



فصلنامه مطالعات آرای قضایی

سال اول / شماره اول / زمستان ۱۳۹۱

صاحب امتیاز: معاونت آموزش و تحقیقات قوه قضاییه

مدیرمسئول: حجت الاسلام والمسلمین علیرضا امینی

سرمدیر: دکتر نجات‌اله ابراهیمیان

مدیراجرایی: محسن ایزدیان

هیأت تحریریه: دکتر نجات‌اله ابراهیمیان، حجت الاسلام والمسلمین علیرضا امینی، دکتر منصور امینی، دکتر احمد بیگی حبیب آبادی، دکتر عبدالعلی توجهی، دکتر ستار زرکلام، دکتر سیدحسین صفایی، دکتر عباس قاسمی حامد، دکتر میرحسین عابدیان، دکتر حسین مهرپور، دکتر حسین میرمحمد صادقی، دکتر رضاوصالی محمود، دکتر محمدحسین هاشمی

نشانی: تهران، خیابان حافظ، نبش خیابان سمیه، روبروی دانشگاه امیرکبیر، ساختمان معاونت آموزش و تحقیقات قوه قضاییه، طبقه ششم، دفتر فصلنامه مطالعات آرای قضایی «رأی»

مندرجات فصلنامه، لزوماً بیان‌کننده دیدگاه معاونت آموزش و تحقیقات قوه قضاییه نمی‌باشد.

نشانی اینترنتی: www.amoozeshghanoon.ir

تلفکس: 02188894126

رایانامه: raay@jpri.ir

ناشر: روزنامه رسمی کشور

شمارگان: 1500

لیتوگرافی، چاپ و صحافی: روزنامه رسمی ج.ا.ا.

سخن سردیبر

سلام و درود بی پایان الهی بر گنجینه‌های علوم و اسرار الهی، پیامبر عظیم‌الشان اسلام و خاندان پاک آن حضرت. خداوند منان را سپاس می‌گوییم که پژوهشگاه قوه قضائیه موفق شد به یکی از آرزوهای دیرینه جامعه حقوقی و قضایی که همانا انتشار مجله ویژه مطالعه و نقد آراء قضایی است جامه عمل بپوشاند. فرهنگ نقد مستمر آراء و رویه قضایی که یکی از مهترین مظاهر اندیشه حقوقی است، در کشورهای عضو خانواده حقوق نوشته سابقه‌ای بس طولانی دارد. این روش پسندیده از یک سو غنا و اتقان روزافزون آرای قضایی را به دنبال دارد و از دیگر سو، مواد و مصالح کافی برای توسعه علم حقوق را مهیا می‌کند. داد و ستد سودمند بین اهل فن حقوق و دانشگاهیان به امر آموزش و تألیفات حقوقی نیز چهره‌ای متفاوت با آنچه تاکنون در کشورمان شاهد بوده‌ایم بخشیده است. نگاه اجمالی به برخی تألیفات خارجی در نظری‌ترین شاخه‌های حقوقی همانند حقوق تعهدات نشان می‌دهد که حتی در آثار حقوقی واجد صبغه آموزشی، ربع یا ثلث هر صفحه به پی‌نوشت‌های مرتبط با رویه قضایی و مقالات تحلیلی مربوط به آن اختصاص یافته است؛ چیزی که در کشور ما از زمان تأسیس عدلیه پیشینه قابل ذکری ندارد. البته از این بابت بر مؤلفان میهنی نمی‌توان خرده گرفته زیرا اولین گام در راه پیوند زدن رویه قضایی به ادبیات حقوقی، انتشار آراء محاکم است که تاکنون به طور منظم و سازمان یافته بدان پرداخته نشده است. خوشبختانه، انتشار اولین شماره این فصلنامه با اتفاقی میمون همراه شده است؛ در اجرای بند 4 قسمت (د) ماده 211 قانون برنامه پنجم توسعه، طراحی سامانه برخط آراء قضایی آغاز شده است تا دسترسی صاحب‌نظران به آراء تسهیل و مقدمات یک تبادل علمی پربار و تحول در آموزش و ادبیات جدید فراهم گردد.

مباحثات و مبادلات علمی مفید در قالب مقالات علمی - تحلیلی مبتنی بر آرای محاکم، لوازم دیگری نیز دارد؛ از آن جمله است رعایت ادب نقد. مجادله و دعوای

بی‌ثمر که تلاش در جهت کشف حقیقت در آن سهم ناچیز دارد علاوه بر آنکه مانع پیشرفت علمی است شایسته طلایه‌داران عدالت و دادگستری نیز نخواهد بود. آنگاه که قلم استاد حقوق یا فقه بر رأی قاضی حاشیه می‌زند باید مصلحتی را که در احترام به مقام قضا نهفته است لحاظ نماید و بدون آنکه حقیقت در مسلخ ملاحظات و تعارفات قربانی شود معایب را همچون محاسن با دقت و ظرافت اهداء نماید. جامعه قضایی نیز که مخاطب نقد است باید با سعه صدر و درک صحیح از مأموریت الهی خود از هر آنچه او را در راه قضاوت آگاهانه مدد میرساند استقبال نماید و پس از آنکه خطا بودن راهی بر او آشکار گردید به توصیه الگوی قضات عالم حضرت علی علیه‌السلام آن را ادامه ندهد و «از رجوع به حق، وقتی که آن را بشناسد احساس دشواری ننماید» و با بی‌نیاز دانستن خود از تلاش عالمان دیگر و اکتفا نمودن به «فهم و درک ابتدائی در امور قضایی از مراتب عالیه فهم و معرفت در آن امور خود را محروم نسازد». ضمن اینکه از اهداف اصلی انتشار این فصلنامه آن است که قضات عالی‌مقام نیز دست به قلم برده و زوایای پنهان تصمیماتی را که عادلانه توصیف می‌نمایند آشکار سازند و به دور از هرگونه انفعال در آفرینش بخش مهمی از ادبیات نقد سهیم شوند.

از دیگر لوازم توفیق در مباحثه علمی، استفاده از ادبیات ویژه و آفرینش سبک‌های نو در تحلیل و تفسیر است. فهرست نمودن انبوه ایرادات ادبی، حقوقی، شکلی و ماهوی بدون اینکه نکات و ویژه‌ای از یک رأی در قالب طرح‌نامه‌ای منسجم و منطقی برجسته شود هر چند بی‌فایده نیست اما به علت پراکندگی مطالب، پیام اصلی رأی را محو یا کم‌رنگ خواهد نمود. چارچوب‌های نقد و تحلیل آراء می‌تواند متفاوت باشد؛ محقق می‌تواند تمام یا بخشی از یک رأی را مبنای مطالعه و پژوهش خود قرار دهد. تقریباً در تمام نقدهای این شماره به این شیوه عمل شده است. هم‌چنان که مقاله تحلیلی می‌تواند بر مبنای سنتز دو یا چند رأی مرتبط به هم شکل گیرد یا عنوانی مانند علم قاضی، انتقال قرارداد یا امارات قضایی و امثال آن، از منظر آراء و رویه قضایی موضوع بررسی واقع شود. به هر حال آنچه تمام بخشهای مجله را (جز بخش مطالعات روش‌شناسی) از مطالعات آزاد حقوقی متمایز می‌کند نقطه آغاز و محور اصلی مطالعه است که در رأی و یا رویه عملی مراجع قضایی خلاصه می‌شود. به منظور آشنایی با سبکهای نگارش تحلیل

و نقد رأی بخشی از فصلنامه به آثاری اختصاص یافته است که به روش‌شناسی تولید این ادبیات و مطالعاتی که موضوع آن مشخصاً آراء قضایی است می‌پردازد. بخش نقد و تحلیل آراء خارجی و ترجمه نیز به عنوان بخش پایانی فصلنامه در همین راستا پیش‌بینی شده است. علاوه بر آن در اولین شماره مجله سعی شده است تا الگوهایی برای مقالات نقد و تحلیل ارائه شود.

دست‌اندرکاران مجله در آغاز راه سرمایه‌ای جز امید و اتکال به ایزد مَنان و توقع یاری صاحبان اندیشه و قلم ندارند. از سه گروه اصلی مخاطبان یعنی دانشجویان، قضات و حوزویان انتظار می‌رود با راه‌اندازی سامانه برخط آراء که امکان جستجوی موضوعی در آراء منتخب را ظرف چند ماه آینده فراهم خواهد ساخت و با توجه به اینکه در بدنه اصلی مجله تقسیمات سنتی علم حقوق ملاک تبویب قرار خواهد گرفت و این امر امکان درج مقالات را در تمام شاخه‌های حقوق در فصلنامه فراهم خواهد ساخت، آراء منتشره در بولتن‌های الکترونیک و کاغذی را دست‌مایه بحث، تحقیق و تألیف قرار داده و با ارسال حاصل کار در قالب مقالات نقد و تحلیل به غنای هر چه بیشتر محتوا و تبدیل فصلنامه به ماهنامه کمک نمایند.

و ما توفیقی الا بالله

نجات‌اله ابراهیمیان

راهنمای نگارش مقالات

در این فصلنامه مقالات مربوط به روش‌شناسی مطالعات آراء و ادبیات قضایی به طور کلی، تحلیل رویه قضایی از نظر حقوقی و دیگر علوم انسانی و اجتماعی و همچنین نقد و تحلیل رأی منتشر می‌گردد.

رعایت قواعد ذیل در نگارش مقالات، لازم‌الاجرا است.

۱. مقالاتی که دارای محتوای علمی، محصول تحقیق نویسندگان و متضمن دستاورد علمی جدید باشند در نشریه قابل چاپ می‌باشد. مقاله ارائه شده نباید همزمان به نشریه دیگری ارسال شده یا قبلاً چاپ شده باشد و در مورد مقالات ترجمه‌ای، اصل مقاله به ضمیمه ترجمه ارسال شود. مقالات دریافتی بازگشت داده نمی‌شود.

۲. مقاله باید مشتمل بر: چکیده فارسی (حداکثر ۲۴۰ کلمه) و انگلیسی، واژه‌های کلیدی (حداکثر ۵ واژه)، مقدمه، متن، مشخصات نویسنده/ نویسندگان (نام و نام‌خانوادگی، رتبه علمی)، نتیجه، فهرست منابع و در فرمت word باشد. ارسال فایل الکترونیکی به همراه دو نسخه کاغذی از مقاله ضروری می‌باشد.

۳. مقالات ارائه شده نباید از ۲۵ صفحه (۷۴۵۰ کلمه) تایپ شده تجاوز نماید.

۴. عنوان مقاله، نام نویسنده(گان)، رتبه علمی به همراه آدرس نویسنده(گان) مسئول به همراه تلفن و نشانی پست الکترونیکی در صفحه اول مقاله نوشته شود.

۵. مسئولیت مطالب مقاله به لحاظ علمی و حقوقی به عهده نویسنده مسئول است.

۶. فصلنامه حق ردّ یا قبول و نیز ویراستاری مقالات را برای خود محفوظ می‌دارد. هیأت تحریریه در اصلاح دستور و املاي آن آزاد است.

۷. قلم‌های مطالب فارسی متن B Lotus 14 و مطالب لاتین داخل متن Times New Roman 12 باشد. و در پاورقی‌ها، مطالب فارسی B Lotus 12 و مطالب لاتین Times New Roman 9 تایپ شوند.

۸. معادل اسامی، اصطلاحات و علائم اختصاری خارجی، به زبان اصلی در پاورقی عیناً آورده شود.

۹. در نقد یا تحلیل یک یا چند رأی لازم است نویسندگان محترم ضمن ارسال تصویر رأی، مطالب خود را در قالب مقدمه و حداقل دو تیر مجزا منعکس نموده که حداقل در ۵ صفحه و حداکثر در ۱۵ صفحه باشد. این محدودیت در مورد آرای داوری و خارجی وجود ندارد. در نقد رأی، نیاز به چکیده نیست.

۱۰. روش ارجاع منابع با توجه به ضوابط قالب نشریات و مقالات، موضوع آئین‌نامه تعیین اعتبار نشریات علمی کشور مطابق با راهنمای شیکاگو خواهد بود که قواعد تفصیلی آن در وبسایت پژوهشگاه قابل دسترسی است.

بخشی از ضوابط ارجاعات

ارجاع به کتب

پانویس: نام نام خانوادگی، عنوان کتاب (محل نشر: ناشر، سال انتشار)، صفحه.
مثال: ناصر کاتوزیان، مقدمه علم حقوق (تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۷)، ۷۷.
شناسه کتاب‌شناختی:

نام خانوادگی، نام. عنوان کتاب. محل نشر: ناشر، سال انتشار.
مثال: کاتوزیان، ناصر. مقدمه علم حقوق. تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۷.

مقالات مندرج در نشریات

پانویس: نام و نام خانوادگی نویسنده، «عنوان مقاله» عنوان مجله، شماره (تاریخ): شماره صفحه.

مثال: مهدی شهیدی، «قرارداد تشکیل بیع» مجله تحقیقات حقوقی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، ۱۰ (۱۳۷۱): ۱۷.

شناسه کتاب‌شناختی:

نام خانوادگی، نام. «عنوان مقاله»، عنوان مجله، شماره دوره، شماره (تاریخ): شماره صفحه
شروع مقاله – شماره صفحه پایان مقاله.

اساتید، صاحب‌نظران، پژوهشگران و قضات محترم می‌توانند مقاله، نظر، انتقاد و پیشنهادهای خود را به نشانی دفتر نشریه: تهران، خیابان حافظ، نبش خیابان سمیه، روبروی دانشگاه امیرکبیر، ساختمان معاونت آموزش و تحقیقات قوه قضاییه، طبقه ششم، دفتر فصلنامه «رأی» و یا به پست الکترونیکی فصلنامه (raay@jpri.ir) ارسال فرمایند.

فهرست مطالب

صفحه	عنوان
۱	کلیات روش تفسیر آراء قضایی «دکتر ستار زرکلام»
۲۳	بررسی تأثیر تصدی یا حاکمیتی بودن اعمال دولت در تحقق مسئولیت مدنی دولت در پرونده موسوم به هموفیلی ها «عباس توازنی زاده»
۳۳	بررسی انتقال حق طرح دعوی تخلیه مورد اجاره تجاری به خریدار در پرتو یک رأی «دکتر ایرج بابایی»
۴۷	روش های جایگزین حل و فصل دعاوی (ADR) و توسعه مفهومی صلاحیت قضایی «دکتر محمد تقی عابدی»
۶۹	ارتباط قاعده ایفای ناروا با ماده ۲۰ قانون دیوان عدالت اداری در آینه یک رأی «دکتر اکبر میرزائزاد جویباری»
۸۵	صلاحیت دیوان عدالت اداری در رسیدگی به آراء شعب سازمان تعزیرات حکومتی (با تأکید بر رأی وحدت رویه شماره ۲۵۲ هیأت عمومی دیوان) «دکتر محمدرضا ویژه»
۹۵	بررسی و نقد رأی شماره ۴ مورخ ۱۳۹۱/۱/۱۴ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری در خصوص اختیارات سازمان های اداری «دکتر بیژن عباسی»
۱۰۳	ارزیابی تأثیر شرایط شکلی اعتبار موافقتنامه داوری در صلاحیت داور بین المللی (شرط داوری مکتوب، شرط داوری ضمنی و شرط داوری به طریق ارجاع و احاله) «دکتر محمد تقی عابدی»

کلیات روش تفسیر آراء قضایی

دکتر ستار زرکلام*

چکیده

از زمان تشکیل دادگستری در ایران رویه قضایی در شکل‌گیری حقوق ایران نقش بسزایی ایفاء کرده و حقوقدانان در بیان دیدگاه‌های خود اغلب به تفسیر آرای دادگاه‌ها و دیوان عالی کشور می‌پردازند ولی روش‌های تفسیر آراء به طور خاص تاکنون مورد توجه جامعه حقوقی کشور قرار نگرفته است. به کارگیری روش‌های مناسب برای تفسیر می‌تواند در تسهیل فهم و نقد آراء قضایی مفید و مؤثر باشد. بدون تردید پیش‌شرط هرگونه تفسیری، انتخاب رأی مناسب برای تفسیر است. این انتخاب باید با توجه به اهمیت رأی در حل یک مشکل اجتماعی یا اقتصادی، رفع ابهام از مقررات قانونی یا رویه قضایی موجود و سایر معیارهای ضروری صورت گیرد. گام بعدی در تفسیر آراء خواندن دقیق آن و تهیه فیش رأی است به گونه‌ای که بتوان از آن اطلاعات ضروری برای تفسیر رأی را استخراج کرد. تفسیر رأی به لحاظ محتوایی باید از جمله متضمن عنوان تفسیر، کلمات کلیدی، مشخصات رأی مورد تفسیر، مشخصات طرفین، تشریح امور موضوعی و متن کامل یا خلاصه رأی باشد. در آنچه به تدوین تفسیر مربوط می‌شود و قضاوت مفسر در خصوص رأی مورد تفسیر را در بر دارد باید به جایگاه تصمیم در حقوق موضوعه، شایستگی رأی برای تایید یا نقد (ارزش حقوقی رأی) و اثرات حقوقی و فرامرزی رأی (قلمرو رأی) توجه شود. سرانجام تدوین تفسیر باید بر اساس پلانی علمی پاسخگوی مسائل اساسی رأی مورد تفسیر باشد.

واژگان کلیدی: قرائت رأی، فیش رأی، محتوای تفسیر، پلان تفسیر، شیوه تدوین تفسیر،

ارزش حقوقی رأی، قلمرو رأی

مقدمه

علی‌رغم گذشت بیش از یکصد سال قانونگذاری و استقرار دادگستری در ایران، روش‌های تفسیر آراء یکی از موضوعاتی است که کمترین ادبیات حقوقی در مورد آن وجود دارد. هر چند تلاش‌های ستودنی توسط برخی استادان و بزرگان حقوق ایران در زمینه توضیح و تبیین رویه قضایی صورت گرفته است ولی در چارچوب متدلوژی حقوق به ویژه مطالعه روش‌های تفسیر آراء قضایی تألیفات موجود بسیار ناچیز است به گونه‌ای که می‌توان ادعا کرد حقوقدانان ایرانی تاکنون فرصت پرداختن به این موضوع را پیدا نکرده‌اند.

تردیدی نیست که برای بهره‌برداری از رویه قضایی به عنوان یکی از منابع حقوق، تفسیر آراء^۱ یا «قضاوت قضاوت»، از یک سو برای فهم دقیق آنچه رأی مورد بحث به دنبال بیان، طرح و اثبات آن است و از سوی دیگر برای نقد رأی بر اساس سایر منابع حقوق (قانون، عرف، دکترین و اصول کلی حقوقی و رویه‌های قضایی پیشین) ضرورت دارد. این تفسیر بی‌تردید باید از روش‌های علمی و قابل قبول پیروی کند. مراجعه به حقوق کشورهایی که سالیان متمادی است پژوهش‌ها و تحقیقاتی را در این زمینه انجام داده‌اند نشان می‌دهد که روش یکسانی برای تفسیر و نقد آراء قضایی وجود ندارد. به عبارت دیگر نمی‌توان روش واحد و یکسانی را برای تفسیر آراء تجویز کرد. با این همه، می‌توان محورهایی را که در هر تفسیری از آراء قضایی باید مورد توجه قرار گیرد از این منابع استخراج کرد.

در این مقاله، مؤلف تلاش کرده است تا با مراجعه به منابع فرانسوی زبان، تصویر روشنی از مواردی که در حقوق فرانسه و در تفسیر آراء یا تصمیمات قضایی مورد توجه قرار می‌گیرد ارائه کند، به این امید که در تفسیر آراء توسط حقوقدانان کشور مورد توجه و استفاده قرار گیرد. بدین منظور، تفسیر آراء قضایی در سه مرحله شامل نحوه انتخاب رأی و قرائت کامل آن، تهیه فیش رأی یا مرحله مقدماتی، و تفسیر به معنای خاص صورت می‌گیرد.

الف) انتخاب رأی و قرائت کامل آن

۱. انتخاب رأی موضوع تفسیر

اصولاً رأیی باید برای تفسیر انتخاب شود که از حیث پیشینه قضایی ارزشمند باشد، بدین معنا که به عنوان مثال متضمن راه‌حلی برای رفع یک مشکل اجتماعی یا اقتصادی

۱. در این مقاله عبارت «آراء» با مسامحه تصمیمات دیوان عالی کشور را هم در بر می‌گیرد.

باشد، از ابهام قانون یا رویه قضایی در زمینه خاص بکاهد و یا به غنای ادبیات حقوقی در زمینه موضوع رأی یاری رساند^۱. آرائی که در ادامه ذکر می‌شود از ارزش پیشینه قضایی برخوردار است:

۱-۱. آراء دیوان عالی کشور یا دیوان عدالت اداری: تردیدی نیست که آراء دیوان عالی کشور یا دیوان عدالت اداری از حیث ارزش برای تفسیر در درجه اول اهمیت قرار دارد. با این حال، همه آراء این دو مرجع از ارزش حقوقی یکسان برای تفسیر برخوردار نیست. در این میان به ترتیب آراء وحدت رویه، آراء اصراری و آراء منجر به نقض حکم فرجام‌خواسته قرار دارد.

۱-۱-۱. آراء وحدت رویه: بدون شک آراء وحدت رویه در رده نخست اهمیت برای تفسیر قرار دارند زیرا در موقعیتی صادر می‌شوند که دادگاه‌های تالی تفسیرهای متفاوتی از یک یا چند قاعده حقوقی در مورد مشابه کرده‌اند و این اختلاف به نحوی بوده است که تصمیم‌گیری نهایی با توجه به نقشی که دیوان عالی کشور یا دیوان عدالت اداری در تضمین برابری حقوق شهروندان در مقابل قانون دارند به آنها واگذار شده است. در چنین مواردی هیأت عمومی دیوان (کشور یا عدالت اداری) با انتخاب بین تفسیرهای متفاوت راه حلی را که در حکم قانون است ارائه می‌دهد. هر چند آرای وحدت رویه همانند قانون ناظر به آتیه هستند ولی از آنجا که عملاً بر وضعیت‌های حقوقی گذشته نیز تأثیر می‌گذارد^۲ باید مورد تفسیر و نقادی قرار گیرد.

۱-۱-۲. آراء اصراری: این آراء که در چند رفت و برگشت بین دادگاه‌های تالی و دیوان عالی کشور صادر می‌شوند به دلیل تعدد تصمیمات و تعدد قضاتی که در مراحل مختلف در خصوص مورد اظهارنظر می‌کنند از آرائی شمرده می‌شوند که ارزش تفسیر و نقد دارند. هر چند این آراء الزام‌آور نیستند ولی گاه حاوی دیدگاه‌هایی هستند که از نگاه جامعه حقوقی جای تأمل داشته، نقد آن می‌تواند در پیشرفت حقوق مؤثر باشد.

۱. تفسیر آراء قضایی که توسط استاد گرامی جناب آقای دکتر ناصر کاتوزیان صورت گرفته است نمونه‌ای از انتخاب‌های مناسب برای تفسیر به شمار می‌آید به گونه‌ای که هر یک از این تفسیرها راجع به موضوعاتی است که نتایج ارزشمندی برای حقوق ایران دارد. برای ملاحظه این تفسیرها نگاه کنید به کتاب: توجیه و نقد رویه قضایی، نشر دادگستر، چاپ اول، بهار ۱۳۷۷.

2. Aque Ghestin, Gilles Goubeaux, Traité de Droit Civil, Introduction Générale, L.G.D.J., 4ème édition, 1994, p. 483. N. 518.

۱-۳. تصمیمات منجر به نقض رأی فرجام‌خواسته: از میان آرائی که توسط دیوان‌عالی کشور یا دیوان عدالت اداری صادر می‌شود آرائی که منجر به نقض رأی فرجام‌خواسته می‌شوند از نظر پیشینه قضایی ارزش بیشتری دارند نسبت به آرائی که رأی تالی را ابرام می‌کنند زیرا دیوان مکلف است برای نقض رأی فرجام‌خواسته دیدگاه خود را توجیه کند و آن را مدلل سازد. در میان آراء اخیر نیز ارزشمندترین آنها آرائی است که به دلیل مغایرت با قانون توسط رأی مورد اعتراض است. پس از آن آرائی مدنظر است که در آنها رأی فرجام‌خواسته به دلیل فقدان مبنای قانونی نقض می‌شوند.^۱

۱-۲. آراء سایر مراجع قضایی: از آرائی که توسط دادگاه‌های بدوی و تجدیدنظر صادر می‌شود باید آرائی برای تفسیر انتخاب شوند که ناظر بر حل مشکلی اجتماعی یا اقتصادی است یا در موردی صادر شده‌اند که رویه قضایی تا آن زمان فرصت پرداختن به آن را نیافته است یا در زمینه‌های مورد اختلاف دادگاه‌ها یا دکتترین موضع‌گیری کرده و سرانجام چرخش اساسی در رویه قضایی ایجاد کرده باشد و یا از جهت دیگری دارای ارزش پیشنهادی قضایی هستند.

۱-۳. آرای اصولی^۲: منظور از این آراء که ممکن است توسط دیوان عالی کشور، دیوان عدالت اداری یا سایر مراجع قضایی صادر شوند آرائی است که با نوعی کلیت و با درجه‌ای از انتزاع همراه بوده، حاوی تصمیمات بدون ابهامی هستند که به طور روشن و صریح به مباحثه بین دو دیدگاه دارای ارزش کلی و قابل دفاع خاتمه می‌دهد.^۳ با این حال این آراء نباید با آراء عام یا کلی (بخشنامه‌ای)^۴ که ماده ۴ قانون آیین دادرسی مدنی صدور آن را منع کرده اشتباه گرفته شوند زیرا آراء اصولی بر خلاف آراء کلی متضمن وضع قاعده کلی نیست.

۲. قرائت کامل رأی: پس از انتخاب رأی مورد تفسیر گام آغازین در تفسیر خواندن آن به صورت دقیق است. این مرحله دارای اهمیت فراوانی است و بهتر است در دو نوبت به عمل آید.

۲-۱. خوانش نخست: هدف از این خوانش که باید به سرعت انجام پذیرد شناسایی رأی مورد تفسیر است. به دنبال این خوانش باید مطالب زیر فهمیده شود: موضوع رأی، مسائل حکمی، راه‌حل‌ها، قسمت‌های مختلف ساختار رأی شامل امور موضوعی، دلایل

1. Jacques Ghestin, Gilles Goubeaux, *Op.cit.*, pp. 485-486, n. 523.

2. Arrêts de Principe.

3. Jacques Ghestin, Gilles Goubeaux, *Op.cit.*, p. 446. N. 478.

4. Arrêts de Règlement.

طرفین، توجیهات تصمیم و مفاد حکم. انجام کارهایی که باید در این مرحله صورت گیرد ممکن است ساده و سریع به نظر برسد ولی همواره چنین نیست. قبل از همه، رأی ممکن است به لحاظ امور موضوعی بسیار پیچیده باشد به نحوی که تشخیص مسائل اساسی را دشوار کند. در این صورت باید نمای کلی این امور به صورت جداگانه ترسیم شود. رأی همچنین ممکن است امور حکمی متعددی را مطرح کند که در این صورت تعیین اهمیت هر امری ضرورت خواهد داشت. بدین منظور پیشنهاد می شود امور فرعی از امور اصلی تفکیک شود. به عنوان مثال، اگر رأی مورد تفسیر مرکب از دو مسئله حکمی است که به طور همزمان متضمن اعمال رویه قضایی موجود و چرخش در رویه قضایی موجود است، در این صورت باید مسئله‌ای که موضوع چرخش است مورد توجه بیشتری قرار گیرد.

۲-۲. خوانش دوم: این خوانش باید عمیق‌تر از خوانش اول باشد تا بتوان بر اساس آن فیشی تهیه کرد که به ساختمان پلان تفسیر و در نهایت تفسیر به معنای خاص منجر شود. این نوبت از خوانش را «مداد در دست» می‌گویند زیرا مفسر باید زیر قسمت‌های مهم خط کشیده، در حاشیه آن یادداشت کند و در نهایت خلاصه‌ای از تمامی داده‌های مهم رأی را که باید به صورت نمودار ترسیم می‌شود استخراج کند.^۱

(ب) تهیه فیش رأی

تهیه فیش رأی، گام مهمی در تفسیر یک رأی محسوب می‌شود. منظور از فیش رأی، سیاهه‌ای است که در آن اجزای مختلف یک رأی استخراج شده و می‌تواند حاوی نکات زیر باشد: معرفی کلی موضوع، بیان عناصر دادرسی، توضیح امور موضوعی، توصیف حقوقی، امور حکمی و توجیهات رأی. البته این فهرست جنبه تمثیلی دارد و می‌توان موارد دیگری نظیر ساختار رأی و توجیهات (دلایل و استدلال‌های طرفین) و... را به آن افزود. هر یک از داده‌های یاد شده می‌تواند در یک فیش جداگانه شبیه فیش‌هایی که در سایر پژوهش‌ها تهیه می‌شود یادداشت شود. در زیر به مطالعه محتوای هر یک از مواردی که باید در فیش رأی ذکر شود می‌پردازیم:

1. Isabelle Defrénois-Souleau, Je Veut Réussir Mon Droit, Méthode de Travail et Clés du Succès, Armand COLIN, 3^{ème} éd. 1998. P. 106.

۱. معرفی کلی موضوع^۱

منظور از معرفی کلی موضوع، طرح فایده موضوع رأی یا تصمیم قضایی و نشان دادن به روز بودن یا اهمیت آن است. این معرفی می‌تواند اجزای مختلفی داشته باشد:

۱-۱. تشریح موضوع با حرکت از کل به جزء: به هر حال موضوع باید تا سطر پنجم از بند اول معرفی شود. به عنوان مثال زمانی که رأی مورد تفسیر در خصوص خیار تأخیر تادیه ثمن است، توضیحات از خیاراتی که در بیع قابل اعمال است شروع و به خیار تأخیر تادیه ثمن منجر شود یا در مسائل کیفری وقتی که سرقت مشدد موضوع رأی است توضیحات می‌تواند از انواع سرقت شروع و به سرقت مشدد ختم شود.

۲-۱. اشارات ادبی یا حقوقی^۲: یعنی نقل قول از نویسندگان یا حقوقدانان مشهور که می‌تواند با توصیف یکی از اصطلاحات به کار رفته در رأی مرتبط باشد.

مثال: یک حق جز در قلمرو اجتماعی که زادگاه آن است وجود ندارد و ادامه پیدا نخواهد کرد. حقوق هر ملتی ویژگی‌های تاریخی دارد که آنرا در مقابل حقوق سایر ملتها قرار می‌دهد. (ژان کربونیه^۳، ۱۹۶۹، یادداشت‌ها، ۱۱۷۹)^۴

۳-۱. ارجاعات به مسائل روز یا مسائل اجتماعی^۵: نظیر ارجاع به آمارهای مرتبط با تعداد طلاق‌ها زمانی که رأی مورد بحث در مورد طلاق است، یا اشاره به تعداد زندانیانی که به دلیل عدم پرداخت مهریه زندانی شده‌اند در موردی که رأی در خصوص حبس نتیجه عدم پرداخت مهریه است یا اشاره به میزان تصادفات رانندگی در کشور در مقایسه با سایر کشورها زمانی که رأی موضوع تفسیر در خصوص مسئولیت مدنی یا کیفری ناشی از تصادفات رانندگی است.

۴-۱. معرفی تاریخی موضوع^۶: یعنی اشاره به پیشینه موضوع و یا تحولاتی که از زمان قانونگذاری در خصوص موضوع صورت گرفته است. به عنوان مثال، هنگامی که رأی راجع به رهن اموال غیرمادی است اشاره به پیشینه فقهی و تحولات قانونگذاری در این

1. Présentation Générale

2. Allusion Littéraire ou Juridique

3. Jean Carbonnier

4. Raymond Verdier, « Une Approche Ethno-Anthropologique du Juridique, in Regards sur le Droit, Sous la Direction de François Terré, Dalloz, 2010. p. 201.

5. Réflexion D'actualité ou Référence Sociologique

6. Présentation Historique

زمینه یا در موردی که رأی راجع به مرور زمان در موضوعات کیفری است، اشاره به پیشینه نهاد مرور زمان در حقوق ایران و تحولاتی که از سال ۱۳۵۸ به بعد در این زمینه صورت گرفته است. یادآوری این نکته ضرورت دارد که با توجه به سلیقه و میزان معرفت تفسیر کننده، انتخاب بین چهار جزء پیش گفته اختیاری است و شخص می تواند در معرفی موضوع رأی یا تصمیم به یک یا همه این چهار مورد بپردازد.

۲. توصیف عناصر آیین دادرسی^۱

در این قسمت تمامی عناصر مؤثر در دادرسی به کامل ترین شکل باید بیان شود و به پنج پرسش زیر پاسخ داده شود:

- مدعی (خواهان یا شاکی) کیست؟
- مدعی علیه (خوانده یا مشتکی عنه) کیست؟
- تاریخ طرح دعوا؟
- خواسته یا ادعا چیست؟
- مبنای حقوقی خواسته یا ادعا چیست؟

مثال: در تاریخ ۱۳۹۱/۶/۱۵ آقای (الف) دعوایی را به طرفیت خانم (ب) به خواسته مطالبه ثمن معامله به مبلغ ریال بر مبنای ماده قانون مدنی طرح کرده است.^۲ به این عناصر می توان دلایل ابرازی طرفین و دعوای طاری در صورت موجود بودن نظیر دعوای متقابل، دعوای جلب شخص ثالث یا دعوای ورود شخص ثالث را نیز افزود. در تفسیر آراء باید مشخص شود آیا دعوای خواهان در مرجع بدوی^۳ مورد پذیرش قرار گرفته یا مردود اعلام شده است. در صورتی که رأی صادر شده اصولاً قابل تجدیدنظرخواهی نبوده باید

1. Description de la Procédure

۲. در حقوق ایران برخلاف حقوق فرانسه، خواهان دعوای مدنی تکلیفی به ذکر مبنای حقوقی ادعای خود ندارد. با این همه، در صورتی که این مبنا در دعوای مورد تفسیر ذکر شده باشد نقد پاسخ طرف دعوا به آن و تصمیم قاضی در این زمینه می تواند برای تفسیر رأی ارزشمند باشد.

۳. این دادگاهها در حقوق ایران، در دعوای مدنی عبارتند از شوراهای حل اختلاف (که به دلیل شناسایی صلاحیت نسبی برای این مرجع در دعوای حقوقی می تواند عنوان مرجع بدوی به خود بگیرد)، دادگاههای عمومی و در مورد دعوای که مستقیماً در مرحله تجدیدنظر قابل طرح باشند دادگاه تجدیدنظر استان و در دعوای کیفری، دادگاه عمومی کیفری و دادگاه کیفری استان.

عنوان شود. همچنین در صورتی که رأی بدوی قابل تجدیدنظرخواهی بوده و تجدیدنظرخواهی به عمل آمده باید تصمیم مرجع تجدیدنظر در قبول^۱ یا رد^۲ تجدیدنظرخواهی ذکر شود. در صورتی که تصمیم دیوان عالی کشور مورد تفسیر باشد در حقوق ایران (همانند حقوق فرانسه)، دیوان یا فرجام‌خواهی را می‌پذیرد^۳ یا آن را رد^۴ می‌کند. در صورتی که فرجام‌خواهی مورد قبول قرار گیرد رأی فرجام‌خواسته نقض و موضوع برای رسیدگی مجدد به مرجع هم‌عرض ارسال می‌شود و در صورتی که فرجام‌خواهی مردود اعلام شود رسیدگی خاتمه پیدا می‌کند. این امکان نیز وجود دارد که دیوان عالی کشور به دلیل نقضی که در رسیدگی مرجع تالی وجود دارد پرونده را برای رفع نقص به مرجع صادرکننده رأی فرجام‌خواسته اعاده کند. در مواردی که رأی فرجام‌خواسته نقض و به مرجع هم‌عرض ارسال می‌شود این مرجع ممکن است تصمیم دیوان عالی کشور را بپذیرد یا نپذیرد یا رأی سومی بدهد که در دو مورد اخیر حسب مورد با رأی اصراری مرجع تالی و دیوان عالی کشور روبرو خواهیم بود که به دلیل رفت و برگشت‌ها بین دیوان و مراجع تالی می‌تواند از ارزش پیشنهاد قضایی برخوردار باشد.

همان‌طور که گفته شد آرائی که از سوی هیأت عمومی دیوان عالی کشور صادر می‌شوند از حیث پیشنهادیه‌های قضایی می‌تواند ارزشمند باشد زیرا از سوی تمامی قضات دیوان عالی کشور اعم از حقوقی و کیفری و در مواردی اتخاذ می‌شود که در موضوع واحد آراء متفاوتی از سوی مراجع مختلف صادر شده است.

۳. توضیح مسائل موضوعی^۵

همان‌طور که می‌دانیم، در یک جمله و به بیانی ساده، رأی عبارت است از تطبیق حکم بر موضوع و بیان نتیجه حاصل از این تطبیق با ارائه راه حلّی حقوقی. بنابراین در هر رأیی توضیح مسائل موضوعی که منجر به اعمال قاعده حقوقی می‌شود ضرورت دارد. در واقع، از ورای توضیح مسائل موضوعی است که متناسب بودن یا نبودن قاعده حقوقی اعمال شده

1. Confirme

2. Infirme

3. Rejette le Pourvoi

4. Accueille le Pourvoi

5. Description des Faits.

ارزیابی می‌شود. در توصیف مسائل موضوعی می‌توان گفت مسائلی هستند که خواهان در امور مدنی و شاکی و دادرسا در امور کیفری تلاش می‌کنند و باید آن را اثبات کنند. به عنوان مثال در دعوای تخلیه مورد اجاره، وجود رابطه استیجاری و موجود بودن سبب تخلیه (انقضای مدت، انتقال به غیر و...) و در دعوای کلاهبرداری به کارگیری وسایل متقلبانه و فریبکارانه و نتیجه مجرمانه بردن مال غیر از مسائل موضوعی است که بار اثبات دلیل آنها بر دوش مدعیان است.

در توضیح مسائل موضوعی باید شرح ماقع به طور خلاصه ذکر شود به نحوی که از ورای آن امور موضوعی قابل کشف و درک باشد. بدین منظور می‌توان از جدولی که به طور مشخص حاوی وقایع و تاریخ هر یک از واقعه‌ها است استفاده کرد. نکته مورد اختلاف در زمینه طرح مسائل موضوعی این است که آیا باید به شرح موضوعات به طور کلی پرداخت یا به شرح موضوعاتی که قاعده حقوقی اعمال شده در مورد آنها مورد نقد است و هدف از تفسیر رأی را تشکیل می‌دهد بسنده کرد؟ پاسخ مستقیم به این پرسش دشوار است. درواقع، باید حسب مورد و با توجه به آنچه به طور مشخص موضوع نقد و تفسیر است راجع به موضوعاتی که باید تشریح شود تصمیم‌گیری کرد. آنچه مسلم است باید از بیان موضوعات و شرح وقایعی که با قاعده حقوقی مورد نقد و تفسیر بی‌ارتباط است یا تأثیر آن در قاعده حقوقی اعمال شده بسیار ناچیز است اجتناب شود. آنچه اهمیت دارد این است که امکان درک و فهم تفسیر از ورای مسائل موضوعی توصیف شده ممکن شود.

مثال: در تفسیری که توسط یکی از حقوقدانان شناخته شده فرانسوی در زمینه مالکیت فکری از رأی شعبه اول مدنی دیوان کشور فرانسه مورخ ۶ مارس ۱۹۷۶ راجع به لزوم احراز شرط اصالت در آثار ادبی و هنری به عمل آمده مسائل موضوعی در چند سطر و به شرح زیر تشریح شده است:

«موضوعات: معماری، طراحی یک منزل مسکونی را به حساب شرکت دیگری انجام می‌دهد و در مقابل سه درصد از قیمت کارهای ساختمانی هر ویلای ساخته شده بر اساس طراحی خود را به عنوان کمیسیون دریافت می‌کند. شرکت آمر با تصفیه قضایی مواجه می‌شود ولی شخص مأمور فروش ویلاها، شرکت جدیدی تشکیل می‌دهد و شرکت اخیر ویلاهای جدیدی بر اساس طرح‌هایی که به حساب شرکت در حال تصفیه تدوین شده بود می‌سازد. معمار طراح مدعی می‌شود که استفاده از این طرح‌ها بدون اجازه وی صورت

گرفته است که باید شبیه‌سازی تلقی شود و بر این اساس جبران خسارت وارد شده به خود را مطالبه می‌کند. دادگاه تجدیدنظر شهر «نیم»^۱ رأی بدوی حاکی از وجود شبیه‌سازی را تأیید می‌کند. دادگاه بدوی استدلال کرده بود که نمی‌توان در مورد ویژگی‌های هنری، هماهنگ بودن و راحت بودن طراحی‌ها که ماهیتی کاملاً ذهنی دارند و می‌توان تفسیرهای مختلف و حتی متناقضی از آن داشت، قضاوت ارزشی کرد. فرجام‌خواهی از رأی دادگاه تجدیدنظر شهر «نیم» بر فقدان تحقیقات (از سوی قضاات تالی) در مورد اصالت یا عدم اصالت طرح‌های موضوع دعوا استوار است.^۲

همان‌طور که ملاحظه می‌شود توضیحات راجع به موضوعات هر چند خیلی خلاصه باشد ولی بسیار مفید است و عناصر موضوعی لازم برای تفسیر رأی را در خود دارد. از توضیحات داده شده به سادگی معلوم می‌شود موضوع دعوا شبیه‌سازی طرح‌های معماری بدون اجازه پدیدآورنده بوده است و قضاات تالی با احراز شبیه‌سازی و با ذکر اینکه در حمایت از آثار فکری درجه هنری و ویژگی‌های اثر نباید مورد توجه قرار گیرد، حکم به جبران خسارات وارد شده به معمار طراح داده‌اند. اعتراض فرجام‌خواه به این آراء این است که دادگاه‌های تالی در مورد اینکه آیا طرح‌های مورد بحث از اصالت که - شرط اصلی حمایت از آثار ادبی و هنری است - برخوردار بوده‌اند یا خیر، تحقیق نکرده‌اند.

۴. توصیف حقوقی

منظور از توصیف، قراردادن برخی از امور موضوعی در مقوله‌های حقوقی است تا از این طریق نظام حقوقی قابل اعمال بر آن شناخته شود. به عنوان مثال، در موردی که بانک وامی را در اختیار شخصی برای خرید خانه قرار می‌دهد و از وام‌گیرنده می‌خواهد ضامنی معرف کند تا پرداخت آن‌را در سررسید متقبل شود، در اینجا تعهد ثالث در قبال بانک به لحاظ حقوقی عقد ضمان نامیده می‌شود. در حقوق ایران ماده ۶۹۸ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «بعد از اینکه ضمان به طور صحیح واقع شد ذمه مضمون‌عنه بری و ذمه ضامن مشغول می‌شود.» در این مورد، تعهد ثالث در قبال طلبکار به لحاظ حقوقی به عقد ضمان مربوط می‌شود. مرتبط کردن این تعهد با مقوله حقوقی عقد ضمان، در واقع توصیف این

1. Nimes

2. Michel Vivant (sous la Direction de), Les Grands Arrêts de la Propriété Intellectuelle; Dalloz 2004, p. 113.

وضعیت حقوقی است. این توصیف در حقوق ایران منجر به اعمال نظام حقوقی ضمان به نحو مقرر در مواد ۶۹۸ به بعد قانون مدنی می‌شود. در این زمینه به موجب همان قانون، ضامنی که بدهی بدهکار اصلی را پرداخته، می‌تواند به شخص اخیر (مضمون‌عنه) رجوع کند. این نتیجه یکی از ده‌ها نتیجه‌ای است که از عقد ضمان ناشی شود.

۵. توضیح امور حکمی

در هر رأی دیوان عالی کشور به یک یا چند مسئله حکمی پاسخ داده می‌شود که ناشی از مشکلات اعمال یک قاعده حقوقی بر یک وضعیت حقوقی مورد نظر است. در حقوق فرانسه در موردی که شخصی به طور ناگهانی گنجی را در مال منقول متعلق به دیگری پیدا می‌کند دو مسئله حکمی مطرح است. اول اینکه آیا یابنده می‌تواند مالکیت نصف این گنج را به نحو مقرر در بند ۱ ماده ۷۱۶ قانون مدنی فرانسه مدعی شود در حالی که این ماده مربوط به گنج‌های نهفته در اموال غیرمنقول است؟ اگر پاسخ مثبت باشد مسئله دوم این است که آیا ضرورت دارد مال منقول، هنگام کشف گنج در مال غیرمنقول مالک یافت شود تا بند ۱ ماده ۷۱۶ قابلیت اعمال پیدا کند؟ در اینجا دیوان عالی کشور فقط باید به این دو مسئله پاسخ دهد.

۶. توجیهات رأی^۱

این بخش از تصمیم دیوان که عمدتاً در ساختار آراء منجر به نقض رأی فرجام‌خواسته به کار می‌رود نقش اساسی در تفسیر آن دارد. زیرا در حقیقت آنچه به طور مشخص مورد نقد و تحلیل قرار دارد استدلال‌های دیوان برای نقض رأی فرجام‌خواسته است. توجیهات در مفهوم وسیع کلمه حمایت عقلانی از استدلال‌های مطرح شده توسط اصحاب دعوا و قضات تالی است که فقدان آنها در رأی مورد اعتراض می‌تواند به نقض آن در دیوان منجر شود.^۲ در اینجا منظور آن فصل از رأی دیوان است که ناظر بر مباحث حقوقی راه حل ارائه شده توسط دیوان یا توجیهاتی است که دیوان برای نقض رأی فرجام‌خواسته به کار می‌برد و گاه می‌توان آن را به توجیهات فرعی و اصلی تقسیم کرد.

1. Motifs

2. Serge Guinchard et Gabriel Montagnier, *Lexique des Termes Juridiques* (sous la Direction de Raymond Guillien et Jean Vicent), Dalloz, 2001. P. 370.

مثال(در دعوی مرتبط با تکلیف اطلاع‌رسانی پزشک):

توجیهات فرعی: نظر به اینکه در جریان کولونوسکپی از طریق نمونه‌برداری توسط دکتر کوزن، آقای هدرئول مبتلا به پارگی روده شده و در دعوی مطروحه علیه این پزشک مدعی شده است که پزشک از خطرات پارگی در جریان چنین عملی او را آگاه نکرده است و دادگاه تجدیدنظر ادعای آقای هدرئول را مردود شناخته است با این توجیه که او می‌باید دلیل عدم اطلاع‌رسانی توسط پزشک را ارائه کند و مدعی نتوانسته هیچ‌گونه دلیلی که نظریه او را به اثبات برساند ارائه کند؛

توجیهات اصلی: نظر به اینکه دادگاه تجدیدنظر با چنین تصمیمی، در حالی که پزشک متعهد به تعهد ویژه اطلاع‌رسانی در قبال بیمار خویش است و در نتیجه بار اثبات دلیل اینکه به تعهد خود عمل کرده بر دوش پزشک قرار دارد، حکم قانونی یاد شده را نقض کرده، با این توجیهات و بدون اینکه نیازی به تصمیم‌گیری در دو مورد دیگر باشد؛

«رأی متخذ توسط دادگاه تجدیدنظر رن^۱ در تاریخ ۵ ژوئیه ۱۹۹۴ بین طرفین را نسبت به تمامی جهات آن نقض و ابطال می‌کند و در نتیجه موضوع دعوا و طرفین را در وضعیتی قرار می‌دهد که قبل از رأی فرجام‌خواسته بوده‌اند و برای اتخاذ تصمیم آن‌را به دادگاه تجدیدنظر آنژه^۲ احاله می‌کند.»

در مثال بالا قسمت آخر تصمیم دیوان، مفاد و مضمون تصمیم^۳ نامیده می‌شود و در واقع نتیجه حقوقی راه‌حل ارائه شده است که بر توجیهات به عمل آمده (فرعی و اصلی) استوار است.

ج) تفسیر به معنای خاص

تفسیر آراء قضایی به معنای خاص که قسمت مهم و ارزشمند یک تفسیر را تشکیل می‌دهد باید بر اساس عناصری که در فیش رأی گردآوری می‌شود و در گفتار پیشین توضیح داده شد صورت گیرد. با این همه، باید بین مواردی که این تفسیر توسط حقوقدانان (قضات، وکلای دادگستری و استادان حقوق) صورت می‌گیرد با مواردی که به عنوان تکلیف از دانشجویان حقوق خواسته می‌شود و جنبه آموزشی دارد قائل به تفکیک شد. در مورد اول، عموماً به ذکر مشخصات رأی، متن رأی مورد تفسیر، بیان امور موضوعی و نقد

1. Rennes

2. Angers

3. Dispositives

رأی بر اساس پلانی که توسط مفسر تهیه خواهد شد بسنده می‌شود. ولی زمانی که هدف آموزش روش تفسیر آراء به دانشجویان حقوق است باید قبل از تفسیر به معنای خاص فیش رأی هم ضمیمه شود تا نحوه جمع‌آوری داده‌های مرتبط با رأی مورد تفسیر و میزان تسلط دانشجویان در این زمینه مورد ارزیابی قرار گیرد. البته در مورد حقوقدانان نیز لازمه تفسیر صحیح و موفقیت‌آمیز رأی یا تصمیم قضایی تهیه فیش رأی توسط مفسر است، با این تفاوت که در چاپ و نشر تفسیری که توسط این گروه از مفسران به عمل می‌آید ضمیمه کردن فیش رأی مورد تفسیر ضرورت ندارد.

در تفسیر رأی به معنای خاص بدون توجه به مفسر آن، از یک سو محتوای تفسیر، از سوی دیگر، پلان تفسیر و سرانجام، شیوه تدوین تفسیر مورد توجه قرار گیرد.

۱. محتوای تفسیر

منظور از محتوای تفسیر مطالبی است که اصولاً ذکر آنها در یک تفسیر (به معنای خاص) ضروری تشخیص داده می‌شود. در زیر به مواردی که توجه به آنها از سوی مفسر اجتناب‌ناپذیر به نظر می‌رسد اشاره می‌شود:

۱-۱. عنوان تفسیر: این عنوان همانند عنوان مقالات علمی باید به صورت تیتروار در ابتدای متن تفسیر و با حروف بزرگتر از سایر قسمت‌های متن به صورت سیاه شده (بولد شده) ذکر شود. در تعیین این عنوان باید از توصیف حقوقی رأی مورد تفسیر که در فیش رأی (قسمت ب) در مورد آن توضیح داده شد استفاده شود.

مثال‌ها - ۱. خاتمه قرارداد کار به دلایل شخصی ۲. تکلیف اطلاع‌رسانی پزشک به بیمار ۳. قراردادهای ناظر بر اختراع - قرارداد ليسانس (حق بهره‌برداری)

۱-۲. کلمات کلیدی: این کلمات به همان شکل که در مقالات علمی مرسوم است باید انتخاب و در اندازه‌ای کوچکتر از موضوع و به صورت سیاه (بولد) نوشته شود، با این تفاوت که در مقالات علمی، کلمات کلیدی در پایان چکیده ذکر می‌شوند ولی در تفسیر رأی این کلمات باید بلافاصله پس از عنوان تفسیر و در زیر آن بیاید، بعلاوه در اینجا قید عبارت «کلمات کلیدی» ضروری نیست.

مثال - در موردی که عنوان تفسیر، قراردادهای ناظر به حق اختراع است، کلمات زیر می‌تواند کلمات کلیدی محسوب شود: پروانه اختراع، قرارداد ليسانس (حق بهره‌برداری)،

تکلیف بهره‌برداری، بهره‌برداری «کامل». در صورتی که رأی مورد تفسیر به طور مشخص در خصوص یک مقرر قانونی یا یک اصل حقوقی باشد ماده مورد استناد یا اصل حقوقی مورد نظر نیز می‌تواند به سایر کلمات کلیدی اضافه شود.

۱-۳. مشخصات و تاریخ رأی مورد تفسیر و مرجع صادر کننده رأی: این مشخصات نیز به راحتی از فیش رأی، قابل انتقال به متن تفسیر نهایی است.

مثال- دادنامه شماره ۲۵۳ مورخ ۲۲ آبانماه ۱۳۹۱ شعبه ۴ دیوان عالی کشور

- ذکر آن قسمت از رأی که متضمن راه حل حقوقی اعمال شده توسط دیوان (دادگاه) است: این قسمت از اهمیت فراوانی برخوردار است زیرا هدف از تفسیر رأی، نقد و تحلیل راه حل ارائه شده توسط رأی مورد تفسیر است. ذکر این نکته ضرورت دارد که ممکن است در این قسمت به بیان خلاصه یک رأی اکتفا نشود و خلاصه آراء دیگری هم که در آنها راه حل‌های مشابهی اتخاذ شده ذکر شود.

مثال- «هر اختراعی باید دارای ماهیت فنی باشد: این اختراع باید متضمن راه حلی فنی در خصوص یک مسئله فنی باشد، در عرصه صنعت قابل استفاده بوده بتواند بدون تلاش فوق‌العاده‌ای تکثیر شود. (تصمیم مورخ ۸ دسامبر ۱۹۹۴، اداره اروپایی اختراعات)»

۱-۴. منبع رأی مورد تفسیر: رأیی که موضوع نقد قرار دارد ممکن است برای اولین بار در روزنامه رسمی کشور، مجموعه آراء دیوان عالی کشور یا دیوان عدالت اداری یا مجلات علمی- پژوهشی یا علمی- ترویجی یا در یک پایان‌نامه منتشر شده باشد. در هر صورت، ارجاع به رأی مورد تفسیر باید همانند ارجاعات در مقاله‌ها و نوشته‌های علمی و پژوهش‌های حقوقی صورت گیرد که به دلیل بدیهی بودن نیازی به ذکر مثال نیست.

۱-۵. مشخصات اجمالی طرفین دعوا: این قسمت نیز قبلاً در فیش رأی توسط مفسر تهیه شده و فقط باید به متن تفسیر اضافه شود.

۱-۶. تشریح امور موضوعی تحت عنوان «موضوعات»: در مورد اهمیت این بخش از تفسیر در قسمت (ب) سخن رفت. مثالی که در این خصوص ذکر شد می‌تواند مورد توجه مخاطبان محترم قرار گیرد. به هر حال از آنجا که مفسر قبلاً در فیش رأی امور موضوعی را از رأی مورد تفسیر استخراج کرده به راحتی می‌تواند آن را به تفسیر انتقال دهد.

۱-۷. متن کامل رأی یا خلاصه آن: معمولاً در تفسیرهایی که توسط حقوقدانان فرانسوی از آراء قضایی به عمل می‌آید علاوه بر ذکر راه حل حقوقی ارائه شده توسط مرجع قضایی در آغاز تفسیر، متن کامل رأی یا تصمیم مورد تفسیر یا خلاصه‌ای از آن نیز پس از تشریح

امور موضوعی بیان می‌شود. این قسمت از تفسیر می‌تواند به مخاطب در درک بیشتر و بهتر مجموع عناصر رأی کمک کند. بعلاوه متن رأی حاوی دفاعیات و استدلال‌های طرفین دعوا نیز به مخاطب امکان می‌دهد با توجه به سایر عناصر رأی، کیفیت تفسیر از سوی مفسر را ارزیابی کند. از آنجا که به طور معمول آراء صادر شده از مراجع قضایی ایران حتی تصمیمات دیوان عالی کشور کوتاه است، می‌توان آن را به طور کامل در تفسیر ذکر کرد. با این همه، ذکر متن رأی یا خلاصه آن ذکر راه حل ارائه شده توسط رأی مورد تفسیر را که بیشتر توضیح داده شد منتفی نمی‌کند.

۸-۱ مقدمه تفسیر: این قسمت از تفسیر که در حقوق فرانسه از آن به «ملاحظات»^۱ یاد می‌شود دارای اهمیت فراوانی است. مقدمه تفسیر با «مقدمه» در مقالات علمی قابل مقایسه است. هدف از بیان مقدمه همانند سایر مقالات و مطالب علمی آماده کردن مخاطب از نظر روانی برای ورود به بحث اصلی است. در این قسمت از تفسیر، مفسر می‌تواند در تهیه مقدمه از آنچه در فیش رأی (قسمت ب) تحت عنوان «معرفی کامل موضوع» تهیه کرده کمال استفاده را بکند. بدین ترتیب مفسر می‌تواند مقدمه را در صورت لزوم با اشارات ادبی یا حقوقی شروع کرده، به مسائل روز یا مسائل اجتماعی مرتبط با موضوع اشاره کند، توجه خوانندگان را به پیشینه موضوع تصمیم یا رأی جلب کند و یا اهمیت رأی در تحول رویه قضایی یا احیاناً عدم انطباق آن با مقررات قانونی یا انطباق آن با مقتضیات اجتماعی و اقتصادی را یادآور شود. مقدمه تفسیر با اعلام بخش‌های اصلی تفسیر یا پلان تفسیر پایان می‌پذیرد که با توجه به اهمیت آن در ادامه و در بند ۲ به طور جداگانه به آن خواهیم پرداخت.

۹-۱ قسمت اصلی تفسیر در چارچوب فهرست مطالب یا پلان اعلامی: این قسمت از تفسیر محصول تلاش فکری مفسر است که در آن دیدگاه وی در خصوص رأی مورد تفسیر در چارچوب پلانی که در مقدمه اعلام شده نگاشته می‌شود. بدون تردید این قسمت از تفسیر مهمترین قسمت آن است و هدف نهایی از تفسیر را تشکیل می‌دهد.

۲. پلان تفسیر: کنفوسیوس گفته است که وی بیشتر از آنچه به دنبال پاسخ‌ها باشد به دنبال پرسش‌های خوب بوده است. بنابراین خیلی مهم است که در تفسیر یک رأی پرسش‌های خوبی مطرح کنیم و تفسیر را در حول مسئله‌های اساسی مرتبط با موضوع دعوا

سازمان دهیم. وقتی که مسئله‌ها به خوبی مطرح شوند به طور طبیعی می‌تواند به طرح یک پلان مناسب منجر شود. در حقوق فرانسه مرسوم است که پلان در دو قسمت یا دو فصل طرح می‌شود که هر کدام از قسمت‌ها یا فصل‌ها می‌تواند خود دارای دو فصل فرعی باشد. البته طرح پلان در دو فصل الزامی و غیرقابل اجتناب نیست و به ندرت هماهنگی در طرح موضوعات ممکن است طرح پلان در سه فصل را ایجاد کند. بین دو فصل باید ارتباط و هماهنگی وجود داشته باشد نه اینکه یکی به دیگری اضافه شود. این نکته در مورد زیرفصل‌ها نیز صدق می‌کند. پلان باید طوری باشد که با توجه به مسئله اصلی دو فصل آن با توجه به مسئله اصلی و همچنین زیرفصل‌ها با توجه به عنوان فصل دارای ارتباط منطقی باشد. معمولاً توصیه می‌شود از طرح پلان‌های پیچیده خودداری شود، زیرا ساده‌ترین پلان‌ها اغلب بهترین هستند. به عنوان مثال، در صورتی که رأی مورد تفسیر ناظر به طلاق خلع باشد عنوان قسمت اول پلان می‌تواند «مفهوم و شرایط طلاق خلع» و قسمت دوم «آثار و احکام طلاق خلع» باشد. یا در صورتی که رأی موضوع تفسیر اختیارات بازپرس در تحقیقات مقدماتی باشد، پلان تفسیر می‌تواند به صورت تاریخی تنظیم شود. در این صورت قسمت اول «اختیارات بازپرس قبل از قانون آیین دادرسی کیفری سال ۱۳۷۸» و قسمت دوم «اختیارات بازپرس بر اساس قانون آیین دادرسی کیفری سال ۱۳۷۸» باشد.

عناوین فصل‌های پلان و زیرفصل‌ها باید کوتاه (ترجیحاً کمتر از ده کلمه) و به قدر کافی کلی باشد که بتواند محتوای فصل را در برگیرد. به ویژه باید از جمله‌بندی، طرح پرسش و عناوینی که خود، به عناوین مختلف ارجاع می‌دهند پرهیز کرد. در زیر به عنوان مثال، نمونه‌های درست و نادرست از عناوین اصلی پلان تفسیر که ناظر بر استثنای نظم عمومی در اعمال قانون خارجی است ذکر می‌شود:

مثال اول- شکل جمله‌ای

- نادرست: «دیوان، استثنای نظم عمومی استنادی توسط همسر را پذیرفته و اعمال قانون خارجی را مردود دانسته است.»

- درست: «رد قانون خارجی به دلیل استثنای نظم عمومی»

مثال دوم- شکل پرسشی

- نادرست: «آیا قانون خارجی گزیده شده در نتیجه اعمال قاعده حل تعارض باید با استثنای نظم عمومی مردود شود؟»

- درست: «عدم اعمال قانون خارجی به دلیل استثنای نظم عمومی؟»

۳. شیوه تدوین تفسیر

پس از پیدا کردن پلان مناسب و نوشتن مقدمه باید متن تفسیر نگارش شود. متن تفسیر عمدتاً دو سوم محتوای تفسیر را تشکیل می‌دهد. اگر پلان دو فصل داشته باشد، هر فصل حدوداً باید یک سوم حجم تفسیر را شامل شود. فصل‌ها باید متعادل باشند هر چند تفاوت بیست درصدی در تفاوت بین حجم دو فصل پذیرفته می‌شود. در نگارش یک تفسیر مطالب انتقالی و اعلام پلان‌های واسطه‌ای از اهمیت زیادی برخوردار است. در واقع چنانچه هر فصل از تفسیر دارای زیرفصل‌هایی مثل (الف و ب) باشد همانند فصل‌های اصلی باید اعلام شود. هر فصل و زیرفصل باید با بیان مطالبی که خواننده را برای ورود به فصل یا زیرفصل بعدی آماده می‌کند خاتمه یابد. در انتهای هر فصل می‌توان نتیجه همان فصل را نیز در پایان ذکر کرد ولی نتیجه‌گیری در پایان زیرفصل‌ها یا قسمت‌های جزئی‌تر معمول نیست. مثل سایر پژوهش‌های حقوقی، تفسیر آراء می‌تواند متضمن ارجاعاتی باشد. این ارجاعات ممکن است از یک سو مربوط به عناصر موضوعی یا حکمی رأی مورد تفسیر و از سوی دیگر مربوط به رویه قضایی یا دکتترین باشد. بدیهی است در مورد ارجاع به سایر آراء قضایی یا دکتترین باید نشانی و آدرس دقیق آن به گونه‌ای که در هر پژوهش علمی مرسوم است درج شود.

برای انجام یک تفسیر مناسب، مفسر نه تنها باید آشنایی کامل با مبانی حقوقی موضوع رأی مورد تفسیر داشته باشد بلکه باید توجیهات قاضی را درک کند. اگر مفسر به رویه قضایی در زمینه رأی مورد تفسیر آشنا نباشد نمی‌تواند متوجه شود آیا این رأی یک چرخش در رویه قضایی در خصوص موضوع محسوب می‌شود یا در مقام تأیید رویه‌های قضایی پیشین است. بعلاوه، اگر مفسر با دکتترین موجود در زمینه رأی مورد تفسیر آشنا نباشد نمی‌تواند ارزیابی کند آیا رأی مورد بحث تحت تأثیر دکتترین قرار داشته یا خیر.

در تفسیر آراء قضایی، مفسر باید به برخی پرسش‌ها در زمینه رأی مورد تفسیر پاسخ دهد. از جمله اینکه آیا راه حل اتخاذ شده در رأی مورد تفسیر مناسب هست یا خیر؟ آیا نسبت به راه‌حل‌های قبلی رویه قضایی بهتر یا بدتر است؟ آیا نتایج عملی این راه حل در سایر زمینه‌های حقوق قابل اعمال است یا خیر؟ آیا راه حل انتخابی می‌تواند به راه حلی اصلی در زمینه موضوع دعوا تبدیل شود یا خیر. در پاسخ به این پرسش‌ها از یک سو باید به ویژگی‌های موضوع دعوا یا مسائل موضوعی توجه شود تا امکان مقایسه رأی مورد تفسیر با آرای ناظر به همان موضوع یا موضوعات مشابه ممکن شود. از سوی دیگر، در صورت

لزوم باید محیط اقتصادی و اجتماعی را که رأی را احاطه کرده است معین کرد و نتایج تصمیم قضایی را از این حیث مورد ارزیابی قرار داد.

اگر بخواهیم پرسش‌های فوق را در قالب چارچوب‌های کلی‌تری ارائه دهیم می‌توان رأی مورد تفسیر را از دو منظر مورد بررسی قرار داد:

۱-۳. جایگاه تصمیم در حقوق موضوعه

در این خصوص مفسر باید از خود بپرسد آیا تصمیم مورد تفسیر با حقوق موضوعه مطابقت دارد یا خیر؟ به بیان دیگر آیا قواعد و راه‌حل‌های جاری را اعمال می‌کند یا آن را رد می‌کند؟ در صورتی که راه‌حل اتخاذ شده توسط رأی با حقوق موضوعه منطبق نیست پاسخ به پرسش‌های زیر ضرورت خواهد داشت:

- آیا در موردی که رویه قضایی در آن وجود نداشته مشکلی را حل و فصل کرده یا خیر؟
 - آیا در زمینه‌های مورد اختلاف موضع‌گیری کرده یا خیر؟
 - آیا این تصمیم یک چرخش واقعی در رویه قضایی تلقی می‌شود یا خیر؟ اگر پاسخ مثبت است، این چرخش در چه زمینه‌هایی صورت گرفته است؟^۱
- ۲-۳. (ارزش رأی)

- آیا رأی شایسته تأیید است یا باید مورد نقد قرار گیرد و به چه دلیلی؟
- استدلال قضات منطقی است یا متضمن تناقض یا نتیجه‌گیری غلط و یا تصادفی است؟
- راه‌حل ارائه شده با دیگر قواعد حاکم بر موضوع هم‌خوانی دارد یا خیر؟
- رأی بر چه اصولی استوار است؟ آیا این اصل، ارزشی مطلق دارد یا باید با سایر قواعد آمره هماهنگ شود؟
- آیا راه حل صحیح، مفید، عملی یا بجاست؟ رأی چه منافعی را ترجیح داده یا از چه منافعی حمایت کرده است؟

۳-۳. ارزش حقوقی رأی: نقش رأی در تحول بعدی رویه قضایی چیست؟ در صورتی که رأی از جمله آراء اصولی است یا چرخشی در رویه قضایی محسوب می‌شود، مفسر باید از خود بپرسد:

- آیا رأی قابل اعمال در تعداد زیادی از موارد است یا خیر؟
- به نتایج حقوقی مهمی منجر می‌شود؟

- قابل تسری به وضعیت‌های حقوقی مشابه هست یا می‌تواند باشد؟
- آیا آثار فراحقوقی (اقتصادی، اجتماعی یا جامعه‌شناسانه) دارد یا می‌تواند داشته باشد؟
- راه‌حل پیشنهادی در رأی شکل قانونی به خود گرفته یا می‌تواند بگیرد؟^۱
مثال (در دعوای مرتبط با اسباب خاتمه قرارداد کار):
در دعوایی که در خصوص اسباب خاتمه قرارداد کار در دیوان عالی کشور فرانسه مطرح شده بود موضوع از این قرار بود که حقوق‌بگیری اغلب با چند دقیقه تأخیر به محل کار خود می‌رسید ولی با ترک دیر هنگام محل کار آنرا جبران می‌کرد. از مواد ۲-۱۴-۱۲۲ و ۳-۱۴-۱۲۲ قانون کار فرانسه استنباط می‌شود که حقوق‌بگیر نمی‌تواند به دلایل شخصی از کار اخراج شود مگر اینکه سببی واقعی و جدی وجود داشته باشد. در این دعوا دیوان کشور فرانسه بر این اعتقاد بوده است که این رفتار متضمن خطای سبک بوده و نمی‌توانسته اخراج به دلیل واقعی و جدی تلقی شود. این تصمیم در زمینه حقوق کار و به طور مشخص اسباب خاتمه قرارداد کار صادر شده است. اخراج به دلایل شخصی یکی از این اسباب را تشکیل می‌دهد. قانون ایجاب می‌کند که این سبب واقعی و جدی باشد. آیا تأخیر چند دقیقه‌ای حقوق‌بگیر می‌تواند به تنهایی اخراج به دلیل شخصی را توجیه کند؟ دیوان کشور با پاسخ منفی مفهوم حقوقی سبب واقعی و جدی را تلطیف کرده است.
در خصوص این رأی گفته شده است که مقابله تصمیم دیوان کشور با راه‌حل‌های موجود قطعی نیست زیرا رویه قضایی در این زمینه بسیار غنی است. با این همه، به راحتی می‌توان فایده چنین تصمیم را ارزیابی کرد، زیرا این امکان را فراهم می‌آورد مفهوم دلیل واقعی و جدی به خوبی شناخته شود. در این راستا مشخص می‌شود که خطاهای سبک دلیل واقعی و جدی اخراج محسوب نمی‌شوند. در نتیجه این اخراج ناروا بوده و پرداخت خسارات اخراج را توجیه می‌کند. این رأی با متون قابل اعمال همخوانی دارد و با رویه قضایی حاکم منطبق است.

نتیجه‌گیری

هدف از این نوشتار ارائه نسخه‌ای غیرقابل‌اجتناب برای تفسیر آراء قضایی نیست. چه بسا که مفسری بدون توجه به آنچه گفته شد نیز بتواند تفسیر ارزشمندی ارائه دهد. با این

حال، تردیدی نیست که رعایت آنچه در خصوص مراحل مختلف تفسیر گفته شد نه تنها اطلاعات لازم در مورد تمامی مسائل و موضوعات مرتبط با تفسیر را در اختیار مفسر قرار می‌دهد، بلکه کار تفسیر را به غایت آسان می‌کند. به عنوان مثال، تهیه فیش رأی که به نوعی می‌توان آن را کالبد شکافی رأی دانست موجب می‌شود تمامی داده‌های مرتبط با رأی در اختیار مفسر قرار گیرد. هر یک از داده‌های این فیش می‌تواند در تفسیر رأی به کار گرفته شود. از سوی دیگر، توجه به مواردی که باید در تدوین یک تفسیر مدنظر قرار گیرد یا به عبارت دیگر توجه به محتوای تفسیر، به مفسر کمک می‌کند بخش‌های مختلف رأی و محتوای آن را در قالبی علمی در اختیار مخاطبان قرار دهد. نحوه نگارش مقدمه و پلان تفسیر و نیز معیارهایی که در تفسیر رأی باید به آن توجه شود می‌تواند نقش مهمی در شکل‌گیری افکار مفسر و کیفیت تفسیر ایفاء کند.

فهرست منابع

فارسی:

– کاتوزیان، ناصر. توجیه و نقد رویه قضایی. تهران: چاپ اول، نشر دادگستر، بهار ۷۷.

فرانسه:

- Defrénois-Souleau, Isabelle, Je veux réussir mon droit, méthode de travail et clés du succès, Armand COLIN, 3^{ème} éd. 1998.
- Ghestin, Jacques, Goubeaux, Gilles, Traité de droit civil, Introduction générale, L.G.D.J., 4^{ème} éd. 1994.
- Guinchard, Serge et Montagnier, Gabriel, Lexique des termes juridique (sous la direction de Raymond Guillien et Jean Vicent), Dalloz, 2001.
- Verdier, Raymond, " Une approche ethno-anthropologique du juridique " in Regards sur le droit, sous la direction de François Terré, Dalloz, 2010.
- Vivant, Michel (sous la direction de), Les grandes arrêts de la propriété intellectuelle, Dalloz 2004.

اینترنتی:

- Analyse et commentaire d'une décision de justice, www.letudiant.fr/boite-a-docs/telecharger/methodes-d...
- Eléments de méthode du commentaire d'arrêt, danielbert. blogspirit.com /files/ Elements_de_methode_du..
- le commentaire d'arrêt, fiches.dalloz-etudiant.fr/methodologie/fiche/23.html?tx
- Marly, Pierre-Grégoire, Le commentaire d'arrêt, www.wkf.fr/pdf/revuediplome/Methodo_DIP3_1.pdf
- M. Coulibaly (cours de), Droit administratif, Méthodologie, commentaire d'arrêt, cours de fr.scribd.com/doc/...commentaire-d-arret-Droit-Administratif
- Méthode du commentaire d'arrêt, <http://droit.wester.ouisse.free.fr/>
- Méthodologie du commentaire d'arrêt (droit civil), <http://www.assas.net/forum/topic/396000-Méthodologie-du-commentaire-d'arrêt-droit-...>

بررسی تأثیر تصدی یا حاکمیتی بودن اعمال دولت در تحقق مسئولیت مدنی دولت در پرونده موسوم به هموفیلی ها

عباس توازنی زاده*

مشخصات رأی

شماره دادنامه: ۱۲۳۷ مورخ ۱۳۸۳/۱۰/۳

خواهان: ۹۷۴ نفر از بیماران هموفیلی یا بازماندگان آنان

خواندگان: ۱. وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی؛ ۲. سازمان انتقال خون؛

۳. شرکت پژوهش و پالایش خون ایران

مرجع رسیدگی کننده: شعبه ۱۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران

بخشی از متن رأی دادگاه

«از آنجا که در قوانین موجود کشور عملاً معیار و میزان معینی در رابطه با خسارات معنوی موجود نیست، به تکلیف اصل ۱۶۴، ۱۶۷، و ۴۰ قانون اساسی و مواد ۱ و ۲ و ۳ و ۵ و ۱۱ قانون مسئولیت مدنی و ماده ۴۷۷ قانون مجازات اسلامی و با امعان نظر به بند ۳ ماده ۲ میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی مصوب ۱۳۵۴ که بر حسب ماده ۹ قانون مدنی حکم قانون هر کشور را داشته... با توجه به متصدی بودن دولت در فعل انجام شده (وزارت درمان و آموزش پزشکی و سازمان انتقال خون ایران) و این نکته که اعمال انجام شده از جمله موارد اعمال حاکمیت نمی باشد، علاوه بر خسارات مادی و پیش بینی شده در نظریه پزشکی قانونی، پرداخت خسارت معنوی را در جبران کاهش امید به زندگی و... به حکم عقل و قاعده «لا ضرر و لا ضرار»، قاعده تسبیب و اتلاف و از همه مهمتر تکلیف شرعی منبعث از دین اسلام و ارزشی که قرآن کریم برای کرامت انسانی قائل گردیده است، ... لهذا لزوم جبران خسارت معنوی را قطعی دانسته و ...»

مقدمه

رأی صادر شده از سوی شعبه ۱۰۶۰ دادگاه عمومی تهران در تاریخ ۱۳۸۳/۴/۲۴ در پرونده موسوم به هموفیلی‌ها و دعوای مطرح شده علیه دولت (وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی و سازمان انتقال خون) به خواسته جبران خسارت مادی و معنوی وارد شده به ۹۷۴ نفر از بیماران هموفیلی یا بازماندگان آنان، از جهات مختلف بازتاب قابل توجهی در جامعه حقوقی کشور داشت. با توجه به اهمیت موضوع، به نظر می‌رسد ابعاد گوناگون بخش‌های مختلف رأی مزبور کماکان نیازمند کندوکاو، نقد و بررسی بیشتر است. موضوع این نوشتار نیز بررسی و نقد فراز کوتاهی از رأی یاد شده است که در آن، اعمال دولت در پرونده مزبور اصطلاحاً از مصادیق اعمال تصدی (در مقابل اعمال حاکمیت) تلقی شده است تا ظاهراً به این ترتیب، حکم به مسئولیت مدنی دولت در پرونده یاد شده از حیث تعارض آن با مفاد قسمت اخیر ماده ۱۱ قانون مسئولیت مدنی که مقرر می‌دارد: «...ولی در اعمال حاکمیت دولت هرگاه اقداماتی که بر حسب ضرورت برای تأمین منافع اجتماعی طبق قانون به عمل آید و موجب ضرر دیگری شود، دولت مجبور به پرداخت خسارت نخواهد بود...»، با معذور و مانع قانونی مواجه نباشد.

از آنجا که متن کامل رأی مورد بحث بسیار مفصل می‌باشد، در ابتدا تنها به ذکر بخشی از رأی برای فراهم شدن زمینه ورود به بحث مورد نظر اکتفا می‌شود و سپس با رعایت اختصار فراز مورد نظر از رأی مزبور بررسی و نقد می‌شود. قبل از ورود به بحث اصلی، لازم است به این نکته اشاره شود که بررسی و نقد فعلی رأی یاد شده و سایر نقدهای مشابه، به هیچ روی از ارزش و اهمیت این رأی در احقاق حقوق زیان‌دیدگان و تحول رویه قضایی در موضوع مسئولیت مدنی دولت نمی‌کاهد و در هر حال، سعی بلیغ قاضی محترم در صدور رأی مورد بحث مشکور است.

گردش کار

وکیل خواهان‌ها به وکالت از طرف ۹۷۴ نفر از بیماران هموفیلی یا بازماندگان آنان، با تقدیم دادخواست علیه: ۱. وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی؛ ۲. سازمان انتقال خون؛ ۳. شرکت پژوهش و پالایش خون ایران، اقامه دعوا و مطالبه خسارت از باب مسئولیت مدنی دولت کرده است. به موجب دادخواست و لوایح و مدافعات بعدی، وکیل خواهان‌ها استدلال نموده است که به دلیل: ۱. عیب و نقص در تجهیزات پزشکی و آزمایشگاهی و نبود سیستم

ویروس‌زدایی در مرکز پژوهش و پالایش خون ایران که نهایتاً منجر به تولید فرآورده‌های انعقادی کسستانتره، بدون اخذ پروانه تولید از وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی گردیده؛ ۲. عدم نظارت بر تولید و واردات و توزیع فرآورده‌های خونی و ...؛ ۳. دستور تعطیلی خط تولید فرآورده‌های انعقادی مرکز پژوهش و پالایش خون از سوی مقام ناظر وزارت بهداشت که مثبت وجود عیب و نقص در تجهیزات و روش کار است، بیماران هموفیلی و دیگر مصرف‌کنندگان خون و فرآورده‌های خونی به ویروس‌های خطرناک ایدز و هپاتیت C و هپاتیت B و در مواردی به دو ویروس کشنده به طور همزمان مبتلا شده و از این طریق، خواهان‌ها متحمل رنج و زیان گسترده‌ای شده‌اند. وکیل خواهان‌ها دو نوع خسارت مادی و معنوی مطالبه کرده است.

متن بخش کوتاهی از رأی دادگاه:^۱

سابقه و مستندات پرونده کیفری مطروحه در قضیه: بررسی این سابقه، دادگاه را به این نتیجه رسانیده است که:

۱. علیرغم این که در زمان موردنظر تکنولوژی لازم در دنیا وجود داشته و قابل تهیه بوده است، سازمان انتقال خون فاقد سیستم ویروس‌زدایی از فرآورده‌های خونی بوده است...؛
۲. پروانه تولید برای فراوری برخلاف مقررات مزبور اخذ نگردیده بوده؛
۳. نظارت‌های لازم به درستی اعمال نشده‌اند؛

... در نتیجه به دلیل ضعف کلی سیستم اداری که امکان رفع آن در شرایط آن روز وجود داشته، خسارت مذکور حاصل شده است، لذا موضوع می‌تواند در چارچوب مسئولیت مدنی دولت و نه صرفاً مسئولیت‌های فردی مدیران مورد بررسی قرار گیرد.

شایان ذکر است در بندهای (الف) و (ج) و (د) و مقدمه رأی دادگاه به بررسی سوابق کشف و راه‌های پیشگیری از آلوده شدن بیماران به هپاتیت C و هپاتیت B و ویروس ایدز

۱. مقدم بردعوی حقوقی، پرونده کیفری به شماره ۳۵ / ۷۶ در شعبه ۱۰۶۰ دادگاه عمومی تهران مطرح گردیده که در آن، تعدادی از متصدیان دولت در ارتباط با خون آلوده به مصرف‌کنندگان مورد محاکمه قرار گرفتند. دعوی حقوقی مورد بحث، دعوی ضرر و زیان ناشی از جرم نیست و علیه دولت و اشخاصی غیر از محکومین کیفری مطرح شده است، لیکن تحقیقات انجام شده در پرونده کیفری مورد توجه و استناد دادگاه در دعوی حقوقی واقع شده است.

در سطح جهان، وظایف وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی و نهایتاً بررسی تطبیق موارد مشابه پرونده مذکور در دیگر کشورهای جهان پرداخته و سپس به شرح زیر به صدور حکم مبادرت نموده است: «دادگاه بر اساس مستندات پرونده، به خصوص اسناد استخراج شده از پرونده کیفری و ... با امعان نظر به این نکته که در عصر حاضر دولت در همه زمینه‌های اجتماعی، اقتصادی، زندگی جمعی شهروندان کشور دخالت می‌کند و برای پیشبرد برنامه‌هایش وسیله‌ها و ابزارهای فنی و مادی بسیاری به کار می‌گیرد، بی‌تردید در نتیجه این دخالت‌های همه جانبه همیشه این امکان هست که دولت به اشتباه، بلکه با برآمد درک خود از شرایط مرتکب خطا گردد، لذا از نظر علمی و منطبق حقوق و اخلاق این زیان‌ها باید جبران شود، به خصوص در مواردی که زیان‌ها سنگین و لطمات بسیاری را در عرصه‌های مختلف به شهروندان وارد می‌آورد. آنچه قانون مدنی در اتلاف و تسبیب در مواد ۳۲۸ و ۳۳۵ دستور داده است، بیانگر آن است که جبران خسارت زیان‌دیده، امری حتمی و پذیرفتنی است. این مناسبات حقوقی در ارتباط با همه مردم قهراً اعمال می‌گردد و اعمال آن در ارتباط با مردم و دولت نیز ضروری گردیده است. این همان منطقی است که در سایه آن، اصل یکصد و هفتاد و سوم قانون اساسی شکل گرفته و دیوانی جهت رسیدگی به شکایات و تظلمات مردم از سازمان‌ها و نهادهای دولتی تأسیس می‌گردد. ماده ۱۱ قانون مسئولیت مدنی به خصوص فراز نهایی آن، راه را برای اظهارنظر دادگاه هموار نموده ...، لهذا دادگاه با امعان نظر به اینکه:

۱. زیان خواهان‌ها مسلم است؛ ۲. زیان خواهان‌ها ویژه است؛ ۳. زیان خواهان‌ها غیرعادی و در تشخیص عرف سنگین و در نهایت، غیر قابل جبران می‌نماید... (دادگاه مبادرت به صدور حکم مینماید...)

بخشی از رأی دادگاه در رابطه با خسارت معنوی به شرح زیر می‌باشد:

«...از آنجا که در قوانین موجود کشور عملاً معیار و میزان معینی در رابطه با خسارات معنوی موجود نیست، به تکلیف اصل ۱۶۴، ۱۶۷، و ۴۰ قانون اساسی و مواد ۱ و ۲ و ۳ و ۵ و ۱۱ قانون مسئولیت مدنی و ماده ۴۷۷ قانون مجازات اسلامی و با امعان نظر به بند ۳ ماده ۲ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی مصوب ۱۳۵۴ که بر حسب ماده ۹ قانون مدنی حکم قانون هر کشور را داشته... با توجه به متصدی بودن دولت در فعل انجام شده (وزارت درمان و آموزش پزشکی و سازمان انتقال خون ایران) و این نکته که اعمال انجام شده از جمله موارد اعمال حاکمیت نمی‌باشد، علاوه بر خسارات مادی و پیش‌بینی شده در نظریه پزشکی قانونی،

پرداخت خسارت معنوی را در جبران کاهش امید به زندگی و... به حکم عقل و قاعده «لاضرر و لاضرار»، قاعده تسبیب و اتلاف و از همه مهمتر تکلیف شرعی منبث از دین اسلام و ارزشی که قرآن کریم برای کرامت انسانی قائل گردیده است، ... لهذا لزوم جبران خسارت معنوی را قطعی دانسته و ...»

بررسی و نقد فراز اخیر رأی دادگاه

در فراز اخیر رأی، دادگاه ظاهراً بر اساس این فرض که چنانچه اعمال دولت در دعوای مطروحه از مصادیق اعمال حاکمیت مذکور در قسمت اخیر ماده ۱۱ قانون مسئولیت مدنی باشد، دولت تکلیفی به جبران خسارت‌های وارد شده نخواهد داشت، در رأی خود تصریح می‌کند که دولت در فعل واقع شده متصدی بوده است.

مفاد این بخش از رأی، از چند جهت قابل نقد و بررسی است:

الف) عبارت مبهم «با توجه به متصدی بودن دولت در فعل واقع شده...» در رأی، ظاهراً حاکی از آن است که دادگاه از «تصدی» تلقی کردن اعمال دولت در این پرونده، غیرحاکمیتی بودن این اعمال را نتیجه گرفته است. با این حال هیچ استدلالی در خصوص این که چرا این اعمال را تصدی تلقی کرده، ارائه نداده است؛ بنابراین غیرحاکمیتی بودن اعمال مزبور نیز در حد ادعایی بدون دلیل باقی مانده است. توضیح آن که چنانچه تعریف مذکور از «اعمال تصدی» در تبصره یک ماده واحده قانون تعیین مرجع دعوای بین افراد و دولت مصوب ۱۳۰۷^۱ را با توجه به زمان وقوع حادثه زیانبار مذکور در پرونده مورد بحث، ملاک قانونی ارزیابی تعریف اعمال تصدی بدانیم (قانون حاکم بر تعریف اعمال تصدی در زمان وقوع حادثه)، «اعمال تصدی، اعمالی است که دولت از نقطه نظر حقوق، مشابه اعمال افراد انجام می‌دهد، مانند خرید و فروش املاک و مستغلات و اجاره و استجاره و امثال آن»، بر این اساس از آنجا که قانونگذار در قانون یاد شده از اعمال حاکمیت تعریفی ارائه نداده است، به قرینه تقابل مفهومی بین دو اصطلاح «تصدی و حاکمیت»، آن دسته از اعمال دولت که مشابه فعالیت‌های اشخاص خصوصی نیست، اعمال حاکمیت خوانده می‌شود.

بدین ترتیب، با توجه به مفاد بند (الف) رأی راجع به سابقه و مستندات پرونده کیفری موضوع مورد بحث که در آن به تقصیرهای اداری خواندگان از جمله اینکه «نظارت‌های

۱. ماده واحده مزبور به وسیله ماده ۱۰ قانون راجع به دعوای اشخاص و دولت مصوب ۱۳۰۹ نسخ شده است ولی ماده ۴ این قانون و تبصره های آن، تعریف مذکور از اعمال تصدی در قانون سال ۱۳۰۷ را حفظ کرده است.

لازم به درستی اعمال نشده‌اند» و «پروانه تولید برای فرآوری برخلاف مقررات مربوط اخذ نگردیده بوده» اشاره شده، همچنین با توجه به وظایف وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی در ارتباط با واردات دارو و نظارت بر آن و نیز وظایف سازمان انتقال خون که مسئولیت انحصاری جمع‌آوری خون، تولید فرآورده‌های خونی و توزیع و کنترل کیفی فرآورده‌های خونی را بر عهده دارد و در رأی صادر شده (بندج) نیز به درستی بر آن تأکید شده است و این که اعمال مزبور به هیچ‌وجه مشابه اعمالی نیست که اشخاص خصوصی انجام می‌دهند، معلوم نیست دادگاه بر چه مبنای حقوقی اعمال دولت در پرونده را «اعمال تصدی» تلقی کرده است؟

شایان ذکر است که در ماده ۱۳۵ قانون برنامه چهارم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی کشور مصوب ۱۳۸۳، «امور حاکمیتی» تعریف و مصادیق آن به صورت حصری بیان شده است. در جزء ۱ بند الف ماده ۱۳۵ مزبور، «سیاست‌گذاری، برنامه‌ریزی و نظارت در بخش‌های اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی»، و در جزء ۱۱ بند الف ماده ۱۳۵ یاد شده «پیشگیری از بیمارهای واگیر، مقابله و کاهش آثار حوادث طبیعی و بحران‌های پیچیده»، از مصادیق امور حاکمیتی محسوب شده است.^۱ با این حال دادگاه محترم صادر کننده رأی بدون هرگونه استدلال و اشاره‌ای به قوانین و مقررات فوق‌الذکر، اعمال دولت در پرونده یاد شده را از مصادیق امور تصدی تلقی کرده است تا ظاهراً از حیث تعارض رأی صادره با قسمت اخیر ماده ۱۱ قانون مسئولیت مدنی مبنی بر عدم تکلیف دولت در جبران خسارات در اعمال حاکمیتی، اشکال و ایرادی وارد نباشد، اما همان‌گونه که برخی حقوقدانان اشاره کرده‌اند^۲، واقعیت این است که بر اساس موازین قانونی موجود در زمان صدور رأی (ماده ۴ قانون راجع به دعاوی اشخاص و دولت مصوب ۱۳۰۹ و ماده ۱۳۵ قانون برنامه چهارم توسعه اقتصادی... مصوب ۱۳۸۳) بسیاری از وظایف خواندگان پرونده یاد شده به ویژه وزارت

۱. برای ملاحظه نظریه تفکیک اعمال دولت به اعمال تصدی و اعمال حاکمیتی، نقد و بررسی و آثار حقوقی آن در نظام حقوقی ایران رک: عباس توازنی‌زاده، «تأملی بر تأثیر نظریه اعمال حاکمیت و اعمال تصدی بر رژیم حقوقی حاکم بر سازمان‌های دولتی و ...»، نشریه مجلس و پژوهش، شماره ۵۱، سال سیزدهم، صص ۵۱ تا ۱۰۰.

۲. سید جمال سیفی، «بررسی پرونده بیماران هموفیلی»، مجله پژوهش‌های حقوقی، شماره ۸، (نیمسال دوم ۱۳۸۴)، ص ۲۸۸. (گفتنی است که نگارنده با نتیجه‌گیری حقوقدان محترم مزبور موافق، ولی استدلال ایشان در این زمینه را قابل مناقشه می‌داند)

بهداشت...، از جمله وظایف حاکمیتی بوده است و بنابراین اشاره دادگاه به اینکه در فعل واقع شده، دولت صرفاً متصدی بوده و اعمال انجام شده از جمله اعمال حاکمیت نمی‌باشد، قانع کننده نیست.

ب) اما اشکال مهم‌تری که به این بخش از رأی وارد می‌باشد، آن است که اعمال و وظایف دستگاه‌های دولتی مذکور در پرونده بیماران هموفیلی، در فرض حاکمیتی تلقی شدن نیز لزوماً مشمول حکم مذکور در قسمت اخیر ماده ۱۱ قانون مسئولیت مدنی، یعنی معافیت از جبران خسارت ضرر و زیان وارده به زیان‌دیدگان نمی‌شود.

توضیح آن که بر اساس قسمت اخیر ماده ۱۱ قانون مسئولیت مدنی^۱ معافیت دولت از پرداخت خسارت در قبال زیان‌های وارده به اشخاص ناشی از اعمال حاکمیتی، محدود و منحصر به اجتماع قیود و شرایطی است. (قید ضرورت تأمین منافع اجتماعی و انجام عمل بر طبق قانون). گفتنی است که بین دو قید ضرورت و تأمین منافع اجتماعی، این ضرورت است که مبنا است؛ قید تأمین منافع اجتماعی، جهت ضرورت را مشخص می‌کند؛ یعنی منشأ ضرورت، تأمین منافع اجتماعی است. اما صرف این که نوع عمل حاکمیتی و از سر ضرورت و به منظور تأمین منافع اجتماعی انجام شود نیز برای معافیت از جبران خسارت کافی نیست، بلکه نحوه انجام اعمال حاکمیتی مزبور باید منطبق با قانون باشد. به عبارت دیگر، اگر بخواهیم بر اساس ادبیات حقوق عمومی موضوع را تبیین کنیم، قید «طبق قانون» در قسمت اخیر ماده ۱۱ موصوف، ناظر بر قواعد عام صلاحیت در حقوق عمومی است که نقض آن ضابطه احراز تقصیر اداری است.^۲ بنابراین اعمال حاکمیتی مزبور «قسمت اخیر ماده» باید در چهارچوب صلاحیت مقام دولتی مربوط و با رعایت ضوابط و تشریفات قانونی و سایر قوانین و مقررات مربوط انجام شود.

۱. متن کامل ماده ۱۱ قانون مسئولیت مدنی: «کارمندان دولت و شهرداری‌ها و مؤسسات وابسته به آنها که به مناسبت انجام وظیفه عمداً یا در نتیجه بی‌احتیاطی خسارتی به اشخاص وارد نمایند شخصاً مسئول جبران خسارات وارده می‌باشند. ولی هرگاه خسارات وارده مستند به عمل آنان نبوده و مربوط به نقص وسایل ادارات و مؤسسات مزبور باشد، در این صورت جبران خسارت بر عهده اداره یا موسسه مربوطه است. ولی در مورد اعمال حاکمیت دولت، هر گاه اقداماتی که بر حسب ضرورت برای تأمین منافع اجتماعی طبق قانون به عمل آید و موجب ضرر دیگری شود، دولت مجبور به پرداخت خسارت نخواهد بود».

2. Wade, William., *Administrative Law* , Ninth Edition ,Oxford, p. 35.

۱. در اینجا مناسب است با توجه به اهمیت قید «ضرورت» در ماده ۱۱ موصوف و ظرفیتی که از لحاظ تفسیر حقوقی و قضایی ایجاد می‌کند، با تفصیل بیشتری به موضوع پرداخته شود و به تفسیر مورد نظر نگارنده از قید «ضرورت» اشاره گردد.

۲. از لحاظ حقوقی، مفهوم اصطلاحی ضرورت و اضطرار با مفهوم لغوی آن تناسب دارد و معمولاً ضرورت و اضطرار در جایی به کار می‌رود که شخصی مابین دو وضعیت ضرری، ناچار باید یکی را انتخاب کند (ضرر کمتر). در خصوص قید ضرورت در موضوع مورد بحث (مسئولیت مدنی دولت در اعمال حاکمیتی) نیز گویی دولت بین دو ضرر باید یکی را به ناچار برگزیند؛ یعنی برای تأمین منافع اجتماعی در موارد خاصی، ظاهراً هیچ راه دیگری جز ورود زیان به شخص یا برخی اشخاص وجود ندارد. در اینجا از دست دادن منافع اجتماع، در واقع همان ضرر بزرگتری است که در مقایسه با ضرر کوچکتر (ورود ضرر به اشخاص معین)، دفع آن ضروری تلقی می‌شود. به عنوان مثال ممکن است سازمان برق به علت ازدیاد مصرف برق توسط شهروندان و ضرورت ذخیره نیروی برق، ناگزیر به قطع برق قسمتی از شهر در ساعاتی از شبانه‌روز شود و بدین سبب عده‌ای دچار خسارت شوند. این عمل در صورتی که به هیچ ترتیب دیگری امکان تجهیز نیروی بیشتر برای دولت وجود نداشته باشد، ضروری است. بر این مبنا، طبق قاعده عقلی «الضرورات تبيح المحظورات» در شرایط خاص و به منظور دفع ضرر بزرگتر (تأمین منافع اجتماعی) به طور موقت و در حد ضرورت، ورود زیان به افراد که اصولاً ممنوع است، مجاز می‌گردد.^۱

۳. بنابراین می‌توان بر آن بود که منظور از «عمل حاکمیتی ضروری» در ماده ۱۱ موصوف، عملی است که به طور متعارف در شرایط حادثه با وضعیت خاص مربوط، عرفاً هیچ راه مناسب‌تر دیگری برای تأمین منافع اجتماعی مورد نظر، به غیر از آن یافت نشود. بنابراین برخی از اقداماتی که دولت در شرایط اضطراری نظیر جنگ، بیماری‌های خطرناک و آلودگی، زلزله و نظایر آن برای تأمین منافع یا دفع زیان‌های عظیم اجتماعی انجام می‌دهد، بعضاً با ورود زیان‌های ناخواسته و گریزناپذیر به برخی اشخاص همراه است.

به این ترتیب حکم ماده ۱۱ قانون مسئولیت مدنی که در آن معافیت از جبران خسارت، تنها منوط به حاکمیتی بودن عمل زیانبار نشده است، بلکه قید «ضرورت» نیز در مورد آن ذکر شده، حاکی از آن است که این حکم (معافیت از جبران خسارت) یک حکم استثنایی و ناشی از

شرایط اضطراری است و بنابراین در اعمال این حکم استثنایی نیز تنها به موارد قدر متیقن باید اکتفا شود. بر این اساس باید بر آن بود که عدم تکلیف دولت در جبران خسارات ناشی از اعمال حاکمیتی ضروری، نوعاً ناظر بر ضررهایی است که جبران آنها در عمل با نوعی تعذر مواجه است. همچنان که در مثال مربوط به قطع برق به طور موقت برای ذخیره سازی نیروی برق، جبران زیان های احتمالی وارد شده به شهروندان، در عمل با توجه به گستردگی و عدم امکان ارزیابی دقیق میزان خسارت و ... نظایر آن، میسر نیست. از طرفی باید توجه داشت که از لحاظ منطق حقوقی و عدالت قضایی، ضروری بودن عمل حاکمیتی زیانبار، حداکثر می تواند عدم ارتکاب تقصیر از سوی دولت را توجیه کند و ملازمه ای با عدم جبران خسارات وارده به زیان دیدگان را در همه موارد ندارد. بنابراین حکم مذکور در قسمت اخیر ماده ۱۱ قانون مسئولیت مدنی مبنی بر «...دولت مجبور به پرداخت خسارت نخواهد بود» نیز در روزگار کنونی باید با توجه به تحولات ایجاد شده در مفهوم و قلمرو مسئولیت مدنی دولت و از جمله رعایت اصل تساوی همگان در مقابل هزینه های عمومی و اقتضائات هر مورد خاص تفسیر شود.

تعبیر «دولت مجبور به جبران خسارت نیست» در قسمت اخیر ماده ۱۱ قانون مسئولیت مدنی و اینکه قانونگذار از تعبیر «دولت از جبران خسارت معاف می باشد» استفاده نکرده نیز، قابل تأمل به نظر می رسد. قدر مسلم آن است که عبارت مزبور را نباید به گونه ای تفسیر کرد که لازمه آن، نوعی اختیار بدون ضابطه در جبران یا عدم جبران خسارت برای دولت باشد.

اما به هر روی آنچه به عنوان نتیجه این بحث قابل تأکید به نظر می رسد، آن است که حسب توضیحات و نتیجه گیری های مطرح شده در متن رأی صادر شده راجع به دلایل و عوامل مؤثر در ورود خسارت به زیان دیدگان، اساساً مسئله ضرورت و اضطرار در انجام اعمال حاکمیتی برای تأمین منافع اجتماعی توسط خواندگان مطرح نبوده است؛ بگذریم از اینکه علی الاصول هیچ منفعت اجتماعی توان معارضه با مصلحت تأمین و مراقبت، بلکه تضمین حیات و سلامت جسمانی و روانی افراد را که از حقوق بنیادی آنها است ندارد. چگونه می توان تصور کرد که دولت در مقام اعمال حاکمیت از باب ضرورت برای تأمین منافع اجتماعی خاصی به طور مستقیم یا غیر مستقیم به نوعی مجاز به سلب حیات و سلامت جسمانی و روانی جمع کثیری از شهروندان شده و تکلیفی هم به جبران خسارت زیان های وارده نداشته باشد! حسب محتویات پرونده، بررسی بخشی از سوابق، دادگاه را به این نتیجه رسانده است که «به رغم این که در زمان مورد نظر، تکنولوژی لازم در دنیا وجود داشته و قابل تهیه بوده است، سازمان انتقال خون فاقد

سیستم ویروس‌زدایی بوده است که به مردم تحویل می‌داده و اقدام به توقف تولید و یا اعلام مخاطرات ویروسی به مصرف‌کنندگان ننموده است؛ نظارت‌های لازم به درستی اعمال نشده‌اند... «به عبارت دیگر و در واقع، در پرونده بیماران هموفیلی دولت به وظایف حاکمیتی خود طبق قانون عمل نکرده (عدم نظارت درست و کافی و...) و در نتیجه آن، یک فاجعه انسانی رخ داده است و بنابراین بر اساس موازین حقوقی حاکم بر موضوع پرونده و به اقتضای عدالت و انصاف، جبران خسارات مادی و معنوی زیان‌دیدگان در چنین وضعیتی، کمترین اقدامی است که از دولت می‌توان انتظار داشت.

بررسی انتقال حق طرح دعوای تخلیه مورد اجاره تجاری به خریدار در پرتو یک رأی

دکتر ایرج بابایی*

مشخصات رأی

شماره دادنامه: ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۱۰۰۰۸۴۰

خواهان: آقای س.ف. به وکالت از آقایان س.آ و ج.الف.م.
خوانده: ۱- م. ۲- الف. ۳- ح. شهرت همگی ب. ۴- ع. ۵- م. خ
مرجع رسیدگی کننده بدوی: شعبه ۱۲۹ دادگاه عمومی تهران
مرجع رسیدگی کننده تجدیدنظر: شعبه ۱۰ دادگاه تجدیدنظر استان تهران

رأی دادگاه بدوی

در خصوص دعوای آقای س.ف. به وکالت از آقایان س.آ و ج.الف.م. به طرفیت آقایان ۱-م. ۲- الف. ۳- ح. شهرت همگی ب. ۴- ع. ۵- م. خ دایر بر تخلیه دو باب مغازه جزء پلاک ثبتی ۶۹۷۴/۳۷۰ بخش دو با احتساب خسارات دادرسی به لحاظ انتقال به غیر و همچنین در خصوص دعوای تقابل آقای ع. به وکالت از آقای م. به طرفیت آقایان ۱- س.آ. ۲- ج.الف.م. هردو با وکالت آقای س.ف. ۳- م. ۴- الف. ۵- ح. شهرت همگی ب. دایر بر الزام خواندگان به تنظیم سند رسمی اجاره مغازه متنازع فیه با احتساب خسارات دادرسی دادگاه جهت اتخاذ تصمیم مراتب ذیل را مد نظر قرار می‌دهد. ۱- وکیل خواهان دعوای اصلی نسبت به خوانده ردیف چهارم دعوای خود را مسترد نموده است ۲- به موجب پاسخ استعلام واصله از اداره ثبت اسناد و املاک منطقه شمال شرق تهران به شماره ۲۹۷۰۳/ش-۱۹/۵/۳۱ مالکیت ملک استیجاری تا تاریخ ۸۷/۷/۱۶ متعلق به وراث مرحوم ب.آ. بوده و از آن تاریخ به بعد به صورت بالمنصفه متعلق به آقایان ج.الف. و س.آ. شده است

۳- به موجب سند رسمی اجاره به شماره ۶۱/۸۳-۶۰۴۴۰۰ اصداری از دفترخانه ۱۳۲ اسناد رسمی آقایان م.، الف. و ح. شهرت همگی ب. مستاجرین این ملک بوده‌اند که آنرا از مالکین وقت اجاره کرده بودند ۴- در جلسه مورخ ۸۹/۸/۳۰ آقایان ب. اقرار نمودند که ملک مورد اجاره را بصورت کلیدی (بدون اخذ رضایت موجرین) به م.خ. واگذار نموده‌اند که توافق‌نامه‌های عادی مورخ ۷۴/۲/۲۲ و ۷۴/۶/۱۲ نیز مؤید این مطلب است ۵- به موجب گواهی انحصار وراثت به شماره ۱۰۵۹-۱۳۵۷/۴/۱۴ اصداری از شعبه ۷۴ دادگاه عمومی وقت تهران مرحوم ب. آ. در تاریخ ۱۳۵۶/۹/۲۹ فوت نموده و دارای هشت ورثه شامل چهار پسر و سه دختر و یک همسر بوده است ۶- به موجب رسیدهای عادی تقدیمی دو نفر از دختران، خانمها آفاق و اعظم همگی فرزندان ب. آ. انتقال سر قفلی به آقای م.خ. را تنفیذ نموده‌اند ۷- عقد اجاره یک عقد غیر قابل تجزیه می‌باشد که آقای م.خ. به علت عدم اخذ رضایت تمامی مالکین در زمان خرید سر قفلی از مستاجران قبلی مرتکب تخلف مشمول ماده ۱۹ و تبصره ذیل آن از قانون روابط موجر و مستاجر مصوب سال ۱۳۵۶ گردیده است لیکن به نسبت سهم مالکین که ایشان در آن زمان رضایت آنها را جلب نموده مستحق تمامی سر قفلی و به نسبت دیگر مالکین مستحق نیمی از سر قفلی می‌باشد ۸- به موجب نظریه هیأت سه نفره کارشناسی که با اوضاع و احوال قضیه مطابقت داشته و از تعرض طرفین مصون باقیمانده است میزان سر قفلی ملک ۶۷۰ ۰۰۰/۰۰۰ ریال تعیین گردیده است ۹- احد از ورثه مرحوم ب. آ. آقای م. آ. بوده که در سال ۱۳۷۳ و قبل از انتقال سر قفلی فوت کرده و به موجب گواهی انحصار وراثت به شماره ۲۸۹۹-۷۳/۸/۹ اصداری از شعبه ۴۱ دادگاه حقوقی تهران دارای سه ورثه بوده که از لحاظ سهام؛ جانشینان مورث خود بوده‌اند با توجه به کلیه مراتب معنونه فوق دعوای مطروحه موجه تشخیص و مستنداً به ماده ۱۹ و تبصره ۱ قانون روابط موجر و مستاجر مصوب سال ۱۳۵۶ حکم بر تخلیه ملک در ازای پرداخت مبلغ ۴۹۴/۸۸۲/۷۳۰ ریال به عنوان سر قفلی سهم کسانی که در زمان انتقال سر قفلی آنرا تنفیذ نموده‌اند به انضمام نصف سر قفلی سهم کسانی که در زمان انتقال آنرا تنفیذ نموده‌اند در حق آقای م.خ. صادر و اعلام می‌گردد. همچنین در خصوص دعوای تقابل مبنی بر الزام به تنظیم سند رسمی دادگاه نظر به اینکه اجابت دعوای فوق فرع بر احراز یک رابطه استیجاری صحیح و قانونی می‌باشد که در مانحن فیه به لحاظ عدم اخذ اذن از کلیه مالکین ملک رابطه استیجاری خدشه‌دار شده و تخلف صورت پذیرفته و به لحاظ عدم امکان تجزیه نمودن عقد اجاره لذا دعوای مطروحه در این خصوص غیر ثابت تشخیص و حکم بر بطلان دعوا صادر و اعلام می‌گردد رأی صادره حضوری بوده و ظرف بیست روز پس از ابلاغ قابل تجدیدنظرخواهی در محاکم تجدیدنظر استان تهران می‌باشد.

رای دادگاه تجدیدنظر

تجدیدنظرخواهی آقای م.خ. به طرفیت آقایان س.آ. و ج.م. با وکالت آقای س.ف. نسبت به دادنامه شماره ۲۲۷ مورخ ۹۰/۳/۲۸ از شعبه ۱۲۹ دادگاه عمومی حقوقی تهران می‌باشد به موجب دادنامه موصوف، خواسته تجدیدنظرخواندگان دایر بر تخلیه دو مغازه جزء پلاک ثبتی ۶۹۷۴/۳۷۰ بخش دو تهران به لحاظ انتقال به غیر موجه تشخیص و حکم به تخلیه مغازه‌ها با پرداخت ۴۹۴/۸۸۲/۷۳۰ ریال به عنوان سرقفلی صادر شده است به این توضیح که، نسبت به کسانی که در زمان انتقال سرقفلی را تنفیذ نموده‌اند همه سرقفلی و نسبت به کسانی که در زمان انتقال آن را تنفیذ ننموده‌اند نصف سرقفلی پرداخت شود و نسبت به دعوای تقابل از سوی تجدیدنظرخواه مبنی بر تنظیم سند رسمی اجاره به دلیل عدم احراز رابطه استیجاری، حکم بر بطلان دعوای صادر شده است. این دادگاه در این مرحله از رسیدگی پس از مطالعه پرونده و دقت نظر در لوایح تقدیمی، دادنامه معترض‌عنه را مغایر با موازین حقوقی تشخیص و شایسته تأیید نمی‌داند، زیرا برابر تبصره ۱ از ماده ۱۹ قانون روابط موجر و مستاجر ۱۳۵۶، در صورتی که مستاجر بدون رعایت مقررات این ماده مورد اجاره را به دیگری واگذار نماید، موجر حق درخواست تخلیه را خواهد داشت و حکم تخلیه علیه متصرف یا مستاجر اجرا خواهد شد. در این مورد مستاجر یا متصرف حسب مورد استحقاق دریافت نصف حق کسب و پیشه یا تجارت را خواهد داشت که در ما نحن فیه، مستاجر آقای م.خ. اساساً مورد اجاره را به دیگری واگذار ننموده است که موجرین (خواهان‌های دعوای اصلی) حق درخواست تخلیه را داشته باشند زیرا عین مستاجره به موجب سند قطعی شماره ۱۶۴۰۷۹ در تاریخ ۸۷/۷/۱۶ به موجرین منتقل شده است در حالی که انتقال به غیر حدود ۱۳ سال قبل توسط موجرین قانونی وقت آقایان ب.ه. به موجب وکالتنامه و قولنامه مضبوط در پرونده در سال ۱۳۷۴ به تجدیدنظرخواه و ع.خ. انتقال یافته است و برابر سند یاد شده در دفتر خانه اسناد رسمی ۶۲ تهران برابر سطر هفدهم آن تصریح شده «مغازه‌ها به رویت کامل خریداران رسیده و از کمیت و کیفیت و سایر خصوصیات آن با اطلاع می‌باشد» و همچنین سطر بیست و یکم آن نیز صراحت دارد «بر حسب اجاره‌نامه شماره ۲۰۹۹۹ و ۶۰۴۴۰ و ۱۲۵۲۱۷ و ۳۱۳/۱۳۸ و ۱۳۵ ملک موصوف در اجاره و تصرف غیر می‌باشد و خریداران قائم مقام قانونی فروشندگان می‌باشند که از این تاریخ به بعد، نسبت به وصول اجاره‌بها طبق مقررات اقدام نمایند.» که برابر مندرجات سند رسمی که نسبت به آن ایرادی نیز صورت نگرفته برای این محکمه محرز است که خواهان‌های دعوای اصلی با علم به تصرف خواندگان دعوای اصلی به عنوان مستاجر و اینکه ملک مورد نزاع

در اجاره آنها می‌باشد، آگاهانه مبیع را مورد معامله قرار داده‌اند و بعد از انتقال مبیع به خواهان‌ها از سوی مستاجر (تجدید نظرخواه) انتقالی صورت نگرفته است، انتقال سرقفلی ملک یاد شده از سوی آقایان ب.ه. به آقایان خ. در سال ۱۳۷۴ با توجه به تاریخ مالکیت خواهان‌های دعوای اصلی مثبت حق تخلیه علیه تجدید نظرخواهان نمی‌باشد، به عبارت دیگر برابر مندرجات سند رسمی شماره ۱۶۷۰۴۷۹ مورخ ۸۷/۷/۱۶ مربوط انتقال ملک به مالکین جدید، مفاد سند حکایت از آن دارد که حق تخلیه به علت انتقال به غیر که از حقوق مالکین قبلی بوده به مالکین جدید منتقل نشده است و با لحاظ انتقال به غیر در زمان مالکیت مالکین قبلی و دریافت اجاره توسط بعضی از وراث و تنفیذ مراتب انتقال توسط بعض دیگر از وراث، استنباط این محکمه این است که این حق تخلیه به مالکین جدید منتقل نشده است و نسبت به این حق قائم مقام قانونی شناخته نمی‌شوند، لذا به استناد ماده ۳۵۸ قانون آئین دادرسی مدنی، ضمن پذیرش تجدید نظرخواهی، دادنامه معترض‌عنه در این قسمت نقض و با توجه به مراتب یاد شده حکم بر بی‌حقی و بطلان دعوای خواهان‌های اصلی مبنی بر درخواست تخلیه صادر و اعلام می‌گردد و در خصوص تجدید نظرخواهی آقای س.ف. به وکالت از سوی س.آ. و ج.م. نسبت به دادنامه فوق‌الذکر مبنی بر اینکه حق کسب و پیشه از مبلغ ۴۹۴/۸۱۲/۷۳۰ ریال بایستی به مبلغ ۳۳۵/۰۰۰/۰۰۰ ریال کاهش پیدا نماید با توجه به مراتب و صدور حکم بر بی‌حقی خواهان‌های دعوای اصلی به شرح صدر این دادنامه، اعتراض وی سالبه به انتفاع موضوع می‌باشد و دادگاه مستنداً به ماده ۲ قانون آئین دادرسی مدنی قرار رد دعوای تجدید نظرخواهی مشارئله را صادر می‌نماید. و در خصوص دعوای تقابل تقدیمی از سوی آقای م. خ. به خواسته الزام به تنظیم سند رسمی اجاره، نظر به اینکه برابر مدارک مضبوط در پرونده و صورتجلسه ۸۹/۸/۳۰ و اسناد رسمی وکالت شماره ۶۲۹۵۴۹ مورخ ۷۵/۶/۱۸ دفتر خانه ۱۳۵ تهران و شماره ۱۵۲۰ مورخ ۷۸/۷/۷ دفترخانه شماره ۵۰۹ تهران سه دانگ از مغازه‌های یاد شده مربوط به سرقفلی، به ع.خ. منتقل شده و وی آن را به ح.د. واگذار نموده و از ح.د. به م.خ. منتقل گردیده و چون دعوا به طرفیت آقایان ع.خ. و ح.د. طرح نگردیده که جهت احراز صحت انتقال می‌بایستی افراد یاد شده طرف دعوا قرار می‌گرفتند لذا دعوای تقابل با این وصف قابلیت استماع ندارد از این رو به استناد ماده ۳۵۸ و ۲ قانون آئین دادرسی مدنی ضمن نقض آن بخش از دادنامه که به بطلان دعوای تقابل اشعار دارد قرار رد دعوای مذکور صادر و اعلام می‌دارد. این رأی قطعی است.

رئیس شعبه ۱۰ دادگاه تجدید نظر استان تهران

مقدمه

در دعوای مطروحه نزد شعبه ۱۲۹ دادگاه عمومی حقوقی تهران، خواهان‌ها تقاضای تخلیه مورد اجاره ملک تجاری را به لحاظ انتقال به غیر بدون اخذ مجوز از مالک به دادگاه تقدیم نموده‌اند. اجاره مذکور تابع قانون روابط موجر و مستاجر ۱۳۵۶ است. ضمن احراز مالکیت خواهان‌ها که مورد اجاره را در سال ۱۳۸۷ از مالکین قبلی خریداری نموده‌اند، دادگاه تصرفات خوانده و انتقال مورد اجاره از مستاجرین قبلی به وی در سال ۱۳۷۴ بدون اخذ رضایت تمامی مالکین وقت را احراز نموده است. دادگاه بنا بر مراتب فوق و به علت غیر قابل تجزیه بودن عقد اجاره به صحیح و غیر صحیح و به لحاظ عدم اخذ رضایت تمامی مالکین وقت به این انتقال، این امر را از مصادیق تبصره ۱ ماده ۱۹ قانون روابط موجر و مستاجر ۱۳۵۶ تشخیص و حکم به تخلیه مورد اجاره در ازای پرداخت تمامی حق سرقفلی نسبت به سهم مالکینی که رضایت خود را اعلام نموده‌اند و نصف سرقفلی نسبت به سهم دیگر مالکان صادر می‌نماید.

در پی تجدیدنظرخواهی مستاجر از رأی صادره، شعبه ۱۰ دادگاه تجدیدنظر استان تهران اعتراض را وارد دانسته و حکم صادره راجع به تخلیه مورد اجاره را بر خلاف موازین قضایی تشخیص داده و طی دادنامه‌ای در شهریور ماه ۱۳۹۱ رأی صادره از دادگاه بدوی را نقض و حکم به بی‌حقی و بطلان دعوای تخلیه به لحاظ انتقال به غیر صادر می‌نماید. اساس استدلال دادگاه تجدیدنظر این است که بنا بر موارد احرازی در پرونده و مورد اشاره در رأی دادگاه بدوی، انتقال به غیر در سال ۱۳۷۴ صورت گرفته و فروش ملک به خواهان‌های دعوای بدوی در سال ۱۳۸۷ تحقق یافته است و خریداران ملک را با شرایط و با علم به تصرف خوانده دعوای بدوی به عنوان مستاجر فعلی خریداری نموده‌اند. به نظر دادگاه در این شرایط حق تخلیه به علت انتقال به غیر موضوع تبصره ۱ ماده ۱۹ قانون روابط موجر و مستاجر ۱۳۵۶ به خریدار جدید منتقل نمی‌شود و وی نمی‌تواند به عنوان قائم‌مقام مالکین قبلی این حق را اعمال نماید.

ماحصل حکم شعبه ۱۰ دادگاه تجدیدنظر را می‌توان بدین نحو خلاصه نمود:

در صورتی که عین مستاجره توسط مالک اولیه منتقل شود، حق تخلیه بر اساس انتقال به غیر (موضوع تبصره ۱ ماده ۱۹ قانون روابط موجر و مستاجر سال ۱۳۵۶) که در زمان مالک اولیه ایجاد شده است، به مالک جدید منتقل نمی‌شود.

الف) تحلیل اختلاف مبانی آراء بدوی و تجدیدنظر

در این دعوا که متعرض یکی از دعاوی رایج در زمینه تخلیه مورد اجاره تجاری و پرداخت حق کسب و پیشه و تجارت است دادگاه بدوی و تجدیدنظر از دو مبنا و استدلال متفاوت تبعیت کرده و هر یک از آنها منجر به صدور حکم متفاوتی شده است. دادگاه بدوی بر این نظر حقوقی تکیه نموده که در پی انتقال اجاره به غیر و عدم رعایت شرایط لازم برای تحقق صحیح این انتقال — مشخصاً اخذ رضایت تمامی مالکین به انتقال اجاره — حق طرح دعوی تخلیه مطابق تبصره ۱ ماده ۱۰ قانون روابط موجر و مستاجر ۱۳۵۶ برای مالکین ایجاد شده است. به تصور دادگاه مالکین جدید قائم مقام کامل مالکین قبلی‌اند و این حق جزو حقوقی است که به تبع انتقال ملک بدون نیاز به تصریح در عقد و به نحو خود به خودی همچون دیگر اجزاء حقوق مالکیت به مالکین جدید منتقل می‌شود. می‌تواند در همین راستا چنین استدلال شود که این حق بدون نیاز به تصریح در عقد ناقل مالکیت و حتی بدون آنکه طرفین معامله توجه‌ای به این امر داشته باشند، همچون توابع مبیع به مالکین بعدی منتقل می‌شود و مادامی که دلیلی برای نفی این حق یا عدم انتقال آن وجود ندارد مالک بعدی می‌تواند از آن بهره‌مند شده و بر اساس آن تخلیه مورد اجاره را تقاضا نماید.

این مبنا و استدلال تنها به حق طرح دعوی تخلیه به علت انتقال به غیر خلاصه نمی‌شود و عیناً می‌تواند در مورد دعوی تخلیه بر اساس دیگر موارد مذکور در قانون ۱۳۵۶، مشخصاً دعوا به لحاظ تعدی و تفریط یا عدم پرداخت اجاره مطرح شود و دعوی تخلیه مورد اجاره توسط مالکین لاحق را نسبت به اموری که قبل از انتقال ملک به ایشان تحقق یافته توجیه نماید. طرح دعوی مالکین بعدی به لحاظ تعدی و تفریط مستاجرین در زمانی قبل از انتقال ملک به خریداران و خواهان‌ها و پذیرش این دعوی نزد بسیاری از محاکم دادگستری حاکی از گسترش این نگاه و اعتقاد نزد قضات دادگاه‌ها است.

ولی در مقابل، نظر دیگری در جامعه حقوقی و دادگاه‌ها وجود دارد که در مورد اجاره تجاری تقاضای تخلیه از سوی مالکین بعدی را به علت موجباتی که قبل از انتقال ملک به ایشان تحقق یافته به راحتی فوق نمی‌پذیرد و ضمن تردید جدی در مورد انتقال حق طرح دعوا به مالکین لاحق، برای این انتقال دلیل و مستند می‌خواهد. بر همین اساس در صورت وجود قرینه‌ای به عدم انتقال حق و یا منتفی شدن حق طرح دعوی تخلیه توسط مالک

سابق، به منتفی بودن قائم مقامی و به عدم انتقال این حق به مالکین بعدی و لذا ردّ دعوای تخلیه به علت وقایعی که قبل از انتقال مالکیت رخ داده است حکم می‌دهد. رأی دادگاه تجدیدنظر استان تهران و استدلال ارائه شده در آن از مصادیق این گرایش محسوب می‌شود. در این رأی دادگاه با توجه به مفاد قرارداد بیع موجب انتقال مالکیت و تصریحات در آن مبنی بر آنکه خریداران ملک را با علم و اطلاع از وضعیت آن در هنگام خرید و مشخصاً اشتغال خوانده به عنوان مستاجر در ملک خریداری نموده‌اند، منتفی شدن حق طرح دعوای تخلیه به لحاظ انتقال اجاره به غیر در زمانی قبل از انتقال ملک به ایشان را احراز نموده است. بدین نحو دلیل و قرینه‌ای بر انتقال حق تخلیه به مالکین بعدی و لذا قائم مقامی ایشان از مالکین قبلی به طرح دعوای تخلیه به لحاظ انتقال اجاره به غیر در سالها پیش از انتقال مالکیت به ایشان، وجود ندارد.

اختلاف نظر فوق در سطح وسیعی در بین دیگر شعب دادگاه‌های بدوی و تجدیدنظر وجود دارد. از جمله در دعوای مشابهی، شعبه ۲۷ دادگاه حقوقی تهران نظری مشابه نظر دادگاه تجدیدنظر در دعوای حاضر داشته و بر اساس آن رأی صادر کرده است. این رأی عیناً مورد تأیید شعبه ۴۴ تجدیدنظر تهران قرار گرفته است. ولی رأی مشابه دیگری از همان شعبه بدوی و با تکیه بر استدلالات مشابه و همچنین با توجه به آنکه پذیرش دعوای مالک لاحق موجب دارا شدن بدون جهت می‌شود، توسط شعبه ۶ دادگاه تجدیدنظر تهران رد شده است. علت رد، عدم پذیرش استدلال دادگاه بدوی و تأکید بر این امر بوده که «مالک لاحق حق تقاضای تخلیه ملک را به عللی که در زمان مالک سابق و قبل از مالکیت او محقق شده دارد و حق تخلیه و فسخ به تبع انتقال ملک به وی منتقل می‌شود» است. ما در این مقاله جهت اجتناب از سردرگمی در استناد به آراء تنها به نقد و بررسی آراء شعب ۱۲۹ حقوقی و ۱۰ تجدیدنظر استان تهران می‌پردازیم، هر چند که با توضیح فوق مشخص است که اساس این اختلاف و تشتت آراء نزد محاکم بدوی و تجدیدنظر مختلف مطرح است.

به نظر نویسنده، رأی مبنی بر رد دعوای تخلیه به عللی که قبل از انتقال مالکیت تحقق یافته به دلایل متعددی صائب است و اساساً گرایش مبنی بر تفسیر مضیق انتقال حق طرح دعوای تخلیه به عناوین مختلف مذکور در قانون ۱۳۵۶ رویه صحیح است و باید تقویت و

غالب شود. در این باره می‌توان دلایل و ملاحظات حقوقی دیگری را نیز در تقویت نظر اخیر و رد گرایش به پذیرش سهل‌انگارانه انتقال حق طرح دعوی تخلیه ارائه نمود.

ب) نقد و بررسی احکام و مبانی حقوقی مطرح شده

صرف‌نظر از ملاحظات و بحث کلی راجع به انتقال کلیه حقوق و تکالیف وابسته به ملک به خریدار جدید به عنوان قائم‌مقام خاص وی، دلایل متقن متعددی بر درستی حکم صادره از سوی دادگاه تجدیدنظر و همچنین گسترش دامنه این حکم حقوقی مبنی بر اصل عدم پذیرش دعوی تخلیه مورد اجاره تجاری از سوی خریداران بعدی ملک بر اساس موجباتی که قبل از انتقال ملک تحقق یافته وجود دارد. در واقع، برای اثبات یا رد انتقال حق تقاضای فسخ و تخلیه مورد اجاره به عللی که در زمان مالکیت مالک اولیه ایجاد شده به مالک جدید مباحث و ملاحظات دقیقی راجع به احکام قائم‌مقامی خاص وجود دارد، دلایلی که می‌تواند توجیه‌کننده یا منتفی‌کننده انتقال این حق باشد. ولی نتیجه این مباحث و ملاحظات در قالب قواعد کلی حقوق مدنی هر چه باشد، و حتی اگر مطابق قواعد کلی حقوق مدنی قائل به انتقال علی‌الاصول این حق به مالک بعدی باشیم، دلایل متقنی وجود دارد که علی‌الاصول انتقال این حق را در قالب حق فسخ و تخلیه مورد اجاره تجاری تابع قانون روابط موجر و مستاجر سال ۱۳۵۶ منتفی می‌نماید. به بیان دیگر مطابق دلایل و قرائنی، که به آنها خواهیم پرداخت، علی‌الاصول حق فسخ و تخلیه مورد اجاره تجاری به عللی که قبل از انتقال ملک به وجود آمده به خریدار و مالک بعدی (قائم‌مقام خاص) منتقل نمی‌شود مگر آنکه دلیل و قرینه خاصی حاکی از اراده طرفین این عقد به انتقال حق تخلیه وجود داشته باشد که در این صورت مانعی برای تقاضای فسخ به نظر نمی‌رسد.

در نگاهی کلی، به نظر منطق حقوقی و فلسفه وجودی احکام خاص ذکر شده در قانون روابط موجر و مستاجر ۱۳۵۶ و بالاخص شناخت حق کسب و پیشه چنین ایجاب می‌کند که حق طرح دعوی تخلیه مورد اجاره در مواردی که منجر به منتفی شدن جزئی یا کلی حق کسب و پیشه مستاجر شود به نحو مضیق تفسیر شود و در مورد تردید منطقی در مورد وجود یا عدم حق فسخ و تخلیه، تفسیر در مسیر نفی این حق صورت گیرد.

در این مقاله ما با صرف نظر از مباحث قواعد کلی حقوق قراردادهای مدنی راجع به احکام قائم مقامی خاص و حقوق و تکالیفی که در پی انتقال مالکیت مورد اجاره به غیر به مالک جدید منتقل می شود (و از آن جمله حق فسخ و تخلیه مورد اجاره نسبت به دلایلی که قبل از این انتقال رخ داده است) تنها به بحث از احکام خاص راجع به اجاره مورد تجاری تابع قانون روابط موجر و مستاجر ۱۳۵۶ می پردازیم. دلیل این امر، همانطور که بیان شد، آن است که حتی اگر علی رغم تمامی ملاحظات و استدلالات قائل به انتقال این حق به طور کلی در قالب قواعد عمومی حقوق تعهدات باشیم، به دلایل عدیده ای در مورد روابط موجر و مستاجر تابع قانون ۱۳۵۶ احکام ویژه ای حاکم است که موضوع را علی الاصول متنی نموده و لذا ما را از پرداختن به احکام کلی قائم مقامی خاص بی نیاز می نماید.

در خصوص امکان طرح دعوای تخلیه از سوی مالکین لاحق به لحاظ موجباتی که قبل از انتقال ملک به ایشان محقق شده و از سوی مالکین سابق دعوایی در این باره طرح نشده است، می توان به ادله و ملاحظات زیر در جهت ردّ دعوا و عدم قابلیت استماع دعوا اشاره نمود:

۱. پذیرش دعوای تخلیه بر علیه مستاجری که مطابق قواعد قانون ۱۳۵۶ مالک حق کسب و پیشه شناخته شده در جهت نفی و تضییق این حق است و باید با احتیاط کامل و لحاظ فلسفه وجودی دو حق رقیب یعنی حق فسخ شناخته شده برای موجراز یک سو، و حق کسب و پیشه مستاجر از سوی دیگر، صورت پذیرد. در واقع، قانونگذار بنا بر مصالح و ملاحظات حق خاصی را برای مستاجر در ملک تجاری ایجاد و به رسمیت شناخته است که در معمول موارد ارزش آن حتی از بهای اصل ملک نیز بیشتر است. این حق سرمایه عمده تاجر مستاجر در محل کسب و کار تلقی می شود و قانونگذار این حق را علیرغم میل موجر و حتی در صورت تصریح طرفین عقد اجاره به عدم ایجاد آن و یا عدم تعلق آن به مستاجر برای او به رسمیت شناخته است. علی رغم این، بنابر مصالحی و جهت حفظ حقوق و منافع موجر در موارد معدودی حق موجر را برای تقاضای تخلیه مورد اجاره پذیرفته و در این میان به منظور ترغیب مستاجر در حفظ اموال و منافع موجر در موارد مشخصی تخلیه را با پرداخت نصف (انتقال به غیر بدون حق انتقال و اجازه موجر) و یا بدون پرداخت حق کسب و پیشه (تعدی و تفریط، تغییر شغل و مورد استفاده، عدم پرداخت اجاره) مقرر نموده است.

ولی موارد نفی جزئی یا کلی حق کسب و پیشه (که سرمایه تجاری عمده مستاجر محسوب می‌شود) بسیار محدود بوده و استثنا شمرده می‌شود. بر همین اساس در تفسیر موارد نفی جزئی یا کلی حق سرقفلی که نوعی حق مالکیت برای مستاجر است باید دقت و احتیاط بسیاری صورت پذیرد و این موارد به عنوان استثنای بر اصل تلقی شده و تفسیر مضیق صورت پذیرد.

این نگاه به تفسیر موارد فسخ اجاره و نفی حق کسب و پیشه بر خلاف تفسیر موسعی از حقوق مالکیت موجر - و همچنین حقوقی که به تبع ملک به مالکین بعدی منتقل می‌شود - است که توسط دادگاه بدوی در پرونده مورد مطالعه صورت گرفته است. در واقع گرایش به تفسیر موسع حق و انتقال حق فسخ تنها در جهت تأمین حداکثری حقوق مالکیت و عدم توجه به حق مالکیت مستاجر نسبت به حق کسب و پیشه و تجارت شکل گرفته است و در مسیر مخالف فلسفه وجودی و گرایش قانونگذار در جهت محدودیت حق فسخ اجاره و استثنا بودن آن قدم برداشته است.

۲. اساساً دلایل توجیهی شناخت حق فسخ اجاره و دعوای تخلیه مورد اجاره به نفع موجر آنچنانکه در قانون ۱۳۵۶ مدّ نظر بوده در مورد دعوای خریدار ملک مورد اجاره به دلیل موجباتی که قبل از انتقال رخ داده منتفی است و لذا منطقی برای پذیرش دعوای اخیر وجود ندارد. به عبارت دیگر، فلسفه وجودی که در موارد مختلف برای شناخت حق فسخ اجاره برای موجر در نظر گرفته شده در موردی که ملک به دیگری منتقل شده است نسبت به وقایعی که قبل از این انتقال صورت گرفته، مصداق ندارد. لذا منطقاً حق فسخ و تخلیه نمی‌تواند در این مورد همچون دیگر حقوق وابسته به مالکیت مورد اجاره (اتباع مبیع) با انتقال مالکیت به مالک بعدی منتقل شود و اساس دعوای مالک لاحق ملک قرار گیرد. در این باره مناسب است دلایل و منطقی را که به نظر می‌رسد قانونگذار در قانون روابط موجر و مستاجر ۱۳۵۶ برای شناخت حق فسخ و تخلیه مورد اجاره مدّ نظر داشته را مورد بررسی قرار دهیم تا مشخص شود چگونه این ملاحظات در موردی که مالکیت مورد اجاره به دیگری منتقل شده نسبت به اموری که قبل از این انتقال رخ داده موضوعیت ندارد.

به نظر اعطای حق فسخ اجاره و تقاضای تخلیه مورد اجاره در مورد انتقال اجاره به غیر بدون اجازه مالک بر اهمیت شخصیت مستاجر برای مالک استوار است. در واقع، اجاره

از عقود است که اجرای آن در طول زمان کشیده شده و دو طرف معامله را برای مدت اجاره در ارتباط قرار می‌دهد، بر خلاف عقود آنی همچون بیع که آثار عقد علی‌الاصول بلافاصله اجرا می‌شود و ارتباط طرفین تداومی ندارد. اهمیت شخصیت مستاجر برای موجر در مواردی که حق انتقال اجاره به غیر را از مستاجر سلب کرده روشن است و این امر اقتضا می‌کند که مستاجر نتواند بدون اجازه موجر اجاره را به غیر واگذار کند و در صورت تخلف موجر بتواند عقد را فسخ کرده و از ورود و ادامه رابطه حقوقی ناخواسته با مستاجر جدید خود را رهایی بخشد. ولی در مورد انتقال مالکیت به دیگری، مالک جدید ملک را با توجه به وجود مستاجر فعلی می‌پذیرد و لذا مشکلی با قبول مستاجر و متصرف فعلی نداشته است. بر همین اساس پذیرفتن حق طرح دعوای تخلیه به علت انتقال مورد اجاره در زمانی قبل از انتقال ملک به وی مغایر فلسفه وجودی حق فسخ مذکور و قبول متصرف فعلی توسط مالک جدید به عنوان مستاجر است.

در مورد شناخت حق فسخ موجر به علت تعدی و تفریط و تغییر مورد اجاره و یا تغییر شغل، به نظر قانونگذار خواسته که، از طرفی به خواسته و نیت موجر از تعیین فعالیت و شغل خاص در محل اجاره احترام گذارد و از تصرفات خلاف این منویات مستاجر جلوگیری کند. از طرف دیگر در مورد تعدی و تفریط، در پی آن بوده تا با لحاظ ضمانت اجرای سنگین فسخ، مستاجر را از عدم رعایت امانت در نگهداری و تصرفات در ملک بر حذر دارد و در صورت تحقق برای حفظ منافع ملک و مالک، مستاجر را از ملک بیرون نماید. ولی این ملاحظات و فلسفه وجودی در موردی که مالک بدون اعتنا به تحقق این موارد و بدون طرح دعوای ملک را به دیگری واگذار می‌نماید، علی‌الاصول منتفی است زیرا منتقل‌آلیه ملک را در شرایط فعلی یعنی پس از تعدی و تفریط یا تغییر شغل و فعالیت، دیده و پذیرفته است و لذا ادعای مغایرت اعمال قبلی مستاجر در ملک بی‌ارتباط با وی است و توجیهی برای شناخت حق فسخ در مورد او وجود ندارد.

۳. پذیرش انتقال حق فسخ اجاره و دعوای تخلیه مالکین لاحق به لحاظ اموری که قبل از انتقال ملک واقع شده از مصادیق بارز دارا شدن غیر عادلانه و بدون جهت به ضرر غیر است. در واقع، در مواردی که مالکیت ملک تجاری که در اجاره غیر بوده و مشمول قانون روابط موجر و مستاجر ۱۳۵۶ است به غیر منتقل می‌شود، ثمن معامله با لحاظ تعلق حق

کسب و پیشه به مستاجر تعیین شده و خریدار، ملک را بر این اساس خریداری می‌کند و مبلغی بابت حق کسب و پیشه تجاری به فروشنده پرداخت نمی‌کند. پذیرش دعوای تخلیه منتقل‌آیه به لحاظ اموری که قبل از انتقال ملک تحقق یافته (و مالکین قبلی دعوایی در این باره طرح نکرده‌اند) به این معناست که مالک جدید بدون پرداخت مبلغی بابت حق کسب و پیشه و یا با پرداخت بخشی از آن (بسته به موجب تخلیه که باید با پرداخت نصف حق کسب و پیشه به متصرف یا مستاجر صورت گیرد و یا بدون پرداخت مبلغی انجام شود)، ملک را به تصرف خود در آورده و عملاً مالک حق کسب و پیشه شوند. بدین نحو منتقل‌آیه بدون پرداخت مبلغی بابت حق کسب و پیشه و بدون تحقق هیچیک از موجبات قانونی فسخ اجاره نسبت به خود (یعنی عدم تحقق موارد فسخ و تخلیه اجاره در زمان مالکیت خود) به ضرر مستاجر دارا می‌شود. این امر از مصادیق بارز دارا شدن ناعادلانه و بدون جهت محسوب می‌شود. به نظر هیچ موجبی برای این دارا شدن وجود ندارد و مالک فعلی بدون پرداخت ما به ازایی حتی به مالک قبلی و مشخصاً آشکارا به ضرر مستاجر به رایگان صاحب سرمایه قابل توجه شده است. پذیرش این امر آشکارا بر خلاف اصول حقوقی و عدالت به نظر می‌رسد و بسیار حیرت‌آور است که چگونه برخی دادگاه‌ها بدون توجه به آثار ناعادلانه و غیر قابل قبول احکام خود با پذیرش دعوای مالک لاحق موجب ایجاد ثروت بادآورده و بی‌زحمته برای آنها و نفی سرمایه تجاری مستاجر و ضرر فاحش یا نابودی زندگی مستاجر می‌شوند. بدون جهت بودن این دارا شدن با توجه به استدالات قبلی که مبین فقدان جهت و منطقی قانونی برای پذیرش دعوای تخلیه از سوی مالکین لاحق است آشکار می‌شود.

۴. قرائن و دلایل متعددی حاکی از زوال حق طرح دعوای فسخ و تخلیه علیه مستاجر به لحاظ موجباتی که قبل از انتقال ملک به مالکین لاحق تحقق یافته وجود دارد. از طرفی، همانطور که در رأی دادگاه تجدیدنظر آمده، منتقل‌آیه ملک مورد اجاره را با توجه به اوضاع و احوال ملک و مستاجر هنگام خرید پذیرفته و معامله کرده است. بر این اساس نمی‌تواند اعتراضی نسبت به افعال مستاجر قبل از این نقل و انتقال داشته باشد. از این جمله است انتقال قبلی مورد اجاره به غیر بدون اذن مالکین قبلی چون وی ملک را با مستاجرین فعلی پذیرفته است. یا در مورد تعدی و تفریط یا تغییر شغل یا عدم پرداخت اجاره در زمانی قبلی

از انتقال ملک چون اساساً او وضعیت فعلی ملک را پذیرفته و عدم پرداخت اجاره‌های قبلی نیز هیچ ارتباط یا اثری نسبت به او ندارد. در هر حال او ملک را با مستاجر یا با وضعیت موجود هنگام انتقال پذیرفته و ثمن معامله نیز با توجه به تمامی این اوصاف تعیین و پرداخت شده است.

از طرف دیگر، مالک اولیه ملک را با توجه به شرایط موجود در هنگام انتقال به معرض فروش گذارده و برای آن ثمن تعیین کرده است. عدم طرح دعوای تخلیه علیه مستاجر یا متصرف به علت تخلفاتی که در زمان مالکیت او صورت گرفته و انتقال ملک با وضعیت فعلی قرینه‌ای بسیار قوی بر انصراف وی از حق فسخ و تخلیه‌ای است که به لحاظ این تخلفات برای وی ایجاد شده است.

با توجه به آنکه دعوای فسخ اجاره و تخلیه مورد اجاره بدون مالکیت ملک متصور نیست و اساساً مالک اولیه نمی‌تواند حق فسخ و تخلیه را مستقل از مالکیت ملک برای خود حفظ کند و از سوی دیگر با توجه به آنکه وی ملک را بدون توجه و لحاظ ما به ازایی بابت حق کسب و پیشه‌ای که با اعمال این دعوای می‌تواند متعاقباً تحصیل شود منتقل می‌کند، قراینی بین بر انصراف و اعراض مالک از حق طرح دعوای فسخ و تخلیه تلقی می‌شود.

با توجه به مراتب فوق، به نظر اسقاط حق فسخ و دعوای تخلیه مورد اجاره تجاری مشمول قانون روابط موجر و مستاجر ۱۳۵۶ در پی انتقال ملک به دیگری مطابق موازین حقوقی و فلسفه قانونگذاری و اصول عدالت است: چنانچه مالکی علی‌رغم تحقق شرایط فسخ اجاره و فراهم شدن موجبات طرح دعوای تخلیه بدون پرداخت حق کسب و پیشه و یا با پرداخت بخشی از این حق از این حق استفاده نکند و ملک را بدون طرح دعوای مزبور به غیر واگذار نماید، این امر قرینه‌ای روشن بر انصراف و اعراض وی از این حق و اسقاط حق قبل از انتقال محسوب می‌شود و لذا چنین حقی به تبع مالکیت ملک به منتقل‌آلیه انتقال نمی‌یابد و او نمی‌تواند به قائم‌مقامی از حقی که قبلاً از آن انصراف داده شده طرح دعوای تخلیه علیه مستاجر نماید. قبول این دعوای تخلیه هم بر خلاف قرائن و امارات حاکم بر اوضاع و احوال و خواست انتقال‌دهنده است و هم از مصادیق بارز شدن ناعادلانه و بدون جهت. این امر همچنین به روشنی بر خلاف فلسفه قانونگذاری حاکم بر قانون روابط

موجر و مستاجر ۱۳۵۶ در مورد اصل بودن شناخت و احترام به حقوق مستاجر نسبت به حق کسب و پیشه و تجارت و استثنا تلقی شدن موارد نقض و رفع این حق می‌باشد. شناخت حق کسب و پیشه و سرمایه تجاری مستاجر ایجاب می‌کند که موارد نفی این حق تفسیری مضیق و در جهت حفظ منافع مستاجر باشد و لذا در موارد مشکوک و مردد موضوع علی‌الاصول در جهت حفظ حق کسب و پیشه مستاجر تفسیر گردد. البته چنانچه دلیل و قرائن صریح یا روشنی مبنی بر خواست طرفین عقد انتقال ملک مبنی بر انتقال این حق فسخ به مالک جدید وجود داشته باشد (مانند آنکه عقد بر مبنای وجود حق تقاضای فسخ و تخلیه برای مالک جدید شکل گرفته یا مبلغی برای انتقال این حق منظور شده یا به هر نحوی به انتقال این حق و موجبات آن تصریح شده باشد) اصل آزادی اراده‌ها در غیاب منع قانونی و قراردادی خاص ایجاب می‌کند که این حق به مالک جدید منتقل شده و لذا دعوای تخلیه او استماع شود.

روش‌های جایگزین حل و فصل دعاوی (ADR)*

و توسعه مفهومی صلاحیت قضایی

دکتر محمد تقی عابدی**

مشخصات رأی

شماره دادنامه: ۸۶۹ مورخ ۱۳۸۶/۸/۹

خواهان: آقای خلیل... به وکالت آقای ابراهیم...

خوانده: آقای محمد...

موضوع خواسته: مطالبه وجه

مرجع رسیدگی کننده: شعبه ۱۲۵ دادگاه عمومی حقوقی تهران

متن رأی^۱

خواسته آقای خلیل... به وکالت آقای ابراهیم... به طرفیت خوانده آقای محمد... مطالبه مبلغ دویست و پنجاه و هشت میلیون و هشتصد و شصت و چهار هزار و دویست و هفتاد و پنج ریال مربوط به خرید پنجاه درصد تراکم عوارض زیربنا، آسانسور، تفکیک برق، آب و گاز و وجه رهنی مالیات و تبدیل کابینت معمولی به کابینت MDF و پرداخت خسارت دادرسی و تأخیر تأدیه است. خواهان مستند دعوی خود را فتوکپی مصدق سند عادی (قرارداد مشارکت) مورخه ۷۹/۷/۳۰، سند عادی مورخه ۸۱/۳/۱۲ مربوط به فروش و نصب آسانسور، قبض پرداخت مالیات شماره... قرار داده است. دادگاه نظر به اینکه حسب بند ۶ قرارداد مشارکت مورد اشاره تنظیمی فیما بین خواهان و خوانده که مورد استناد خواهان قرار گرفته است هر یک از طرفین جهت تضمین تعهدات خود مبلغ یکصد میلیون ریال نزد متصدی املاک بنام آقای... تودیع و مشارالیه را حکم خود در خصوص تعهدات ناشی از قرارداد موصوف اعلام و تصریح به سمت وی به عنوان داور کرده‌اند و داورى موصوف به صورت شرط ضمن‌العقد (شرط داورى) موضوع صدر ماده ۴۵۵ قانون آیین دادرسی مدنی است و نه به صورت قرارداد مستقل داورى موضوع ماده ۴۵۸ که معمولاً پس از

* Alternatives Disputes Resolutions

رایانامه: mt.abedi@hotmail.com

** قاضی دادرسی انتظامی قضات و استادیار دانشگاه

۱. این دادنامه به موجب دادنامه شماره ۱۵۰۵ مورخ ۱۳۸۶/۱۱/۲۰ شعبه ششم دادگاه تجدیدنظر استان تهران پس از رد تجدیدنظرخواهی، عیناً تأیید و ابرام شده است.

بروز منازعه و اختلاف منعقد می‌شود و از سوی دیگر، در ارجاع موضوع به داوری به صورت شرط ضمن‌العقد که ناظر بر رسیدگی به اختلافات احتمالی در آینده است اولاً، تعیین نوع اختلاف صرفاً به صورت کلی میسر می‌باشد و نه جزئی،... و ثانیاً، تعیین ظرف زمانی توافقی و قراردادی در این نوع داوری‌ها ممکن نیست و لاجرم،... برابر تبصره ماده ۴۸۴ همان قانون، مدت داوری... بنا به فرض و حکم قانون سه ماه از تاریخ ارجاع اختلاف به داوری خواهد بود و ثالثاً،... از آنجا که موارد مرتفع گردیدن داوری که در مواد ۶۳، ۷۴ و ۸۱ قانون آیین دادرسی مدنی احصا گردیده، در قضیه حاضر حادث نشده است... و خواهان و خوانده نیز که به شرح بند ۶ قرارداد مشارکت مورد اشاره، رسیدگی به اختلاف احتمالی آینده خود ناشی از قرارداد موضوع دعوا را به داوری ارجاع کرده‌اند حتی داور مرضی‌الطرفین خود را تعیین کرده‌اند... بنابراین، مادام که اختلاف به داوری ارجاع نگردیده و یا پس از رجوع به داوری، مدت قراردادی یا سه ماه مقرر قانونی منقضی نشده باشد نمی‌توان وفق قسمت ذیل ماده ۷۴ از قانون مذکور، دعوای مطروحه را ابتدائاً قابل استماع در دادگاه تشخیص داد. از این رو، مستنداً به ماده ۲ قانون آیین دادرسی مدنی، قرار رد آن صادر و اعلام می‌گردد. قرار صادره وفق مقررات قانونی، ظرف بیست روز از تاریخ ابلاغ قابل تجدیدنظر خواهی در دادگاه تجدیدنظر استان تهران است.

رئیس شعبه ۱۲۵ دادگاه عمومی حقوقی تهران

مقدمه

رای پیش‌رو، بهانه و فرصت مناسبی جهت طرح یکی از اساسی‌ترین مسائل مرتبط با حل و فصل دعاوی و اختلافات یعنی مبحث صلاحیت قضایی است. امروزه، با تجویز و گسترش روش‌های جایگزین حل و فصل اختلافات همچون داوری، سازش، کارشناسی و امثال آن، چارچوب‌های سستی در باب اختیار انحصاری حاکمیت‌ها در رسیدگی به دعاوی به چالش کشیده شده و مقوله صلاحیت به لحاظ مفهومی توسعه و تحول قابل ملاحظه‌ای یافته است. این تأسیسات حقوقی به ویژه داوری که تا دیروز به چشم رقیب بدان نگریسته می‌شد در زمان حاضر در یک رقابت مثبت با محاکم، بخشی از قابلیت یا صلاحیت موصوف را به خود اختصاص داده‌اند. اقبال حاکمیت‌ها در اکثر کشورهای دنیا به این روش‌های خصوصی حل و فصل دعاوی، بر نحوه استدلال دادگاه‌ها که عدالت و دادگستری را همواره به نام دولت‌های متبوع خود اجرا و اعمال می‌کنند، تأثیر قابل توجهی گذاشته است به طوری که قضات به مقوله صلاحیت قضایی دیگر از زاویه تنگ آن نمی‌نگرند. این تحول در حقوق و رویه قضایی ایران نیز هر چند به نحو جزئی و در مقوله خاص داوری قابل رصد و مشاهده است. رای حاضر نمونه‌ای از آرای بی‌شمار است که طی آن

دادگاه با توجه به توافق طرفین دعوا به رجوع اختلاف احتمالی به داوری، پس از اشاراتی به مبانی، اقسام و شرایط داوری، دعوا را در وضعیت فعلی قابل استماع ندانسته و در واقع، بنا به استدلال‌های مقید در آن، به صلاحیت ابتدائی داور منتخب رأی داده است. اهمیت تصمیم دادگاه وقتی آشکار می‌شود که ملاحظه می‌کنیم قانونگذار در خصوص این مطلب که آیا قضاوت در فرض ملاحظه شرط داوری در قرارداد موضوع اختلاف باید خود ادامه دهند و یا برعکس، با توجه به شرط داوری از رسیدگی و ورود به دعوا خودداری کنند، تعیین تکلیف نکرده است. بدین ترتیب، رویه قضایی را باید مؤید و مثبت مدعای نوشتار حاضر بدانیم چرا که صلاحیت قضایی و مفهوم و آثار و احکام آن را که همواره بنا به دلایل حاکمیتی در انحصار دادگاه‌های دولتی قرار داشته است به سایر طرق حل و فصل دعاوی و اختلافات به ویژه داوری تسری داده است. با توجه به استدلال‌ها و اشارات دادگاه به شرح پیش‌گفته، بحث را در هفت فراز که در عین حال به نوعی با مفهوم و مبانی داوری مرتبط است ادامه خواهیم داد.

الف) داوری تنها طریق قانونی تخصیص و نفی صلاحیت دادگاه‌ها

اصل ۱۵۹ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران پس از اعلام مرجعیت دادگستری به عنوان تنها طریق «رسمی تظلمات و شکایات»، بلافاصله به عنوان نتیجه منطقی این امر، اعلام می‌کند: «تشکیل دادگاه‌ها و تعیین صلاحیت آنها منوط به حکم قانون است». این اصل نشان می‌دهد که با توجه به رابطه مستقیم بین حل و فصل دعاوی و اختلافات با نظم عمومی و امنیت جامعه، امر دادگستری و فصل خصومت لزوماً در انحصار و مونوپل حاکمیت بوده و به نهاد دیگری غیر از دادگاه‌ها و قضاوت منصوب از سوی وی اجازه مداخله در این امر حیاتی داده نمی‌شود. با وجود این، رویه عملی در قانونگذاری‌های عادی که البته مورد ایراد و مخالفت مرجع نگهبان قانون اساسی نیز قرار نگرفته است نشانگر آن است که اصل موصوف علیرغم منطوق آن، ظاهراً قاعده الزام‌آور مؤکد و غیر قابل تخلف نیست و چنانچه ضرورت اقتضا کند می‌توان بنا به اصل تخصص یا کم کردن بار محاکم یا به هر دلیل موجه دیگر، بعضی دعاوی و امور ترافعی را در صلاحیت مراجع عمومی غیر دادگستری قرار داد. ایجاد بعضی مراجع و کمیسیون‌های خاص اداری و اجرایی^۱ به ویژه

۱. مانند کمیسیون ماده ۷۷ و ۱۰۰ قانون شهرداری‌ها، هیأت حل اختلاف ثبتی موضوع ماده ۲۵ قانون ثبت اسناد و املاک کشور، کمیسیون موضوع ماده ۵۶ قانون حفاظت و بهره‌برداری از جنگل‌ها و مراتع و امثال آنها.

پس از تصویب اصل یاد شده، شاهی بر مدعا است. به همین دلیل، قانونگذار عادی مجبور شده است همان ترتیب و مکانیسم حل اختلاف در صلاحیت ذاتی بین مراجع قضایی با یکدیگر را در اختلاف بین این مراجع غیر دادگستری با مراجع قضایی مقرر کند.^۱

از سوی دیگر، تفسیر و توسعه اصل اساسی مورد بحث، به اعطای صلاحیت به مراجع عمومی غیر قضایی که به هر حال از وابستگان و تابعین حاکمیت هستند، محدود و خلاصه نشده است. در دهه‌های اخیر، قانونگذار ایران همچون سایر قانونگذاران بنا به دلایل و ملاحظاتی^۲، به داوری اجازه داده است به عنوان یک نهاد خصوصی حل و فصل دعاوی و اختلافات و در حالی که به لحاظ تاریخی همواره به عنوان رقیب محاکم ملی بدان نگریسته شده است، به کمک و مساعدت دادگاه‌ها بشتابند که این امر به نوبه خود تحول و تخصیص بسیار مهمی بر صلاحیت و مرجعیت دادگاه‌ها به شمار می‌رود.^۳ این مهم از طریق باب هفتم قانون آیین دادرسی مدنی و به ویژه ماده ۴۵۴ آن که به لحاظ تاریخی پذیرش داوری‌های اختیاری^۴ در نظام حقوقی ایران، باقی مانده قانون مصوب ۱۳۱۳ مجلس شورای ملی وقت با قدری اصلاحات است، جامه عمل پوشیده است. مطابق این مقرر: «کلیه اشخاصی که اهلیت اقامه

۱. مطابق ذیل ماده ۲۸ قانون آیین دادرسی مدنی: «...در مواردی که دادگاه‌ها اعم از عمومی، نظامی و انقلاب به صلاحیت مراجع غیر قضایی از خود نفی صلاحیت کنند یا خود را صالح بدانند پرونده برای حل اختلاف به دیوان عالی کشور ارسال خواهد شد...».

۲. از جمله این ملاحظات می‌توان به کم کردن مراجعه مردم به دادگاه‌ها و همچنین تسریع در رسیدگی به اختلافات مالی و قراردادی افراد و اشخاص نام برد.

۳. بدین ترتیب، با توجه به تجویز روش خصوصی حل و فصل اختلافات یعنی داوری توسط قانونگذار و عدم مخالفت شورای نگهبان قانون اساسی با آن، اصل ۱۵۹ قانون اساسی باید بدین‌گونه تفسیر شود که از این پس، دو روش جهت حل و فصل دعاوی و اختلافات در نظام قضایی ایران وجود دارد: روش عمومی با مرجعیت دادگاه‌های دادگستری و مراجع غیر قضایی دولتی از یک‌سو و روش خصوصی که صرفاً با مرجعیت داوری و نه غیر آن است از سوی دیگر. در واقع، تفسیر مزبور در مقام بیان این مطلب است که با توجه به تجویز داوری دیگر نمی‌توان واژه «رسمی» را در مقابل داوری به عنوان روش غیر رسمی به کار برد چرا که داوری نیز از این پس رسمی است. بنابراین، بهتر این است که از روش عمومی و خصوصی استفاده کنیم و نه رسمی و غیر رسمی. مگر آنکه، منظور از واژه رسمی را به معنای اصلی و داوری را به عنوان روش استثنایی و فرعی بدانیم.

۴. داوری اختیاری که در مقابل داوری اجباری قرار دارد به این مفهوم است که اختلاف ناشی از یک رابطه حقوقی قراردادی یا غیرقراردادی (اتلاف، تسبیب، غصب، استیفای ناروا و ضرر و زیان ناشی از جرم) فقط با تراضی و توافق هر دو طرف و نه فقط یکی از آنان (آنگونه که در داوری‌های اجباری مرسوم بوده است)، به داوری و قضاوت یک یا چند نفر یا یک شخص حقوقی ارجاع شود.

دعوا دارند می‌توانند با تراضی یکدیگر منازعه و اختلاف خود را خواه در دادگاه‌ها طرح شده یا نشده باشد و در صورت طرح در هر مرحله‌ای از رسیدگی باشد، به داوری یک یا چند نفر ارجاع دهند^۱. بدین ترتیب، باید بر آن بود که در حال حاضر در حقوق ایران از میان طرق جایگزین حل و فصل دعاوی (ADR) که در کثیری از قراردادهای مورد تراضی و توافق افراد و اشخاص قرار می‌گیرد مانند سازش، کمیسیون مرکب از نمایندگان طرفین، کارشناس یا هیأت کارشناسان و نظایر آنها، فقط داوری است که به عنوان مکانیسم خصوصی حل و فصل اختلافات موجب نفی صلاحیت دادگاه‌ها می‌شود. این موقعیت ممتاز برای داوری در مقایسه با سایر تأسیسات حقوقی مشابه، معلول دو علت مهم است: از یک‌سو، داوری واجد ماهیت قضایی است^۲ چرا که رأی و نظر داور که همواره مسبوق به یک دعوا و اختلاف است به حکم قانونگذار همانند رأی دادگاه‌ها بر طرفین آن تحمیل می‌شود و از سوی دیگر، به عنوان نتیجه منطقی علت یاد شده، قانونگذار در وضع مقررات داوری به شرح باب هفتم قانون آیین دادرسی مدنی و نیز سایر قوانین^۳، از همان واژه‌ها و اصطلاحاتی استفاده کرده است که معمولاً در توصیف اقدامات قضات و دادگاه‌ها به کار می‌برد^۴. بدین ترتیب، دادگاه‌ها به هنگام مواجهه با

۱. قانونگذار ایران برای اولین بار در ۲۰ بهمن ماه سال ۱۳۱۳ با نسخ «قانون حکمیت» مصوب ۱۳۰۸ - (قانون اخیر به نوبه خود به منظور اصلاح و محدود کردن داوری‌های اجباری موضوع «قانون حکمیت» مورخ ۲۹ فروردین سال ۱۳۰۶ وضع شده بود) - مقررات جدیدی را که صرفاً داوری اختیاری را تجویز می‌کرد در ۳۸ ماده جایگزین آن ساخت. در واقع، همین مقررات بود که مبنای مقررات مفصل موضوع باب هشتم قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۱۸ با اصلاحات و الحاقات بعدی گردید. چه، از این تاریخ قانونگذار به شرح مواد ۶۳۲ الی ۶۸۰ با اخذ ملاک از قانون حکمیت سال ۱۱۳۱۳: مقررات نسبتاً آزاد و جامعی را در باب داوری اختیاری تدوین نمود که امروزه همین مواد با اندک تغییر و اصلاح باب هفتم قانون آیین دادرسی مدنی دادگاه‌های عمومی و انقلاب مصوب ۱۳۷۹ را به‌خود اختصاص داده است.

۲. در حقوق تطبیقی، نظریه مربوط به ماهیت مختلط داوری (nature mixte) پس از مجادلات فراوان در خصوص ماهیت آن، مورد پذیرش دکتربین معتبر قرار گرفته است. در این رابطه، آقای گلدمن از متخصصین بنام داوری، جمله معروفی دارد که طی آن اعلام می‌کند: «داوری در ایجاد و تشکیل، قراردادی ولی در آثار قضایی است». برای اطلاع از مبانی این نظریه نک:

B. Goldman, Les conflits de lois dans dans l'arbitrage international de droit prive, Recueil de cours de La Haye, 1963, v. II, pp. 345 et s.

۳. قانون داوری تجاری بین‌المللی مصوب ۱۳۷۶.

۴. مانند ارجاع دعوا و اختلاف به داوری، طرفین دعاوی داوری، رد و جرح داور، تشکیل جلسه داوری، الزام طرفین به تسلیم اسناد و مدارک خود به داوران، ارجاع امر به کارشناس، تکلیف داوران به رعایت اصول مبنایی دادرسی، ارتباط دادن رسیدگی داور و قاضی از طریق توقیف داوری، رأی داور، موجه و مدلل بودن رأی داور، ابلاغ رأی داور، تصحیح رأی داور، محکوم‌له و محکوم‌علیه رأی داور، اعتراض به رأی داور و درخواست بطلان آن، مهلت اعتراض به رأی داور، اجرای رأی داور و امثال آنها.

ترتیبات و روش‌هایی که طرفین در قرارداد خود جهت حل و فصل اختلافات قراردادی خود مقرر و تراضی کرده‌اند و داوری محسوب نمی‌شوند، نباید مبادرت به صدور قرار عدم استماع کنند. از این‌رو، رویه اشتباه بعضی محاکم که با ملاحظه شروط و ترتیباتی اینچنین، خواه با تلقی آنها به عنوان داوری، خواه به عنوان طرق مستقل حل و فصل اختلافات مبادرت به صدور قرار عدم استماع دعوا می‌نمایند، شدیداً قابل ایراد است و بر دادگاه‌های تجدیدنظر است که با ملاحظه تصمیم‌هایی از این نوع، نسبت به نقض قرار موصوف و اعاده پرونده به دادگاه بدوی مربوط، موجبات رسیدگی و شمول صلاحیت محاکم به ماهیت دعاوی موضوع آنها را فراهم آورند.^۱ اتفاقاً، شعبه ۱۲ دادگاه تجدیدنظر استان تهران در همین راستا طی دادنامه شماره ۱۱۵۰ مورخ ۸۶/۸/۲۰ با این استدلال که «... در حقوق موضوعه ایران آنچه به عنوان استثنا از موجبات تخصیص صلاحیت محاکم در رسیدگی به دعاوی می‌باشد، داوری است و نه کارشناسی» یا تأسیسات حقوقی مشابه، دادنامه بدوی^۲ را که هیأت سه نفره کارشناسی مقید در ماده ۲۲ شرایط

۱. غالباً این ایراد و سوال مطرح می‌شود که تکلیف چنین ترتیبات مرتبط با حل و فصل اختلافات پیش‌بینی شده در قرارداد موضوع اختلاف چیست؟ پاسخ این است که چون دادگاه‌ها به دلایلی که گفته شد الزامی برای نفی صلاحیت خود در قبال این ترتیبات خاص ندارند چنانچه ضمانت اجرای معینی جهت تخلف از آن یعنی طرح مستقیم دعوا توسط یکی از طرفین در دادگاه پیش‌بینی نشده باشد، در این‌صورت شروط موصوف الزام‌آور نخواهد بود. البته ممکن است طرفی که خود را به این ترتیبات مقید می‌داند الزام طرف مقابل را به انجام تعهد خود یعنی تمکین نسبت به تشکیل کمیسیون حل اختلاف تدارک دیده شده در قرارداد یا رسیدگی و اعلام نظر بدوی از سوی کارشناس منتخب یا سازشگر و غیره را از دادگاه بخواهد که از این جهت شاید بتوان طرف مقابل را به این امر و همچنین تمکین از نظریه اعلامی که لزوماً رأی داوری نخواهد بود، الزام کرد ولی ایرادی که وجود دارد این است که رأی و نظر این افراد در شرایط معمولی قابلیت تحمیل شوندگی ندارد و طرفین یا حتی یکی از آنها می‌توانند از پذیرش نظر آنان خودداری کنند!

۲. دادنامه شماره ۳۲۶ مورخ ۸۶/۴/۲۹ در این دادنامه، شعبه ۳۰ دادگاه عمومی حقوقی تهران با تبعیت از استدلال‌های خوانده که یکی از سازمان‌های بیمه دولتی معروف است، مکانیسم سه نفره کارشناسی مقید در ماده ۲۲ شرایط عمومی بیمه‌نامه باریبری را به عنوان داوری تلقی و با استناد به ماده ۴۵۴ قانون آیین دادرسی مدنی مبادرت به صدور قرار عدم استماع دعوا کرده بود. آنچه در این میان قابل ذکر و تأمل زیاد به نظر می‌رسد این است که برابر تصویر دادنامه‌های متعدد صادره از محاکم شهرهای مختلف کشور که شرکت خوانده به عنوان مستند خود مبنی بر لزوم صدور قرار عدم استماع دعوا، به دادگاه بدوی رسیدگی کننده به دعوی حاضر ارائه کرده است. در این دادنامه‌ها، محاکم رسیدگی کننده با استدلال‌هایی شبیه همان استدلال دادگاه بدوی مرقوم، با پذیرش دفاعیات بیمه، مکانیسم پیش‌بینی شده در ماده ۲۲ شرایط عمومی بیمه را که به نظر می‌رسد جهت فرار از تبعات و موانع ایجاد شده توسط اصل ۱۳۹ قانون اساسی تدوین و در قراردادهای بیمه به بیمه‌گذاران تحمیل می‌شود، داوری تلقی و قرار عدم استماع دعوا صادر کرده‌اند!

عمومی بیمه‌نامه باربری یکی از سازمانهای بیمه را داوری تلقی و مبادرت به صدور قرار عدم استماع دعوا صادر کرده بود، نقض و پرونده را جهت رسیدگی به ماهیت اختلاف مطروحه بین بیمه‌گر و بیمه‌گزار به دادگاه بدوی مربوط اعاده کرده است.^۱ در دادنامه موضوع بحث در این نوشتار، شعبه ۱۲۵ دادگاه عمومی حقوقی تهران در واقع با تکیه بر همین مبنای نظری و مفهوم داوری که شرح جزئیات آن ذیلاً از نظر می‌گذرد، به صدور قرار عدم استماع دعوا که به اعتقاد ما نوعی توسعه مفهومی صلاحیت قضایی و تجویز قضاوت به تأسیسات حقوقی غیر دولتی به مفهوم واقعی کلمه است، مبادرت کرده است.

ب) تکلیف قاضی به صدور قرار عدم استماع دعوا بدون ضرورت ایراد از سوی خواننده

این بحث همواره نزد حقوقدانان و نیز در محاکم مطرح بوده و هست که هر گاه یکی از طرفین، دعوی موضوع موافقتنامه و قرارداد داوری را نزد دادگاه مطرح کند آیا دادگاه به محض وقوف و ملاحظه شرط داوری باید بنا بر تکلیف (d'office) قرار عدم استماع صادر کند یا چنین تکلیف و الزامی وجود ندارد به این معنی که فقط در فرضی که خواننده دعوا به صلاحیت دادگاه (آن نیز تحت شرایطی) ایراد کند، مبادرت به صدور قرار موصوف خواهد کرد؟ بحث مزبور البته از دو منظر قابل طرح است: از منظر داوری‌های بین‌المللی از یکسو و از منظر داوری‌های ملی از سوی دیگر. اما از منظر داوری‌های بین‌المللی، قانونگذار ایران در ماده ۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی ۱۳۷۶ به تبعیت و اقتباس از قانون نمونه آنسیترال^۲ در این خصوص تعیین تکلیف کرده است. بدین توضیح که قاضی تکلیفی به صدور قرار عدم استماع در فرض ملاحظه شرط داوری در قرارداد موضوع اختلاف ندارد بلکه به رسیدگی خود ادامه داده و فقط در صورتی که خواننده دعوا با استناد به شرط داوری بین خود و خواهان به صلاحیت دادگاه ایراد کند، از رسیدگی خودداری و طرفین را به داوری ارجاع خواهد داد، البته به شرطی که ایراد موصوف در جلسه اول دادرسی به عمل آید.^۳ ولی، در داوری‌های ملی موضوع آنچنان بدیهی به نظر نمی‌رسد چرا که

۱. پرونده کلاسه ۸۶/۱۱۲۹.

2. UNCITRAL

۳. البته، قانونگذار با باز گذاشتن دست قاضی ملی و مسلط کردن او به سرنوشت داوری، به وی اجازه داده است حتی در صورت ایراد خواننده در مهلت تعیین شده، در صورتی که تشخیص دهد قرارداد داوری باطل، ملغی‌الاثرب و غیر قابل اجرا است، به ایراد مزبور توجه نکرده و به رسیدگی خود ادامه داده و رأی صادر کند که این امر می‌تواند منجر به اعمال سلیقه شود بدین شرح که قضات بدین ترتیب اختیار خواهند داشت در صورتی که به هر دلیل نخواهد از رسیدگی خودداری کند، می‌تواند وجود یکی از عناوین فوق را ادعا و به رسیدگی خود ادامه دهد.

قانونگذار در باب هفتم قانون آیین دادرسی مدنی (مواد ۴۵۴ الی ماده ۵۰۱) به عنوان قانون حاکم^۱ بر این نوع داوری‌ها، تصریح و حتی تعریضی در این خصوص ندارد. بنابراین، با توجه به سکوت کامل قانونگذار در خصوص تکلیف قاضی ملی در فرض یاد شده، جهت جستجوی پاسخ لاجرم باید به رویه قضایی مراجعه کنیم. بررسی رویه قضایی نشانگر آن است که قضات محاکم به محض ملاحظه شرط داوری در قرارداد موضوع دعوا و اختلاف، منتظر ایراد خواننده نشده و مبادرت به صدور قرار عدم استماع می‌کنند. رأی حاضر، نمونه‌ای از این آرای بی‌شمار است که طی آن دادگاه در حالی که خواسته خواهان با استناد به قراردادهای عادی و مدارک مربوط، الزام طرف قرارداد (خواننده) به پرداخت وجوه مربوط به خرید پنجاه درصد تراکم عوارض زیربنا، آسانسور و غیر آن بوده است، پس از تصریح به بند ۶ قرارداد مستند دعوا که مطابق آن طرفین ضمن قرارداد اصلی توافق کرده‌اند حل اختلاف احتمالی ناشی از قرارداد مشارکت مدنی منعقد بین آنان از طریق داور مرضی‌الطرفین صورت گیرد و بدون آنکه خواننده دعوا از این حیث به صلاحیت دادگاه ایراد و اعتراضی به عمل آورده باشد^۲، در قسمت پایانی دادنامه اعلام می‌کند: «تا زمانی که اختلاف به داوری ارجاع نگردیده... دعوای خواهان ابتدائاً قابلیت استماع در دادگاه را نداشته و... قرار رد آن صادر... می‌گردد».

به نظر نگارنده، دلیل و مستند چنین رویه و اقدامی را باید در مفهوم داوری و مشخصاً ماده ۴۵۴ مرقوم جستجو کرد که به طرفین اجازه داده است با توافق بر داوری و قضاوت اشخاص خصوصی، صلاحیت دادگاه‌ها را به شرحی که در قسمت قبل از نظر گذشت، نفی کنند. حقوقدانان از این صفت متمایز داوری تحت عنوان ویژگی منفی داوری یاد کرده‌اند. با وجود این، سؤالی که ممکن است مطرح شود این است که اگر داوری واجد ویژگی یاد شده است پس چرا دادگاه‌ها مبادرت به صدور قرار عدم صلاحیت نمی‌کنند، مگر نه این است که مدعی فوق در واقع نوعی شناسایی صلاحیت هم‌عرض برای داور یا داوران در مقابل محاکم و قضات ملی است؟

۱. پس از تصویب قانون داوری تجاری بین‌المللی، قانونگذار به شرح ماده ۳۶ قوانین حاکم بر داوری‌های ملی و بین‌المللی را تفکیک و مقرر کرد قانون آیین دادرسی مدنی سابق مواد ۳۳۲ الی ۶۸۰ (باب هفتم قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۷۹ حاضر مواد ۴۵۴ الی ۵۰۱) که بر کلیه داوری‌ها اعم از ملی و بین‌المللی حاکم بود، از آن پس فقط بر داوری‌های ملی حاکم باشد.

۲. البته، حسب ستون مشخصات دادنامه، خواننده مجهول‌المکان بوده و در دعوا اساساً مشارکت نداشته است. ولی، همان‌طور که گفته شد حتی در صورت مجهول‌المکان نبودن خواننده و حضور در جلسه دادرسی، دادگاه جهت اتخاذ تصمیم و صدور قرار عدم استماع دعوا منتظر ایراد خوانده نمی‌مانده است.

ایراد مزبور ظاهراً وارد به نظر می‌رسد. ولی، نباید فراموش کرد که هر چند قانونگذار با اعطای صلاحیت قضاوت به نهاد داوری که در واقع توسعه و تسری مفهومی صلاحیت قضایی به غیر محاکم است، صلاحیت به مفهوم مصطلح و در هر سه قسم شناخته شده آن یعنی صلاحیت محلی، نسبی و ذاتی موضوع مواد ۱۱ الی ۲۸ و همچنین بند ۱ ماده ۸۴ قانون آیین دادرسی مدنی با توجه به آثار و احکام هر یک از آنها، مختص دادگاه‌های ملی است چرا که اولاً، دو قسم اول صلاحیت یعنی محلی و نسبی با توجه به ماهیت داوری و وابستگی صلاحیت دیوان داوری به صلاحیت شخص داور^۱، هرگز در این تأسیس حقوقی بروز نمی‌کند و صلاحیت ذاتی نیز که ممکن است مسامحتاً برای داوری - از این جهت که طرفین با نفی صلاحیت دادگاه‌ها، وظیفه رسیدگی و حل اختلاف را به داور یا داوران بسپارند - مطرح شود با توجه به پروسه حل اختلاف در صلاحیت بین محاکم به شرح مواد ۲۷ و ۲۸ مرقوم که حسب مورد، دخالت دادگاه‌های تجدیدنظر و دیوان عالی کشور را به عنوان مرجع حل اختلاف در صلاحیت ضروری می‌سازد و همچنین ضرورت ارسال پرونده به مرجع قضایی صلاحیت‌دار در فرض عدم اعتقاد به صلاحیت خود و یا جهت تعیین تکلیف و حل اختلاف، در مورد داوری اساساً قابل انجام و حتی تصور نیست چرا که داوری با توجه به مبنای خصوصی آن وجهه حاکمیتی ندارد. ثانیاً، اعتقاد به تقدم و اصل بودن رسیدگی دادگاه‌ها به شرح اصل ۱۵۹ قانون اساسی که مکرراً مورد استناد هیأت عمومی دیوان عالی کشور قرار گرفته است^۲، صحبت از صلاحیت هم‌عرض برای داوری حداقل در داوری‌های ملی را مشکل و بلکه غیر ممکن ساخته است.

ج) طرق ارجاع اختلاف به داوری

دادگاه در فرازی از استدلال‌های خود و به منظور بیان زمان شروع داوری که در بحث آتی به آن پرداخته خواهد شد به بیان تفاوت شرط داوری با قرارداد مستقل داوری پرداخته است که در واقع مبین طرق انحصاری ارجاع اختلافات به داوری یعنی توافق بر رجوع به داوری بعد از بروز اختلاف و رجوع به داوری قبل از بروز اختلاف است.

۱. برخلاف قاضی ملی که صلاحیتش به صلاحیت دادگاهی بستگی دارد که در حوزه قضایی آن فعالیت می‌کند برعکس، صلاحیت دیوان داوری به صلاحیت داور بستگی دارد چرا که وی منصوب طرفین دعوا یا قرارداد است و نه حاکمیت تا دارای حوزه قضایی جغرافیایی خاص باشد.

۲. هیأت عمومی دیوان عالی کشور در آرای وحدت رویه خود البته به مناسبت تعارض صلاحیت دادگاه‌ها با مراجع غیردادگستری، به طور مکرر به این امر تأکید و تصریح کرده است.

بعد از بروز اختلاف که ماده ۴۵۴ قانون آیین دادرسی مدنی متکفل بیان آن است از قدیم‌الایام در کلیه کشورها در روابط تجاری و اقتصادی معمول بوده است.

در این روش، طرفین پس از بروز اختلاف در روابط قراردادی یا غیر قراردادی فی‌مابین و بدون آنکه در رابطه با طریق حل اختلاف احتمالی پیشاپیش تصمیمی اتخاذ کرده باشند به محض بروز اختلاف و عدم توفیق در حل و فصل دوستانه آن، طی توافقی که از آن به «قرارداد مستقل داوری»^۱ تعبیر شده است، تصمیم می‌گیرند منازعه و اختلاف موجود را نه با مراجعه به دادگاه بلکه به طریق خصوصی یعنی با توسل به داور یا داوران اعم از موردی (Ad.hoc) یا سازمانی (Institutionnel) حل و فصل نمایند، ضمن آنکه این طریق بر خلاف طریق دوم به لحاظ تئوری حقوقی و رعایت ارکان اساسی صحت معامله مشکلی ندارد چرا که دارای دو طرف و با موضوع مشخص و معین یعنی حل اختلاف حادث و معهود بین طرفین است. ولی، به تدریج در روابط قراردادی به دلایلی که در جای خود مورد بحث و بررسی قرار گرفته است، طریقه‌ای ابداع و به سرعت گسترش یافت که طی آن طرفین قرارداد تجاری در همان بدو امر و همزمان با تصریح به تعهدات تجاری فی‌مابین، طریق حل اختلاف و منازعه احتمالی را که همان داوری است پیشاپیش تعیین و مشخص می‌کنند. این طریق رجوع به داوری که به لحاظ پیدایش نسبت به طریق اول تا حدودی جدید است و بیشتر تحت عنوان شرط داوری^۲ از آن یاد می‌شود خواه در روابط قراردادی به سرعت گسترش یافته است به طوری که امروزه کمتر قرارداد تجاری به‌ویژه در سطح بین‌المللی است که حاوی یک شرط داوری نباشد.

اگر چه طریق موصوف از جهت رعایت ارکان اساسی معامله واجد نقص مهمی است چرا که به هنگام توافق بر آن هنوز اختلافی ایجاد نشده است تا توجهاً به بند ۳ ماده ۱۹۰ و نیز ماده ۲۱۶ قانون مدنی به عنوان موضوع توافق و قرارداد، بتواند به عنوان یک معامله و قرارداد، از ایراد مربوط به بطلان مصون بماند. ولی، با توجه به پذیرش و نفوذ آن در عرف و معاملات بین مردم، قانونگذاران از جمله قانونگذار ایران به شرح ماده ۴۵۵ قانون آیین دادرسی مدنی^۳

1. Compromis

2. Arbitration clause (به انگلیسی) یا Clause compromissoire (به فرانسه)

۳. مطابق این مقرر: «متعاملین می‌توانند ضمن معامله ملزم شوند و یا به‌موجب قرارداد جداگانه تراضی نمایند که در صورت بروز اختلاف بین آنان به داوری مراجعه کنند و نیز می‌توانند داور یا داوران خود را قبل یا بعد از بروز اختلاف تعیین نمایند...»

این رویه را علی‌رغم ایرادی که فوقاً بیان گردید تنفیذ و توسل به این روش حل و فصل اختلافات را با تمام آثار و احکام آن تجویز کرده‌اند. مفهوم این امر آن است که از این پس نمی‌توان به استناد بند ۳ مرقوم بطلان چنین شرطی را اعلام و ادعا کرد^۱، هر چند از نقطه نظر مبانی و تئوری حقوقی، بحث در رابطه با تحلیل و توجیه حقوقی صحت چنین شرطی کماکان مفتوح است^۲. البته، در رأی حاضر دادگاه بدون آنکه این امر مورد اعتراض و ایراد قرار گرفته باشد، اشاره ظریفی نیز به این تفاوت ماهوی بین دو طریق ارجاع اختلاف به داوری کرده و اعلام داشته است در ارجاع اختلاف به داوری به صورت شرط ضمن‌العقد که ناظر بر رسیدگی به اختلافات احتمالی و در آینده است «تعیین نوع اختلاف به صورت کلی میسر می‌باشد و نه جزئی» که در واقع به نوعی تصریح به فقدان موضوع در شرط داوری است^۳، هر چند ظاهراً به نظر می‌رسد از نظر دادگاه، در داوری به صورت شرط ضمن عقد (شرط داوری)، موضوع آن کاملاً مفقود نیست بلکه به طور کلی یعنی اجمالاً برای طرفین معلوم است. شاید منظور دادگاه این بوده است که با توجه به اینکه طرفین قرارداد اصلی و تجاری، تعهدات ماهوی خود را به

۱. در داوری‌های بین‌المللی نیز این روش با تصویب قانونگذاران قانونی شده است. قانونگذار ایران به شرح بند ج ماده ۱ قانون داوری تجاری بین‌المللی مصوب ۱۳۷۶ هر دو طریق فوق را تجویز و با رد هرگونه تفکیک بین آنها از هر دو تحت عنوان موافقتنامه داوری نام برده است. مقبولیت این روش حل و فصل اختلافات علیرغم ایراد حقوقی یاد شده تا آن حد بوده است که قانونگذار سوئیس در بند ۳ ماده ۱۷۸ قانون فدرال مورخ ۱۹۸۷ ناظر بر حقوق بین‌الملل خصوصی این کشور موسوم به LDIP، هرگونه تمیز و تفکیک بین این دو را محکوم و مقرر کرده است: «اعتبار یک قرارداد داوری نمی‌تواند با این استدلال و توجیه که... قرارداد موصوف شامل یک دعاوی ایجاد نشده است، موضوع ایراد و اعتراض [یکی از طرفین] واقع شود». همچنین برای ملاحظه قانونگذاری‌های مشابه نک: ماده ۱۶۷۷ قانون داوری بلژیک مصوب ۱۹۷۲، پاراگراف ۲ ماده ۱۰۲۰ قانون آیین دادرسی مدنی هلند.

۲. مستندات قانونی که در توجیه حقوقی صحت چنین شرطی می‌توان ارائه کرد مواد ۱۰، ذیل ماده ۲۱۶ و مهمتر از آن دو، ملاک غیر قابل مناقشه ماده ۷۵۲ قانون مدنی است که عقد صلح را «... یا در مورد رفع تنازع موجود و یا جلوگیری از تنازع احتمالی در مورد معامله و غیر آن» تجویز کرده است و چون عقد صلح در این رابطه خصوصیتی ندارد بنابراین، می‌توان آن را در مورد داوری نیز اجرا و اعمال کرد.

۳. با وجود این، بعضی محاکم به تفاوت یاد شده (فقدان موضوع در شرط داوری و ملاً عدم اشکال قانونی آن) توجه نکرده و بطلان آن را اعلام کرده‌اند. برای نمونه، شعبه ۲۲۲ دادگاه عمومی حقوقی تهران در دادنامه شماره ۱۵۵۴-۸۴/۱۱/۲۶ در فrazی از دادنامه با این استدلال که «... اولاً، موضوعی که به داوری ارجاع گردیده... و [نیز] تاریخ آن [داوری] مشخص نمی‌باشد...»، حکم بر بطلان رأی داور صادر و اعلام کرده است. (پرونده کلاسه ۱۰۵۵/۸۴)!

طور واضح و صریح در آن قید و لیست کرده‌اند بنابراین، هرگونه اختلافی که در اجرای قرارداد یا تفسیر تعهدات طرفین بروز نماید لاجرم در محدوده این تعهدات و الزامات قراردادی خواهد بود که پیشاپیش معهود طرفین است. به نظر نگارنده، این توجیه تا حدودی قابل پذیرش است و در واقع کسانی که برای توجیه صحت شرط داوری به ویژه به ماده ۲۱۶ قانون مدنی استناد کرده‌اند که مقرر می‌دارد: «مورد معامله باید مبهم نباشد مگر در موارد خاصه که علم اجمالی به آن کافی است» در واقع همین ملاحظات را در نظر دارند. چرا که در شرط داوری، طرفین اجمالاً می‌دانند اختلاف احتمالی در محدوده تعهدات قید شده در قرارداد به وقوع خواهد پیوست، هر چند به نظر ما مستند مزبور جهت توجیه حقوقی شرط داوری چندان رسا نبوده و در نتیجه قابل قبول نیست. چه، قانونگذار مدنی علم اجمالی را مربوط به موارد خاصه یعنی عقود و قراردادهایی دانسته است که خود وی پیشتر آنها را اعلام کرده است. مانند عقد ضمان که طی آن ضامن می‌تواند دین مضمون‌عنه را بدون ضرورت اطلاع از تفصیل و جزئیات بدهی وی به مضمون‌گه یا معرفت تفصیلی به شخصیت وی یا به مضمون‌عنه، برعهده گیرد.^۱ بهترین توجیه در این رابطه اخذ ملاک از ماده ۷۵۲ قانون مدنی است که در تعریف عقد صلح از عباراتی مشابه هر دو قسم طریق ارجاع اختلاف به داوری استفاده کرده و آن را «... یا در مورد رفع تنازع موجود و یا جلوگیری از تنازع احتمالی در مورد معامله و غیر آن» تجویز کرده است و چون عقد صلح در این رابطه خصوصیتی ندارد بنابراین، می‌توان آن را در مورد داوری نیز اجرا و اعمال کرد.

از سوی دیگر، همان‌طور که ماده ۴۵۵ صریحاً تأکید کرده است، طرفین قرارداد تجاری در فرض توافق بر رجوع منازعه احتمالی به داوری از همان بدو امر، ممکن است آن را ضمن همان معامله اصلی و به صورت شرط ضمن عقد (شرط داوری) و یا به موجب قرارداد جداگانه و مستقل متنها با ارجاع به قرارداد اصلی و ماهوی منعقد سازند. بدین ترتیب، نباید بین این نوع قرارداد مستقل داوری که در هر صورت قبل از بروز اختلاف و ناظر بر حل و فصل منازعه احتمالی است با قرارداد مستقل داوری در طریق اول اختلاط شود چرا که قرارداد اخیر پس از بروز اختلاف منعقد می‌شود.^۲

۱. مواد ۶۹۴ و ۶۹۵ قانون مدنی

۲. از دیگر سو، وجه اینکه طرفین در ضمن قرارداد اصلی رجوع به داوری را شرط نمی‌کنند مختلف است: ممکن است اساساً به هنگام انعقاد عقد به این امر فکر نکرده‌اند یا اگر در نظر داشته‌اند به توافق نرسیده و در آن لحظه از بیم به هم خوردن معامله در خصوص مکانیسم حل و فصل اختلاف احتمالی فعلاً سکوت اختیار کرده و سپس به توافق در این خصوص دست یافته‌اند.

د) مدت و تاریخ شروع داورى

با توجه به اینکه دادگاه به شرح قرار عدم استماع صادره معتقد بوده است بدواً و در وضعیت فعلی صالح به رسیدگی به اختلاف قراردادی بین طرفین جز در فرض انتفای داورى (مواد ۴۶۳، ۴۷۴ و ۴۸۱) یا انقضای مهلت قراردادی یا قانونی داورى (ماده ۴۸۴) نیست از اینرو، جهت تأکید بر عدم صلاحیت خود در مقطع فعلی به عدم انقضای مهلت سه ماه قانونی و در نتیجه عدم ضرورت مداخله دادگاه جهت صدور رأی در ماهیت اختلاف استناد کرده است که البته امر درستی است. ولی به ویژه، تأکید دادگاه در دو موضع از رأی مبنی بر اینکه در شرط داورى ضمن‌العقد «تعیین ظرف زمانی [مدت] برای آن» غیرممکن است، قابل نقد و انتقاد به نظر می‌رسد. در واقع، دادگاه می‌خواهد از کلی بودن موضوع شرط داورى اینگونه استنتاج کند که در این طریق ارجاع اختلاف به داورى، ذاتاً نمی‌توان پیشاپیش با تراضی و توافق مدت تعیین کرد و لاجرم، «مدت داورى [در اینگونه داورى‌ها] بر اساس تبصره ماده ۴۸۴... سه ماه از تاریخ ارجاع اختلاف به داورى می‌باشد». چه، هیچگونه ملازمه‌ای بین فقدان موضوع یا کلی بودن موضوع در شرط داورى با عدم امکان تعیین مهلت قراردادی برای داورى نیست و طرفین چنین داورى می‌توانند خواه در همان بدو انعقاد قرارداد داورى قبل از بروز اختلاف و خواه پس از بروز آن، نسبت به تعیین مدتی که داور در آن فرجه مبادرت به اصدار رأی خواهد کرد، توافق کنند و اگر توافق نکنند، همان‌طور که دادگاه نیز به درستی اعلام کرده است، مدت داورى به حکم قانون سه ماه از تاریخ ارجاع اختلاف به داور یا داوران خواهد بود^۱.

بلبی، یک تفاوت عمده بین شرط داورى و قرارداد مستقل داورى آن نیز از جهت زمان شروع داورى وجود دارد که بعضاً قضات محاکم به آن توجه نمی‌کنند^۲. در قرارداد مستقل

۱. چنانچه طرفین در قرارداد داورى زمان مشخصی را برای صدور رأی توسط داوران تعیین کرده باشند یا این امر بدون ابهام از مجموع قرارداد اصلی و داورى استنباط و استنتاج شود داور یا داوران موظف به رسیدگی و اعلام رأی در فرجه توافق شده هستند مگر آنکه مدت موصوف به تراضی طرفین تمدید شود. در صورتی که مهلتی در قرارداد تعیین نشده باشد به حکم تبصره ماده ۴۸۴ «... مدت آن سه ماه و ابتدای آن از روزی است که موضوع برای انجام داورى به داور یا تمام داوران ابلاغ شود».

۲. برای نمونه، شعبه ۱۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران در دادنامه شماره ۹۰۰۸۳۲-۹۰/۴ به توجّه به اینکه داور با امضای خود ذیل قرارداد متضمن شرط داورى، قبولی خود را اعلام کرده بود تاریخ قرارداد را به عنوان ابتدای شروع داورى احتساب و با توجّه به تاریخ صدور رأی توسط داور، دادنامه تجدیدنظرخواسته متضمن ابرام رأی داورى را با این استدلال که مدت داورى ۷ ماه به طول انجامیده است، نقض و حکم بر بطلان دعاوی نخستین صادر کرده بود این در حالی است که فاصله بین بروز اختلاف تا زمان صدور رأی بسیار ناچیز و خلاصه در مهلت قانونی بوده است (پرونده کلاسه ۹۰۰۴۱۱).

داوری که پس از بروز اختلاف منعقد می‌شود، چنانچه داور یا داوران به وسیله یک طرف یا طرفین (و نه دادگاه) انتخاب شده باشند، ابتدای داورى لزوماً از تاریخی است که قبولی داور یا داوران اخذ شده است (ماده ۴۶۵). این حکم در مورد شرط داورى نیز که تعیین داور یا داوران توسط طرفین پس از بروز اختلاف صورت گرفته است، صادق و جاری است. با وجود این، در همین شرط داورى، در فرضی که داور یا داوران در زمان انعقاد قرارداد با قید امضای خود ذیل آن و یا به هر طریقی که مثبت اعلام قبولی است، موافقت خود را اعلام کرده باشند پر واضح است در چنین فرضی ابتدای داورى نمی‌تواند از تاریخ قبولی باشد چرا که اولاً، هنوز اختلافی ایجاد نشده است و ثانیاً، علی فرض بروز اختلاف، طرفین یا یکی از آنان باید به موجب اظهارنامه یا هر طریق قابل اثبات دیگر انجام داورى را از آنان درخواست نمایند که در این صورت ابتدای داورى از تاریخی است که موضوع جهت انجام داورى به آنان ابلاغ می‌شود^۱ (تبصره ماده ۴۸۴). حکم مزبور در موردی که داور یا داوران از سوی دادگاه تعیین می‌شوند، خواه در فرض مربوط به قرارداد مستقل داورى و خواه در شرط داورى، نیز صادق است (ماده ۴۶۸).

ه) انتفا و اقاله داورى

دادگاه جهت توجیه و نشان دادن درستی تصمیم خود مبنی بر عدم امکان استماع دعوا به دلیل وجود شرط داورى در قرارداد موضوع اختلاف، مضافاً به عدم عروض موارد اقاله و انتفای داورى که نتیجه آن جایگزینی و اعاده صلاحیت دادگاه نسبت به قرارداد موضوع اختلاف می‌باشد، استناد کرده است. این موارد که دادگاه نیز به آنها تأکید کرده است عبارتند از: تراضی کتبی یا اقاله داورى توسط طرفین (ماده ۴۸۱)، عدم صدور رأی در مدت قانونی یا

۱. البته، بعضاً این تصور وجود دارد که آنچه در تبصره ماده ۴۸۴ آمده است ناظر بر موردی است که داور یا داوران پیشتر با امضای ذیل قرارداد یا به هر طریق دیگر، قبولی خود را اعلام نکرده باشند و الا در صورت اعلام پیشاپیش قبولی، تاریخ شروع داورى نه از تاریخ ابلاغ یا درخواست انجام داورى از آنان بلکه از تاریخ بروز اختلاف خواهد بود. به نظر ما، این نظر و تصور صحیح نیست؛ ممکن است طرفین پس از بروز اختلاف نسبت به اقاله و تفاسخ قرارداد داورى اقدام کنند و یا اساساً داور یا داوران منتخب را که پیشاپیش قبولی آنان را اخذ کرده‌اند عزل و به جای آنان شخص یا اشخاص دیگری را جایگزین نمایند. بنابراین، ضرورت دارد که داور یا داوران پس از ملاحظه درخواست وارده مبادرت به انجام داورى کنند. این امر به ویژه در مواردی که احدی از طرفین داورى پس از توافق بر داورى و قبل از بروز اختلاف یا پس از آن ولی قبل از انجام داورى محجور شود، با توجه به لزوم مداخله ولی قهری یا قیم وی، حائز اهمیت بسیار است.

قراردادی توسط داور یا داوران به شرطی که طرفین به داوری اشخاص دیگر تراضی نکرده باشند (ذیل ماده ۴۷۴)، استنکاف یا عدم توانایی شخص معین به عنوان داور در رسیدگی به اختلاف البته به شرطی که به داوری شخص یا اشخاص دیگر توافق نکنند (ماده ۴۶۳). تا این مقدار بحثی نیست. آنچه بین حقوقدانان و نیز در رویه قضایی موجب اختلاف و تشّتت آرا است همانا امکان اقاله ضمنی قرارداد داوری است. سؤال این است که با توجه به ماده ۴۸۱ که در مقام بیان مثال بارز از بین رفتن داوری یعنی تراضی کتبی و صریح طرفین است آیا تراضی و اقاله ضمنی و عملی نیز همین حکم را خواهد داشت؟ منظور این است که یکی از طرفین، دعاوی موضوع شرط داوری را در دادگاه طرح کند و طرف دیگر بدون آنکه به صلاحیت دادگاه از این جهت ایراد کند، به دفاع در ماهیت دعوا بپردازد. برخی این امر را ممکن و برخی دیگر با استناد به ملاک مقررّه مورد اشاره که تراضی مکتوب و صریح طرفین را جهت امکان اقاله داوری لازم دانسته است، فسخ ضمنی و عملی را رد کرده‌اند، کما اینکه رویه قضایی نیز در این خصوص مردد است.^۱

پاسخ به سؤال بستگی به این امر دارد که در رابطه با تکلیف یا عدم تکلیف قاضی به صدور قرار عدم استماع دعوا در فرض ملاحظه و وقوف بر شرط داوری، طرفدار کدام ایده

۱. برای ملاحظه یک رأی که مؤید اقاله ضمنی داوری است رک: دادنامه شماره ۲۲۱۲۰۱۸۰۶ مورخ ۸۸/۱۲/۲ شعبه ۱۲ دادگاه تجدیدنظر استان تهران. دادگاه در قسمتی از رأی خود اینگونه استدلال کرده است: «...نظر به اینکه اولاً، هر چند مطابق بند ۵ قرارداد مورخ ۸۲/۲/۱ تنظیمی فیما بین طرفین پرونده ناظر بر اعطای انحصاری دانش فنی تولید و مصرف مواد حاصل از روش ابداعی (اصلاح کلیه فوق روانسازی و روانسازی خشی و زورگیر بتن به نوع دیرگیر و صنعتی آن توسط ماده سدیم گلوکونات فقط در قلمرو جغرافیایی ایران) مقرر گردیده در صورت بروز هر گونه مشکل و اختلاف در تفسیر یا اجرای قرارداد، موضوع به داوری ارجاع شود و اگر چه اطلاق مواد ۴۵۴ و ۴۵۵ قانون آیین دادرسی مدنی (بر خلاف داوری‌های موضوع قانون داوری تجاری بین‌المللی ۷۶ به ویژه ماده ۸ آن) ظاهراً مقتضی آن است که دادگاه به محض مشاهده و ملاحظه شرط داوری بنا به تکلیف و حتی بدون ایراد خوانده مبادرت به صدور قرار عدم استماع دعوا نماید الاً اینکه در پرونده حاضر، علی‌رغم طرح دعوی موضوع قرارداد در دادگاه که در واقع به نوعی مرتبط و ناشی از اجرای قرارداد بوده، خوانده با وصف اطلاع و حتی اشاره به شرط داوری طی یک لایحه و بدون هر گونه ایراد به صلاحیت دادگاه، مبادرت به دفاع در ماهیت قضیه نموده و بدین ترتیب با تمکین به رسیدگی و صلاحیت دادگاه در واقع به طور ضمنی و نیمه صریح از شرط داوری عدول کرده و نوعی تفاسخ و اقاله در خصوص شرط داوری حاصل شده است. بنابراین، رسیدگی و صلاحیت دادگاه خالی از هر گونه خدشه و ایراد است...».

و طرز تفکر هستیم: چنانچه به تکلیف موصوف پایبند و معتقد باشیم در این صورت اصل بحث مربوط به اقاله ضمنی متفی خواهد بود چرا که با صدور سیستماتیک قرار عدم استماع دعوا توسط قاضی حتی بدون ایراد خوانده، دیگر مجالی برای ورود دادگاه به ماهیت و در نتیجه امکان دفاع برای خوانده باقی نمی ماند تا اساساً بحث اقاله ضمنی و عملی شرط داوری قابل طرح باشد، مگر آنکه دادگاه به وجود شرط داوری واقف نشود یا خواهان آن را از نظر دادگاه مکتوم نگاه دارد. ولی چنانچه به تکلیف مورد بحث معتقد و پایبند نباشیم به این معنی که برای قاضی تکلیفی در صدور قرار عدم استماع در فرض وقوف بر شرط داوری قائل نشویم، فقط در این صورت است که اقاله ضمنی قابل بحث خواهد بود.

به نظر ما، در فرضی که خواهان وجود شرط داوری را مکتوم نگاه دارد یا دادگاه علی رغم ملاحظه شرط داوری، با توجه به سکوت قانونگذار در این خصوص، تکلیفی برای صدور قرار عدم استماع دعوا احساس نکند و به رسیدگی خود ادامه دهد در این صورت باید بر آن بود که هرچند قانونگذار در بند ۱ ماده ۴۸۴ از باب تسهیل اثبات اقاله، تراضی کتبی یعنی صریح طرفین را جهت اقاله و از بین رفتن داوری لازم دانسته است ولی، چنانچه دادگاه با توجه به اوضاع و احوال قضیه متقاعد شود که خوانده با علم و اطلاع از حق ایراد خود مستند به شرط داوری، از این حق استفاده نکرده و در ماهیت دعوا به دفاع پرداخته است در این صورت نباید تردیدی در صحت اقاله قرارداد داوری و در نتیجه اعاده صلاحیت دادگاه به خود راه دهیم، ضمن آنکه این استنتاج با مبنا و ماهیت قراردادی داوری نیز انطباق دارد.

و) مرضی الطرفین بودن داور

دادگاه در فرازی از استدلال خود جهت نفی صلاحیت دادگاه، شخص داور را با ویژگی «مرضی الطرفین» توصیف کرده است هرچند به مجادلات موجود در خصوص این ویژگی و آثار و احکام آن وارد نشده است و اساساً، در قضیه حاضر ضرورتی برای چنین بحثی وجود نداشته است. با وجود این، اشاره ای ولو اجمالی به این مجادلات خالی از فایده نخواهد بود.

چنانچه طرفین در خصوص نحوه انتخاب و تعیین داور به ویژه در داوری‌های منفرد قید و تصریحی نداشته باشند در این صورت، اطلاق قرارداد داوری مقتضی آن است که شخص داور مرضی‌الطرفین باشد یعنی باید با توافق مشترک طرفین دعوا و اختلاف انتخاب شود. البته، با توجه به حکومت اراده، هیچ چیز مانع از آن نیست که طرفین در قرارداد خود یا خارج از آن در خصوص نحوه انتخاب داور و حتی داوران به نحو دیگری توافق نمایند، مثلاً اختیار تعیین داور را فقط به یکی از طرفین یا به شخص ثالثی به نام ناصب واگذار کنند، کما اینکه قانونگذار در ماده ۴۶۵ چنین امری را تجویز کرده است.^۱ بدین ترتیب، مرضی‌الطرفین بودن داور یا داوران که ناشی از مبنا و ماهیت قراردادی داوری است قید و صفت خاصی که نیازمند تصریح طرفین و در نتیجه موجب انتفای داوری در فرض عدم توافق طرفین باشد، نیست. مادام که اصل توافق بر داوری ولو با پایبندی فقط یکی از طرفین به آن کماکان باقی باشد، چنانچه طرفین صرفاً در خصوص شخص داور به توافق نرسند این اختلاف نمی‌تواند اصل داوری را از بین ببرد. به همین دلیل است که قانونگذار به شرح مواد ۴۵۹ و ۴۶۰ به طرفین یا یکی از آن دو اجازه داده است با مراجعه به دادگاه صلاحیتدار تعیین و نصب داور را درخواست نمایند، ضمن آنکه بنا به صریح ماده ۴۶۰، فرض عدم تراضی طرفین در خصوص شخص داور همانند فرضی تلقی شده است که داور فوت کند یا داور یکی از طرفین استعفا دهد یا مقام ناصب از تعیین داور امتناع کند و همان‌طور که مقرر مزبور تصریح می‌کند در کلیه این فروض، پس از ارسال اظهارنامه حاوی معرفی داور به طرف مقابل و عدم اقدام و اعلام نظر از ناحیه طرف یاد شده، به شرحی که ذیل ماده ۴۵۹ تکلیف و تجویز شده است، ذی نفع (به شرط بقا بر اصل داوری) حق دارد برای تعیین داور به دادگاه متوسل شود. از سوی دیگر، قانونگذار که خود مبادرت به تعیین موارد انتفای داوری به شرح مواد ۴۸۱ مرقوم کرده است اولاً، عدم تراضی طرفین در انتخاب داور مشترک را از موجبات از بین رفتن اصل داوری اعلام نکرده است. ثانیاً، نباید تصور شود ذیل ماده ۴۷۴ که در مقام بیان یکی از موارد انتفای داوری مقرر کرده است: «... در صورتی

۱. ماده ۴۶۵: «در هر مورد که داور یا داوران، وسیله یک طرف یا طرفین انتخاب می‌شود...».

که داوران در مدت قرارداد داوری یا در مدتی که قانون معین کرده است نتوانند رأی بدهند و طرفین به داوری اشخاص دیگر تراضی نکرده باشند، دادگاه به اصل دعوی وفق مقررات قانونی رسیدگی و رأی صادر می‌نماید»، دلیلی بر نظر معتقدین به انتفای داوری در صورت عدم تراضی بر شخص داور است. چه، مقرر موصوف به کلی منصرف از موضوع بحث حاضر است چرا که فرض تحقق موضوع این مقرره یعنی جایگزینی صلاحیت دادگاه جهت رسیدگی به اصل دعوا در صورت عدم تراضی «طرفین به داوری اشخاص دیگر»، زمانی است که داور یا داوران پیش‌تر، خواه توسط طرفین، خواه توسط دادگاه تعیین شده‌اند لکن به هر دلیل موجه یا غیر موجه در مدت قراردادی یا قانونی نتوانسته‌اند رأی دهند. قید «اشخاص دیگر» در مقرره مورد اشاره که غیر از شخص یا اشخاص تعیین شده قبلی هستند، در این منظور گویا است.

با وجود این، به نظر می‌رسد بخشی از دکترین و نیز رویه قضایی چنین اعتقادی ندارند. به نظر این گروه، در صورتی که ویژگی مرضی‌الطرفین در خصوص داور در قرارداد تصریح شده باشد ولی طرفین نتوانند بر روی یک شخص جهت تفویض سمت داوری به وی به توافق و تراضی دست یابند در چنین وضعیتی، اساس داوری منتفی و دعوای مربوط به تعیین داور قابل استماع نخواهد بود به این معنی که طرفین مکلف خواهند بود دعوای ماهیتی را در دادگاه طرح کنند. این نظری است که شعبه ۱۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران طی دادنامه شماره ۲۶۱ مورخ ۸۵/۲/۳۱ در قالب عبارات زیر اختیار کرده است:

«... نظر به اینکه حسب ماده ۱۰ قرارداد امر داوری مطلق نبوده بلکه با وصف مرضی‌الطرفین [بودن انتخاب داور] امکان پذیر بوده که در ما نحن فیه این امر [توجهاً به رد داور معرفی شده از سوی تجدیدنظرخواه و معرفی دو نفر داور دیگر از سوی تجدیدنظرخوانده] محقق نشده است بنابراین موضوع داوری منتفی بوده و دعوی ماهیتی می‌باید در مراجع قضایی مطرح گردد...».

ولی، لازمه تبعیت از این نظر آن است که داوری‌های ملی مطروحه بر اساس باب هفتم قانون آیین دادرسی مدنی را از یک‌سو به داوری‌هایی که از جهت تعیین صفت داور اطلاق داشته و در آنها قیدی در این خصوص که باید مرضی طرفین باشند یا خیر وجود ندارد و از

دیگر سو به داوری‌هایی که از این جهت یعنی قید ویژگی مرضی‌الطرفین صریح هستند، تقسیم و از نقطه نظر صلاحیتی بین آنها قائل به تفکیک شویم به این معنی که در فرض اول یعنی اطلاق داوری از جهت صفت مزبور، امر تعیین داور در صورت عدم تراضی طرفین بر یک شخص معین، مطابق ماده ۴۶۰ توسط دادگاه صورت خواهد گرفت. ولی، در فرض دوم یعنی تصریح بر ویژگی موصوف، همان‌طور که شعبه پانزدهم معتقد است، در صورت عدم تراضی بر یک شخص معین، اساس داوری متفی و موضوع اختلاف باید در دادگاه مطرح شود و دیگر مجالی برای مداخله دادگاه جهت تعیین و نصب داور وجود ندارد و اگر هم چنین دعوی در دادگاه طرح شود قابل استماع نخواهد بود!

ولیکن، همان‌طور که اشاره شد، با توجه به مبنای قراردادی داوری و اینکه صفت مرضی‌الطرفین صفت کلیه داوران قطع نظر از تصریح یا عدم تصریح به آن می‌باشد، به نظر ما بنا به استدلال‌های پیشین، چنین تفکیکی بلاوجه و فاقد مستند قانونی است. بنابراین، در فرض عدم تراضی طرفین بر یک داور و یا سرداور که معمولاً با ارسال اظهارنامه رسمی از سوی یک طرف و پاسخ طرف مقابل مبنی بر عدم رضایت بر فرد معرفی شده صورت می‌گیرد تنها طریق، رجوع طرفین یا احدی از آنان به دادگاه صلاحیتدار و درخواست تعیین و نصب داور یا سرداور می‌باشد^۱، مگر آنکه موجبات انتفای قانونی داوری به شرحی که در قسمت (ه) این نوشتار از نظر گذشت، حادث شود. بعلاوه، پذیرش استدلال شعبه پانزدهم که نتیجه آن رد دعوی تعیین داور در فرض عدم تراضی طرفین بر یک داور معین و لزوم مراجعه به دادگاه جهت طرح دعوی ماهیتی است، این نتیجه منطقی را به دنبال خواهد داشت که آن را در فرض دیگر یعنی عدم توافق و تراضی طرفین در انتخاب سرداور که مطابق مواد ۴۵۹ و ۴۶۴ با توافق طرفین تعیین می‌شود نیز بپذیریم این در حالی است که ماده ۴۵۹ تعیین سرداور یا داور ثالث را در فرض عدم تراضی صریحاً از وظایف دادگاه

۱. ر.ک: دادنامه شماره ۱۰۳۵ مورخ ۸۴/۱۰/۱۰ صادره از شعبه ۲۱ دادگاه عمومی حقوقی تهران. درواقع شعبه ۱۵ تجدیدنظر در تجدیدنظرخواهی از همین دادنامه است که قرار دادگاه بدوی مبنی بر مردود بودن دعوا به دلیل عدم ارسال اظهارنامه از طریق مراجع قانونی البته با استدلالی دیگر یعنی متفی شدن داوری به دلیل عدم تراضی طرفین و لزوم رسیدگی ماهوی به دعوا در مراجع قضایی به اعتبار نتیجه آن تأیید کرده است.

صلاحیت‌دار قرار داده است که نشان می‌دهد دعوای تعیین داور در چنین فرضی مسموع بوده و داوری کماکان پابرجاست.

ز) صفات و ویژگی‌های شخصی داور یا داوران

اگر مرضی‌الطرفین بودن داور با توجه به مبنای قراردادی داوری، ویژگی عام کلیه کسانی است که به عنوان داور امر حل و فصل دعاوی و اختلافات را بر عهده می‌گیرند و برخلاف آنچه ادعا شده است، قید این ویژگی در قرارداد داوری واجد آثار و احکام خاصی از جهت بطلان داوری در فرض عدم حصول تراضی به داوری یک یا چند نفر نیست با وجود این، طرفین می‌توانند ویژگی خاصی را در داور یا داوران شرط کنند؛ مثلاً دارا بودن تخصص در موضوع اختلاف یا هر صفت دیگری از قبیل سن یا شغل معین. در فرضی که داور یا داوران فاقد صفتی باشند که وجود آن شرط شده است در این صورت مکلفند این امر را اطلاع دهند در غیر این صورت مقام ناصب (در فرضی که تعیین و نصب داوران بر عهده شخص ثالث قرار داده شده باشد) یا طرفین یا یکی از آنان حسب مورد نه تنها حق عزل یا جرح و رد آنان را خواهند داشت و رأی داوری صادره نیز می‌تواند با بطلان مواجه شود بلکه، داوری که فقدان صفت مورد شرط را اطلاع نداده است، مسئول جبران خسارات وارده خواهد بود. از سوی دیگر، به عنوان یک مبنای مشترک با قضاوت ملی، داور یا داوران باید بی‌طرف و مستقل باشند به این معنا که باید هرگونه اوضاع و احوالی را که موجب تردیدهای موجه در خصوص استقلال یا بی‌طرفی آنان می‌شود اعم از آنکه منشاء آن قبل از داوری باشد یا در طول رسیدگی حادث شود، اطلاع دهند. مثلاً، وجود رابطه خویشاوندی با یکی از طرفین یا سهیم بودنشان در موفقیت یا عدم موفقیت یکی از طرفین در دعوا. منظور این است که مثلاً داور سهامدار یا شریک در شرکت یکی از طرفین دعوا باشند^۱، مگر آنکه طرفین با علم به این امر، به داوری شخص ذی‌نفع تراضی و توافق کرده باشند که در این صورت انتخاب وی به عنوان داور، ظاهراً ایرادی نخواهد داشت. در واقع، همین امر وجه تقنین ماده ۴۶۹ قانون آیین

دادرسی مدنی است. چه، از نظر قانونگذار فقدان استقلال و بی‌طرفی در اشخاص احصا شده در این مقررہ مفروض است و به همین دلیل، آنان را جز با تراضی طرفین، از داور شدن ممنوع کرده است.^۱ هر چند حکم مقید در این ماده ناظر بر موردی است که تعیین داور یا داوران توسط دادگاه انجام می‌گیرد ولی، حکم موصوف در صورتی نیز که تعیین داور یا داوران توسط طرفین و بدون اطلاع از وجود یک یا چند مورد از اوصاف ممنوعه هشت‌گانه مقید در آن به عمل می‌آید، جاری است و در صورت احراز و اثبات هر یک از این موارد، از موجبات بطلان رأی داوری خواهد بود، ضمن آنکه عدم ذکر این مورد در ماده ۴۸۹ به عنوان یکی از موارد بطلان رأی داوری، نمی‌تواند دلیل اعتبار آن تلقی شود.

با وجود این، به نظر می‌رسد تراضی بر داوری اشخاص موضوع این مقررہ را نمی‌توان به طور مطلق مسقط حق اعتراض بعدی طرفین یا یکی از آنان در فرض ادعای خروج داور یا داوران موصوف از بی‌طرفی و استقلال دانست. دلیل این امر واضح است: تجویز انتخاب این قبیل افراد به عنوان داور در فرض وجود رضایت به داوری آنان، نباید به این معنی تفسیر شود که بدین ترتیب طرفین رأی آنان را حتی اگر بنا بر مفروض طرفدارانه صادر شود، پیشاپیش پذیرفته‌اند.

به اعتقاد ما، چنین استتاجی پذیرفتنی نیست و خلاف قواعد عدالت به عنوان یکی از قواعد مبنایی دادرسی است. چرا که بی‌طرفی و استقلال در هر شرایطی (وجود یا عدم وجود یکی از ویژگی‌های مقید در ماده ۴۶۹ در شخص داور)، باید همواره به عنوان یکی از اوصاف داور یا داوران و مآلاً ویژگی ممیزه رأی صادره اخذ شود در غیر اینصورت، همان‌طور که گفته شد، احراز فقدان بی‌طرفی و استقلال در هر مورد، موجب بطلان رأی داور خواهد شد. نکته مهم دیگری که ذکر آن در اینجا ضروری به نظر می‌رسد این است که اولاً، برخلاف قضات عرفی و شرعی که به ترتیب وجود صفات و ویژگی‌های خاصی در آنها مانند دارا بودن دانش قضایی و حقوقی و نیز اجتهاد در احکام شرط است، داور لازم نیست حتماً دارای تحصیلات

۱. البته، اشخاص موضوع ماده ۴۷۰ یعنی قضات اعم از آنکه شاغل باشند یا غیر شاغل (در این رابطه رک: نظریه مشورتی شماره ۷/۷۸۶۲-۸/۲۷-۸۰/اداره کل حقوقی قوه قضائیه) و همچنین کارمندان اداری شاغل در محاکم قضایی را حتی در صورت تراضی طرفین، نمی‌توان به عنوان داور انتخاب کرد.

حقوقی و یا آشنا به مبانی و مبادی احکام و ویژگی‌های اختصاصی و انحصاری دیگری باشد که برای قضاات یاد شده وجود آنها الزامی است. بنابراین، طرفین یک قرارداد یا یک اختلاف می‌توانند هر شخص رشید و دارای ۲۵ سال سن^۱ (مگر آنکه به فرد بالغ کمتر از این سن تراضی کنند) را بدون توجه به شغل، رتبه اجتماعی یا تعلق قومی و مذهبی وی، به عنوان داور انتخاب کنند، کما اینکه در قضیه حاضر همان طور که از دادنامه موضوع این نوشتار استفاده می‌شود، داور منتخب همان صاحب و مالک بنگاه معاملات ملکی بوده است که طرفین در دفتر وی قرارداد مشارکت موضوع دعوا را منعقد کرده بوده‌اند.

البته باید توجه داشت در داورهای صنفی که معمولاً در قراردادهای نمونه مربوط به اصناف و حرفه‌های خاص مرسوم است، طرفین قرارداد با امضای آن به طور ضمنی می‌پذیرند حل اختلاف توسط سازمان و صنفی که طرفین به آن تعلق دارند و نیز توسط داورانی که اهل همان صنف یا حرفه بوده و به عرف تجاری صنف خود بیشتر از دیگران واقفند، مورد رسیدگی قرار گیرد. این در حالی است که در سازمان‌های داور غیر صنفی اعم از ملی و بین‌المللی مانند اتاق داور ایران یا اتاق بازرگانی بین‌المللی، داور یا داوران عمدتاً حقوقدان هستند. آنچه فوقاً گفته شد مربوط به داورهای سازمانی است و الا در داورهای ملی موردی، داور یا داوران منتخب عملاً در بیشتر موارد غیر حقوقدان و صرفاً مورد اعتماد و وثوق طرفین هستند مگر آنکه در قرارداد داور به حقوقدان بودن آنها به عنوان یک شرط خاص تصریح شود.

ارتباط قاعده ایفای ناروا با ماده ۲۰ قانون دیوان عدالت اداری در آینه یک رأی

دکتر اکبر میرزانژاد جویباری *

مشخصات رأی

شماره دادنامه: ۹۰۰۹۹۷۰۲۲۹۱۰۱۰۰۹

خواهان: شرکت سهامی عام الف با وکالت آقای مرتضی... و اکبر...

خوانده: سازمان تأمین اجتماعی

موضوع خواسته: استرداد وجه به انضمام خسارت تأخیر تأدیه و کلیه خسارات قانونی

مرجع رسیدگی کننده: شعبه ۳۱ دادگاه عمومی حقوقی تهران

متن رأی

در خصوص دادخواست خواهان شرکت الف (سهامی عام) با وکالت آقای مرتضی... و اکبر... به طرفیت خوانده سازمان تأمین اجتماعی به خواسته استرداد مبلغ ۴/۶۱۹/۱۹۸/۶۹۲ ریال و پرداخت خسارت تأخیر تأدیه و کلیه خسارات قانونی، نظر به اینکه وکلای خواهان در شرح دادخواست و اظهارات جلسه دادرسی مطالبه مبلغ خواسته را به جهت پرداخت موکلشان بابت بخشنامه صادره از ناحیه خوانده واریز که این بخشنامه از سوی دیوان عدالت اداری باطل و به همین جهت خواستار وجوه اخذ شده به نام وی از ناحیه خوانده شده است و خوانده در دفاعیات بواسطه اظهارات نماینده و لایحه ثبتی شماره ۲۹۲۳-۹۰/۹/۱۳ باطل شدن بخشنامه از ناحیه دیوان را صحیح دانسته لکن تسری آن را برابر ماده ۲۰ قانون دیوان عدالت به گذشته ندانسته و مربوط به آتیه اعلام نمود حالیه محکمه با توجه به شرح فوق دعوی خواهان را قابل پذیرش می‌داند. زیرا با ابطال بخشنامه اقدامات انجام شده از اساس ایراد داشته و بخشنامه مربوط به آتیه مربوط به وضعیت بعدی بوده نه

اینکه مسایل مالی به ناروا اخذ شده و آنرا باطل اعلام شده به صاحبش که به ناحق از وی اخذ شده قایل به عدم تسری باشیم فاقد وجاهت می باشد اخذ وجه مربوطه از ابتدا امر غیرصحیح و غیرقانونی بوده که دیوان امر را تأیید و باطل نمود و به تبع تکلیف خواننده به استرداد وجوه امر محرز و مسلم بوده و اکنون وفق ماده ۱۹۸ قانون آیین دادرسی و ماده ۳۰۱ قانون مدنی حکم به محکومیت خواننده به پرداخت مبلغ ۴/۶۱۹/۱۹۸/۶۹۲ ریال بابت اصل خواسته و مبلغ ۹۲/۳۸۳/۹۷۳ ریال بابت هزینه دادرسی و حق الوکاله وکیل برابر تعرفه در حق خواهان صادر می نماید. رأی صادره حضوری پس از ابلاغ قابل اعتراض در محکمه محترم تجدیدنظر استان تهران می باشد. در ضمن، در خصوص خسارت تأخیر تأدیه محکمه وجوه اخذ شده را قایل به خسارت تأخیر تأدیه برای خواننده ندانسته و برابر چنین تکلیف را پذیرش نمی نماید. به همین جهت در این خصوص دادگاه خواسته اخیرالذکر را پذیرش ننموده و قرار رد دعوی خواهان نسبت به خواسته تأخیر تأدیه صادر می نماید.

رییس شعبه ۳۱ دادگاه عمومی حقوقی تهران

مقدمه

حقوق عمومی همزمان با بالندگی و حرکت رو به جلو خود در سالهای اخیر در مواجهه با قواعد حقوق مدنی و جایگاه آنها در این حوزه با چالشها و پرسشهای فراوان روبرو شده است: از جمله اینکه آیا می توان فرضی را تصور کرد که قرارداد اداری به لحاظ فقدان صلاحیت یا اهلیت قانونی امضا کننده غیر نافذ تلقی و سپس با امضای شخص یا مرجع صلاحیتدار تنفیذ گردد؟ در صورتی که در قرارداد منعقد شده از سوی دستگاه دولتی پیش از اخذ مجوز از هیأت وزیران یا مجلس در اجرای اصل ۱۳۹ قانون اساسی شرط داوری درج شود، وضعیت حقوقی شرط مزبور چیست؟ آیا می توان آن را نوعی قرارداد فضولی به شمار آورد و ادعا نمود که با تأیید بعدی از سوی هیأت وزیران یا مجلس تنفیذ می شود؟ در قراردادهای استخدامی قصد و رضای طرفین در انعقاد و زوال آن چه نقشی دارد؟ آیا این گونه قراردادها فقط در صورت اقاله یا با استناد به یکی از خيارات موضوع ماده ۳۹۶ قانون مدنی منحل می شود یا باید، همچنان که در ماده ۳۱ قانون اجرای سیاستهای کلی اصل ۴۴ قانون اساسی مصوب سال ۱۳۸۶ آمده و در رأی شماره هـ- ۴۹۸/۸۸ مورخ ۱۳۹۱/۶/۴ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری نیز مورد تأیید قرار گرفته است، واگذاری

شرکت‌های دولتی در راستای خصوصی‌سازی را از اسباب قطع رابطه استخدامی فرد با دولت و انحلال قرارداد محسوب کرد؟

از جمله موضوعات و مسائل مهم دیگری که حقوق عمومی در مواجهه با قواعد حقوق مدنی با آن روبروست و در این مقاله برآنیم که با نقد یک رأی به بررسی آن بپردازیم، حدود و قلمرو اجرای قاعده ایفای ناروا در اعمال ماده ۲۰ قانون دیوان عدالت اداری است.

مطابق اصل ۱۷۰ قانون اساسی هر کس می‌تواند ابطال تصویب‌نامه‌ها و آیین‌نامه‌های دولتی را که مخالف قوانین و مقررات اسلامی یا خارج از حدود اختیارات قوه مجریه است از دیوان عدالت اداری تقاضا کند. برابر ماده ۲۰ قانون دیوان عدالت اداری اثر ابطال مصوبات از زمان صدور رأی هیأت عمومی است مگر در مورد مصوبات خلاف شرع یا در مواردی که به منظور جلوگیری از تضییع حقوق اشخاص، هیأت مذکور اثر آن را از زمان تصویب مصوبه اعلام دارد. همچنان که پیداست، حسب مفاد ماده اخیر، رأی هیأت عمومی دیوان عدالت اداری جز در دو مورد عطف بماسبق نمی‌شود: نخست اینکه، خود هیأت به منظور جلوگیری از تضییع حقوق اشخاص اثر ابطال مصوبه‌ای را از زمان تصویب آن اعلام کند و دیگر آنکه مستند ابطال، مخالفت آن با موازین شرعی باشد.

پرسش قابل طرح این است که چنانچه مستند به مصوبه‌ای که به دلیل مخالفت با قانون ابطال شده است، وجوهی از اشخاص حقیقی یا حقوقی دریافت شده باشد و در رأی هیأت عمومی دیوان عدالت اداری در مورد عطف بماسبق شدن یا نشدن ابطال مصوبه مورد بحث اثباتاً یا نفیاً اظهارنظری نشده باشد، آیا ذی‌نفع می‌تواند برای استرداد وجوه مزبور با استناد به قواعد ایفای ناروا در عرصه حقوق مدنی به دادگاه عمومی مراجعه کند؟

شعبه ۳۱ دادگاه عمومی (حقوقی) تهران که رأی آن عیناً از سوی شعبه ۳۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران تایید شده و نقد و تجزیه و تحلیل آن موضوع مقاله حاضر است، به پرسش فوق پاسخ مثبت داده است. مباحث این مقاله در چهار بند ارائه خواهد شد: در بند الف به شرح مختصری از موضوع دعوا خواهیم پرداخت. مبانی حقوقی، دلایل و استدلال‌های دادگاه صادر کننده رأی بدوی در بند ب تبیین خواهد شد. در بند ج هم به سایر دلایل و مستندات قابل ارائه در جهت رد یا پذیرش نتیجه مورد قبول دادگاه بدوی اشاره می‌کنیم و سرانجام در بند د به نقد رأی صادر شده پرداخته خواهد شد.

الف) شرح مختصری از دعوا

وکلاي شرکت الف دادخواستی علیه سازمان تأمین اجتماعی به دادگستری تهران تقدیم داشته‌اند و الزام خوانده را به استرداد مبلغ ۴/۶۱۹/۱۹۸/۶۹۲ ریال و پرداخت خسارت تأخیر تأدیه آن از تاریخ مطالبه تقاضا کرده و در شرح خواسته خویش اظهار داشته‌اند:

«۱. مطابق شقوق ۱ و ۴ بند (ب) ماده واحده قانون اصلاح تبصره ۲ الحاقی به ماده ۷۶ قانون اصلاح مواد ۷۲ و ۷۷ و تبصره ماده ۷۶ قانون تأمین اجتماعی مصوب ۱۳۵۴ و الحاق دو تبصره به ماده ۷۶ مصوب ۱۳۸۰ افرادی که حداقل بیست سال متوالی و یا بیست و پنج سال متناوب در کارهای سخت و زیان‌آور اشتغال داشته و در هر مورد حق بیمه مدت مزبور را به سازمان پرداخته باشند، می‌توانند تقاضای مستمری بازنشستگی کنند و در این صورت (یعنی در صورت تقاضای بازنشستگی از سوی این دسته از کارگران) کارفرمایان مکلفند از تاریخ تصویب قانون مزبور، چهار درصد حق بیمه اضافی به طور اقساطی یا یکجا به سازمان خوانده پرداخت نمایند.

۲. خوانده به استناد قانون مذکور در تاریخ ۸۱/۲/۷۷ بخشنامه‌ای به شماره ۶ صادر و پرداخت چهار درصد حق بیمه اضافی مذکور در بند ۱ را که صرفاً ناظر به بازنشستگان مشاغل سخت و زیان‌آور بود به افراد شاغل در مشاغل سخت و زیان‌آور تسری داده و کارفرمایان را مکلف نموده است که بابت این دسته از افراد نیز ۴ درصد اضافی مورد بحث را پرداخت نمایند.

۳. در اجرای این بخشنامه خوانده مبلغ ۴/۶۱۹/۱۹۸/۶۹۲ ریال از موکل دریافت کرده است.

۴. با توجه به اینکه بخشنامه صادره به موجب رأی شماره ۳۷۱-۳۷۲ مورخ ۸۶/۹/۱۰ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری خلاف قانون تشخیص و ابطال گردیده است و در نتیجه وجوه دریافتی از موکل فاقد هرگونه مبنای قانونی و طبعاً ناروا بوده است لذا این وجوه باید مستنداً به اصل ۱۷۰ قانون اساسی که دادگاه‌ها را مکلف نموده از ترتیب اثر دادن به آیین‌نامه‌ها و بخشنامه‌های خلاف قانون خودداری کنند همینطور مواد ۳۰۱ به بعد قانون مدنی و قاعده شرعی «حرمت اکل مال به باطل» به موکل مسترد گردد.»

ب) مبانی حقوقی و مستندات رأی

دادگاه صادر کننده رأی بدوی برای پذیرش دعوی شرکت الف مبنی بر استرداد وجه به مبانی حقوقی و مستندات زیر اشاره کرده است:

۱. مبانی حقوقی

۱-۱. مهمترین مبنای حقوقی دادگاه در پذیرش دعوی استرداد وجه این است که ابطال بخشنامه مثبت این معناست که اقدامات انجام شده از اساس ایراد داشته و دریافت وجه از ابتدا غیرصحیح و غیرقانونی بوده است. در تبیین و توضیح این مبنا باید توجه داشت که منطقی دادگاه در استناد به این مبنا همان مفهوم سستی و فقهی بطلان در مقابل فسخ است.

در نظام حقوقی ایران بطلان اثر قهقرایی دارد و به معنای بی‌اثر بودن کلیه اقدامات و عملیات انجام شده از ابتدا است و اثر مهم آن نیز این است که باید کلیه اموال ناشی از عمل باطل به مالکان قبلی آن برگردد و تمام اقدامات مبتنی بر آن لغو شود؛ بر خلاف فسخ که جنبه قهقرایی ندارد و همانند اقاله ناظر به آینده است و از زمان اعلام فسخ اثر می‌کند. این مفهوم از جمله مفاهیم مسلم و مورد اتفاق فقها و حقوقدانان در نظام حقوقی ایران به شمار می‌رود.

بنابراین، همچنان که اگر بیعی باطل باشد، مطابق مواد ۳۶۵ و ۳۶۶ قانون مدنی اثری در تملک ندارد و هر یک از طرفین باید آنچه را که در اجرای این قرارداد باطل دریافت کرده است، به طرف مقابل مسترد کند و تا زمان استرداد ضامن عین و منفعت آن نیز خواهد بود، در فرضی هم که به استناد مصوبه‌ای وجهی دریافت می‌شود و این مصوبه توسط مرجع ذیصلاح ابطال می‌شود باید همین‌گونه عمل شود.

۲-۱. مبنای دیگری که از سوی دادگاه برای پذیرش دعوی استرداد وجه ارائه شده این است که ناظر بودن ابطال بخشنامه به آتیه به معنای عدم امکان اخذ وجه بر اساس این بخشنامه در آینده است نه اینکه مالی که به ناروا و باطل اخذ شده است همچنان در ید دریافت کننده باقی مانده و مسترد نشود. عبارت دادگاه برای بیان این مفهوم چنین است: «... با ابطال بخشنامه اقدامات انجام شده از اساس ایراد داشته و بخشنامه مربوط به آتیه مربوط به وضعیت بعدی بوده نه اینکه مسایل مالی به ناروا اخذ شده و آنرا باطل اعلام شده به صاحبش که به ناحق از وی اخذ شده قایل به عدم تسری باشیم فاقد وجهت می‌باشد. اخذ وجه مربوطه از ابتدا امر غیرصحیح و غیرقانونی بوده که دیوان امر را تأیید و باطل نمود...»

هر چند عبارات مزبور برای بیان مطلبی که در بالا به آن اشاره شد چندان رسا و وافی به مقصود نیست و متن از حیث جمله‌بندی و اصول نگارشی به شدت متشتت و دارای اشکال است اما به نظر می‌رسد از آن معنایی جز این نمی‌توان استنباط و استخراج کرد.

۲. مستندات

دادگاه برای قبول دعوی استرداد وجه به دو ماده ۱۹۸ قانون آیین دادرسی مدنی و ماده ۳۰۱ قانون مدنی استناد کرده است:

۲-۱. اولین مستند دادگاه ماده ۱۹۸ ق.آ.د.م است که مقرر می‌دارد: «در صورتی که حق یا دینی بر عهده کسی ثابت شد اصل بقای آن است مگر خلاف آن اثبات شود.» به نظر می‌رسد دلیل استناد دادگاه به این ماده آن است که از یک طرف اصل دریافت وجه موضوع دعوا از سوی سازمان تأمین اجتماعی محرز است و با ابطال مصوبه مستند دریافت این وجه نیز در ناروا و بلاجهت بودن اخذ وجه مزبور و لزوم تعهد به استرداد آن طبق قواعد عمومی تردیدی وجود ندارد. لذا باید در اجرای صدر ماده ۱۹۸ وجود دین و تعهد به استرداد را باقی فرض کرد. از طرف دیگر این اصل (استصحاب) مطابق قسمت اخیر همین ماده زمانی از اثر می‌افتد که خلاف آن به طور یقینی اثبات شود. از آنجا که ماده ۲۰ قانون دیوان عدالت اداری صرفاً موجب تردیدی در مورد امکان یا عدم امکان استرداد وجوه به ناروا دریافت شده است نه یقین به عدم امکان استرداد آن و در مقام تردید نیز باید به اصل رجوع کرد. بنابراین خواننده ملزم به استرداد وجه دریافتی خواهد بود.

۲-۲. مستند دیگری که برای الزام خواننده به استرداد وجه در حق خواهان مدنظر دادگاه قرار گرفته است، ماده ۳۰۱ ق.م. است. این ماده مهم‌ترین مستند پذیرش قاعده ایفای ناروا در نظام حقوقی ایران و در نتیجه لزوم استرداد هر آن چیزی است که به اشتباه و ناروا از کسی دریافت شده است. در واقع، دادگاه پس از اینکه با اعمال مفهوم فقهی و حقوقی بطلان چنین نتیجه‌گیری کرده است که کلیه اقدامات انجام شده در اجرای مصوبه مورد نظر از اساس باطل و بی‌اثر بوده و وجوه مزبور به ناروا از شرکت الف اخذ شده است، در اجرای اصل ۱۶۶ قانون اساسی مبنی بر اینکه رأی دادگاه باید مستند و مستدل باشد، محکومیت خواننده به استرداد وجوه مزبور را به ماده ۳۰۱ ق.م. مستند کرده است. مطابق این ماده «کسی که عمداً یا اشتبهاً چیزی را که مستحق نبوده است دریافت کند ملزم است آن را به مالک تسلیم کند.»

ج) سایر مستندات و دلایل قابل ارائه در موافقت یا مخالفت با مفاد رأی

علاوه بر مبانی و مستندات که دادگاه در رأی خویش به آنها اشاره کرده است، مبانی، دلایل و مستندات دیگری نیز در جهت موافقت یا مخالفت با مفاد رأی صادر شده قابل ارائه است که در این قسمت به تفکیک در دو بند مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

۱. مبانی، دلایل و مستندات مؤید مفاد رأی

در تأیید مفاد رأی صادر شده مستفاد از متون قانون اساسی، قانون مدنی و قانون دیوان عدالت اداری می‌توان به نکات و موارد زیر اشاره کرد:

۱-۱. مطابق اصل ۱۷۰ قانون اساسی قضات دادگاه‌ها مکلف شده‌اند از اجرای آیین‌نامه‌ها و تصویب‌نامه‌های خلاف شرع و قانون خودداری کنند. معنای این اصل آن است که حتی اگر هیأت عمومی دیوان عدالت اداری در ارتباط با بخشنامه مورد بحث ورود نمی‌کرد و رأی به ابطال آن نمی‌داد، باز هم شرکت الف حق داشت که از دادگاه الزام خوانده را به استرداد وجوه دریافتی به دلیل غیرقانونی بودن بخشنامه صادر شده بخواهد و دادگاه هم مکلف بود در صورت احراز غیرقانونی بودن مفاد بخشنامه یاد شده از اجرای آن خودداری و حکم به استرداد وجوه دریافتی دهد.

وقتی دادگاه حق دارد با وجود معتبر بودن مفاد آیین‌نامه و بخشنامه و عدم ابطال آن از سوی هیأت عمومی دیوان عدالت اداری از اجرای آن خودداری کند، این حق را نیز خواهد داشت که در صورت ابطال آن از سوی هیأت عمومی دیوان عدالت اداری هم به آثار و لوازم ناشی از ابطال رسیدگی و حکم مقتضی صادر کند.

۲-۱. مواد ۳۰۱ تا ۳۰۶ همچنین مواد ۳۶۵ و ۳۶۶ ق.م. همگی دلالت بر آن دارد که هیچ کس حق ندارد من غیر حق و ناروا اموال متعلق به دیگری را تصرف و تملک کند و در صورت تصرف باید آن را به مالک آن مسترد کند و الا ضامن عین و منفعت آن خواهد بود. وجوهی که در اجرای این بخشنامه از خواهان دریافت شده هیچ ویژگی و خصوصییتی ندارد تا از شمول قوانین و قواعد عمومی مزبور که متضمن لزوم رد مالی است که به ناروا دریافت شده، خارج شود.

۳-۱. مراد قانونگذار از وضع ماده ۲۰ قانون دیوان عدالت اداری مبنی بر اینکه اثر ابطال مصوبات از زمان صدور رأی هیأت عمومی است حفظ حقوق مکتسبه اشخاصی است که قبل از ابطال مصوبه و بر اساس آن اقداماتی انجام داده‌اند. بنابراین در مواردی که عطف بماسبق نشدن مصوبه‌ای موجب تضییع حقوق اشخاص می‌شود موضوع از شمول صدر ماده ۲۰ قانون دیوان عدالت اداری خارج است.

کما اینکه قانونگذار در قسمت اخیر ماده ۲۰ این معیار و ضابطه را مدنظر قرار داده و تضییع حقوق اشخاص را موجب تسری ابطال مصوبه به گذشته اعلام کرده است. از آنجا که بارزترین شکل تضییع حقوق اشخاص، دریافت وجوهی از آنها به ناروا و من غیر حق است. لذا باید قایل به عطف بماسبق شدن ابطال بخشنامه مورد بحث بود و پذیرش دعوای استرداد وجه را منطقی و قابل دفاع دانست.

۴-۱. مطابق اصل ۱۷۰ قانون اساسی در صورتی که دادگاه به تشخیص خود آیین‌نامه یا تصویب‌نامه‌ای را خلاف مقررات اسلامی (شرع) بداند مکلف است از اجرای آن در پرونده مورد رسیدگی خودداری کند و این اختیار، مستقل از امکان اعلام مغایرت یا عدم مغایرت مصوبه‌ای با موازین شرع از طریق دیوان عدالت اداری پس از استعلام از شورای نگهبان است. از آنجا که دریافت وجوه بر اساس بخشنامه ابطال شده قطعاً خلاف شرع است لذا دادگاه مکلف به عدم اجرای این بخشنامه و پذیرش آثار و لوازم آن از جمله استرداد وجوهی است که به ناروا اخذ شده است.

البته بدیهی است که تشخیص دادگاه فقط در مورد همان پرونده خاص قابل اجراست و برخلاف ابطال مصوبه از سوی هیأت عمومی دیوان عدالت اداری یا رئیس مجلس شورای اسلامی جنبه نوعی و کلی ندارد.

۵-۱. حرمت اکل مال به باطل یکی از قواعد و اصول مسلم شرعی و حقوقی است که از سوی فقها و حقوقدانان در مباحث مختلف مورد استناد قرار می‌گیرد. با توجه به اینکه دریافت وجوه به استناد بخشنامه غیرقانونی و باطل از مصادیق بارز اکل مال به باطل محسوب می‌شود لذا پذیرش دعوای استرداد وجوه ناشی از چنین مصوبه‌ای با اصول و موازین کلی شرعی و حقوقی انطباق کامل داشته و ایرادی بر آن وارد نیست.

۶-۱. با هیچ منطقی نمی‌توان از عدم امکان استرداد وجوهی که بر اساس بخشنامه غیرقانونی و باطل از اشخاص اخذ شده است دفاع کرد. زیرا نتیجه قطعی پذیرش چنین نظری آن خواهد بود که دستگاه‌ها و سازمان‌های دولتی بتوانند به وضع مصوبات غیرقانونی اقدام کنند و در فاصله تصویب تا ابطال آن از سوی دیوان عدالت اداری بر اساس این‌گونه مصوبات مبادرت به دریافت وجوه از مردم کنند. وجوهی که تکلیفی به استرداد آن نخواهند داشت. به نظر می‌رسد قبول این نظر منشاء سوءاستفاده و ظلم فاحش به مردم است و کاملاً با غرض مقنن از وضع ماده ۲۰ قانون دیوان عدالت اداری مغایر خواهد بود.

۷-۱. از ماده ۲۰ قانون دیوان عدالت اداری نمی‌توان نسخ و لغو تمام احکام مقرر در قانون مدنی از جمله مواد ۳۰۱ به بعد راجع به ایفای ناروا را استنباط کرد. این ماده صرفاً در مقام ایجاد یک نوع ثبات و نظم اداری قابل قبول در جهت حفظ حقوق اشخاص است و می‌خواهد از تضییع حقوقی که قبل از ابطال مصوبه برای اشخاص به وجود آمده است جلوگیری نماید و به تعبیر دیگر ابطال مصوبات سبب تزلزل در وضعیت حقوقی و اقتصادی افراد نشود. بنابراین بر رأی صادر شده از این حیث اشکالی وارد نیست.

۲. دلایل و مستندات ناقض رأی

با وجود دلایل و مستندات فراوان حاکی از تأیید مفاد رأی به شرحی که در بند قبلی مورد اشاره قرار گرفت، در جهت نقض نتیجه مندرج در رأی نیز می‌توان مبانی و مستندات زیر را برشمرد:

۱-۲. مطابق قسمت اخیر ماده ۲۰ قانون دیوان عدالت اداری فقط در دو مورد ابطال مصوبه اثر قهقرایی داشته و عطف به‌ماسبق می‌شود: نخست اینکه علت ابطال مصوبه مغایرت آن با شرع باشد. دیگر آنکه خود هیأت عمومی دیوان صراحتاً در رأی خود به ابطال مصوبه مورد شکایت وجه قهقرایی بدهد و اثر آن را از تاریخ تصویب اعلام دارد. از آنجا که علت ابطال بخشنامه مورد شکایت مغایرت آن با شرع نبوده است و از طرفی هیأت عمومی دیوان عدالت اداری نیز در رأی خویش اشاره‌ای به عطف به‌ماسبق شدن ابطال بخشنامه مذکور نکرده است. لذا پذیرش دعوای استرداد وجه که متضمن قبول

عطف به ماسبق شدن ابطال این بخشنامه است به لحاظ مغایرت با حکم صریح ماده ۲۰ قانون دیوان عدالت اداری دارای اشکال و ایراد است.

۲-۲. اختیار مندرج در صدر اصل ۱۷۰ قانون اساسی مبنی بر تکلیف دادگاه بر عدم اجرای تصویب‌نامه‌ها و آیین‌نامه‌های خلاف شرع و قانون، ناظر به فرضی است که مصوبه مزبور از این حیث در هیأت عمومی دیوان عدالت اداری مورد رسیدگی قرار نگرفته باشد. به تعبیر دیگر، هنگامی که مصوبه‌ای از حیث مغایرت با قانون و شرع در دیوان عدالت اداری مطرح و رسیدگی می‌شود، موضوع از آن تاریخ به بعد مشمول احکام و ضوابط مقرر در قانون دیوان عدالت اداری است و دادگاه حق ندارد به تشخیص مستقل خود عمل کند. زیرا منطقی نیست که دادگاه بتواند به عنوان مثال، با وجود اعلام عدم مغایرت مصوبه‌ای با شرع یا قانون از سوی دیوان عدالت اداری به لحاظ مغایرت مصوبه مزبور با شرع و قانون آن را اجرا نکند و یا پس از اعلام عدم تسری ابطال مصوبه‌ای به گذشته توسط دیوان با قبول دعوای استرداد وجه عملاً به این ابطال اثر قهقرایی ببخشد.

۳-۲. منطبق حقوق عمومی و نظم و ثبات اداری مبنای حکم قانونگذار در وضع ماده ۲۰ قانون دیوان عدالت اداری است که باید در تفسیر آن به طور جدی مدنظر قرار گیرد. زیرا اگر به طور مطلق قایل به پذیرش اثر قهقرایی ابطال مصوبات باشیم، نظم و مدیریت اداری مختل می‌شود و دستگاه‌ها و سازمان‌ها با مشکلات عدیده‌ای مواجه خواهند شد.

۴-۲. اصولاً ذات حقوق اداری به نحوی است که با قواعد حقوق مدنی تفاوت بنیادین دارد. نمی‌توان قواعد راجع به بطلان معاملات را که اثر قهقرایی دارد با ابطال آیین‌نامه که از زمان صدور رأی از اثر می‌افتد، مقایسه کرد.

۵-۲. قانونگذار حکیم و عاقل است و با علم به کلیه احکام و قواعد موجود در نظام حقوقی و فقهی ایران اقدام به تصویب حکم خاص در قالب ماده ۲۰ کرده است و صرف‌نظر کردن از این حکم خاص و رجوع مجدد به قواعد عمومی نقض غرض است و خلاف اصول تفسیری پذیرفته شده است. به تعبیر دیگر، احکام و قواعد مقرر در قانون مدنی از جمله مواد ۳۰۱ به بعد در حوزه حقوق عمومی در صورتی قابل استناد است که مقنن در خصوص موضوع و با توجه به اقتضائات خاص حقوق اداری حکم ویژه‌ای وضع نکرده باشد.

طبق قاعده، در مقام تعارض میان حکم عام (مواد ۳۰۱ به بعد قانون مدنی) و حکم خاص (ماده ۲۰ قانون دیوان عدالت اداری) باید به حکم خاص عمل کرد به ویژه اگر حکم خاص پس از حکم عام تصویب شده باشد.

۲-۶. تقریباً همه مصوبات دولتی و عمومی دارای اثر مستقیم یا غیرمستقیم مالی است و قانونگذار با عنایت به همین امر ماده ۲۰ را با لحن مطلق انشا کرده است و بین مصوبات دارای آثار مالی و مصوبات دارای آثار غیرمالی تفاوتی ننهاده است. بنابراین اعتقاد به این تفصیل و عدم اجرای صدر ماده ۲۰ در مورد بخشنامه‌های دارای آثار مالی نوعی اجتهاد در مقابل نص است و غیر قابل پذیرش.

۲-۷. مفهوم نظریه تفسیری شورای نگهبان به شماره ۸۰/۲۱/۱۲۷۹ مورخ ۸۰/۲/۱۸ مبنی بر اینکه «نسبت به ابطال آیین‌نامه‌ها و تصویب‌نامه‌ها و بخشنامه‌ها اصل یکصد و هفتادم به خودی خود اقتضای بیش از ابطال را ندارد لکن چون ابطال موارد خلاف شرع مستند به تشخیص فقهای شورای نگهبان است و از مصادیق اعمال اصل چهارم قانون اساسی است فلذا ابطال از زمان تصویب آنها خواهد بود.» همچنین ماده ۲۰ قانون دیوان عدالت اداری آن است که مصوبه مورد شکایت تا قبل از اعلام بطلان، صحیح و قانونی است و لذا کلیه اقدامات انجام شده و وجوه مأخوذه مبتنی بر آن منطبق با موازین قانونی تلقی می‌شود لذا استرداد وجوه مزبور با استناد به اعلام بطلان بعدی مصوبه توجیهی ندارد. به تعبیر دیگر، واژه «ابطال» در نظریه شورای نگهبان و ماده ۲۰ بیشتر به معنای فسخ و لغو به کار رفته است تا بی‌اعتباری کامل و مطلق مصوبه که معنا و مفهوم سستی بطلان است.

نتیجه‌گیری

در مقام نقد رأی صادر شده و جمع‌بندی مباحث مطرح شده و نتیجه‌گیری از آن می‌توان به نکات و موارد زیر اشاره کرد:

۱. از جمله ایرادات مهم رأی بدوی عدم ورود جدی به بحث ماده ۲۰ قانون دیوان عدالت اداری است. با اینکه یکی از مهم‌ترین و چالش‌انگیزترین مستندات این دعوی که از سوی خوانده نیز مورد اشاره قرار گرفته است، قلمرو تأثیر ماده ۲۰ قانون دیوان عدالت اداری در خصوص عطف به‌ماسبق شدن یا نشدن ابطال مصوبه از سوی هیأت عمومی و اثر آن در دعوای مطروحه است، دادگاه صادر کننده رأی بدوی، اساساً به این بحث ورود نکرده و پاسخی به ایراد خوانده نداده است.

در هر حال، رأی دادگاه از این حیث که در مورد یکی از مهم‌ترین دلایل تقدیمی خوانده اثباتاً یا نفیاً اظهارنظر نکرده و در جهت رد یا پذیرش آن استدلالی ارائه نکرده است خلاف اصل ۱۶۶ قانون اساسی است که مقرر می‌دارد «احکام دادگاه‌ها باید مستدل و مستند به مواد قانون و اصولی باشد که بر اساس آن حکم صادر شده است».

البته مستند و مستدل بودن رأی دادگاه مستلزم پاسخگویی به همه دلایل و ایرادات اطراف دعوا نیست ولی در این پرونده از آنجا که مهم‌ترین مستند خوانده برای رد دعوای خواهان ماده ۲۰ بوده است، شایسته‌تر آن بود که دادگاه به این ماده توجه می‌کرد و بر رد یا پذیرش آن استدلال می‌کرد.

۲. نکته دیگری که در مقام نقد رأی می‌توان به آن اشاره کرد، عدم تصریح و توجه دادگاه به اختیار ویژه و مستقل خود در تشخیص مغایرت یا عدم مغایرت مصوبات دولتی با قانون و شرع به استناد اصل ۱۷۰ قانون اساسی است. در واقع، دادگاه می‌بایست به این اختیار ویژه خود استناد و اعلام می‌کرد که صرف‌نظر از تشخیص دیوان چون بخشنامه مزبور را خلاف قانون می‌داند مطابق اصل مزبور از ترتیب اثر دادن و پذیرش آثار و لوازم آن در این پرونده خاص خودداری کرده و حکم به استرداد وجوهی می‌دهد که بر اساس این بخشنامه دریافت شده است.

۳. با توجه به اختلافی بودن موضوع، دادگاه می‌توانست در جهت تقویت و استحکام رأی خود به مبانی فقهی موجود در این عرصه به ویژه قاعده «حرمت اکل مال به باطل» و

نیز با استناد به اصل ۱۶۷ قانون اساسی که دادگاه‌ها را مکلف می‌سازد در موارد سکوت، اجمال، نقص یا تعارض به منابع معتبر یا فتاوی معتبر رجوع کنند، استناد کند که متأسفانه توجهی به آن نکرده است.

۴. خواسته خواهان مطالبه اصل خواسته و خسارت تأخیر تأدیه آن از تاریخ مطالبه آن بوده است. دادگاه با اینکه اصل خواسته خواهان را پذیرفته است ولی از قبول ادعای دیگر خواهان مبنی بر مطالبه خسارت تأخیر تأدیه خودداری کرده و بدون ارائه مبانی حقوقی یا مستندات قانونی و با ذکر این عبارت کلی «در ضمن در خصوص خسارت تأخیر تأدیه محکمه وجوه اخذ شده را قایل به خسارت تأخیر تأدیه برای خوانده ندانسته و برابر چنین تکلیف را پذیرش نمی‌نماید به همین جهت در این خصوص دادگاه خواسته اخیرالذکر را پذیرش ننموده و قرار رد دعوی خواهان نسبت به خواسته تأخیر تأدیه صادر می‌نماید» حکم به رد دعوا در این قسمت می‌دهد.

از آنجا که بررسی این موضوع ارتباطی به مقاله حاضر ندارد از ورود در جزئیات آن خودداری می‌کنیم ولی همین اندازه باید اشاره کرد که این قسمت از رأی به جهت مستدل و مستند نبودن آن از نظر قانونی دارای ایراد و در نتیجه شایسته نقض است.

۵. هر چند ممکن است چنین به نظر برسد که با توجه به ظهور ماده ۲۰ قانون دیوان عدالت اداری مصوب سال ۱۳۸۵، عقیده دوم که پذیرش دعوای استرداد را منطبق با موازین حقوقی و قانونی نمی‌داند صحیح‌تر و موجه‌تر است ولی با این حال، نویسنده با دادگاه صادر کننده رأی هم‌عقیده است و حکم به لزوم استرداد وجوه دریافتی را بنا به دلایل متعددی که در بند ۱ قسمت (ج) این مقاله بدانها اشاره شد و دلایل زیر با قوانین و اصول کلی حقوقی و شرعی سازگارتر می‌داند:

۱-۵. مطابق ماده واحده الحاق یک تبصره به قانون نحوه اجرای اصول ۸۵ و ۱۳۸

قانون اساسی در رابطه با مسئولیت‌های رئیس مجلس شورای اسلامی مصوب ۱۳۸۸ صرفاً در مواردی که رئیس مجلس مصوبات، آیین‌نامه‌ها و تصویب‌نامه‌های مقامات مذکور در اصول ۸۵ و ۱۳۸ قانون اساسی را مغایر متن و روح قانون تشخیص می‌دهد، دیوان عدالت اداری صلاحیت رسیدگی ندارد و الا هنگامی که رئیس مجلس مصوبه‌ای را خلاف قانون نداند دیوان عدالت اداری حق ورود دارد.

بنابراین، همچنان که «هیأت عمومی دیوان عدالت اداری» علی‌رغم تأیید مصوبه‌ای از سوی رئیس مجلس شورای اسلامی مبنی بر عدم مغایرت با قانون در اجرای اصول ۸۵ و ۱۳۸ قانون اساسی، می‌تواند در پی اعلام یا تقاضای اشخاص وارد رسیدگی شده و مصوبه مزبور را به دلیل مغایرت با قانون ابطال کند قاضی دادگاه نیز مستند به صدر اصل ۱۷۰ قانون اساسی حق دارد که به تشخیص خود از اجرای مصوبات دولتی به دلیل احراز مغایرت با قانون خودداری کند.

در واقع، اختیار هر یک از این سه مرجع از حیث احراز مغایرت مصوبه دولتی با قانون در عرض هم است و تشخیص هر کدام از آنها مبنی بر عدم مغایرت مصوبه با قانون، نافی تشخیص مراجع دیگر دایر بر اعلام مغایرت آن مصوبه با قانون نخواهد بود. بنابراین دادگاه می‌تواند در مورد هر مصوبه دولت، خود وارد رسیدگی شود و پس از احراز مغایرت آن با قانون از اجرای آن خودداری کند و حکم به اعاده هر آنچه در اجرای آن مصوبه دریافت شده است، بدهد. بر اساس این تفسیر، چنانچه شخصی به دادگستری مراجعه کند و با ادعای مخالفت تصویب‌نامه‌ای با قانون الزام خوانده را به انجام امری بخواهد، دادگاه مطابق صدر اصل ۱۷۰ قانون اساسی مکلف است خود راساً به ارزیابی مصوبه مورد نظر از حیث مطابقت یا مغایرت آن با قانون بپردازد و در صورت احراز مغایرت، آن را کنار نهاده و با فرض فقدان مصوبه مزبور به دعوا رسیدگی و حکم مقتضی صادر کند.

بنابراین، اقدام آن دسته از دادگاه‌هایی که در این‌گونه موارد با این تصور که رسیدگی به شکایات اشخاص در مورد غیرقانونی بودن مصوبات دولتی در صلاحیت دیوان عدالت اداری است اغلب به صدور قرار عدم استماع دعوا یا اناطه مبادرت می‌کنند، به شدت محل اشکال و ایراد است. به نظر می‌رسد اصل تفکیک قوا در قانون اساسی ایران به ویژه اصل ۷۳ نیز مؤید این تفسیر است و مراد واضعان قانون اساسی آن بوده است که شأن قاضی در مقام تفسیر قانون در هر پرونده محفوظ بماند و دولت نتواند تصمیمات خود را بر دادگاه تحمیل کند.

۵-۲. در هیچ یک از قوانین تصریح نشده است که دادگاه مکلف به تبعیت از آیین‌نامه‌ها و بخشنامه‌های دولتی است. در واقع، مطابق اصل ۱۶۷ قانون اساسی، دادگاه ملزم است صرفاً

بر مبنای قانون مبادرت به صدور حکم کند. با توجه به اینکه لزوم پرداخت چهار درصد اضافی موضوع بخشنامه مستند به هیچ یک از مواد قانونی و اصول کلی حقوقی نیست بنابراین دادگاه حق داشته است که آن را بی اثر بداند و به استرداد وجوهی که بر اساس آن دریافت شده، حکم دهد.

۳-۵. وقتی قاضی مکلف است حتی بدون اظهار نظر «هیأت عمومی دیوان عدالت اداری» مصوبه دولتی را به لحاظ مغایرت با قانون کنار بگذارد و از اجرای آن خودداری کند به طریق اولی در موردی که دیوان رأی به بطلان می دهد ولی در مورد عطف بماسبق شدن یا نشدن آن اظهار نظر نمی کند دادگاه می تواند کماکان به تشخیص خود عمل کند و از پذیرش مصوبه مورد بحث و آثار و لوازم آن خودداری کند.

۴-۵. حتی اگر «هیأت عمومی دیوان عدالت اداری» در رأی خویش به صراحت به عطف بما سبق نشدن ابطال مصوبه مورد دعوی اشاره می نمود، این امر نافی اختیار دادگاه در کنار گذاشتن کلّ مصوبه و اعلام بی اعتباری کلیه اقدامات مبتنی بر آن و استرداد وجوه ناشی از آن نبود. زیرا نه تنها در هیچ یک از مواد قانون دیوان عدالت اداری تصریح نشده است که نظر هیأت عمومی برای قضات دادگاهها الزام آور است بلکه در ماده ۴۳ آن صراحتاً اعلام شده که رأی هیأت عمومی صرفاً برای شعب دیوان و سایر مراجع اداری در موارد مشابه الزام آور است.

۵-۵. مطابق اصل چهارم قانون اساسی، کلیه قوانین و مقررات کشور باید منطبق با موازین شرعی باشد و این امر بر اطلاق و عموم سایر قوانین و احکام نیز حکومت دارد. بنابراین حتی اگر اطلاق ماده ۲۰ به نحوی شائبه این تفسیر را ایجاد کند که شامل مصوبات متضمن دریافت وجوه غیر قانونی از اشخاص هم می شود باید به استناد این اصل آن را به نحوی تفسیر و اجرا کرد که مغایر موازین مسلم شرعی نباشد و معتقد بود که هیچ دستگاهی حق ندارد به بهانه تأثیر ابطال مصوبات نسبت به آینده از اعاده وجهی که به ناروا و خلاف قانون از اشخاص دریافت کرده، خودداری کند.

۶-۵. از لحاظ مبانی قانون مدنی به ویژه مواد ۳۰۱ به بعد هیچ کس حق ندارد وجهی را که من غیر حق و به اشتباه دریافت کرده است تملک کند و از استرداد آن به مالک امتناع

ورزد. با توجه به صراحت این ماده و عدم وضوح و شفافیت مفاد ماده ۲۰ قانون دیوان عدالت اداری باید به اجرای این حکم که از قواعد عمومی و بنیادین کشور به شمار می‌آید، معتقد بود و از اطلاق شکننده ماده ۲۰ به نفع این قاعده مسلم قانونی صرف نظر کرد.

۵-۷. منطقی ادعای شمول ماده ۲۰ بر مصوبات دارای آثار مالی مستقیم و عدم لزوم استرداد وجوه به ناروا دریافت شده از اشخاص آنقدر سست و بی‌پایه است که دفاع از آن را برای هر شخص دارای ذوق سلیم را دشوار می‌سازد. زیرا نه از لحاظ شرعی و نه از لحاظ عقل و عرف منطقی نیست که به دستگاهی اجازه دهیم خلاف قوانین و مقررات مسلم قانونی و شرعی مصوباتی را بگذرانند و با استناد به آن وجوهی را از مردم اخذ کند و سپس مدعی شود که چون ابطال مصوبه مزبور به گذشته سرایت نمی‌کند، تکلیفی به استرداد ندارد. پذیرش این امر نه تنها مغایر موازین شرعی و قانونی است با منطق حقوق اداری هم سازگار نیست.

۵-۸. «هیأت عمومی دیوان عدالت اداری» اساساً در خصوص تأثیر ابطال مصوبه مورد بحث به گذشته یا عدم تأثیر آن اثباتاً یا نفیاً اظهار نظر نکرده و موضوع را به سکوت واگذار کرده است. هر چند از ظاهر ماده ۲۰ و همچنین نظریه شورای نگهبان در مقام بررسی این ماده با این عبارت: «با استظهار به الزام دیوان به اعلام موارد تضییع حق، اشکال رفع شده و خلاف موازین شرع و قانون اساسی نمی‌باشد»^۱ چنین بر می‌آید که دیوان به نحوی موظف است در این باره اظهار نظر کند و شاید بهتر آن بود که هیأت عمومی دیوان این نقص را جبران می‌کرد و خود راساً یا بنا به درخواست اشخاص مبادرت به صدور رأی تکمیلی می‌کرد. ولی به هر حال، سکوت «هیأت عمومی دیوان عدالت اداری» را نمی‌توان بر این معنا حمل کرد که از نظر هیأت، مصوبه مورد بحث متضمن تضییع حقوق مردم نبوده است.

۱. مجموعه نظرات شورای نگهبان در مورد مصوبات مجلس شورای اسلامی، دوره هفتم، ج ۱۴، معاونت تدوین، تنقیح و انتشار قوانین و مقررات، ۱۳۸۹.

صلاحیت دیوان عدالت اداری در رسیدگی به آراء شعب سازمان تعزیرات حکومتی (با تأکید بر رأی وحدت رویه شماره ۲۵۲ مورخ ۱۳۸۰/۸/۱۳ هیأت عمومی دیوان)

دکتر محمدرضا ویژه *

چکیده

شعبه چهاردهم در رسیدگی به پرونده کلاسه ۷۵۶/۷۸ موضوع شکایت آقای هد. به طرفیت کمیسیون ویژه تعزیرات آرد و گندم مستقر در فرمانداری مراغه به خواسته ابطال تصمیم کمیسیون مورخ ۱۳۷۸/۳/۳۱ به شرح دادنامه شماره ۱۶۰۵ مورخ ۱۳۷۹/۱۰/۱۱ چنین رأی صادر کرده است: «با توجه به آیین نامه تعزیرات حکومتی امور گندم، آرد، نان تخلفات و تعزیرات با اصلاحات مورخ ۱۳۷۷/۱/۱۵ مجمع تشخیص مصلحت نظام که به استناد تصویب نامه مورخ ۱۳۷۳/۷/۳۲ ستاد پشتیبانی برنامه تنظیم بازار مسئولیت تعزیرات مربوط به آرد و نان به عهده وزارت کشور محول تا طبق قانون تعزیرات حکومتی و اصلاحیه آن اقدام نماید و از طرفی حسب ماده واحده اصلاح قانون تعزیرات حکومتی سال ۱۳۶۷ در مهرماه سال ۱۳۷۳ که با تصویب مجمع تشخیص مصلحت نظام به قوه مجریه واگذار شده منصرف از مقررات تعزیرات حکومتی مربوط به آرد و نان است مجمع تشخیص مصلحت نظام در تاریخ ۱۳۶۷/۷/۲۶ نیز بر آن تأکید و اعلام نموده که اعمال تعزیرات حکومتی مربوط به آرد و نان طبق روال سابق باید ادامه یابد و شعب تعزیرات حکومتی نیز حق دخالت در امور آرد و نان را نداشته بنابراین تصمیم کمیسیون نظارت تعزیرات ویژه آرد و گندم شهرستان مراغه که به استناد بند (ب) قانون تعزیرات آرد و گندم مصوب سال ۱۳۶۶ و اصلاحیه آن... صورت پذیرفته موجه تشخیص و شکایت غیر وارد تلقی و حکم به رد آن صادر می گردد.»

شعبه اول در رسیدگی به پرونده کلاسه ۲۳۲/۸۰ موضوع شکایت آقای رف.ع. به طرفیت سازمان تعزیرات حکومتی استان گیلان به خواسته ابطال رأی صادره از تجدیدنظر تعزیرات حکومتی به شرح دادنامه شماره ۲۵۹ مورخ ۱۳۸۰/۳/۸ چنین رأی صادر کرده است: «نظر به اینکه سازمان تعزیرات حکومتی دارای شعبه بدوی و تجدیدنظر است و آراء صادره از شعب مذکور توسط قضات صادر می شود و از طرفی رسیدگی به احکام قضایی از حوزه قلمرو دیوان عدالت اداری خارج بوده و در این خصوص رأی وحدت رویه هیأت عمومی دیوان حاکم است، لهذا قرار رد شکایت صادر می گردد.»

* مدرس دانشگاه و پژوهشگر حقوق عمومی پژوهشگاه قوه قضاییه

مشخصات رأی

موضوع رأی: اعلام تعارض آراء صادره از شعب اول و چهاردهم دیوان عدالت اداری

شماره رأی: ۲۵۲

تاریخ صدور رأی: ۱۳۸۰/۸/۱۳

مرجع رسیدگی کننده: هیأت عمومی دیوان عدالت اداری

رأی هیأت عمومی

حکم مقرر در بند ۲ ماده ۱۱ قانون دیوان عدالت اداری مفید صلاحیت دیوان در رسیدگی به آراء قطعی مطلق مراجع اختصاصی اداری از حیث نقض قوانین و مقررات و یا مخالفت با آنها است مگر در مواردی که به موجب قانون مستثنی شده باشد. نظر به اینکه حسب مصوبات مجمع تشخیص مصلحت نظام سازمان تعزیرات حکومتی از اجزاء قوه مجریه می باشد و شعب تعزیرات حکومتی در زمره مراجع اختصاصی اداری قرار دارند و در عداد مراجع قضایی مذکور در تبصره ۲ ماده فوق الذکر محسوب نمی شوند. بنابراین آراء قطعی شعب مزبور به تجویز بند ۲ ماده ۱۱ قانون دیوان عدالت اداری قابل اعتراض و رسیدگی در دیوان است و دادنامه شماره ۱۶۰۵ مورخ ۱۳۷۹/۱۰/۱۱ شعبه چهاردهم بدوی دیوان در حدى که متضمن این معنى باشد موافق اصول و موازین قانونی تشخیص داده می شود. این رأی به استناد قسمت آخر ماده ۲۰ اصلاحی قانون دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۷۸/۲/۱ برای شعب دیوان و سایر مراجع ذی ربط در موارد مشابه لازم الاتباع است.

رئیس هیأت عمومی دیوان عدالت اداری

مقدمه

دیوان عدالت اداری به عنوان یکی از برجسته ترین دستاوردهای انقلاب اسلامی از زمان پیش بینی در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران به عنوان مرجعی برای تظلمات مردم از مراجع تصمیم گیری اداری در نظر گرفته شد. اصول ۱۷۰ و ۱۷۳ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران اصولی است که صلاحیت دیوان عدالت اداری را در رسیدگی به دعاوی مشخص می کند: اصل ۱۷۰ به صلاحیت هیأت عمومی دیوان عدالت اداری در رسیدگی به

مغایرت مقررات اجرایی با قانون و اصل ۱۷۳ به صلاحیت شعب دیوان عدالت اداری اختصاص دارد. تعمق در اصل ۱۷۳ نشان می‌دهد که این اصل صلاحیتی عام را در مورد رسیدگی به شکایات مردم از تصمیم‌ها را برای شعب دیوان عدالت اداری در نظر گرفته است.

ماده ۱۳ قانون دیوان عدالت اداری مصوب سال ۱۳۸۵ صلاحیت شعب دیوان عدالت اداری را در سه بند مربوط به دعاوی مربوط به تصمیمات دولتی، دعاوی مربوط به آراء دادگاه‌های اداری و دعاوی مربوط به مسائل استخدامی تعیین کرده است. از این میان بند دوم در بحث ما قابل توجه است:

« ۲. رسیدگی به اعتراضات و شکایات از آراء و تصمیمات قطعی دادگاه‌های اداری، هیأت‌های بازرسی و کمیسیون‌هایی مانند کمیسیون‌های مالیاتی، شورای کارگاه، هیأت حل اختلاف کارگر و کارفرما، کمیسیون موضوع ماده ۱۰۰ قانون شهرداری‌ها، کمیسیون موضوع ماده ۵۶ قانون حفاظت و بهره‌برداری از جنگلها و منابع طبیعی و اصلاحات بعدی آن منحصراً از حیث نقض قوانین و مقررات یا مخالفت با آنها.» از سوی دیگر، تبصره ۲ همین ماده تصمیمات و آراء دادگاه‌ها و سایر مراجع قضائی دادگستری و نظامی و دادگاه‌های انتظامی قضات دادگستری و نیروهای مسلح را قابل شکایت در دیوان عدالت اداری نمی‌داند.»

در رأی وحدت رویه شماره ۲۵۲ مورخ ۱۳/۸/۱۳۸۰ شعب تعزیرات حکومتی جزء مراجع اختصاصی اداری قلمداد شده‌اند و در نتیجه آراء این شعب مشمول بند ۲ ماده ۱۳ و نه تبصره ۲ قانون دیوان عدالت اداری هستند. این رأی، به رغم مدت یازده سالی که از صدور آن می‌گذرد، در آراء متعددی برای اثبات صلاحیت شعب دیوان عدالت اداری در رسیدگی به آراء شعب تعزیرات حکومتی مورد استناد قرار گرفته است و هنوز محل مناقشه است.

محل مناقشه اینجاست که آیا شعب تعزیرات حکومتی را می‌توان دادگاه اداری و مشمول بند ۲ ماده ۱۳ قلمداد کرد یا این شعب مراجع قضایی هستند و در نتیجه رسیدگی به آراء آنها در صلاحیت دیوان عدالت اداری نیست و مشمول تبصره ۲ ماده ۱۳ است. بر این اساس باید رأی وحدت رویه شماره ۲۵۲ به دقت تحلیل شود تا مبنای مناسبی برای صلاحیت یا عدم صلاحیت دیوان عدالت اداری در این خصوص فراهم شود.

الف) امکان‌سنجی شمول صلاحیت دیوان عدالت اداری به تعزیرات حکومتی

۱. صلاحیت دیوان عدالت اداری در مورد دادگاه‌های اداری

ابتدا باید دید که چرا شعب دیوان عدالت اداری صلاحیت رسیدگی به آراء قطعی مراجعی را دارند که به تمثیل در بند ۲ ماده ۱۳ قانون دیوان عدالت اداری ذکر شده‌اند. برای این مراجع چهار عنوان در ادبیات حقوق عمومی ایران ذکر شده است: «مراجع اختصاصی اداری»، «مراجع شبه قضایی»، «دادگاه‌های اداری» و «دادگاه‌های اختصاصی اداری». در اینجا قصد آن نداریم که به واژه‌شناسی و تطبیق این عناوین با یکدیگر بپردازیم زیرا ما را از تحلیل رأی وحدت رویه شماره ۲۵۲ دور می‌کند. فقط به ذکر این مورد بسنده می‌کنیم که عنوان «مراجع اختصاصی دادرسی اداری» مناسب‌تر است زیرا این مراجع کاملاً کارکرد قضایی دارند و از همین روی، برخی این مراجع را «مراجع شبه قضایی» می‌نامند زیرا کارکرد قضایی دارند ولی در درون ساختار قوه قضاییه قرار ندارند. این در حالی است که اصولاً در تبیین کارکردها در حقوق عمومی نمی‌توان از پیشوند «شبه» استفاده کرد زیرا یا مرجعی کارکرد قضایی دارد یا خیر و ساختار چندان در این رهگذر محل اعتنا نیست. به علاوه، معیار غالب در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران این است که اگر مرجعی زیرمجموعه قوه قضاییه قرار گرفت و فرد دارای حکم تصدی منصب قضاء (از سوی رئیس قوه قضاییه) در رأس آن قرار گرفت، آن مرجع قضایی قلمداد می‌شود. بنابراین، شاید استفاده از عنوان «دادگاه» برای این مراجع چندان در ادبیات حقوقی کشورمان قابل توجیه نباشد. مرجع دادرسی الزاماً با دادگاه یکسان نیست و افزون بر آن، این مهم را نیز باید در نظر داشت که مرجع عام دادرسی اداری دیوان عدالت اداری است و به همین جهت، عنوان «مرجع اختصاصی دادرسی اداری» برگزیده شده است تا با مرجع عام دادرسی اداری تفکیک شود. این نکته را نیز باید خاطرنشان ساخت که در بند ۲ ماده ۱۳ مراجع اختصاصی دادرسی اداری در کنار دادگاه‌های اداری قرار گرفته‌اند که باید میان آنها تفکیک قائل شد.

در رأی وحدت رویه شماره ۲۵۲ از عبارت «مراجع اختصاصی اداری» برای مراجع مذکور در بند ۲ ماده ۱۳ قانون دیوان عدالت اداری (که البته در رأی به ماده ۱۱ قانون قدیم دیوان عدالت اداری استناد شده است) استفاده شده است. این عبارت از چند منظر باید مورد توجه قرار گیرد: **نخست اینکه**، در عبارت «مراجع اختصاصی اداری» هیچ اشاره‌ای به

ماهیت مراجع فوق، یعنی دادرسی نشده است و از عبارت چنین کارکردی قابل استنباط نیست. **دوم اینکه**، در این عبارت تمامی مراجع مذکور در بند ۲ ماده ۱۳ (ماده ۱۱ قانون قدیم) ذیل عنوان «مراجع اختصاصی اداری» تعریف شده‌اند در صورتی که در ماده ۱۳ (در ماده ۱۱ قانون قدیم دیوان عدالت اداری نیز به همین سیاق ذکر شده است)، دادگاه‌های اداری به صراحت از مراجع دیگر تفکیک شده‌اند. **سراانجام اینکه**، این پرسش همچنان مطرح است که چرا هیأت عمومی دیوان عدالت اداری شعب تعزیرات حکومتی را به جای دادگاه اداری، مرجع اختصاصی اداری قلمداد می‌کند؟ در واقع، با وجود تصویب قانون دیوان عدالت اداری در سال ۱۳۸۵ همچنان این تعبیر به قوت خویش باقی است؟

بنابراین، مراجع اختصاصی دادرسی اداری و دادگاه‌های اداری زیر مجموعه قوه مجریه اصولاً در شمول بند ۲ ماده ۱۳ قانون دیوان عدالت اداری قرار می‌گیرند و مطابق تبصره ۲ ماده ۱۳ دادگاه‌ها و سایر مراجع قضائی دادگستری و نظامی و دادگاه‌های انتظامی قضات دادگستری و نیروهای مسلح از شمول صلاحیت دیوان عدالت اداری خارج هستند. قریئه دیگری که این استدلال را تقویت می‌کند این است که در تبصره ۲ عبارت «دادگاه‌ها و سایر مراجع قضایی دادگستری» آمده است که مفهوم مخالف آن «دادگاه‌ها و مراجع قضایی غیر دادگستری» است. به هر تقدیر، به دلیل ماهیت خاص اداری این دادگاه‌ها و مراجع اختصاصی دادرسی، دیوان عدالت اداری به عنوان مرجع رسیدگی نهایی به آراء آنها در نظر گرفته شده است.

۲. تعزیرات حکومتی به عنوان دادگاه اداری؟

سازمان تعزیرات حکومتی به موجب قانون تعزیرات حکومتی مورخ ۱۳۶۷/۱۲/۲۳ تشکیل شد. با توجه به مفاد قانون مذکور، تعزیرات حکومتی سازمانی در زیرمجموعه قوه مجریه است. به موجب ماده ۱۰ آیین‌نامه سازمان تعزیرات حکومتی مورخ ۱۳۷۳/۸/۱، رؤسا و اعضای شعب بدوی و تجدیدنظر می‌توانند از بین قضات، کارمندان شاغل یا بازنشسته، روحانیون و نیروهای مسلح باشند. بنابراین، اعضای شعب تعزیرات حکومتی می‌توانند از میان قضات باشند یا نباشند. در اینجا، پرسش مهمی مطرح می‌شود و آن اینکه آیا با وجود قاضی در شعب تعزیرات حکومتی می‌توان این شعب را دادگاه اداری اختصاصی قلمداد نمود یا این شعب جزء مراجع قضایی دادگستری تلقی می‌شوند؟ با توجه به معیار غالب نظام حقوقی کشورمان که پیش از این ذکر شد، شعبه سازمان تعزیرات حکومتی به لحاظ

اینکه زیرمجموعه قوه مجریه است، مرجع قضایی نیست. از قراین بسیاری در آیین‌نامه سازمان تعزیرات حکومتی نیز می‌توان بدین نتیجه دست یافت. برای مثال، با توجه به ماده ۲۱ آیین‌نامه، اعضای شعب دارای مصونیت قضایی نیستند.

اما، از سویی نیز وجود قاضی در میان اعضای شعب تعزیرات حکومتی احتمال قضایی بودن این مرجع را تقویت می‌کند. شعبه اول دیوان عدالت اداری نیز در رسیدگی به دعوای علیه سازمان تعزیرات حکومتی استان گیلان همین استدلال را نموده است: «نظر به اینکه سازمان تعزیرات حکومتی دارای شعبه بدوی و تجدیدنظر است و آراء صادره از شعب مذکور توسط قضات صادر می‌شود...» بنابراین، شعبه اول با دو استدلال شعبه تعزیرات حکومتی را مرجع قضایی تلقی نموده است: **نخست اینکه**، سازمان تعزیرات حکومتی دارای شعبه بدوی و تجدیدنظر است و **دوم اینکه**، آرای صادره از شعب مذکور توسط قضات صادر می‌شود. در مورد استدلال نخست باید گفت که وجود شعب بدوی و تجدیدنظر به هیچ روی، دلیل قضایی بودن مرجع نیست و اصولاً رسیدگی دو مرحله‌ای ویژگی ذاتی رسیدگی قضایی به شمار نمی‌رود. بسیاری از مراجع اختصاصی اداری، که رسیدگی به آراء آنها در صلاحیت دیوان عدالت اداری است، از رسیدگی دو مرحله‌ای برخوردارند مانند هیأت‌های رسیدگی به تخلفات اداری، هیأت‌های تشخیص و حل اختلاف کارگر و کارفرما، هیأت‌های رسیدگی به دعوای مالیاتی و کمیسیون‌های موضوع ماده ۱۰۰ قانون شهرداری‌ها که همگی دارای چنین روند شکلی هستند. در رابطه با استدلال دوم نیز، با توجه به آنچه گفته شد، وجود قاضی (آن هم به صورت اختیاری) در ترکیب اعضای شعب تعزیرات حکومتی به خودی خود موجد این نتیجه نیست که مرجع مذکور قضایی است.

بنابراین، از مباحث فوق، می‌توان چنین نتیجه گرفت که آراء شعب تعزیرات حکومتی مشمول صلاحیت دیوان عدالت اداری هستند و در واقع، این شعب «دادگاه اداری» یا به تعبیر رأی وحدت رویه شماره ۲۵۲ «مرجع اختصاصی اداری» قلمداد می‌شوند.

فارغ از تأیید صلاحیت دیوان عدالت اداری در رسیدگی به آراء شعب تعزیرات حکومتی، نکته مهم در این رأی وحدت رویه آن است که اساساً آراء دو شعبه به دو مقوله متفاوت تعلق دارند و طرح موضوع به عنوان آراء متعارض صحیح نبوده است. توضیح اینکه

رأی نخست مربوط به شعبه چهاردهم دیوان عدالت اداری به طرفیت کمیسیون ویژه تعزیرات آرد و گندم مستقر در فرمانداری مراغه مطرح شده است و خواسته آن، ابطال تصمیم کمیسیون است. به موجب فصل دوم آیین نامه تعزیرات حکومتی امور گندم، آرد و نان مصوب ۱۳۶۶/۶/۱۶ کمیسیون مرجع تشخیص تخلف، تعیین و اجرای تعزیر است و تمامی اعضای آن از قوه مجریه هستند. بنابراین، در ترکیب این کمیسیون قاضی حضور ندارد و کارکرد آن نیز قضایی — اجرایی است. بنابراین، به دشواری می توان این کمیسیون را دادگاه اداری قلمداد نمود. به علاوه، مشخص است که تصمیم کمیسیون تصمیمی اداری است کما اینکه موضوع دعوا نیز «ابطال تصمیم کمیسیون» است. با توجه به موارد مذکور، علی الاصول دعوای مطروحه باید در عداد صلاحیت شعب دیوان عدالت اداری مذکور در بند ۱ ماده ۱۳ قانون دیوان عدالت اداری گنجانده شود. این در حالی است که در رأی دوم، به تصریح رأی صادره توسط شعبه اول دعوا با عنایت به بند ۲ ماده ۱۳ قانون دیوان عدالت اداری (ماده ۱۱ قانون قدیم) طرح شده است و شعبه نیز با توجه به اینکه شعبه تعزیرات حکومتی مرجع قضایی است، قرار رد دعوا را صادر نموده است.

با این اوصاف، پرسشی که مطرح می شود آن است که آیا اساساً تعارضی میان این دو رأی وجود داشته است که صدور رأی وحدت رویه را ایجاب کند؟ به عبارت دیگر، آیا میان دعوای ابطال تصمیم کمیسیون تعزیرات حکومتی امور گندم، آرد و نان و دعوای ابطال رأی صادره از شعبه تعزیرات حکومتی شباهتی وجود دارد؟ ممکن است چنین به نظر برسد چون هر دو نهاد مربوط به تعزیرات حکومتی هستند بنابراین دعوا به طرفیت هر دو نهاد از ماهیت یکسانی برخوردار است. به دیگر سخن، هر دو نهاد دادگاه اداری محسوب شوند کما اینکه در رأی وحدت رویه شماره ۲۵۲ نیز چنین استتاجی را شاهد هستیم. به نظر می رسد که ماهیت این دو نهاد و به تبع آن، ماهیت تصمیم های آن دو یکسان نباشد و از این روی در یک مقوله نگنجد. از سویی، منابع این دو نهاد قانون و آیین نامه جداگانه هستند و در رأی شعبه چهاردهم نیز تصریح شده است که «مقررات سازمان تعزیرات حکومتی منصرف از مقررات تعزیرات حکومتی مربوط به آرد و نان است. مجمع تشخیص مصلحت نظام در تاریخ ۱۳۶۷/۷/۲۶ نیز بر آن تأکید و اعلام نموده که اعمال تعزیرات حکومتی مربوط به آرد و نان طبق روال سابق باید ادامه یابد.» از سوی دیگر، ساختار این دو نهاد نیز با یکدیگر متفاوت است: سازمان تعزیرات حکومتی به دادگاه اداری

مذکور در بند ۲ ماده ۱۳ قانون دیوان عدالت اداری نزدیک است و وجود رسیدگی دو مرحله‌ای نیز گزینه‌ای به شمار می‌رود در حالی که تعزیرات حکومتی امور گندم، آرد و نان به مراجع اداری نزدیک است. رأی شعبه چهاردهم تصریح نموده است که مسئولیت تعزیرات آرد و نان به وزارت کشور واگذار شده است بدین معنا که سازمانی کاملاً اداری است هر چند که مشابهت فراوانی با سازمان تعزیرات حکومتی و وظایف آن دارد. افزون بر موارد فوق، میان این دو نهاد تفکیک کارکردی وجود دارد و از همین روی، شعبه چهاردهم در رأی خویش تصریح نموده است که بنا بر مصوبه مجمع تشخیص مصلحت نظام: «شعب تعزیرات حکومتی نیز حق دخالت در امور آرد و نان را ندارند...». در نتیجه، تصمیم شعبه سازمان تعزیرات حکومتی «رأی» محسوب می‌شود و تصمیم تعزیرات امور گندم، آرد و نان «تصمیم اداری» است.

ب) آثار تلقی تعزیرات حکومتی به عنوان مرجع شبه قضایی

رأی وحدت رویه شماره ۲۵۲، به رغم نقدهای فراوانی که بر آن می‌توان وارد کرد، در آراء بعدی وحدت رویه هیأت عمومی دیوان عدالت اداری مورد استناد قرار گرفت و آراء مهمی مانند دادنامه شماره ۳۷۶ مورخ ۱۳۸۲/۹/۲۳، دادنامه شماره ۸۱۱ مورخ ۱۳۸۵/۱۲/۱۴ و دادنامه شماره ۱۴۳۸ مورخ ۱۳۸۶/۱۲/۵ بر اساس آن صادر شدند که در تمامی آراء هیأت عمومی به رأی وحدت رویه شماره ۲۵۲ استناد شده است. در واقع، این رأی مبنای رویه‌ای دیوان عدالت اداری در رسیدگی به آراء شعب تعزیرات حکومتی قرار گرفت.

در این رابطه نظر ۱/۸۸ مورخ ۱۳۸۸/۱۲/۹ کمیسیون مشورتی معاونت آموزش و پژوهش دیوان عدالت اداری در خور توجه است:

«رئیس سازمان تعزیرات حکومتی طی نامه مورخ ۱۳۸۸/۱۰/۲۲ درخصوص قطعی بودن آراء صادر شده از شعب تعزیرات حکومتی با توجه به ماده واحده قانون اصلاح قانون تعزیرات حکومتی مصوب ۷۳/۷/۱۹ مجمع تشخیص مصلحت نظام و تبصره ۲ ماده ۴ قانون نحوه اعمال تعزیرات حکومتی به قاچاق کالا و ارز از رئیس محترم دیوان عدالت اداری استعلام کرده است که نظر کمیسیون به شرح زیر اعلام گردید:

۱) در مورد قطعیت آراء صادر شده از شعب تعزیرات حکومتی، نظر به اینکه مطابق بند ۲ ماده ۱۳ قانون دیوان عدالت اداری، دیوان مرجع رسیدگی به آراء «قطعی» است لذا

قطعیّت آراء شعب تعزیرات موجب عدم صلاحیت دیوان نخواهد بود بلکه برعکس از شرایط اعمال صلاحیت دیوان است. همچنین در خصوص اینکه اجرای آراء شعب تعزیرات به عهده سازمان تعزیرات گذاشته شده است این امر در مورد سایر مراجع رسیدگی کننده نیز صادق است یعنی اجرای آراء به عهده مراجع مزبور است.

۲. مراجع مذکور در بند ۲ ماده ۱۳ جنبه تمثیلی دارد زیرا از عبارت «دادگاه‌های اداری» استفاده شده و موارد مذکور در تبصره ۲ که از شمول صلاحیت دیوان خارج گردیده حصر شده است که شعب تعزیرات حکومتی از جمله آنها نیست.

۳. اینکه هیأت عمومی دیوان عدالت اداری بر قطعی بودن آراء شعب سازمان تعزیرات حکومتی صحه گذاشته است امری صحیح است و همان‌طور که در بند ۱ مذکور شد مؤید صلاحیت دیوان نسبت به آراء قطعی است.

۴. در مورد آراء متعارض صادر شده از شعب دیوان که مربوط به قبل از سال ۱۳۸۰ است با توجه به رأی مورخ ۱۳/۸/۱۳۸۰ هیأت عمومی مبنی بر صالح دانستن دیوان موضوع حل و منتفی شده است....»

همان‌گونه که ملاحظه می‌شود در این نظر کمیسیون مشورتی به عبارت دادگاه اداری نیز علاوه بر استدلال رأی وحدت رویه شماره ۲۵۲ استناد کرده است. بدین ترتیب، به درستی می‌توان میان دادگاه‌های اداری و مراجع اختصاصی دادرسی اداری مذکور در رأی وحدت رویه مورد بحث تمیز قائل شد. در واقع، در استدلال برای شمول صلاحیت دیوان در بند ۲ ماده ۱۳ به تعزیرات حکومتی کمیسیون به درستی یک مرحله به پیش رفته است و سازمان تعزیرات حکومتی را نه مانند سایر مراجع ذیل بند ۲ مرجع اختصاصی دادرسی اداری بلکه دادگاه اداری قلمداد نموده است که استدلال دقیق‌تری برای تکمیل رأی وحدت رویه شماره ۲۵۲ به شمار می‌رود. این جهت‌دهی هیأت عمومی دیوان عدالت اداری در تلقی شعب سازمان تعزیرات حکومتی به عنوان دادگاه اداری یا مرجع اختصاصی اداری، آثار مبارکی داشت که در ذیل به آنها اشاره می‌شود:

۱. گسترش صلاحیت دیوان عدالت اداری

رأی وحدت رویه شماره ۲۵۲ امکان تفسیر موسع بند ۲ ماده ۱۳ قانون دیوان عدالت اداری را فراهم ساخته است. بدین ترتیب، در موارد مشابه امکان این وجود دارد که شعب دیوان عدالت

اداری صلاحیت خویش را به موارد مشابه، به ویژه نسبت به مراجع اختصاصی دادرسی اداری که قضات در ترکیب اعضای آنها حضور دارند، تعمیم دهد. در این حالت، دیگر امکان مستثنی کردن مراجع فوق از صلاحیت دیوان عدالت اداری و نیز عدم رسیدگی مراجع قضایی به آراء آنها و بالمآل تضییق حقوق شهروندان وجود ندارد. باید خاطرنشان نمود که گسترش صلاحیت دیوان عدالت اداری در هر حال به سود شهروندان است.

۲. حمایت مؤثر از اصول دادرسی منصفانه

می‌دانیم که در بسیاری از مراجع اختصاص اداری اصول دادرسی منصفانه چندان رعایت نمی‌شود یا اصولاً مقرراتی در این زمینه مانند دادگاه‌های دادگستری وجود ندارد. وجود نظارت دیوان عدالت اداری بر آراء این مراجع، به ویژه شعب تعزیرات حکومتی، به یقین رعایت اصول دادرسی منصفانه را در این مراجع افزایش خواهد داد.

بررسی و نقد رأی شماره ۴ مورخ ۱۳۹۱/۱/۱۴ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری در خصوص اختیارات سازمان‌های اداری

دکتر بیژن عباسی*

مشخصات رأی

خواهان: آقای ا.و.پ و خانم ط.پ.
خوانده: شورای اسلامی شهر شاهرود
موضوع خواسته: ابطال بندهای الف، ب، ج و د ماده ۹ مصوبه شورای اسلامی شهر شاهرود در خصوص برقراری عوارض تغییر کاربری اراضی غیرمسکونی به کاربری مسکونی
مرجع رسیدگی کننده: هیأت عمومی دیوان عدالت اداری

متن رأی

نظر به این که مطابق ماده ۴ قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت مصوب سال ۱۳۸۰، اخذ هرگونه وجه، کالا و خدمات توسط دستگاه‌های اجرایی به تجویز قانونگذار موکول شده است، بنابراین ماده ۹ مصوبه شورای اسلامی شهر شاهرود و بندهای چهارگانه ذیل آن مبنی بر اخذ عوارض تغییر کاربری املاک مردم در قبال وجه و یا قسمتی از زمین به نحو رایگان، مغایر حکم قانونگذار است و خارج از حدود اختیارات شورای اسلامی شهر شاهرود است. با استناد به بند ۱ ماد ۱۹ و مواد ۲۰ و ۴۲ قانون دیوان عدالت اداری حکم به ابطال آن از تاریخ تصویب صادر و اعلام می‌شود.

رئیس هیأت عمومی دیوان عدالت اداری

گردش کار

به موجب ماده ۹ مصوبه شورای اسلامی شهر شاهرود در خصوص برقراری عوارض محلی سال ۱۳۸۸ شهرداری شاهرود موضوع تبصره یک ماده ۵۰ قانون مالیات بر ارزش افزوده مصوب مورخ ۱۳۸۶/۱۱/۹ مجلس شورای اسلامی، مقرر شده است که: «ماده ۹: عوارض تغییر کاربری به استثنای فضاهای سبز شهری از غیر مسکونی (به استثناء کاربری تجاری) به کاربری مسکونی بر اساس جدول ذیل است: الف: اراضی تا ۱۰۰۰ متر مربع به ازای هر مترمربع معادل ۷۵٪ قیمت تراکم مسکونی همان محل ب: اراضی از ۱۰۰۰ تا ۲۰۰۰ مترمربع به ازای هر متر مربع معادل ۲ برابر قیمت تراکم مسکونی همان محل ج: اراضی ۲۰۰۰ متر مربع به بالا ۴۰٪ ناخالص زمین به رایگان سهم شهرداری و ۶۰٪ سهم مالک یا مالکان د: شهرداری می‌تواند معادل عوارض بند (ج) از مالکانی که قصد مجموعه‌سازی دارند و عرصه آنها در اجرای ماده ۱۰۱ قانون شهرداری تفکیک نمی‌شود طبق نظر کارشناسی به قیمت روز دریافت کند.»

– دلایل و مستندات شاکیان:

شاکیان به موجب دادخواستی، اعلام کرده‌اند که اخذ وجه یا مبلغ و یا قسمتی از اراضی در قبال امر تغییر کاربری خارج از حدود اختیارات شورای اسلامی شهر شاهرود است و این امر در صلاحیت قانونگذار است و به همین جهت ابطال ماده ۹ مصوبه مذکور و بندهای چهارگانه آن را خواستار شده‌اند.

– دفاعیات و استدلال‌های خواننده:

رئیس شورای اسلامی شهر شاهرود طی لایحه شماره ۲۲۵۰-۱۳۸۹/۸/۱۲ توضیح داده است که: «احتراماً شورا در دو بخش به شرح ذیل اعلام می‌دارد:

اول) مستندات قانونی ماده ۹ و بندهای الف تا د ماده مذکور

۱. شورا به استناد بند ۱۶ ماده ۷۱ قانون تشکیلات شورا قانوناً ملزم به وضع عوارض محلی می‌باشد ۲. شورا بر همان اساس لایحه عوارض پیشنهادی شهرداری را وضع و به تصویب رسانده که بر اساس ماده ۸۱ مورد رسیدگی مسئولان ذی‌ربط واقع و نقض نشده است ۳. بندهای الف و ب ماده ۹ لایحه عوارض‌های محلی سال ۱۳۸۶ نیز صرفاً بحث ریالی دارد که ۱۰۰٪ مطابق با قوانین و وظایف شوراها است. ۴. در خصوص بند ج نیز اعلام می‌شود چون اراضی مد نظر بالاتر از ۲۰۰۰ متر مساحت پیش‌بینی شده، در تفکیک

می‌باید شوارع لازم طبق اصول شهرسازی شامل سواره‌رو، پیاده‌رو در نظر گرفته شود که در بخش اول بند مذکور بحث واگذاری زمین ۴۰٪ عموماً برای احداث شوارع و پیش‌بینی زیرساخت‌های اساسی منطقه بوده است که مستند به ماده ۱۰۱ قانون شهرداریها، مالک موظف به واگذاری اراضی به صورت رایگان به شهرداری برای ساخت شوارع و تأسیسات می‌باشد، گرچه همین مطلب در بند د ماده مذکور با اختیار مالک یا مالکان زمین به صورت ریالی پیش‌بینی شده است که باز هم جنبه وضع عوارض دارد مضافاً بر این که در همین راستا حقوق مضاعف غیر قابل انکاری از جهت منافع برای مالکان در راستای تغییر کاربری حادث می‌شود.

دوم) موضوع دادخواست خواهان

توافق صورت گرفته با مدعیان در شهرداری صرفاً بر اساس درخواست اولیه آنان بوده است که هیچ مغایرتی با ماده ۱۰ قانون مدنی ندارد که طبیعتاً تمامی جنبه‌های صرفه و صلاح خود را در نظر گرفته‌اند، علی‌ایحال چنانچه مالکان از توافق خود منصرف شده‌اند می‌توانند با کاربری مشخص شده در طرح تفصیلی از حقوق مالکانه قانونی استفاده و توافق را ضمن مراجعه به شهرداری لغو کنند.

مقدمه

برابر اصل ۱۷۳ قانون اساسی، دیوان عدالت اداری مرجع عام رسیدگی به شکایات، تظلمات و اعتراضات مردم و احقاق حقوق آنها علیه مأموران، واحدها و مقررات دولتی است. طبق ماده یک قانون دیوان عدالت اداری مصوب سال ۱۳۸۵ نیز «در اجرای اصل یکصد و هفتاد و سوم قانون اساسی به منظور رسیدگی به شکایات، تظلمات و اعتراضات مردم نسبت به مأمورین و ادارات و آیین‌نامه‌های دولتی خلاف قانون یا شرع یا خارج از حدود اختیارات مقام تصویب‌کننده دیوان عدالت اداری زیر نظر رئیس قوه قضاییه تشکیل میشود.» طبق بند ۱ ماده ۱۹ قانون، هیأت عمومی دیوان صالح به رسیدگی به شکایات و تظلمات و اعتراضات اشخاص حقیقی یا حقوقی است از: آیین‌نامه‌ها و سایر نظامات و مقررات دولتی و شهرداری‌ها از حیث مخالفت مدلول آنها با قانون و احقاق حقوق اشخاص در مواردی که تصمیمات و اقدامات یا مقررات مذکور به علت برخلاف قانون بودن آن و یا عدم صلاحیت مرجع مربوط یا تجاوز یا سوءاستفاده از اختیارات یا تخلف در اجرای قوانین و مقررات یا خودداری از انجام وظایفی که موجب تضییع حقوق اشخاص می‌شود.

شکایت مردم از مقررات دولتی و دیگر مصوبات اداری ممکن است زیر سه عنوان مطرح گردد:

- مغایرت با موازین اسلامی
 - مغایرت با قوانین کشور اعم از قانون اساسی و قوانین عادی
 - خارج بودن آنها از حدود صلاحیت‌ها و اختیارات واحدهای دولتی.
- بنابراین، در صورت طرح شکایت فوق، موضوع در هیأت عمومی دیوان مطرح و چنانچه اکثریت اعضای هیأت عمومی شکایت را وارد تشخیص دادند حکم ابطال تمام یا قسمتی از آن صادر می‌شود.

الف) سازمان‌های اداری و اختیار آنها در گرفتن هرگونه وجه، مال یا عوارض از مردم

هیأت عمومی دیوان عدالت اداری در رأی شماره ۴ مورخ ۱۳۹۱/۱/۱۴ مبنی بر ابطال مصوبه شورای شهر شاهرود در خصوص گرفتن عوارض تغییر کاربری املاک مردم در قبال وجه و یا قسمتی از زمین به نحو رایگان، به ماده ۴ قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت مصوب ۱۳۸۰/۱۲/۲۷ استناد کرده است که مقرر می‌دارد: «دریافت هرگونه وجه، کالا و یا خدمات تحت هر عنوان از اشخاص حقیقی یا حقوقی توسط وزارتخانه‌ها، مؤسسات و شرکت‌های دولتی غیر از مواردی که در مقررات قانونی مربوط معین شده یا می‌شود همچنین اخذ هدایا و کمک نقدی و جنسی در قبال کلیه معاملات اعم از داخلی و خارجی توسط وزارتخانه‌ها، مؤسسات و شرکت‌های دولتی و مؤسسات و نهادهای عمومی غیردولتی، مؤسسات و شرکت‌هایی که شمول قانون بر آنها مستلزم ذکر نام یا تصریح نام است و یا تابع قوانین خاص هستند ممنوع می‌باشد...». استناد دیوان به این قانون برای ابطال تصمیم شورای شهر بنا به دلایل زیر درست نبوده و وجاهت قانونی ندارد:

نخست اینکه شوراهای محلی در زمره دستگاه‌های اجرایی نمی‌باشند و دیگر اینکه، خود نوعی خاص از سازمان‌های اداری به شمار می‌روند.

۱. انواع دستگاه‌های اجرایی

بر اساس مواد ۲ تا ۵ قانون محاسبات عمومی مصوب سال ۱۳۶۶ و مواد ۱ تا ۵ قانون مدیریت خدمات کشوری مصوب سال ۱۳۸۶، دستگاه‌های اجرایی یا سازمان‌های اداری

مرکزی زیر نظر قوه مجریه عبارتند از: وزارتخانه‌ها، مؤسسات دولتی، مؤسسات یا نهادهای عمومی غیردولتی و شرکت‌های دولتی.

۱-۱. وزارتخانه

برابر ماده ۱ قانون مدیریت خدمات کشوری، «وزارتخانه واحد سازمانی مشخصی است که تحقق یک یا چند هدف از اهداف دولت را برعهده دارد و به موجب قانون ایجاد شده یا می‌شود و توسط وزیر اداره می‌گردد.»

۱-۲. مؤسسه دولتی

طبق ماده ۲ قانون مدیریت خدمات کشوری، «مؤسسه دولتی واحد سازمانی مشخصی است که به موجب قانون ایجاد شده یا می‌شود و با داشتن استقلال حقوقی بخشی از وظایف و اموری را که برعهده یکی از قوای سه‌گانه و سایر مراجع قانونی می‌باشد انجام می‌دهد. همه سازمان‌هایی که در قانون اساسی نام برده شده است در حکم مؤسسه دولتی است.»

۱-۳. مؤسسه یا نهاد عمومی غیردولتی

مطابق ماده ۳ قانون مدیریت خدمات کشوری، «مؤسسه یا نهاد عمومی غیردولتی واحد سازمانی مشخصی است که دارای استقلال حقوقی است و با تصویب مجلس شورای اسلامی ایجاد شده یا می‌شود و بیش از ۵۰ درصد بودجه سالانه آن از محل منابع غیردولتی تأمین گردد و عهده‌دار وظایف و خدماتی است که جنبه عمومی دارد.»

۱-۴. شرکت دولتی

به موجب ماده ۴ قانون مدیریت خدمات کشوری، «شرکت دولتی بنگاه اقتصادی است که به موجب قانون و صرفاً با تصویب مجلس برای انجام قسمتی از تصدی‌های دولت به موجب سیاست‌های اصل ۴۴ قانون اساسی، ابلاغی از سوی مقام معظم رهبری جزء وظایف دولت محسوب می‌گردد، ایجاد و بیش از ۵۰ درصد سرمایه سهام آن متعلق به دولت می‌باشد. هر شرکت تجاری که از طریق سرمایه‌گذاری وزارتخانه‌ها، مؤسسات دولتی و شرکت‌های دولتی منفرداً یا مشترکاً ایجاد شده مادام که بیش از ۵۰ درصد سهام آن منفرداً یا مشترکاً متعلق به واحدهای سازمانی فوق‌الذکر باشد شرکت دولتی است.»

با توجه به مواد فوق، شوراهای اسلامی محلی در زمره دستگاه‌های اجرایی به شمار نمی‌روند.

ب) ماهیت حقوقی شوراهای محلی و اختیار آنها در وضع عوارض

برابر اصول ۶ و ۷ قانون اساسی جمهوری اسلامی، شوراها از ارکان تصمیم‌گیری و اداره امور کشور به اتکای آرای عمومی می‌باشند و هدف از تشکیل آنها در اصل ۱۰۰ این قانون یادآوری شده است: «برای پیشبرد سریع برنامه‌های اجتماعی، اقتصادی، عمرانی، بهداشتی، آموزشی و سایر امور رفاهی از طریق همکاری مردم با توجه به مقتضیات محلی، اداره امور هر روستا، بخش، شهر، شهرستان یا استان با نظارت شورایی به نام شورای ده، بخش، شهر، شهرستان یا استان صورت می‌گیرد که اعضای آن را مردم همان محل انتخاب می‌کنند».

از نظر وضعیت و ماهیت حقوقی، شوراهای محلی شامل شوراهای روستا، شهر، بخش، شهرستان، استان و شورای عالی استان دارای شخصیت حقوقی، حقوق و تکالیف خاص خود بوده، استقلال مالی و اداری دارند و اعمال، اموال و کارکنان آنها دولتی نیستند.

تصمیمات و مصوبات شوراهای محلی همانند دیگر قواعد حقوق لازم‌الاتباع است و استانداران، فرمانداران، بخشداران و دیگر مقامات کشوری که از طرف دولت تعیین می‌شوند در حدود اختیارات شوراها ملزم به رعایت تصمیمات آنها هستند (اصل ۱۰۳ قانون اساسی).

این شوراها به موجب قانون مدیریت خدمات کشوری در زمره دستگاه‌های اجرایی شمرده نشده است بلکه خود گونه‌ای خاص از اداره یا سازمان اداری می‌باشند هرچند اعضای آن نه به وسیله دولت بلکه توسط مردم انتخاب می‌شوند. این نهاد برخلاف مجلس قانونگذاری که یک نهاد ملی، سیاسی و تقنینی است، یک واحد محلی است که به اداره امور محلی پرداخته و عهده‌دار وظایف و اختیارات اجرایی، اداری، خدماتی، غیرحاکمیتی و غیرسیاسی (تصمیم‌گیری و نظارت در امور محلی) می‌باشد. همچنین این سازمان اداری برخلاف دادگاه‌های دادگستری قوه قضاییه به امور قضایی و حل و فصل دعاوی نمی‌پردازد (اصل ۶۱ قانون اساسی).

در این شوراها همانند ادارات زیر نظر قوه مجریه، اصل حاکمیت قانون بر اداره حکمفرماست و تصمیمات آنها نباید مخالف موازین اسلام و قوانین کشور باشد (اصل ۱۰۵ قانون اساسی). هرچند که به طور صریح نه در قانون اساسی و نه در قانون دیوان عدالت اداری مصوب سال ۱۳۸۵، مرجع رسیدگی به شکایت از تصمیمات و مصوبات شوراهای محلی به خاطر مخالفت آنها با قانون و شرع و تجاوز از صلاحیت یا خروج از اختیارات، دیوان عدالت اداری تعیین نشده ولی نهاد اخیر به درستی به موجب رویه قضایی خود، نظارت قضایی بر تصمیمات این شوراها را پذیرفته است.

ماده ۴ قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت، دریافت هرگونه وجه، کالا و یا خدمات تحت هر عنوان از اشخاص حقیقی یا حقوقی توسط وزارتخانه‌ها، مؤسسات و شرکت‌های دولتی غیر از مواردی که در مقررات قانونی مربوط معین شده یا می‌شود ممنوع دانسته است. بنابراین، اگر دستگاه‌های اجرایی نیز که به موجب مقررات قانونی اختیار دریافت هرگونه وجه، کالا و یا خدمات را داشته باشند از ممنوعیت گرفتن وجوه از اشخاص در قبال ارائه خدمات مستثنی خواهند بود.

در خصوص شوراهای محلی، برابر بند ۱۶ ماده ۷۱ قانون تشکیلات، وظایف و انتخابات شوراهای اسلامی کشور و ماده ۵۰ قانون مالیات بر ارزش افزوده، یکی از اختیارات و صلاحیت‌های مالی شورای شهر، اختیار وضع و تصویب درآمدهایی برای شهر در قالب تصویب لوایح برقراری یا لغو عوارض شهر و همچنین تغییر نوع و میزان آن با در نظر گرفتن سیاست عمومی دولت است که از سوی وزارت کشور اعلام می‌شود. مطابق ماده ۷۷ قانون شوراهای اسلامی شهر و دهستان (اکنون شورای بخش جایگزین شورای دهستان شده است) می‌توانند نسبت به وضع عوارض متناسب با تولیدات و درآمدهای اهالی به منظور تأمین بخشی از هزینه‌های خدماتی و عمرانی مورد نیاز شهر و روستا طبق آیین‌نامه مصوب هیأت وزیران اقدام نمایند. آیین‌نامه نحوه وضع و وصول عوارض توسط شوراهای شهر، بخش و شهرک در سال ۱۳۷۸ توسط هیأت دولت تصویب گردید (ماده ۱۴ آیین‌نامه).

بنابراین، استناد دیوان به ماده ۴ قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت مصوب سال ۱۳۸۰ برای ابطال تصمیم شورای اسلامی شهر شاهرود مبنی بر اخذ عوارض تغییر کاربری املاک مردم در قبال وجه و یا قسمتی از زمین به نحو رایگان و اعلام مغایرت آن با قانون یاد شده درست نبوده است. زیرا قانون استناد شده انصراف به دستگاه‌های اجرایی دارد و به منظور تحقق حاکمیت اصل قانونی بودن، گرفتن وجوه توسط این دستگاه‌ها از اشخاص وضع شده است. از سوی دیگر، قانون شوراهای محلی، مجوز وضع عوارض محلی را به شوراهای اسلامی شهر و بخش داده است.

به نظر می‌رسد آنچه که مخالفت دیوان با تصمیم شورای شهر یاد شده را برانگیخته است اخذ عوارض تغییر کاربری املاک مردم در قبال قسمتی از زمین به نحو رایگان توسط شهرداری می‌باشد. این تصمیم دیوان در راستای پیروی از رویه شورای نگهبان و آراء متعدد

سابق‌الصدور دیوان و با وحدت ملاک از آراء یاد شده درباره مخالفت چنین تصمیماتی با اصل تسلیط، اعتبار مالکیت مشروع و مغایرت با احکام شرع بوده است از جمله آراء ۱۳۸۶/۹/۱۱-۹۶۴ و ۱۳۸۷/۴/۹-۱۳۸۹، ۲۱۸/۹/۲۹-۱۳۸۹، ۴۹۳/۱/۲۰-۴۵۹، ۱۳۸۹/۱۱/۴-۴۹۲ مربوط به ابطال مصوبات شوراهای اسلامی شماری از شهرهای کشور مبنی بر دریافت قسمتی از زمین و یا بهای آن به ازای اخذ عوارض یا هزینه خدمات تفکیک یا افزاز املاک. لازم به ذکر است که هیأت عمومی دیوان در رأی شماره ۲۷۵ مورخ ۱۳۹۱/۵/۱۶ خود درباره درخواست ابطال مصوبه مشابه شورای اسلامی شهر قم نیز همین رویه را دنبال کرده است.

نتیجه‌گیری

بر اساس اصول ۱۶۶ و ۱۶۷ قانون اساسی، احکام دادگاه‌ها اعم از عمومی و اداری باید مستدل و مستند به مواد قانون و اصولی باشد که بر اساس آن حکم صادر شده است. قضات دیوان عدالت اداری نیز باید ماهیت حقوقی سازمان‌های سیاسی مانند مجلس و مراجع قضایی همانند دادگاه‌های دادگستری، اداره، انواع دستگاه‌های اجرایی و سازمان‌های اداری را بشناسند و از قواعد و نظام حقوقی حاکم بر هریک از آنها آگاهی داشته باشند. همان‌گونه که در رأی بررسی شده مشاهده کردیم شوراهای محلی از جمله دستگاه‌های اجرایی موردنظر در قانون مدیریت خدمات کشوری نیستند تا مشمول ماده ۴ «قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت مصوب سال ۱۳۸۰» درباره ممنوعیت گرفتن وجوه غیرقانونی توسط این دستگاه‌ها از اشخاص شوند. بنابراین، اشتباه قضات هیأت عمومی دیوان در تشخیص ماهیت حقوقی سازمان‌های اداری منجر به اشتباه در استناد به قوانین و مقررات مربوط شده است.

ارزیابی تاثیر شرایط شکلی اعتبار موافقتنامه داوری در صلاحیت داور بین‌المللی (شرط داوری مکتوب، شرط داوری ضمنی و شرط داوری به طریق ارجاع و احاله)

دکتر محمد تقی عابدی*

متن رأی

«... در چنین شرایطی آیا می‌توان وجود یک شرط داوری ضمنی را پذیرفت به این معنی که طرفین [در قرارداد عاری از شرط داوری نیز] به یک رویه [ثابت و مستمر فیما بین] یعنی ادخال و قید یک شرط داوری در قراردادهای مربوط به تعمیر کشتی‌ها ارجاع و احاله کرده‌اند؟ در این رابطه، بند ۱ ماده ۱۷۸ قانون فدرال ناظر بر حقوق بین‌الملل خصوصی سوئیس مورخ ۱۸ دسامبر ۱۹۸۷ (LDIP)^۱ به عنوان حقوق حاکم بر قرارداد داوری (با توجه به اینکه طرفین در قرارداد خود در خصوص حقوق حاکم شخصاً تعیین تکلیف نکرده‌اند و مقررات داوری ICC نیز حکمی در این خصوص ندارد) مقرر می‌دارد: «به لحاظ شکلی، قرارداد داوری به شرطی معتبر است که به نحو مکتوب، تلگرام، تلکس، فکس، یا هر نوع وسیله ارتباطی دیگری باشد که این امکان و اجازه را فراهم می‌آورد تا از آن به عنوان دلیلی بر وجود یک متن استنتاج و اقامه شود». دکترین و حقوقدانان سوئیس معتقدند «بند ۱ ماده ۱۷۸ متضمن این معنی است که

* قاضی دادرسی انتظامی قضات و استادیار دانشگاه رایانامه: mt.abedi@hotmail.com

۱. لازم به ذکر است که در سوئیس به عنوان کشوری که مقر برگزاری داوری‌های بین‌المللی است علاوه بر قانونی بنام کنکوردای بین‌المللی سوئیس ناظر بر داوری ۱۹۶۹، قانون فدرال موسوم به LDIP که مخفف عبارت Loi (Federale Suisse sur le Droit International Prive) مورخ ۱۸ دسامبر ۱۹۸۷ می‌باشد، مواد ۱۷۶ الی ۱۹۷ (فصل دوم) متکفل بیان احکام داوری‌های بین‌المللی است که به کرات به عنوان قانون مکان داوری مورد استناد داوران به ویژه در آن دسته از مسائل قراردادی قرار می‌گیرد که طرفین نسبت به آن تعیین تکلیف نکرده‌اند یعنی به اصطلاح ساکت هستند. لازم به ذکر است که با تصویب قانون فدرال، کنکوردا به داوری‌های بین‌المللی برگزار شده در سوئیس صرفاً زمانی اعمال خواهد شد که طرفین صریحاً بر این امر تأکید و تصریح کرده باشند. برای ملاحظه متن فرانسوی قانون فدرال (LDIP) ر.ک: مجله داوری فرانسه (Revue arbitrage)، ۱۹۸۸، صص ۱۹۲ به بعد. با تصویب قانون فدرال، کنکوردا به داوری‌های بین‌المللی برگزار شده در سوئیس صرفاً زمانی اعمال خواهد شد که طرفین صریحاً بر این امر تأکید و تصریح کرده باشند.

قرارداد داوری باید ناشی از یک سند باشد، ولی این مقرر شرط خاصی را در رابطه با شکل سند موصوف تکلیف نمی‌کند. بدین ترتیب، در قضیه حاضر نمی‌توان یک شرط داوری ضمنی را [برای توجیه صلاحیت داوران] کافی دانست. ماده ۶ کنوانسیون نیویورک مورخ ۱۰ ژوئن ۱۹۵۸ ناظر بر شناسایی و اجرای آرای داوری خارجی نیز البته همین حکم را مقرر می‌دارند.

باوجود این، آیا می‌توان وجود یک شرط داوری به طریق ارجاع و احاله^۲ را پذیرفت به این معنی که طرفین در قرارداد خود به سندی ارجاع و احاله دهند که آن سند حاوی یک شرط داوری است؟ در مقرر موضوع ماده ۱۷۸ LDIP، کافی است قراردادی که حاوی ارجاع و احاله است و همچنین سندی که قرارداد موصوف به آن ارجاع داده است، هر دو ویژگی یک متن^۳ را داشته باشند. در قضیه حاضر، قرارداد مرتبط با تعمیر کشتی... متضمن هیچ ارجاع و احاله‌ای که دارای ماهیت یک متن باشد، نیست. در نتیجه، دیوان داوری معتقد است که با فرض فقدان شرط داوری، قرارداد حاوی [تعمیر] این کشتی آخر، تحت حکومت داوری حاضر قرار نمی‌گیرد...»

مقدمه

متنی که از نظر گذشت بخشی از یک رأی بسیار تفصیلی صادره توسط دیوان داوری منتخب اتاق بازرگانی بین‌المللی (ICC) در قضیه شماره ۷۱۵۴ مورخ ۱۹۹۳^۴ در مبحث صلاحیت است. موضوع از این قرار است که یک شرکت کشتیرانی الجزایری X (خواهان) در دعوای مطروحه علیه یک کارگاه تعمیر کشتی فرانسوی Y (خواننده)، مدعی بود تعهدات مقید در چهارسری قراردادهایی را که با یک کارگاه کشتی فرانسوی دیگر Z منعقد کرده است با توجه به توافقات به عمل آمده بین دو کارگاه یاد شده، به خواننده دعوا منتقل شده است و بنابراین، خواننده به عنوان قائم مقام Z در مقابل وی متعهد و پاسخگو است. لازم به ذکر است که صرفاً سه قرارداد از قراردادهای چهارگانه فوق حاوی یک شرط داوری بود که به موجب آن مقرر شده بود هرگونه اختلاف ناشی از اجرای قراردادهای مزبور یا اختلاف ناشی از تفسیر تعهدات طرفین تحت اشراف و داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی

1. Concordat International Suisse sur l'Arbitrage

2. Clause compromissoire par reference

3. Texte

۴. برای ملاحظه متن کامل رأی، رک: «رویه داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی»، مجله حقوق

بین‌الملل خصوصی فرانسه (Clunet)، ۱۹۹۴، صص ۱۰۵۹ به بعد.

حل و فصل شود. خواهان با تعمیم شرط موصوف به چهارمین قرارداد که فاقد شرط داوری بود از این ایده دفاع می‌کرد که قرارداد مزبور نیز مشمول صلاحیت اتاق بازرگانی بین‌المللی است چرا که در قراردادهای تعمیر کشتی منعقد با Z قید شرط داوری به صورت یک رویه ثابت بین آنان استمرار داشته و در نتیجه به مثابه یک شرط ضمنی^۱ در سایر قراردادهای فیما بین نیز باید مدنظر و لحاظ قرار گیرد. در مقابل، خوانده با این استدلال که قرارداد مورد بحث منعقد بین X و Z فاقد هرگونه شرط داوری^۲ است، به عدم صلاحیت داور جهت رسیدگی به اختلافات ناشی از این قرارداد استناد می‌کرد. دیوان داوری که بنا به توافق طرفین در شهر ژنو سوئیس تشکیل جلسه داده بود با پذیرش و تقویت استدلال‌های خوانده دعوا، در خصوص تعهدات ناشی از قرارداد فاقد شرط داوری در قالب عباراتی که از نظر گذشت، به عدم صلاحیت خود اعلام نظر کرده است:

از آنجا که این بخش از رأی پیرامون اختلافات ناشی از تعهدات قراردادی طرفین علی‌رغم موجز و مختصر بودن آن، مسائل مهمی را در باب تأثیر شرایط اعتبار شکلی قرارداد داوری در صلاحیت داوران بین‌المللی و همچنین بعضی مسائل مبنایی مطروحه در داوری بین‌المللی مطرح ساخته است برآن شدیم تا مبانی رأی و استدلال‌های دیوان داوری را در پنج عنوان زیر که البته برگرفته از متن رأی است با نگاهی به قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران مصوب ۱۳۷۶مورد نقد و بررسی قرار دهیم:

الف) نقش ثانوی ولی کلیدی قانون مکان برگزاری داوری به عنوان حقوق حاکم بر موافقتنامه داوری برای ارزیابی صلاحیت داوران بین‌المللی

فقدان Lex fori یا قانون مقر دادگاه در داوری‌های بین‌المللی به مفهومی که در نظام‌های حقوقی ملی می‌شناسیم^۳ همواره یکی از مشکلات مبنایی در باب کشف و اعمال

1. Implicite

2. Clause compromissoire

۳. در نظام‌های حقوقی ملی، قانون مقر دادگاه حسب نیاز قضات، سه نوع مقررات و قوانین را در اختیار آنان قرار می‌دهد: ۱- مقررات شکلی، مانند قوانین آیین دادرسی که به قضات کمک می‌کند یک دادرسی منظم را از ابتدا تا زمان صدور رأی ترتیب دهند. ۲- مقررات ماهوی، که قضات با توسل به آنها نهایتاً دعوا را در ماهیت قطع و فصل می‌کنند. ۳- قواعد حل تعارض قوانین، که به هنگام وجود یک عنصر خارجی در دعوای حقوق خصوصی مطروحه نزد آنان، جهت کشف و اعمال قانون صلاحیتدار به کار گرفته می‌شوند. با توجه به ویژگی دوجانبه قواعد حل تعارض قوانین، اعمال این قواعد ممکن است خواه منجر به اعمال قانون ماهوی قاضی رسیدگی کننده، خواه قانون ماهوی یک کشور خارجی شود که با قضیه مطروحه واجد ارتباطات است.

حقوق حاکم خواه بر آیین دادرسی داوری، خواه بر موافقتنامه داوری و خواه بر ماهیت دعوا و تعهدات قراردادی طرفین به شمار می‌رود.^۱ داور، بر خلاف قاضی ملی که منصوب حاکمیت است، به دلیل انتصاب و انتخاب وی توسط طرفین اختلاف، به طور طبیعی فاقد چنین قانونی است و لاجرم، با توجه به محکومیت فراگیر قرارداد بدون قانون^۲ و لزوم حکومت قانون ملی معین بر اجزای متعدد داوری، کشف و اعمال آن خواه با توسل به روش حل تعارض قوانین^۳ و خواه با روش مستقیم^۴ از اولویت‌های اول وی به شمار می‌رود.^۵ ولی، همین به ظاهر نقص داوری که البته مباحث تئوریک بی‌شماری را به خود اختصاص داده است، به نحو تناقض‌آمیز و پارادوکسال، عامل توسعه این مکانیسم حل و فصل اختلافات در صحنه بین‌المللی

1. H. Batiffol, L'arbitrage et les conflits de lois, Conférence au Centre de Droit comparé, 31 mai 1957, Rev. arb., 1957, p. 111 s. : F. Deby-Gérard, (F.), Le rôle de la règle de conflit dans le règlement des rapports internationaux, Dalloz, 1973, n° 243, p. 199.

۲. مطابق نظریه سستی و کلاسیک، با توجه به اینکه هر قرارداد ولو بین‌المللی همواره قدرت الزام‌آور خود را از قانون و نه اراده مطلق طرفین می‌گیرد بنابراین، لزوماً باید تحت اداره و حکومت یک قانون ملی معین قرار گیرد. این نظریه که اساس نظام‌های حقوقی ملی را تشکیل می‌دهد در دهه‌های اخیر با توجه به ظهور بعضی قراردادهای بین‌المللی خاص و همچنین تحت تأثیر رویه داوری بین‌المللی، مورد انتقاد و حمله طرفداران تئوری استقلال مطلق اراده قرار گرفته است. طرفداران این نظریه با اعتقاد به کفایت خود قرارداد به عنوان قانون طرفین، قائل به عدم ضرورت ارجاع قراردادهای بین‌المللی به قوانین ملی هستند و معتقدند نیازی به کشف ابتدایی قانون ملی حاکم با توسل به قواعد حل تعارض یا بدون آن جهت تبیین و تفسیر تعهدات قراردادی نیست و دادرس باید با ملاحظه شروط قراردادی و در فرض خلاء موجود در قرارداد، با توسل به رسوم تجاری بین‌المللی و به ویژه اصول عمومی حقوق، به حل و فصل دعاوی و اختلافات ناشی از قراردادهای بین‌المللی و تفسیر تعهدات طرفین نائل آید، ضمن آنکه در مواردی نظام‌های ملی فاقد قوانین خاص قابل اعمال بر بعضی قراردادهای بین‌المللی ابداعی دچار هستند. اصطلاح فرانسوی «Le contrat sans loi» در واقع برآیند و منعکس کننده همین ایده است. برای ملاحظه مبانی و دلایل این نظریه رک:

P. Level, Le contrat dit sans loi, communication au CFDIP, séance du 27 mai 1966, Travaux, 1964-1966, p. 209 et s.

3. La method conflictualiste

4. La voie directe

۵. با وجود این، باید توجه داشت که بر خلاف داوری‌های موردی (Ad.hoc) که داور جهت حل و فصل اختلاف و دعوا به طور کلی فاقد هرگونه مقررات راهنماست، در داوری‌های سازمانی یا سازمان‌یافته (Institutionnel)، مشکل قانون مقرر دادگاه نه کاملاً بلکه تا حدودی حل شده است چرا که همه سازمان‌های داوری اعم از ملی و بین‌المللی دارای مقرراتی هستند که داور منصوب از طرف سازمان مربوط را مکلف می‌کنند جریان رسیدگی داوری را بر مبنای این مقررات ترتیب داده و قواعد ماهوی را نیز با توجه به دستورالعمل‌های تعیین شده در ضمن این مقررات، کشف و اعمال نماید، هر چند نهایتاً قانون ماهوی کشف شده و حاکم لزوماً قانون یکی از کشورهای مرتبط با موضوع دعوا یا رسوم تجاری بین‌المللی یا اصول عمومی حقوق مشترک بین نظام‌های ملی یا ترکیبی از آنها خواهد بود که در ادبیات حقوقی معاصر از آنها تحت عنوان Lex mercatoria یاد شده است. در ادبیات حقوقی کشورمان از آن تحت عنوان حقوق بازرگانی فراملی تعبیر شده است.

است. چه، حقوقدانان معتقدند با فرض فقدان قانون مقرر دادگاه، داوران منطقاً الزامی در اعمال قوانین ملی یک کشور مشخص و معین ندارند.^۱ نتیجه آنکه، داوران اختیار خواهند داشت قانون کشوری را که با منافع طرفین و یا با صرفه و اقتصاد قرارداد منعقدۀ بیشتر همخوانی دارد انتخاب و اعمال کنند و این چیزی است که با توجه به طبیعت و ماهیت قراردادهای بین‌المللی، تجار و بازرگانان بین‌المللی استقبال بیشتری از آن می‌کنند. مضافاً، فقدان قانون مقرر دادگاه حتی این امکان را به داوران می‌دهد تا معجون و ترکیبی از قوانین کشورها و بالاتر از آن ترکیبی از قوانین ملی و غیر ملی موسوم به اصول عمومی حقوق را که بین نظام‌های حقوقی جهان مشترک است، اعمال کنند چیزی که قضات ملی از دست یازیدن به آن محروم و ممنوع هستند. در یک کلام، فقدان *Lex fori* قدرت مانور بیشتری به داور می‌دهد. به همین دلیل است که شرکتها و مؤسسات تجاری بین‌المللی و چند ملیتی در مذاکرات قراردادی خود معمولاً بر گنجاندن شرط داوری در قرارداد و نفی صلاحیت محاکم ملی خصوصاً محاکم کشورهای در حال توسعه پافشاری کرده و غالباً طرفداران و درخواست کنندگان عمده داوری را تشکیل می‌دهند. به هر تقدیر، در قضیه حاضر، دیوان داوری با وقوف بر این خلاء و همچنین تذکر این مطلب که طرفین با عدم اعمال اختیار قانونی خود، قانون حاکم بر موافقتنامه داوری را که دیوان با توسل به آن بتواند از شرایط

1. Cf. H. Batiffol, op. cit., p. 112.

۲. امروزه در اکثریت قریب به اتفاق نظام‌های حقوقی دنیا به عنوان یک قاعده حل تعارض پذیرفته شده است که قانون حاکم بر ماهیت و تعهدات ناشی از قراردادهای بین‌المللی قانونی است که طرفین آن را صریحاً یا ضمناً در قرارداد خود پذیرفته‌اند. این قاعده که از آن به قانون استقلال اراده (*Loi d'autonomie*) تعبیر شده است قاضی یا داور را مکلف می‌کند به انتخاب طرفین احترام گذاشته و آن را مورد اجرا گذارند. فقط در فرض سکوت طرفین است که قانونگذاران مداخله کرده و قاعده حل تعارض جایگزین را که بسته به قوانین کشورها یا قانون محل انعقاد قرارداد است و یا قانون محل اجرای آن جهت کشف اراده طرفین قرارداد به نحو آمرانه تعیین کرده‌اند، هر چند در رابطه با شکل قرارداد کماکان قاعده قدیمی و سستی یعنی قانون ماهوی محل انعقاد قرارداد که قاعده لاتین *locus regit actum* معرف آن است، حاکم است. این قاعده در داوری بین‌المللی نیز که در واقع یک قرارداد است به نحو وسیعی حتی در رابطه با شکل قرارداد داوری و نیز آیین دادرسی داوری مورد پذیرش واقع شده است (برای مثال در حقوق ایران رک. ماده ۲۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی مصوب ۱۳۷۶). با وجود این، قانونگذار ایران قاعده استقلال اراده را در قراردادهای به مفهوم مصطلح آن (قراردادهای تجاری بین‌المللی) نپذیرفته و به نحو آمرة به شرح ماده ۹۶۸ قانون مدنی به قضات تکلیف کرده است بدون توجه به انتخاب طرفین، صرفاً و بدو با کشف محل انعقاد قرارداد، قانون آن کشور را بر تعهدات ناشی از عقود و قراردادهای بین‌المللی مطروحه نزد آنان اعمال و اجرا کنند که البته این امر مجادلاتی را بین حقوقدانان موجب شده است.

شکلی اعتبار موافقتنامه داوری به منظور ارزیابی صحت یا سقم شرط داوری ضمنی و در نتیجه صلاحیت یا عدم صلاحیت خود اطلاع حاصل نماید، تعیین نکرده‌اند و از سوی دیگر، مقررات داوری اتاق تجارت بین‌الملل نیز که داوری حاضر از جهت مقررات حاکم بر آیین داوری تحت اشراف و حکومت آن در حال برگزاری است مقرر صریحی در این خصوص ندارد به ناچار جهت ارزیابی صلاحیت خود، بر ضرورت اعمال قانون مکان برگزاری داوری یعنی قانون داوری فدرال سوئیس (LDIP) به عنوان قانون جانشین متوسل شده است.

این استدلال دیوان البته با اسناد و کنوانسیون‌های بین‌المللی مرتبط با داوری انطباق تام دارد. توضیح قضیه آن است که به لحاظ تاریخی با توجه به ماهیت مرکب و پیچیده داوری، همواره انتخاب بین دو عنصر یا اصل مهم ارتباط دهنده داوری به قوانین ملی در کلیه اجزای آن مطرح بوده است: **اصل اول** که بر مبنای قراردادی داوری تأکید دارد با توجه به قانون استقلال اراده، قانون منتخب طرفین را که امروزه به عنوان یک قاعده و اصل، مورد قبول اکثریت قریب به اتفاق نظام‌های حقوقی ملی است، مبنای قرار می‌دهد. **اصل دوم** اما با لحاظ ماهیت دادرسی و شکلی داوری، مکان برگزاری آن را که معمولاً مکان اعلام و اصدار رأی نیز هست، توصیه می‌کند. البته باید توجه داشت که با توجه به اسناد و کنوانسیون‌ها و حتی قوانین مرتبط با داوری تجاری بین‌المللی، امروزه همگان پذیرفته‌اند که این دو عنصر ارتباطی در طول هم قرار دارند به این معنی که قانون مکان داوری غالب اوقات در فرض سکوت طرفین در رابطه با قانون حاکم بر شکل داوری و همچنین بر خود موافقتنامه داوری از جهت صحت و اعتبار آن، به عنوان قانون جانشین قابلیت اعمال دارد. در این رابطه، بند ۱ قسمت الف ماده ۵ کنوانسیون نیویورک ۱۹۵۸^۱ بدواً مقرر می‌دارد که بر خود موافقتنامه داوری قانون استقلال اراده حاکم است و مطابق قسمت ت همان ماده، آیین دادرسی داوری نیز ناشی از «قرارداد طرفین» قلمداد شده است. ولی، قانون مکان داوری در هر دو مورد صرفاً به عنوان جایگزین و در فرض فقدان هر گونه توافق، حاکم خواهد بود. در واقع، مکان داوری یا محل صدور رأی خصوصاً از این جهت در نظر گرفته شده است تا مشخص

۱. دولت جمهوری اسلامی ایران در سال ۱۳۸۰ الحاق خود را به این کنوانسیون و تعهد به اجرای مفاد آن اعلام کرده است.

کند که رأی صادره به همین اعتبار الزام‌آور است و در نتیجه، می‌تواند از مقررات کنوانسیون نیویورک به منظور قابلیت اجرایی خود در کشورهای دیگر منتفع شود. همین‌طور، برخی نظام‌های حقوقی ملی بدون تمایز بین داوری‌های کاملاً داخلی و بین‌المللی، مقررات خود را بر داوری‌هایی که در سرزمین آنها برگزار می‌شوند، اعمال می‌کنند. از آن جمله است بند ۱ ماده ۱۷۶ قانون فدرال سوئیس که در این خصوص مقرر داشته است: «مقررات این فصل [فصل ۱۲] بر هر داوری که مکان دیوان داوری در سوئیس واقع است و نیز به شرطی که یکی از طرفین در زمان انعقاد قرارداد داوری فاقد اقامتگاه و یا مکان سکونت معمولی در سوئیس هستند، اعمال می‌شود».^۱ در واقع، با تکیه بر همین قاعده یعنی جایگزینی قانون مکان داوری بر اراده اظهار نشده طرفین در خصوص قانون حاکم بر موافقتنامه داوری است که دیوان داوری در قضیه موضوع رأی حاضر بدون ذکر مستند موصوف و با بدیهی انگاشتن حکومت قانون فدرال و مشخصاً بند ۱ ماده ۱۷۸ که متضمن بیان شرایط شکلی موافقتنامه داوری یعنی مکتوب بودن آن است شرط داوری ضمنی را به دلیل عدم انطباق با مقرر موصوف رد کرده و به عدم صلاحیت خود در خصوص قرارداد فاقد شرط داوری اعلام رأی و نظر کرده است که البته کاملاً منطقی و قابل پذیرش است.

نکته‌ای که در اینجا شایان ذکر به نظر می‌رسد این است که قانونگذار ایران اگر چه در مواضع متعدد در قانون داوری تجاری بین‌المللی مصوب ۱۳۷۶ نفوذ اراده طرفین در خصوص قانون حاکم بر اجزای داوری یعنی آیین داوری (مواد ۱۰، ۱۱ و همچنین قسمت و بند ۱ ماده ۳۳)، موافقتنامه داوری (قسمت ب و قسمت و ماده ۳۳) و ماهیت دعوا (ماده ۲۷) را پذیرفته است لکن در فرض سکوت طرفین در خصوص قانون حاکم بر آیین داوری و بر خود موافقتنامه داوری^۲، قانون جایگزین را نه قانون مکان داوری بلکه قانون

۱. البته، قانونگذار سوئیس در بند ۲ همین مقرر فرضی را پیش‌بینی کرده است که طرفین حکومت قانون سوئیس را به نحو مکتوب استثنا کرده یا بر حکومت قواعد دادرسی کنکوردا در باب داوری توافق کرده‌اند.

۲. قانون مکان داوری (La loi du siege arbitral) که بنا بر نظریه طرفداران تئوری ماهیت قضایی داوری، در یک برهه زمانی نه چندان دور به نحو آمرانه بر کلیه اجزای داوری حتی بر ماهیت دعوا (ولو در فرض سکوت طرفین) حکومت داشت، امروزه با قاطعیت رد شده است، مگر آنکه طرفین صریحاً یا ضمناً بر اعمال آن توافق کرده باشند. به همین دلیل، قانونگذار ایران نیز منطبق با اسناد بین‌المللی و قوانین ملی ناظر بر داوری بین‌المللی، در فرض سکوت طرفین در رابطه با قانون حاکم بر ماهیت دعوا، قانونی را صالح دانسته است که داوران با توسل به قاعده حل تعارض مناسب، کشف و اعمال می‌کنند (بند ۲ ماده ۲۷ قانون سال ۷۶).

ایران (اعم از داوری و غیر آن) تکلیف و تعیین کرده است. این امر، اگر چه در فرض برگزاری داوری در ایران مشکلی از جهت درخواست اجرای رأی حاصل از آن از محاکم ایران ایجاد نمی‌کند چرا که در این فرض، قانون ایران همزمان قانون مکان داوری نیز هست.^۱ ولی، در فرضی که از محاکم ایران شناسایی و اجرای رأیی درخواست شود که مکان برگزاری داوری و صدور رأی موصوف کشور دیگری است در این صورت اجرای رأی یاد شده به دلیل امکان بروز تعارض بین مقررات قسمت ب و واو بند ۱ ماده ۳۳ قانون سال ۷۶ که اتفاقاً ناظر بر موارد ابطال رأی داوری بین‌المللی است^۲ و مقررات ماده ۵ کنوانسیون نیویورک (قسمت الف و ت) می‌تواند با مانع روبرو شود،^۳ البته به شرطی که رأی موضوع درخواست شناسایی و اجرا در سرزمین یکی از کشورهای عضو این کنوانسیون صادر شده باشد. برای مثال در فرضی که رأیی مبنی بر محکومیت در سوئیس با استناد به قانون داوری این کشور و در موضوعی صادر شود که مطابق

۱. با تصویب قانون داوری سال ۷۶ که از قانون نمونه آنسیترال اقتباس شده است چون قانونگذار بر خلاف مقررات قانون نمونه (بند ۲ ماده ۱)، قلمرو مکانی قانون مصوب را تعیین نکرده است در نتیجه این بحث بین حقوقدانان درگرفته است که با مسلّم بودن اعمال و شمول مقررات این قانون بر داوری‌های برگزار شده در ایران، آیا مقررات مزبور بر داوری‌هایی که مکان آن خارج از ایران است نیز قابل اعمال است یا خیر؟ به این معنی که آیا یکی از طرفین می‌تواند با استناد به این قانون از محاکم کشورمان انجام امری را (مثلاً صدور دستور موقت یا نصب داور) جهت مساعدت به داوری در حال برگزاری در خارج از ایران درخواست نماید؟ اکثریت معتقدند که با توجه به ماده ۶ قانون و سایر مستندات، چنین امری امکان‌پذیر نیست. برای اطلاع از این نظریات ر.ک: ۱. محمد جواد شریعت باقری، «آثار الحاق جمهوری اسلامی ایران به کنوانسیون نیویورک»، مجله حقوقی و قضایی دادگستری، شماره ۳۶، (پاییز ۱۳۸۰) صص ۴۹ و بعد به ویژه ص ۵۶؛ ۲. سیدجمال‌الدین سیفی، «قانون داوری تجاری بین‌المللی همسو با قانون نمونه داوری آنسیترال»، مجله حقوقی دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی، شماره ۲۳، (۱۳۷۷) ص ۳۵ و بعد. همچنین، ر.ک:

Hamid G. Gharavi, Le nouveau droit iranien de l'arbitrage commercial international, Rev. arb. 1999, p. 35.

۲. مطابق قسمت ب بند ۱ ماده ۳۳: رأی داوری به شرطی که «موافقتنامه داوری به موجب قانونی که طرفین بر آن موافقتنامه حاکم دانسته‌اند معتبر نباشد و در صورت سکوت حاکم [یعنی فقدان مقرر خاص در این قانون]، مخالف صریح قانون ایران [اعم از مقررات داوری و غیر آن] نباشد»، قابل ابطال است. همچنین، مطابق قسمت و همان ماده، رأی داوری در صورتی باطل است که: «ترکیب هیأت داوری یا آیین دادرسی مطابق موافقتنامه داوری [که منعکس کننده خواست و اراده طرفین در خصوص این موارد است] نباشد و یا در صورت سکوت [طرفین در موافقتنامه داوری] و یا عدم وجود موافقتنامه داوری، مخالف قواعد مندرج در این قانون نباشد.»

۳. مگر آنکه، حکم مقید در قانون ایران با حکم قانون مکان داوری متحد و یکسان باشد.

مقررات این کشور توجیه کننده صلاحیت داور به لحاظ شکلی است و محکوم^۱له با توجه به سهولت دسترسی به اموال و دارایی‌های محکوم^۲علیه (ایرانی یا خارجی)، شناسایی رأی صادره را از دادگاه‌های عمومی تهران درخواست کند در این صورت دادگاه‌های ایران در صورتی حکم به اجرای آن خواهند داد که موضوع با مقررات حقوق ایران خواه در رابطه با آیین داوری (مثلاً ترکیب و تعداد داوران یا نحوه انتخاب آنها) و خواه موافقتنامه داوری (مثلاً از جهت شرایط اعتبار شکلی آن) منطبق بوده و توجیه کننده صلاحیت دیوان داوری باشد و الا مطابق مقررات استنادی مورد بحث (ماده ۳۳) حکم بر بطلان رأی صادر خواهد شد. این در حالی است که مطابق قسمت ت بند ۱ ماده ۵ کنوانسیون نیویورک که قانون مکان داوری را به عنوان قانون جایگزین اراده طرفین هم بر آیین داوری و هم بر موافقتنامه داوری حاکم می‌داند، باید رأی مزبور مورد شناسایی قرار گرفته و حکم بر اجرای آن صادر شود. این امر البته یکی دیگر از موارد تعارض بین مقررات عهدنامه و قانون عادی در حقوق ایران است که به دلیل عدم پذیرش اصل تفوق معاهدات بر قوانین عادی^۱، قاضی ایرانی به حکم ماده ۹ قانون مدنی کماکان مکلف و ناچار است با توسل به روش حل تعارض داخلی قوانین و با توجه به ملاک‌های پذیرفته شده در این باب، تعارض پیش آمده را با ترجیح یکی از دو قانون معارض حل کند، مگر در موارد استثنایی که قانونگذار به طور موردی چنین تفوقی را پذیرفته باشد.^۲

۱. به نظر ما، در چنین مواردی، محاکم ایران باید به دو دلیل مقررات کنوانسیون نیویورک را بر مقررات داوری سال ۷۶ و سایر مقررات قانونی ترجیح دهند: اولاً، کنوانسیون همانند قانون سال ۷۶ خاص است و چون نسبت به این قانون و سایر قوانین مؤخر است بنابراین، نسخ آنها است. ثانیاً، به لحاظ تئوری، همان‌طور که حقوقدانان نیز بر آن تأکید دارند، مقررات کنوانسیون‌ها تعهدات بین‌المللی دولت‌ها و نشانگر اجماع جهانی در موضوع آنهاست و نباید به صرف تعارض با یک مقرره صرف داخلی کنار گذاشته شود، مگر آنکه در هر دو فرض، مقررات کنوانسیون‌ها مخالف نظم عمومی ایران باشند. برای ملاحظه یک نظر ابداعی در حقوق ایران مبنی بر تفوق مقررات معاهدات بر قوانین صرف داخلی بدون ضرورت ورود در بحث مربوط به روش حل تعارض داخلی قوانین، رک: محمد جواد شریعت باقری، «برتری معاهدات بین‌المللی نسبت به قوانین عادی»، مجله تحقیقات حقوقی دانشکده حقوق دانشگاه شهیدبهبشتی، شماره ۵۶، (زمستان ۱۳۹۰): صص ۲۷۹ و بعد.

۲. برای نمونه رک: ماده ۶۲ قانون جدید ثبت اختراعات، طرح‌های صنعتی و علائم تجاری مصوب ۸۶ برای ملاحظه سایر قوانینی که قانونگذار ایران مقررات معاهدات را بر آنها ترجیح داده است رک: محمد جواد شریعت باقری، پیشین، ص ۲۹۵ و بعد.

(ب) مکتوب بودن موافقتنامه داورى به عنوان تنها شرط شکلی اعطاکننده صلاحیت به داوران بین‌المللی (یک قاعده جهانی؟)

داور و به ویژه داور بین‌المللی نیز ممکن است همانند قاضی ملی با ایراد مربوط به صلاحیت روبرو شود.^۱ ایراد مزبور طیف متنوعی همچون خروج داور یا داوران از بی‌طرفی و استقلال یا خروج از حدود صلاحیت تعیین شده در قرارداد داورى و امثالهم را شامل شود. این قبیل ایرادات اما وقتی مطرح می‌شود که اصل صلاحیت داور یا داوران به دلیل وجود شرط داورى در قرارداد ماهوى، مفروض و مسلم است و صرفاً با عروض موارد یاد شده، قابلیت ذاتی داوران همانند آنچه در موارد رد دادرسی در حقوق‌های ملی می‌شناسیم، زیر سؤال می‌رود که البته قانونگذاران در داورى‌های ملی و بین‌المللی در این راستا تمهیدات و مقرراتی را تدارک دیده‌اند.^۲ در این میان

۱. دیوان‌های داورى به دلیل مبنای خصوصی دادرسی ناشی از آن، فاقد قواعد مربوط به صلاحیت به مفهوم مصطلح آن هستند. در واقع، در داورى اعم از ملی و بین‌المللی مدار اصلی در قضاوت و اصدار رأی، شخص داور است که صلاحیت خود جهت رسیدگی را از شرط داورى می‌گیرد. بنابراین، هر جا شخص داور یا داوران بنا به انتخاب طرفین دعوا یا سازمان داورى مربوط تشکیل جلسه دهند یک دیوان داورى شکل می‌گیرد که حوزه جغرافیایی آن صرفاً محدود به مکانی است که داوران در آنجا گرد آمده‌اند. بدین ترتیب، چون صلاحیت دیوان داورى تابع صلاحیت داور یا داوران است یک نوع تداخل و هماهنگی و بلکه یک نوع وحدت بین صلاحیت داور و دیوان داورى وجود دارد. به همین دلیل، برای نفی و رد صلاحیت دیوان داورى به مفهومی که از نظر گذشت لزوماً باید صلاحیت و قابلیت شخصی داور مورد سوال و ایراد قرار گیرد و آن زمانی است که بنا به صریح ماده ۱۲ قانون داورى تجاری بین‌المللی ایران «اوضاع و احوال موجود باعث تردیدهای موجهی در خصوص بی‌طرفی و استقلال ... [داور] شود» که از آن به جای اصطلاح «رد دادرسی» که در نظام‌های قضایی ملی معمول است، تحت عنوان جرح داور تعبیر می‌شود. این در حالی است که به دلیل ماهیت عمومی دادرسی ناشی از قضاوت ملی، به عنوان یک اصل مسلم پذیرفته شده است که صلاحیت قاضی قائم و وابسته به صلاحیت دادگاهی است که حوزه جغرافیایی مشخصی را تحت عنوان حوزه قضایی بخش و شهرستان به خود اختصاص داده است. صلاحیت موصوف، بنا بر اصل تخصصی بودن محاکم، سه نوع است: ذاتی، نسبی و محلی (مواد ۸۴ و ۱۱ به بعد قانون آیین دادرسی مدنی). بدین ترتیب، در نظام‌های ملی دادرسی دو نوع صلاحیت وجود دارد: صلاحیت دادگاه و صلاحیت قاضی که قانونگذار موارد رد وی را جدای از صلاحیت‌های دادگاه به شرح ماده ۹۱ قانون یاد شده احصا شده است. برای ملاحظه یک بحث مبسوط در خصوص صلاحیت قضات و داوران رک: محمد تقی عابدی، «صلاحیت قضایی و صلاحیت داورى (تحلیلی بر یک رأی صادره در مسئله صلاحیت)»، مجله حقوقی بین‌المللی، انتشارات ریاست جمهوری، شماره ۳۵، ۱۳۸۵: ۱۰۵ به بعد.

۲. در حقوق ایران در داورى‌های ملی رک: به ویژه مواد ۴۶۹ و ۴۷۰ قانون آیین دادرسی مدنی و در داورى‌های بین‌المللی ماده ۱۲ قانون داورى تجاری بین‌المللی مصوب ۱۳۷۶.

ممکن است در مواردی، خواه صحت و اعتبار شرط داوری با ادعای فقدان شرایط شکلی یا ماهوی لازم و خواه اصل صلاحیت داور مواجهه با ایراد شود و آن در فرضی است که ادعا شود شرط داوری به عنوان شرط اعطاکننده صلاحیت اساساً وجود ندارد. در واقع، آنچه در قضیه حاضر اتفاق افتاده است فرض اخیر یعنی ایراد خواننده^۱ بر فقدان شرط داوری در یکی از قراردادهای چهارگانه منعقد بین X و Z و در نتیجه عدم صلاحیت داور در رسیدگی به اختلاف بین خود (به عنوان جایگزین Z) و خواهان X است و همانطور که ملاحظه کردیم دیوان داوری فقط به احراز وجود یا عدم وجود شرط داوری به عنوان شرط اعطا کننده صلاحیت بسنده نکرده است بلکه با توجه به ادعای خواهان مبنی بر وجود یک شرط داوری ضمنی ناشی از رویه مرسوم بین طرفین اصلی قرارداد، به مناسبت مجبور شده است به بررسی شرایط شکلی اعتبار موافقتنامه داوری بین المللی به منظور ارزیابی صلاحیت خود بپردازد.

بدین منظور، دیوان داوری بدواً بر این امر متمرکز شده است که آیا شرط داوری ضمنی و غیر مکتوب جهت توجیه صلاحیت دیوان داوری توجهاً به رویه مألف و همیشگی طرفین در ارجاع اختلافات ناشی از قراردادهای تجاری خود به داوری، کافی است یا خیر و برای پاسخ به این سؤال، با استمداد از بند ۱ ماده ۱۷۸ قانون فدرال سوئیس به عنوان قانون مکان داوری به این جمع بندی می رسد که به لحاظ شکلی موافقتنامه داوری وقتی موجود و صحیح است که در قالب یک سند و متن مکتوب قابلیت ارجاع و استناد داشته باشد. این سند می تواند از یک متن ممضی به امضای طرفین (مانند قرارداد تجاری حاوی یک شرط داوری و نیز مبادله نامه) به عنوان فرد اجزای سند شروع و به اشکال خاص ارتباطی همانند تلگرام، تلکس، فکس و سایر وسایل مدرن ارتباطی دیجیتالی مانند ایمیل و امثالهم که قابلیت یک سند و متن مکتوب را ارائه می کنند، ختم شود و از همین جا نتیجه می گیرد که بنابراین، شرط داوری ضمنی به دلیل فقدان مظهر خارجی (سند) نمی تواند توجیه گر صلاحیت داوران جهت حل و فصل اختلاف ناشی از چنین قرارداد تجاری باشد.

مقبولیت و شیوع شرط شکلی موصوف یعنی مکتوب بودن قرارداد داوری بین المللی در قوانین ملی و اسناد و کنوانسیون های بین المللی به حدی است که یک دکترین معتبر آن را قاعده جهانی اعلام کرده است.^۱ برای نمونه، مطابق قسمت اول ماده ۲ کنوانسیون

1. Cf. P. Mayer, L'autonomie de l'arbitre international dans l'appréciation de sa propre compétence, Recueil des Cours, La Haye, t. 217, 1989, pp. 319 s.

نیویورک ۱۹۵۸: «هر دولت متعاهد موافقتنامه کتبی را مورد شناسایی قرار خواهد داد که به موجب موافقتنامه مزبور طرفین متعهد شده‌اند تمام یا بعضی اختلافات موجود یا محتمل الوقوع بین خود را که مربوط به رابطه حقوقی مشخص اعم از قراردادی یا غیر قراردادی بوده و قابل حل و فصل از طریق داوری است، به داوری ارجاع نمایند». همچنین بند ۲ ماده ۷ قانون نمونه آنسیترال در این رابطه مقرر داشته است: «موافقتنامه داوری باید مکتوب باشد. یک موافقتنامه وقتی مکتوب محسوب می‌شود که در قالب سندی به امضای طرفین رسیده یا طی مبادله‌نامه، تلکس، تلگرام یا دیگر اشکال ارتباطی بر وجود موافقتنامه داوری دلالت کند...». سرانجام، ماده ۱۰۲۱ قانون داوری هلند مقرر می‌کند: «قرارداد داوری با کتبی بودن آن اثبات و ارائه می‌شود. در این راستا، کافی است یک سند مکتوب که رجوع به داوری را پیش‌بینی کرده است موجود بوده یا به شرایط عمومی ارجاع دهد که متضمن شرط داوری است، مشروط بر آنکه سند موصوف به طور صریح یا ضمنی توسط طرف دیگر قرارداد یا به نام وی پذیرفته شده باشد».

با وجود این، در حقوق داخلی اغلب کشورها قاعده موصوف در رابطه با داوری‌های ملی پذیرفته نشده است چرا که برای نمونه، در حقوق ایران با توجه به اصل کلی حاکم بر صحت و اعتبار قراردادهای داوری ملی نیز از آن مستثنی نیست، توافق بر داوری به صورت شفاهی و غیر مکتوب نیز در فرض اثبات آن صحیح و الزام‌آور است. بدین ترتیب، علت وجودی لزوم مکتوب بودن شرط داوری بین‌المللی را باید در طبیعت قراردادهای تجاری بین‌المللی جستجو کرد که درواقع بستری برای توسعه و ترویج داوری‌های بین‌المللی است.^۱ به عبارت روشن‌تر، این قاعده در داوری‌های بین‌المللی از آن جهت پذیرفته شده است که تجارت بین‌الملل جهت رشد و شکوفایی آن که امری حیاتی در توسعه اقتصادی کشورها است به نسبت تجارت ملی به قواعدی سهل و سریع‌الاثبات نیازمند است و مکتوب بودن قرارداد داوری با توجه به اثبات سریع و کم‌دردسر آن، منظور یاد شده را به خوبی تأمین و برآورده می‌سازد. قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران نیز به

۱. در جای خود ثابت است که رمز استقبال از داوری به عنوان مکانیسم حل و فصل دعاوی و اختلافات ناشی از قراردادهای تجاری بین‌المللی آن است که در فرض عدم توافق طرفین به حاکمیت و صلاحیت محاکم یکدیگر به عنوان مرجع حل و فصل اختلافات محتمل‌الوقوع، این مکانیسم معمولاً به عنوان تنها گزینه اقناع‌آور مطرح می‌شود.

تبعیت از قانون نمونه آنسیترال ظاهراً همین قاعده را البته با حذف صدر عبارت^۱ پذیرفته است که البته علت آن معلوم نیست ولی می‌تواند مجادلاتی را در خصوص صحت پذیرش قاعده در حقوق ایران موجب شود. در این میان، حقوق داوری بین‌المللی فرانسه یک استثنای مهم بر قاعده مورد بحث به شمار می‌رود چرا که حقوق مزبور اساساً چنین شرطی را در داوری‌های بین‌المللی مقرر نکرده است و بدین ترتیب، نظام آزادتری را نسبت به قوانین سایر کشورها و نیز اسناد بین‌المللی پذیرفته است به این معنا که با عدم تعرض به قاعده موصوف، به طور کلی کلیه انواع شروط مانند شرط داوری شفاهی، ضمنی، نیمه صریح و احاله شده به یک سند حاوی شرط داوری را مورد پذیرش قرار داده است.^۲

ج) عدم ضرورت امضای سند موضوع موافقتنامه داوری بین‌المللی به عنوان یک شرط شکلی الزام‌آور

همان طور که ملاحظه کردیم، دیوان داوری پس از ذکر بند ۱ ماده ۱۷۸ قانون فدرال سوئیس به عنوان قانون حاکم بر موافقتنامه داوری که مقرر می‌دارد: «در رابطه با شکل، قرارداد داوری وقتی معتبر است که به نحو مکتوب، تلگرام، تلکس، فکس (تله کپیور) یا هر وسیله ارتباطی دیگر که این امکان را فراهم می‌آورد که از آن به عنوان یک متن تعبیر و استنتاج شود، منعقد شده باشد»، بلافاصله با استناد به دکتترین معتبر این کشور^۳ بر این امر تأکید کرده است که علیرغم الزام مربوط به ناشی شدن قرارداد داوری بین‌المللی از یک سند یا متن به عنوان یک شرط حداقلی، قانون موصوف شرط و فرم خاصی را در رابطه با شکل خود سند تکلیف نمی‌کند.^۴ این امر البته در مقایسه با ماده ۶ کنکوردای سوئیس گشایش و انعطاف قابل ملاحظه و مهمی را در خصوص شرایط شکلی موافقتنامه داوری ایجاد کرده است. چه، مقررات اخیر وجود یک متن مکتوبی را که لزوماً باید به امضای طرفین رسیده باشد شرط اعتبار قرارداد داوری اعلام کرده است. بدین ترتیب، بند ۱ ماده ۱۷۸ مرقوم و متون مشابه از قبیل بند ۲ ماده ۷ قانون نمونه آنسیترال و به تبع آن ماده ۷ قانون داوری

۱. ر.ک: ماده ۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران که البته با حذف عبارت صدر بند ۲ ماده ۷ قانون نمونه آنسیترال یعنی جمله «موافقتنامه داوری باید مکتوب باشد»، بقیه عبارت را عیناً اخذ و اقتباس کرده است.

2. Cf. Fouchard, JDI, 1982, p. 385; Bellet et Mezger, JDI, 1981, p. 611; Boissesson, Droit de l'arbitrage interne et international francais, n. 572.

3. P. Lalive, J.-F. Poudret, C. Reymond, Le droit de l'arbitrage intern et international en Suisse, 1989, ed. Payot Lausanne, n. 9, p.318.

4. Ibid, n. 9, p.318.

تجاری بین‌المللی ایران، صرف مکتوب بودن قرارداد داوری بین‌المللی را بدون ضرورت امضای آن کافی دانسته است بدین توضیح که علاوه بر ذکر اشکال سنتی انعقاد موافقتنامه داوری مانند شرط داوری و مبادله‌نامه که معمولاً ممضی به امضای طرفین و مصداق بارز سند به مفهوم سنتی آن به شمار می‌روند مضافاً، با یک احصای تمثیلی و نه حصری، تلگرام و تلکس و پیام ارسالی با فکس یا هر وسیله ارتباطی دیگری را نیز که اثر مادی از خود برجای می‌گذارند به عنوان اشکال دیگر موافقتنامه داوری مورد پذیرش قرار داده و هر دو گروه را به عنوان سند در یک سطح برابر قرار داده است.^۱ به عبارت روشن‌تر، قید تلگرام، تلکس و فکس و وسایل ارتباطی مشابه آن به عنوان مصادیق موافقتنامه داوری در مقررات یاد شده که بنا بر طبیعت این ابزار و وسایل، فاقد امضای دست‌نویس هستند به این مفهوم است که امضای سند و متن دال بر وجود قرارداد داوری ضرورت قانونی نداشته و به اعتبار آن لطمه وارد نمی‌کند.^۲ ولی، این امر توجهاً به بند ۲ ماده ۲ کنوانسیون نیویورک که همانند ماده ۶ کنکوردا شرط رسمی و مضیقی را برای موافقتنامه داوری مقرر می‌کند ممکن است در عمل مشکلاتی را به ویژه به هنگام اجرای رأی داوری خارجی در کشورهای عضو کنوانسیون مزبور ایجاد نماید. به همین دلیل، بحث جداگانه‌ای را به شرح زیر به آن اختصاص داده‌ایم.

د) امکان رفع تعارض و جمع بین ماده ۲ کنوانسیون نیویورک مورخ ۱۹۵۸ و سایر متون قانونی ناظر بر شرایط شکلی در خصوص امضای موافقتنامه داوری بین‌المللی

موضوعی که دیوان داوری در قضیه حاضر به دلیل کفایت دلایل مربوط به عدم اعتبار شرط داوری ضمنی و در نتیجه عدم صلاحیت خود ضرورتی جهت ورود به آن ندیده است ولی در کلیت بحث مربوط به شرایط سند موضوع موافقتنامه داوری از اهمیت بسزائی برخوردار است. تعارض بین سایر متون قانونی مورد بحث در باب شرایط شکلی اعتبار

۱. به نظر می‌رسد بند ۲ ماده ۷ قانون نمونه آنستیرال نیز که منبع مورد اقتباس قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران بوده است به نوبه خود از این ابداع قانونگذار سوئیس اقتباس و الهام گرفته است.

۲. مضافاً، در بند ۲ ماده ۱۷۶ و همچنین ماده ۱۹۲ قانون فدرال سوئیس از همین واژه یعنی متن مکتوب استفاده شده است. برای مثال، مطابق بند ۲ ماده ۱۷۶: «مقررات فصل حاضر در فرضی که طرفین به طریق مکتوب اعمال آن را طرد و رد کرده باشند، اعمال نخواهد شد...»

موافقتنامه داوری بین‌المللی یعنی بند ۱ ماده ۱۷۸ قانون فدرال سوئیس و بند ۲ ماده ۷ قانون نمونه آنسیتال و مآلاً ماده ۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران از یک‌سو و بند ۲ ماده ۲ کنوانسیون نیویورک است که دولت جمهوری اسلامی ایران نیز با توجه به الحاق خود به آن، در مقابل دولت‌های عضو دیگر به مفاد آن متعهد است. مطابق مقرر اخیر: «اصطلاح موافقتنامه کتبی شامل شرط داوری ضمن قرارداد یا موافقتنامه داوری امضا شده توسط طرفین یا گنجانده شده در نامه‌های مبادله شده یا تلگراف‌های مخابره شده خواهد بود». بدین ترتیب، این سؤال مطرح می‌شود که انعطاف و گشایش مورد بحث در شکل سند در متون قانونی مورد اشاره که مشعر بر عدم ضرورت امضای آن توسط طرفین است آیا در مواجهه با بند ۲ ماده ۲ کنوانسیون نیویورک رنگ نمی‌بازد؟ چه، همان طور که ملاحظه کردیم مقرر اخیر نسبت به متون پیش‌گفته بسیار رسمی و مضیق به نظر می‌رسد چرا که این مقرر فقط مصادیق سنتی سند یعنی شرط داوری ضمن قرارداد اصلی و همچنین موافقتنامه مستقل داوری یا گنجانده شده ضمن نامه‌ها و تلگرام‌های مورد تبادل بین طرفین را که معمولاً به نحوی حاوی امضای طرفین است بیان کرده است و تصریح یا اشاره‌ای به سایر وسایل ارتباطی مدرن نظیر تلکس، فکس و امثالهم نکرده است و همان طور که پیشتر گفتیم این ابزار و وسایل ارتباطی، صرفاً امکان ارائه مستند داوری در قالب یک متن مکتوب و نه بیشتر را فراهم می‌آورند.^۱

بدین ترتیب، با توجه به امکان بروز تعارض داخلی قوانین نزد قضات ملی کشورهای عضو کنوانسیون به ویژه قاضی ایرانی به هنگام مواجهه با آرایه‌ای که درخواست شناسایی و اجرای آرای داوری خارجی از آنها شده است لازم است قلمرو اعمال هر یک از دو متن قانونی معارض تحدید و معلوم شود. به عبارت روشن‌تر، باید مشخص شود کدام یک از دو متن باید

۱. آقای لالیو با تأکید بر تعارض موجود بین دو متن مورد بحث، به یک رویه دیوان فدرال سوئیس در قضیه (Tracomina c. Sudan Oil Seeds Co, ATF 111 Ib 253) اشاره کرده است که طی آن دیوان مرقوم «در یک تفسیر تئولوژیک از ماده ۲ کنوانسیون... تلکس را به یک تلگرام تشبیه کرده است و بدین‌وسیله یک رویه قضایی کانتونال سابق را تأیید کرده است». ولی، نویسنده مزبور بلافاصله و به درستی اعلام کرده است که «دو مقرر موصوف به نحو آشکار از این محدوده‌های مبتنی بر تشبیه تلکس به تلگرام فراتر رفته است. [چه]... در حالی که ماده ۲ کنوانسیون یک مبادله‌نامه یا تلگرام را ضروری می‌داند... بند ۱ ماده ۱۷۸ و بند ۲ ماده ۷ مرقوم صرفاً از انعقاد قراردادی صحبت می‌کند که لزوماً تحت یکی از اشکال احصا شده در این دو متن باشد» برای اطلاع بیشتر ر.ک: منبع پیشین، حقوق داوری ملی و بین‌المللی در سوئیس، شماره ۶، ص ۳۱۶.

بر دیگری ترجیح داده شود: ترجیح ماده ۲ کنوانسیون به این معنا خواهد بود که علاوه بر مکتوب بودن موافقتنامه، امضا نیز یکی دیگر از شرایط اساسی صحت اعتبار آن است به طوری که در فرض فقدان امضا که به منزله فقدان صلاحیت داور در رسیدگی و صدور رأی است، قاضی از شناسایی و اجرای رأی در چارچوب نظام قضایی ملی خود امتناع خواهد کرد. برعکس، ترجیح متون مورد بحث به مفهوم عدم ضرورت امضا و در نتیجه صحت قرارداد داوری در کلیه مصادیق آن و در نتیجه، لزوم صدور دستور اجرای آن است. با وجود این، نباید فراموش کرد که بحث مربوط به ترجیح یا عدم ترجیح ماده ۲ کنوانسیون نیویورک ارتباط مستقیم با تشخیص مخاطبان این مقرره از این جهت دارد که آیا مخاطب آن فقط دولت‌ها و بالطبع، محاکم آنها هستند یا اینکه داوران نیز حسب مورد می‌توانند مخاطب داوران بین‌المللی قرار گیرند؟

ملاحظه آثار تئوریک اختصاص یافته به این امر، نشانگر آن است که در حقوق داوری بین‌المللی عقاید در این خصوص متشتت است. آقای وان دن برگ^۱ و دیگران^۲ به خوبی این اختلاف نظر را منعکس کرده‌اند. اجمالاً، خاطر نشان می‌سازد که دو عقیده کاملاً متناقض در خصوص محدوده اعمال مقرره موصوف ارائه شده است: مطابق نظر اول، ماده ۲ کنوانسیون (بند ۲) صرفاً در فرض مقید در بند ۳ همان مقرره یعنی استثنای مربوط به داوری در مقابل محاکم^۳ و همچنین در فرض مقید در ماده ۵ آن یعنی اجرای رأی داوری قابل اعمال و اجرا است. به عبارت دیگر، نظریه موصوف مبتنی بر این دیدگاه است که مخاطبان قاعده مقید در بند ۲ ماده ۲ مرقوم از یک سو دولت‌های عضو کنوانسیون و زمانی است که یکی از اصحاب دعوا جهت نفی صلاحیت دادگاه‌های این دولت‌ها به شرط داوری فی‌مابین خود و طرف دیگر دعوا استناد می‌کند و از سوی دیگر، مقامات و مراجع کشوری است که از آنان شناسایی و اجرای یک رأی داوری درخواست شده است. نتیجه آنکه، بند ۲ ماده ۲ کنوانسیون بر هیچ

1. Albert Jan van den Berg, *The New Yourk Arbitration Convention of 1958, towards a uniform judicial interpretation*, Kluwer law and taxation publishers, Asser Institute the Hague, Kluwer law and Taxation Publishers, Amsterdam, 1981, pp.188 et s.

2. P. Lalive, J.-F. Poudret, C. Reymond, *Ibid*, pp. 31-318, n. 6-9. Cf. également: Ph. Fouchard, *L'arbitrage commercial international*, p. 82.

۳. بند ۳ ماده ۲: «دادگاه یک دولت متعاهد در هنگام رسیدگی به دعوایی که طرفین در خصوص موضوع آن دعوا موافقتنامه‌ای را به مفهوم این ماده [ماده ۲] منعقد کرده باشند، بنا به تقاضای یکی از آنان موضوع را به داوری ارجاع خواهد داد مگر آنکه رأی دهد که موافقتنامه مزبور باطل، کان لم یکن و بی اعتبار یا غیر قابل اجرا است».

یک از قاضی ناصب^۱ و داور (به ویژه هنگامی که در رابطه با صلاحیت خود رأی می‌دهد^۲)، تحمیل نمی‌شود، ضمن آنکه خود کنوانسیون نیز «متضمن هیچ مقرره یا نشانه‌ای»^۳ دال بر اعمال مقررره مورد بحث توسط داوران نیست.

در مقابل، نظر دوم بر آن است که بند ۲ ماده ۲ کنوانسیون در داوری نیز قابل اعمال بوده و داوران مجبورند مفاد آن را در نظر بگیرند چرا که داور یا داوران جهت تشخیص این امر که آیا قانوناً در مقابل محاکم ملی صلاحیت دارند یا خیر، ناچارند شرایط اعتبار رسمی موافقتنامه داوری به شرح بند ۲ ماده ۲ را که امضای مستقیم یا غیر مستقیم موافقتنامه داوری از جمله این شرایط است، مدنظر و توجه قرار دهند. اعتقاد به نظر اخیر به این مفهوم خواهد بود که ماده ۲ کنوانسیون نیویورک قاعده متحدالشکلی را ایجاد می‌کند که در کلیه مسائل مربوط به داوری بین‌المللی باید بر حقوق ملی حاکم و ترجیح داده شود.^۴

هر چند باید بر آن بود که با توجه به زمان تدوین کنوانسیون نیویورک، وسایل جدید ارتباطی نظیر فکس و امثالهم -که با توجه به مسائل فنی مرتبط از جمله امضای دیجیتال که امر اثبات قضایی داده پیام‌رسانی از طریق این تکنیک‌های مدرن را به دلیل پذیرش و اعتبار آنها از سوی قانونگذاران تضمین و تسهیل می‌کنند- هنوز ابداع نشده بود و در نتیجه تدوین کنندگان آن صرفاً به موارد سنتی موافقتنامه داوری تصریح کرده‌اند (موافقتنامه، مبادله‌نامه و تلگرام) و به همین دلیل متون قانونی نظیر بند ۱ ماده ۱۷۸ قانون فدرال سوئیس با افزودن تکنیک‌های جدید ارتباطی، این نقیصه را جبران کرده و موافقتنامه داوری به طریق وسایل ارتباطی جدید را نیز علیرغم فقدان امضای دست‌نویس ذیل آنها معتبر تلقی کرده‌اند مع‌الوصف، پذیرش نظریه اول که ظاهراً آقای لالیو و همفکرانش طرفدار آن هستند به این معنی خواهد بود که آراء داوری که بر مبنای یک قرارداد داوری منطبق با شرایط بند ۱ ماده ۱۷۸ و نه بند ۲ ماده ۲ کنوانسیون صادر شده‌اند در کشورهایی که حقوق داخلی آنها نیز مانند ماده ۲ مرقوم شرایط مضیق و رسمی را برای اعتبار موافقتنامه داوری مقرر می‌کنند، از مزیت مربوط به شناسایی بین‌المللی آراء داوری

۱. در حقوق داوری بین‌المللی ایران رک. بند ۴ ماده ۱۱ قانون سال ۷۶ و در حقوق سوئیس بند ۳ ماده ۱۷۹ قانون فدرال.

۲. در حقوق داوری بین‌المللی ایران رک. ماده ۱۶ قانون سال ۷۶ و در حقوق سوئیس ماده ۱۸۶ قانون فدرال.

3. A. Jan van den Berg, *Ibid*, p. 188.

4. A. Bouchers, *Arbitrage international*, p. 47 sq n. 117 s. cite par P. Lalive, J.-F. Poudret, C. Reymond, *op. cit.*, n. 7, p. 317.

موضوع مواد ۳ الی ۵ کنوانسیون محروم خواهند شد. مفهوم این سخن آن است که با توجه به ماده ۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران که همانند قانون فدرال سوئیس، وسایل ارتباطی جدید را مورد پذیرش قرار داده است تعارض مرقوم در حقوق ایران منتفی است. در واقع، این یک نوع جمع بین دو حکم به ظاهر متعارض است که اولی و مناسب‌تر از طرد و رد شمرده شده است: الجمع مهما امکن اولی من الطرح. به عبارت دیگر، در حقوق داوری بین‌المللی ایران ماده ۷ مرقوم در واقع مکمل بند ۲ ماده ۲ کنوانسیون نیویورک و پوشش دهنده آن در مواردی است که توافق بر داوری به طریقی غیر از طرق سنتی (شرط داوری، مبادله‌نامه و تلگرام) یعنی با وسایل ارتباطی جدید صورت گرفته باشد. در نتیجه، رأی داوری که بر مبنای اشکال جدید انعقاد موافقتنامه داوری و البته فاقد امضای دست‌نویس صادر شده است مستنداً به ماده ۷ مورد اشاره قابلیت اجرا خواهد داشت.

ه) توافق بر داوری به طریق ارجاع و احاله به یک متن حاوی شرط داوری بین‌المللی

دیوان داوری پس از تصریح به شرایط شکلی موافقتنامه داوری همچون مکتوب بودن و البته عدم ورود به بحث مربوط به ضرورت امضای آن توسط طرفین مطابق قوانین بعضی کشورها بنا بر آنچه در بحث قبلی از نظر گذشت، به تبعیت از دکترین معتبر، سؤال و فرض دیگری را مطرح و درصدد پاسخ بر آن برآمده است و آن صحت یا سقم شرط داوری به طریق ارجاع و احاله است. منظور این است که طرفین قرارداد تجاری ضمن قرارداد خود به متن و سندی ارجاع و احاله دهند که آن سند حاوی یک شرط داوری است. سؤال موصوف از آنجا ناشی می‌شود که در تجارت بین‌الملل بسیار مرسوم و متداول است که قراردادهای تجاری منعقد را با یک ارجاع کلی تابع شرایط عمومی پیمان‌ها و یا قراردادهای نمونه و یا حتی شروط مقید در قراردادهایی قرار می‌دهند که معمولاً حاوی یک شرط داوری هستند، مانند ارجاع بارنامه‌های دریایی به قیود و شروط مقررات دریایی^۱ یا ارجاع قراردادهای پایین‌دستی به شرایط عمومی قرارداد منعقد با پیمانکار اصلی که نوعاً حاوی شرط داوری هستند. بنابراین، سؤال این است که اگر سندی که بدین ترتیب به آن ارجاع و احاله شده است حاوی یک شرط داوری باشد آیا این

شرط طرفین را مأخوذ و ملزم می‌کند یا خیر؟ روشن است که بحث ما در اینجا یک بحث ماهوی یعنی کفایت یا عدم کفایت ارجاع به متنی با این ویژگی نیست بلکه یک بحث کاملاً شکلی و به این معنا است که آیا شرط داوری به طریق ارجاع و احاله الزامات قانونی مقید در متون قانونی مورد بحث یعنی بند ۱ ماده ۱۷۸ قانون فدرال سوئیس، بند ۲ ماده ۷ آنسیترال، ماده ۲ کنوانسیون نیویورک و نهایتاً ماده ۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران را که مبین شرایط و مصادیق موافقتنامه داوری به شرح پیش گفته است، برآورده می‌سازد و در نتیجه معتبر است یا خیر؟

پاسخ به این سؤال بسته به اینکه امضای ذیل موافقتنامه نیز به عنوان یک شرط شکلی الزامی است یا خیر، ممکن است از یک کشوری به کشور دیگر تفاوت کند. در نظام‌های حقوقی که امضای طرفین ذیل قرارداد داوری مکتوب را لازم می‌دانند مانند ماده ۶ کنکوردای سوئیس، چون امضای متنی که بدان ارجاع و احاله شده است منطقاً منتفی است بنابراین، پذیرش احاله غالباً موجب مشکل و بلکه مستحیل است. ولی، در نظام‌هایی که صرف مکتوب بودن بدون ضرورت امضا را شرط اعتبار موافقتنامه داوری بین‌المللی می‌دانند مانند متون قانونی مورد اشاره، ظاهراً مشکلی بروز نمی‌کند. چه، همان طور که دیوان داوری نیز صریحاً اعلام کرده است برای نیل بدین منظور، کافی است سندی که حاوی ارجاع و احاله است و همچنین سندی که موضوع احاله است هر دو ویژگی یک متن را داشته باشند.^۱

با وجود این، آنچه در توافق بر داوری به طریق ارجاع و احاله و مقبولیت آن باید مشخص شود این است که آیا در متن حاوی ارجاع و احاله باید صریحاً ذکر شود سندی که موضوع ارجاع و احاله است متضمن یک شرط داوری است یا اینکه یک ارجاع در قالب الفاظ عام کفایت می‌کند؟ مثلاً به این نحو: «ما به شما این مقدار کالا را در قبال فلان مبلغ و مطابق شرایط مقید در فلان قرارداد یا مطابق شرایط عمومی خودمان می‌فروشیم». پاسخ به این سوال به تحلیل ماهیت شرط داوری و رابطه آن با قرارداد اصلی بستگی دارد به این معنا که باید معلوم و مشخص شود شرط داوری ضمن قرارداد اصلی آیا یک قرارداد خاص و

۱. همان طور که ملاحظه کردیم، دیوان داوری نیز در رابطه با سؤال مطروحه همین پاسخ را داده است: «در مقرر موضوع ماده ۱۷۸ LDIP، کافی است قراردادی که حاوی ارجاع و احاله است و همچنین سندی که قرارداد موصوف به آن ارجاع داده است، هر دو ویژگی یک متن را داشته باشند».

تمایز است یا اینکه صرفاً واجد ماهیت و هدفی متفاوت از ماهیت قرارداد اصلی است؟ دکترین و رویه قضایی از اصل استقلال شرط داوری از قرارداد اصلی آنچنان دفاع کرده است که بعضاً موجب این ایده و توهم شده است که شرط داوری^۱ نیز همانند قرارداد مستقل داوری^۲ یک قرارداد کاملاً مستقل و جداگانه است. چنین چیزی البته صحت ندارد: اگر شرط داوری واقعاً قراردادی مستقل و جدای از قرارداد اصلی است پس اعلام استقلال^۳ آن بی‌فایده است! صحیح این است که بگوییم شرط داوری هر چند جزئی از قرارداد اصلی است ولی هدف و موضوع آن با شروط قراردادی دیگر مقید در قرارداد اصلی متمایز بوده و به نحو مستقل موضوع یک وضعیت حقوقی خاص است تا بدین‌وسیله از گره خوردن سرنوشت آن به سرنوشت قرارداد اصلی به ویژه از جهت قانون حاکم بر هر یک از آن دو اجتناب شود.

توضیح قضیه این است که با تلقی شرط داوری به مثابه قیدی همانند قیود دیگر قراردادی، این امکان همیشه وجود دارد که با توجه به وجود تبعی و وابسته آن، در صورت بطلان و بی‌اعتباری قرارداد اصلی، شرط داوری ضمن آن نیز با توجه به نظریه عمومی شروط ضمن عقد باطل و بی‌اعتبار شود. از سوی دیگر، پیوند دادن سرنوشت قرارداد داوری به قانون حاکم بر قرارداد اصلی، امنیت حقوقی لازم در تداوم معاملات بازرگانی را با خطر جدی مواجه خواهد کرد. برای پیشگیری از این خطر است که دکترین، نیاز به وجود اصل و قاعده‌ای را مطرح کرد که مبنا و منبع اعتبار و موجودیت قرارداد داوری باشد. آقای آنسل، علل چنین تأسیسی را به خوبی بیان کرده است:

1. Clause compromissoire

۲. در واقع یکی از طرق ارجاع اختلافات به داوری، موسوم به قرارداد مستقل داوری یا Compromis است و منظور از آن این است که طرفین پس از بروز اختلاف طی قراردادی که مستقل از قرارداد ماهوی و اصلی است توافق می‌کنند حل اختلاف ناشی از قرارداد اصلی از طریق داوری اعم از موردی یا سازمانی صورت گیرد. در واقع، چون این طریق ارجاع اختلاف به داوری بر خلاف شرط داوری که قبل از بروز اختلاف، ضمن قرارداد اصلی درج و قید می‌شود از این جهت به همین عنوان شهرت یافته است و الا حتی در مورد شرط داوری (Clause compromissoire) در مواردی طرفین ممکن است در زمان انعقاد و امضای قرارداد اصلی نسبت به نحوه حل و فصل اختلافات احتمالی هیچ گونه توافقی نکرده‌اند ولی متعاقباً، قبل از اجرای قرارداد اصلی یا ضمن اجرای آن، طی قرارداد دیگر که آن نیز مستقل از قرارداد اصلی است به توافق می‌رسند اختلاف احتمالی آینده را به داوری رجوع کنند.

3. Autonomie de la clause compromissoire

«برای تأمین و تضمین امنیت یاد شده، لازم است شرط داوری نتواند به هر مناسبت و علتی زیر سؤال برود؛ لازم است حمایت حقوقی خاصی برای این قرارداد خاص ایجاد شود تا اعتبار و تأثیر آن تضمین شود، تأثیری که در صورت فقدان موجب می‌گردد داوری بین‌المللی به همان مشکلات و اتفاقات مربوط به یک دادرسی قضائی بین‌المللی مبتلا شده و از طرفین دعوا و اختلاف ارائه یک بحث مقدماتی طولانی در خصوص وجود و اعتبار قرارداد داوری از دیدگاه و منظر نظام‌های حقوقی دخیل در قضیه درخواست شود، که البته این امر به نوبه خود به عنوان یک ضرورت مقدماتی مقتضی بحثی پیرامون حقوق حاکم بر قرارداد داوری است...»^۱

اینجاست که اصل استقلال شرط داوری از قرارداد اصلی که ناظر بر تفاوت حقوق حاکم بر هر یک از این دو قرارداد است می‌تواند پاسخگوی دل‌مشغولی‌ها و نگرانی‌های مورد اشاره باشد. در واقع، انفکاک و استقلال مزبور این امکان را برای شرط داوری فراهم می‌آورد تا به مثابه تعهدی باشد که در رابطه با اعتبار یا عدم اعتبار خود از قانونی غیر از قانون حاکم بر قرارداد اصلی که نوعاً قانون استقلال اراده است، تبعیت کند.

هر چه باشد، این تمایز و استقلال در هدف نمی‌تواند لزوم تصریح به شرط داوری در قرارداد حاوی ارجاع و احاله به همان اشکال مقید در متون قانونی مورد بحث را توجیه کند. چه، در حالی که حقوق قراردادهای به نحو وسیعی ارجاع و احاله به شرایط عمومی قراردادهای و همچنین قراردادهای نمونه و غیره را که بعضاً حتی نسبت به شرط داوری از نظر اقتصادی واجد اهمیت بسیاری است،^۲ می‌پذیرد بنابراین، دلیلی ندارد که شروط داوری را از این قاعده مستثنی کنیم. در ارتباطات بین‌المللی به ویژه در قراردادهای تجاری در مفهوم وسیع آن و نیز در قراردادهای دولتی^۳ توسل به داوری چنان مرسوم و فراگیر شده است که وجود یک شرط داوری ادخال شده در قرارداد اصلی از طریق ارجاع و احاله، می‌تواند کاملاً طبیعی و عادی جلوه کند.

1. J.-P. Ancel, L'actualité de l'autonomie de la clause compromissoire, Communication au CFDP, Seance du mars 1992, Travaux, 1991-1993, ed. Pedone, Paris, 1994, pp. 76 et s. spec., p. 81. Cf. également: P. Mayer, *op. cit.*, pp. 319 s.

۲. مانند شروطی که تضمین‌های فروشنده یا پیمانکار را محدود یا حذف و یا توسعه می‌دهند.

3. States-contracts

بنابراین، باید بر آن بود که متون قانونی مورد بحث در اینجا نظیر بند ۱ ماده ۱۷۸ شرط داوری به طریق ارجاع را می‌پذیرند و لازم نیست یک شرط داوری موجود در سند و قراردادی که موضوع ارجاع و احاله قرار گرفته است لزوماً در متنی نیز که حاوی یک ارجاع و احاله است، عیناً قید و بر آن تصریح شود، هر چند لازم است اراده مبنی بر ادخال یک سند دیگر در قالب یک «متن» اثبات و ایجاد شود.^۱

۱. رای اطلاع از مبانی پذیرش شرط داوری از طریق ارجاع و احاله رک: لالیو، منبع پیشین، شماره ۱۳. ص ۳۲۱. این نویسنده اعلام کرده است که دیوان فدرال اعتبار اصل شرط داوری به طریق ارجاع و احاله را در یک رأی صادر شده به مناسبت ماده ۲ کنوانسیون نیویورک و در قضیه موسوم به Tradax بدو مورد شناسایی قرار داد ولی متعاقباً، در یک رأی دیگر در قضیه موسوم به Tracomina در این خصوص محافظه کارانه عمل کرده است.

فهرست منابع

فارسی

- شریعت باقری، محمد جواد، «آثار الحاق جمهوری اسلامی ایران به کنوانسیون نیویورک»، مجله حقوقی و قضایی دادگستری، شماره ۳۶، (پاییز ۱۳۸۰)
- شریعت باقری، محمد جواد، «برتری معاهدات بین‌المللی نسبت به قوانین عادی»، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۵۶، (زمستان ۱۳۹۰)
- سیفی، سیدجمال‌الدین، «قانون داوری تجاری بین‌المللی همسو با قانون نمونه داوری آنسیترال»، مجله دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی، ش ۲۳، (۱۳۷۷)
- عابدی، محمد تقی، «صلاحیت قضایی و صلاحیت داوری (تحلیلی بر یک رأی صادره در مسئله صلاحیت)»، مجله دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی، شماره ۳۵، (۱۳۸۵)

لاتین

- H. Batiffol, L'arbitrage et les conflits de lois, Conférence au Centre de Droit comparé, 31 mai 1957, Rev. arb. 1957, p. 111 s.:
- F. Deby-Gérard, (F.), Le rôle de la règle de conflit dans le règlement des rapports internationaux, Dalloz, 1973, n° 243, p. 199.
- P. Level, Le contrat dit sans loi, communication au CFDIP, séance du 27 mai 1966, Travaux, 1964-1966, p. 209 et s.
- Hamid G. Gharavi, Le nouveau droit iranien de l'arbitrage commercial international, Rev. arb. 1999, p. 35.
- P. Mayer, L'autonomie de l'arbitre international dans l'appréciation de sa propre compétence, Recueil des Cours, La Haye, t. 217, 1989, pp. 319 s.
- Boissesson, Droit de l'arbitrage interne et international français, n. 572.
- P. Lalive, J.-F. Poudret, C. Reymond, Le droit de l'arbitrage intern et international en Suisse, 1989, ed. Payot Lausanne, n. 9, p. 318.
- Albert Jan van den Berg, The New Yourk Arbitration Convention of 1958, towards a uniform judicial interpretation, Kluwer law and taxation publishers, Asser Institute the Hague, Kluwer law and Taxation Publishers, Amsterdam, 1981, pp. 188 et s.
- Ph. Fouchard, L'arbitrage commercial international, p. 82.
- J.-P Ancel, L'actualité de l'autonomie de la clause compromissoire, Communication au CFDIP, Seance du mars 1992, Travaux, 1991-1993, ed. Pedone, Paris, 1994, pp. 76 et s. spec., p. 81.

