

## پژوهشهای حقوقی

فصلنامه علمی - ترویجی

شماره ۳۴

هزار و سیصد و نود و هفت - تابستان

- ۷ • مشروعیت سنجی مداخله دولت خارجی در مخاصمه غیربین المللی: تأملی در بحران یمن  
دکتر آرامش شهبازی - پویا برلیان
- ۳۷ • تحلیل ابعاد حقوقی فناوری زیستی تراریخت از منظر امنیت غذایی  
دکتر نجمه رزمخواه - دکتر بهاره حیدری
- ۵۵ • قابلیت انتساب ادله الکترونیک  
دکتر ایرج بهزادی
- ۷۱ • جنگ اطلاعات از منظر اصل تفکیک رزمندگان و غیرنظامیان در مخاصمات مسلحانه  
کیوان اقبالی
- ۱۱۱ • سوءاستفاده از مصونیت ها و مزایای سازمان های بین المللی؛ به دنبال راهکاری برای مقابله با آن  
سید علی حسینی آزاد - مسعود احسن نژاد
- ۱۴۱ • تبیین ابزارهای احراز شرط گام ابتکاری در اختراعات (فن یا صنعت قبلی، شخص یا مهارت معمولی در دانش)  
حامد نجفی - مهسا مدنی
- ۱۶۱ • رهیافت های مختلف حقوق و روابط بین الملل نسبت به مفهوم منافع ملی  
حیدر پیری - پریسا دهقانی
- ۱۸۵ • صلاحیت سرزمینی دادگاه های ایران نسبت به جرایم ارتكابی در فضای سایبر  
نجمه غفاری الهی کاشانی
- ۲۱۹ • نخستین رأی دیوان کیفری بین المللی: حقوق قابل اجرا در مخاصمات مسلحانه میان یک دولت خارجی با گروه های غیردولتی  
سمانه شعبانی
- ۲۴۱ • نقدی بر نهاد مشاوره در لایحه آیین دادرسی تجاری  
دکتر کورش کاویانی - پرویز رحمتی - رضا خودکار
- ۲۶۱ • مقررات شورای اتحادیه اروپا، به شماره ۲۰۱۰/۱۲۵۹ مورخ ۲۰ مورخ ۲۰ دسامبر ۲۰۱۰ راجع به ارتقای همکاری در زمینه قانون حاکم بر طلاق و تفریق قانونی (موسوم به مقررات رم ۳)  
تحقیق و ترجمه: دکتر مهدی امینی - دکتر حسین کاویار





## نقدی بر نهاد مشاوره در لایحه آیین دادرسی تجاری

دکتر کورش کاویانی\*  
پرویز رحمتی\*\* - رضا خودکار\*\*\*

### چکیده:

صدور رأی عادلانه در دعاوی تجاری منوط به دسترسی به رویه‌های تجاری معتبر و استفاده از متخصصین امور تجارت می‌باشد و از همین روست که در لایحه آیین دادرسی تجاری، علاوه بر ایجاد دادگاه تخصصی تجارت، نهاد مشاور نیز پیش‌بینی شده و وجود قضاات متخصص در امر حقوق تجارت کافی دانسته نشده است. پرسش اصلی مقاله حاضر عبارت از این است که آیا نهاد مشاور، با موقعیتی که در لایحه دارد، به افزایش کارایی دادگاه تجاری منتهی خواهد شد یا خیر؟ برای پاسخ گفتن بدین پرسش از یک سو جایگاه نهاد مشاور در لایحه آیین دادرسی تجاری با جایگاه این نهاد در برخی دیگر از محاکم تخصصی مقایسه گردیده و از سوی دیگر نهاد مشاور با نهاد کارشناسی مقایسه شده است و در انتها نیز به منظور نتیجه‌گیری نهایی از تکنیک هزینه - فایده استفاده شده است. بررسی انجام‌شده حاکی از آن است که هرچند اقدام مقنن جهت شناسایی نهاد مشاور قابل تحسین است، لیکن به دلیل کم‌توجهی به برخی نکات ظریف، ایراداتی بر آن وارد می‌باشد.

### کلیدواژه‌ها:

دادگاه تجاری، مشاور، کارشناس، مسؤولیت مشاور، کارایی.

## مقدمه

پیچیدگی برخی دعاوی اقتضاء می‌نماید که رسیدگی به آنها در صلاحیت مراجع اختصاصی قرار گیرد؛ زیرا بدین ترتیب امکان استفاده از قضات متخصص در یک شاخه خاص علم حقوق فراهم شده و این امر به افزایش کیفیت آرای صادره منتهی خواهد شد. امور تجاری نیز از جمله مواردی است که از پیچیدگی قابل توجهی برخوردار بوده و بررسی مسائل آن نیازمند تخصص می‌باشد. از این رو انتظار می‌رود که تشکیل دادگاه‌های تجاری به افزایش دقت در بررسی مسائل مطروحه و افزایش سرعت در فرایند دادرسی منجر گردد.

یکی از عواملی که تشکیل دادگاه‌های تجاری را توجیه می‌نماید ضرورت استناد به رویه‌های تجاری معتبر است. هرچند دادرسان شاغل در دادگاه تجاری، علی‌الاصول متخصص در حقوق تجارت بوده و در طول کار نیز با امور و مسائل تجاری آشنایی عمیق‌تری پیدا می‌نمایند، لیکن دستیابی به رویه‌های تجاری معتبر نیازمند تخصصی است که از صلاحیت دادرس متعارف، ولو متخصص در حقوق تجارت، خارج می‌باشد زیرا شناختن رویه‌های تجاری معتبر منوط به این است که شخص با فعالیت تجاری درگیر بوده و عملاً به آن مبادرت نماید؛ بنابراین می‌توان حدس زد که تشکیل دادگاه تجاری بدون یاری گرفتن از متخصصین تجارت از کارایی لازم برخوردار نگردد.

با توجه به اهمیت تشکیل دادگاه تجارت، قوه قضائیه لایحه آیین دادرسی تجاری را، به منظور تشکیل دادگاه‌های تجارت، تهیه و به دولت تقدیم نمود. دولت نیز لایحه مزبور را به مجلس ارائه نمود و هم‌اکنون لایحه مزبور به وسیله مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی در دست بررسی است.

از جمله ابتکارات لایحه مزبور، تأسیس نهاد مشاور می‌باشد؛ این نهاد با هدف یاری گرفتن از متخصصین تجارت در فرایند دادرسی تأسیس گردیده است. آنچه در اینجا شایسته بررسی می‌باشد این است که آیا نهاد مشاور، با موقعیتی که در لایحه مزبور دارد، به کارایی منتهی خواهد شد یا خیر؟ به بیان دیگر آیا پیش‌بینی نهاد مشاور به ارتقای کیفیت رسیدگی در دادگاه تجاری کمک می‌نماید یا خیر؟ برای پاسخ گفتن به این پرسش ابتدا باید ضرورت استفاده از مشاور در دادگاه تجاری تبیین گردد و به این پرسش پاسخ داده شود که اگر مفید بودن نهاد مشاور اثبات گردد، این فایده منحصر به دادگاه تجارت است و یا آنکه قابل تسری به همه انواع دادگاه‌هاست. در گام بعدی لازم است که نهاد مشاور در سایر قوانین مورد

بررسی قرار گرفته و با کارشناسی موضوع قانون آیین دادرسی مدنی که ظاهراً نهادی مشابه است، مقایسه شده و وجه تمایز آن کشف گردد. نحوه گزینش، صلاحیت، حق الزحمه، عزل، استعفاء، تعلیق، رد، مسؤولیت مشاور و مذاقه در این نکته که آیا مشاور بودن شغل به شمار می‌آید یا خیر از دیگر مواردی است که باید مورد بررسی قرار گیرد. در انتها نیز باید کارایی نهاد مشاور بر مبنای تکنیک هزینه - فایده مورد بررسی قرار گیرد زیرا اثبات مفید بودن این نهاد کافی نیست بلکه لازم است که میزان سود ناشی از این تأسیس قضایی از هزینه‌های آن پیشی گیرد.

### ۱- ضرورت نهاد مشاوره

امروزه پیچیدگی روزافزون روابط اجتماعی به مسائل حقوقی نیز راه پیدا نموده است به گونه‌ای که حقوقدان در بسیاری از موارد بدون یاری گرفتن از متخصصین سایر علوم از حل مسائل حقوقی پیش‌آمده ناتوان است؛ برای مثال در جایی که موضوع متنازع‌فیه بررسی حساب‌های مؤسسات بزرگ صنعتی و تجاری و تطبیق عمل آنها با قانون باشد، دادرس ناگزیر از مراجعه به متخصصین حسابداری بوده و بررسی مسائل مزبور در صلاحیت هیچ دادرس متعارفی نیست. گذشته از این باید توجه داشت که در پاره‌ای از موارد تشخیص تقصیر، ورود خسارت، نقض تعهدات قراردادی - از جمله کوتاهی شخص متعهدعلیه از ارائه اطلاعات لازم به طرف قرارداد به منظور جلوگیری از بروز خطر در استفاده از فرآورده‌های صنعتی، خارج از صلاحیت دادرس است. مثلاً زمانی که دعوایی علیه شرکتی دارویی مطرح می‌شود تشخیص این امر که آیا شرکت مزبور در تولید فرآوردهٔ مزبور مرتکب تقصیر شده است یا نه، نیازمند استفاده دادرس از دانش تخصصی علوم پزشکی و آزمایشگاهی است. اهمیت مراجعه به اهل فن در جایی که روابط تجاری در سطح بین‌المللی باشد دوچندان می‌شود؛ زیرا در این‌گونه موارد گذشته از بحث تعارض قوانین، دشواری آگاهی به عرف تجارت بین‌الملل، بیش از پیش جلوه‌گر می‌شود.

مطالب بالا، به این نتیجه رهنمون می‌گردد که حل‌وفصل اختلافات تجاری، در بسیاری از موارد، نیازمند این است که دادرس به متخصصین امور تجاری مراجعه نماید. ممکن است گفته شود با وجود پیش‌بینی کارشناس، در قانون آیین دادرسی مدنی، دیگر نیازی به تأسیس نهاد مشاور نیست و بهتر آن بود که چنین نهادی در لایحه پیش‌بینی نمی‌گردید. پاسخ گفتن به این موضوع که با وجود نهاد کارشناس، تأسیس نهاد مشاور لازم است یا خیر، به بحث آتی

واگذار می‌گردد؛ در اینجا تنها متذکر این نکته می‌شویم که نهاد مشاور و کارشناس شباهت‌های قابل توجهی دارند، اما در عین حال تفاوت‌هایی نیز دارند و چنان که خواهیم دید مشاور در فرایند دادرسی دخالت بیشتری دارد.

آنچه در بالا اشاره شد به حوزه حقوق تجارت اختصاص ندارد؛ در حقیقت باید توجه داشت در هر مورد که موضوعات تخصصی مطرح می‌گردد، ضرورت استفاده از اهل فن لازم است؛ بنابراین اگر تأسیس نهاد مشاور در لایحه دادرسی تجاری لازم بوده است، منطقاً در دیگر موضوعات نیز لازم است.

## ۲- بررسی موقعیت مشاور در لایحه آیین دادرسی تجاری، سایر قوانین و مقایسه آن با نهاد کارشناسی

به منظور بررسی دقیق نهاد مشاور در لایحه آیین دادرسی تجاری، باید موقعیت این نهاد در لایحه آیین دادرسی تجاری و دیگر قوانینی که نهاد مزبور را پیش‌بینی نموده‌اند، مورد بررسی قرار گیرد. علاوه بر لایحه آیین دادرسی تجاری در قانون حمایت خانواده ۱۳۹۱/۱۲/۰۹، قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری ۱۳۹۲/۰۳/۲۵ و قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲/۱۲/۰۴ نیز نهاد مشاور پیش‌بینی شده است. آنچه در اینجا باید تبیین گردد این است که آیا قانون‌گذار در این قوانین یک نهاد را پیش‌بینی نموده یا در عین حال که از لفظ مشابه استفاده گردیده نهادهایی متفاوت تأسیس نموده است؟ علاوه بر این باید به مقایسه نهاد مشاور و کارشناسی پرداخته و به این پرسش پاسخ داده شود که آیا با وجود نهاد کارشناسی، نیازی به تأسیس نهاد مشاور می‌باشد یا خیر. پیش از ورود به بحث باید نقش مشاور در فرایند دادرسی تبیین گردد؛ بدین‌معنا که مشخص شود مشاور در امور موضوعی دخالت دارد یا در مسائل حکمی نیز ایفای نقش می‌نماید.

### ۲-۱- نقش مشاور در فرایند دادرسی

مسائلی که ضمن دعوا طرح می‌گردد به دو بخش تقسیم می‌گردند: مسائل موضوعی و حکمی. پیرامون مسائل موضوعی و حکمی و تمییز آن دو از یکدیگر سخن بسیار است، در اینجا صرفاً به این نکته اشاره می‌نماییم که مسائل موضوعی دربردارنده اموری است که واقعیت خارجی را آن‌طور که هست، نشان می‌دهد و در مقابل، امور حکمی نشان‌دهنده حکم

یا ضمانت اجرای مقرر در قانون ناظر به نوع آن مصادیق است.<sup>۱</sup> بر اساس این تعریف، زمانی که شخصی حمل کالایی را به متصدی حمل و نقل سپرده و کالای مزبور ضمن حمل، تلف گردیده و متصدی ادعا می‌نماید که تلف شدن مربوط به جنس خود مال‌التجاره بوده است، بررسی این موضوع که آیا جنس مال‌التجاره در تلف شدن نقش داشته یا خیر، امر موضوعی بوده و تعیین حکم مسؤلیت متصدی در صورت صدق ادعای او، امری حکمی است. تفکیک امور موضوعی و حکمی از یکدیگر از این جهت حائز اهمیت می‌باشد که اثبات امور موضوعی برعهده اصحاب دعوا و یافتن امور حکمی و تطبیق آن بر موضوع دعوا وظیفه قاضی است.<sup>۲</sup>

بدون تردید مشاور در امور موضوعی دخالت دارد. در واقع پیش‌بینی مشاور در لایحه، از این جهت بوده است که درک پیچیدگی‌های تجارت، از عهده دادرس خارج بوده و یاری خواستن از اهل فن به منظور تفهیم مسائل تجاری، به دادرس ضروری است. به منظور تعیین نقش مشاور در مسائل حکمی باید به ماده ۷ لایحه توجه نمود. وفق این ماده، مشاور حق رأی ندارد، با این همه باید در نظریه کتبی‌ای که به دادگاه ارائه می‌دهد، ضمن تبیین موضوع دعوا، در خصوص عرف‌ها و رویه‌های تجارتی حاکم بر موضوع و سؤالات احتمالی مطرح‌شده از سوی دادگاه، به صورت مستند، مستدل و صریح اظهارنظر نماید.

عبارت «اظهارنظر به صورت مستند»، این پرسش را به میان می‌آورد که آیا منظور این بوده است که مشاور باید مستند به مواد قانونی نظریه خود را تقدیم نماید؟ به عبارت دیگر آیا مشاور ملزم است که نظر خود را در خصوص فصل دعوا اظهار نماید یا اینکه منظور از مستند بودن این است که مشاور ملزم گردیده مشخص نماید عرف یا رویه حاکم را به چه نحوی استخراج نموده و به عبارت دیگر منبع اطلاعات خود را برای دادگاه روشن نماید؟ در صورتی که تفسیر اول مدنظر قرار گیرد مشاور در امور حکمی نیز دخالت نموده و به این ترتیب یکی از بنیادی‌ترین اصول دادرسی، یعنی نقش قاضی در تشخیص امور حکمی، نقض گردیده است؛ اما در صورت پذیرش دیدگاه دوم، مشاور صرفاً در امور موضوعی دخالت خواهد داشت. به نظر می‌رسد هرچند مشاور نمی‌تواند رأی صادر نماید، اما به نوعی در تشخیص امور حکمی نیز ایفای نقش می‌نماید؛ در واقع مشاور موظف است جهات موضوعی و حکمی دعوا را

۱. مجید غمامی و مجتبی اشراقی آرانی، «تفکیک امر حکمی از امر موضوعی در دادرسی مدنی تبیین نظریه عمومی»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران ۲ (۱۳۸۹)، ۲۸۰.

۲. عبدالرسول دینانی، «مستندات رأی قاضی (قسمت اول)»، مجله دادرسی ۳۳ (۱۳۸۱)، ۱۴.

بررسی نموده و امور حکمی را بر امور موضوعی تطبیق دهد، سپس نظریه مشورتی خود را به دادگاه ارائه نماید.

در لایحه‌ای که قوه قضائیه تهیه نموده بود، در صورتی که هیئت عمومی دیوان عالی کشور جهت صدور رأی وحدت رویه تشکیل جلسه می‌داد و از مشاوران نیز دعوت می‌نمود، مشاور حق رأی داشت؛ در لایحه مزبور مشخص نگردیده بود که مشاوران دادگاه بدوی و تجدیدنظر حق رأی دارند یا خیر. چنان که ملاحظه می‌شود مرکز پژوهش‌ها لایحه را بدین شرح که مشاور در هیچ دادگاهی حق رأی ندارد، اصلاح نموده است.

## ۲-۲- بررسی موقعیت مشاور در سایر قوانین

علاوه بر لایحه آیین دادرسی تجاری، در قانون حمایت خانواده، قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری و قانون آیین دادرسی کیفری نیز نهاد مشاور پیش‌بینی شده است. در اینجا به ترتیب موقعیت نهاد مشاور در قوانین مزبور بررسی گردیده و با نقش مشاور در لایحه آیین دادرسی تجاری مقایسه می‌شود.

### ۲-۲-۱- موقعیت مشاور در قانون حمایت خانواده

نهاد مشاور در قانون حمایت خانواده با وجود آنکه با نهاد مشاور موضوع لایحه آیین دادرسی تجاری شباهت‌هایی دارد، از نهاد مزبور متمایز می‌باشد؛ وجه تمایز در این است که وفق ماده ۲ قانون حمایت خانواده مشاور دارای پایه قضایی است. در حقیقت وفق این قانون، از آنجا که مشاور دارنده پایه قضایی است به طور مستقیم در روند رسیدگی و صدور رأی دخالت دارد؛<sup>۳</sup> در حالی که مطابق با ظاهر مواد لایحه آیین دادرسی تجاری، مشاور پایه قضایی ندارد.

وفق ماده ۲ قانون حمایت خانواده مشاور مکلف است پرونده را بررسی نموده و ظرف مدت سه روز از ختم رسیدگی نظریه خود را به صورت مکتوب و مستدل در اختیار قاضی قرار دهد؛ از ظاهر این ماده استنباط می‌شود که مشاور در دادگاه خانواده - مانند مشاور در دادگاه تجاری - جهات موضوعی و حکمی دعوا را بررسی نموده سپس امور حکمی را بر امور موضوعی تطبیق داده و نظریه مشورتی خود را به دادگاه ارائه می‌نماید.

نکته دیگری که شایسته توجه می‌باشد این است که در قانون حمایت خانواده مراکز مشاوره خانوادگی نیز پیش‌بینی شده است؛ این مراکز متفاوت از نهاد مشاور می‌باشد؛ در

۳. سید حسین صفایی و اسدالله امامی، مختصر حقوق خانواده (تهران: میزان، ۱۳۹۳)، ۲۵۵.

حقیقت مقنن برای آنکه به تشدید مبانی خانواده کمک نماید، وجود کارشناس خانواده را در رسیدگی به دعاوی خانوادگی ضروری دانسته است. تبصره ماده ۱۹ قانون مزبور به روشنی گویای این حقیقت است که مراکز مشاوره خانواده در حقیقت همان کارشناسی موضوع قانون دادرسی مدنی است.

### ۲-۲-۲- موقعیت نهاد مشاور در قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری

مواد قانون دیوان عدالت اداری در خصوص نهاد مشاور مبهم بوده و به جای آنکه به روشن شدن موضوع کمکی نماید، سردرگمی ایجاد می‌کند زیرا از برخی مواد قانون مزبور استنباط می‌شود که کارشناس و مشاور دو نهاد جداگانه به شمار می‌آیند؛ در حالی که برخی از مواد به این نتیجه رهنمون می‌گردد که مشاور و کارشناس یک نهاد بوده و مقنن تنها از دو لفظ متفاوت استفاده نموده است؛ برای مثال در ماده ۷ قانون مذکور می‌خوانیم:

«دیوان می‌تواند به تعداد مورد نیاز، کارشناسانی از رشته‌های مختلف که حداقل دارای ده سال سابقه کار اداری و مدرک کارشناسی یا بالاتر باشند، به عنوان مشاور دیوان داشته باشد. در صورت نیاز هریک از شعب به مشاوره و کارشناسی، به درخواست شعبه یا به تشخیص رئیس دیوان، کارشناس مشاور توسط رئیس دیوان به شعبه معرفی می‌شود. در این صورت کارشناس پس از بررسی موضوع، نتیجه را به طور مکتوب به شعبه ارائه می‌کند تا در پرونده درج شود. قاضی شعبه با ملاحظه نظر وی مبادرت به صدور رأی می‌نماید.»

چنان که ملاحظه می‌گردد وفق ماده مذکور دیوان می‌تواند از کارشناسان، به عنوان مشاور استفاده نماید؛ بنابراین باید اذعان داشت که مشاور و کارشناس دو لفظ متفاوت برای توصیف یک ماهیت است. از طرف دیگر وفق تبصره ماده ۸، کارشناس و مشاور دو نهاد جداگانه به شمار آمده‌اند؛ زیرا در این تبصره مقنن از هر دو لفظ کارشناس و مشاور استفاده نموده و این معنا را القاء می‌نماید که این دو، نهادهایی متفاوت به شمار می‌آیند. در این تبصره می‌خوانیم:

«مشاوران و کارشناسان موضوع ماده (۷) این قانون می‌توانند با دعوت رئیس دیوان بدون داشتن حق رأی، در جلسات هیئت عمومی شرکت کنند و در صورت لزوم نظرات کارشناسی خود را ارائه نمایند.»



در نهایت تبصره ماده ۶۳، بدون بیان تفاوت‌های ماهوی، نهاد مشاور و کارشناس را از یکدیگر جدا و تأکید نموده که مشاور غیر از کارشناسان رسمی دادگستری بوده و این دو نهاد از یکدیگر متفاوت می‌باشند.<sup>۴</sup>

وفق ماده ۷، مشاور در قانون مزبور حق رأی نداشته و صرفاً پس از بررسی موضوع نتیجه را به طور مکتوب به شعبه ارائه می‌نماید تا در پرونده درج گردیده و قاضی شعبه با ملاحظه نظر وی به صدور رأی مبادرت نماید؛ بنابراین می‌توان بر این عقیده بود که مانند لایحه آیین دادرسی تجاری، مشاور بدون آنکه حق صدور رأی داشته باشد، باید با بررسی همه‌جانبه موضوع، مسائل حکمی را بر مسائل موضوعی تطبیق داده و نظریه خود را به شعبه ارائه نماید.

### ۲-۲-۳- موقعیت مشاور در قانون آیین دادرسی کیفری

وفق ماده ۲۹۸ و تبصره ماده ۳۱۵ قانون آیین دادرسی کیفری، رسیدگی به جرایم اطفال مستلزم وجود مشاور است. در این قانون به نقش مشاور در فرایند دادرسی و اینکه آیا مشاور حق دخالت در صدور رأی را دارد یا خیر، اشاره‌ای نرفته است؛ با این وجود به نظر می‌رسد که مشاور نه تنها پایه قضایی ندارد، بلکه حق صدور رأی نیز نداشته و صرفاً نظر مشورتی ارائه می‌دهد.<sup>۵</sup> بنابراین می‌توان گفت نهاد مشاور در قانون آیین دادرسی کیفری جایگاهی مانند نهاد مشاور در لایحه آیین دادرسی تجاری دارد.

### ۲-۳- نهاد مشاور و کارشناس

کارشناس به مثابه یک شاهد عینی متخصص با ملاحظه ابعاد مختلف پرونده و انجام تحقیقات میدانی، به بررسی موضوع ارجاع شده می‌پردازد و مسائل پیچیده مطرح شده را مطمح نظر قرار داده و نتیجه را با زبانی ساده و قابل فهم به دادرس ارائه می‌نماید تا دادرس با تکیه بر تخصص و دانش کارشناس بتواند رأی مطابق با واقع صادر نماید؛ در حقیقت کارشناس در مورد موضوع مطروحه با استفاده از تخصص و دانش خود اظهار نظر می‌نماید و قاضی با توجه به اظهار نظر تخصصی کارشناس، حکم منطبق با موضوع متنازع‌فیه را استخراج می‌نماید؛ بنابراین می‌توان کارشناس را به عینکی تشبیه نمود که دید دادرس را در بررسی موضوع

۴. تبصره ماده ۶۳: «شعبه می‌تواند علاوه بر نظر مشاورین موضوع ماده (۷)، عنداللزوم از نظر کارشناسان و متخصصین هر رشته، از میان کارشناسان رسمی دادگستری و یا دستگاه‌های مربوط استفاده نماید.»  
 ۵. علی خالقی، نکته‌ها در قانون آیین دادرسی کیفری (تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، ۱۳۹۲)، چاپ اول، ۲۵۷.

متنازع‌فیه باز می‌نماید تا دادرس از مسئله تحت بررسی درک بهتری پیدا نماید. ارجاع به کارشناس از دیرباز پذیرفته گردیده و فقهاء نیز در مواردی ضرورت یاری گرفتن از متخصص را گوشزد نموده‌اند.<sup>۶</sup> کارشناسی از جمله ادله اثبات دعوا به شمار می‌آید<sup>۷</sup> و کار کارشناس در حوزه امور موضوعی قرار دارد،<sup>۸</sup> بدین معنا که کارشناس در صدور رأی دخالتی نداشته و صرفاً پس از تبیین اعمال یا وقایع حقوقی مرجوع‌البه، نظریه خود را به دادرس ارائه می‌دهد. نکته دیگری که باید بدان توجه داشت، این است که دادرس فقط در صورتی که موضوع متنازع‌فیه را تخصصی و فنی تشخیص دهد، امر را به کارشناس ارجاع می‌دهد. در حقیقت تشخیص اینکه آیا ارجاع به کارشناس ضرورت دارد یا خیر برعهده دادرس می‌باشد.<sup>۹</sup> به علاوه طرفین دعوا می‌توانند از دادگاه درخواست نمایند تا امر به کارشناس ارجاع گردد (ماده ۲۵۷ ق.د.م.). همچنین ایشان می‌توانند به نظریه کارشناسی اعتراض نمایند (ماده ۲۶۰ همان قانون).

نهاد مشاور با کارشناسی تفاوت‌های قابل توجهی دارد زیرا چنان که اشاره رفت مشاور علاوه بر دخالت در امور موضوعی، در امور حکمی نیز دخالت دارد. تفاوت مهم دیگر این است که حوزه فعالیت کارشناس و مشاور از یکدیگر متفاوت است. در حقیقت کارشناس در مسائلی که جنبه تخصصی و فنی داشته و اظهارنظر در آن نیازمند بهره‌مندی از دانشی خاص است، دخالت می‌نماید؛ در حالی که مشاور به تبیین رویه‌های تجاری معتبر پرداخته و عرف حاکم بر موضوع را احراز می‌نماید؛ بنابراین در صورتی که تاجر کالایی را به دیگری بفروشد و خریدار ادعا نماید که به دلیل معیوب بودن کالای مزبور به وی خسارتی وارد شده است، تشخیص این امر که آیا کالای مزبور معیوب بوده است یا خیر، برعهده کارشناس می‌باشد و مشاور در اینجا صلاحیت اظهارنظر ندارد؛ در مقابل در صورتی که آمر علیه حق‌العمل کار اقامه دعوا نموده و عنوان نماید که حق‌العمل کار مال را به نسبه فروخته است و در نتیجه باید ضررهای واردشده به او را جبران نماید، تشخیص این امر که آیا فروش به نسبه داخل در عرف تجاری محل بوده است یا خیر برعهده مشاور می‌باشد و کارشناس در اینجا صلاحیت دخالت ندارد.

۶. ناصر کاتوزیان، *اثبات و دلیل اثبات* (تهران: بنیاد حقوقی میزان، ۱۳۸۵)، جلد دوم، چاپ سوم، ۱۰۹.

۷. عبدالله شمس، *آیین دادرسی منی - دوره پیشرفته* (تهران: دراک، ۱۳۸۷)، جلد سوم، ۳۰۶.

۸. دینانی، پیشین، ۱۲؛ شمس، پیشین، ۳۳۳.

۹. شمس، پیشین، ۳۰۸؛ ناصر کاتوزیان، «کارشناس؛ علم و تجربه در خدمت عدالت»، *مجله دانشکده حقوق و*

*علوم سیاسی دانشگاه تهران* ۶۲ (۱۳۸۲)، ۳۲۶-۳۲۵؛ کاتوزیان، *اثبات و دلیل اثبات*، پیشین، ۱۱۸-۱۱۶.

با توجه به مطالب بالا جای این پرسش باقی است که آیا با وجود نهاد کارشناس، نیازی به پیش‌بینی نهاد مشاور بوده است؟ تبصره ۲ ماده ۱۲ لایحه مبین این امر است که دادگاه می‌تواند توأمان از تخصص مشاور و کارشناس بهره‌مند شود؛ بنابراین به نظر می‌رسد تهیه‌کنندگان لایحه در پی تأسیس نهادی متمایز از کارشناسی بوده‌اند. به نظر می‌رسد استفاده توأمان از مشاور و کارشناس، بلاشکال است؛ زیرا چنان که اشاره رفت، حوزه فعالیت کارشناس اظهارنظر در خصوص موضوعات فنی و پیچیده‌ای است که بررسی آنها نیازمند دانش خاص است؛ در حالی که مشاور وظیفه تشخیص رویه‌های تجاری معتبر را برعهده دارد.<sup>۱۰</sup>

### ۳- نحوه‌گزینش مشاور

وفق ماده ۱۲ لایحه، مشاوران دادگاه تجارت، با توجه به نوع تخصص از میان تجار فعال عضو اتاق‌های بازرگانی، صنایع و معادن، کشاورزی و تعاون جمهوری اسلامی ایران، اصناف و اتحادیه‌ها یا سایر تشکلهای رسمی بخش خصوصی که دارای حسن شهرت و آشنا به قوانین و عرف و عادت تجاری هستند با معرفی نهاد مربوط و نیز حقوقدانان، اعضای هیئت علمی و سایر متخصصان و صاحب‌نظران در امور بازرگانی و مالی، از طریق آزمون و مصاحبه توسط قوه قضائیه برای مدت سه سال انتخاب و احکام آنان توسط رئیس کل دادگستری استان صادر می‌شود. انتخاب مجدد مشاور پس از اتمام مدت بلامانع است. طبق تبصره ۱ همان ماده، دارندگان پروانه وکالت دادگستری و مشاوره حقوقی قوه قضائیه نمی‌توانند به عنوان مشاور دادگاه تجارت، انتخاب شوند؛ زیرا به دلیل تعارض منافع، انتخاب این اشخاص به سمت مشاور تالی فاسد دربر خواهد داشت.

شرایطی که برای تصدی سمت مشاور لازم است در ماده ۱۳ لایحه پیش‌بینی شده است. این شرایط عبارتند از داشتن حداقل ۳۰ سال سن و نداشتن سابقه ورشکستگی و نداشتن سابقه محکومیت مؤثر کیفری. در لایحه‌ای که قوه قضائیه تنظیم نموده بود، به نداشتن ورشکستگی به تقصیر و تقلب اشاره گردیده بود، لذا بر اساس آن لایحه، ورشکستگان عادی برای تصدی سمت مشاور واجد صلاحیت بودند؛ اما در آخرین تغییراتی که در لایحه صورت

۱۰. برای ملاحظه انتقاد از تکلیف انتخاب مشاور در قانون آیین دادرسی کیفری، نگاه کنید به: علی خالقی، نکته‌ها در قانون آیین دادرسی کیفری (تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، ۱۳۹۳)، چاپ اول، ۳۳۲-۳۳۱.

گرفته است تمامی ورشکستگان فاقد صلاحیت به شمار آمده‌اند. وفق تبصره ماده ۱۳ ورشکستگان عادی، پس از اعاده اعتبار برای تصدی سمت مزبور واجد صلاحیت می‌باشند. گذشته از شرایط فوق، اشخاصی صلاحیت تصدی سمت مشاوره را دارند که دوره‌های آزمایشی مربوط به مشاوران را گذرانده باشند (ماده ۱۴ لایحه). وفق ماده ۲۴ لایحه آیین‌نامه اجرایی مربوط به نحوه انتخاب مشاوران، دوره‌های آموزشی و سایر موارد، ظرف سه ماه از لازم‌الاجرا شدن این قانون توسط وزارت دادگستری تهیه و به تصویب رئیس قوه قضائیه می‌رسد. نکته دیگری که در پایان این قسمت لازم به ذکر است این می‌باشد که احکام لازم برای شرکت مشاوران در جلسات هیئت عمومی یا شعب دیوان عالی کشور توسط ریاست دیوان و احکام مشاوران جهت شرکت در جلسات دادگاه بدوی یا تجدیدنظر توسط ریاست دادگستری استان مربوط صادر می‌گردد (مواد ۶ و ۱۲ لایحه).

#### ۴- صلاحیت مشاور

وفق ماده ۷ لایحه، مشاور حق صدور رأی ندارد؛ با این وجود مشاور مکلف است در نظریه خود ضمن تبیین موضوع دعوا، در خصوص عرف‌ها و رویه‌های تجاری حاکم بر موضوع و سوالات احتمالی مطرح‌شده از سوی دادگاه، مستند، مستدل و به صراحت اظهارنظر نماید. نکته قابل توجه این است که در لایحه‌ای که قوه قضائیه تقدیم نموده بود، مشاور نقش پررنگ‌تری برعهده داشت؛ زیرا وفق ماده ۲ آن لایحه حضور حداقل سه مشاور در دادگاه تجاری الزام‌آور بود. با تغییراتی که مرکز پژوهش‌های مجلس اعمال نمود حضور یک مشاور جهت امر رسیدگی کفایت می‌نماید (مواد ۲ و ۳ لایحه).

#### ۵- حق الزحمه مشاور

بدیهی است که عمل مشاور نمی‌تواند بدون اجرت باشد؛ به همین منظور ماده ۱۵ لایحه مقرر می‌دارد که حق الزحمه مشاوران متناسب با میزان فعالیت در هر پرونده و از محل اعتبارات مربوط پرداخت خواهد شد. ماده ۱۳۳ لایحه مقرر می‌دارد که ۵۰ درصد وجوه ناشی از هزینه دادرسی و اجرای احکام، در دادگاه‌های تجارت به حساب درآمد اختصاصی نزد خزانه‌داری کل واریز گردیده و معادل آن با پیش‌بینی قوانین بودجه سالیانه در اختیار قوه قضائیه قرار گیرد تا جهت پرداخت حق الزحمه مشاوران و موارد دیگری که در ماده ۱۳۳ پیش‌بینی شده است، استفاده گردد.

وفق تبصره ماده ۱۲، تعرفه حق الزحمه مشاوران مطابق با آیین‌نامه‌ای است که به پیشنهاد وزارت دادگستری تهیه و به تصویب ریاست قوه قضائیه خواهد رسید.

ماده ۱۳ لایحه قوه قضائیه مقرر می‌داشت که خدمت مشاوران در دادگاه تجاری رایگان است لیکن به تناسب میزان فعالیت، پاداش مناسبی به آنها پرداخت می‌شود.

ایرادی که در اینجا بر لایحه وارد می‌باشد این است که عبارت «متناسب بودن با ارزش و پیچیدگی پرونده و میزان فعالیت مشاور» مبهم می‌باشد؛ لذا مشخص نیست بر اساس کدام معیار حق الزحمه مشاوران تعیین خواهد شد.

#### ۶- زوال سمت، استعفاء، تعلیق و جهات رد مشاور

همان‌طور که اشاره رفت جهت تصدی سمت مشاور شرایطی پیش‌بینی گردیده است و طبیعی است که در صورت زوال شرایط مزبور سمت مشاور زایل گردد. برخی از این شرایط، مانند نداشتن محکومیت کیفری مؤثر یا ورشکستگی به تقصیر یا تقلب، ضامن سلامت نفس و بی‌طرفی مشاور می‌باشد. ماده ۱۵ لایحه قوه قضائیه مواردی را که حدوث آنها موجب زوال سمت مشاور می‌گشت، پیش‌بینی نموده بود؛ پس از اصلاح لایحه مزبور به وسیله مرکز پژوهش‌های مجلس، ماده ۱۷ به بحث زوال سمت مشاور اختصاص یافت. به موجب این ماده در ۴ صورت سمت مشاور زایل می‌گردد: ۱. محکومیت قطعی به مجازات‌هایی که سابقه مؤثر کیفری ایجاد می‌کند؛ ۲. فوت، حجر، ورشکستگی؛ ۳. عزل و استعفاء؛ و ۴. انقضای مدت مأموریت.

در لایحه تقدیمی قوه قضائیه به مرجع عزل مشاور اشاره نگردیده بود، با تغییراتی که مرکز پژوهش‌ها صورت داد عزل مشاور در صورت زوال شرایط و نیز قبول استعفاء مشاور در صلاحیت ریاست دادگستری استان قرار گرفت (تبصره ماده ۱۷ و ماده ۱۸).

در صورت صدور کیفرخواست و یا محکومیت بدوی مشاور به مجازات‌هایی که سابقه مؤثر کیفری ایجاد می‌کند تا صدور حکم قطعی، سمت مشاور معلق می‌گردد (تبصره همان ماده).

وفق ماده ۲۳ لایحه، جهات رد مشاور همان جهات رد دادرس است. رد دادرس در ماده ۹۱ ق.د.م. پیش‌بینی شده است؛ بنابراین در موارد مذکور در آن ماده مشاور رد می‌شود. جهات مزبور بدین سبب وضع شده است که در صورت حدوث آنها بیم خروج دادرس از بی‌طرفی می‌رود (همان ماده). البته با توجه به اینکه مشاور در فرایند صدور رأی تأثیرگذار است و چنان

که اشاره رفت در امور حکمی مداخله می‌نماید، منطقی است که جهات رد دادرسی برای مشاور نیز مقرر شود.

## ۷- مسؤولیت مشاور

مسؤولیت مشاور از سه جهت قابل بررسی است. نخست از جهت تخلفات انتظامی که ممکن است مشاور در حین انجام وظیفه مرتکب گردد؛ دوم، مسؤولیت مدنی مشاور و سوم، مسؤولیت کیفری. در ادامه هریک از این موارد بررسی خواهد گردید.

### ۷-۱- تخلفات انتظامی

دادرسی برای ایفای وظیفه خطیری که برعهده دارد باید از مصونیت برخوردار باشد تا استقلال او تأمین گردد؛ با این همه باید توجه داشت که استقلال دادرسی نباید تا آنجا باشد که او کاملاً آزاد به شمار آمده و بتواند از موقعیت خود سوءاستفاده نماید. به منظور جمع این دو هدف، باید مقرراتی تنظیم گردد که عناصر غیرصالح شناسایی گردند؛ این شرایط همان مقررات انتظامی است.<sup>۱۱</sup> بررسی نهاد مشاور در لایحه بدین نتیجه رهنمون می‌گردد که مشاور در دادگاه تجاری نقشی شبیه دادرسی برعهده دارد و همسنگ با او جهت تحقق عدالت و اجرای قانون تلاش می‌نماید؛ بنابراین از یک سو باید از استقلال برخوردار باشد و از سوی دیگر اهرمی برای جلوگیری از خودکامگی او وضع گردد. مقررات انتظامی در اینجا نیز تأمین‌کننده هدف مزبور است.

ماده ۲۰ لایحه به احصاء نمودن تخلفات انتظامی مشاوران پرداخته است.<sup>۱۲</sup> مسؤولیت انتظامی مشاور بدین صورت است که مرتکبین هریک از تخلفات ردیف‌های (۱)، (۲)، (۳) و

۱۱. سید محسن صدرزاده افشار. *آیین دادرسی مدنی و بازرگانی دادگاه‌های عمومی و انقلاب* (تهران: انتشارات جهاد دانشگاهی واحد علامه طباطبائی، ۱۳۸۵)، ۱۰۶.

۱۲. ماده ۳۶ لایحه مقرر می‌دارد: «تخلفات و مجازات‌های انتظامی مشاوران به قرار ذیل است:

الف - تخلفات:

- ۱- عدم حضور در مراجع صالحه در وقت مقرر بدون عذر موجه؛ ۲- توسل به معاذیری که خلاف بودن آنها بعداً ثابت شود؛ ۳- مسامحه و سهل‌انگاری در اظهارنظر، هرچند مؤثر در تصمیمات مراجع صلاحیتدار نباشد؛ ۴- سوءرفتار و اعمال خلاف شئون دادگاه؛ ۵- تسلیم اسناد و مدارک به اشخاصی که قانوناً حق دریافت آن را ندارند و یا امتناع از تسلیم آنها به اشخاصی که حق دریافت دارند؛ ۶- انجام مشاوره با وجود جهات رد قانونی؛ ۷- اظهارنظر برخلاف واقع و یا تبانی؛ ۸- افشای اسرار و اسناد محرمانه؛ ۹- اخذ مال یا وجه از طرفین پرونده تحت هر عنوانی.

(۴) به مجازات درجه یک تا دو انتظامی و مرتکبین هریک از تخلفات ردیف‌های (۵) و (۶) به مجازات درجه سه تا چهار انتظامی و مرتکبین هریک از تخلفات ردیف‌های (۷)، (۸) و (۹) به مجازات درجه پنج تا شش انتظامی محکوم می‌شوند (تبصره ۱).

وفق ماده ۱۹ لایحه، جهت رسیدگی به تخلفات مشاوران، هیئت‌های انتظامی بدوی و تجدیدنظر تشکیل خواهد شد. وفق ماده ۲۱ لایحه قضات دادگاه تجارت مکلفند، تخلفات مشاوران را به هیئت‌های بدوی موضوع ماده (۱۹) این قانون به صورت مستدل و کتبی گزارش نمایند. با توجه به بند ۲ ماده ۱۰ قانون دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۹۲/۰۳/۲۵ آرای قطعی هیئت‌های بدوی یا تجدیدنظر قابل اعتراض در دیوان عدالت اداری خواهد بود.

پرسشی که در اینجا قابل طرح می‌باشد این است که آیا اشخاصی که از تخلف مشاور متضرر گردیده‌اند نیز می‌توانند به هیئت‌های مزبور مراجعه نمایند یا اعلام تخلف انتظامی صرفاً از طریق قضات دادگاه تجارت امکان‌پذیر است؟ تنها سازوکاری که در لایحه جهت اعلام تخلف پیش‌بینی شده است، گزارش قضات دادگاه تجارت می‌باشد؛ بنابراین به نظر می‌رسد اشخاص متضرر از تخلف مشاور باید تخلف را به قاضی دادگاه اعلام نمایند و در صورتی که قاضی از ارائه گزارش تخلف مشاور به هیئت‌های ذی‌صلاح امتناع نماید، به جهت تخلف قاضی از ایفای وظیفه قانونی خود، ذی‌نفع می‌تواند به دادسرای انتظامی قضات مراجعه و گزارش تخلف قاضی را بدان‌جا اعلام نماید. عدم امکان مراجعه مستقیم اشخاص به هیئت‌های بدوی و تجدیدنظر از جمله معایب اساسی لایحه است که امید است در هنگام بررسی لایحه به این مهم توجه شده و مقرر مزبور به گونه‌ای اصلاح گردد که امکان مراجعه مستقیم ذی‌نفع به هیئت‌های انتظامی فراهم گردد.

## ۷-۲- مسؤولیت کیفری

مسؤولیت کیفری «التزام به تقبل آثار عواقب افعال مجرمانه یا تحمل مجازاتی است که سزای افعال سرزنش‌آمیز بزهکار به شمار می‌آید.»<sup>۱۳</sup> مشاور دادگاه تجاری مانند هر شخص

ب - مجازات‌ها به ترتیب درجه:

۱- توبیخ بدون درج در پرونده؛ ۲- توبیخ با درج در پرونده؛ ۳- محرومیت موقت از مشاوره از سه ماه تا شش ماه؛ ۴- محرومیت موقت از مشاوره از شش ماه تا یک سال؛ ۵- محرومیت موقت از مشاوره از یک سال تا سه سال؛ ۶- محرومیت دائم از تصدی مشاوره.»

۱۳. محمدجعفر حبیب‌زاده و حسین فخر بناب، «مقایسه عوامل موجهه جرم و عوامل رافع مسؤولیت کیفری»، نشریه مدرس علوم انسانی ۴۰ (۱۳۸۴)، ۵۷-۳۷.

دیگری ممکن است مرتکب جرم گردد؛ مشاور به دلیل وظیفه‌ای که برعهده دارد در معرض ارتکاب برخی از جرایم قرار دارد. در صورتی که تخلفات موضوع ماده ۲۰ لایحه عنوان یکی از جرایم مندرج در قوانین جزایی را نیز داشته باشد هیئت رسیدگی به تخلفات مذکور مکلف است، مطابق لایحه به تخلف رسیدگی و رأی مقتضی صادر نماید و مراتب را برای رسیدگی به اصل جرم به مرجع قضایی صالح ارسال نماید. هرگونه تصمیم مراجع قضایی مانع اجرای مجازات‌های موضوع این ماده نخواهد بود (تبصره ۲ ماده ۲۰). برای مثال در صورتی که مشاور اسرار حرفه‌ای یکی از طرفین را فاش نماید علاوه بر آنکه وفق قسمت ۸ از بند الف ماده ۲۰ مرتکب تخلف انتظامی شده است، عمل او منطبق با جرم موضوع ماده ۶۴۸ ق.م.ا (مصوب ۱۳۷۵/۰۳/۰۲) می‌باشد، لذا از این حیث قابل تعقیب کیفری است. به نظر می‌رسد در صورتی که مشاور از یکی از طرفین وجهی دریافت نماید علاوه بر آنکه عمل او منطبق با تخلف مندرج در قسمت ۹ بند الف ماده ۳۶ است، با جرم موضوع ماده ۳ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء و اختلاس و کلاهبرداری نیز منطبق می‌باشد.

### ۷-۳- مسؤولیت مدنی

مسؤولیت مدنی دارای دو معنای عام و خاص می‌باشد. در معنای عام، مسؤولیت مدنی ضمانت اجرای تخلف از مقررات قانونی یا قراردادی است؛ اما در معنای خاص، مسؤولیت مدنی بر الزامات خارج از قرارداد اطلاق می‌گردد.<sup>۱۴</sup> در اینجا معنای خاص مسؤولیت مدنی مورد نظر است. وفق تبصره ۳ ماده ۲۰ لایحه هرگاه در نتیجه تخلف مشاور خسارتی به هریک از اصحاب دعوا یا اشخاص ثالث وارد آید، مشاور مسؤول جبران کلیه خسارات وارده به ایشان خواهد بود. استفاده از عبارت «تخلف» در تبصره مزبور به این نتیجه رهنمون می‌گردد که مسؤولیت مشاور بر «قاعده تقصیر» استوار است؛ بنابراین در اینجا از قاعده مقرر در ماده ۱ قانون مسؤولیت مدنی پیروی گردیده است و شرط تحقق مسؤولیت مشاور اثبات ارکان مسؤولیت مدنی می‌باشد. باید توجه نمود که مسؤولیت‌های سه‌گانه در عرض هم قرار دارند؛ بدین معنا که اگر مشاور مرتکب عملی گردد - برای مثال افشای اسرار حرفه‌ای - که هم تخلف انتظامی باشد، هم جرم به شمار آید و موجب ورود زیان به اطراف دعوا یا ثالث گردد،

۱۴. حسن بادینی، *فلسفه مسؤولیت مدنی* (تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۴)، ۳۲-۲۵؛ سید حسین صفایی و حبیب‌الله رحیمی، *مسؤولیت مدنی - الزامات خارج از قرارداد* (تهران: سمت، ۱۳۸۹)، ۶۲-۶۱؛ ناصر کاتوزیان، *الزام‌های خارج از قرارداد - ضمان قهری* (تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۶)، ۷۴-۷۲.



علاوه بر تحمل مجازات مقرر برای تخلف انتظامی باید کیفر عمل مجرمانه را نیز متحمل گردیده و خسارات وارده به اطراف دعوا یا اشخاص ثالث را جبران نماید.

## ۸- آیا مشاور بودن شغل محسوب می‌گردد؟

تصدی بیش از یک شغل به دلایلی از جمله پرهیز از وقفه کارها، اعمال نفوذ، انحصارطلبی و استبداد، تفریط در بودجه عمومی، لوٹ مسؤولیت‌ها، رشد بیکاری، تضییع حقوق مردم و تبعیض، باید ممنوع گردد؛<sup>۱۵</sup> از این رو وفق قانون ممنوعیت تصدی بیش از یک شغل، مصوب ۱۳۷۳/۱۰/۱۱، هر شخص تنها یک شغل دولتی می‌تواند داشته باشد. با توجه به تبصره ۹ قانون، ممنوعیت تصدی بیش از یک شغل شامل مستخدمین دیگر قوا نیز می‌باشد؛ بنابراین باید به این موضوع پرداخته شود که مشاوران فعال در دادگاه تجارت شاغل به شمار می‌آیند یا خیر؟ لایحه آیین دادرسی تجاری در این خصوص نصی ندارد؛ تنها ممنوعیت پیش‌بینی شده در این قانون، این است که وفق تبصره ۱ ماده ۱۲ دارندگان پروانه وکالت دادگستری و مشاوران حقوقی قوه قضائیه نمی‌توانند به عنوان مشاور انتخاب گردند.

برای پاسخ گفتن به پرسش مطروحه، باید به تعریف شغل پرداخته شود؛ تبصره دوم قانون مزبور در تعریف شغل اشعار می‌دارد:

«منظور از شغل عبارت است از وظایف مستمر مربوط به پست ثابت سازمانی، یا شغل و یا پستی که به طور تمام‌وقت انجام می‌شود.»

با توجه به ماده بالا، می‌توان گفت «استمرار»، «پست سازمانی» و «تمام‌وقت بودن» ارکان اصلی «شغل» محسوب می‌شوند تا بتوان حکم قانون ممنوعیت جمع مشاغل را بر آنها جاری کرد (همان، ۱۵).

ممکن است گفته شود با توجه به ماده ۲۲ لایحه مشاور بودن شغل نمی‌باشد؛ زیرا وفق این ماده «مشاوران دادگاه تجاری از حیث جرایمی که در حین انجام وظیفه یا به مناسبت آن مرتکب می‌شوند و یا جرایمی که با وصف مزبور علیه آنها ارتکاب می‌یابد، در حکم کارمند دولت محسوب می‌شوند»؛ اینکه مشاور در حکم کارمند شناخته شده است بدین معنا می‌باشد که تصدی سمت مشاور شغل به شمار نمی‌آید و صرفاً از برخی جهات تابع احکام ناظر بر کارمندان دولت است. گذشته از این، در لایحه تنظیمی قوه قضائیه، مشاور می‌توانست رأی

۱۵. سید محمد هاشمی، حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران (تهران: بنیاد حقوقی میزان، ۱۳۹۱)، ۱۴.

صادر نماید؛ بنابراین به نظر می‌رسد از آنجا که در آن لایحه مشاور مانند یک قاضی ایفای نقش می‌نمود، از دید تهیه‌کنندگان آن لایحه دارا بودن سمت مشاور شغل بوده است؛ اینکه مشاور در لایحه فعلی حق رأی ندارد، نیز مؤیدی برای این نظر است که مشاور بودن شغل نمی‌باشد.

با این همه به نظر می‌رسد اشخاصی که سمت مشاور را تصدی می‌نمایند، شاغل به شمار خواهند آمد؛ زیرا فعالیت آنها «استمرار» داشته و «تمام‌وقت» می‌باشد. گذشته از این، وفق ماده ۱۲ لایحه، رئیس دادگستری استان برای اشخاصی که به سمت مشاور انتخاب می‌شوند، به مدت سه سال حکم صادر می‌نماید.

### ۹- تحلیل نهاد مشاور بر مبنای تکنیک هزینه - فایده

به منظور ارزیابی یک تصمیم، فعالیت یا سنجش یک نهاد، می‌توان از تکنیک هزینه - فایده یاری گرفت. تکنیک هزینه - فایده به طور کلی بدین معناست که اقدام به هر نوع فعالیتی در صورتی توجیه اقتصادی دارد که مجموعه درآمدها و منافع نهایی حاصل از آن، از هزینه‌های مربوطه بیشتر باشد. در اینجا باید توجه داشت که هزینه‌ها، شامل تمامی هزینه‌های کوتاه‌مدت و بلندمدت و هزینه‌های ضمنی و صریح خواهد بود.<sup>۱۶</sup>

به طور قطع، تأسیس نهاد مشاور، هزینه‌های گزافی بر دستگاه قضا وارد می‌نماید؛ هزینه‌های مزبور ممکن است حقوقی یا غیرحقوقی باشد. اطلاع جریان دادرسی و تشخیص نادرست رویه‌های تجاری معتبر از جمله هزینه‌های حقوقی است که نهاد مشاور به همراه دارد. دیگر هزینه‌های حقوقی که می‌توان بدان‌ها اشاره نمود این است که در لایحه مشخص نگردیده است ارجاع امر به مشاور به چه صورتی خواهد بود؛ آیا قاضی باید قرار صادر نماید یا یک دستور قضایی؟ به علاوه معلوم نیست مشاور تحت چه مدت زمانی مجاز به ارائه نظریه خود می‌باشد؟ در صورتی که نظریه مشاور مبهم یا ناقص باشد، آیا قاضی می‌تواند از او نظریه تکمیلی درخواست نماید و در صورت امتناع مشاور یا عدم کفایت نظریه تکمیلی، ارجاع امر به مشاور یا مشاوران دیگر امکان‌پذیر می‌باشد؟ زمان تودیع حق‌الزحمه مشاور نیز پیش‌بینی نگردیده است. بدیهی است تمامی این موارد می‌تواند کارایی نهاد مشاور را کاهش دهد.

از جمله هزینه‌های غیرحقوقی می‌توان به هزینه آموزش مشاوران (ماده ۱۴ لایحه) اشاره نمود. لحاظ نمودن این هزینه، زمانی اهمیت دوچندان می‌یابد که توجه نماییم انتخاب مشاور برای دادگاه الزامی نیست.

با وجود هزینه‌های مزبور باید توجه نمود که نهاد مشاور مزایای غیرقابل انکاری نیز دارد. پیچیدگی امور تجاری و لزوم تشخیص رویه‌های تجاری معتبر نیازمند استفاده از متخصصین امر تجارت می‌باشد. استفاده از مشاور می‌تواند درصد خطای دادگاه در تشخیص عرف‌های تجاری معتبر را کاهش دهد. گذشته از این، استفاده از مشاور در دادگاه‌های تجارت می‌تواند به کاهش طرح دعوا منتهی شود؛ زیرا اگرچه می‌توان با توسل به راه‌های متقالبانه رویه‌های تجاری را برای قاضی نادرست جلوه داد اما از آنجا که مشاور با امور تجاری آشنایی کافی دارد، به سختی در کمند ترفندهای متقالبانه اصحاب دعوا گرفتار می‌شود؛ بنابراین اشخاص کمتر به فکر استفاده از شیوه‌های متقالبانه در طرح دعوا خواهند افتاد و در صورتی به طرح دعوا مبادرت می‌نمایند که رویه‌های تجاری معتبر به سودشان باشد. کاهش طرح دعاوی، بار مالی قابل توجهی از دوش دستگاه قضا برخواهد داشت.

اظهار نظر قطعی در خصوص اینکه در مقایسه هزینه‌ها و فواید نهاد مشاور، کفه ترازو به نفع کدامیک سنگین‌تر می‌باشد، نیازمند گذر زمان است؛ با این وجود می‌توان امیدوار بود که تأسیس نهاد مشاور گامی مؤثر در ارتقای فرهنگ تجارت باشد.

## نتیجه

اصولاً به جهت پیچیدگی امور تجاری و تخصصی بودن آن، استفاده از نهاد مشاور مفید است؛ زیرا مشاور، دادرس را در یافتن رویه‌های تجاری معتبر یاری نموده و در مواردی که امری به عرف تجار احاله داده شده است، عرف را معین می‌نماید؛ بنابراین، نوآوری لایحه آیین دادرسی تجاری درخور تقدیر است. در حقیقت استفاده از مشاور نه تنها در امور تجاری، بلکه در کلیه دعاوی مفید است و چه بسا به همین دلیل، مقنن در قانون تشکیلات و آیین دادرسی تجاری و قانون آیین دادرسی کیفری نیز نهاد مشاور را پیش‌بینی نموده است.

با این همه باید توجه داشت که اشکالات و ابهامات متعددی در لایحه به چشم می‌خورد. این ابهامات هزینه استفاده از نهاد مشاور را افزایش داده و حتی ممکن است منافع حاصل از این نهاد را تحت الشعاع قرار دهد.

برای اطمینان از کارایی مداخله مشاور در دادرسی‌های تجاری، شیوه معقول و محتاطانه آن است که در آغاز راه، دامنه صلاحیت دادگاه تخصصی به شدت محدود گردد و یا آنکه لاقلاً دامنه استفاده از مشاور در دادگاه تخصصی تجاری محدود گردد. این تحدید دامنه، فرصت بسیار خوبی را برای مقایسه هزینه - فایده مداخله مشاور و مقایسه آن با هزینه - فایده رسیدگی سنتی فراهم می‌سازد.



## فهرست منابع

- بادینی، حسن. *فلسفه مسؤولیت مدنی*. چاپ اول. تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۴.
- حبیبزاده، محمدجعفر و حسین فخر بناب. «مقایسه عوامل مواجهه جرم و عوامل رافع مسؤولیت کیفری». *نشریه مدرس علوم انسانی* ۴۰ (۱۳۸۴): ۵۸-۳۷.
- خالقی، علی. *نکته‌ها در قانون آیین دادرسی کیفری*. چاپ اول. تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهشهای حقوقی شهر دانش، ۱۳۹۲.
- دادگر، یداله. *اصول تحلیل اقتصادی خرد و کلان*. چاپ اول. تهران: نشر آماره، ۱۳۹۱.
- دیانی، عبدالرسول. «مستندات رأی قاضی (قسمت اول)». *مجله دادرسی* ۳۳ (۱۳۸۴): ۱۶-۱۲.
- شمس، عبدالله. *آیین دادرسی مدنی - دوره پیشرفته*. جلد سوم. چاپ یازدهم. تهران: دراک، ۱۳۸۷.
- صدرزاده افشار، سید محسن. *آیین دادرسی مدنی و بازرگانی دادگاه‌های عمومی و انقلاب*. چاپ نهم. تهران: انتشارات جهاد دانشگاهی واحد علامه طباطبائی، ۱۳۸۵.
- صفایی، سید حسین و اسدالله امامی. *مختصر حقوق خانواده*. چاپ سی و نهم. تهران: بنیاد حقوقی میزان، ۱۳۹۳.
- صفایی، سید حسین و حبیب‌الله رحیمی. *مسؤولیت مدنی - الزامات خارج از قرارداد*. چاپ اول. تهران: سمت، ۱۳۸۹.
- غمامی، مجید و مجتبی اشراقی آرانی. «تفکیک امر حکمی از امر موضوعی در دادرسی مدنی تبیین نظریه عمومی». *مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران* ۲ (۱۳۸۹): ۲۹۴-۲۷۵.
- کاتوزیان، ناصر. «کارشناس؛ علم و تجربه در خدمت عدالت». *مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران* ۶۲ (۱۳۸۲): ۳۴۰-۳۱۷.
- کاتوزیان، ناصر. *اثبات و دلیل اثبات*. جلد دوم. چاپ سوم. تهران: بنیاد حقوقی میزان، ۱۳۸۵.
- کاتوزیان، ناصر. *الزام‌های خارج از قرارداد - ضمان قهری*. چاپ هشتم. تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۶.
- هاشمی، سید محمد. *حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران*. جلد دوم. چاپ بیست و سوم. تهران: بنیاد حقوقی میزان، ۱۳۹۱.

## **An Overview on the Concept of Consultation in the Bill of Commercial Procedure**

***Dr. Kourosch Kaviani***

Associate Professor, Faculty of Law and Political Sciences of  
Allameh Tabataba'i University, Tehran, Iran  
Email: k.kavyani@atu.ac.ir

**&**

***Parviz Rahmati***

L.L.M in Law and Economics, Faculty of Law and Political Sciences of  
Allameh Tabataba'i University, Tehran, Iran  
Email: rahmati1367@gmail.com

**&**

***Reza Khodkar***

Ph.D. Student of Privacy Law, University of Judicial and Sciences  
Administrative Services, Tehran, Iran  
Email: rezakhodkar@gmail.com

The complexity of the commercial affairs requires for the settlement of the relative commercial disputes to be handled by the specialized courts since accuracy and time is of essence in the commercial matters. Needless to say, the two aforementioned factors would not be complied with in the general courts due to the overload of their work. Issuing fair judgments in the commercial disputes would require the access to the credible commercial precedent and use of the commercial specialists.

For this purpose, the concept of consultation has been predicted in the recent Bill of Commercial Procedure Law. In this article we would study the question of whether the said concept as stipulated in the Bill would result in the commercial courts to be more efficient.

In order to answer to this question, the cost benefit analysis has been used. The study led to the conclusion that while the act of the lawmakers recognizing the consulting concept is admirable but the said concept entails deficiencies due to neglecting certain subtle points which would in return result in imposing some costs on the judicial system.

**Keywords:** Commercial Court, Consultant, Expert, Consultant's Responsibility, Efficiency.

# Journal of LEGAL RESEARCH

**VOL. XVII, No. 2**

**2018-2**

- **Investigation of Legitimacy of Foreign State Intervention in Non-International Armed Conflict: Deliberating about Yemen Crisis**  
Dr. Aramesh Shahbazi - Pouya Berelian
- **Analyzing the Legal Dimensions of Transgenic Biotechnology on the base of Food Security**  
Dr. Najmeh Razmkhah - Dr. Bahareh Heydari
- **Feature Assignment in Electronic Evidence**  
Dr. Iraj Behzadi
- **Information Warfare in Terms of the Principle of Distinction between Combatants and Civilians in the Armed Conflicts**  
Keivan Eghbali
- **Abuse of Immunities and Privileges of International Organizations; Looking for a Solution**  
S. Ali Hosseiniyazad - Masoud Ahsannejad
- **Explanation of Tools of Establishment of Inventive Step Requirement in Inventions (Prior art, Person Having Ordinary Skill in the Art)**  
Hamed Najafi - Mahsa Madani
- **National Interests from the Perspective of International Law and International Relations Theories**  
Heidar Piri - Parisa Dehghani
- **The Territorial Jurisdiction of Iranian Courts toward Cyber Crimes**  
Najmeh Ghaffari Elahi Kashani
- **The First Judgment of the ICC: The Applicable Law in Armed Conflicts between a State and Non-Governmental Groups**  
Samaneh Shabani
- **An Overview on the Concept of Consultation in the Bill of Commercial Procedure**  
Dr. Kouros Kaviani - Parviz Rahmati - Reza Khodkar
- **COUNCIL REGULATION (EU) No 1259/2010 of 20 December 2010 Implementing Enhanced Cooperation in the Area of the Law Applicable to Divorce and Legal Separation**  
Translators: Dr. Mehdi Amini - Dr. Hossein Kaviar



**S. D. I. L.**

**The S.D. Institute of Law**

Research & Study