در قانون مجازات اسلامی (مصوب ۱۳۹۲)

همچنانکه گفته شد، مواد ۸ و ۷ قانون مجازات اسلامی سال ۱۳۹۲ نسبت به قانون مجازات اسلامی سال ۱۳۷۰ تحولاتی چشمگیر و اساسی را در موضوع اصل صلاحیت شخصی قوانین کیفری به وجود آورده است که در این قسمت، تشابهات دو قانون و متعاقباً تغییرات قانون مجازات سال ۱۳۹۲ را مورد بررسی قرار خواهیم داد. قانون مجازات اسلامی سال ۱۳۷۰ و ۱۳۹۲ در باب اصل صلاحیت شخصی از سه جهت به یکدیگر شباهت دارند که عبارتند از وجود رابطه تابعیت، یافت شدن مرتکب جرم در ایران و نوع جرم ارتكابی و میزان مجازات آن.

#### الف - وجود رابطه تابعیت

از اصل صلاحیت شخصی قوانین کیفری به عنوان قلمرو اجرای قوانین کیفری بر اساس معیار تابعیت نیز یاد می‌شود، زیرا هر دو جنبه اصل صلاحیت شخصی قوانین کیفری، مبتنی بر رابطه تابعیت مرتکب یا بزه دیده با کشور متبوع خویش است و از این حیث، رابطه تابعیت و احراز آن در شمول یا عدم شمول قانون کیفری کشور متبوع فرد بسیار حائز اهمیت است. تابعیت، وجود نوعی علقه و وابستگی حقوقی و سیاسی یک شخص به یک جامعه سیاسی (کشور) است که متضمن حقوق و تکالیفی برای آن شخص در قبال آن جامعه سیاسی می‌باشد. یکی از حقوقی که از طریق تابعیت شخص به یک کشور برای او ایجاد می‌شود، حمایت دولت مربوطه از آن شخص در مقابل سایر دولت‌هاست. نکته قابل توجه در رابطه با موضوع تابعیت در اصل صلاحیت شخصی آن است که اعمال اصل صلاحیت شخصی قوانین کیفری -از هر دو جنبه مثبت و منفی- در صورتی امکان پذیر است که جرم ارتكابی توسط

یا علیه تبعه، در مدت وجود رابطه تابعیت محقق شده باشد؛ والا تحصیل تابعیت، بعد از وقوع جرم و یا ترک تابعیت، متعاقب وقوع جرم تأثیری در حاکمیت قانون کیفری کشور جدید متبوع مرتکب ندارد.

اداره حقوقی قوه قضائیه در این باره طی نظریه مشورتی شماره ۷/۸۰۷۳ مورخه ۱۳۸۲/۱۰/۹ اشعار داشته: «چنانچه شخص ایرانی در خارج از ایران مرتکب بزه می گردد و در ایران یافت شود، محاکم ایرانی صالح به رسیدگی می باشند و تحصیل تابعیت خارجی این صلاحیت را نفی نمی کند...» مگر آنکه مرتکب در زمان وقوع جرم با رعایت شرایط مقرر در ماده ۹۸۸ قانون مدنی، تابعیت ایران را ترک کرده باشد. به علاوه، در مواردی که مرتکب جرم یا بزه دیده دارای تابعیت مضاعف یا مکرر بوده و به عبارتی تابعیت دو یا چند کشور از جمله ایران را همزمان داشته باشد؛ در این صورت طبق اصل صلاحیت شخصی، قانون کیفری چند کشور به صورت همزمان، صالح به اعمال بر بزه ارتكابی تلقی می شوند که حسب مورد ممکن است این صلاحیت جهت تعقیب کیفری اتباع یا کسانی باشد که علیه آنان جرمی واقع شده است. مع الوصف از آنجایی که تابعیت، رابطه‌ای ناشی از حاکمیت است و با توجه به تساوی حاکمیت دولت ها، در واقع هر دولتی خود تعیین می کند که چه فردی تابعیت آن کشور را دارد؛ لذا یک کشور نمی تواند در خصوص اینکه فردی تابعیت کشور دیگری را دارد یا ندارد، تصمیم گیری کند و کشور دیگری را ملزم به تبعیت از تصمیم خود کند، لیکن مطابق قانون خود، مشخص می کند که شخصی را تبعه خود می داند یا نمی داند. از این رو در عمل، دولتی که به متهم دسترسی داشته باشد یا بتواند وی را مسترد و به وی دسترسی حاصل کند، قادر به اجرای قوانین کیفری خود خواهد بود (سلیمی، ۲۵، ۱۳۹۰)؛ زیرا اعمال اصل صلاحیت شخصی منوط به حضور متهم در کشور متبوع یا استرداد وی به آن کشور است. بنابراین، حضور متهم در هر یک از کشورهای متبوع، برای قانون کیفری آن کشور و دادگاه‌های آن ایجاد رجحان کرده و کشور مربوطه می تواند با توجه به دسترسی به متهم نسبت به رسیدگی به جرم ارتكابی وی اقدام نماید. قانون کیفری ایران نیز بدون آنکه اختصاصاً ناظر بر اتباع ایرانی دارای تابعیت

مضاعف باشد، اعمال اصل صلاحیت شخصی را در خصوص ایرانیان دارای تابعیت مضاعف منوط به «یافت شدن» مرتکب در ایران نموده است. اما در خصوص آپاتریدها یا افراد بی تابعیت، اعمال اصل صلاحیت شخصی از هر دو جنبه مثبت و منفی، منتفی است؛ زیرا بین افراد آپاترید و دولت‌ها رابطه‌ای که معرف تابعیت باشد وجود ندارد و توجیهات مربوط به اصل صلاحیت شخصی در خصوص این دسته از افراد مجری نیست. در عمل، آپاتریدها در کشور محل وقوع جرم و طبق اصل صلاحیت سرزمینی قوانین کیفری مورد تعقیب واقع می‌شوند و در صورت فرار به کشور ثالث نیز مانعی برای استرداد آنان به کشور محل وقوع جرم برای محاکمه و مجازات وجود ندارد و در صورتی که جرمی نیز علیه آنان واقع شود، مورد حمایت کیفری هیچ دولتی از جنبه منفعل اصل صلاحیت شخصی قرار نخواهند گرفت. از این رو، چنانچه تبعه ایران از تابعیت ایران خارج و موفق به تحصیل تابعیت کشوری ثالث نشود و نتیجتاً بی تابعیت شود، در این صورت ارتکاب جرم توسط وی در خارج از قلمرو حاکمیت ایران و یا ارتکاب جرمی علیه وی توسط اتباع بیگانه، طبق اصل صلاحیت شخصی که مبتنی بر تابعیت است، مشمول قانون کیفری ایران نخواهد بود. اما ارتکاب جرم توسط آپاتریدها علیه اتباع ایران، آنان را مشمول قانون کیفری ایران قرار خواهد داد؛ زیرا جنبه منفعل اصل صلاحیت سرزمینی مبتنی بر حمایت از تبعه در قبال ارتکاب جرایمی است که توسط افراد غیر ایرانی در خارج از قلمرو حاکمیت ایران علیه اتباع ایران واقع می‌شود و تابعیت مرتکب جرم و یا بی تابعیت بودن وی تأثیری در شمول قانون کیفری ایران بر جرم ارتکابی ندارد.

### ب- یافت شدن در ایران

یکی از شرایط اساسی اعمال اصل صلاحیت شخصی قوانین کیفری که هم به موجب قانون مجازات اسلامی سال ۱۳۷۰ و هم به موجب قانون مجازات اسلامی سال ۱۳۹۲، پیش‌بینی شده است، حضور مرتکب جرم در قلمرو حاکمیت ایران است که از آن به «یافت شدن در ایران» تعبیر شده است. چنین تعبیری حاکی از آن است که حضور متهم در ایران صرف نظر از نحوه حضور وی -که ارادی یا اجباری باشد- برای اعمال قانون کیفری ایران کفایت می‌کند. ماده ۷ و ۸ قانون

مجازات سال ۱۳۹۲ با پیش‌بینی امکان اعمال قانون کیفری ایران بر مرتکب در صورت «اعاده به ایران»، استرداد مجرم ایرانی و یا مجرم بیگانه ای که علیه تبعه ایران مرتکب جرم شده است، نسبت به قانون مجازات اسلامی سال ۱۳۷۰ یک گام به جلو برداشته است. این بدان معناست که برخلاف قانون مجازات سال ۱۳۷۰ که حتی شروع به انجام و اجرای امر تحقیق را منوط به حضور متهم در ایران کرده بود، قانون مجازات اسلامی سال ۱۳۹۲ با پیش‌بینی امکان حضور متهم از مسیر استرداد وی به ایران، مرجع قضایی را در انجام امر تحقیق و جمع‌آوری ادله و مستندات مربوط به ارتکاب جرم تا پیش از حضور متهم در کشور، مبسوط‌الید قرار داده است تا مرجع قضایی مربوطه متعاقب استرداد متهم به ایران، امر تحقیق را به اتمام رساند (خالقی، ۱۳، ۱۳۹۲).

شرط مربوط به ضرورت حضور متهم در ایران برای اعمال قانون کیفری ایران بر مبنای اصل صلاحیت شخصی، منتهی به حصول نتیجه دیگری نیز می‌شود و آن «منع محاکمه غیابی» متهمی است که در خارج از قلمرو حاکمیت ایران مرتکب جرم شده است؛ فرقی هم نمی‌کند که بزه ارتكابی از جمله جرایم حق‌اللهمی باشد که انجام محاکمه غیابی در خصوص آن ممنوع است و یا مصداق جرائم حق‌الناسی باشد که در خصوص آنها محاکمه غیابی متهم جایز است.

### ج- نوع جرم ارتكابی و میزان مجازات آن

همچنانکه مقدمتاً نیز بیان شد، اصل صلاحیت شخصی قوانین کیفری قابل تقسیم بر صلاحیت شخصی کلی یا عام و صلاحیت شخصی خاص است؛ بدین معنا که در صلاحیت شخصی عام یا کلی، همه جرایم ارتكابی در خارج از قلمرو حاکمیت یک کشور (صرف نظر از نوع جرم ارتكابی یا میزان مجازات آن یا محل وقوع آن) مشمول قانون کیفری کشور متبوع مرتکب یا بزه دیده خواهد بود، در حالی که در صلاحیت شخصی خاص، قانون کیفری کشور متبوع مرتکب یا بزه دیده، جرایمی خاص یا با میزان مجازات معینی را در بر می‌گیرد و همه جرایم ارتكابی در خارج از قلمرو حاکمیت آن کشور، مشمول قانون کیفری آن قرار نمی‌گیرد. در حقوق کیفری ایران، هم قانون مجازات اسلامی سال ۱۳۷۰ و هم قانون



مجازات اسلامی سال ۱۳۹۲، اصل صلاحیت شخصی قوانین کیفری را به صورت عام و کلی و صرف نظر از نوع جرم ارتكابی یا میزان مجازات آن مورد پذیرش قرار داده اند. از این رو، بر خلاف قانون مجازات عمومی سال ۱۳۵۲ که اعمال اصل صلاحیت شخصی را مقید به جرایمی کرده بود که مجازات قانونی آنها بیش از یک سال حبس باشد، قوانین کیفری بعد از انقلاب، محدودیتی برای اعمال اصل صلاحیت شخصی در خصوص جرایم ارتكابی در خارج از قلمرو حاکمیتی ایران قائل نشده و بدین ترتیب تمامی جرایم ارتكابی در خارج از قلمرو حاکمیت ایران توسط یا علیه اتباع ایرانی، مشمول قوانین کیفری ایران است.

به علاوه اینکه، مقررات مربوط به اصل صلاحیت شخصی در مواردی که دادگاه بیگانه به بزه ارتكابی تبعه ایران رسیدگی شده و تمام یا بخشی از مجازات نیز اجرا گردیده است، در جرایم مستوجب حدود، قصاص، دیات و تعزیرات شرعی قابل اعمال نیست. در واقع، قاعده منع محاکمه مجدد و منع مجازات مضاعف، صرفاً در جرایم تعزیری قابل اعمال بوده و در حدود، قصاص، دیات و تعزیرات منصوص شرعی به تصریح بند «ب» ماده ۷ و تبصره ۲ ماده ۱۱۵ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ غیرقابل اعمال تلقی شده و حتی در صورت رسیدگی دادگاه بیگانه و صدور حکم و اجرای آن، مجدداً دادگاه‌های ملی ایران می‌توانند به همان بزه رسیدگی نمایند.

همچنین در حوزه اصل صلاحیت شخصی منفعل، قانونگذار به شرح بند «ب» ماده ۸ قانون مجازات اسلامی، شرط مجرمیت مضاعف را برای اعمال قانون کیفری ایران و رسیدگی به بزه ارتكابی علیه تبعه ایران مورد پیش‌بینی قرار داده است که این شرط نیز صرفاً شمول به جرائم تعزیری دارد و در صورتی که تبعه بیگانه در خارج از قلمرو حاکمیت ایران، مرتکب یکی از جرایم مستوجب حد، قصاص، دیه یا تعزیر منصوص شرعی شود؛ به هر حال قانون کیفری ایران بر رفتار ارتكابی مرتکب حکومت داشته و صرف نظر از جرم بودن یا نبودن رفتار ارتكابی متهم در کشور محل وقوع جرم، بزه ارتكابی مشمول قوانین کیفری ایران خواهد بود. اما تحولات قانون مجازات اسلامی (مصوب سال ۱۳۹۲) در خصوص اصل صلاحیت

شخصی قوانین کیفری، متعدد و از جهات مختلف با قانون مجازات اسلامی سال ۱۳۷۰ متفاوت و قابل بررسی است که به شرح آتی به بررسی تحولات این قانون می پردازیم.

### شناسایی جنبه منفعل اصل صلاحیت شخصی

بارزترین تحولی که در عرصه اصل صلاحیت شخصی در قانون مجازات اسلامی سال ۱۳۹۲ به وجود آمده و سابقه ای نیز در قوانین کیفری گذشته ایران به کیفیت منعکس در ماده ۸ این قانون ندارد، پذیرش جنبه منفعل یا منفی اصل صلاحیت شخصی قوانین کیفری است که تا قبل از تصویب این قانون، به واسطه فقد مجوز قانونی، جرایم ارتكابی علیه اتباع ایران قابل تعقیب، رسیدگی و مجازات، طبق قانون کیفری ایران نبود.

اداره حقوقی قوه قضائیه در زمان حاکمیت قانون مجازات اسلامی سال ۱۳۷۰ در پاسخ به استعلامی در خصوص جرایم ارتكابی علیه اتباع ایران طی نظریه مشورتی شماره ۷/۳۸۱۸ مورخ ۱۳۸۷/۶/۲۰ اشعار داشت: «...نظر به اینکه محل به دریا انداختن مسافران ایرانی در خارج از قلمرو حاکمیت ایران بوده؛ به فرض وقوع بزه نیز مراجع قضایی ایران صالح به رسیدگی نمی باشند و چون مجرمین احتمالی نیز دارای تابعیت ایرانی نمی باشند، در صورت حضور در ایران نیز قابل تعقیب کیفری نیستند.»

این خلاء قانونی در حالی در مجموعه قوانین کیفری ایران حاکم بود که در عرف جامعه جهانی، حمایت کیفری از اتباع به عنوان یکی از مصادیق رعایت حقوق بشر و تأمین حقوق و آزادیهای فردی شهروندان یک کشور تلقی می شد و بسیاری از کشورها، جنبه منفعل اصل صلاحیت شخصی قوانین کیفری را در مجموعه قوانین خویش مورد پذیرش قرار داده بودند (مؤمنی، ۱۸۴، ۱۳۹۱) و شاید تنها نمونه های قابل ارئه در رابطه با پذیرش جنبه منفی یا منفعل اصل صلاحیت شخصی قوانین کیفری در حقوق ایران تا قبل از تصویب قانون مجازات اسلامی سال ۱۳۹۲ را بتوان بند «ب» ماده ۳۱ قانون هواپیمایی کشوری (مصوب ۱۳۲۸/۵/۱) دانست که

به موجب آن، ارتکاب جنحه یا جنایت علیه تبعه ایران در داخل هواپیمای خارجی حین پرواز، مشمول قوانین کیفری ایران و در صلاحیت محاکم ایران قرار گرفته است. به علاوه، ماده ۴ کنوانسیون توکیو راجع به جرایم و برخی اعمال دیگر در هواپیما که در تاریخ ۱۳۵۵/۲/۲۱ به تصویب قوه قانونگذاری ایران نیز رسیده و ماده ۱ کنوانسیون راجع به جلوگیری و مجازات جرایم علیه اشخاص مورد حمایت بین‌المللی من جمله مأمورین دیپلماتیک که در تاریخ ۱۳۵۷/۷/۲۶ به تصویب قوه قانونگذاری ایران نیز رسیده است و ماده ۲۸ قانون جرایم رایانه ای (مصوب ۱۳۸۸/۳/۲۰) نیز به دولت ایران اجازه داده تا در خصوص جرایم موضوع مواد مذکور اعمال صلاحیت تقنینی نماید و به غیر از این موارد، نمونه دیگری از پذیرش جنبه منفعل اصل صلاحیت شخصی در قوانین کیفری ایران وجود نداشت.

قانون مجازات اسلامی سال ۱۳۹۲ با یک قدم به جلو و با پذیرش جنبه منفعل اصل صلاحیت سرزمینی در ماده ۸ این قانون، این جنبه از اصل صلاحیت شخصی را نیز مانند جنبه فعال، به صورت عام و کلی مورد پذیرش قرار داد و بدین ترتیب، تمامی جرایم ارتكابی علیه اتباع ایران در خارج از مرزهای کشور که طبق قانون کشور محل وقوع جرم و قانون دولت ایران جرم باشد، به موجب قانون کیفری ایران قابل تعقیب خواهد بود.

ماده ۸ قانون مجازات اسلامی، هم از جهات نوآوری صورت گرفته و هم از حیث خصوصیات مندرج در آن قابل بررسی است. اول آنکه، شخص غیر ایرانی در صدر ماده ۸ قانون، شمول به اشخاص حقیقی دارد نه اشخاص حقوقی؛ زیرا یافت شدن در ایران یا اعاده به ایران که در این ماده شرط اعمال صلاحیت قانون کیفری ایران بر جرم ارتكابی در خارج از قلمرو حاکمیت ایران است از خصائص اشخاص حقیقی است نه اشخاص حقوقی، لیکن اطلاق شخص غیر ایرانی، شمول به افراد فاقد تابعیت که در حقوق بین‌الملل، معروف به آپاترید هستند نیز دارد و لذا بی تابعیت بودن مرتکب، مانعی جهت اعمال قانون کیفری ایران بر مرتکب نیست. دوم آنکه، مفاد ماده ۸ قانون مجازات اسلامی صرفاً شمول به اشخاص غیر ایرانی دارد؛ از این رو چنانچه یکی از اتباع ایران در کشور بیگانه علیه تبعه دیگر ایران، مرتکب

جرمی شود، رسیدگی به جرم ارتكابی وی بر مبنای ماده ۷ قانون مجازات اسلامی و بر اساس جنبه فعال اصل صلاحیت شخصی صورت خواهد گرفت و نه ماده ۸ و جنبه منفی یا منفعل اصل صلاحیت شخصی. سوم آنکه، شخص ایرانی در صدر ماده ۸ را باید اعم از شخص حقیقی یا حقوقی دانست؛ زیرا صرف نظر از آنکه در ماده مرقوم، قرینه ای دایر بر انحصار عبارت «شخص» بر اشخاص حقیقی، وجود ندارد، اطلاق عبارت «شخص» و استعمال این عبارت به جای واژه «افراد» یا «اتباع» ایران دلالت بر شمول مقررات این ماده بر کلیه اشخاص حقیقی و حقوقی ایرانی دارد. از این رو تفاوتی نمی‌کند که بزه ارتكابی در خارج از قلمرو حاکمیت ایران علیه شخص حقیقی ایرانی صورت گیرد یا علیه شخص حقوقی. چهارم آنکه ماده ۸ قانون مجازات اسلامی، اعمال جنبه منفعل اصل صلاحیت شخصی را منحصر به جرایم ارتكابی علیه اتباع ایرانی نکرده است، بلکه جرایم ارتكابی علیه کشور ایران را نیز مشمول جنبه منفعل اصل صلاحیت شخصی قوانین کیفری ایران قرار داده است. این در حالی است که در ماده ۵ قانون مجازات اسلامی که قلمرو اصل صلاحیت واقعی یا حفاظتی قوانین کیفری است، جرایم خاصی که به منافع اساسی و واقعی کشور ایران لطمه وارد می‌نماید احصاء شده و این قسمت از ماده ۸ قانون مجازات اسلامی به تصریح همان ماده، شمول به جرایمی غیر از جرایم موضوع ماده ۵ دارد و به نظر می‌رسد باید مقررات این ماده را مصداق صلاحیت اضافی تقنینی در عرصه صلاحیت واقعی قوانین کیفری دانست؛ زیرا در قلمرو اصل صلاحیت شخصی، تابعیت مرتکب یا مجنی علیه، شرط اساسی اعمال قانون کیفری بر بزه ارتكابی در خارج از قلمرو حاکمیتی یک کشور است. در حالی که موضوع تابعیت در خصوص کشورها، منتفی و غیرقابل بحث است. از طرفی دیگر، در قلمرو اصل صلاحیت واقعی، قانون کیفری کشور زیان دیده از جرم - صرف نظر از تابعیت مرتکب، محل وقوع جرم، شرط مجرمیت مضاعف و یافت شدن مرتکب در کشور زیان دیده از جرم - بر بزه ارتكابی حکومت کرده و در خصوص مرتکب جرم، قابل اعمال است. این در حالی است که مقررات ماده ۸ قانون مجازات اسلامی در خصوص اعمال قانون کیفری ایران بر جرایم ارتكابی علیه کشور ایران، شرایطی همچون مجرمیت

مضاعف، اعاده یا یافت شدن مرتکب جرم در ایران و عدم محاکمه یا مجازات را در خارج از قلمرو حاکمیت ایران مورد پیش‌بینی قرار داده است و از این حیث با قواعد حاکم بر اصل صلاحیت واقعی قوانین کیفری متفاوت است.

به نظر نگارنده همچنانکه گفته شد، مقررات ماده ۸ قانون مجازات اسلامی در خصوص جرایم ارتكابی علیه کشور ایران، مصداق صلاحیت اضافی تقنینی اصل صلاحیت واقعی قوانین کیفری است، لیکن مقنن، اعمال این اصل در خصوص جرایمی که به منافع واقعی و اساسی کشور لطمه ای وارد نمی‌کند را به منزله سایر جرایم دانسته و اعمال اصل صلاحیت واقعی را در خصوص این جرایم، مقید به شرایط اعمال اصل صلاحیت شخصی منفعل قوانین کیفری دانسته است.

### نتیجه گیری:

اگرچه رویکرد قانونگذار ایرانی تا قبل از تصویب قانون مجازات عمومی (مصوب ۱۳۵۲) مبتنی بر عدم اعمال اصل صلاحیت شخصی قوانین موضوعه ایران در امور کیفری است؛ اما تصویب قانون مجازات عمومی سال ۱۳۵۲ حاکی از توجه خاص و ویژه مقنن به موضوع اصل صلاحیت شخصی قوانین کیفری ایران و قرابت آن با استانداردهای بین‌المللی در عرصه حقوق کیفری بین‌المللی است.

با این حال، قوانین کیفری ایران در زمینه قلمرو حاکمیت آن در مکان، متعاقب پیروزی انقلاب اسلامی و همچون سایر مواد قانون مجازات دستخوش تغییرات گسترده ای شد که از مهمترین آنها می‌توان به نادیده گرفتن قاعده منع محاکمه مجدد و منع مجازات مضاعف اشاره کرد. با این حال رویه قضایی سعی لازم را در جهت جبران این خلاء قانونی به عمل آورد و تا اندازه ای نیز در قلمرو جرایم تعزیری، موفق به جبران این نقیصه قانونی شد.

این روند تا زمان تصویب قانون مجازات اسلامی سال ۱۳۹۲ ادامه داشت اما با تصویب قانون جدید، تحولات چشمگیری در زمینه اصل صلاحیت شخصی قوانین کیفری نسبت به قانون مجازات اسلامی سال ۱۳۷۰ و قبل از آن در حقوق کیفری ایران به وجود آمد.

بارزترین تحولی که در عرصه اصل صلاحیت شخصی در قانون مجازات اسلامی سال ۱۳۹۲ به وجود آمده و سابقه ای نیز در قوانین کیفری گذشته ایران ندارد، پذیرش جنبه منفعل یا منفی اصل صلاحیت شخصی قوانین کیفری است که متضمن حمایت از اتباع ایرانی در قبال جرایم ارتكابی علیه آنان توسط اتباع بیگانه در خارج از قلمرو حاکمیت کشور ایران است. این در حالی است که تا قبل از تصویب قانون جدید مجازات اسلامی، به واسطه فقد مجوز قانونی، جرایم ارتكابی علیه اتباع ایران در خارج از مرزهای کشور قابل تعقیب، رسیدگی و مجازات، طبق قانون کیفری ایران نبود.

قانونگذار در قانون مجازات اسلامی سال ۱۳۹۲ با یک قدم به جلو و با پذیرش جنبه منفعل اصل صلاحیت سرزمینی در ماده ۸ این قانون، جنبه منفعل اصل صلاحیت شخصی را نیز مانند جنبه فعال، به صورت عام و کلی مورد پذیرش قرار داده و بدین ترتیب تمامی جرایم ارتكابی علیه اتباع ایران در خارج از مرزهای کشور که طبق قانون دولت محل وقوع جرم و قانون دولت ایران جرم باشد، به موجب قانون کیفری ایران قابل تعقیب خواهد بود.

با این حال، قانون جدید مجازات اسلامی همانند قانون مجازات اسلامی سال ۱۳۷۰ و برخلاف قانون مجازات عمومی سال ۱۳۵۲، اصل صلاحیت شخصی قوانین کیفری را به صورت عام و کلی و صرف نظر از نوع جرم ارتكابی یا میزان مجازات آن مورد پذیرش قرار داده است. از این رو، اعمال اصل صلاحیت شخصی قوانین کیفری ایران، مقید به ارتكاب جرایم خاص یا جرایمی با میزان مشخصی از مجازات نیست؛ در حالی که قانون مجازات عمومی سال ۵۲، صرفاً جرایمی که مجازات قانونی آنها بیش از یک سال حبس باشد را مشمول قلمرو قوانین کیفری ایران می‌دانست. بنابراین باید گفت که قوانین کیفری بعد از انقلاب، محدودیتی برای اعمال اصل صلاحیت شخصی در خصوص جرایم ارتكابی در خارج از قلمرو حاکمیتی ایران قائل نشده و بدین ترتیب تمامی جرایم ارتكابی در خارج از قلمرو حاکمیت ایران توسط یا علیه اتباع ایرانی، مشمول قوانین کیفری ایران است.

شرط اساسی توسعه قلمرو قانون کیفری ایران بر جرایم ارتكابی علیه اتباع ایران

در خارج از قلمرو حاکمیت ایران، جرم بودن رفتار ارتكابی به موجب قانون کشور محل وقوع جرم است که از آن به شرط مجرمیت مضاعف تعبیر می‌شود. از این رو، اگر رفتار ارتكابی توسط تبعه بیگانه علیه تبعه ایران در کشور محل وقوع جرم فاقد وصف جزایی باشد، نمی‌توان قانون کیفری ایران را بر بزه ارتكابی اعمال نمود، مگر آنکه بزه ارتكابی از جمله جرایم مستوجب حدود، قصاص، دیه یا تعزیر منصوص شرعی باشد که در این صورت صرف نظر از جرم بودن یا نبودن آن رفتار در کشور محل وقوع جرم، قانون کیفری ایران بر بزه ارتكابی حکومت خواهد داشت.

با این حال، مقنن با وجود تصریح به شرط مجرمیت مضاعف در ماده ۸ قانون مجازات اسلامی و در حوزه جنبه منفعل اصل صلاحیت شخصی، در ماده ۷ و در حوزه جنبه فعال اصل صلاحیت شخصی، اشاره ای به شرط مجرمیت مضاعف نکرده و به نظر می‌رسد رفتار اتباع ایرانی در خارج از قلمرو حاکمیت ایران با قانون کیفری ایران توصیف شده و در صورتی که آن رفتار طبق قانون کیفری ایران جرم باشد، به هر حال مشمول قانون کیفری ایران بوده و ضرورتی ندارد که در کشور محل وقوع نیز واجد عنوان یا وصف مجرمانه باشد. لیکن با توجه به مطالبی که در توجیه اصل صلاحیت شخصی بیان شد، به نظر می‌رسد که شرط مجرمیت مضاعف در جنبه فعال اصل صلاحیت سرزمینی نیز باید احراز شود، مگر آنکه بزه ارتكابی از جمله جرایم مشمول حدود، قصاص، دیه یا تعزیرات منصوص شرعی باشد که در این صورت صرف‌نظر از جرم بودن یا جرم نبودن آن رفتار در کشور محل وقوع، قانون کیفری ایران بر آن حکومت خواهد داشت.

## فهرست منابع:

۱. قرآن کریم
۲. باهری، محمد، حقوق جزای عمومی، تهران-برادران علمی، ۱۳۴۰.
۳. حسینی نژاد، حسینقلی، حقوق کیفری بین‌الملل، چاپ دوم، تهران، انتشارات میزان، ۱۳۸۳.
۴. واحدی، قدرت‌الله، مباحثی از حقوق جزایی بین‌المللی رسیدگی به جرایم ارتكابی در سرزمینهای اشغال شده، چاپ اول، تهران، انتشارات میزان، ۱۳۸۰.
۵. خالقی، علی، جستارهایی از حقوق جزای بین‌الملل، چاپ اول، تهران، مؤسسه مطالعات و پژوهشهای حقوقی، ۱۳۸۸.
۶. حسینی نژاد، حسینقلی، حقوق کیفری بین‌الملل اسلامی، چاپ دوم، تهران، انتشارات میزان، ۱۳۸۳.

۷. خانلری المشیر، علی، مصونیت کیفری بین‌المللی، چاپ اول، تهران، انتشارات جنگل و جاودانه، ۱۳۸۸.
۸. مؤمنی، مهدی، مبانی حقوق جزای بین‌الملل ایران، چاپ هشتم، تهران، مؤسسه مطالعات و پژوهشهای حقوقی، ۱۳۹۱.
۹. دندوید دووابر، حقوق جنایی و قانونگذاری جزایی، چاپ اول، تهران، نشر میزان و دانشگاه شهیدبهشتی، ۱۳۷۳.
۱۰. علی آبادی، عبدالحسین، حقوق جنایی، جلد سوم، چاپخانه بانک ملی ایران، اردیبهشت ۱۳۵۴.
۱۱. اخوت، محمد علی، تفصیل مسائل حقوق جزای عمومی (سلسله مقالات)، چاپ اول، تهران، انتشارات صابریون، ۱۳۸۵.
۱۲. ولیدی، محمد صالح، حقوق جزا (مسئولیت کیفری)، چاپ دوم، تهران، انتشارات امیرکبیر، ۱۳۷۱.
۱۳. خالقی، علی، تحولات قانون مجازات اسلامی در مورد قلمرو مکانی قوانین جزایی، مجله پژوهشهای حقوق جزا و جرم‌شناسی، شماره ۱، بهار و تابستان ۱۳۹۲.



## نگاهی به رژیم حقوقی دریای خزر از منظر حقوق بین الملل مسأله حقوقی با ابعاد سیاسی، آمیخته با منافع ملی

لیلا فیروزمند \*

### چکیده

رژیم حقوقی دریای خزر از مهمترین مسائلی است که به منافع ملی ایران گره خورده است. منازعات سیاسی و نقش کشورهای قدرتمند باعث شده که دولت ایران نتواند آنچه‌آنچه که شایسته است به حقوق حقه خود در این عرصه دست پیدا کند. با وجود دو قرارداد صریح موجود به دلایل کاملاً سیاسی، منافع ملت ایران در دریای خزر نادیده گرفته شده است. اصل تساوی حقوقی دو طرف نسبت به سر تا سر بحر خزر پیشتر، هم به موجب معاهده مورخ ۲۶ فوریه ۱۹۲۱ و هم در سال ۱۹۴۱ به رسمیت شناخته شده بود. اختلافی که درباره رژیم حقوقی دریای خزر مطرح است، در اوایل سال ۱۹۹۴ به ظهور رسید و زمینه بروز آن مذاکراتی بود که در آن تاریخ بین دولت جمهوری آذربایجان و کنسرسیومی از شرکت‌های نفتی جریان داشت. آنچه در این مقاله بطور خاص به آن پرداخته شده است، بررسی رژیم حقوقی دریای خزر با نگاهی به قوانین بین‌الملل است. یافته‌های این پژوهش نشان می‌دهد که در معاهدات و قراردادهای بین ایران و شوروی سابق، مرز میان دو کشور به درستی مشخص نشده و همین مسأله، زمینه ساز اختلاف‌ها و بحث‌های فراوانی میان دو کشور شده است. از لحاظ حقوق بین‌الملل، دریاها و دریاچه‌هایی که بین دو یا چند کشور محاط هستند، در حکم آبهای داخلی به شمار می‌آیند. رژیم حقوقی دریاها و دریاچه‌هایی که بین دو یا چند کشور واقع شده‌اند، تابع معاهدات فی مابین آن کشورها و یا حقوقی است که هر یک از دولت‌های مزبور بر اثر اعمال تصرف بلا معارض و یا مستمر خویش کسب کرده‌اند.

**واژگان کلیدی:** دریای خزر، رژیم حقوقی، قوانین بین‌الملل، ایران و شوروی.

\* وکیل دادگستری و کارشناس ارشد حقوق بین‌الملل

## ۱- مقدمه و بیان مساله

دریایی که ما در ایران آن را «دریای خزر» می‌نامیم در خارج از ایران به نام «کاسپین» یا «دریای قزوین» شناخته می‌شود. (رضا، فضل الله ۱۳۸۷: ۲۱) ما در ایران این دریا را به نام قوم «خزر» که در کرانه‌های شمالی آن مسکن داشتند و پایتخت‌شان ایتل در مصب رود ولگا بود می‌خوانیم و دیگران آن را به نام قوم کاسپ که در کرانه‌های جنوبی دریا-در قلمرو ایران- زندگی می‌کردند می‌شناسند و «کاسپ» قومی است که شهر کنونی قزوین نیز به نام آنها خوانده می‌شود. (همان، ۲۳). اینکه ما این دریا را به نام قومی که در ساحل شمالی آن می‌زیستند می‌خوانیم و دیگران به نام قومی که در ساحل جنوبی آن بودند می‌نامند، نشانی از این شناخت همگانی است که این آبدان بسته محاط در خشکی به مردمی که در اطراف آن زندگی می‌کنند، تعلق دارد. این شناخت و تلقی همگانی که در طول تاریخ وجود داشته در عهدنامه مورخ ۲۵ مارس ۱۹۴۰ ایران-شوروی و اسناد مربوط به آن انعکاس پیدا کرده است. طرفین معاهده، این دریا را دریای ایران و شوروی توصیف کرده و بر اهمیت خاص آن برای هر دو طرف تأکید کرده اند. در این اسناد، تفاهم بسیار روشن طرفین در خصوص دو اصل مهم تثبیت گردیده است:

- ۱- اصل تساوی دو طرف در دسترسی به دریا و استفاده از آن
- ۲- اصل بسته بودن دریا به روی بیگانگان یعنی کشورهایی که در ساحل این دریا قرار ندارند

## ۲- وضع حقوقی و انعکاس آن در معاهدات ۱۹۲۱ و ۱۹۴۰

اصل تساوی حقوقی دو طرف نسبت به سرتاسر بحر خزر پیشتر هم به موجب معاهده مورخ ۲۶ فوریه ۱۹۲۱ به رسمیت شناخته شده بود. آنچه در عهدنامه ۱۹۴۰ تازگی دارد، توافق در ایجاد یک منطقه انحصاری صید ماهی برای هر یک از طرفین است که پهنای آن تا ده مایل از ساحل امتداد پیدا می‌کند. بر حسب مقررات این عهدنامه، طرفین از تجاوز نسبت به منطقه انحصاری یکدیگر ممنوع می‌باشند، ولی تساوی حقوق آنها در ورای منطقه انحصاری مزبور بر

همان اساس سابق باقی مانده است. در واقع تخصیص این نقطه انحصاری جهت صید و محدود کردن آن به عرض ده مایل از ساحل، شاهد دیگری است بر تفاهم طرفین در خصوص اصل تساوی حقوق آنها در سرتاسر دریا که مبنای هر دو معاهده ۱۹۲۱ و ۱۹۴۰ به شمار می‌آید. (مجتهد زاده، ۱۳۸۵: ۱۹)

وضعی که در فوق به آن اشاره شد از نظر حقوق بین‌الملل، علیرغم فروپاشی اتحاد جماهیر شوروی، همچنان معتبر و پابرجا تلقی می‌شود. به علاوه اینکه دولت‌های مستقل ترکمنستان و قزاقستان و آذربایجان و روسیه بر وفق بیانیه مورخ ۲۱ دسامبر ۱۹۹۱ آلماتا، التزام خود را به مفاد معاهداتی که از سوی اتحاد جماهیر شوروی سابق امضا شده بود، اعلام داشته‌اند. بنابراین، فروپاشی اتحاد جماهیر شوروی، نه می‌تواند واقعیت دریای خزر را تغییر دهد و نه در وضعیت حقوقی آن در قبال ایران می‌تواند مؤثر باشد.

### ۳- موجبات بروز مناقشه

اختلافی که درباره رژیم حقوقی دریای خزر مطرح است، در اوایل سال ۱۹۹۴ به ظهور رسید و زمینه بروز آن مذاکراتی بود که در آن تاریخ بین دولت جمهوری آذربایجان و کنسرسیومی از شرکت‌های نفتی جریان داشت. مذاکرات مزبور در سپتامبر ۱۹۹۴ به امضای قراردادی منتهی شد و موضوع قرارداد نیز عبارت بود از اجرای عملیات جهت توسعه و بهره‌برداری از میدان‌های نفتی واقع در منطقه‌ای که در قرارداد از آن به عنوان «بخش آذری دریای خزر» نام برده شده بود. پیش از آنکه کار مذاکرات به امضای قرارداد منجر شود، وزارت امور خارجه روسیه طی نامه‌ای در تاریخ ۲۸ آوریل ۱۹۹۴ موضع رسمی دولت متبوع خود را به اطلاع سفارت بریتانیا رساند. در این نامه آمده بود:

«در حال حاضر موقعیت حقوقی دریای خزر همان است که به موجب قراردادهای ۱۹۲۱ و ۱۹۴۰ بین ایران و شوروی مقرر گردیده بود. روسیه و ایران و همچنین کشورهای دیگر ناحیه خزر بر وفق اصول و ضوابط حقوق بین‌الملل مادام که توافق جدیدی جانشین قراردادهای مذکور نشده است به مفاد

آنها ملتزم خواهند بود.»

در حال حاضر بعضی کشورهای منطقه دریای خزر که وجود منابع قابل ملاحظه نفت و گاز در مجاورت سواحل آنها به ثبوت رسیده است، اندیشه مشاع بودن دریا را به نفع خود نمی‌دانند و اصرار دارند که سرتاسر دریا به پنج بخش تقسیم شود، به نحوی که منابع نفت و گازی که بالفعل کشف و شناخته شده است، در سهم آنان قرار گیرد. اظهارات نمایندگان رسمی آذربایجان و قزاقستان حکایت از چنین موضعی دارد. از سوی دیگر، ایران و ترکمنستان تاکنون تمایلی به درگیر شدن در مناقشه در سطح بین‌المللی نشان نداده و بر آن بوده‌اند که مسأله از تنها راه معقول آن یعنی مذاکره و تبادل نظر با طرف های ذینفع فیصله یابد. طبیعی است که در یک چنین مناقشه‌ای، راه برای مداخله و اظهار نظر از گوشه و کنار باز می‌شود و تفسیر و تعبیرهای متفاوت برحسب اختلاف در دیدگاه‌های حقوقی و سیاسی مطرح می‌شود. البته در این بحث، به آن دسته از اظهارنظرهای صرفاً سیاسی که به پیروی از سیاست اعلام شده دولت ایالات متحده امریکا با هدف منزوی کردن ایران در میان کشیده می‌شود نمی‌پردازیم و سعی می‌کنیم که توجه خود را به جنبه‌های حقوقی موضوع معطوف کرده و براساس موازین قانونی مستند کنیم.

از جمله بین‌المللی کردن رژیم دریای خزر - که در برخی از مقالات به چشم می‌خورد - خزر دریایی است محاط در خشکی و استفاده از آن مطابق قواعد حقوق بین‌الملل، اختصاص به کشورهای ساحلی دارد. معاهدات ۱۹۲۱ و ۱۹۴۰ ایران - شوروی هم جزء معاهدات بین‌المللی به شمار می‌روند و مفاد آنها برای ایران و کشورهای که جایگزین دولت اتحاد جماهیر شوروی سابق شده‌اند الزام آور می‌باشد. ظاهر مطلب این است که اگر هم اعلامیه آلماتا وجود نمی‌داشت، التزام کشورهای ذینفع به مفاد معاهدات مورد بحث از نظر قواعد عمومی حقوق بین‌الملل، قابل انکار یا خدشه‌بردار نبود.

#### ۴- زمینه تاریخی

اولین عهدنامه بین ایران و دولت تزاری روسیه که ذکری از دریای خزر در آن

به میان آمده، عهدنامه گلستان است که در اکتبر ۱۹۱۳ به امضا رسید. این عهدنامه، نتیجه جنگی بود که در سال ۱۸۰۳ میلادی بین طرفین در گرفت و به مدت ده سال به طول انجامید. اختلاف و درگیری نخست از گرجستان آغاز شد. حاکم تفلیس در سال ۱۷۹۶ خود را تحت حمایت دولت روسیه قرارداد و چون او درگذشت، روسها قشونی را به فرماندهی ژنرال سیسیانوف به محل فرستادند. سیسیانوف، تفلیس و گنجه را اشغال کرده و در شهر اخیر قتل عام فجیع راه انداخت. کشتار مردم به روایت برخی از مورخان تا سه روز همچنان ادامه داشت. تحریکات روسیه در این منطقه، واکنش دولت ایران را به دنبال داشت و زد و خوردهای محلی به جنگی تمام عیار مبدل شد که پس از ده سال سعی و کوشش با امضای عهدنامه گلستان خاتمه یافت و در نتیجه آن، ایران نواحی وسیعی از قفقاز-شامل داغستان و گرجستان و باکو و گنجه و شروان و طالش شمالی-را از دست داد و به موجب همین عهدنامه بود که ایران از داشتن سفاین جنگی در بحر خزر محروم گردید. (محمود، ۱۳۶۸: ج ۲: ۸۹)

عهدنامه مقرر می‌داشت که از آن پس تنها کشتی‌های جنگی روسیه در این دریا در حرکت خواهد بود معذک حق داشتن کشتی‌های بازرگانی همچنان برای طرفین محفوظ ماند. یک جنگ ده ساله اهمیت دریای خزر را به لحاظ نظامی روشن کرده بود، چه از همین طریق بود که روس‌ها به باکو حمله بردند و حتی درصدد پیاده کردن قشون در انزلی و اشغال رشت برآمدند. (موحد، ۱۳۹۱: ۱۴)

اختلاف بین ایران و روسیه دوباره در سال ۱۸۲۶ به جنگ انجامید. درگیری‌های نظامی این بار، بیست ماه بیشتر طول نکشید. عهدنامه ترکمانچای (۲۴ فوریه ۱۸۲۸) ایران را به قبول شرایطی حتی سخت‌تر و تحقیرآمیزتر از عهدنامه گلستان ملتزم گردانید اما در مورد بحر خزر مسأله تازه‌ای روی نداد و حق استفاده کشتی‌های بازرگانی در شرایط مساوی برای طرفین همچنان محفوظ ماند. (همان)

وضع طرفین در دریای خزر تا انقلاب اکتبر ۱۹۱۷ به همان قرار که گفتیم باقی ماند. رهبران انقلاب پس از آنکه زمام امور را در دست گرفتند، بیانیه‌هایی منتشر کردند و مقررات معاهداتی را که از سوی رژیم تزاری به جبر و عنف بر ملل همسایه

تحمیل شده بود، ملغی و کان لم یکن دانستند. تروتسکی که سمت کمیساریای ملی امور خارجه را در حکومت انقلابی بر عهده داشت، طی نامه مورخ ۲۶ ژوئن ۱۹۱۹ که به نخست وزیر ایران نوشت، اعلام کرد که دولت متبوع او کلیه قراردادها و معاهدات منافی با اصل استقلال و امنیت ایران و نیز کلیه محدودیت‌هایی را که توسط رژیم تزاری برخلاف آزادی و تمایلات مردم ایران در اراضی تحت تصرف و «دریاهای مجاور» آن کشور تحمیل شده بود، باطل و بی اعتبار می داند.

عهدنامه فوریه ۱۹۲۱ مبتنی بر این سوابق و مقدمات بود. به موجب این عهدنامه، مقررات ماده ۸ معاهده ترکمانچای (مورخ فوریه ۱۹۲۸) در خصوص ممنوعیت ایران از داشتن سفاین جنگی در دریای خزر لغو و کان لم یکن اعلام شد. (همان)

مقررات عهدنامه ۱۹۲۱ در مورد بحر خزر بعدها به تفصیل در عهدنامه ۱۹۴۰ انعکاس یافت و این عهدنامه جدید ترتیبات تازه‌ای را در خصوص ماهیگیری مطرح ساخت. پیش از عهدنامه ۱۹۴۰ هم یک بار دیگر در نامه مورخ اول اکتبر ۱۹۲۷ از وزیر خارجه شوروی به وزیر خارجه ایران ذکری از دریای خزر به میان آمده است: «دولت اتحاد جماهیر شوروی تقاضا دارد که دولت ایران منافع مشترک دولتین را در این باب که دریای خزر یک دریای انحصاری ایران و شوروی است مورد توجه قرار دهد.»

## ۵- رژیم حقوقی دریای خزر از لحاظ حقوق بین الملل و معاهدات فی ما بین ایران و شوروی سابق

در معاهدات و قراردادهای بین ایران و شوروی سابق، مرز میان دو کشور به درستی مشخص نشده است و همین مساله، زمینه ساز اختلاف ها و بحث‌های فراوانی میان دو کشور شده است. برخی معتقدند خط مستقیمی بین بندر آستارا و بندر حسینقلی، مرز بین دو کشور را تشکیل می دهد؛ ولی با توجه به اختلاف و سکوت معاهدات، ناچار باید به عملکرد دو دولت مراجعه کرد و مشاهده کرد که هر یک از دو دولت تا چه حد در دریای خزر اعمال تصرف مستمر داشته‌اند، بدون

اینکه طرف دیگر به آن اعتراض کند. مسأله مهم و مورد مناقشه فعلی میان دو کشور اکنون این است که آیا از منظر حقوق بین‌الملل جمهوری‌های تازه استقلال یافته از دولت شوروی سابق مکلف به ایفای تعهدات قراردادی میان ایران و دولت شوروی سابق هستند یا نه؟

### ۶- رژیم حقوقی دریا‌های بسته در حقوق بین‌الملل

از لحاظ حقوق بین‌الملل، دریاها و دریاچه‌هایی که بین دو یا چند کشور محاط هستند، در حکم آب‌های داخلی به شمار می‌آیند، منوط به اینکه همانند دریای خزر بوده، به دریای آزاد راه نداشته باشند. لذا حسب مفاد ماده ۸۶ کنوانسیون حقوق دریایی سال ۱۹۸۲، این گونه آب‌ها از شمول کنوانسیون مزبور خارج می‌باشند. اما در حکم آب‌های داخلی بودن این گونه آب‌ها و خارج بودنشان از شمول کنوانسیون، شرایطی دارد که به آن اشاره می‌شود. (موحد، ۱۳۹۰: ۹)

#### ۱-۶- در دریاها و دریاچه‌های بسته آزادی دریانوردی وجود ندارد

این امر که این گونه دریاها و دریاچه‌ها جزو آب‌های داخلی محسوب می‌شوند و از شمول رژیم حقوقی دریای آزاد خارج می‌باشند، موجب آن شد که آزادی دریانوردی و یا آنچه تحت عنوان «عبور بی‌ضرر» می‌نامند، در مورد آنها صدق نکند. با این همه، در مواردی که موافقتنامه خاصی که توسط دولت‌های ذی‌نفع به امضا رسیده، خلاف نکته فوق را نشان دهد و آزادی دریانوردی را اعلام دارد، یا در مواردی که در جهت آزادی دریانوردی، عرف و رویه‌ای در محل حاکم باشد، همچنین در مواردی که دولت‌های ذینفع در قبال موارد خلاف اصل کشتیرانی انحصاری دول ساحلی سکوت کنند و عبور و مرور آزاد کشتی‌ها را تلویحاً مجاز شمارند، این گونه دریاها و دریاچه‌ها نیز ممکن است وضعیت «دریای آزاد» را دارا شوند. (صادقی، ۱۳۹۲: ۱۷)

#### ۲-۶- رژیم حقوقی و تعیین مرزها تابع معاهدات و یا اعمال تصرف

##### دول مربوطه است

رژیم حقوقی دریاها و دریاچه‌هایی که بین دو یا چند کشور واقع شده‌اند، تابع

معاهدات فی ما بین آن کشورها و یا حقوقی است که هر یک از دولت‌های مزبور بر اثر اعمال تصرف بلاعارض و یا مستمر خویش کسب کرده‌اند. بنابراین مثلاً در مورد دریای خزر، مفاد معاهدات فی مابین رژیم حقوقی را تعیین می‌کند و در صورت سکوت معاهدات مزبور، موضوع تابع عرف و رویه مستمری است که توسط هر یک از دولت‌های ذیربط در اعمال حقوق متصرفانه خویش اعمال شده و یا می‌شود، بدون اینکه مورد اعتراض دیگران قرار گیرد. (باوند، ۱۳۹۱: ۶۳)

اصل ارجاع به معاهدات فی مابین و یا تصرفات گذشته، به ویژه در مورد تعیین سرحدّات و مرزها مصداق می‌یابد. اکثریت محققان حقوق بین‌الملل بر این عقیده‌اند که در صورت عدم وجود معاهده فی مابین، چنانچه دریا یا دریاچه‌ای فقط بین دو کشور واقع باشد، فرض بر تساوی است؛ بدین معنا که فرض آن است که مرز میان دو کشور عبارت از خط میانی دریا یا دریاچه مزبور می‌باشد. (همان)

### ۳-۶- ماهیگیری انحصاری دول ساحلی و حقوق انحصاری در مورد

#### دیگر منابع

شیلات و منابع زیردریایی موجود در دریاها و دریاچه‌های بسته محاط بین دو یا چند کشور، منحصراً متعلق به آنها می‌باشد. بنابراین، تمامی منابع زیردریایی و بستر دریا و حق استفاده و بهره‌برداری از آنها و نیز نفت و غیره در صورت وجود، همگی به دولت‌های ساحلی تعلق دارد. (شاکری، ۱۳۸۵: ۴۷)

### ۴-۶- حاکمیت انحصاری دول ساحلی

چون دریاها و دریاچه‌های بسته محاط بین دو یا چند کشور تابع مقررات کنوانسیون در مورد دریاها آزاد نیستند و جزو آب‌های داخلی محسوب می‌شوند، بنابراین دولت‌های ساحلی در خصوص آنها حاکمیت انحصاری دارند؛ بدین معنا که آنها دارای صلاحیتهای قانونگذاری، اداری، قضایی و اجبارکننده در مورد این قبیل دریاها و دریاچه‌ها می‌باشند.

### ۷- بررسی معاهدات و توافقنامه‌های فی ما بین ایران و شوروی سابق

با توجه به معاهدات و توافقنامه‌هایی که به صورت قانون درآمده و از تصویب



قوه مقننه گذشته‌اند، مطالعه حقوق کشتیرانی و ماهیگیری و وضعیت مرزی ایران و شوروی سابق در دریای خزر، ضروری به نظر می‌رسد:

### ۱-۷- کشتیرانی

در عهدنامه معروف به ترکمانچای، حق کشتیرانی در دریای خزر از ایران سلب شده بود. ولی به موجب عهدنامه دوستی منعقد فی ما بین ایران و روسیه (سابق) مورخ ۲۶ فوریه ۱۹۲۱ که به تصویب مجلس شورای ملی وقت رسید، حق مزبور به ایران اعاده شد. (موحد، ۱۳۹۰: ۱۴)

در فصل اول این عهدنامه دوستی گفته شده که دولت روسیه سوسیالیستی (سابق) دیگر سیاست‌های توسعه‌طلبانه و تجاوزکارانه گذشته روسیه تزاری را دنبال نمی‌کند. سپس نیز در فصل یازدهم آن، ضمن اشاره به فصل اول، عهدنامه ترکمانچای فسخ و حق کشتیرانی به ایران بازگردانده شده است. (همان)

بنابراین طبق عهدنامه، ایران و شوروی سابق هر دو به طور مساوی حق کشتیرانی در آب‌های دریای خزر را دارا می‌باشند. این حق علی‌الاصول شامل همه نوع کشتی حتی کشتی‌های جنگی می‌شود. معهذاً به نظر می‌رسد که روح معاهده دوستی و سایر معاهدات فی مابین ایجاب می‌کند که حداقل، حضور آنها به طرف دیگر اعلام و یا کسب اجازه شود. (طالع، ۱۳۹۱: ۲۲)

در مورد کشتی‌های بازرگانی، وضع از این هم بهتر است. ایران و شوروی سابق باید با این گونه کشتی‌ها همانند کشتی‌های خود رفتار کنند. توضیح اینکه بند ۱ ماده ۱۷ قرارداد اقامت و تجارت و بحریمایی بین ایران و اتحاد جماهیر شوروی سوسیالیستی (سابق) منعقد در تاریخ ۴ آبان‌ماه ۱۳۱۰ که در تاریخ ۱۰ اسفندماه ۱۳۱۰ به تصویب مجلس شورای ملی (سابق) رسیده است، بیان می‌دارد: «نسبت به کشتی‌های تجارتی که با بیرق یکی از طرفین متعاهدین در بحر خزر سیرمی‌نمایند در بنادر طرف متعاهد دیگر چه در حین ورود و چه در مدت توقف و چه در موقع خروج از هر حیث مثل کشتی‌های خود مملکت رفتار می‌شود.» (همان)

اگرچه این قرارداد فقط برای مدت سه سال منعقد شده بود، ولی در تاریخ ۴ شهریورماه ۱۳۱۴ معاهده دیگری تحت همین نام بسته می‌شود و در تاریخ ۲۴

مهرماه ۱۳۱۴ به تصویب مجلس شورای ملی وقت می‌رسد. متن ماده ۱۵ معاهده سال ۱۳۱۴ منطبق با متن ماده ۱۷ معاهده ۱۳۱۰ می‌باشد. معاهده سال ۱۳۱۴ نیز برای مدت سه سال انعقاد یافته است، ولی در ماده ۱۸ آن آمده است که «هرگاه قصد یکی از طرفین این باشد که در آخر این مدت سه ساله اعتبار عهدنامه خاتمه داده شود، در آخر سال دوم قصد خود را به طرف دیگر اعلام خواهد داشت، والا عهدنامه بخودی خود تمدید خواهد شد. (سید هادی، ۱۳۸۴: ۱۷)

نکته مهم اینکه به موجب ماده ۱۴ معاهده سال ۱۳۱۴ و ماده ۱۶ معاهده سال ۱۳۱۰، در تمامی آب‌های دریای خزر، جز کشتی‌های متعلق و یا تحت پرچم ایران و یا شوروی سابق نمی‌توانند سیر نمایند و حتی مستخدمین کشتی‌ها نیز باید تبعه ایران و یا شوروی باشند. (همان)

## ۲-۷- ماهیگیری

در مورد ماهیگیری هر یک از دولتین ایران و شوروی سابق در یک محدوده ده مایلی از آب‌های ساحلی خویش حق اختصاصی دارند و در بقیه آب‌ها به نظر می‌رسد که حق مشترک داشته باشند. بند ۴ ماده ۱۵ قرارداد ۱۳۱۴ و بند ۴ ماده ۱۷ قرارداد ۱۳۱۰، ناظر بر حق اختصاصی ماهیگیری در محدوده ده مایلی آب‌های ساحلی می‌باشد. قابل توجه آنکه که در فصل ۱۴ عهدنامه دوستی مورخ ۲۶ فوریه ۱۹۲۱ گفته شده بود که ایران می‌تواند امتیاز شیلات شمال را به اتحاد جماهیر شوروی سابق واگذار کند. براین اساس، در تاریخ ۸ مهرماه ۱۳۰۶ به موجب قراردادی، امتیاز شیلات شمال برای مدت ۲۵ سال به شرکت مختلط تجاری و صنعتی ایران و روس واگذار می‌شود. قرارداد مزبور ده‌ها سال است که منتفی و فاقد اعتبار است. لذا در حال حاضر ایران و شوروی سابق هر یک در محدوده ده مایلی از سواحل خویش حق ماهیگیری اختصاصی و در بقیه دریای خزر مشترکاً دارای چنین حقی می‌باشند و این حق مشترک انحصاری است. (ناظمی، ۱۳۸۴: ۸)

## ۸- مسأله جانشینی دولت‌ها و وضعیت توافقنامه‌ها و معاهدات

در این بخش به طرح و بررسی این معضل می‌پردازیم که طبق حقوق

بین‌الملل، جمهوری‌های حوزه شمالی دریای خزر ملزم به ابقای معاهدات فی ما بین ایران و شوروی سابق و ایفای تعهدات مندرج در آنها در قبال ایران هستند یا خیر؟ برای پاسخگویی به این مسأله، ابتدا به بررسی کلی موضوع جانشینی دولت‌ها در قبال معاهدات اشاره شود و سپس مسأله را در خصوص کشورهای حوزه شمالی دریای خزر مورد بررسی قرار دهیم. پیش از پرداختن به بحث، ذکر این نکته ضروری است که موضوع از مباحثی است که در آن اختلاف نظر فراوان بین حقوقدانان بین‌الملل وجود دارد و می‌توان گفت که در خصوص مسأله جانشینی دولت‌ها در قبال معاهدات، اساساً پاسخ یکسان و روشنی وجود ندارد.

قاعده کلی آن است که وقتی دولت جدیدی ظهور می‌یابد، دولت براساس اصل «جانشینی دولت‌ها» متعهد به مفاد معاهداتی که دولت سلف وی منعقد کرده است، نمی‌باشد. زیرا به عنوان یک اصل، دولت جدید که «طرف» یک معاهده نبوده است را نمی‌توان «طرف» دانست. از سوی دیگر، دولت‌های طرف آن معاهده نیز ناچار نیستند که دولتی ثالث را به عنوان «طرف» بپذیرند. اصل مزبور که آن را «قاعده عدم انتقال» و یا «دکترین لوح پاک» می‌نامند، هم در مورد دولت‌های جدیدالاستقلال و هم در مورد دولت‌هایی که بر اثر تجزیه یک اتحاد و یا ایجاد آن پدیدار می‌شوند، صادق است. بنابراین طبق حقوق بین‌الملل، مگر در صورت رضایت صریح و یا تلویحی، دولت‌های جدید به تعهدات مندرج در معاهدات سلف خویش متعهد نمی‌باشند.

البته «کنوانسیون وین راجع به جانشینی دولت‌ها در رابطه با معاهدات» که در سال ۱۹۷۸ تصویب شد بین جانشینی دولت‌های جدیدالاستقلال با جانشینی دولت‌هایی که در اثر ترکیب و یا تجزیه دولت‌ها ایجاد می‌شوند، تفاوت قائل شدند، ولی عملکرد متعاقب دولت‌ها این امر را تأیید نکرد و لذا طبق حقوق بین‌الملل حاضر، چه در مورد استقلال و چه در مورد تجزیه و یا ترکیب، دولت‌های جدید اعم از اینکه جدیدالاستقلال باشند و یا اینکه در اثر تجزیه و یا ترکیب دولت‌ها ایجاد شوند، متعهد به تعهدات سلف خود به شمار نمی‌آیند، مگر اینکه متعاقباً در رویه موجود تغییر حاصل و در جهت کنوانسیون مزبور، فقط دولت‌های جدیدالاستقلال

استثناء ولی بقیه دولت‌ها متعهد به تعهدات دولت‌های سابق خود شناخته شوند. با این وجود باید دانست که بر این اصل یعنی «قاعده عدم انتقال» و یا «دکترین لوح پاک» استثنائات متعددی وارد آورده اند. استثنایی که مربوط به بحث ماست و باید درباره آن گفت و گو شود، آن است که برخی از متخصصین امر بر این عقیده‌اند که معاهدات راجع به حقوق ترانزیت، دریانوردی، تسهیلات بندری، تعیین مرز، سواحل رودخانه، راههای آبی، راه‌آهن، خطوط تلگراف و حقوق ارتفاقی در سرزمین دولتی دیگر قابل انتقال می‌باشند و مستثنی بر اصل هستند.

مساله دیگر اینکه آیا دولت‌های حوزه دریای خزر متعهد به تعهدات مندرج در عهدنامه و قراردادهای اتحاد جماهیر شوروی سابق با ایران هستند؟ در این خصوص پاسخ یکسانی وجود ندارد و جواب‌های مختلفی به آن داده اند. نخست آنکه، بر اساس «قاعده عدم انتقال» و یا «دکترین لوح پاک» دولت‌های جدید متعهد به تعهدات دولت سابق نمی‌باشند. لذا می‌توان گفت که معاهدات فی مابین ایران و شوروی سابق به لحاظ ماهیت آنها که راجع به کشتیرانی و غیره است، از محدوده «قاعده عدم انتقال» و یا «دکترین لوح پاک» خارج است و از این منظر، دولت‌های جدید حوزه دریای خزر ملزم به ایفای تعهدات دولت سابق شوروی در قبال ایران می‌باشند.

بر اساس «کنوانسیون وین راجع به جانشینی دولت‌ها در رابطه با معاهدات»، در این خصوص، بین دولت‌های جدیدالاستقلال و دولت‌هایی که بر اثر تجزیه و یا ترکیب دولت‌های دیگر ایجاد می‌شوند، تفاوت نهاده و فقط دولت‌های جدیدالاستقلال را از تعهد به دولت سابق مبری کرده است، و الا دولت‌های دیگر جدید که بر اثر تجزیه و یا ترکیب دیگر دولت‌ها خلق شده‌اند (مانند دولت‌هایی که در نتیجه فروپاشی اتحاد جماهیر شوروی ایجاد شده‌اند) متعهد به تعهدات دولت سابق خود می‌داند. (منصوری تبار، ۱۳۹۱: ۱۳)

### نتیجه گیری و راهکارهای پیشنهادی:

با مروری بر آنچه در این پژوهش آمده، می‌توان نتیجه گرفت:

- ۱- مناقشه دریای خزر بیشتر از آنچه مبنای حقوقی داشته باشد، مناقشات سیاسی است.
  - ۲- رژیم حقوقی دریای خزر در دو قرارداد ۱۹۲۱ و ۱۹۴۱ به طور شفاف و روشن و به طور دقیق مطرح شده است.
  - ۳- اختلافی که درباره رژیم حقوقی دریای خزر مطرح می‌باشد، در اوایل سال ۱۹۹۴ به ظهور رسیده و زمینه بروز آن مذاکراتی بود که در آن تاریخ بین دولت جمهوری آذربایجان و کنسرسیومی از شرکت های نفتی جریان داشت.
  - ۴- از لحاظ حقوق بین‌الملل، دریاها و دریاچه‌هایی که بین دو یا چند کشور محاط هستند، در حکم آب‌های داخلی به شمار می‌آیند، منوط به اینکه همانند دریای خزر بوده و به دریای آزاد راه نداشته باشند.
  - ۵- درباره دولت‌های تازه تاسیس اطراف دریای خزر و التزام آنها به تعهدات دو دولت ایران و شوروی سابق، نظرات یکسانی وجود ندارد.
  - ۶- در نهایت، در معاهدات و قراردادهای بین ایران و شوروی سابق، مرز میان دو کشور به درستی مشخص نشده است و همین مسأله مهم، زمینه ساز اختلاف ها و بحث‌های فراوانی میان دو کشور شده است.
- راهکارهایی که بر این اساس قابل طرح است:**
- ۱- از آنجا که مناقشات اخیر بیشتر ناشی از منازعات سیاسی است تا حقوقی، لذا بالا بردن توان دیپلماتیک و اتخاذ سیاستهای تنش‌زا و مبتنی بر مصالح ملی الزامی است.
  - ۲- ضرورت استفاده از دیپلمات‌های آگاه به مسائل تاریخی و حقوقی شناخته شده در سطح جهانی، امری بایسته و ضروری است.
  - ۳- طبق تجربه‌های تاریخی گذشته، یاری گرفتن از کشورهای قدرتمند دیگر در این ماجرا در برابر دولت روسیه و استفاده از ظرفیت آنها در میز مذاکرات، راه دیگری است که می‌تواند در این زمینه گره‌گشا باشد.
  - ۴- یکی از مهمترین وجوه کمک‌کننده در حل این مسأله که با منافع ملی ایران گره خورده است، استفاده از اکثریت توان ملی به جای استفاده از توان یک گروه و حزب خاص در مذاکرات می‌باشد.

۵- تاسیس یک بخش ویژه و تخصصی مربوط به این حوزه در وزارت امور خارجه به گونه‌ای که بتواند از همه صاحب‌نظران و افراد واجد صلاحیت در این خصوص بهره‌برد. هر چند «دبیرخانه خزر» پیش از این در وزارت امور خارجه و به همین منظور تشکیل شده است، لیکن آنچه می‌تواند به صورت فراگیر و در سطح ملی، موثر واقع شود، بهره‌گیری از تمامی ظرفیت‌های تخصصی حقوقدانان کشور در این زمینه است.

### فهرست منابع:

- ۱- باوند، هرمیداس، ۱۳۸۷، رژیم حقوقی ایران در دریای خزر، مجله فصلنامه مطالعات ملی، ش ۶
- ۲- رضا، فضل‌الله، خزر، دایره المعارف بزرگ اسلامی، ج هفت، تهران، مرجع
- ۳- شاکری، علی، حقوق ایران در دریای خزر، مجله حقوق بین‌الملل، دانشگاه علوم تحقیقات شماره ۸، ۱۳۹۰
- ۴- سید هادی، رضا، رژیم حقوقی ایران در دریای خزر، مطالعات ملی، ش ۶، ۱۳۸۷
- ۵- مجتهد زاده، پیروز، ۱۳۹۰، دریای خزر و حقوق ملی ایران، مطالعات سیاسی اقتصادی، شماره ۱۲۳
- ۶- منصوری تبار، علی، ۱۳۹۰، رژیم حقوقی دریای خزر، مجله جغرافیای سیاسی دانشگاه مازندران، شماره ۹
- ۷- موحد، محمد علی، ۱۳۸۷، دریای خزر و منازعات حقوقی ایران و شوروی، مجله مطالعات ملی.

نکات کاربردی در قانون امور حسبی (۲)

## ترکه و مسایل کاربردی آن

فرامرز زمانی سلیمی \*

### چکیده

اصطلاح «ترکه» که گاهی به جای آن عبارت «ماترک» نیز بکار می رود، برگرفته از آیات قرآنی مربوط به تقسیم میراث بین ورثه است. میراث به آن بخش از دارایی متوفی گفته می شود که قابل تقسیم بین ورثه است، در حالی که «ترکه» مفهوم وسیع تری دارد و شامل اموال و حقوق مالی و تعهدات وی نیز می شود. بنابراین، چنانچه اموال و حقوق مالی متوفی را دارایی مثبت و تعهدات وی را دارایی منفی بنامیم، می توان گفت «ترکه» شامل تمامی حقوق و دارایی مثبت و منفی متوفی می شود.

در حقوق فرانسه، با فوت شخص، حقوق مالی (دارایی مثبت) و تعهدات او (دارایی منفی) یکجا به ورثه انتقال می یابد، بنابراین ورثه در صورت پذیرفتن ترکه باید نسبت به سهمی که از دارایی مورث خود به ارث می برند، دیون او را هم بپردازند، هرچند که دیون متوفی بیش از دارایی مثبت او بوده باشد. لیکن در حقوق ایران، ورثه بیش از آنچه از دارایی مورث به آنان رسیده است، مسئولیتی در پرداخت دیون و تعهدات او ندارند. از این رو، همواره این فرض وجود دارد که به علت مستغرق بودن اموال و دارایی های مثبت شخص در دیون و تعهدات وی (دارایی منفی) بخشی از دیون متوفی توسط طلبکاران قابل وصول از ورثه نباشد.

این تفاوت اساسی بین نظام حقوقی فرانسه و ایران، موجب پیدایش دو تئوری در مورد ماهیت حقوقی ترکه در حقوق ایران شده است. برخی از حقوقدانان قایل به شخصیت حقوقی ترکه تا زمان تصفیه آن شده‌اند<sup>۱</sup> و برخی دیگر که در تالیفات خود از به کار بردن اصطلاح «شخصیت حقوقی» برای ترکه امتناع ورزیده‌اند، ترکه را پیش از تصفیه (یعنی پرداخت دیون متوفی و اخراج ثلث و موصی به از آن)، «در حکم مال میت» دانسته‌اند.<sup>۲</sup> هر چند اصطلاح شخصیت حقوقی از حقوق اروپایی به نظام حقوقی ما راه یافته است، اما به نظر می‌رسد فقهای اسلامی با این مفهوم آشنا بوده‌اند و احکام مربوط به آن را می‌توان در نهاد فقهی «وقف» به وضوح ملاحظه نمود. زیرا موقوفه، مالی است که شخص واقف با ایجاد برش در اموال خود و اختصاص دادن بخشی از آن به امور خیریه، اقدام به تاسیس یک شخصیت حقوقی مستقل می‌کند که می‌تواند مانند اشخاص حقیقی، دارای حقوق و تعهدات مستقل از واقف باشد. بنابراین پذیرفتن تئوری شخصیت حقوقی ترکه، با موازین فقهی هیچ گونه مبینتی ندارد. مفهوم سلبی «در حکم مال میت» هم که دیگر حقوقدانان برای ترکه قائل هستند، این است که این اموال ملک طلق ورثه نیست و تا پرداخت کامل دیون و مطالبات متوفی، در مالکیت وی باقی می‌ماند. از این منظر، می‌توان گفت که بار حقوقی هر دو نظریه یکسان است و وجه مشترک در هر دو این است که با فوت متوفی، اموال و دارایی مثبت او بلاقید به ورثه انتقال نمی‌یابد. به همین دلیل، قانونگذار در ماده ۸۶۸ قانون مدنی فارغ از هر نوع تئوریزه کردن موضوع، مقرر داشته است: «مالکیت ورثه نسبت به ترکه مستقر نمی‌شود، مگر پس از ادای حقوق و دیونی که به ترکه تعلق می‌گیرد.»

### عناصر تشکیل دهنده ترکه

همان طور که قبلاً نیز بیان شد، «ترکه» فقط شامل اموال نمی‌شود، بلکه حقوقی را هم که متوفی در آن ذینفع می‌باشد، شامل می‌شود. این حقوق ممکن است مالی

۱. دکتر کاتوزیان، ارث، انتشارات دانش گستر، ص ۱۳

۲. دکتر کاتوزیان، ارث، انتشارات دانش گستر، ص ۱۳. دکتر جعفری لنگرودی، دوره حقوق مدنی ارث، ج ۱، انتشارات

امیرکبیر، چاپ اول ۱۳۵۷، ص ۲۲۰ به بعد



یا غیر مالی باشد. اهم حقوق مالی که می‌تواند جزئی از «ترکه» محسوب شود، شامل موارد زیر است:

### ۱- حق قصاص

حق قصاص؛ اعم از اینکه آن را یک حق غیرمالی بدانیم که مجنی علیه حق اجرای آنرا دارد یا به دلیل قابل تبدیل بودن آن به دیه، قایل به مالی بودن آن باشیم. بدون تردید، دیه نفس، بدل از نفس است ولی چون مقتول پیش از وقوع قتل، می‌تواند آن را اسقاط کند یا جانی را ببخشد، این اندازه ارتباط بین مقتول و دیه کافی است که مجنی علیه، مالک دیه فرض شود. بنابراین باید دیه نفس را یک حق مالی قابل انتقال به ورثه دانست. علت اینکه شرکت های بیمه نیز دیه اشخاص متوفی در حوادث رانندگی را به نسبت سهم الارث بین ورثه تقسیم می‌کنند، همین نکته است. لازم به یادآوری است که هرچند در فقه، حق قصاص به ارث می‌رسد، لیکن کلاله امی آن را به ارث نمی‌برد و اگر این حق به دیه تبدیل شود، زوجین و کلاله امی از آن چیزی به ارث نخواهند برد.

### ۲- حقوق مربوط به بیمه عمر

با توسعه صنعت بیمه، یکی از انواع بیمه ها را بیمه عمر تشکیل می‌دهد که به موجب آن، اشخاص خود را نزد شرکت های بیمه، بیمه عمر می‌کنند. در این قبیل قراردادهای بیمه، چنانچه شخص معینی غیر از بیمه گذار، به عنوان ذینفع تعیین نشده باشد، در صورت فوت بیمه گذار، وجه بیمه عمر در حکم مال میت تلقی می‌شود و به نسبت سهم الارث بین ورثه تقسیم می‌شود. علاوه بر این، طلبکاران متوفی نیز می‌توانند در ازاء مطالبات خود از متوفی، آنرا توقیف نمایند. جوایزی که به حساب های بانکی متوفی -حتی پس از فوت او- تعلق می‌گیرد، در حکم مال میت تلقی و جزو ترکه محسوب می‌شود.

### ۳- حق خیار

یکی دیگر از حقوق قابل انتقال به ورثه بعد از فوت مورث، خیارات است. به همین دلیل، ماده ۴۴۵ قانون مدنی مقرر داشته است: «هر یک از خیارات، بعد از فوت، منتقل به وارث می‌شود.» ولی در مورد اقاله، بین فقهای شیعه و سنی اختلاف

نظر وجود دارد. حنفی‌ها معتقدند که اقاله از جنس اراده و قصد است و جنبه مالی ندارد، بنابراین قابل وراثت نیست. ولی چون خیرات، برای جبران نقص مبیع وضع شده‌اند و با اعمال آنها توسط ورثه نقص مال مورد معامله جبران می‌شود، برعکس اقاله، جنبه مالی دارد و قابل وراثت است.

هرچند قانون مدنی در مورد قابل ارث بودن اقاله سکوت کرده است، اما می‌توان جواز آن را از ماده ۴۴۵ قانون مدنی استنباط کرد. زیرا یکی از انواع خیرات، خیار مجلس است که هر یک از متعاملین می‌توانند بدون اثبات وقوع هیچ ضرری، معامله را برهم زنند. بنابراین، اگر اقاله را مجموعه‌ای از دو خیار بدانیم، دلیلی وجود ندارد که خیرات را که حق فسخ یک جانبه است، قابل ارث بردن بدانیم، ولی اقاله که یک حق فسخ دو جانبه است دارای این ویژگی نباشد.

#### ۴- حق شفعه

طبق ماده ۸۲۳ قانون مدنی «حق شفعه بعد از موت شفیع به وارث یا وراث او منتقل می‌شود» لیکن برخلاف سایر حقوق مالی، این حق قابل تبعض نیست. به همین دلیل، ماده ۸۲۴ قانون مدنی مقرر داشته است: «هر گاه یک یا چند نفر از وراث، حق خود را اسقاط کند باقی وراث نمی‌توانند آن را فقط نسبت به سهم خود اجرا کنند و باید از آن صرفنظر کنند یا نسبت به تمام مبیع اجرا کنند.»

#### ۵- حق رد یا اجازه عقد فضولی

طبق ماده ۲۵۳ قانون مدنی «در معامله فضولی، اگر مالک قبل از اجازه یا رد، فوت نماید، اجازه یا رد با وراث است» لیکن به عقیده برخی از حقوقدانان، اجازه و رد ورثه مالک، از توابع حق مالکیتی است که آنان به عنوان مالک پیدا می‌کنند، نه به اعتبار قائم مقامی آنان از مالک متوفی<sup>۱</sup> شاید این بحث قبل از اصلاح قانون مدنی در باب ارث زوجه از زوج می‌توانست منشاء آثار عملی گردد و طبق این نظر، زوجه متوفی که از اعیانی متعلق به زوج ارث نمی‌برد، حق رد یا اجازه عقد فضولی مربوط به مال غیرمنقول زوج متوفای خود را نداشت، اما با اصلاحات به عمل آمده در میراث زوجه در سال‌های اخیر، این بحث ارزش عملی خود را از دست داده است.

۱. دکتر کاتوزیان، قانون مدنی در نظم حقوق کنونی، ص ۲۳۵- توضیحات مربوط به ماده ۲۵۳

## ۶- حق قبول وصیت تملیکی

قانون مدنی در مورد اینکه آیا حق قبول وصیت تملیکی قابل به ارث رسیدن به ورثه موصی له هست یا خیر، ساکت است. اگر ایجاب وصیت تملیکی را با ایجاب سایر عقود مشابه بدانیم، باید گفت حق قبول این نوع وصیت، به ارث نمی‌رسد. زیرا اکثر فقها در عقود دیگر، فوت هر یک از طرفین عقد را قبل از اتمام ایجاب و قبول، باعث برهم خوردن معامله می‌دانند. اما تردیدی نیست که ایجاب در وصیت تملیکی، چیزی فراتر از ایجاب معمولی است تا جایی که بعضی از حقوقدانان آن را ایقاع می‌دانند.<sup>۱</sup> بدیهی است، چنانچه وصیت تملیکی، ایقاع شمرده شود، بحث مربوط به انتقال حق قبول وصیت از طریق ارث، منتفی است. اما چنانچه گفته شد، اثر حقوقی ایجاب وصیت تملیکی «ملک ان یملک» است؛ یعنی حقی است که طعم مالی دارد و در ذات آن، استعداد اینکه به ارث برسد نهفته است. در این صورت باید قایل شد که قبول چنین وصیتی قابل به ارث رسیدن می‌باشد.

## ۷- حق انتفاع

طبق ماده ۵۱ قانون مدنی: «حق انتفاع در موارد زیر، زایل می‌شود:

### ۱- در صورت انقضاء مدت

### ۲- در صورت تلف شدن مالی که موضوع انتفاع است»

از ظاهر عبارت بند یک این ماده، چنین استنباط می‌شود که اگر منتفع در اثناء مدت حق انتفاع فوت کند، آن حق باقی می‌ماند و به ارث به ورثه می‌رسد. لیکن این فرض در حالتی مصداق پیدا می‌کند که حق انتفاع مادام العمر منتفع برقرار نشده باشد، چه با فوت او، مدت حق انتفاع هم سپری می‌شود. لیکن احتمال اینکه حق انتفاع برای مدتی بیش از طول عمر منتفع برقرار شده باشد، منتفی نیست. بنابراین در چنین فرضی، ورثه برای بقیه مدت، ارثاً از حق انتفاع برقرار شده استفاده می‌کنند.

## ۸- حق سوگند

طبق ماده ۱۳۲۵ قانون مدنی: «در دعاوی که با شهادت شهود قابل اثبات است،

۱. دکتر جعفری لنگرودی، همان منبع، ص ۳۵

مدعی می‌تواند حکم به دعوی خود را که مورد انکار مدعی علیه است، منوط به قسم نماید.» بنابراین چنانچه مدعی علیه در جریان دعوی و قبل از ادای سوگند فوت نماید، ورثه او می‌توانند با ادای سوگند، دعوی را به نفع خود مختومه کنند. در کلیه موارد فوق، جنبه مالی داشتن حق موضوع ارث، کاملاً مشهود است. زیرا ورثه و هر یک از آنها با اعمال حق موضوع ارث، چیزی به ماترک می‌افزایند. حقوقی که فوقاً به آنها اشاره شده، عموماً جنبه مالی دارند که به تبع انتقال مالکیت اموال متعلق به متوفی به ورثه انتقال می‌یابند، اما در مواردی که حقوق برقرار شده برای متوفی، قائم به شخص وی بوده و یا فاقد جنبه مالی است، حقوق مزبور قابل وراثت نیست؛ از جمله این حقوق می‌توان به حق تولیت بر اوقاف و حق نظارت بر آنها، وصایت، نظارت، قیمومت و حضانت اشاره کرد.

### تصفیه ترکه

منظور از تصفیه ترکه، پرداخت دیون و تعهدات متوفی و نیز اخراج ثلث و موصی به از آن و تقسیم بقیه بین ورثه است. در این ارتباط، ماده ۲۶۰ قانون امور حسبی چنین مقرر داشته است: «مقصود از تصفیه ترکه، تعیین دیون و حقوق برعهده متوفی و پرداخت آنها و خارج کردن مورد وصیت از ماترک است.» در تصفیه ترکه، فروض زیر قابل پیش‌بینی است:

۱- چنانچه متوفی دارای وارث بوده و طلبکاری نداشته و ورثه اختلافی با هم در مالکیت ماترک نداشته باشند؛ در این حالت با استقرار مالکیت ورثه بر ترکه، دارایی متوفی به حالت اشاعه به مالکیت آنها درآمده و طبق قواعد ارث بین آنان تقسیم می‌شود. بدیهی است در صورت عدم توافق در تقسیم اموال، طبق ماده ۳۰۰ قانون امور حسبی، هر یک از ورثه می‌توانند از دادگاه درخواست تقسیم ماترک نمایند. دعوی تقسیم ماترک از دعاوی غیرمالی است و دادگاه صلاحیتدار برای رسیدگی به چنین دعوایی طبق ماده ۲۰ قانون آئین دادرسی مدنی، دادگاه محل آخرین اقامتگاه متوفی در ایران یا آخرین محل سکونت متوفی در ایران می‌باشد. از آنجا که ممکن است بخشی از ماترک متوفی اموال غیرمنقول بوده باشد، چون طبق

قانون افراز و فروش املاک مشاع مصوب ۱۳۵۷ و آئین نامه اجرایی آن، مرجع اولیه درخواست افراز این قبیل اموال، اداره ثبت محل وقوع ملک تعیین شده است، رویه قضایی در مورد مرجع تسلیم درخواست تقسیم ترکه غیرمنقول، با تشتت آراء مواجه بوده است. زیرا بین قانون موصوف و ماده ۳۰۰ قانون امور حسبی تعارض وجود دارد. سرانجام هیات عمومی دیوان عالی کشور به موجب رای وحدت رویه شماره ۷۱۹ مورخ ۹۰/۲/۲۰ تقسیم ترکه غیر منقول را از قلمرو اعمال قانون افراز و فروش املاک مشاع خارج و رسیدگی به چنین درخواستی را در صلاحیت دادگاه های عمومی قرار داده است. متن رای وحدت رویه شماره ۷۱۹ مورخ ۹۰/۲/۲۰ هیات عمومی دیوانعالی کشور بدین شرح است: «مستفاد از مقررات قانون امور حسبی راجع به تقسیم این است که تقسیم ترکه در صورت عدم تراضی، امری است که محتاج رسیدگی قضایی است و باید در دادگاه بعمل آید. همین حکم در موردی هم که ترکه منحصر به یک یا چند مال غیرمنقول باشد، جاری است. بنابراین آراء شعب ۵ و ۲۱ دیوانعالی کشور که تقسیم ترکه غیرمنقول را از صلاحیت واحد ثبتی محل وقوع مال خارج و در صلاحیت دادگاه دانسته، به اکثریت آراء، صحیح و منطبق با موازین قانونی است. این رای طبق ماده ۲۷۰ قانون آئین دادرسی دادگاه های عمومی و انقلاب در امور کیفری در موارد مشابه برای شعب دیوانعالی کشور و دادگاه های سراسر کشور لازم الاتباع است.»

۲- در صورتی که بین ورثه، اشخاصی محجور و غایب وجود داشته باشد حتی اگر بین ورثه غیرمحجور و حاضرهم اختلافی در تقسیم ترکه نباشد، با فرض اینکه در ماترک، مال غیرمنقولی هم نباشد، به جهت رعایت غبطه و صلاح غایب و محجور، طبق ماده ۳۱۳ قانون امور حسبی، تقسیم ماترک باید توسط دادگاه صورت پذیرد.

۳- چنانچه متوفی وارث نداشته یا در زمان فوت، ورثه او شناسایی نشده باشند، طبق ماده ۸۶۶ قانون مدنی، «اداره ترکه متوفی راجع به حاکم است.» مواد ۳۲۷ تا ۳۳۶ قانون امور حسبی، این حالت را مورد بحث قرار داده است و ماده ۳۲۷ مقرر داشته است: «به درخواست دادستان یا اشخاص ذینفع، دادگاه برای اداره ترکه، مدیر ترکه تعیین می‌نماید، لیکن چنانچه شخص متوفی وصیت نامه از خود به

جا گذاشته و برای اجرای آن وصی تعیین کرده باشد، اداره ترکه به وصی واگذار می‌شود.» وظیفه مدیر تصفیه و اقداماتی که وی باید برای حفظ ماترک انجام دهد و تکلیف بقیه آن پس از تصفیه، به تفصیل در فصل هشتم قانون امور حسبی بیان شده است که نیاز به توضیح بیشتر ندارد.

۴- چنانچه وراث متوفی، به دلیل عدم تکافوی اموال و دارایی متوفی، برای پرداخت دیون و تعهدات او، طبق ماده ۲۴۹ قانون امور حسبی اقدام به رد ترکه نمایند، ترکه متوفی در حکم ترکه متوفای بلاوارث تلقی و تمام تشریفات مربوط به آن، در این حالت نیز مجری خواهد بود. نکته‌ای که در این ارتباط نیاز به توضیح دارد، تعیین مرجعی است که رد ترکه باید به آن مرجع اعلام شود. طبق ماده ۲۴۹ قانون امور حسبی: «وارثی که ترکه را رد می‌کند، باید کتباً یا شفاهاً به دادگاه، اطلاع دهد. اطلاع مزبور در دفتر مخصوصی ثبت خواهد شد، این رد نباید معلق یا مشروط باشد.» قبل از انقلاب و تغییر ساختارهای قضایی ایران، در دادگاه بخش هر واحد قضایی، دفتری به ثبت این قبیل اطلاعات اختصاص داده شده بود و ورثه با ثبت اعلام رد ترکه در این دفتر، از مصونیت قضایی نسبت به دیون متوفی در مقابل طلبکاران استفاده می‌کردند، اما پس از حذف واحد دادگاه بخش از تشکیلات دادگستری، در هیچ یک از قوانین مربوط به تشکیلات قضایی جدید، محل ثبت اطلاعات مربوط به رد ترکه پیش‌بینی نشده است، لیکن در عمل، شعبه اموال بلاوارث در اداره سرپرستی - که از واحدهای زیرمجموعه دادستانی است - نسبت به ثبت این اطلاعات اقدام می‌کند.

در پایان این بحث، ذکر این نکته ضروری است که حتی در صورت رد ترکه، چنانچه پس از پرداخت دیون و تعهدات متوفی، چیزی از ماترک وی باقی نماند، طبق ماده ۲۵۴ قانون امور حسبی، باقیمانده به ورثه تعلق می‌گیرد.

نقد رای در باب تملک اراضی

## اشتباه در جهت معامله

دکتر عباس میرشکاری \*

### مقدمه

ما، مردم، بیش و کم با دستگاه‌های اداری سروکار داشته‌ایم و به تجربه دیده‌ایم که وقتی به سراغ‌مان می‌آیند، جدا از آنکه در نمایندگان دستگاه اغلب اراده‌ای برای پاسخ‌گویی نیست، در خود نیز، کمتر مجال و توان پرسش و تردید می‌بینیم. برای همین است که آنچه بگویند را حمل بر صحت و راستی کرده و ترجیح می‌دهیم به گفته‌هایشان اطمینان کنیم. این پذیرش اکراه‌آلود فرامین دولتی، آن زمان بیشتر می‌شود که دستگاه دولتی خود را دلگرم به قوانین ویژه بداند. برای نمونه، به موجب لایحه قانونی نحوه خرید و تملک اراضی و املاک برای اجرای طرح‌های عمرانی، عمومی و نظامی مصوب سال ۱۳۵۸ و قوانین دیگری از این جنس، دولت اختیار تملک و خریداری املاک شهروندان خویش را دارد بی‌آنکه نیازی به جلب رضایت و اراده آنان داشته باشد؛ اختیاری که ماهیت خریداری املاک واقع در طرح‌های عمرانی را بیشتر به یک ایقاع همانند می‌کند. در این مواقع، شهروندی که دولت برای تملک ملکش به او روی آورده، از پریشانی و اضطراب لبریز می‌شود. برای همین، تمام توان خویش را مصروف این می‌کند که در این نبرد نابرابر، در ازای آنچه از دست می‌دهد، چیزی معادل به دست بیاورد و دچار غبن نشود، بی‌آنکه حتی لحظه‌ای در رعایت تمامی تشریفات قانونی و صحت ادعای دستگاه دولتی چون و چرا کند. پس از این و آن هنگام که این تعامل از سرِ اکراه انجام شد و آرامش تازه‌ای برقرار شده است، تازه پرسش‌ها درباره چند و چون تملک و اختیار دستگاه دولتی آغاز می‌شود و شاید از پس این پرسش‌ها و تردیدها، تازه روشن شود که شرایط قانونی تملک رعایت نشده است. حال، جای این پرسش است که آیا می‌توان در اعتبار معامله‌ی روی داده تردید کرد؟ به این پرسش در نوشتار پیش‌رو پرداخته خواهد شد.

\* وکیل دادگستری و استادیار گروه حقوق دانشگاه علم و فرهنگ

### مبحث نخست - شرح رویدادهای پرونده

در دادخواست تنظیم شده به وسیله آقای م.پ. به طرفیت شهرداری منطقه ۵ به خواسته «رسیدگی و صدور حکم مبنی بر ابطال سند قطعی غیرمنقول ۵۱۷۰ مورخ ۷۹/۵/۲۲ تنظیمی دفتر اسناد رسمی شماره ۵۰۸ حوزه ثبتی تهران، بدواً بطلان (اعلان بی‌اعتباری) توافقنامه عادی ۷۹/۱۴/۳۴۷۰۴ مورخ ۷۹/۵/۴ تنظیمی فیما بین خواهان و خوانده و نتیجتاً اعاده مالکیت خواهان به میزان ۱۰۰۰ مترمربع سهم مشاع از قطعه ۱۱۳ تفکیکی پلاک ۱۲۴/۷۲۹ بخش ۱۱ تهران» چنین می‌خوانیم:

«۱- به حکایت مفاد سند رسمی قطعی غیرمنقول شماره ۹۲۳۱۸ مورخ ۷۹/۲/۱۲ تنظیمی توسط دفتر شماره ۳۷۸ ثبتی تهران مالکیت خواهان بر تمامی یک‌هزار مترمربع سهم مشاع از شش‌دانگ یک قطعه زمین به مساحت ۱۳۰۰ مترمربع قطعه ۱۱۳ تفکیکی پلاک ۱۲۹ فرعی از ۱۲۴ اصلی مفروز از پلاک ۱۳۵ فرعی از اصلی مذکور واقع در بخش ۱۱ تهران به نشانی: تهران... محرز و مسلم است.

۲- متعاقب مراجعه خواهان در سال ۷۹ به شهرداری خوانده جهت اخذ پروانه ساختمانی، اداره طرح تفصیلی شهرداری منطقه ۵ به موجب گزارش مورخ ۷۸/۱۱/۱۶، (قبل از مالکیت خواهان) اعلام می‌نماید که پلاک موصوف به موجب بند ۲ صورت جلسه شماره ۲۲۹ کمیسیون ماده پنج کلاً در طرح فضای سبز و پارک عمومی قرار دارد.

۳- به استناد گزارش موصوف، که عیناً در سطر سوم توافق نامه مبحث‌عنه بدان تصریح شده، توافق نامه عادی شماره ۷۹/۱۴/۳۴۷۰۴ مورخ ۷۹/۵/۴ فیما بین خواهان و خوانده تنظیم می‌گردد و به موجب آن، خوانده سهم خواهان از پلاک ۱۲۴/۷۲۹ را به منظور اجرای طرح فضای سبز خود در قبال ثمن معین خریداری می‌نماید.

۴- در اجرای توافق نامه موصوف، سند رسمی ۱۰۰۰ متر مربع مشاع از ملک فوق به موجب سند قطعی غیرمنقول شماره ۵۱۷۰ مورخ ۷۹/۵/۲۲ دفتر ۵۲۰۸ تهران به نام خوانده منتقل می‌شود.

۵- از آنجایی که پس از گذشت چندین سال از وقوع عقد، شهرداری خوانده هیچگاه اقدام به احداث پارک عمومی و اجرای طرح فضای سبز در پلاک مورد اشاره ننموده، خواهان در سال گذشته به شهرداری مراجعه و تقاضای بررسی می‌نماید.



۶- شهرداری خوانده در اجابت خواسته مالک طی نامه شماره ۵۰۵/۵۷۲۱۶ مورخ ۹۱/۶/۲۸ از آقای مهندس ح.ق و همچنین اداره طرح تفصیلی خوانده با تقاضای دیگری از آقای مهندس ه.س به عنوان کارشناس صالح دادگستری و منتخب شهرداری تقاضای اظهار نظر می نماید تا با تهیه نقشه دقیق و جانمایی موقعیت ملک بر روی نقشه ۱/۲۰۰۰ و ۱/۵۰۰ در خصوص موضوع اظهار نظر نمایند.

۷- در همین راستا، مدیر کل حقوقی شهرداری تهران نیز طی نامه شماره ۳۱۷/۴۸۸۸۹ مورخ ۹۱/۴/۲۱ از مدیر کل شهرسازی و طرح‌های شهری معاونت شهرسازی و معماری شهرداری تهران کاربری ملک در سال وقوع عقد را استعلام می نماید.

۸- با توجه به نظریه کارشناسان، محرز و کاشف به عمل آمد که در زمان وقوع توافق نامه (۷۹/۵/۴) کاربری ملک آموزشی و قسمتی از ملک داخل حریم بزرگراه شهید باکری به موجب طرح اجرایی ۹۰۰۰/۳۰۶ بوده و هیچ‌گاه فضای سبز نبوده است.

حالیه، با عنایت به اینکه توافق نامه عادی ۷۹/۱۴/۳۴۷۰۴ مورخ ۷۹/۵/۴ تنظیمی فیما بین طرفین و متعاقباً انتقال رسمی سند به موجب سند قطعی ۵۱۷۰ مورخ ۷۹/۵/۲۲ دفتر ۵۰۸ تهران بر اساس گزارش اشتباه مورخ ۷۸/۱۱/۱۶ اداره طرح تفصیلی (به تاریخی قبل از مالکیت اینجانب) تنظیم گردیده، بنابراین یقیناً تصدیق می فرمایند که قصد و رضا به عنوان اصلی ترین شرط از شرایط اساسی صحت معامله موضوع بند یک ماده ۱۹۰ قانون مدنی مخدوش و رضای حاصله نیز در نتیجه اشتباه بوده و نتیجتاً توافق نامه عادی موصوف و انتقال سند به حکم مواد ۱۹۰ و ۱۹۹ و ۲۰۰ قانون مدنی محکوم به بطلان است، چرا که هدف نهایی و غایی طرفین از تنظیم توافق نامه و انتقال سند، ادعای اشتباه شهرداری مبنی بر وقوع ملک در طرح فضای سبز به منظور اجرای پارک عمومی بوده و اگر این ادعای اشتباه نبوده، هرگز قصد و رضای طرفین بر تنظیم توافق نامه و انتقال سند به وجود نمی آمد و بنابراین محرز است که این قصد و رضا مبنی بر اشتباه بوده است.

با توجه به مطالب معروضه، رسیدگی و صدور حکم مبنی بر بدو بطلان (اعلان بی اعتباری) توافق نامه عادی ۷۹/۱۴/۳۴۷۰۴ مورخ ۷۹/۵/۴ و سپس ابطال سند قطعی ۵۱۷۰ مورخ ۷۹/۵/۲۲ دفتر ۵۰۸ تهران و نتیجتاً اعاده مالکیت خواهان بر ۱۰۰۰

مترمربع سهم مشاع از پلاک ۱۲۴/۷۲۹ بخش ۱۱ تهران (قطعه ۱۱۳ تفکیکی) مورد استدعاست.»

شعبه ۲۱۶ دادگاه عمومی (حقوقی) مجتمع قضایی شهید مفتاح تهران در دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۸۲۱۶۴۱۰۰۸۵۹ پرونده در کلاس پرونده ۹۲۰۹۹۷۲۱۶۴۱۰۰۱۲۴ چنین حکم می‌دهد:

«در خصوص دعوی آقای م.پ. به طرفیت شهرداری منطقه ۵ تهران به خواسته اعلان بی‌اعتباری و بطلان توافق نامه عادی ۷۹/۱۴/۳۴۷۰۴-۷۹/۵/۴ تنظیمی فی‌مابین خواهان و خوانده و ابطال سند قطعی غیرمنقول به شماره ۷۹/۵/۲۲-۵۱۷۰ تنظیمی در دفترخانه اسناد رسمی شماره ۵۰۸ تهران و در نتیجه اعاده مالکیت خواهان با احتساب کلیه خسارات قانونی وارده، بدین توضیح که ۱۰۰۰ سهم مشاع از ۱۳۰۰ سهم از قطعه ۱۱۳ از پلاک ۱۲۴/۷۲۹ اصلی از بخش ۱۱ تهران به نام خواهان بوده که با مراجعه به شهرداری جهت اخذ پروانه ساختمانی و اعلام شهرداری مبنی بر اینکه پلاک مذکور در طرح شهرداری می‌باشد، به موجب توافق نامه اعلامی و سند رسمی به نام شهرداری شده است و حال کاشف از آن به عمل آمده، محل مزبور در طرح نبوده است و شهرداری اشتباه نموده و با مراجعه به شهرداری جهت ابطال توافق نامه مذکور تا کنون نتیجه‌ای نگرفته لذا تقاضای صدور حکم به شرح خواسته را دارد. دادگاه پس از استماع اظهارات خواهان و نمایندگان حقوقی خوانده دعوی، نظر به اینکه امکان تحقیق و بررسی اینکه ملک مزبور در طرح شهرداری واقع گردیده یا خیر، برای خواهان وجود داشته و اصل بر صحت انجام معاملات می‌باشد و انگیزه در صحت انجام معامله تأثیری ندارد و خواهان حتی بدون رعایت تشریفات قانونی مربوط به نحوه تملک و ارجاع امر به کارشناسی، با شهرداری توافق نموده و وجه آن را بیش از یک دهه قبل (سال ۱۳۷۹) دریافت نموده است لذا دادگاه دعوی خواهان را وارد تشخیص نداده و مستنداً به اصل به اصل صحت و لزوم و حاکمیت اراده و مواد ۲۱۹ و ۲۲۳ قانون مدنی حکم به بی‌حقی خواهان صادر و اعلام می‌دارد و رای صادره ظرف ۲۰ روز از تاریخ ابلاغ قابل تجدیدنظر استان می‌باشد.»

پس از تجدیدنظر خواهی دادباخته، شعبه ۳۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران در دادنامه

شماره ۷۲۵۰۰۲۲۳۵۰۹۹۷۰۹۲۰ مندرج در کلاس پرونده ۸۵۹۰۰۸۵۹۰۹۹۸۲۱۶۴۱۰۰  
چنین می‌نویسد:

«تجدیدنظرخواهی آقایان م.پ. با وکالت آقایان علی حاتمی و محمدعلی دمیرچلی به طرفیت شهرداری منطقه ۵ تهران نسبت به دادنامه شماره ۹۲..۱۲۴-۹۲/۲/۲۵ صادره از شعبه ۲۱۶ دادگاه حقوقی تهران که به موجب آن حکم بر بی‌حقی وی به خواسته اعلان بی‌اعتباری و بطلان توافق‌نامه عادی مورخ ۷۹/۵/۴ عادی به شماره ۷۹/۱۴/۳۴۷۰۴ صادر شده است، وارد و موجه نمی‌باشد؛ زیرا ملک متنازع‌فیه در ازای دریافت قیمت روز ملک در قالب اعطای تراکم و بدون تاثیر طرح به تجدیدنظرخوانده واگذار شده و ثمن آن در همان زمان پرداخت شده است و دفاعیات وکلای محترم تجدیدنظرخواه مبنی بر اینکه موکل علی‌رغم میل باطنی و بدون هیچ‌گونه رضایتی ملک خود را به شهرداری واگذار کرده است، متکی به دلایل حقوقی نمی‌باشد و دلیلی جهت اثبات آن ابراز نشده است، بنابراین، تقاضای مطروح انطباقی با جهات درخواست تجدیدنظر مقیده در ماده ۳۴۸ قانون آیین دادرسی مدنی نداشته و دادنامه یاد شده با توجه به محتویات پرونده و رعایت مقررات و اصول و قواعد و موازین قانونی صادر شده و در این مرحله از رسیدگی دلیل جدید که مستلزم نقض دادنامه مذکور باشد، اقامه نشده است و بر استدلال و استنباط دادگاه خدشه‌ای وارد نمی‌باشد، لذا با رد اعتراض، دادنامه تجدیدنظرخواسته را مطابق ماده ۳۵۸ از قانون مرقوم عیناً تایید و استوار می‌نماید. این رای قطعی است.»

### مبحث دوم - تحلیل رویدادهای پرونده

مساله پرونده‌ای که شرح آن در مبحث پیشین گذشت، به طور ساده از این قرار است: شخصی که تصور می‌کند قرار است ملکش در طرح فضای سبز قرار گیرد، آن را به شهرداری می‌فروشد. پس از این، متوجه می‌شود که قرار نبوده در ملکش طرح تصور شده، اجرا شود. برای همین، اعلان بی‌اعتباری توافق با شهرداری و در نتیجه، بازگشت مالکیت به خویش را خواستار می‌شود. خواهان برای اثبات نادرستی معامله، به سراغ اشتباه می‌رود اما با پاسخ مثبت دادگاه نخستین و تجدیدنظر روبه‌رو نمی‌شود. به اشتباه در بند نخست این مبحث پرداخته خواهد شد اما به نظر می‌رسد موضوع از دو زاویه‌ی

دیگر نیز قابل گفت‌وگو است: «تخلف از شرط تبانی»، و «عدم رعایت تشریفات تملک». این زوایا در بندهای بعدی بررسی خواهند شد اما پیش از آن، تردیدی که نگارنده با اشاره‌ای از آن می‌گذرد و داوری درباره‌ی آن را به خوانندگان وا می‌گذارد، این است که آیا می‌توان اقدامات شهرداری در ایجاد تصور نادرست برای مالک مبنی بر وجود طرح عمرانی را «تدلیس» شمرد؟

### بند نخست - اشتباه

همان‌گونه که نوشته شد، خواهان برای رسیدن به نتیجه دلخواه، به سراغ «اشتباه» می‌رود؛ چنانکه در فراز پایانی دادخواست آمده است: «با عنایت به اینکه توافقنامه عادی ۷۹/۱۴/۳۴۷۰۴ مورخ ۷۹/۵/۴ تنظیمی فی‌مابین طرفین و متعاقباً انتقال رسمی سند به موجب سند قطعی ۵۱۷۰ مورخ ۷۹/۵/۲۲ دفتر ۵۰۸ تهران بر اساس گزارش اشتباه مورخ ۷۸/۱۱/۱۶ اداره طرح تفصیلی (به تاریخی قبل از مالکیت اینجانب) تنظیم گردیده، بنابراین یقیناً تصدیق می‌فرمایند که قصد و رضا به عنوان اصلی‌ترین شرط از شرایط اساسی صحت معامله موضوع بند یک ماده ۱۹۰ قانون مدنی مخدوش و رضای حاصله نیز در نتیجه اشتباه بوده و نتیجتاً توافقنامه عادی موصوف و انتقال سند به حکم مواد ۱۹۰ و ۱۹۹ و ۲۰۰ قانون مدنی محکوم به بطلان است، چرا که هدف نهایی و غایی طرفین از تنظیم توافقنامه و انتقال سند، ادعای اشتباه شهرداری مبنی بر وقوع ملک در طرح فضای سبز به منظور اجرای پارک عمومی بوده و اگر این ادعای اشتباه نبوده، هرگز قصد و رضای طرفین بر تنظیم توافقنامه و انتقال سند به وجود نمی‌آمد و بنابراین محرز است که این قصد و رضا مبنی بر اشتباه بوده است».

با این حال، حقیقت این است که در نظام حقوقی ما، دامنه‌ی تاثیر اشتباه به دو موضوع محدود شده است: موضوع و شخصیت طرف معامله (ماده ۱۹۹ تا ماده ۲۰۱ ق.م.ا).<sup>۱</sup> این در حالی است که در موضوع پرونده پیش‌گفته در هیچ یک از این دو، اشتباهی رخ نداده است؛ یعنی نه در شخص طرف معامله تصور نابه‌جایی وجود داشته و نه در موضوع معامله. آنچه در آن اشتباه رخ داده، انگیزه شخص است: مالک تصور

۱. «مفاد مواد ۲۰۰ و ۲۰۱ ق.م.ا نیز اطلاق ماده ۱۹۹ را از بین می‌برد، زیرا با اینکه قانون‌گذار در مقام بیان اثر اشتباه و چگونگی از بین رفتن نفوذ اراده است تنها از اشتباه در خود موضوع معامله و در شخص طرف سخن می‌گوید»، دکتر ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج. ۱، ص. ۴۲۳.

می‌کرده که ملکش در طرح واقع شده، برای همین، ملک خویش را به شهرداری می‌فروشد؛ چنانکه در فراز پایانی دادخواست نیز چنین آمده: «... هدف نهایی و غایی طرفین از تنظیم توافق‌نامه و انتقال سند، ادعای اشتباه شهرداری مبنی بر وقوع ملک در طرح فضای سبز به منظور اجرای پارک عمومی بوده...» اما این تصور اشتباه در هیچ یک از دو نوع از اشتباه یاد شده نمی‌گنجد. به علاوه، اشتباه در انگیزه بر قصد و رضای شخص تاثیری نمی‌گذارد؛ چه مالک از قصد و رضای سالم و کافی برخوردار بوده است، یعنی نه اجباری در کار بوده و نه اکراهی. دادگاه نخستین نیز همین‌گونه می‌اندیشد، چنانکه به سراغ اشتباه در انگیزه می‌رود و با این استدلال که «انگیزه در صحت انجام معامله تاثیری ندارد...»، معامله را صحیح می‌داند.

با این حال، هنوز یک پرسش، وجدان آدمی را از قانع شدن باز می‌دارد: آیا اگر در درون مالک تصور وقوع ملک در طرح ایجاد نمی‌شد، باز هم قصد انجام معامله می‌کرد؟ پاسخ، منفی به نظر می‌رسد؛ حال با وجود تاثیری که چنین انگیزه‌ای در قصد شخص دارد، آیا باز هم می‌توان بی‌تاثیرش دانست؟ در این مسیر نباید نگران قانون مدنی بود؛ چه این قانون صراحتی در تحدید انگیزه به موضوع و شخص ندارد، بلکه به نظر می‌رسد با توجه به اطلاق ماده ۱۹۹ این قانون، مواد ۲۰۰ و ۲۰۱ تنها به دو مصداق برجسته اشتباه اشاره کرده‌اند. با این تفسیر، هر جا که بتوان اشتباه را در قصد و رضای اشخاص موثر دانست، می‌باید در صحت قرارداد تردید کرد. در تایید این باور، می‌توان به ماده ۷۶۵ ق.م. نیز استناد کرد، بر اساس این ماده، «صلح دعوی مبتنی بر معامله باطله باطل است ولی صلح دعوی ناشی از بطلان معامله صحیح است». به باور استادمان، علت بطلان صلح دعوی مبتنی بر معامله باطله، اشتباه در جهت معامله است؛<sup>۱</sup> چه اطراف معامله با این تصور که معامله‌شان صحیح است، راضی به انجام صلح شده‌اند، به بیان دیگر، انگیزه آنها از انجام صلح، وجود معامله‌ای بوده که از بطلانش بی‌خبر بوده‌اند، حال که خلاف این موضوع به اثبات رسیده، نمی‌توان همچنان صلح را معتبر دانست. حتی در فقه نیز، نمونه‌هایی از اشتباه در انگیزه دیده می‌شود.<sup>۲</sup>

۱. دکتر ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی، مشارکت‌ها-صلح، چاپ دوم، گنج دانش، تهران، ۱۳۶۸، ص. ۳۳۵.

۲. در یک نمونه، بستانکار به خاطر اظهار تنگدستی بدهکار، بدهی را به مبلغ کمتر صلح می‌کند. بعد معلوم می‌شود تنگدست نبوده است، عقد باطل دانسته شده است؛ سید محمد کاظم طباطبایی، سوال و جواب ص. ۱۹۰، به نقل از: دکتر محمد جعفر جعفری لنگرودی، حقوق تعهدات ج. ۱، جنگل، ۱۳۶۳، ص. ۱۲.

با این وجود، ادبیات حقوقی ما، به شدت بر این موضع پافشاری دارد که اشتباه در انگیزه را موثر در معامله نداند.<sup>۱</sup> در توجیه این باور نیز گفته می‌شود که «انگیزه معامله یک امر خصوصی و وابسته به شخص است و اشتباه در آن نمی‌تواند در سرنوشت معامله که به مصالح شخص یا اشخاص دیگر نیز به عنوان طرف معامله مرتبط می‌شود، تاثیر کند».<sup>۲</sup>

برای همین، شاید اصرار بی‌حساب بر تاثیر اشتباه در انگیزه، ناروا و با مقاومت رویه قضایی روبه‌رو شود. چنانکه در آرای دادرسان هر دو دادگاه تلاش شده تا از جنبه‌های گوناگون راه خواهان برای اثبات اشتباه و اثر آن بر توافق بسته شود. برای نمونه، در رای دادگاه نخستین آمده است: «نظر به اینکه امکان تحقیق و بررسی اینکه ملک مزبور در طرح شهرداری واقع گردیده یا خیر برای خواهان وجود داشته و اصل بر صحت انجام معاملات می‌باشد و انگیزه در صحت انجام معامله تاثیری ندارد و خواهان حتی بدون رعایت تشریفات قانونی مربوط به نحوه تملک و ارجاع امر به کارشناسی، با شهرداری توافق نموده و وجه آن را بیش از یک دهه قبل (سال ۱۳۷۹) دریافت نموده است لذا دادگاه دعوی خواهان را وارد تشخیص نداده و مستندا به اصل به اصل صحت و لزوم و حاکمیت اراده و مواد ۲۱۹ و ۲۲۳ قانون مدنی حکم به بی‌حقی خواهان...» دادگاه تجدیدنظر نیز تصور می‌کند تنها به صرف نفی ادله خواهان به وظیفه‌اش عمل کرده است، برای همین در دادنامه‌اش می‌نویسد: «ملک متنازع‌فیه در ازای دریافت قیمت روز ملک در قالب اعطای تراکم و بدون تاثیر طرح به تجدیدنظر خوانده واگذار شده و ثمن آن در همان زمان پرداخت شده است و دفاعیات و کلامی محترم تجدیدنظر خواه مبنی بر اینکه موکل علی‌رغم میل باطنی و بدون هیچ‌گونه رضایتی ملک خود را به شهرداری واگذار کرده است، متکی به دلایل حقوقی نمی‌باشد و دلیلی جهت اثبات آن ابراز نشده است».

### بند دوم - شرط تبانی

گفت‌وگوها و مذاکرات طرفین قرارداد دو گونه‌اند: گاه موضوع اصلی آنها چانه‌زنی و

۱. دکتر مهدی شهیدی، تشکیل قراردادها و تعهدات، ص. ۱۷۰؛

۲. دکتر ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج. ۱، ص. ۴۶۰.

تلاش برای کاستن از تعهدات خویش یا افزودن به تعهدات طرف دیگر است؛ این دسته از مذاکرات، با توافق نهایی و امضای قرارداد ارزش و اعتبار خویش را از دست داده و دیگر قابل استناد نیستند. اما دسته‌ای دیگر، آن اندازه اهمیت دارند که عقد بر پایه‌ی آنها منعقد می‌شود. با این حال، توجه به این نکته لازم است که این دسته از مذاکرات، گاه در خود قرارداد نوشته می‌شود. در این صورت، به آنها «شرط ضمن عقد» گفته می‌شود و البته تردیدی در اعتبار آنها نیست اما گاه در خود قرارداد نشانه‌ای از مذاکراتی که بر مبنای آن عقد واقع شده، دیده نمی‌شود. حال، جای این پرسش است که اعتبار این شروط چگونه است؟ برای نمونه، اگر در گفت‌وگوهای مقدماتی، برای آسان‌تر شدن محاسبات، بر این موضوع توافق شود که واحد تعیین اندازه ثمن، «تومان» است، اگر در متن قرارداد، تنها اعداد درج شوند بی‌آنکه سخنی از ریال یا تومان باشد، باید به خواست مشترک طرفین قرارداد احترام گذاشت و معیار را تومان در نظر گرفت. درباره‌ی اعتبار این شروط در فقه اختلاف نظر است با این حال، فارغ از بحث‌های فقهی، قانون مدنی ما اعتبار این شروط را پذیرفته است. چنانکه در ماده ۱۱۱۳ این قانون آمده است: «در عقد انقطاع زن حق نفقه ندارد مگر اینکه شرط شده یا آنکه عقد مبنی بر آن جاری شده باشد.» بدین ترتیب، اعتبار شرط مندرج در قرارداد هم‌پایه با شرطی دانسته شده که عقد بر مبنای آن منعقد شده است، حتی در ماده ۱۱۲۸ ق.م. نیز، ضمانت‌اجرای تخلف از شرط تبانی همسان با شرط نوشته شده در قرارداد در نظر گرفته شده است. بر اساس این ماده، «هرگاه در یکی از طرفین صفت خاص شرط شده باشد و بعد از عقد معلوم شود که طرف مذکور فاقد وصف مقصود بوده برای طرف مقابل حق فسخ خواهد بود خواه وصف مذکور در عقد تصریح شده یا عقد متبانیاً بر آن واقع شده باشد.»

حال، آیا می‌توان گفت که اجرای طرح عمرانی در زمین خواهان از مصادیق شرط تبانی است؟ به بیان دیگر، آیا نمی‌توان گفت که مالک بر این مبنا که قرار است در ملکش طرح عمرانی اجرا شود، حاضر به توافق با خوانده برای فروش ملکش شده؟ مبنایی که نه تنها خوانده از آن مطلع بوده، بلکه خود سبب‌ساز آن بوده است. پس می‌توان با کمترین تردید پذیرفت که عقد بر این پایه منعقد شده که قرار است خوانده در ملک خواهان طرح عمرانی اجرا کند. عقد بر این مبنا منعقد می‌شود و اگرچه درباره

آن در قرارداد سخنی گفته نشده اما اعتبارش هم‌پایه شروط ضمن قرارداد است. با توجه به این تحلیل، عدم اجرای طرح عمرانی در ملک مورد بحث به منزله تخلف شهرداری از شرط تبانی بوده و می‌توان از ضمانت اجرای مذکور در ماده ۱۱۲۸ ق.م. استفاده کرد.

### بند سوم - لزوم رعایت تشریفات قانونی تملک

به گمان نگارنده، تملک املاک شهروندان توسط دولت ایقاعی تشریفاتی است: ایقاع است؛ چه اگرچه قانونگذار ما بر آن نام خریداری نیز می‌گذارد، اما حتی در عنوان قانون نیز، واژه تملک (که از آن برتری اراده تملک‌کننده برداشت می‌شود) را پیش از واژه خریداری به کار می‌برد. به علاوه، برای تملک نیازی به جلب رضایت مالک نیست تا بدانجا که حتی اگر وی حاضر به توافق درباره ثمن و امضای سند انتقال مالکیت نشود نیز، بازهم انتقال مالکیت به دولت، شدنی است.<sup>۱</sup>

این اختیار ویژه و البته گسترده، خطرناک است: اینکه دولت آزاد باشد هرگاه بخواهد به سراغ املاک شهروندانش برود، دارایی‌شان را تملک کند و طرح‌های مقصود خویش را اجرا کند، حقوق مردم را به خطر خواهد انداخت. برای همین، باید دولت مکلف شود تا در راه رسیدن به خواسته‌اش تشریفات ویژه‌ای را رعایت کند تا از رهگذر پاسداشت این تشریفات، نگرانی کمتری در حفظ حقوق مردم داشته باشیم. در نتیجه، عمل تملک را باید تشریفاتی دانست به این معنی که برای تحقق تملک دولت باید شرایطی که در لایحه قانونی نحوه خرید و تملک اراضی و املاک برای اجرای برنامه‌های عمومی، عمرانی و نظامی دولت نوشته شده را رعایت کند. با توجه به این مبنا (حفظ حقوق شهروندان) و نظر به ماهیت در نظر گرفته شده برای تملک (ایقاع تشریفاتی) عدم رعایت تشریفات پیش‌بینی شده، بی‌اعتباری خریداری و تملک املاک توسط دولت را در پی خواهد داشت.

با توجه به این سخن، یکی از تشریفات تملک توسط دولت، وجود طرح عمرانی

۱. براساس ماده سه این لایحه، «بهای عادلۀ اراضی، ابنیه، مستحدثات، تأسیسات و سایر حقوق و خسارات وارده از طریق توافق بین دستگاه اجرائی و مالک یا مالکین و صاحبان حقوق تعیین می‌گردد.» اما اگر امکان حصول توافق وجود نداشته باشد، به موجب ماده چهارم لایحه، بهای عادلۀ توسط هیاتی مرکب از سه نفر کارشناس رسمی دادگستری تعیین می‌گردد. کارشناسان یک نفر از طرف دستگاه اجرائی، یک نفر از طرف مالک یا صاحب حق و نفر سوم به انتخاب طرفین و در صورت عدم توافق یا استنکاف به معرفی دادگاه صالحه محل وقوع ملک انتخاب می‌شوند



است. چنانکه در ماده یک لایحه پیش گفته آمده است: «هرگاه برای اجرای برنامه‌های عمومی، عمرانی و نظامی وزارتخانه‌ها... به اراضی، ابنیه، مستحدثات، تأسیسات و سایر حقوق مربوط به اراضی مذکور متعلق به اشخاص حقیقی یا حقوقی نیاز داشته باشند و اعتبار آن قبلاً به وسیله دستگاه اجرائی یا از طرف سازمان برنامه و بودجه تأمین شده باشد دستگاه اجرائی می‌تواند مورد نیاز را مستقیماً یا به وسیله هر سازمان خاصی که مقتضی بداند بر طبق مقررات مندرج در این قانون خریداری و تملک نماید.» در ماده دو لایحه یاد شده نیز آمده است: «برنامه‌های مذکور در ماده یک شامل برنامه‌های است که اجرای آن برای امور عمومی و امنیتی دستگاه اجرائی لازم و ضروری باشد. ضرورت اجرای طرح باید به تأیید و تصویب بالاترین مقام اجرائی دستگاه اجرائی برسد.» بدین ترتیب، وجود طرح عمرانی یکی از شرایط تملک است؛ شرطی که در پرونده‌ای که شرح آن گذشت، وجود نداشت. برای همین، به گمان نگارنده، با توجه به نبود شرط یاد شده، می‌باید در اعتبار تملک تردید کرد. در این مسیر، می‌توان به تبصره یک ماده یک لایحه قانونی نحوه خرید و تملک اراضی و املاک برای اجرای برنامه‌های عمومی، عمرانی و نظامی دولت (الحاقی به تاریخ ۱۳۸۸/۲/۲) استناد کرد. براساس این تبصره، «در مواردی که اسناد یا اقدامات دستگاه‌های اجرائی مبنی بر مالکیت قانونی (اعم از این که به اشخاص حقیقی و حقوقی واگذار شده یا نشده باشد) به موجب احکام لازم‌الاجرای قضایی ابطال گردیده یا می‌گردد، دستگاه مربوطه موظف است، املاک یاد شده را به مالک آن مسترد نماید لکن چنانچه در اثر ایجاد مستحدثات یا قرار گرفتن اراضی مذکور در طرح‌های مصوب، استرداد آن به تشخیص مرجع صادرکننده حکم متعذر باشد؛ دستگاه اجرائی ذیربط می‌تواند با تأمین اعتبار لازم نسبت به تملک این قبیل املاک مطابق این قانون اقدام نماید. در صورتی که حکم دادگاه مبنی بر خلع ید یا قلع و قمع صادر شده باشد، دادگاه مزبور با درخواست دستگاه اجرائی، دستور توقف اجرای حکم مزبور را صادر و دستگاه اجرائی ذیربط موظف است ظرف مدت شش ماه از تاریخ صدور دستور موقت نسبت به پرداخت یا تودیع قیمت روز املاک یاد شده اقدام نماید.»

## نتیجه

مالکی به این تصور که در ملکش قرار است طرح عمرانی ساخته شود، آن را به شهرداری می فروشد اما پس از مدتی که خبری از اجرای طرح عمرانی نمی شود، به چون و چرا می پردازد و در این مسیر، روشن می شود که تصور وجود طرح یاد شده از آغاز اشتباه بوده است. حال، آیا می توان فروش ملک به شهرداری را بی اعتبار دانست؟ وکلای خواهان به سراغ اشتباه در انگیزه می روند، خواسته ای که با توجه به ادبیات حقوقی، با پاسخ مثبت دادگاه روبه رو نمی شود. افزون بر این، به نظر می رسد بتوان از دو طریق دیگر نیز به خواسته یاد شده رسید: «تخلف از شرط تبانی» و «عدم رعایت تشریفات قانونی در تملک ملک».

## موخره

در پرونده ی دیگری که رویدادهای آن همانند پرونده پیش گفته است، دادنامه ای از سوی شعبه دوم دادگاه عمومی حقوقی خمینی شهر به شماره ۰۶۷۸/۳۳۳۳۳۳۳۳۳۳۳۳۳۳۳۳۳۳۳ مورخ ۱۳۹۳/۰۷/۲۶ نوشته می شود. در این دادنامه چنین می خوانیم:

«در خصوص دعوی آقای ح.ن. با وکالت آقایان ۱- محمدحسین نوری ۲- دکتر محمد مهدی الشریف و به طرفیت شهرداری درچه و به خواسته صدور حکم مبنی بر ابطال اقدامات خلاف قانون و شرع شهرداری درچه در جهت تملک غیرقانونی ملک موکل به شماره پلاک ثبتی ۵۵/۲۲ در درچه بخش ۱۴ ثبت اصفهان که دیوان عالی کشور با استدلال اینکه خواسته خواهان در حقیقت ابطال معامله و ابطال سند رسمی انتقال پلاک بلحاظ تدلیس و اغوا بوده، صلاحیت محاکم عمومی را مورد تایید قرار داده و وکلای خواهان با تقویم هریک از خواسته ها، به پنجاه و یک میلیون ریال همان خواسته را در دادگاه عمومی مورد تاکید قرار داده اند و وکلای خواهان در جلسه دادرسی مورخه ۹۳/۷/۶ علت ابطال را اشتباه اراده موکل در علت عمده عقد و رضای حاصل از اشتباه، بیان نموده اند که این ادعا جهت ابطال معامله اسناد رسمی آن مورد انکار خواننده قرار گرفته و این دادگاه نیز با توجه به اینکه منشا و تملک شهرداری درچه در پلاک ثبتی ۵۲/۲۲ وقوع عقد بیع فی مابین خواهان و شهرداری با انعقاد توافق نامه

مورخه ۷۷/۴/۸ بوده و اینکه علت عمده عقد بیع حسب مواد ۳۳۸ و ۳۶۲ قانون مدنی تملیک عین به عوض معلوم بوده و نه اینکه در طرح و مسیر بودن مبیع در پرونده مطروحه علت عمده عقد بیع باشد که اشتباه در آن باعث ابطال معامله شود و از طرفی در خصوص ادعای وکلای خواهان‌ها بر اینکه رضای موکل آنها حاصل از اشتباه بوده این ادعا نیز ناموجه و بلا دلیل است؛ زیرا هر چند حسب ادعای خواهان علت وقوع بیع در مسیر طرح عمرانی بودن ملک متنازع‌فیه بوده و ادله آن نیز توافق‌نامه مورخه ۷۷/۴/۸ بوده که در آن قید شده که پلاک واگذاری در مسیر طرح عمرانی بوده لیکن در حالی که رضا به بیع جهت اجرای طرح خاصی نبوده زیرا اگر جهت اجرای طرح خاص مدنظر بوده در توافق‌نامه مورخ ۷۷/۴/۸ صریحاً مورد اشاره قرار می‌گرفت و لذا این امر برای خواهان مورد اهمیت نبوده زیرا که این مورد در توافق‌نامه دو سال قبل نیز به تاریخ ۱۳۷۵/۴/۱۱ نیز تصریح نشده و طرفین در این خصوص سکوت نموده و دلیل دیگر اینکه خود خواهان در لایحه تقدیمی به دیوان عدالت اداری در مورخ ۱۳۸۹/۱/۲۰ نیز انگیزه خود در واگذاری پلاک ثبتی پیش‌گفته را بدین دلیل که «بجای آنکه این باغ در جهت منافع خصوصی من بکار گرفته شود اینکه برای اجرای یک طرح عمرانی و در جهت تامین نیازهای مردمی و عمومی در اختیار شهرداری قرار گرفته و در اولویت قرار داشتن مصلحت عمومی بجای منافع خصوصی و فردی» بیان نموده، وکیل ایشان نیز در لایحه شماره ۳۹۳-۸۹/۲/۲۲ نیز علت واگذاری و رضایت موکل به واگذاری را تحقق اهداف اعلام شده از طرف شهرداری و ایجاد امکانات رفاهی موثر در زندگی شهروندان بیان نموده که با واگذاری آن به شهرداری با توجه به وظیفه شهرداری در خدمت‌رسانی به شهروندان و اینکه ملک هنوز در مالکیت رسمی شهرداری بوده و در حال انتفاع از آن بوده محقق خواهد شد لذا اینکه تحقق عقد فقط منوط به اجرای طرحی باشد با دلایل فوق مخالف و از طرفی رعایت اصل صحت معاملات مندرج در ماده ۲۲۳ قانون مدنی نیز صحت و سلامت معاملات را مورد تاکید قرار داده و لذا با دلایل فوق و مستنداً به مواد پیش‌گفته و ماده ۱۹۷ از قانون آیین دادرسی مدنی دعوی خواهان را وارد ندانسته، حکم به رد دعوی خواهان صادر و اعلام می‌نماید. این رای حضوری و ظرف بیست روز پس از ابلاغ قابل تجدیدنظر در دادگاه تجدیدنظر استان اصفهان می‌باشد.»

با تجدیدنظرخواهی دادباخته، یکی از شعبات دادگاه تجدیدنظر استان چنين می نویسد:

«تجدیدنظرخواهی آقای ح.ن با وکالت آقایان محمدحسین نوری و محمدمهدی الشریف نسبت به دادنامه شماره ۶۷۸-۹۳/۷/۲۶ صادره از شعبه ۲ دادگاه عمومی حقوقی خمینی شهر متضمن صدور حکم رد دعوی تجدیدنظرخواه وارد است و بی شک قصد و اراده واقعی متعاقدين از شرایط صحت هر معامله بوده و قصد انشاء به شرط مقرون بودن به چیزی که دلالت بر قصد نماید موجب تحقق عقد می گردد و در مانحن فیه تنظیم هر دو توافق نامه ۷۵/۴/۱۱ و ۷۷/۴/۸ بر روی فرم های مخصوص و تعیین تکلیف املاک واقع در مسیر طرح های عمرانی شهرداری و همچنین قید عبارت (ملک واقع) در طرح شهرداری در سند رسمی انتقال شماره ۹۰۴۹۹-۷۷/۵/۷ دفترخانه ۳۱ اصفهان حاکی از اینکه عملیات خلاف واقع و مزورانه شهرداری درچه در تبیین وجود طرح مصوب در شکل گیری قصد واگذاری باغی که در طرح است و الزاماً می بایستی به شهرداری واگذار گردد نقش اساسی دارد و نامه شماره ۳۱۵۵-۷۷/۴/۲۰ شهردار وقت درچه خطاب به مدیر کل فنی استانداری نیز به خرید باغ به قیمتی به مراتب کمتر از قیمت واقعی اذعان گردیده که مفید تاثیر وجود طرح در اراده فروشنده است که در مجموع عملیات مزبور شهرداری شهر درچه در اعلام وجود طرح عمرانی مخل قصد انشاء و اشتباه تجدیدنظرخواه بوده و موجب بی اعتباری و بطلان واگذاری باغ مذکور گردیده لذا دادگاه مستنداً به مواد ۱۹۰ و ۱۹۱ قانون مدنی و ۳۵۸ قانون آیین دادرسی مدنی ضمن وارد دانستن تجدیدنظرخواهی مطروحه و نقض رای تجدیدنظرخواسته حکم به بطلان معامله پلاک شماره ۵۵/۲ بخش ۱۴ ثبت اصفهان و ابطال سند رسمی پلاک مذکور را صادر و اعلام می نماید. رای صادره قطعی است.»

### فهرست منابع:

- دکتر جعفری لنگرودی، محمد جعفر، حقوق تعهدات ج. ۱، جنگل، ۱۳۶۳.  
دکتر کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، مشارکت ها-صلح، چاپ دوم، گنج دانش، تهران، ۱۳۶۸.

## نقد دو رأی انتظامی

## درخواست اعاده دادرسی و کلا

دکتر نصرالله قهرمانی \*

## مقدمه

قبل از تصویب قانون نظارت بر رفتار قضات در تاریخ ۹۰/۷/۱۷ توسط مجلس شورای اسلامی، امکان درخواست اعاده دادرسی از احکام دادگاه های انتظامی قضات توسط وکلا، در هاله ای از ابهام قرار داشت، زیرا طبق ماده ۳ قانون «تجدیدنظر در احکام دادگاه های انتظامی قضات مصوب ۳۷/۱۰/۱۹» احکام صادره از دادگاه عالی انتظامی قضات مبنی بر محکومیت قاضی یا وکیل دادگستری از درجه ۳ به بالا، در صورت وجود یکی از موجبات اعاده دادرسی مندرج در قانون آیین دادرسی کیفری یا مدنی، قابل درخواست اعاده دادرسی از دادگاه عالی تجدیدنظر انتظامی قضات بود. از طرف دیگر «لایحه قانونی تعیین مرجع تجدیدنظر و اعاده دادرسی نسبت به احکام دادگاه عالی انتظامی قضات مصوب سال ۵۸ شورای انقلاب» ضمن تقلیل اعضای دادگاه تجدیدنظر قضات از ۵ نفر به ۳ نفر و تغییر نام آن به «هیات تجدیدنظر انتظامی قضات» در ماده ۲ مقرر می داشت: «مرجع درخواست اعاده دادرسی نسبت به احکام دادگاه عالی انتظامی نیز همین هیأت خواهد بود.» به دلیل اینکه بر خلاف قانون مصوب سال ۳۷ که در آن صراحتاً به احکام صادره مبنی بر محکومیت وکلا اشاره شده بود، ولی در قانون اخیر ذکری از وکلا به میان نیامده بود،

\* وکیل دادگستری و دادستان انتظامی اسبق کانون وکلای دادگستری مرکز

برخی از شعب دادگاه انتظامی بر این باور بودند که قانونگذار سال ۵۸ رسیدگی به درخواست اعاده دادرسی از احکام انتظامی مربوط به وکلا را همچنان در صلاحیت دادگاه عالی انتظامی قضات باقی گذاشته ولی صلاحیت رسیدگی به درخواست اعاده دادرسی احکام مربوط به قضات را به هیأت پیش بینی شده در قانون سال ۵۸ داده است.<sup>۱</sup> لیکن شعبه اول دادگاه عالی انتظامی قضات، به درستی عقیده داشت که قانون مصوب سال ۵۸ صرفاً در مقام تقلیل اعضای دادگاه تجدیدنظر از ۵ نفر به ۳ نفر و نیز تغییر نام آن به «هیأت تجدیدنظر» بوده است و نمی‌خواسته است صلاحیت دادگاه عالی انتظامی را از صلاحیت هیأت تجدیدنظر به گونه ای که فوقاً بیان شد از هم تفکیک نماید.<sup>۲</sup>

با تصویب قانون نظارت بر رفتار قضات، انتظار می‌رفت این تشست آراء در مورد مرجع درخواست اعاده دادرسی احکام مربوط به وکلا به وحدت نظر تبدیل شود. لیکن دادگاه عالی تجدیدنظر انتظامی قضات به موجب دادنامه شماره ۹۵ مورخ ۹۴/۷/۲۷ به استناد بند «چ» ماده ۴۷۴ قانون آیین دادرسی کیفری با تجویز اعاده دادرسی وکیلی که نسبت به دادنامه شماره ۷۳۷ مورخ ۹۳/۱۱/۲۹ شعبه اول دادگاه عالی انتظامی قضات درخواست اعاده دادرسی کرده بوده است، پرونده امر را به شعبه دیگر دادگاه عالی انتظامی قضات به شرح زیر ارجاع داده است: «بررسی محتویات پرونده بیانگر آن است که چک مورد مطالبه بابت حق الوکاله موضوع دیگری بوده که قبلاً از سوی آقای ... اقدامات لازم انجام شده است بنابراین مطالبه وجه چک از سوی وکیل، اقدامی خلاف شان محسوب نمی‌گردد و دلیلی بر اینکه چک مورد نظر بابت حق الوکاله دعوی اخیر بوده (وکیل مزبور نتوانسته اقدامات مثبتی انجام دهد و در نتیجه استحقاق کل آن را ندارد) نیست. با این وصف موضوع مشمول بند «چ» از ماده ۴۷۴ قانون آیین دادرسی کیفری است و با تجویز اعاده دادرسی پرونده به شعبه دیگر دادگاه عالی انتظامی قضات جهت رسیدگی و صدور رای ارجاع می‌گردد.»

۱. مراجعه شود به مقاله آقای ابراهیم یوسفی محله در مجله کانون وکلای دادگستری مرکز شماره پیاپی ۱۸۲ پاییز ۱۳۸۲ تحت

عنوان اعاده دادرسی از احکام انتظامی وکلا

۲. همان مرجع

**نقد رای شماره ۹۵ مورخ ۹۴/۷/۲۷ دادگاه عالی تجدیدنظر انتظامی قضاات**

به این دادنامه صادره از دادگاه عالی تجدیدنظر انتظامی قضاات، ایرادات زیر وارد است:

۱- ماده ۳۷ قانون نظارت بر رفتار قضاات که در زمان صدور دادنامه مورد بحث حاکمیت داشته، مقرر داشته است: «محکوم علیه می تواند نسبت به تمام احکام محکومیت قطعی یا قطعیت یافته به مجازات درجه ۵ به بالا صادره از دادگاه عالی انتظامی یا دادگاه عالی تجدیدنظر انتظامی، در صورت وجود یکی از موجبات اعاده دادرسی، درخواست اعاده دادرسی نماید. این درخواست حسب مورد به دادگاه عالی یا دادگاه عالی تجدیدنظر صادر کننده رای تقدیم و در صورت تجویز اعاده دادرسی از سوی دادگاه مزبور، در همان دادگاه رسیدگی می شود.» بنابراین با توجه به اینکه مرجع صادر کننده دادنامه موضوع درخواست اعاده دادرسی، شعبه اول دادگاه عالی انتظامی قضاات بوده و نیز رای موصوف در سال ۹۳ صادر شده بوده است، دادگاه عالی تجدیدنظر قضاات صلاحیت اظهار نظر در مورد پذیرش یا رد درخواست اعاده دادرسی را نداشته است.

۲- به موجب بند ۹ ماده ۵۶ قانون نظارت بر رفتار قضاات مصوب سال ۹۰، ماده ۳ قانون راجع به تجدیدنظر در احکام دادگاه عالی انتظامی قضاات مصوب سال ۱۳۳۷ که به موجب آن مرجعی به نام دادگاه عالی تجدیدنظر انتظامی قضاات تشکیل شده بود و این مرجع صلاحیت قبول یا رد درخواست اعاده دادرسی نسبت به احکام دادگاه عالی انتظامی قضاات را داشت، در زمان صدور دادنامه موضوع درخواست اعاده دادرسی، صریحاً نسخ شده بوده است.

۳- حتی در قانون منسوخ سال ۱۳۳۷ و نیز لایحه قانونی منسوخ سال ۵۸ شورای انقلاب پیش بینی نشده بود که دادگاه عالی تجدیدنظر انتظامی، پس از قبول درخواست اعاده دادرسی، پرونده مربوطه را جهت رسیدگی، به دادگاه عالی انتظامی ارجاع نماید. بلکه طبق قوانین مزبور، مرجع صدور مجوز اعاده دادرسی و نیز مرجع رسیدگی به چنین درخواست هایی، همان دادگاه عالی تجدیدنظر انتظامی بوده است و اقدام دادگاه عالی تجدیدنظر در این پرونده پس از پذیرش درخواست اعاده دادرسی، در ارجاع پرونده به شعبه دیگر دادگاه عالی انتظامی جهت رسیدگی،

منطبق بر قوانین حاکم در زمان صدور حکم نبوده است. متعاقب ارجاع پرونده موصوف به شعبه دوم دادگاه عالی انتظامی، شعبه مزبور چنین رای داده است: «در خصوص اعاده دادرسی نسبت به دادنامه شماره ۷۳۸-۹۳/۱۱/۲۹ صادره از سوی شعبه محترم اول دادگاه عالی انتظامی قضات که مطابق این رای آقای ... به تنزل درجه و کالت محکوم شده است صرفنظر از اقدامات انجام شده، با توجه به منطوق و مفهوم ماده ۳۷ قانون نظارت بر رفتار قضات در جایی که اعاده دادرسی را قانونگذار مورد پذیرش قرار داده است، مرجع تجویز و رسیدگی به اعاده دادرسی، دادگاهی است که رای قطعی را صادر نموده است، بنابراین تجویز اعاده دادرسی توسط مرجعی غیر از صادره کننده رای فاقد وجاهت قانونی است. و اما در خصوص موضوع معنونه: با التفات به قوانین موضوعه اصل بر این است که آراء قطعی قابل رسیدگی مجدد نمی باشد. در واقع اعتبار امر مختومه که از قواعد مسلم حقوقی است، مانع تجدیدنظر دادرسی می شود، مگر اینکه قانونگذار منصوصاً اجازه تجدید دادرسی را بدهد. با مذاقه به قوانین موضوعه، تنها موردی که وکلا می توانستند نسبت به آراء قطعی تقاضای اعاده دادرسی نمایند، ماده ۳ از قانون راجع به تجدیدنظر کردن در احکام عالی انتظامی قضات مصوب ۱۳۳۷/۱۰/۹ بوده است که این ماده برابر بند ۹ از ماده ۵۶ قانون نظارت بر رفتار قضات، نسخ صریح شده است. در واقع قانونگذار عالمانه و با اراده، تجدید دادرسی در خصوص آراء قطعی در مورد وکلای دادگستری را در قالب اعاده دادرسی از بین برده است. لذا مورد مطروحه وجاهت قانونی نداشته و قرار رد اعاده دادرسی صادر می شود. این رای قطعی است.

**نقد رای شماره ۶۲۴ مورخ ۹۴/۱۱/۱۸ شعبه دوم دادگاه عالی انتظامی قضات**  
 قسمت اول این رای که طبق ماده ۳۷ قانون نظارت بر رفتار قضات، دادگاه انتظامی صادرکننده رای موضوع درخواست اعاده دادرسی را صالح برای پذیرش یا رد درخواست اعاده دادرسی و متعاقب آن، رسیدگی دانسته است، منطبق بر موازین قانونی است اما معلوم نیست علیرغم این استدلال قانونی، چگونه خود این



شعبه، نسبت به رأیی که از شعبه اول دادگاه عالی انتظامی صادر شده بوده است، درخواست اعاده دادرسی و کیل محکوم علیه را رد کرده است؟ به عبارت دیگر، طبق استدلال شعبه دوم دادگاه عالی انتظامی، باید پرونده مربوطه جهت رسیدگی ماهوی به شعبه اول دادگاه عالی انتظامی ارجاع می‌گردد ولی شعبه دوم دادگاه عالی انتظامی خود را صالح به رسیدگی به درخواست اعاده دادرسی و کیل محکوم علیه دانسته و مبادرت به انشاء رای کرده است. شاید بتوان در توجیه این پارادوکس در رای شعبه دوم دادگاه عالی انتظامی، برایین باور بود که بین شعب دادگاه عالی انتظامی، اختلاف صلاحیت ذاتی وجود ندارد و شعب متعدد این نهاد انتظامی، اجزاء یک دادگاه واحد است که به منظور تقسیم کار، به شعب مختلف تقسیم شده است. اما ایراد عمده به رای شعبه دوم دادگاه عالی انتظامی این است که دادرسان این شعبه، آراء صادره از دادگاه عالی انتظامی را در مورد وکلا به موجب قانون نظارت بر رفتار قضات مصوب سال ۹۰، غیرقابل اعاده دادرسی دانسته‌اند؛ حال آنکه طبق قسمت اخیر ماده ۷۵ آئین نامه لایحه استقلال کانون وکلای دادگستری مصوب ۱۳۳۳/۱۲/۵، مرجع تجدیدنظر از احکام دادگاه‌های انتظامی وکلا، دادگاه عالی انتظامی قضات است. بنابراین، همواره بخشی از احکام دادگاه‌های انتظامی قضات را احکامی تشکیل می‌دهد که در مقام رسیدگی به درخواست تجدیدنظر اشخاص ذی‌نفع از جمله وکیل محکوم علیه، از احکام دادگاه‌های انتظامی وکلا صادر می‌شوند. حال چنانچه وکیلی طبق ماده ۳۷ قانون نظارت بر رفتار قضات مصوب سال ۹۰ بخواهد از رای دادگاه عالی انتظامی که در مقام تجدیدنظر از رای دادگاه انتظامی وکلا صادر شده است، درخواست اعاده دادرسی نماید، آیا شعبه رسیدگی کننده می‌تواند به چنین درخواستی ترتیب اثر دهد؟ قطعاً پاسخ به این پرسش منفی است زیرا قانونگذار سال ۹۰ به هیچ وجه در مقام ایجاد تضییق برای وکلا و سلب حق درخواست اعاده دادرسی از احکام دادگاه انتظامی قضات در مورد آنها نبوده است بلکه نویسندگان قانون مزبور خواسته‌اند اولاً به ابهامات موجود در مورد صلاحیت دادگاه عالی انتظامی قضات از یک سو و دادگاه عالی تجدیدنظر قضات از سوی دیگر و نیز هیأت تجدیدنظر انتظامی - که در مقدمه این نوشته به برخی از آنها

اشاره شده- پایان دهند. ثانیاً احکام مربوط به درخواست اعاده دادرسی را به اصول حاکم بر این قبیل درخواست ها منطبق سازند، زیرا چه در آیین دادرسی کیفری و چه در آیین دادرسی مدنی، صلاحیت رسیدگی به درخواست اعاده دادرسی اختصاص به دادگاهی دارد که حکم محکومیت قطعی یا قطعیت یافته، صادر کرده است.

نگاهی به فیلم حقوقی - اجتماعی «اسپات لایت»<sup>۱</sup>

## مصالح موکل مهمتر است یا اجرای عدالت؟

دکتر عباس ایمانی\*

### مقدمه

یک فیلم درام، ساخته تام مک کارتی<sup>۲</sup>، بر اساس یک سری داستان‌های نوشته شده توسط تیم «اسپات لایت»، داستان‌هایی که جایزه معتبر پولیتزر<sup>۳</sup> را به خاطر خدمت به عموم و جایزه اسکار بهترین فیلم و بهترین فیلم‌نامه را در سال ۲۰۱۵ به دست آورده است.

در سال ۲۰۰۱ تیم «اسپات لایت» روزنامه بوستون گلوب درباره میل جنسی کشیش‌های کاتولیک به کودکان<sup>۴</sup> تحقیق می‌کنند. آنها ابتدا با چند مورد سوء استفاده جنسی مواجه می‌شوند که تعدادشان به تدریج از ۴ به ۱۳ و ناگهان به رقم عجیب ۹۰ می‌رسد. بعد از دنبال کردن سرنخ‌ها، مصاحبه با قربانیان و وکلا و ماهها تلاش بی‌وقفه گزارشگران خود، در سال ۲۰۰۲ گزارشی منتشر ساختند که شوک عظیمی به آمریکا و دیگر کشورها وارد کرد. در پرونده مهم و تأثیرگذار رسوایی کلیسا، سه وکیل دادگستری نقش مهم و وضعیت اخلاقی - حرفه‌ای پیچیده و معماگونه‌ای از خود نشان می‌دهند که از رفتارهای شغلی و آثار و نتایج کار آنها می‌توان نگاه جانبدارانه فیلم نسبت به ویژگی‌های «وکیل خوب» و «وکیل بد» را درک کرد.

\* وکیل دادگستری

1. Spotlight
2. Tom McCarthy
3. Pulitzer prize
4. pedophile

در این نوشته کوتاه، ضمن اشاره به خطوط کلی فیلم، به نقش و وضعیت «وکیل» در این فیلم می‌پردازیم.

## ۱- خطوط کلی فیلم:

### ۱-۱- مسئولیت اجتماعی رسانه‌های عمومی:

در رسوایی بزرگ کلیسا که در جریان داستان فیلم به آن اشاره شده است، نهادهای مطبوعات و قضاوت و وکالت همکاری مؤثری از خود نشان می‌دهند که اولین و مهمترین آن نقش روزنامه‌نگاران است. این فیلم با تأکید بر مسئولیت اجتماعی روزنامه‌نگاران حقیقت‌جو، خاطر نشان می‌سازد که روزنامه‌نگار می‌تواند وجدان بیدار جامعه محافظه‌کار و ترس‌خورده باشد و برای احیای حقوق عامه بکوشد و همه توان، هوش، زیرکی، جسارت، شجاعت، تجربه و دانش‌اش را برای کشف حقیقت به کار گیرد و در این راه هیچ ترسی به دل راه ندهد و مرعوب و تسلیم نهادهای زر و زور و تزویر نشود.

روایت این فیلم بر اساس الگوی روایی فیلم‌های کارآگاهی است، اما در آن نقش سخت و پرمسأله کارآگاه در یافتن سرخ‌ها و رسیدن به حقیقت را یک تیم جست‌وجوگر ژورنالیست بر عهده دارند و در این مسیر از هیچ تلاشی فروگذار نمی‌کنند تا آنجا که برای کشف حقیقت به استناد قانون اساسی به دادگاه درخواست انتشار مدارک پرونده‌های مربوط به جرایم جنسی کشیشان را می‌دهند و نتیجه هم می‌گیرند.

باری، با روزنامه‌نگاری متهورانه می‌توان نهادهای پرنفوذ اما خلافکار را زیر سؤال برد و شرط اساسی این امر، چیزی نیست جز «آزادی بیان و مطبوعات».

### ۱-۲- تقدس پوشالی کشیش‌ها

در ابتدای فیلم صحنه‌ای از محل کلانتری بوستون در ۱۹۷۶ را نشان می‌دهد که در آن، مادر دو کودکی که قربانی سوء استفاده جنسی شده‌اند با کشیش گنوگان<sup>۱</sup> که متهم به سوء استفاده از کودکان است درباره پنهان داشتن رفتار شنیع کشیش در ازای دریافت پول مذاکره می‌کنند که در این حین معاون دادستان منطقه وارد

1. Geoghan

کلانتری می‌شود و همه چیز حکایت از همراهی وی با کلیسا در سرپوش گذاشتن بر بدی‌های آن کشیش دارد.<sup>۱</sup> فیلم بلافاصله به سال ۲۰۰۱ می‌رود که قضیه کاردینال لاو<sup>۲</sup> در جریان است. او متهم است که جرایم کشیشان را پنهان می‌سازد و به لطایف‌الحیل، از جمله مذاکره با خانواده‌های قربانیان به واسطه وکلای میانجی و پرداخت پول‌های گزاف و نفوذ در دادگستری و تبلیغات گسترده و کارهای ظاهراً نیکوکارانه و نظایر اینها، اجازه طرح و تعقیب آنها را نمی‌دهد، تو گویی «خیکی ندیده، دوشابی نریخته!». اوایل فیلم طوری پیش می‌رود که نشان دهد کلیسا توانسته قضیه کشیشان بچه‌باز را بیش از ۲۵ سال در پرده پندار و سکوت نگه دارد. اما در ادامه، تلاش و همراهی مطبوعات و برخی وکلای درستکار و بخشی دیگر از نهاد قضاوت که به کلیسا باج نمی‌دهد، از فساد دیرینه و گسترده کلیسا پرده برمی‌دارد. بدین سان و ناگهان، تقدس پوشالی نهاد کلیسا فرو می‌ریزد! نهادی که یکی از قوی‌ترین و بانفوذترین و ثروتمندترین نهادها در جهان است و همه چیز را کنترل می‌کند و نزد عموم اعتبار بسیار دارد. این اعتبار و ایضاً فروریختگی آن را از زبان یکی از قربانیان زشتکاری‌های کشیشان (که در دوران صغارت قربانی شده و در زمان بیان این حقایق کبیر است) بهتر می‌توان فهمید:

«... من ۱۱ ساله بودم که طعمه پدر دیوید هالی شدم. به جای آن که برایم دعا کند مرا طعمه خود ساخت... وقتی بچه‌ای از خانواده‌ای فقیر باشی، دین نقش مهمی در زندگی شما ایفا می‌کند. و وقتی یک کشیش به شما توجه کند امر بسیار مقدس و مهمی رخ داده است... اگر از شما بخواهد پول خیریه جمع کنید و آشغال‌ها را بیرون ببرید، حس خاصی به شما دست می‌دهد... انگار که خود خدا از شما چنین درخواستی کرده... با او به هر صورت ادامه می‌دهید حتی اگر روزی از شما رابطه جنسی بخواهد. شما آن را انجام می‌دهید چون تصور می‌کنید که چطور می‌توان به نماینده خدا جواب رد داد؟!»<sup>۳</sup>

طرفه آن که یکی از کشیش‌ها که از خدمت کلیسا دوری گزیده و در منزل

۱. غافل از آن که «خبره‌تر سازد مدارا زنگی بدمست را».

## 2. Law

۱. کشیش‌ها به قربانیان خود می‌گفته‌اند که بهتر است این مسائل را جایی بازگو نکنید و الا در آتش جهنم خواهید سوخت!

خواهرش زندگی می‌کند در پاسخ به کنجکاوی‌های یکی از روزنامه‌نگاران، نه تنها سوء استفاده از کودکان را انکار نمی‌کند بلکه این کار خود را طبیعی و عادی جلوه می‌دهد.<sup>۱</sup>

باری، کشیشان که نمی‌دانستند روزگار ستم‌اندیش در کینه آنهاست و به همت عالی‌نهادهای جامعه مدنی «داد خود، عاقبت کار ز ما بستانند»، حال، آن کار دیگرشان که در خلوت می‌کردند، داستانی است که بر هر سر بازاری هست و به قول یغمای جندقی «داستانی است که افسانه هر انجمن است».

## ۲- وکیل در «اسپات لایت»

### ۲-۱- وکلای فیلم:

**الف - وکیل گرابیدین:**<sup>۲</sup> وکیل برخی از قربانیان است. مقابل نهاد پر قدرت کلیسا قرار گرفته و به همین علت، با شکایت کلیسا سه بار برای محرومیت از وکالت به هیأت بررسی صلاحیت وکلا احضار شده. از وضع به هم ریخته دفتر کارش می‌توان فهمید که بسیار شلوغ و پرکار است. آنقدر غرق کارهای وکالت شده که حتی ازدواج هم نکرده (با کارش ازدواج کرده!). او وقت هیچ کاری را ندارد جز «وکیل بودن». برای پیشبرد کارش «دیوانگی» نمی‌کند و متوهم نیست بلکه از تجربه‌هایش بسیار کمک می‌گیرد. در برخورد با مسائل همکارانش اخلاق مدار است، مثلاً وقتی خبرنگار «اسپات لایت» دیگر وکیل فیلم، مک‌لیش، را اجیر شده کلیسا و نادرستکار معرفی می‌کند، گرابیدین سریع مانع ادامه صحبت او می‌شود و می‌گوید «او قسمتی از راه حل مسأله شما نیست، با او کاری نداشته باشید»؛ یعنی، همکار خود را لجن مال نمی‌کند. نگاه گرابیدین به اتفاقات کلیسا ژرف و چندبعدی است. او مردم بوستون را نیز در بروز این اتفاقات مقصر می‌داند و می‌گوید چطور این مردم با سرسپردگی به قداست ظاهری کلیسا، تجاوز کشیشان به کودکانشان را سالها لاپوشانی کرده‌اند؟! و به طعنه می‌گوید شاید اگر او نیز اهل بوستون بود (او ارمنی و مهاجر از ارمنستان

۱. که مرا یاد این دو بیت شعر اوحدالدین کرمانی انداخت:

شاهدبازم هر آن که انکار کنند / چون درنگری روز و شب این کار کنند  
آنها که ببینی همه شاهدبازند / آن زهره ندارند که انکار کنند

است) تا این حدّ برای مقابله با کلیسا از خودش و شغلش مایه نمی‌گذاشت. او چنین بحرانی را حاصل یک فراموشی یا غفلت جمعی می‌داند که جز با آگاهی همگانی و تلاش تیمی حل نمی‌شود. وکیل گرابیدین آدم سرد و گرم چشیده و دنیادیده‌ای است، فی‌المثل «خیلی گلوله توی شاخش خورده است!». وکیلی پاکدل است و کلامش اثر دارد. او برای کودکان معصومی که در گیر و دار فتنه کلیسا سوخته‌اند، عمیقاً دل می‌سوزاند. وکیلی خستگی‌ناپذیر و ناآشنا با یأس و دلمردگی: «در اگر بسته شود، رخنه دیواری هست». او در عین زبده‌گی و شجاعت، محافظه‌کار و محتاط هم هست و از موانع خاص این نوع پرونده‌ها آگاه است و در رفتار حرفه‌ای خود به شکلی قابل درک، ترس‌ها و عقب‌نشینی‌های تاکتیکی این نوع درگیری‌ها را نشان می‌دهد. در واقع، همکاری و همراهی گرابیدین با روزنامه‌نگاران و اطلاعات حقوقی و تلاش‌های زیرکانه او از دلایل اصلی موفقیت «اسپایت‌لایت» در رسوایی بزرگ کلیسا است. نکته آخر این که، ظاهر فردی، شغلی، و زندگی گرابیدین حاکیست که: وکلای درستکار ثروتمند نمی‌شوند!

**ب - وکیل اریک مک‌لیش:**<sup>۱</sup> وکیلی که میانجی خانواده قربانیان و کلیسا می‌شده و طرفین را به مصالحه می‌رسانده. یعنی در ازای مبالغی که از اسقف اعظم برای خانواده قربانیان می‌گرفته، مانع طرح شکایت آنان علیه کشیشان می‌شده. او با این روش موفق شده ۴۵ کشیش را از تعقیب کیفری نجات دهد. مک‌لیش نماد یک وکیل نتیجه‌گراست که فارغ از اصول اخلاقی و اجتماعی شغل و کالت و با استفاده از ترفندهای مذاکره و میانجی‌گری خصوصی<sup>۲</sup> حتی از وضعیت قربانیان جنسی پول درمی‌آورد. او به طور خاص و حرفه‌ای، اهل «فیصله دادن» اختلافات است و نه مرد میدان «حقوق حقوق». اعضای «اسپایت‌لایت» به کنایه به مک‌لیش می‌گویند که در میان این پرونده‌ها فقط به فکر آن بوده که برای خود «کسب و کار جدیدی» درست کند.<sup>۳</sup> اخلاق حرفه‌ای مک‌لیش از مباحث مهم فیلم است که از زبان روزنامه‌نگاران

1. Eric Macleish

2. Private mediation

۳. آنها از اصطلاح cottage industry استفاده می‌کنند که در لغت به معنای «صنایع دستی» است و در اصطلاح، «ایجاد

کسب و کار جدید» است.

بارها بیان می‌شود: «آیا کار مک‌لیش درست و اخلاقی بوده یا خیر؟». «مک‌لیش در قبال موکلانش وظیفه داشته بهترین معامله و مصالحه ممکن را انجام دهد و بیشترین پول را بگیرد».

مک‌لیش خیلی زیرکانه با موکلانش قرارداد محرمانگی<sup>۱</sup> اطلاعات<sup>۱</sup> منعقد می‌کرده تا در مواقع لازم از افشای راز موکلانش طفره برود. او برای پاسخ ندادن به خبرنگاران به همین قرارداد استناد می‌کند و با بیان این که «قربانیان نمی‌خواهند هویت‌شان فاش شود» خود را از تله آنان می‌رهاند و در جواب اعتراض آنها می‌گوید: «سیستم این‌طور کار می‌کند...». بر عکس وکیل گرابیدین، ظاهر فردی، شغلی، و زندگی مک‌لیش حاکمیت که: وکلای نادرستکار ثروتمند می‌شوند!

**ج - وکیل جیم سالیوان:**<sup>۲</sup> از وکلای اسقف اعظم است که از کشیشان متهم به تعرض جنسی دفاع می‌کند. وکیلی است مرموز و پرنفوذ و سوار بر موج اقتدار عمومی و اجتماعی کلیسا. او که فقط در چند صحنه کوتاه از فیلم دیده می‌شود، در مقابل درخواست‌های مکرر رابینسون (رئیس تیم «اسپات لایت») مبنی بر افشای نام کشیش‌های خطاکار مقاومت می‌کند و همچون وکیل مک‌لیش، می‌گوید افشای نام موکلان نقض محرمانگی رابطه وکیل - موکل است. اما در صحنه‌های نهایی فیلم، رابینسون، سالیوان را مجاب می‌کند تا لیست کشیش‌های متهم به سوء استفاده از کودکان را افشا کند. آنچه سالیوان افشا می‌کند شگفت‌آور است. او از بیش از ۷۰ کشیش دفاع کرده و با پرداخت مبالغی ناچیز به خانواده قربانیان، قضیه را خارج از دادگاه فیصله داده است...». بر عکس وکیل گرابیدین و مانند وکیل مک‌لیش، ظاهر فردی، شغلی، و زندگی وکیل سالیوان حاکمیت که: وکلای نادرستکار ثروتمند می‌شوند!

با افشای نام کشیشان خطاکار از سوی سالیوان، مصونیت رابطه وکیل - موکل مخدوش می‌گردد. سالیوان در راه حق و عدالت، ضوابط حرفه خود را زیر پا می‌گذارد! او همان کاری را می‌کند که رابینسون از او خواسته بوده: «کار درست را انجام بده

1. Confidentiality agreement

2. Jim Sullivan



و طرف حق را بگیر...». بدین سان، کارِ درستِ اخلاقی با کارِ درستِ حرفه‌ای به تعارض می‌رسند. آیا سالیوان وکیلِ خوب است یا آدمِ خوب؟! در ادامه بحث، از نگاه فیلم، درباره این معمای شگرف سخن می‌گوییم.

## ۲-۲- وکالت؛ حرفه یا رسالت اجتماعی؟

فیلم «اسپات لایت»، خواسته یا ناخواسته، اخلاق و ضوابط حرفه وکالت را به چالش گرفته است. در جایی از فیلم، این جمله از ماری کاناکتون<sup>۱</sup> استاد حقوق در دانشگاه بوستون، نقل می‌شود که برای وکلا «هر دعوایی یک معماست. هر دعوایی نوعی کشف و شهود است». نکته چالش‌برانگیز داستان این فیلم درباره وکلا این است که آیا وکلای مدافعِ کشیشانِ خطاکار سزاوار لعن و نفرین هستند یا خیر؟ در حالی که مثلاً وکیل سالیوان می‌گوید «من به این عوضی‌ها در دفاع کمک کردم، اما این شغل من است... من کارم را انجام دادم.» آیا جیم سالیوان و مک‌لیش فقط وکیل هستند و کارشان را انجام داده‌اند یا اساساً نباید به این «عوضی‌ها» کمک می‌کردند؟ نه فقط در این فیلم، بلکه در عالم واقع نیز مرزهای اخلاقی - اجتماعی کار وکلا معماگونه و چالش‌برانگیز است. فیلم بارها این معمای حل‌ناشدنی را برجسته می‌سازد و این پرسش را به بیننده القا می‌کند که یک وکیل چطور می‌تواند از افراد بد و شریر دفاع کند و باز به کار خود ادامه دهد؟!

در جریان داستان فیلم بارها بر اصل و ضابطه حرفه‌ای «محرمانگی اطلاعات ناشی از رابطه وکیل - موکل» تأکید می‌شود. طبق این اصل، وکیل باید وکالت موکلش را با جدیت و مشتاقانه در چهارچوب قانون انجام دهد و در عین حال، اطلاعات موکل خود را افشا نکند (مگر با اجازه موکل و یا در موقعیت‌های خاص به دستور دادگاه). با این اوصاف، وکیل سالیوان با افشای اسامی ۷۰ نفر از موکلان خود، ضابطه حرفه‌ای مزبور را نقض می‌کند، فقط به این علت که رفتارهای موکلانش وجدان اخلاقی - اجتماعی‌اش را به درد آورده است. مگر جیم سالیوان از ابتدای کار نمی‌دانست که موکلانش گناهکارند؟ یا چرا در میانه کار از پرونده کناره‌گیری نکرده است؟ اما این کار برای وکلا همیشه آسان نیست، بخصوص وقتی وکیل در

1. Mary Connaughton

میان‌ه محاکمه یا در مسیر مذاکرات برای حل و فصل قضیه یا در فرایند میانجیگری یا داوری باشند و کناره‌گیری از پرونده به منافع و حقوق احتمالی موکل (و منافع مالی خود وکیل!) آسیب برساند. جدا از این موارد، در قانون اساسی بسیاری از کشورها، همه شهروندان - حتی افراد شرور و بزهکار - حق یافته‌اند که برای دفاع از خود وکیل اختیار کنند و این حق و اختیار در متمم پنجم قانون اساسی آمریکا نیز پیش‌بینی شده و در رویه قضایی این کشور جایگاه بسیار مهمی دارد.

فیلم به غلط، طوری می‌نمایاند که وکلای آدمیان شرور، بد و نادرستکار هستند، در حالی که در عالم واقع، وکلای خوب و اخلاق‌مداری هستند که به اقتضای موقعیت شغلی از مردمان شرور و بزهکار دفاع می‌کنند، چون هر کسی با هر اتهام و وضعیت مستحق محاکمه عادلانه است. این دوگانگی برداشت عمومی نسبت به کار وکلا، در فیلم «اسپات لایت» برجسته و نمایان است. این فیلم، یک‌سویه و هدفمند، پرسش‌هایی در ذهن مخاطب ایجاد می‌کند که هیچ پاسخی ندارند و قرن‌هاست صنف وکلا با آنها دست و پنجه نرم می‌کنند.

در آخرین سکانس‌های فیلم صحنه‌ای وجود دارد که اعضای تیم «اسپات لایت» دور میز سردبیر روزنامه حلقه زده‌اند و درباره انتشار قریب‌الوقوع گزارش‌های خود صحبت می‌کنند که در این میان، بحثی هم درباره وکیل سالیوان درمی‌گیرد، با این مضمون که، آیا سالیوان بایستی کار درست و بحق (دفاع نکردن از کشیش‌های خطاکار) را انجام می‌داد، یا این که اگر فقط نقش حرفه‌ای خود را به عنوان یک وکیل ایفا کرده است پس ایرادی متوجه او نیست... برخی نظر به رقم نخست داشتند و به بدگویی از او علاقه نشان می‌دادند. این نوع نگاه، نمونه کاملی است از نگاه کلی فیلم به نقش وکلا در جامعه. چه چیزی می‌تواند برای یک گروه از افراد ذی‌نفع، درست و بحق باشد و برای دیگر اعضای آن گروه نادرست و نابحق. گاهی اوقات کار و شغل خود را انجام دادن می‌تواند امر درست و بحق باشد و مواقعی دیگر ممکن است چنین نباشد. اما آنچه از زبان بارون (Baron)، سردبیر روزنامه، بیان می‌شود نوع دیگری است که بیشتر به دل و ذهن می‌نشیند. او می‌گوید زمانی که در کشاکش کاری هستید همیشه آسان نیست که دریابید چه اتفاقی در شرف

وقوع است، چه برسد به این که دریابید چه چیزی درست و بحق است. اگر بر روی کار خود نور بتابانید، ممکن است کمی بدی و ناپاکی نیز در خود بیابید.

### سخن پایانی

این فیلم حقوقی - اجتماعی را باید دید. «اسپات لایت» به دلایل مختلف یک شاهکار است. بهترین فیلم اسکار بوده و جایزه بهترین فیلم نامه را نیز از اسکار برده است. داستان واقعی پشتِ رسوایی بزرگ کلیسا را که دنیا را شوک زده کرد به نمایش می‌گذارد. در باب جنبه‌های اجتماعی - جرم‌شناختی بزه‌دیدگی کودکان، نکته‌های آگاهی‌بخش و خوبی دارد. بر نقشِ قهرمانانه فعالانِ صنفی در پیشبرد اهداف و آگاهی‌های فردی و اجتماعی جامعه مدنی، نگاه ژرف و شگرف دارد. تقدس پوشالی و عوام‌فریبانه نهاد کهن کلیسا را درهم می‌کوبد. رابطه دین با مدعیان دین را به چالش می‌گیرد و نهیب می‌زند که گول ظاهرسازان و دین‌فروشان را نخورید. شجاعت فردی و اجتماعی، کار تیمی و روابط فعالانه میان صنفی را می‌ستاید و کم‌کاری و فراموشی جمعی را سرزنش می‌کند. موضوعات و پرسش‌های معماگونه‌ای از اخلاق و ضوابط حرفه و کالت را در مرکز توجه دارد و در این باره فکر و چالش برمی‌انگیزد و نه تنها در این وادی به دنبال پاسخ‌ها و راه‌حل‌های کلیشه‌ای و شعارگونه نیست، بلکه زوایای ژرف و تکان‌دهنده آن را روشن‌تر کرده و اهمیت این پرسش در عالم و کالت را پررنگ‌تر می‌سازد: در شغل و کالت منافع و مصالح موکل مهمتر است یا حق و عدالت؟



نقدی بر فیلم «فروشنده» در پرتو آموزه‌های جرم‌شناختی - جامعه‌شناختی

## ترویج انتقام خصوصی یا تابوشکنی از ناموس پرستی؟

دکتر بهروز جوانمرد\*

### چکیده

فیلم فروشنده از دهم شهریور ۱۳۹۵ به اکران عمومی درآمد، در حالی که پیش از آن واکنش‌های متفاوتی را در میان برخی مقامات و نهادهای حاکمیتی و رسانه‌های نوشتاری در فضای واقعی و مجازی ایجاد کرده بود. از ترویج آموزه‌های سکولار و خویش‌نماری‌های غیر مرسوم در جامعه سنتی و متعصب ایران نسبت به مفاهیمی همچون هتک ناموس تا تابوشکنی جسورانه کارگردان در به چالش کشیدن حق مجازات کردن متجاوز به عنف توسط بزه دیده مستقیم یا غیرمستقیم (شوهر یا والدین) با توجیه توبه و ندامت و پشیمانی. در این نوشتار، فیلم مذکور در پرتو آموزه‌های جرم‌شناختی - جامعه‌شناختی مورد بررسی قرار می‌گیرد.

**واژگان کلیدی:** تجاوز به عنف، دادگستری خصوصی، توبه متجاوز، جامعه‌شناسی کیفری.

\* وکیل دادگستری و مدرس حقوق کیفری و جرم‌شناسی در دانشگاه آزاد اسلامی

### مقدمه

امیل دور کیم جامعه‌شناس فرانسوی ۱۲۰ سال پیش اعتقاد داشت جرم پدیده‌ای معمولی و بهنجار است؛ او در توجیه این دیدگاه دو علت را بیان می‌کرد؛ اولاً جرم در زمان‌ها و مکان‌های مختلف در طول تاریخ وجود داشته است و ثانیاً جرم جنبه عمومی دارد و خاص یک قشر و طبقه اجتماعی نیست. حال که جرم اجتناب ناپذیر است، پس حتماً دارای کارکردهای ویژه‌ای نیز می‌باشد: نخست اینکه، جرم موتور تحول اخلاق و بیداری جامعه است و نقاط خلاء و ضعف جامعه را به رخ می‌کشد و مجرمان گویی نابغه هستند. دوم اینکه پدیده مجرمانه امروز تبدیل می‌شود به پدیده بهنجار فردا؛ مانند قضیه محاکمه سقراط به علت کفرگویی و به انحراف کشاندن جوانان از طریق به چالش کشیدن آنها برای تفکر و عدم تقلید کورکورانه از آموزه‌های پیشینیان که پس از اعدام وی از طریق نوشیدن شوکران، همین اتهام یعنی «تفکر» بعدها تبدیل به یک «ارزش» شد.

به این سان، وجود جرم هم می‌تواند نقاط خلاء در جامعه را شناسایی کرده و هم سبب ایجاد تحول در اخلاق جامعه شود. جرم به نوعی یک محرک (تلنگر) و ضربه به اخلاق جامعه است و قضاوت‌های جامعه را متحول می‌کند. چه بسا فعل یا ترک فعلی که امروز در جامعه جرم است با گذشت زمانی قانونی شود. کما اینکه حدود ۲۰ سال پیش در حقوق کیفری ایران، استفاده از ویدئو و نوار ویدئو جرم بود اما استفاده گسترده مردم از ویدئو باعث شد که قانونگذار با این پدیده کنار آمده و آن را به عنوان یک پدیده مطلوب از نظر مردم بپذیرد و از آن جرم‌زدایی کند؛ چه بسا این اتفاق به زودی برای تجهیزات دریافت امواج ماهواره هم بیفتد..

نگارنده معتقد است یک هنرمند در کسوت کارگردان تأثیر یا سینما نیز می‌تواند نیروی محرکه تحول اخلاق جامعه باشد و با ساخت آنچه در ذهن می‌پروراند، تلنگری به اخلاق عمومی در مورد واکنش در قبال پدیده‌های مجرمانه معمول بزند. فیلم فروشنده تلاش یک زوج بزه دیده از آزار و اذیت جنسی را در قالب انتقام

۱. ماده ۵ قانون نحوه رسیدگی به تخلفات و مجازات فروشندگان لباس‌هایی که استفاده از آنها در ملاء عام خلاف شرع است

و یا عفت عمومی را جریحه دار می‌سازد / مصوب ۱۳۶۸

خصوصی زوج از فرد به ظاهر متجاوز را به روشی خود خواسته روایت می‌کند که می‌تواند از منظر آموزه‌های جرم‌شناختی - جامعه‌شناختی مورد بررسی قرار بگیرد.

### بحث

در فیلم فروشنده شاهد یک زوج به اصطلاح روشنفکر و تحصیلکرده از طبقه متوسط جامعه ایران هستیم که لزوماً ارزش‌های مورد احترام آنها با ارزش‌های حاکمیتی که در طول سالیان بعد از انقلاب تئوریزه شده است - حداقل از نظر سبک زندگی - مطابقت ندارد. قشری که برداشت‌هایشان از سنت، مذهب و مدرنیته، برداشت‌هایی خودخواسته است که در طول دوران تکوین شخصیت شان شکل گرفته است. نسلی که دوران کودکی‌اش آمیخته با جنگ تحمیلی در زیر صدای بمباران تهران رقم خورده است. نسلی که اگر هم در منزل ویدئو داشتند اما انتخاب فیلم با پدر خانواده بوده و بعد از تحولات نیمه دوم دهه هفتاد خورشیدی در فضای سیاسی ایران، شروع به مطالبه‌گری و بازتعریف برخی ارزش‌های سنتی در جامعه ایران نموده است. صرف‌نظر از دیدگاه‌های حکومت، این نسل (یعنی متولدین دهه ۵۰ و ۶۰ خورشیدی) که خانواده‌هایی مذهبی یا دست کم سنتی داشته‌اند، در گعده‌های پایان هفته با دوستان و همفکران خود به عنوان مزاح‌خاطرات و شیطنت‌های دوران کودکی و نوجوانی و بلوغ و واکنش‌های پدران و مادران خود را مرور کرده و شب‌نشینی‌هایی می‌کنند با محتوایی نه چندان مطلوب حاکمیت. کارگردان فیلم همچون فیلم‌های قبلی خود مانند «چهارشنبه سوری» و «درباره‌الی» یا «جدایی نادر از سیمین» تلاش دارد تماشاگر با چنین زوج‌هایی همذات‌پنداری (این‌همانی) نماید و بگوید این زوج می‌تواند خود تو باشد! به هر روی، در یک وضعیت نابهنگام و تصادفی به ظاهر خیلی معمولی که زوجی هنرمند به منزلی جدید نقل مکان می‌کنند که در آن واحد مورد نظر، پیشتر زنی به ظاهر روسپی مستاجر بوده و مالک این جریان را به زوج جدید اطلاع نمی‌دهد و در یک شب معمولی یک سوءبرداشت در زمان رسیدن همسر به منزل و باز کردن درب ساختمان بدون اطمینان از هویت فرد زنگ‌زننده، باعث ورود غریبه‌ای به منزل شده و به نوعی آزار و اذیت جنسی نسبت به زوجه مستاجر جدید صورت می‌پذیرد؛

هرچند که در فیلم عامدانه در خصوص اینکه آیا صراحتاً تجاوز جنسی صورت می‌پذیرد یا خیر صحبتی نمی‌شود.

چالش اصلی فیلم بعد از این اتفاق رخ می‌دهد که واکنش زوج که با همسرش هر دو بازیگر ثناتر هستند نسبت به این حادثه چیست؟! شاید اولین پاسخ از منظر هر ایرانی به این پرسش، تماس با پلیس ۱۱۰ ضمن اقدام به تدابیر درمانی مثلاً رفتن به پزشکی قانونی برای تعیین سطح خسارات جسمی باشد، اما از آنجایی که کارگردان به دنبال ایجاد محرک در قضاوت‌های تماشاگر است، این اتفاق فقط به تدابیر درمانی محدود شده و از آن به بعد، تماشاگر شاهد پیامدهای بعد از این واقعه و اثراتی که در فرد بزه دیده و رابطه‌اش با همسر و همسایگان و همکارانش و کاوش‌های زوج برای پیدا نمودن فرد متجاوز است؛ بدون آنکه از مقامات عدالت کیفری کمکی خواسته شود. هرچند زوج در روزهای بعد از این اتفاق با مشاهده برخی قرائن و امارات نظیر پیدا کردن جوراب‌های فرد متجاوز در اتاق خواب یا برخی لوازم مربوط به رابطه جنسی در کمدها یا سوئیچ اتومبیل یا تلفن همراه، تصمیم به شکایت کیفری می‌گیرد، اما به خاطر عدم تمایل همسرش به دلایل شخصی از این تصمیم منصرف شده و خود اقدام به جستجو برای پیدا کردن فرد متجاوز می‌نماید. در زمان‌های منتهی به اتمام فیلم، تماشاگر عام که متشکل از قشرهای مذهبی، سنتی، متجدد و نظایر آن می‌باشند و در انتظار یک واکنش آرامش بخش برای تشفی هیجان ایجاد شده در درون خود می‌باشند، در یک قرار صوری به بهانه بردن مقداری اثاثیه از واحد استیجاری قبلی، مشخص می‌شود فرد متجاوز نه یک جوان برومند بلکه پدرزن آینده وی و یک فرد تقریباً سالمند و آبرومند و زحمتکش و ظاهرالصلاح و دارای همسری به ظاهر متشرع و مذهبی و دختری در شرف ازدواج است. بعد از اطمینان از اینکه فرد متجاوز، خود همین فرد بوده و اعلام ندامت و پشیمانی او با ابراز اینکه در یک لحظه وسوسه شده و یا فکر می‌کرده که چون درب ساختمان به روی او باز شده همچنان مستاجر قبلی بوده، تاکید می‌کند که فرد آبروداری است و تقاضای بخشش می‌کند. همسر فردی که مورد آزار جنسی و ضرب و شتم قرار گرفته، بعد از اینکه او را در اتاقی مربوط



به آپارتمان قبلی شان حبس می‌کند، شب هنگام با همسر خود به محل مورد نظر مراجعه کرده و با خانواده وی تماس می‌گیرد تا جریان را برای آنها تعریف کند. در اینجا چالشی بین زوجه و زوج در می‌گیرد و زوجه که خود بزه دیده بوده، از همسر خود تقاضای آزاد کردن او را می‌کند. در این میان، حال عمومی فرد بزه‌کار نامساعد شده و اتفاقاً همین زوج به اصطلاح آسیب دیده از این اتفاق، به فرد مهاجم کمک رسانی می‌کنند تا خانواده وی برسند. صحنه‌های مواجهه بین همسر فرد متجاوز که مدام در حال ذکرگویی در زمان بالا آمدن از پله‌های ساختمان می‌باشد، قوای احساسی و عقلانی تماشاگر را به چالش می‌کشد که در انتها چه اتفاقی قرار است بیفتد. بعد از آنکه کمی حال فرد متجاوز با دیدن همسر و دختر و دامادش بهتر می‌شود و همسر زن بزه دیده با تهدید همسر خود مبنی بر اینکه اگر حرفی بزند دیگر با او کاری ندارد، به بهانه حساب و کتاب کردن با فرد متجاوز او را به اتاقی برده و مقداری از لوازم باقی مانده از فرد متجاوز که در منزل جدید جا گذاشته بوده را به همراه پول‌هایی که متجاوز داخل کشوی اتاق خواب برای مورد نظر گذاشته بود به وی پس داده و او را با یک سیلی راهی بیرون می‌کند. در اینجا مجدداً حال فرد متجاوز رو به وخامت می‌گذارد، به طوری که با اورژانس تماس گرفته می‌شود و مشخص نمی‌شود که آیا فوت کرده یا زنده است. فیلم در اتاق گریم مربوط به تئاتری که زوج نقش اول فیلم در آن بازی می‌کنند و هر یک به آینه خیره شده‌اند، پایان می‌پذیرد.

### یافته‌ها و نتیجه

فیلم برای یک حقوقدان به نوعی یادآور دوره انتقام و دادگستری خصوصی، یکی از نحله‌های تحولات حقوق کیفری باستان در دوره کارشناسی در درس حقوق جزای عمومی است که بر اساس نظریه انتقام خصوصی، هر گاه انسان مورد حمله دیگری قرار گیرد به حکم طبیعت و غریزه خود در صدد انتقام بر آمده و بدی را با بدی جبران می‌نماید. همین دفاع غریزی است که پایه حقوق جزا را تشکیل می‌دهد. خصوصیات بارز این دوره عبارت بود از جمعی بودن مسئولیت کیفری و

غیر شخصی بودن مجازات، بی عدالتی در اعمال آن که هیچ تناسبی بین جرم و مجازات چه از جهت شدت و ضعف و چه از جهت نوع جرم و نوع مجازات وجود نداشت. گاهی ممکن بود برای جرم کوچکی مجازات قتل - که آن هم محدود به خاطی نمی‌شد - در نظر گرفته می‌شد. همچنین هدف از اجرای مجازات صرفاً انتقام یعنی ترضیه خاطر و آرامش قلبی پیدا کردن مجنی علیه بود که آتش آن می‌توانست هم دامنگیر شخص مرتکب شود و هم اقارب وی را در بر گیرد. مجری چنین انتقامی نیز معمولاً خود افراد صاحب حق و والدین و بستگان آنها بودند و مقام رسمی و بی طرف شبیه آنچه امروز به رسمیت شناخته می‌شود، وجود نداشت. اینکه آیا کارگردان به دنبال ترویج انتقام خصوصی به جای کمک گرفتن از عدالت کیفری بوده یا به دنبال تابوشکنی مفاهیمی همچون ناموس پرستی یا غیرت و تعصب نسبت به زوجه از سوی زوج، پرسشی است که به سهولت نمی‌توان پاسخ آن را داد. اما واکنش‌های بعد از فیلم که حاصل مشاهدات شخصی نگارنده است، دو نوع رویکرد را بیشتر نشان می‌دهد؛ دسته ای اقدام به تحسین کارگردان جهت پیام فیلم یعنی بخشش و تسامح و تساهل به خاطر بقای زندگی می‌کردند و دسته دیگری که نه تنها قشر به ظاهر مذهبی در نوع پوشش و آرایش، که اتفاقاً قشری که از نظر حاکمیت نوع پوشش و آرایش آنها مورد تایید نبوده و شاید در میادین و شوارع پایتخت مورد بازخواست مامورین موسوم به ارشاد نیز قرار بگیرند، معتقد بودند که فیلم با واقعیات امروز جامعه ایران که اگر مردی با چنین واقعه‌ای مواجه شود، اگر خیلی مهربانی به خرج داده و همسر خود را طلاق ندهد و اگر هم نخواهد از سازوکارهای رسمی کمک بگیرد (به خاطر حفظ آبرو و ملاحظات اجتماعی) در صورتی که خود بخواهد به دنبال یافتن بزهدار و کشف حقیقت برود، آمارها حکایت از قتل عمدی با اعتقاد مهدورالدم بودن می‌کند تا زدن یک سیلی و مجوز خروج دادن از اسارتگاه که یادآور مکالمه بین شاگرد و معلم در فیلم مذکور است که در پاسخ دانش آموزی که می‌پرسد انسان چطور می‌تواند تبدیل به گاو شود، پاسخ می‌دهد به مرور!

نکته‌ای که در این میان قابل تأمل است اینکه کارگردان فیلم موفق شده است

تلنگری را که می خواسته به اخلاقیات جامعه بزند؛ این را از واکنش‌های بعد از فیلم و از زمان بلند شدن از صندلی سینما تا سوار شدن به اتومبیل می توان شنید و مشاهده کرد. اما اینکه ایجاد این موج تا چه حد می تواند در همزادپنداری ذهنی و عملی تماشاگر یاری‌رسان باشد، نیاز به تصریف زمانی بیشتری دارد. با این توضیح که تماشاگران اعم از زن و مرد بگویند «اگر جای مرد نقش اول فیلم بودند چه می کردند!؟» یا بانوان با خود فکر کنند که اگر متأهل بودند و چنین اتفاقی برایشان می افتاد چه انتظاری از همسر خود و از عدالت کیفری داشتند؟ آیا با اعلام توبه و ندامت متجاوز، باید او را بخشید؛ به ویژه وقتی خانواده‌ای آبرومند داشته باشد و فقط در یک لحظه وسوسه شده و دست به تجاوز جنسی زده باشد؟ آیا قشری از مردم متعلق به طبقات فرودست و یا میانی جامعه ایران - که بیشترین حجم ورودی پرونده در دادسراها مربوط به این قشر می باشد - در شرایط مشابه، توبه متجاوز را می پذیرند یا به نحو دیگری عمل می کنند؟ پاسخ به این پرسش ها را می توان در پرتو قلمرو جامعه شناسی کیفری جستجو نمود. توضیح اینکه جامعه شناسی جنایی، رشته‌ای از زیر شاخه‌های جرم شناسی است به معنای علم بررسی کلیه پدیده‌های اجتماعی آفریننده رفتارهای ضد اجتماعی فردی و جمعی برای نابود کردن یا کاهش دادن آنها، مخصوصاً رفتارها و اعمال خشونت‌آمیز و جرایم بی‌رحمانه و سوء قصدهای علیه اشخاص. به عبارت دیگر، جامعه‌شناسی جنایی عبارت است از علت‌شناسی محیطی جرم از زاویه جامعه‌شناسی. از این تعریف چنین برمی آید که اولاً جامعه‌شناسی جنایی، جرم را پدیده‌ای اجتماعی می داند که موجودیتش وابسته به عمل خارجی است و بر فرد و اجتماع تأثیر می بخشد، در حالی که جرم از نقطه نظر علوم دیگر جرم‌شناسی، پدیده‌ای فردی است که از نظر ساختمان فردی مورد بررسی قرار می گیرد. ثانیاً فضای جامعه‌شناسی جنایی با جامعه‌شناسی کیفری متفاوت است، زیرا جامعه‌شناسی کیفری از زیر شاخه‌های جامعه‌شناسی حقوق به معنای مطالعه نهادهای مختلف نظام حقوق کیفری از منظر جامعه‌شناسی است. به علاوه بازنمایی اجتماعی این نهادها در افکار عمومی و قضاوت جامعه نسبت به آنها می باشد؛ اما هر دو عنوان جامعه‌شناسی جنایی و کیفری زیر

مجموعه رشته مادر «حقوق کیفری» می‌باشند.

از منظر جامعه‌شناسی کیفری، در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ شبیه داستان فیلم فروشنده، ماده‌ای وجود دارد که به قاضی اجازه می‌دهد در جرم تجاوز به عنف اگر توبه متجاوز احراز شد، به جای مجازات اعدام، حبس و شلاق تعزیری بدهد. تبصره ماده ۱۱۴ این قانون مقرر داشته «در زنا و لواط هرگاه جرم به عنف، اکراه و یا با اغفال بزه دیده انجام گیرد، مرتکب در صورت توبه و سقوط مجازات به شرح مندرج در این ماده به حبس یا شلاق تعزیری درجه شش یا هر دو آنها محکوم می‌شود.» ماده‌ای که تا پیش از این، مشابه آن در پهنه حقوق کیفری ایران وجود نداشت و برخی نویسندگان، وجود آن را در قانون، مضر و خطرناک می‌دانند؛ چرا که معتقدند اگر بزه دیده یا همسر اقارب وی ببیند فرد متجاوز به عنف از مجازات اعدام گریخته و به حبس و شلاق محکوم شده و این امر هم موجبات تشفی خاطر و آرامش روحی بزه دیده را فراهم نکرده باشد، ممکن است خطر بازگشت به دوره انتقام خصوصی، محتمل باشد.

لذا پیش از آنکه بتوان به کارگردان فیلم فروشنده خرده گرفت که پیامی را تلاش کرده به تماشاگر منتقل کند که با واقعیات روز جامعه ایران که صبغه قصاص محور دارد، سازگار نیست، باید به قانونگذار یادآور شد که به فرض احراز توبه فرد متجاوز به عنف، وضعیت روحی و عاطفی و اجتماعی و جسمی بزه دیده تا پایان عمر چه می‌شود؟! پاسخ به این پرسش، خود نوشتاری مستقل را طلب می‌کند.

# تازه‌های نشر حقوقی

به کوشش دکتر عباس ایمانی

## دیو در شیشه

### در فلسفه رویه قضایی

دکتر حسن جعفری تبار | حق‌گزاران | چاپ اول | ۱۳۹۵ | ۲۴۲ صفحه | ۱۵۰۰۰ تومان

این کتاب که چاپ نخست آن به تازگی به بازار نشر آمده، در هشت گفتار تدوین و تبویب یافته است:

۱- مفهوم رویه قضایی؛ ۲- رویه قضایی و نظریه منابع حقوق؛ ۳- رویه قضایی و نظریه دولت؛ ۴- اخلاق فردی و سیاسی قضاوت؛ ۵- رویه قضایی و نظریه عدالت؛ ۶- استدلال در رویه قضایی؛ ۷- قاضیان چون شاعران؛ ۸- اصول نقد رویه قضایی. نویسنده با آوردن چند بیت از اشعار مولانا در مقدمه کتاب، وجه تسمیه نام کتاب را به خواننده می‌نمایاند:

گر نکردی شرع، افسونی لطیف / بردیدی هر کسی جسم حریف

شرع بهر دفع شر، رأی زند / دیو را در شیشه حجت کند

چون نمی‌توانست کف بر خصم زد / عزمش آن شد کش سوی قاضی برد

دیو در شیشه کند افسون او / فتنه‌ها ساکن کند قانون او

حتی اگر ندانیم که نویسنده کتاب تا بالاترین پایه‌های تحصیلی، هم حقوق خوانده است و هم ادبیات، از نثر پیراسته و محکم، مقدمه، گفتارها، و کتابنامه این اثر پیداست که او در تقاطع «حقوق و ادبیات» ایستاده است. بن‌مایه‌های فلسفی کار را نیز باید به این ویژگی‌ها افزود. نویسنده در پایان مقدمه کتاب (صفحه ۷) می‌گوید

که شیوه او در حقوق، جمع عقلانیت (= لوگوس) و شعر و ادبیات (= میتوس) است؛ جمع واقعیت و افسانه، حقیقت و دروغ. این کتاب نگاه ما به رویه قضایی را از دایره تنگ حقوق محض فراتر برده و با اندیشه‌های ادبی - فلسفی غنا و جلا می‌بخشد. «همه گویند و سخن گفتنِ سعدی دگر است...».

## قدرت مؤسس

### کاوشی در مبانی حقوق اساسی مدرن

دکتر علیرضا دبیرنیا | مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهردانش | چاپ دوم | ۱۳۹۵ | ۲۵۸ صفحه | ۱۷۰۰۰ تومان

این کتاب که چاپ دوم آن به تازگی به بازار نشر آمده، در چهار فصل تدوین و تبویب یافته است: در فصل نخست، «تاریخچه قدرت مؤسس» در پنج گفتار؛ در فصل دوم، «مبانی و صلاحیت‌های قدرت مؤسس» در چهار گفتار؛ در فصل سوم، «قدرت مؤسس و فرایند ایجاد قانون اساسی» در چهار گفتار؛ و در فصل چهارم، «جایگاه و اعتبار نهاد مؤسس در اصلاح و تفسیر قانون اساسی» طی چهار گفتار مطرح و بررسی شده است.

بررسی قدرت مؤسس در نظام‌های سیاسی غرب، محور اصلی پژوهش این کتاب را تشکیل می‌دهد که با تمرکز بر نظام سیاسی ایالات متحده آمریکا و جمهوری فرانسه صورت گرفته است که غالباً منحصر در مبانی و ساختارهای حقوق اساسی غرب است.

در این کتاب می‌خوانیم که قدرت مؤسس که قدرتی تأسیس‌کننده و خالق مجموعه قدرت سیاسی - حقوقی است، ابتدا و معمولاً از طریق جایگاهی به نام «نهاد مؤسس» یا «مجلس مؤسسان» عینیت می‌یابد و مهمترین محصول قدرت مؤسس، تشکیل قدرت سیاسی است که در قالب قانون اساسی و نهادهای سیاسی - حقوقی ظهور می‌کند. به دیگر سخن، اجزاء نظام سیاسی از جمله «قانون اساسی» و «قوای سه‌گانه» به عنوان آفریده قدرت مؤسس تلقی می‌گردند و مشروعیت خود

را از اراده این پدیده کسب می‌کنند.

در دیباچه آقای دکتر محمدحسین زارعی بر این کتاب آمده است: «ما از مطالعه این کتاب می‌آموزیم که چگونه قدرت مؤسس از خلال تحولات سیاسی و اجتماعی تکوین می‌یابد و چگونه بر روابط قدرت در جامعه تأثیر گذاشته و قوه‌ای به نام قوه مؤسس را ایجاد می‌نماید که منشاء ظهور قوانین اساسی مدرن می‌گردد... قدرت مؤسس بنا به آنچه این اثر می‌نمایند بنیاداً امری حقوقی نیست. قدرت مؤسس به تعبیر نویسنده محترم یا امری با ماهیت کاملاً سیاسی است و یا امری با ماهیت دوگانه حقوقی - سیاسی است... در هر صورت قدرت مؤسس امری پیشا و یا فراحقوقی و یا سیاسی است... همچنین از مطالعه این نوشتار می‌آموزیم که قدرت مؤسس همان اراده آزاد مردم است و این که هر نظم حقوق عمومی، ساختارهای اقتدار، نوع، ماهیت و کارویژه‌های حکومت‌ها باید نسبت معناداری با قدرت مؤسس برقرار نمایند.»

## تأثیر تحریم بر سلامت و بهداشت عمومی از منظر حقوق بین‌الملل و ایران

لیلا فیروزمند | مجمع علمی و فرهنگی مجد | چاپ اول | ۱۳۹۵ | ۱۴۵ صفحه | ۱۱۰۰۰ تومان

تحریم‌ها می‌توانند با ایجاد موانع بسیار در واردات دارو و تجهیزات پزشکی و بهداشتی، آثار مخربی در بخش سلامت عمومی داشته باشند. حتی اگر در تحریم‌ها، بنا بر ادعا، ممنوعیت‌های بهداشتی و دارویی مستثنا شده باشند، باز هم در عمل، آسیب‌های جدی به حوزه سلامت عمومی وارد می‌شود، زیرا مبادلات پزشکی و دارویی به حدی پیچیده و گسترده است که تحریم بخشی از آنها بی‌شک بر بخش‌های دیگر آن تأثیر می‌گذارد و چرخه دارو - سلامت را، خواه ناخواه، مخدوش و معیوب می‌سازد.

در این کتاب که به تازگی به بازار نشر آمده، آثار و نقش تحریم‌ها بر بهداشت و سلامت عمومی جامعه و مسئولیت دولت‌ها در قبال آن مطرح و بررسی شده

است. کتاب در سه قسمت تدوین و تبویب یافته است: در قسمت نخست، مفاهیم تحریم و سلامت عمومی در پنج بخش؛ در قسمت دوم، تأثیر تحریمها بر سلامت عمومی در سه بخش؛ و در قسمت سوم، تأثیر تحریمها بر مناسبات بهداشتی بین‌المللی و مسؤولیت بین‌المللی ناشی از نقض آن در دو بخش، تحلیل و بررسی شده است.

در دیباچه آقای دکتر رضا موسی‌زاده بر این کتاب آمده است: «تلاش ارزنده‌ای که سرکار خانم لیلا فیروزمند در خصوص تأثیر تحریم بین‌الملل بر حق سلامت و بهداشت انجام داده‌اند بیانگر روابط متقابل حقوق، سیاست و اقتصاد است، به گونه‌ای که هر یک می‌توانند به اشکال متفاوت بر یکدیگر تأثیر بگذارند و سرنوشت اجتماعی و اقتصادی یک ملت را دستخوش آسیب‌های جدی نمایند. امید است این اثر ارزشمند فتح بابی در خصوص آثار دیگر در زمینه تحریم‌های بین‌المللی باشد.»



## اسامی محکومان انتظامی به توبیخ با درج در مجله کانون

ردیف	خانم‌ها و آقایان - شماره پروانه	کلاس پرونده	شماره حکم	تاریخ حکم	نوع محکومیت
۱	سیدمهدی سادات شیرازی-۲۳۰۱۹	۹۳۰۰۲۶۳	۹۴۱۱۰۰۱۱۶۹ شعبه ۴ دادگاه انتظامی کانون وکلای مرکز	۹۴/۸/۲۳	توبیخ با درج در روزنامه رسمی و مجله کانون
۲	مجید نادری - ۱۲۲۲۶	۹۱۰۰۶۹۷	۹۳۱۱۰۰۰۱۴۹ شعبه ۶ دادگاه انتظامی کانون وکلای مرکز	۹۳/۳/۷	توبیخ با درج در روزنامه رسمی و مجله کانون
۳	مجید نادری - ۱۲۲۲۶	۹۱۰۱۱۲۹	۹۲۱۱۰۰۱۳۷۳ شعبه ۶ دادگاه انتظامی کانون وکلای مرکز	۹۲/۱۰/۳	توبیخ با درج در روزنامه رسمی و مجله کانون
۴	مجید نادری-۱۲۲۲۶	۸۹۰۱۴۶۹	۹۱۱۱۰۰۱۴۲۵ شعبه ۶ دادگاه انتظامی کانون وکلای مرکز	۹۱/۱۱/۱	توبیخ با درج در روزنامه رسمی و مجله کانون
۵	زهرا وریج کاظمی-۱۱۰۶۰	۹۴۰۰۳۶۶	۹۵۱۱۰۰۰۱۳۶ شعبه ۴ دادگاه انتظامی کانون وکلای مرکز	۹۵/۲/۱۱	توبیخ با درج در روزنامه رسمی و مجله کانون
۶	حمیدرضا وهاب-۲۲۱۰۹	۹۴۰۰۵۳۳	۹۵۱۱۰۰۱۱۲۳ شعبه ۹ دادگاه انتظامی کانون وکلای مرکز	۹۵/۸/۱۰	توبیخ با درج در روزنامه رسمی و مجله کانون
۷	حسین کمالی اردکانی-۷۰۷۸	۹۵۰۰۳۴۲	۹۵۱۱۰۰۱۱۰۰ شعبه ۱ دادگاه انتظامی کانون وکلای مرکز	۹۵/۸/۹	توبیخ با درج در روزنامه رسمی و مجله کانون
۸	ریحانه عرب-۲۲۴۱۳	۹۴۰۱۰۷۸	۹۵۱۱۰۰۱۱۴۸ شعبه ۳ دادگاه انتظامی کانون وکلای مرکز	۹۵/۸/۹	توبیخ با درج در روزنامه رسمی و مجله کانون
۹	مریم ربیعان-عضو کانون اصفهان	۹۴۰۱۰۵۰	۹۵۱۱۰۰۰۹۵۷ شعبه ۳ دادگاه انتظامی کانون وکلای مرکز	۹۵/۷/۴	توبیخ با درج در روزنامه رسمی و مجله کانون
۱۰	میثم قمبری-۲۲۴۰۴	۹۴۰۰۹۸۹	۹۵۱۱۰۰۱۰۸۹ شعبه ۷ دادگاه انتظامی کانون وکلای مرکز	۹۵/۸/۵	توبیخ با درج در روزنامه رسمی و مجله کانون
۱۱	نصراله محمودی بابانظر-۲۲۷۴۱	۹۴۰۰۵۳۶	۹۵۱۱۰۰۰۹۹۶ شعبه ۷ دادگاه انتظامی کانون وکلای مرکز	۹۵/۷/۱۴	توبیخ با درج در روزنامه رسمی و مجله کانون
۱۲	محمد احمدیان حسینی-۷۳۰۳	۹۴۰۰۶۵۱	۹۵۱۱۰۰۰۸۹۳ شعبه ۵ دادگاه انتظامی کانون وکلای مرکز	۹۵/۶/۳۱	توبیخ با درج در روزنامه رسمی و مجله کانون
۱۳	وهاب حسین پور-۱۳۲۱۸	۹۳۰۱۰۹۰	۹۵۱۱۰۰۱۰۴۱ شعبه ۷ دادگاه انتظامی کانون وکلای مرکز	۹۵/۷/۲۸	توبیخ با درج در روزنامه رسمی و مجله کانون
۱۴	قیاد مرتضوی-عضو کانون وکلای اصفهان	۹۲۰۰۶۱۵	۹۵۱۱۰۰۱۰۱۹ شعبه ۳ دادگاه انتظامی کانون وکلای مرکز	۹۵/۷/۱۱	توبیخ با درج در روزنامه رسمی و مجله کانون
۱۵	عاطفه رحیمیان - عضو کانون وکلای البرز	۹۵۰۰۱۵۶	۹۵۱۱۰۰۱۰۱۷ شعبه ۳ دادگاه انتظامی کانون وکلای مرکز	۹۵/۷/۲۵	توبیخ با درج در روزنامه رسمی و مجله کانون
۱۶	پرهام پیران-۱۷۳۲۱	۹۳۰۰۲۱۵	۹۵۱۱۰۰۰۸۴۱ شعبه ۶ دادگاه انتظامی کانون وکلای مرکز	۹۵/۶/۹	توبیخ با درج در روزنامه رسمی و مجله کانون
۱۷	پیام موحدی-عضو کانون آذربایجان شرقی	۹۴۰۰۷۰۳	۹۵۱۱۰۰۰۷۹۳ شعبه ۷ دادگاه انتظامی کانون وکلای مرکز	۹۵/۶/۲۴	توبیخ با درج در روزنامه رسمی و مجله کانون
۱۸	داود رحیمی-عضو کانون وکلای فارس	۹۴۰۰۷۱۳	۹۵۱۱۰۰۰۹۱۹ شعبه ۴ دادگاه انتظامی کانون وکلای مرکز	۹۵/۷/۳	توبیخ با درج در روزنامه رسمی و مجله کانون
۱۹	زهرا عارفی - ۱۳۰۷۶	۹۳۰۰۸۰۲	۹۵۱۱۰۰۰۶۶۷ شعبه ۷ دادگاه انتظامی کانون وکلای مرکز	۹۵/۶/۱۰	توبیخ با درج در روزنامه رسمی و مجله کانون

۲۰	مهدی سلطان زاده عضو کانون وکلای قزوین	۹۴۰۱۰۴۲	۹۵۱۱۰۰۰۶۹۴ شعبه ۳ دادگاه انتظامی کانون وکلای مرکز	۹۵/۶/۷	توبیخ با درج در روزنامه رسمی و مجله کانون
۲۱	علی محمدی - ۲۱۱۷۸	۹۴۰۰۳۰۹	۹۵۱۱۰۰۰۶۵۹ شعبه ۷ دادگاه انتظامی کانون وکلای مرکز	۹۵/۴/۳۰	توبیخ با درج در روزنامه رسمی و مجله کانون
۲۲	بنفشه پسیخانی ۱۷۷۷۶	۹۴۰۰۹۸۴	۹۵۱۱۰۰۰۶۳۰ شعبه ۷ دادگاه انتظامی کانون وکلای مرکز	۹۵/۶/۳	توبیخ با درج در روزنامه رسمی و مجله کانون
۲۳	فاطمه کریم زاده دولت آباد - ۱۲۴۲۶	۹۴۰۰۵۴۷	۹۵۱۱۰۰۰۷۷۶ شعبه ۳ دادگاه انتظامی کانون وکلای مرکز	۹۵/۶/۱۴	توبیخ با درج در روزنامه رسمی و مجله کانون
۲۴	ربابه علی پور اقدم - ۱۷۹۴۲	۹۴۰۰۳۱۲	۹۵۱۱۰۰۰۷۷۱ شعبه ۴ دادگاه انتظامی کانون وکلای مرکز	۹۵/۶/۲۰	توبیخ با درج در روزنامه رسمی و مجله کانون
۲۵	عبدالنبی نیک اعتقاد - ۱۰۹۹۲	۹۳۰۰۹۶۳	۹۵۱۱۰۰۰۷۷۰ شعبه ۹ دادگاه انتظامی کانون وکلای مرکز	۹۵/۶/۲۰	توبیخ با درج در روزنامه رسمی و مجله کانون
۲۶	کیقباد محمدزاده - ۸۲۳۷	۹۴۰۰۹۸۰	۹۵۱۱۰۰۰۷۱۵ شعبه ۱ دادگاه انتظامی کانون وکلای مرکز	۹۵/۶/۱۴	توبیخ با درج در روزنامه رسمی و مجله کانون
۲۷	احمد رضا کمالوند - ۱۸۲۷۷	۹۴۰۰۳۷۵	۹۵۱۱۰۰۰۸۱۳ شعبه ۳ دادگاه انتظامی کانون وکلای مرکز	۹۵/۶/۲۱	توبیخ با درج در روزنامه رسمی و مجله کانون
۲۸	جهانسوز مسعودی تنکابنی - ۳۷۷۲	۹۴۰۱۰۰۵	۹۵۱۱۰۰۰۷۷۹ شعبه ۳ دادگاه انتظامی کانون وکلای مرکز	۹۵/۴/۲۷	توبیخ با درج در روزنامه رسمی و مجله کانون
۲۹	الهه موتمی - ۱۲۸۸۴	۹۲۰۰۰۳۳	۹۳۱۱۰۰۰۲۸۶ شعبه ۲ دادگاه انتظامی کانون وکلای مرکز	۹۳/۱/۲۶	توبیخ با درج در روزنامه رسمی و مجله کانون
۳۰	علیرضا وظیفه دان - ۱۱۲۸۱	۹۲۰۰۴۹۵	۳۴۷ شعبه ۳ دادگاه عالی انتظامی قضات	۹۵/۵/۲۰	توبیخ با درج در روزنامه رسمی و مجله کانون
۳۱	سید سعید حسینی - ۲۳۸۸۸	۹۴۰۰۱۶۴	۹۵۱۱۰۰۰۸۵۷ شعبه ۳ دادگاه انتظامی کانون وکلای مرکز	۹۵/۶/۲۱	توبیخ با درج در روزنامه رسمی و مجله کانون
۳۲	نصراله محمودی بابانظر - ۲۲۷۴۱	۹۴۰۰۵۳۶	۹۵۱۱۰۰۰۴۱۷ شعبه ۷ دادگاه انتظامی کانون وکلای مرکز	۹۵/۴/۲۳	توبیخ با درج در روزنامه رسمی و مجله کانون
۳۳	محمدرضا حسینی - ۱۶۷۲۶	۸۹۰۱۱۳۱	۹۰۱۱۰۰۰۹۶۰ شعبه ۴ دادگاه انتظامی کانون وکلای مرکز	۹۰/۵/۱۸	توبیخ با درج در روزنامه رسمی و مجله کانون
۳۴	یوسف خلیج - ۱۲۲۵۵	۹۴۰۰۴۷۹	۹۵۱۱۰۰۰۴۳۴ شعبه ۵ دادگاه انتظامی کانون وکلای مرکز	۹۵/۵/۴	توبیخ با درج در روزنامه رسمی و مجله کانون
۳۵	حمیدرضا تقی لو - ۱۸۱۶۵	۹۰۰۰۳۷۲	۹۰۱۱۰۰۰۲۲۴۲ شعبه ۴ دادگاه انتظامی کانون وکلای مرکز	۹۰/۱۲/۹	توبیخ با درج در روزنامه رسمی و مجله کانون
۳۶	محمد عدالت خواه - ۲۱۲۱۶	۹۴۰۰۳۶۵	۹۴۱۱۰۰۰۱۷۰۲ شعبه ۲ دادگاه انتظامی کانون وکلای مرکز	۹۴/۱۲/۱۱	توبیخ با درج در روزنامه رسمی و مجله کانون
۳۷	ناصر بیگ زاده فیروز سالاری - ۱۹۷۵۱	۹۴۰۰۳۹۸	۹۵۱۱۰۰۰۴۵۶ شعبه ۲ دادگاه انتظامی کانون وکلای مرکز	۹۵/۵/۵	توبیخ با درج در روزنامه رسمی و مجله کانون
۳۸	مجید زمانیان - ۲۳۴۳۷	۹۴۰۰۲۶۰	۹۵۱۱۰۰۰۴۹۲ شعبه نهم دادگاه انتظامی کانون وکلای مرکز	۹۵/۵/۱۲	توبیخ با درج در روزنامه رسمی و مجله کانون





**IRANIAN CENTRAL  
BAR ASSOCIATION**

# **LAW REVIEW**

Scientific, Legal and Critical | Iranian Central Bar Association

**VOL. 68**

NO. 234

Autumn 2016