

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ



گزارش پژوهش:

رهیافت حقوقی - تاریخی بر

حقوقهای نامتعارف

(پیشنهاد ماده واحده دو فوریتی بر بنای دکترین منع ذمی نفعی در موقعیت امانی)

مرکز پژوهشی دانشنامه های حقوقی علامه - ویراست دوم آبان ۹۵

فهرست مطالب

- ۱- بیان مسأله: بحران حقوقهای نامتعارف و خلأ قانونی ۳
- ۲- سؤالهای تحقیق ۳
- ۳- فرضیه‌های تحقیق ۴
- ۳-۱- فرضیه اول تحقیق ۴
- ۳-۱-۱- عوامل پژوهشی و تحقیقی ۴
- ۳-۱-۲- عوامل قانونگذاری و تدوین ۴
- ۳-۲- فرضیه دوم تحقیق ۴
- ۴- نتایج تحقیق ۵
- ۴-۱- ضعف مطالعات راجع به فلسفه حقوق به طور علم ۵
- ۴-۲- ضعف مطالعات سلسله مراتب قواعد حقوقی و ابرقاعده‌های حقوقی به طور خاص ۷
- ۴-۳- ویژگی مهم همه زمانی، همه مکانی و همه موضوعی در ابرقاعده ها ۹
- ۴-۴- ضعف مطالعات راجع به ابرقاعده منع ذی‌نفعی در مقام امانی به طور اخص ۱۰
- ۴-۵- انعکاس فقدان مطالعات تئوریک ابرقاعده منع ذی‌نفعی مقام امانی در یکصد و ده سال قانونگذاری ۱۱
- الف: تعداد کل احکام قانونی شناسایی و تصویب شده در خصوص منع ذی‌نفعی در مقام امانی ۱۲
- ب- مقررات گذاری منع ذی‌نفعی در موقعیت امانی به تفکیک مواد قانون از مواد آیین‌نامه ۱۳
- ج- مقررات گذاری منع ذی‌نفعی در موقعیت امانی به تفکیک قوانین داخلی و بین‌المللی ۱۴
- د- مقررات گذاری منع ذی‌نفعی در موقعیت امانی به تفکیک مواد قانون منسوخ و معتبر ۱۶
- ه- مقررات گذاری منع ذی‌نفعی در موقعیت امانی به تفکیک مراجع قانونگذاری ۱۷
- و- مقررات گذاری منع ذی‌نفعی در موقعیت امانی به تفکیک مشاغل و موقعیتهای امانی ۱۸
- ز- تنوع در پوشش زمانی، مکانی، موضوعی و موردی منع ذی‌نفعی در موقعیت امانی ۲۱
- ۴-۵- پیشنهاد غیر نهایی ماده واحده پیشنهادی ۲۲
- ۴-۶- ماده واحده پیشنهادی ۲۲

هوالحق و له الحمد

۱- بیان مسأله: بحران حقوقهای نامتعارف و خلأ قانونی

افشاگری حقوقهای نامتعارف نشان داد که در حوزه‌های خاصی همچون بیمه، بانک و برخی حوزه‌های اقتصادی، حقوقهایی پرداخت شده است. این پرداختها در باور عمومی جامعه، "نامتعارف" ارزیابی شده است. به گونه ای که دستاویز گروههای سیاسی مختلفی شده است که به نحوی برای بهره‌برداری‌های مقطعی، صنفی، سیاسی و گروهی خود از آن استفاده می‌کنند. اما ابعاد اجتماعی و حقوقی بحران مزبور لایه‌های مختلف اجتماعی و حکومتی را تحت تأثیر خود قرار داده و بیم آن می‌رود که این بحران از وضعیتی پیش رونده برخوردار شده و با تحریک گروههای سیاسی یا برخی فرصت‌طلبان منتهی به نتایج نامطلوب و آسیبهای بیشتری بر "سرمایه اجتماعی کشور" شود. مرکز پژوهشی دانشنامه‌های حقوقی علامه در انجام رسالت مطالعاتی خود و با استفاده از زیرساخت پژوهشی منحصر به فردی^۱ که در اختیار دارد، در صدد برآمد تا با شناخت دقیق و علمی بحران مزبور در شناسایی رهیافت تاریخی - حقوقی این بحران اقدام کند. بر این اساس پژوهشی سریع و در عین حال گسترده با اتکاء به سیستمها و نرم‌افزارهای منحصر به فرد موجود در این مرکز پژوهشی انجام شد، این پژوهش با محوریت سؤالاها و فرضیات زیر انجام شده و به فضل الهی منتهی به نتایج و پیشنهادهای بسیار شفاف در قالب ماده واحده دو فوریتی شده است که خلاصه گزارش آن در این مجموعه ارائه می‌شود.

۲- سؤالهای تحقیق:

این تحقیق برای پاسخ به دو سؤال به شرح زیر انجام شده است:

۲-۱- چه عواملی موجب پدیداری خلأ قانونی و حقوقی منتهی به بحران حقوقهای نامتعارف شده است؟ و سابقه تاریخی مقررات‌گذاری آن چگونه است؟

۲-۲- چه راهکارهایی برای حل علمی و اساسی خلأ قانونی حقوقهای نامتعارف و پیشگیری از پدیداری موارد مشابه وجود دارد؟

۱. زیرساخت پژوهشی مزبور مشتمل بر قریب به دو میلیون فیش تحقیقاتی بوده و حاصل بررسی بیش از سی هزار منبع حقوقی و میلیون‌ها صفحه متنی می‌باشد. این زیرساخت پژوهشی در طول پنج سال پژوهش مستمر ایجاد شده است.

۳- فرضیه‌های تحقیق:

فرضیه‌های این تحقیق متناسب با سؤالات فوق‌الذکر به شرح زیر است:

۳-۱- فرضیه اول تحقیق:

عوامل پدیداری این وضعیت به دو دسته تقسیم می‌شود و عبارت است از:

۱- عوامل پژوهشی و تحقیقی و ۲- عوامل قانونگذاری و تدوین.

توضیح هر یک از این فرضیات به شرح زیر است.

۳-۱-۱- عوامل پژوهشی و تحقیقی:

عوامل پژوهشی و تحقیقی به نوبه خود به سه دسته به شرح زیر تقسیم می‌شود.

الف: ضعف مطالعات فلسفه حقوق به طور عام

ب- ضعف مطالعات سلسله مراتب قواعد حقوقی و ابرقاعده‌های حقوقی به طور خاص

ج- ضعف مطالعات راجع به ابرقاعده منع ذی نفعی مقام امانی به طور اخص

۳-۱-۲- عوامل قانونگذاری و تدوین:

این عوامل به نوبه خود به دو دسته تقسیم می‌شوند که عبارت است از: الف- عدم رعایت اصول و قواعد قانونگذاری

در طول یکصد و ده سال قانونگذاری

ب- پراکندگی و عدم تنقیح قوانین در طول دوره یکصد و ده ساله قانونگذاری.

۳-۲- فرضیه دوم تحقیق:

عبارت است از این که با توجه به "دکترین منع ذی نفعی مقام امانی" امکان تدوین ماده واحده دو فوریتی

برای رفع مشکلات خلأ قانونی بحران حقوقهای نامتعارف وجود دارد؛ به گونه‌ای که زیر ساخت حقوقی در موارد

مشابه فراهم شود و از پدیداری بحرانهای مشابه جلوگیری به عمل آید. اکنون و در ادامه با حذف توضیحات راجع به

روشها و مبانی تحقیق به ارائه نتایج این تحقیق می‌پردازیم.

۴- نتایج تحقیق:

در این تحقیق مشخص شده است که اولاً؛ مطالعات راجع به فلسفه حقوق از انباشتگی لازم برخوردار نیست و به تبع آن "ابرقاعده‌های حقوقی" و از جمله ابرقاعده "منع ذی نفعی در مقام امانی" چنان که باید به پژوهش و تحقیق گذاشته نشده است. ثانیاً؛ بازتاب و انعکاس فقر تئوریک این پژوهشها موجب شده است که قانونگذار در طول یکصد و ده سال قانونگذاری بیش از دویست نوبت به تصویب مواد و مقرراتی بپردازد که درون مایه آنها ابر قاعده "منع ذی نفعی در مقام امانی" است. اما به دلیل ضعف تئوریک مزبور تصویب بیش از دویست ماده قانونی در طول یکصد و ده سال کارساز نبوده و باز هم مصادیقی که منتهی به بحران حقوق های نامتعارف شده است؛ دیده می شود. زیرا در قانونگذاری های انجام شده به ابر قاعده های حقوقی توجه نشده است و لذا نتوانسته اند مقرراتی «همه زمانی»، «همه مکانی» و «همه موضوعی» وضع کنند. بر این اساس متن ماده واحده ای دو فوریتی برای غلبه بر معضل یکصد و ده ساله مزبور با تکیه بر دکترین "منع ذی نفعی در مقام امانی" پیشنهاد شده است. این ماده واحده به لحاظ ابتدایی که بر این ابرقاعده دارد، می تواند جایگزین تمام قانونگذاری های یکصد و ده ساله اخیر شود. توضیح بیشتر این یافته ها به شرح آتی است.

نتیجه و بازتاب فقر تئوریک پژوهشهای راجع به فلسفه حقوق و ابر قاعده‌های حقوقی آن بوده که قانونگذار در طول یکصد و ده سال قانونگذاری بیش از دویست و هفتاد ماده قانون و آیین نامه وضع کرده است که درون مایه آن ابر قاعده منع ذی نفعی در مقام امانی بوده است.

۱-۴- ضعف مطالعات راجع به فلسفه حقوق به طور عام:

اهمیت مطالعات فلسفه حقوق از پاسخ کلسن حقوقدان معروف اتریشی در پاسخ به مجله «فلسفه حقوق» چاپ پاریس روشن می‌شود. وقتی خبرنگار مجله مزبور طی مکاتبه‌ای از او می‌پرسد درباره فلسفه و نظریه حقوق چه می‌اندیشد و کدام یک را مناسب می‌داند؟ کلسن می‌نویسد «فلسفه حقوق سعی دارد به این سؤال پاسخ دهد که چه قواعدی را حقوق بایستی بپذیرد و مستقر کند و به عبارت دیگر، موضوع ویژه آن مسأله عدالت است». متأسفانه فلسفه حقوق با این جایگاه اساسی در سوابق علمی و پژوهشی کشور ما در شرایط زیر است:

الف- در شرایط فعلی مهمترین پژوهشی که در ارتباط با فلسفه حقوق انجام شده است، مربوط است به مجموعه سه جلدی «فلسفه حقوق» تألیف مرحوم دکتر کاتوزیان که از سال ۱۳۴۴ نگارش آن آغاز شده است و در دهه شصت به پایان رسیده است. صرف‌نظر از اثر مزبور، منابع دیگری که در ارتباط با فلسفه حقوق تکوین شده است، عموماً تک‌نگاریهایی بوده است که با تلاشهای فردی انجام شده و در جای خود امری قابل توجه است. اما تعداد آنها به عدد انگشتان دست هم نمی‌رسد! لذا پژوهشهای مزبور متناسب با اهداف و جایگاه فلسفه حقوق نیست.

ب- تاکنون هیچ پژوهش روشمند، گروهی و بین رشته‌ای- که از مختصات پژوهشهای زیرساختی و بنیادین است- در ارتباط با فلسفه حقوق صورت نگرفته و منتشر نشده است.

ج- تاکنون هیچ نشریه علمی پژوهشی با موضوع انحصاری "فلسفه حقوق" در کشور، منتشر نشده است.

د- هیچ دانشکده‌ای به صورت تخصصی در حوزه فلسفه حقوق فعالیت نمی‌کند.

ه- هیچ رشته دانشگاهی در خصوص فلسفه حقوق طراحی و اجرا نشده است و طبعاً دانشجویی در این رشته فارغ‌التحصیل نشده است.

و- تعداد استادان متخصصی که در "فلسفه حقوق" شناخته شده باشند، به عدد انگشتان یک دست هم نمی‌رسند!

ز- تصور عمومی بر انتزاعی بودن و غیرکاربردی بودن مطالعات فلسفه حقوق است و نتایج و محتوای آن امری لوکس و فاقد ضرورت و اولویت لازم تلقی می‌شود.

ح- هیچ یک از طرحها و لوایح قانونگذاری بر پایه مطالعات مبتنی بر یافته‌های فلسفه حقوق پیشنهاد و تدوین نشده است!

۲-۴- ضعف مطالعات سلسله مراتب قواعد حقوقی و ابرقاعده‌های حقوقی به طور خاص:

فقدان پژوهش انباشته در حوزه مطالعات فلسفه حقوق که به طور عام مورد اشاره قرار گرفت، موجب شده است که مباحث درونی فلسفه حقوق نیز در ادبیات و فرهنگ حقوقی کشور ما، از ضعف مفروضی برخوردار باشد. به عنوان نمونه در تمامی منابعی که به فلسفه حقوق پرداخته‌اند، "قواعد حقوقی" مورد بحث و بررسی قرار گرفته و چپستی و چگونگی و جزئیات و مختصات آن بررسی شده است؛ اما در این منابع هیچ سخنی از روابط میان قواعد حقوقی و سلسله مراتب کلی و جزئی آن، به میان نیامده است. توضیح بیشتر آن که، در کتب فلسفه حقوق، برای "قواعد حقوق" مختصاتی ذکر شده است. برخی از مهمترین این قواعد عبارت است از این که؛ قاعده حقوقی باید روشن و صریح باشد. باید ضمانت اجرای آن بازدارنده باشد. باید به فروعات و جزئیات نپردازد تا دست دادرس در اجرای عدالت باز باشد. باید به دور از اجمال و ابهام باشد و محاکم را دچار تردید نکند. باید مقید به افراد و اشخاص معین نباشد. باید مفاد آن با یک بار انجام شدن از بین نرود و به صورت کلی قواعد حقوقی باید متمایل به وحدت و کلیت باشد و در رابطه با همه وضعیتها و شرایط برقرار باشد. بر این اساس است که مرحوم استاد کاتوزیان قاعده حقوقی را قاعده‌ای می‌داند که «بر اعمال اشخاص از این جهت که در اجتماع هستند حکومت می‌کند و اجرای آن از طرف دولت تضمین شده است.»^۱ اما از نظر ایشان الزام شوهر به پرداخت نفقه زن از جمله قواعد حقوقی شناخته می‌شود! و در کنار آن، اصول گسترده‌ای که از ترکیب احکام جزئی قانونگذار پدید می‌آید نیز از مصادیق دیگر قواعد حقوقی است. ایشان تصریح می‌کند که قاعده لاضرر و حاکمیت اراده و آزادی قراردادها نیز از جمله قواعد حقوقی هستند؛ همان گونه که الزام شوهر به پرداخت نفقه زن نیز از جمله قواعد حقوقی است.^۲ بر این اساس ملاحظه می‌شود که "روابط سلسله مراتبی بین قواعد حقوقی" در منابع فلسفه حقوق مجال بحث و بررسی و تعریف و تبیین پیدا نکرده است.

توضیح سلسله مراتب قواعد حقوقی آن است که، اگر قواعد حقوقی بر اساس دامنه شمول آنها طبقه‌بندی شود از وضعیت یکسانی برخوردار نخواهد بود. دامنه شمول بعضی از قوانین حقوقی ابواب خاصی است (تک مبحثی یا ریز قاعده هستند) در حالی که بعضی دیگر از قواعد حقوقی دامنه شمول وسیع‌تری دارد؛ (چند مبحثی یا کلان قاعده هستند)، همان گونه که در مثال مرحوم استاد کاتوزیان بیان شد قاعده الزام شوهر به پرداخت نفقه، اگرچه قاعده‌ای

۱- فلسفه حقوق جلد ۱ صفحه ۳۶

۲- همان

حقوقی است، اما دامنه شمول آن در حوزه روابط خانوادگی و حقوق خانواده است. در حالی که "قاعده آزادی قراردادها" دامنه شمول وسیع تری دارد و در ابواب بیشتری از حقوق کاربرد دارد کما این که قاعده "لاضرر" از نظر دامنه شمول از قاعده "آزادی قراردادها" نیز گسترده تر است و خارج از حقوق قراردادها نیز حاکمیت دارد. (ابر قاعده یا همه مباحثی) بر این اساس، نتیجه می‌گیریم که قواعد حقوقی از نظر دامنه شمول از "سلسله مراتبی" برخوردار است که موجب کلیت و فراگیری و یا جزئیت و عدم شمول آن می‌شود. در صورت پذیرش نظریه سلسله مراتبی بودن قواعد حقوقی، نقش "ابرقاعده‌های حقوقی" برجسته می‌شود. ابرقاعده حقوقی، قاعده‌ای است که دامنه شمول آن و قلمرو اجرایی آن محدود به باب خاص یا موضوع خاصی نیست بلکه در همه ابواب حقوقی و جزایی حاکمیت دارد.

ابرقاعده‌های حقوقی در صورتی که بدرستی شناخته شود و فلسفه حقوقی مربوط به آن تبیین شود، می‌تواند جایگزین دهها و صدها ماده قانونی شود. به عبارت دیگر در صورتی که ابرقاعده‌های حقوقی از نظر مبانی، موارد، مصادیق، عناصر سازنده و دامنه شمول به خوبی شناخته شود و در پژوهشهای فلسفه حقوق مورد بررسی و کنکاش قرار گیرد، نتایج آن می‌تواند مستقیماً توسط قانونگذار مورد استفاده قرار گیرد و با تبدیل ابرقاعده‌های حقوقی به متون قانونی، جایگزین صدها ماده قانونی شود. علاوه بر این، ابرقاعده‌های حقوقی می‌تواند با تغذیه و توجیه ریزقاعده‌ها زمینه رشد و توسعه قواعد حقوقی را نیز فراهم کند و انسجام نظام حقوقی را به مراتب بیشتر کند. زیرا اگر به جای صدها ماده قانون چند ماده داشته باشیم که با دقت تمام و بر اساس مطالعات فلسفه حقوق نگارش شده باشد و ابرقاعده‌ای حقوقی را در خود جای داده باشد، یادگیری، تفسیر و اجرای آن، تسهیل و تسریع خواهد شد و آن گاه می‌توانیم ادعا کنیم که نظام حقوقی ما از انسجام پذیری بیشتر و پیش‌بینی پذیری واضح‌تری برخوردار است و در مقام اجرا و عمل نیز از سردرگمی و تعدد رویه و انبوهی قوانین و غوغای روابط بین مواد مختلف، آسوده خواهیم بود. بر این اساس، نتیجه می‌گیریم که تا زمانی که در فلسفه حقوق، سلسله مراتب قواعد حقوقی مورد بررسی دقیق قرار نگیرد و قواعد حقوقی بر اساس معیارهای عینی و مشخص از جهت سلسله مراتب تنظیم نشود و تا زمانی که ابرقاعده‌های حقوقی از ریزقاعده‌ها و کلان قاعده‌ها تفکیک نشود، انسجام منطقی و سازمان‌یابی قواعد حقوقی در وضعیت مطلوبی نخواهد بود. رفع این خلأ، مستلزم توسعه مطالعات فلسفه حقوق در مرحله اول و انجام پژوهشهای راجع به شناسایی «سلسله مراتب قواعد حقوقی» و ابرقاعده‌های حقوقی در مرحله دوم است.

بر این اساس، سلسله مراتب قواعد حقوقی در سه سطح شکل می گیرد که عبارت است از ۱- ریزقاعده ها یا قواعد تک مبحثی ۲- کلان قاعده ها و قواعد چند مبحثی ۳- ابرقاعده یا قواعد همه مبحثی. نمودار این سلسله مراتب در قالب شکل زیر قابل ترسیم است:



۳-۴- ویژگی مهم همه زمانی، همه مکانی و همه موضوعی در ابر قاعده ها:

مهمترین ویژگی یک ابر قاعده حقوقی عبارت است از «فراگیری و عدم محدودیت». این ویژگی در سه ساحت «زمان، مکان و موضوع» قابل شناسایی است. ابرقاعده «همه زمانی» است. یعنی مفاد آن در طول زمانهای مختلف با تغییر سطح زندگی و حتی مظاهر تمدن و پیشرفت بشری تغییری نمی کند. ابر قاعده «همه مکانی» است. یعنی مفاد آن در قلمرو سرزمینی داخلی و حتی خارجی محترم شمرده می شود و قابل شناسایی است.

ابر قاعده «همه موضوعی» است. یعنی مفاد آن به هیچ رشته حقوقی یا جزایی محدود نمی شود و در همه ابواب و موضوعات جریان دارد. این ویژگی مهمترین خصوصیت ابرقاعده است زیرا تخصصی شدن شاخه های مختلف موجب پدیدار شدن انبوهی از «ریزقاعده ها» شده است. این ریزقاعده ها و حتی کلان قاعده ها در منشأ خود از ابرقاعده ای تغذیه می شود که نباید جایگاه سلسله مراتبی میان آنها نادیده گرفته شود. مهمترین مثالی که به صورت زنده در

خصوص ابرقاعده حقوقی در ادبیات حقوقی ما وجود دارد «قاعده لاضرر» است؛ که سه ویژگی همه زمانی، همه مکانی و همه موضوعی در آن به روشنی مشهود است، اما ابر قاعده‌ای که در این پژوهش از آن رونمایی می‌شود عبارت است از ابرقاعده «منع ذی نفعی در مقام امانی» که ذیلاً توضیحاتی در این خصوص ارائه می‌شود.

۴-۴- ضعف مطالعات راجع به ابرقاعده منع ذی نفعی در مقام امانی به طور اخص:

رشد نیافتگی و عدم توسعه پژوهشهای فلسفه حقوق به طور عام و فقدان مطالعات راجع به ابرقاعده های حقوقی به طور خاص منتهی به آن شده است که یکی از ابرقاعده‌های حقوقی با عنوان "دکترین منع ذی نفعی در موقعیت امانی" نیز از میدان بحث و بررسی و نقد صاحب نظران و پژوهشگری چند نسل پژوهشگران کشور خارج شود. مفاد کلی و اساسی این ابرقاعده آن است که: حکم بر ممنوعیت ذی نفع واقع شدن کسی می‌شود که به نحوی در موقعیت امانی واقع شده و با استفاده از موقعیت امانی خود برای خود یا بستگانش نفعی ایجاد می‌کند.

بحرانی که در ارتباط با حقوقهای نامتعارف در حوزه اقتصاد، بیمه و بانکداری ایجاد شد و استعفای عالی ترین مقامات آن را در پی داشت، دقیقاً مربوط است به نادیده گرفتن حکم این ابرقاعده. به عبارت دیگر انبوهی توده وار از نصوص و متون قانونی وجود دارد که طی آن، قانونگذار افرادی را از ذی نفع واقع شدن یا منتفع شدن از قبیل موقعیت امانی خود ممنوع کرده است.

به عنوان مثال قضات در صورت ذی نفع واقع شدن در پرونده ممنوع از رسیدگی قضایی هستند. شاهدان در صورت ذی نفع واقع شدن ممنوع از ادای شهادت هستند. داوران در صورت ذی نفع واقع شدن ممنوع از داوری هستند. مدیران در شرکتهای سهامی در صورت ذی نفع واقع شدن ممنوع از تصمیم گیری هستند. شهرداران در صورت ذی نفع واقع شدن ممنوع از تصمیم گیری هستند. اعضای کمیسیون های متعدد دولتی در صورت ذی نفع واقع شدن ممنوع از تصمیم گیری هستند. کارمندان دولت در صورت ذی نفع واقع شدن ممنوع از تصمیم گیری یا شرکت در مزایده یا مناقصات دولتی هستند. حتی دارندگان مشاغل دولتی ممنوع از داشتن مشاغل مشابه و مرتبط شده اند تا با استفاده از وضعیت دوگانه شغلی در تصمیم گیریها ذی نفع واقع نشوند. اما این همه، انبوه نصوص قانونگذاری، شامل مصادیق نوپیدا و نوپدید آن در حوزه بانک و بیمه و مشاغل اقتصادی بزرگ نبوده است و در نتیجه بحران حقوقهای نامتعارف از قبیل این خلأ قانونی پدید آمده است.

اگر متخصصان فلسفه حقوق، سلسله مراتب قواعد حقوقی را به پژوهش گذاشته بودند و اگر ابرقاعده‌های حقوقی شناخته شده بود و اگر ابرقاعده "منع ذی‌نفعی در موقعیت امانی" مورد شناسایی پژوهشگران قرار گرفته بود و مبانی حقوقی، فقهی و قانونگذاری و عرفی و عقلانی آن تبیین شده بود، طبیعتاً قانونگذار می‌توانست با استفاده از نتایج این پژوهشها مفاد ابرقاعده مزبور را در قالب متونی ساده و روان و فراگیر تبیین کند و در نتیجه بحران حقوقی مزبور از نقطه نظر خلأ قانونی پدید نمی‌آمد. در ادامه بررسیهایی تاریخی داریم در ارتباط با نحوه تدوین و قانونگذاری و نحوه بازتاب و انعکاس دکترین منع ذی‌نفعی موقعیت امانی در دوره صد و ده ساله قانونگذاری.

مقررات‌گذاری انبوه و توده‌دار در طول یکصد و ده سال قانونگذاری با درون‌مایه ابرقاعده منع ذی‌نفعی در مقام امانی انجام شده است، اما به دلیل فقر شناخت تئوریک ابرقاعده مزبور نتوانسته است مصادیق نوپیدا یا نوپدید آن را در حوزه‌های بانک، بیمه و مشاغل اقتصادی پوشش دهد. لذا خلأ قانون پدید آمده و بحران حقوقی نامتعارف از عوارض آن است.

۵-۴- انعکاس فقدان مطالعات تئوریک ابرقاعده منع ذی‌نفعی مقام امانی در یکصد و ده سال قانونگذاری:

وقتی که تحقیقات انباشته و منسجم در ارتباط با ابرقاعده منع ذی‌نفعی در مقام امانی وجود نداشته است، قانونگذار تحت تأثیر عوامل متعدد به قانونگذاریهای پراکنده‌ای مبادرت کرده و مفاد این ابرقاعده را در مواد مختلفی گنجانده است. عوامل مزبور عبارت است از فشارهای اجتماعی، خواسته‌ها و ادعاهای گوناگون و گاه متضاد گروههای مختلف، آرمانها و باورهای اخلاقی، خواسته‌های سیاسی، ضرورت‌های اقتصادی، نیازهای فردی و اجتماعی، عقاید مذهبی و ... این عوامل تنها راهنمای علامت‌دهنده برای قانونگذار بوده است و در طول صد و ده سال سابقه قانونگذاری بر اساس هر یک از عوامل مزبور قانونگذاریهای متعددی صورت گرفته است و مفاد ابرقاعده منع ذی‌نفعی در موقعیت امانی در طول یکصد و ده سال قانونگذاری در بیش از دویست و هفتاد و سه ماده قانون یا آیین نامه آمده است. بررسی تطبیقی ۲۷۳ ماده قانون و طبقه بندی و توصیف آنها به شرح زیر است:

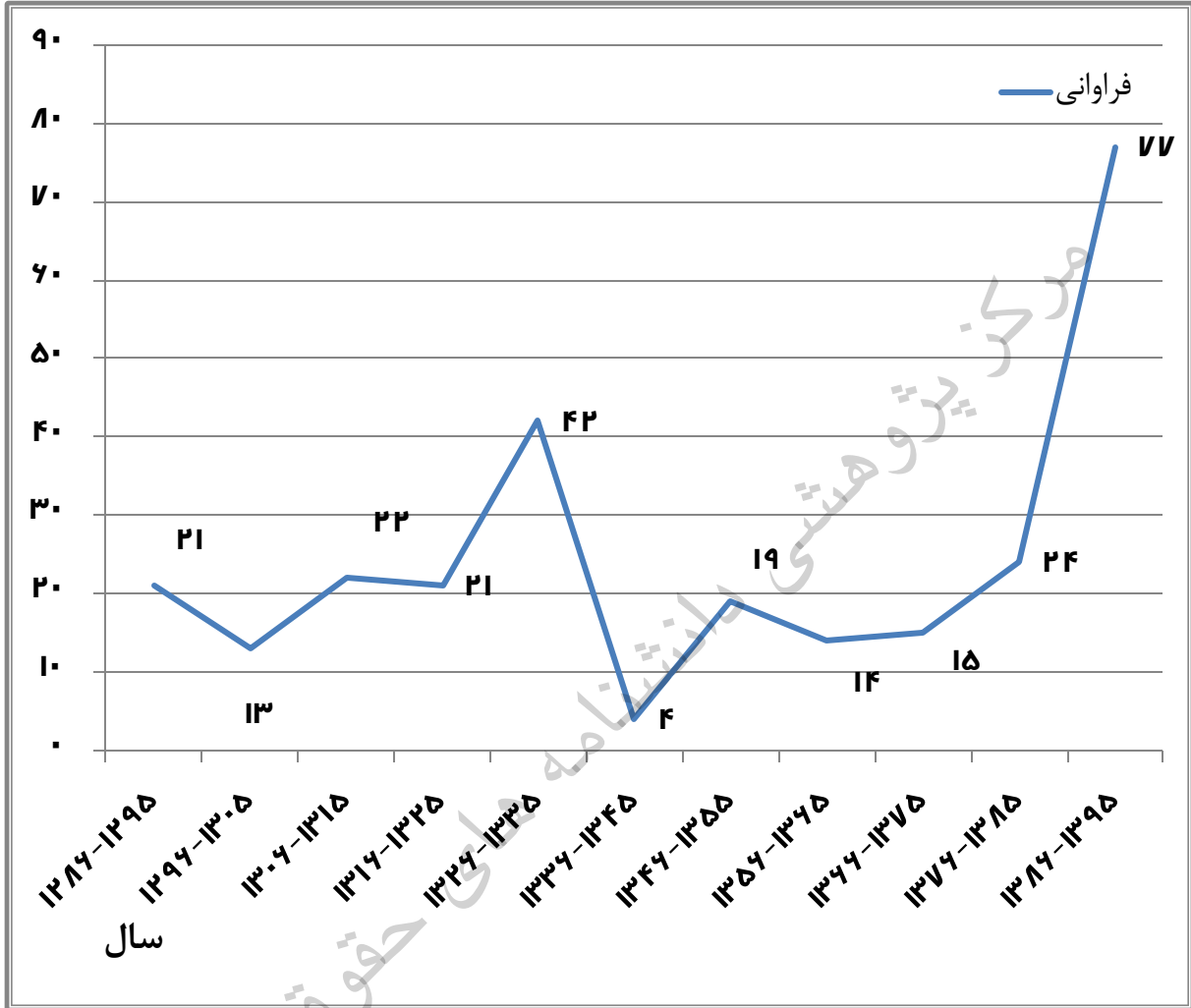
الف: تعداد کل احکام قانونی شناسایی و تصویب شده در خصوص منع ذی نفعی در مقام امانی:

در تحقیق انجام شده، مجموعه مواد قانون و آیین نامه که در ارتباط با موضوع منع ذی نفعی ... شناسایی شد، شامل ۲۷۳ ماده قانون است، مواد مزبور از سال ۱۲۸۶ یعنی اولین دوره قانونگذاری به تصویب رسیده بود و تا سال ۱۳۹۵ یعنی زمان حاضر ادامه داشته است.^۱ در نمودار شماره یک فراوانی مقررات گذاری راجع به منع ذی نفعی در موقعیت امانی آمده است. مطابق این نمودار طول یکصد و ده سال قانونگذاری یعنی از سال ۱۲۸۶ شمسی تا سال ۱۳۹۵ به ۱۱ طبقه با فاصله ۱۰ ساله تقسیم شده است. این نمودار نشان می دهد که مقررات گذاری مربوط در دهه اول با شتاب بالایی آغاز شده بود، اما آرام آرام شتاب مقررات گذاری در این خصوص کاهش پیدا کرد و پس از استبداد صغیر و بسته شدن مجلس به حداقل خود رسید. با باز شدن دوره های قانونگذاری از سال ۱۳۰۵ به بعد قانونگذاری با موضوع منع ذی نفعی در موقعیت امانی افزایش پیدا کرد. در دوره دکتر مصدق این مقررات گذاری افزایش داشته است و پس از وی مقررات گذاری مزبور به شدت کاهش یافته است. اما پس از این دوره از سال ۱۳۴۶ مقررات گذاری تا سال ۱۳۸۴ نسبتاً صعودی بوده است و از سال ۱۳۸۵ تاکنون مقررات گذاری در ارتباط با دکتترین منع ذی نفعی در مقام امانی به شدت افزایش یافته است. به نظر می رسد افزایش بی سابقه مقررات گذاری در این مقطع تاریخی مربوط است به تصویب و توسعه فعالیت های قانون بورس و بازار اوراق بهادار و مقررات گذاری گسترده ای که در حوزه اصل ۴۴ و حقوق رقابت و خصوصی سازی انجام شده است. بحران کنونی حقوقی های نامتعارف می تواند فراوانی تصویب قوانین پراکنده ای را که با هدف حل مقطعی مساله انجام می شود افزایش دهد.

قاعده لاضرر مهمترین نمونه ابرقاعده در ادبیات حقوقی ماست که در آن سه ویژگی همه زمانی، همه مکانی و همه موضوعی به روشنی مشهود است. اما ابرقاعده ای که برای اولین بار در این پژوهش از آن رونمایی می شود عبارت است از: ابرقاعده منع ذی نفعی در مقام امانی، عدم شناسایی این ابرقاعده، خلأ قانونی منتهی به پدیداری بحران حقوقی نامتعارف را پدید آورده است!

^۱ این تحقیق نهایی نشده است و در حال حاضر نیز همچنان ادامه دارد. لذا آمار تعداد مواد قانونی مذکور تا لحظه تنظیم گزارش است.

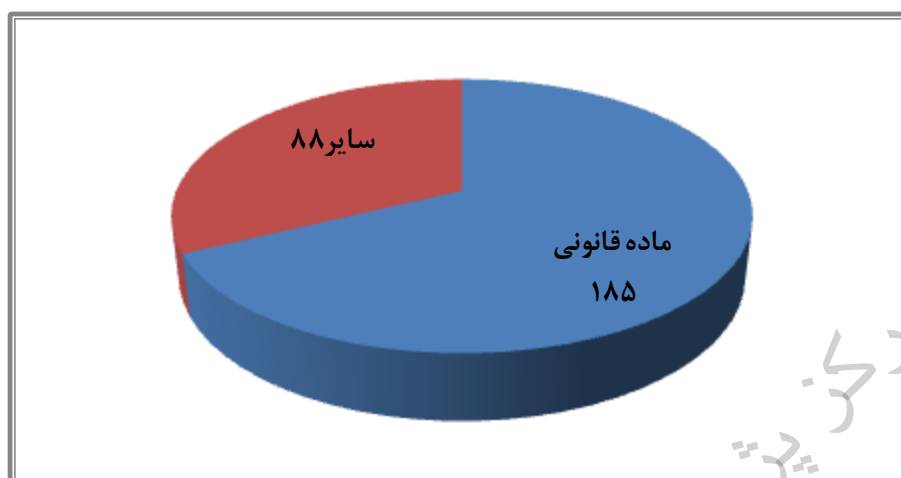
نمودار شماره یک - آمار فراوانی مقررات گذاری در خصوص منع ذی نفعی در مقام امانی
(در طول یکصد و ده سال قانونگذاری در فواصل ده ساله)



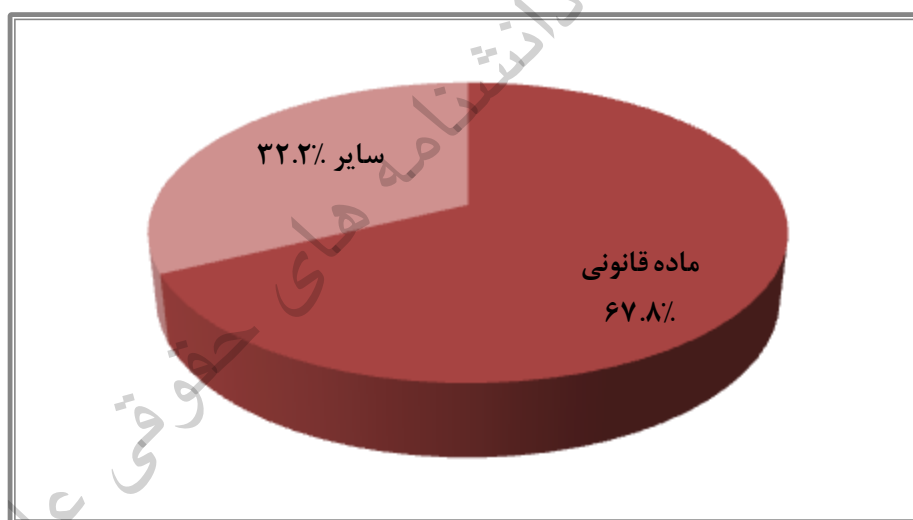
ب- مقررات گذاری منع ذی نفعی در موقعیت امانی به تفکیک مواد قانون از مواد آیین نامه:

در نمودار شماره دو آمار تعداد مواد قانون مرتبط با منع ذی نفعی در موقعیت امانی به تفکیک مواد قانون و مواد آیین نامه آمده است. مطابق این نمودار از مجموع ۲۷۳ ماده قانون و آیین نامه که شناسایی شده است تعداد ۱۸۵ مورد به صورت اصل قانون اساسی یا ماده قانون و ۸۸ مورد به صورت مواد آیین نامه و نظام نامه به تصویب رسیده است. در نتیجه بیش از ۶۷ درصد به صورت مواد قانون و ۳۲ درصد به صورت مواد آیین نامه تصویب شده است.

نمودار شماره دو- مقررات گذاری منع ذی نفعی در موقعیت امانی به تفکیک ماده قانون و سایر موارد نظیر آیین نامه-نظامنامه و...



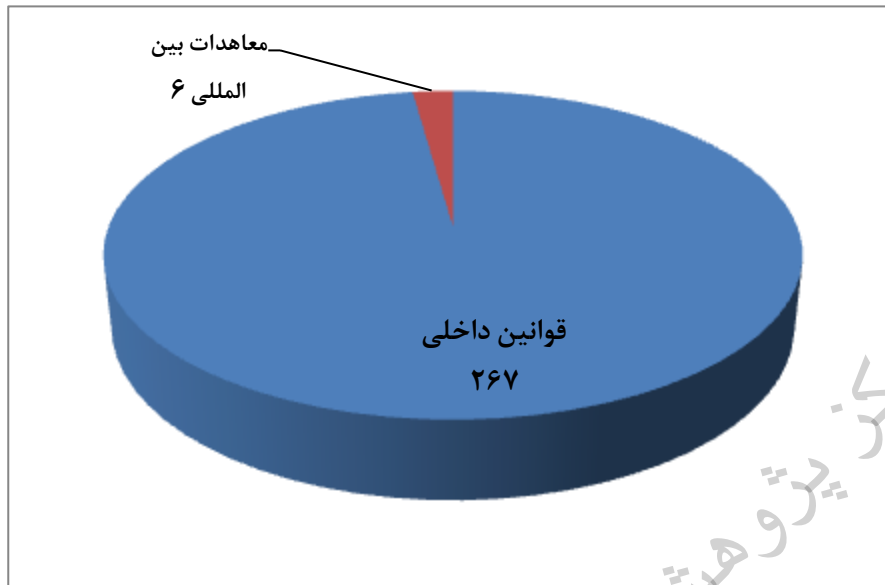
نمودار شماره دو- مقررات گذاری منع ذی نفعی در موقعیت امانی به تفکیک ماده قانون و سایر موارد نظیر آیین نامه-نظامنامه و... (اعداد به درصد)



ج- مقررات گذاری منع ذی نفعی در موقعیت امانی به تفکیک قوانین داخلی و بین المللی:

مطابق نمودار شماره سه شش مورد از مقررات راجع به منع ذی نفعی در موقعیت امانی مربوط به معاهدات بین المللی است که ایران به آن ملحق شده است و سایر موارد که حدود ۹۷ درصد آنها می شود، در قوانین داخلی آمده است.

نمودار شماره سه - مقررات گذاری منع ذی نفعی در موقعیت امانی به تفکیک قوانین داخلی و بین المللی



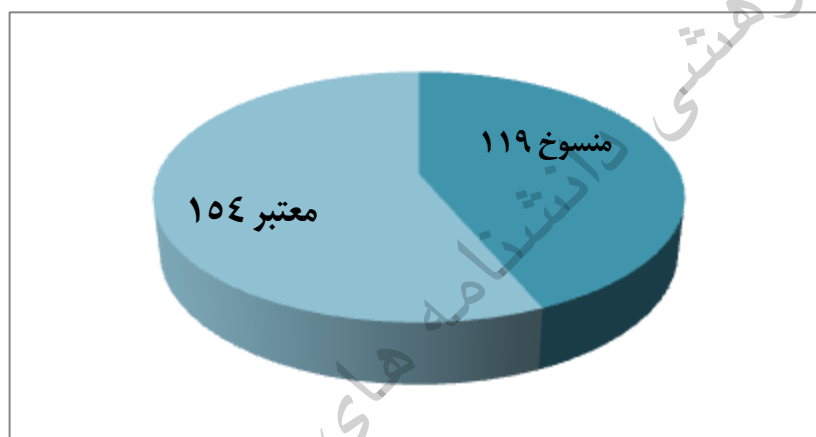
نمودار شماره سه - مقررات گذاری منع ذی نفعی در موقعیت امانی به تفکیک قوانین داخلی و بین المللی (اعداد به درصد)



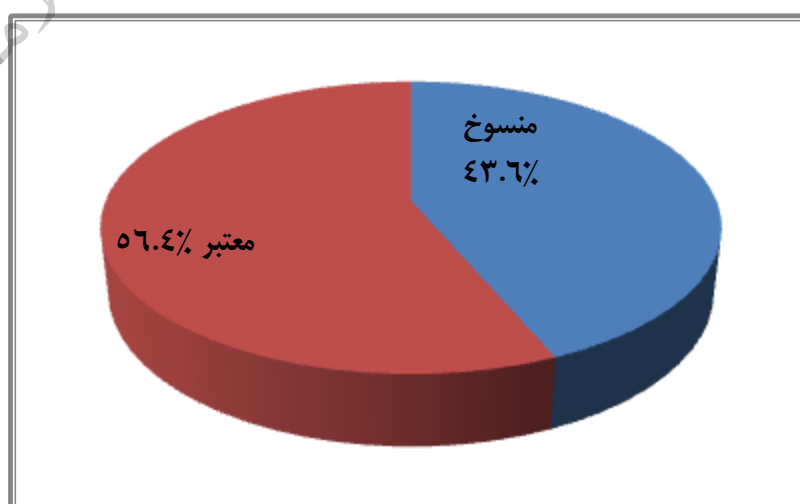
د- مقررات گذاری منع ذی نفعی در موقعیت امانی به تفکیک مواد قانون منسوخ و معتبر:

طبق بررسیهای انجام شده و مطابق نمودار شماره چهار تعداد ۱۱۹ مورد از مواد مربوط به این دکتین منسوخ شده است و ۱۵۴ مورد کماکان معتبر است. مواد منسوخ عمدتاً مربوط است به موادی که در متمم قانون اساسی مشروطه آمده است و همچنین موادی که در قوانین آیین دادرسی مدنی و کیفری سالهای ۱۳۰۶-۱۳۱۸ و ۱۲۹۱ آمده است. در نتیجه حدود ۴۶ درصد مقررات گذاری منسوخ شده است و ۵۶ درصد مقررات گذاری کماکان معتبر است.

نمودار شماره چهار- مقررات گذاری منع ذی نفعی در موقعیت امانی به تفکیک مواد قانون منسوخ و معتبر



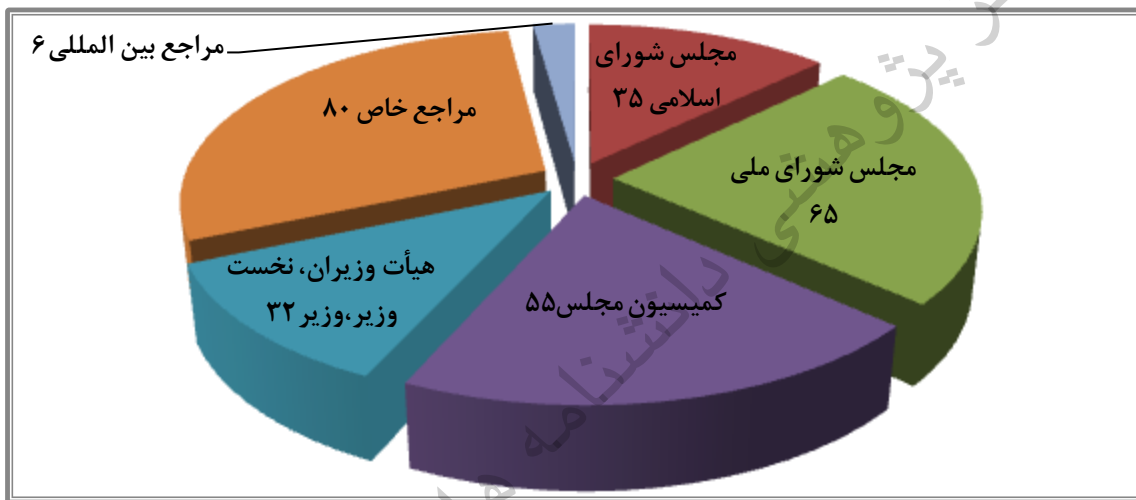
نمودار شماره چهار- مقررات گذاری منع ذی نفعی در موقعیت امانی به تفکیک مواد قانونی منسوخ و معتبر
(اعداد به درصد)



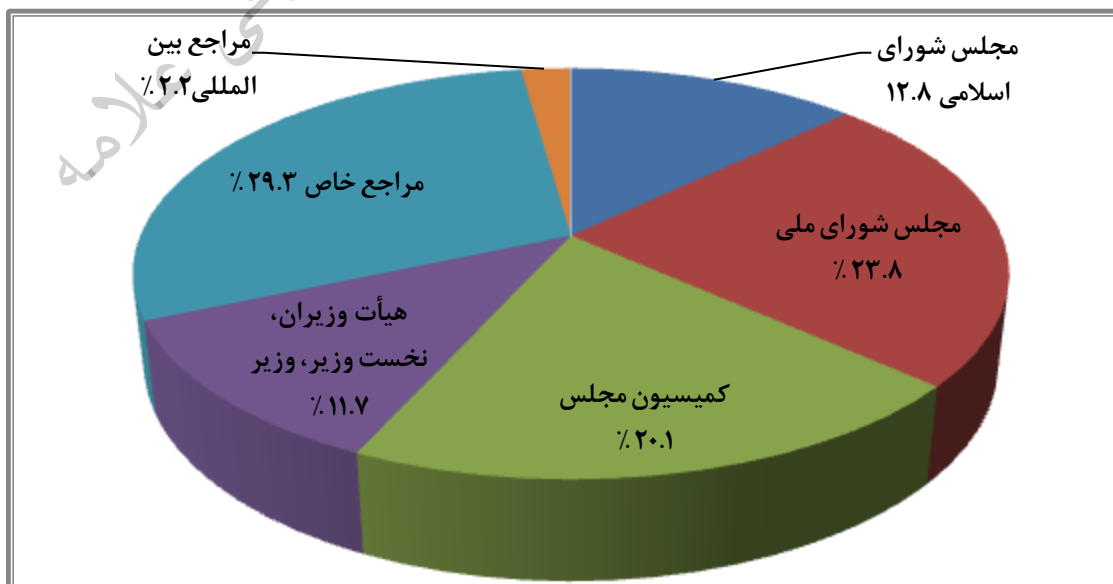
ه- مقررات گذاری منع ذی نفعی در موقعیت امانی به تفکیک مراجع قانونگذاری:

مطابق نمودار شماره پنج از مجموعه مقررات گذاری منع ذی نفعی ۱۲ درصد آن به تصویب مجلس شورای اسلامی و ۲۳ درصد آن به تصویب مجلس شورای ملی و ۲۰ درصد آن به تصویب کمیسیونهای مجلس رسیده است. معادل ۱۱ درصد آن نیز به تصویب هیأت وزیران و ۲۹ درصد به تصویب مراجع خاص و ۲ درصد آن به تصویب مراجع بین المللی رسیده است.

نمودار شماره پنج مقررات گذاری منع ذی نفعی در موقعیت امانی به تفکیک مراجع قانونگذاری



نمودار شماره پنج- مقررات گذاری منع ذی نفعی در موقعیت امانی به تفکیک مراجع قانونگذاری (اعداد به درصد)



و- مقررات گذاری منع ذی نفعی در موقعیت امانی به تفکیک مشاغل و موقعیتهای امانی:

بررسی مقررات گذاری در ارتباط با ممنوعیت ذی نفعی مقامات امانی حکایت از آن دارد که در مشاغل بسیار گسترده‌ای مقررات گذاری با هدف ممنوعیت ذی نفعی در موقعیت امانی صورت گرفته است، به طوری که ۱/۸ درصد این مقررات مربوط به اعضای هیأت منصفه مطبوعات است. معادل ۲/۲ درصد این مقررات مربوط به داوران است. ۲/۹ درصد آن مربوط به سردفتران است. معادل ۳/۷ درصد مربوط به وکلا است. معادل ۰/۴ درصد مربوط به نمایندگان مجلس است. معادل ۴/۸ درصد مربوط به شهود و مطلعین است. معادل ۵/۹ درصد مربوط به شهرداران و اعضای شورای شهرهاست. معادل ۰/۷ درصد مربوط به مدیران بانکها است. معادل ۹/۵ درصد مربوط به مدیران شرکتهاست. معادل ۱۰/۳ درصد مربوط به مسئولان بورس است. معادل ۱۰/۶ درصد مربوط به مدیران و کارمندان دولتی است. معادل ۱۱/۴ درصد مربوط به قضات است و ۰/۲۶ درصد دیگر مربوط به سایر مشاغل است. لیست سایر مشاغلی که مورد قانونگذاری با هدف ممنوعیت بهره برداری ذی نفعان در موقعیت امانی بوده‌اند، عبارتند از:

پژوهشهای فلسفه حقوق باید ابر قاعده‌های حقوقی را

مشخص کند که دارای ویژگی همه زمانی، همه مکانی

و همه موضوعی باشند، آنگاه قانونگذار باید با تبدیل

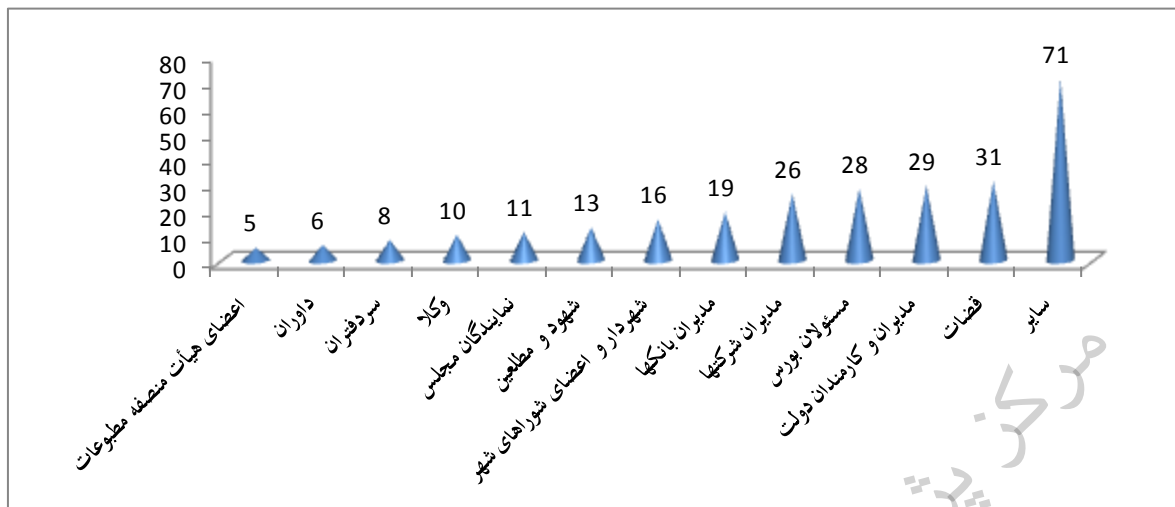
این ابر قاعده ها به متون قانونی زمینه انسجام قوانین و

غربالگری مقررات انبوه و توده وار را فراهم کند.

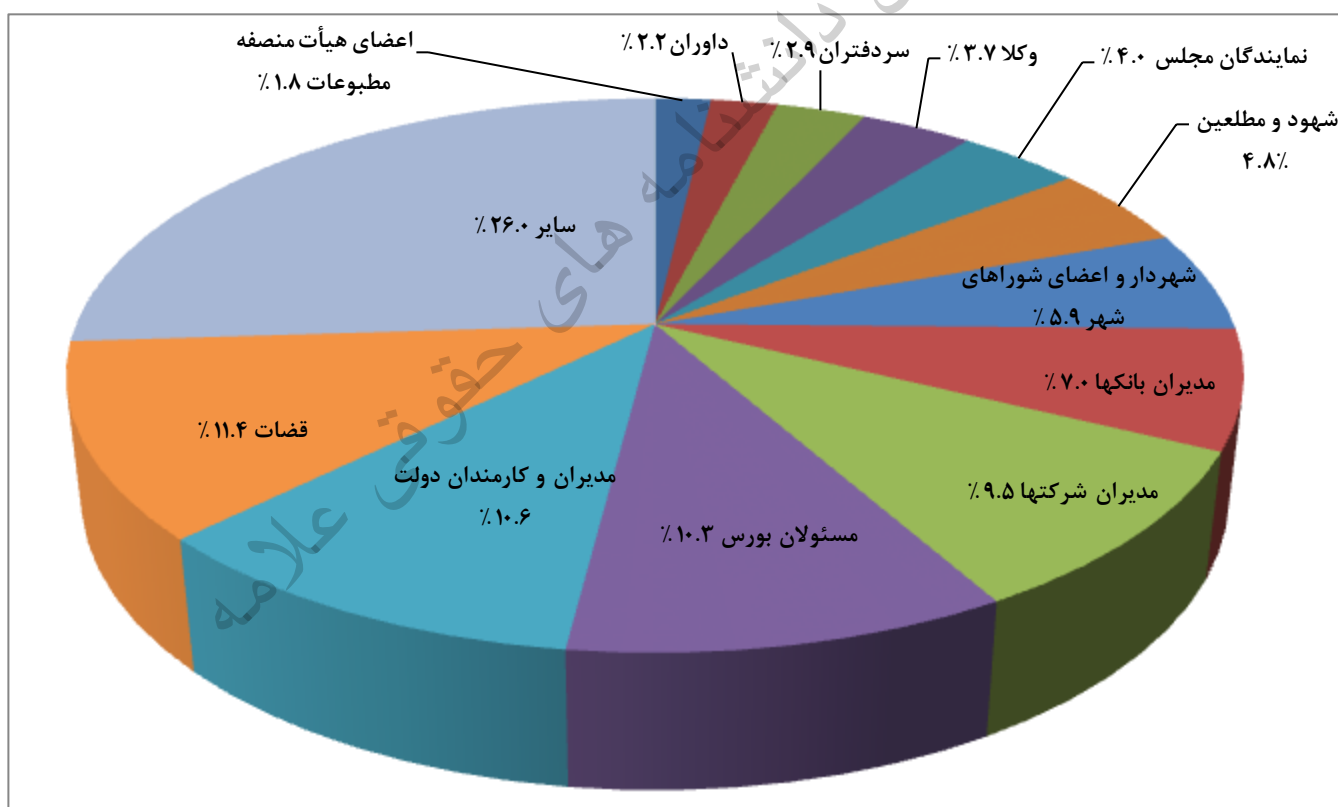
پادشاه مملکت (در زمان حکومت قاجار و پهلوی) انتخاب کنندگان نمایندگان مجلس - امین صلح - اعضای کمیسیون تطبیق حوالجات وزارت مالیه - دلال - نمایندگان قانونی و قضایی محجورین - قیم - اعضای شورای عالی و هیأت نظارت و بازرسی دولت در بانک ملی - کارشناسان - حافظ اموال توقیف شده - مطالبه کنندگان مزایای خاص در شرکتهای سهامی - شرایط اعطای اعتبار به اعضای بانکها - اعضای کمیسیون مواد ۱۷ و ۵۸ قانون ثبت اختراعات،

طرحهای صنعتی و علائم تجاری- اعضای هیأت‌های اجرایی و ناظرین شورای نگهبان و اعضای شعب ثبت نام و اخذ رای انتخابات ریاست جمهوری- اعضای هیأت عالی انتظامی مالیاتی- اعضای هیأت‌های اجرائی و نظارت و اعضای شعب ثبت نام و اخذ رای انتخابات شوراها اسلامی کشوری- مسؤولان نهادهای انقلابی، شهرداری و مسؤولان حکومتی در معاملات خارجی- اعضای هیأت‌های اجرایی انتخابات انجمن شهرستانها- اعضای هیأت‌های اجرایی انتخابات انجمن بخشها- اعضای هیأت اجرای انتخابات هیأت مدیره نظام مهندسی استانها- مهندسان عضو نظام مهندسی- اعضای هیأت اجرائی و ناظران شورای نگهبان و اعضای شعب ثبت نام و اخذ رای انتخابات مجلس شورای اسلامی- مهندس ناظر ساختمان- اشخاص مندرج در ماده ۲۴ قانون اجرای سیاستهای کلی اصل ۴۴ قانون اساسی مصوب ۱۳۸۶- رئیس و اعضای شورای رقابت- متقاضی پذیرش سهام عادی پذیرفته شده در بورس اوراق بهادار- موسسه حسابرسی معتمد و شرکای آن، مدیران، سرپرستان و حسابرسان ارشد موسسات حسابرسی- اعضای حقوقدان شورای نگهبان- اعضای کمیته انضباطی و استیناف فدراسیون فوتبال- هیأت عامل صندوق توسعه ملی- هیأت امنای صندوق توسعه ملی- هیأت مدیره، هیأت نظارت و مدیرعامل صندوق تامین اجتماعی- مدیران ناشر سهام و اوراق بهادار- اشخاص وابسته به اعضا در کانون کارگزاران بورس- اعضای کمیته حسابرسی سازمان بورس و اوراق بهادار- حسابرسان مستقل فعال در بورس و اوراق بهادار- اعضای هیأت اجرائی مرکزی انتخابات ریاست جمهوری- رئیس و اعضای رکن قضایی فدراسیون فوتبال- نماینده معرفی شده کانونهای فعال در بازار سرمایه به شورای عالی بورس اوراق بهادار- مسؤول واحد نظارت شرکتهای کارگزاری- اعضای هیأت‌های سازش و رسیدگی به اختلافات کانونهای شرکتهای سرمایه‌گذاری سهام عدالت- ناشر سهام خزانه- اعضای هیأت مدیره و مدیران اجرایی ناشر سهام خزانه- ناظر اوراق رهنی- نهاد واسط (ناظر اوراق بهادار) در بازار بورس و شبکه بانکی- کارکنان دیوان- کمیته انضباطی فوتسال- اعضای هیأت‌های رسیدگی و تصفیه امور املاک واگذاری- اعضای انجمن نظارت- سهامداران شرکت اتوبوسرانی- اعضای مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران- اعضای هیأت اجرائی و انجمنهای نظارت بر انتخابات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی- اعضای کمیته ملی المپیک. در نمودار شماره شش وضعیت و فراوانی مقررات‌گذاری در خصوص منع ذی‌نفعی در مقام امنی به تفکیک مشاغل آمده است.

نمودار شماره شش - مقررات گذاری منع ذی نفعی در موقعیت امانی به تفکیک مشاغل^۱



نمودار شماره شش - مقررات گذاری منع ذی نفعی در موقعیت امانی به تفکیک مشاغل (اعداد به درصد)



^۱ به دلیل پراکندگی و تنوع بالای مشاغل و محدودیت ارائه آنها در قالب نمودار، آمار مربوط به مشاغل زیر تحت عنوان سایر ارائه شده است.

ز- تنوع در پوشش زمانی، مکانی، موضوعی و موردی منع ذی نفعی در موقعیت امانی:

بررسی مجموعه مواد قانونی مرتبط با مقررات گذاری در خصوص منع ذی نفعی مقام امانی نشان می دهد که اولاً؛ مقررات گذاری در طول یکصد و ده سال و توسط قانون گذارانی با نگرشهای متفاوت (از زمان مشروطه تاکنون) انجام شده است. ثانیاً؛ در مکانهای مختلف داخل و خارج از کشور هم در این خصوص مقررات گذاری شده است. ثالثاً؛ مقررات گذاری در حوزه ها و موضوعات مختلف و متعدد انجام شده است. در نتیجه ابرقاعده مزبور از جمله حقوق فطری است و به عنوان ابرقاعده قابل شناسایی است. زیرا هیچ محدودیتی از نظر زمانی و مکانی و موضوعی ندارد و در زمانهای مختلف توسط قانونگذاران متفاوت در سرزمینهای متعدد و برای موضوعات مختلف به رسمیت شناخته شده است. به عبارت دیگر با نگاهی به سیر تاریخی و تجربه یکصد و ده ساله قانونگذاری نتیجه می گیریم انبوه توده وار مقررات گذاری نتوانسته است مصادق نوپیدا یا نوپدید را در حوزه بانک، بیمه و مشاغل اقتصادی، پوشش دهد و در نتیجه بحران حقوقهای نامتعارف پدید آمده است و رفع آنها از نظر حقوقی در گرو لحاظ سه ویژگی «همه زمانی» و «همه مکانی» و «همه موضوعی» در قالب ابرقاعده ای حقوقی است.

ماده واحده پیشنهادی این مرکز بر مبنای تحلیل دقیق

از ابر قاعده «منع ذی نفعی در مقام امانی» تهیه شده و

می تواند جایگزین بیش از ۲۷۰ نوبت مقررات گذاری

باشد که در طول یکصد و ده سال قانونگذاری انجام

شده است.

۵-۴- پیشنهاد غیرنهایی ماده واحده پیشنهادی:

نتیجه بررسیهای انجام شده در این پژوهش منتهی به ارائه پیشنهاد مشخصی برای تصویب ماده واحدهای دوفوریتی برای ساماندهی مشکلات موجود بر اساس دکترین "منع ذی نفعی در موقعیت امانی" ارائه شده است. در این پیشنهاد، ماده واحدهای ارائه شده است که در ابتدا هدف آن ذکر می شود، سپس متن آن بیان می شود و در ادامه ضمانت اجراهای آن مشخص می شود. همچنین در ادامه این ماده واحده چهار تبصره آن ارائه می شود. لازم به ذکر است که در تبصره چهارم بسیاری از قوانین و مواد آیین نامه ای مرتبط که به صورت پراکنده در مواد قانونی که در طول صد و ده سال قانونگذاری آمده است، منسوخ اعلام می شود. شناسایی و تعیین این مواد مستلزم آن است که نتیجه این پژوهش در دستور کار قرار بگیرد و کارگروه مربوط تشکیل شود و در قالب جلسات بحث متمرکز گروهی و بررسی اسناد و مدارک، لیست موادی که با این ماده واحده منسوخ می شوند، مشخص شود. نکته دیگر آن است که متن ماده واحده غیرنهایی بوده و با بررسی و تعاملات بین بخشی می تواند تکمیل شود.

۶-۴- ماده واحده پیشنهادی:

هدف	به منظور اصلاح و ارتقای نظامات اداری و پیشگیری از پدیداری زمینه فساد سیستمی هرگونه
متن	ذی نفعی و انتفاع ناروا از موقعیت امانی برای اشخاصی که در این موقعیت قرار می گیرند، ممنوع بوده و پرهیز از ایجاد یا اتخاذ موضع تهمت ضروری است.
ضمانت اجرا	متخلف برای بار اول، به استرداد دوبرابر منافع استفاده شده محکوم می شود و برای بار دوم، علاوه بر آن، موقعیت امانی وی نیز زائل می شود و در صورت تکرار، به مجازات درجه پنج نیز محکوم خواهد شد. تبصره یک: هرگونه اقدام یا تصمیمی که توسط اشخاص مشمول این ماده اتخاذ شده و موجب ایجاد
تبصره ها	<p>نفع مستقیم یا غیرمستقیم و مع الواسطه به صورت خاص برای آنها یا وابستگان سببی یا نسبی آنها تا درجه سوم از طبقه دوم شود، یا به صورت خاص موجب دفع یا کاهش ضرر نامبردگان شود، از مصادیق ذی نفعی ناروا محسوب می شود و مشمول حکم و ضمانت اجراهای مزبور خواهد بود.</p> <p>تبصره دو: مفاد این ماده نسبت به اشخاص حقیقی و حقوقی در حقوق خصوصی و حقوق عمومی مجری است.</p> <p>تبصره سه: ممنوعیت این ماده مانع دریافت حقوق و مزایای متعارف که شخص برای انجام امور امانی دریافت می کند، نخواهد بود. همچنین افتخاری بودن و رایگان بودن موقعیت امانی مانع شمول حکم این ماده نیست.</p> <p>تبصره چهار: با تصویب این قانون مواد زیر نسخ می شود.</p>

والحمد لله و صلی الله علی محمد و آله