

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِيْمِ

مَحْلٌ حُوْدَةٌ

سال هشتاد و سوم / شماره یکصد و پنجم / بهار ۱۳۹۸

به موجب مجوز شماره ۱۳۸۹/۱۲/۲۴ صادره از کمیسیون بررسی نشریات علمی وزارت علوم، تحقیقات و فن آوری، مجله حقوقی دادگستری دارای امتیاز علمی پژوهشی می باشد.

صاحب امتیاز: قوه قضاییه

مدیر مسئول: علیرضا امینی

سردییر: حسین میرمحمد صادقی

مدیر اجرایی: مهدی صبوری پور

اعضاء هیأت تحریریه (به ترتیب حروف الفبا):

محمد آشوری، محمدعلى اردبیلی، ریبعا اسکینی، نجادعلی الماسی، محمدجواد جاوید

سام سوادکوهی فر، سیدمرتضی قاسمزاده، علیحسین نجفی ابرندآبادی

حروفچینی، صفحه‌بندی و چاپ: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه

قیمت: ۵۰۰۰۰ ریال

شمارگان: ۲۰۰

نشانی: تهران، بزرگراه شهید چمران، بزرگراه یادگار امام (ره)، بعد از خروجی اوین در که،

پژوهشگاه قوه قضاییه، دفتر مجله حقوقی دادگستری

صندوق پستی: ۱۱۱۵۵ - ۳۵۱۵

تلفکس: ۰۲۱ - ۲۲۰۹۱۸۶۹

وب سایت: www.jlj.ir

نشانی پست الکترونیک: Majaleh_hoghooghi@jpri.ir

مسئولیت مطالب و مقالات مندرج در این فصلنامه بر عهده نویسندهای آنها است.

راهنمای تدوین مقالات

- مقاله نباید بیش از بیستوپنج یا کمتر از ده صفحه باشد.
- مقاله باید تایپ شده و شامل موارد زیر باشد:
 - ❖ چکیده فارسی در ابتدا و چکیده انگلیسی در انتهای مقاله.
 - ❖ کلید واژگان.
 - ❖ نام و نامخانوادگی نویسنده، نویسنده مسئول، میزان تحصیلات، رتبه علمی و دانشگاهی (فارسی و انگلیسی)، نشانی، کدپستی، شماره تلفن و نامبر و نشانی پست الکترونیک.
 - ذکر معادل لاتین واژگان تخصصی و اسمای خارجی در پانویس هر صفحه.
 - ذکر منابع و ارجاعات در پانویس.
 - ❖ در منابع فارسی، ذکر نام خانوادگی، نام، نام اثر، نام مترجم (در صورت ترجمه بودن)، نام ناشر، نوبت چاپ، سال چاپ، شماره صفحه.
 - ❖ در صورت تکرار منبع بلافصله پس از ذکر اولیه آن، ذکر کلمه همان، اگر مطلب در همان صفحه باشد، به همین اکتفا و در غیر این صورت، پس از ذکر کلمه همان، درج صفحه.
 - ❖ در صورت تکرار منبع پس از منابع دیگر، فقط ذکر نامخانوادگی صاحب اثر و ذکر کلمه پیشین و در صورت تغییر صفحه، ذکر صفحه.
 - ❖ در منابع لاتین، ذکر نامخانوادگی، نام، نام اثر، شماره چاپ، محل نشر، ناشر، سال چاپ و شماره صفحه.
 - ❖ در صورت تکرار بلافصله منبع، ذکر کلمه *Ibid.* و در صورت تغییر صفحه، ذکر صفحه.
 - ❖ در صورت تکرار منبع پس از منابع دیگر، ذکر نامخانوادگی نویسنده و سپس ذکر کلمه *op. cit.* و در صورت تغییر صفحه، ذکر صفحه.
 - ذکر کلیه منابع در انتهای مقاله، ابتدا منابع فارسی و سپس لاتین.
 - مقاله نباید در جای دیگر چاپ شده یا در دست بررسی باشد.
 - مقاله ترجمه شده پذیرفته نمی‌شود.
 - مسئولیت صحت مطالب مقاله، به عهده نویسنده مسئول است.
 - مجله در ویرایش مقالات، آزاد است. مقاله، بازگردانده نمی‌شود.

مجموعه حقوقی

از نشریات
اداره فنی وزارت عدالت

دروس آموزشگاه های وزارت عدالت

مواد اتحانات مستخدمین فضای بحث در موضوعات حقوق

لصیمات محکم تن توافقی و تعلیمات سیی حقوق قضایی

هفته یکبار منتشر می شود

مخصوص مستخدمین عدالت و دادطلبان خدمت قضائی

چهار شنبه ۳۶ مرداد ماه ۱۳۹۷

چاپخانه « ایران » طهران

فهرست عنصر جات

شماره مسلسل

شماره بیست و یکم (سال دوم) مجموعه حقوقی

«چهارشنبه ۲۶ مرداد ۱۳۱۷»

موضوع دروین آهون‌هاهای وزارت عدالت

آموزشگاه قضائی

۱	اصول محاکمات حقوقی	۱	آقای دکتر حلال‌عبدی
۲	قانون مجازات عمومی	۲	» آخوندی
۳	ثبت اسناد و املاک	۳	» حسن امامی
۴	جرائم مناسی	۴	» ملک اسماعیلی
۵	حقوق تجارت	۵	آقای سپهبدی مبصر
۱۰	حقوق بین‌الملل عمومی	۶	آقای مظاہر
۱۷	بحث در موضوعات حقوقی	۷	حقوق جزائی
۱۵	آقای آفایان	۸	حمایت‌بین‌المللی اطفال
۲۱	آقای دکتر آشوب	۹	شرح و تفسیر ماده ۱۲۱ و ۱۲۲ قانون مجازات عمومی
۲۳	آقای دکتر آشوب	۱۰	بدین تبریزی
۲۶	آقای دکتر آشوب	۱۱	دریاز و دیعه و مطالب متعلقه بعقد ایداع و شروط آن
۳۱	آقای دکتر آشوب	۱۲	سی‌فل تحقیق و رموز استلطاق

ذهنیات محاکمه

۱۳	تصمیم دیوان عالی تمیز برخض در مورد مکومیت مجرم در صورتیکه نسبت به مورد اجراء حکم بملکیت دیگری صادر شده باشد
۱۴	تصمیم دیوان عالی تمیز برخض در مورد سرتقت مقرن بآزار با شرک چندان
۱۵	» » » بر ابرام راجع بحضوری شناختن حکم محکمه استیاف در مورد متهمن که وکیل فرستاده است
۳۵	»

متن قوانین و تعليمات رسی

۱۶	آئین‌نامه وزارت عدله راجع به تقسیم وجوه حقوقی از حق الاجرا بین مأمورین وزارت عدله
۳۶	و ثبت اسناد کثور
۳۷	» حقوق حلقوی
۳۷	آقای امیر علائی هیئت انعامیه در حقوق جزائی فرانسه
۳۷	» مجازات‌ها در حقوق جزائی فرانسه
۳۹	آعتبر سابقه و حکم بآن در انگلستان و فرانسه فواد روحانی

حقوق تجارت

شرکت دارای اموال غیرمنقول باشد.

تصدیق موقتی از حیث مندرجات متن تابع مقررات قانون تجارت است و همان مراتبی که در روی ورقه سهم باید ذکر شود در تصدیق موقتی نیز لازم‌الرعایه است و نظر باینکه تصدیق مذکور حاکی از صدور و اگذاری سهام شرکت است عوارض مالیاتی نیز مثل اوراق سهام بآن تعلق خواهد گرفت متنهی مراتب اگر تصدیقات مذکور بعداً تبدیل باوراق سهام شود عوارض مالیاتی مجدداً قابل پرداخت نبوده و ادائی قبلی عوارض مذکور در اوراق سهام قید و صورت مجلس مجمع عمومی که تصمیم به تبدیل اتخاذ نموده با رونوشت رسیدهای عوارض مالیاتی تصدیقات تبدیل شده برای بازرگانی باداره مربوطه مالیه ارسال میگردد.

صدرور تصدیق موقتی با سهام از وظایف شرکت است زیرا پس از تشکیل شرکت هر تعهد کننده که جزء شرکاء محسوب شده باشد حق خواهد داشت اوراق سهام مورد تعهد یا لائق تصدیق آنرا از شرکت مطالبه نماید و شرکت محکوم به تسلیم یکی از آن دو خواهد بود تا تعهد کننده بتواند نسبت بسهم خود هر گونه معامله باسانی بنماید چه در غیر این صورت یعنی در صورت عدم تصدیق یا ورقه سهم معاملات مربوطه سهام خالی از اشکال نخواهد بود زیرا دلیل مالکیتی در دست مالک سهم نبوده تا بتواند حق خود را نسبت بسهم مذکور در مقابل معامل احراز و آن را مورد معامله قرار دهد.

صدرور ورقه سهم یا تصدیق موقتی بسته باختیار شرکت است و چون نص صریحی در این زمینه دیده نمی‌شود. بنا بر این امر مذکور تابع مقررات کلی و بر حسب مستفاد از کلیات قانون تجارت بموجب تضمیم مجمع عمومی شرکت انجام پذیر خواهد بود لذا اگر بصدرور تصدیق موقتی تصمیمی اتخاذ شود تصمیم مذکور قابل اجرا است و چون تصدیق موقتی

تصدیق موقتی و صدور سهام برای اینکه دارندگان سهام بتوانند از سهامی که در شرکت دارند استفاده نمایند مقتضی است هر چه زودتر او را سهام یا چیزیکه دال بر حق آنها بهسام مذکور باشد بدست آورند و چون در بدو امر تهیه اوراق سهام مستلزم وقت و مخارج زیادی است بنا بر این عموملاً شرکتهای سهامی که در ایران تشکیل شود با استفاده از ماده ۲۹ قانون تجارت تصدیق موقتی سهام به تعهد کنندگان میدهند.

قانون تجارت بتصدیق موقتی فقط اشاره نموده و نسبت بخصوصیات و جزئیات آن ساخت است. بر حسب مستفاد از کلیات قانون تجارت منظور از تصدیق موقتی گواهی است بر تعلق مقدار معینی از نوع خاصی از سهام شرکت به شخص (اعم از حقوقی یا طبیعی) بنا بر این تصدیق مذکور جانشین اوراق سهام بوده مادام که اوراق مذکور منتشر نشده باشد.

تصدیق موقتی یا ورقه سهم برای صاحبان سهام تفاوتی ندارد چه اولاً همان استفاده که از ورقه سهم حاصل است از تصدیق موقتی نیز بعمل می‌آید ثانیاً ظور کلی با داشتن ورقه یا مدرکی که حاکی از سهمیم بودن تعهد کننده در شرکت به نسبت معینی باشد منظور تعهد کننده تأمین است و در حقیقت ورقه سهم یا تصدیق موقتی بیش از این نیز دلالتی ندارد با این تفاوت که ورقه سهم معرف حق مالک آن در شرکت بمیزان همان ورقه است در صورتیکه تصدیق موقتی معرف حق مالک آن در شرکت معادل مجموع سهامی است که در ورقه ذکر شده است.

در بعضی ممالک چنانچه در گذشته اشاره شد ورقه سهم اساساً نمی‌شود در ایران با اشاره قانون بتصدیق موقتی هر دو عمل امکان‌پذیر شده است تصدیق موقتی یا ورقه سهم شیئی منقول است اگرچه

نامد مشروط بر اینکه اساسنامه شرکت تبدیل مزبور را جایز بداند.

بطور کلی در مواردیکه تمام قیمت اسمی سهام بالاسم تأثیه شده از نقطه نظر تسهیل نقل و انتقال سهام مزبور بهام بی اسم تبدیل میشود و برخی اوقات از لحاظ مصالح شرکت برای اینکه از هویت دارندگان سهام اطلاعی بدست آید سهام بی اسم شرکت بهام با اسم تبدیل میشود طبق ماده ۸۱ قانون تجارت تصدیق موقتی را که با شخصی داده میشود میتوان بهام تبدیل نمود.

این نکته را باید همیشه در نظر داشت که فقط تبدیل سهام با اسم و بی اسم بیکدیگر و تبدیل تصدیق موقتی بهام امکان پذیر است و سایر سهام از قبیل سهام ممتازه و سهام مؤسسان و غیره قابل تبدیل بهام معمولی و بالعکس نمیباشد.

تبدیل سهام بی اسم با اجازه ماده ۷۶ قانون تجارت است که شرکت را موظف میدارد در صورت اتخاذ چنین تصمیمی که بموجب مقررات اساسنامه بعمل آمده باشد اعلانی در این موضوع منتشر کرده و مهلتی که کمتر از شش ماه نباشد باصاحب سهام بدهد تا در ظرف مهلت مزبور سهام خود را بهام جدید تبدیل نمایند و اعلان مزبوره باید در مجله رسمی و در یکی از جراید کشیرالانتشار مرکز اصلی شرکت دو دفعه و بفاصله ده روز منتشر شود.

در صورتیکه مرکز اصلی شرکت در خارج از تهران باشد باید در یکی از روزنامههای یومیه تهران که همه ساله از طرف وزارت عدله برای انتشار این قبیل اعلانات معین میگردد منتشر گردد.

ابتداء مهلت از تاریخ انتشار اعلان در مجله رسمی خواهد بود و هرگاه دارندگان سهام در فرجه که معین شده سهام خود را بهام جدید تبدیل نمایند دیگر حق تقاضای تبدیل نداشته و شرکت سهام جدید را که در حقیقت متعلق بآنها میباشد بمزایده گزارده و قیمت آنها را برای صاحبان سهام تبدیل نشده در بانک و دیجه میگذارده و دیجه مزبور تابع مقررات مور میشود است و پس از انقضای مدت ده سال در حکم اموال بلاصاحب خواهد بود.

یا ورقه سهم برای صاحبان سهام علی السویه خواهد بود الزام شرکت بصور اوراق سهام بجائی اوراق سهام بجائی تصدیق موقتی مورد نخواهد داشت.

نظر باینکه بشرح فوق مالکین سهام میتوانند از تصدیق موقتی همان استفاده ورقه سهم را بنمایند این است که در موارد صدور تصدیق موقتی قانون ضرب الاجل برای تبدیل آن بورقه سهم معین ننموده و شرکت را در این اقدام مختار گذاشته است و اغلب امروزها شرکت سهامی بصدور تصدیق موقتی اکتفا میکنند زیرا در نتیجه سوء تعبیر مقررات مالیاتی این عمل مورد استفاده شرکتها برای فرار از پرداخت عوارض اوراق سهم شده است. هر تصدیقی مربوط بموضع مورد گواهی است لذا تصدیقات موقتی بر حسب نوع خاص سهام مورد تصدیق است بنابراین تصدیقات مزبور ممکن است بالاسم؛ بی اسم ممتازه یا استقراضی باشد.

گرچه صدور تصدیق موقتی یا اوراق سهام بمیل و اختیار شرکت است ولی بر حسب صریح ماده ۲۱ قانون تجارت مدام که شرکت تشکیل نشده سهام یا تصدیق موقتی (اعم از با اسم یا بی اسم) نمیتوان صادر کرد- هر سهم یا تصدیق موقتی که قبل از تشکیل شرکت بکسی داده شده باشد باطل و صادر کنندگان متناماً مسئول خساراتی هستند که بدارندگان این قبیل اوراق وارد شده است

تا زمانیکه پنجاه درصد قیمت اسمی سهام تأثیه نشده نمیتوان سهام بی اسم یا تصدیق موقتی بی اسم انتشار داد.

تخلف از مقررات ماده مزبور بموجب ماده ۸۹ قانون تجارت برای متخلف مستلزم پانصد إلى ده هزار ریال جزای نقدی علاوه بر خسارات وارد شرکت یا افراد خواهد بود و در مواردیکه عمل مشمول ماده ۲۳۸ قانون مجالات عمومی است مرتکب بمحاذات مقرر در آن ماده نیز محکوم میگردد.

تبدیل سهام
اغلب برای حفظ منافع شرکت میتوان سهام با اسم و سهام بی اسم شرکت را بیکدیگر تبدیل

فهرست مطالب

عنوان	صفحه
چینش مقالات در این شماره براساس حرف نخست نام خانوادگی نویسنده مسئول می‌باشد.	
❖ امکان سنجی توسعه صلاحیت محلی دادگاه پایتحت در دادرسی موازی بین‌المللی	۱۱
نجادعلی‌الماضی / سیدحسین اسعدي	
❖ تحلیل فقهی ماده ۲۶۴ قانون مجازات اسلامی	۳۹
عبدالرضا اصغری / مهدی صالحی‌مقدم	
❖ نقش اطلاع مخاطب در اعتبار ابلاغ قانونی اوراق قضایی	۵۹
مهدی حسن‌زاده	
❖ موارد و آثار حکم قطعی غیرقابل اجرا	۸۳
عبدالله خدابخشی	
❖ اصول و رویه تفسیر معاهدات سرمایه‌گذاری بین‌المللی توسط محاکم داوری و ترجیح حقوق بین‌الملل بر حقوق داخلی	۱۱۱
سید قاسم زمانی / ابوالفضل شیرعلیزاده	
❖ مبناهی متفاوت برای جبران خسارات ناشی از وسایل نقلیه	۱۳۷
علی قسمتی تبریزی	
❖ تعامل ضابطان دادگستری با حریم خصوصی خودروها	۱۶۳
عادل ساریخانی / ایمان محترم قلاتی	
❖ حمایت دولت از بزه‌دیدگان در زمینه تأمین هزینه دادرسی	۱۸۹
سید علیرضا میرکمالی / نازنین حاجی‌زاده	
❖ تعارض اصل ضرر و اصل آزادی اراده در جرم‌انگاری سقط جنین	۲۱۱
اسماعیل هادی‌تبار / مریم مهری متانکلابی	

نجادعلی‌الماسی*

سیدحسین اسعدهی**

چکیده

حق و تکلیف رسیدگی به دعوا در دادگاه، مبتنی بر صلاحیت آن مرجع قضایی است. این صلاحیت ممکن است به صورت همزمان برای بیش از یک دادگاه در بیش از یک کشور ایجاد شود. در مقررات قانونی، مواردی مشاهده می‌شود که به علت عدم امکان اجرای ضوابط مربوط به صلاحیت محلی و به طور مشخص، دخالت یک عنصر خارجی، دادگاه تهران، صالح به رسیدگی است. صلاحیت این دادگاه در این موارد، نمادی از صلاحیت عام محاکم ایران و به اعتبار پایتخت بودن مقر آن است. به همین جهت، با استفاده از ملاک مقررات مزبور و با استقراء در قوانین موجود، می‌توان صلاحیت این دادگاه را در قالب یک قاعده، به سایر موارد مشابه مسکوت نیز تعمیم داد. به این ترتیب، با انشای این قاعده، نه تنها نقص قانون بطرف می‌شود، بلکه اصحاب دعوا نیز از سردرگمی رهایی می‌یابند. گذشته از آن، دادگاهی هم که به موضوع رسیدگی می‌نماید هراسی از بابت عدم صلاحیت یا امکان ایراد به آن ندارد. این مقوله که با عنوان «توسعه صلاحیت محلی دادگاه پایتخت» در حقوق ایران قابلیت طرح و تحقیق دارد، در نوشتار حاضر مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

کلیدواژه‌ها: صلاحیت محلی، اقامتگاه، دادخواهی، دادگاه تهران، صلاحیت قضایی بین‌المللی.

مقدمه

«حق» دادخواهی و مراجعه اشخاص به مراجع قضایی و در مقابل، «تکلیف» رسیدگی به دعوا از سوی دادگاه‌ها، مستلزم تصریح قانون‌گذار بر صلاحیت آن مراجع است (اصول ۳۴ و ۱۵۹ قانون اساسی).^۱ از سوی دیگر، معمولاً محاکم ایران به جهت جنبه سیاسی و حاکمیتی، صلاحیت عام^۲ رسیدگی به دعاوی اقامه شده را برای خود به رسمیت می‌شناسند.^۳ اصطلاح صلاحیت عام یا بین‌المللی که در مقابل صلاحیت خاص^۴ یا ملی به کار می‌رود، ناظر به وضعیتی است که در آن برای دستگاه قضایی یک یا چند کشور در مقابل کشورهای دیگر توانایی و تکلیف رسیدگی قضایی شناسایی می‌شود.^۵ اینجاست که کشورها با مقوله دادرسی موازی مواجه خواهند شد که انواع مختلفی دارد^۶ و البته، نوع بین‌المللی آن موضوع نوشتار حاضر است. در حقوق بین‌الملل خصوصی، منظور از صلاحیت موازی یا متقارن،^۷ همزمانی صلاحیت دو یا چند دادگاه در یک یا دست کم دو کشور، جهت رسیدگی به یک دعوا یا موضوع حقوقی است. این قسم از صلاحیت، نتیجه تعارض مشتبه صلاحیت دادگاه‌های کشورهای مختلف است. با وجود این، در حقوق داخلی ایران نیز نمونه‌هایی از آن مشاهده می‌شود.^۸ البته، اعمال دادرسی موازی مشکلات زیادی در پی دارد. از جمله اینکه اصحاب دعوا را مکلف به تعقیب دعوا در دو مرجع رسیدگی و تحمل هزینه اضافی و اتلاف وقت می‌نماید و حتی ممکن است به دلایلی مانند صدور احکام متعارض، اجرای عدالت را نیز با تهدید مواجه سازد.^۹ به همین جهت، کشورها در برخورد با آن از ابزارهای مختلفی مانند تجمیع دعاوی، بی‌اعتباری به دعواهای موازی و ادامه رسیدگی، توقيف دادرسی موازی و یا بایگانی آن استفاده می‌نمایند.^{۱۰}

۱. شاه حیدری‌پور، محمدعلی، آینین دادرسی مدنی، چاپ اول، صلاحیت دادگاه، نشر آدادک، ۱۳۹۱، ص. ۲۲۰-۲۲۳.
2. General competence
۳. ارفع نیا، بهشید، حقوق بین‌الملل خصوصی، جلد دوم، تهران، بهتاب، ۱۳۸۳، ص. ۱۸۰؛ صادقی نشاط، امیر، «مراجعة خاص و صلاحیت عام محاکم دادگستری در دعاوی تجاری بین‌المللی»، نقد رویه قضایی، زیر نظر ناصر کاتوزیان، تهران، جنگل، ۱۳۹۱، ص. ۳۴۸.
4. Special competence
۵. صفائی، سیدحسین، مباحثی از حقوق بین‌الملل خصوصی، میزان، ۱۳۸۸، ص. ۱۸۱؛ طباطبایی، سید محمدصادق؛ اسعدی، سیدحسین، «چالش تعیین دادگاه صالح در رسیدگی به جرایم ارتکابی اشخاص بی‌تابعیت در خارج از کشور»، پژوهش حقوق کیفری، شماره ۱۲، ۱۳۹۴، ص. ۱۵۰.
۶. مقصودی، رضا، «دادرسی موازی در دعاوی بین‌المللی»، مطالعات حقوق تطبیقی، شماره دوم، ۱۳۹۳، ص. ۵۸۴-۵۸۵.
7. Concurrent Jurisdiction
۸. مافی، همایون؛ ادبی، رشید، «صلاحیت دادگاه‌های ایران در قلمرو حقوق بین‌الملل خصوصی»، دوفصلنامه دانش حقوق مدنی، سال سوم، شماره دوم، ۱۳۹۳، ص. ۶۰.
9. Parrish, Austen, Duplicative Foreign Litigation, The George Washington Law Review, vol.78, 2010, pp. 245-246.
10. George, James, International Parallel Litigation: A Survey of Current Conventions and

از سوی دیگر، به منظور احراز صلاحیت خاص دادگاه‌ها در امور مدنی، تعیین مرجع صالح بر اساس قواعد صلاحیت ذاتی و محلی نقش کلیدی دارد. مشهور نویسنده‌گان حقوقی بر این باورند که در صلاحیت محلی، اصل بر صلاحیت دادگاه محل اقامت خوانده است و از آن با عنوان «قاعده» در این زمینه یاد می‌کنند.^۱ در ماده ۱۱ ق.آ.د.م.، در مقام بیان قاعده بالا آمده است: «دعوا باید در دادگاهی اقامه شود که خوانده، در حوزه قضایی آن اقامتگاه دارد و اگر خوانده در ایران اقامتگاه نداشته باشد، در صورتی که در ایران محل سکونت موقت داشته باشد، در دادگاه همان محل باید اقامه گردد و هرگاه در ایران اقامتگاه و یا محل سکونت موقت نداشته ولی مال غیرمنقول داشته باشد، دعوا در دادگاهی اقامه می‌شود که مال غیر منقول در حوزه آن واقع است و هرگاه مال غیرمنقول هم نداشته باشد، خواهان در دادگاه محل اقامتگاه خود اقامه دعوا خواهد کرد».

۱. طرح مساله و ضرورت تحلیل آن

با توجه به آنچه گفته شد، می‌توان پذیرفت که معیار اصلی قانون‌گذار در تشخیص دادگاه صالح، توجه به عامل «اقامتگاه» است.^۲ با وجود این، ممکن است خوانده دعوا کسی باشد که به جهت فقد اقامتگاه و محل سکونت در ایران و یا به طور کلی، نتوان قاعده صلاحیت را در خصوص وی اعمال کرد. گرچه ماده ۱۱ ق.آ.د.م. در صدد رفع این مسأله است، اما مشکل زمانی تشدید می‌شود که خواهان دعوا نیز دچار چنین وضعیتی باشد و به همین جهت، اجرای قواعد صلاحیت محلی نسبت به وی غیرممکن شود. به این اشخاص، در ادبیات حقوق بین‌الملل خصوصی، «آدمید»^۳ گفته می‌شود.^۴ همچنین، در برخی موارد، تعیین دادگاهی که از لحاظ اجرای قواعد صلاحیت محلی صالح باشد، ممکن نیست. به عنوان نمونه، اگر چکی در یکی از شعب بانک‌های ایرانی خارج از کشور با گواهی نامه عدم پرداخت مواجه گردد، رسیدگی به دعوای

→ Model Laws, Texas International Law Journal, vol. 37, 2002, p. 502. ; Calamita, N. Jansen, "Rethinking Comity: Towards a Coherent Treatment of International Parallel Proceeding", U. Pa. J. int'l Econ. l. vol.27: 3, 2006, pp. 611-612.

۱. صدرزاده افشار، سید محسن، آینین دادرسی مدنی و بازرگانی، تهران، جهاد دانشگاهی، ۱۳۸۷، ص. ۱۵۲.

صفایی، سیدحسین، منبع پیشین، ص. ۱۹۴؛ شمس، عبدالله، آینین دادرسی مدنی، جلد نخست، انتشارات دراک، ۱۳۸۵، ص. ۹۹۴؛ بهرامی، بهرام، آینین دادرسی مدنی ۱ و ۲، تهران، انتشارات نگاه بینه، ۱۳۸۸، ص.

۲. اکبری دهنو، میثم؛ شهبازی نیا، مرتضی، «اراده مشترک اصحاب دعوا در شروع دادرسی مدنی»، فصلنامه حقوق خصوصی، دوره ۱۱، شماره ۲، ۱۳۹۳، ص. ۳۹۴.

«فصلنامه حقوق خصوصی»، دوره ۱۱، شماره ۱۱، ۱۳۹۳، ص. ۳۹۴؛ هرمزی، خیرالله، «توسعه صلاحیت یا صلاحیت تبعی»، فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی، سال دوم، شماره ششم، ۱۳۹۳، ص. ۱۷۰.

۳. Adomide

۴. نصیری، محمد، حقوق بین‌الملل خصوصی، تهران، انتشارات آگاه، ۱۳۸۶، ص. ۸۶.

خصوصی مطالبه وجه چک در صلاحیت محلی کدام دادگاه ایرانی است؟ چه، حسب فرض، اصحاب دعوا در ایران اقامت ندارند و اقامه دعوا در شعبه بانک محال عليه هم به جهت استقرار آن در خارج از کشور، منتفی است. افزون بر این، چنانچه دارنده همین چک از طریق مراجع ثبی اقدام به وصول وجه آن نماید دعوای ابطال اجراییه در صلاحیت کدام مرجع قضایی است؟ زیرا، قانون گذار در خصوص دادگاه صالح از لحاظ قواعد صلاحیت محلی تصریحی ندارد. در مثالی دیگر، اگر محاکوم علیه یک حکم خارجی مقیم ایران نباشد، کدام دادگاه صلاحیت رسیدگی به دعوای اعسار را دارد؟ چه، تعیین دادگاه ایرانی جهت رسیدگی به دعوای اعسار از محاکوم به، با توجه به مقر دادگاه و محاکوم علیه آن، با مشکل فقدان نص قانونی روبروست. به بیان دیگر، در صورت عدم امکان اجرای قواعد صلاحیت محلی، کدام دادگاه صلاحیت رسیدگی دارد؟ همان گونه که ملاحظه می‌شود، این مشکلات زمانی بروز می‌کند که دادگاه با دخالت یک عنصر خارجی مواجه است. به بیان دیگر، این مسأله مربوط به مبحث صلاحیت قضایی در حقوق بین الملل خصوصی است که در ادبیات این حوزه ذیل عنوان تعارض دادگاه‌ها یا صلاحیت قضایی بین المللی از آن بحث می‌شود. به هر حال، در پاسخ به پرسش بالا، دو برخورد کاملاً متضاد از سوی مقتن مشاهده می‌شود. یکی اینکه، صراحتاً دادگاه استان تهران را به عنوان مرجع صالح تعیین نموده و دیگر آنکه، اصلاً نصی در خصوص آن مقرر ننموده است. در صورت حدوث فرض اخیر، حقوق اصحاب دعوا در مخاطره است. چه، با توجه به قسمت اخیر ماده ۱۱ ق.آ.د.م.، نه تنها ایشان با سردرگمی در مراجعته به دادگاه صالح روبرو هستند،^۱ بلکه دادگاه مرجع ایه هم می‌تواند به بهانه عدم رعایت قواعد صلاحیت، از خود رفع تکلیف کند.^۲ گذشته از این، به اعتبار صلاحیت کدام دادگاه باید قرار عدم صلاحیت صادر شود (ماده ۲۷ ق.آ.د.م.). آیا باید پرونده مستقیماً به دیوان عالی کشور ارسال گردد؟ در حالی که روشن است این نحو از اقدام ناظر به مواردی است که بین دادگاه‌ها اختلاف در صلاحیت ذاتی محقق شود و یا دادگاه به اعتبار صلاحیت مراجع غیر قضایی از خود نفی صلاحیت کند (ماده ۲۸ ق.آ.د.م.).

برخی از نویسنده‌گان حقوقی در بیان تالی فاسد چنین وضعیتی معتقدند که این اعلام عدم صلاحیت نه تنها به منزله عدم صلاحیت عموم دادگاه‌های کشور است بلکه مانع از اعمال قواعد راجع به آیین دادرسی ملی نیز می‌شود.^۳ منتها، این دیدگاه، نه تنها با اصل صلاحیت عام دادگاه‌های ایران^۴ منافات دارد بلکه حتی ممکن است در نتیجه

۱. شمس، عبدالله؛ منبع پیشین، ص. ۴۰۰.

۲. همان، ص. ۴۱۶؛ بهرامی، بهرام، منبع پیشین، ص. ۱۹۸.

۳. سلجوقی، محمود، بایسته‌های حقوق بین الملل خصوصی، چاپ دوازدهم، تهران، میزان، ۱۳۸۹، ص. ۱۳۱.

۴. ارفع‌نیا، بهشید، منبع پیشین، ص. ۲۰۳؛ شمس، عبدالله، منبع پیشین، ص. ۴۰۰.

پذیرش آن، حق دادخواهی افراد که یکی از حقوق مسلم^۱ و پذیرفته شده بین‌المللی است^۲ و برای دولت‌ها به عنوان یک تکلیف شناسایی شده است،^۳ نادیده گرفته شود و سلب این حق ابتدایی، معنایی جز نفی کرامت انسانی ندارد.^۴ این در حالی است که لزوم رعایت این حق در اندیشه برخی از حقوق‌دانان چنان جایگاه ارزنده‌ای دارد که حتی تراضی ایرانیان بر طرح دعوا در دادگاه خارجی محل اقامتشان را به دلیل محروم ماندن از مراجعه به مرجع تظلم عمومی در ایران، بی‌اعتبار می‌دانند.^۵ به هر حال، باید توجه داشت که رد مطلق صلاحیت، علاوه بر مخالفت با اخلاق حسن، تزلزل صلاحیت عام محاکم ایران و حاکمیت قضایی کشور، حتی موجبات مسئولیت بین‌المللی دولت را نیز به همراه دارد.^۶ با توجه به آنچه گفته شد، ضرورت طرح این موضوع از نظر حقوق داخلی و حتی حقوق بین‌الملل خصوصی ایران و لزوم پاسخ به آن آشکار می‌شود، زیرا در حقوق ایران، قواعد تعیین صلاحیت میان این دو مشترک است.^۷ بر این اساس، پس از تبیین نصوص مربوط به تعیین صلاحیت محلی دادگاه تهران، به تشریح مبنای این صلاحیت اشاره می‌شود. در ادامه موضع و چالش‌های توسعه این قسم از صلاحیت بررسی می‌شود و در نهایت، ثابت خواهد شد که تعمیم‌پذیری این صلاحیت در قالب تبیین یک «مقرره»، ممکن و بلکه، لازم است. در واقع، بهتر است که قانون‌گذار به جای اشاره موردي که طبیعتاً با نقص نیز همراه است، به بیان یک قاعده در این زمینه بپردازد.

۲. مصادیق قانونی توسعه صلاحیت محلی دادگاه‌های تهران

در این گفتار، به بیان مهم‌ترین مصادیق این نحو از توسعه صلاحیت محلی، بر اساس تاریخ تصویب قانون لازم‌الاجراي مربوط به آنها پرداخته می‌شود.

۱-۲. امور قیمومت

تعیین قیم در صلاحیت دادگاه اقامتگاه محجور است. این اقامتگاه از نوع وابسته^۸ یا تبعی است و معمولاً از طریق شناسایی محل اقامت ولی قهری مشخص می‌شود (ماده

۱. هاشمی، سیدمحمد، حقوق بشر و آزادی‌های اساسی، چاپ اول، تهران، میزان، ۱۳۸۴، ص. ۲۹۴.

2. Walker, David, *The Oxford Companion to Law*, New York, 1980, p. 868.

۳. مقصودی، رضا، «دستاوردهای حقوق بین‌الملل عمومی در زمینه تعارض دادگاه‌ها»، مجله حقوقی بین‌المللی، شماره ۵۰، ۱۳۹۳، ص. ۶۲.

4. Sturm, Susan; Lani, Guinier, "The Future of Affirmative Action, Reclaiming An Innovative Ideal", *California Law Review*, vol. 84, 1996, p. 986.

۵. کاتوزیان، ناصر، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، تهران، میزان، چاپ شانزدهم، ۱۳۸۶، ص. ۵۷۶.

۶. مولایی، یوسف، «وابستگی حقوق بین‌الملل خصوصی و حقوق بین‌الملل عمومی در مستله صلاحیت»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۳۵، ۱۳۷۵، ص. ۱۲۵.

۷. ارفع‌نیا، بهشید، منبع پیشین، صص. ۱۸۷-۱۸۸.

8. Domicile of dependence

۱۰۰۶ ق.م.).^۱ ماده ۴۸ قانون امور حسبی در مقام بیان اجرای قاعده صلاحیت محلی است. ماده ۴۹ این قانون ناظر به فرضی است که امکان اعمال ضوابط صلاحیت محلی وجود ندارد. در این ماده آمده است: «هرگاه محجور در خارج ایران اقامت یا سکنی داشته باشد امور قیوموت راجع به دادگاه شهرستان تهران است». ماده ۵۰ قانون مزبور نیز صلاحیت دادگاه تهران را در خصوص تنفيذ حکم قیوموت محجوران ایرانی که در خارج از کشور هستند به رسمیت شناخته است. از سوی دیگر، ماده ۱۱۴ ق.ا.ح. نیز در خصوص نصب امین وقت، متضمن حکم مشابهی است.

۲-۲. دعاوی راجع به اسناد ثبت احوال

در رسیدگی به اختلافات راجع به اسناد سجلی، آن دسته از دعاوی که در صلاحیت خاص سازمان ثبت احوال نباشد، در صلاحیت عام دادگاه خواهد بود.^۲ تبصره ماده چهارم قانون ثبت احوال مصوب ۱۳۵۵ که متضمن حکمی مشابه ماده ۲۵ ق.ا.د.م. است در این زمینه مقرر می‌دارد: «هرگاه سند ثبت احوال در ایران تنظیم شده و ذی نفع مقیم خارج از کشور باشد رسیدگی با دادگاه محل صدور سند و اگر محل تنظیم سند و اقامت خواهان هر دو در خارج از کشور باشد با دادگاه شهرستان تهران خواهد بود». به این ترتیب، در دعاوی راجع به سند ثبت احوال که در خارج از ایران تنظیم شده است، در ابتدا بر اساس قاعده اقامتگاه عمل می‌شود^۳ و در صورت عدم امکان اجرای آن قاعده، قاعده ثانوی، مراجعة به دادگاه عمومی شهرستان تهران است.^۴

۳-۲. اجرای احکام خارجی

تقاضانامه اجرای حکم خارجی به انضمام پیوست‌های آن، باید به دادگاه صالح ایرانی تسلیم شود. ماده ۱۷۰ ق.ا.م. در این خصوص مقرر می‌نماید: «مرجع تقاضای اجرای حکم، دادگاه شهرستان محل اقامت یا محل سکونت محکوم علیه است و اگر محل اقامت یا محل سکونت محکوم علیه در ایران معلوم نباشد، دادگاه شهرستان تهران است». در حقوق برخی از کشورها از جمله ترکیه نیز، مرجع صالح برای صدور دستور اجرای احکام خارجی، دادگاه مرکز است.^۵ به این ترتیب، در صورت عدم اجرای معیارهای صلاحیت محلی، دادگاه تهران

۱. خدابخشی، عبدالله، تحلیل فقهی- حقوقی قانون امور حسبی و تأثیر آن بر رویه قضایی، چاپ اول، تهران، خرسندی، ۱۳۹۲، ص. ۱۴۱.

۲. میرشکاری، عباس؛ فراهانی، سیدجواد، قانون ثبت احوال در نظام حقوقی کنونی، تهران، جنگل، ۱۳۹۲، ص. ۲۲.

۳. مهاجری، علی، مبسوط در آینین دادرسی مدنی، جلد اول، تهران، فکرسازان، چاپ دوم، ۱۳۸۸، ص. ۱۳۹-۱۳۰.

۴. ارفع‌نیا، بهشید، منبع پیشین، ص. ۲۰۲.

5. Koral, Rabi, L'exécution des Sentences Arbitrales Etrangères en Turquie: a Propose de Deux Progress Jurisprudentiels Recente, Rev. Arb, 1989.

صالح به رسیدگی است. همچنین، اگر مشکلاتی در مسیر اجرای حکم خارجی پیش آید، مرجع مذکور در ماده ۱۷۰ رسیدگی می‌نماید (ماده ۱۷۹ ق.ا.م.).

۴-۲. دعاوی مربوط به داوری تجاری بین‌المللی

معمولًاً، اشخاص و به ویژه بازارگانان ترجیح می‌دهند که اختلاف خود را از طریق داوری، به صورت محترمانه و خصوصی حل و فصل نمایند.^۱ قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران نیز در سال ۱۳۷۶، در راستای پاسخ به این نیاز تصویب شده است. البته، داوری همیشه بین‌المللی از نظارت و مداخله دادگاه‌ها نیست و بر همین اساس، چنانچه در مواردی نیاز به امعان نظر قضایی یا نقش‌آفرینی دادگاه از جنبه حمایتی و تکمیلی در موضوع داوری باشد، ماده ۶ این قانون تعیین تکلیف نموده است. در بند اول این ماده که ناظر به داوری موردی است، از نظر صلاحیت ذاتی، دادگاه عمومی و از منظر صلاحیت محلی، دادگاه مرکز استان مقر داوری به عنوان مرجع نظارتی صالح تعیین شده است. با وجود این، در مواردی که مقر داوری مشخص نشده باشد، قانون‌گذار، صلاحیت محلی دادگاه عمومی تهران را توسعه داده است. در بند اول ماده مذکور آمده است: «۱- انجام وظایف مندرج در ماده (۹)... به عهده دادگاه عمومی واقع در مرکز استانی است که مقر داوری در آن قرار دارد و تا زمانی که مقر داوری مشخص نشده به عهده دادگاه عمومی تهران است».

۵-۲. دعاوی مدنی اشخاص علیه مقامات و دولت‌های خارجی به علت نقض

مصطفویت قضایی دولت یا مقامات رسمی جمهوری اسلامی ایران

گاهی اوقات محاکم برخی از کشورهای خارجی اقدام به صدور حکم جبران ضرر و زیان علیه مقامات رسمی و عادی ایرانی نموده و حتی به اجرای آن از طریق توقيف اموال محکومان می‌پردازند. جمهوری اسلامی ایران نیز در اقدامی مقابل، صلاحیت دادگستری ایران در رسیدگی به دعاوی مدنی اشخاص از اقدامات مغایر با حقوق بین‌الملل دولت‌های خارجی یا مقامات و نمایندگان آنان را پذیرفته است (مواد ۶ و ۷ قانون صلاحیت دادگستری جمهوری اسلامی ایران برای رسیدگی به دعاوی مدنی علیه دولت‌های خارجی مصوب ۱۳۹۰). ماده دوم آیین‌نامه اجرایی این قانون، مقررات ق.ا.د.م. را در خصوص اقامه دعوا و رسیدگی به آن حاکم دانسته است.^۲ بنابراین، جهت تعیین دادگاه صالح باید به قواعد ناظر به صلاحیت محلی مندرج در قانون مورد اشاره مراجعه نمود. منتها نکته قابل توجه، عدم امکان اجرای قواعد صلاحیت محلی از جمله قاعده

1. Lando, Ole, Op.cit., p. 747.

2. «[اقامه دعوا، ترتیب رسیدگی، صدور حکم و اجرای آن مطابق قانون و قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب (در امور مدنی)– مصوب ۱۳۷۹ و سایر قوانین و مقررات مربوط خواهد بود]».



صلاحیت دادگاه محل اقامات خوانده دعوا در این خصوص است. به همین جهت، راه حل قانون‌گذار در این زمینه، پذیرش صلاحیت دادگاه‌های تهران در رسیدگی به دعاوی مدنی علیه دولت خارجی یا مقامات آن است. ماده ۶ قانون یادشده مقرر می‌دارد: «دادگاه‌های ایران (دادگستری تهران) در موارد زیر صلاحیت رسیدگی به شکایت علیه دولت‌های خارجی را دارند: ۱- زیان دیده یا بازماندگان وی در زمان وقوع حادثه یا زمان طرح دعوى تبعه ایران باشند. ۲- زیان دیده در زمان ورود خسارت در استخدام دولت جمهوری اسلامی ایران باشد». در ادامه نیز، ماده پنجم آیین نامه اجرایی این قانون، تخصیص شعب ویژه در دادگستری تهران جهت رسیدگی به دعاوی مزبور را پیش‌بینی می‌نماید.

۶-۲. دعاوی خانوادگی

رسیدگی به دعاوی خانوادگی در صلاحیت دادگاه خانواده است (ماده چهارم قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱؛ از این پس، ق.ح.خ.). نکته قابل توجه در دعاوی خانوادگی، اشاره به صلاحیت دادگاه تهران به جهت عدم امکان اجرای معیارهای ناظر بر صلاحیت محلی است. در این خصوص، ماده ۱۴ ق.ح.خ. مقرر می‌دارد: «هرگاه یکی از زوجین مقیم خارج از کشور باشد، دادگاه محل اقامات طرفی که در ایران اقامات دارد برای رسیدگی صالح است. اگر زوجین مقیم خارج از کشور باشند ولی یکی از آنان در ایران سکونت موقت داشته باشد، دادگاه محل سکونت فرد ساکن در ایران و اگر هر دو در ایران سکونت موقت داشته باشند، دادگاه محل سکونت موقت زوجه برای رسیدگی صالح است. هرگاه هیچ‌یک از زوجین در ایران سکونت نداشته باشند، دادگاه شهرستان تهران صلاحیت رسیدگی را دارد، مگر آنکه زوجین برای اقامه دعوى در محل دیگر توافق کنند».

۷-۲. دعاوی مطالبه ضرر و زیان ناشی از جرم در دادگاه کیفری

به جهت تسريع در روند رسیدگی و احقاق حق، امکان استفاده بهینه از وقت و ادله ابرازی در دادرسی کیفری، طرح دعوای خصوصی مطالبه ضرر و زیان ناشی از جرم در دادگاه کیفری، پذیرفته شده است (ماده ۱۵ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲).^۱ از نظر صلاحیت محلی، اصولاً دادگاه محل وقوع جرم، صالح به رسیدگی است (ماده ۳۱۰ ق.آ.د.ک.). با وجود این، ممکن است به علت ارتکاب جرم در خارج از قلمرو حاکمیت ایران، تعیین دادگاه ایرانی صالح امکان پذیر نباشد. در این صورت، قانون‌گذار، صلاحیت محلی دادگاه تهران را به رسمیت شناخته است.^۲ ماده ۳۱۶ ق.آ.د.ک. در این

۱. خالقی، علی، آیین دادرسی کیفری، چاپ سوم، تهران، شهر دانش، ۱۳۸۸، ص. ۲۵۷.
 ۲. جهت مطالعه بیشتر در این زمینه بنگرید: طباطبایی، سید محمدصادق؛ اسعدی، سیدحسین، منبع پیشین، صص. ۱۴۷-۱۷۵.

خصوص اشعار می‌دارد: «به اتهامات اشخاصی که در خارج از قلمرو حاکمیت جمهوری اسلامی ایران مرتکب جرم می‌شوند و مطابق قانون، دادگاه‌های ایران صلاحیت رسیدگی به آنها را دارند، چنانچه از اتباع ایران باشند، حسب مورد در دادگاه محل دستگیری و چنانچه از اتباع بیگانه باشند حسب مورد، در دادگاه تهران رسیدگی می‌شود».

قانون آیین دادرسی جرایم نیروهای مسلح و دادرسی الکترونیکی مصوب ۱۳۹۳ نیز، علاوه بر امکان اقامه دعاوی خصوصی در دادگاه نظامی (ماده ۵۷۶)،^۱ به صلاحیت دادگاه نظامی تهران، به عنوان مرجع صالح در صورت عدم امکان تشخیص دادگاه صالح از منظر صلاحیت محلی، اشاره دارد (ماده ۵۹۸ این قانون).^۲ مفاد ماده ۱۲ قانون مبارزه با تامین مالی تروریسم مصوب ۱۳۹۴/۱۱/۱۳ نیز در این خصوص جالب توجه است.^۳

۳. مبنای توسعه صلاحیت محلی دادگاه‌های تهران

همان طور که ملاحظه شد، صلاحیت محلی دادگاه تهران ناظر به جایی است که امکان اعمال ضوابط مربوط به صلاحیت محلی وجود ندارد. به بیان دیگر، مصادیقی وجود دارد که در آنها به جهت وجود یک عنصر خارجی و فقد عامل ارتباط محلی، زمینه طرح و رسیدگی به دعوا در دادگاهی مشخص از محاکم ایران فراهم نیست و مقتن در صدد احیای صلاحیت محاکم داخلی است. حال، پرسش این است که مبنای توسعه صلاحیت دادگاه تهران در این موارد چیست.

به نظر می‌رسد مبنای پذیرش موردي صلاحیت دادگاه‌های تهران از سوی قانون‌گذار، لزوم پایبندی به اصل صلاحیت عام محاکم ایران و ضرورت رسیدگی به اختلافات و دعاوی اشخاص در یک مرجع قضایی مشخص، در صورت تعذر یا عدم امکان اجرای معیارهای پذیرفته شده در تعیین صلاحیت محلی است. در واقع، با وجود اصل صلاحیت عام محاکم ایران،^۴ به دلیل عدم امکان احراز صلاحیت محلی دادگاه مشخصی در کشور، به رسمیت شناختن صلاحیت دادگاه تهران، نتیجه تعارض این دو واقعیت است. به بیان دیگر، به منظور اینکه عدم شناسایی دادگاه صالح، دستاویزی جهت منع

۱. «رسیدگی به دعاوی خصوصی اشخاص حقیقی و حقوقی که به تبع امر کیفری در دادگاه‌های نظامی مطرح می‌شود، مستلزم تقدیم دادخواست و رعایت تشریفات آیین دادرسی مدنی است».

۲. «به اتهامات نظامیانی که در خارج از قلمرو حاکمیت جمهوری اسلامی ایران مرتکب جرم شوند و مطابق قانون، دادگاه‌های ایران صلاحیت رسیدگی به آنها را داشته باشند، چنانچه از جرایمی باشد که در صلاحیت سازمان قضایی است، در دادسرا و دادگاه نظامی تهران رسیدگی می‌شود».

۳. «هرگاه جرایم موضوع این قانون در خارج از کشور و علیه جمهوری اسلامی ایران یا سازمان‌های بین‌المللی مستقر در قلمرو جمهوری اسلامی ایران ارتکاب یابد، رسیدگی به آن حسب مورد در صلاحیت دادگاه‌های کیفری یک تهران است».

۴. صادقی نشاط، امیر، منبع پیشین، ص. ۳۴۸.

تظلم خواهی مردم نشود و به بهانه لزوم مراجعه اشخاص به مرجع صالح، حقوق افراد معطل نماند، قانون گذار، ناگربر از تعیین یک مرجع صالح است.

توضیح اینکه، دادرسی و صدور حکم از اعمال حاکمیت دولت‌هاست که توسط نهاد قضایی انجام می‌شود.^۱ دادگاه‌ها، اعمال قضایی را در حوزه قضایی خود انجام می‌دهند. بنابراین، حوزه قضایی محدوده‌ای است که در آن، دادگاه مستقر به اعمال قضایی به عنوان مصدقی از عمل حاکمیتی می‌پردازد. محدوده جغرافیایی قلمرو حاکمیت قضایی، ماهیت اعتباری دارد و نسبت به دیوان عالی سراسر کشور است و نسبت به دادگاه‌های تالی ممکن است در طول زمان به حوزه روستا، بخش، شهر یا شهرستان محدود شود یا گسترش یابد. بر این اساس، قانون گذار می‌تواند بنا به مصلحت یا ضرورت، حوزه قضایی دادگاه‌ها را گسترش داده یا محدود نماید. در قوانین موضوعه، مواردی مشاهده می‌شود که قانون گذار، صلاحیت محلی حوزه قضایی دادگاه‌های هم جوار را توسعه داده است (ماده ۸۹ ق.آ.د.م. و مواد ۹ و ۵۲ ق.اح. و تبصره دوم ماده اول ق.ح.خ.). گویی دادگاه مجاور نیز در قلمرو قضایی دادگاه هم‌جوار مستقر است. در مقابل، مواردی قابل مشاهده است که در آن صلاحیت عام وجود دارد ولی صلاحیت خاص قابل تحديد نیست؛ چه، هیچ معیاری جهت عینیت بخشیدن به آن قابل ارائه نیست. افزون بر آن، نه تنها شأن دیوان عالی کشور، علی رغم صلاحیت محلی گسترده^۲ با رسیدگی نخستین به دعاوی منافات دارد بلکه، هیچ دادگاهی هم نیست که حوزه فعالیت قضایی آن سراسر قلمرو حاکمیت ایران را پوشش دهد. پس، لازم است که صلاحیت محلی یکی از دادگاه‌ها پذیرفته شود. قانون گذار ایران جهت عبور از این وضعیت بحرانی، صلاحیت دادگاه تهران را پذیرفته است.^۳ پس، تعمیم این قسم از صلاحیت‌پذیری به موارد مشابه نیز به عنوان مرجع قضایی صالح، به اعتبار پایتحث بودن البته، انتخاب دادگاه تهران به عنوان مرجع قضایی صالح، به اعتبار پایتحث بودن مقر آنست.^۴ در واقع، پذیرش صلاحیت دادگاه‌های استان تهران به عنوان مرکز ایران در مواردی از این دست، چهره‌ای از صلاحیت عام یا بین‌المللی دادگاه‌های ایران است که نمود خارجی یافته است. چه، در مناسبات بین‌المللی یا عرف سیاسی و دیپلماتیک نیز

۱. باقری، محمود، «حدود آزادی طرفین دعوی در تعیین صلاحیت قضایی بین‌المللی: جایگاه داوری تجاری بین‌المللی»، *فصلنامه حقوق*، شماره ۳، ۱۳۸۶، ص. ۴۳.

۲. مرتضوی، عبدالحمید، آینین دادرسی مدنی عمومی، جلد اول، چاپ اول، تهران، جنگل، ۱۳۹۲، ص. ۵۷.

۳. شاه حیدری بور، محمدعلی، منبع پیشین، ص. ۲۰۱.

۴. در تأیید این نظر در موارد مشابه بنگردید به: قائم مقام فراهانی، محمدحسین، «صلاحیت در رسیدگی به امور مدنی»، *مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی*، شماره ۶۸، ۱۳۸۴، ص. ۱۶۸؛ خالقی، علی، منبع پیشین، ص. ۳۰۴؛ حیاتی، علی عباس، اجرای احکام مدنی در نظام حقوقی کنونی، تهران، میزان، ۱۳۹۲، ص. ۳۴۶.

هر وقت سخن از «دولت تهران» است منظور، خطاب قرار دادن نهاد حاکمیت «کشور ایران» است. گذشته از آن، تمامی سفارتخانه‌ها و بیشتر کنسولگری‌ها در تهران واقع شده است و همین مزیت، تسریع در روند رسیدگی به دعاوی اشخاص مقیم خارج کشور را در قالب یک دادرسی عادلانه و منصفانه به دنبال دارد. به عنوان نمونه، ماده ۷۱ ق.آ.د.م. و بند ۵ از ماده پنجم عهدنامه وین ۱۹۶۳، ابلاغ اوراق قضایی و اداری و یا اجرای نیابت قضایی را در زمرة وظایف کنسولی قرار داده است. به بیان دیگر، یکی از اصلی‌ترین وظایف کنسول، حفظ منافع اتباع دولت متبع است منتها اجرای این وظیفه تنها در قلمرو صلاحیت کنسول که فقط «قسمتی» از سرزمین دولت‌پذیرنده است امکان دارد.^۱

۴. طرح اصل گسترش صلاحیت محلی دادگاه پایتخت

با توجه به آنچه گفته شد، به نظر می‌رسد به جهت اشتراک در علت می‌توان صلاحیت محلی دادگستری تهران را به موارد مشابه مسکوت نیز تعمیم داد. انشای این قاعده، نه تنها اصل صلاحیت عام محاکم ایران را مستحکم‌تر می‌نماید، بلکه حاکمیت قضایی کشور نیز چهار تزلزل نخواهد شد. البته، در تدوین صلاحیت محلی این دادگاه‌ها، استفاده از عنوان «پایتخت» به جای «تهران» مناسب‌تر است، زیرا نه تنها در این صورت فلسفه و مبنای وضع مقرره نمایان تر است بلکه، با ویژگی لزوم کلی بودن و عمومیت داشتن مقررات قانونی^۲ نیز هماهنگی بیشتری دارد. وانگهی، در صورت جایه جایی پایتخت به سایر استان‌ها نیز نقصی در بیان قانون‌گذار پیش نمی‌آید و مقتن را از جهت لزوم اصلاح قانون و دوباره‌گویی، چهار تکلف و مشقت نمی‌کند.^۳ به هر حال، با وجود فقدان چنین مقرره‌ای در قوانین جاری می‌توان به درج آن در اصلاحات بعدی قانون آینین دادرسی مدنی امیدوار بود.

در اینجا مناسب است به یکی از نتایج عملی تعمیم و توسعه صلاحیت محلی دادگاه تهران به موارد مسکوت اشاره شود. درخواست اجرای چک از مرجع ثبتی مقر بانک محال علیه به عمل می‌آید (ماده ۱۸۳ آینین نامه اجرای مفاد اسناد رسمی لازم‌الاجرا و طرز رسیدگی به شکایت از عملیات اجرایی مصوب ۱۳۸۶ قوه قضاییه). اگر متعهد پرداخت وجه چک، تقاضای ابطال دستور اجرا را داشته باشد باید به دادگاه مقر

۱. صدر، جواد، حقوق دیپلماتیک و کنسولی، چاپ پنجم، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۰، صص. ۱۵۰-۱۵۱.

۲. کاتوزیان، ناصر، فلسفه حقوق، جلد اول، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۵، صص. ۸۳۲ و ۵۳۸؛ دانش پژوه، مصطفی، مقدمه علم حقوق، چاپ نهم، قم، پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، ۱۳۹۲، صص. ۵۱-۵۲.

۳. در این راستا، چندی قبل «قانون امکان‌سنجی انتقال مرکز سیاسی و اداری کشور و ساماندهی و تمرکزدایی از تهران» که با عنوان «طرح انتقال پایتخت» تقدیم مجلس شده بود، به تصویب رسید.

اداره ثبت صادرکننده دستور اجرا مراجعه نماید.^۱ بنابراین، صلاحیت محلی مرجع ثبته و دادگاه در زمینه درخواست اجرای وجه چک و دعوای ابطال دستور اجرای آن بر یکدیگر منطبق است. از سوی دیگر، ممکن است که چکی بر عهده یکی از شعب بانک‌های ایرانی در خارج از کشور صادر شده باشد (ماده ۸ ق. صدور چک). در این صورت، اجرای قاعده مذکور در ایران یعنی، مراجعه به مرجع ثبته مقر بانک محلی علیه، جهت درخواست اجرای وجه چک و افزون بر آن، تعیین دادگاه صالح از لحاظ صلاحیت محلی، جهت اقامه دعوای ابطال دستور اجرای چنین سندی ممکن نیست. با وجود این، تبصره ماده ۱۸۳ آیین‌نامه بالا، نه به توسعه صلاحیت محلی مرجع قضایی، بلکه، به توسعه صلاحیت محلی مرجع ثبته پرداخته است: «درخواست اجرای چک‌های صادره از شعب بانک‌های ایرانی خارج از کشور در اجرای ثبت تهران به عمل می‌آید». در نتیجه، به دلیل تبعیت صلاحیت محلی دادگاه از صلاحیت مرجع ثبته از یک سو و تعمیم و توسعه صلاحیت محلی دادگاه تهران از سوی دیگر، می‌توان و بلکه باید دادگاه عمومی تهران را مرجع صالح جهت طرح و رسیدگی به دعوای ابطال دستور اجرای این نوع از چک دانست. به نظر می‌رسد ملاک ماده دوم قانون اصلاح بعضی از مواد قانون ثبت و دفاتر اسناد رسمی مصوب ۱۳۲۲، در خصوص چک نیز قبل اعمال است؛ زیرا این سند تجاری در حکم اسناد لازم‌الاجرا است (ماده دوم ق.ص.ج) و مانند بسیاری از اسناد رسمی لازم‌الاجرا، در اجرای مدلول آن نیازی به مراجعه به دادگاه نیست.^۲ در ماده پیش گفته آمده است: «مرجع رسیدگی به دعاوی ناشی از دستور اجرای اسناد رسمی، دادگاه صلاحیت‌دار محلی است که در حوزه آن دستور اجرا داده شده است».

۵. موانع و چالش‌های توسعه صلاحیت محلی دادگاه پایتخت

از ایده تا عمل، اختلاف بسیار است. در مقام عملیاتی نمودن طرح فوق در حقوق ایران، موانع مشاهده می‌شود. برخی از اینها، از اجرای آن جلوگیری می‌کنند. منتها سایر موارد، ایراداتی هستند که تنها اجرای طرح را به چالش می‌کشند و در نهایت، ضعف آنها آشکار خواهد شد.

۱-۵. چالش‌های توسعه صلاحیت محلی دادگاه پایتخت

مواردی از قبیل ایراد دعوای مطروحه، فقدان صلاحیت عام محاکم ایران، لزوم اعمال دکترین دادگاه نامناسب، و در نهایت، غیرمنطقی بودن ترجیح صلاحیت دادگاه

۱. شمس، عبدالله، منبع پیشین، ص. ۴۱۲.

۲. همان.

تهران را می‌توان به عنوان چالش‌هایی پیش روی طرح توسعه صلاحیت محلی دادگاه پایتخت عنوان نمود که تفصیل هر کدام در ادامه خواهد آمد.

۱-۱-۵. ایراد سبق طرح دعوا

یکی از ابزارهای پیشگیری از دادرسی موازی، به ویژه در حقوق انگلیس، دکترین ایراد امر مطروحه است.^۱ ممکن است گفته شود به جهت امکان طرح دعوا در دادگاه خارجی، صلاحیت دادگاه‌های ایرانی به سبب پذیرش ایراد امر مطروحه^۲ از سوی آنان، منتفی است. در این راستا، بعضی از نویسندهای قائل به پذیرش این ایراد به نحو مشروط در حقوق ایران هستند.^۳ برخی دیگر نیز در تفسیر قسمت اخیر ماده ۹۷۱ ق.م. که مقرر می‌نماید «مطرح بودن همان دعوى در محکمه اجنبي رافع صلاحیت محکمه ایرانی خواهد بود»، معتقدند، این ماده صرفاً ناظر به قضایایی است که رسیدگی به آنها در صلاحیت اختصاصی دادگاه ایرانی است و به جهت سکوت مقتن در سایر موارد، استماع ایراد سبق طرح دعوا در دادگاه خارجی خالی از اشکال است.^۴

با وجود این، به نظر می‌رسد که نه تنها ماده بالا نیز چنین ظهوری ندارد^۵ بلکه در مقام بیان این واقعیت است که دولت‌ها در عین اعتقاد به عدم مداخله در حاکمیت یکدیگر، اقتداری برابر و صلاحیتی عام برای خود قائلند.^۶ زیرا، دادرسی و صدور حکم یکی از جلوه‌های بارز حاکمیت دولت‌هاست و اذعان به عدم صلاحیت محاکم ایران به موازات پذیرش صلاحیت محاکم خارجی، ممکن است به ضعف استقلال قضایی کشور تعییر شود. به همین جهت، شناسایی اختیار رد و پذیرش دعوا برای دادگاه با امری و تکلیفی بودن مقوله صلاحیت هم خوانی ندارد. البته، با توجه به مقتضیات جامعه بین‌المللی و گستردگی روزافزون روابط تجاری و خصوصی اشخاص، لزوم شناسایی ایراد سبق طرح دعوا به شدت محسوس است.^۷ بر این اساس، کشور ایران با الحق به برخی کنوانسیون‌های بین‌المللی، از جمله کنوانسیون حمل و نقل جاده‌ای، به پذیرش ایراد سبق رسیدگی تن داده است. منتها، وجود مقرراتی موردنی از این دست، حاکی از آن

1. George, op.cit., P.509.

2. Lis Alibi Pendens.

۳. ارفع‌نیا، بهشید، منبع پیشین، ص. ۱۹۹؛ سلجوqi، محمود، حقوق بین‌الملل خصوصی، جلد دوم، چاپ پنجم، تهران، میزان، ۱۳۸۷، ص. ۴۹۸.

۴. غمامی، مجید؛ محسنی، حسن، اصول آینین دادرسی مدنی فرامی، تهران، میزان، چاپ اول، ۱۳۸۶، ص. ۱۷۲.

۵. مقصودی، رضا، «دادرسی موازی در دعاوی بین‌المللی»، منبع پیشین، ص. ۵۹۹.

۶. مقصودی، رضا، «موائع اعمال صلاحیت در حقوق بین‌الملل خصوصی»، حقوق خصوصی، شماره اول، ۱۳۹۱، ص. ۱۰۹.

۷. ارفع‌نیا، بهشید، منبع پیشین، ص. ۱۹۹.

است که در نظام حقوقی ایران همچنان اصل بر عدم توجه محاکم داخلی به ایراد سبق طرح دعوا در دادگاههای خارجی است.^۱

۲-۱-۵. فقدان صلاحیت عام دادگاههای ایران به جهت فقد عامل ارتباط

یکی از اصول حاکم بر صلاحیت محلی دادگاه‌ها در حقوق بین الملل خصوصی^۲ و حقوق ایران، اصل لزوم وجود ارتباط بین دعوا و دادگاه رسیدگی کننده است^۳ و دادگاه‌های ایران در مقام تعیین صلاحیت خود برای رسیدگی به دعاوی بین المللی به بررسی این مسأله می‌پردازند که آیا جهت ربط میان آن دعوا با نظام قضایی کشور وجود دارد یا خیر.^۴ بر این اساس، ممکن است چنین ترتیبی ضوابط مربوط به تعیین صلاحیت در ماده ۱۱ ق.آ.د.م.، به ویژه قسمت اخیر این ماده، به نفی صلاحیت عام محاکم ایران تعبیر شود.^۵ به بیان دیگر، در صورت فقدان تمامی عوامل ارتباط بین دعوا و مراجع قضایی ایران از جمله محل اقامت خواونده، محل سکونت وی، محل وقوع مال غیر منقول، محل ایجاد یا اجرای تعهد، خواهان ناگزیر از طرح دعوا در اقامتگاه خود در خارج از ایران خواهد بود و ضمانت اجرای آن این است که تصمیم قضایی دادگاه مذبور در خارج از کشور فاقد هرگونه اعتباری است.^۶ به عنوان نمونه، برخی از نویسندگان معتقدند با توجه به اصل تفسیر مضيق قوانین شکلی، صرف استقرار اموال در کشور ایران مثبت صلاحیت دادگاههای داخلی در خصوص دعوای ورشکستگی نیست.^۷

همچنین، استناد مخالفان به ماده ۹۷۱ ق.م. نیز متضمن نوعی مصادره به مطلوب است؛ چه، اعمال آن ماده خود فرع بر احراز صلاحیت بین المللی دادگاههای ایران است. همچنین، قاعده «صلاحیت مورد نیاز»^۸ مندرج در اصل دوم از اصول آیین دادرسی فرامالی در تقویت این نظر قابل ارائه است. قاعده بالا متضمن این مفهوم است که در هنگام عدم دسترسی به نحو متعارف و معقول به دادگاه صلاحیت دار، دادگاه مورد مراجعة خواهان، خود را صالح بشناسد و البته، صلاحیت این دادگاه مشروط به وجود یکی از عوامل ارتباط است.^۹

۱. صفائی، سیدحسین، منبع پیشین، ص. ۷۰۰-۷۰۲؛ ارفع‌نیا، بهشید، منبع پیشین، صص. ۱۹۸ و ۲۰۲.

۲. سلجوقی، محمود، حقوق بین الملل خصوصی، منبع پیشین، صص. ۴۹۱ و ۴۹۷.

۳. مافی، همایون؛ ادبی، رشید، منبع پیشین، ص. ۵۹.

۴. همان، ص. ۶۰.

۵. صفائی، سیدحسین، منبع پیشین، ص. ۹۲.

۶. مولایی، یوسف، منبع پیشین، صص. ۱۱۹ و ۱۲۹.

۷. سربازیان، مجید؛ صادقی، عبدالرضا، «تحلیل سیاست تقنیتی آسیتارال، اتحادیه اروپا و حقوق ایران در زمینه شناسایی و اجرای حکم ورشکستگی خارجی»، مجله حقوقی بین المللی، شماره ۵۱، ۱۳۹۳، ص. ۱۵۳.

8. The Forum of necessity

۹. غمامی، مجید؛ محسنی، حسن، منبع پیشین، صص. ۵۳-۵۲.

افزون بر آن، قرینه انصراف اقامتگاه خواهان به خارج از کشور در ماده ۱۱ نیز توجه به این نکته است که واژه «ایران» در این ماده در کنار سایر عوامل ارتباط بکار رفته است در حالی که، اقامتگاه خواهان در انتهای ماده یاد شده چنین قیدی ندارد. جدای از آن، قانون‌گذار بر خلاف ماده ۲۱ قانون سابق آ.د.م.^۱ خواهان را «مکلف» به طرح دعوا در دادگاه محل اقامت خود کرده است و چنین بیان آمره‌ای از سوی مقنن^۲ به مفهوم نفی صلاحیت دادگاه‌های ایران است. همچنین، پذیرش تفسیری جز این، به معنای گشاده دستی قانون‌گذار در پذیرش دادرسی غیابی است.

با وجود این، به نظر می‌رسد که تفسیر مذکور خواست واقعی مقنن نیست و به اصطلاح، مصدق تفسیر «بما لا يرضي صاحبه» است. زیرا، پذیرش این تفسیر نه تنها ممکن است به معنای اسناد لغو به عمل قانون‌گذار در توسعه قانونی صلاحیت محلی دادگاه‌های تهران تلقی شود بلکه، با موادی از جمله ۹۷۱ ق.م. که در راستای تبیین اصل صلاحیت عام محاکم ایران قرار دارد، در تعارض است. همچنین، اگر افزایش دادرسی غیابی به عنوان تالی فاسد این تفسیر و ایرادی مقدر بر آن قابل طرح باشد، با توجه به قسمت اخیر ماده ۱۱ ق.آ.د.م.، پیش از این نیز مورد تجویز قانون‌گذار قرار گرفته است. علاوه بر آن، واژه «اقامتگاه خود» در ماده ۱۱ ق.آ.د.م.، اطلاق دارد و اگر مفید اختیار خواهان در امکان مراجعته به دادگاه محل اقامت خود در داخل و خارج از ایران نباشد، دست کم منصرف به اقامتگاه خارجی وی هم نیست. همچنین، می‌توان منظور قانون‌گذار از عبارت «اقامتگاه خود» را وارد مورد اغلب و تنها ناظر به اشخاص مقیم ایران دانست.^۳ پیش‌بینی سازوکار ابلاغ به «خوانده» در «خارج از کشور» نیز مovid این تفسیر است. وانگهی، قسمت اخیر ماده ۶۴ ق.آ.د.م.، در کنار سایر مواد ناظر بر مهلت اقامه دعوا و اعتراض به رای، متضمن امکان طرح دعوایی در ایران است که اصحاب آن در خارج از کشور اقامت دارند. همچنین، عدم اقامت خواهان در ایران، در زمرة ایرادات قابل طرح از سوی خوانده نیست. علاوه بر آن، ممکن است عواملی از جمله تابعیت، دین یا زبان مشترک، منافع ملی دولت محل دادگاه، ایجاد آثار در قلمرو ملی، سهولت دسترسی جغرافیایی و حتی احتمال پیروزی در دعوا یا آشنایی دادگاه با مفاهیم موضوع دعوا مانند نحله (قسمت اخیر ماده ۱۵ ق.ح.خ)، صلاحیت عام محاکم ایران را توجیه نماید.^۴ چه، تابعیت نسبت به اقامتگاه متضمن رابطه‌ای به مراتب مستحکم‌تر بین تبعه و دولت متبوع است و به طریق اولی می‌تواند صلاحیت بین‌المللی

۱. ارفع‌نیا، بهشید، منبع پیشین، ص. ۲۰۵.

۲. شمس، عبدالله، منبع پیشین، ص. ۴۰۰.

۳. همان.

۴. صفایی، سیدحسین، منبع پیشین، صص. ۲۰۷ و ۲۱۷.

دادگاه‌های آن را توجیه نماید؛ به ویژه آنکه رویکرد اخیر قانون‌گذار در مبحث صلاحیت در امور کیفری نیز حمایت هرچه بیشتر از اتباع است^۱ که این مستندات در بسیاری از مباحث صلاحیت در حقوق بین‌الملل خصوصی اعمال شدنی است. علاوه بر این، استناد به اصلی تحت عنوان « مضيق بودن تفسير قوانين شكلي »، جهت رد صلاحیت عام محاكم ایران مبنای حقوقی معتبر و روشنی ندارد و اساساً وجود چنین اصلی محل تردید است.

پس، مقتن، قسمت اخیر ماده ۱۱ را بدون توجه به عواقب احتمالی چنین سوء برداشتی از آن، انشا نموده و به اصطلاح در مقام بیان نبوده است. بلکه، همان‌گونه که برخی از نویسنده‌گان معتقدند به جهت فقد مقرره خاص در زمینه صلاحیت بین‌المللی دادگاه‌ها در حقوق ایران، چاره‌ای جز استناد به ضوابط یادشده نیست.^۲ منتها، فقدان ضوابط مقرر در ماده بالا در خصوص یک دعوا، به معنای نفی صلاحیت عام محاکم ایران نیست. چه، اصل عدم ملازمه است و اثبات شی نیز نفی ما عدا نمی‌کند. آنچه این نظر را تقویت می‌کند توجه به اشاره موردي قانون‌گذار به لزوم وجود عامل ارتباط در موافقت نامه‌های قضایی بین‌المللی و استناد به مفهوم مخالف آن و اصولی از جمله اصاله‌الاطلاق و اصاله‌العموم است. به عنوان نمونه، ضابطه احراز صلاحیت در دعاوی مدنی میان اتباع ایران و روسیه، وقوع محل سکونت خوانده در خاک کشور طرف دیگر موافقت نامه است^۳ که در صورت عدم احراز این شرط، هیچ‌یک از محاکم ایران صلاحیت رسیدگی ندارند. همچنین است دعاوی مربوط به اموال غیرمنقول واقع در خارج که در واقع جزی از قلمرو حاکمیتی آن کشور به شمار می‌روند (ماده ۱۲ ق.آ.د.م. و بند هفتم ماده ۱۶۹ ق.آ.ا.م.).^۴

دلیل دیگر، آگاهی مقتن از منع مداخله در امور حاکمیتی کشورهای دیگر از جمله قواعد آیین دادرسی آنان است. به بیان دیگر، به جهت استقلال قضایی کشورها، قانون‌گذار داخلی نمی‌تواند برای اشخاص در نظام قضایی خارجی تکلیفی ایجاد نماید و مثلًاً آنان را مکلف به طرح دعوا در دادگاه محل اقامت خواهان نماید. شاید به جهت همین اجتناب از مداخله است که بیان اختیاری قانون‌گذار در ماده ۲۱ ق.آ.د.م. سابق، به بیان دستوری در ماده ۱۱ ق.آ.د.م. تبدیل شده است تا شایبه مداخله مطرح نشود.

۱. طباطبایی، سید محمدصادق؛ اسعده، سیدحسین، منبع پیشین، ص. ۱۵۸.

۲. صفایی، سیدحسین، منبع پیشین، ص. ۱۸۸.

۳. مافی، همایون؛ ادبی، رشید، منبع پیشین، ص. ۵۰.

۴. ارفع نیا، بهشید، منبع پیشین، صص. ۱۹۲ و ۲۵۸؛ نظریه مشورتی شماره ۷/۷۵۴۸ مورخ ۱۳۷۶/۱۱/۱۹ به نقل از: شهری، غلامرضا؛ و همکاران، مجموعه نظرهای مشورتی اداره کل حقوقی قوه قضائیه در مسائل مدنی، تهران، روزنامه رسمی کشور، ۱۳۸۸، ص. ۲۹: «... بنابراین دعاوی استعلامشده که از دعاوی راجع به اموال غیرمنقول مستقر در خارج از کشور است در دادگاه‌های ایران پذیرفته نیست ...».

وانگهی، لزوم طرح دعوا در دادگاه محل اقامت خوانده، به عنوان یک قاعده فراغیر بین المللی پذیرفته شده است^۱ و آگاهی قانون‌گذار ایران از عمومیت جهانی این قاعده نیز نشان از آن دارد که ترتیب مندرج ماده ۱۱ ق.آ.د.م، صرفاً در مقام حل مسأله تعیین دادگاه صالح در داخل ایران است.^۲ به همین سبب، استناد به اطلاق عبارت «اقامتگاه خود»، به واسطه فراهم نبودن مقدمات حکمت، مردود است. ماده ۱۴۴ ق.آ.د.م، نیز تا حدودی موید این مطلب است که امکان دارد اصحاب دعوا ایرانی نباشند^۳ یا دعوا لزوماً بر اساس عوامل یادشده، ارتباطی با محاکم ایران نداشته باشد^۴ و در یک کلام، نیازی به احراز انحصاری عوامل ارتباطی پیش گفته نیست.^۵ به ویژه اگر مبنای صلاحیت عام محاکم ایران، حمایت از حقوق افراد و جلوگیری از تضییع آن باشد نه صرف حمایت از اتباع داخلی.^۶ واقعیت نیز همین است و در کشور ایران صلاحیت عام بر پایه آموزه‌های دینی و مبانی فقهی دادرسی^۷ از جمله، امر به معروف، قاعده وجوب ایصال حق به صاحب آن،^۸ قاعده الحاکم ولی الممتنع^۹ و قاعده التزام^{۱۰} احراز می‌گردد. همچنین، مطابق تصمیم دیوان بین‌المللی دادگستری موسوم به رای لوتوس،^{۱۱} هر دولتی مجاز به اعمال صلاحیت است مگر آن که قاعده حقوق بین‌الملل آن را منوع نماید.^{۱۲} وانگهی، اگر مبنای احتراز از ایجاد صلاحیت افراطی، جلوگیری از تحقق دادرسی ناعادلانه و غیر منصفانه است،^{۱۳} بکارگیری قواعد و ضوابط دادرسی عادلانه، توهمند تحقیق چنین بی‌دادگاهی را از ذهن می‌زداید.

به این ترتیب، به جهت وجود ارتباط حقوقی کافی، احتمال عدم شناسایی و اجرای

۱. شمس، عبدالله، منبع پیشین، ص. ۳۹۴.

۲. ارفع نیا، بهشید، منبع پیشین، ص. ۲۰۴.

۳. الماسی، نجادعلی، حقوق بین‌الملل خصوصی، چاپ سوم، تهران، میزان، ۱۳۸۴، ص. ۲۶-۲۷.

۴. مرتضوی، عبدالحمید، منبع پیشین، ص. ۶۱.

۵. مافی، همایون؛ ادبی، رشید، منبع پیشین، ص. ۵۶.

۶. صفائی، سیدحسین، منبع پیشین، ص. ۲۰۷.

۷. دانشپژوه، مصطفی، «دادگاه اختصاصی ویژه غیرمسلمانان و قلمرو صلاحیت آن»، فصلنامه مطالعات حقوق

خصوصی، دوره ۴۴، شماره ۳، ۱۳۹۳، ص. ۳۴۶-۳۴۷؛ همو، «اجراي قاعده الزام در دعاوى بین‌المللی به

مشاهده قاعده حل تعارض»، دوفصلنامه حقوق تطبیقی، شماره ۱، ۱۳۹۴، ص. ۳۲.

۸. نجفی، محمدحسن، جواهر الكلام فی شرح شرائع الإسلام، جلد ۲۶، ۱۳۹۳، تهران، دارالكتب الإسلامية، بی‌تا، ص. ۳۰۹.

۹. محقق داماد، سید مصطفی، قواعد فقه ۳: بخش قضایی، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۹۰، ص. ۲۱۰.

۱۰. فتاحی، سیدمحسن، قاعده الزام از دیدگاه فقه و حقوق موضوع، نشر ادیان، ۱۳۹۰، ص. ۱۳۸.

11. Akehurst, M, A Modern Introduction to International Law, 5th edition, George Allen & Unwin, London, 1984, p. 104.

۱۲. مقصودی، رضا، «دادرسی موازی در دعاوى بین‌المللی»، منبع پیشین، ص. ۶۹.

۱۳. مقصودی، رضا، «صلاحیت افراطی در تعارض دادگاه‌ها»، فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی، دوره ۴۶،

شماره ۲، ۱۳۹۵، ص. ۳۲۷.

حکم صادره در خارج از کشور منتفی است؛ هرچند هیچ قاعده‌ای در حقوق بین‌الملل،
کشورهای خارجی را از تنفيذ تصمیمات دادگاه‌های غیر صالح نیز منع نمی‌کند.^۱

۳-۱-۵. اعمال دکترین دادگاه نامناسب

ممکن است گفته شود توسعه صلاحیت محلی دادگاه تهران با دکترین دادگاه نامناسب^۲ که در حقوق ایران نیز به صورت جزیی پذیرفته شده است،^۳ منافات دارد. چه به موجب آن، دعوا باید به دادگاه صالح دیگری واگذار شود که به جهت وجود بیشترین ارتباط، امکان رسیدگی به نحو مطلوب و مناسب‌تری در آن وجود دارد.^۴ به بیان دیگر، در صورت طرح اقامه دعوا در محاکم ایرانی خوانده مدعی است که دادگاه صلاحیت دار مناسب‌تری از دادگاه صالح مورد مراجعة، جهت رسیدگی به دعوا وجود دارد.^۵ از سوی دیگر، گشاده‌دستی در پذیرش صلاحیت عام محاکم ایران به ایجاد صلاحیت افراطی می‌انجامد که به نوبه خود تحقق دادرسی عادلانه را دچار اشکال می‌کند.

هر چند دیدگاه برخی از نویسنده‌گان در این زمینه قاطع نیست.^۶ اما به نظر می‌رسد چهره تکلیفی صلاحیت دادگاه‌ها، مانع از پذیرش این دکترین در حقوق داخلی ایران است^۷ و با وجود تصریح قسمت اخیر ماده ۹۷۱ ق.م، دکترین دادگاه نامناسب در حوزه حقوق بین‌الملل خصوصی ایران جایگاهی ندارد. چه، اعمال دکترین یادشده به معنای آن است که قواعد صلاحیت برای دادگاه الزام‌آور نیست. افزون بر آن، استناد به دکترین دادگاه نامناسب به نوعی نقض غرض، یعنی اذعان به صلاحیت دادگاه‌های ایران، با وجود فقدان ضوابط مقرر در ماده ۱۱ ق.آ.د.م. است. همچنین، دکترین یادشده به صورت انحصاری در نظام‌های حقوقی کامن لا شناخته شده است و نمی‌توان آن را مجری در نظام حقوق نوشته^۸ و یا یکی از اصول کلی حقوقی دانست.^۹ افزون بر این، بسیاری از کشورهای متمدن و پیشرفته از

۱. مولایی، یوسف، منبع پیشین، ص. ۱۳۰.

2. Forum non Conveniens

۳. مقصودی، رضا، «موانع اعمال صلاحیت در حقوق بین‌الملل خصوصی»، منبع پیشین، ص. ۱۲۲.

4. Lang, Christian, Forum Non Conveniens in Continental Europe, CLE Paper for Substantive Law Session at the Annual Meeting of the Federation of De-fens and Corporate Counsel, Held at the Homestead, VA, USA, 2009. p. 3.

5. Walter, Heiser, The Hague Convention on choice of court Agreement: The Impact on Forum Non Conveniens in United States Courts, University of Pennsylvania Journal, 2010, p. 1017.

۶. مقصودی، رضا، «شروط صلاحیت قضایی در حقوق بین‌الملل خصوصی»، پژوهشنامه حقوقی، شماره دوم، ۱۳۸۹، ص. ۱۶۱.

۷. مافی، همایون؛ ادبی، رشید، منبع پیشین، ص. ۶۱.

8. George, James, op.cit., p.510.

۹. ایزدی، علی، «قابلیت اعمال قواعد امر مختومه، امر مطروحه، و محکمه نامناسب برای حل تعارض محاکم بین‌المللی»، مجله حقوقی بین‌المللی، شماره ۵۵، ۱۳۹۵، ص. ۱۵۲.

جمله فرانسه و آمریکا که مدعی برخورداری از نظام دادرسی عادلانه و منصفانه هستند همچنان از قواعد و مقرراتی پیروی می‌نمایند که متضمن تحقق صلاحیت افراطی است.^۱

۴-۵. منطقی نبودن ترجیح صلاحیت دادگاه تهران و اشکالات ناشی از آن

ممکن است ایراد شود که پذیرش صلاحیت محلی دادگاه پایتخت ناظر به زمانی بود که اختلاف چشمگیری بین مراجع قضایی تهران در مقایسه با سایر استان‌ها وجود داشت اما، در حال حاضر که سایر شهرستان‌ها نیز از توسعه یافته‌گی قضایی نسبتاً مطلوبی برخوردار هستند، اعطای این صلاحیت انحصاری از جانب قانون‌گذار، اگر برخوردی صرفاً سلیقه‌ای یا مغرضانه نباشد، دست کم ترجیح بلا مردح است.^۲ به بیان دیگر، مصلحت زمان وضع قانون تغییر یافته است و در حال حاضر باید به گونه‌ای تفسیر شود که بر مصالح جدید منطبق باشد.^۳ وانگهی، تراکم فزاینده حجم پرونده‌ها در دادگستری تهران مانع رسیدگی مطلوب این محاکم به این قبیل از دعاوی است و امکان دارد که دادرسی این پرونده‌ها چندین ماه و حتی سال به طول انجامد.^۴

آری، قانون تابع مصالح اجتماعی است؛ منتهای به نظر نمی‌رسد که قانون‌گذار در این زمینه تغییر نگرش داده باشد. چه، پذیرش صلاحیت دادگاه تهران در قوانین جدید دست کم نشان دهنده آن است که هنوز مقتن، مصلحت را در توسعه صلاحیت محلی محاکم پایتخت می‌بیند. این مصلحت‌اندیشی تا بدان جا پیش رفته است که در لواح ارسالی به مجلس نیز با علم به این که تصویب آن چندین ماه و سال زمان می‌برد، همچنان بر صلاحیت دادگاه‌های تهران اصرار شده است. برای نمونه، ماده ۱۱۵۶ لایحه تجارت^۵ و ماده ۱۰ لایحه «اجاره و استملاک اتباع و دولت‌های خارجی و سازمان‌های بین‌المللی در جمهوری اسلامی ایران» مصوب ۱۳۹۳ هیأت وزیران در این زمینه قابل توجه است.^۶ علاوه بر آن، اطاله دادرسی معضلي نیست که تنها با رسیدگی نکردن

۱. مقصودی، رضا، «صلاحیت افراطی در تعارض دادگاه‌ها»، فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی، دوره ۴۶، شماره ۱۳۹۵، ۲، صص. ۳۲۹-۳۳۴.

۲. حیاتی، علی عباس، منبع پیشین، ص. ۳۴۶.

۳. جعفری لنگرودی، محمد مجعفر، مقدمه عمومی علم حقوق، چاپ یازدهم، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۷، ص. ۹۹.

۴. شمس، عبدالله، منبع پیشین، ص. ۴۱۹.

۵. «مرجع تقاضای شناسایی رسیدگی‌های خارجی و همکاری با دادگاه‌های خارجی در چهارچوب احکام این باب دادگاه عمومی محل اقامت بدھکار و اگر محل اقامت وی در ایران معلوم نباشد، دادگاه عمومی تهران است».

۶. در این ماده نسبتاً طولانی، پس از بیان لزوم فروش ملک متوفی خارجی به دستور دادستان محل در صورت احراز شرایط قانونی آن، آمده است: «... ورثه فرد خارجی می‌توانند طرف ده سال از تاریخ وفات مورث خود مراجعه و بر اساس مقررات مربوط، اصل و سود متعلق را دریافت نمایند. در صورت عدم مراجعة طرف مدت یادشده، اموال مذکور بالاصح محسوب گردیده و مراتب برای تعیین تکلیف به دادگاهی که توسط رئیس قوه قضائیه در تهران تشکیل خواهد شد، ارجاع می‌گردد.»

دادگاه‌های تهران به دعاوی بالا مرتفع شود و در واقع، کندي روند رسيدگي محکم دادگستری، همان‌طور که در سایر استان‌ها نيز مشاهده می‌شود، ناشی از مشکلات ساختاری است که در مجالی ديگر باید آسيب شناسی شود.^۱ همچنان، تخصيص برخی شعب ویژه در دادگاه‌های تهران جهت رسیدگی به اين قبيل پرونده‌ها، ايراد مشغله‌کاري قضاط و متراكم‌بودن حجم دعاوی در سایر شعب را برطرف می‌نماید.

۲-۵. موانع توسعه صلاحیت محلی دادگاه پایتحت

توافق بر صلاحیت مرجع رسیدگی و يا امكان مراجعيه يك‌جانبه خواهان به هريک از دادگاه‌های داخلی را می‌توان به عنوان موانع توسعه صلاحیت محلی دادگاه پایتحت مطرح نمود که تفصيل آن از نظر خواهد گذشت.

۲-۵-۱. توافق بر صلاحیت

توافق بر صلاحیت ممکن است به اعتبار صلاحیت داور يا دادگاه باشد، همچنان که می‌تواند به نحو صريح يا ضمنی صورت پذيرد. در هر صورت حکم هر کدام در ادامه خواهد آمد.

۲-۵-۱-۱. توافق بر صلاحیت داور

توافق بر صلاحیت داور نيز لازم الاجرا^۲ و به نحو غيرمستقيم و تبعی، مانع از اجرای اصل توسعه صلاحیت محلی دادگاه تهران است. چه، صلاحیت عام داور (مواد ۴۵۷، ۴۵۴، ۴۷۸ و ۴۹۶ ق.آ.د.م)، ناشی از مشروعیت نهاد قاضی تحکیم در فقه امامیه به عنوان مبنای حقوق ایران است.^۳ با وجود اين، چنین توافقی به معنای ضروری نبودن يا بی‌فايده بودن تعیين دادگاهی صالح در اين زمينه نیست. چه، ممکن است يکی از طرفين از مراجعيه به داور و يا اجرای رأی داور استنكاف ورزد که دست کم از اين جهت، شناخت دادگاه صالح به منظور انجام اقدامات لازم در اين خصوص، ضروري است. حتی، ممکن است توافق به جهتی بي اعتبار باشد که در اين صورت نيز، تعیين دادگاه ايراني صالح در پرتو صلاحیت عام محکم ايران، اهمیت دارد.

۲-۵-۱-۲. توافق طرفين بر صلاحیت محلی دادگاه

توافق بر صلاحیت محلی دادگاه‌های يك يا چند کشور^۴ به عنوان يکی ديگر از

۱. جهت مطالعه بيشتر در اين زمينه بنگري: محسني، حسن، «عدالت آيیني: پژوهشی پيرامون نظريه‌های دادرسي عادلاني مدنی»، فصلنامه حقوق، شماره ۱، ۱۳۸۷، ص. ۳۱۰-۳۰۸.

۲. کاتوزيان، ناصر، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، منبع پيشين، ۱۳۸۶، ص. ۵۷۶.

۳. صدرزاده افشار، سيد محسن، منبع پيشين، ص. ۳۹۸.

۴. همان، ص. ۱۴۸.

موانع اعمال صلاحیت دادگاه تهران قابل طرح است. همچنین، ممکن است گفته شود که با مراجعه خواهان به دادگاه مورد نظر خود و عدم ایراد خوانده به صلاحیت آن مرجع، نوعی توافق ضمنی بر صلاحیت محلی دادگاه صورت می‌گیرد^۱ و دیگر نیازی به تصویب مقرره از جانب قانون‌گذار جهت تعیین دادگاه صالح در این زمینه نیست. البته این در صورتی است که اعتبار توافق بر صلاحیت در دادرسی مدنی ایران احراز گردد. سخن در باب تأیید و تکذیب مشروعیت این نهاد از حوصله این نوشتار خارج است. هرچند صلاحیت دادگاه منتخب طرفین در کتوانسیون ۲۰۰۵ لاهه راجع به صلاحیت پذیرفته شده است^۲ منتها، موضع قانون‌گذار ما در این خصوص چندان قاطع نیست. پس آیا بهتر نیست که با تنصیص مقررها در این خصوص به اضطراب و نگرانی اصحاب دعوا پایان داده شود و دادگاه رسیدگی کننده نیز از اتهام رسیدگی به موضوعات خارج از صلاحیت در امان بماند؟^۳

با وجود این، به نظر می‌رسد که در موضوع مورد بحث برخلاف سایر موارد، ایراد مقداری بر پذیرش توافق بر صلاحیت وارد نباشد؛ به ویژه اگر علت عمدۀ و اساسی ممنوعیت توافق بر صلاحیت دادگاه، وجود دادگاه صالح دیگری به موازات دادگاه غیر صالح مورد مراجعه باشد. ماده ۱۴ قانون حمایت خانواده نیز می‌تواند مؤید این تفسیر تلقی شود. به بیان دیگر، در فرضی که هیچ‌یک از ضوابط مندرج در ماده ۱۱ ق.آ.د.م. قابل اعمال نیست، دیگر دادگاه صالحی وجود ندارد تا قانون‌گذار یا دادگاه مورد مراجعه، حساسیت به خروج داده، توافق اصحاب دعوا را به رسمیت نشناشند. بر این اساس، شاید علت عدم تصریح مقتن به اعتبار توافق بر صلاحیت در پایان ماده ۱۱ ق.آ.د.م. بدیهی بودن امر در نگاه وی بوده باشد. در این صورت آیا می‌توان گفت که قسمت اخیر ماده ۱۴ ق.ح.خ. تنها تأکید مؤکد است؟! به عبارت بهتر، آیا سیاق ماده یادشده می‌تواند محمولی جهت تهیه یک قاعده در این خصوص باشد که به موجب آن، دست کم در تمام مواردی که امکان مراجعه به دادگاهی معین بر مبنای معیارهای پذیرفته شده در زمینه صلاحیت محلی مقدور نیست، توافق بر صلاحیت دادگاهی مشخص در ایران، پذیرفتنی است؟^۴ اگر

۱. کریمی، عباس، آین دادرسی مدنی، چاپ اول، تهران، مجده، ۱۳۸۶، ص. ۲۰۶.

۲. مقصودی، رضا، «دادرسی موازی در دعاوی بین‌المللی»، منبع پیشین، ص. ۷۳.

۳. انشای ماده ۱۹۵ لایحه اصلاحی ق.آ.د.م. به عنای گامی رو به جلو در مسیر معتبر دانستن توافق ضمنی بر صلاحیت است. در این ماده آمده است: «هرگاه به تشخیص دادگاه استان، دادگاه نخستین فاقد صلاحیت محلی باشد و نسبت به آن در مرحله نخستین ایراد شده باشد و نیز در صورتی که فاقد صلاحیت ذاتی باشد، رای را نقض و پرونده را به مرجع صالح ارسال می‌دارد». با وجود این، لایحه پیش‌گفته، برخلاف ماده ۳۰ لایحه آین دادرسی تجاری، فاقد حکمی صریح در خصوص توافق بر صلاحیت است.

۴. رستمی، عبدالله؛ بازیار، متین، «نظریه همکاری طرفین دعوا و دادرس در حل و فصل اختلاف»، فصلنامه مطالعات حقوق تطبیقی، شماره ۱، ۱۳۹۵، ص. ۱۳۶.

چنین باشد علت تصریح موردی قانون‌گذار به صلاحیت دادگاه تهران در موارد مشابه چیست؟ به نظر می‌رسد مقتنن تنها بدون در نظر گرفتن امکان وجود توافق بر صلاحیت، به صلاحیت دادگاه تهران در قوانین اشاره نموده است و گرنه، این دو با هم منافاتی ندارند.

۲-۵. امکان مراجعه یک جانبه خواهان به هریک از دادگاه‌های داخلی

برخی از حقوق‌دانان معتقدند دعوا در هریک از دادگاه‌های ایران قابل طرح است.^۱ از یک سو می‌توان گفت که اگر مراجعه خواهان را رضایت و یا سکوت محفوظ به قرینه خوانده همراه باشد، در ذیل عنوان توافق بر صلاحیت قابل بررسی است. در غیر این صورت، در تقویت این دیدگاه می‌توان گفت، با وجود عدم صلاحیت محلی هریک از دادگاه‌های کشور، اصل صلاحیت دادگاه «ایران» به عنوان قدر متین مورد قبول است و دادگاه مرجع‌الیه به عنوان مصادقی از دادگاه ایرانی صالح، در مقام رسیدگی است. بنابراین، به نظر می‌رسد که این دیدگاه، تعبیر دیگری از قاعده صلاحیت عام محاکم باشد. در این حالت، هرچند صلاحیت خاص محاکم آن کشور رعایت نشده است اما به جهت رعایت صلاحیت بین‌المللی آن، می‌توان با تسامح، دادگاه مرجع‌الیه را صالح دانست.^۲ این حکم در حوزه حقوق بین‌الملل خصوصی ایران، از نظر شرایط اجرای حکم خارجی، در صورتی که مطابق قانون دولت متبوع، واحد اعتبار باشد، قابل شناسایی و اجراس است (بندهای چهارم و هشتم از ماده ۱۶۹ ق.ا.م.).

با وجود این، به نظر می‌رسد که در حقوق داخلی ایران، پذیرش صلاحیت محلی همه دادگاه‌های کشور، نه تنها با اهداف قانون‌گذار از تفویض صلاحیت هرچند موردنی به دادگاه‌های تهران در تضاد است بلکه، متناسب نوعی افراط‌گرایی در گسترش صلاحیت محلی است و حتی منجر به ایجاد روبه سلیقه‌ای و بدون مبنا می‌شود. چه، مبنای واحد و نظام مندی به دست نمی‌دهد و در مورد هر دعوا به همان اندازه که ممکن است خواهان با خطر قرار عدم صلاحیت مواجه شود خوانده نیز بیم آن دارد که دادگاه مرجع‌الیه با پذیرش دعوا در مقام رسیدگی برآید. وانگهی، این دیدگاه به قواعد صلاحیت که از مقوله اعمال حاکمیت است جنبه تخییری می‌بخشد. جدای از آن، ممکن است که خواهان در مقام سوءاستفاده از حق برآید و با نادیده گرفتن اصل برائت خوانده، تکلیف مضاعفی بر وی بار نموده و به دادگاهی مراجعه نماید که امکان دفاع مؤثر و مطلوب در آن حوزه قضایی میسر نباشد.^۳ گذشته از آن، پذیرش چنین اختیار

۱. شمس، عبدالله، منبع پیشین، ص. ۴۰۰.

۲. مهاجری، علی، شرح جامع قانون اجرای احکام مدنی، منبع پیشین، ص. ۳۰۵.

۳. غمامی، مجید؛ محسنی، حسن، منبع پیشین، ص. ۶۱.

مطلقی برای خواهان، مخالف اصول برابری افراد در مقابل قانون و دادگاه است (ماده ۱۰ اعلامیه جهانی حقوق بشر، مواد ۱۴ و ۲۶ میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی و اصول ۱۹ و ۳۴ قانون اساسی).^۱ به بیان دیگر، اصل بر تساوی افراد در قوانین موضوعه است^۲ و تا زمانی که قانون گذار امتیاز خاصی برای کسی شناسایی نکرده است رجحان برخی بر دیگران، از مصاديق ترجیح بلا مردح است.

۱. هاشمی، سیدمحمد، منبع پیشین، صص. ۲۲۳-۲۲۴

2. Geny, François, Science et Technique en Droit Privé Positif, T. 2, Paris, Sirey, 1932, p. 179.

نتیجه‌گیری

حق مراجعه اشخاص به دادگاه و در مقابل حق و تکلیف آن مرجع به رسیدگی، مبتنی بر صلاحیتی است که قانون گذار تعیین می‌نماید. البته ممکن است دادگاه‌های دو یا چند کشور صلاحیت رسیدگی داشته باشند و پدیده دادرسی موازی را رقم زنند. پس از احراز صلاحیت ذاتی دادگاه، نوبت به تشخیص دادگاه صالح از منظر صلاحیت محلی می‌رسد. اصولاً، معیار اقامتگاه در تعیین دادگاه صلاحیت دار حکمفرماس است. منتها، بعضاً به جهت وجود عنصر خارجی، امکان اجرای هیچ کدام از معیارهای ناظر بر صلاحیت محلی مقدور نیست. در این وضعیت، به صورت موردی و خاص، صلاحیت دادگاه تهران به عنوان جلوه خارجی صلاحیت عام محاکم ایران، به رسمیت شناخته شده است. به جهت اشتراک در مینا، این صلاحیت را که به اعتبار پایتخت بودن مقر آن است، می‌توان در قالب یک اصل به موارد مشابه مسکوت نیز تعمیم داد. هرچند با وجود ابهام در دیدگاه مقتن، ایراد مقداری به توافق بر صلاحیت اصحاب دعوا، دست کم در این فرض وارد نیست.

به این ترتیب، اکنون که قانون آیین دادرسی مدنی در شرف اصلاح است به قانون گذار پیشنهاد می‌شود که اصل توسعه صلاحیت محلی دادگاه‌های پایتخت را در قالب یک تبصره به ماده ۱۱ آن بیافزاید: «چنانچه تشخیص دادگاه صالح از طریق اجرای ضوابط مربوط به صلاحیت محلی ممکن نباشد، دادگاه پایتخت صالح به رسیدگی است، مگر اینکه بر مراجعه به داور یا دادگاه دیگر توافق شده باشد». همچنین، عبارت «دادگاه دیگر» در قسمت اخیر این مقرره، حسب درجه انعطاف پذیری که مقتن در آینده از خود نشان خواهد داد می‌تواند جنبه برون‌مرزی یابد و یا تنها مقيد به محاکم داخلی گردد.

به هر حال، با انشای این قاعده، اصل صلاحیت عام محاکم ایران و حاکمیت قضایی کشور نیز دچار تزلزل نخواهد شد. به بیان دیگر، نه تنها آشفتگی رویه قضایی از بین می‌رود بلکه، اصحاب دعوا نیز از سردرگمی و اضطراب خاطر در امان می‌مانند. وانگهی، با تبیین این قاعده دیگر هراسی از بابت احتمال نسخ قوانینی که به بیان موردی در این زمینه پرداخته اند و چالش‌های مربوط به تشخیص قانون ناسخ از منسوخ، وجود نخواهد داشت.

منابع

- ابراهیمی، سید نصرالله، حقوق بین‌الملل خصوصی، چاپ اول، تهران، سمت، ۱۳۸۳.
- ارفع‌نیا، بهشید، حقوق بین‌الملل خصوصی، جلد دوم، تهران، بهتاب، ۱۳۸۳.
- اکبری دهنو، میثم؛ شهبازی نیا، مرتضی، «اراده مشترک اصحاب دعوا در شروع دادرسی مدنی»، فصلنامه حقوق خصوصی، دوره ۱۱، شماره ۲، ۱۳۹۳.
- الماسی، نجادعلی، حقوق بین‌الملل خصوصی، چاپ سوم، تهران، میزان، ۱۳۸۴.
- ایزدی، علی، «قابلیت اعمال قواعد امر مختصمه، امر مطروحه، و محکمه نامناسب برای حل تعارض محاکم بین‌المللی»، مجله حقوقی بین‌المللی، شماره ۵۵، ۱۳۹۵.
- باقری، محمود، «حدود آزادی طرفین دعوا در تعیین صلاحیت قضایی بین‌المللی: جایگاه داوری تجاری بین‌المللی»، فصلنامه حقوق، شماره ۳، ۱۳۸۶.
- بهرامی، بهرام، آیین دادرسی مدنی ۱ و ۲، تهران، انتشارات نگاه بینه، ۱۳۸۸.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، مقدمه عمومی علم حقوق، چاپ یازدهم، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۷.
- حیاتی، علی عباس، اجرای احکام مدنی در نظام حقوقی کنونی، تهران، میزان، ۱۳۹۲.
- خالقی، علی، آیین دادرسی کیفری، چاپ سوم، تهران، شهر دانش، ۱۳۸۸.
- خدابخشی، عبدالله، تحلیل فقهی- حقوقی قانون امور حسی و تأثیر آن بر رویه قضایی، چاپ اول، تهران، خرسندی، ۱۳۹۲.
- دانش پژوه، مصطفی، مقدمه علم حقوق، چاپ نهم، قم، پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، ۱۳۹۲.
- _____، «دادگاه اختصاصی ویژه غیرمسلمانان و قلمرو صلاحیت آن»، فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی، دوره ۴۴، شماره ۳، ۱۳۹۳.
- _____، «اجرای قاعده الزام در دعاوی بین‌المللی به مثابه قاعده حل تعارض»، دوفصلنامه حقوق تطبیقی، شماره ۱، ۱۳۹۴.
- رستمی، عبدالله؛ بازیار، متین، «نظریه همکاری طرفین دعوا و دادرس در حل و فصل اختلاف»، فصلنامه مطالعات حقوق تطبیقی، شماره ۱، ۱۳۹۵.
- زراعت، عباس، محسای قانون آیین دادرسی مدنی، تهران، فقنوس، ۱۳۸۶.
- سربازیان، مجید؛ صادقی، عبدالرضا، «تحلیل سیاست تقنیتی آنسیترال، اتحادیه اروپا و حقوق ایران در زمینه شناسایی و اجرای حکم ورشکستگی خارجی»، مجله حقوقی بین‌المللی، شماره ۵۱، ۱۳۹۳.

-
- سلجوقي، محمود، حقوق بین الملل خصوصي، جلد دوم، چاپ پنجم، تهران، ميزان، ۱۳۸۷.
 - _____، بايسته‌های حقوق بین الملل خصوصي، چاپ دوازدهم، تهران، ميزان، ۱۳۸۹.
 - شاه حيدري پور، محمدمعلى، آيین دادرسي مدنى، چاپ اول، صلاحيت دادگاه، نشر آداك، ۱۳۹۱.
 - شمس، عبدالله، آيین دادرسي مدنى، جلد نخست، تهران، دراك، ۱۳۸۵.
 - شهرى، غلامرضا؛ و همکاران، مجموعه نظرهای مشورتی اداره کل حقوقی قوه قضائیه در مسائل مدنی، تهران، روزنامه رسمي کشور، ۱۳۸۸.
 - صادقی نشاط، امير، «مراجعة خاص و صلاحیت عام محاکم دادگستری در دعاوی تجاري بین المللی»، نقد رویه قضائي، زیر نظر ناصر کاتوزيان، تهران، جنگل، ۱۳۹۱.
 - صدر، جواد، حقوق دیپلماتيك و کنسولي، چاپ پنجم، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۰.
 - صدرزاده افشار، سيد محسن، آيین دادرسي مدنى و بازرگاني، تهران، جهاد دانشگاهي، ۱۳۸۷.
 - صفائی، سیدحسین، مباحثی از حقوق بین الملل خصوصی، ميزان، ۱۳۸۸.
 - طباطبایي، سید محمدصادق؛ اسعدی، سیدحسین، «چالش تعیین دادگاه صالح در رسیدگی به حرایم ارتکابی اشخاص بیتابعیت در خارج از کشور»، پژوهش حقوق کیفری، شماره ۱۲، ۱۳۹۴.
 - غمامي، مجید؛ محسنی، حسن، اصول آيین دادرسي مدنى فراملى، تهران، ميزان، چاپ اول، ۱۳۸۶.
 - فتاحي، سیدمحسن، قاعده الزام از ديدگاه فقه و حقوق موضوعه، قم، نشر اديان، ۱۳۹۰.
 - قائم مقام فراهانی، محمدحسین، «صلاحیت در رسیدگی به امور مدنی»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسي، شماره ۶۸، ۱۳۸۴.
 - کاتوزيان، ناصر، فلسفه حقوق، جلد اول، تهران، شركت سهامي انتشار، ۱۳۸۵.
 - _____، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، تهران، ميزان، چاپ شانزدهم، ۱۳۸۶.
 - كريمي، عباس، آيین دادرسي مدنى، چاپ اول، تهران، مجد، ۱۳۸۶.
 - مافي، همايون؛ ادبی، رشید، «صلاحیت دادگاه‌های ايران در قلمرو حقوق بین الملل خصوصي»، دوفصلنامه دانش حقوق مدنى، سال سوم، شماره دوم، ۱۳۹۳.

- محسنی، حسن، «عدالت آیینی: پژوهشی پیرامون نظریه‌های دادرسی عادلانه مدنی»، *فصلنامه حقوق*، شماره ۱، ۱۳۸۷.
- محقق داماد، سید مصطفی، *قواعد فقه ۳: بخش قضایی*، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۹۰.
- مرتضوی، عبدالحمید، *آیین دادرسی مدنی عمومی*، جلد اول، چاپ اول، تهران، جنگل، ۱۳۹۲.
- مقصودی، رضا، «شروط صلاحیت قضایی در حقوق بین الملل خصوصی»، *پژوهشنامه حقوقی*، شماره دوم، ۱۳۸۹.
- ———، «موانع اعمال صلاحیت در حقوق بین الملل خصوصی»، *حقوق خصوصی*، شماره اول، ۱۳۹۱.
- ———، «دادرسی موازی در دعاوی بین المللی» *مطالعات حقوق تطبیقی*، شماره دوم، ۱۳۹۳.
- ———، «دستاوردهای حقوق بین الملل عمومی در زمینه تعارض دادگاه‌ها»، *مجله حقوقی بین المللی*، شماره ۵۰، ۱۳۹۳.
- ———، «صلاحیت افراطی در تعارض دادگاه‌ها»، *فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی*، دوره ۴۶، شماره ۲، ۱۳۹۵.
- مولایی، یوسف، «وابستگی حقوق بین الملل خصوصی و حقوق بین الملل عمومی در مسئله صلاحیت»، *مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران*، شماره ۳۵، ۱۳۷۵.
- مهاجری، علی، *مبسط در آیین دادرسی مدنی*، جلد اول، تهران، فکرسازان، چاپ دوم، ۱۳۸۸.
- ———، *شرح جامع قانون اجرای احکام مدنی*، جلد دوم، تهران، فکرسازان، ۱۳۸۸.
- میرشکاری، عباس؛ فراهانی، سیدجواد، *قانون ثبت احوال در نظم حقوقی کنونی*، تهران، جنگل، ۱۳۹۲.
- نجفی، محمدحسن، *جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام*، جلد ۲۶، تهران، دارالكتب الإسلامية، بي.تا.
- نصیری، محمد، *حقوق بین الملل خصوصی*، تهران، انتشارات آگاه، ۱۳۸۶.
- هاشمی، سیدمحمد، *حقوق بشر و آزادی‌های اساسی*، چاپ اول، تهران، میزان، ۱۳۸۴.
- هرمزی، خیرالله، «توسعه صلاحیت یا صلاحیت تبعی»، *فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی*، سال دوم، شماره ششم، ۱۳۹۳.

-
- Akehurst, M, A Modern Introduction to International Law, 5th edition, George Allen & Unwin, London, 1984.
 - Behrens, P, "Arbitration as an Instrument of Conflict Resolution in International Trade: Its Basis and Limits", in D Friedmann & E Mestmacker (eds.), *Conflict Resolution in International Trade*, Munich, 1993.
 - Calamita, N. Jansen, "Rethinking Comity: Towards a Coherent Treatment of International Parallel Proceeding", *U. Pa. J.int l Econ. l.* vol.27: 3, 2006.
 - Geny, François, *Science et Technique en Droit Privé Positif*, T. 2, Paris, Sirey, 1932.
 - George, James, International Parallel Litigation: A Survey of Current Conventions and Model Laws, *Texas International Law Journal*, vol. 37, 2002.
 - Koral, Rabi, L'exécution des Sentences Arbitrales Etrangères en Turquie: a Propose de Deux Progress Jurisprudentiels Recente, *Rev. Arb.*, 1989.
 - Lando, Ole, The Lex Mercatoria in International Commercial Arbitration, *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 34, no. 4, 1985.
 - Lang, Christian, Forum Non Conveniens in Continental Europe, CLE Paper for Substantive Law Session at the Annual Meeting of the Federation of De-fens and Corporate Counsel, Held at the Homestead, VA, USA, 2009.
 - Magnus, Ulrich; Mankowski, Peter, European Commentaries on Private International Law, Brussels I Regulation, Sellier, European Law Publishers, 2007.
 - Parrish, Austen, Duplicative Foreign Litigation, *The George Washington Law Review*, vol.78, 2010.
 - Pauwelyn, Joost, Salles, Luiz, Forum Shopping Before International Tribunals: (Real) Concerns, (Im) Possible Solutions, *Cornell International Law Journal*, vol. 42, 2009.
 - Scharf, M. P, Application of Treaty-Based Universal Jurisdiction to Nationals of Non-Party States, *New England Law Review*, vol. 35, 2000-2001.
 - Sturm, Susan; Lani, Guinier, "The Future of Affirmative Action, Reclaiming An Innovative Ideal", *California Law Review*, vol. 84, 1996.
 - Walker, David, *The Oxford Companion to Law*, New York, 1980.

تحلیل فقهی ماده ۲۶۴ قانون مجازات اسلامی

عبدالرضا اصغری*

مهدی صالحی**

چکیده

شرب خمر از جرایمی است که شارع مجازات آن را هشتاد تازیانه و به عنوان حد شرعی قرار داده است. این حکم در ماده ۱۶۵ قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰ نیز آمده بود و عمدتاً «شُرب و خوردن مسکر» را بیان می‌کرد. پس از تصویب قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲، قانون‌گذار تصمیم گرفت در ماده ۲۶۴، از عنوان «حد مسکر»، عدول کند و به عنوان «صرف مسکر» روی آورد و بدین ترتیب صرف مسکر را به هر روشی از قبیل خوردن، تزریق و تدخین، موجب حد شرعی دانست. وجه مشترک این دو عنوان، «موجب خمر» یا سبب ایجاد حد شرعی است که در کتاب‌های فقهی مطرح شده است. نوشه همین منظور، اقوال مختلف در نحوه صرف خمر یا مسکر بیان می‌شود و نظر قانون‌گذار مبنی بر اثبات حد شرعی، به هر روشی که باشد، نقد و ارزیابی می‌گردد.

کلیدواژه‌ها: صرف مسکر، تزریق، تدخین، تناول، احتقان.

مقدمه

بر اساس ماده ۲۶۴ قانون مجازات اسلامی، «صرف مسکر از قبیل خوردن، تزریق و تدخین آن کم باشد یا زیاد، جامد باشد یا مایع، مست کند یا نکند، خالص باشد یا مخلوط، به گونه‌ای که آن را از مسکر بودن خارج نکند، مستوجب حد است». ماده ۱۶۵ قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰ نیز درباره حد شرب خمر بیان می‌داشت: «خوردن مسکر موجب حد است اعم از آنکه کم باشد یا زیاد، مست کند یا نکند، خالص یا مخلوط باشد به حدی که آن را از مسکر بودن خارج نکند...». مقایسه این دو ماده با ۲۲ سال فاصله قانون‌گذاری، این سوال را به ذهن متبار می‌سازد که فلسفه تغییر بیان قانون‌گذار از «خوردن مسکر» به «صرف مسکر» چیست. آیا شرب و نوشیدن مسکر موضوعیت دارد یا شیوه مصرف، در حکم آن مؤثر نیست؟ به عبارت دیگر اگر شخص به هر طریقی مسکری را مصرف نماید، حکم به مجازات حدی برای او می‌شود؟ بازتاب نظرات فقیهان در قانون مجازات اسلامی چگونه است؟

پس از تصویب قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲، نظرات مختلفی از ناحیه حقوق‌دانان در نقد ماده ۲۶۴ آن مطرح شده است. برخی معتقدند این تغییر، موجب توسعه مصادیق حدود مضبوط شرعی است^۱ و باعث می‌شود که مجازات سنگین حد شرعی شرب خمر (۸۰ ضربه تازیانه) به سایر مواد روان‌گردان و صنعتی نیز تعیین یابد و این رویکرد قانون‌گذار، نشانه سخت‌گیری بیشتر اوست^۲ و دلایلی را برای نگرانی خود را برمی‌شمرند. در مقابل، برخی می‌گویند تغییر مندرج در قانون، براساس مبانی فقهی است و بر این ادعا، مستندات کافی وجود دارد.^۳ بررسی آراء صادره از دادگاه‌ها و رویکرد قضایی شکل گرفته بعد از تصویب و تغییر این ماده قانونی (بر اساس آمار درگاه خدمات الکترونیکی قضایی در حوزه قضایی خراسان) هم نشان می‌دهد که قضاط در دادرسی‌ها توجه چندانی به سایر طرق مصرف مسکر نکرده‌اند و تنها بر طریق معمول و غالباً آن آراء خود را استوار و مستدل کرده‌اند. یکی از دلایل این امر می‌تواند احتیاط قضاط در اثبات حدود و قواعد حاکم بر آن از قبیل تدرأ الحدود بالشبهات و اصل برائت دانست.

مراجعه به منابع فقهی نشان می‌دهد در حرمت شرب خمر و مجازات آن به عنوان یکی از حدود شرعی، فقیهان اتفاق نظر دارند و این مدعای وسیله آیات قرآن

۱. حیدریان، محمدرضا، «رویکرد قانون مجازات اسلامی به استفاده از مسکر»، ماهنامه دادرسی، شماره ۱۰۲، بهمن و اسفند ۱۳۹۲، ص. ۴۶.
۲. گلدوزیان، ایرج، محشای قانون مجازات اسلامی، تهران، مجد، ۱۳۸۴، ص. ۲۶۳.
۳. امامی، مسعود، شرح مبسوط قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، قم، مؤسسه دائره‌المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت، ۱۳۹۳، ص. ۱۱۲.

کریم،^۱ روایات معتبر^۲ و اجماع^۳ و مصدق ضروری دین بودن آن اثبات می‌شود.^۴ گرچه خمر در نظر و اصطلاح عرف به معنای نوشیدنی یا شرابی است که از انگور گرفته می‌شود، اما اهل لغت تصریح دارند که منظور از خمر آن است که قابلیت اسکار داشته باشد. صاحب المصباح المنیر در کلمه خمر گفته: «کلما خامر العقل فهو الخمر»؛ هر چیزی که عقل را بپوشاند و کارابی آن را مختلط کند، خمر است.^۵

از طرف دیگر باید روش شود که معنای اسکار در نگاه فقه‌ها چیست؟ اسکار در لغت و در اصطلاح فقهی یعنی: «آنچه که باعث پوشاندن عقل و از کار افتادن ذهن انسان شود» است.^۶ به دلیل یکسان بودن معنای این دو واژه بین خمر و اسکار ملازمه وجود دارد. به عبارت دیگر هر خمری مسکر است. از آنچه گفته شد معلوم می‌گردد که خمر متخذ از انگور به تنها بی موضعیت ندارد و ملاک در حد شرعی شرب، هر گونه مسکرات است؛ چه از انگور گرفته شده باشد و چه از غیر آن و فرقی بین انواع مسکرات از جهت حکم و حد نیست. شاهد بر این مطلب وجود روایاتی مثل روایت پیامبر اکرم (ص) است، که فرمود: «کل ما اسکر حرام». علاوه بر این فقه‌ها با استفاده از سخن شارع که گفته: «لا تشرب الخمر لانه مسکر» و علت تحريم خمر را به طور صریح «مسکر بودن» آن معرفی کرده، یک قیاس منوص العله تشکیل داده‌اند و از شراب انگور الغاء خصوصیت می‌کنند و برای آن موضوعیت قائل نشده‌اند، در نتیجه حکم فقهی حرمت شرب را به سایر مسکرات اعم از جامد و مایع تعمیم داده‌اند^۷ و گفته‌اند مسکر چیزی است که شائنت اسکار، داشته باشد (ما من شأنه آن بسکر)».^۸

تذکر این نکته لازم است که ملاک حرمت شرب خمر یا مسکر کم و زیاد بودن میزان مصرف یا ظاهر شدن آثار شرب خمر از قبیل مستی و زایل شده عقل نیست بلکه شارع، فارغ از این امور مجازات حد شرعی را بر مرتكب جاری می‌کند و او را مستحق آن می‌داند. ممنوعیت نوشیدن یا خوردن مسکر به صورت مطلق، است و چنانچه حتی،

۱. آیه ۹۰ سوره مائده.

٢. حرّ عاملی، محمد بن حسن، وسائل الشیعه، قم، آل البيت، ١٤٠٩ق، ص. ٤٦٨.

^٣ موسی اردیلی، سید عبدالکریم، فقه الحدود و التعزیرات، جلد دوم، حبی اول، قم، جامعه المفید، ۱۳۸۷، ص: ۱۷۵.

^{٤٧٩} حسینی، وحانی، سید محمدصادق، فقه الصادق (ع)، قم، دارالكتاب مدرسه امام صادق (ع)، ١٤١٢ق، ص. ٤٧٩.

٥. فيهم ، احمد بن محمد ، المصاحف المنبر في ، غرب الشرح الكبير للافعى ، بي ، جا ، بي ، نا ، بي ، تا ، ص . ٢٧١.

^٦ حلمي، نجم الدين جعفر بن حسن، شائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام، جبار دوم، قم، اسماعيليان، ١٤٠٨.

٨٠ ص ، ق

٧- حـ عـ اـ مـ لـ ، مـ حـ مـ دـ بـ حـ سـ ، مـ فـ نـ عـ يـ شـ بـ ، صـ . ٤٦٨

^٨ شیعی، زنجانی، سید موسی، کتاب النکاح، حاب اوا، قم، مؤسسه بشهشیر، آیین داد، به تالیف، ص ۳۵۷۶.

^٩ نجف، محمد حسن، حماه، الكلام في شرح شائع الاسماء، حماه، هـ، قدم، «مقدمة» دلائل احياء التقانة العبرية،

۴۰۴: ص ۱۴۰

سچن، سچن، سچن

قطرهای از آن را بخورد باید حد بر او جاری کرد. دلیل بر این مطلب، استدلال و تمسک فقهاء^۱ به اطلاق در روایات متعدد موجود و اجماع ادعاشده در این خصوص است.^۲ قبل از پیروزی انقلاب اسلامی شرب خمر به عنوان حد شرعی در نظر گرفته نشده بود و فقط در ماده ۲۷۵ قانون مجازات عمومی^۳ و ماده ۳۷ قانون مجازات عمومی^۴ در ماده ۱۳۵۲ در باب تجاهر به استعمال شرب خمر و مستی حاصل بر اثر استعمال اختیاری مواد الکلی و مخدر یا نظایر آنها مجازات تعزیر مطرح شده بود.

در قوانین پس از انقلاب و با توجه به تغییر محتواهای قوانین خصوصاً قوانین جزایی، شرب خمر در ماده ۱۲۸ «قانون حدود و قصاص و مقررات آن» مصوب ۱۳۶۱ و در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ و ۱۳۹۲ از همین رویه فقهی پیروی کرده و شرب و خوردن هر گونه مسکری اعم از اینکه کم باشد یا زیاد، باعث مستی بشود و نشود را ممنوع کرده و مرتكب را به ۸۰ ضربه شلاق محکوم کرده است. از طرفی آنچه در خصوص تشدید مجازات رانندگان مستت بر اساس ماده ۷۱۸ «قانون تعزیرات» مصوب ۱۳۷۵ تشدید مجازات و همچنین انجام جرم در حین مستی مندرج در مواد ۱۵۴ و تبصره ۲ ماده ۲۲۴ و ماده ۳۰۷ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ مورد بحث قانون‌گذار قرار گرفته، وضعیتی است که مرتكب جرایم را در حال مستی انجام بدهد و احراز مستی مرتكب بدون در نظر گرفتن نحوه مصرف مسکر لازم است. این در حالی است که در این مقال طرق مصرف مسکر و تأثیر آن در تحمل حد شرعی مرتكب بحث می‌شود.

امروزه با توسعه دانش، مواد مخدر، توهمندا و روان‌گردان زیادی عرضه شده است که ممکن است برخی از آنها از مصادیق جدید مسکرات باشند و حتی ممکن است طریقه مصرف آنها اکل و شرب نباشد؛ بلکه مرتكبان به طرق دیگر مثل تدخین و فرو بردن دود حاصل از آن در حلق، تزریق با آمپول و سرم در خون، ورود مواد به بدن از راه بینی، بلعیدن به وسیله کپسول و سایر طرق، مسکرات را استعمال نمایند و حتی آثار مخرب‌تری را هم برای شخص و هم برای جامعه ایجاد نمایند. این مقاله در صدد پاسخ به این سؤال است آیا روش مصرف مسکرات مدخلیتی در حد شرعی شرب دارد یا اینکه اکل و شرب و نهایتاً تناول مسکر از طریق حلق، فقط طریق وصول مسکر به بدن است. به عبارت دیگر، مرتكب در صورتی محکوم به شرب خمر خواهد شد که مسکر را از طریق حلق وارد بدن کرده باشد و در صورت ورود مسکر به بدن از سایر روش‌های مذکور در زیر نمی‌توان او را مصدق شارب خمر قرار داد. نقد و بررسی فقهی

۱. طباطبایی حائری، سید علی بن محمد، ریاض المسائل، قم، آل البيت، ۱۴۱۸ق، ص. ۵۴۶.

۲. حسینی روحانی، سید محمدصادق، منبع پیشین، جلد ۲۵، ص. ۴۷۹.

ماده ۲۶۴ قانون مجازات اسلامی از رهگذر روش مصرف مسکر و تتبع نظرات فقهاء در دوره‌های مختلف در این خصوص و سیر تطور موجب و سبب حد شرعی مسکر (روش‌های مصرف) و تحلیل نظرات فقهاء در شیوه‌های مصرف مسکر ممکن است اطلاق مطرح شده در ماده ۲۶۴ را مخدوش کند به طوری که سایر طرق مصرف مسکر مطرح شده را نتوان به عنوان موجب و سبب حد شرب خمر در نظر گرفت.

۱. شرب خمر به عنوان اولین موجب حد شرعی

كتب لغت، درباره معنای لغوی شرب معنای روشی بیان نکرده اند و بیشتر لغویان معنای آن را واضح فرض کرده و بیان داشته‌اند که شرب مقداری از آب است که شخصی می‌نوشد.^۱ اما بهترین تعبیر از آن مفردات است که می‌گوید: «شرب، خوردن هر مایعی اعم از آب و غیر آن است»^۲ بر همین اساس، فقیهانی مانند صاحب المقنعه^۳ در باب «الحد فی السکر و شرب المسکر» می‌نویسد: «خمر حرام منصوص در قرآن، شراب انگوری است که مستکنده باشد» و به دفعات از کلمه «شارب‌الخمر» استفاده می‌کند. اما در ادامه با بیان این جمله که «برای هیچ‌کس خوردن غذایی که در آن مقدار کمی شراب وجود دارد، چه آن غذا به صورت پخته شده یا غیر آن باشد، حلال نیست و همچنین اگر از خمر به عنوان دارو یا خورش غذا استفاده کند هم خوردن آن حرمت دارد و هشتاد ضربه تازیانه به عنوان حد بر او تحمیل کرد. وی معتقد است تنها موجب و سبب برای این حد شرعی، شرب نیست؛ بلکه اگر شخصی از طریق مخلوط کردن شراب با طعامی، مسکر را تناول کند، حکم او ۸۰ ضربه تازیانه می‌باشد.^۴ پس از ایشان، شیخ‌طوسی در کتاب المبسوط پس از بیان دلایل تحریم خمر، می‌نویسد: «پس هنگامی که حرمت آن ثابت شد، اگر کسی به هر مقدار از آن را بنوشد به مجازات شلاق محکوم می‌شود.^۵ علاوه بر این، در دو کتاب حدیثی باقیمانده از این فقیه، تمام روایات دال بر استفاده از کلمه شرب خمر است.^۶ اما در کتاب النهایه همانند شیخ مفید معتقد است آشامیدن(شرب) و خوردن (اكل) شراب حرام است و موجب حد شرب خمر.^۷

۱. ابن فارس، ابوالحسین احمد بن زکریا، معجم مقاييس اللげ، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۰۴ ق، ص. ۲۶۷؛ فراهیدی، خلیل بن احمد، کتاب العین، چاپ دوم، قم، هجرت، ۱۴۱۰ ق، ص. ۲۵۶.

۲. راغب اصفهانی، ابی القاسم الحسین بن محمد، المفردات فی غریب القرآن، چاپ اول، ارومیه، ظرافت، ۱۳۸۵ ص. ۴۴۸.

۳. مفید بغدادی، محمد بن محمد بن نعمان عکبری، المقنعه، قم، کنگره جهانی هزاره شیخ مفید، ۱۴۱۳ ق، ص. ۷۹۸؛ همان، ص. ۷۹۹.

۵. طوسی، محمد بن حسن، المبسوط فی فقه الإمامیه، چاپ سوم، تهران، المکتبه المرتضویه، ۱۳۸۷ ق، ص. ۵۸.

۶. ر.ک: طوسی، محمد بن حسن، تهذیب الأحكام، چاپ چهارم، تهران، دارالکتب الإسلامية، ۱۴۰۷ ق، ص. ۹۰.

۷. طوسی، محمد بن حسن، النهایه فی مجرد الفقه و الفتاوى، چاپ دوم، بیروت، دارالکتب العربی، ۱۴۰۰ ق، ص. ۷۱۲.

تقریباً یکصد سال پس از شیخ طوسی، ابن ادریس حلی که بساری از آراء شیخ طوسی را نقد کرد و تغییر داد، اما در این بحث هر چند ابتدا از شرب خمر شروع می‌کند، اما در ادامه قایل به همان فتوای مذکور شیخ است و موجب این حد را علاوه بر شرب به اکل هم توسعه می‌دهد. بنا بر آنچه در گفته آمد، گرچه همه فقهای مذکور تا قبل از قرن هفتم هجری عنوان باب را «حد شرب» نامگذاری کرده‌اند ولی موجب حد را از آشامیدن مسکر به خوردن همراه با غذا توسعه داده‌اند.

۲. کاربرد واژه «تناول» در حد مسکرات

تناول در لغت به معنای فرا گرفتن و برداشتن و مجازاً از واژه تناول کردن، به خوردن و آشامیدن اراده می‌شود.^۱ پس از قرن هفتم هجری، برخی فقیهان امامیه به جای واژه «شرب»، از «تناول مسکر» استفاده کرده و زمانی که بحث حد مسکر را شروع می‌کند، در موجب این حد شرعی می‌گوید: «الأول في الموجب: وهو تناول المسکر أو الفقاع» شبیه به همین عبارت را در کتاب فقهی دیگر ایشان می‌توان دید.^۲ سپس علامه حلی در تبصرة المتعلمين فی أحكام الدين، درباره موجب حد مسکر می‌نویسد: «من تناول مسکراً ... حد ثمانين جلد».«^۳

شهید اول، فقیه نامدار قرن هشتم، در کتاب اللمعه الدمشقیه ذیل بحث «حد الشرب» می‌گوید: «هر چیزی که مست‌کننده و مسکر باشد، نوشیدن حتی یک قطره از آن حرام است و با تناول آن، تحمل مجازات شرب خمر بر او واجب می‌شود.^۴

شهید ثانی در شرح عبارت شهید اول، ذیل همان عبارت می‌فرماید: از شرب خمر عبور کرده و بدین ترتیب موجب حد را «تناول مسکر» می‌داند.^۵

ابن فهد حلی نیز مانند سایر فقیهان این عصر، موجب حد را تناول مسکر می‌داند و می‌نویسد: «تناول، عام است از شرب و شامل استعمال از قبیل خوردن به عنوان دارو یا مخلوط با غذا نیز می‌شود.»^۶ مقدس اردبیلی نیز ذیل عبارت علامه حلی پس از اینکه

۱. دهخدا، علی اکبر، لغت‌نامه، چاپ دوم، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۷۷، ص. ۷۰۰۸.

۲. حلی، نجم‌الدین جعفر بن حسن، المختصر النافع فی فقه الإمامیه، چاپ ششم، قم، مؤسسه المطبوعات الینیه، ۱۴۱۸ق، ص. ۲۲۲.

۳. حلی، حسن بن یوسف بن مطہر، قواعد الاحکام فی معرفة الحلال و الحرام، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ق، ص. ۱۸۸.

۴. عاملی، محمد بن مکی، اللمعه الدمشقیه فی فقه الإمامیه، بیروت، دار التراث الإسلامیه، ۱۴۱۰ق، ص. ۲۶۰.

۵. عاملی، زین‌الدین بن علی، الروضه البهیه فی شرح اللمعه الدمشقیه، حاشیه کلانتر، قم، کتابفروشی داوری، ۱۴۱۰ق، ص. ۲۰۳.

۶. اسدی حلی، احمد بن محمد بن فهد، المهدب البارع فی شرح المختصر النافع، جلد پنجم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۷ق، ص. ۸۰.

ارکان حدّ خمر را به دو قسمت «شارب» و «مشروب» تقسیم می‌کند، می‌گوید: «مراد از شراب متناولی است که شراب را از طریق حلق به بدن برساند و در تناول، بین خوردن شراب به صورت خالص و ممزوج با چیز دیگر، فرقی نیست.»^۱

آنچه فقهای قرن ۱۳ هجری مثل صاحب ریاض المسائل درباره موجب حدّ مسکر بیان می‌دارند، همان عبارت «تناول المسکر» است که از دوره محقق حلی و علامه حلی رایج شده است.^۲ صاحب جواهر نیز برای اثبات اینکه موجب حدّ مسکر، تناول است به دو دلیل عدم خلاف و اجماع محصل و منقول تمسک می‌کند و در نهایت موجب این حدّ را تناول مسکر یا فقاع می‌داند.^۳

همین رویه تا زمان معاصر هم ادامه پیدا کرده است؛ به طوری که تعداد کثیری از فقهای معاصر در بیان موجب حدّ مسکر، تناول را ذکر می‌کنند.^۴

از آنچه تا کنون بیان شد این نتیجه حاصل است که فقهای شیعه در قبل و بعد قرن هفتم هجری و حتی معاصران از فقهاء، ملاک و سبب حد شرعی را خوردن و آشامیدن مسکر و ورود آن به بدن از طریق حلق می‌دانند (بحیث یتعذر الی حلقه) و برای همین نحوه مصرف موضوعیت قائل هستند. آنچه در ذیل می‌آید دلایل عدول از «شرب» به «تناول» است.

۳. دلیل استفاده از کلمه تناول به عنوان موجب حدّ

بررسی متون فقهی در دوره‌های مختلف نشان می‌دهد فقیهان برای عدول از شرب مسکر به تناول مسکر، دلایل متعددی را بر شمرده‌اند که مهم‌ترین آنها به قرار ذیل است.

۳-۱. اعم بودن تناول از أكل و شرب

جمع کثیری از علماء در بیان دلیل عدول از کلمه «شرب» به «تناول» می‌گویند: «تناول، اعم از شرب است و ما تناول را شرط کردیم تا شامل مواردی مانند خوردن مسکر همراه با غذا و ادویه نیز بشود». آیت‌الله گلپایگانی نیز دلیل عدول محقق حلی را همین مطلب بیان می‌کند.^۵

۱. مقدس اردبیلی، احمد بن محمد، مجمع الفائد و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۳ق، ص. ۱۸۵.

۲. طباطبائی‌حائری، سید علی بن محمد، منبع پیشین، ص. ۶۴.

۳. نجفی، محمد حسن، منبع پیشین، ص. ۴۴۹.

۴. برای نمونه، ر.ک: تبریزی، جواد بن علی، أنس الحدود و التعزيرات، قم، دفتر معظم له، ۱۴۱۷ق، ص. ۲۷۶.

موسوی خمینی، سید روح‌الله، تحریر الوسیله، قم، دارالعلم، بی‌تا، ص. ۴۷۸.

۵. موسوی گلپایگانی، سید محمد رضا، الدر المنضود فی أحكام الحدود، قم، دار القرآن الکریم، ۱۴۱۲ق، ص. ۳۰۴.

۲-۳. دخول مسکر از طریق حلق

برخی شارحان کلام محقق حلی مانند شهید ثانی در مسالک الافهام، در بیان دلیل سخن وی می گویند: «أراد بالتناول إدخاله إلى البطن بالأكل أو الشرب» و ملاک سخن وی را دخول مسکر به معده به وسیله خوردن و آشامیدن (از طریق حلق) می داند.^۱ صاحب جواهر نیز همین مبنای را می پذیرد، شیوه های دیگر مصرف مسکر را نقد می کند و فتاوی فقیهان پیش از خود را بررسی می کند و در مجموع همین دلیل را در توجیه سخن محقق می پذیرد.^۲ در عصر حاضر نیز برخی فقهاء داخل شدن مسکر از طریق حلق به معده را به عنوان ملاک تناول مسکر دانسته اند.^۳

۳-۳. مدخلیت نداشتن شرب

مرحوم میرزا جواد تبریزی در بیان دلیل کلام علامه حلی در جایگزینی واژه تناول می گوید حرمت و حد شرعی خمر، فقط اختصاص به شرب ندارد و خوردن به شیوه های دیگر را نیز شامل می شود.^۴ وی ادامه می دهد که هر چند در روایات این باب از عنوان «شرب» استفاده شده است ولی عرف خصوصیتی برای شرب نمی شناسد، بلکه شرب فرد متعارف تناول مسکر است و به همین دلیل، عرف بین خوردن مسکر به صورت خالص یا مخلوط با چیز دیگری، حتی در زمانی که مسکر کاملاً ممزوج شده است و تفکیک پذیر نیست، فرقی نمی گذارد. شبیه به همین مبنای در کلام آیت الله خوبی نیز دیده می شود. وی می نویسد: «وجه و دلیل استفاده از «تناول» آن است که به حسب فهم عرفی خصوصیتی در عنوان شرب و آشامیدن مسکر وجود ندارد بلکه آنچه که موضوعیت دارد، وراد کردن مسکر به معده است ولو از طریق غیر آشامیدن باشد. بنابراین اگر شخصی مسکر را در کپسولی قرار دهد و ببلعد با اینکه عنوان شرب بر آن صادق نیست، اما این شخص را باید به حد شرعی محاکوم کرد.»^۵

۴-۳. نبودن واژه شرب در برخی روایات باب

برخی فقیهان علت عدول از شرب به تناول را اطلاق برخی روایات باب حد مسکر

۱. عاملی، زین الدین بن علی، مسالک الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام، قم، مؤسسه المعارف الإسلامية، ۱۴۱۳، ق. ۴۵۸.

۲. نجفی، محمد حسن، منبع پیشین، ص. ۴۵۰.

۳. فاضل لنکرانی، محمد، تفصیل الشريعة فی شرح تحریر الوسیله: الحدود، قم، مرکز فقهی ائمه اطهار (ع)، ۱۴۲۴، ق. ۴۳۳.

۴. تبریزی، جواد بن علی، منبع پیشین، ص. ۲۷۴.

۵. موسوی خوبی، سید ابوالقاسم، مبانی تکمله المنهاج، قم، مؤسسه إحياء آثار الإمام الخوئي، ۱۴۲۲، ق. ۳۲۷.

می دانند و عدول از شرب را به روایت معتبره ابی بصیر مستند می کنند.^۱ در روایات مذکور آمده است: «کان علی (ع) یضرب فی الخمر و النبيذ ثماني». براساس این روایت استدلال می کنند که حضرت علی (ع)، بدون توجه به موجب مسکر، مرتکب را به مجازات ۸۰ تازیانه محکوم می کردند و اطلاق این روایت، فرقی بین اینکه موجب شرب یا تناول باشد، نگذاشته است.

۳-۵. ادعای اجماع بر استفاده از کلمه تناول

قبل‌آیین شد که صاحب‌جواهر، بر کاربرد این واژه در میان فقیهان ادعای عدم خلاف و بلکه اجماع محصل و منقول می کند.^۲ علاوه بر ایشان، صاحب کشف‌اللشام می نویسد: «تناول حتی یک قطره از مسکر چه به صورت خالص و چه به صورت ممزوج حرام و موجب حد است، هرچند لفظ شرب موجود در نصوص و ادلله به این مطلب دلالت ندارد. اما گویا بر این مطلب تسالم و اجماع وجود دارد.»^۳

۴. بررسی شیوه‌های مختلف مصرف مسکر در کلمات فقهها

بر اساس آنچه بیان شد شیوه‌های مصرف مسکر می‌توانند مختلف باشد. از این رهگذر، در ادامه شیوه‌های مصرف بیان می‌شود و حکم شرعی هریک بررسی می‌گردد.

۱-۱. آشامیدن و خوردن مسکر

آشامیدن مسکرات، قدر متقین، مصدق روشن^۴ روش غالبی^۵ و متفاهم عرفی است و متیادر از شرب در باب «حد الشرب» همین روش است که قطعاً حرام و مستوجب حد شرعی می‌باشد. حرمت استعمال مسکر به عنوان خورش و إدام غذا (اصطباغ)^۶ یا دارو مانند شرب مسکر مورد اتفاق و بنا بر برخی نظرات مورد اجماع است^۷ و حرمت و حد شرعی دارد.

۱. حرّ عاملی، محمد بن حسن، وسائل الشیعه، آل البتی ۱۴۰۹ ق، باب ۴ من أبواب حد المسکر، حدیث ۲.

۲. نجفی، محمد حسن، منبع پیشین، ص. ۴۴۹.

۳. اصفهانی، محمد بن حسن، کشف اللام و الإبهام عن قواعد الأحكام، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۶ ق، ص. ۵۵۲.

۴. فاضل لنکرانی، محمدمجود، آینه کیفری اسلام، قم، مرکز فقهی ائمه اطهار (ع)، ۱۴۳۲ ق، ص. ۴۰۱.

۵. بهجت‌فونی، محمد تقی، جامع المسائل، چاپ دوم، دفتر معالمه، ق، ۱۴۲۶، ص. ۳۰۶.

۶. «الصيغ بكسر الصاد ما يصبح به من الإدام: أى يغمز فيه الخيز و يؤكل، ويختص بكل إدام مائع كالخل و نحوه،

والجمع أصاباغ» طریحی، فخرالدین، مجمع البحرين، جلد پنجم، چاپ سوم، تهران، کتابفروشی مرتضوی، ۱۴۱۶ ق، ص. ۱۳.

۷. نجفی، محمد حسن، منبع پیشین، ص. ۴۰۵.

۸. موسوی خوبی، سید ابوالقاسم، منبع پیشین، ص. ۳۲۷.

۲-۴. مصرف مسکر با روش تعسٹ (از راه بینی)

تعسٹ، یعنی مسکر را در بینی بریزند یا استنشاق کنند. این مسأله در باب صوم و مفطر اكل و شرب نیز آمده است و برخی معتقدند که «اگر از راه بینی چیزی را عمدآ فرو برد، ظاهراً مبطل است؛ زیرا اكل و شرب بر آن صدق می‌کند.»^۱ اما فقهاء در اینکه مصرف مسکر از راه بینی دارای حد مسکر باشد، اختلاف نظر دارند.

علامه حلى در قواعد الاحکام می‌گوید که اگر از راه بینی مسکر را وارد بدن کند، کیفر او حد شرعی است.^۲ فاضل اصفهانی در شرح کلام علامه می‌نویسد: «اگر مصرف مسکر از طریق بینی باشد، حد می‌خورد؛ چون مسکر از طریق حلق به معده او می‌رسد و همچنین به خاطر نهی شارع از سرمه کشیده با مسکر، حد شرعی تقویت می‌شود؛ زیرا ریختن مسکر در بینی و ورود آن به معده، آسان‌تر و سهل‌الوصول‌تر از سرمه کشیدن است.»^۳

به عبارت روشن‌تر، در جایی که شارع از سرمه کشیدن با مسکر در حالی که وصول به معده ندارد، نهی کرده است و حکم به حرمت آن می‌دهد، قطعاً در استعمال از طریق بینی به دلیل وصول مسکر از طریق حلق به معده، مرتكب را به حد شرعی مجازات می‌کند.

شهید ثانی معتقد است که مصرف مسکر از طریق بینی در جایی که وارد حلق نشود، نمی‌تواند موجب حد باشد؛ چون این نحوه مصرف، تناول شمرده نمی‌شود و حد شرعی نیز ندارد.^۴ البته ایشان احتمال وجود حد را هم انکار نمی‌کند و می‌گوید ممکن است حد داشته باشد؛ چون در باب صوم، اگر به این طریق چیزی وارد معده گردد، مفطر روزه است.

صاحب ریاض نیز در این مسأله با شهید ثانی همنظر است و معتقد است در جایی که مسکر را از طریق بینی مصرف کنند، به دلیل عدم ورود به حلق، عدم مخالفت با آراء فقیهان، اصل برائت و اطلاق نشدن شرب وارد شده در روایات بر این عمل، حد شرعی ساقط می‌شود.^۵

صاحب جواهر پس از بیان اختلاف نظر فقیهان، چنین جمع‌بندی می‌کند: «چنانچه در این روش، مسکر به حلق داخل نشود یا یقین به وصول آن پیدا نکردیم، مرتكب حد

۱. قمی، عباس، الغایه القصوى فی ترجمة العروه الوثقى، قم، صبح پیروزی، ۱۴۲۳ق، ص. ۱۵۳.

۲. حلى، حسن بن یوسف بن مطهر، منبع پیشین، ص. ۵۵۳.

۳. اصفهانی، محمد بن حسن، منبع پیشین، ص. ۵۶۷.

۴. عاملی، زین الدین بن علی، مسالک الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام، منبع پیشین، ص. ۴۵۸.

۵. طباطبایی حائری، سید علی بن محمد، منبع پیشین، ص. ۶۷.

نمی‌خورد و تعزیر می‌شود»^۱ برخی از فقهای معاصر نیز همین ملاک را پذیرفته‌اند.^۲ اما تعدادی دیگر از فقهای معاصر مانند مرحوم گلپایگانی در بیان موجب حد شرعی مسکر به روش استعمال از بینی با در نظر گرفتن پیشرفت‌های علم پزشکی و شناخت بدن قائل به تفصیل شده و استنشاق و مصرف از این طریق را موجب حد شرعی نمی‌دانند، مگر اینکه به وسیله عبور لوله از بینی صورت بپذیرد: «زمانی که بینی به عنوان راهی برای ورود مسکر به معده باشد، همانند آنچه امروزه نسبت به برخی از بیماران توسط پزشکان انجام می‌شود، به طوری که لوله مخصوصی در بینی مریض قرار می‌دهند و از طریق آن غذا را به معده وارد می‌کنند، عمل مرتکب حرام است و سزاوار حد شرعی می‌باشد. اما اگر مسکر را به شدت به بینی وارد نماید یا استنشاق کند، هرچند عمل او حرام است ولی مرتکب مستوجب حد شرعی نمی‌باشد. بر همین اساس، این اشکال به صاحب مسالک وارد است که با اینکه ایشان معنای تناول را وصول مسکر به معده می‌دادند، چطور در بحث مصرف مسکر از طریق بینی احتمال حد شرعی را مطرح می‌کند در حالی که ایشان مصرف غیرمسکر از همان طریق را برای صائم، مبطل روزه نمی‌داند.»^۳

همچنین فقیه دیگری معتقد است: «چنانچه یقین به وصول مسکر به معده هم داشته باشیم از آنجا که عرف به این طریقه مصرف را أكل و شرب نمی‌داند، مرتکب را نمی‌توان به حد شرعی محکوم کرد ولی عمل او مستوجب تعزیر می‌باشد.»^۴ در نتیجه با توجه به معنای تناول که بر اساس بیان صاحب مسالک، «رساندن مسکر به معده از طریق أكل و شرب است» و عدم امکان اتخاذ معنای دیگری از تناول در باب مسکرات و اقوال مطرح شده فقیهان، به نظر می‌رسد مصرف مسکر از طریق بینی نمی‌تواند موجب حد شرعی باشد ولی مرتکب را می‌توان تعزیر کرد.

۳-۴. استعمال مسکر با تدخین

تدخین از ماده دخن به معنای «دودِ برآمده از آتش» است.^۵ «دخانیات آنچه از توتون و تنباکو به صورت سیگار و غیر آن استعمال می‌شود» است.^۶ برخی فقهاء در بیان

۱. نجفی، محمدحسن، منبع پیشین، ص. ۴۵۰.

۲. فاضل لنکرانی، محمد، تفصیل الشریعه فی شرح تحریر الوسیله: الحدود، منبع پیشین، ص. ۴۳۳.

۳. موسوی گلپایگانی، سید محمد رضا، منبع پیشین، ص. ۳۰۴.

۴. موسوی اردبیلی، سید عبدالکریم، منبع پیشین، ص. ۵۷۶.

۵. ابن فارس، ابوالحسین احمد بن زکریا، ص. ۳۳۶.

۶. جمعی از پژوهشگران، فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت (ع)، زیر نظر سید محمود هاشمی شاهرودی، قم، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (ع)، ۱۴۲۶ق، ص. ۵۸۶.

مغطرات صوم در مفطرِ أكل و شرب^۱ و برخی ذیل بحث مغطر فرو بردن غبار غلیظ به حلق متذکر مسأله دود غلیظ و تدخین شده‌اند.^۲ اما درباره حکم شرعی مصرف مسکر به این روش، برخی فقهاء اساساً به این طریقه مصرف اشاره‌ای نکرده‌اند. در مقابل، برخی مثل صاحب جواهر، این شیوه مصرف را از مصاديق تناول دانسته و حکم حرمت و برخورداری مرتكب از حد شرعی را استنباط کرده‌اند.^۳ البته برخی این روش را شیوه متداول مصرف مسکر می‌دانند.^۴ در نقد دیدگاه مرحوم صاحب جواهر گفتهداند: «چگونه می‌توان استنشاق دود حاصل از خمر را منع کرد، حال آنکه منع شرعی بر شرب خمر است؟»^۵

در زمان معاصر نیز این مسأله مورد سؤال واقع شده و پرسیده‌اند: آیا استعمال تباکویی که برخی از انواع خمر را روی آن پاشیده‌اند، جایز است؛ و آیا استنشاق دود آن جایز است؟ در پاسخ گفته شده است: «اگر مصرف آن تباکو از نظر عرف، استعمال خمر محسوب نشود و باعث مستی و وارد شدن ضرر قابل ملاحظه‌ای نگردد اشکال ندارد، هرچند احوط تر ک آن است.»

با توجه به دیدگاه‌های مطرح شده و نیز اختلاف نظر فقیهان در مفطر بودن تدخین در باب صوم و با عنایت به معنای تناول (شرب و أكل)، چنانچه تدخین مسکر از مصاديق تناول باشد، می‌تواند حد شرعی داشته باشد و الا تدخین مسکر حرام است و مرتكب باید تعزیر گردد.

۴-۴. استعمال به روش تداوى

تمداوى در لغت به معنای معالجه و مداوا کردن به وسیله چیزی است.^۶ درباره تداوى به خمر، یکی از فقیهان می‌نویسد: «فقهاء امامیه با استناد به پاره‌ای روایات منقول از ائمه، تداوى به حرام، به ویژه مسکرات را جز در صورت ضرورت و تعیین شیء محرم، جایز ندانسته اند.»^۷ حال بحث در این است که اگر شخصی به وسیله مسکر تداوى کند، مثلاً از آن به عنوان دارو استفاده کند یا آن را به بدن بمالد، آیا باید مجازات حد شرعی را تحمل نماید یا خیر. مرحوم علامه حلی در قواعد الاحکام و شهید

۱. نجفی کافش الغطاء، احمد بن علی، سفينة النجاه و مشکاه الهدى و مصباح السعادات، نجف، مؤسسه کافش الغطاء، ۱۴۲۳ق، ص. ۱۳۰.

۲. قمی، عباس، منبع پیشین، ص. ۱۵۵.

۳. نجفی، محمد حسن، منبع پیشین، ص. ۴۰۵.

۴. بهجت فومنی، محمدتقی، جامع المسائل، چاپ دوم، قم، دفتر معظم‌له، ۱۴۲۶ق، ص. ۳۰۶.

۵. موسوی گلپایگانی، سید محمد رضا، منبع پیشین، ص. ۳۰۵.

۶. حمیری، نشوان بن سعید، شمس العلوم و دواء كلام العرب من الكلوم، بيروت، دار الفکر المعاصر، ۱۴۲۰ق، ص. ۲۰۵.

۷. محقق داماد، سید مصطفی، قواعد فقه، چاپ دوازدهم، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۴۰۶ق، ص. ۱۴۳.

ثانی در مسالک الافهام معتقدند: «تداوی به وسیله خمر و مسکرات به نحو تناول (أَكْل و شرب)، موجب حد شرعی است حتی اگر درمان منحصر در آن باشد»^۱ ولی اگر به نحو مالیدن بر بدن باشد، چون مصدق تناول نیست، حد شرعی ندارد؛ زیرا «اگر گفته شود «لا تشرب الخمر لأنَّه مسكر» مفاد تعلیل این می شود که «لا تشرب المسكر» یعنی از خصوص خمر تعدی می کنیم به مطلق مسكر، اما متعلق حکم یعنی شرب محفوظ است، لذا حکم مالیدن خمر به بدن استفاده نمی شود».^۲

٤-٥. استعمال مسکر با تزریق

تزریق، وارد کردن مایعی مانند دارو به بدن با سوزن مخصوص است.^۳ تزریق از عنایین مستحدثه و جدید است که در باب صوم در بحث تزریق آمپول بی حس کننده و تقویتی به روزه دار و در باب حد مسکر در جایی که به این طریق مسکر را وارد بدن خود کند، آمده است. برخی معتقدند: «اگر کسی شراب را از غیر راه خوردن مانند تزریق وارد بدن کند، چنانچه موجب مستی نشود، ثبوت حد بر او مشکل است.»^۴ به نظر می‌رسد این نظر با نصوص واردشده در بحث مسکر، تعارض دارد؛ زیرا موجب حد شرعی، إسکار و مستی حاصله نیست، بلکه مجرد شرب و تناول مسکر است و بر همین اساس، در روایات و فتاوا^۵ آمده است که «فلو تناول قطره من المسکر، أو مزج القطره بالغذاء أو الدواء و تناوله حُدَّ عندنا». برخی دیگر فهم عرفی از تناول را توسعه داده‌اند و واکد کرده‌اند: مسک از طبقه تناوله اما محبات حد مسک دانسته‌اند.^۶

البته این اشکال وارد است که ایشان در بیان معنای تناول می‌گویند که تناول یعنی دخول مسکر از طریق حلق و وصول به معده. بدیهی است توسعه معنای مسکر بر اساس فهم عرفی با معنای لغوی اتخاذ شده توسط آنان، به خصوص اینکه تزریق را از موجبات حد شرعی پذیریم، ناسازگار خواهد بود.

۴-۶. استعمال مسکر به سایر روش‌ها

متون فقهی به روش‌های دیگری از مصرف مسکر اشاره کرده اند که پس از تبیین، حکم آنها بررسی می‌شود:

١. اصفهانی، محمد بن حسن، منبع پیشین، ص. ٥٥٦.
 ٢. شیری زنجانی، سید موسی، منبع پیشین، ص. ٣٥٧٦.
 ٣. جمعی از پژوهشگران، منبع پیشین، ص. ٤٥٧.
 ٤. خوانساری، سید احمد، جامع المدارک فی شرح مختصر النافع، چاپ دوم، قم، اسماعیلیان، ص. ١٢٦.
 ٥. عاملی، محمد بن مکی، اللمعه الدمشقیه فی فقه الإمامیه، منبع پیشین، ص. ٢٦٠.
 ٦. فاضل لنگرکانی، محمد، تفصیل الشیرعه فی شرح تحریر الوسیله: الحدود، منبع پیشین، ص. ٤٣٣.

- الف) احتقان: وارد کردن دارو از طریق مقعد به بدن.^۱
- ب) تضمید: گذاشتن دارو بر سر هنگام سردرد یا بر روی زخم.^۲
- پ) اکتحال: قرار دادن کحل (داروی تقویت چشم) در چشم.^۳
- حکم فقهی این روش‌ها را فقیهان^۴ بررسی نموده‌اند و پس از بیان موجب شرب و تناول، با کلمات مشابه و دلیل مشترک گفته‌اند: «با عنایت به معنای تناول (أكل و شرب)، مصرف مسکر به روش‌های فوق الذکر از موجبات حد شرعی مسکر نیست و تناول شامل آن نمی‌شود».

۵. تأثیر پذیری فتاوی از طریقه مصرف مسکر

- بنا بر آنچه در قبل بیان شد، اگر بنا باشد که از واژه «شرب» عبور کنیم و هر طریقه مصرف مسکر را موجب حد شرعی بدانیم باید به یکی از اقوال ذیل ملتزم شویم:
- ذات و عین مسکر حرام است. به همین دلیل، حرمت در همه انواع و جهات مختلف آن انتشار می‌یابد و تفاوتی در میزان مصرف، نوع و واقعیت بیرونی مسکر و طریقه مصرف آن ندارد. بنابراین به هر شکلی اعم از نوشیدن، خوردن و سایر طرق تناول شود حرمت مصرف آن باقی است. شارع خواسته است مسکر را به طور کلی از جامعه حذف کند.^۵
 - بر اساس آیه قرآن کریم، خمر نجس و استفاده از آن عملی شیطانی و کلمه «فاجتنبوه» (مائده / ۹۰) دلالت بر وجوب اجتناب به نحو مطلق دارد و شامل اجتناب از هر گونه مسکر و هر روش مصرف آن می‌شود. این قول هم دچار اشکال است؛ چرا که اجتناب از هر چیزی به حسب خود آن شیء و بر اساس آثار متوقع از آن است. اثر و روش متوقع از خمر با نوشیدن آن ظاهر می‌شود و ممنوعیت و اجتناب مذکور در آیه قرآن فقط همین روش غالبه را شامل می‌شود و شامل روش‌های دیگر مصرف مسکر نخواهد شد.^۶
 - برخی دیگر آیه ۹۱ سوره مائدہ را دلیل بر حرمت مصرف مسکر به نحو مطلق دانسته و در تقریب استدلال بیان می‌دارند: ایجاد دشمنی، کینه و دوری از

۱. محمود، عبدالرحمان، معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية، قاهره، مكتبة الاسكندرية، بي تا، ص. ۷۶.
۲. حسيني زبيدي، سيد محمد مرتضى، تاج العروس من جواهر القاموس، بيروت، دار الفكر، ۱۴۱۴ق، ص. ۷۵.
۳. طريحي، فخرالدين، منبع پيشين، ص. ۴۶۱.
۴. اصفهاني، محمد بن حسن، منبع پيشين، ص. ۵۵۶؛ بهجهت فومني، محمدتقى، منبع پيشين، ص. ۳۰۶.
۵. سيبحانى، جعفر، الحدود و التعزيرات فى الشريعة الإسلامية الغراء، قم، چاپ اول، مؤسسۀ امام صادق (ع)، ۱۳۹۰، ص. ۳۵۲.
۶. موسوى گلپايگاني، سيد محمدرضا، منبع پيشين، ص. ۳۰۶.

ذکر خدا و نماز به وسیله شرب خمر نیست؛ بلکه بر نفس و ذات خمر تعلق گرفته است. ملاک شارع دوری از خمر بوده، نه اینکه در ایجاد موارد مذکور شرب خمر موضوعیت داشته باشد؛ بلکه از هر طریق مصرف شود، ممنوعیت دارد.^۱ این سخن صحیح نیست چون امور و آثار مذکور در آیه بر روشی از مصرف مسکر دلالت دارد که عرف می‌فهمد و آن شرب مسکر و خمراست و همین ظهور عرفی باعث می‌شود که نتوان بر اساس این آیه شیوه‌های دیگر مصرف مسکر را ممنوع و مرتكب را به حد شرعی مسکر محکوم کرد.

- برخی از روایات مثل معتبره ابی بصیر از امام باقر یا امام صادق علیهم السلام^۲ بیان می‌دارد: «کان علی (ع) یضرب فی الخمر والنبيذ ثماني». دلالت این گونه روایات بر این است که حضرت علی (ع) هر کسی که مسکری را مصرف می‌کرد، حد می‌زد و ملاک ایشان در اجرای حد شرعی فقط شرب نبود؛ بلکه خمر و مصرف آن بود به هر طریقی که باشد.^۳ این قول هم دچار مشکل است و آن اینکه در ذیل روایت مطرح شده، نکته‌ای آمده که از آن غفلت شده است. روایت در ادامه می‌فرماید: «الحر والعبد واليهودي والنصراني، قلت: و ما شأن اليهودي والنصراني؟ قال: ليس لهم أن يظهروا شربه، يكون ذلك في بيوتهم.» یهودی و نصرانی نباید شرب خمر را در سطح جامعه اظهار کنند و در ملأ عام شرب خمر نمایند. پس بر اساس واژه «ليس لهم أن يظهروا شربه» در این روایت ممنوعیت روی «شرب خمر» رفته و به نحو مطلق هر طریقه مصرفی را موجب حد شرعی ندانسته است.

۱. همان.

۲. حرّ عاملی، محمد بن حسن، منبع پیشین، ص. ۴۶۸.

۳. خوبی، سید ابوالقاسم، مبانی تکمله المنهاج، چاپ اول، بغداد، ۱۴۲۲ق، ص. ۲۸۵.

نتیجه‌گیری

بررسی تطبیقی مواد قانونی مربوط به شرب خمر در قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰ و بیان همین حد شرعی بیانگر تغییر رویه قانون گذار در بیان موجب حد مسکر است. به این معنا که با عبور از موجب شرعی شرب خمر بر اساس اقوال فقهیان، به واژه «صرف مسکر» روی آورده و با توسعه معنایی تناول مسکر، استعمال و مصرف آن را به هر شکلی اعم از تزریق، تدخین و نظایر اینها جرم انگاری نموده و از موجبات حد شرعی شرب خمر انگاشته است.

از مجموع بیان و تحلیل مختصر اقوال این نتیجه به دست می‌آید که اگر روش صرف مسکر، «شرب خمر یا مسکر» باشد، هیچ اختلافی بین فقها در موجب تحمیل حد شرعی بر مرتکب وجود ندارد؛ چرا که وجه غالی و ظهور عرفی در صرف مسکر همین شرب و نوشیدن است. همچنین اگر مرتکب، مسکر را به وسیله خوردن و آشامیدن «تناول» نماید یا از طریق حلق به معده (ولو به وسیله عبور لوله از بینی) وارد نماید، باز هم موجب و سبب حد شرعی ایجاد شده و آثار «شرب» بر مرتکب بار می‌شود. اما اگر از روش‌های دیگر مطرح شده مسکر را به بدن وارد کند، گرچه عمل او حرام است ولی با توجه به دلیل وجود سیاق کلام فقهیان در مبحث موجب شرعی حد بر شرب و تناول مسکر و اختلاف اقوال در روش‌های دیگر صرف مسکر (به رغم مبغوضیت ذاتی مسکر و خمر)، نمی‌توان تناول را به معنایی اعم از اکل و شرب از غیر حلق توسعه داد و هر گونه استعمال و مصرف آن را از موجبات حد شرعی صرف مسکر دانست. در نتیجه مرتکب تزریق، تضمید، احتقان و حتی تدخین و تداوی مسکر سزاوار حد شرعی نمی‌باشد و حاکم باید به جهت پاکسازی جامعه از این منکر ذاتی، وی را تعزیر نماید و مرتکب را تا ۷۹ ضربه شلاق تعزیر نماید و مجازات‌های تکمیلی و ... را اعمال کند و توسعه و جرم‌انگاری سایر روش‌های صرف مسکر در ماده ۲۶۴ مصوب ۱۳۹۲ برخلاف مشهور فقهاء تلقی شده و با شدت احتیاط شارع در حدود سازگار نیست.

منابع

- ابن فارس، ابوالحسين احمد بن زکریا، معجم مقاييس اللغة، قم، دفتر تبليغات اسلامي، ١٤٠٤ ق.
- ابن ادريس حلى، محمد بن منصور بن احمد، السرائر الحاوي لتحرير الفتاوى، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامي، ١٤١٠ ق.
- اسدی حلى، احمد بن محمد بن فهد، المهدب البارع فى شرح المختصر النافع، قم، دفتر انتشارات اسلامي، ١٤٠٧ ق.
- اصفهانی، محمد بن حسن، کشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، قم، دفتر انتشارات اسلامي، ١٤١٦ ق.
- امامی، مسعود، شرح مبسوط قانون مجازات اسلامي مصوب ١٣٩٢، قم، مؤسسہ دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت، ١٣٩٣.
- بهجت فومنی، محمد تقی، جامع المسائل، چاپ دوم، قم، دفتر معظم له، ١٤٢٦ ق.
- تبریزی، جواد بن علی، أساس الحدود و التعزيرات، قم، دفتر معظم له، ١٤١٧ ق.
- جمعی از پژوهشگران، فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت (ع)، زیر نظر سید محمود هاشمی شاهرودی، قم، مؤسسہ دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (ع)، ١٤٢٦ ق.
- _____، موسوعه الفقه الإسلامي طبقاً لمذهب أهل البيت (ع)، قم، مؤسسہ دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (ع)، ١٤٢٣ ق.
- جوهری، اسماعیل بن حماد، الصاحح: تاج اللغة و صحاح العربية، بيروت، دار العلم للملائين، ١٤١٠ ق.
- حرّ عاملی، محمد بن حسن، وسائل الشیعه، قم، آل البیت، ١٤٠٩ ق.
- حسینی روحانی، سید محمدصادق، فقه الصادق (ع)، قم، دار الكتاب مدرسه امام صادق (ع)، ١٤١٢ ق.
- حسینی زبیدی، سید محمد مرتضی، تاج العروس من جواهر القاموس، بيروت، دار الفكر، ١٤١٤ ق.
- حلى، حسن بن یوسف بن مطهر، قواعد الاحکام فی معرفة الحلال و الحرام، قم، دفتر انتشارات اسلامي، ١٤١٣ ق.
- _____، إرشاد الأذهان إلى أحكام الإيمان، قم، دفتر انتشارات اسلامي، ١٤١٠ ق.

-
- ، تبصره المتعلمين في أحكام الدين،
تهران، وزارة فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۴۱۱ ق.
- ، تحریر الأحكام الشرعیه علی مذهب
الإمامیه، قم، مؤسسه امام صادق (ع)، ۱۴۲۰ ق.
- حلی، نجم الدین جعفر بن حسن، المختصر النافع فی فقه الإمامیه، چاپ
ششم، قم، مؤسسه المطبوعات الدينیه، ۱۴۱۸ ق.
- ، شرائع الإسلام في مسائل الحلال و الحرام،
چاپ دوم، قم، اسماعيلييان، ۱۴۰۸ ق.
- حمیری، نشوان بن سعید، شمس العلوم و دوae کلام العرب من الكلوم، بيروت،
دار الفكر المعاصر، ۱۴۲۰ ق.
- حیدریان، محمدرضا، «رویکرد قانون مجازات اسلامی به استفاده از مسکر»،
ماهنشامه دادرسی، شماره ۱۰۲، بهمن و اسفند ۱۳۹۲.
- خامنه‌ای، سیدعلی، آجویه الاستفتائات، قم، دفتر معظم‌له، ۱۴۲۴ ق.
- خوانساری، سید احمد، جامع المدارک فی شرح مختصر النافع، چاپ دوم، قم،
اسماعيلييان، ۱۴۰۵ ق.
- خویی، سید ابوالقاسم، مبانی تکمله المنهاج، چاپ اول، بغداد، ۱۴۲۲ ق.
- دهخدا، علی اکبر، لغتنامه، چاپ دوم، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۷۷.
- راغب اصفهانی، ابی القاسم الحسین بن محمد، المفردات فی غریب القرآن،
چاپ اول، ارومیه، ظرافت، ۱۳۸۵.
- سبحانی، جعفر، الحدود و التعزیرات فی الشريعة الاسلامية الغراء، قم، چاپ
اول، مؤسسه امام صادق (ع)، ۱۳۹۰.
- شبیری زنجانی، سید موسی، کتاب النکاح، چاپ اول، قم، موسسه پژوهشی
رأی پرداز، بی‌تا.
- طباطبایی حائری، سید علی بن محمد، ریاض المسائل، قم، آل البيت، ۱۴۱۸ ق.
- طریحی، فخر الدین، مجمع البحرين، چاپ سوم، تهران، کتابفروشی مرتضوی،
۱۴۱۶ ق.
- طوسی، محمد بن حسن، الاستبصار فيما اختلف من الأخبار، تهران، دار
الكتب الإسلامية، ۱۳۹۰ ق.
- ، المبسوط فی فقه الإمامیه، چاپ سوم، تهران،
المکتبه المرتضویه، ۱۳۸۷ ق.

-
- ، النهاية في مجرد الفقه و الفتاوى، چاپ دوم، بيروت، دار الكتاب العربي، ۱۴۰۰ ق.
- ، تهذيب الأحكام، چاپ چهارم، تهران، دار الكتب الإسلامية، ۱۴۰۷ ق.
- عاملی، محمد بن مکی، اللمعه الدمشقیه فی فقه الإمامیه، بيروت، دار التراث الإسلامي، ۱۴۱۰ ق.
- عاملی، زین الدین بن علی، الروضه البهیه فی شرح اللمعه الدمشقیه، حاشیه کلانتر، قم، کتابفروشی داوری، ۱۴۱۰ ق.
- مسالک الأفہام إلى تنقیح شرائع الإسلام، قم، مؤسسه المعارف الإسلامية، ۱۴۱۳ ق.
- فاضل لنکرانی، محمد، تفصیل الشیعه فی شرح تحریر الوسیله: الحدود، قم، مرکز فقهی ائمه اطهار (ع)، ۱۴۲۴ ق.
- فاضل لنکرانی، محمدجواد، آیین کیفری اسلام، قم، مرکز فقهی ائمه اطهار (ع)، ۱۴۳۲ ق.
- فراهیدی، خلیل بن احمد، کتاب العین، چاپ دوم، قم، هجرت، ۱۴۱۰ ق.
- فیومی، احمدبن محمد، المصباح المنیر فی غریب الشرح الكبير للرافعی، بی جا، بی نا، بی تا.
- قمی، عباس، الغایه القصوی فی ترجمه العروه الوثقی، قم، صبح پیروزی، ۱۴۲۳ ق.
- گلدوزیان، ایرج، محشای قانون مجازات اسلامی، تهران، مجد، ۱۳۸۴.
- محقق داماد، سید مصطفی، قواعد فقه، چاپ دوازدهم، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۴۰۶ ق.
- محمود، عبدالرحمان، معجم المصطلحات والألفاظ الفقهیه، قاهره، مکتبه الاسکندریه، بی تا.
- مفید بغدادی، محمد بن محمد بن نعمان عکبری، المقنعه، قم، کنگره جهانی هزاره شیخ مفید، ۱۴۱۳ ق.
- مقدس اردبیلی، احمد بن محمد، مجمع الفائده و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۳ ق.
- موسوی اردبیلی، سید عبدالکریم، فقه الحدود و التعزیرات، چاپ اول، قم، جامعه المفید، ۱۳۸۷.
- موسوی خمینی، سید روح الله، تحریر الوسیله، قم، دارالعلم، بی تا.

-
- موسوی خوبی، سید ابوالقاسم، مبانی تکمله المنهاج، قم، مؤسسه إحياء آثار الإمام الخویی، ۱۴۲۲ ق.
 - موسوی گلپایگانی، سید محمد رضا، الدر المنضود فی أحكام الحدود، قم، دار القرآن الکریم، ۱۴۱۲ ق.
 - نجفی کاشف الغطاء، احمد بن علی، سفینه النجاه و مشکاه الهدی و مصباح السعادات، نجف، مؤسسه کاشف الغطاء، ۱۴۲۳ ق.
 - نجفی، محمد حسن، جواهر الكلام فی شرح شرائع الإسلام، چاپ هفتم، بیروت، دار إحياء التراث العربي، ۱۴۰۴ ق.

نقش اطلاع مخاطب در اعتبار ابلاغ قانونی اوراق قضایی

مهدی حسن‌زاده

چکیده

از موضوعات مهم مربوط به ابلاغ اوراق قضایی، بررسی اعتبار ابلاغ قانونی اوراق قضایی از جهت تأثیر یا عدم تأثیر اطلاع مخاطب در این زمینه است. در این خصوص ماده ۸۳ قانون آیین دادرسی مدنی، حکمی را اعلام کرده که نه تنها با موافع اجرایی جدی روبرو است، بلکه با مواد دیگر (۳۰۲، ۳۰۶، ۳۳۶، ۳۳۷، ۳۹۸، ۳۹۹، ۳۳۸) این قانون و همچنین با منطق حاکم بر سایر مواد مربوط به ابلاغ اوراق قضایی (۶۷ تا ۸۲) ناسازگار و متعارض است. تحقیق در این زمینه، این ناسازگاری و دشواری اجرا را نمایان می‌سازد که تلاش برای ارائه راه حل و راهکار اجرایی را می‌طلبد. تبصره ۱ ماده ۱۳ آیین‌نامه نحوه استفاده از سامانه‌های الکترونیکی و مخابراتی از «اظهار بی‌اطلاعی مخاطب ابلاغ» و اثبات این بی‌اطلاعی سخن گفته است، بدون اینکه اثر چنین اظهار و اثباتی را بیان کرده باشد. این سکوت، بررسی موضوع را می‌طلبد.

کلیدواژه‌ها: ابلاغ اوراق قضایی، ابلاغ الکترونیکی، ابلاغ قانونی، ابلاغ واقعی، اعتبار ابلاغ.

مقدمه

ماده ۶۸ ق.آ.د.م.^۱ مأمور ابلاغ را مکلف کرده است که حداکثر ظرف دو روز، اوراق را به «شخص» خوانده تسلیم کند و رسید بگیرد. اصل در ابلاغ اوراق قضایی این است که برگ ابلاغ به خود مخاطب رسانده شود و اطلاع‌رسانی کامل در این حالت محقق می‌شود، اما به دلیل اینکه چنین نیست که همیشه امکان دست‌یابی به شخص مخاطب فراهم باشد، به ناچار در قانون آیین دادرسی مدنی (ماده ۶۹ به بعد) شیوه‌هایی مقرر شده که به موجب آنها اطلاع‌رسانی به صورت غیرمستقیم انجام می‌شود و با توصل به آنها امید می‌رود که مخاطب، سرانجام از موضوع ابلاغ مطلع شود و به این ترتیب، زمینه انجام موضوع ابلاغ فراهم گردد. ولی همیشه این طور نیست که با این شیوه‌ها، اطلاع‌رسانی به مخاطب به نتیجه برسد و گاه، با وجود ابلاغ قانونی، مخاطب از موضوع ابلاغ بی‌خبر می‌ماند. سئوالی که مطرح می‌شود این است که نقش آگاهی مخاطب ابلاغ در اعتبار ابلاغ قانونی چگونه است؟ آیا اعتبار ابلاغ قانونی، منوط به احراز اطلاع مخاطب است یا اصل بر اعتبار ابلاغ قانونی است، مگر عدم اطلاع مخاطب، احراز شود؟ یا ابلاغ قانونی در هر حال، معتبر است و اطلاع یا عدم اطلاع مخاطب در این زمینه تأثیری ندارد؟

مهم‌ترین ماده قانونی در ق.آ.د.م. در خصوص این موضوع، ماده ۸۳ ق.آ.د.م. است که در بیانی قابل تأمل، اعلام کرده است: «در کلیه مواردی که به موجب مقررات این مبحث اوراق به غیر شخص مخاطب ابلاغ شود، در صورتی دارای اعتبار است که برای دادگاه محرز شود که اوراق به اطلاع مخاطب رسیده است». حکم مقرر در این ماده، نه تنها از جهت عملی با موانع جدی روپرتو است، بلکه با بیان قانون‌گذار در مواد دیگر قانون آیین دادرسی مدنی (از جمله مواد ۳۰۲، ۳۰۶، ۳۳۶، ۳۳۷، ۳۹۸، ۳۹۹، ۴۲۷ و ۴۲۸) و حتی با منطق حاکم بر سایر مواد این قانون در مبحث ابلاغ (مواد ۶۷ تا ۸۲) نه تنها هماهنگ نیست، بلکه ناسازگار و متعارض است. در این مقاله در پی تبیین ماده ۸۳ ق.آ.د.م. و بیان تعارض آن با سایر مواد و مقررات و موانع اجرایی این ماده و در نهایت، ارائه راهکارهایی جهت فراهم کردن امکان اجرایی آن هستیم.

آیین‌نامه نحوه استفاده از سامانه‌های رایانه‌ای یا مخابراتی (مصوب ریاست قوه قضائیه مورخ ۱۳۹۵/۵/۲۴) که با مجوز ماده ۱۷۵ قانون آیین دادرسی کیفری (مصطفی ۱۳۹۲)، ابلاغ اوراق قضایی به صورت الکترونیکی را مقرر کرده و به بیان احکام آن پرداخته است، در ماده ۱۳ حالتهای ابلاغ قانونی و واقعی در ابلاغ الکترونیکی اوراق قضایی را مطرح کرده و در تبصره ۱ این ماده از «اظهار بی‌اطلاعی» مخاطب ابلاغ، سخن به میان آورده و نحوه بیان

۱. قانون آیین دادرسی مدنی

به گونه‌ای است که گویی چنین اظهاری در هر دو حالت ابلاغ قانونی و واقعی، مطرح است. به موجب این تصره: «در ابلاغ الکترونیکی، مخاطب در صورتی می‌تواند اظهار بی‌اطلاعی کند که ثابت نماید به لحاظ عدم دسترسی یا نقص در سامانه رایانه‌ای و سامانه مخابراتی از مفاد ابلاغ مطلع نشده است». در این تصره حرفی از تأثیر اثبات بی‌اطلاعی مخاطب ابلاغ زده نشده است و این مطلب نیاز به تحلیل و بررسی دارد.

مطلوب قابل توجه در انجام این تحقیق این است که تحولات مربوط به ابلاغ که بر اساس آیین‌نامه یادشده انجام گرفته و رواج استفاده از سامانه‌های رایانه‌ای و مخابراتی در ابلاغ اوراق قضایی، اهمیت بررسی موضوع این تحقیق در مواد قانون آیین دادرسی مدنی در خصوص ابلاغ اوراق قضایی را منتفی نمی‌سازد؛ زیرا مقررات ابلاغ در ق.آ.د.م. نسخ نشده و در ق.آ.د.ک.^۱، حکمی که صریحاً یا ضمناً مقررات ابلاغ در ق.آ.د.م. را ملغی نماید، یافت نمی‌شود. ماده ۱۷۵ ق.آ.د.ک. نیز که مجوز انجام ابلاغ به صورت الکترونیکی را صادر کرده، حاوی نسخ مقررات ابلاغ در ق.آ.د.م. نیست؛ زیرا این ماده، انجام ابلاغ به صورت الکترونیکی یا مخابراتی را بلامانع اعلام کرده و چنین بیانی نه فقط گویای نسخ مقررات ابلاغ در ق.آ.د.م. نیست، بلکه به طور ضمنی حاوی اشعار به باقی بودن آن مقررات است؛ با این تحول که یک شیوه دیگر به شیوه‌های مرسوم سابق اضافه شده است. این ماده مراجع قضایی را مکلف به استفاده از شیوه الکترونیکی ابلاغ نکرده، بلکه اختیار انجام ابلاغ به این شیوه را بیان کرده است. در مواد ۱۲، ۱۳، ۱۵ و ۱۸ آ.س.ر.م.^۲ نیز به مقررات ابلاغ در ق.آ.د.م. استناد شده است.

۱. بررسی موضوع در ابلاغ موضوع مواد ق.آ.د.م.

علاوه بر ماده ۸۳ ق.آ.د.م. که موضوع آن به طور مستقیم، وضعیت اعتبار ابلاغ قانونی اوراق قضایی است، مواد دیگری نیز در قانون آیین دادرسی مدنی (مواد ۳۰۲، ۳۰۶، ۳۳۶، ۳۳۷، ۳۹۸، ۳۹۹ و ۴۲۸، ۴۲۷) وجود دارد که وضعیت اعتبار ابلاغ قانونی اوراق قضایی، از آنها قابل استفاده است و نکته قابل توجه و قابل بررسی این است که همه این مواد با ماده ۸۳ ق.آ.د.م. ناسازگار و متعارض هستند.

۱-۱. ماده ۸۳ ق.آ.د.م.

۱-۱-۱. بیان قانون‌گذار در ماده ۸۳ ق.آ.د.م.

موضوع ماده ۸۳ ق.آ.د.م. ابلاغ‌های قانونی، در مقابل ابلاغ واقعی اوراق قضایی

۱. قانون آیین دادرسی کیفری

۲. آیین‌نامه نحوه استفاده از سامانه‌های رایانه‌ای یا مخابراتی

است؛ زیرا ابلاغ اوراق قضایی به شخص مخاطب «ابلاغ واقعی» است و سایر حالت‌های ابلاغ که در قانون پیش‌بینی شده است، «ابلاغ قانونی» محسوب می‌شوند.^۱ این ماده در خصوص ابلاغ‌های قانونی، در بیانی قابل تأمل، اصل را بر بی‌اعتباری ابلاغ اعلام کرده است، مگر «برای دادگاه محرز شود که اوراق به اطلاع مخاطب رسیده است». بیان قانون‌گذار در این ماده در این خصوص آشکار است و چنین برداشتی از این ماده، به تأیید استادان و نویسنندگان حقوق دادرسی مدنی رسیده است.^۲ در توجیه حکم مقرر در ماده ۸۳ ق.آ.د.م. به عواملی اشاره شده است، از جمله نابسامانی‌های موجود در امر ابلاغ برگ‌های قضایی، وضعیت کنونی ابلاغ‌ها و سوءاستفاده‌هایی که صورت می‌گیرد و حمایت از افرادی که به دادگاه مراجعه می‌کنند و با شکوه از مأموران ابلاغ، ادعا می‌کنند که از اخطاریه یا حکم هیچ اطلاعی ندارند.^۳

با توجه به عبارت «اوراق به غیر شخص مخاطب ابلاغ شود» در ماده ۸۳ ق.آ.د.م.، به خوبی مشخص است که موضوع این ماده، ابلاغ‌های قانونی در معنای ویژه آن و در مقابل ابلاغ واقعی است، زیرا ابلاغ اوراق به شخص مخاطب، ابلاغ واقعی است و در مقابل آن، ابلاغ اوراق به غیر شخص مخاطب، ابلاغ قانونی است. بنابراین، برخلاف گفته یکی از نویسنندگان،^۴ ماده ۸۳ ق.آ.د.م. به هیچ‌وجه، شامل ابلاغ واقعی نیست و نمی‌توان حکم مقرر در این ماده، یعنی مشروط بودن اعتبار ابلاغ به احراز اطلاع مخاطب را شامل ابلاغ واقعی هم دانست.

از طرف دیگر، ابلاغ‌هایی که در آن، تشریفات قانونی رعایت نشده باشد، یعنی «ابلاغ‌های غیرقانونی» نیز مشمول ماده ۸۳ ق.آ.د.م. نیستند. عبارت «به موجب مقررات این مبحث» در این ماده، به روشنی، انحصار موضوع این ماده به ابلاغ‌های قانونی و عدم شمول آن را بر ابلاغ‌های غیرقانونی نشان می‌دهد؛ زیرا ابلاغ‌های بیان‌شده در مبحث ابلاغ در قانون آیین دادرسی مدنی، ابلاغ واقعی و قانونی هستند که همه آنها ابلاغ قانونی در معنای عام آن^۵ و در مقابل ابلاغ‌های غیرقانونی هستند. بنابراین، سخن یکی

۱. ر.ک: جعفری لنگرودی، محمدمجعفر، ترمینولوژی حقوق، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۶، ص. ۳؛ شمس، عبدالله، آیین دادرسی مدنی (دوره پیش‌رفته)، جلد ۲، تهران، انتشارات دراک، ۱۳۸۵، ص. ۸۱؛ انصاری،

مسعود؛ طاهری، محمدعالی، دانشنامه حقوق خصوصی، جلد ۱، تهران، محراب فکر، ۱۳۸۴، ص. ۳۶.

۲. مهاجری، علی، مبسوط در آیین دادرسی مدنی، جلد ۱، تهران، انتشارات فکرسازان، ۱۳۸۸، ص. ۳۴۷؛ کریمی، عباس، آیین دادرسی مدنی، تهران، انتشارات مجد، ۱۳۸۹، ص. ۱۱۵؛ زراعت، عباس، محسای قانون آیین دادرسی مدنی، تهران، انتشارات ققنوس، ۱۳۸۹، ص. ۲۳۰.

۳. مهاجری، علی، منبع پیشین، ص. ۳۴۷.

۴. بهرامی، بهرام، آیین دادرسی مدنی ۱ و ۲، تهران، انتشارات نگاه بینه، ۱۳۸۸، ص. ۱۹۷.

۵. دانشنامه حقوقی، جلد ۱، تهران، امیر کبیر، ۱۳۵۶، ص. ۵.

از نویسنده‌گان که به گونه‌ای اعلام نظر کرده است^۱ که گویا موضوع ماده ۸۳ ق.آ.د.م. در اصل، مواردی است که تشریفات ابلاغ رعایت نشده باشد (ابlag غیرقانونی) و علاوه بر آن، موارد رعایت تشریفات ابلاغ را نیز در بر می‌گیرد، قابل انتقاد است.

نکته جالب توجه اینکه همین نویسنده، در بیانی متفاوت و مغایر^۲ احتمال نسخ ماده ۳۳ ق.ت.د.ع.^۳ را - که به موجب آن احراز اطلاع مخاطب، سبب کفایت و اعتبار ابلاغ، حتی در موارد انجام ابلاغ به وسائل پیش‌بینی‌نشده در قانون، اعلام شده - قوی‌تر دانسته است. این سخن نیز قابل ایجاد است و دیدگاهی که ماده ۸۳ ق.آ.د.م. را مغایر با ماده ۳۳ ق.ت.د.ع. اعلام کرده و این ماده را به دلیل چنین مغایرتی، منسوخ اعلام کرده^۴ قابل خدشه است؛ زیرا موضوع ماده ۸۳ ق.آ.د.م. ابلاغ‌های قانونی است و این ماده نه در جهت تأیید و نه در جهت نفی، هیچ حکمی در خصوص ابلاغ‌های خارج از حالت‌های پیش‌بینی‌شده در قانون آیین دادرسی مدنی - که موضوع ماده ۳۳ یادشده است - ندارد.

با وجود این، دیدگاه عدم مغایرت^۵ ماده ۸۳ ق.آ.د.م. و ماده ۳۳ ق.ت.د.ع. و امکان جمع^۶ این دو ماده نیز قابل تأیید نیست؛ زیرا اگرچه موضوع این دو ماده متفاوت است و یکی (ماده ۸۳ ق.آ.د.م.) در مورد ابلاغ‌های قانونی است و دیگری (ماده ۳۳ ق.ت.د.ع.) مربوط است به ابلاغ به شیوه‌های خارج از موارد پیش‌بینی‌شده در قانون آیین دادرسی مدنی، اما پذیرش و تأیید احکام مقرر در این دو ماده در این دو موضوع، نه تنها از منطق قابل قبولی برخوردار نیست، بلکه به نتایج غیرمنطقی می‌انجامد. توضیح اینکه با وجود تفاوت موضوع این دو ماده، حکم مقرر در آنها یکسان و عبارت است از اعتبار ابلاغ در صورت احراز اطلاع مخاطب. به عبارت دیگر، هم در ماده ۳۳ ق.ت.د.ع. در خصوص ابلاغ به شیوه‌های خارج از موارد پیش‌بینی‌شده در قانون آیین دادرسی مدنی، احراز اطلاع مخاطب، سبب اعتبار ابلاغ شناخته شده و هم در ماده ۸۳ ق.آ.د.م. اعتبار ابلاغ‌های قانونی، منوط به احراز اطلاع مخاطب شده است. این در حالی است که این دو موضوع متفاوت نمی‌تواند از حکم یکسان برخوردار شود و پذیرفتن حکم یکسان در خصوص آنها به نتایج غیر قابل قبول می‌انجامد و آن این است که اگر هم در فرض

۱. ر.ک: زراعت، عباس، منبع پیشین، صص. ۲۳۰ به بعد.

۲. ر.ک: همان، ص. ۲۲۹.

۳. قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی (مصوب ۱۳۵۸)

۴. معاونت آموزش قوه قضائیه، مجموعه نشسته‌های قضایی مسائل آیین دادرسی مدنی، جلد ۱، تهران، جاواده،

۱۳۸۷، ص. ۲۶۲.

۵. همان.

۶. مهاجری، علی، منبع پیشین، ص. ۳۴۸.

رعایت مقررات مربوط به طرق ابلاغ قانونی و تشریفات آن و هم در فرض عدم رعایت آن مقررات و انجام ابلاغ به طرق دیگر و بدون تشریفات قانونی، وضعیت اعتبار ابلاغ یکسان باشد و در هر دو حالت، احراز اطلاع مخاطب سبب اعتبار ابلاغ شود، پس رعایت و عدم رعایت مقررات مربوط به ابلاغ قانونی امری بیهوده و بیتأثیر است و تصویب این همه مقررات، کاری لغو و بیفایده است. به دیگر سخن، وضع مقررات مربوط به ابلاغ اوراق قضایی به شیوه قانونی و با تشریفات خاص و رعایت آنها زمانی منطقی و قابل توجیه است که تفاوتی از جهت اعتبار و تأثیر، بین حالت رعایت این مقررات و حالت عدم رعایت آن باشد، اما اگر قرار باشد چه مقررات قانونی ابلاغ، رعایت شود و چه رعایت نشود، وضعیت، یکسان باشد و اعتبار ابلاغ، مشروط به احراز اطلاع مخاطب باشد، پس چه چیزی وضع مقررات مربوط به طرق و تشریفات ابلاغ قانونی و رعایت آن را توجیه می‌کند؟

تفاوت زمانی دو ماده مورد بحث، در این زمینه راهگشا است، با این توضیح که ماده ۳۳ ق.ت.د.ع. مربوط به زمانی است که حکمی که بعداً در ماده ۸۳ ق.آ.د.م. وضع شد، وجود نداشت. به عبارت دیگر، در زمان وضع ماده ۳۳ ق.ت.د.ع. نه به موجب این ماده و نه به موجب سایر مواد قانونی، اعتبار ابلاغ‌های قانونی، منوط به احراز اطلاع مخاطب نشده بود و مستندی در قوانین برای مشروط داشتن اعتبار ابلاغ‌های قانونی به احراز اطلاع مخاطب وجود نداشت. بنابراین، یا می‌باشد همان اعتبار ابلاغ واقعی برای ابلاغ قانونی هم تأیید می‌شود یا نهایتاً احراز عدم اطلاع مخاطب، سبب بیاعتباری ابلاغ قانونی شناخته می‌شود. در چنین شرایطی، وضع ماده ۳۳ ق.ت.د.ع. و معتبر شناختن ابلاغ‌های خارج از موارد پیش‌بینی شده در قانون آیین دادرسی مدنی، نتیجه غیرمنطقی مورد بحث را به دنبال نداشت و از این جهت، ایرادی بر آن وارد نبود. اشکال و ایراد از زمانی به وجود آمد که در قانون آیین دادرسی مدنی (مصطفوی ۱۳۷۹) قانون‌گذار با وضع ماده ۸۳ ابلاغ‌های قانونی را در وضعیتی قرار داد که پیش از آن، ابلاغ‌های خارج از موارد پیش‌بینی شده در قانون، به موجب ماده ۳۳ ق.ت.د.ع. در آن وضعیت قرار گرفته بودند. به عبارت دیگر، اشکال برابری ابلاغ‌های قانونی و ابلاغ‌های خارج از موارد قانونی، با وضع ماده ۸۳ ق.آ.د.م. به وجود آمد و از این جهت است که ماده ۸۳ ق.آ.د.م. اگرچه به طور مستقیم مغایرتی با ماده ۳۳ ق.ت.د.ع. ندارد - چون هر کدام مربوط به موضوعی غیر از دیگری است - ولی حکمی را در مورد ابلاغ‌های قانونی مقرر کرده که با حکم ماده ۳۳ ق.ت.د.ع. در خصوص ابلاغ‌های خارج از قانون، سازگاری ندارد و قبل توجیه و تأیید نیست. نتیجه اینکه با وضع ماده ۸۳ ق.آ.د.م. که اعتبار ابلاغ‌های قانونی را منوط به احراز اطلاع مخاطب کرده است، نمی‌توان ماده ۳۳

ق.ت.د.ع. را که ابلاغ‌های خارج از موارد پیش‌بینی شده در قانون را در صورت احراز اطلاع مخاطب، معتبر می‌شناخت، باقی شناخت و در مغایرت این دو به ناچار باید اراده بعدی قانون‌گذار، یعنی ماده ۸۳ ق.آ.د.م. را ترجیح داد.

۱-۲. موانع اجرایی حکم مقرر در ماده ۸۳ ق.آ.د.م. و راهکارها

حکم مقرر در ماده ۸۳ ق.آ.د.م. اگرچه از جهت نظری و بدون در نظر گرفتن مقتضیات عملی دادرسی و در فضای مجرد ذهنی، قابل دفاع و به عدالت نزدیک‌تر است، اما اجرای آن در عمل با موانع و دشواری‌های جدی مواجه است. همین موانع، سبب شده با وجود وضع این ماده در قانون کنونی، در مواد دیگر آن، تغییرات لازم در هماهنگی با این ماده، انجام نشده و وضعیت - به شرحی که بیان خواهد شد - همانند سابق است.

برای شناخت موانع اجرایی ماده ۸۳ ق.آ.د.م. لازم است توجه شود که موارد ابلاغ به اصحاب دعوا در دادرسی، فراوان است و از آغاز تا پایان دادرسی در موارد زیادی، لازم می‌شود اموری به اصحاب دعوا ابلاغ شود که بخشی از آن، ابلاغ وقت جلسات دادرسی و دعوت اصحاب دعوا برای حضور در جلسات است. نکته دیگر اینکه در بیش‌تر موارد ابلاغ، مأمور ابلاغ موفق به رسیدن به شخص مخاطب و رساندن ورقه ابلاغ به او نمی‌شود و ناچار است به یکی از طرق ابلاغ قانونی، امر ابلاغ را انجام دهد. حتی گاه، مخاطب ابلاغ تحت تأثیر تصوراتی، عمدتاً از روپوشدن با مأمور ابلاغ، اجتناب می‌کند و به این ترتیب سبب می‌شود، ابلاغ به صورت قانونی و نه واقعی، انجام شود.

مطلوب قابل توجه دیگر این است که احراز اطلاع مخاطب در موارد ابلاغ قانونی، اگر قرار باشد به طور جدی و واقعی انجام شود، کاری بسیار دشوار^۱ و وقت‌گیر است و حتی در خصوص برخی از حالت‌های ابلاغ قانونی (ابلاغ از طریق نشر آگهی) گفته شده است که «مخاطب ابلاغ به هیچ وجه از ابلاغ مضمون اوراق آن مطلع نمی‌گردد». ^۲ پس در این موارد، سعی در احراز اطلاع مخاطب، تلاشی بیهوده است که هیچ‌گاه به نتیجه نمی‌رسد. اگر در خصوص هر ابلاغ قانونی، دادگاه به طور جدی و واقعی در پی احراز اطلاع مخاطب باشد، باید فرایندی را که در تمام دادرسی برای اثبات و احراز موضوع آن طی می‌کند، در خصوص احراز اطلاع مخاطب ابلاغ نیز بپیماید و این یعنی اینکه در یک دادرسی، به تعداد ابلاغ‌های قانونی، دادرسی اضافه شود و اطاله دادرسی چندین برابر گردد. برای شناخت بیشتر این مطلب لازم است توجه نماییم که بخش عده ابلاغ‌های

۱. مهاجری، علی، قانون آیین دادرسی مدنی در نظام حقوقی کنونی، تهران، انتشارات فکر سازان، ۱۳۹۰، ص. ۲۳۶.

۲. کریمی، عباس، منبع پیشین، ص. ۱۱۵ همان.

دادرسی، ابلاغ وقت جلسه دادرسی است. قاضی پیش از شروع جلسه، به وضعیت ابلاغها توجه و رسیدگی می‌نماید و در بیشتر موارد، با بررسی ابلاغها معلوم می‌شود که ابلاغ به صورت قانونی انجام شده است. حال در صورتی که مخاطب ابلاغ در جلسه دادرسی حضور پیدا نکرده باشد، اقدام دادگاه در جهت احراز اطلاع مخاطب، اگر لازم باشد به صورت تفصیلی و جدی انجام گیرد، مستلزم لغو و تجدید جلسه دادرسی است.

با وجود ماده ۸۳ ق.آ.د.م. - اگرچه آن را به شدت مورد انتقاد و مخدوش بدانیم - نمی‌توان نسبت به آن بی‌توجه ماند و دادگاهها نمی‌توانند در عمل هیچ توجّهی به این ماده نداشته باشند و اگر همان‌طور که یکی از حقوق‌دانان این ماده را «متروک» اعلام کرده است،^۱ دادگاهها به این ماده عمل نکنند، چنان عملکردی، قابل دفاع نیست. با وجود این، به دلیل ایرادات و انتقادات فراوانی که بر این ماده وارد است باید تلاش شود که در جهت تعديل این ماده و کاهش اختلال‌هایی که این ماده در نظام دادرسی مدنی می‌تواند ایجاد نماید، راهکارهایی جستجو و ارائه گردد.

یکی از مهم‌ترین راهکارها در این زمینه به چگونگی احراز اطلاع مخاطب مربوط می‌شود. توضیح اینکه - همان‌طور که گفته شد - بخشی از دشواری اجرای این ماده این است که اگر مسئله احراز اطلاع مخاطب، جدی گرفته شود و قرار باشد به صورت مفصل و آن گونه که در مورد احراز موضوع مورد اختلاف است انجام شود، کار دادرسی را به اطاله فراوان می‌کشاند. بر این اساس، یک راهکار اساسی برای کاهش موانع اجرایی این ماده این است که احراز اطلاع مخاطب در این ماده را یک احراز نسبی و نه چندان سخت‌گیرانه بدانیم؛ به این معنا که منظور از احراز اطلاع در این ماده را نه احرازی دقیق و کامل و همراه با احتیاط و سختگیری، به نحوی که در احراز موضوع دعوا است، بلکه احرازی مبتنی بر متقادع شدن دادگاه از جمع اوضاع و قرائی ساده و بررسی نه چندان مفصل و دقیق بشناسیم. بنابراین، کافی است قاضی در تماس تلفنی با مخاطب یا بستگان یا اشخاص مرتبط با او، از اطلاع مخاطب، باخبر شود یا از لوایح و مدارکی که مخاطب برای درج در پرونده تقدیم کرده است، چنین مطلبی نمایان شود. حتی می‌توان خود ابلاغ قانونی را که در اوضاع و احوال خاص و با رعایت تشریفات، انجام شده است، اماره اطلاع مخاطب به حساب آورد. به طور مثال در ابلاغ قانونی موضوع ماده ۶۹ ق.آ.د.م. می‌توان این اوضاع را که برگه ابلاغ در نشانی مخاطب به یکی از بستگان او که اهمیت آن را می‌دانسته، داده شده است، با در نظر گرفتن اینکه غالباً افراد به نشانی خود مراجعه می‌کنند و در چنین مواردی به اطلاع آنها می‌رسد، اماره و قرائی بر اطلاع مخاطب به

حساب آورده که موجب اطمینان نسبی در یک بررسی نه چندان دقیق و مفصل می‌شود. همچنین، عدم اعتراض مخاطب به ابلاغ قانونی نیز می‌تواند قرینه آگاهی او باشد^۱ که دادگاه را از هر گونه تلاش بیشتر برای احراز اطلاع مخاطب، بی‌نیاز نماید.

در نهایت، باید ماده ۸۳ ق.آ.د.م. را منصرف از حالتی دانست که مخاطب ابلاغ، اقدامی انجام داده که هدف نهایی ابلاغ با آن محقق شده است. به طور مثال اگر موضوع ابلاغ، جلسه دادرسی بوده، مخاطب در جلسه دادرسی شرکت کرده است. این واقعیت، قابل انکار نیست که هدف از ابلاغ، آگاه ساختن مخاطب از موضوع آن است تا نسبت به انجام موضوع آن، اقدام نماید.^۲ به عبارت دیگر هدف اولیه ابلاغ، آگاه ساختن مخاطب از موضوع آن است و هدف نهایی و اصلی آن، انجام موضوع ابلاغ توسط مخاطب است. به این ترتیب، آگاه شدن مخاطب ابلاغ اگرچه هدف اولیه ابلاغ است، ولی پایان راه نیست، بلکه خود نیز بخشی از راهی است که مقصد نهایی آن، انجام موضوع ابلاغ است. پس با حصول مقصد نهایی یعنی انجام موضوع ابلاغ، وجهی برای بررسی طریق آن یعنی آگاه شدن مخاطب ابلاغ باقی نمی‌ماند، بلکه پرداختن به آن کاری لغو و بیهووده و مستلزم ایجاد اطالله بی‌جهت در دادرسی است. البته در بررسی و احراز اطلاع مخاطب ابلاغ، انجام موضوع آن توسط مخاطب، دلیل قوی و اثبات‌کننده است و به خوبی اطلاع مخاطب را بر دادگاه محرز می‌نماید؛ اما نیازی به توجه به این جهت نیست و انجام موضوع ابلاغ توسط مخاطب از باب اینکه هدف نهایی ابلاغ را محقق می‌سازد، مجالی برای بررسی طریق آن یعنی اطلاع مخاطب باقی نمی‌گذارد.

انجام موضوع ابلاغ توسط مخاطب، نه فقط مسأله بررسی و احراز اطلاع مخاطب را منتفی و بلاوجه می‌سازد، بلکه بررسی شیوه ابلاغ انجامشده را نیز بی‌فائیده می‌کند و حتی اگر تشریفات ابلاغ رعایت نشده باشد و ابلاغ به طرق غیرقانونی انجام شده باشد، تأثیری در دادرسی ندارد و نمی‌توان به اشکال ابلاغ استناد کرد.^۳ در این موارد نیز انجام موضوع ابلاغ نه به خاطر دلالت بر اطلاع مخاطب ابلاغ که هدف اولیه و مقدماتی ابلاغ است، بلکه به دلیل اینکه خود، هدف نهایی و اصلی ابلاغ است و با حصول آن، وجهی برای بررسی طریق ابلاغ باقی نمی‌ماند، سبب بی‌تأثیری عدم رعایت تشریفات ابلاغ و عدم امکان استناد به اشکال ابلاغ می‌شود.

۲-۱. وضعیت موضوع در مواد مربوط به اعتراض به آرا و اجرای آن

در سایر مواد قانون آینین دادرسی مدنی نه تنها حکمی شبیه یا هماهنگ با ماده ۸۳

۱. شمس، عبدالله، منبع پیشین، ص. ۱۰۲.

۲. همان، ص. ۱۰۱.

۳. حیاتی، علی عباس، آینین دادرسی مدنی ۲، تهران، نشر میزان، ۱۳۹۰، ص. ۱۵۰.



آن قانون یافت نمی‌شود، بلکه مواد متعددی یافت می‌شود که ناهمانگ و متعارض با ماده یادشده به نظر می‌رسند؛ از جمله در مواد ۳۳۶، ۳۳۷، ۳۹۸، ۳۹۹، ۴۲۷ و ۴۲۹ در مقام بیان زمان شروع تجدیدنظرخواهی، فرجام خواهی یا درخواست اعاده دادرسی، صرفاً و به طور مطلق از ابلاغ رأی یا ابلاغ حکم، سخن گفته و هیچ قیدی در خصوص لزوم احراز اطلاع مخاطب در صورت ابلاغ قانونی رأی، بیان نشده و به خوبی مشخص است که برای شروع مهلت درخواست تجدیدنظر، فرجام یا اعاده دادرسی، صرف ابلاغ، اعم از واقعی یا قانونی، کافی است و فرقی بین ابلاغ واقعی و قانونی در این خصوص وجود ندارد.^۱

این مطلب نیز که قانون گذار در ماده ۳۰۶ ق.آ.د.م. به دلایلی که در ادامه توضیح داده می‌شود، در خصوص مهلت و امکان واخواهی از حکم غیابی، بین ابلاغ واقعی و ابلاغ قانونی آن، تفاوت قائل شده، ولی در مواد بعدی در مورد سایر شکایات از آراء، بیانی شبیه ماده ۳۰۶ ندارد، بلکه بیانی متفاوت دارد، نشان‌دهنده اراده قانون گذار بر تفاوت واخواهی و سایر شکایات از آراء یعنی تجدیدنظر، فرجام و اعاده دادرسی در این زمینه است. بنابراین، قانون گذار در خصوص تجدیدنظرخواهی، فرجام خواهی و اعاده دادرسی نه فقط برای شروع مهلت شکایت، احراز اطلاع از رأی مورد شکایت را در مواردی که ابلاغ قانونی شده، لازم نشناخته است، بلکه برخلاف واخواهی، حتی برای احراز عدم اطلاع محکوم‌علیه نیز تأثیری قائل نشده است.

اما در واخواهی، قانون گذار در ماده ۳۰۶ ق.آ.د.م. بین ابلاغ واقعی و ابلاغ قانونی حکم غیابی تفاوت قائل شده و در صورت ابلاغ قانونی حکم غیابی، به محکوم‌علیه غایب اجازه داده شده است در صورتی که مدعی عدم اطلاع از حکم باشد، پس از سپری شدن مهلت واخواهی از زمان ابلاغ قانونی حکم، دادخواست واخواهی تقدیم کند و در صورت احراز چنین ادعایی، دادخواست او به جریان می‌افتد.

چنین تفاوتی در واخواهی، مبتنی بر شرایط و مقتضیات دادرسی غیابی است و چه بسا محکوم‌علیه غایب، به طور کلی از دادرسی و حکم آن تا مدت‌ها بی‌خبر بماند و احتمال بی‌خبری او جدی و قابل توجه است. این تفاوت، ارافقی است منطقی و شایسته در حق محکوم‌علیه غایب و اگر قانون گذار در این شکایت نیز مانند سایر شکایات از آراء (تجدیدنظر، فرجام و اعاده دادرسی) تفاوتی بین ابلاغ واقعی و قانونی حکم قائل نمی‌شد و وضعیت محکوم‌علیه غایب را در نظر نمی‌گرفت، عادلانه و منطقی نبود. با وجود این، تفاوتی که در ماده ۳۰۶ ق.آ.د.م. بین ابلاغ واقعی و ابلاغ قانونی حکم غیابی ایجاد شده، نه تنها با ماده ۸۳ ق.آ.د.م. هماهنگ نیست، بلکه در جهت خلاف آن است؛ زیرا برخلاف

۱. مهاجری، علی، مبسوط در آیین دادرسی مدنی، جلد ۳، تهران، انتشارات فکرسازان، ۱۳۸۹، ص. ۹۶.

ماده ۸۳ ق.آ.د.م. که احراز اطلاع مخاطب را برای معتبر شناختن ابلاغ قانونی لازم شناخته است، به موجب تبصره ۱ ماده ۳۰۶ ق.آ.د.م. احراز بی اطلاعی مخاطب (محکوم علیه غایب)، سبب بی تأثیری ابلاغ قانونی حکم غیابی در شروع مهلت واخواهی و پذیرش واخواهی پس از سپری شدن مهلت از تاریخ ابلاغ قانونی حکم است. به عبارت دیگر، بر خلاف ماده ۸۳ ق.آ.د.م. که اصل را بر بی اعتباری ابلاغ قانونی قرار داده است، مگر اطلاع مخاطب احراز شود، به موجب تبصره ۱ ماده ۳۰۶ ق.آ.د.م. اصل بر اعتبار ابلاغ قانونی حکم غیابی و عدم پذیرش واخواهی پس از سپری شدن مهلت از تاریخ ابلاغ قانونی حکم غیابی است مگر بی اطلاعی مخاطب (محکوم علیه غایب) از حکم صادر شده احراز شود. از این رو، اگرچه ماده ۳۰۶ ق.آ.د.م. مانند ماده ۸۳ ق.آ.د.م. ابلاغ قانونی را از ابلاغ واقعی جدا کرده و آن دو را برابر و یکسان قرار نداده است، اما وضعیتی را که برای ابلاغ قانونی مقرر کرده با ماده ۸۳ ق.آ.د.م. مغایر است. بنابراین، این ماده نیز با ماده ۸۳ ق.آ.د.م. تعارض دارد.^۱

آنچه گفته شد بر اساس این دیدگاه است که در صورتی که ابلاغ واقعی حکم غیابی میسر نشود، ابلاغ قانونی آن معتبر است و مهلت واخواهی از ابلاغ قانونی شروع می شود؛ با این تفاوت که در ابلاغ قانونی، اگر محکوم علیه غایب، خارج از مهلت واخواهی، دادخواست واخواهی تقدیم کند و مدعی عدم اطلاع از حکم شود و این مطلب نیز بر دادگاه محرز شود، واخواهی خارج از مهلت پذیرفته می شود.^۲ به نظر می رسد که همین برداشت از متن و تبصره ۱ ماده ۳۰۶ ق.آ.د.م.، قابل تأیید است؛ زیرا اگرچه در متن این ماده، شروع مهلت واخواهی را از ابلاغ واقعی حکم غیابی اعلام کرده، اما در تبصره ۱ آن با توسعه حکم مقرر در متن، در مواردی که ابلاغ واقعی حکم غیابی میسر نشده است، ابلاغ قانونی آن را معتبر اعلام کرده که مانند ابلاغ واقعی سبب شروع مهلت واخواهی می شود؛ ولی در ادامه این تبصره تفاوتی بین ابلاغ واقعی و ابلاغ قانونی حکم غیابی، مقرر کرده و آن پذیرش واخواهی خارج از مهلت، در صورت احراز عدم اطلاع از حکم، در حالت ابلاغ قانونی آن است.

در مقابل، برخی با برداشت ناصحیح از ماده ۳۰۶ ق.آ.د.م. شروع مهلت واخواهی را صرفاً از زمان ابلاغ واقعی آن شناخته و از عبارت متن این ماده، انحصار شروع مهلت واخواهی به ابلاغ واقعی حکم غیابی را برداشت کرده‌اند و برای ابلاغ قانونی حکم غیابی، نقشی در شروع مهلت واخواهی قائل نشده‌اند و اثر آن را صرفاً از جهت فراهم شدن اجرای حکم به نفع محکوم‌له شناخته‌اند و از این رو به لزوم ابلاغ واقعی حکم غیابی

۱. زراعت، عباس، منبع پیشین، ص. ۶۹۵.

۲. شمس، عبدالله، منبع پیشین، ص. ۳۲۴.



پس از ابلاغ قانونی آن برای شروع مهلت واخوahی اظهار نظر کرده‌اند و بر تبصره ۱ ماده ۳۰۶ ق.آ.د.م. از این جهت که پذیرش واخوahی خارج از مهلت در صورت ابلاغ قانونی حکم غیابی را منوط به احراز عدم اطلاع از حکم کرده، خرد گرفته و از این جهت این تبصره را با متن ماده متعارض شناخته‌اند.^۱ چنین برداشت نامناسبی، پیش از قانون آیین دادرسی کنونی، در خصوص ماده ۱۷۵ ق.آ.د.م. سابق وجود داشته^۲ و با توجه به هماهنگی عبارت ماده ۳۰۶ ق.آ.د.م. (مصوب ۱۳۷۹) با ماده ۱۷۵ ق.آ.د.م. سابق، این تلقی ناصحیح، به ماده موضوع بحث، سرایت کرده است.

این دیدگاه، ناصحیح و غیر قابل قبول است؛ زیرا در آن با تکیه و تأکید بی‌جا بر قسمتی از ماده ۳۰۶ ق.آ.د.م.^۳ صراحت قسمت دیگر (تبصره ۱)^۴ نادیده گرفته شده و مورد بی‌توجهی قرار گرفته، بلکه به اجتهاد در برابر نص اقدام شده و آن را زائد و منتفی اعلام کرده‌اند.^۵ واقعیت این است که متن و تبصره ماده ۳۰۶ ق.آ.د.م. بیانگر یک حکم قانون‌گذار هستند و هر کدام قسمتی از این حکم را بیان می‌کنند و نه تنها تعارضی با هم ندارند، بلکه تبصره ۱ تکمیل‌کننده حکم مقرر در متن این ماده است و قانون‌گذار در متن ماده نقش ابلاغ واقعی حکم غیابی در شروع مهلت واخوahی را که بی‌قید و شرط و به طور کامل است، بیان کرده و در تبصره ۱ نقش ابلاغ قانونی حکم غیابی در شروع مهلت واخوahی را بیان کرده که با ابلاغ واقعی تفاوت دارد و تفاوت آن این است که در صورت احراز عدم اطلاع مخاطب (محکوم‌علیه غایب)، واخوahی خارج از مهلت او پذیرفته می‌شود و به دلیل همین تفاوت، مطلب را دو قسمت کرده و بخشی از آن را در متن ماده و بخش دیگر را در تبصره آورده است و به هیچ عنوان عبارت قانون‌گذار در متن ماده، دلالت بر انحصار و منوط بودن شروع مهلت واخوahی به ابلاغ واقعی حکم غیابی ندارد تا تبصره ۱ که شروع مهلت با ابلاغ قانونی را مقرر کرده و در صورت احراز عدم اطلاع از حکم، واخوahی خارج از مهلت را می‌پذیرد، مغایر و متعارض با متن ماده، شناخته شود.

۱. مهاجری، علی، قانون آیین دادرسی مدنی در نظام حقوقی کنونی، منبع پیشین، ص. ۴۶۳.
۲. شهیدی، موسی، موازن قضایی محکمه عالی انتظامی، بی‌جا، کتابفروشی علمی، بی‌تا، صص. ۹ و ۱۰.
۳. «مهلت واخوahی از احکام غیابی برای کسانی که مقیم کشورند بیست روز و برای کسانی که خارج از کشور اقامت دارند دو ماه از تاریخ ابلاغ واقعی خواهد بود ...»
۴. «چنانچه ابلاغ واقعی به شخص محکوم‌علیه میسر نباشد و ابلاغ قانونی به عمل آید، آن ابلاغ معتبر بوده و حکم غیابی پس از انقضای مهلت قانونی و قطعی شدن به موقع اجرا گذارده خواهد شد. در صورتی که حکم ابلاغ واقعی نشده باشد و محکوم‌علیه مدعی عدم اطلاع از مفاد رأی باشد می‌تواند دادخواست واخوahی به دادگاه صادرکننده حکم غیابی تقدیم دارد. دادگاه بدو خارج از نوبت در این مورد رسیدگی نموده قرار رد یا قبول دادخواست را صادر می کند....»
۵. مهاجری، علی، مبسوط در آیین دادرسی مدنی، جلد ۳، منبع پیشین، ص. ۹۹.

وضعیت ماده ۳۰۶ ق.آ.د.م. در مقایسه با سایر مواد قانون آیین دادرسی مدنی، چندان هم عجیب و غریب و دور از ذهن نیست؛ زیرا در تمام مواردی نیز که قانون گذار، صرف ابلاغ را صرف نظر از واقعی یا قانونی بودن آن، معتبر و مؤثر شناخته و تفاوتی بین این دو نوع ابلاغ قائل نشده، واقعیت این است که اعتبار و اثر، در اصل متعلق به ابلاغ واقعی است، ولی به دلیل اینکه این گونه نیست که همیشه امکان ابلاغ واقعی میسر باشد و برای اینکه اصرار بر ابلاغ واقعی، سبب تعطیل یا تأخیر دادرسی و مانع احراق حق نشود و سرعت دادرسی تأمین گردد،^۱ قانون گذار شیوه‌های دیگری از ابلاغ (ابلاع قانونی) را مقرر کرده و اعتبار و اثر ابلاغ واقعی را به آن هم تسری داده و ابلاغ قانونی را هم در کنار و مانند ابلاغ واقعی، معتبر و مؤثر شناخته است. به عبارت دیگر، همیشه و در همه جا، اعتبار و اثر متعلق به ابلاغ واقعی است و به دلیل ضرورت‌ها، ابلاغ قانونی نیز به جای ابلاغ واقعی پذیرفته شده و اعتبار و آثار ابلاغ واقعی به آن سرایت داده شده است. تفاوت ماده ۳۰۶ ق.آ.د.م. با مواد دیگر در این است که تسری اعتبار و اثر ابلاغ واقعی حکم غیابی به ابلاغ قانونی آن با این قید و محدودیت همراه شده که در صورت احراز عدم اطلاع محکوم‌علیه غایب از حکم، واخواهی خارج از مهلت او پذیرفته می‌شود.

عدم لزوم تلاش برای ابلاغ واقعی حکم غیابی در جایی که به ناچار به صورت قانونی ابلاغ شده نیز چنان آشکار و بدینهی است که سخن خلاف آن به دلیل ناسازگاری آشکار با مقتضیات دادرسی، بیشتر به مزاح می‌ماند.

با وجود تمام آنچه که گفته شد، ماده ۳۰۶ ق.آ.د.م. حتی با برداشت غیر قابل قبول یادشده نیز با ماده ۸۳ ق.آ.د.م. هماهنگ نیست؛ زیرا در این برداشت، ابلاغ قانونی حکم غیابی از جهت شروع مهلت واخواهی در هر حال بی‌تأثیر شناخته شده و سخنی از اعتبار و تأثیر آن در صورت احراز اطلاع و آگاهی مخاطب (محکوم‌علیه غایب) به میان نیامده است. در خصوص اجرای آرای قضایی نیز ماده ۳۰۲ ق.آ.د.م. اجرای آرا منوط به ابلاغ آن کرده و هیچ قیدی که موجب تفاوت ابلاغ واقعی و ابلاغ قانونی رأی شود در این ماده نیامده و مسلم است که ابلاغ قانونی رأی نیز مانند ابلاغ واقعی آن، شرط اجرای رأی را تأمین می‌کند و در این زمینه فرقی بین ابلاغ واقعی و ابلاغ قانونی رأی وجود ندارد.^۲

در تعارض موادی که در این قسمت بیان شد با ماده ۸۳ ق.آ.د.م.، به دلیل خاص بودن موضوع این مواد و عام بودن ماده ۸۳ ق.آ.د.م.، حداقل در خصوص موضوع مواد مورد بحث یعنی ابلاغ آرا برای شروع مهلت اعتراض و برای اجرای رای، باید تقدم این مواد بر ماده ۸۳ را پذیرفت.

۱. شمس، عبدالله، منبع پیشین، صص. ۸۲، ۹۱ و ۱۰۰.

۲. ر.ک. شهیدی، موسی، منبع پیشین، ص. ۶۸۰.



۱-۳. وضعیت موضوع در مواد مربوط به شیوه‌های ابلاغ قانونی در ق.آ.د.م.

ماده ۸۳ ق.آ.د.م. حتی با سایر مواد قانون آیین دارسی مدنی در مبحث ابلاغ اوراق قضایی (مواد ۶۷ تا ۸۲) سازگار نیست. توضیح اینکه با بررسی و دقیق در مواد ۶۸ تا ۸۲ ق.آ.د.م. که همانهنج با مواد مبحث ابلاغ (۸۹ تا ۱۱۰) در قانون آیین دادرسی مدنی سابق است، مشخص می‌گردد که منطق حاکم بر این مواد این است که قانون گذار، ابلاغ واقعی را به عنوان حالت اصلی ابلاغ اوراق قضایی که لازم است در جهت رسیدن به آن تلاش شود، مقرر کرده است؛ اما به این ضرورت عملی نیز توجه کرده که چه بسا با همه تلاش‌های ممکن و به ویژه با در نظر گرفتن مخفی شدن تعمدی مخاطب ابلاغ، امکان ابلاغ واقعی فراهم نگردد. در چنین شرایطی نباید با اصرار بر لزوم ابلاغ واقعی و آگاه کردن مخاطب صرفاً با این طریق، موجبات تأخیر دادرسی را فراهم کرد.^۱ از این رو قانون گذار شیوه‌های ابلاغ قانونی را مقرر کرده است که از آنها در جهت آگاه ساختن مخاطب، استفاده شود. در وضع این شیوه‌ها سعی شده است تشریفاتی مقرر شود که با رعایت آنها، حتی امکان اطلاع‌رسانی به مخاطب انجام شود. اما وضع این است که این تلاش‌ها، همیشه مثمر ثمر نیست و در مواردی با وجود ابلاغ به شیوه مقرر در قانون و با رعایت تشریفات، مخاطب مطلع نمی‌شود. نقش شیوه‌های متعدد ابلاغ قانونی نیز در جهت اطلاع‌رسانی به مخاطب، یکسان نیست و برخی از آنها در این زمینه تأثیر کمتری نسبت به برخی دیگر دارند. به همین خاطر است که در وضع این شیوه‌ها، شاهد سلسله مراتب طولی هستیم و استفاده از شیوه‌های کم تأثیر، منوط به عدم امکان شیوه‌های مؤثرتر شده است. در چنین شرایطی، اصرار بر لزوم احرار اطلاع مخاطب در مواردی که ابلاغ به صورت قانونی انجام شده است، همان نتیجه‌های را به دنبال دارد که اصرار بر لزوم ابلاغ واقعی دارد. پس می‌توان گفت که قانون گذار به لزوم احرار اطلاع مخاطب در موارد ابلاغ قانونی توجه نداشته است؛ بلکه به انجام ابلاغ به این شیوه‌ها، صرف نظر از احرار اطلاع مخاطب، برای فراهم شدن زمینه تداوم دادرسی توجه داشته و به پذیرش ابلاغ به این طرق، بدون لزوم احرار اطلاع مخاطب و امکان ادامه دادرسی با انجام ابلاغ با این شیوه‌ها نظر داشته است.

توضیح اینکه از مجموع مواد مربوط به شیوه‌های ابلاغ قانونی در ق.آ.د.م.، چنین به دست می‌آید که قانون گذار در عین توجه به تلاش حداکثری و تا حد امکان، برای فراهم کردن ابزار مناسب اطلاع‌رسانی به مخاطب، به ضرورت تداوم دادرسی و جلوگیری از تأخیر آن نیز توجه داشته است. به عبارت دیگر، قانون گذار تلاش کرده

۱. شمس، عبداله، منبع پیشین، صص. ۸۲، ۹۱ و ۱۰۰.

است با وضع شیوه‌هایی که امکان پذیر است، زمینه اطلاع‌رسانی به مخاطب را فراهم نماید و در عین حال، نظر قانون‌گذار بر این بوده که با انجام تلاش حداکثری و در حد ممکن برای اطلاع‌رسانی به مخاطب که با ابلاغ قانونی انجام می‌شود، دادرسی ادامه یابد. از این رو نمی‌توان گفت که هدف انحصاری قانون‌گذار در وضع شیوه‌های ابلاغ قانونی، اطلاع مخاطب است و این طرق، صرفاً راهی برای رسیدن به این هدف هستند و جز در موارد تحصیل هدف فاقد اعتبارند، زیرا همان طور که گفته شد، واقعیت این است که این گونه نیست که رسیدن به هدف مذکور با شیوه‌های ابلاغ قانونی همیشه فراهم گردد و در بسیاری از موارد با سهل‌انگاری یا تعمد مخاطب یا دریافت‌کنندگان اوراق ابلاغ هدف اطلاع‌رسانی محقق نمی‌گردد. بی‌اثر شناختن ابلاغ‌های قانونی در چنین مواردی تأخیر بسیار یا تعطیلی دادرسی و احقاق حق را در پی دارد. بنابراین، در خصوص ابلاغ قانونی نباید بر لزوم احراز اطلاع مخاطب اصرار شود، در غیر این صورت هدفی که قانون‌گذار در وضع مقررات ابلاغ قانونی به دنبال آن بوده، برآورده نمی‌شود و وضع شیوه‌های ابلاغ قانونی، دردی از دادرسی دوا نمی‌کند و وضعیت شبیه حالتی می‌شود که در قانون، ابلاغ واقعی به عنوان تنها ابلاغ معتبر شناخته می‌شود و اصلًاً شیوه‌های قانونی ابلاغ، مقرر نمی‌شود. بنابراین، اصرار بر لزوم اطلاع مخاطب در معتبر شناختن ابلاغ قانونی، به همان اندازه اصرار بر انجام ابلاغ، صرفاً به طریق واقعی، غیر منطقی است و سبب ایجاد مانع بلکه سبب تعطیلی دادرسی می‌شود و غیر قابل اجرا است.

اگر قرار بود ادامه دادرسی منوط به تحصیل اطلاع و آگاهی مخاطب باشد، قانون‌گذار ق.آ.د.م.، ابلاغ واقعی را به عنوان تنها ابلاغ معتبر به رسمیت می‌شناخت و در سایر موارد با بیانی کلی، اطلاع مخاطب از هر طریقی را ملاک قرار می‌داد و نیازی به وضع شیوه‌های خاص ابلاغ قانونی با تشریفات ویژه نبود، بلکه چنین کاری بیهوده و لغو بود. پس می‌توان گفت که قانون‌گذار با وضع شیوه‌های ابلاغ قانونی و وضع تشریفات مفصل در مورد آنها سعی کرده است وسائلی فراهم نماید که در درجه نخست تا حد امکان زمینه اطلاع مخاطب فراهم شود و در مرتبه بعد با اطمینانی نسبی که در خصوص اطلاع‌رسانی به مخاطب از این شیوه‌ها حاصل می‌شود، زمینه تداوم دادرسی نیز فراهم گردد. بنابراین، در عین تأیید جنبه طریقت این شیوه‌ها به این معنا که وسائلی جهت رسیدن به اطلاع مخاطب هستند، نمی‌توان جنبه دیگر آن را که فراهم کردن زمینه تداوم دادرسی است نادیده گرفت و خصوصیت این شیوه‌ها در این زمینه را انکار کرد.

آنچه گفته شد، برداشتی است که از بررسی مواد ۶۷ تا ۸۲ قانون آیین دادرسی مدنی، بدون در نظر گرفتن ماده ۸۳ آن قانون، به ذهن می‌رسد و این تحلیل در خصوص مواد ۸۹ تا ۱۱۰ قانون آیین دادرسی مدنی سابق، به خاطر نبودن حکمی شبیه

ماده ۸۳ قانون کنونی در آن، بدون مزاحمتی، قابل تأیید و قابل قبول است. اما در قانون کنونی، ماده ۸۳، خلاف آنچه را که گفته شد می‌رساند و به همین دلیل به نظر می‌رسد این ماده که در قانون کنونی اضافه شده با سایر مواد مبحث ابلاغ در این قانون (مواد ۶۷ تا ۸۲) – که از قانون سابق حفظ شده و به قانون جدید انتقال یافته – ناهمانگ، بلکه متعارض است. به عبارت دیگر قانون‌گذار در این مبحث دچار تعارض در رفتار شده است. از طرفی مواد مربوط به ابلاغ قانونی در قانون سابق را – که نه تنها در آن به موجب ماده‌ای مستقل شبیه ماده ۸۳ قانون کنونی، اعتبار ابلاغ قانونی مشروط به احراز اطلاع مخاطب نشده بود، بلکه از مجموع آن مواد به خوبی فهمیده می‌شد که قانون‌گذار، ابلاغ قانونی را صرف نظر از احراز اطلاع مخاطب معتبر می‌دانست به قانون جدید انتقال داد، بدون اینکه تغییری در آن در جهت مشروط نمودن اعتبار ابلاغ قانونی به احراز اطلاع مخاطب ایجاد نماید. از طرف دیگر، با وضع ماده ۸۳ در بیانی آشکار، اعتبار ابلاغ قانونی را منوط به احراز اطلاع مخاطب کرد.

۲. بررسی موضوع در ابلاغ الکترونیکی مقرر در آ.س.ر.م.

۱-۲. ابلاغ واقعی و قانونی در آ.س.ر.م.

در ماده ۱۳ آ.س.ر.م. اعلام شده است: «وصول الکترونیکی اوراق قضایی به حساب کاربری مخاطب در سامانه ابلاغ، ابلاغ محسوب می‌شود. رویت اوراق قضایی در سامانه ابلاغ، با ثبت زمان و سایر جزئیات، ذخیره می‌شود و کلیه آثار ابلاغ واقعی بر آن مترتب می‌گردد. ورود به سامانه ابلاغ از طریق حساب کاربری و رویت اوراق از این طریق به منزله رسید است...». این ماده، ضمن اینکه وصول الکترونیکی اوراق قضایی به حساب کاربری مخاطب در سامانه ابلاغ را ابلاغ محسوب کرده است، ورود به سامانه و رویت اوراق قضایی در سامانه را ابلاغ واقعی به حساب آورده و آثار ابلاغ واقعی را بر آن مترتب ساخته است. از این عبارت فهمیده می‌شود که وصول اوراق به حساب کاربری مخاطب، ابلاغ قانونی شناخته شده که در صورت ورود مخاطب به سامانه و رویت اوراق به ابلاغ واقعی تبدیل می‌شود. این یک ابتکار و تأسیس جدید در امر ابلاغ در آ.س.ر.م. است که به موجب آن، ابلاغ‌های واقعی و قانونی نه دو نوع از ابلاغ در عرض هم، بلکه دو مرحله از ابلاغ است که ابتدا ابلاغ در وضعیت قانونی انجام می‌شود که ممکن است در ادامه به حالت ابلاغ واقعی تبدیل وضعیت یابد. چنین مطلبی در قوانین سابقه و نمونه ندارد، بلکه در ق.آ.د.م. ابلاغ واقعی و ابلاغ قانونی دو نوع متفاوت از ابلاغ هستند که هر ابلاغ ورقه‌ای به یکی از این دو روش انجام می‌گیرد و در هیچ شرایطی، ابلاغی که به صورت قانونی انجام شده باشد به ابلاغ واقعی تبدیل نمی‌شود.

۲-۲. اطلاق تبصره ۱ ماده ۱۳ آ.س.ر.م. نسبت به ابلاغ قانونی و واقعی

یکی از مطالب قابل تأمل در تبصره ۱ ماده ۱۳ آ.س.ر.م. این است که بیان این تبصره در خصوص امکان اظهار بی اطلاعی مخاطب، نسبت به حالت‌های قانونی و واقعی ابلاغ در این آیین‌نامه، مطلق است و اگرچه چنین اظهاری را مقید به اثبات «عدم دسترسی یا نقص در سامانه رایانه‌ای و سامانه مخابراتی» کرده است، ولی این تقيید، حکم این تبصره را به حالت قانونی ابلاغ در این آیین‌نامه اختصاص نمی‌دهد؛ زیرا چه بسا مخاطب ابلاغ، به دلیل نقص در سامانه رایانه‌ای و سامانه مخابراتی، با ورود به سامانه – که رویت محسوب می‌شود و موجب تبدیل ابلاغ به حالت واقعی می‌شود – با قطع ارتباط یا ایجاد اختلال، قادر به خواندن متن ورقه نشود و واقعاً از محتوای آن بی‌اطلاع بماند.

۲-۳. لزوم اثبات بی اطلاعی مخاطب ابلاغ

در تبصره ۱ ماده ۱۳ آ.س.ر.م.، بار اثبات بی اطلاعی بر دوش مخاطب ابلاغ، گذاشته شده و این تبصره اصل را بر اطلاع مخاطب گذاشته است، مگر اینکه مخاطب ابلاغ، بی اطلاعی خود را ثابت نماید. وضعیت این تبصره از این جهت، شبیه تبصره ۱ ماده ۳۰۶ ق.آ.د.م. است که در آن، محکوم‌علیه غایب لازم است عدم اطلاع خود از حکم غیابی را ثابت نماید و همان‌طور که پیش از این به تفصیل بحث شد، مغایر با قاعده اعلام شده در ماده ۸۳ ق.آ.د.م. است. بنابراین، حکم مقرر در تبصره ۱ ماده ۱۳ آ.س.ر.م. با ماده ۸۳ ق.آ.د.م. مغایر است و برخلاف اینکه در ماده ۸۳ ق.آ.د.م. اصل بر بی اطلاعی است، مگر اطلاع مخاطب احراز شود، در تبصره ۱ ماده ۱۳ آ.س.ر.م. اصل بر اطلاع، گذاشته شده، مگر بی اطلاعی مخاطب، اثبات شود.

۲-۴. اثر اثبات بی اطلاعی مخاطب ابلاغ

نکته قابل توجه دیگر در خصوص تبصره ۱ ماده ۱۳ آ.س.ر.م. این است که در این تبصره، از امکان اظهار بی اطلاعی مخاطب ابلاغ و اثبات آن، سخن به میان آورده، ولی از اثر اثبات بی اطلاعی مخاطب، حرفی نزده و توضیح داده نشده که اگر مخاطب توانست بی اطلاعی خود را ثابت کند، این مطلب چه اثر و فایده‌ای برای او دارد. با وجود این، از طرح چنین مطلبی، می‌توان استنباط کرد که اعتبار ابلاغ‌های موضوع این آیین‌نامه، مشروط شده به عدم اثبات بی اطلاعی مخاطب ابلاغ و اثبات بی اطلاعی مخاطب، اعتبار ابلاغ را متزلزل می‌کند. چنین استنباطی بر این مبنای استوار است که مهم‌ترین اثر قابل تصور در این زمینه، همین است و اثر قابل توجه دیگری که بیان این حکم در تبصره مورد بحث را توجیه نماید، به ذهن نمی‌رسد.

۵-۲. وضعیت مغایرت‌های آ.س.ر.م. با ق.آ.د.م. در امر ابلاغ

همان طور که در بندهای قبل توضیح داده شد، ماده ۱۳ آ.س.ر.م. و تبصره ۱ آن از این جهت که از آن «قانونی» و «واقعی» بودن ابلاغ به عنوان دو مرحله از ابلاغ و نه دو نوع از ابلاغ استنباط می‌شود و امکان اظهار بی‌اطلاعی از ابلاغ در هر حال مقرر شده

بر این اساس، آنچه از تبصره مورد بحث، استنباط می‌شود، این است که هم در حالت ابلاغ قانونی و هم در ابلاغ واقعی، اظهار بی‌اطلاعی از جانب مخاطب ابلاغ، امکان‌پذیر است و با اثبات بی‌اطلاعی، ابلاغ، بی‌اعتبار است. اگر چنین استنباطی از این تبصره درست باشد، نتیجه آن یکسان شناخته شدن اعتبار ابلاغ در حالت قانونی و حالت واقعی آن است که ممکن است مورد ایراد واقع شود به اینکه وقتی دو حالت ابلاغ در نظر گرفته می‌شود که یکی (ابلاغ واقعی) اصل و حاوی تحقق اطلاع‌رسانی به عنوان هدف ابلاغ و دیگری (ابلاغ قانونی) فرع و طریق اطلاع‌رسانی و تلاش برای رسیدن به اطلاع مخاطب است، لازم است بین دو حالت مذکور، تفاوتی در اعتبار و ارزش باشد و نمی‌توان ابلاغ واقعی را که در آن، اطلاع‌رسانی به شخص مخاطب، به طور واقعی انجام می‌شود با ابلاغ قانونی که تلاشی است برای دست‌یابی به هدف ابلاغ – یعنی اطلاع مخاطب – برابر شناخت.

اگر بپذیریم که چنین اثری (بی‌اعتباری ابلاغ در صورت اثبات بی‌اطلاعی مخاطب) در آ.س.ر.م. مورد نظر بوده است، آینده نامه از این جهت با قانون آ.د.م. مغایر است. زیرا همان‌طور که پیش از این بحث شد، به موجب ماده ۸۳ ق.آ.د.م. در خصوص ابلاغ قانونی، اصل بر بی‌اعتباری ابلاغ است، مگر اطلاع مخاطب، احراز شود. بنابراین، بر اساس ماده ۸۳ ق.آ.د.م. برای بی‌اعتباری ابلاغ قانونی لازم نیست عدم اطلاع مخاطب، احراز شود، بلکه عدم احراز اطلاع کافی است. با سایر مواد مورد بحث در ق.آ.د.م. نیز مغایر است؛ زیرا در ماده ۳۰۶ آن قانون، اگرچه اثبات عدم اطلاع از حکم غیابی در فرض ابلاغ قانونی آن، سبب پذیرش واخواهی خارج از مهلت محکوم‌علیه غایب می‌شود، ولی در ابلاغ واقعی حکم غیابی، مسئله اظهار و اثبات بی‌اطلاعی، منتفی است. این مطلب – منتفی بودن اظهار و اثبات بی‌اطلاعی مخاطب در ابلاغ واقعی – اختصاص به حکم غیابی ندارد، بلکه در همه مواد مربوط به ابلاغ اوراق قضایی در ق.آ.د.م. وضعیت به همین شکل است. یعنی در صورت ابلاغ واقعی، امکان اظهار بی‌اطلاعی وجود ندارد. علاوه بر این، در مواد مربوط به ابلاغ آرا و شروع مهلت شکایت از رأی جز واخواهی، حتی در صورت ابلاغ قانونی رأی نیز امکان اظهار بی‌اطلاعی وجود ندارد و به دلایلی که پیش از این بحث شد، قانون گذار ق.آ.د.م. فقط در واخواهی، چنین امکانی را برقرار کرده است.

و فرقی از این جهت بین حالت واقعی و قانونی ابلاغ، شناخته نشده و بار اثبات بی اطلاعی نیز در هر حال بر دوش مخاطب ابلاغ گذاشته شده و سخنی از لزوم احراز اطلاع مخاطب در حالت قانونی بودن ابلاغ به میان نیامده، مغایر با مقررات ابلاغ در ق.آ.د.م. است که به موجب آن، ابلاغ اوراق به یکی از دو نوع ابلاغ واقعی یا قانونی، انجام می‌شود و صرفاً در ابلاغ قانونی، لزوم احراز اطلاع مخاطب ابلاغ، مقرر شده (ماده ۸۳) و در خصوص ابلاغ واقعی، حتی از امکان اظهار بی اطلاعی نیز سخنی به میان نیامده است. در خصوص این مغایرت‌های آ.س.ر.م. با ق.آ.د.م. در امر ابلاغ ممکن است گفته شود که آیین‌نامه تاب مقابله با قانون را ندارد. با وجود این، می‌توان بین مقررات آ.س.ر.م. و مواد ق.آ.د.م. در موضوع ابلاغ اوراق قضایی، این گونه جمع کرد که احکام مقرر در ق.آ.د.م. در خصوص ابلاغ، اختصاص دارد به ابلاغ‌های موضوع آن قانون و احکام مقرر در آ.س.ر.م. مربوط است به ابلاغ‌های موضوع این آیین‌نامه یعنی ابلاغ‌های الکترونیکی. با وجود این، با توجه به اینکه آیین‌نامه مورد بحث، مصوب ریاست قوه قضاییه است، احکام مقرر در این آیین‌نامه می‌تواند نشان‌دهنده تمایل دستگاه قضاء در امر ابلاغ به تحول در مقررات ابلاغ اوراق قضایی و رهایی از برخی اشکالات اجرایی بعضی از احکام ابلاغ در ق.آ.د.م. بهویژه ماده ۸۳ آن قانون باشد.

نتیجه‌گیری

از آنچه در این مقاله گذشت می‌توان چنین نتیجه گرفت که قانون‌گذار در وضع ماده ۸۳ ق.آ.د.م. - که به موجب آن اصل بر بی‌اعتباری ابلاغ قانونی اعلام شده است، مگر اطلاع مخاطب احراز شود - دقت لازم را به عمل نیاورده است؛ زیرا چنین حکمی نه فقط در اجرا با موانع جدی روبرو است، بلکه با سایر مواد این قانون، از جمله مواد مربوط به ابلاغ آرا و همچنین با مواد دیگر مبحث ابلاغ در این قانون نه تنها هماهنگ نیست، بلکه ناهماهنگ و متعارض است. اگرچه راه حل اصلی این معضل حذف این ماده در اصلاحات بعدی قانون است، ولی تا زمانی که این ماده در قانون وجود دارد، ناگزیر از اجرای آن به شیوه‌ای هستیم که سبب اطاله دادرسی نشود و امکان ادامه دادرسی فراهم باشد. در این جهت می‌توان احراز موضوع این ماده را نه احرازی دقیق و مبتنی بر بررسی تفصیلی بر اساس ادله اثبات، بلکه دستیابی به اطمینانی نسبی در اثر یک بررسی ساده و نه چندان مفصل و دقیق، بلکه مبتنی بر قرائن و شواهد دانست. سایر مواد قانون آیین دادرسی مدنی در خصوص ابلاغ برخی اوراق خاص در دادرسی مثل رأی دادگاه را نیز باید احکامی ویژه دانست که در مورد موضوع خود، بر ماده ۸۳ ق.آ.د.م. که حکمی عام را بیان کرده است، مقدم هستند.

آ.س.ر.م. که به دنبال توسعه استفاده از ابزار الکترونیکی در جامعه و با توجه به مزایای استفاده از این ابزار در همه امور از جمله در امر قضا و دادرسی، ابلاغ به شیوه الکترونیکی را مقرر کرده، در ماده ۱۳، وصول اوراق قضایی به حساب کاربری مخاطب را ابلاغ محسوب کرده و بر رویت اوراق در سامانه ابلاغ، آثار ابلاغ واقعی را مترتب کرده و در تبصره ۱ این ماده از امکان اظهار بی‌اطلاعی مخاطب ابلاغ در صورت اثبات عدم اطلاع به لحاظ عدم دسترسی یا نقص در سامانه، سخن به میان آمده است. از این تبصره و متن ماده یادشده چنین استنباط می‌شود که اثبات بی‌اطلاعی مخاطب ابلاغ در هر دو حالت ابلاغ قانونی و ابلاغ واقعی سبب بی‌اعتباری آن است. از این رو، حکم مقرر در این تبصره (که اصل را بر اعتبار ابلاغ در هر حال شناخته مگر بی‌اطلاعی مخاطب در اثر عدم دسترسی یا نقص سامانه اثبات شود) با حکم مقرر در ماده ۸۳ ق.آ.د.م. (که در ابلاغ قانونی، اصل را بر بی‌اعتباری ابلاغ اعلام کرده است، مگر اطلاع مخاطب ثابت شود) متفاوت و مغایر است و در جمع این احکام مغایر، باید حکم مقرر در تبصره ۱ ماده ۱۳ آ.س.ر.م. را صرفاً در ابلاغ الکترونیکی موضوع آن آیین نامه قابل اجرا دانست. نهایت اینکه تبصره ۱ ماده ۱۳ آ.س.ر.م. از این جهت که در ابلاغ‌های الکترونیکی، از حکم قابل انتقاد و غیر قابل اجرای ماده ۸۳ ق.آ.د.م. پیروی نکرده و بر

خلاف آن ماده، اصل را بر اعتبار ابلاغ شناخته است، مگر بی اطلاعی مخاطب اثبات شود، قابل تأیید و تحسین است و تحولی را در این زمینه ایجاد کرده که سبب تسهیل در امر ابلاغ اوراق قضایی و مانع سوءاستفاده‌های اصحاب دعوا در این زمینه می‌شود و در اصلاحات بعدی قانون، شایسته است قانون‌گذار در همین مسیر حرکت نماید و حکم ماده ۸۳ ق.آ.د.م. ملغی شود.

منابع

- احمدی، نعمت، آیین دادرسی مدنی منطبق با قانون تشکیل دادگاههای عمومی و انقلاب، تهران، انتشارات اطلس، ۱۳۷۵.
- انصاری، مسعود؛ طاهری، محمدعلی، دانشنامه حقوق خصوصی، جلد ۱، تهران، محراب فکر، ۱۳۸۴.
- بهرامی، بهرام، آیین دادرسی مدنی ۱ و ۲، تهران، انتشارات نگاه بینه، ۱۳۸۸.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ترمینولوژی حقوق، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۶.
- _____، دانشنامه حقوقی، جلد ۱، تهران، امیر کبیر، ۱۳۵۶.
- _____، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، ج ۱، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۶.
- حیاتی، علی عباس، آیین دادرسی مدنی ۲، تهران، نشر میزان، ۱۳۹۰.
- زراعت، عباس، محسای قانون آیین دادرسی مدنی، تهران، انتشارات ققنوس، ۱۳۸۹.
- شمس، عبدالله، آیین دادرسی مدنی (دوره پیشرفته)، جلد ۲، تهران، انتشارات دراک، ۱۳۸۵.
- شهیدی، موسی، موازین قضایی محکمه عالی انتظامی، بی جا، کتابفروشی علمی، بی تا.
- کریمی، عباس، آیین دادرسی مدنی، تهران، انتشارات مجد، ۱۳۸۹.
- مدنی، سید جلال الدین، آیین دادرسی مدنی، جلد ۲، تهران، گنج دانش، ۱۳۷۵.
- مردانی، نادر؛ بهشتی، محمدجواد، آیین دادرسی مدنی، جلد ۲، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۹.
- معاونت آموزش قوه قضائیه، مجموعه نشستهای قضایی مسائل آیین دادرسی مدنی، جلد ۱، تهران، جاودانه، ۱۳۸۷.
- مهاجری، علی، قانون آیین دادرسی مدنی در نظم حقوقی کنونی، تهران، انتشارات فکر سازان، ۱۳۹۰.
- _____، مبسوط در آیین دادرسی مدنی، جلد ۱، تهران، انتشارات فکر سازان، ۱۳۸۸.

-
- _____ ، مبسوط در آیین دادرسی مدنی، جلد ۳، تهران، انتشارات فکر سازان، ۱۳۸۹ .
- واحدی، قدرت الله، آیین دادرسی مدنی، کتاب دوم، جلد ۲، تهران، نشر میزان، ۱۳۷۷ .

موارد و آثار حکم قطعی غیرقابل اجرا

*عبدالله خدابخشی

چکیده

هدف از رسیدگی و صدور رأی، تعیین راه حل حقوقی بین طرفین و اجرای آن است. با این حال، به دلایل مختلف، گاه نمی توان رأی را اجرا کرد. به این صورت که ممکن است اجرای رأی با حقوق اشخاص ثالث در تعارض باشد یا موضوع رأی تغییر نماید یا موانع اداری، سبب توقف اجرای رأی شود. همچنین در مواردی، اجرای رأی به مقدماتی نیاز دارد که بدون رسیدگی مستقل و با رعایت حق دفاع، نمی توان آن را احراز و اجرا کرد. در واقع اصول دادرسی عادلانه مانند استماع اظهارات طرفین، اعطای فرصت دفاع و شکایت از تصمیم دادگاه، در مرحله اجرا نیز باید رعایت شوند و از این رو، گاه باید اجرای رأی را متوقف نمود. این موارد، ضابطه مشخصی در رویه قضایی ندارند. یکی از علل آن، عدم نظارت مراجع عالی نسبت به دستورات اجرایی است؛ زیرا بیشتر تصمیم‌ها در مرحله اجرا، از طریق دستورات اداری است و ذی‌نفع قادر به شکایت از آن نیست. به جهت نقص در ادبیات حقوقی و عملکرد غیرمنضبط رویه قضایی، آثار غیرقابل اجرا بودن رأی نیز به درستی مشخص نیست. در واقع، پرسش اصلی این است که آیا می توان از اجرای رأی قطعی جلوگیری کرد. و در صورت مثبت بودن پاسخ، چه معیاری برای آن وجود دارد؟ به نظر می رسد در رویه قضایی، استثنائاً، مواردی از عدم اجرای آرای قطعی وجود دارد که مهم‌ترین ملاک آن را می توان در مشکلات عملی و تبدیل محکوم به بر شمرد.

کلیدواژه‌ها: رأی دادگاه، قابلیت اجرای رأی، توقف اجرا رأی، تعذر اجرای رأی.

مقدمه

هدف اصلی از صدور رأی، اجرای آن و رسیدن متقاضی به نتیجه مورد نظر است. آرای اعلامی نیز با قابلیت استناد خود، راه را برای اقدامات بعدی حکومه هموار می کنند. برای مثال رأی اعلام فسخ، به مالک حق می دهد مال مورد قرارداد را به دیگری منتقل کند و خریدار نیز اطمینان دارد که فروشنده، با فسخ قرارداد، مجدداً مالک شده و اکنون مالکیت خود را به او منتقل می کند. حکوم به ممکن است عمل معین، تسليم مال، پرداخت وجه، اعاده اقدامات و مانند آن باشد. بدیهی است این نتایج بعد از قطعیت رأی، باید به درخواست حکومه و به سود او، قبل اجرا باشند.^۱ اجرای رأی در عین حال، از مصادیق بارز حاکمیت ملی و مبتنی بر نظم عمومی است و علاوه بر اینکه تعهداتی را متوجه حکوم له می کند، مراجع قضایی را نیز به اجرای آن متعهد می کند.^۲ در مقررات کشورهای اروپایی بر خصوصیاتی مانند اجرای «کامل»، «فوری» و «کم هزینه» تصریح شده است (ماده ۸۰۲ قانون آیین دادرسی مدنی آلمان). ماده ۲۰ قانون اساسی یونان نیز به تضمین های قضایی از جمله اجرای رأی، اشاره دارد. از این رو، تصور غیر قابل اجرا بودن رأی، با وصف قطعیت آن، عجیب به نظر می رسد.^۳ با این حال، دقت در مقررات قانونی و رویه قضایی نشان می دهد که گاه نمی توان و گاه نباید رأی قطعی را اجرا کرد. این امر می تواند ناشی از دشواری های اجرا، هزینه های اجرایی،^۴ تبدیل حکوم به، حکم قانون، ابهام رأی و مانند آن باشد. متأسفانه یکی از اشکالات مربوط به اجرای رأی، دشواری در وحدت رویه و دور بودن نظارت دیوان عالی کشور از

۱. اجرای مؤثر رأی به موجب تصمیم دادگاه اروپایی حقوق بشر (دعوای: Zappia v. Italy and Hornsby v. Greece, 1977) به عنوان یکی از اجزای جدایی ناپذیر «حق بر جبران و اعاده وضع» و «حق بر دادرسی عادلانه» تلقی شده است (موضوع ماده ۶ و ۱۳ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر):

Case study on the functioning of enforcement proceedings relating to judicial decisions in member States, European Commission's Directorate General Justice, Consumers and Gender Equality, 1st edition, 2015, p.5.

۲. نتیجه تحقیقی در خصوص اجرای آرای قضایی در کشورهای اروپایی نشان می دهد که مراجع قضایی، نه صرفاً « مجری » حکم، که بیشتر، « متعهد » به اجرای آن هستند. این امر، آثار مهمی در رابطه با طرفین اجرا و مجری حکم دارد. در این خصوص، ر.ک: خدابخشی، عبدالله، حقوق حاکم بر اجرای آرای مدنی، چاپ اول، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۳، صص. ۱۴۳-۱۴۴.

۳. به موجب ماده ۲۴ قانون: «دادورز (مأمور اجرا) بعد از شروع به اجرا نمی تواند اجرای حکم را تعطیل یا توقيف یا قطع نماید یا به تأخیر اندازد مگر به موجب قرار دادگاهی که دستور اجرای حکم را داده یا دادگاهی که صلاحیت صدور دستور تأخیر اجرای حکم را دارد یا با ابراز رسید حکومه دائر به وصول حکومه یا رضایت کتبی او در تعطیل یا توقيف یا قطع یا تأخیر اجرا».

4. Enforcement of Court Decisions in Europe, Report Prepared by the Research Team on Enforcement of Court Decisions, University Nancy (France), Swiss Institute of Comparative Law and Discussed by the CEPEJ-GT-EVAL at their 8th Meeting, p. 35.

فرایند اجراست، زیرا اجرای حکم، نوعاً با دستورات اداری و یا تصمیم‌های قطعی دادگاه نخستین به عمل می‌آید و به ندرت می‌توان مراجع بالاتر را در این فرایند مشارکت داد تا منتهی به آرای متعارض و صدور رأی وحدت رویه شود و یا حداقل شعب دیوان عالی کشور، آرایی در این خصوص صادر نمایند و به جهت جایگاه آن، مورد توجه قرار گیرد. از این رو، در مواردی که رأی قابل اجرا به نظر نمی‌رسد، نمی‌توان رویه قضایی مشخصی را به دست آورد.^۱ اشکال مربوط به غیر قابل اجرا بودن رأی قطعی نیز از این موارد است که با دقت در رویه قضایی می‌توان جهاتی مانند تعذر اجرای حکم، ابهام رأی، موانع اداری، تبدیل محکوم به و صدور حکم کلی و اناطه اجرایی را از جمله اسباب آن برشمرد که در نوشته پیش رو مختصراً بررسی خواهند شد.

۱. تعذر اجرای حکم

گاه اجرای رأی به دلایل عملی، نوعاً غیرممکن می‌شود. این دلایل گاه غیرواقعی و در نتیجه تبعات اجتماعی است و گاه نیز از اصل استمرار امور اداری و دیگر مبانی عمومی سرچشمه می‌گیرد. برای مثال حکم خلع ید صادر و قطعی می‌شود اما اجرای آن به این جهت که صدها متصرف، در آن، خانه ساخته اند، عملاً ممکن نیست و تبعات اجتماعی دارد. همچنین گاه زمین مورد خلع ید را نمی‌توان از تصرف برخی نهادهای عمومی خارج کرد. جریان رأی اصراری شماره ۱۲-۱۳۷۹/۳/۲۴ شعب حقوقی دیوان عالی کشور، نمونه‌ای قابل ذکر در این خصوص است. در این مورد، حکم خلع ید صادر می‌شود. اما امکان اجرای آن به دلیل حضور یکی از مراکز نظامی در آن نیست و اجرای احکام عملاً نمی‌تواند عین را به محکوم‌له مسترد دارد. هیأت عمومی اصراری دیوان عالی کشور در این رأی مقرر می‌دارد: «نظر به اینکه اجرای حکم در خصوص خلع ید از زمین مورد مالکیت تجدیدنظرخواه به لحاظ اینکه مورد حکم در محدوده پادگان نظامی قرار داشته، متغیر بوده است، لذا محکوم له ناگزیر به سبب یأس از اجرای حکم مذکور، دعوای دیگری دایر بر مطالبه بهای زمین مطرح نموده است که چون تجدیدنظرخوانده صریحاً اصل دعوا را پذیرفته لذا دادگاه مکلف بوده که وفق مقررات، تجدیدنظرخوانده را به پرداخت بهای زمین در قبال فراهم ساختن مقدمات انتقال سند از ناحیه تجدیدنظرخواه محکوم نماید».^۲ به نظر می‌رسد که در این موارد، همان طور که در رأی اخیر ملاحظه شد، بعد از یأس از اجرای رأی، محکوم له اختیار خواهد یافت که با اقامه

۱. خدابخشی، عبدالله، منبع پیشین، صص. ۱۱-۱۲.

۲. مذاکرات و آرای هیأت عمومی دیوان عالی کشور سال ۱۳۷۹، جلد ۶، چاپ اول، تهران، اداره وحدت رویه و نشر مذاکرات و آراء هیئت عمومی دیوان عالی کشور، ۱۳۷۹، ص. ۱۹۰.

دعوا، نسبت به مطالبه وجه محکوم به اقدام کند و نیز بنظر می‌رسد این امکان برای قسمت اجرا فراهم است که با استفاده از ماده ۴۶ قانون اجرای احکام مدنی^۱ نسبت به ارزیابی ملک و تبدیل به وجه و وصول آن از شخص محکوم علیه اقدام کند، زیرا اقامه دعوای مستقل، جز رسیدن به همان نتیجه، اثری ندارد. سؤال این است که اگر محکوم‌له از این اختیار استفاده نکند و بر اجرای رأی خلع ید اصرار ورزد، آیا راهی برای محکوم علیه یا قسمت اجرا، به منظور تبدیل عین محکوم‌به، به قیمت وجود دارد یا خیر. در این صورت، آیا تبدیل به وجه، آثاری مانند موکول شدن اجرا به انقضای مدت معین دارد (در مورد نهادهای دولتی و عمومی مانند شهرداری‌ها) یا از زمان صدور حکم اصلی لحظه‌ی شود؟ به نظر می‌رسد که تعذر یا تعسر در اجرای رأی، تنها با حفظ حقوق محکوم‌له و اجتناب از افتادن در ورطه اعسار و مانند آن ممکن است. به عبارت دیگر، همان طور که در ادامه بیشتر توضیح خواهیم داد، اگر قسمت اجرا، همزمان بتواند بدل محکوم‌به را از محکوم علیه وصول نماید، اختیار قانونی را برای تبدیل حکم و توقف اجرا خواهد داشت. در غیر این صورت منوط به رضایت محکوم‌له است.

۲. ابهام رأی

به موجب ماده ۳ قانون اجرای احکام مدنی «حکمی که موضوع آن معین نیست قابل اجرا نمی‌باشد». ماده ۲۸ همین قانون نیز مقرر می‌دارد: «رأی داوری که موضوع آن معین نیست قابل اجرا نمی‌باشد. مرجع رفع اختلاف ناشی از اجرای رأی داوری دادگاهی است که اجراییه صادر کرده است». اگر حقوق، هنر عبارات و کلمات است، باید گفت که رأی دادگاه نیز هنر اصلاح و فصل خصوصت است و این ویژگی با ابهام و تعارض در آن سازگار نیست. در واقع، رأی وقتی مبهم است که با عباراتی مانند «من فکر می‌کنم ...» یا «ممکن است که ...» قابل تفسیر باشد.^۲ علل ابهام رأی هرچه باشد، علاوه بر کاهش اقتدار آن، سبب چندگانگی و گاه بدون اجرا ماندن رأی می‌شود.^۳ مبهم بودن را در واقع می‌توان، مانع اجرای رأی دانست نه اینکه شرط اجرای آن باشد؛ زیرا اولاً آرای مبهم، نادرند و پیش بینی چنین شرطی برای رأی، منطقی نیست. ثانیاً اگر

۱. در این نوشته، به جهت اختصار، از آن با عنوان «قانون» یاد می‌کنیم.
۲. در تشریح بیشتر ماده ۳ قانون، رجوع شود به: مهاجری، علی، شرح جامع قانون اجرای احکام مدنی، جلد اول و دوم، انتشارات فکرسازان، چاپ پنجم، ۱۳۹۰، صص. ۳۵-۳۶؛ نهرینی، فریدون، ایستایی اجرای حکم دادگاه، انتشارات گنج دانش، ۱۳۹۲، صص. ۸۲-۸۶.
3. Kahneman, Daniel, Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases, 1st Edition, Cambridge University Press, 1982, p. 3.
4. Frisch, Deborah, "The Effect of Ambiguity on Judgment and Choice", University of Pennsylvania, 1988, Paper AAI8824738, p. 9.

«فقدان ابهام»، شرط اجرای رأی باشد، بار اثبات و زمینه اجرا، در مقایسه با وضعیتی که «مبهم بودن» مانع اجرا باشد، متفاوت خواهد بود، زیرا در حالت اخیر، قابلیت اجرای رأی، مطابق اصل است و مدعی ابهام و عدم اجرا باید دلیل ارایه دهد.

در صورت ابهام رأی باید اشکال اجرایی یا مفادی آن را مرتفع نمود که از طریق تفسیر یا ارشاد دادگاه به عمل می آید. آیا تصمیم دادگاه در مورد رفع ابهام از حکم قابل تجدیدنظر است؟ از یک سو، قانون، در مقام بیان، به حق تجدیدنظرخواهی تصریح نکرده و ممکن است هر رفع ابهامی، عملاً سبب اطاله امر شود و راه را برای سوءاستفاده باز کند. از سوی دیگر، حفظ حقوق دفاعی شخص و قیاس اولویت از تصحیح حکم ایجاد می کند که تصمیم را قابل تجدیدنظر بدانیم، زیرا وقتی اصلاح عبارتی که همه می دانند اشتباه است، باعث حق اعتراض می شود، اصلاح امری که پنهان است به طریق اولی باید قابل اعتراض باشد؛ زیرا ممکن است ابهام رأی، پنهان و غیرقابل تصور باشد. همچنین ممکن است دادگاه به نام رفع ابهام، امری را مقرر دارد که پیش بینی طرفین را بر هم می زند و عملاً به زیان آنها منتهی می گردد. در مورد ماده ۲۹ قانون نیز می توان گفت که این ماده، ظهور در رأی قابل اعتراض دارد، زیرا از رسیدگی تشکیل جلسه و نیازمند به وقت بیشتر بودن و مانند آن صحبت می کند و دلالت بر رسیدگی مستقل و قلع نزاع دارد. قطعیت رأی که ابهام آن رفع شده است، دلیل می خواهد و در صورت تردید باید قابلیت تجدیدنظر آن را تأیید کرد. قرینه دیگر بر قابلیت اعتراض این است که رفع ابهام با دادگاه صادر کننده است نه اجرا کننده؛ زیرا در واقع، دخالت دادگاه صادر کننده به معنای دخالت در مفاد حکم است و ممکن است به تغییر آن بیانجامد. از این رو لازم است نظارت کافی بر تصمیم دادگاه وجود داشته باشد. در مقام داوری در این خصوص، به نظر می رسد که تصمیم دادگاه تابع اصل رأی است؛ با این تفاوت که قابلیت تجدیدنظرخواهی مانع از اجرا نیست. مگر اینکه مرجع بالاتر دستوری بر منع اجرا صادر کند. این نتیجه، در واقع جمع بین دو خصوصیت است: قطعیت رأی اصلی و قابلیت اجرای آن از یک سو و قابلیت تجدیدنظرخواهی، به دلایل مذکور، از سوی دیگر. بنابراین عملیات اجرایی ادامه می باید و به اعتراض نیز همزمان رسیدگی خواهد شد.

آنچه در باب اجرای رأی مبهم گفته شد، ناظر به جایی نیست که ابهام به صورت جهل مركب و مطلق در می آید، زیرا در این موارد به حکم ماده ۳ قانون نباید و نمی توان رأی را اجرا کرد و صرف اعتبار رأی نیز کمکی به اجرا نمی کند. برای مثال فرض شود که رأی داور در باب تنظیم سند یکی از پلاک های ثبتی به نام محکوم له است. این ابهام که منطق رأی را مردود می کند، اگر براساس ادلہ غیر قابل اختلاف، روشن نشود، در واقع، موضوع معینی برای آن باقی نمی گذارد و بلاجرا باقی می ماند.

۳. محاکومبه و موانع اداری

گاه به دلایل اداری که البته ممکن است ناشی از بی توجهی دادگاه در زمان رسیدگی نیز باشد، اجرای رأی متوقف می شود. این موانع را در نظام عمومی اجرای دادگستری و دیوان عدالت اداری بررسی می کنیم.

۱-۳. نظام اجرای عمومی (دادگستری)

گاه در تعیین مصدقای قلمرو محاکوم به و در نتیجه اجرای رأی تردید می شود. مورد اجرا یا «محاکوم به» همان است که حکم دادگاه به آن اشاره دارد و در واقع، موضوع حکم دادگاه همراه با اجزای ضروری آن را محاکوم به می گویند.^۱ مورد اجرا، همیشه با آنچه خواهان از دادگاه می خواهد (خواسته) منطبق نیست، زیرا دادگاه، گاه به امری رأی می دهد که به صورت تعیی در حکم می آید و در واقع بر دعوا مترتب می شود. با اینکه تشخیص محاکوم به چندان دشوار نیست اما در برخی وضعیت‌ها دادگاه و اصحاب دعوا را با ابهام مواجه می کند. برای مثال، گاه خواهان با ذکر محل خواسته مانند ملک معین، در ذکر مشخصات آن مانند شماره پلاک ثبتی اشتباہ می کند یا با ذکر صحیح شماره پلاک، شماره طبقه را نادرست می نویسد و دادگاه نیز بر اساس آنچه ذکر شده است، حکم می دهد. در این موارد، بهویژه اگر شماره پلاک ثبتی اشتباہ باشد، اجرای رأی دشوار می شود زیرا محاکوم علیه، غالباً با هدف ایجاد مانع در اجرا دفاع می کند که حکم دادگاه ربطی به محل مورد تصرف او ندارد و نیز دادورز برای تنظیم سند رسمی (در دعاوی الزام به تنظیم سند و یا تجویز انتقال منافع) با اشکال مواجه می شود. در این موارد، امکان صدور حکم تصحیحی نیز وجود ندارد، زیرا رسیدگی و رأی براساس آنچه خواهان اعلام نموده به عمل آمده و اشتباہی صورت نگرفته است. پرسش این است که محاکوم به چیست و توصیف خواهان، تا چه اندازه در تعیین مفهوم و مصدقای آن اثر دارد. به نظر می رسد که در هر مورد باید محاکوم به را با توجه به خواسته خواهان و نیز آثاری که ممکن است در وضعیت اشخاص ثالث به وجود آورد، تشخیص داد و در واقع، جوهره آنچه را که دادگاه حکم می دهد به دست آورد، اما از توصیف های فرعی چشم پوشی کرد. بنابراین در دعاوی تخلیه یا خلع ید، اگر خوانده در طول دادرسی، از نظر محل خواسته ایرادی نداشته باشد و دفاع نماید و تنها در برخی اوصاف ملک اشتباہ اعلام شده باشد، حکم قابل اجراست و صرف نادرست بودن شماره پلاک ثبتی مانع از اجرا نخواهد بود و دادگاه دستور اجرا را براساس آنچه مورد نزاع بوده است، صادر می کند. رویه قضایی باید به اساس خواسته و موضوع آن توجه نماید و

۱. در ماده ۴۹ قانون از «مدلول حکم» نیز یاد شده است.

توصیف‌های آن را در درجه دوم قرار دهد. به عبارت دیگر همان‌طور که ممکن است طرفین قرارداد در توصیف عقد، مواردی را ذکر نمایند و اگر این اوصاف با اساس موضوع منطبق نباشد، مانع از معلوم بودن مبیع نیست. در اینجا نیز توصیف‌هایی مانند شماره پلاک، در صورتی که همه چیز روشن است، نباید مانع از اقدام صحیح رویه قضایی و حل مسأله شود. در یک مورد، بعد از صدور حکم، معلوم شد که شماره پلاک ثبتی، نادرست است. اما طرفین اختلاف دقیقاً بر روی ملک معین و در نشانی معین نزاع داشته‌اند. محکوم‌له از دادگاه می‌خواهد که حکم را با توجه به شماره درست ثبتی اجرا کند. دادگاه خودداری می‌نماید. محکوم‌له ناگزیر از اقامه دعوای مجدد می‌شود، اما دادگاه اعلام می‌دارد (دادگاهی غیر از دادگاه اول): «...خواندگان، محکوم‌به تنظیم سند ملک مورد نزاع شده اند و ایراداتی که در اطراف آن مطرح است، مستلزم درخواست تصحیح رأی حسب ماده ۳۰۹ قانون آیین دادرسی مدنی است و بنابراین طرح دعوای مجدد به لحاظ امر پایان یافته، فاقد وجاهت بوده ...» (دادنامه شماره ۱۴ دادگاه ۹۱۰۹۹۷۵۱۱۰۴۰۲۳۵ شعبه ۴ دادگاه عمومی حقوقی مشهد). شعبه ۱۴ دادگاه تجدیدنظر استان خراسان رضوی نیز به موجب دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۵۱۳۳۴۰۱۵۵۳ این رأی را تأیید می‌کند. این در حالی است که دادگاه صادرکننده رأی اول، حاضر به اجرای حکم با اصلاح شماره پلاک ثبتی نبود و نتیجه این شد که محکوم‌له از اقامه دعوای مجدد بازماند و رأی اول نیز اجرا نشد.

مشابه با آنچه بیان شد، گاه رأی به دلایل اداری غیر قابل اجراست. در این خصوص نیز مسائل مختلفی مطرح می‌شود که با ذکر یک نمونه در رویه قضایی، می‌توان برخی از مهم‌ترین آنها را ملاحظه کرد. موضوع پرونده شماره ۹۵۰۷۲۰ شعبه اول دادگاه عمومی شهرستان دهاقان (استان اصفهان) به این صورت بود که خواندگان متهمد شدند که ملک معینی را در محل مشخص به دیگری واگذار نمایند. در زمان نوشتن متن توافق، شماره پلاک ثبتی اشتباہ نوشته می‌شود. نتیجه اینکه در پلاک نوشته شده مالکیتی نداشتند اما در آن محل و ملک معین، با شماره پلاک ثبتی دیگر، مالک بودند. بعد از اقامه دعوا، دادگاه حکم بر الزام به انتقال و تحويل صادر می‌کند. در مرحله اجرا مشخص می‌شود که در پلاک ثبتی اعلامی، مالکیتی وجود ندارد. اجرای رأی ممکن نمی‌شود و متوقف می‌ماند. خواهان مجددًا با همان خواسته و البته شماره پلاک ثبتی واقعی که خواندگان در آن مالکیت دارند، اقامه دعوا می‌کند. دادگاه مذکور به موجب دادنامه شماره ۹۵۰۹۹۷۳۷۴۹۱۰۲۲۱۲ مورخ ۱۳۹۵/۱۱/۳۰ مقرر می‌دارد: «در خصوص دعوای ... با خواسته الزام به انتقال [ملک دارای] پلاک ثبتی ... مختصرًا بدین شرح که خواهان مدعی است خواندگان ... به موجب بند سوم سند عادی تعیین

مهریه وی، ملک مذکور را که جزء ماترک مورث آنها بوده به عنوان بخشی از مهریه وی قرار داده اند لکن از انتقال رسمی آن امتناع می‌ورزند با این توضیح که شماره ملک مذکور ۵۵۴ می‌باشد و اشتباهًا توسط کاتب سند عادی به شماره ۵۵۳ نگاشته شده است و دعوای سابق و ... منجر به محکومیت خواندگان ... گردیده لکن به جهت اشتباه مذکور و عدم مالکیت مورث خواندگان و خود آنها در پلاک ثبتی ۵۵۳، حکم، قابلیت اجرا را ندارد و اصلاح رأی نیز بدین لحاظ که در دادخواست و مستند آن و جلسه دادرسی و حکم، پلاک ۵۵۳ ذکر شده و اشتباهی از سوی دادگاه در نگارش رأی روی نداده است، مورد پذیرش و اجابت دادگاه قرار نگرفته و ناچاراً جهت احراق حق، دعوای جدید را به شرح فوق مطرح نموده است. با توجه به شرح دادخواست و مفاد سند عادی مورد استناد خواهان و مفاد پرونده فوق الذکر که خلاصه آن در این پرونده منعکس می‌باشد و با عنایت به دادنامه صادره در آن پرونده و عدم قابلیت اجرای آن به جهت عدم مالکیت خواندگان و مورث آنها در پلاک ثبتی ۵۵۳ به شرح پرونده اجرایی مربوطه و با توجه به دفاعیات خواندگان به شرح لواح تقدیمی و صورت جلسات دادرسی که عمدهاً حاوی ایرادات شامل ایراد اعتبار در امر مختصمه و ایراد عدم قابلیت استماع دعوای به جهت عدم اثبات اشتباه مورد ادعای خواهان و نیز دفاع ماهوی عدم قابلیت تفکیک مفاد سند با عنوان هیأت واحد و عدم حضور خوانده ردیف دوم در جلسه تعیین مهریه و انکار امضا از سوی وی در ذیل سند می‌باشد و هر چند در جریان دادرسی ایرادات مورد توجه و رسیدگی دادگاه قرار گرفته و به صورت مكتوب رد شده و مراتب در پرونده منعکس است، لکن اجمالاً در خصوص دو ایراد شکلی مهم‌تر تصریح می‌شود: اولاً نظر به اینکه احراق حق و توسل به دادگاه و قلع نزاع، علاوه بر اینکه به تعبیر فقها از موارد نظم عمومی است («ما کان مقویاً لجلب المصلحة و دفع المفسدة و هو القضاء و الدعاوى». شهید اول، القواعد و الفوائد، ج ۱ ص ۳۸)، در اصل ۳۴ قانون اساسی نیز مذکور است و بنابراین هرگاه به دلایل مربوط به دادرسی و نحوه اجرا، ذی حق قادر به استیفای حقوق خود نباشد، باید راه‌های دستیابی به حق را کلاً مسدود کرد و اگر همان طور که قانون اجرای احکام مدنی مقرر می‌دارد امکان اجرای حکم نباشد، در واقع، عدم اجرا به معنی عدم رسیدن به حق است و صرف وجود اعتباری رأی در بخش‌هایی از آن، بدون اینکه غایت و نتیجه اصلی که تحصیل و سلطه ذی حق نسبت به موضوع حق است، محقق شود اثری در احراق حق نداشته است بنابراین اگر اجرای رأی منتفی شود حداقل باید با امکان اقامه دعوای صحیح، استیفای حق میسر شود و از این رو ایراد به اینکه سابقاً دعوای مطرح شده و طرح دعوای فعلی، ایراد اعتبار امر مختصمه دارد صحیح نیست زیرا اعتبار امر قضاؤت شده مبتنی بر برخی مبانی

است و از آن جمله، پرهیز از تعارض آرا و استماع مجدد دعوا است و هیچ یک از این موارد در این دعوا مصدق ندارد زیرا اولاً دعوا و رأی فعلی هرگز معارض دعوا و رأی سابق نیست، ثانیاً استماع آن عملی لغو تلقی نمی شود، زیرا در این وضعیت، تنها طریق استیفای حق می باشد و اگر به وضع موجود بدون استماع دعوای حاضر بسند شود، قطعاً ماده نزاع قلع نخواهد شد و اختلاف بین طرفین باقی می ماند و حق خواهان معطل خواهد ماند و این بر خلاف نظم عمومی است. مضافاً اینکه وحدت موضوع در دو پرونده به صورت کامل محقق نیست. ثانیاً نظر به اینکه با استحقاق خواهان و احراز توافق طرفین و معلوم و مشخص بودن مورد عقد، نیازی به بررسی مقدمات آن به صورت مجزا نیست. زیرا مقدمات دعوا تنها در جایی باید مستقل‌بررسی شود که از آنها تردید معقول باشد و یا استماع دعوا در آن موارد نفساً دارای اثری باشد و اگر مقدمه دعوای با ادله مثبته یا رأی قضایی محرز باشد یا مقدمه مذکور به قدری نزدیک به ذی المقدمه باشد که دادگاه مطابق آنچه در رویه مسلم قضایی می گذرد آن را در کنار اصل دعوا، تبعاً و در هنگام دفاع طرفین بررسی نماید، نیازی به طرح دعوای مستقل مانند اصلاح شماره پلاک ثبتی وجود نخواهد داشت یا به عبارت دیگر وقتی مورد معامله، محرز و مهریه از مال معین در مکان مشخص و معلوم است و تنها در شماره پلاک این مال اشتباه شده باشد و مال معین دیگری نیز برای متعهد وجود نداشته باشد، اساساً اقامه دعوا در مورد مقدمه آن و اصلاح شماره پلاک ثبتی، عملی لغو می باشد؛ زیرا دادگاه باید دعوایی را استماع کند که مؤثر باشد. وقتی مال معین، مورد مهریه باشد، چه نیازی به اصلاح شماره پلاک ثبتی آن با دعوای مستقل خواهد بود و بنابراین نباید استماع دعوی قبل استماع فعلی را به امری بدون اثر وابسته کرد. در لسان فقهی و حقوقی نیز اصل بر استماع دعوی است (علامه حلی، مختلف الشیعه فی احکام الشریعه، جلد ۱، ص ۳۵۰) لذا ایراد عدم استماع دعوی به شکل مطروحه نیز مردود می باشد، اما در خصوص دفاع ماهوی ارائه شده از سوی برخی خواندگان مبنی بر اینکه سند با هیأت واحدی از سوی آنها به امضا رسیده و تفکیک آن مورد قبول آنها نمی باشد، با توجه به قواعد عمومی قراردادها و مبانی فقهی و حقوقی تفسیر قرارداد، برای تعیین و تعیین مورد عقد کافی است که به اوصاف عرفی مهم که وجه فارق آن مال با دیگر موارد است، تصریح کرد و یا اشاره به عین خارجی با اوصافی که غرر را رفع نماید، کافی است یا اغراض مهم و مؤثر را باید در نظر گرفت که به ویژه در مورد عین معین اعم از مشاع یا مفروز همین که به آن اشاره شود، سبب تعیین مورد قرارداد می شود و اوصاف فرعی، اثری در همکاری اراده طرفین برای ایجاد ماهیت حقوقی (عقد به معنای مصدری) و تحقق نتیجه مورد نظر ماهیت حقوقی (عقد به معنای محصولی)

ندارد و در صورت تفاوت اوصاف نیز باید قواعدی را در تفسیر قرارداد رعایت کرد، مانند احراز قصد واقعی طرفین، پرهیز از تفسیری که موجب بطلان یا غیر قابل اجرا شدن قرارداد می گردد و منتبه کردن الفاظ و عبارات طرفین به معنایی که عرفاً قابل فهم یا قابل اجرا باشد (اعمال الکلام اولی من اهماله) و نظر به اینکه با بیانی که گذشت، به طور مشخص می تواند دریافت که منظور طرفین، تعیین مهریه از محل مال معین با وصف مشخص و مکان معلوم است و توصیف های دیگر از جمله شماره پلاک ثبتی بی گمان از اوصافی که اشتباه در آن اثری در اعتبار توافق طرفین ندارد و بنابراین توافق به خوبی شکل گرفته و استحقاق مهریه از محل مال معین بدون تردید وجود دارد و اصول تفسیر قراردادی نیز اقتضا دارد که خواست طرفین مقدم باشد و مهم ترین وصف مورد معامله معیار ارزیابی رابطه حقوقی طرفین باشد و بنابراین با محرز بودن عین مال و مکان و جایگاه آن، تفاوت در پاره ای اوصاف فرعی مانند شماره پلاک ثبتی، اثری در قرارداد نخواهد داشت و با محرز بودن موضوع عقد نمی توان گفت که متعهد، وصف فرعی را نیز به همراه عین خارجی در نظر گرفته است و این وصف برای او مهم بوده است و به تعبیر دیگر هیأت واحدی را پذیرفته است، زیرا مشخص است که متعهد، عین معین در مکان معین را منظور داشته و اینکه شماره پلاک ثبتی را اشتباه نوشته اند سبب منتفی شدن اصل مورد معامله نمی شود زیرا این وصف فرعی، شرط یا قید مورد توافق محسوب نمی گردد تا با اشتباه در آن، اصل تعهد نیز منتفی شود لذا دفاع مذکور یعنی امضا هیأت واحد و عدم پذیرش تفکیک آن مردود می باشد، مضافاً اینکه مورث خواندگان حسب گواهی اداره ثبت اسناد و املاک دهاقان مالکیتی در پلاک ثبتی ۵۵۳ نداشته است و بعيد است خواندگان، مدعی تمليک مالی باشند که در مالکیت آنها و مورث ایشان نبوده است و از طرفی اقرار برخی خواندگان به تعیین مهریه از صحرای ... برای خواهان و دو عروس دیگر خانواده بدین شرح که پدر آنها مالک سه ربع حبه صحرای ... بوده و هر ربع حبه، مهر یکی از عروسان شده است و حتی سهم متعلقه به همسر خوانده ردیف سوم ... موضوع دادنامه شماره ... قرار گرفته است، قویاً حاکی از قصد طرفین بر تعیین مهریه از صحرای مذکور می باشد و با توجه به اقرار خواندگان اول و پنجم ... و اقرار خواندگان ردیف دوم و چهارم در جلسه دادرسی ... علیرغم دفاعیات مفصل آنها به شرح لوایح سابق و عدم حضور و دفاع خوانده ردیف سوم علیرغم ابلاغ قانونی اوراق و اوقات به ایشان و با توجه به اظهارات دو شاهد معرفی شده از سوی خواهان که بینه شرعی محسوب می شود و اظهارات تنها شاهد معرفی شده از سوی خوانده ردیف دوم امکان تعارض با آن را ندارد و از سویی صرف نظر از اقرار خوانده ردیف دوم، جمیع قرائن و امارات موجود خصوصاً اظهار وی بدین مضمون که شاید سند

را بعداً امضا کرده باشم که موجب علم دادگاه به امضا مستند دادخواست ولو با تأخیر از سوی خوانده مذکور بوده و دادگاه را بی نیاز از ارجاع امر به کارشناسی نموده و با عنایت به پاسخ‌های واصله از اداره ثبت اسناد و املاک دهاقان و محتویات پرونده کلاسه ... خصوصاً دادنامه صادره قطعیت یافته در آن پرونده که دلالت بر استحقاق خواهان و متعهد بودن خواندگان به مفاد سند مذکور دارد ... دادگاه دعوای خواهان را وارد تشخیص و ... رأی بر محاکومیت خواندگان به انتقال ربع حبه از ... شماره ثبتی ۵۵۴ اصلی به انضمام اراضی متعلقه از پلاک مذکور به خواهان صادر و اعلام می‌نماید ...».

همان طور که از این رأی مستفاد می‌شود، گاه اجرای رأی با موانع اداری مانند اداره ثبت مواجه می‌شود و قطعیت آن نیز کمکی به حل موضوع نمی‌کند. از این رو، باید امکان اقامه دعوای مجدد فراهم آید و در این صورت، می‌توان از اعتبار رأی سابق نیز کمک گرفت. در دادنامه اخیر، اصل انتقال و تعلق مهریه و محل مشخص آن، واجد اعتبار هستند و دادگاه نیز به خوبی به آن استناد می‌کند؛ تحلیل دقیقی نیز از موضوع توسط دادگاه به عمل آمده که قبل تقدیر است.

۳-۲. اجرای احکام دیوان عدالت اداری

اجرای رأی علیه نهادهای عمومی، دشواری‌های خاص خود را دارد؛ زیرا قدرت عمومی از همه ظرفیت‌ها برای مقابله با آنچه به زعم خود صحیح نمی‌داند، استفاده می‌کند. با این حال، در نهایت این قدرت نیز باید مطیع گردد و با قطعیت رأی، آن را اجرا نماید. سال‌ها تجربه در مورد صدور و اجرای آرای مذکور، به ویژه آرای شعب دیوان عدالت اداری نشان داد که گاه، اجرای رأی به دلیل منافع عمومی، امکانات عملی، تغییرات قانونی و دیگر علل، ناممکن شده یا دارای تبعات اجتماعی است و از این رو، باید راهی برای حفظ اعتبار رأی و عدول محترمانه از آن، به جای تأکید بی ثمر بر آن، پیش‌بینی شود. قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری (۱۳۹۲/۳/۲۵) دو راهکار را در این خصوص مقرر نموده است که تفصیل آن نیازمند فرصت دیگری است:

اول - به موجب ماده ۱۱۵ این قانون «در مواردی که محکوم‌علیه در مقام اجرای احکام قطعی دیوان، به موانع قانونی استناد نماید و یا به جهتی امکان عملی اجرای حکم نباشد و این جهات به تشخیص دادرس اجرای احکام دیوان، موجه شناخته شود، از موارد اعاده دادرسی تلقی و پرونده به منظور رسیدگی به این جهات به شعبه صادرکننده رأی قطعی ارجاع می‌گردد. شعبه مزبور در صورت تأیید وجود مانع قانونی و یا عدم امکان اجرای حکم، رأی مقتضی به جبران خسارت و یا تعیین جایگزین محکوم به صادر می‌نماید. در غیر این صورت، قرار رد صادر و پرونده برای ادامه عملیات

۴. تبدیل محکوم به

۱-۴. تبدیل حقیقی

مطابق ماده ۴۶ قانون «اگر محکوم به عین معین بوده و تلف شده یا به آن دسترسی نباشد قیمت آن با تراضی طرفین و در صورت عدم تراضی به وسیله دادگاه تعیین و طبق مقررات این قانون از محکوم عليه وصول می‌شود...». دادگاه با صدور حکم و تعیین محکوم به، وضع طرفین را روشن نموده است و محکوم عليه باید با تسليم عین، ذمه خود را از ضمان معاوضی یا قهری بری کند. ممکن است دسترسی به عین به هر دلیل غیرممکن شود یا انتظار دسترسی، عرفانی غیرقابل تحمل باشد (نظیر سرقت اتومبیل). در این موارد و نیز در صورتی که عین مال به دلیلی غیر از آنچه به محکوم له

۱. مولاییگی، غلامرضا، صلاحیت و آینین دادرسی دیوان عدالت اداری، چاپ دوم، انتشارات جنگل، ۱۳۹۴، صص. ۳۳۵-۳۳۶

اجرایی به واحد اجرای احکام دیوان اعاده می‌شود. رأی و یا قرار صادرشده در این مرحله قطعی است». برای مثال وقتی رأی بر تأیید قلع بنای غیرمجاز صادر شود (تأیید رأی کمیسیون ماده ۱۰۰ قانون شهرداری) و به دلایلی مانند احداث بنای دیگر که مستلزم تخریب آن بنانیز می‌باشد یا تغییر طرح تفصیلی شهر، عملاً یا قانوناً تخریب آن صحیح نباشد، شعبه دیوان می‌تواند حکم به تغییر رأی (اعمال جرمیه نقدی از طریق نقض رأی و ارسال مجدد به کمیسیون ماده ۱۰۰) صادر نماید. همچنین اگر «رأی بر الزام شهرداری به صدور پروانه صادر شود که پس از صدور رأی ملک موصوف توسط وزارت نیرو تملک شده یا محل نصب دکل های فشار قوی قرار گرفته است، در این صورت اصل صدور رأی صحیح بوده لیکن امکان صدور پروانه برای پلاک مذکور بعد از صدور رأی با مانع اجرایی و قانونی مواجه شده است».^۱

دوم - مطابق ماده ۱۱۶ «در مواردی که اجرای حکم قطعی از اختیار محکوم علیه خارج و یا موکول به تمهید مقدماتی از سوی مرجع دیگری غیر از محکوم علیه باشد و مرجع اخیر در جریان دادرسی وارد نشده باشد، طرف یک ماه از تاریخ اعلام، مرجع یادشده می‌تواند به رأی صادرشده اعتراض کند و شعبه صادر کننده رأی قطعی باید به موضوع رسیدگی و اظهار نظر نماید. این رأی قطعی و لازم الاجراء است». به نظر می‌رسد موارد مشمول این دو ماده، چندان تفاوتی با هم نداشته باشند و تنها هریک از این موارد، راهکاری را برای اجرا مطرح می‌کنند، زیرا ماده ۱۱۵ از اعاده دادرسی که در اختیار محکوم علیه است و ماده ۱۱۶ از اعتراض ثالث، یاد می‌کند.

مربوط است،^۱ تلف شود، نیازی به اقامه دعوا به جهت روش بودن رابطه حقوقی طرفین و استغال ذمہ محکوم علیه نیست و بدل عین، جایگزین آن می‌شود. هر چند که بدل، اصولاً باید به صورت مثل یا قیمت تدارک یابد و برای مثال در مورد اتومبیل معین باید اتومبیل دیگری از همان نوع تهیه گردد، اما ماده ۴۶ بی توجه به این تفاوت و به این دلیل که هرچه زودتر عملیات اجرایی را پایان دهد، در مطلق اموال اعم از مثالی یا قیمتی، تعیین قیمت را تجویز می‌کند. روش کار نیز به این صورت است که دادگاه با ارزیابی و تعیین قیمت عین، دستور می‌دهد که معادل آن از سایر اموال محکوم علیه توقیف شود و اگر مال توقیف شده، غیر وجه نقد باشد، مطابق مقررات و از طریق مزایده به فروش رسانده و به محکوم له تسلیم کنند.

در مورد اخذ بدل، اینکه خواسته اولیه عین معین بوده یا مال کلی، تفاوتی ندارد. برای مثال صدور حکم به تحويل مقداری برنج یا گندم یا تحويل چند قطعه پرنده نیز مشمول این ماده است و دادگاه بعد از نامیدی از عین محکوم به، به قیمت آن روی می‌آورد. همان طور که بیان شد، این ماده را باید در ظرف عرفی تفسیر و اعمال کرد و نباید محکوم له را به صورت نامتعارف منتظر گذاشت. در واقع همین که دادگاه با اولین اقدامات برای توقیف مال به نتیجه ای نرسید باید به سراغ توقیف اموال دیگر برود و حقوق محکوم له را تأمین نماید. نکته قابل توجه در تبدیل محکوم به، وضعیت قرارداد اولیه طرفین است. می‌دانیم که اگر مال قیمتی، منتقل و امکان تحويل آن به هر دلیل منتفی گردد، عقد منفسخ می‌شود (ماده ۳۸۷ قانون مدنی). بنابراین لازمه تلف محکوم به عین معین، این است که قرارداد اصلی منفسخ و محکوم له دعوایی در این خصوص اقامه کند. اما قانون اجرای احکام مدنی، راهکار دیگری را دنبال کرده تا نیازی به تکرار دعوا نباشد. با تحلیلی که بیان شد، درواقع محکوم له، دو اختیار دارد: او می‌تواند قیمت محکوم به یا وجهی را که بر اساس قرارداد اصلی پرداخت کرده، مطالبه نماید. این انتخاب وقتی اثر دارد که قیمت محکوم به کمتر از وجهی باشد که براساس قرارداد پرداخت کرده است. اصل جبران کامل خسارت و هدف قانون این تفسیر را موجه می‌کند.

۲-۴. تبدیل حکمی

اصطلاح تبدیل یا تلف حکمی در برای تلف واقعی به کار می‌رود. گاه با وجود حکم قطعی لازم الاجرا، اعم از حکم بر نقض حکم سابق و اعاده عملیات اجرایی (ماده

۱. اگر تلف به محکوم له مناسب باشد، در حکم تسلیم عین و برائت ذمہ محکوم علیه است، اعم از اینکه تلف، دانسته (اتلاف) یا ندانسته باشد.

۳۹ قانون) و یا حکم مستقیم به تحويل عین معین (ماده ۴۶ قانون)، امكان تسلیم مال به دلایلی مانند انتقال نزد ثالث، تغییر صورت عرفی مانند احداث واحدهای ساختمانی روی زمین وجود ندارد. می دانیم که بر اساس قوعد سخت گیرانه غصب (الغاصب يؤخذ باشق الاحوال) مال مخصوص را باید در هر حالت به مالک مسترد نمود و اصولاً چیزی به نام تلف حکمی به این معنا که اگر عین مال به دیگری منتقل شد، امكان اعاده نیست، وجود ندارد. اما این سخن، مدت هاست که در پرتو تحولات اجتماعی و استقلال قانون در مقابل فقه، نرم شده و اصلاح، جای براندازی را گرفته است. قانون و رویه قضایی، به نحو مقتضی، از تصرف اشخاص با حسن نیت، دفاع و تنها در موارد محدود، به ابطال نقل و انتقالات یا خلع ید آنها اقدام می کنند. مفهوم غصب با آن شدت و حدتی که در فقه و قانون مدنی مطرح است، امروزه طرفداری ندارد و همه خود را با متصرف با حسن نیت همراه می دانند. اگر تصرف بر مال غیر، بدون آگاهی نیز غصب است، بی گمان برخی از قوانین را باید دفاع از غاصب دانست. قوانینی مانند قانون ابطال اسناد و فروش رقبات، آب و اراضی موقوفه ۱۳۷۱/۱۱/۲۲۵ مجلس شورای اسلامی یا لایحه قانونی راجع به رفع تجاوز و جبران خسارات واردہ به املاک ۱۳۵۸/۹/۲۷ شورای انقلاب، که در اولی، از افرادی حمایت شده که زمین وقف را متصرف شده اند ولی به دستور قانون، حق مکتب دارند و حال آنکه حق، برای غاصب معنا ندارد و در دومی، از تجاوز به ملک دیگری به صراحت حمایت شده است و غاصب را در ادامه غصب خود، مختار می داند. رویه قضایی نیز با الهام از چنین رویکردهایی، هر چند هنوز به دنبال تغییر قاعده غصب نیست و اساساً توان چنین تغییری ندارد، در احکام خود، تا آنجا که امکان دارد با عنایتی مانند تلف حکمی یا حقوق ثالث، از ایجاد مشکل برای متصرف، اجتناب و عین را به قیمت تبدیل می کند یا اساساً حکم می دهد که مالک باید قیمت مال را از شخص مسئول، مانند فروشنده عالم دریافت دارد. به باور ما، چنین امری که می توان آن را گذر از مفهوم و آثار غصب توصیف کرد، در برخی از مواد قانونی مانند ۳۹ و ۴۶ قانون دیده شده است. زیرا برای مثال در ماده ۳۹، مقتنن با بیان «در صورتی که محکوم به عین معین بوده و استرداد آن ممکن نباشد، دادورز (مأمور اجرا) مثل یا قیمت آن را وصول می نماید» در واقع به تعلق حق ثالث یا خود محکوم له بر مال توجه دارد و به جای مقررات غصب، از قواعد منطقی دیگری استفاده کرده که نیازمند توضیح مختصر است. در واقع، مقتنن با عبارت «محکوم به، عین معین بوده و استرداد آن ممکن نباشد» ارشاد می کند که باید به فکر جایگزین (بدل) مال بود اما اینکه استرداد، با چه شرایطی، ممکن یا ناممکن است و قلمرو آن چیست، معلوم نیست و مانند بسیاری از موضوعات دیگر، رویه قضایی را مسئول تطبیق مصادیق با آن مفهوم می داند؛ تطبیقی

سخت که تشتت تصمیم‌ها را به دنبال دارد و مسأله را غیر قابل پیش‌بینی می‌کند. اگر از زاویه غصب به موضوع بنگریم، باید گفت که با بقای عین در تصرف هر شخصی، حکم اولیه که لزوم رد عین است، به قوت خود باقی است و حتی غاصب ملزم است موافع آن را برطرف نماید و مثلاً مستحدثات خود را در مال مغصوب (محکوم‌به) قلع کند. درست است که محکوم به، به دستور (حکم) دادگاه تحويل شده و از ناحیه محکوم له نیز در زمان اعتبار حکم، به دیگری منتقل شده است اما این امر، دلیل معتبر بودن تصرفات نیست و باید عین را در ید هرکس باشد، اخذ و به مالک (محکوم‌علیه) رد کرد و حکم دادگاه در این خصوص اعتباری ندارد و غصب را به غیر‌غصب تبدیل نمی‌کند. به عبارت دیگر، اولاً مفاد قاعده «علی الید» که یکی از مستندات غصب و ضمان غاصب است، امری عام می‌باشد و قلمرو آن، بر حسب موارد مختلف، تفاوت خواهد داشت. به این صورت که با بقای عین، باید همان را رد کرد و با تعذر دسترسی، نوبت به بدل حیوله می‌رسد و در نهایت با تلف آن، مثل یا قیمت جای آن را می‌گیرد.^۱ ثانیاً صرف دخالت دادگاه و حکمی که متعاقباً نقض می‌شود، توجیه کننده بقای مالکیت متصرف و ایادی بعدی نخواهد بود.^۲ با این حال رویه قضایی با توجه به مبانی فقهی، از «تلف حکمی» در مقابل «تلف حقیقی» یاد می‌کند و با ادعای تلف حکمی، مال را غیرقابل استرداد می‌داند و حال آن که در مورد تلف حکمی، بین غصب و آنچه در حکم غصب است با آنچه سبب مالکیت قانونی شخص می‌شود، اما به دلایلی مانند فسخ یا انفاسخ باید عین مال را مسترد دارد، تفاوت وجود دارد. به این نحو که در مورد اخیر، تلف حکمی هر قسم مانعی است که عین را از دسترسی مالک خارج می‌کند و قدرت حقوقی برای اعاده آن وجود ندارد. برای مثال، خریدار، مبیع را به شخصی منتقل می‌کند و فروشنده نخست، بیع اولیه را فسخ می‌کند. در این مورد، تلف حکمی است، زیرا دسترسی قانونی به آن ممکن نیست. اما در همین مورد اگر بیع باطل باشد، به صراحت قانون و نیز از منظر فقهی، باید مال را از خریدار دوم گرفت و به مالک داد زیرا مالکیتی برای او حاصل نیامده است^۳ و به همین دلیل گفته شده که اگر مال مغصوب، چوبی باشد که در بنا یا کشتی به کار رفته است، باید جدا شود و به مالک مسترد گردد.

با این بیان، آیا مفهوم «عدم امکان استرداد» مذکور در ماده ۴۶ ق.ا.م. را باید بر این اساس تفسیر کرد یا این دسترسی نباشد» مذکور در ماده ۴۶ ق.ا.م. را باید بر این اساس تفسیر کرد یا این

۱. رشتی، میرزا حبیب‌الله، فقه الامامیه: قسم الخيارات، چاپ اول، قم، کتابفروشی داوری، ۱۴۰۷ق، ص. ۵۱۰.

۲. اسدی حلی(علامه)، حسن، تذکره الفقهاء، چاپ اول، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، ۱۳۸۸ق، ص.

۳. مامقانی، محمد، غایه‌الآمال فی شرح كتاب المکاسب، جلد ۲، چاپ اول، قم، مجمع الذخائر الإسلامية،

۱۳۱۶ق، ص. ۳۰۹.

۳. رشتی، میرزا حبیب‌الله، كتاب الغصب، چاپ اول، موسسه تحقیقات و نشر معارف اهل‌البیت، ۱۳۲۲ق، ص. ۱۴۵.



مفهوم، در برابر رویکردهای فقهی، استقلال دارد؟ نظر دکترین حقوقی را در این مورد به درستی نمی‌توان در یافت. در رویه قضایی نیز اختلاف نظر است و بنابراین باید با تحلیل بحث، پاسخی شایسته به دست آورد. ممکن است برای تعریف و قلمرو آن مفاهیم، معیارهایی به شرح زیر بر شمرد.

اول - مفهوم اقتصادی و جبران خسارت: در این معیار، عدم امکان استرداد و عدم دسترسی، به این دلیل است که حق مالکیت عین برای شخص وجود ندارد، حتی اگر وضع مالی او به نحوی باشد که خسارت اشخاص با حسن نیت را جبران نماید. به عبارت دیگر، آنچه مانع استرداد یا دسترسی می‌شود، جبران خسارت ثالث با حسن نیت است که مال را به نحوی به دست آورده و این وضع، تنها در فرض اعسار شخص متعهد (محکوم‌له در ماده ۳۹ یا محکوم‌علیه در ماده ۴۶) برای جبران خسارت متصور است، اما اگر همزمان، توقيف مال محکوم‌له یا محکوم‌علیه، برای جبران خسارت ثالث، ممکن باشد، باید عین محکوم‌به را از ثالث گرفت و به ذی حق تحويل داد و خسارت ثالث را نیز از محل اموال توقيفی شخص متعهد جبران کرد. جبران خسارت با پرداخت قیمت روز محکوم‌به صورت می‌گیرد، زیرا در موارد مشابه نیز از این طریق، خسارت را جبران می‌کنند. از منظر تحلیل اقتصادی نیز باید هزینه‌های اعاده مال کاهش یابد و این امر مستلزم حفظ آن نزد ثالث است تا اولاً در مورد ماده ۳۹، اقبال به خرید در مزایده افزایش یابد، ثانیاً در مورد ماده مذکور و نیز در مورد ماده ۴۶، مانع از دعواه متعدد ابطال استناد شود و اختلاف، تنها با یک دعوا، بین طرفین اجرا، از طریق پرداخت قیمت، حل و فصل شود.

دوم - مفهوم عملی استرداد و دسترسی: براساس این معیار، آنچه مانع از استرداد یا دسترسی مال می‌شود، دسترسی عملی به مال است نه اینکه حق مالکیت محکوم‌له (ماده ۳۹) یا محکوم‌علیه (ماده ۴۶)، باقی یا به ثالث منتقل شده باشد؛ زیرا با وجود مال و دسترسی به آن، مانند آپارتمان یا اتوبیل، استرداد یا دسترسی «ممکن» است و اینکه گفته شود، صرف انتقال مال، به معنای تلف حکمی است یا استرداد و دسترسی را ناممکن می‌کند، فاقد توجیه قانونی است. با صدور حکم بر عین مال (ماده ۴۶) یا نقض حکم اولیه (ماده ۳۹)، معلوم می‌شود که تصرف ثالث، غاصبانه است و باید به قواعد آن کرد. با این معیار، افزایش یا کاهش ارزش مال، مانع استرداد یا دسترسی نخواهد بود و صرف نظر از جبران خسارت مربوط به افزایش دارایی یا هزینه‌های صورت گرفته در مال، باید عین را اعاده کرد (در ماده ۳۹) یا به مالک تحويل داد (در ماده ۴۶).

سوم - مفهوم استرداد و دسترسی اختیاری: بر این اساس، محکوم‌علیه اولیه (موضوع ماده ۳۹) و محکوم‌له (موضوع ماده ۴۶) اختیار دارد که با بقای عین نزد ثالث، استرداد عین

را بخواهد یا با توقیف مال متعهد (محکوم‌له در ماده ۳۹ و محکوم‌علیه در ماده ۴۶)، قیمت روز محکوم‌به را مطالبه کند. این معیار، بهویژه در موردی که اعاده وضع، مستلزم طرح دعاوى ابطال سند انتقال و مانند آن است، به سود محکوم‌علیه (موضوع ماده ۳۹) و محکوم‌له (موضوع ماده ۴۶) است. البته می‌توان دریافت که این معیار، تابعی از دو معیار دیگر است زیرا اگر شخص خواستار استرداد یا اعلام دسترسی به عین شود، باید بر اساس یکی از دو معیار دیگر پاسخ داد که آیا درخواست او پذیرفتی است یا خیر.

چهارم - مفهوم بقای عرفی مال: بر این اساس، نه صرف انتقال مال به ثالث؛ که تغییر در عنوان مال، به نحوی که عرفًا همان نوع اولیه نباشد، مانع از استرداد یا دسترسی می‌باشد. مالک می‌تواند مال را از ثالث اخذ کند، مشروط بر اینکه براساس اقدامات ارادی یا غیر آن، طبیعت مال تغییر نکرده باشد. برای مثال اگر محکوم‌به، زمین باشد و خریدار، واحدهای آپارتمانی در آن احداث کند، استرداد یا دسترسی ممکن نیست زیرا عنوان مال، عرفًا تغییر کرده است. این معیار، در موردی که محکوم‌به نزد خود محکوم‌له (ماده ۳۹) یا محکوم‌علیه (ماده ۴۶) باشد نیز قابل اعمال است.

دکترین حقوقی، دقیقاً، مبنای نظر خود و علت انتخاب یکی از این معیارها را تبیین نمی‌کنند و رویه قضایی نیز بیشتر به امکان عملی استرداد توجه دارد. به باور ما، گذشته از تفاوت شخص ثالث باحسن نیت و غیر آن، باید مفهوم عدم امکان استرداد یا عدم دسترسی را در مقابل مفهوم غصب، مستقل تلقی کرد و حق شخص ثالث را در همه شرایط حفظ کرد. دلایل آن، اجمالاً به این شرح است:

ابتدا باید این پرسش را پاسخ داد که مفهوم «حالت قبل» (مذکور در ماده ۳۹ قانون) چیست. در این ماده آمده است: «عملیات اجرایی به دستور دادگاه اجراکننده حکم، به حالت قبل از اجرا بر می‌گردد» بدون اینکه قلمرو آن روشن باشد. در این خصوص دو تفسیر را می‌توان به قانون نسبت داد: اول - منظور از «حالت قبل»، تنها در رابطه با طرفین اجرا و نیز در مورد محکوم‌به است. دوم - منظور قانون، اعم از طرفین اجرا و دیگر اشخاصی است که در امر اجرای حکم، به هر دلیل، حضور یافته‌اند. همچنین قانون از «عملیات» سخن می‌گوید و تنها بر «محکوم‌به» تأکید ندارد. براساس تفسیر اول، اعاده وضع، محدود به طرفین اجرا است و اشخاص ثالث را در نظر ندارد. بنابراین اگر محکوم‌به، در اختیار محکوم‌له باشد، اخذ و به محکوم‌علیه (اولیه که اینک خود محکوم‌له است!) مسترد می‌گردد ولی قانون اجازه نمی‌دهد که اعاده عملیات اجرایی، اشخاص ثالث را نیز متأثر کند؛ آن‌هم نه به موجب یک حکم که تنها بر اساس «دستوری» ساده مبنی بر لزوم بازگشت به گذشته. مفروض آن است که شخص ثالث در این عملیات حضور نداشته و بنابراین نباید از آن متأثر شود. اینکه در ماده ۴۴ قانون

از اعتبار حکم دفاع شده و در مقابل شخص ثالث قابل استناد دانسته شده است، به این معنا نیست که قابلیت استناد در مورد «دستور» دادگاه نیز اعمال گردد. با این تفسیر، «حالت قبل»، با در نظر گرفتن وضعیت محکوم‌له و محکوم‌علیه تعیین می‌شود نه اینکه تنها به محکوم به توجه شود و آن را در تصرف هر شخصی باشد، اخذ و به محکوم‌علیه رد کنند. اگر محکوم به هنوز در رابطه طرفین اجرا، موجود باشد، مسترد می‌گردد و در غیر این صورت از مفاد ماده ۳۹ نمی‌توان دلیلی بر اخذ آن از شخص ثالث به دست آورد. بر اساس تفسیر دوم، قلمرو دیگری از اعاده وضع و حالت قبل، ترسیم می‌شود. در واقع، قانون با عبارت اعاده «عملیات» وضع همه را در نظر دارد. حالت قبل، براساس تفسیر دوم، حالات محکوم به نیست بلکه حالات اشخاص و محکوم‌به، هر دو، می‌باشد. هم باید وضع اشخاصی که در امر اجرا مداخله نموده اند، روشن شود و به حالت قبل باز گردد و هم محکوم‌به اعاده گردد. اگر مال را از ثالث گرفته و به محکوم‌علیه بدهند، وضع محکوم‌علیه به حالت قبل اعاده شده اما وضع ثالث بدتر شده است؛ حالت فعلی را از دست می‌دهد و حالت قبل را نیز ندارد مگر اینکه شخص ثالث همراه با محکوم‌علیه، به مثل یا قیمت مال خود برسد و این امر نیز به طور همزمان صورت گیرد (حق حبس در زمان اجرا). به این معنا که اگر مالی از محکوم‌له برای جبران خسارت ثالث، قابل توقیف باشد، بازگرداندن محکوم‌به نیز ممکن خواهد بود و در غیر این صورت، باید محکوم‌به را بازگرداند؛ زیرا در این فرض، تنها بخشی از حکم قانون مبنی بر اعاده حالت قبل رعایت شده و بخش دیگر که اعاده وضع ثالث است، نقض گردیده است.

به نظر می‌رسد که مستفاد از عبارت «عملیات اجرایی ... به حالت قبل از اجرا بر می‌گردد» این است که وضع اشخاصی که در این عملیات حضور داشته‌اند یا به عبارت دیگر، عملیات اجرایی وضع آنها را متأثر نموده است، به حالت قبل از عملیات اعاده شود و این امر، علاوه بر طرفین اجرا، می‌تواند برخی از اشخاص ثالث را نیز در بر گیرد. برای مثال شخصی که در راستای تبصره ماده ۳۴ قانون، مال خود را معرفی کرده و نیز برنده مزایده که به طور مستقیم در اجرای رأی حضور داشته، از این قبیل است. اما سایر اشخاص، ربطی به عملیات اجرایی ندارند و در صورت اعاده محکوم‌به، باید از طریق عادی و با اقامه دعوا، خسارت خود را دریافت دارند. بنابراین می‌توان گفت که ماده ۳۹ اصولاً ناظر به اشخاص ثالث نیست، مگر در مواردی که به طور مستقیم در عملیات اجرایی دخالت داشته باشند و با این بیان، اگر محکوم‌به نزد ثالث باشد، ماده ۳۹ اصولاً دلالتی بر اخذ آن و اعاده به محکوم‌علیه ندارد.

از سوی دیگر، در ماده ۴۶ نیز از مفهوم «عدم دسترسی» و «تلف» که می‌تواند

عدم دسترسی و عدم امکان استرداد به ترتیب موضوع مواد ۴۶ و ۳۹ می‌توان گفت که به دلیل اعتبار رأی دادگاه و لزوم اجرای آن، در هر حال می‌توان عین محکوم به را در تصرف هر شخصی که باشد، توقيف و به محکوم له رد کرد. در این وضعیت، شخص متصرف می‌تواند بر اساس ماده ۴۴ قانون، اعتراض ثالث اصلی را به منظور نقض رأی اقامه کند، در حالی که در مورد اعاده عملیات اجرایی موضوع ماده ۳۹، سخن از حکم نیست بلکه «دستور» اعاده است و دعوایی با خواسته نقض دستور، اگر قابل استماع نباشد، حداقل نامأнос است. به عبارت دیگر در ماده ۴۶ قانون، رد عین محکوم به و اخذ آن از ثالث، در راستای اجرای رأی و به جهت قابلیت استناد آن است درحالی که در مورد اعاده عملیات اجرایی، «حکم» معتبر قبل استناد، به وسیله حکم دیگری نقض می‌گردد و حکم اخیر، حاوی محکوم به خاصی نیست. درواقع، با صدور حکم تازه، اعتبار از حکم سابق برداشته شده و این بار با دستور دادگاه است که عملیات اجرایی، اعاده می‌شود. بنابراین اعتبار مربوط به اجرای رأی با اعتبار دستور، از این حیث متفاوت است. از مقایسه مواد ۴۶ و ۳۹ و ارتباط این مواد با ماده ۴۴ قانون^۱ می‌توان دریافت که اولاً دلیلی وجود ندارد که دستور دادگاه نسبت به اشخاص ثالث نیز اعتبار داشته باشد،

ثانیاً «عدم دسترسی» با «عدم امکان استرداد» متفاوت است و مفهوم اخیر، قلمرو گسترده‌تری دارد، زیرا می‌توان تصور کرد که مال در دسترس است اما امکان استرداد آن وجود ندارد. اطلاق ماده ۳۹ نیز شامل عدم امکان عملی (مخفى یا متعذر یا معسر شدن) یا حقوقی (تعلق حق دیگران به آن)، هر دو، می‌باشد. همچنین اگر حقوق شخص ثالث مورد تأیید قرار گرفت و اعاده عین مال منتفی گردید، مثل یا قیمت مال را نیز او نمی‌توان اخذ کرد، زیرا حفظ حقوق ثالث، در این مرحله، به نحو مطلق است و تنها به امکان یا عدم امکان بازگرداندن عین مال منحصر نمی‌شود؛ برخلاف محکوم له که ضمان مطلق دارد و باید در هر حال از عهده مثل یا قیمت برآید.

در تفسیر دوم (برای تبیین وحدت بین مفاهیم عدم دسترسی و عدم امکان استرداد) می‌توان اشاره داشت که اگر بر اساس تغییر «صورت عرفی مال» به تحلیل مسئله بپردازیم، چه تفاوتی بین مواد ۳۹ و ۴۶ وجود خواهد داشت. زیرا اگر در زمین احداث بنا شود و امکان استرداد ممکن نباشد، در واقع استرداد زمین منتفی است. همین وضع در مورد عدم دسترسی نیز قابل تصور است، زیرا درست است که زمین

۱. ماده ۴۴ قانون: «اگر عین محکوم به در تصرف کسی غیر از محکوم علیه باشد این امر مانع اقدامات اجرایی نیست مگر این که متصرف، مدعی حقی از عین یا منافع آن بوده و دلایلی هم ارائه نماید؛ در این صورت دادورز (مامور اجرا) یک هفته به او مهلت می‌دهد تا به دادگاه صلاحیتدار مراجعه کند و در صورتی که ظرف پانزده روز از تاریخ مهلت مذکور، قراری دایر به تأخیر اجرای حکم به قسمت اجرا ارایه نکردد عملیات اجرایی ادامه خواهد یافت.»

وجود دارد اما همان زمین با ماهیت عرفی سابق، قابل دسترسی نیست و تنها باید اعیان را از بین برد تا دسترسی ممکن شود. همچنین ممکن است اطلاق عبارت «تلف» در ماد ۴۶ را به هر دو تلف حقیقی و حکمی مناسب نمود. در این صورت نیز با تغییر صورت عرفی مال، تلف آن صدق می کند. البته مشروط به اینکه مفهومی موسع از تلف حکمی، در مقایسه با آنچه در فقه است، مد نظر باشد؛ زیرا همان طور که گذشت، در غصب، تلف حکمی جز در مورد عدم امکان دسترسی به مال نظیر غرق شدن در دریا یا استفاده از رنگ مخصوص در لباس به نحوی که جدا نشود، نداریم و این مفهوم، بیشتر منصرف به مواردی است که مثلاً شخص در حال مالکیت، مال را منتقل می کند و متعاقباً بیع اولیه فسخ می شود؛ درحالی که در بحث ما، با صدور حکم بر تعلق عین به محکوم له، معلوم می شود که محکوم علیه مالکیتی ندارد و لذا باید عین را در دست هر فرد یا در هر وضعیت، اخذ و به محکوم له مسترد کرد نه اینکه سخن از تلف حکمی به میان آورد. نهایت اینکه می توان اعیانی احداث شده را قلع و به مالک آن، رد کرد و زمین را نیز به محکوم له تسلیم نمود. از نظر فقهی گفته شده است که تلف حکمی، زوال سلطنت مالک نسبت به مال خود است. «تلف عین مال یا حقیقی است و یا حکمی. حقیقی یعنی از بین رفتن مال در خارج و حکمی یعنی زوال سلطنت مالک بدون آنکه عین مال در خارج از بین برود. سبب زوال یا حکم شارع است، مانند آنکه مال به عقد لازم به دیگری منتقل شود. زوال سلطنت در این فرض که از آن به تلف تعبدی و تلف شرعی نیز تعبیر می شود به حکم شارع است و یا سبب زوال عارض شدن امری است که مانع دسترسی مالک به مال خود می گردد، مانند غرق شدن مال و یا به سرقت رفتن آن از این عنوان در باب تجارت و غصب سخن رفته است. در اینکه خیار غبن و نیز خیار عیب با تلف حکمی عین ساقط می شود یا نه، اختلاف است. غاصب، ضامن عین مال غصبی است و در صورت تلف، چه به تلف حقیقی و یا حکمی، مثل یا قیمت آن بر عهده او ثابت می گردد».^۱ بدین سان، اگر بتوان مفهومی از تلف حکمی را قبول کرد که به موجب آن، همین که دسترسی عرفی به مال دشوار شد و عملأ حکم دادگاه بلا جرا باقی ماند، آن مال، حکماً تلف شده تلقی شود؛ می توان «تلف» و «عدم دسترسی» در ماده ۴۶ را به مواردی نیز تسری داد که مانع مال (برخلاف جدا کردن رنگ از لباس)، قابلیت تفکیک و جدا شدن دارد، اما عرفاً بسیار دشوار و همراه با اطاله امر است که نظیر آن را می توان در احداث بنا در زمین مورد حکم، ملاحظه کرد؛ زیرا کم نیستند احکامی که به دلایل مشابه، قابلیت اجرا ندارند و محکوم له عملأ حظی نمی برد در حالی

۱. هاشمی شاهروdi، سید محمود؛ و جمعی از پژوهشگران، فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم السلام، جلد ۲، قم، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی، ۱۴۲۶ق، ص. ۶۱۷

که اگر آن را مشمول مقررات تلف حکمی بدانیم، ضمن پایبندی به فقه و البته تفسیر موسع مفهوم «تلف حکمی»، برای بروز رفت از احکام قطعی بلااجرا، می‌توان راهی پیدا کرد. برخی اشارات فقهی می‌تواند مؤید این معنا باشد و از این منظر، مفهوم غصب را محدودتر و تنها منحصر به جایی دانست که علاوه بر امکان استرداد مال، دشواری قابل تحمل و غیر فاحش باشد و در غیر آن را از شمول مقررات غصب خارج و از طرق دیگر مانند بدل، خسارت را جبران کرد. این دشواری می‌تواند داخلی (مربوط به خود مال و عدم امکان استرداد) یا خارجی (به دلیل موانع اجتماعی و مانند آن) باشد. حقوق زیان‌دیده نیز بهتر تضمین می‌گردد زیرا اصرار بر اجرای رأیی که قابلیت اجرا ندارد، قطعاً به زیان اوست و بدل مال، وضع او را از بلا Toolkit خارج می‌کند. تجربه ده‌ها پرونده که در آنها امکان اجرا فراهم نبود، گویای این وضع است.^۱

با بیانی که گذشت می‌توان مفهوم تلف و عدم دسترسی در ماده ۴۶ را همسان با عدم امکان استرداد در ماده ۳۹ تفسیر کرد و حکمی را که عرفاً بعد از گذشت چند سال، با وجود بقای مال و در حالی که موانعی مانند اعیانی تازه دارد، عرفاً تلف شده دانست و حکم به پرداخت قیمت آن صادر کرد. در این تفسیر، ضمن توجه به احتیاط و قدر متین، باید اصول استمرار عملیات اجرایی و اعتبار احکام قطعی را نیز رعایت کرد. این تفسیر مورد تأیید است و رویه قضایی می‌تواند از آن استفاده نماید. علت تأکید بر اصول مذکور، این است که اگر به هر دلیل متصرفین قادر به پرداخت قیمت زمین به محکوم‌له نباشند، شرایط حکم ثانوی و تلف حکمی عرفی، منتفی می‌شود و محکوم‌له همچنان در اجرای رأی نخستین، حق خواهد داشت. در واقع، وجود و قطعیت حکم، تنها اختیار افزون به محکوم‌له می‌دهد که با دریافت وجه، عین محکوم‌به را به بدل تبدیل نماید و یا به قسمت اجرا و محکوم‌علیه یا متصرف نیز اجازه می‌دهد با پرداخت وجه، موضوع حکم را تبدیل نماید اما در صورتی که محکوم‌له از این تبدیل بهره‌مند نشود، عقلائاً و منطقاً نباید از اصل حکم نیز محروم شود. به عبارت دیگر، اثبات اعسار محکوم‌علیه متصرف و عدم توافقی در پرداخت قیمت زمین و یا اعیانی خود، نباید به تضرر محکوم‌له منتهی گردد.

۱. در عبارات فقهی، هنگام بحث از تلف حکمی، از عباراتی مانند تعذر تسلیم استفاده شده است و این امکان وجود دارد که مفاهیم تعذر و دسترسی و مانند آن را به صورت عرفی تفسیر کنیم؛ چرا که این مفاهیم، حقیقت شرعی یا مشترعه ندارند و از موضوعات مستتباطه عرفی هستند. برای مثال گفته شده است: «التلف الحکمی، و هو قطع سلطنة المالك عن ماله كالغرق والسرقة و نحوهما مما لا يكون عوده مرجوا». مروج جزائری، سید محمد جعفر، هدى الطالب في شرح المكاسب، جلد ۳، قم، مؤسسه دارالكتاب، ۱۴۱۶، ق، ص. ۶۲۷ در موضوعات مستتباطه عرفی نیز، باید رویه قضایی را مستقل از برداشت خاص هر فقیه دانست. در این خصوص، ر. ک: خدابخشی، عبدالله، حقوق دعاوی: تحلیل حقوقی روایات، چاپ اول، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۵، صص. ۲۶۴-۲۷۱.



۵. صدور حکم کلی و اناطه عملیات اجرایی

به موجب ماده ۴ ق.آ.د.م: «دادگاهها مکلفند در مورد هر دعوا به طور خاص تعیین تکلیف نمایند و نباید به صورت عام و کلی حکم صادر کنند». نباید تصور کرد که منظور این ماده، تنها ممنوعیت صدور احکام عام همانند قانون و برای همه رویدادهای است، زیرا اساساً نمی‌توان دعاوى و آرایی را تصور کرد که بدون یک اختلاف معین، اقامه یا صادر شوند. در واقع، گاه در رویه قضایی، دعاوى متعدد به نحوی اقامه می‌شوند که اختلاف طرفین را به طور دقیق، نسبت به رویداد معین یا به تعبیر فقهی، نسبت به مصب دعوا، متمرکز نمی‌کند. در این موارد، دادگاهها ظاهراً در یک پرونده و یک اختلاف رأی داده‌اند اما در واقع، حکم آنها کلی است و بسیاری از موارد اختلاف را بدون حل و فصل رها کرده اند. اجرای چنین آرایی دشوار و گاه غیرممکن است یا منوط به تعیین تکلیف در مراجع دیگر است. برای مثال در دعاوى مربوط به قرارداد، خواهان ذیل خواسته‌ای با عنوان «الزام به انجام تعهدات قراردادی»، چند موضوع را طرح می‌کند و صدور حکم به انجام آن را توسط خوانده، از دادگاه می‌خواهد. برای مثال تنظیم سند رسمی، پرداخت وجه التزام ناشی از تأخیر آن و تحويل ملک؛ یا الزام به رد برخی اسناد، صدور پروانه ساخت، امتیاز تجاری و الزام به تحويل زمین موضع و مانند آن. آیا خواهان حق دارد به دلیل وحدت منشأ، خواسته ای را به صورت جامع موضوعات مذکور، تقویم نموده و مجموعاً یک خواسته تلقی کند یا عنوان کلی مذکور باید منحل به خواسته‌های متعدد شود و در غیر این صورت، دادخواست مورد پذیرش قرار نخواهد گرفت؟

در این خصوص باید گفت که هر چند در رویه قضایی، عنوان کلی الزام به انجام تعهدات قراردادی دیده می‌شود اما این خواسته صحیح نیست و خواهان باید هر موضوع را مستقلأً تعیین و تقویم کند و در غیر این صورت دفتر دادگاه بعد از اخطار به خواهان، دادخواست را رد کند. ماده ۵ ق.آ.د.م. به این موارد نیز شمول دارد زیرا در هر حال، دادگاه حکمی کلی و عام صادر کرده بدون اینکه شرایط و دفاع طرف مقابل را در هریک از دعاوى فرعی استماع نماید. علت آن است که از یک سو، مقتن در بحث دعاوى طاری، با اینکه وحدت منشأ را برای رسیدگی به موضوعات متعدد پذیرفته اما اطلاق «دعوا» به هریک داده است. به عبارت دیگر، وحدت منشأ را یکی از توجیهات رسیدگی همزمان می‌داند نه اینکه منشأ مذکور همه خواسته‌ها را جمع نماید و خواسته واحدی شکل دهد. از سوی دیگر در صورت تردید در تجمع موضوعات ذیل یک عنوان کلی، اصل، عدم آن است و خواهان باید استقلال هر خواسته را رعایت کند. برای مثال در یک مورد، رأی کلی بر اجرای تعهد قراردادی (صدر پروانه احداث بنا) علیه شهرداری صادر می‌شود. در زمان اجرا معلوم شد که مقدمات متعددی مانند ارزیابی

زمین، تعیین میزان تراکم، نوع کاربری زمین و میزان عوارض شهرداری برای اجرای رأی ضروری است. آیا این شیوه سبب نقض حق دفاع نمی‌شود و آیا سبب مداخله در صلاحیت مراجع قانونی مانند کمیسیون ماده ۵ یا دیوان عدالت اداری نمی‌شود؟ رسیدگی به اختلاف در مورد وظیفه تخصصی شهرداری (صدور پروانه ساخت)، از صلاحیت‌های ویژه دیوان عدالت اداری است. با وجود این، چون اختلاف ناشی از قرارداد در صلاحیت مرجع عام دادگستری است، این دو قاعده منطقی ممکن است تراحم داشته و اجرای رأی را متوقف نمایند؛ زیرا اگر در رأی دادگاه آمده باشد که مطابق قرارداد باید پروانه برای مالک صادر شود و در تعیین عوارض و تعهدات مالک در مقابل شهرداری اختلاف شود، کدام مرجع صالح به رسیدگی است، دادگاه صادرکننده به اعتبار لوازم حکم یا دیوان عدالت اداری (بعد از رسیدگی در کمیسیون ماده ۷۷ قانون شهرداری) به این اعتبار که تعیین عوارض در حکم نیامده و باید به صلاحیت خاص خود رجوع کرد. اگر دادگاه صالح است، آیا حق دارد در این امور که به هیچ عنوان در دعوای اصلی مطرح نشده و نوبت به بررسی آن نرسیده نیز ورود داشته باشد و با فرض ورود، نحوه رسیدگی به چه شکل است و اگر شهرداری یا مالک در تعلق عوارض خاص اختلاف داشتند، چگونه باید حل و فصل کرد؟ حق دفاع را چگونه باید رعایت کرد؟ اگر همین دعاوی مستقل‌آقامه می‌شدند، حق تجدیدنظر خواهی وجود داشت، حال آنکه اجرای احکام می‌تواند رأساً و صرفاً با کارشناسی موضوع، همان موضوع را با دستور قطعی، خاتمه دهد. به نظر می‌رسد در چنین مواردی، رأی دادگاه را نباید از منطق خود فراتر اجرا کرد و اگر اجرا، به هر دلیل به مقدماتی نیاز داشته باشد که در صلاحیت مرجع دیگری است یا مستلزم یک رسیدگی دقیق و کامل با ادعاهای متقابل است، باید اجرای رأی را تا اقامه آن دعوا در مرجع صالح، متوقف نمود. چنین اناطه‌ای در اجرای احکام، تنها در گزارش اصلاحی دیده می‌شود، زیرا دادگاه‌ها از اجرای تعهداتی که مستلزم مقدمات مذکور است امتناع می‌کنند اما در سایر موارد، کمتر استفاده می‌شود.

نتیجہ گیری

اجرای رأی به جهات مختلف ممکن است متوقف شود یا رأی اساساً قابل اجرا شناخته نشود. قاعده ای کلی که این موارد را بیان نماید، وجود ندارد و تنها در برخی مقررات از تلف محکوم به یا عدم دسترسی یا موانع اداری (نظام اجرایی دیوان عدالت اداری) یاد شده است. باید به این موارد، تعذر یا تعسر اجرا و نیز اناطه اجرا به اموری که از صلاحیت ویژه مرجع اجراینده خارج است را نیز افزود. رویه قضایی از مفاهیمی مانند تلف حکمی استفاده می کند تا اگر محکوم به در اختیار ثالث قرار گرفته یا تغییرات مهمی در آن رخ داده باشد (مانند احداث بنا)، حقوق دیگران را نیز رعایت نماید. گاه نیز امر اجرا به دلایلی باید متوقف و منوط به رسیدگی دیگری باشد. برای مثال وقتی قرارداد و شرایط آن، به عنوان یک خواسته کلی، عیناً در منطقه رأی دادگاه جای گیرد و دادگاه به جای تعیین دقیق خواسته و حکم در هر موضوع، امری کلی رأی دهد، هر ابهامی که وجود داشته باشد، به مفاد حکم نیز سرایت می کند. در این موارد، ممکن است حق دفاع از طرفین قرارداد یا یکی از آنها سلب شود، زیرا به بهانه رفع ابهام، دادگاه خود را مختار می داند که در شرایط قرارداد دخالت نموده و هر تفسیری را به طرفین و قرارداد نسبت دهد بدون اینکه حق تجدیدنظرخواهی و اعتراض و ... رعایت شود. چنین رأیی، اختلاف تازه‌ای را به دست می دهد و حال آنکه فلسفه قضاؤت، قلع نزاع است نه شروع یک اختلاف تازه. رأی دادگاه نباید به نحوی صادر شود که در زمان اجرا، وضعیت طرفین بر هم خورده و تعادل قراردادی از بین برود، صلاحیت های خاص مانند دیوان عدالت اداری نقش شود و یک طرف قرارداد، در حالت انفعال قرار گیرد و تنها آنکه حکم را به دست گرفته است، حقوق خود را ایفا نماید اما طرف دیگر از تعهدات متقابل محروم شود. باید توجه داشت هر آنچه که به عنوان قید و لازمه محکوم به است، در زمان اجرا باید رعایت شود و صرف صدور حکم نمی تواند ناقض آن باشد؛ زیرا در این صورت، حکم، با قرارداد مخالف است. برای مثال وقتی تنظیم سند همراه به تأیید بخشی از ثمن است، کسی که محکوم به الزام به تنظیم سند را اخذ نموده است باید در زمان اجرا ضمن پرداخت تتمه ثمن، آن را به مرحله اجرا در آورد و دادگاه نب نباید غب ا: عما کند تا به نقطه ق.داد متنم نشود.

به نظر می‌رسد در حالت تعذر یا تعسر اجرای رأی، محاکوم‌له اختیاری افزون به دست می‌آورد تا به جای عین، قیمت آن را مطالبه نماید. اما این امر نباید به محرومیت از اصل حکم منتهی شود. لذا با اعسار محاکوم علیه، عملیات اجرایی به محض امکان مجددًا اعاده می‌شوند و تغییر یا تبدیل عین به بدل، قطعی و غیر قابل بازگشت نیست.

در مورد نقض صلاحیت ذاتی نیز دادگاه تنها باید رأی را در حدود منطق و اجراء کند و اگر این امر منوط به تشریفات دیگر مانند رسیدگی در یکی از وجوده قرارداد طرفین در مرجع دیگر باشد، باید اجرا را بر اساس قواعد اناظه مدنی (ملاک ماده ۱۹) متوقف نماید تا اختلاف در آن موضوع در مرجع صالح حل شود. پیشنهاد می‌شود همانند آنچه در ماده ۱۱۵ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری بیان شده است، امکان اناظه مدنی و توقف یا منتفی شدن اجرای رأی، دقیقاً احصا شود تا ضمن کمک به رویه قضایی و اجرای بدون تبعات منفی، اعتبار آرای نیز متنزل نشود.

منابع

- اسدی حلی(علامه)، حسن، تذکره الفقهاء، چاپ اول، قم، مؤسسه آل البيت عليهم السلام، ۱۳۸۸ ق.
- بحرالعلوم، محمد، بلغه الفقيه، جلد ۲، چاپ چهارم، تهران، منشورات مكتبه الصادق، ۱۴۰۳ ق.
- خدابخشی، عبدالله، حقوق حاكم بر اجرای آرای مدنی، چاپ اول، شركت سهامی انتشار، ۱۳۹۳.
- ———، حقوق دعاوى: تحليل حقوقى روایات، چاپ اول، شركت سهامی انتشار، ۱۳۹۵.
- رشتی، میرزا حبيب الله، فقه الامامیه: قسم الخيارات، چاپ اول، قم، کتابفروشی داوری، ۱۴۰۷ ق.
- ———، كتاب الغصب، چاپ اول، موسسه تحقیقات و نشر معارف اهل البيت، ۱۳۲۲ ق.
- مامقانی، محمد، غایهالآمال فی شرح كتاب المکاسب، جلد ۲، چاپ اول، قم، مجمع الذخائر الإسلامية، ۱۳۱۶ ق.
- مروج جزائی، سید محمد مجعفر، هدی الطالب فی شرح المکاسب، جلد ۳، قم، مؤسسه دارالكتاب، ۱۴۱۶ ق.
- مهاجری، علی، شرح جامع قانون اجرای احکام مدنی، جلد اول و دوم، انتشارات فکرسازان، چاپ پنجم، ۱۳۹۰.
- مولاییگی، غلامرضا، صلاحیت و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری، چاپ دوم، انتشارات جنگل، ۱۳۹۴.
- نهرینی، فریدون، ایستایی اجرای حکم دادگاه، انتشارات گنج دانش، ۱۳۹۲.
- هاشمی شاهروdi، سیدمحمد؛ و جمعی از پژوهشگران، فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت عليهم السلام، جلد ۲، قم، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی، ۱۴۲۶ ق.

- Enforcement of Court Decisions in Europe, Report Prepared by the Research Team on Enforcement of Court Decisions, University Nancy (France), Swiss Institute of Comparative Law and Discussed by the CEPEJ-GT-EVAL at their 8th Meeting.
- European Commission's Directorate General Justice, Consumers and Gender Equality, Case Study on the Functioning of

-
- Enforcement Proceedings Relating to Judicial Decisions in Member States, 1st Edition, 2015.
- Kahneman, Daniel, Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases, 1st Edition, Cambridge University Press, 1982.
 - Frisch, Deborah, "The Effect of Ambiguity on Judgment and Choice", University of Pennsylvania, 1988, Paper AAI8824738.

اصول و رویه تفسیر معاهدات سرمایه‌گذاری بین‌المللی توسط محاکم داوری و ترجیح حقوق بین‌الملل بر حقوق داخلی

سید قاسم زمانی*

ابوالفضل شیرعلیزاده**

چکیده

در قلمرو حقوق بین‌الملل، به ویژه نزد محاکم بین‌المللی، یکی از شایع‌ترین موضوعات تعیین تکلیف حقوق حاکم و حل تعارض بین سیستم حقوق داخلی و بین‌المللی است. اولویت حقوق بین‌الملل بر حقوق داخلی موضوعی است که توسط اکثر صاحب‌نظران معتقد به نظریه مونیسم مورد تأیید واقع شده است. تفسیر مهم‌ترین عرصه حقوق است که دانش حقوق دان در آن به کار می‌آید. در حقوق سرمایه‌گذاری خارجی با اینکه گهگاه نشانه‌هایی از وجود پیروان و طرفدارانی برای نظریه اولویت حقوق داخلی بر حقوق بین‌الملل وجود دارد، لیکن بررسی معاهدات، رویه قضایی و نظریات علمی حقوقی، نشانگر پذیرش اولویت حقوق بین‌الملل بر حقوق داخلی است. امروزه با تقویت موضوعات جدیدی مانند شرط التزام (فرائیگیر)، تعهدات دولت‌ها حتی اگر ریشه در قراردادهای خصوصی سرمایه‌گذاری داشته باشد، به تعهدات بین‌المللی تبدیل گردیده است که این امر رشد دامنه نفوذ حقوق بین‌الملل را نمایان می‌کند. علی‌رغم عضویت ایران در قریب به ۴۶ معاهده تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری (طبق آخرین آمار سازمان سرمایه‌گذاری و کمک‌های اقتصادی و فنی ایران تا شهریور ۱۳۹۶) متأسفانه محاکم داخلی ایران فاقد رای در خصوص اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری خارجی بر مبنای معاهده بین‌المللی می‌باشد. ضمن تأکید بر اینکه منظور از محاکم در عنوان این تحقیق اعم است از محاکم داوری و دادگستری داخلی و بین‌المللی، بایستی متذکر شویم که با عنایت به فقر رویه قضایی در حقوق داخلی اکثر کشورها در خصوص حقوق سرمایه‌گذاری خارجی عمدۀ مطالعات این تحقیق متوجه مطالعه رویه محاکم

Drghzamani@gmail.com

* عضو هیأت علمی دانشگاه علامه طباطبائی

Shiralizadeh60@yahoo.com

** دانش‌آموخته دکتری حقوق بین‌الملل دانشگاه تهران (نویسنده مسئول)

تاریخ پذیرش: ۹۶/۰۹/۱۴

تاریخ دریافت: ۹۶/۰۹/۰۴

داوری بین‌المللی گردیده و شاکله اصلی آن به بررسی تکامل روند ترجیح حقوق بین‌الملل در عرصه حقوق سرمایه‌گذاری مخصوصاً از طریق رویه قضایی بین‌المللی در سیستم داوری پرداخته است.

کلیدواژه‌ها: تفسیر معاهدات، حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری، رویه قضایی، داوری بین‌المللی، صلاحیت محاکم.

مقدمه

اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری به عنوان موضوع میان رشته‌ای بین حقوق بین‌الملل و حقوق تجارت بین‌الملل شناخته می‌شود، زیرا سرمایه با منشاً خارجی از مرزهای سیاسی گذر کرده و در داخل مرز دیگری متمرکز می‌شود و حقوق سرمایه‌گذار در این خصوص تابعی از توافقات نوشته یا نانوشته دولت مبدأ سرمایه و دولت مقصد سرمایه می‌باشد. به هنگام بروز اختلاف و حل و فصل آن در محاکم داخلی و یا محاکم بین‌المللی داوری اعم از دائم یا موقت شاهد ضرورت اعمال هر دو حقوق داخلی و خارجی در آن واحد هستیم و این امر نشان می‌دهد که این دو نظام حقوقی قابل تفکیک نیستند. رسیدگی به اختلافات سرمایه‌گذاری در دادگاه‌های داخلی تحت تأثیر کامل معاهدات دوجانبه یا چندجانبه سرمایه‌گذاری، اصول حقوق بین‌الملل به طور کلی و عرف‌های شناخته شده بین‌المللی می‌باشند. گرایش سرمایه‌گذاران به کشاندن پای حقوق بین‌الملل به اختلافاتشان با دولت میزان از طریق انتخاب قانون حاکم یا استقبال از داوری محاکم بین‌المللی مانند ایکسید یا کمیسیون موردی آسیتیرال به جای محاکم دادگستری داخلی یا حتی داوری داخلی تابع قانون دولت میزان، گواهی بر این مدعاست.

تفسیر معاهده در عرصه بین‌المللی با روابط دولت‌های طرف آن مرتبط است. در این قلمرو اصل اساسی این است که دولت‌های طرف معاهده هریک با داشتن حاکمیتی برابر با دیگری در تفسیر معاهده از حقوقی مساوی برخوردار باشند. بنابراین تفسیری که دولتی انجام می‌دهد با تفسیر دولت طرف دیگر که به همین ترتیب به عمل می‌آورد برابر بوده و هیچ یک بر دیگری اولویت ندارد.^۱ لکن در خصوص تفسیر صورت گرفته توسط داوران یا مجامع بین‌المللی مسأله متفاوت بوده و تفاسیر صورت گرفته توسط آنها در تعیین تکلیف و ایجاد رویه اهمیتی به مراتب بیشتر دارند.

تفسیر نیازمند دلیل و توجیه است و هر قدر مستند تفسیر بر مبنای اصول و قواعد شناخته شده و مدون باشد مصون از انتقاد خواهد بود. رایج‌ترین مستند مورد اشاره در زمینه تفسیر معاهدات همانا ماده ۳۱ عهدنامه حقوق معاهدات ۱۹۶۹ وین است. اهمیت این ماده از کنوانسیون وین به اندازه‌ای است که اکثر مراجع بین‌المللی به هنگام تفسیر معاهدات بین‌المللی به آن استناد می‌کنند.^۲ برای مثال دیوان ایکسید در پرونده زیمنس عليه آرژانتین بیان می‌کند:

۱. فلسفی، هدایت‌الله، حقوق بین‌الملل معاهدات، تهران، فرهنگ نشر نو، ۱۳۸۳، ص. ۴۳۰.

۲. طبق بند ۱ ماده ۳۱ کنوانسیون حقوق معاهدات وین: هر معاهده باید با حسن نیت، مطابق با معنای عادی و متداولی که به اصطلاحات معاهده در سیاق آنها داده می‌شود و در پرتو موضوع و هدف معاهده تفسیر گردد.



هر دو طرف معاهده استدلال خود در تفسیر معاهده را بر مبنای بند ۳۱ ماده ۳۱ کنوانسیون وین گذاشته‌اند. این ماده مقرر می‌دارد که: «هر معاهده باید با حسن نیت، مطابق با معنای عادی و متداولی که به اصطلاحات معاهده در سیاق آنها داده می‌شود و در پرتو موضوع و هدف معاهده تفسیر گردد» دیوان با در نظر گرفتن مقررات مربوط به حل و فصل اختلافات مندرج در معاهده با چنین قواعد تفسیری موافق می‌باشد.^۱ همچنین دیوان ایکسید در قضیه نابل ونجرز علیه رومانی^۲ بعد از ارجاع به قاعده کلی تفسیر مندرج در ماده ۳۱ کنوانسیون وین اشعار می‌دارد:

ممکن است تنها به منظور تایید معنایی که از اجرای روش تفسیر فوق حاصل می‌گردد به وسائل تکمیلی تفسیر از جمله کارهای مقدماتی و اوضاع و احوال انعقاد معاهده مراجعه گردد.^۳

اغلب در معاهدات بین‌المللی مرجعی برای تفسیر مفاد معاهده پیش‌بینی می‌شود. در معاهداتی که موضوع آنها تشکیل مرجع مشخصی برای حل و فصل دعاوی است، عموماً همان مرجع رسیدگی، صالح به تفسیر معاهده نیز می‌باشد.^۴ تفسیر معاهدات سرمایه‌گذاری که موضوع تحقیق حاضر می‌باشد نیز ضمن تبعیت از اصول و قواعد تفسیر در عمل ویژگی‌ها و نکات اختصاصی داشته و تحت تأثیر رویه‌هایی بوده که ضمن رعایت اختصار و در حد حوصله این مقاله بدان پرداخته خواهد شد.

۱. حقوق سرمایه‌گذاری و ترجیح حقوق بین‌الملل بر حقوق داخلی

در سال‌های اخیر صحبت از جایگاه و نقش حقوق بین‌الملل در سرمایه‌گذاری بین‌المللی و حقوق مرتبط با آن رونق بسیاری داشته است. در دهه‌های ۱۹۶۰ و ۱۹۷۰، مباحث پرحرارتی میان کشورهای غربی سرمایه‌فرست و کشورهای در حال توسعه سرمایه‌پذیر در جریان بود. در این سال‌ها، منویات کشورهای در حال توسعه برای ایجاد یک نظام نوین اقتصادی بین‌المللی به منظور اعمال تغییرات اساسی در نظام تجاری و مالی جهانی، علی‌رغم مقاومت کشورهای غربی، با تصویب قطعنامه‌هایی در مجمع عمومی سازمان ملل متحد، محقق می‌شد. این قطعنامه‌ها در ارتباط با سرمایه‌گذاری مستقیم

1. Siemens v. Argentina, Decision on jurisdiction, 3 August 2004, 44 ILM 138(2005).

2. Noble Ventures, Inc. v. Romania, ICSID Case No. ARB/01/11, Award (12 October 2005).

۳. دالزر، رودولف؛ شروٹ، کریستوف، اصول حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری، چاپ اول، ترجمه سید قاسم زمانی و بهآدین حسیبی، تهران، شهردادش، ۱۳۹۱، ص. ۷۱.

۴. مثلاً در مورد دیوان داوری ایران-ایالات متحده آمریکا طبق بندۀای ۱۶ و ۱۷ بیانیه کلی و بند ۳ ماده ۲ و بند ۴ ماده ۶ بیانیه حل و فصل اختلافات این صلاحیت را برای دیوان قاتل شده و چنین پیش‌بینی نموده که دیوان داوری در امر تفسیر بیانیه ذیصلاح است.

خارجی، به خواست کشورهای میزبان جهت حفظ استقلال اقتصادی و اعمال کنترل بر شرکت‌های فراملی تأکید داشتند. در دهه ۱۹۶۰، تعادل و توانانی میان موضع طرفین ایجاد شد و در نتیجه، بحث از جایگاه حقوق بین‌الملل در سرمایه‌گذاری خارجی، در فضای معقول‌تری ادامه پیدا کرد. در دهه ۱۹۷۰، با گسترش روزافزون انعقاد معاهدات سرمایه‌گذاری، جایگاه حقوق بین‌الملل در حقوق سرمایه‌گذاری خارجی مورد پذیرش قرار گرفت و در دهه اخیر، این جایگاه توسط رویه داوری بین‌المللی تحکیم و تثبیت شد.^۱

یکی از برجسته‌ترین صاحب‌نظران عرصه حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری^۲ ضمن درس خود در آکادمی حقوق بین‌الملل در سال ۱۹۷۲ اظهار داشت: «در مورد ارتباط بین حقوق کشور میزبان و حقوق بین‌الملل مذکور در جمله دوم ماده ۴۲(۱) کنوانسیون ایکسید، به نظر ما دیوان ابتدا باید حقوق کشور میزبان را بررسی کند و در وهله اول همان حقوق را در مورد ماهیت دعوی، اعمال و اجرا نماید؛ سپس نتیجه حاصل از این مرحله را با حقوق بین‌الملل مقایسه و ارزیابی می‌نماید. در این روند، مسئله تأیید یا نفی اعتبار حقوق کشور میزبان مطرح نیست، ولی امکان دارد منتهی به عدم اجرای آن مقررات شود، مشروط بر اینکه مقررات مذکور یا اقداماتی که به استناد قواعد و قانون ملی انجام شده است، حقوق بین‌الملل را نقض کند. ... در این مفهوم است که حقوق بین‌الملل، نسبت به حقوق داخلی - به نحوی که در ماده ۳۸(۱) آمده است - اولویت و تقدم دارد».^۳ از آنچه گفته شد، سه برداشت به دست می‌آید: اول آنکه، حقوق بین‌الملل در دعاوی میان سرمایه‌گذاران خارجی و دول میزبان آنها قابل اعمال است؛ دوم آنکه، منظور از حقوق بین‌الملل، تمامی منابع مذکور در ماده ۳۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری است که شامل معاهدات بین‌المللی، عرف بین‌المللی، اصول کلی حقوقی، رویه قضایی و دکترین می‌باشد. سوم آنکه، حقوق بین‌الملل منبع فرعی حل و فصل اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری خارجی محسوب نمی‌شود؛ بلکه حقوق مدرن سرمایه‌گذاری خارجی در بستر حقوق بین‌الملل قرار دارد.^۴

۱- ارزش معاهده نسبت به قوانین داخلی

در عرصه بین‌الملل، معاهدات بر قوانین داخلی کشورهای عضو اولویت دارند. در این رابطه به موجب ماده ۲۷ کنوانسیون وین ناظر بر حقوق معاهدات یک طرف معاهده

۱. عسکری، پوریا، جایگاه حقوق بین‌الملل عمومی در رویه داوری بین‌المللی اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری، رساله دکتری رشته حقوق بین‌الملل دانشگاه علامه طباطبائی، ۱۳۸۹، ص. ۲-۳.

2. Aron Broches
3. See: Broches, Aron, "The Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States ad Nationals of Other States", in: Collected Courses of the Hague Academy of International Law, Part II, Vol. 136, 1972, p. 353.

۴. عسکری، پوریا، منبع پیشین.



نمی‌تواند قصور خود در اجرای معاهده را با استناد به قوانین داخلی خود توجیه نماید. منشور ملل متحد نیز موارد متعددی از جمله در مقدمه خود بر اصل احترام به «تعهدات ناشی از عهدنامه‌ها و دیگر منابع حقوق بین‌الملل» تأکید نموده است. منشور ملل متحد به هنگام برشمردن اهداف خود بند ۱ ماده ۱، اصلی‌ترین راه حل رسیدن به این اهداف را توسل به روش‌های مسالمت‌آمیز از طریق اصول عدالت و رعایت حقوق بین‌الملل می‌داند. در اغلب کشورها معاهدات در صورت تصویب و طی تشریفات قانونی ارزش قوانین عادی یا فراتر از آن را کسب می‌کنند. در جمهوری اسلامی ایران با توجه به اینکه معاهده‌ای که در مجلس شورای اسلامی به تصویب می‌رسد می‌باشد تأیید شورای نگهبان نیز برسد تا مطابقت مفاد آن با شرع و قانون اساسی مورد بررسی قرار بگیرد، اصولاً معاهده‌ای که مغایر قانون اساسی کشور باشد مورد تأیید شورای نگهبان واقع نشده و در قالب قانون پذیرفته نخواهد شد. در اصل ۵۴ قانون اساسی فرانسه نیز تصریح شده است که اگر یک تعهد بین‌المللی برخلاف قانون اساسی باشد، تصویب و تأیید آن تعهد ممکن نیست، مگر بعد از تجدیدنظر در قانون اساسی. در تعداد کمی از کشورها از جمله هلند، بلژیک و لوکزامبورگ معاهده بر کل حقوق داخلی از جمله قانون اساسی ارجحیت دارد. مراجع بین‌المللی در مقام رسیدگی به مسئولیت دولتها در قبال عدم انجام تعهدات مندرج در معاهدات منعقده استناد ایشان به مغایرت معاهده با حقوق داخلی را توجیه قابل قبولی ندانسته‌اند. از جمله دیوان دائمی دادگستری بین‌المللی در قضیه شهر آزاد دانزیک اعلام داشت: با توجه به اصل عموماً پذیرفته شده، هیچ دولتی نمی‌تواند به منظور عدم اجرای تعهدات خود، تعهداتی که حقوق بین‌المللی یا عهدنامه‌های در حال اجرا بر عهده‌اش می‌گذارند در برابر دولت دیگر به قانون اساسی خود استناد نماید.^۱

در حقوق ایران در صورتی که معاهده‌ای به تصویب مجلس شورای اسلامی و تأیید شورای نگهبان و امضای رئیس جمهور یا نماینده قانونی او برسد و منتشر شود در حکم قانون و لازم‌الاجراست. بنابراین محاکم داخلی باید قانون جدید مغایر معاهده سابق را اجرا نمایند. البته اگر بتوان بین آن دو جمع نمود، به خصوص در جایی که قانون جدید عام و معاهده خاص باشد. در این صورت نباید قانون جدید را ناسخ معاهده دانست، بلکه باید معاهده را مخصوص قانون به شمار آورد و هر دو را اجرا نمود.^۲

۲-۱. مبنای معاهده‌ای توافقنامه داوری اختلافات سرمایه‌گذاری

طی سال‌های اخیر، مبنای صلاحیت مراجع حل اختلاف در سرمایه‌گذاری

۱. خمامی‌زاده، فرهاد، «تفسیر و اجرای معاهده در حقوق داخلی»، مجله حقوق خصوصی دانشگاه تهران، دوره ۷، شماره ۱۶، زمستان ۱۳۹۰، صص. ۴۵-۴۶.
۲. ابراهیمی، سید نصرالله، حقوق بین‌الملل خصوصی، چاپ اول، تهران، انتشارات سمت، ۱۳۸۳، ص. ۷۴.

خارجی تا حدی از قالب قرارداد بین طرفین خارج شده و به صورت معاهده در آمده است. به نحوی که امروزه در اکثر معاهدات دو جانبی سرمایه‌گذاری شرایطی برای حل اختلافات آتی مانند شرط داوری بین‌المللی پیش‌بینی می‌شود. شرط داوری بین‌المللی در بسیاری از معاهدات بین‌المللی چند جانبی مانند نفتا و معاهده سرمایه‌گذاری انرژی (منشور انرژی) نیز پیش‌بینی شده است. شایان ذکر است، صرف ذکر صلاحیت مرجع حل اختلاف مانند داوری بین‌المللی در معاهدات، برای مراجع مذکور ایجاد صلاحیت نمی‌نماید، زیرا این گونه معاهدات غالباً به عنوان ایجاب^۱ از طرف دولتهای عضو معاهده به سرمایه‌گذاران تبعه دیگر کشورهای عضو معاهده پیشنهاد می‌گردند و سرمایه‌گذاران یا با پذیرش ایجاب، صلاحیت مرجع مزبور را پذیرفته و یا با مراجعت به مرجع مقرر در معاهده، قبول ضمی خود را اعلام می‌دارند. در نتیجه توافقی فی‌مابین دولت میزبان و سرمایه‌گذار بر مبنای شرایط پیش‌بینی شده در معاهده منعقده بین دولت میزبان و دولت متبع سرمایه‌گذار ایجاد می‌شود.

ماهیت دوگانه حل اختلاف ناشی از سرمایه‌گذاری خارجی باعث شده است تا در مقام تفسیر نیز حقوق بین‌الملل و حقوق داخلی هر دو مؤثر واقع شوند به طور مثال در دعوای آمکو علیه دولت اندونزی^۲ محاکمه رسیدگی کننده، معتقد بود که روش مناسب تفسیر توافق حاصله بین طرفین این است که این توافقات با توجه به مفاد کتوانسیون ایکسیدو اصول و مفاهیم موضوع کتوانسیون مذکور تفسیر شوند.

۳-۱. ادعاهای طرفین در مورد نقض هنجارهای بین‌المللی

در یک اختلاف ناشی از سرمایه‌گذاری خارجی، معمولاً خواهان مدعی نقض یکی از اصول یا هنجارهای حقوق بین‌الملل است. در بیشتر موارد این هنجارها در یک معاهده دو جانبی سرمایه‌گذاری یا معاهدات مربوط به حمایت از سرمایه‌گذاری انعکاس یافته‌اند. در برخی موارد نیز ادعا مربوط به نقض هنجارهای دیگری از حقوق بین‌الملل به‌ویژه در زمینه حقوق بین‌الملل عرفی است. اگرچه سرمایه‌گذار خارجی ممکن است مدعی نقض قرارداد سرمایه‌گذاری شود اما نقض قرارداد الزاماً به نقض حقوق بین‌الملل نمی‌انجامد. اجازه دیوان داوری برای رسیدگی به ادعای نقض قرارداد، بستگی به شرایط صلاحیت تفویضی دارد. مطابق معاهده نفتا، دیوان داوری تنها می‌تواند به آن دسته از دعاوی رسیدگی کند، که مبنی بر نقض یکی از تعهدات موضوع فصل ۱۱ نفتا از سوی دولت میزبان باشد.^۳ لذا هیأت

حل اختلافی که به موجب نفتا تشکیل می‌گردد، صلاحیت رسیدگی به ادعای نقض قرارداد را ندارد.

در ماده ۲۶ معاہده سرمایه‌گذاری انرژی نیز که ناظر به حل اختلاف دولت و سرمایه‌گذار است، صرفاً دعوی مبتنی به نقض تعهدات مندرج در بخش ۳ معاہده مسموع دانسته شده است. همانند معاہده مزبور، در برخی از معاہدات دو جانبه با ذکر عباراتی مانند «تعهدات مندرج در معاہده»، صلاحیت مراجع حل اختلاف محدود به دعاوی مربوط به نقض تعهدات مندرج در معاہده شده و بر عکس در برخی معاہدات دیگر، صلاحیت مراجع حل اختلاف، محدود به دعاوی مبتنی به نقض حقوق بین‌الملل نبوده و دعاوی دیگر مانند دعاوی مرتبط با قرارداد سرمایه‌گذاری را مسموع می‌داند. در این گونه معاہدات، صلاحیت مراجع حل اختلاف به هر گونه اختلاف مرتبط با سرمایه‌گذاری توسعه داده شده و این‌گونه مراجع صلاحیت استماع دعاوی مربوط به نقض قرارداد را همانند دعاوی مرتبط با حقوق بین‌الملل دارا می‌باشد.^۱

ممکن است در برخی معاہدات، شروطی مبتنی بر تضمین انجام کلیه تعهدات در قبال سرمایه‌گذار خارجی وجود داشته باشد. به طور مثال در ماده (۱۰) (۱) معاہده سرمایه‌گذاری انرژی آمده است: هریک از طرفین قرارداد با عنایت به مفاد معاہده حاضر از سرمایه‌گذاری حمایت کرده و شرایط و محیط عادلانه و برابر همراه با امنیت و غیر تبعیض‌آمیز برای سرمایه‌گذاران طرف مقابل در سرزمین خود فراهم نماید. سطح اجرای این تعهدات از حداقل شرایط مورد پذیرش در حقوق بین‌الملل از جمله الزامات معاهده‌ای در مورد سرمایه و سرمایه‌گذار نباید پایین‌تر باشد.

شروطی از این قبیل موسوم به شروط التزام یا فرائیگیر می‌باشند، زیرا تعهدات قراردادی را تحت حمایت و چتر معاہده منعقده بین دو دولت یا چند دولت قرار می‌دهد. دیوان ایکسید در پروندهای^۲ اعلام کرد که موضوع نقض قرارداد کاملاً متفاوت از نقض معاہده است و از استانداردهای مستقلی پیروی می‌کند و وجود مقرره‌ای در مورد صلاحیت، میان خواهان و خوانده اعم از دولت یا یکی از زیر مجموعه‌های آن، نمی‌تواند مانعی در مسیر اعمال استانداردهای جا افتاده در معاہده باشد. دولت نیز نمی‌تواند به مقرره انحصاری مندرج در قرارداد مبنی بر صلاحیت دادگاه داخلی استناد کند و یا در تلاش برای توجیه رفتارهایی که طبق معاہده و از لحاظ بین‌المللی غیر قابل توجیه می‌باشند، برآید.^۳

1. Salini v. Morocco 6 ICSID Reports, 398,415 at paras. 59-62.

2. Vivendi v. Argentina.

3. Christoph H. Schreuer Interaction of International Tribunals and Domestic Courts in Investment Law, Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation, p. 80.

۲. نقش حقوق داخلی به هنگام ارجحیت حقوق بین‌الملل

از جمله موضوعات مهم و پیچیده که در داوری‌های سرمایه‌گذاری پیش می‌آید، تشخیص این است که آیا ادعای مطرح شده نقض قرارداد است یا نقض تعهدات مندرج در معاهده، و پاسخ به این مسئله آثار متفاوتی در پی خواهد داشت. زیرا در حالت نخست مشمول قانون دولت میزبان و در شکل دوم تحت قواعد حقوق بین‌الملل خواهد بود. نوع دعوای هم که به مرجع حل اختلاف ارجاع می‌گردد الزاماً بیانگر قانون حاکم بر اختلاف نیست. ممکن است در دعوای که صرفاً مبتنی بر حقوق بین‌الملل است موضوعاتی از حقوق داخلی نیز مطرح شود. به طور مثال در دعوای اکسیدنتال علیه اکوادور ادعای خواهان صرفاً مبتنی بر تعهدات مندرج در یک معاهده بود و این در حالی است که دادگاه رسیدگی کننده قبل از اعلام نظر در خصوص اینکه آیا تعهدات و مقرراتی از معاهده نقض گردیده یا خیر، به تحلیل‌های بسیار عمیقی در خصوص حقوق مالیاتی جمهوری اکوادور و تفسیر قرارداد سرمایه‌گذاری پرداخت. بنابراین در مباحث آتی به این موضوع بیشتر خواهیم پرداخت.

۱-۲. قانون قابل اعمال در ماهیت اختلاف

گفتیم که از مهم‌ترین مسائلی که در خصوص ارتباط حقوق بین‌الملل عمومی و اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری مطرح گردیده، مسئله تعیین قانون حاکم بر ماهیت دعوا است. انتخاب قانون حاکم می‌تواند به طرق مختلفی صورت گیرد. قانون حاکم بر اختلاف می‌تواند با توافق طرفین دعوا یعنی دولت میزبان و سرمایه‌گذار خارجی تعیین شود. لکن برخی معاهدات و اسناد بین‌المللی مربوط به اختلافات بین سرمایه‌گذار و دولت میزبان، امکان و اعتبار توافق طرفین قرارداد در خصوص قانون حاکم را پذیرفته‌اند.^۱ بعضی معاهدات دو یا چند جانبه نیز با اینکه خود مکانیزم تعیین قانون حاکم را مشخص کرده‌اند. به طور مثال در کنوانسیون ایکسید ابتدا به هر گونه توافقی که ممکن است بین طرفین در خصوص انتخاب قانون حاکم حاصل شود استناد شده و سپس اشعار می‌دارد در صورت عدم وجود چنین توافقی حقوق کشور میزبان و حقوق بین‌الملل در خصوص اختلاف مطروحه اعمال می‌شود. بر عکس در برخی از معاهدات، مقررات انتخاب قانون حاکم، مبنای یک توافق بین طرفین در خصوص انتخاب قانون حاکم را تشکیل می‌دهد. در اینگونه معاهدات مانند نفتا یا معاهده سرمایه‌گذاری انرژی

1. See: Article 42 ICSID convention and Art 54 of the ICSID Additional Facility Rules. See also Art 33 UNCITRAL Arbitration Rules.

که شرط داوری جهت حل اختلاف به صورت ایجاب از سوی دولت میزبان وجود دارد، سرمایه‌گذار با قبول ایجاب داوری، مقررات و ضوابط معاهده در خصوص انتخاب قانون حاکم را نیز پذیرفته است. به بیان دیگر صرف قبول شرط داوری یا صلاحیت مرجع حل اختلاف مندرج در معاهده، به منزله پذیرش ضوابط مندرج در معاهدات در خصوص انتخاب قانون حاکم می‌باشد. در این صورت مقررات و ضوابط معاهده در خصوص انتخاب قانون حاکم به مثابه پذیرش شرط داوری یا به طور کلی شرط صلاحیت مرجع حل اختلاف از ناحیه سرمایه‌گذاری است. در حقوق بین‌الملل چارچوب و اصول قابل ملاحظه‌ای در زمینه حمایت از سرمایه‌گذاران خارجی وجود دارد. این اصول منبعث از حقوق معاهدات – غالباً معاهدات دو جانبه و بعضًا معاهدات چند جانبه مانند نفتا و معاهده سرمایه‌گذاری انرژی – می‌باشد. همچنین عرف بین‌المللی مناسبی در حقوق بین‌الملل در این زمینه وجود دارد. این حقوق بین‌الملل عرفی جنبه‌های مختلفی مانند مسئولیت دولتها، بی‌عدالتی، تابعیت افراد و شرکت‌ها و همچنین مصادره اموال را در بر می‌گیرد. از طرف دیگر سرمایه‌گذاری موضوع حقوق داخلی کشور میزبان نیز هست. در هر پرونده و دعوای مطروحه ارتباط جنبه‌هایی از نظام حقوقی کشور میزبان مانند حقوق تجارت، حقوق مالیات، حقوق اداری، قوانین و مقررات گمرکی، حقوق اراضی و املاک و موارد دیگر با موضوع اختلاف به وضوح دیده می‌شود.^۱

۲- جایگاه محاکم داخلی در تفسیر و اجرای معاهدات سرمایه‌گذاری

تفسیر معاهده مسئله‌ای است که هم در عرصه داخلی و هم در عرصه بین‌المللی مطرح می‌شود. در حمایت از قابلیت تفسیر معاهده به وسیله محاکم داخلی می‌توان استدلال نمود که چون مثلاً در کشور جمهوری اسلامی ایران معاهده‌ای که پس از طی تشریفات مقرر در قالب قانون تصویب و منتشر می‌شود، بر این اساس به موجب ماده ۹ قانون مدنی ایران در حکم قانون و از نظر اعتبار همانند سایر قوانین داخلی است و بنابراین دادگاه ایرانی صلاحیت تفسیر معاهده‌ای را که در قالب قانون تصویب شده را دارد و در واقع نمی‌توان از این حیث تفاوتی بین قوانین صادره از یک مرجع قایل شد. البته چنانچه تفسیر معاهده با مسائل مربوط به حقوق عمومی و یا نظام بین‌الملل عمومی ارتباط پیدا کند، شایسته است ترتیبات خاصی جهت تفسیر چنین معاهداتی از سوی دول متعاهد اتخاذ گردد. در صورت صلاحیت مرجع داخلی برای انجام تفسیر

۱. رجوع شود به: صفائی، حسین، «تعیین قانون حاکم بر ماهیت اختلاف در داوری‌های بین‌المللی»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۱۳۷۲، ۳۰؛ موحد، محمدعلی، درس‌هایی از داوری‌های نفتی، جلد اول، چاپ اول، انتشارات دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی جمهوری اسلامی ایران، تابستان ۱۳۷۴، صص. ۶۲. به بعد.

مرجع مزبور ناگزیر از رعایت اصول حقوق بین‌الملل در تفسیر معاهدات خواهد بود.^۱ عمل مثلاً در صورتی که در خصوص یکی از ۴۶ معاهده دو جانبه تشویق و حمایت از سرمایه‌گذاری که جمهوری اسلامی ایران عضو آن شده اختلافی حادث شود طبق پیش‌بینی که در اکثر قریب به اتفاق آنها علی‌رغم پیش‌بینی دادگاه‌های دولت سرمایه‌پذیر^۲ به عنوان یکی از اولین مراجع حل اختلاف بررسی‌های انجام شده توسط نویسنده جهت کشف حتی یک نمونه رای در سیستم قضایی ایران که اختلافی بر مبنای معاهده سرمایه‌گذاری به دادگاه‌های ایران ارجاع شده و بدین وسیله اقدام به حل و فصل اختلاف شده باشد به نتیجه‌ای نیاجامید. لکن با مراجعته به رویه‌های قضایی برخی از کشورهای پیشرو در زمینه جذی سرمایه‌گذاری مانند چین^۳ و کشورهای توسعه‌یافته به ویژه کشورهای تابع نظام حقوقی کامن‌لا همچون انگلیس و آمریکا میتوان به نمونه‌هایی نادر دست یافت،^۴ که مطالعه آنها نشان‌دهنده پایین‌دستی دادگاه‌های داخلی به اصول تفسیر شناخته شده در حقوق بین‌الملل می‌باشد. نکته جالب آن است که اولین مورد رسیدگی در تاریخ دولت آمریکا به اختلاف ناشی از سرمایه‌گذاری که مبنای آن معاهده بوده است به سال ۲۰۱۴ مربوط می‌شود. در این پرونده دیوان عالی آمریکا هدف از تفسیر معاهده را کشف قصد و نیت طرفین متعاهدین دانسته و رویه جاری در حقوق بین‌الملل و اصول کنوانسیون حقوق معاهدات وین را در این زمینه لازم‌الاجرا تلقی نمود.^۵

۳-۲. رویه محاکم داوری سرمایه‌گذاری در خصوص اعمال حقوق داخلی

در رویه داوری سرمایه‌گذاری طرفین توافق در خصوص قواعد و مقررات ناظر به قانون حاکم بر اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری تا حدودی تفاوت و گستردگی وجود دارد و این امر امید به یکنواختسازی و متحداً‌شکل ساختن آنها در عرصه بین‌الملل را کمرنگ می‌کند. برخی معاهدات و توافقنامه‌ها، در مواد ناظر به تعیین قانون حاکم بر اختلافات سرمایه‌گذاری صرفاً به حقوق بین‌الملل اشاره کرده‌اند. به طور مثال در بخش

۱. خمامی زاده، فرهاد، منبع پیشین، ص. ۴۰.

۲. به عنوان نمونه معاهده تشویق و حمایت از سرمایه‌گذاری بین ایران و ژاپن که در سال ۱۳۹۶ به تصویب

رسیده در خصوص حل و فص اختلاف مقرر می‌دارد:

ماده ۱۸: ... ،

۳- اختلافی که ابتدا در دادگاه‌های صلاحیت‌دار طرف متعاهد سرمایه‌پذیر اقامه شود، تا زمانی که در دست رسیدگی است جز با تفاق طرف‌های اختلاف نمی‌تواند به داوری ارجاع شود و در صورتی که منتهی به صدور حکم قطعی شود قبل ارجاع به داوری نخواهد بود.

3. http://www.jonesday.com/china_supreme_peoples_court_issues_rules/

4. See: https://en.wikipedia.org/wiki/Investor-state_dispute_settlement#Cases_lost_by_government

5. BG Group PLC. v. The Republic of Argentina 2014, U.S. Supreme Court decides first case related to international investment treaty arbitration. See at: <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=5bf8ae15-fead-4f53-a07f-16afe58119ef>

ب فصل ۱۱ نفتا در خصوص حل و فصل اختلافات سرمایه‌گذاران خارجی و دولتها صرفاً به قوانین و مقررات بین‌المللی از جمله مفاد معاهده نفتا اشاره شده است. ماده ۱۱۳۱ نفتا اشعار می‌دارد: «مرجع رسیدگی مطابق مفاد این بخش، رأی خود در خصوص دعوای مطروحه را باید مطابق قوانین و مقررات جاری حقوق بین‌الملل و مفاد این توافقنامه صادر نمایند». همین طور در معاهده سرمایه‌گذاری انرژی نیز مقررات مشابهی به چشم می‌خورد. در ماده ۲۶ معاهده مذکور آمده است: مرجع رسیدگی مطابق پارagraf ۴، در خصوص اختلافات و دعاوی ارجاع شده، باید مطابق مفاد این معاهده و قوانین و اصول حقوق بین‌الملل اتخاذ تصمیم نماید. این ضابطه در تعدادی از معاهده‌های دوچاره یا توافقنامه‌های سرمایه‌گذاری نیز به چشم می‌خورد برخی از توافقنامه‌های سرمایه‌گذاری نیز اختلافات مربوط به سرمایه‌گذاری را صرفاً به قوانین داخلی یک دولت ارجاع داده‌اند.^۱

۴-۲. دکترین تکمیلی و اصلاحی بودن حقوق بین‌الملل^۲

سرمایه‌گذاری غالباً با مجموعه عملیات مختلفی که موضوع قراردادهای متعدد و متنوعی می‌باشند، همراه است. بسیاری از این قراردادها و عملیات در داخل کشور میزبان منعقد و اجرا می‌شوند، لذا این گونه قراردادها ارتباط تنگاتنگی با نظام قانونی کشور میزبان دارند. در عین حال اعمال حقوق بین‌الملل نیز اطمینان خاطر بیشتری را برای سرمایه‌گذار از حیث رعایت حداقل استاندارها، هنجارها و مقررات بین‌المللی فراهم می‌نماید. مشهورترین مثالی که در زمینه انتخاب ترکیبی قانون حاکم وجود دارد، ماده ۴۲ کنوانسیون ایکسید می‌باشد که اشعار می‌دارد: «در غیاب توافق طرفین در خصوص انتخاب قانون حاکم، دادگاه باید حقوق داخلی کشور میزبان و قواعد و مقررات حقوق بین‌الملل را لحاظ نماید». در صورت فقدان توافق طرفین، دادگاه رسیدگی‌کننده باید قوانین داخلی کشور طرف قرارداد (با ملاحظه قوانین و مقررات ناظر به تعارض قوانین) و همچنین قوانین و مقررات حقوق بین‌الملل را که ممکن است در خصوص مورد جاری باشند، اعمال نماید. برخی محاکم، راهکار پیش‌بینی شده در کنوانسیون ایکسید را که بارها آزموده شده و مورد استفاده قرار گرفته است، رعایت می‌کنند. اولویتی که جمله دوم ماده ۴۲ کنوانسیون ایکسید در برابر قوانین و مقررات داخلی به قواعد حقوق بین‌الملل می‌بخشد، نشات گرفته از دکترین تکمیلی یا اصلاحی بودن حقوق بین‌الملل است.

سابقه این دکترین به اظهارات پروفسور بروشه در جلسات تهیه پیش‌نویس کنوانسیون ایکسید بر می‌گردد. وی اظهار داشت که حقوق بین‌الملل نقش تکمیلی یا

1. Attorney General v. Mobile Oil NZ Ltd, New Zealand, High Court, 1 July 1987, 4 ICSID Reports
2. Supplemental and corrective function of international law vis-a-vis domestic law

اصلاحی در موارد ضعف یا سکوت قوانین داخلی و همچنین در موارد تعارض قوانین داخلی با قوانین و مقررات بین‌المللی دارند.^۱

در پرونده ونا هتلز علیه دولت مصر،^۲ نیز دادگاه رسیدگی کننده با بیان استدلال مشابه، اعمال قوانین و مقررات جاری حقوق بین‌الملل را در صورت وجود تعارض در خصوص مسأله مطروحه، تجویز می‌کند. بیشتر نظریه پردازان حقوقی نیز اذعان دارند که کارکرد حقوق بین‌الملل، از بین بردن کلیه نتایج موجود در حقوق داخلی و ممانعت از نقض قواعد و مقررات بین‌المللی در خلال اجرای قوانین داخلی می‌باشد. در این بین برخی نویسنده‌گان تاکید داشته و قوانین داخلی را در موارد ناسازگاری و تعارض با اهمیت حقوق بین‌الملل تاکید داشته و حقوق داخلی دارند و دسته دیگری از آنها بیشتر بر حقوق بین‌الملل بلا اثر می‌دانند. برخی حتی معتقدند که دکترین تکمیلی و اصلاحی بودن حقوق بین‌الملل را باید کنار گذاشت و حقوق بین‌الملل باید بدون بررسی ابتدائی در قوانین داخلی، مستقیماً توسط مرجع رسیدگی مورد استناد و استفاده قرار گیرد و در مواردی که قوانین داخلی و حقوق بین‌الملل هر دو جاری هستند و دارای تعارض می‌باشند، باید انتخاب قانون اصلاح در هر پرونده به عهده مرجع رسیدگی گذاشته شود. دکترین تکمیلی و اصلاحی بودن حقوق بین‌الملل، یک راهکار ثابت برای ارتباط حقوق داخلی و حقوق بین‌الملل تجویز کرده است و صرفاً دو نقش مشخص را برای حقوق بین‌الملل در ارتباط با حقوق داخلی قائل است که شامل نقش تکمیلی در صورت وجود نقص یا خلاص قانونی و نقش اصلاحی در خصوص وجود تعارض و ناهمخوانی بین دو نظام حقوقی داخلی و بین‌المللی می‌گردد.

۵-۲. وظیفه شناسایی موضوعات و تفکیک میان نقض قرارداد و نقض معاهده

یکی از اولین اقدامات مرجع رسیدگی کننده به اختلاف سرمایه‌گذاری تشخیص و تفکیک نقض قرارداد از نقض معاهده است. دیوان داوری رسیدگی کننده در پرونده مافزینی اعلام نمود که حقوق داخلی کشور میزبان در مواردی که اعتبار قرارداد مطرح باشد، مورد استفاده قرار می‌گیرد. در موارد مقتضی نیز از جمله مسائل مرتبط با نقض معاهده یا لزوم تفسیر مفاد آن و همچنین بررسی مسئولیت دولت، قوانین و مقررات بین‌المللی اعمال می‌شود. هیأت داوری پرونده ویوندی این وضعیت را این گونه بیان کرده است:

1. UNCTAD Course on Dispute Settlement, Geneva 2003, page. 23-26, See at:
http://unctad.org/en/Docs/edmmisc232_en.pdf
2. Wena Hotels v. Egypt , Decision on Annulment , 5 February 2002, 6 ICSID Reports.



»...ادعای مربوط به نقض قرارداد و ادعای مربوط به نقض معاهده با یکدیگر تفاوت دارند. هریک از ادعاهای مزبور باید تحت لوای قانون مناسب و حاکم بر آن مورد ارزیابی و قضایت قرار گیرد. در خصوص ادعاهای مرتبط با معاهده، حقوق بین‌الملل و در خصوص ادعای مربوط به قرارداد، حقوق کشور میزبان اعمال می‌شود.«^۱

دیوان ایکسید در پرونده SGS v. Pakistan تفسیر بسیار مضيقی از موضوع شرط Umbrella clause در قالب معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری میان سوئیس – پاکستان اعمال کرد. اگرچه شرط مزبور در معاهدات مدرن سرمایه‌گذاری معاصر دامنه وسیعی دارد اما دیوان چنین مقرر کرد که تأثیر این شروط نباید به شکلی توسعه یابد که نقض قرارداد به نقض معاهده تلقی گردد. یکی از مواضع اصلی دیوان بر این نکته استوار بود که هر گونه تفسیر عنوان خارج از این حیطه منجر به این خواهد شد که قراردادهای متعدد سرمایه‌گذاری میان دولتها و نیز بسیاری از قواعد و مقررات داخلی که مواضع دولتها را در خود گنجانیده است، به عنوان نقض معاهده دو جانبه سرمایه‌گذاری تلقی شده و النهایه منجر به مسئولیت بین‌المللی دولت شود. از نظر دیوان مزبور ایجاد چنین محدودیت‌هایی نسبت به حاکمیت دولتها در غیاب نص صریحی که بر خواست دولتها دلالت کند، بجا و شایسته نخواهد بود. شش ماه بعد از این نظر دعوى دیگری بر مبنای Umbrella Clause توسط همان خواهان علیه دولت فیلیپین نزد شعبه دیگری از ایکسید مطرح شد. علی‌رغم اینکه شرایط موضوع این پرونده از شروط فوق‌الاشاره مندرج در پرونده پاکستان متفاوت بود لکن داوران در این پرونده بطور شفاف مخالفت خود با تفسیر مضيق که در پرونده پاکستان توسط همکارانشان صورت گرفته بود را اعلام کردند. به نظر داوران این پرونده «شروط فراگیر عبارت است از جبران قصور دولت میزبان در جلوگیری از نقض تعهدات مندرج در قرارداد سرمایه‌گذاری معین». این در حالی بود که دیوان مزبور با توجه به شروط مندرج در قرارداد مبنی بر صلاحیت مراجع داخلی فیلیپین در رسیدگی به اختلاف مزبور تصیم‌گیری نهایی خود را تا رسیدگی و صدور حکم و حصول نتیجه در مراجع مزبور تعلیق نمود.^۲

۳. رویه محاکم داوری بین‌المللی در استفاده از ابزارهای تفسیری در معاهدات سرمایه‌گذاری

مجرای حقوق بین‌الملل در تفسیر معاهده بایستی از ابتدای فرایند تفسیر

1. Vivendi Universal, S.A. v. Argentine Republic and Anglian Water Group (AWG) PLC v. Argentina, ICSID Case No. ARB/03/19, Decision on Liability (30 July 2010) para 96.
2. Dolzer, Rudolf, "The Impact of International Investment Treaties on Domestic Administrative Law", New York University Journal of International Law and Politic, vol. 32, 2006, p. 967-8.

مشخص گردد؛ بدین جهت که هم راهنمای عمل مقام رسیدگی کننده باشد و دیگر اینکه انسجام تصمیمات قضایی را تضمین کند. با این حال، در داوری‌های سرمایه‌گذاری این نکته بسیار مهم به خاطر عدم ذکر مواد کنوانسیون وین و اقتباس گزینشی شیوه‌های تفسیر و بدون ذکر دلیل و مبنای آن، مورد توجه چندان قرار نگرفته است. معهذا، مطالب ذیل بر ارزیابی واقعی و اجرای اصول تفسیر در داوری‌های سرمایه‌گذاری معطوف می‌شود. زیرا ارجاع رسمی به قواعد بین‌الملل راجع به تفسیر معاہدات تنها منعکس کننده توجه مراجع رسیدگی کننده به وجود این قواعد است و نه متداول‌بودی تفسیری آنها. لذا در ادامه به بررسی نگاه عملگرایانه مراجع داوری سرمایه‌گذاری به اصول تفسیر معاہدات می‌پردازیم.

۱-۳. تفسیر معاہدات سرمایه‌گذاری به موجب کنوانسیون وین

به نظر می‌رسد کنوانسیون وین به جای تدوین مجموعه‌ای کامل از قواعد تفسیر تنها به بیان اصولی کلی بسته کرده است. یکی از کمیته‌های ابطال ایکسید اعمال این قواعد در خصوص معاہدات سرمایه‌گذاری را بدین نحو مورد تأیید قرار داد:

«قواعد راجع به تفسیر که در مواد ۳۱ و ۳۲ کنوانسیون مندرج است توسط دیوان بین‌المللی دادگستری و جامعه بین‌المللی نه تنها به دلیل الزام ناشی از یک کنوانسیون بلکه به عنوان قواعد عرفی بین‌المللی نیز مورد پذیرش قرار گرفته‌اند».^۱

در اکثر معاہدات سرمایه‌گذاری در ارتباط با مسئله تفسیر بحثی به میان نیامده است. به عنوان یک استثناء، در نفتا صراحتاً بیان شده است: «طرفین ملزمند قواعد این موافقتنامه را مطابق قواعد حقوق بین‌الملل تفسیر و اجرا نمایند». دیوان‌های نفتا عموماً رهنماوهای ارائه شده در کنوانسیون وین را مورد توجه قرار می‌دهند. تقریباً در اکثر آرای داوری به قواعد تفسیر کنوانسیون وین استناد می‌شود. در این آراء، دیوان‌های داوری جایگاه عرفی مواد ۳۱ و ۳۲ را صراحتاً یا بر اساس شناسایی آراء سابق دیوان‌های داوری مانند آراء دیوان بین‌المللی دادگستری و یا آثار نویسنده‌گان به رسمیت شناخته‌اند. در چنین صورتی قواعد تفسیر مذکور در کنوانسیون وین نسبت به طرفین معاہده سرمایه‌گذاری لازم‌الاجراست حتی اگر عضو کنوانسیون نباشد.

در تفسیر کلیه معاہدات - از سوی هر مرجعی که باشد - اصول زیر که مورد پذیرش حملگی حقوق دانان و مراجع بین‌المللی قرار گرفته و رویه قضایی مؤید آن است، بایستی رعایت شود:

1. Malaysian Historical Salvors, Sdn, Bhd v. Government of Malaysia, ICSID Case No. ARB/05/10, Decision on the Application for Annulment (16 April 2009), para. 56.
2. NAFTA, Article 102(2).



-
- ۱- اصل حسن نیت: قاعده اساسی تفسیر، حسن نیت است که به صراحت در ماده ۳۱ عهدنامه‌های حقوق معاہدات آمده است
- ۲- اصل انصاف (ماده ۳۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری)
- ۳- اصل آثار مفید (ماده ۳۲ عهدنامه حقوق معاہدات).
- ۴- آنچه نیاز به تفسیر ندارد، نباید تفسیر شود (ماده ۳۲ عهدنامه‌های حقوق معاہدات).
- ۵- تفسیر طبق مفاهیم عادی و متداول (بند ۴ ماده ۳۱ عهدنامه‌های حقوق معاہدات).
- ۶- رعایت موضوع و هدف معاہده (بند ۱ ماده ۳۱ عهدنامه‌های حقوق معاہدات).
- ۷- توجه به سیاق عبارات معاہده^۱ (بندهای ۱، ۲، ۳ و ۴ ماده ۳۱ عهدنامه‌های حقوق معاہدات)

۱-۱-۳. تفسیر معاہدات سرمایه‌گذاری بر مبنای اصل حسن نیت

تنها در بخش کوچکی از تصمیمات بررسی شده از آرای داوری سرمایه‌گذاری تفسیر معاہده بر اساس اصل حسن نیت صورت گرفته که گاه در برخی موارد از آن به عنوان تفسیر مؤثر یاد شده است. به طور مثال، دیوان رسیدگی‌کننده در پرونده فونیکس^۲ ضمن استناد به قاعده عرفی به تعریف سرمایه‌گذاری پرداخت. دیوان مزبور معتقد است که صرفاً آن دسته از سرمایه‌گذاری‌هایی که مطابق با حسن نیت باشند و قصد سوءاستفاده از این موقعیت را ندارند، سرمایه‌گذار تلقی شده و قابل حمایت می‌باشند. هر چند که تعریف سرمایه‌گذاری در معاہده حاضر به طور کامل با آنچه که در حقوق داخلی به عنوان سرمایه‌گذاری نامیده می‌شود کاملاً تطابق نکند.^۳

دلایل استناد اندک به این اصل (حسن نیت) می‌تواند آن باشد که زمانی که دیوان‌های داوری با استفاده از دیگر ابزارهای کمکی تفسیر مذکور در کنوانسیون وین دست به تفسیر می‌زنند، از شرط رعایت حسن نیت به طور ضمنی پیروی کرده‌اند. بر عکس، چنانچه مقام رسیدگی‌کننده تنها به این اصل اتکا و دیگر شیوه‌های تفسیر را نادیده انگارد، از رهنمود مذکور ماده ۳۱ کنوانسیون برای احراز معنای مقصود طرفین پیروی نکرده‌اند.

۲-۱-۳. تفسیر معاہدات سرمایه‌گذاری بر اساس معنای معمول اصطلاحات

معاہده

معنای معمول اصطلاحات معاہده نقطه آغاز فرایند تفسیر است و فرض بر آن است که منظور (قصد) طرفین همان می‌باشد که از ظاهر الفاظ نص معاہده برداشت

1. Context

2. Phoenix Action, Ltd. v. Czech Republic, ICSID Case No. ARB/06/5, Award paras. 106–113.

3. Trinh Hai, Yen, *The Interpretation of Investment Treaties*, Leiden, Brill Nijhoff, 2014, p. 58.

می‌گردد.^۱ این عنصر منعکس‌کننده رویکرد لفظی می‌باشد که در صدد آن است تا معنای الفاظ را مطابق مدلول ظاهری آنها جعل نماید. فرهنگ‌های لغت می‌توانند مرجعی برای یافتن معنای معمول لفظ یا اصطلاحی خاص باشند هر چند که ممکن است بعضاً تعاریف متفاوتی را از یک لفظ ارائه دهند.

دیوان‌های داوری همچنین به دیگر شیوه‌های تفسیر برای تأیید معنای رایجی که بدان دست یافته‌اند، تمسک جسته‌اند. دیوان در دعواهای ای.پی.پی.ال تناسب معنای معمول را با تحلیل روح معاهده، هدف، سیاق، اصل تفسیر مؤثر و رویه داوری مورد ارزیابی قرار داد.^۲ برخی از دیوان‌های داوری مشخص نکرده‌اند که به چه نحو می‌توان معنای معمول الفاظ و اصطلاحات را استنباط کرد و صرفاً به آراء سابق دیوان‌های داوری استناد و اتکا کرده‌اند. به عنوان مثال دیوان در دعواهای دوک انرژی تعریف اصطلاح «مسئل مالیاتی»^۳ را از یک رأی قدیمی‌تر اقتباس کرد.^۴ دیوان در دعواهای آرجر دنیزل معنای اصطلاح «اوپاس و احوال»^۵ را از رأی متناسک^۶ برداشت نمود.^۷ تفسیر اصطلاحات مبهم با چنین رویکرد آزادانه‌ای نقش فرعی تصمیمات قضایی را به عنصری تحت ماده (۱) ۳۱ مبدل می‌کند.

۳-۱-۳. تفسیر معاهدات سرمایه‌گذاری بر مبنای سیاق و دیگر عناصر مرتبط

ماده ۳۱ کنوانسیون وین، سیاق و عناصر مربوطه که در تعیین معنای معمول می‌توانند مفید باشند را جزء شیوه‌های تفسیر لفظی قرار داده است. قصد طرفین نه تنها در قالب الفاظ و عبارات معاهده بلکه در عناصر ذاتی^۸ و خارجی^۹ معاهده نیز منعکس می‌شود و به عنوان اجزا یا عوامل سیاق تعریف می‌شوند. دیوان‌های داوری در دعاوی سرمایه‌گذاری به چهار شیوه تفسیری که عبارتند از؛ سیاق معاهده، توافق بعدی، رویه متعاقب و قواعد حقوق بین‌الملل توسل جسته‌اند.

طریق دیگری که برخی از دیوان‌های داوری مورد عمل قرار داده‌اند مبنی بر قرائت لفظی^{۱۰} است بدون اینکه فرایند قرائت را مشخص کرده باشند. شیوه ساده‌تر آن است به اصطلاحات استناد و آنها را مستقیماً اجرا کرد با این فرض که دارای معنای

1. International Law Commission (ILC), Draft Articles on the Law of Treaties with commentaries, 1966, 218.
2. Asian Agricultural Products Ltd v. Sri Lanka, ICSID Case No ARB/87/3, Final Award (27 June 1990), para. 47–53.
3. Matters of taxation
4. Duke Energy Electroquill Partners & Electroquill S.A. v. Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/04/19, Award (18 August 2008), para. 174–175.
5. Circumstances
6. Methane
7. Archer Daniels Midland Company and Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/04/5, Award (21 November 2007) para. 197.
8. Intrinsic
9. Extrinsic
10. Literal reading

واضح و واحد هستند که محل نزاع نمی‌باشند.^۱ داوران همچنین بدون توسل به دیگر طرق تفسیر تعاریفی را از جانب خود ارائه داده‌اند.^۲ در رای گروسلین مشاهده می‌شود که اصطلاح «پروژه تأییدشده»^۳ نقشی تعیین‌کننده در این نتیجه‌گیری داشت که سرمایه‌گذاری شخص خواهان واجد وصف تایید شده نمی‌باشد زیرا صرفاً فعالیت‌های تجاری یک شرکت در پروژه‌ای خاص تأیید گردیده بود.^۴

به نظر می‌رسد این شیوه نبایستی مستقلًا اتخاذ گردد؛ چرا که ذاتاً سیاق معاهده با موضوع و هدف معاهده گره خورده است و بایستی به همراه این طرق تفسیر استنباط گردد. کمیسیون حقوق بین‌الملل بر آن تأکید داشت که معنای معمول یک اصطلاح نبایستی در عالم انتزاع (به طور ذهنی) استنباط گردد بلکه لازم است در بطن سیاق معاهده، هدف و موضوع آن تعیین گردد.^۵

۳-۴. توجه به شیوه‌های تکمیلی در تفسیر معاهدهات سرمایه‌گذاری^۶
علاوه بر قاعده کلی مذکور در ماده ۳۱ کنوانسیون وین، ماده ۳۲ شیوه‌های تکمیلی تفسیر را تجویز می‌کند. هدف دوگانه این طرق مکمل را می‌توان اینگونه ذکر کرد:

(۱) تأیید معنای متخد از اجرای ماده ۳۱

(۲) تعیین معنای اصطلاح به کار رفته در معاهده زمانی که اجرای شیوه‌های مذکور در ماده ۳۱ منجر به معانی مبهم، نامفهوم یا نامعقول می‌شود.

در یک دعوا، دیوان از توسل به شیوه‌های تکمیلی تفسیر خودداری کرد، زیرا معانی را که با اجرای ماده ۳۱ استنباط نموده بود نه مبهم و نامفهوم بود و نه آشکارا نامعقول.^۷ از نظر دیوانی دیگر، بین این دو ماده سلسه مراتبی وجود ندارد و «این شیوه‌ها با یکدیگر ترکیب و مکمل هم می‌شوند». با این وجود، کمیته حقوق بین‌الملل اظهار نمود که عناصر تفسیری مذکور در ماده ۳۱ همگی مربوط به توافق مابین طرفین هستند؛ این ویژگی در حقیقت می‌تواند وجه تمایز عناصر تفسیری مصروف در ماده ۳۲ که فارق از توافق طرفین هستند با شیوه‌های تفسیر مذکور در ماده قبل باشد. از اشاره‌ای مکمل در واقع شیوه‌ای جایگزین و مستقل جدای از قاعده کلی به حساب نمی‌آیند.^۸

1. Eg Sedelmayer (Franz) v. Russian Federation, Award (7 July 1998), p. 46.
2. Eg Helnan International Hotels A/S v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/05/19, Decision on Objections to Jurisdiction (17 October 2006), para. 52.
3. Approved project
4. Phillippe Gruslin v. Malaysia, ICSID Case No. ARB/99/3, Award (27 November 2000) [hereinafter Gruslin (Award)], para. 25.5.
5. Ibid. 221.
6. Supplementary means of interpretation
7. RosInvestCo UK Ltd. v. Russian Federation, para. 120.
8. Millicom International Operations BV et al v. Senegal, ICSID Case No. ARB/08/20, Decision on Jurisdiction (16 July 2010), para. 62.
9. See also Ian Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties* (Manchester: Manchester University Press, 1984), 116-117.

شیوه‌های تکمیلی تفسیر مذکور در ماده ۳۲ به طور باز تعریف شده‌اند تا دست مقام رسیدگی کننده برای جستجوی فاکتورهایی که می‌تواند وی را در از میان برداشتمن موانعی که پس از توسل به ماده ۳۱ برجای مانده‌اند، باز باشد. البته لازم است در تحلیل و استفاده از این ابزارها دقیق صورت گیرد؛ زیرا گشاده‌دستی در اعمال آنها ممکن است نتیجه عکس داشته باشد.

۳-۴-۱. نقش کارهای مقدماتی و اوضاع و احوال ناظر بر انعقاد معاهده سرمایه‌گذاری

ابزارهای مکمل جهت تفسیر معاهده که به صراحت در ماده ۳۲ بیان گردیده‌اند، شامل کارهای مقدماتی و اوضاع و احوال ناظر بر انعقاد معاهده می‌باشد. از این دو مورد هیچ تعریفی ارائه نشده است. کارهای مقدماتی مذکورات قبل از انعقاد معاهده، صورت جلسات کمیته‌های تدوین کننده معاهده، پیش‌نویس معاهده و نظایر آن می‌شود. برخی از دیوان‌های داوری از اسناد مرتبط با مذکورات و انعقاد معاهده سرمایه‌گذاری برای تعیین معنای اصطلاحی خاص صحبت به میان آورده‌اند. به طور مثال، دیوان داوری مکاتبات صورت گرفته میان دولت السالوادر و اسپانیا قبل از لازم‌الاجرا شدن معاهده را مورد امعان نظر قرار داد.^۱ در این پرونده دیوان نشانه‌هایی یافت که بر اساس آن طرفین قصد داشته‌اند هر گونه اختلاف ناشی از سرمایه‌گذاری که مطابق قانون دولت میزبان صورت نگرفته است را از قلمرو معاهده و حمایت‌های پیش‌بینی شده در آن مستثنی کنند. در دعوایی دیگر دیوان داوری پذیرفت که اسناد مربوط به یکی از دولت‌های طرف معاهده در خصوص پذیرش آن، نحوه استنباط طرفین را مورد تأیید قرار می‌دهد.^۲ ولی به هر حال تفاسیر دیوان‌های داوری معمولاً مبتنی بر کارهای مقدماتی نمی‌باشد. از دلایل عدم این امر می‌توان در دسترس نبودن کارهای مقدمات یا محرمانه بودن آنها دانست. از آراء و تصمیمات بررسی شده تنها در ۱۲ مورد از ۲۲۹ مورد این شیوه تفسیری را مورد استعمال قرار داده شده است.^۳

۳-۴-۲. طرق مکمل پذیرفته شده در داوری‌های سرمایه‌گذاری و نقش

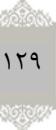
آن در تفسیر

ماده ۳۲ کارهای مقدماتی و اوضاع و احوال ناظر بر انعقاد معاهده را صرفاً به عنوان نمونه‌هایی از ابزارهای مکمل تفسیر معرفی می‌کند. اصطلاح «از جمله» دال بر

1. Inceysa Vallisoletana S.L. v. Republic of El Salvador, ICSID Case No. ARB/03/26, Award (2 August 2006) paras. 191–196.

2. See Millicom International Operations BV et al v. Senegal, ICSID Case No. ARB/08/20, Decision on Jurisdiction (16 July 2010), para. 72.

3. Eg Pope & Talbot Inc. v. Government of Canada, UNCITRAL, Award on Damages (31 May 2002) [hereinafter Pope & Talbot (Award on Damages)], paras. 28–39.



غیراحصایی بودن این طرق دارد و دست مقام رسیدگی کننده را برای جستجو و اقتباس هر شیوه تفسیری دیگر باز می‌گذارد. سه شیوه‌ای که بیشتر مورد استفاده قرار گرفته‌اند شامل تصمیمات قضایی، آثار نویسندگان و توجه به دیگر معاهدات می‌باشد.

الف) آثار نویسندگان

همانند تصمیمات قضایی آثار نویسندگان نیز در ماده ۳۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری به عنوان ابزاری فرعی به منظور تعیین قواعد حقوقی مورد اشاره قرار گرفته است. به موجب این ماده، بایستی معیار نظریات بر جسته ترین مبلغان حقوق ملل مختلف را احراز کند. دیوان‌های داوری سرمایه‌گذاری با این حال چندان سختگیری به خرج نداده‌اند و بدون توجه به شرط مزبور به آثار نویسندگان متعددی استناد کرده‌اند. این منبع مشکل از آثار صاحب‌نظران می‌باشد. قوانین پیش‌نویس و اسناد غیرالزام‌آور نهادها که توسط مجموعه‌ای از محققان تألیف گردیده است را می‌توان در این دسته جای داد. قوانین پیش‌نویس متمایز از معاهدات هستند که به معاهده سرمایه‌گذاری مورد نظر مرتبط بوده و برای تمام دول طرف معاهده الزامی است. چنین معاهداتی بایستی به عنوان «قواعد مرتبط حقوق بین‌الملل» که به موجب ماده (ج) ۳۱ نیز پیش‌بینی شده است، به حساب آیند.

ب) دیگر معاهدات

با توجه به امکان دسترسی به تعداد بسیار کثیری از معاهدات سرمایه‌گذاری، دیوان‌های داوری دیگر معاهدات آن دول و یا حتی معاهدات دول دیگر را با معاهده مورد نظر تطبیق و مقایسه کرده‌اند.^۱ به عنوان مثال دیوان «معاهدات میان یکی از دول عضو با طرفین ثالث را به منظور تبیین معنای متن معاهده در زمان انعقاد آن» بررسی نمود.^۲ معاهدات سرمایه‌گذاری که توسط دولت میزبان با دول ثالث منعقد شده بودند به دیوان داوری در یافتن معنای مضيق شرط دولت کامله‌السوداد کمک نمود. به همان ترتیب، دیوان دیگری معاهده دو جانبه سرمایه‌گذاری منعقده توسط اتحاد جماهیر شوروی را برای تأیید معنای معمول یکی از مواد معاهده مورد ارزیابی قرار داد.^۳ دیوان در دعوای پک ریم، به تفاسیر دیوان‌های داوری در دعاوی دیگر به منظور مقایسه با معنایی که در معاهده اصلی احراز نموده بود، رجوع کرد.^۴

در مقابل برخی از دیوان‌های داوری از بررسی دیگر معاهدات امتناع نموده‌اند زیرا طرز انشا ماده مورد اختلاف «منحصر به فرد است و نظیر آن در دیگر معاهدات وجود

1. Eg Vladimir Berschader and Michael Berschader v. Russian Federation , paras. 145–146, 155–157, 179; RosInvestCo UK Ltd. v. Russian Federation, para. 113.
2. Eg Plama Consortium Limited v. Bulgaria, ICSID Case No. ARB/03/24, Decision on Jurisdiction (8 February 2005) para. 195.
3. Vladimir Berschader and Michael Berschader v. Russian, paras. 153–155.
4. Pac Rim Cayman LLC v. Republic of El Salvador, ICSID Case No. ARB/09/12, Decision on jurisdiction (15 October 2010), paras. 200–215, 218.

ندارد» یا بدین دلیل که آنها از معنای احراز شده متقاعد گردیده‌اند. به طور مثال یکی از دیوان‌های داوری اعلام کرد:

«کنوانسیون وین به مقام رسیدگی کننده چنین اختیاری اعطای نکرده که هنگام تفسیر یک معاهده دو جانبه، به مفاد دیگر معاهداتی که با دول ثالث منعقد شده است اسناد نماید».^۱

۲-۳. جایگاه رویه قضایی در تفسیر معاهدات سرمایه‌گذاری

تصمیمات قضایی را می‌توان در ردیف شیوه‌های مکمل تفسیر مذکور در ماده ۳۲ قرار داد. گرچه این ماده بالصراحه نامی از این شیوه نمی‌برد. ماده ۳۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری در ذکر منابع حقوق بین‌الملل، تصمیمات قضایی را به عنوان منبع فرعی، حجه تعیین قواعد حقوقی، معرفی می‌کند.

با این وصف یکی از دیوان‌های داوری جایگاه تصمیمات قضایی در تفسیر معاهدات را
بدينی بیان موردناقشه قرار می‌دهد:

در عین اینکه ماده ۳۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری به صراحت دیوان را ملزم به در نظر گرفتن تصمیمات قضایی می‌کند، اما چنین صراحتی در IPPA یا دیگر بخشی از حقوق بین‌الملل قابل اعمال وجود ندارد آیا آراء داوری به وظیفه دیوان مرتبه هستند و در صورت مثبت پودن پاسخ این ارتباط تا چه حد است.»^۲

در دعواهای دیگر، دیوان تاکید کرد که آراء داوری تنها جنبه ارشادی برای داوران دارد. در دعواهای انزوون^۳ متذکر شد که تصمیمات دیوان ایکسید یا دیگر دیوان‌های داوری منبع اولیه قواعد [حقوقی] نمی‌باشند و دیگر اینکه: «استناد و ارجاع به تصمیمات دیوان‌های داوری دال بر آن است که داور در بررسی ادعاهای و استدلالات طرفین معتقد است که نتیجه‌گیری و استدلالات به کار رفته در آن، تصمیمه صحیح می‌باشند».^۴

از طرف دیگر، برخی از دیوان‌های داوری به صراحت تصمیمات قضایی را به عنوان شیوه تکمیلی تفسیر به معنایی که در ماده ۳۲ کنوانسیون آمده یا ماده ۵۹ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری دانسته‌اند.^۵ یکی از دیوان‌های داوری با ملاحظه تصمیمات

¹ The Rompetrol Group N.V. v. Romania, ICSID Case No. ARB/06/3, Decision on Jurisdiction (18 April 2008), para. 108.

2. RosInvestCo UK Ltd. v. Russian Federation, para. 284.

3. Enron

⁴ Enron Corporation Ponderosa Assets L.P. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/3, Decision on Jurisdiction (14 January 2004), para. 40.

⁵ Mihaly International Corp v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka, ICSID Case No. ARB/00/2, Award (15 March 2002), para. 58.

متعدد، اصرار داشت که تصمیمات قضایی صرفاً ابزاری تکمیلی (فرعی) برای تایید معنایی است که از طریق اعمال قاعده اولیه تفسیر معاہده احراز گردیده است.^۱

ارزش تصمیمات قضایی برای دستیابی به معنای اصطلاحات معاہده نبایستی در هر مورد بر توسل به شیوه‌های اولیه تفسیری مذکور در ماده ۳۱ کنوانسیون وین مرجح باشد.

توسل به تصمیمات قضایی بایستی در کنار دیگر شیوه‌ای تکمیلی به منظور ارزیابی‌ای جامع از این ابزارها به کار رود. با این وجود در بیشتر دعاوی سرمایه‌گذاری تصمیمات قضایی مهم‌ترین ابزار تفسیری بوده که دیوان‌های داوری برای احراز معنای اصطلاحات مبهم معاہدات به کار گرفته‌اند. مشکل این رویکرد به طور مفصل در بخش دوم بحث خواهد شد.

استناد به رویه قضایی در هر فرآیند اتخاذ تصمیم قضایی یا داوری به چشم می‌خورد. ولی بایستی توجه داشت که در داوری سرمایه‌گذاری، هر مرجعی در قالب موردي (ad hoc) تشکیل شده و تنها در همان مورد اظهارنظر می‌کند و بنابراین در مقام مقایسه با مراجع قضایی بین‌المللی مثل دیوان بین‌المللی دادگستری، رویه مراجع داوری از ثبات کمتری برخوردار است. این در حالیست که مطالعه رویه داوری نشان می‌دهد که در قریب اتفاق آراء داوری، مباحثی هم در خصوص رویه سابق و تفاسیر و ارائه شده در سایر قضایا وجود دارد. بدیهی است که در داوری سرمایه‌گذاری، مراجع داوری، تکلیفی بر پیروی از آراء سابق و رویه موجود ندارند. در قضیه دیگری^۲ مرجع داوری به بین صورت تشریح می‌کند که:

هر تصمیم یا رأی که در مرجع داوری ایکسید صادر می‌شود، تنها برای طرفین آن اختلاف لازم‌الاجرا است. هر مرجع داوری مستقل است و آنچنان که از رویه ایکسید بر می‌آید می‌تواند برای حل مسایل مشابه راه حل‌های متفاوتی را بکار گیرد؛ اما تصمیمات مربوط به صلاحیت که با موارد یکسان و یا بسیار مشابه سر و کار دارند می‌توانند حداقل تا حدودی نحوه استدلال را مشخص نمایند. دیوان می‌تواند این تصمیمات را برای ملاحظه با نظر خود مورد لحاظ قرار دهد و چنانچه یک یا چند مورد از آراء سابق را موافق نظر خود یافت می‌تواند آزادانه راه حل مشابهی اتخاذ کند.^۳

از آنچه گفته شد مشخص می‌شود که داوری سرمایه‌گذاری تا حدودی از عدم هماهنگی آراء داوری رنج می‌برد و می‌توان به مواردی اشاره کرد که آراء متنافقی از سوی مراجع داوری در موارد مشابه^۴ و حتی در قضیه واحد در مراجع داوری موازی

1. Theodorus de Boer, et.al. (Canadian Cattlemen for Fair Trade) v. United States (107 different claimants), Award on Jurisdiction (28 January 2008), para. 209.

2. AES Corp v. Argentina.

3. عسکری، پوریا، منع پیشین، ص. ۷۲.

4. See: cases; Bayindir v. Pakistan , Spain v. Bangladesh , SGS v. Pakistan.

صادر شده است.^۱ نمونه‌هایی از این نحوه عملکرد در رای نهایی سال ۲۰۰۱ آنسیترال در پرونده رونالد لادر علیه جمهوری چک^۲ و رأی اختصاری^۳ سال ۲۰۰۱ در پرونده سی ام ای علیه دولت جمهوری چک^۴ قابل مشاهده است.

مجله حقوقی دادگستری، سال هشتاد و سوم، شماره بیکم و پنجم، بهار ۱۳۹۸

۱۳۳

۱. عسکری، پوریا، منع پیشین، ص. ۷۳.

2. Ronald S. Lauder v. Czech Republic
3. Partial award
4. CME v. Czech Republic

نتیجه‌گیری

در سال‌های اخیر، مبنای صلاحیت مراجع حل اختلاف در سرمایه‌گذاری خارجی تا حدی از قالب قرارداد بین طرفین خارج شده و به صورت معاهده درآمده است. به نحوی که امروزه در اکثر معاهدات دو جانبه سرمایه‌گذاری شرایطی برای حل اختلافات آتی مانند شرط داوری بین‌المللی پیش‌بینی می‌شود. بنابراین در این عرصه در ترجیح حقوق بین‌الملل بر حقوق داخلی به نوعی الزام عملی وجود دارد. زیرا در حقوق بین‌الملل چارچوب و اصول قابل ملاحظه‌ای در زمینه حمایت از سرمایه‌گذاران خارجی وجود دارد. این اصول منبعث از حقوق معاهدات - غالباً معاهدات دو جانبه و بعضًا معاهدات چند جانبه مانند نفتا و معاهده سرمایه‌گذاری انرژی - می‌باشد. همچنین عرف بین‌المللی مناسبی در حقوق بین‌الملل در این زمینه وجود دارد. این حقوق بین‌الملل عرفی جنبه‌های مختلفی مانند مسئولیت دولت‌ها، بسی‌عدالتی، تابعیت افراد و شرکت‌ها و همچنین مصادره اموال را در بر می‌گیرد. مباحث جدید و خاص حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری به مانند شرط التزام (Umbrella Clause) نیز مؤید نفوذ حقوق بین‌الملل از طریق معاهدات بر قراردادهای خصوصی سرمایه‌گذاری تحت شمول حقوق داخلی است. در مورد ارتباط بین حقوق کشور میزبان و حقوق بین‌الملل مذکور در بند ۱ ماده ۴۲ کنوانسیون ایکسید، به نظر می‌رسد دیوان ابتدا باید حقوق کشور میزبان را بررسی کرده و در وهله اول همان حقوق را در مورد ماهیت دعوا، اعمال و اجرا نماید؛ سپس نتیجه حاصل از این مرحله را با حقوق بین‌الملل مقایسه و ارزیابی می‌نماید. پذیرش وجه نظارتی و اولویت حقوق بین‌الملل نسبت به حقوق داخلی در رویه و عملکرد تابعان حقوق بین‌الملل باعث شده است تا این نتایج حاصل شود که اولاً حقوق بین‌الملل در دعاوى میان سرمایه‌گذاران خارجی و دول میزبان آنها قابل اعمال است. ثانیاً منظور از حقوق بین‌الملل، تمامی منابع مذکور در ماده ۳۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری است که شامل معاهدات بین‌المللی، عرف بین‌المللی، اصول کلی حقوقی، رویه قضایی و دکترین می‌باشد. ثالثاً حقوق بین‌الملل منبع فرعی حل و فصل اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری خارجی محسوب نمی‌شود؛ بلکه حقوق مدرن سرمایه‌گذاری خارجی در بستر حقوق بین‌الملل قرار دارد.

منابع

- ابراهیمی، سید نصرالله، حقوق بین‌الملل خصوصی، چاپ اول، تهران، انتشارات سمت، ۱۳۸۳.
- خمامی زاده، فرهاد، «تفسیر و اجرای معاهده در حقوق داخلی»، مجله حقوق خصوصی دانشگاه تهران، دوره ۷، شماره ۱۶، زمستان ۱۳۹۰.
- دالزر، رودولف؛ شروئر، کریستوف، اصول حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری، چاپ اول، ترجمه سید قاسم زمانی و بهآذین حسیبی، تهران، شهردانش، ۱۳۹۱.
- صفائی، حسین، «تعیین قانون حاکم بر ماهیت اختلاف در داوری‌های بین‌المللی»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۱۳۷۲، ۳۰.
- عسکری، پوریا، جایگاه حقوق بین‌الملل عمومی در رویه داوری بین‌المللی اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری، رساله دکتری رشته حقوق بین‌الملل دانشگاه علامه طباطبایی، ۱۳۸۹.
- فلسفی، هدایت‌الله، حقوق بین‌الملل معاهدات، تهران، فرهنگ نشر نو، ۱۳۸۳.
- محبی، محسن؛ رضادوست، وحید، تفسیر تکاملی معاهدات در حقوق بین‌الملل در پرتو قضیه اختلاف در خصوص کشتیرانی و حقوق مربوط به آن (کاستاریکا علیه نیکاراگوئه)، مجله حقوقی، شماره ۵۳، ۱۳۹۴.
- موحد، محمدعلی، درس‌هایی از داوری‌های نفتی، جلد اول، چاپ اول، انتشارات دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی جمهوری اسلامی ایران، تابستان ۱۳۷۴.
- Aust, Anthony, *Modern Treaty Law and Practice*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007.
- Broches, Aron, "The Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States ad Nationals of Other States", in: *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, Part II, Vol. 136, 1972.
- Dolzer, Rudolf, "The Impact of International Investment Treaties on Domestic Administrative Law", *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 32, 2006.
- Gardiner, Richard, *Treaty Interpretation*, New York, Oxford University Press, 2008.
- Jennings, Robert; Watts, Arthur (eds), *Oppenheim's International Law*, Volume 1, Peace, (London; New York: Longman, 1992.

-
- Sinclair, Ian, The Vienna Convention on the Law of Treaties, Manchester, Manchester University Press, 1984.
 - Trinh Hai, Yen, The Interpretation of Investment Treaties, Leiden, Brill Nijhoff, 2014.

مبایی متفاوت برای جبران خسارات ناشی از وسائل نقلیه

علی قسمتی تبریزی*

چکیده

جبران خسارت که دیرزمانی آورده انحصاری مسئولیت مدنی انگاشته می‌شد، به دنبال تحولات اجتماعی و مطالبه مستمر امنیت، موضوع نظامهای مستقلی شده است که با مبنایی متفاوت، جایگزین مسئولیت مدنی گردیده‌اند. با وجود تنوع این نظامهای جایگزین به نظر می‌رسد آنها را می‌توان تحت عنوانی واحد بررسی کرد. در این راستا، نظریه «تضمین اجتماعی» که در حقوق فرانسه ارائه شده، با شناسایی «خطر اجتماعی» و در پرتو مفهوم همبستگی، تلاش در تمهید منطقی، متمایز و حمایت فراگیر زیان‌دیده دارد. طلایه این منطق حمایتی در حقوق ایران را می‌توان در زمینه جبران خسارت حوادث ناشی از وسائل نقلیه مشاهده کرد. فارغ از تعبیر یادشده، «قانون بیمه اجباری خسارات واردشده به شخص ثالث در اثر حوادث ناشی از وسائل نقلیه»، وامدار اندیشه‌ای است که با گذر از مسئولیت مدنی، جبران را مساوی ورود زیان می‌انگارد. برداشت متفاوت از حادثه و اهتمام به تدارک زیان، عدول از مسئولیت مدنی و الزامات آن و تعهد مستقل نهاد جبران‌کننده، نشانگر شباهت نظام جبران خسارت ناشی از وسائل نقلیه با «تضمین اجتماعی» است. معرفی این اندیشه و وجه شباهت آن با جبران خسارات ناشی از وسائل نقلیه در حقوق ایران، به همراه نقد رویه قضایی، می‌تواند زمینه‌ای برای پوشش گسترده خسارات بدنی و حمایت بیشتر از زیان‌دیدگان را فراهم آورد.

کلیدواژه‌ها: مسئولیت مدنی، تضمین اجتماعی، خطر اجتماعی، همبستگی، حادث ناشی از وسائل نقلیه.

مقدمه

در میان حوادث زیان‌بار، خسارات جسمانی ناشی از وسایل نقلیه جایگاه ویژه‌ای دارند. تکرار و حجم این خسارات، در همه کشورها موجب واکنش پیوسته قانون‌گذار، محاکم و اندیشمندان بوده است. هر چند نمی‌توان انکار کرد که سیر این جریان، عموماً در جهت حمایت از زیان‌دیده است اما به نظر می‌رسد گسترش این حمایت، فراتر از حوادث رانندگی، از تحول عمومی نظام جبران خسارات متأثر باشد. در واقع اگر زیان، در زندگی زیان‌دیده اختلال ایجاد کند، برقراری این تعادل از هم گسیخته، همیشه با منطقی یکسان تمهید نمی‌شود و پاسخ به نیاز جبران را می‌توان به گونه‌ای متفاوت ابراز کرد:

- از طریق نظام مسئولیت مدنی که منطق سنتی جبران خسارت و محدود به عواملی مانند سببیت و اثبات آن، مسئول حادثه، توانایی تدارک خسارت، مشارکت زیان‌دیده در وقوع حادثه و ... است. توسعه مسئولیت به دستاویز نهادهای جمعی جبران نیز زمینه تدارک گستردۀ خسارت در این شیوه را فراهم آورده است.
- از طریق نظام‌های جبران خودکار^۱ مانند طرح‌هایی که در صدد الغای نظام مسئولیت مدنی (معمولًاً در موردی خاص) هستند. در اینجا زیان‌دیده به صرف وقوع خسارت، استحقاق تدارک زیان را دارد و عموماً اصول مسئولیت مدنی بر این نظام‌ها حاکم نیستند.
- از طریق نظام‌هایی که مستقل از مسئولیت هستند ولی خسارت را به صورت خودکار نیز تدارک نمی‌کنند. این نظام‌ها الزاماً به دنبال مسئول خسارت نیستند و رابطه دوچانبه شخص اخیر با زیان‌دیده، جای خود را به رابطه قربانی حادثه و گروهی گستردۀ می‌دهد. در این طریق، گروه اجتماعی (با شرایطی) به عنوان بدھکار غرامت و ضامن امنیت اجتماعی شناخته می‌شود و دولت موظف می‌گردد که جبران را تضمین کند. با این وجود، مسئولیت مدنی حذف نمی‌شود و در رابطه ثانوی با عامل زیان و به خصوص در دعواهی جانشینی جلوه‌گر می‌گردد.

تأثیر تحول نظام جبران و منطق تدارک زیان، بر حوادث ناشی از وسایل نقلیه نیز محسوس است. صرف نظر از قوانین عمومی یا موردی، نظام جبران خسارت ناشی از

حوادث رانندگی در کشور ما، سه قانون متفاوت را تجربه کرده است که مبنایی متمایز را عرضه می‌دارند:^۱

- قانون بیمه اجباری مسئولیت مدنی دارندگان وسایل نقلیه موتوری زمینی در مقابل شخص ثالث (۱۳۴۷) که مبتنی بر مسئولیت و با تأکید بر بیمه بوده است. در این منطق، مسئولیت جمیع می‌گردد اما عرصه را خالی از مفاهیم ضمان مرسوم نمی‌کند.

- قانون اصلاح قانون بیمه اجباری مسئولیت مدنی دارندگان وسایل نقلیه موتوری زمینی (۱۳۸۷) که با تقویت نقش بیمه اجباری از منطق مسئولیت، خارج و به نظام جبران خسارت مستقل نزدیک می‌گردد.

- قانون بیمه اجباری خسارات واردشده به شخص ثالث در اثر حادث ناشی از وسایل نقلیه (۱۳۹۵) که با گنر بیش از پیش از مسئولیت مدنی، مفهوم متفاوتی از تعهد جبران خسارت ارایه می‌دهد و نظام اجتماعی جبران زیان را تکمیل می‌کند.

هر چند نظر به این قوانین، میان تغییر اندیشه قانون گذار و عبور از نظام سنتی است اما در ک این دگرگونی، مستلزم تحلیل ماهیت آنهاست که به نوبه خود در تفسیر مواد قانون مؤثر خواهد بود. برای بررسی مبنای نظام جبران خسارت در حادث ناشی از وسایل نقلیه، می‌توان حقوق ایران را با قانون ۵ زوییه ۱۹۸۵ فرانسه در خصوص بهبود وضعیت زیان‌دیدگان حوادث حمل و نقل و تسريع جبران خسارت آنها (که به نام پیشنهاددهنده آن، به قانون بادنتر^۲ اشتهر یافته)، مقایسه کرد. قانون گذار فرانسه پس از بررسی‌های فراوان، نظامی را بنا نهاد که از نظر مبنای آینین و شیوه جبران خسارت، نه تنها متفاوت از قواعد عمومی، بلکه متمایز از نظامهای خاص جبران زیان بوده است.^۳ در دکترین حقوقی، تحلیل‌های متفاوتی از ماهیت این قانون به عمل آمده و در حالی که برخی این قانون را محصور در اندیشه مسئولیت مدنی دانسته‌اند،^۴ بعضی مدعی هستند که این قانون، تمهدی میان مسئولیت مدنی و جبران خودکار است.^۵ متقابلاً برخی نیز در جستجوی مبنایی متفاوت، از منطقی اجتماعی در جبران خسارت قربانیان

۱. البته از منظر تاریخی باید از «لایحه قانونی بیمه خسارات شخص ثالث ناشی از وسایط نقلیه موتوری» مصوب ۱۳۳۱/۸/۸ و متمم آن (۱۳۳۱/۱۱/۸) نیز یاد کرد که الرام رانند به انعقاد بیمه و نیز تکلیف شرکت شهامت بیمه ایران به جبران خسارت، در صورت نبودن خودرو را مقرر می‌داشت.

2. Badinter
۳. موضوع مطالعه حاضر، صرفاً معرفی نظریه «ضمین اجتماعی» و بررسی امکان تطبیق آن با حقوق ایران است. برای تحلیل قانون بادنتر:

«Le Tourneau(P), Droit de la responsabilité et des contrats, Dalloz, 2008, p. 1402 et s.».

4. Viney(G), Introduction à la responsabilité, 3e éd, L.G.D.J, 2007, p. 31 et s.

5. Laroumet(CH), L'indemnisation des victimes d'accidents de la circulation: l'amalgame de la responsabilité civile et l'indemnisation automatique, Dalloz, 1985, p. 235.

حوادث رانندگی سخن می‌گویند که مستلزم تعیین قبلی معهد جبران به صرف مداخله^۱ خودرو در حادث، شناسایی حقیقتی متمایز برای زیان‌دیدگان و در بردارنده نتایجی متفاوت در تدارک خسارت خواهد بود.^۲ این نویسنده‌گان بر این باورند که سوانح رانندگی که از سال ۱۹۳۰ به عنوان «خطر اجتماعی» شناسایی شده بود با قانون ۱۹۸۵ تحت پوشش «تضمين اجتماعی» قرار گرفته است.^۳

مطالعه این اندیشه، قربت این نظریه و نتایج آن را با تدبیر قانون‌گذار ایران نشان می‌دهد. معرفی «تضمين اجتماعی» و مبنای آن در حقوق فرانسه و امکان سازگاری آن با قانون بیمه اجباری ۱۳۹۵، در پرتو نقد رویه قضایی، مسایلی است که در مقاله حاضر بررسی می‌گردد.

۱. مبنای نظام‌های جایگزین مسئولیت مدنی در حقوق فرانسه

مطالعه مبنای نظام‌های جبران خسارت مستقل از مسئولیت مدنی در حقوق فرانسه، مستلزم شناسایی منطق متفاوت آنهاست. معرفی این منطق واحد می‌تواند زمینه تحلیل مبنای آن را فراهم آورد.

۱-۱. منطق واحد تضمين اجتماعی

پس از جنگ جهانی دوم و به دنبال افزایش خسارات و متقابلاً مطالبه روز افزون امنیت، در حقوق فرانسه روند پیوسته تصویب قوانین خاص جبران خسارت مشاهده می‌شود تا به نیاز زیان‌دیدگان پاسخی سریع و کارآمد داده شود. این قوانین خاص، در پس تکثر ظاهری خود با منطقی (عموماً) واحد به نیازی یکسان پاسخ می‌دهند.^۴ این منطق که می‌تواند به مثابه اندیشه‌ای جدید در تدارک خسارات به کار گرفته شود، از سوی برخی نویسنده‌گان «تضمين اجتماعی»^۵ خوانده شده است. هر چند استقلال از قواعد مسئولیت مدنی، به این مقررات، شخص می‌بخشد اما برای اینکه نظام «تضمين اجتماعی» بتواند انسجامی قابل مقایسه با مسئولیت مدنی داشته باشد باید حقوقی مشابه مسئولیت مدنی نیز به زیان‌دیدگان عرضه کند. لذا از یکسو، جبران کامل^۶ و از

1. Implication

2. Margeat(H), Déclin, Rémanence ou Renaissance de la Responsabilité civile?, Risques, n° 10, 1992, pp. 25-39 ; Ewald (F), Responsabilité. Solidarité. Sécurité, Risques, n° 10, 1992, pp. 9-24.

3. Sousse (M), La notion de réparation de dommage en droit administratif français, Paris, L.G.D.J, 1994, p. 342.

4. Ibid, p. 86.

5. Garantie sociale

6. البته در ابتدای شکل‌گیری نظام‌های مستقل از مسئولیت مدنی، جبران خسارت (تحت تأثیر ملاحظات بودجه‌ای)، مقطوع و جزئی بود اما به تدریج این نتیجه که تهدیدی برای «تضمين اجتماعی» تلقی می‌گردید، با تمهید تدبیر مقتضی (مانند بیمه اجباری و صندوق‌های جبران خسارت) کمرنگ شد.

سوی دیگر، پیش‌بینی بدھکاری متمایز از مسئول حادثه که مطالبه جبران خسارت در برابر او امکان داشته باشد، از الزامات این نظام است.

باید توجه داشت که عنوان «تضمين اجتماعی» برای خساراتی که در تدارک آنها به قواعد مسئولیت تمیک نمی‌شود، می‌تواند اشتباہ برانگیز باشد. لذا در وهله نخست، واژه تضمين در این عبارت باید از نظریه مشهور «استارک» که در کنار کیفر خصوصی، کارکرد اصلی مسئولیت مدنی را تضمين حق می‌دانست،¹ متمایز گردد. هر چند نظریه تضمين حق، محصور در مسئولیت مدنی مرسوم باقی مانده است اما جایگاه ممتازی در برونو رفت از این زنجیره بسته داشت. «استارک» نظریه خود را فتح بابی بر تحکیم جایگاه و امنیت زیان‌دیده می‌داند و پیش‌بینی می‌کند که در آینده، جبران خسارت فرآگیر توسط بیمه‌های اجباری و احتمالاً نوعی تأمین اجتماعی گسترده صورت می‌گیرد، بدون اینکه کسی بتواند بگوید این آینده کی و چگونه محقق خواهد شد.²

تحول حقوق، سریع‌تر از آنچه وی تصور می‌کرد، صورت گرفت و بر شناسایی تعهدات قانونی خارج از مسئولیت مدنی و حق جبران زیان‌دیده اثر گذاشت. حقوق جبران جدید، بیش از اینکه به اسباب تعهد توجه کند به نتایج آن معطوف شد و دغدغه حقوق به جای عامل خسارت، زیان‌دیده می‌گردد. این حمایت گسترده و تفاوت موضوع، سبب تمايز «تضمين حق» و «تضمين اجتماعی» می‌شود. در واقع، نظریه تضمين حق با پیش‌شرط تعارض میان حق‌ها، همچنان نظامی فردی باقی می‌ماند و پاسخگوی نیاز جدید نیست. همچنین در حالی که تعارض میان حق‌ها، تنها در صورت وجود دو شخص (مسئول و قربانی) مفهوم می‌یابد در نظام جدید، اساساً فقدان مسئول، مانع جبران خسارت نخواهد بود و افزون بر این، فرض تعارض میان حقوق اجتماعی نیز غیر قابل تصور است.

از سوی دیگر در حقوق عمومی، تضمين (در انتقاد به مفهوم تقصیر) گاه متراffد بیمه به کار رفته است. «هوریو» با تصویر بیمه‌ای متقابل میان طرف اداره و شخص (که مبتنی بر اندیشه برابری در مقابل هزینه‌های عمومی است) نظریه تقصیر در مسئولیت اداری را نفی می‌کند. «دوگی» هم با سخن از بیمه در حقوق اداری همین مفهوم را در نظر دارد.³ نویسنده‌گان حقوق عمومی، به تدریج ترجیح دادند واژه «تضمين» را به جای بیمه به کار برند. تضمين در اینجا به معنای مسئولیت دولت و مبتنی بر تعهد قوای عمومی و ناشی از فعل غیر (مأمور به خدمت عمومی) خواهد بود و بیانگر این است که دولت، خسارات ناشی از فعل مأمور خود را که منتسب به اداره نیست، جبران می‌کند.

1. Starck(B), Droit civil, Obligations, Paris, Litec, 1988, p. 41.

2. Ibid, p. 43.

3. Ewald(F), La société assurancielle, Risques, n° 1, 1990, pp. 5-23.



لذا همانند حقوق خصوصی، تضمین در حقوق عمومی تنها به مطالعه مسئولیت (از منظر اداری) محدود است و باید از تضمینی که به وسیله نظامهای جبران اجتماعی محقق می‌شوند، متمایز گردد.^۱

هر چند نظامهای اجتماعی و شیوه‌هایی که این جریان را محقق می‌کنند، متعدد و متفاوتند اما علی‌رغم این تفاوت ظاهری، منطق واحد «تضمین اجتماعی» حلقه اتصال این زنجیره متکثراً است. با وجود اینکه راهکارهای این نظام، متجانس نیستند و گستره آن نیز می‌تواند متغیر باشد منطق و مبنای واحد، پیوستگی آنها را میسر کرده است و «تضمین اجتماعی»، امکان توسل به همبستگی را فراهم می‌آورد. این منطق مستقل، مستلزم استقلال واژه تضمین در برابر مسئولیت مدنی است.

۱-۲. جریان استقلال واژه تضمین اجتماعی در برابر مسئولیت مدنی

در تحول نظام جبران خسارت، به جای تقصیر یا خطر، سخن از حقوق افرادی است که «تضمین اجتماعی» از آنها حمایت می‌کند؛ این حقوق، اجتماعی و متفاوت از حقوق فردی است که مسئولیت مدنی از آن دفاع می‌کرد. لذا «تضمین اجتماعی»، طرحی نو از مسئولیت در می‌افکند که متضمن حقوق و تکالیف جدیدی است.

در حقوق مدنی، وجود جبران مستقل از مسئولیت مرسوم را مشروط به اینکه محتوای اخلاقی مسئولیت مدنی حفظ شود، پذیرفته‌اند. «ریپر» با تمايز مسئولیت و جبران‌های اجتماعی، جبران خسارت را مسأله‌ای متمایز از مسئولیت می‌انگارد که تشخیص ضرورت آن بر عهده قانون گذار است.^۲ همچنین «ساواتیه» این مفهوم را در معنایی گسترده به کار می‌برد و تحول حقوق را به سوی مسیری نشان می‌دهد که از بیمه‌های فراغیر و صندوق‌های جبران خسارت، شروع و به تعهد دولت (در ازای مالیات) در جبران خسارت همه سوانح می‌انجامد.^۳

هر چند نویسنده‌گان فرانسوی، با تأخیر، واژه «تضمین اجتماعی» را در مفهوم مطلوب (یعنی نظامی متمایز از مسئولیت مدنی) به کار می‌گیرند اما حقوق‌دانان سنتی هشیار، با آگاهی از ضرورت فزاینده امنیت شهروندان، بر این استقلال صحه می‌گذارند. «استارک» که بنیان نظریه خویش را بر تضمین می‌نهد، تحول احتمالی تضمین در خارج از مسئولیت را پیش‌بینی می‌کند و معترض است که تضمین به شکلی که وی

1. Sousse, op.cit, p. 89.

2. Préface au Traité de la responsabilité civile en droit français, Savatier(R), Traité de la responsabilité civile en droit français, T 1, Paris, L.G.D.J, 1939 ; Ripert(G), Le régime démocratique et le droit civil moderne», 3^e éd, Paris, L.G.D.J, 1948, n° 197.

3. Savatier, René, «Vers la socialisation de la responsabilité et des risques individuels», Dalloz, n° 5, Chron, 1931, pp. 9-12.

عرضه می‌دارد تنها یک گام در مسیر پیشرفت مداوم به سوی امنیت بیشتر است.^۱ وی حق بر امنیت را گسترده‌تر از نظریه خویش بررسی می‌کند و معتقد است علی‌رغم افزایش موارد مسئولیت بدون تقصیر، باز هم انسان در برابر دو دسته از خطرات بی‌دفاع است: خسارت ناشی از قوه قاهره و خساراتی که عامل آن ناشناخته یا معسر است. روشن است که این دو کاستی، موضوع تضمین اجتماعی است و به برکت دو نهاد بیمه اجباری و صندوق‌های جبران خسارت یا در موارد مقتضی با مداخله مستقیم دولت، تحت پوشش قرار می‌گیرد.

همچنین برخی با یادآوری ناکارآمدی مفاهیم موجود در مسئولیت مدنی، به استقبال «مسئولیت اجتماعی» می‌روند تا با مشارکت عمومی و به یاری مالیات، تدبیری در برابر فجایع گسترده، اتخاذ شود.^۲ در حقوق عمومی نیز این منطق جدید که مستلزم جبران خسارت خارج از مسئولیت بود، استقلال و اصالت یافته.

پس از این تمایز، نوبت به نام‌گذاری این نظام می‌رسد و «تیری رنو»^۳ به سال ۱۹۸۸ واژه «تضمين اجتماعی» را در خصوص جبران خسارت قربانیان ترویجیم، به کار می‌برد. وی در تعریف این عبارت به نظامی اشاره می‌کند که تدارک خسارت در آن، نیاز به اثبات قبلی رابطه سببیت میان خسارت و فعل عامل زیان ندارد. در نظر «رنو» تضمین، بیانگر اجتماعی کردن مسئولیت است که حسب آن، غرامت از سوی قوای عمومی (علی‌رغم اینکه زیان مرتبط با فعالیت اداری نیست)، تقبل می‌شود و این مفهوم به جای حقوق مسئولیت، ناشی از اتحاد بیمه و همبستگی ملی است.^۴ از این پس، اصطلاح «تضمين اجتماعی»، وارد واژهنامه حقوق جبران می‌شود. «پونتیه» نیز مدتی بعد، در مقاله‌ای که به دستاویز بررسی جبران خسارت قربانیان ایدز منتشر کرد نظام جبران خسارت زیان‌دیدگان اخیر را متمایز از مسئولیت و به عنوان «تضمين اجتماعی» توصیف می‌کند.^۵

این نظام جبران با مسئولیت مدنی، تفاوتی عمدۀ دارد: افزون بر گستره وسیع زیان که مقتضی تضمین گروهی است، سببیت نیز اهمیت خود را از دست می‌دهد و متعاقباً جبران پیامدهای قوه قاهره نیز ممکن خواهد بود. امتناع از اثر معاف‌کننده قوه قاهره، مستلزم پذیرش تعهدی است که متعهد، سبب آن نیست.^۶ صرف وجود زیان برای جبران، کافی و لذا جستجوی مسئول مقصّر یا خطرساز، بی‌فایده است. اینجاست

1. Sousse, Marcel, op.cit, p. 92.

2. Viney, Geneviève, op.cit, p. 109.

3. Thierry Renoux

4. Sousse, Marcel, op.cit, p. 94.

5. Pontier, J-M, «Sida, de la responsabilité à la garantie sociale», RFDA, 1992, p. 533.

6. Leduc, Fabrice, «Le droit de la responsabilité hors le code civil», Petites affiches, n° 133, 2005, p. 8.

که با توصل به همبستگی، جبران از دارایی نهاد(هایی) که مستقل از مسئول زیان هستند، پرداخت و اجتماعی می‌گردد.^۱

گذشته از تمایز با مسئولیت (که صبغه حقوقی دارد)، تضمین اخیر، متفاوت از مساعدت و امداد است که مشخصه اخلاقی دارند. شیوه‌های اجتماعی جبران با نفی و تلفیق همزمان این دو مشخصه حقوقی و اخلاقی، نظامی اجتماعی را بنیان می‌نهند که یکپارچگی حقوقی دارد.

مع هذا برای ملاحظه اصلت منطق «تضمين اجتماعي»، اين نشانه‌ها شاهدی ضعيف و ناكافى هستند. آنچه اين مدعما را اثبات مى‌كند، مبناي مستقل است. هر چند نظرى به مبانى سنتى (دست‌کم از لحاظ تاریخى) بى‌فایده نیست اما پرداختن به اين مبانى در اين نوشتار هیچ ضرورت و توجيهی ندارد و «تضمين اجتماعي»، بيشتر در خارج از گستره سنتى مسئولیت (در حقوق خصوصی و عمومی) بالide است.

۳-۱. جستجوی مبنایی متمايز برای «تضمين اجتماعي»

در جستجوی این مبنای تأثیر اندیشه‌های موجود در عرصه مسئولیت بدون تقصیر در حقوق خصوصی و عمومی را از یاد برد. از نظریه خطر تا تساوی در برابر هزینه‌های عمومی، با گذر از اندیشه بیمه اجتماعی و نظریه تضمین «استارک»، حق جبران متحول می‌شود و دنیای جدیدی را به تسخیر در می‌آورد.

شباهت مسئولیت بدون تقصیر و «تضمين اجتماعي» ناشی از موضوع مشترک آنهاست که تضمین خطرات است. مع هذا این شباهت ظاهری است چون خطر تضمین شده، مشابه نیست: در تضمین اجتماعي با «خطر اجتماعي» مواجه هستیم و اندیشه ریسک (اگرچه الهامبخش نظام اخیر است)، تغییر ماهیت می‌دهد. لذا به نظر می‌رسد که برای تحلیل مسأله، تنها تمسک به حقوق تعهدات و مسئولیت بدون تقصیر کافی نیست. «تضمين اجتماعي»، زاییده سیاست امداد و مساعدت است که جایگاهی اخلاقی دارد. «مساعدت عمومی»^۲ شیوه‌ای است که «تضمين اجتماعي» آن را به استخدام در می‌آورد و هنرمند در این است که به آن چهره‌ای حقوقی می‌بخشد. این تکلیف امدادرسانی به عنوان مقدمه بحث، نیاز به بررسی دارد.

۱-۳-۱. وجود اندیشه «مساعدت عمومی» در تضمین اجتماعي

برای درک نقش مساعدت در این عرصه باید حسب اینکه جبران اجتماعي به شیوه بیمه‌ای رخ دهد یا با مداخله مستقیم دولت محقق گردد، تفاوت قائل شد. در

1. Sousse, Marcel, op.cit, p. 109.
2. Secours public

مورد نخست، خطر بر روی گروه بیمه‌گذار، اجتماعی می‌شود. هر بیمه شده با امضای قرارداد و پرداخت حق بیمه، اراده خود را برای بهره‌مندی از جبران احتمالی نشان می‌دهد. البته این اراده که با پذیرش عوض مقرر و به طور خودخواسته، در چارچوب قراردادی محصور می‌ماند، موضوع سخن نیست. در واقع، نظام‌های «تضمين اجتماعی» به ایجاد یک بیمه اجباری در عرصه‌ای خاص (مانند تصادفات رانندگی) محدود نمی‌شوند و در خیلی موارد (حتی با پیش‌بینی بیمه) نیز مستلزم مداخله مستقیم دولت^۱ هستند. این جبران مستقیم توسط دولت می‌تواند با اخذ مالیات میان شهروندان تقسیم شود و مالیات بیان این همبستگی ملی خواهد بود.^۲ دولت در مقام ضامن بقای اجتماع، در مواجهه با حادثی که بر جامعه، آسیب وارد می‌آورند و بليه‌ای اجتماعی^۳ انگاشته می‌شوند، تکلیف ياري رسانيدن به مصيبة‌ديدگان را مقرر می‌کند. به تعبیری دیگر، گونه‌ای قرارداد ضمنی میان شهروندان و دولت منعقد شده است که اجازه می‌دهد به نام همبستگی و به منظور ياري رسانيدن به قربانيان، بار خطرات میان گروه اجتماعی تقسيم شود.^۴

اجrai اين قرارداد اجتماعي، در هر مورد خاص نياز به پذيرش شهروندان دارد و اراده همبستگي ايشان از طريق قانون‌گذار ابراز خواهد شد.^۵ از اين منظر،تعريف جديدي از بلايای عمومي اريه می‌شود و به جاي مفهوم سنتي بخشش و مساعدت که جنبه اخلاقي داشت، حق بر جبران خسارت در برابر دولت، در مواردي (مانند خسارات ناشي از تصادفات، حوادث طبيعى، جنگ و اقدامات تروريستي، بيماري‌های فraigir، خطرات فناوري، آسودگي متعاقب انتقال خون و ...) که قوای عمومی نقشی در وقوع زيان نداشتند به رسميت شناخته می‌گردد.^۶ اين حق جبران، امكان بررسی مفهوم و شالوده تضمين اجتماعي را فراهم می‌آورد.

۲-۳-۱. مبنای «تضمين اجتماعي» در حقوق فرانسه

هر چند اندیشه‌های متعددی الهام‌بخش «تضمين اجتماعي» هستند، اما اين مسئله که باید قائل به تعدد مبانی بود یا يك مينا را اختيار کرد، قبل بررسی است.

۱. باید مداخله مستقیم دولت در «تضمين اجتماعي» را از جبران خسارت دولتی (مانند رویه شوروی سابق)، متمایز کرد. صرف نظر از تفاوت مينا، اساساً اندیشه دولتی کردن جبران با بیمه اجباری، سازگاري ساختاري ندارد. شاید اثر نامحسوس اين سنت است که در کشورهای بازمانده از اتحاد شوروی، عملاً بسیاری از وسائل نقلیه بیمه نیستند:

Daniel, Jean Pierre, «L'assurance automobile dans les pays émergents: vers l'âge de raison?», Risques, n° 83, 2010.

2. Pontier, J-M (1983), «De La solidarité nationale», Revue de droit public, 1983, p. 922.

3. Fléau sociale

4. Sousse, Marcel, op.cit, p. 142.

5. Ibid, p. 143.

6. Ibid.

۱-۳-۲. تعداد اندیشه‌های بنیان‌گذار تضمین اجتماعی

(الف) خطر: اندیشه‌هایی که نفس زیان را برای جبران کافی می‌دانند، نقطه آغازین و مشترک خود را در نظریه خطر می‌یابند. این نظریه، در بطن خود اندیشه‌ای معوض است که خطر را پدیده‌ای سودمند و در عین حال زیان‌بار می‌داند. خطر، هزینه پیشرفت جامعه است که همگان را بهره می‌رساند اما دست تقدیر، قربانیان معدودی را برمی‌گزیند. این انتخاب کور، ضرورت تعیین مسئولی که الزاماً مقصراً نیست را ایجاد می‌کند. بیمه نیز در این مجموعه، به عنوان ضامن تعهد جمعی به یاری مديون می‌شتابد. لذا گذشته از تغییر مفهوم مسئولیت، این نظریه، فتح باب نفوذ (محدود) گروه در جبران خسارت است.

اگرچه نظریه خطر، در قالب مسئولیت مدنی و در پی سببیت است اما تفاوتی مهم با رویه سنتی مسئولیت دارد: تلاش در باتفاق عامل زیان بر مبنای خطا، چونان حرکتی واپس‌گرایانه بود و نقطه حرکت، گسیختن جریان طبیعی اشیاء است که ما را به جستجوی مسئول وا می‌دارد. اما در اندیشه خطر، مسئولیت رو به آینده دارد و حاوی پیامدهایی قابل پیش‌بینی است که عامل زیان، از هم اکنون، باید بار تعهدش را بر دوش کشد.^۱

هر چند خطر، مبنای واحد و اصلی برای «تضمين اجتماعی» به شمار نمی‌آید لیکن در گسترش تعهد جبران و تسهیل شرایط آن تاثیری شایان داشته است. مع‌هذا باید توجه داشت خطری که مستند «تضمين اجتماعی» است دو ویژگی ممتاز دارد: نخست، اجتماعی و دیگر اینکه استثنایی است. به دیگر سخن، تنها خساراتی می‌توانند تحت شمول تضمین اجتماعی باشند که از شدت یا اهمیتی خاص، فراتر روند. این مشخصه سبب می‌شود که از توسعه غیر قابل کنترل ریسک اجتماعی، اجتناب گردد^۲ و صرفاً فجایع و حوادث مهم، موضوع این تضمین قرار می‌گیرند.

(ب) همبستگی:^۳ دومین اندیشه بنیان‌گذار تضمین اجتماعی، ناشی مساعدت عمومی است. همبستگی که در تعبیر سنتی، مشخصه‌ای ملی است اجازه می‌دهد شهروندان را در جهت هدفی مشترک، پیوند داد. همبستگی ارزشی اجتماعی دارد و همچنان که نمی‌تواند بر یک نفر اعمال شود، اجرایش نیز منوط به تصویب جامعه است. در قرن بیستم، مفهوم همبستگی از محبس اخلاقی خود خارج شد و به عالم حقوق گام نهاد. در فرانسه که ابتدائاً این مبنای دستاویزی جهت جبران خسارات جنگ بود، با گذر زمان به جبران دیگر بلایای ملی توسعه یافت.^۴ گسترش همبستگی در ورای روابط

1. Millet, Florence, op.cit, n° 510.

2. Sousse, Marcel, op.cit, p. 143.

3. Solidarité

4. Ibid, pp. 144-145.

قراردادی بیمه‌گر با بیمه‌گذار، امکان جبران خساراتی را می‌دهد که با ضوابط بیمه مسئولیت یا بیمه مستقیم قابل تضمین نبودند.^۱

پ) برابری: برابری و همبستگی، رابطه‌ای تنگاتنگ و هر دو خاستگاهی اخلاقی دارند. این اصل که نقش مهمی در حقوق اداری دارد، یکی از مبانی مسئولیت بدون تقصیر شمرده شده و امروزه تساوی در برابر هزینه‌های عمومی،^۲ دامنه اعمال گسترده‌ای یافته است.^۳ در حقیقت، برابری از دو مفهوم مکمل تشکیل می‌شود: برابری افراد در حقوق و برابری افراد در برابر هزینه‌های عمومی که به تکالیف هر کس بر می‌گردد و مستلزم مداخله دولت است.^۴

در کنار مبانی مستقیم مسئولیت که ترجمانی از اصل تقصیر و خطر در حقوق عمومی را عرضه می‌دارد، اصل «برابری افراد در برابر هزینه‌های عمومی» مبنایی است که به مسئولیت اداری اصالت می‌دهد. با وجود این باید توجه داشت که مبنای اخیر باید در کنار مبانی مستقیم و به عنوان مکمل به کار رود و نمی‌تواند در تمامی موارد مسئولیت بدون تقصیر لحاظ گردد.

پیش از این، یادآوری شد که «دوگی» دولت را بیمه‌گر خطرات اجتماعی می‌خواند و مسئولیت آن را بر اندیشه بیمه اجتماعی که صندوقی جمعی عهده‌دار آن خواهد بود، بنا می‌نهد.^۵ اندیشه بیمه که با گذر زمان و متأثر از نظریه «استارک» در حقوق عمومی نیز عنوان تضمین به خود می‌گیرد به عنوان آرمان عدالت و در انطباق با انصاف، زیان‌دیده را در کانون توجه قرار می‌دهد.

اما این مسئولیت‌پذیری فزاینده نیز، جستجوگر را از راهکاری اصیل در خصوص «تضمين اجتماعی» مستغنی نمی‌کند: صرف نظر از اینکه، نزاع در قالب مسئولیت و سببیت باقی مانده، توسعه مسئولیت عمومی با انتقادات عمدہ‌ای مواجه شده است. در واقع، به نظر می‌رسد که گسترش مسئولیت بدون تقصیر و تبدیل قدرت عمومی به بیمه‌گری فراغیر (که متعهد به جبران همه خسارات است)، آرمانی و غیر قابل دسترسی است که در نهایت به نفع زیان‌دیده نخواهد بود.

دشواری انتخاب اندیشه «تضمين اجتماعی» با توجه به منطقی واحد (که برآمده از اختصاصات آن است)، قابل حل خواهد بود. مبانی متعدد مسئولیت بدون تقصیر در حقوق عمومی و خصوصی، هر چند می‌توانند آبشخور این نظام انگاشته شوند اما اصالت آن را خدشه‌دار نخواهد کرد.

1. Pignerol, Bernard, «Responsabilité et socialisation du risque», AJDA, n° 40, 2005, p. 2211.

2. Egalité devant les charges publiques

3. Delvolvè, Pierre, Le principe d'égalité devant les charges publiques, Paris, L.G.D.J, 1966, n° 435.

4. Sousse, Marcel, op.cit, p. 113.

5. Duguit, Léon, Traité de droit constitutionnel, T 3, Paris, Gallica, 1927, p. 466.

۲-۲-۳-۱. پذیرش چندین مبانی

در برابر مبانی متعدد، می‌توان به دو شیوه برخورد کرد: از یک سو می‌توان جمله مبانی مطروحه را به عنوان بنیان «تضمين اجتماعی» اختیار کرد. این راهکار ساده، بدین معنا است که در هر قانونی که متنضمن جبران اجتماعی باشد، سه اصل فوق ایفای نقش می‌کنند. به دیگر سخن، در صورت رخداد خسارتی که «خطر اجتماعی» انگاشته می‌شود دولت به نام «اصل برابری»، خسارت را جبران و مجلس با تمهدید بیمه یا با مقرر داشتن مداخله مستقیم دولت، «همبستگی ملی» را محقق می‌نماید. اما علی‌رغم سهولت راهکار فوق، مشخص نیست که کدامیک از این سه اصل، تعیین‌کننده است و نیز هریک، مشخصاً در چه هنگام به موقع اجرا گذارد می‌شوند. همچنین برخی نویسندها، دوگانگی مبنای خطر و همبستگی را آزاردهنده می‌دانند و استدلال می‌کنند که چگونه با نظریه خطر به نظام مسئولیت نزدیک می‌شویم و با همبستگی آن را کنار می‌نهیم.^۱

لذا بعضی در صدد تمایز و طبقه‌بندی میان مبانی مختلف برآمده‌اند. در نظر ایشان، «تضمين اجتماعی» مبتنی بر اندیشه‌ای واحد است و بقیه مبانی در حد شرط ایجاد تعهد هستند.^۲ با این وجود، به نظر می‌رسد که تمایز میان مبانی و شرط نیز ابهاماتی به دنبال دارد. همچنین این تمایز (به هر شکل آن) سبب می‌شود که یکی از مبانی سه‌گانه، اهمیت بیشتری نسبت به دیگری بیابد که بی‌تردد موجه نیست.^۳ این انتقادات سبب شده که برخی به دنبال نظریه متفاوتی برای توجیه «تضمين اجتماعی» باشند.

۳-۲-۳-۱. در جستجوی مبنای اصیل

جستجوی این مبانی، مستلزم رد مبانی سنتی است. در واقع هریک از سه اصل مذکور، مشکلاتی بر می‌انگیرد و نظام جدید را محدود می‌کند. همچنین حق بر جبران خسارت در عرصه مسئولیت، همانند نظام تضمين نیست: جدای از ماهیت اجتماعی آن، این حق در شرایط استثنایی و از راه تقنی شناخته می‌شود که وجودی مستقل و متمایز از مسئولیت دارد. این مبنای جدید و اصیل را می‌توان در «همبستگی اجتماعی» یافت. در واقع، مساله این است که چگونه می‌توان بدون ضرورت رابطه سببیت، خسارت را جبران کرد؟ لذا باید تعریف جدیدی از خطر مورد تضمين ارایه داد که در قالب «خطر اجتماعی»^۴ بیان می‌گردد.^۵

1. Pontier, cité par sousse, op.cit, p. 147.

2. Renoux, Thierry, «L'indemnisation des victimes d'actes de terrorisme, un nouveau cas de garantie sociale», RFDA, 1987, p. 916.

3. Sousse, Marcel, op.cit, pp. 148-150.

4. Risque social

5. قسمتی تبریزی، علی، اجتماعی کردن خطرات، نامه مفید، شماره ۸۲، ۱۳۸۹، ص. ۶۶.

۱-۳-۲-۳-۱. کاوشی پیرامون همبستگی اجتماعی

مذکور افتاد که همبستگی، در کنار خطر و برابری، نقش عمدت‌ای در ساختار تضمین اجتماعی دارد. در تعبیر سنتی، مفهوم همبستگی غالباً محدود به «همبستگی ملی»^۱ بود، اما ضرورت تلفیق تمامی اصول سازنده تضمین نوین، سبب شده که نویسنده‌گان متأخر با ترکیب این سه، به «همبستگی اجتماعی»^۲ تمسک جویند که علاوه بر جامعیت، با نیازهای امروز انطباق بیشتری دارد. همبستگی ملی شامل دو چیز بود: ملتی که همبستگی باید در آن به اجرا در آید و ذی‌نفعان همبستگی که ملیت واحد دارند.^۳ اما امروزه این برداشت مضيق که حمایت را منحصر به شهروندان و اتباع یک نظام سیاسی می‌کند، ناعادلانه است. استثنای بودن خسارت و سیاست امدادرسانی که مستور در اندیشه همبستگی است، موجب می‌شود خسارت خارجیانی که از یک بليه عمومي زيان ديده‌اند، تدارك گردد.

از آنجا که زندگی اجتماعی، عرصه سود و زیان است، هر عملی که برای عده‌ای خوشایند و سودمند باشد می‌تواند از نظر گروهی دیگر، ناخوشایند و زیان‌بار محسوب شود. سابقاً حقوق در مواجهه این تضاد، عرصه مسئولیت محدودی را به رسمیت می‌شناخت که محصور به تکلیف منفی منع اضرار به دیگری بود. این تکلیف منفی، پاسخگوی اقتضایات تمدن و انتظارات افکار عمومی معاصر نیست. حقوق امروز در کنار این تعهد منفی، تکلیف مثبت دستگیری از همنوعان را پیدید آورده است. «همبستگی اجتماعی»، مفهومی است که اجازه می‌دهد بدختی‌ها و ناکامی‌ها را نیز همانند خوشی‌ها و شادکامی‌ها تقسیم نمود. مع‌هذا، برخلاف تکلیف سنتی همبستگی و دستگیری از غیر که ریشه اخلاقی داشت و ضمانت اجرای خود را در وجودان می‌یافت تعهد جدید، ریشه حقوقی دارد و ضمانت اجرای خود را در قانون می‌یابد. همبستگی نوین، متکی به فرد نیست، وابسته به اجتماع است و گستره‌اش نیز برخلاف گذشته فراتر از خانواده، گروه و ملیت، در قبال جامعه است. اگر مسئولیت مدنی اصولاً نمی‌تواند ترک مساعدت به غیر را موجب ضمان بداند، همبستگی اجتماعی با اتخاذ راهکارهای حقوقی پیشگیرانه (مالیات، حق بیمه، پرداخت‌های اجتماعی و ...) به استقبال خطرات و ناکامی‌ها می‌رود و ضمن تحمل این تکلیف، نتیجه امداد و احسان اخلاقی را با هزینه‌ای کمتر، تحصیل می‌کند. این مفهوم اصیل، در عین حال که وام‌گرفته از مسئولیت نیست، در دکترین معاصر نیز شناخته شده است.^۴ اندیشمندانی که قایل به نظام جبران مستقل از

مسئولیت بوده‌اند نیز این اصطلاح را در مواردی که تعهد جبران بر جامعه تحمیل می‌شود، بکار گرفته‌اند.^۱ اراده جبران خسارت، شرایط و شمار زیاد مصیبت‌دیدگان و حجم بالای خسارت، جملگی دلایل انتخاب این همبستگی فراگیر است که ترجمان خویش را در «تضمین اجتماعی خطرات» می‌بابد. موضوع تضمین جدید، خطر نامتعارف است و منشاء آن به اجتماعی کردن خطرات بر می‌گردد.^۲

از بررسی مطالب مطروحه و با توجه به ویژگی‌های خسارات ناشی از وسائل نقلیه، مشخص می‌شود که امروزه نمی‌توان تعهد جبران خسارات ناشی از وسائل نقلیه را صرفاً مبتنی بر مسئولیت مدنی دانست و با تلقی این حوادث، به عنوان خطری اجتماعی می‌توان آنها را در گستره تضمین اجتماعی قرار داد.

۲. نشانه‌های «تضمین اجتماعی» حوادث ناشی از وسائل نقلیه و آثار آن در حقوق ایران

بیان شد که جبران خسارات ناشی از وسائل نقلیه از ۱۳۹۵ تا ۱۳۴۷ سه تحول عمده قانونی را به خود دیده است. اما آیا می‌توان پذیرفت که این تحول به سوی نظامی مستقل از مسئولیت بوده است؟ در تحلیل مبنای این قوانین، نظریه‌های متفاوتی از خطر تا مسئولیت محض^۳ و حتی مسئولیت مطلق^۴ ارایه شده^۵ که به نظر می‌رسد که انطباق کاملی با ماهیت این قانون ندارند. در واقع، این نظریات جملگی، وابسته به مسئولیت عامل زیان هستند. به این تعبیر که عامل حادثه، مسئولیتی محض، مطلق یا مبتنی بر خطر دارد و متعاقب آن، بیمه‌گر یا صندوق تأمین خسارات بدنی آن را بر عهده گیرد. در حالی که در بسیاری موارد، به رغم اینکه اساساً عامل حادثه هیچ مسئولیتی ندارد، حق جبران خسارت به رسمیت شناخته شده است. لذا این تدبیر، قربتی با ضمان سنتی ندارد و مسئولیت مدنی در توجیه آن ناتوان خواهد بود.

1. Pontier (J-M), Sida, de la responsabilité à la garantie sociale, RFDA, 1992, p. 533.

2. Sousse, Marcel, op.cit, p. 138.

۳. بادینی، حسن، مسئولیت محض؛ مبانی و مصاديق، مطالعات حقوق تطبیقی، دوره ۳، شماره ۱، ۱۳۹۱، ص. ۲۹.

۴. رهپیک، سیامک، مسئولیت مدنی دارندگان وسائل نقلیه براساس قانون بیمه اجباری مصوب سال ۱۳۸۷ در مقایسه با قانون مصوب ۱۳۴۷، ۱۳۹۰، فصلنامه حقوق، دوره ۴۱، شماره ۳، ۱۳۹۰، ص. ۱۷۶.

۵. برخی نویسندهای مبنای قانون با تمسک به «انتساب عرفی» برآمده‌اند (خدابخشی، عبدالله، مسئولیت مدنی ناشی از حوادث رانندگی و تحولات آن در حقوق ایران، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۷۴، ۱۳۹۰، ۷۴، ص. ۱۱۳). صرف نظر از اینکه انتساب، داخل مسئولیت مدنی است و بررسی آن مجال واسعی می‌طلبد باید توجه داشت انتساب، مفهومی مرتبه یا جایگزین سببیت است و نمی‌تواند به جای مبنای مسئولیت به کار آید.

هر چند نشانه‌های گذر از مسئولیت مدنی، با اصلاح قانون بیمه اجباری در سال ۱۳۸۷ آشکار شد اما متأسفانه در کنار رویه شرکت‌های بیمه و صندوق تأمین خسارات بدنی، محاکم نیز این استقلال را (آن گونه که باید) به منصه ظهور نرسانیده‌اند و در برخی موارد، تلاش در تمیک به قواعد مسئولیت مدنی دارند. اما بر خلاف باور معمول، به نظر می‌رسد پذیرش «تضمین اجتماعی»^۱ راهکاری مطلوب در توجیه اراده قانون‌گذار است زیرا این قانون با بسیاری از استدلال‌های سنتی قطع رابطه کرده و حق جبران را به گونه‌ای متفاوت ایجاد می‌کند. این موارد را می‌توان به شرح ذیل بررسی کرد که به نوبه خود، آثار متفاوتی از نظام مسئولیت مدنی (در استنباط قانون) به دنبال دارد.

۱-۲. برداشت اجتماعی از حادثه

در نظام مسئولیت مدنی، حادثه رانندگی فردی است و توسط عامل زیان و بعضًا به مساعدت بیمه تدارک می‌شود. اما مقتن در آخرین اراده خود (بر خلاف قانون ۱۳۴۷ و ۱۳۸۷)، عبارت «مسئولیت مدنی» را از عنوان قانون، حذف کرد و تنها سخن از «بیمه اجباری خسارت وارد شده به شخص ثالث در اثر حادث ناشی از وسائل نقلیه» به میان می‌آورد.^۲ به دیگر سخن، قانون‌گذار بیش از مسئول به حادثه، توجه دارد و

۱. برخی به تبع شماری از نویسنده‌گان فرانسوی، به دستاوری جبران جمعی و پیش‌بینی بیمه، مبنای قانون ۱۳۴۷ و ۱۳۸۷ را «تضمین گروهی» دانسته‌اند (صفایی، سید حسین، مسئولیت مدنی، چاپ چهارم، انتشارات سمت، ۱۳۹۱، ص. ۷۵). اما به نظر می‌رسد تضمین گروهی نمی‌تواند به عنوان جایگزین تقصیر یا خطر تعریف شود. زیرا گذشته از تفاوت مبنای این دو قانون، اولاً صرف وجود بیمه، مبنای مسئولیت را نفی نمی‌کند یا تغییر نمی‌دهد. همچنین، تضمین گروهی به شیوه جبران بر می‌گردد و ناظر به تکنیک تدارک زیان است که فرع بر مسئولیت تلقی می‌شود. در حقیقت، مسئولیت نوعی مستظره به بیمه می‌شود تا امکان تدارک خسارت را فراهم آورد. در حالی که «تضمین اجتماعی» منطقی متفاوت است که بیمه اجباری یا صندوق جبران خسارت را جایگزین مسئولیت مدنی می‌کند، به تغییر دیگر، بیمه مسئولیت در راستای «جمعی شدن مسئولیت» و متفاوت از اندیشه «اجتماعی کردن خطرات» است که در جبران خسارات ناشی از وسائل نقلیه دنبال می‌گردد (قسمتی تبریزی، علی، منبع پیشین، ص. ۷۴).

۲. البته قطعاً تمهد قانون بیمه اجباری نیز در راستای مسئولیت نوعی و فاصله گرفتن از مبنای تقصیر بوده است (کاتوزیان، ناصر، ضمان قهری، جلد ۱، چاپ سوم، دانشگاه تهران، ۱۳۸۲). در این راستا، تقصیر عامل حادثه تأثیری در تکلیف بیمه یا صندوق نداشت و صرف وقوع حادثه، مستلزم جبران خسارت بود. مع‌هذا برخی محاکم، این حقیقت را نادیده می‌انگاشتند. مثلاً در دادنامه شماره ۱۲۳۳ مورخ ۹۳/۱۲/۲۷ شعبه ۱۶ دادگاه عمومی تهران، به نارواعلام شده است: «قرم تیقن این است که در دعوی طرح شده، وجود سه جزء باید احراز و اثبات شود: ... دوم اینکه تقصیر راننده متواری ثابت شود و بالآخره اینکه ورود خسارت و صدمه بدنی غیرعمدی ناشی از تصادفات به زیان دیده احراز گردد...». این تلقی و ضرورت اثبات تقصیر، با هیچ‌یک از مواد قانون بیمه اجباری و اصلاح آن همخوانی ندارد. همچنین سابقاً برخی محاکم برای تعیین میزان خسارت، مشارکت زیان دیده یا تقصیر او را لحاظ و به ناروا، از غرامت زیان دیده (که از بیمه یا صندوق تادیه می‌گردد)، کم می‌کردند که انتظار می‌رود این رویه با صراحت قانون، تغییر کند. زیرا علاوه بر قانون بیمه اجباری، هنگامی که ماده ۲۶ قانون رسیدگی به تخلفات رانندگی (۱۳۸۹)، تخلف حادثه‌ساز عابر پیاده را مانع تعهد بیمه و صندوق خسارت بدنی تلقی نمی‌کند، به طریق اولی مشارکت زیان دیده نیز مانع جبران کامل خسارت نخواهد گردید.

عامل حادثه نیز همانند زیان دیده، جزئی از یک کل مستقل است. در این راستا به نظر می‌رسد که وسیله نقلیه، نه به عنوان سبب خسارت، بلکه به مثابه منبع اعمال نظام خاص جبران خسارت انگاشته می‌شود.^۱

این تغییر در کنار سایر مواد قانون، نشانگر تشخّص حادثه در نظر قانون‌گذار و برداشتی متفاوت از آن است. تعریف حادثه به هر گونه سانحه ناشی از وسایل نقلیه حتی در صورتی که بر اثر حوادث غیر مترقبه باشد (بند پ ماده ۱)، تکلیف جبران خسارت را حسب مواد ۴ و ۲۱ متوجه بیمه یا صندوق تأمین خسارات بدنی می‌کند. در حقیقت قانون‌گذار فراتر از تصادم وسایل نقلیه یا تصادف با وسایل نقلیه، به خود سانحه توجه دارد و به این ترتیب، خساراتی را می‌توان جبران کرد که در مسئولیت مدنی یا حتی بیمه مسئولیت، تدارک آنها منتفی بود.

حادثه در این برداشت، پدیده‌ای اجتماعی است که باید پیامد آن جبران شود. در این راستا، ضرورتی ندارد که تصادم الزاماً در برخورد وسایل نقلیه یا میان خودرو و عابر پیاده اتفاق افتاده باشد.^۲ همچنین نقش فعال یا انفعالی وسیله نقلیه، موضوعیت ندارد و با توسعه مفهوم شخص ثالث (بند ت ماده ۱)، تکلیف جبران در برابر هر خسارتی که ناشی از مداخله وسیله نقلیه (حتی بدون تصادم) باشد، وجود دارد. مثلاً در صورتی که بر اثر هر گونه حادثه، ضایعاتی (مانند شیشه) از وسیله نقلیه مصدوم بجا مانده یا سطح معبر، لغزنده شده باشد و این امر، موجب آسیب پیاده یا وسیله نقلیه ثالثی شود، جبران بر بیمه یا صندوق تأمین خسارت‌های بدنی تحمل می‌گردد.

با این تلقی، ویژگی‌های اجتماعی و سیاسی زیان دیده نیز اهمیتی در جبران خسارت ندارد. حادثه رانندگی، واقعه‌ای عینی است و گروه اجتماعی، متكلّف تدارک خسارات ناشی از آن است. پذیرش مبنای همبستگی اجتماعی، موجب می‌شود که

1. Sousse, Marcel, op.cit, p. 343.

۲. تعبیر «حادثه غیر مترقبه» (اگر معادل عبارت Cas fortuit در حقوق فرانسه باشد)، در ادبیات حقوقی ایران، مرسوم نیست. بی‌تردید، حادثه در نفس خود «غیر مترقبه» و ناخواسته است و بهتر بود به جای آن، واژه آشنای «قوه قاهره» به کار رفت.

۳. یکی از موارد شایع، برخورد وسایل نقلیه با احشام است. در حاکمیت قانون ۱۳۸۷، رویه قضایی عموماً با این استدلال که خسارت باید ناشی از تصادم با وسیله نقلیه باشد، از تدارک زیان اجتناب می‌کرد. مثلاً در دادنامه شماره ۱۲۸۱ ۹۰/۱۵ ۹۰۹۷۱۸۳۵۱۰ دادگاه عمومی صومعه‌سرا ضمن ارتباط ناروای تصریف به تعهد جبران خسارت، تصریح گردیده: «در ما نحن فيه صاحب حشم، مقصّر حادثه اعلام شده و حشم هم وسیله نقلیه موتوری نبوده و دارای بیمه شخص ثالث نبوده و از موضع ماده ۱۰ قانون بیمه اجباری ... خارج است.» این تلقی ناروا با اطلاق تبصره ۵ ماده ۱ قانون سابق (بند پ ماده ۱ قانون فعلی) مغایر است. علاوه بر این، قانون‌گذار به جای عبارت «بیمه نبودن وسیله نقلیه» (در ماده ۱۰ قانون ۴۷)، تعبیر «فقدان بیمه‌نامه» را در ماده ۱۰ قانون ۸۷ و ماده ۲۱ قانون ۹۵ جایگزین کرده است. این تعبیر و برداشت اجتماعی از حادثه، حسب مورد مستلزم تعهد بیمه و صندوق در برابر خسارات ناشی از وسیله نقلیه خواهد بود.

صرف وقوع خسارت در قلمروی سرزمینی ایران برای جبران خسارت، کافی و تابعیت زیان دیده نیز تاثیری در این تعهد نداشته باشد.^۱

۲-۲. پیش‌بینی پرداخت‌کننده ثالث

قانون بیمه اجباری، از مواجهه عامل خسارت و زیان دیده اجتناب می‌نماید. اما قطعاً صرف وجود بیمه (حتی بیمه اجباری) نظام جبران را از منطق مسئولیت مدنی خارج نمی‌کند. در حقیقت، بیمه ظهیر مسئولیت مدنی است و آنچه وجه تمایز نظام اجتماعی از مسئولیت سنتی است وصف تبعی یا اصالت نهاد جبران‌کننده است. زیرا در مسئولیت مدنی، بیمه نقش تبعی و فرعی را ایفا می‌کند لیکن در تضمین اجتماعی، کارکردی اصیل می‌یابد و تبدیل به بدھکار اصلی دین جبران خسارت می‌گردد. بیمه اجباری در این قانون با گذر از مسئولیت مدنی، تغییر ماهیت می‌دهد و با کنار گذاشتن مبانی سنتی، نظامی متمازی ایجاد کرده است تا نیاز امنیت را تأمین کند.

با این برداشت، برخلاف تصوری که بیمه و صندوق جبران خسارات بدنی را نظام تکمیلی مسئولیت مدنی تلقی می‌کند، باید نظام جبران خسارت در قانون جدید (و تا حدی در قانون ۱۳۸۷) را جایگزین مسئولیت مدنی انگاشت. صدق این مدعای با توجه به مواد ۳۱ و بعد قانون که بیمه را ملزم به تادیه مستقیم خسارت می‌کند، اثبات می‌گردد و مقنن، فارغ از مبانی مرسوم، نهادهای جایگزین را ملزم به پاسخگویی می‌کند. پیش‌بینی این نهاد جایگزین، حق غرامتی به زیان دیده اعطاء می‌کند که مستقل از حق او در برابر مسئول حادثه است و مساله اصلی، تنها تعیین بیمه‌گر یا (در غیاب او)، مراجعه به صندوق تأمین خسارت‌های بدنی خواهد بود. بدیهی است که با شناسایی این تعهد، قربانی حادثه حق اقامه دعوای به طرفیت نهاد جایگزین را نیز دارد.

علاوه بر بیمه، قانون‌گذار با گسترش تعهدات صندوق خسارت‌های بدنی، تجلی همبستگی اجتماعی را بیش از پیش آشکار نموده است. در حاکمیت قانون ۱۳۴۷ صندوق، سقف تعهدات و منابع مالی محدودی داشت (ماده ۱۱) و جبران خسارت توسط صندوق ناکافی بود. در قانون اخیر، تصریح به نقش حمایتی صندوق، افزایش منابع مالی و حتی الزام دولت به جبران کسری بودجه آن (ماده ۲۴)، تجلی همبستگی و نشانگر تعهد به جبران خسارتی است که دولت و گروه اجتماعی، نقشی مستقیم در وقوع آن ندارند.

۱. البته در عمل، صندوق تأمین خسارات بدنی، تنها از اتباع ایرانی و کسانی که اقامت مجاز در ایران دارند، حمایت می‌کند که این تبعیض، علاوه بر مغایرت با مبانی قانون، با ظاهر آن نیز هماهنگی ندارد.



همچنین سقف تعهدات صندوق افزایش یافت^۱ و این نهاد، امکان رقابت با مسئولیت مدنی را از حیث گستره جبران، پیدا کرد.

همچنین افرون بر بیمه و صندوق تأمین خسارت‌های بدنی، قانون‌گذار در تمهید جبران کامل زیان و تأمین هزینه‌های درمانی (که از دیه مقدار فراتر می‌رود) وزارت بهداشت را نیز متعهد قلمداد می‌کند. در این راستا، به تبع ماده ۹۲ قانون برنامه چهارم (۱۳۸۳) و بند ب ماده ۳۷ قانون برنامه پنجم توسعه (۱۳۸۹) و ماده ۳۰ قانون الحق برخی مواد به قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت (۱۳۹۳)،^۲ ماده ۳۵ قانون ۱۳۹۵ تصریح می‌کند: «هزینه‌های معالجه اشخاص ثالث ... و راننده مسبب حادثه در صورتی که مشمول قانون دیگری نباشد، با لحاظ ماده ۳۰ قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت (۲) حسب مورد بر عهده بیمه‌گر مربوط یا صندوق است».^۳

در جهت این تضمین فراگیر، کلیه خسارات بدنی باید توسط بیمه، صندوق یا سایر نهادهای متکفل معالجه زیان دیده، جبران شود و بر خلاف رویه سابق که بیمه‌گر مدعی بود خسارت از سقف تعهدات شرکت بیمه فراتر رفته است و زیان دیده به ناچار به عامل زیان رجوع می‌نمود، نباید خسارتی بدون جبران باقی بماند.

۳-۲. حذف مسئولیت

نخستین نکته‌ای که مبین عدول از مسئولیت مدنی است از تغییر عنوان قانون استنباط می‌شود. در واقع، قانون‌گذار به جای «بیمه اجباری مسئولیت مدنی دارندگان»، در قانون اخیر از «بیمه اجباری خسارات ... حوادث ناشی از وسائل نقلیه» یاد می‌کند. افزون بر این، هر چند حسب ماده ۱ قانون ۱۳۴۷ «کلیه دارندگان و وسائل نقلیه، ... مسئول جبران خسارت» و مکلف بودند «مسئولیت خود را ... بیمه نمایند» اما

۱. قبل از تصویب قانون ۱۳۸۷، تعهدات صندوق، محدود و فروت از میزان دیه بود که هر سال به تصویب هیأت وزیران می‌رسید. با این اوصاف، گاه با فوت زیان دیده، افرون بر مبلغ دیه در تعهد صندوق بیت‌المال قرار می‌گرفت. همچنین با وجود تصریح قانون ۱۳۸۷ به تکلیف صندوق در تاذیه دیه کامله باز هم برخی محکام، جبران خسارت را متوجه صندوق بیت‌المال می‌دانستند. این رویه ناصواب، سبب بخشنامه رئیس قوه قضائیه جهت تذکار اجرای قانون جاری گردیده بود (روزنامه رسمی شماره ۱۸۶۸۹ مورخ ۲۴/۱۴/۸۸).

۲. وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی موظف است اقدامات لازم برای درمان فوري و بدون قيد و شرط مصوومان حادث و سوانح رانندگی ... و مراجعات ضروري بعدی را به عمل آورد...

۳. این تکلیف بعضی در رویه قضایی نیز مستند قرار گرفته است. از جمله شعبه ۴۳ تجدیدنظر تهران در دادنامه ۱۱۶۶ ۹۱/۱۰/۲۵-۹۱۰۹۹۷۰۲۲۴۳۰۱۱۶۶ اعلام می‌دارد: «از آنجا که هزینه‌های درمانی ناشی از تصادف به موجب ماده ۹۲ قانون برنامه چهارم توسعه و دستورالعمل اجرایی آن بر عهده وزارت بهداشت است و برابر دستورالعمل به تمامی مراکز درمانی، حق دریافت هیچ‌گونه هزینه درمانی نمی‌باشد، خواهان می‌تواند با مراجعته به مرکز درمانی خود هزینه درمانی پرداختی را پس بگیرد.» مع هذا صرف نظر از تفاوت حکم قانون در برنامه پنجم و قوانین بعدی، به نظر می‌رسد این راهکار در عمل چندان مفید نباشد. مضافاً بر این ماده ۳۵ یادشده، مجلل است و مشخص نیست حدود تعهد مراکز درمانی، بیمه و صندوق در درمان و هزینه‌های معالجه تا چه میزان خواهد بود.

با اصلاحیه این قانون در ۱۳۸۷ و سرانجام با قانون ۱۳۹۵، تعبیر مسئولیت دارنده در جبران خسارت، منتفی گردید و دارندگان وسایل نقلیه (صرف نظر از مسئولیت مدنی)، صرفاً ملزم به بیمه حوادث وسایل نقلیه شدند.

به نظر می‌رسد تلقی اجتماعی و تفسیر حمایتی متفاوت از اصول مسئولیت مدنی، با سایر مواد این قانون نیز سازگارتر است. در واقع قانون‌گذار، بجز راننده مسبب حادثه (بند ت ماده ۱)، چتر جبران خسارت را بر سر همگان گسترده است.^۱ این تلقی، موجب می‌شود در مواردی که راننده، مسبب حادثه نیست بتواند به عنوان ذی‌نفع، تدارک خسارات خود را مطالبه کند.^۲

اما مهم‌ترین دلیلی که موید عدول از مسئولیت مدنی تلقی می‌گردد کاستن از موارد استثنای جبران خسارت و حذف عوامل رافع مسئولیت مانند قوه قاهره، فعل ثالث یا تقسیر زیان‌دیده است (ماده ۱۷). در واقع محو اندیشه سببیت، اجازه جبران خسارت با وجود عوامل معافیت را می‌دهد و باقی ماندن برخی عوامل معافیت، به دلایلی خارج از سببیت است.^۳

در خصوص قوه قاهره باید توجه داشت که حسب بند ۱ ماده ۴ قانون ۱۳۴۷، خسارات ناشی از فورس مائزور از شمول بیمه خارج بود. علی‌رغم اینکه ماده ۷ قانون ۱۳۸۷، از موارد استثناء کاست و بند ۱ ماده ۴ سابق را تکرار نمی‌کرد، برخی این سکوت را از باب اهمال قانون‌گذار یا بداهت می‌انگاشتند و جبران خسارت (در صورت قوه قاهره) را بر خلاف منطق مسئولیت مدنی تلقی می‌کردند.^۴ در عمل نیز شرکت‌های بیمه و صندوق تأمین خسارات بدنی، نسبت به جبران این خسارات خود را متعهد نمی‌شمردند. اما صرف نظر از اینکه با سکوت در مقام بیان مقتن، این احتمال در حاکمیت قانون سابق نیز موجه نبود، ادامه این مسیر در قانون اخیر، نشانگر اراده قانون‌گذار بر جبران خسارات ناشی از قوه قاهره است، بهویژه که در بند پ ماده ۱ نیز «سوانح ناشی از حوادث غیر مترقبه» قابل تدارک انگاشته شده است.^۵

۱. در راستای این منطق حمایتی، «بند ب ماده ۱۱۵» قانون برنامه پنجم، گامی به پیش نهاد و مقرر می‌داشت: «وزارت امور اقتصاد و دارایی مکلف است نسبت به بیمه شخص ثالث در مورد راننده همچون سرشین، بیمه شخص ثالث را اعمال نماید». همچنین حسب ماده ۳ قانون ۱۳۹۵ «دارنده وسیله نقلیه مکلف است برای پوشش خسارات‌های بدی واردشده به راننده مسبب حادثه، حداقل به میزان دیه مرد مسلمان در ماه غیر حرام، بیمه حوادث اخذ کند».

۲. مثلاً یکی از مواردی که بعضًا اتفاق می‌افتد راننده‌ای است که برای معاینه به زیر خودرو رفت و بر اثر نقص فنی یا سانجه قهری و حرکت خودرو مصدوم می‌شود. بی‌تردید جبران خسارت وی که با منطق مسئولیت مدنی ناسازگار است، در راستای تضمین اجتماعی با «بند ت ماده ۱» هماهنگ خواهد بود.

3. Sousse, Marcel, op.cit, p. 343.

۴. ایزانلو، محسن، نقد و تحلیل قانون اصلاح قانون بیمه اجباری، فصلنامه حقوق، دوره ۳۸، ۱۳۸۷، شماره ۴، ص. ۳۹.

۵. البته قوه قاهره در صورتی تحت شمول قانون بیمه اجباری قرار می‌گیرد که سانجه ناشی از وسیله نقلیه یا محمولات آن باشد.

همچنین بر خلاف بند ۴ ماده ۴ قانون ۴۷ که «خسارات وارد به متصرفین غیر قانونی وسائل نقلیه یا به رانندگان فاقد گواهینامه رانندگی» از شمول جبران استثناء شده بود، قانون اصلاحی ۸۷ (ماده ۶) و قانون ۹۵ (ماده ۱۵)، تصریح می‌کنند که در صورت عدم و تقصیر راننده یا در صورت فقدان گواهینامه، شرکت بیمه در وهله اول موظف است خسارت زیان دیده را پرداخت نماید. بدیهی است این موارد با ضوابط بیمه مسئولیت (که فرع بر تعهد عامل خسارت است) سازگاری ندارد.^۱

این تفسیر و مبنای حمایتی با سایر مواد نیز هماهنگ خواهد بود. در واقع هر چند در بیمه مسئولیت، حق زیان دیده در برابر بیمه‌گر، منوط به شروط بیمه‌نامه و مهم‌تر از آن، اثبات مسئولیت بیمه‌گذار است و بدیهی است که اقتضای بیمه، تضمین تکلیف قانونی عامل خسارت باشد و حدود تعهد تبعی بیمه‌گر، فراتر از عامل زیان نرود، اما در موارد متعدد این قانون، الزام بیمه‌گر فراتر از عامل خسارت است. مثلاً با وجود اینکه ماده ۵۵۴ قانون مجازات اسلامی، صرفاً «دیه اقلیت‌های دینی شناخته شده در قانون اساسی» را به اندازه دیه مسلمان تعیین می‌کند، حسب ماده ۱۰ قانون مصوب ۱۳۹۵، «بیمه‌گر مکلف است ... خسارت وارد به زیان دیدگان را بدون لحاظ جنسیت و دین تا سقف تعهدات بیمه‌نامه پرداخت کند.» لذا با وجود اینکه اصولاً مسئولیت عامل زیان محدود به دیه مقدر (در برابر اقلیت‌های رسمی) و جنسیت مجنی علیه خواهد بود، این محدودیت به نفع بیمه‌گر وجود ندارد. به دیگر سخن، اگر مصدوم حادثه مرد یا از اقلیت‌های رسمی نباشد، مسئولیت عامل حادثه کمتر از دیه کامله بود؛ در صورتی که این تعهد شخصی، ارتباطی به تکلیف قانونی بیمه‌گر ندارد و تعهد بیمه، مستقل از عامل حادثه است.

مضاف بر این، بر خلاف بیمه مسئولیت که معاذیر و دفاعیات عامل حادثه در برابر زیان دیده قابل استناد است، اصولاً هیچ عاملی، حتی تقصیر زیان دیده (بجز تقصیر عمدی وی مانند قصد خودکشی)، رافع تکلیف جبران خسارت نیست.^۲ بدیهی است که مهلت‌های قانونی نیز که به نفع عامل خسارت مقرر شده است به سود بیمه یا صندوق

۱. در خصوص متصرف غیرقانونی نیز می‌توان به این نتیجه ملتزم شد. این استدلال که در حاکمیت قانون اصلاحی ۸۷ نیز قابل پذیرش بود، خوشخانه در «بنده ت ماده ۱۵» قانون جدید تصریح شده است و «در صورتی که راننده مسبب، وسیله نقلیه را سرقت کرده یا از مسروقه بودن آن، آگاه باشد» بیمه، ملزم به جبران خسارت خواهد بود.

۲. در راستای تأکید بر تعهد متمایز بیمه و صندوق تأمین خسارت‌های بدنی از مسئولیت عامل حادثه، ماده ۲۶ قانون رسیدگی به تخلفات رانندگی (۱۳۸۹)، ضمن اعلام عدم مسئولیت راننده در صورت تقصیر عابر پیاده در تردد غیر مجاز و بدون توجه به عالیم، تصریح می‌کند: «... عدم مسئولیت راننده مانع استفاده مصدوم یا وراث متوفی از مزایای بیمه نخواهد شد و شرکت بیمه ... ملزم به اجراء تعهدات موضوع بیمه‌نامه به مصدوم یا وراث متوفی خواهد بود. چنانچه وسیله نقلیه بیمه نباشد، دیه عابر از صندوق ... پرداخت می‌شود ...». ماده ۴ قانون اینمی راهها و راه‌آهن (۱۳۴۹) نیز همین حکم را مقرر می‌نماید.

خسارات بدنی، قابل استناد نخواهد بود. به تعبیر دیگر، مهلت‌های مندرج در ماده ۴۸۸ قانون مجازات اسلامی که به نفع محکوم‌علیه پیش‌بینی شده، ارتباطی به تعهد نهاد جبران کننده خسارت ندارد (رک: ماده ۲۶ دستورالعمل شماره ۳ طرح جامع رفع اطاله دادرسی، مصوب ۸۵/۸/۳۰ رییس قوه قضائیه). حکم مواد ۳۴ و ۳۶ مبنی بر اینکه بیمه یا صندوق، به صرف مطالبه زیان‌دیده، ملزم به تأدیه دیه در مواعده مقرر (حسب اینکه حادثه، جرحی یا فوتی باشد) خواهد بود نیز موید این برداشت است.

یکی از دیگر از مواردی که مبین تفاوت تعهد بیمه‌گر از عامل حادثه است، در افزایش نرخ ریالی دیه ملاحظه می‌شود. در واقع، اگر بیمه اجباری بابت تعهد مسئولیت و صرفاً حسب رابطه قراردادی ایجاد می‌شود، باید محدود به شرایط قراردادی و از جمله میزان خطر تضمین شده، می‌گردید. اثر این مسئله به خصوص با توجه به افزایش مبلغ ریالی دیه در طول زمان جلوه‌گر می‌شود. بدین ترتیب، سابقاً بیمه‌گر به دستاویز اینکه خطر بیمه‌شده متناسب با حق بیمه تأذیه شده در زمان انعقاد قرارداد است از پرداخت مازاد مبلغی که بر اثر افزایش ارزش ریالی دیه به واسطه اطاله دادرسی پیش آمده بود، خودداری می‌کرد. بدین‌سان، شرکت‌های بیمه که غالباً از تأدیه خسارت بدون حکم دادگاه، امتناع یا پرداخت آن را منوط به صرف نظر زیان‌دیده از دریافت کامل خسارت می‌نمودند، در صورت طرح دعوا و افزایش مبلغ دیه بر اثر گذر زمان، با استناد به ماده ۱۴ قانون اصلاحی ۱۳۸۷ مبنی بر حق مراجعة مستقیم زیان‌دیده به بیمه، آثار تغییر نرخ دیه را به دوش زیان‌دیده و عامل خسارت می‌انداختند و خود را ملتزم به نرخ روز تأدیه نمی‌دانستند. این مسئله در خصوص تغییر نرخ دیه و عدم اخذ الحقیقی از سوی بیمه‌گذار نیز مطرح و استدلال می‌گردید که بیمه‌گر مسئول پرداخت دیه بر اساس همان نرخی است که در بیمه‌نامه مورد توافق قرار گرفته است و مبلغ مازاد را باید از خود عامل زیان مطالبه کرد.

اما هر چند ماده ۵ قانون اصلاحی بیمه اجباری ۱۳۸۷ تصريح داشت که «بیمه‌گر ملزم به جبران خسارت‌های وارد شده ... تا حد بیمه‌نامه خواهد بود.» و در ماده ۴ قانون مذکور نیز، حداقل مبلغ بیمه در بخش خسارات بدنی، معادل حداقل ریالی دیه یک فرد مسلمان در ماههای حرام اعلام شده بود، به نظر می‌رسد که نظر به ماهیت تعهد بیمه‌گر (که از مصاديق دین به ارزش است)، حداقل مبلغ ریالی تحت پوشش به نرخ روز اجرای حکم، ملاک تعهد بیمه‌گر خواهد بود و قید سقف تعهدات ریالی در بیمه‌نامه سبب تبدیل تعهد اقلام دیه به وجه نقد نمی‌گردد. لذا چنانچه در تاریخ جبران خسارت، نرخ دیه بیش از مبلغ تعیین شده در قرارداد باشد، بیمه‌گر نمی‌تواند به دستاویز محدودیت تعهد خود، از جبران خسارت امتناع کند.^۱

۱. ایزانلو، محسن، منبع پیشین، ص. ۱۱.



مع هذا على رغم مراتب فوق و با وجود بخشنامه‌های مکرر رئیس قوه قضائیه (بخشنامه شماره ۹۰۰/۹۶۹۷/۱۰۰ مورخ ۹۰۰/۹۲۷۲/۱۰۰) و بخشنامه ۹۰/۲۴ و بخشنامه ۹۰/۳/۱۱ و نظریات مشورتی که بیمه یا صندوق تأمین خسارات بدنی را نسبت به مابه التفاوت مبلغ مندرج در بیمه‌نامه معهود می‌دانستند (با توجه به مقاومت شرکت‌های بیمه و رویه اکثر محاکم)، عموماً زیان‌دیده در قبال افزایش نرخ ریالی دیه از دریافت دیه کامل، ناکام و ناگزیر به طرح دعوی به طرفیت عامل زیان می‌گردید.

نظر به این سابقه و دور ماندن قانون از نقش حمایتی خود، ماده ۸ قانون جدید ضمن تصریح به اینکه «در هر حال بیمه‌گذار موظف به اخذ الحاقیه نمی‌باشد»، در ماده ۱۳ اعلام می‌دارد: «بیمه‌گر یا صندوق حسب مورد مکلفند خسارت بدنی تعلق گرفته به شخص ثالث را به قیمت یوم الاداء ... پرداخت کنند...». ماده ۲۱ نیز جبران «کسری پوشش بیمه‌نامه ناشی از افزایش مبلغ ریالی دیه» را در زمرة تعهدات صندوق تأمین خسارات‌های بدنی می‌داند^۱ و در بند ۱ تبصره ۱ ماده ۲۵ نیز اعلام می‌دارد که در صورت جبران کسری پوشش بیمه‌نامه ناشی از افزایش مبلغ ریالی دیه، «صندوق نمی‌تواند برای بازیافت به مسبب حادثه رجوع کند». بدیهی است این مقررات، در راستای حمایت بیشتر از زیان‌دیده و متمایز از رابطه قراردادی بیمه‌گر و بیمه‌گذار است و باید با منطقی متفاوت توجیه گردد.

همچنین، حدود تعهد بیمه‌گر نیز از عامل حادثه تبعیت نمی‌کند. صرف نظر از اختلاف نظر محاکم در خصوص مطالبه خسارات مازاد بر دیه، بر فرض که (حسب ظاهر ماده ۴۵۲ قانون مجازات اسلامی)، ذمه مرتکب با پرداخت دیه بری گردد، با عنایت به بند الف ماده ۱ و ماده ۳۵ قانون بیمه اجباری (۱۳۹۵)، هزینه معالجه (متجاوز از دیه مقرر) صراحتاً در زمرة تعهدات نهاد جبران‌کننده قرار گرفته است.

النهایه، نکته دیگری که می‌تواند مؤید تضمین حقوق زیان‌دیده باشد تأکید بر امری بودن و ممنوع کردن تأدیه حقوق کمتر از تکالیف قانونی در قبال زیان‌دیده است. با توجه به سنتی نامرضی که تا پیش از این مرسوم بود، شرکت‌های بیمه با تحمیل صلح‌نامه‌ای یک‌جانبه به زیان‌دیده مستأصل، وی را مأخذ به رضایتی ناخواسته می‌کردند.^۲ با گسترش حمایت قانونی، ماده ۱۱ صریحاً چنین رضایت‌نامه‌ای را بی‌اثر

۱. قسمت اخیر ماده ۱۳ در این راستا تصریح می‌کند: «بیمه‌گر در صورتی که خسارت بدنی که به زیان‌دیده پرداخت نموده بیشتر از تعهد وی مندرج در حساب‌های فی مابین منظور کند.».

۲. البته در حاکمیت قانون ۸۷ نیز برخی محاکم از پذیرش این رضایت‌نامه (که جبرانی کمتر از حقوق قانونی را به زیان‌دیده تحمیل می‌کرد)، اجتناب می‌کردند. مثلاً دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۲۴۰۰۴۰۰۴۸۰ مورخ ۹۲/۵/۲۸ شعبه ۴ دادگاه عمومی زنجان اعلام می‌دارد: «... در خصوص رضایت‌نامه اخذشده نیز مطلب قابل

اعلام می‌نماید و بر حمایت از زیان دیده تأکید می‌ورزد. بدیهی است که با توجه به اجراری و امری بودن قانون، کلیه استثنایات قراردادی بیمه‌گر نیز بیاعتبار خواهد بود؛ زیرا تعهد بیمه‌گر منشأ قانونی یافته است و توافق قراردادی خلاف آن، کان لم یکن انگاشته می‌شود.

تأمل این است که چرا شرکت‌های بیمه مبادرت به اخذ رضایت از مصدومین می‌نمایند مگر نه اینکه با انجام تعهد و پرداخت دیه مصدومین به صورت کامل، ذمہ شرکت‌های بیمه بری می‌گردد لذا لزومی به معرفی اجراری مصدومین به دفاتر اسناد رسمی و اخذ رضایت‌نامه نمی‌باشد و اینکه چرا در زمان اخذ رضایت، میزان دیه به صورت صریح ذکر نمی‌گردد و چرا قبل از پرداخت دیه، اقدام به اخذ رضایت می‌گردد؟ در حالی که از شرایط اساسی اعلام رضایت و مقدمه آن پرداخت دیه می‌باشد تا فرد با علم و اطلاع از میزان دیه دریافتی نسبت به اعلام رضایت اقدام نماید. لذا رضایت‌نامه اخذشده فاقد اثر حقوقی است. «مع هذا رویه عمول، پذیرش رضایت‌نامه و نفوذ گذشت مصروف در قبال بخشی از دیهای بود که استحقاق آن را داشت.

نتیجه‌گیری

امروزه حقوق جبران خسارات جسمانی، به تضمین گسترده خطرات روی آورده و این تضمین فراگیر، نیازمند تمهید نظامی مستقل از مسئولیت مدنی است. در این راستا، اندیشه تضمین اجتماعی در جستجوی مبنایی متفاوت برای جبران خسارت است. در این نگرش، حادثه نه به عنوان واقعه‌ای ناگوار که به تمامیت جسمانی فرد، آسیب وارد می‌آورد بلکه به مثابه رویدادی است که تعادل و نظم اجتماعی را بر هم می‌زند.

با شناسایی تکلیف گسترده جبران که فارغ از مسئولیت شخصی یا تبعی معهده است، سخن بر سر ایفای نقش همبستگی است. «همبستگی اجتماعی» در ورای قالبهای سنتی، اجازه جبران خساراتی را می‌دهد که مسئولیت مدنی در تدارک آنها ناکارآمد است. لذا به جای نهادهای گروهی (مانند بیمه) که با حفظ چارچوب و قواعد مرسوم ضمان سنتی، در تکمیل مسئولیت اهتمام داشتند، با اندیشه جدید، منطق و ماهیت تعهد جبران خسارت دگرگون می‌گردد. با جایگزینی مسئولیت مدنی، منطق جدید از الزامات سابق (مانند سببیت، شناسایی و ملائت عامل زیان)، رها می‌شود و نفس وقوع فعل زیان‌بار، حق مطالبه جبران را برای قربانی ایجاد می‌کند. به جای مسئولیت مدنی، نظامی اجتماعی جایگزین می‌گردد و به دستاویز نهادهای جمعی، تدارک خسارت را تضمین می‌کند. اندیشه تضمین اجتماعی، افراد جامعه را مثابه مجموعه‌ای به هم پیوسته تصور می‌کند و با تمسک به بیمه‌های اجرایی، صندوق‌های جبران خسارت و حتی نقش مستقیم دولت در جبران زیان، در صدد تدارک خساراتی بر می‌آید که ابزارهای سنتی جبران در آمها راه ندارند.

بی‌تردید با توجه به شمار زیاد و پیامدهای ناگوار حوادث ناشی از وسائل نقلیه، تلقی آنها به عنوان «خطر اجتماعی» ناروا نخواهد بود. این برداشت به گونه‌ای محسوس بر تحول قوانین ایران نیز اثرگذار بوده است. «قانون اصلاح قانون بیمه اجباری مسئولیت مدنی دارندگان وسائل نقلیه» و خلف آن، که در سال ۱۳۹۵ به عنوان «قانون بیمه اجباری خسارات واردشده به شخص ثالث در اثر حوادث ناشی از وسائل نقلیه» به تصویب رسید، مبتنی بر تغییر نگرش به حوادث حمل و نقل است تا در ناکارآمدی نظام مسئولیت مدنی، امكان جبران خسارات را فراهم آورد.

حمایت از زیان‌دیدگان با برداشتی متفاوت از حادثه، پیش‌بینی پرداخت‌کننده ثالثی که تعهدی مستقل از عامل حادثه دارد و عدول از قواعد مسئولیت مدنی، این قانون را متمایز از جبران مرسوم در حقوق مدنی و به لونی دیگر در می‌آورد و به نظر می‌رسد که می‌تواند داعیه‌دار بازاندیشی مبانی سنتی ضمان قهری در حقوق ایران باشد. در این راستا، تفسیر متفاوت این قانون که ملهم از اندیشه تضمین اجتماعی است راهگشای بسیاری از مشکلات، در جهت برآوردن نیاز امنیت و خرق عادات معهود در رویه قضایی خواهد بود.

منابع

- ایزانلو، محسن، «نقد و تحلیل قانون اصلاح قانون بیمه اجباری»، فصلنامه حقوق، دوره ۳۸، شماره ۴، ۱۳۸۷.
- بادینی، حسن، «مسئولیت محض؛ مبانی و مصادیق»، مطالعات حقوق تطبیقی، دوره ۳، شماره ۱، ۱۳۹۱.
- خدابخشی، عبدالله، «مسئولیت مدنی ناشی از حوادث رانندگی و تحولات آن در حقوق ایران»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۷۴، ۱۳۹۰.
- رهپیک، سیامک، «مسئولیت مدنی دارندگان وسایل نقلیه بر اساس قانون بیمه اجباری مصوب سال ۱۳۸۷ در مقایسه با قانون مصوب ۱۳۴۷»، فصلنامه حقوق، دوره ۴۱، شماره ۳، ۱۳۹۰.
- صفائی، سید حسین؛ رحیمی، حبیب الله، مسئولیت مدنی، چاپ چهارم، تهران، سمت، ۱۳۹۱.
- قسمتی تبریزی، علی، «اجتماعی کردن خطرات»، نامه مفید، شماره ۸۲، ۱۳۸۹.
- کاتوزیان، ناصر، ضمان قهری، جلد ۱، چاپ سوم، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۸۲.

- Daniel, Jean Pierre, «L'assurance automobile dans les pays émergents : vers l'*âge de raison*?», Risques, n° 83, 2010.
- Delvolvè, Pierre, Le droit administratif, 3^e éd, Paris, Dalloz, 2002.
- _____, Le principe d'égalité devant les charges publiques, Paris, L.G.D.J, 1966.
- Duguit, Léon, Manuel de droit constitutionnel, Paris, Editions Panthéon-Assas, 2007.
- _____, Traité de droit constitutionnel, T 3, Paris, Gallica, 1927.
- Ewald, François, «La société assurancielle», Risques, n° 1, 1990.
- Ewald, François, «Responsabilité. Solidarité. Sécurité», Risques, n° 10, 1992.
- Laroumet, Christian, «L'indemnisation des victimes d'accidents de la circulation: l'amalgame de la responsabilité civile et l'indemnisation automatique», Dalloz, Chron, 1985.
- Leduc, Fabrice, «Le droit de la responsabilité hors le code civil», Petites affiches, n° 133, 2005.

-
- Margeat, H, «Déclin, Rémanence ou Renaissance de la Responsabilité civile?», *Risques*, n° 10, 1992.
 - Millet, Florence, *La notion de risque et ses fonctions en droit privé*, Presses Universitaires de la faculté de droit de Clermont Ferrand, 2002.
 - Pignerol, Bernard, «Responsabilité et socialisation du risque», *AJDA*, n° 40, 2005.
 - Pontier, J-M (1983), «De La solidarité nationale», *Revue de droit public*, 1983.
 - _____, «Le législateur, l'assureur et la victime», *RFDA*, 1986.
 - _____, «Sida, de la responsabilité à la garantie sociale», *RFDA*, 1992.
 - Renoux, Thierry, «L'indemnisation des victimes d'actes de terrorisme, un nouveau cas de garantie sociale», *RFDA*, 1987.
 - Ripert, George, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*», 3^e éd, Paris, L.G.D.J, 1948.
 - Russo, Chantal, *De l'assurance de responsabilité à l'assurance directe*, Paris, Dalloz, 2001.
 - Savatier, René, *Traité De la responsabilité civile en droit français*, T 1, Paris, L.G.D.J, 1939.
 - _____, «Vers la socialisation de la responsabilité et des risques individuels», *Dalloz*, n° 5, Chron, 1931.
 - Sousse, Marcel, *La notion de réparation de dommage en droit administratif français*, Paris, L.G.D.J, 1994.
 - Starck, Boris, *Droit civil, Obligations*, Paris, Litec, 1988.
 - Viney, Geneviève, *Introduction à la responsabilité*, 3^e éd, L.G.D.J, 2007.

تعامل ضابطان دادگستری با حریم خصوصی خودروها

عادل ساریخانی*

ایمان محترم قلاتی**

چکیده

چگونگی برخورد ضابطان دادگستری با حق حریم خصوصی اشخاص از مهم ترین موضوعات حقوقی است که در ارتباط با گستره وظایف و اختیارات پلیس قابل طرح است. تعیین حدود اختیارات و وظایف ضابطان دادگستری باید به گونه‌ای باشد که در عین حفظ امنیت و نظم عمومی، به حقوق اشخاص، بهویژه حق حریم خصوصی آنها تا حد امکان خدشهای وارد نشود. این پژوهش که از طریق مطالعه توصیفی - تحلیلی و با رویکرد مطالعات اسنادی نوشته شده، به بررسی دامنه و ماهیت وظایف و فعالیت‌های قانونی ضابطان دادگستری در تعامل با حریم خصوصی خودرو شهروندان پرداخته است. در این نوشته مقررات حاکم بر وضعیت‌هایی که امکان نقض حریم خصوصی خودروی شهروندان در آن توسط ضابطان دادگستری وجود دارد تحلیل شده است. در یک ارزیابی کلی می‌توان گفت که قوانین موجود در مورد این حوزه از حریم خصوصی، در جرایم مشهود و غیر مشهود به درستی از سیاستی افتراقی پیروی کرده است. بررسی قوانین و مقررات مرتبط با موضوع گویای این است که هر چند ابعاد مختلف حریم خصوصی خودرو شهروندان از حمایت قانونی کافی برخوردار است، ولی پیش‌بینی نکردن اقدامات پلیسی در وضعیت‌های اضطراری، در عمل باعث ایجاد برخی رویه‌های سلیقه‌ای خلاف قانون می‌شود که در نهایت این رویه‌ها منجر به نقض غیر قانونی حق حریم خصوصی خودروی شهروندان می‌گردد. یافته‌های این نوشته همچنین حاکی از این است که می‌توان با توصل به راهکارهایی منطقی به دو هدف بنیادین ایجاد امنیت و حفظ حق حریم خصوصی خودرو به صورت تؤمنان دست یافت.

کلیدواژه‌ها: پلیس، ضابطان دادگستری، حریم خصوصی خودرو، حقوق شهروندی.

Adelsari@yahoo.com

* عضو هیأت علمی گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه قم

Iman_mohtaram@yahoo.com

** داشجوی دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه قم (نویسنده مسئول)

تاریخ پذیرش: ۹۶/۰۸/۱۴

تاریخ دریافت: ۹۵/۱۱/۲۷

مقدمه

حق حریم خصوصی از شاخص‌ترین حقوق تضمین‌کننده امنیت، آزادی، کرامت و آسایش شهروندان است. اصطلاح «حریم خصوصی» به عنوان مفهومی حقوقی، نخستین بار در سال ۱۸۹۰ میلادی، توسط دو آمریکایی به نام‌های «ساموئل وارن»^۱ و «لوئیس براندیس»^۲ در مقاله‌ای با عنوان «حق حریم خصوصی»^۳ در مجله حقوقی هاروارد مورد استفاده قرار گرفت.^۴

در علم حقوق مفاهیم و معانی متعددی از این اصطلاح ارائه شده، اما تا کنون هیچ تعریفی مورد اتفاق حقوق‌دانان قرار نگرفته است. یکی از دلایل مهم این اختلاف نظر تنوع و تکثر مصادیق حق حریم خصوصی است که در عصر حاضر به دلیل پیشرفت‌های فنی و تکنولوژیک، به وجود آمده است.^۵ به علاوه در هیچیک از قوانین مصوب مجلس شورای اسلامی نیز تعریفی^۶ از حریم خصوصی ارائه نشده و تنها تعریفی که در مقرره‌های الزام‌آور وجود دارد، تعریف مندرج در بند «ب» ماده (۱) آیین نامه اجرایی قانون انتشار و دسترسی آزاد به اطلاعات است که در سال ۱۳۹۳ به تصویب هیأت وزیران رسیده است. مطابق این تعریف، حریم خصوصی عبارت است از «قلمروی از زندگی شخصی فرد که انتظار دارد دیگران بدون رضایت یا اعلام قبلی وی یا به حکم قانون یا مراجع قضایی آن را نقض نکنند، از قبیل حریم جسمانی، وارد شدن، نظاره کردن، شنود و دسترسی اطلاعات شخصی فرد از طریق رایانه، تلفن همراه، نامه، منزل مسکونی، خودرو و آن قسمت از مکان‌های اجاره‌شده خصوصی نظری هتل و کشتی، همچنین آنچه که حسب قانون فعالیت حرفه‌ای خصوصی هر شخص حقیقی و حقوقی محسوب می‌شود؛ از قبیل اسناد تجاری و اخترات و اکتشافات».

1. Samuel Waran.

2. Louis Brandies.

3. The Right To Privacy.

4. Waran, Samuel; Brandies, Louis, "The Right of Privacy", Harvard Law Review, Vol. 4, December 15, No. 5, 1890.

به نقل از: شهریار قهفرخی، سجاد، «حریم خصوصی فیزیکی افراد در آینه فقه امامیه و حقوق ایران»،

پژوهش‌های فقهی، شماره ۱۳، ۱۳۹۲، ص. ۵۶

۵. ساریخانی، عادل؛ موسوی، محمد، «قلمرو پوشش و حریم خصوصی در سیاست کیفری اسلام»، پژوهش نامه نظام و امنیت انتظامی، شماره ۱۶، ۱۳۹۰، ص. ۸۴.

۶. در این ارتباط اشاره به تعریف ارائه شده در ماده ۲ لایحه حمایت از حریم خصوصی، هر چند این قانون به تصویب مجلس نرسیده و فاقد جنبه الزام‌آور است. حالی از فایده نیست. این ماده اشعار می‌داشت: «حریم خصوصی قلمرویی از زندگی هر شخص است که آن شخص عرفانی یا با اعلام قبلی در چارچوب قانون، انتظار دارد تا دیگران بدون رضایت وی به آن وارد نشوند یا بر آن نگاه یا نظارت نکنند یا به اطلاعات راجع به آن دسترسی نداشته باشند یا در آن قلمرو، وی را مورد تعرض قرار ندهنند. جسم، البسه و اشیاء همراه افراد، اماکن خصوصی و منازل، محل‌های کار اطلاعات شخصی و ارتباطات خصوصی با دیگران حریم خصوصی محسوب می‌شود».

به طور کلی می‌توان گفت که حریم خصوصی دارای مفهومی انتزاعی است که از مجموعه حقوق و تکالیف در ابواب گوناگون به دست می‌آید^۱ و دارای سه عنصر تنها‌ی، محترمانه و ناشناس بودن است^۲ و عبارت از قلمروی از زندگی اشخاص است که بدون رضایت آنها، قانوناً یا عرف‌اً مصون از دخالت، ورود، دسترسی، تسلط و یا اطلاع دیگران می‌باشد. تأکید بر واژه «عرفاً» در تعریف ارائه شده از این حیث است که ارائه تعریف منحصر و منجز از حریم خصوصی با توجه به انعطاف‌پذیری و انطباق این مفهوم با مقتضیات زمانی و مکانی مختلف منطقی نیست.^۳

در ایران اغلب مصادیق حق حریم خصوصی در قانون اساسی و قوانین عادی متفرقه به صورت پراکنده و غیر مستقیم به رسمیت شناخته شده اما تا کنون قانونی جامع که تمام جنبه‌های حریم خصوصی را تحت پوشش قرار دهد، وضع نشده است.^۴ این حق دارای مبانی و منابع شرعی متعددی نیز هست. هر چند اصطلاح «حق حریم خصوصی» عیناً در متون دینی ذکر نشده ولی مصادیق مختلف آن در برخی از آیات شریفه قرآن کریم^۵ و روایات اسلامی^۶ مورد حمایت شارع مقدس قرار گرفته است.^۷

حریم خصوصی خودرو یکی از مهم‌ترین مصادیق حق حریم خصوصی است. افزایش جابجایی شهروندان با وسایل حمل و نقل سبب شده است که بسیاری از شهروندان مدت زمان قابل اعتمایی از زندگی خود را در خودرو سپری کنند. از این رو حفظ و دفاع از امنیت و آرامش شهروندان در این فضا بسیار مهم است. مهم‌ترین

۱. قنواتی جلیل؛ جاور، حسین، «حریم خصوصی؛ حق یا حکم»، حقوق اسلامی، شماره ۳۱، زمستان ۱۳۹۰، ص. ۹.

۲. انصاری، باقر، حقوق حریم خصوصی، چاپ سوم، تهران، نشر سمت، ۱۳۹۱، ص. ۳۴.

3. Alpa, Guido, "Protection of Privacy in Italian Law", In: Protecting Privacy, Edited by: Basilis.Markesinis, Oxford, Carleldobn Press, 1998, pp. 121-124.

به نقل از: رحمدل، منصور، «حق انسان بر حریم خصوصی»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، شماره ۱۳۸۴، ۷۰، ص. ۱۴۴.

۴. دولت هشتم با شناخت این خلاً قانونی، لایحه‌ای تحت عنوان «حمایت از حریم خصوصی» تقدیم مجلس شورای اسلامی کرد. این لایحه دارای ۷ فصل و ۸۳ ماده و با سرفصل‌هایی همچون حریم خصوصی جسمانی، حریم خصوصی اماكن و منازل، حریم خصوصی در محل کار، حریم خصوصی اطلاعات، حریم خصوصی ارتباطات و مسئولیت‌های ناشی از نقض حریم خصوصی بود. در این لایحه مجازات نقض کنندگان هریک از مصادیق حریم خصوصی جداگانه تشرییغ شده بود که حبس از سه ماه تا سه سال و اफسال از خدمت و محرومیت از حقوق اجتماعی از سه تا پنج سال از جمله آن مجازات‌ها بود. لیکن مجلس هیچ گاه وارد بررسی این لایحه نشد و دولت جدید نیز این لایحه را مسترد نمود.

۵. برای مثال، آیات ۲۷ و ۲۸ سوره شریفه نور بر لزوم رعایت حرمت مسکن تأکید کرده و افراد را از ورود به منزل غیر، بدون اذن صاحب آن منع کرده است.

۶. برای مطالعه بیشتر در خصوص آیات و روایات مرتبط با حریم خصوصی بنگرید به: انصاری، باقر، «حریم خصوصی و حمایت از آن در حقوق اسلام؛ تطبیقی و ایران»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، شماره ۱۳۸۳، ۶۶، صص. ۱۹-۱۸.

۷. ساریخانی، عادل؛ موسوی، محمد، منبع پیشین، صص. ۴-۱۰، ۸۱.

اقدامی که منجر به نقض حریم خصوصی خودرو افراد می‌شود، ورود به فضای داخل خودرو و تفتیش آن بدون اذن مالک یا سرنشیان است. البته قانون به دلیل مصالح عمومی و اجتماعی، در برخی موارد و تحت شرایطی خاص ورود پلیس^۱ به این فضا بدون اذن و رضایت اشخاص ذی حق را مجاز داشته است، زیرا تعقیب متهمان و کشف ادله بسیاری از جرایم مستلزم بازرسی و تفتیش خودرو است.

پلیس به عنوان بازوی نظام قضایی و نیروی ایجاد امنیت در جامعه نقشی مؤثر در فرآیندهای تعقیب، تحقیق و دستگیری متهمان و مجرمان دارد و اساساً پاسدار حقوق مردم از جمله حق حریم خصوصی خودرو است. با وجود این، دامنه و ماهیت وظایف و فعالیت‌های روزمره پلیس به گونه‌ای است که باعث ایجاد تعامل گسترده این نهاد با حق حریم خصوصی خودرو می‌شود و بر این اساس احتمال نقض غیر قانونی این حق در جریان فعالیت‌های پلیس زیاد است.

مسئله حائز اهمیت دیگر اینکه پیشرفت‌های علمی و فنی عصر حاضر، ابزارهای مدرنی از قبیل دستگاه ردیاب و دوربین‌های بیسیم نامحسوس را در اختیار پلیس قرار داده که به کارگیری آنها در عین حال که در کشف و پیشگیری از جرایم بسیار مؤثر است، قابلیت بالایی هم در نقض حریم خصوصی افراد دارد. با توجه به اینکه دسترسی پلیس به چنین فناوری‌هایی به راحتی می‌تواند زمینه در هم شکستن مرزهای حق حریم خصوصی خودرو شهروندان را فراهم آورد، ترسیم حد و مرز معین بین شرایط و شیوه‌های استفاده از ابزارهای نوین و حفظ حقوق و آزادی‌های افراد، یکی از ضرورت‌های سیاست جنایی کشورها است. در همین راستا بسیاری از کشورها در پی آن هستند تا با وضع قوانین مناسب، در عین واگذاری اختیارات تعقیبی و تحقیقی لازم به نیروهای پلیس و حفظ امنیت و منافع عمومی، از حقوق شهروندان به ویژه حق حریم خصوصی خودرو آنها نیز حمایت کنند.

بنابراین نظر به اینکه پرداختن به موضوع تعامل پلیس با حریم خصوصی خودرو شهروندان از اهمیت و ضرورت زیادی برخوردار است، در این نوشتار مقررات حاکم بر وضعیت‌هایی که وظایف و اختیارات پلیس در تعامل یا تعارض با حریم خصوصی خودرو شهروندان قرار می‌گیرد، بررسی می‌شود تا مشخص شود که رویکرد مقنن ایران در ترسیم و تعیین گستره و ماهیت حریم خصوصی خودرو اشخاص در ارتباط با اقدامات پلیسی چیست. به علاوه به تمایز اختیارات و وظایف پلیس در جرایم مشهود و غیر

۱. نیروهای پلیس بر اساس ماهیت وظایفی که دارند به دسته‌های مختلفی تقسیم می‌شوند. در این مقاله اصطلاح «پلیس» در معنای اخص آن مورد استفاده قرار گرفته و صرفاً نیروهایی که ضابط دادگستری هستند را در بر می‌گیرد.

مشهود و شرایط قانونی بازرسی و ورود به حریم خصوصی خودرو خواهیم پرداخت و این مسأله را مورد بررسی قرار خواهیم داد که ایران در خصوص استفاده پلیس از ابزارهای مدرن تعقیبی و تحقیقی حول حریم خصوصی خودرو چه سیاستی را اتخاذ نموده و برای ایجاد تعادل بین حق حریم خصوصی خودرو و برقراری نظم عمومی با استفاده از ابزارهای سنتی و مدرن پلیسی چه راهکارهایی وجود دارد. در مبحث آخر مقاله نیز اقدامات ایست و بازرسی‌های کلی خودروها توسط نیروهای نظامی و انتظامی و مطابقت آن با قوانین و مقررات موضوعه مورد تجزیه و تحلیل قرار می‌گیرد.

۱. گستره حریم خصوصی خودرو

هرچند حق حریم خصوصی خودرو اختصاصاً مورد توجه مقنن قرار نگرفته است، اما قوانین و مقررات مختلف این حق را به صورت کلی تحت حمایت خود قرار داده‌اند. قانون اساسی در اصول ۲۲ و ۲۵ این حق را به صورت غیر مستقیم مورد حمایت قرار داده است. اصل ۲۲ ق.ا. مقرر داشته است: «حیثیت، جان، مال، حقوق، مسکن و شغل اشخاص از تعرض مصون است، مگر در مواردی که قانون تجویز کند». یکی از جنبه‌های حقوق افراد در خصوص برخی از مصادیق ذکر شده در این اصل، حق برخورداری از حریم خصوصی مرتبط با آن موضوع است. ممنوعیت تعرض به حریم خصوصی اشخاص، در این اصل مطلق نیست، اما تصریح شده است که موارد مجاز تعرض به حقوق اشخاص تنها از طریق قانون مشخص می‌شود. نکته حائز اهمیت در خصوص این اصل است که خودرو قطعاً یکی از مصادیق بارز واژه «مال» مندرج در اصل مذکور است و تبعاً حمایت‌های قانونی ناشی از این اصل در خصوص خودرو نیز اعمال می‌گردد. اصل ۲۵^۱ نیز هر گونه تجسس در زندگی خصوصی اشخاص را ممنوع کرده است، مگر اینکه قانون مجوز چنین اقداماتی را صادر کرده باشد. اگرچه این دو اصل صراحتاً به حق حریم خصوصی اشاره نکرده‌اند، ولی به طور کلی دامنه شمول این دو اصل چنان گستردگی دارد که به صورت غیر مستقیم، اغلب مصادیق حریم خصوصی از جمله حریم خصوصی خودرو را تحت حمایت قرار می‌دهند. در اینجا ذکر دو مطلب ضروری است. یکی اینکه مقامات عمومی نمی‌توانند بدون وجود قانون مصوب مجلس و به صلاحیت خود حریم خصوصی اشخاص را مورد تعرض قرار دهند و دیگر اینکه مجاز قانون‌گذاری مجاز نیستند بنا بر هر دلیلی، اصل کلی حفظ حریم خصوصی افراد را به

۱. اصل ۲۵ قانون اساسی: «بازرسی و نرساندن نامه‌ها، ضبط و فاش کردن مکالمات تلفنی افشاگران تلگرافی و تلکس، سانسور، عدم مخابره و نرساندن آنها، استراق سمع و هر گونه تجسس ممنوع است مگر به حکم قانون».

موجب قانون محدود کنند. به گفته برخی حقوقدانان این اقدام در صورتی منطقی خواهد بود که با هدف پشتیبانی از حقیقی مهمنتر از قبیل پیشگیری از نقض امنیت و آسایش عمومی انجام شود.^۱

برخی از قوانین عادی از جمله ماده ۵۷۰^۲ کتاب پنجم قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵ حقوق مندرج در قانون اساسی که حق حریم خصوصی خودرو شهروندان مصدق بارز آن است را مورد حمایت کیفری قرار داده‌اند. قانون مهمن دیگر مرتبط با حریم خصوصی، قانون «حمایت از آمران به معروف و ناهیان از منکر» است. این قانون در ماده ۵ خود، بر مبنویت تعریض به حریم خصوصی اشخاص در اجرای امر به معروف و نهی از منکر تأکید داشته است. همچنین ماده ۶ قانون مذبور^۳ انجام اعمال مجرمانه به عنوان امر به معروف و نهی از منکر را ممنوع اعلام نموده است. بند «ب» ماده (۱) آین نامه اجرایی قانون انتشار و دسترسی آزاد به اطلاعات مصوب هیأت وزیران (۱۳۹۳) ضمن تعریف حریم خصوصی، حق حریم خصوصی خودرو را صراحتاً به رسمیت شناخته است. این حق همچنین مورد تأیید بسیاری از مراجع تقلید از جمله آیات عظام شبیری زنجانی، سید سعید حکیم، مکارم شیرازی و نوری همدانی نیز قرار گرفته است. ایشان اظهار داشته‌اند که فضای داخل خودرو جزء حریم خصوصی است و تعریض بدان مجاز نیست.^۴

با وجود این، تبصره ماده ۵ قانون حمایت از آمران به معروف و ناهیان از منکر مقرر داشته است: «اماکنی که بدون تجسس در معرض دید عموم قرار می‌گیرند، مانند قسمت‌های مشترک آپارتمان‌ها، هتل‌ها، بیمارستان‌ها و نیز وسائل نقلیه مشمول حریم خصوصی نیست». این مقرر ممکن است القاء کننده این تصور باشد که قسمت‌هایی از خودرو که بدون تجسس در معرض دید عموم قرار دارد، حریم خصوصی نیست و از این حیث پلیس بدون رعایت تشریفات وضع شده در قوانین و مقررات حق ورود به خودرو و بازرسی آن را دارد. چنین برداشتی از تبصره مذکور به چند دلیل درست نیست.

۱. هاشمی، سیدمحمد، حقوق بشر و آزادی‌های اساسی، تهران، نشر میزان، ۱۳۹۱، ص. ۲۸۵.

۲. ماده ۵۷۰: «هریک از مقامات و مامورین دولتی که برخلاف قانون، آزادی شخصی افراد ملت را سلب کند یا آنان را از حقوق مقرر در قانون اساسی محروم نماید علاوه بر انفال از خدمت و محرومیت سه تا پنج سال از مشاغل دولتی به حبس از شش ماه تا سه سال محکوم خواهد شد.»

۳. ماده ۶ قانون حمایت از آمران به معروف و ناهیان از منکر: «هیچ شخص یا گروهی حق ندارد به عنوان امر به معروف و نهی از منکر به اعمال مجرمانه از قبیل توهین، افتراء، ضرب، جرح و قتل مبادرت نماید. مرتكب طبق قانون مجازات اسلامی، مجازات می‌شود.»

۴. سایت خبری تابناک، ۹۲/۱۱/۷ کد خبر: ۳۷۴۳۶۰ قابل دسترسی در نشانی: <http://www.tabnak.ir/fa/news/374360/>.

نخست اینکه با تدقیق در مواد ۱، ۳، ۵ صدر ماده ۵^۳ و عنوان قانون مزبور، مشخص می‌شود هدف از وضع این قانون حمایت از آمران به معروف و ناهیان از منکر و توصیف وضعیت‌ها و شرایطی است که مطابق آن افراد موظف به رعایت موازین شرعی هستند و متقابلاً سایر اشخاص در صورتی مجاز به امر به معروف و نهی از منکر هستند که آن موازین نقض شده باشد. لذا این قانون در مقام وضع شرایط مربوط به ورود به حریم خصوصی خودرو اشخاص و بازرسی آن نیست.

دوم اینکه چنین برداشتی با ماده چهار آن قانون در تعارض است، زیرا این ماده مقرر داشته است: «مراتب امر به معروف و نهی از منکر، قلبی، زبانی، نوشتاری و عملی است که مراتب زبانی و نوشتاری آن وظیفه آحاد مردم و دولت است و مرتبه عملی آن در موارد و حدودی که قوانین مقرر کرده تنها وظیفه دولت است». از آنجا که ورود به فضاهای موصوف اقدامی عملی است، تردیدی نیست که اشخاص عادی مجاز به انجام چنین اقداماتی در راستای امر به معروف یا نهی از منکر نیستند. در مورد کارمندان دولت که در اینجا در معنای عام آن به کار رفته و شامل کارمندان قوه قضاییه و نیروهای نظامی یا انتظامی هم می‌شود، این ماده تصریح داشته که هر گونه اقدام عملی باید در چارچوب سایر قوانین صورت پذیرد؛ بنابراین اقدامات عملی آنها محدود به سایر شرایط قانونی است که در مطالب پیش رو بدان خواهیم پرداخت. ازین رو تبصره ماده ۵ قانون مزبور هیچ‌گونه اختیار جدیدی بیش از آنچه در سایر مقررات است را برای ورود به فضای حریم خصوصی خودرو اشخاص وضع نکرده است.

سوم اینکه بر اساس مواد ۳ و ۵ قانون مذکور فضاهایی که اشخاص در آن قرار می‌گیرند، به طور کلی به دو دسته تقسیم شده است: ۱- فضاهایی که حریم خصوصی محسوب می‌شوند و در صورت بروز رفتار خلاف شرع، مستند به ماده ۵ قانون پیش گفته کسی مجاز به مداخله در آن تحت عنوان امر به معروف و نهی از منکر نیست. ۲- فضاهایی که حریم خصوصی محسوب نمی‌شوند و در صورت بروز رفتار خلاف شرع در آن فضاهای اشخاص دیگر می‌توانند اقدام به امر به معروف و نهی از منکر نسبت به رفتار انجام شده کنند. بنابراین معیار حریم خصوصی در این دسته‌بندی در معرض دید عموم بودن است و منظور مقتن از حریم خصوصی تلقی نکردن فضاهای در

۱. ماده ۱: «در این قانون، معروف و منکر عبارتند از هرگونه فعل، قول و یا ترک فعل و قولی که به عنوان احکام اولی و یا ثانوی در شرع مقدس و یا قوانین، مورد امر قرار گرفته و یا منع شده باشد.».

۲. ماده ۳: «امر به معروف و نهی از منکر در این قانون ناظر به رفتاری است که علنی بوده و بدون تجسس مشخص باشد.».

۳. ماده ۵: «در اجرای امر به معروف و نهی از منکر نمی‌توان متعرض حیثیت، جان، مال، مسکن، شغل و حریم خصوصی و حقوق اشخاص گردید، مگر در مواردی که قانون تجویز کند.».

عرض دید، این است که افراد مستقر در چنین فضاهایی نمی‌توانند به این بهانه که این فضاهای شخصی است، دست به انجام رفتارهای خلاف شرع یا عفت عمومی بزنند. بر این اساس افراد حاضر در این فضاهای ملزم به رعایت موازینی هستند که در اماکن و معابر عمومی باید رعایت کنند. موازینی از قبیل حفظ حجاب و خودداری از انجام اعمال منافی عفت. لذا حریم خصوصی محسوب نشدن چنین فضاهایی از حیث رعایت شرع است نه مجوز ورود پلیس یا سایر اشخاص به این مکان‌ها.

البته می‌توان از زاویه‌ای دیگر هم به تبصره ماده ۵ قانون حمایت از آمران به معروف و ناهیان از منکر پرداخت. بر اساس تعریفی که در بند «ب» ماده (۱) آیین نامه اجرایی قانون انتشار و دسترسی آزاد به اطلاعات ارائه شده فضاهای مختلف از چند حیث دارای حق حریم خصوصی هستند. از یک حیث اشخاص حق نظاره کردن آن فضاهای را ندارند و از بعدی دیگر افراد حق ورود یا دسترسی و تسلط بر آن فضاهای را ندارند. شاید بتوان گزاره مندرج در این تبصره را با توجه به این آیین نامه تفسیر کرد و بر این نظر بود که ممنون این فضاهای را از حیث نظاره کردن، فضای خصوصی ندانسته نه از حیث ورود اشخاص دیگر.

موضوع قابل توجه دیگر در خصوص عدم تأثیر قانون حمایت از آمران به معروف و ناهیان از منکر بر دامنه حریم خصوصی خودرو این است که مطابق ماده یک این قانون: «معروف و منکر عبارتند از هر گونه فعل، قول و یا ترک فعل و قولی که به عنوان احکام اولی و یا ثانوی در شرع مقدس و یا قوانین، مورد امر قرار گرفته و یا منع شده باشد». لذا موضوع امر به معروف و نهی از منکر هر فعل یا ترک فعلی است که شرعاً و قانوناً منع یا الزام شده است، اعم از اینکه چنین افعال یا ترک فعل‌هایی جرم باشند یا نباشند. از این رو اگر رفتاری گناه یا منکر باشد و جرم مشهود هم باشد، مانند اینکه افراد در داخل قسمت‌های در معرض دید خودرو مشروبات الکلی مصرف کنند، پلیس طبق قوانین و مقرراتی که در مباحث آتی بدان خواهیم پرداخت و در صورت وجود شرایط قانونی حق ورود به فضای داخل خودرو را خواهد داشت. ولی اگر شخص در همان مکان اقدام به رفتاری نماید که گناه است ولی جرم نیست، پلیس مجاز به اعمال مقررات حاکم بر جرایم مشهود و ورود به خودرو و بازرسی آن نیست. در همین ارتباط ممکن است این شائبه پیش آید که در مواردی که عملی غیر شرعی و حرام ارتکاب یافته ولی آن عمل جرم نیست باز هم مأموران دولتی از جمله نیروهای پلیس، طبق ماده چهار این قانون^۱ مجاز به اقدام عملی از جمله ورود به خودرو و بازرسی آن هستند. این نظر

۱. ماده ۴: «مراتب امر به معروف و نهی از منکر، قلبی، زبانی، نوشتراری و عملی است که مراتب زبانی و نوشتراری آن وظیفه آحاد مردم و دولت است و مرتبه عملی آن در موارد و حدودی که قوانین مقرر کرده تنها وظیفه دولت است.»

به چند دلیل مردود است. نخست اینکه طبق عبارت «مرتبه عملی آن در موارد و حدودی که قوانین مقرر کرده تنها وظیفه دولت است»، مندرج در همان ماده، اقدامات عملی از جمله ورود و بازرسی در صورتی مجاز است که قوانین و مقررات اجازه آن را داده باشند؛ اما چنین مجوزی در هیچ قانونی صادر نشده است. دوم اینکه طبق ماده ۶ همان قانون در تمام وضعیت‌ها اعم از اینکه حریم خصوصی باشند یا نباشند، هیچ کس نمی‌تواند به عنوان امر به معروف و نهی از منکر مرتکب اعمال مجرمانه شود. مضافاً اینکه بنا به تفسیر لفظی ماده مذبور، بازرسی خودرو عرفاً و منطقاً نمی‌تواند مصدق اعمالی باشد که برای امر به معروف یا نهی از منکر لازم به حساب می‌آید.

در پایان این مبحث باید به این امر توجه کنیم که حتی به فرض اینکه ما حریم خصوصی نبودن فضاهای در معرض دید عموم خودرو را به معنای آن بدانیم که پلیس حق ورود و بازرسی آن فضاهای را دارد، باز هم این امر کمکی به تحقق اهداف پلیس در راستای ایجاد نظم و پیشگیری از وقوع جرایم نمی‌کند، چراکه این مقرره به هیچ روی مجوزی برای ورود و تفتیش قسمت‌هایی از خودرو که در معرض دید عموم نیستند را ارائه نمی‌دهد. این در حالی است که مجرمان غالباً مواد و ابزارهای مجرمانه اعم از سلاح، مواد منفجره، مواد مخدر و مشروبات الکلی را در فضاهایی از خودرو که در معرض دید عموم نیست، مخفی می‌کنند.

۲. تمایز جرایم مشهود و غیر مشهود در تعامل پلیس با حریم خصوصی خودروها

در خصوص اینکه پلیس در برخورد با جرایم و به تبع آن تعامل با حریم خصوصی شهروندان دارای چه اختیارات و وظایفی است، ماده ۴۴ ق.آ.د.ک. قائل به تفکیک بین جرایم مشهود و غیر مشهود شده است. مطابق این ماده ضابطان دادگستری در جرایم غیر مشهود صرفاً ملزم به اعلام مراتب وقوع جرم به دادستان هستند و بدون وجود دستورات قضایی، مجاز به انجام هیچ گونه اقدامی نیستند، اما در جرایم مشهود مکلف به انجام «تمام اقدامات لازم» برای حفظ آلات، ادوات، آثار، علائم و دلایل جرم و جلوگیری از فرار متهم و یا تبانی، هستند. این اقدامات شامل ورود به خودرو و بازرسی آن نیز می‌شود. زیرا اطلاق عبارت «تمام اقدامات» مندرج در ماده ۴۴ چنین اقداماتی را نیز در بر می‌گیرد. دلیل دیگر اینکه ماده ۵۵ ق.آ.د.ک. مقرر می‌دارد: «ورود به منازل، اماکن تعطیل و بسته و تفتیش آنها و بازرسی اشخاص و اشیاء در جرایم غیرمشهود با اجازه موردي مقام قضایی است، هر چند وي اجرای تحقیقات را به طور کلی به ضابط ارجاع داده باشد». از مفهوم مخالف این مقرره چنین استنباط می‌شود که در جرایم

مشهود ورود به خودرو و تفتیش آن نیاز به اجازه مقام قضایی ندارد. از سوی دیگر ضرورت حفظ نظم و امنیت عمومی و حقوق اشخاص بزهديه اقتضا دارد پليس در مورد جرایم مشهود مهم حق ورود به حریم خصوصی اشخاص را داشته باشد. به عبارت دیگر هر چند حریم خصوصی و ضرورت پاسداشت آن یکی از ضروریات زندگی اجتماعی است، اما حفظ نظم عمومی جامعه ایجاب می‌کند، ضابطان قضایی در جرایم مشهود مهم از اختیارات لازم در ارتباط با بازرگانی خودرو برخودار باشند؛ بنابراین پليس در صورت رعایت شرایط مندرج در ماده ۴۴ ق.آ.د.ک. و سایر مقررات حاکم بر ورود به خودروی اشخاص در جرایم مشهود، مجاز به ورود به خودرو و بازرگانی آن بدون اذن راننده یا سرنشین خودرو، خواهد بود.

بر اساس ماده ۴۴ ق.آ.د.ک. اقدامات پليس در جرایم مشهود و بدون دستور قضایی، در صورتی قانونی است که سه شرط رعایت شود. نخست اینکه این اقدامات باید به منظور دستیابی به اهداف مصرح در ماده موصوف انجام شود. دوم اینکه انجام این اقدامات «لازم» یا به عبارت دیگر ضروری باشد؛ بنابراین تفتیش در مورد هر جرم مشهودی توجیه قانونی ندارد. برای مثال در جرایم مانند بی‌حجابی یا اعمال منافي عفت در خودرو که ارتکاب آنها ملازمه‌ای با حمل اشیاء مجرمانه و وسایل ارتکاب جرم ندارد، تفتیش بدنی و تفتیش خودرو برخلاف قانون خواهد بود. تصریح مفنن به «اقدامات لازم» به نحو ضمنی اشاره به قاعده الاسهل فالاسههل نیز دارد؛ لذا اگر دستیابی به آن اهداف با اقداماتی خفیفتر امکان پذیر باشد، باید نخست اقدامی که کمترین خسارت و ضرر را ایجاد می‌کند، انجام شود. از طرف دیگر وجود قید «لزوم» بیانگر این است که انجام اقدامات مذکور در جرایم مشهود باید فوریت داشته باشد. از همین رو اگر وضعیت به گونه‌ای باشد که انجام اقدامات فوریت نداشته و زمان و فرصت کافی برای ورود مقامات قضایی وجود داشته باشد، ضابطان مجاز به انجام اقدامات تحقیقی و تحقیقی به ویژه تفتیش، بازرگانی و ورود به فضاهای خصوصی اشخاص نیستند. شایسته است مقنن در این خصوص بین جرایم مهم و کم‌اهمیت قائل به تفکیک شود، زیرا می‌توان با بر Sherman جرایم مهم مشهودی که ورود به خودروی اشخاص، بدون

دستور قضایی در مورد آنها مجاز و منطقی است و تشریح ضوابط و قوانین حاکم بر آن، ضمن ایجاد امنیت، از حقوق شهروندان نیز صیانت نمود. ممنوعیت ورود به خودرو در جرایم کم‌اهمیت به نحو ضمنی از ماده ۱۳۹ ق.آ.د.ک. قابل استنباط است. مطابق این ماده: «چنانچه تفتیش و بازرگانی با حقوق اشخاص در تراحم باشد، در صورتی مجاز است که از حقوق آنان مهم‌تر باشد». هر چند این ماده به نوعی بیانگر لزوم تناسب بین دلیل ورود به خودرو یا تفتیش آن با حقوق اشخاص است، ولی از آنجا که این ماده کلی و مبهم است و موارد اهم را برنشمیرده، خلاً قانونی موجود را پر نمی‌کند.

علاوه بر جرایم کم‌اهمیت، در جرایم منافی عفت بدون شاکی خصوصی یا غیر سازمان‌یافته نیز محدودیت‌هایی برای تفتیش و بازرگانی در شرع و قانون پیش‌بینی شده است. سیاست جنایی اسلام در خصوص این جرایم مبتنی بر بزه‌پوشی است. بر همین اساس نه تنها بر اثبات جرم تأکید نمی‌شود، بلکه تلاش می‌شود مجرم از اقرار صرف نظر کند و به سمت توبه هدایت شود.^۱ ماده ۱۰۲ ق.آ.د.ک. نیز به تبعیت از این سیاست جنایی وضع شده است.

در ارتباط با جرایم مشهود، موازین منطقی دیگری برای حمایت از حق حریم خصوصی وسایل نقلیه قابل پیش‌بینی است. برای مثال، در بریتانیا مطابق قانون ادله کیفری و پلیس مصوب ۱۹۸۴^۲ افسر پلیس صرفاً در صورتی می‌تواند بدون حکم قضایی وسیله نقلیه، خانه و محل کسب را بازرگانی نمایند که از درجه نظامی معینی برخوردار باشد و نیروهای پلیس با درجه نظامی پایین مجاز به چنین اقداماتی نیستند. راهکار دیگری که می‌توان به وسیله آن از نقض غیر قانونی حریم خصوصی شهروندان پیشگیری کرد، بی‌اعتبار نمودن ادله‌ای است که از این طریق بدست آمده است. ایالات متحده آمریکا در این زمینه مقررات منسجم و کارایی دارد. اصلاحیه‌های سوم و چهارم قانون اساسی ایالات متحده آمریکا صراحتاً بر بی‌اعتباری ادله‌ای که از طرق غیر قانونی تحصیل شده‌اند، تأکید کرده است.^۳

۳. شرایط ورود پلیس به حریم خصوصی خودرو و بازرگانی آن

هر چند ورود پلیس به حریم خصوصی خودرو اشخاص و بازرگانی آن در جرایم مشهود و جرایم غیر مشهود با دستور موردنی قضایی مجاز است، اما این اقدامات تابع شرایط و موازین متعدد قانونی است. در این قسمت ذکر این مطلب ضروری است که در

۱. قیاسی، جلال الدین، مطالعه تطبیقی حقوق جزای عمومی، چاپ دوم، جلد اول، قم، نشر پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، ۱۳۸۶، ص. ۳۴۰.

۲. Police and Criminal Evidence Act 1984 (PACE)

۳. Solove, Daniel, Understanding Privacy, Cambridge, Harvard University Press, 2008, pp. 3-4.

تمام مواردی که مقتنن، مقام قضایی را مکلف به رعایت ترتیبات خاصی در خصوص ورود و بازرسی خودرو یا منازل و اماكن نموده، رعایت این ترتیبات به طریق اولی توسط ضابطان در جرایم مشهود و جرایم غیر مشهودی که ضابطان به تعیت از دستورات قضایی انجام می‌دهند نیز ضروری است.

ماده ۱۳۷ ق.آ.د.ک.^۱ شرایط ویژه‌ای را برای تفتیش، بازرسی و ورود به خودرو وضع نموده است. این ماده مقرر می‌دارد: «تفتیش و بازرسی منازل، اماكن بسته و تعطیل و همچنین تفتیش و بازرسی اشیاء^۲ در مواردی که حسب قرائن و امارات، ظن قوی به حضور متهم یا کشف اسباب، آلات و ادلہ وقوع جرم در آن وجود دارد، با دستور بازپرس و با قید جهات ظن قوی در پرونده، انجام می‌شود». از این ماده چند مقرر و الزام قانونی قابل استنباط است.

نخست اینکه لازم است ظن قوی به کشف متهم یا اسباب و دلایل جرم، به موجب دلایل، ایجاد شده باشد؛ لذا وجود عینی و خارجی دلایل و قابلیت اثبات آنها توسط مقام تصمیم‌گیرنده ضروری است. در همین ارتباط مرحوم نراقی اظهار داشته‌اند: «پس اگر کسی گمان برد که شخصی در خانه^۳ مشغول معصیتی است، اما یقین نداشته باشد، نمی‌تواند داخل آنجا شود و نباید در صدد تحقیق آن برآید و همچنین جایز نیست گوش فرا داشتن، تا معلوم شود که صدایی که می‌آید معصیت است یا نه؛ یا بوبیدن دهان، به جهت آنکه معلوم کنی شراب خورده است یا نه؛ خلاصه آنکه تا علم حاصل نشود، تفحص و تجسس نمودن جایز نیست».^۴

دوم اینکه مطابق متن ماده موصوف که مقرر داشته «ظن قوی^۵ وجود داشته باشد» تردیدی نیست که وجود احتمال زیاد یا ظن قوی بر کشف موارد مذکور، ضابطه

۱. این ماده جایگزین ماده ۹۶ قانون قدیم مصوب ۱۳۸۷ گردیده است که مقرر می‌داشت: «تفتیش و بازرسی منازل، اماكن و اشیاء در مواردی به عمل می‌آید که حسب دلایل، ظن قوی به کشف متهم یا اسباب و آلات و دلایل جرم، در آن محل وجود داشته باشد».

۲. ظاهر عبارت «و همچنین تفتیش و بازرسی اشیاء» در این ماده گویای این است که مصاديق اشیاء در این عبارت صرفاً معطوف به اشیاء موجود در اماكن و منازل نیست و اعم از اشیائی است که در منازل و اماكن و یا سایر فضاهای از جمله خودرو وجود دارد. واژه اشیاء در ماده ۹۶ قانون قدیم مصوب ۱۳۸۷ مستقل قید شده بود و ابهامی در این باره وجود نداشت.

۳. به نظر می‌رسد محل ارتکاب معصیت خصوصیتی در حکم صادره نداشته باشد و این نظر در مورد فضاهای خصوصی دیگر نیز قابل تسری باشد.

۴. نراقی، احمد، معراج السعاده، قم، هجرت، ۱۳۸۵ق، ص. ۵۰۱ به نقل از: افشار، لیلا؛ نعمتی، علی، «حریم خصوصی در پژوهش‌های معطوف به انسان بر مبنای آموزه‌های اسلامی»، راهبرد فرهنگ، شماره ۸ و ۹، (زمستان ۱۳۸۸ و بهار ۱۳۸۹)، ص. ۶۵.

۵. وضع ضابطه «ظن قوی» در قیاس با مقررات مربوط به همین موضوع در حقوق آمریکا و انگلیس که ضابطه «دلیل محتمل» و «معقول بودن» را به کار برده‌اند (صالحی، جواد، «حمایت کیفری از امنیت حریم

و امری نوعی است، زیرا اگر مقتن قصد وضع ضابطه‌ای شخصی داشت، برای مثال اشعار می‌داشت: «هر گاه قاضی یا ضابط قضایی تصمیم‌گیرنده ظن قوى به کشف متهم داشته باشد»؛ بنابراین از آنجا که مفهوم و منطق این ماده نشانگر قاعده‌ای نوعی است، وضعیت باید به گونه‌ای باشد که هر قاضی یا پلیس متعارفی با توجه به دلایل و شواهد عینی موجود، به ظن قوى مبنی بر کشف موارد مذکور در خودرو دست یابد. از این رو در مواردی که بنا به دلایل، وجود ظن قوى امری متعارف نباشد، صرف اثبات اینکه مقام تصمیم‌گیرنده در ذهن خود چنین می‌پنداشته^۱ که احتمال کشف موارد موصوف زیاد است، توجیه کننده اقدام وی محسوب نمی‌شود.

تغییر مهم ماده ۱۳۷ قانون جدید نسبت به ماده ۹۶ قانون قدیم، لزوم «قید جهات ظن قوى در پرونده» است. این الزام قادر به پیشگیری از بسیاری از تفسیرهای شخصی و خلاف قانون است. مضافاً اینکه با عنایت به مواد ۵۵ و ۱۳۷ قانون جدید مشخص می‌شود، این مواد شرایط و مقررات مربوط به تفتیش منازل و اماكن را در خصوص اشیاء نیز لازم الاجرا دانسته و از این حیث ماده مزبور در خصوص خودرو نیز لازم‌الرعايه است.

قانون آیین دادرسی کیفری در فصل پنجم با عنوان «معاینه محل، تحقیق محلی، بازرسی و کارشناسی» علاوه بر موارد فوق الذکر، در مواد ۱۴۵ و ۱۴۶ ضوابط و مقررات دیگری را در خصوص نحوه ورود، تفتیش و بازرسی خودرو تعیین نموده است. ماده ۱۴۵ در ارتباط با شرایط و چگونگی استفاده از قوای قهریه یا زور جهت ورود به خودرو و بازرسی آن مقرر می‌دارد:

«در صورتی که متصرف منزل و مکان و یا اشیاء مورد بازرسی، از باز کردن محلها و اشیاء بسته خودداری کند، بازپرس می‌تواند دستور بازگشایی آنها را بدهد، اما تا حد امکان باید از اقداماتی که موجب ورود خسارت می‌گردد، خودداری شود.

تصوّره - در صورتی که در اجرای این ماده، خسارت مادی وارد شود و به موجب تصمیم قطعی، قرار منع یا موقوفی تعقیب و یا حکم برائت صادر شود، همچنین در مواردی که امتناع کننده شخص مجرم نباشد، حتی اگر موضوع به صدور قرار مجرمیت یا محکومیت متهم منجر شود، دولت مسئول جبران خسارت است، مگر آن که تقصیر بازپرس یا سایر مأموران محرز شود که در این صورت، دولت جبران خسارت می‌کند و به بازپرس و یا مأموران مقصراً مراجعه می‌نماید.»

← خصوصی در پرتو حاکمیت قانون، حقوق جزا و جرم شناسی، سال اول، شماره ۲، ۱۳۹۱، ص. ۴۳)، تأثیر بیشتری در حفظ حقوق شهروندان ایران دارد و از این حیث نقطه قوت قوانین ما محسوب می‌شود.

۱. تحقق شرط «ظن قوى» با معیار شخصی.



در ارتباط با این ماده توجه به چند نکته ضروری است. نخست اینکه هر چند در صدر ماده به «بازپرس» اشاره شده و ذکری از ضابطان به میان نیامده ولی از عبارت «یا سایر مأموران» قیدشده در تبصره ماده ۱۴۵ ق.آ.د.ک. و اطلاق عبارت «کلیه اقدامات لازم» مندرج در ماده ۴۴ همان قانون، چنین استنباط می‌شود که در جرایم مشهود اختیار استفاده از قوای قهریه به ضابطان دادگستری نیز اعطای شده است. دوم اینکه فحوى کلام مقتن در این ماده و اشاره آن به امتناع متصرف نسبت به باز کردن محل ها و اشیاء، دستور بازگشایی و ایراد حداقل خسارت ممکن نشان‌دهنده تجویز استفاده از قوای قهریه در بازگشایی محل ها و اشیاء است. نکته سوم این است که این ماده استفاده از قوای قهریه را منوط به امتناع متصرف نموده است و امتناع متصرف زمانی معنا پیدا می‌کند که در وحله اول از متصرف درخواست شده باشد که خودش اقدام به باز کردن محل یا شیء بسته نماید. بنابراین بازپرس یا ضابطان مکلفند ابتدا از متصرف بخواهند تا خودش اقدام به بازگشایی خودرو نماید و صرفاً در صورت امتناع و مقاومت وی مجاز به توسل به زور هستند. چهارم اینکه هر چند در صورت امتناع متصرف خودرو نسبت به بازگشایی خودرو در جرایم مشهود، ضابطان دادگستری مجاز به توسل به زور و باز نمودن خودرو هستند، «اما تا حد امکان باید از اقداماتی که موجب ورود خسارت می‌گردد، خودداری شود». در همین ارتباط رعایت ماده ۱۳۹ ق.آ.د.ک. نیز لازم است. طبق این ماده: «چنانچه تفتیش و بازرگانی با حقوق اشخاص در تراحم باشد، در صورتی مجاز است که از حقوق آنان مهم‌تر باشد». لذا توسل به قوای قهریه در جرایم خرد و کم اهمیت قانونی نخواهد بود. نکته آخر در خصوص ماده ۱۴۵ این است که مطابق تبصره ماده مزبور در صورت اثبات تقصیر^۱ ضابطان در ایراد خسارت به اشخاص بی‌گناه، دولت می‌تواند پس از جبران خسارت به ضابطان مقصراً رجوع نماید.

ماده ۱۴۶ این قانون ضابطان را از بازرگانی اشخاص، اشیاء و مکان‌های غیرمرتبط با موضوع منع نموده است. همچنین طبق این مقرر «بازپرس مکلف است در مورد سایر نوشته‌ها و اشیاء متعلق به متهم با احتیاط رفتار کند، موجب افشاء مضمون و محتوای غیرمرتبط آنها با جرم نشود. در غیر این صورت وی به جرم افشاء اسرار محکوم می‌شود». این مقرر کلی است و باید در تمام بازرگانی‌ها اعم از بازرگانی منزل و خودرو رعایت شود. در همین ارتباط ماده ۵۶ مقرر نموده «ضابطان دادگستری مکلفند طبق مجوز صادره عمل نمایند و از بازرگانی اشخاص، اشیاء و مکان‌های غیرمرتبط با موضوع خودداری کنند».

۱. یک از مصاديق بازگشایی تقصیر، توسل به زور قبل از درخواست بازگشایی از متصرف است، مگر اینکه چنین اقدام سریعی برای دستیابی به اهداف تعقیب و تحقیق ضرورت داشته باشد.

۴. به کارگیری فناوری‌های نوین و تعارض آن با حق حریم خصوصی خودرو

در عصر حاضر، تکنولوژی‌های نوین از قبیل دستگاه‌های ردیاب (دستگاه جی پی اس)، نظارتی و شنود، سیستم‌های رایانه‌ای ذخیره‌کننده اطلاعات مربوط به اشخاص یا شناسایی اشخاص، و سایر علوم نوین جرم‌یابی به پلیس کمک کرده تا به موقوفیت‌های چشمگیری در زمینه‌های کشف جرم و ادله مربوط به آن دست‌یابد.^۱ پلیس در کشورهای مختلف برای پیشگیری^۲ از جرایم و مبارزه با آن از فناوری‌های پیشرفته اطلاعات و ارتباطات که بازترین آنها دستگاه‌های ردیاب، دوربین‌های مدارسی و نرم افزارهای کنترل شبکه‌ای است، استفاده می‌کند. بهره‌گیری فراوان پلیس از ابزارهای الکترونیک در دو دهه اخیر به حدی بوده که موجب طرح اصطلاح «پلیس الکترونیک» توسط بسیاری از کشورها شده است.^۳ هر چند به کارگیری این ابزارها نقش مؤثری در انجام بهتر اقدامات تعقیبی و تحقیقی دارد اما استفاده غیر قانونی و افراطی پلیس از این ابزارها قادر به ایجاد خطرات قابل اعتمادی علیه حق حریم خصوصی اشخاص است.^۴ مضافاً اینکه منابع شرعی نیز قائل به حرمت انجام غیر قانونی چنین اقداماتی است.^۵ با این وجود در ایران متن آن گونه که بایسته است به این حوزه ورود نیافتد و یکی از خلاهای اساسی قوانین و مقررات فعلی، چگونگی استفاده پلیس و مقامات قضایی از این ابزارها در حقیم خصوصی خودرو اشخاص است.

در حال حاضر قوانین ایران صرحتاً در خصوص ممنوعیت استفاده از چنین فناوری‌هایی تعیین تکلیف ننموده‌اند.^۶ البته شورای عالی قضایی طی بخشنامه مورخ

۱. رضوی، محمد؛ خزایی، سیدعلی، «حقوق شهروندی در فرآیند کشف جرم»، دانش انتظامی، شماره ۳۶، ص. ۹۴، ۱۳۸۶.

۲. در ارتباط با تراجم راهکارهای پیشگیری وضعی با حریم خصوصی اشخاص، بنگردید به: کوسن، موریس، «نظارت ویدئویی: دلایل موقفيت و شکست»، ترجمه شهرام ابراهیمی، فصلنامه الهیات و حقوق، شماره ۱۵ و ۱۶، سال ۱۳۸۴، ۵، ص. ۳۲۳-۳۴۰.

۳. وفادار، حسین، «فناوری اطلاعات و تأثیرات آن در رفتار سازمانی پلیس»، دانش انتظامی، شماره ۱۳۸۶، ۳۵، ص. ۷۷.

4. Richmond, Sarah; Graint, Rees; Edwards, Sarah, *I Know What you are Thinking: Brain Imaging and Mental Privacy*, Nova Science Publishers Inc, New York, 2012, p. 186.

۵. برای مطالعه بیشتر در خصوص روایات دال بر ممنوعیت استراق سمع بنگردید به: (عطازاده، سعید؛ و دیگران، «تجسس در حریم خصوصی مکانی اشخاص با رویکرد امنیت اخلاقی»، پژوهش‌های اطلاعاتی و جنایی، سال

دهم، شماره چهارم، ۱۳۹۴، ص. ۱۱۱) و (جنوردی، السید محمد حسن، قواعد الفقهیه، تهران، نشر الهادی، ۱۴۱۹ق، ص. ۳۱۱) و در ارتباط با منابع شرعی دال بر حرمت استراق بصر نیز بنگردید به: (مجلسی، محمد

باقر، بحار الانوار، جلد ۱۰۴، بیروت، دار الاحیاء التراث العربي، ۱۴۰۳ق، ص. ۵).

۶. موضوع ممنوعیت استفاده از چنین روش‌هایی در فرآیند کیفری در تبصره ۲ ماده ۲۸ طرح حمایت از حریم خصوصی پیش‌بینی شده بود. این تبصره اشعار می‌داشت: «جمع‌آوری اطلاعات شخصی باید تا آنجا که

۱۰/۶/۱۳۶۵ م استند به فرمان هشت ماده‌ای امام خمینی (ره) و اصل ۲۵ ق.ا. به جرم بودن استفاده از هر گونه وسایل شنود و افشای آن تصریح داشته و به کارگیری چنین ابزارهایی در جرایم علیه امنیت ملی را صرفاً در صورت ضرورت و با حکم قضایی و رعایت موادین شرعی و قانونی جایز دانسته است.

بنابراین هر چند به کارگیری این ابزارها تأثیر زیادی در کشف جرایم و ادله مربوط به آن دارد، در صورت فقدان دستور قضایی موردی، پلیس مجاز به استفاده از چنین ابزارهایی در فضاهای خصوصی نیست. در این ارتباط دادگاه اروپایی حقوق بشر بر اساس مواد کلی کنوانسیون اروپایی حقوق بشر، در آراء خود شرعاً خاصی را برای عکسبرداری پلیس از فضاهایی که حریم خصوصی به شمار می‌آیند، احصاء نموده است.^۱ به پیروی از این آراء، قوانین ویژه‌ای در خصوص عکس برداری پلیس از حریم خصوصی اشخاص در برخی از کشورهای اروپایی به تصویب رسیده است.^۲

در کشور آمریکا نیز ادله حاصل از نقض غیر قانونی حریم خصوصی خودرو با استفاده از دستگاه ردیاب (جی پی اس) بی اعتبار قلمداد می‌شود. در یک مورد، مشهور به پرونده آنتونی جونز،^۳ پلیس بدون اخذ مجوز از دادگاه ترددهای متهم را به وسیله دستگاه ردیاب تحت نظر قرار داد و با استناد به داده‌های این دستگاه توانست متهم را در دادگاه بدلوی محکوم به حمل و توزیع مواد مخدر نماید. اما دادگاه تجدیدنظر و دیوان عالی آمریکا ادله مذکور را به این دلیل که با نقض غیر قانونی حریم خصوصی خودرو متهم به دست آمده بود، معتبر به حساب نیاورد و متهم را تبرئه نمود.^۴

نکته دیگر اینکه به دلیل حساسیت شغلی برخی افراد، لازم است تشریفات متفاوتی، برای بازرگانی خودروی شخصی یا کاری آنها، پیش‌بینی شود. در مقررات بعضی از کشورها چنین مزیتی برای بازرگانی از محل سکونت و دفتر کار برخی اشخاص پیش‌بینی شده است. برای نمونه ماده ۱۳۸ ق.آ.د.ک. بازرگانی مسکن و محل کار مقامات دولتی، نظامی و افرادی که مرتکب جرایم سیاسی یا مطبوعاتی شده باشند را منوط به تأیید رییس کل دادگستری استان و حضور مقام قضایی در زمان بازرگانی نموده است. در کشور فرانسه نیز بازرگانی از محل کار صاحبان مشاغل خاص همانند

مقدور و معقول می‌باشد از خود اشخاص صورت گیرد و استفاده از وسایل و روش‌های غیر قانونی و غیرمعتراف در این امر ممنوع است».

1. R (Catt) v Commissioner of Police of the Metropolis [2013] EWCA Civ 192 [7].
2. Mnookin, Jennifer, "The Image of Truth: Photographic Evidence and the Power of Analogy", Yale Journal of Law and Humanities, vol. 10, 1998, p. 12.
3. (United States V. Antony Jones, 2012).
4. صالحی، جواد، «استفاده غیر مجاز پلیس از دستگاه ردیاب؛ جلوه‌ای از نقض حریم خصوصی در رویه قضایی دیوان عالی ایالت متحده و دستاوردهای آن»، پژوهش حقوق کیفری، سال سوم، شماره ۸، ۱۳۹۳، ص. ۱۴۵.

مسکن یا دفتر و کلای دادگستری، مطب پزشکان و دفتر خبرنگاران مستلزم حضور قاضی و یک نفر از صنف شخص مورد نظر می‌باشد و در صورت عدم رعایت این تشریفات، ادله‌ای که از طریق چنین بازرگانی به دست می‌آید بی‌اعتبار قلمداد می‌شود.^۱ ولی در خصوص خودرو در قوانین ایران تشریفات متفاوتی برای بازرگانی خودروی مقامات دولتی و صاحبان مشاغل خاص پیش‌بینی نشده است.

۵. منوعیت صدور دستور قضایی تفتیش خودرو به صورت کلی

در مورد اینکه آیا مقام قضایی مجاز به صدور دستور کلی توقيف و بازرگانی خودروها است یا خیر، می‌توان به ماده ۵۵ ق.آ.د.ک. رجوع نمود. در این ماده مقرر شده است: «ورود به منازل، اماکن تعطیل و بسته و تفتیش آنها و بازرگانی اشخاص و اشیاء در جرایم غیرمشهود با اجازه موردنی مقام قضایی است». توجه به این امر ضروری است که «منظور از عبارت اجازه موردنی، اجازه صریح مقام قضایی با ذکر نام متهم و یا ذکر نشانی مکان مورد نظر و یا مشخصات اشیایی است که باید تفتیش شود»؛^۲ لذا با توجه به این عبارت بدینهی است مقام قضایی در هر مورد صرفاً مجاز به صدور دستور مخصوص و موردنی است نه دستور کلی در مورد اشخاص، منازل، اماکن یا خودروهای غیر معین. ماده ۵۶ قانون مذبور نیز مقرر نموده است: «ضابطان دادگستری مکلفند طبق مجوز صادره عمل نمایند و از بازرگانی اشخاص، اشیاء و مکان‌های غیرمرتبط با موضوع خودداری کنند».

در این ارتباط اداره کل حقوقی قوه قضائیه در نظریه مشورتی ۷/۷۷۴۷ مورخ ۱۳۷۹/۹/۱۷ اعلام نموده است: «با توجه به تصريح ماده ۲۴ ق.آ.د.ک. ۱۳۷۸^۳ به اینکه تفتیش منازل و اشیاء و جلب اشخاص در جرایم غیر مشهود باید با اجازه مخصوص مقام قضایی باشد و با توجه به اینکه اشیاء جمع شیء است و شیء هم شامل اتومبیل و غیر آن است، بازرگانی خودروها در معابر، گلوگاه‌ها و در داخل شهر توسط نیروی نظامی و انتظامی احتیاج به اجازه مخصوص هر خودرو توسط مقام قضایی دارد».

از این‌رو با توجه به اینکه ماده ۵۵ ق.آ.د.ک. جدید جایگزین ماده ۲۴ قانون آیین دادرسی قدیم شده، تفتیش و بازرگانی خودروها بدون دستور قضایی مخصوص هر خودرو، در غیر موارد جرایم مشهود، مصدق بارز تخلف از ماده ۵۵ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۴ و جرم موضوع ماده ۵۷۰ قانون مجازات اسلامی است.

۱. مقدسی، محمدباقر، رویکرد حقوق بشری به وظایف و اختیارات پلیس در فرآیند کیفری ایران، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دانشکده علوم انسانی دانشگاه تربیت مدرس، ۱۳۸۶، ص. ۱۲۴.

۲. خالقی، علی، آیین دادرسی کیفری، جلد اول، چاپ سی‌وسوم، تهران، انتشارات شهر دانش، ۱۳۹۵، ص. ۸۴.

۳. ماده ۵۵ ق.آ.د.ک. ۱۳۹۲.

اما عملاً برخی مأمورین نیروی نظامی و انتظامی با استناد به بخشنامه‌ای که بازرسی از خودروها را بدون دستور قضایی تجویز می‌کرد، اقدام به بازرسی از خودروها بدون دستور قضایی می‌نمودند، تا اینکه این بخشنامه با طرح شکایت یکی از قضاط در دیوان عدالت اداری مطرح شد و به موجب رأی شماره ۷۷ موضوع پرونده کلاسه ۴۰۸/۷۹ ۱۳۸۰/۵/۲۸ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری با مضمون ذیل ابطال گردید: «بخشنامه اداره حقوقی و امور مجلس نیروی انتظامی مغایر منطق صریح ماده مذکور^۱ و حکم مقتن در باب تکلیف ضابطان دادگستری به اطاعت از اوامر مقام قضایی و خارج از حدود اختیارات اداره مجبور در وضع مقررات دولتی تشخیص داده می‌شود و به استناد قسمت دوم ماده ۲۵ قانون دیوان عدالت اداری ابطال می‌گردد».^۲

بنابراین هم از دیدگاه اداره حقوقی قوه قضاییه و دیوان عدالت اداری و هم مطابق آنچه از ماده ۲۴ قانون آیین دادرسی سابق و ماده ۵۵ قانون آیین دادرسی کیفری جدید، استنباط می‌شود، بازرسی خودرو بدون دستور قضایی موردی غیر قانونی است. با این وجود گشتهای ایست و بازرسی کلی خودروها حتی بدون دستور قضایی، هنوز به کرات برگزار می‌شود و برخی مقامات نظامی بر این باورند که این اقدام قانونی است. برای نمونه برخی از رؤسای سازمان قضایی نیروهای مسلح استان‌ها در توجیه قانونی بودن گشتهای ایست و بازرسی بدون دستور قضایی، اظهار داشته‌اند: «حقوق دانان انتظامی و وزارت کشور معتقد هستند حسب بند دال ماده ۱ قانون راجع به تعیین وظایف و تشکیلات شورای امنیت کشور تبیین حدود و وظایف هریک از سازمان‌ها و نهادها در رابطه با امنیت داخلی کشور در چارچوب وظایف قانونی آنها از اختیارات شورای امنیت کشور و شورای تأمین استان‌ها می‌باشد و اختیاراتی که از سوی شورای امنیت کشور در زمینه ایجاد ایست بازرسی به مأمورین انتظامی واگذارشده قانونی و امرآمر قانونی می‌باشد؛ چون بازرسی از وسائل نقلیه هدف اصلی ایجاد ایست و بازرسی و جزء لاینفک آن می‌باشد و لازمه ایجاد ایست و بازرسی، بازرسی از وسائل و اشیاء در ایست بازرسی است و بدون بازرسی از وسائل و اشیاء ایست و بازرسی معنا و مفهوم ندارد و موضوعیت خود را از دست می‌دهد و امری عبث محسوب می‌شود و کار عاقلانه‌ای نیست و اگر بازرسی را موكول به اجازه مخصوص مقامات قضایی بنماییم عملاً امر به محال کرده‌ایم، زیرا امکان اخذ اجازه برای همه وسائل نقلیه عبوری از ایست بازرسی ممکن و مقدور نمی‌باشد».^۳

۱. ماده ۲۴ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۷۸ و ۵۵ ق.آ.د.ک. ۱۳۹۲.

۲. قابل دسترسی در: <http://www.divan-edalat.ir>

3. <http://www.imj.ir/portal/Home>ShowPage.aspx?Object=NEWS&ID>.

برخی از مؤلفان حقوقی نیز توقف و بازرگانی کلی اتومبیل‌های اشخاص در ایست و بازرگانی‌ها را در صورتی که مستند به مصوبات شورای امنیت کشور و یا شورای تأمین استان یا شهرستان باشد قانونی تلقی نموده‌اند.^۱ این در حالی است که بند دال ماده ۱ قانون مذکور مقرر داشته یکی از وظایف شورای امنیت عبارت است از «تبیین حدود و وظایف و اختیارات هریک از ارگان‌ها و نهادها در رابطه با امنیت داخلی کشور در چهارچوب وظایف قانونی آنها». تأکید این بند بر عبارت «در چهارچوب وظایف قانونی آنها» دلالت صریح بر این دارد که شورای امنیت قادر به تعیین وظایف و اختیاراتی خلاف قوانین و مقررات حاکم بر وظایف و اختیارات نهادها و ارگان‌های قضایی یا نظامی نیست. به علاوه اینکه بند (ج) ماده یک این قانون نیز تصریح نموده است که مشخص نمودن سیاست‌های عام امنیت داخلی کشور باید در چهارچوب قوانین مصوبه باشد. در همین راستا برخی از مقامات سازمان قضایی مسلح با اتخاذ موضعی منطقی تر اظهار داشته‌اند: «تصمیمات شورای امنیت کشور بنابر تبصره ۲ ماده ۴ قانون وظایف و تشکیلات شورای امنیت کشور جنبه مشورتی برای وزیر کشور داشته و تصمیم گیری در امور بر عهده وزیر کشور گذاشته شده که خود یک مقام اجرایی است حق دخالت در امور قضایی را ندارد».^۲

مقرره دیگری که ممکن است مورد استناد موافقان ایست و بازرگانی کلی خودروها قرار گیرد، بند ۳ اصل یکصد و هفتاد و ششم قانون اساسی است. این بند مقرر می‌دارد که یکی از وظایف شورای عالی امنیت ملی «بهره‌گیری از امکانات مادی و معنوی کشور برای مقابله با تهدیدهای داخلی و خارجی» است. تردیدی نیست که شورای عالی امنیت ملی می‌تواند با استفاده از اطلاق این بند در شرایط اضطراری و مواردی که احتمال بروز خطرات جدی علیه امنیت ملی وجود داشته باشد تصمیم به ایجاد ایستگاه‌های ایست و بازرگانی کلی خودروها نماید، زیرا ایجاد این ایستگاه‌ها یکی از مصادیق امکانات مادی کشور است که می‌توان از آن برای مبارزه با خطرات و تهدیدهای داخلی و خارجی و پیشگیری از بروز چنین خطراتی استفاده نمود. البته با توجه به ماهیت و صلاحیت این شورا و عبارت «مقابله با تهدیدات داخلی و خارجی» مندرج در بند مذکور مشخص است، تصمیمات شورای مذکور در شرایط اضطراری و مواردی که احتمال بروز خطرات جدی علیه امنیت ملی وجود داشته باشد، اتخاذ می‌شود. لذا اعتبار چنین مصوباتی تا زمانی است که وضعیت اضطراری و تهدیدات

۱. رجبی پور، محمود، «حقوق شهروندی و تفتیش و بازرگانی خودروها بدون کسب اجازه مخصوص از مقام قضایی»، (بی‌تا)، ص. ۳، قابل دسترسی در: <http://www.hvm.ir/detailnews.aspx?id=42471>

۲. ناصرافهانی (معاون وقت دادستان نظامی استان اصفهان)، سایت رسمی سازمان نیروهای مسلح، به نشانی: <http://www.imj.ir/portal/Home>ShowPage.aspx?Object=NEWS&ID>

داخلی و خارجی وجود داشته باشد و اجرای این مصوبات پس از پایان یافتن شرایط اضطراری و در شرایطی که کشور در وضعیت عادی است، توجیه قانونی ندارد، زیرا مطابق قانون اساسی، شورای عالی امنیت ملی قادر به اتخاذ تصمیم خارج از صلاحیت‌های مقرره قانونی خود نیست^۱ و در شرایطی که خطری علیه امنیت داخلی یا خارجی وجود ندارد، نمی‌تواند وظایف و اختیارات هریک از ارگان‌ها را بر خلاف مقررات آمره تعیین نماید. بنابراین در مواردی که کشور در شرایط عادی قرار دارد قوانین و مقررات آمره مصوب مجلس شورای اسلامی که اهم آنها در ارتباط با حریم خصوصی خودرو مواد ۵۵ و ۵۶ ق.آ.د.ک. است، لازم‌الاجرا است.

نتیجه اینکه در قوانین و مقررات موجود هیچ راهی برای تفتیش خودروها به صورت کلی و غیر موردنی در شرایط غیر اضطراری پیش‌بینی نشده است. این در حالی است که ضرورت چنین تفتیش‌هایی در برخی موارد از قبیل پیشگیری از قاچاق مواد مخدر و اسلحه و خطر بروز اقدامات تروریستی،^۲ برای حفظ نظم و امنیت عمومی کشور غیر قابل انکار است. عدم پیش‌بینی چنین مقرره‌ای نه تنها کمکی به حفظ حریم خصوصی شهروندان نکرده و نخواهد کرد، بلکه توسل به این دلیل که تفتیش عمومی خودروها برای حفظ امنیت کشور لازم است، سبب ایجاد رویه‌ای سلیقه‌ای می‌شود که بر اساس آن برخی نهادهای نظامی و امنیتی بدون احراز ضرورت و اتخاذ تصمیم توسط مقامات قضایی، اقدام به ایجاد گشتهای ایست و بازارسی عمومی خودروها می‌نمایند.

در ارتباط با این معضل چند راهکار قابل اجرا است. یکی اینکه قضاط ویژه ایست و بازارسی در گلوگاهها و محل‌های ایست و بازارسی برای صدور دستور قضایی مستقر شوند و دیگر اینکه در قانون راهکارهایی برای موقع اضطراری مانند موقع بروز خطر اقدامات تروریستی و خرابکارانه یا قاچاق سلاح و مواد مخدر، پیش‌بینی شود که بر اساس آن قضاط مجاز به صدور دستور کلی تفتیش خودروها در مکان و زمان معین با ذکر دلایل تفتیش و تشریفات آن باشند.

علاوه بر موارد گفته شده، وضع مقرراتی که تشریح‌کننده تشریفات ورود و بازارسی خودروی اشخاص باشد نیز ضروری است. برای مثال در کشور بریتانیا تشریفات خاصی برای بازارسی وسائل نقلیه پیش‌بینی شده است. در این کشور طبق قانون ادله کیفری و پلیس مصوب^۳ ۱۹۸۴ افسر پلیس مکلف است پس از بازارسی خودروی بدون سرنشین،

۱. ملکوتی هشجین، سیدحسین، «تأملی بر اصل خروج از اختیارات قانونی در دکترین حقوق اداری انگلیس و ایران»، حقوق اسلامی، شماره ۴۰، ۱۳۹۳، ص. ۱۸۴.

۲. برای مطالعه در خصوص تعامل اقدامات ضدتروریستی پلیس با حریم خصوصی شهروندان در قانون پاتریوت، ر.ک.: آقبالیایی، حسین، «لیبرالیسم، حریم خصوصی و قانون پاتریوت»، فصلنامه سیاست، دوره چهلم، شماره ۲، ۱۳۸۹.

3. Police and Criminal Evidence Act 1984 (PACE).

اخطاری را داخل وسیله نقلیه به جا گذارد. مگر اینکه انجام این کار باعث آسیب رساندن به وسیله نقلیه شود. در این اخطاریه باید مواردی از قبیل اینکه وسیله نقلیه مورد بازرگانی قرار گرفته، نام پلیس بازرگانی کننده و اداره پلیسی که مأمور در آنجا خدمت می‌کند و اینکه در صورت ایجاد خسارت حین بازرگانی، مالک حق طرح درخواست جبران خسارت به اداره پلیس مربوطه را دارد، قید شود.^۱

نتیجه‌گیری

در نظام حقوقی ایران، بسیاری از مصادیق حریم خصوصی به صورت غیر مستقیم و پراکنده مورد حمایت قرار گرفته، اما قانونی جامع در مورد حریم خصوصی وضع نشده است. از سوی دیگر قانونی که گویای تمام وظایف و اختیارات پلیس به ویژه اختیارات و مسئولیت‌های پلیس در تعامل با حق حریم خصوصی و سایر حقوق شهروندان باشد، وجود ندارد. از این رو وضع مقرراتی جامع در خصوص تعامل وظایف و اختیارات پلیس با حق حریم خصوصی خودرو و سایر حوزه‌های حریم خصوصی از قبیل حریم خصوصی منازل و اماکن شهروندان در قانون آیین دادرسی کیفری یا دو قانون مجزا در خصوص حریم خصوصی و اختیارات و وظایف پلیس بسیار ضروری است؛ زیرا از یک طرف با تصویب مقررات مربوط به حریم خصوصی، ماهیت، ابعاد و حد و مرز این حق مورد تعریف و حمایت قرار می‌گیرد و از طرف دیگر با وضع قوانین مربوط به اختیارات و وظایف پلیس، در تمام وضعیت‌های احتمالی اعم از اینکه به حق حریم خصوصی اشخاص مربوط باشد یا خیر، حیطه اختیارات و تکالیف مأموران پلیس تعیین می‌شود. بدیهی است وضع قوانینی که ابهامات موجود را برطرف نماید، منجر به انجام موفقیت‌آمیز مأموریت‌های پلیسی هم‌مان با حفظ حریم خصوصی افراد می‌شود.

به طور کلی در قوانین ایران در بسیاری از وضعیت‌ها برای پلیس اختیارات معقولی به منظور کشف جرم و تحقیقات مرتبط با آن در نظر گرفته شده است. این قوانین نسبتاً حمایت بالایی از حریم خصوصی خودرو شهروندان داشته‌اند، اما متأسفانه بنا به دلایل مختلف برخی از مقررات، مخصوصاً مواد قانونی مربوط به ورود و بازرسی خودروها به طور کامل توسط نیروهای پلیس به اجرا در نمی‌آید. به نظر می‌رسد که مهم ترین دلیل عدم اجرای موفقیت‌آمیز این قوانین، پیش‌بینی نشدن مقررات ویژه ورود و بازرسی خودروها در شرایطی است که احتمال بروز اقدامات تروریستی یا سایر اقدامات مخل امنیت ملی در آن وجود دارد. برای نمونه، مقررات آیین دادرسی کیفری صدور دستور قضایی ورود و تفتش خودروها به صورت کلی را اساساً ممنوع کرده است. چنین ممنوعیت گسترده‌ای نه تنها تاثیری در حفظ حریم خصوصی اشخاص در این زمینه ندارد، بلکه ممکن است باعث ایجاد توجیه برای برخی نیروهای پلیس و ایجاد روابه‌ای سلیقه‌ای شود که بر اساس آن نیروهای نظامی حتی گاهی بدون وجود احتمال اقدامات مخل امنیت ملی اقدام به ورود و بازرسی خودروها بدون حکم قضایی نمایند. در جرایم مشهود احتمال نقض غیر منطقی حریم خصوصی خودرو توسط پلیس بیشتر است، زیرا در این جرایم پلیس موظف به انجام اقدامات و تحقیقات فوری است و

در این راستا در صورت لزوم می‌تواند نسبت به ورود و تفتیش خودروی اشخاص، حتی بدون اجازه مقام قضایی اقدام نماید. در این موارد اختیارات گستردگی پلیس در مورد جرایم خرد و کم‌همیت موجب نقض غیر منطقی حریم خصوصی شهروندان می‌شود. از سوی دیگر مقتن در جرایم مشهود، در اعطای اختیارات تصمیم‌گیری به نیروهای پلیس، هیچ تفاوتی بین افسران دارای درجه نظامی بالا و نیروهای پلیسی که فاقد سابقه و تجربه کافی هستند، قائل نشده است و برای همه ضابطان قضایی بدون توجه به درجه نظامی آنها اختیارات یکسانی را در جرایم مشهود در نظر گرفته است.

این در حالی است که در جرایم مشهود قانون‌گذار می‌تواند حق ورود پلیس به خودرو اشخاص و بازرسی آن را صرفاً برای جرایمی با درجه معین در نظر گیرد و اقدام به اتخاذ سیاست جنایی افتراقی با قائل به تفکیک شدن بین جرایم خرد و مهم نماید. همچنین لازم است مقتن در اعطای اختیارات مهم پلیسی از قبیل حق ورود و بازرسی خودرو اشخاص، به درجه نظامی ضابطان دادگستری توجه کند و اختیاراتی متناسب با آن را به ضابطان واگذار نماید تا این طریق دامنه اختیارات مأمورانی که از سابقه، علم و تجربه کمتری برخوردارند، محدود شود. علاوه بر این موارد، وضع مقرراتی که چگونگی و شرایط به کارگیری ابزارهای مدرن تعقیبی و تحقیقی را معین نماید و ادله حاصل از نقض غیر قانونی حریم خصوصی اشخاص را به رسمیت نشناسد و آن را باطل اعلام نماید، تأثیر بسزایی در مقابله با نقض غیر قانونی حریم خصوصی خودروی اشخاص توسط نیروهای پلیس و پیشگیری از آن خواهد داشت.

منابع

- آقابابایی، حسین، «لیبرالیسم، حریم خصوصی و قانون پاتریوت»، فصلنامه سیاست، دوره چهلم، شماره ۲، ۱۳۸۹.
- آقابابایی، حسین؛ احمدی ناطور، زهرا، «فناوری دروغ سنجی؛ تهدیدی بر علیه حریم خصوصی»، پژوهشنامه حقوق کیفری، سال سوم، شماره ۶، ۱۳۹۱.
- انصاری، باقر، «حریم خصوصی و حمایت از آن در حقوق اسلام؛ تطبیقی و ایران»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، شماره ۶۶، ۱۳۸۳.
- ———، حقوق حریم خصوصی، چاپ سوم، تهران، نشر سمت، ۱۳۹۱.
- افشار، لیلا؛ نعمتی، علی، «حریم خصوصی در پژوهش‌های معطوف به انسان بر مبنای آموزه‌های اسلامی»، راهبرد فرهنگ، شماره ۸ و ۹، (زمستان ۱۳۸۸ و بهار ۱۳۸۹).
- بجنوردی، السید محمد حسن، قواعد الفقهیه، تهران، نشر الهادی، ۱۴۱۹ ق.
- بجستانی، ابو داود سلیمان ابن اشعث، سنن ابی داود، قم، دارالفکر، ۱۴۱۰ ق.
- بیاتی، علی، مجموعه قوانین و مقررات پلیس، چاپ اول، تهران، انتشارات خرسندی، ۱۳۹۳.
- خالقی، علی، آیین دادرسی کیفری، جلد اول، چاپ سی و سوم، تهران، انتشارات شهر دانش، ۱۳۹۵.
- رضوی، محمد؛ خزایی، سیدعلی، «حقوق شهروندی در فرآیند کشف جرم»، دانش انتظامی، شماره ۳۶، ۱۳۸۶.
- رحمدل، منصور، «حق انسان برحریم خصوصی»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، شماره ۷۰، ۱۳۸۴.
- رجبی پور، محمود، «حقوق شهروندی و تفتیش و بازرگانی خودروها بدون کسب اجازه مخصوص از مقام قضایی»، (بی‌تا). قابل دسترسی در: <http://www.hvm.ir/detailnews.aspx?id=42471>.
- ساریخانی، عادل؛ موسوی، محمد، «قلمرو پوشش و حریم خصوصی در سیاست کیفری اسلام»، پژوهشنامه نظام و امنیت انتظامی، شماره ۱۶، ۱۳۹۰.
- شهباز قهفرخی، سجاد، «حریم خصوصی فیزیکی افراد در آینه فقه امامیه و حقوق ایران»، پژوهش‌های فقهی، شماره ۱۳، ۱۳۹۲.
- صالحی، جواد، «حمایت کیفری از امنیت حریم خصوصی در پرتو حاکمیت قانون»، حقوق جزا و جرم‌شناسی، سال اول، شماره ۲، ۱۳۹۱.

-
- _____ ، «استفاده غیر مجاز پلیس از دستگاه ردیاب؛ جلوهای از نقض حریم خصوصی در رویه قضایی دیوان عالی ایالات متحده و دستاوردهای آن»، پژوهش حقوق کیفری، سال سوم، شماره ۸، ۱۳۹۳.
- صوفی زمرد، محسن، «نقض حریم خصوصی و چالش‌های پیشگیرانه فراروی پلیس در نظارت ویدئویی»، مطالعات پیشگیری از جرم، سال ششم، شماره ۲۱، ۱۳۹۰.
- عطازاده، سعید؛ و دیگران، «تجسس در حریم خصوصی مکانی اشخاص با رویکرد امنیت اخلاقی»، پژوهش‌های اطلاعاتی و جنایی، سال دهم، شماره چهارم، ۱۳۹۴.
- قواتی جلیل؛ جاور، حسین، «حریم خصوصی؛ حق یا حکم»، حقوق اسلامی، شماره ۳۱، زمستان ۱۳۹۰.
- قیاسی، جلال الدین، مطالعه تطبیقی حقوق جزای عمومی، چاپ دوم، جلد اول، قم، نشر پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، ۱۳۸۶.
- مجلسی، محمد باقر، بحار الانوار، جلد ۱۰۴، بیروت، دار الاحیاء التراث العربي، ۱۴۰۳ ق.
- محقق حلی، مختصر النافع فی الفقه الامامیه، جلد یک، تهران، بی‌نا، ۱۴۱۰ ق.
- مقدسی، محمدباقر، رویکرد حقوق بشری به وظایف و اختیارات پلیس در فرآیند کیفری ایران، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دانشکده علوم انسانی دانشگاه تربیت مدرس، ۱۳۸۶.
- ملکوتی هشجین، سیدحسین، «تأملی بر اصل خروج از اختیارات قانونی در دکترین حقوق اداری انگلیس و ایران»، حقوق اسلامی، شماره ۴۰، ۱۳۹۳.
- کوسن، موریس، «نظارت ویدئویی: دلایل موقفيت و شکست»، ترجمه شهرام ابراهیمی، فصلنامه الهیات و حقوق، شماره ۱۵ و ۱۶، سال ۵، ۱۳۸۴.
- نراقی، احمد، معراج السعاده، قم، هجرت، ۱۳۸۵ ق.
- وفادر، حسین، «فتاوی اطلاعات و تأثیرات آن در رفتار سازمانی پلیس»، دانش انتظامی، شماره ۳۵، ۱۳۸۶.
- هاشمی، سیدمحمد، حقوق بشر و آزادی‌های اساسی، تهران، نشر میزان، ۱۳۹۱.

- Alpa, Guido, "Protection of Privacy in Italian Law", In: Protecting Privacy, Edited by: Basils. Markesinis, Oxford, Carlendobn Press, 1998.

-
- Mnookin, Jennifer, "The Image of Truth: Photographic Evidence and the Power of Analogy", Yale Journal of Law and Humanities, vol. 10, 1998.
 - Richmond, Sarah; Graint, Rees; Edwards, Sarah, I Know What you are Thinking: Brain Imaging and Mental Privacy, Nova Science Publishers Inc, New York, 2012.
 - Solove, Daniel, Understanding Privacy, Cambridge, Harvard University Press, 2008.
 - Stone, Richard, "Exclusion of evidence Under Section 78 of the Police and Criminal Evidence Act: Practice and Principle", 1995, Web Journal of Current Legal Issues, At: <http://webclinical.ac.uk/articles3/stone3.html>.
 - Waran, Samuel; Brandies, Louis, "The Right of Privacy", Harvard Law Review, Vol. 4, December 15, No. 5, 1890.

حمایت دولت از بزه‌دیدگان در زمینه تأمین هزینه دادرسی

* سید علیرضا میرکمالی*

** نازنین حاجیزاده**

چکیده

مطابق قوانین داخلی، در جریان پرونده کیفری، از ابتدای تشکیل پرونده تا مرحله اجرای احکام، هزینه‌هایی بر شاکی و بزه‌دیده تحمل می‌شود. این هزینه‌ها اعم از هزینه دادرسی، هزینه‌های تشکیل پرونده، هزینه ارجاع به کارشناس مربوطه و غیره است. مطابق با معیارهای دادرسی منصفانه و نظریه‌های تبیین‌کننده وظیفه دولت، در معنای حاکمیت، مانند نظریه قرارداد اجتماعی، نظریه رفاه و همبستگی اجتماعی و نظریه ضمان قهری دولت، تحمل این هزینه‌ها بر بزه‌دیده ناموجه است. در این راستا حق دسترسی بدون محدودیت به دادگستری، یکی از حقوق بنیادین بزه‌دیده است که در راستای سیاست‌های بزه‌دیده‌شناسی حمایتی، باید مورد توجه جدی قرار گیرد. این حق همچنین یکی از معیارهای دادرسی منصفانه است که در اسناد بین‌المللی از جمله معاهده اروپایی جبران خسارت بزه‌دیدگان جرایم خشونت‌آمیز و کنوانسیون اروپایی حقوق بشر مورد اشاره قرار گرفته است. بنابراین تحمل هزینه‌های دادرسی بر بزه‌دیده، که یکی از مهم‌ترین موانع دسترسی عدالت کیفری است، صحیح نیست و به هیچ‌وجه با نظریه‌های مختلف درباره وظیفه حاکمیتی دولت در این باب و رهیافت‌های بزه‌دیده‌شناسی حمایتی سازگار نیست.

کلیدواژه‌ها: هزینه دادرسی، حق دادخواهی، حاکمیت دولت، حمایت از بزه‌دیده.

مقدمه

با آغاز فرآیند کیفری ضرورت حمایت از بزه دیده و در نظر گرفتن حقوق وی نمایان می شود. یکی از مهمترین حقوق بزه دیده حق دسترسی به عدالت و حمایت از او در کلیه مراحل دادرسی است. این حق بنیادین بزه دیده یکی از معیارهای دادرسی منصفانه^۱ است. اما، گاه موانعی در تحصیل این حق وجود دارد. این موانع در اثر ناتوانی جسمانی و روانی، فقدان دانش، ترس، دوری مسافت، پیچیدگی روند دادرسی و تخصصی بودن موضوعات، تعدد مراجع و کارشناسان رسمی و غیررسمی، هزینه های بسیار اعم از هزینه دادرسی یا دسترسی به وکیل یا پژوهش خبره و غیره به وجود می آید. بنابراین، در کنار راهکارهای دسترسی به عدالت برای بزه دیدگان باید موانع رجوع بزه دیده به مراجع عدالت کیفری را برطرف کرد.^۲ یعنی به همان اندازه که راهکارهای دسترسی به عدالت برای بزه دیدگان مهم و بنیادین است، رفع موانع این دسترسی نیز مؤلفه مهم و اساسی در این راه به شمار می آید.

لازمه تحقق الگوی مطلوب حمایت از بزه دیده، به رسمیت شناختن بزه دیده در طی فرآیند کیفری است. منظور از به رسمیت شناختن این نیست که پلیس یا دستگاه قضایی صرفاً با دریافت شکایت یا گزارش وقوع جرم، وظیفه خود را در این زمینه تمام شده بدانند، بلکه دستگاههای صالح باید به این باور برسند که در اثر تحقیق پدیده مجرمانه، شخصی که در معرض بزه واقع شده است، نیاز به حمایت کمک و خدمات رسانی دارد و این نگرش از آغاز تا خاتمه فرآیند کیفری ادامه یابد.^۳ یکی از نوآوری های قانون آیین دادرسی کیفری مصوب سال ۱۳۹۲، تعریف جدیدی است که از آیین دادرسی کیفری در ماده ۱ ارائه شده است. قانون گذار در این ماده با اشاره به رعایت حقوق شخص بزه دیده، جایگاه وی را در فرآیند کیفری به رسمیت شناخته است.

بزه دیده با رخداد جرم کرامت انسانی خود را از دست رفته می بیند و به دنبال بازسازی این وضعیت، تحصیل آرامش، و حیثیت و آبروی پایمال شده خویش است. رعایت کرامت انسانی و احترام به آن یکی از حقوق بنیادین بشر به شمار می رود. بر این اساس، وظیفه اصلی و بنیادین نظام عدالت کیفری در این زمینه، ایجاد باور و نگرش کمک رسانی و همدلی در تمامی رده های شغلی و بین تمامی دست اندر کاران نظام عدالت کیفری، مراجع قضایی و انتظامی است.

1. The fair trial.

2. Lopez, Gerard, Les Droits des Victims, 2eme Ed, Coll. Etat de Droit, Dalloz, 2007, p. 14.

3. ابراهیمی، پیمان، «بزه دیده به منزله شاکی و حقوق او در مقررات دادرسی کیفری ایران»، مجله حقوقی دادگستری، شماره های ۵۲ و ۵۳، ۱۳۸۴، ص. ۲۹۳.

احترام و توجه ویژه به بزه دیده نوعی حمایت معنوی از او به شمار می‌آید. بنابراین، همه مراجع عدالت کیفری که در ارتباط با بزه دیدگان هستند، باید محترمانه، بی طرفانه و همراه با همدردی و رازداری با ایشان برخورد کنند. اگر این نهادها از انجام این وظیفه سریاز زنند، به گونه‌ای که با بی احترامی و رفتار نامناسب منزلت و کرامت انسانی بزه دیدگان را پایمال کرده و نادیده بگیرند، آسیب دیگری از پس بزه دیدگی نخستین آنان رخ می‌نماید که از آن به بزه دیدگی ثانوی یاد می‌کنند. قربانی شدن ثانوی آسیبی است که نه به دنبال پیامد مستقیم رفتار مجرمانه، بلکه از گذر رفتار و پاسخ‌گویی نامناسب این افراد و نهادها روی می‌دهد و گاهی ممکن است به نادیده گرفتن کامل حق‌های انسانی بزه دیدگان بیانجامد^۱ و چه بسا تبعات و آثار سوء بزه دیدگی ثانوی، هم بر بزه دیده و هم بر جامعه بسیار پررنگ‌تر و عمیق‌تر و جران و ترمیم آن نیز سخت‌تر است.

علاوه بر این جرم به عنوان یک پدیده نابهنجار در هر جامعه‌ای هزینه‌های زیادی را بر جامعه و شهروندان، که ممکن است بزه دیده باشند، تحمیل می‌نماید. هزینه‌های جرم بین کسانی که در فرآیند بزه کاری درگیرند توزیع می‌شود. برخی از هزینه‌ها بر بزه دیده، برخی دیگر بر جامعه و قسمتی نیز بر بزه کار تحمیل می‌شود که در این میان بزه دیده بیشترین هزینه، اعم از عینی و ذهنی، را متحمل می‌شود.^۲ هزینه‌هایی که بر بزه دیده تحمیل می‌شود، اعم از خسارات و ضرر و زیانی که در نتیجه جرم بر وی تحمیل گردیده و نیز هزینه‌های پیگیری پرونده و دادرسی و رسیدگی‌های کیفری در خصوص بزه ایرادشده علیه وی است. کو亨^۳ تقسیم‌بندی جامعی از هزینه جرایم ارائه می‌نماید و هزینه‌های نظام عدالت کیفری و هزینه‌های عدالت کیفری برای تضمین اجرای عدالت را جزو دسته‌بندی‌های هزینه‌های جرایم عنوان می‌کند. البته بسیار بدیهی است که در میان این هزینه‌ها، هزینه‌هایی که در اثر ارتکاب جرم بر بزه دیده تحمیل می‌شود نسبت به هزینه‌هایی که بزه دیده در مسیر پیگیری پرونده کیفری باید پرداخت کند، موضوع اصلی پژوهش حاضر، از اهمیت بیشتری برخوردار است.

بر این اساس قاعده اولی آن است که بزه کار مسئول جرمان خسارات بزه دیده باشد. بر این اساس، مهم‌ترین مبنای مسئولیت مدنی بزه کار، نظریه تقصیر است. بر این اساس، بزه کار به علت آنکه با اراده و تصمیم مرتكب جرم شده و یا با بی احتیاطی و غفلت قوانین را نقض کرده و موجب ورود ضرر به دیگری شده، مقصراست و در نتیجه

۱. رایجیان اصلی، مهرداد، بزه دیده‌شناسی حمایتی، چاپ دوم، انتشارات دادگستر، ۱۳۹۰، ص. ۵۳.

۲. بابایی، محمدعلی؛ انصاری، اسماعیل، «تحلیل هزینه‌های جرم»، نامه مفید، شماره ۹۴، زمستان ۱۳۹۱، ص. ۸۸.

3. Cohen

۴. برای مطالعه بیشتر در زمینه تحلیل هزینه‌های جرم و دسته‌بندی‌های موجود در این زمینه، ر.ک. منبع پیشین.



مسئول جبران خسارات بزه دیده است. حتی برخی از نویسنده‌گان پا را از این فراتر نهاده و معتقدند که بزهکار نه تنها برای خسارات بزه دیده بلکه برای جبران خسارات عموم مردم نیز مسئول است، با این استدلال که جرایم باعث ورود خسارت به نظام جامعه می‌شوند و بنابراین بزهکار برای پرداخت خسارات به همه اعضای جامعه ملزم است.^۱ به نظر می‌رسد این دیدگاه در عالم واقع چندان عملی نباشد؛ زیرا برآورده دقیق میزان خسارتی که با وقوع هر جرمی بر جامعه تحمیل می‌شود امری غیرممکن است. اما، معیار دقیق تر در خصوص تعیین میزان خسارات وارد بر بزه دیده، به آسانی قابل تعیین است و در عمل نیز قابل انجام و موافق با اصول پیش گفته است. تقصیر همان‌گونه که می‌تواند مبنای مسئولیت کیفری بزهکار باشد، می‌تواند مبنای مسئولیت مدنی وی نیز قرار بگیرد.^۲ بر این اساس، با توجه به اینکه وقوع جرم از ناحیه بزهکار بر مبنای نظریه تقصیر توجیه می‌شود، عقلانی است که مسئولیت مدنی وی جبران ضرر و زیان ناشی از اقدامات مجرمانه‌اش در نظر گرفته شود. بر این اساس و مطابق قانون آیین دادرسی کیفری،^۳ در خصوص خسارات وارد به بزه دیده و همچنین هزینه‌های دادرسی کیفری که در ابتدای امر بر او تحمیل شده است، بزهکار مسئول پرداخت این هزینه‌ها به بزه دیده است. بنابراین، شاکری می‌تواند در هر مرحله از دادرسی آنها را از مدعی علیه طبق مقررات مطالبه کند. دادگاه هم مکلف است هنگام صدور حکم، مدعی علیه را به پرداخت هزینه‌های مذبور ملزم کند.

در خصوص جبران خسارات بزه دیده در این موارد توسط دولت، به معنای حاکمیت، از قرن هجدهم به بعد، نظریه‌های فراوانی از سوی آنریکو فری از بانیان مکتب تحقیقی و پس از وی توسط مارک آنسل و پس از آن در سایر کشورها به تدریج گسترش یافت.^۴ اما، نکته قابل توجه در این راستا، تمایز قائل شدن بین خسارات و ضرر و زیان ناشی از جرم و هزینه‌های دادرسی است که در آغاز فرایند کیفری و یا در روند آن بر بزه دیده وضع و تحمیل می‌شود. خسارات و ضرر و زیان ناشی از جرم قابلیت و ظرفیت این را دارد که در صورت جبران نشدن توسط بزهکار، با توجه به مبانی و نظریه‌های مختلف در این خصوص، توسط دولت جبران شود. اما، در خصوص هزینه‌های دادرسی کیفری با توجه به مبانی و نظریه‌های ارائه شده و همین‌طور

1. Ashworth, Andrew, "Punishment and Compensation: Victims, Offenders and the State", Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 6, Issue 1, Spring 1986, p. 95.

2. حاجی ده آبادی، احمد، «از جبران خسارت بزه دیده تا جبران خسارت توسط دولت»، مجله فقه و حقوق، شماره ۹، ۱۳۸۵، ص. ۱۰۰.

3. مواد ۵۶۴ و ۵۶۳ ق. آ.د.ک.

4. آسل، مارک، دفاع اجتماعی نوین، به نقل از: اردبیلی، محمدعلی، حقوق جزای عمومی، جلد یک، چاپ سی و ششم، تهران، انتشارات میزان، ۱۳۹۳، ص. ۱۵۱.

معیارهای دادرسی منصفانه، شایسته است که بدؤاً دولت این هزینه‌ها را به عهده بگیرد و از تحمیل این هزینه‌ها بر دوش بزه‌دیده، با این توجیه که بعد از صدور حکم محکومیت متهم، وی مکلف به پرداخت این هزینه‌ها خواهد شد، خودداری گردد. در واقع، دولت‌ها وظیفه ایجاد نظم و امنیت، حمایت از حقوق و آزادی شهروندان را دارند. در صورت وقوع بزه و ورود خسارت به بزه‌دیده این دولتها هستند که باید آن را جبران کنند؛ زیرا آنها در انجام وظیفه خود در برقراری نظم و امنیت مرتکب تقصیر شده‌اند.

عدم تحمیل هزینه‌های دادرسی کیفری بر بزه‌دیده دارای مبانی متقن بوده و بر پایه‌های مستحکمی استوار است. مبانی و نظریه‌های قابل ذکر در این خصوص مانند نظریه قرارداد اجتماعی، نظریه رفاه و همبستگی اجتماعی، نظریه ضمان قهری دولت و وظیفه دولت در حفظ نظم و امنیت عمومی در این مقاله تبیین می‌شود. در این راستا، مطالب این بژوهش در دو قسمت اول به ارائه نظریه‌های توجیه‌کننده الزام دولت به تأمین هزینه‌های دادرسی بزه‌دیده از باب وظیفه حاکمیتی دولت پرداخته می‌شود و در قسمت دوم، هزینه‌های دادرسی که مطابق قانون در فرایند دادرسی کیفری بر بزه‌دیده تحمیل می‌شود بر اساس مبانی مطرح شده مورد نقد و بررسی قرار می‌گیرد.

۱. حاکمیت دولت و دادرسی‌های کیفری

نظریه‌هایی که الزام دولت به تأمین هزینه‌های دادرسی بزه‌دیده از باب وظیفه حاکمیتی دولت را توجیه می‌کنند بر دو قسم‌اند. دسته‌ای از این نظریه‌ها دولت را به صورت مطلق در برابر خسارات و هزینه‌هایی که از بزه واقع شده علیه بزه‌دیده ناشی می‌شود، مسئول می‌دانند؛ بنابراین، وظیفه دولت پرداخت این هزینه‌ها است و این به صورت حقی برای بزه دیدگان است. به عبارت دیگر، ماهیت وظیفه دولت در تقبل این هزینه‌ها «دین» است و دسته‌ای دیگر، تحمیل این هزینه‌ها و خسارات بر دولت را به عنوان وظیفه تلقی نمی‌کنند. اما، از جهت مصالح اجتماعی و از باب کمک به افشار آسیب‌پذیر که بزه‌دیدگان نیز جزئی از آنها هستند، برخی از هزینه‌های مربوط به دادرسی کیفری و همچنین جبران خسارات و ضرر و زیان ناشی از جرم را بر عهده دولت می‌دانند. بنابراین، در این موارد، جبران خسارات و پرداخت هزینه‌های دادرسی کیفری توسط دولت نه حقی برای بزه‌دیده، بلکه حمایت^۱ محسوب می‌شود.

نظریه‌هایی که ذیل این بخش مورد بحث و بررسی قرار خواهد گرفت نیز از این دسته‌بندی کلی مستثنی نمی‌باشند. نظریه‌های مورد بحث در قسمت‌های ۱ تا ۳ از نوع اول و نظریه مورد بحث در قسمت ۴ از نوع دسته دوم است.

۱-۱. نظریه قرارداد اجتماعی

یکی از مبانی نظری که در خصوص جبران خسارات و ضرر و زیان ناشی از جرم و همچنین عدم تحمیل هزینه‌های دادرسی کیفری بر بزه‌دیده و تقبل آن از سوی دولت مطرح است، «نظریه قرارداد اجتماعی» است. به باور طرفداران این دیدگاه، افراد جامعه در ازای حفظ آزادی‌های فردی، امنیت اجتماعی و اقتصادی و تحقق عدالت، برخی از حقوق خود از جمله حق اعمال عدالت خصوصی را به دولت واگذار می‌کنند. مطابق این دیدگاه دولت در ازای محدود کردن حقوق و آزادی‌های فردی و برخورداری از حق حاکمیت، متعهد به حمایت و محافظت از افراد جامعه بوده است و قصور در ایفاء تعهد، موجب مسئولیت دولت در قبال بزه‌دیده است.^۱ یکی از وظایف بنیادین دولتها، از آغاز شکل گیری آنها، وظیفه تأمین امنیت جامعه و حفاظت از افراد و شهروندان جامعه بوده است. بر این اساس و مطابق عرف موجود مابین شهروندان و قوای حاکمیت، این وظیفه بنیادین و حاکمیتی بر عهده قوای حاکم در جامعه بوده است.

مطابق این نظریه، دولت موظف به تأمین بسیاری از خدمات اجتماعی است و یکی از آنها امنیت عمومی و کنترل جرم است. شهروندان بودجه چنین اقداماتی را از طریق پرداخت مالیات تأمین می‌کنند. زمانی که شهروندان بدون انجام خطای اشتباھی بزه‌دیده می‌شوند، این بدان معناست که دولت نتوانسته خدمات امنیتی مورد تعهد خود را به بزه‌دیدگان (همان شهروندان) ارائه دهد.^۲ دادخواهی به عنوان وظیفه‌ای حاکمیتی بر دوش دولتها بوده و آنها در قبال مالیاتی که از شهروندان خود اخذ می‌کنند، وظیفه تأمین نظم، امنیت و دادخواهی مردم را بر عهده دارند. دولتها بر اساس قرارداد اجتماعی با شهروندان، امور حاکمیتی که از اقتدار آنها ناشی می‌شوند را منحصرأ برای خود می‌دانند. از جمله شاخص ترین این امور، دادرسی‌های کیفری است و منشأ آن جرمی است که در جامعه علیه بزه‌دیده رخ می‌دهد و دولت به عنوان قوای حاکم باید وارد عمل گردد و در این راستا وضع و تحمیل هزینه‌هایی بر بزه‌دیده جهت استعمال دادخواهی وی یا حفظ حقوق قانونی خویش توجیه‌ناپذیر است.

جهت تبیین این وظیفه، به نظر می‌رسد می‌توان به نظریه خدمات عمومی استناد نمود. «نظریه خدمات عمومی»^۳ در اثر لزوم تأمین خدمات عمومی در زندگی اجتماعی به وجود آمده و به مرور زمان تحولات بسیاری را پذیرفته است. از خدمات عمومی

۱. فرجیها، محمد؛ بازیار، ابوالقاسم، «جبران دولتی خسارت‌های بزه‌دیدگان در حقوق کیفری ایران و انگلستان»، مجله حقوق تطبیقی، شماره ۲، ۱۳۹۰، ص. ۱۳۷.

۲. آشوری، محمد؛ خدادی، ابوالقاسم، «حقوق بنیادین بزه‌دیده در فرآیند دادرسی کیفری»، آموزه‌های حقوق کیفری، شماره ۲، ۱۳۹۰، ص. ۳۱.

3. Services publics (fr)

تعاریف مختلفی ارائه شده است. نقطه مشترک تمام این تعاریف، تأمین نیازهای عمومی جامعه است. «خدمات عمومی» فعالیت‌هایی هستند که نهادهای عمومی یا خصوصی، زیر نظر اشخاص عمومی برای برآورده کردن نیازهای همگانی انجام می‌دهند.^۱ «خدمات عمومی» به دلیل اهمیت فراوانی که در زندگی اجتماعی دارد، از اصولی تبعیت می‌کنند که پایه‌های مسلم حقوق اداری به شمار می‌آیند، اصولی که بسیاری از احکام و قواعد حقوق اداری را توجیه می‌کنند و به آنها مشروعیت می‌بخشد. اما، با توجه به اینکه هدف از اجرا و ارائه خدمات عمومی، تأمین نیازهای همگانی است، به علاوه از آنجا که مفهوم خدمات عمومی، مفهومی نسبی است، تعداد اصول حاکم بر این نظریه نیز از اطلاق چندانی برخوردار نیست. این اصول عبارت‌اند از برابری، سازگاری، تداوم، انطباق، تقدیم و رایگان بودن.^۲ شاید به نحو اطلاق نتوان این اصول را در همه موارد از اصول اساسی خدمات عمومی به شمار آورد ولی با توجه به فلسفه وجودی این مقوله، به نظر مهم‌ترین اصل و مؤلفه در این نظریه تأمین نیازهای همگانی شهروندان جامعه است. بنابراین و در این راستا زمانی که بزه‌دیده برای دادخواهی کیفری به مراجع قضایی مراجعه می‌نماید، نمی‌توان بدلواً یا در روند پرونده کیفری، هزینه‌هایی را بر وی تحمیل نمود.

این خدمات می‌توانند گستره قابل توجهی از خدمات عمومی از جمله آموزش، بهداشت، تأمین اجتماعی، دادرسی و دادخواهی را شامل می‌شود. طبق اصول متعدد قانون اساسی از جمله اصول ۲۹، ۳۰، ۳۱ و ۴۰ فلسفه وجودی دولت در حقوق اداری ایران، ارائه خدمات عمومی است. این اصول دلالت بر این موضوع دارند که مبنای حقوق اداری در قانون اساسی، نظریه خدمات عمومی است و این نظریه مهم‌ترین مبنای حقوق اداری است.

برخی از حقوق دانان از اصل «رایگان بودن خدمات عمومی»^۳ به عنوان اصلی حاکم بر خدمات عمومی یاد می‌کنند. از جمله این حقوق دانان می‌توان به موریس هوربیو اشاره کرد. وی بر این اعتقاد بود که خدمات عمومی باید رایگان و به وسیله درآمدهای عمومی و مالیات‌ها تأمین گردد.^۴ دادخواهی و دادرسی یکی از برجسته‌ترین خدمات عمومی است که دولت به واسطه قوای حاکمیتی خویش در دست دارد و به شهر و ندان خود ارائه می‌دهد. هزینه‌های لازم برای ارائه این خدمت عمومی، و به چرخه

۱. رضایی‌زاده، محمدمجید؛ کاظمی، داوود، «بازشناسی نظریه خدمات عمومی و اصول حاکم بر آن در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران»، نشریه علمی پژوهشی فقه و حقوق اسلامی، شماره ۵، ۱۳۹۱، ص. ۲۴.

.۳۳ همان، ص.

3. Le principe de la gratuité des Services publics

.۴۱ همان، ص.

درآمدن چرخهای نظام دادگستری باید از منابع درآمدی دولت و به ویژه درآمدهای عمومی و مالیات‌هایی که توسط خود شهروندان پرداخت می‌شود، تأمین شود.

۲-۱. نظریه ضمان قهری دولت^۱

در مورد مبنای این نظریه می‌توان گفت که مستند آن سیره عقلاً است.^۲ برخی نیز در خصوص مسئول بودن دولت در قبال خسارات و هزینه‌های واردہ بر بzech دیده بر این نظر هستند که وقتی دولت قادر به جلوگیری از وقوع جرایم جدی خشن نیست، حداقل می‌تواند مراقبت از قربانیان این تجاوزات را بر عهده بگیرد.^۳ به اعتقاد این افراد، حمایت از بzech دیده متأثر از ناتوانی و کوتاهی دولت‌ها در جلوگیری از وقوع جرم است. این موضوع علاوه بر آنکه در آثار مكتوب حقوقی مورد تأکید قرار گرفته است، در داستان‌ها و سرگذشت‌های قدیمی نیز آمده است. چنان‌که می‌گویند پیرزنی که اموالش به سرقت رفته بود نزد کریم خان زند آمد و شکایتش را مطرح کرد. خان زند از او پرسید: موقعی که دزد اموالت را ربود کجا بودی و چه می‌کردی؟ پیرزن پاسخ داد: در منزل خوابیده بودم. کریم خان پرسید: چرا خواب بودی و از اموالت محافظت نمی‌کردی؟ پیرزن پاسخ داد: برای اینکه فکر می‌کردم تو بیداری؛ یعنی، با اطمینان از بیداری تو خوابیده بودم. این سخن چنان بر خان زند تأثیر گذاشت که دستور داد به شکایت پیرزن رسیدگی کند و خسارتش را جبران نمایند.^۴

مهم‌ترین و مشهورترین مبنای در خصوص ضمان قهری دولت بابت جبران خسارت واردشده به مردم و مسئول شناختن دولت در قبال خسارات و هزینه‌های دادرسی کیفری عنوان شده «نظریه تقسیر» است. تأمین خسارت بzech دیده توسط دولت‌ها ناشی از قصوری است که آنها در انجام وظیفه خود در ایجاد نظم و امنیت و حفظ آن مرتکب شده‌اند. یکی از وظایف مهم دولتها، استقرار نظم و امنیت است. امنیت، لازمه تمامی فعالیت‌های اجتماعی، اقتصادی شهروندان در جامعه است. بنا براین، هرگاه دولت، به معنای حاکمیت، که عهده دار امنیت و ثبات آرامش است، غفلت و کوتاهی کند و بر اثر آن امنیت مردم سلب شود و افرادی معرض جان و مال مردم شوند و به آنها لطمہ و یا صدماتی وارد کنند، دولت باید از عهده خسارات و همچنین هزینه‌های لازم جهت دادرسی کیفری، برای احقيق حق بzech دیده و حمایت از او برآید. عقلاً در چنین مواردی

1. Strict liability theory

2. بای، حسین علی، «مبانی پرداخت دیه از بیت‌المال»، مجله فقه و حقوق، شماره ۵، ۱۳۸۴، ص. ۷۴.

3. Buck, Katharina, "State Compensation to Crime Victims and the Principle of Social Solidarity", European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice, Vol. 13, Issue 12, 2005, p. 150.

4. حاجی ده آبادی، احمد، منبع پیشین، ص. ۱۰۹.

دولت را مسئول این وضع و عدم کنترل بر جامعه جهت حفظ حقوق شهروندان می‌دانند؛ زیرا، دولت در انجام وظایف اصلی خود مرتکب تقصیر شده است.

همین طور گسن^۱ در مورد چگونگی شکل‌گیری جرم‌شناسی واکنش اجتماعی و ظهور جنبش بزه دیده‌شناسی ثانوی معتقد است که این جنبش بر اثر ناتوانی جوامع غربی در جلوگیری از رشد سعودی و مداوم بزهکاری در ۲۰ تا ۳۰ سال اخیر به وجود آمده است، به گونه‌ای که بر اثر فقدان قدرت عملی در مورد علل جرم، تنها چاره ممکن حمایت از بزه دیده و تخفیف اثرات پدیده مجرمانه عنوان شده است.^۲ البته وظیفه اصلی و اولیه دولت تأمین امنیت جامعه به نحوی است که زمینه‌های وقوع جرم و ایجاد خسارات بر شهروندان جامعه در حداقل ممکن باشد، ولیکن وظیفه ثانوی در قبال جرایم ارتکاب یافته و به تبع آن خسارات ایجادشده، مراقبت و تأمین خسارات واردہ بر بزه دیدگان جرایم است. بنابراین، مسئولیت و وظیفه دولت حمایت از بزه دیده است و عمل کردن بر خلاف این نظریه و تحمیل هزینه‌های دادرسی کیفری بر بزه دیده برخلاف این مبنای اساسی است.

۳-۱. نظم عمومی و دادرسی‌های کیفری

حفظ نظم و امنیت عمومی از ابتدایی‌ترین وظایف دولت‌ها به شمار می‌آید. بعضی از وظایف دولت که مستلزم استفاده از اقتدار عمومی است، اساساً پاسخگوی نیازهایی هستند که نهادهای دولتی برای برآوردن آنها ایجاد شده‌اند. هدایت روابط خارجی، دفاع، حفظ نظم، وصول مالیات و غیره وظایفی هستند که جزء ثابت‌ترین فعالیت‌های دولت محسوب می‌شوند و حتی در لیبرال‌ترین کشورها هرگز پذیرفته نشده که حفظ نظم و امنیت عمومی به بخش خصوصی واگذار شود، زیرا اینها وظایف حاکمیتی است.^۳ بنابراین حفظ نظم و امنیت جامعه و شهروندان از باب اعمال حاکمیتی دولت‌ها محسوب می‌شود و دولت‌ها از باب اعمال حاکمیت و اقتدار خویش، انجام این امور را در دست دارند.

نظم عمومی، مدلول مقرراتی است که در آن ذات، حیثیت و منافع مادی و معنوی جامعه باید مورد حمایت قرار بگیرد. در صورت بر هم زدن نظم عمومی و جдан جامعه جریحه‌دار می‌شود، بنابراین برای حفظ آن، هر گونه اقدام الزام‌کننده یا بازدارنده به‌جا و شایسته خواهد بود.^۴ درباره اهمیت نظم و انتظام اجتماعی نیز انبوهی از نصوص وجود دارد. هر کس با مذاق شرع و ادلہ شرعی آشنا باشد، نیک می‌داند که شارع مقدس

1. Gassan.

۲. عزیزی، علی‌رضا، «پیشینه و مبانی حمایت از بزه دیده و متهم در فرآیند دادرسی کیفری»، نشریه گواه، شماره ۱۴، ۱۳۸۸، ص. ۲۶.

۳. مقتدر، هوشیگ، «دولت و نظم عمومی»، مجله کانون وکلا، شماره‌های ۱۴۳ تا ۱۴۵، ۱۳۵۷، ص. ۳۲.

۴. آشوری، محمد؛ خدادی، ابوالقاسم، منبع پیشین، ص. ۱۸۷.

اسلام به حفظ نظم و تراکت اجتماعی، اهتمام جدی دارد، تا آنجا که هر چیزی که حفظ نظم اجتماعی بر آن متوقف باشد، از باب مقدمه واجب، واجب است.^۱ بدیهی است که نظم و امنیت جامعه پیش زمینه تمامی فعالیت‌های جامعه و شهروندان است، به نحوی که حتی در صورت مخدوش شدن جزئی نظم و امنیت جامعه، این موضوع تأثیری عمیق بر زندگی و فعالیت روزمره شهروندان خواهد داشت.

منوط کردن دادرسی کیفری به پرداخت هزینه‌های آن که به طور مستقیم با نظم و امنیت عمومی جامعه و شهروندان در ارتباط است، ناسازگار با اصول و مبانی پیش‌گفته است. شایسته است که دولت همسو با وظیفه حاکمیتی خویش و از باب مقدمه واجب، بدون تحمیل هزینه‌های رسیدگی جهت حفظ و حمایت از حقوق بزه دیده، دادخواهی بزه دیده را استماع نماید؛ زیرا، وقتی جرمی در جامعه به وقوع می‌پیوندد، نظم و امنیت عمومی جامعه و شهروندان به مخاطره می‌افتد و دولت، به عنوان قوای حاکم بر جامعه و تأمین‌کننده نظم و امنیت عمومی، باید بدون ایجاد مانع در برابر بزه دیده، به سرعت و با تقبل تمامی هزینه‌های دادرسی کیفری، به جرمی که اغلب باعث ایجاد اختلال در نظم و امنیت عمومی جامعه و شهروندان شده است، مطابق با قانون رسیدگی و صدور حکم نماید.

۴-۱. نظریه رفاه و همبستگی اجتماعی^۲

نظریه دیگری که در خصوص عدم تحمیل هزینه‌های دادرسی کیفری بر بزه دیده و تقبل آن از سوی دولت وجود دارد، مسئله همبستگی اجتماعی است. جامعه موجودی زنده است که در عین کثرت از وحدت برخوردار است. آحاد جامعه علی‌رغم اختلاف‌های نژادی، جنسیتی، مذهبی، فرهنگی احساس همبستگی دارند. همین حس همبستگی است که آنان را به واکنش در قبال آلام و مصیبت‌های دیگران و ادار می‌کند. هرگاه بزه دیده نتواند از بزهکار، جبران خسارت خویش را دریافت کند، همبستگی اجتماعی آحاد مردم اقتضا می‌کند که خسارت او جبران شود. اگرچه همبستگی اجتماعی بیشتر دخالت جامعه مدنی در جبران خسارت بزه دیده را تداعی می‌کند، اما در اصل به وظیفه دولت مربوط می‌شود. این دولت است که از محل درآمدهای عمومی و از اموالی که متعلق به همه مردم است، خسارات بزه دیده و هزینه‌های لازم جهت دادرسی کیفری و حمایت از حقوق بزه دیده جبران می‌نماید.^۳

۱. نوبهار، رحیم، اصل قضایی بودن مجازات‌ها، چاپ اول، تهران، مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهردانش، ۱۳۸۹، ص. ۵۵.

2. Welfare and Social Solidarity.

۳. حاجی ده آبادی، احمد، منبع پیشین، ص. ۱۱۲.

امروزه حمایت از بزه دیدگان یکی از دغدغه های مهم و اساسی جوامع است. اعلامیه «اصول اساسی دادگستری برای قربانیان جرم و سوءاستفاده از قدرت» که در سال ۱۹۸۵ به تصویب مجمع عمومی سازمان ملل متحد رسید، نقطه اوج و شکوفایی تلاش های سازمان ملل برای حمایت از بزه دیدگان و اولین بی ریزی ملاک های جهانی برای حمایت از آنها است. این ملاک ها ضمن به رسمیت شناختن بزه دیدگان، بر پایه یافته های بزه دیده شناسی حمایتی است. این ملاک ها حقوق بزه دیدگان را در چهار چوب مفهوم دسترسی به عدالت و رفتار منصفانه یاری می کنند. این اعلامیه، ترمیم حقوق بزه دیده افزون بر ساختار سنتی، جبران خسارت، ضرورت حمایت از حقوق بزه دیده را بر پایه دو اصل همبستگی اجتماعی و انصاف قرار داده است.

دولت به نمایندگی از آحاد جامعه، برای نشان دادن همبستگی همه مردم و شهروندان خود، باید از محل بودجه عمومی خسارات و هزینه هایی که جهت رسیدگی به دادخواهی و حمایت از حقوق پایمال شده بزه دیده لازم می آید را تقبل نماید. در کشورهایی نیز که جبران خسارات بزه دیده توسط دولت پذیرفته شده است، اغلب بودجه جبران خسارت دولت از طریق مالیات عمومی تأمین مالی می شود. این منبع مالی مطابق است با این ایده که هر عضو جامعه همبستگی اش را با قربانیان جراحت از طریق مشارکت مالیاتی در بودجه اعلام می کند.^۱ خاستگاه این اندیشه بزه دیده شناسی حمایتی است که به حقوق مادی و معنوی بزه دیده توجه دارد و بر حمایت از او تأکید می کند. حامیان حقوق بزه دیده معتقدند که افراد جامعه و دولت ها باید تلاش کنند تا بزه دیده در تمامی مراحل فرایند کیفری از خدمات رسانی و کمک آنها جهت احقيق حق خود و جبران خسارت بهره مند شوند.

همچنین، مطابق با نظریه رفاه اجتماعی، دولت موظف است تا حداقل های زندگی را برای افراد ناتوان و دیگر اعضای آسیب دیده از جرم فراهم سازد. وقتی افراد بزه دیده شوند، رنج بی دلیل و دیگر محرومیت ها را تحمل می کنند. در نتیجه دولت باید در چنین شرایطی مداخله و این شهروندان رنج کشیده را یاری کند.^۲ دولت ناظم یا نگهبان که بر اساس اندیشه های لیبرالیستی تأمین کننده دفاع ملی، نظام و عدالت بود و به نوعی حداقل دخالت را در زندگی اجتماعی اقتصادی داشت، جای خود را به دولت رفاه (خدمت گزار) داد که مسئول تأمین نیازمندی های شهروندان بود. در قانون اساسی نیز وظایفی بر عهده دولت قرار داده شده که جزء خدمات عمومی است و دولت موظف شده است که این گونه خدمات و امکانات را برای افراد جامعه تأمین

1. Buck, Katharina, Op. cit., p. 171.

2. آشوری، محمد؛ خدادی، ابوالقاسم، منبع پیشین، ص. ۳۱.



نماید. همین امر نشان می‌دهد که فلسفه وجودی دولت و دستگاه دولتی ارائه خدمات عمومی است.^۱

یکی از منابع مالی که دولت می‌تواند جهت تأمین مالی خسارات و هزینه‌های دادرسی در نظر بگیرد مالیات است که می‌تواند به عنوان یک منبع مالی ثابت و قطعی در این مسیر مورد تأکید قرار گیرد. بنابراین، زمانی که دولتها اموال عمومی و درآمدها، مالیات‌هایی را که از مردم اخذ می‌کنند، در دست دارد، جبران و تأمین خسارات و هزینه‌های بزهديگان نیز به نمایندگی از تمامی شهروندان جامعه، وظیفه دولت تلقی می‌شود.

۲. هزینه‌های دادرسی کیفری در نظام حقوقی ایران

از نشانه‌های جوامع پیشرفت و مردم‌سالار، وضع قوانینی برای دسترسی افراد به عدالت و تظلم‌خواهی است. در واقع، باید شرایطی فراهم گردد تا تمامی انسان‌ها از حقوق خود بپرهمند شوند. گاه موانعی در احقيق این حق وجود دارد. این موانع اغلب در اثر هزینه‌های بسیار اعم از هزینه دادرسی یا دسترسی به وکیل یا پژشك خبره به وجود می‌آید. در همین چارچوب، دسترسی قربانی به وکیل باید تسهیل گردد و هزینه‌های دادرسی و اداری کاهش یابد یا برداشته شود.^۲ تسهیل دسترسی به نظام عدالت کیفری و رفع موانع این دسترسی برای عموم شهروندان، دو مؤلفه اساسی در مسیر تحقق معیارهای دادرسی منصفانه است.

با توجه به اینکه در نظام حقوقی ایران دعاوی کیفری در دو مرحله دادرسرا و دادگاه مورد رسیدگی قرار می‌گیرد، در این پژوهش نیز هزینه‌ی دادرسی که از جانب بزهديده باید پرداخت گردد، به تفکیک و به نحو مختصر در این دو مرحله بر اساس ق.آ.د.ک مصوب سال ۱۳۹۲ تشریح می‌شود.

۱-۱. هزینه دادرسی در مرحله دادرسرا

در حال حاضر و مطابق رویه موجود، پس از تنظیم شکواییه توسط شاکی و پرداخت هزینه دادرسی مقرره جهت امور کیفری، شکواییه از طریق معاونت ارجاع دادستانی به مرجع انتظامی ارسال می‌شود. مطابق مقررات آیین دادرسی کیفری، بعد از مراجعه بزهديده به مراجع قضایی یا انتظامی برای ارائه شکواییه و همین طور مراحل بعدی آن، هزینه‌هایی تحت عنوان «هزینه دادرسی» و سایر هزینه‌ها بر بزهديده تحمیل می‌شود. بنابراین، در همان اولین مرحله‌ای که شاکی، شکواییه خود را به مرجع قضایی

۱. امامی، محمد؛ استوار ستگری، کوشش، حقوق اداری، چاپ سیزدهم، تهران، انتشارات میزان، ۱۳۸۹، ص. ۳۵.
۲. آشوری، محمد؛ خدادی، ابوالقاسم، منبع پیشین، ص. ۱۰.

تسلیم می کند، مطابق بیان صریح ماده ۵۵۹ ق.آ.ک «شاکی باید هزینه شکایت کیفری را برابر قانون در هنگام طرح شکایت تأدیه کند».

علاوه بر این، پس از اینکه شکواییه بدوى، ثبت و پس از اینکه تحقیقات مقدماتی در خصوص جرم انجام شده از سوی مقامات دادسرا و ضابطان دادگستری صورت پذیرفت و قرار کیفری مناسب صادر شد، ممکن است شاکی به این قرار اعتراض نماید و مطابق مقررات، برای اینکه اعتراض شاکی قابلیت استماع در دادگاه کیفری مربوطه را داشته باشد و پرونده جهت رسیدگی به اعتراض شاکی به دادگاه مربوطه ارسال گردد، بدؤاً باید هزینه دادرسی اعتراض به این قرار به صورت تمبر به لایحه اعتراضیه ملصق گردد تا اعتراض شاکی قابلیت استماع داشته باشد. بنابراین با این توصیف، جهت رسیدگی به اعتراض شاکی در خصوص قرارهای صادره توسط مقامات دادسرا، وی باید متهم هزینه‌ای گردد که قانون جهت استماع اعتراض و دادخواهی وی بر او تحمیل می‌نماید. بر اساس قانون آیین دادرسی کیفری، شاکی ملزم به پرداخت هزینه‌هایی از قبیل هزینه انتشار آگهی، ایاب و ذهاب گواهان و حق‌الزحمه کارشناسان شده است. البته، مطابق ماده ۵۶۰ و همچنین تبصره آن، در مواردی شاکی از پرداخت این هزینه‌ها معاف است. اما در خصوص اعتراض به قرارهای پیش‌گفته و هزینه دادرسی آنها، شاکی ملزم به پرداخت آن است و او باید این هزینه را بدؤاً پرداخت نماید تا اعتراض وی به قرارهای صادره قابلیت استماع داشته باشد. سئوالی که در اینجا به ذهن می‌رسد این است که اگر بزه دیده قادر به پرداخت هزینه دادرسی مقرر مطابق ماده ۵۵۹ ق.آ.ک نبود، در این صورت چه وضعیتی پیش خواهد آمد؟

در این خصوص ادامه ماده ۵۵۹ ق.آ.ک بیان می‌دارد که «... چنانچه شاکی توانایی پرداخت هزینه شکایت را نداشته باشد، به تشخیص دادستان یا دادگاهی که به موضوع رسیدگی می‌کند، از پرداخت هزینه شکایت معاف می‌شود و ...». مطابق ماده مذکور، معیار معافیت شاکی از پرداخت هزینه دادرسی شکواییه خود، «تشخیص دادستان یا دادگاهی که به موضوع رسیدگی می‌کند» است. البته، بدیهی است که صرفاً دستور مقام قضایی مربوطه مبنی بر عدم اخذ هزینه شکایت کیفری از شاکی کفایت می‌نماید. این مقرره قانونی، نوآوری بسیار مفیدی در جهت حمایت از حقوق بزه دیده‌ای است که توانایی مالی جهت طرح شکایت خود ندارد، که در قانون آیین دادرسی کیفری بدون سابقه بوده است. این نوآوری می‌تواند بسترهای مناسب برای حمایت هر چه بیشتر از بزه دیده، به ویژه حمایت مالی از وی باشد تا جایی که جهت طرح شکایت کیفری، هیچ هزینه‌ای تحت عنوان «هزینه دادرسی» بر بزه دیده تحمیل نگردد.

حمایت قانون گذار از بزه دیده، بهویژه از جنبه مالی و عدم تحمیل هزینه‌های تحقیقات و تکمیل پرونده کیفری بر بزه دیده، امری ضروری و مطابق با رهیافت‌های بزه دیده‌شناسی حمایتی و معیارهای بین‌المللی دادرسی منصفانه است. بنابراین علی‌رغم فرهنگ و نگرش حاکم بر مقامات دادسرای لازم است که مقتن در زمینه حمایت مالی و عدم تحمیل هزینه‌های اقدامات تحقیقات مقدماتی بر بزه دیده وارد عمل شود و به صورت صریح و شفاف عدم تحمیل هزینه‌های مذکور را بر بزه دیده مقرر نماید. در کشور آلمان مطابق ماده ۴۷۲ قانون آیین دادرسی کیفری هزینه‌های ضروری دادرسی بر عهده فاعل جرم است و این در مواردی است که محکومیت وی یا خاتمه دادرسی بر مبنای ماده ۱۵۳^a قانون آیین دادرسی کیفری صادر شده باشد. در غیر این صورت ممکن است هزینه‌های مالی غیر قابل محاسبه‌ای بر بزه دیده تحمیل شود.^۱ در ایران در خصوص معافیت از هزینه‌های دادرسی می‌توان به تحقیقات پلیسی اشاره کرد که قانون گذار گام مناسبی برداشته است و در ماده ۶۲ ق.آ.د.ک به صورت صریح عنوان می‌دارد که «تحمیل هزینه‌های ناشی از انجام وظایف ضابطان نسبت به کشف جرم، حفظ آثار و علائم و جمع‌آوری ادله وقوع جرم، شناسایی و یافتن و جلوگیری از فرار و مخفی شدن متهم، دستگیری وی، حمایت از بزه دیده و خانواده او در برابر تهدیدات، ابلاغ اوراق و اجرای تصمیمات قضائی تحت هر عنوان بر بزه دیده ممنوع است».

۲-۲. هزینه‌های رسیدگی در اقدامات دادگاه

در ابتدای مراجعه بزه دیده به نظام عدالت کیفری برای طرح شکایت، وی باید شکواییه تنظیم کند و مطابق مقررات ملخصه به تمبر هزینه دادرسی نماید و همراه با شکایت کیفری، ضرر و زیان ناشی از جرم را نیز مطالبه کند، که در این صورت باید هزینه دادرسی مربوطه را مطابق با مقررات، که به مراتب رقم آن بسیار بیشتر از هزینه دادرسی شکایت کیفری است، پرداخت نماید. ذیل این مبحث طی دو گفتار به تفصیل به بحث هزینه دادرسی شکایت کیفری و هزینه دادرسی مطالبه ضرر و زیان از ناحیه شاکی پرداخته می‌شود.

۲-۲-۱. شاکی و هزینه دادرسی شکایت کیفری

مطابق مقررات دادرسی کیفری، شاکی در ابتدای ارائه شکواییه به مرجع قضایی، باید مبلغی را به عنوان هزینه دادرسی به صندوق دولت واریز نماید که به صورت تمبر به شکواییه وی ملخصه می‌شود. همین طور بعد از سپری شدن مرحله تحقیقات مقدماتی و

۱. میرکمالی، سیدعلیرضا، «جایگاه بزه دیده در قانون آیین دادرسی کیفری آلمان»، مجله آموزه‌های حقوق کیفری، شماره ۲، پاییز و زمستان ۱۳۹۰، ص. ۱۶۶.

رسیدگی دادگاه و صدور حکم بدوى، در اغلب موارد، شاکى در صدد تجدیدنظر خواهی از حکم صادره برمى آيد، در این مرحله نيز برای فراهم شدن مقدمات رسیدگی دادگاه تجدیدنظر، شاکى باید هزينه دادرسى مربوطه را مطابق مقررات پردازد.

تجديدنظرخواهی روشي است که در پرتو آن امكان بازبینی آرای قضائي فراهم آمده و اعمال ضابطه مند آن، اجرای عدالت و احراز واقع را بيش از پيش ممکن مى سازد. لذا با لحاظ خطابذيرى انسان، تجدیدنظر امرى كاملاً ضرورى است.^۱ تجربه نشان داده است که دادن فرصت تجدیدنظر و امكان بررسى ادعای عدم صحت حکم در مرجع دیگر، بيشر تأمین عدالت و رسیدن به حقیقت را تضمین كرده، هر چند که اجرای حق و عدالت را کمی به تأخیر انداخته است.^۲ در تجدیدنظر خواهی محکوم عليه، شاکى و یا دادستان می تواند به رأى غيرقطعي بدوى و یا قطعى و نهايى صادره از يك مرجع قضائي اعتراض کند و دادگاه صالح ملزم مى شود که تجدیدنظر خواهی را مورد رسیدگی قرار داده و در مورد آن رأى صادر کند.

در صورتی که بزهديه از حکم صادره بدوى که نفع او صادر نشده باشد تجدیدنظر خواهی کند، خسارت وارد به وي دوچندان مى شود، زيرا شاکى در ابتداي امر باید هزينه اى را متحمل گردد و تا زمانی که اين هزينه دادرسى پرداخت نگردد، پرونده به مرجع تجدیدنظر ارسال نمى شود و در صورت ارسال، تقاضاي تجدیدنظر شاکى اصولاً و مطابق مقررات قابلیت استماع خواهد داشت.

۲-۲. مدعى خصوصى و هزينه دادرسى مطالبه ضرر و زيان

ارتکاب جرم علاوه بر اخلال در نظم جامعه و ايراد صدمات روحى و جسمى بر بزهديه، موجب ضرر و زيان مالي او نيز است. لطمه به حقوق شخص بزهديه به او اين اجازه را مى دهد که نه تنها با تسلیم شکایت كيفري به مرجع تعقيب، تقاضاي تعقيب كيفري و مجازات مرتکب را مطرح کند، بلکه با طرح دعواي خصوصى در مرجع قضائي، جبران خسارت واردشده به خود را نيز مطالبه نماید. بدین ترتيب اگر ارتکاب جرم موجود دو حق، يكى حق جامعه برای مجازات مرتکب و دیگرى حق زيان دیده برای مطالبه زيان خود گردد، امكان طرح دو دعوا، يكى دعواي عمومى و دیگرى دعواي خصوصى، فراهم مى شود و هر دو دعوا در دادگاه جزاىي قابل طرح خواهد بود.^۳ در

۱. منصورآبادی، عباس، «حق تجدیدنظر در فرآيند دادرسى عادلانه»، مجله حقوق خصوصى، شماره ۸، ۱۳۸۴، ص. ۶۲.

۲. مهرپور، حسين، «تحولات قانون گذاري در امر تجدیدنظر»، مجله حقوقى دادگستری، شماره ۱۱، ۱۳۷۳، ص. ۶۰.

۳. خالقى، علي، آيین دادرسى كيفري، چاپ پانزدهم، تهران، مؤسسه مطالعات و پژوهش های حقوقى شهر دانش، ۱۳۹۰، ص. ۲۵۲.

دعاوی کیفری جهت رعایت هرچه بیشتر حقوق بزه دیده، این امکان فراهم گردیده است تا مرجع کیفری به هر دو دعواه حقوقی و کیفری به نحو توأمان رسیدگی نماید. به طور کلی بزه دیده برای مطالبه ضررو زیان ناشی از جرم خود می تواند به طور مستقل از طریق حقوقی یا همراه با شکایت کیفری اقدام نماید. بر این اساس، بزه دیده می تواند در ضمن دعواه کیفری خسارات و ضرر و زیان ناشی از جرم را نیز مطالبه نماید. قانون گذار نیز در مواد ۱۴ و ۱۵ ق.آ.د.ک، این حق را برای بزه دیده به رسالت شناخته است. با این شیوه، بزه دیده برای رسیدن به حقش، راه کوتاه تری را طی می نماید و از صدور آرای متناقض هم جلوگیری می شود.^۱ اختیاری که به شخص زیان دیده در گزینش مرجع رسیدگی داده شده، از یک سو مبتنی بر ملاحظات عملی است، مانند آسان ساختن دریافت خسارت و بهره گرفتن شخص زیان دیده از سیستم دلایل در حقوق کیفری و پرهیز از صدور احکام ناسازگار از دو مرجع مختلف و از سوی دیگر باعث غلبه بر سنتی و بی حرکتی دادسرا از طریق طرح دعواه مدنی است.^۲

مطابق مقررات دادرسی کیفری، در برخی از جرایم به لحاظ اهمیتی که با توجه به میزان خسارات و ضرر و زیان هایی که بر مجنی علیه تحمیل گردیده و به منظور حمایت از حقوق بزه دیده، قانون گذار وی را از تقدیم دادخواست معاف، و دادگاهها را مکلف کرده است که در این قبیل جرایم به محض مطالبه خسارات وارد رسیدگی نموده و حکم صادر نمایند. از جمله این جرایم کلاهبرداری است، که در ماده ۱ ق.ت.م.م.ا.ا.ک، به رد اصل مال مورد کلاهبرداری به صاحبش اشاره شده و نیز در ماده ۶۶۷ قانون تعزیرات اسلامی، مقتن به رد اصل مال یا مثل یا قیمت مال به بزه دیده در صورت صدور حکم محکومیت کیفری اشاره کرده است.^۳ با مراجعه به قانون مجازات اسلامی این نکته مشخص می شود که صرفاً در برخی از جرایم، قاضی مکلف است در ضمن حکم محکومیت، جبران ضرر و زیان بزه دیده را نیز مورد حکم قرار دهد. تعداد جرایمی که قاضی مکلف است که ضمن حکم به مجازات متهم، جبران ضرر و زیان ناشی از جرم را نیز مورد حکم قرار دهد، بسیار محدودند.

بنابراین، در این جرایم، بدون اینکه شاکی تقاضای خود را جهت مطالبه ضرر و زیان ناشی از جرم به صورت تقدیم دادخواست به مرجع کیفری مطرح نماید، قاضی مکلف است که در ضمن حکم به محکومیت متهم، این خسارات را نیز مورد حکم قرار

۱. شیری، عباس، «رفتار کرامت‌دار با بزه دیدگان دادخواهی»، فصلنامه مطالعات پیشگیری از جرم، شماره ۴، ۱۳۸۶، ص. ۴۴.

۲. کاشانی، سید محمود، استانداردهای جهانی دادگستری، چاپ اول، تهران، انتشارات میزان، ۱۳۸۳، ص. ۵۵.

۳. کرمی، محمدباقر، «سیاست جنایی ایران در قبال بزه دیده»، فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضائی، شماره ۴، ۱۳۷۵، ص. ۹۵.

دهد. اما خسارات دیگری که بزه دیده در مسیر جرم انجام شده متحمل گردیده، مستلزم تقدیم دادخواست است. در سایر جایی‌می که مقتنن به صراحت، قاضی را مکلف به حکم دادن به ضرر و زیان بزه دیده در ضمن حکم کیفری ننموده، بزه دیده طبق قانون آیین دادرسی کیفری^۱ می‌تواند دادخواست مطالبه ضرر و زیان ناشی از جرم را، مطابق تشریفات آیین دادرسی مدنی، تقدیم دادگاه کیفری رسیدگی کننده نماید.

با این اوصاف، در سایر جایی‌می که تعداد آنها نیز بسیار است، بزه دیده برای جبران ضرر و زیانی که به واسطه وقوع جرم بر وی تحمیل شده است، باید «مطابق تشریفات آیین دادرسی مدنی» اقدام نماید. یعنی باید دادخواستی به طرفیت متهم تقدیم کند و علاوه بر این باید میزان خواسته خویش را تقویم کرده و مطابق مقررات تمبر هزینه دادرسی باطل کند.^۲ علاوه بر این، دادگاه برای مشخص شدن میزان مبلغ دقیق ضرر و زیان مورد مطالبه بزه دیده، قرار ارجاع امر به کارشناسی را تعیین می‌کند که پرداخت دستمزد و هزینه کارشناسی نیز با بزه دیده است.^۳ جا داشت که مقتنن در تمامی جایی‌می بدون تقدیم دادخواست و متحمل شدن هزینه‌ای از جانب بزه دیده، قاضی را مکلف می‌کرد که در ضمن حکم محکومیت متهم، جبران ضرر و زیان ناشی از جرم را نیز بر عهده مجرم بگذارد.

۱. ماده ۱۵ ق.آ.د.ک مصوب ۱۳۹۲ بیان می‌دارد: «... و تا قبل از اعلام ختم دادرسی، دادخواست ضرر و زیان خود را تسليم دادگاه نماید. مطالبه ضرر و زیان و رسیدگی به آن، مستلزم رعایت تشریفات آیین دادرسی مدنی است.»

۲. گلدوست جویباری، رجب، آیین دادرسی کیفری، چاپ دوم، تهران، انتشارات جنگل، ۱۳۹۳، ص. ۱۹۷.

۳. با توجه به ماده ۲۵۹ ق.آ.د.ک مقرر می‌دارد: «ایداع دستمزد کارشناس به عهده متقاضی است ... هرگاه قرار کارشناسی به نظر دادگاه باشد و دادگاه نیز نتواند بدون انجام کارشناسی انشاء رأی نماید، پرداخت دستمزد کارشناسی در مرحله بدوى به عهده خواهان و»

نتیجه‌گیری

حق دسترسی به عدالت کیفری از مهم‌ترین حقوق بزه‌دیده به شمار می‌آید. در جامعه باید شرایطی فراهم آید که بزه‌دیده بتواند به راحتی و بدون محدودیت و یا مانعی به مراجع قضایی و انتظامی مراجعه کند. با وضع و تحمیل هزینه‌های دادرسی کیفری بر بزه‌دیده مانع مهمی بر سر راه احقيق حق بزه‌دیده ایجاد می‌شود که باید از سوی دولت برطرف گردد. در خصوص عدم تحمیل هزینه‌های لازم برای دادرسی کیفری بر بزه‌دیده و تقبل آن از سوی دولت نظریه‌های مختلفی مطرح است. پاره‌ای از این مبانی و نظریه‌ها، با توجه به نظریه‌هایی که دولت را حاکم بر جامعه و به عبارت دیگر حاکمیت را در دست دولت می‌دانند، همان گونه که بزهکار مسئول جبران خسارات و پرداخت هزینه‌های بزه‌دیده است، دولت به طریق اولی مسئول پرداخت این هزینه‌ها است و با توجه به نظریه‌هایی که ذیل این مبانی تبیین می‌شود، دولت (در معنای عام آن: حاکمیت) نباید با وضع قوانین، هزینه‌های لازم برای دادرسی و رسیدگی کیفری را که از اعمال حاکمیتی دولت محسوب می‌شود و دولت جهت برقراری نظم عمومی و اعمال حاکمیت خود بدان امور می‌پردازد، بر بزه‌دیده تحمیل نماید.

نظریه دیگری نیز از باب برقراری نظم عمومی و وظیفه دولت در این باب، به تبیین وظیفه دولت در این مقوله می‌پردازد. در این راستا، از دیرباز و از زمان تشکیل دولت‌های نخستین، رسیدگی قضایی و استماع دادخواهی مردم، به عنوان وظیفه‌ای حاکمیتی بر دوش دولت‌ها بوده و دولت‌ها در قبال مالیات و عوارضی که از شهروندان خود اخذ می‌نمودند، وظیفه تأمین نظم و امنیت قضایی و استماع دادخواهی مردم را بدون تحمیل مجدد هزینه‌ای بر عهده داشتند.

از زمان تشکیل دولت‌های نخستین، از مهم‌ترین وظایف حکومت‌ها برقراری نظم و امنیت در جامعه و برای شهروندان بوده، زیرا امنیت لازمه تمامی فعالیت‌های اجتماعی، اقتصادی و غیره در جامعه است. هرگاه دولت که در دست دارنده حاکمیت و اقتدار جامعه است، با بی‌توجهی موجب گردد تا امنیت منطقه‌ای از بین بود و افرادی متعرض جان و مال مردم گردد، دولت باید از عهده خسارات و همچنین هزینه‌های لازم جهت دادرسی کیفری و حفظ و حمایت از حقوق بزه‌دیده برآید، زیرا علاوه در چنین مواردی دولت را مسئول این وضع و عدم کنترل بر جامعه جهت حفظ حقوق شهروندان می‌دانند.

علاوه بر این، از مهم‌ترین پیامدهای سوء تحمیل هزینه‌های دادرسی بر بزه‌دیده، افزایش روی آوردن به دادگستری خصوصی در جامعه است که این امر نیز به نوبه خود موجب افزایش نرخ جرایم در جامعه و در نتیجه مخدوش شدن نظم و امنیت جامعه و

افزایش هزینه‌های نظام عدالت کیفری می‌شود. بنابراین، لازم است که قوانین و مقررات داخلی همسو با معیارهای بین‌المللی دادرسی منصفانه، از وضع و تحمیل هزینه‌های دادرسی کیفری بر بزه‌دیده جلوگیری به عمل آورد. این امر محقق نمی‌شود مگر اینکه به مبانی و تئوری‌های توجیه‌کننده وظیفه دولت در این خصوص، که نیازمند مداخله جدی و به دور از نگاه منفعت‌گرایانه و اقتصادی در این حوزه است، توجه شود. در پایان، با توجه ویژه به مبانی و نظریه‌های توجیه‌کننده عدم تحمیل هزینه‌های دادرسی بر بزه‌دیده و تقابل این هزینه‌ها با وظیفه حاکمیتی دولت و در راستای حفظ نظم و امنیت عمومی جامعه و شهروندان و همین طور با نظر به معیارهای اساسی دادرسی منصفانه، از جمله «حق دسترسی به نظام دادگستری» و عدم ایجاد محدودیت در این حوزه، پیشنهادات زیر ارائه می‌شود:

- در راستای آموزه‌های بزه‌دیده‌شناسی حمایتی، طرح‌هایی برای حمایت هر چه بیشتر از حقوق بزه‌دیدگان، به ویژه حمایت مادی، معنوی و حمایت حقوقی توسط سیستم قضایی کشور صورت پذیرد. حمایت حقوقی بدین معنا و مفهوم است که در تمامی مراحل دادرسی کیفری، جهت حفظ و حمایت از حقوق بزه‌دیدگان، ایشان از حمایت و خدمات علمی و همراهی و کلای دادگستری به شکل رایگان بهره‌مند گردند.
- مطابق مقررات دادرسی کیفری در جرایم مشخصی، تعیین وکیل تسخیری برای متهم از سوی مقام قضایی الزامی است. با نگاهی ویژه به اصل هم ترازی حقوق بزه‌دیده و متهم، در خصوص بزه‌دیدگان نیز باید جهت حفظ و حمایت از حقوق ایشان در برخی جرایم خاص و مهم، تعیین وکیل تسخیری، از سوی مقام قضایی اجباری شود. در سایر جرایم نیز می‌توان چنین مقرر نمود که در صورتی که بزه‌دیده از توانایی لازم برخوردار نباشد و مقام قضایی تشخیص دهد، می‌توان وکیل تسخیری برای ایشان در نظر گرفت.
- در خصوص وضع و تحمیل این هزینه‌ها بر شاکی، پیشنهاد می‌شود که پیش‌بینی و وصول این هزینه‌ها با دستگاه قضایی باشد؛ زیرا هم بخشی از هزینه‌های دستگاه قضایی تأمین می‌شود و هم پیش‌بینی آنها منصفانه و عادلانه خواهد بود. به نظر می‌رسد که دولت این هزینه‌ها را با توجه به ردیف‌های بودجه و تورم کشور پیش‌بینی می‌کند و در واقع به عنوان یک منبع درآمد به آنها نگاه می‌کند که دیدی منفعت‌گرایانه و برخلاف اصول عدالت اسلامی است.
- پرداخت تمامی هزینه‌های دادرسی کیفری از سوی دولت موجب تحمیل بار مالی هنگفتی بر بودجه عمومی کشور می‌شود. در این خصوص، می‌توان

راه حل میانه‌ای اتخاذ کرد که از سویی، موجب فشار مالی بر بودجه عمومی کشور نگردد و از سوی دیگر هم مطابق با موازین و معیارهای دادرسی منصفانه باشد. در این راستا و با شروع فرایند کیفری و در ادامه آن، هزینه‌های دادرسی توسط دولت پرداخت شود و این موضوع هر ساله در ردیف بودجه عمومی کشور پیش‌بینی گردد و بعد از محکومیت متهم در پرونده کیفری، مطابق ماده ۵۶۴ ق.آ.د.ک مصوب سال ۹۲، دولت در مراجعته به مجرم جهت اخذ این هزینه‌ها جانشین بزه دیده شود و ضمن صدور حکم محکومیت متهم، وی محکوم به پرداخت هزینه‌های دادرسی در حق صندوق دولت نیز گردد. با استفاده از این روش، بار مالی ناشی از این دعوا بر مجرم تحمیل می‌شود و حمایت بیشتر از حقوق بزه دیدگان در این حوزه، دسترسی به نظام عدالت کیفری بدون محدودیت، محقق می‌شود.

منابع

- آشوری، محمد؛ خدادی، ابوالقاسم، «حقوق بنیادین بزه دیده در فرآیند دادرسی کیفری»، آموزه‌های حقوق کیفری، شماره ۲، ۱۳۹۰.
- ابراهیمی، پیمان، «بزه دیده به منزله شاکی و حقوق او در مقررات دادرسی کیفری ایران»، مجله حقوقی دادگستری، شماره‌های ۵۲ و ۵۳، ۱۳۸۴.
- اردبیلی، محمدعلی، حقوق جزای عمومی، جلد یک، چاپ سی و ششم، تهران، انتشارات میزان، ۱۳۹۳.
- امامی، محمد؛ استوار سنگری، کورش، حقوق اداری، چاپ سیزدهم، تهران، انتشارات میزان، ۱۳۸۹.
- بابایی، محمدعلی؛ انصاری، اسماعیل، «تحلیل هزینه‌های جرم»، نامه مفید، شماره ۹۴، زمستان ۱۳۹۱.
- بای، حسین علی، «مبانی پرداخت دیه از بیتالمال»، مجله فقه و حقوق، شماره ۵، ۱۳۸۴.
- حاجی ده آبادی، احمد، «از جبران خسارت بزه دیده تا جبران خسارت توسط دولت»، مجله فقه و حقوق، شماره ۹، ۱۳۸۵.
- خالقی، علی، آیین دادرسی کیفری، چاپ پانزدهم، تهران، مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، ۱۳۹۰.
- رایجیان اصلی، مهرداد، بزه دیده‌شناسی حمایتی، چاپ دوم، انتشارات دادگستر، ۱۳۹۰.
- رضایی‌زاده، محمدجواد؛ کاظمی، داوود، «بازشناسی نظریه خدمات عمومی و اصول حاکم بر آن در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران»، نشریه علمی-پژوهشی فقه و حقوق اسلامی، شماره ۵، ۱۳۹۱.
- سوادکوهی‌فر، سام، «حمایت از قربانی جرم در فرآیند دارسی کیفری»، مجله دادرسی، شماره ۳۸، ۱۳۸۲.
- شیری، عباس، «رفتار کرامت‌دار با بزه دیدگان دادخواهی»، فصلنامه مطالعات پیشگیری از جرم، شماره ۴، ۱۳۸۶.
- عزیزی، علی رضا، «پیشینه و مبانی حمایت از بزه دیده و متهم در فرآیند دادرسی کیفری»، نشریه گواه، شماره ۱۴، ۱۳۸۸.
- فرجیها، محمد؛ بازیار، ابوالقاسم، «جبران دولتی خسارت‌های بزه دیدگان در حقوق کیفری ایران و انگلستان»، مجله حقوق تطبیقی، شماره ۲، ۱۳۹۰.



-
- کاشانی، سید محمود، استانداردهای جهانی دادگستری، چاپ اول، تهران، انتشارات میزان، ۱۳۸۳.
 - کرمی، محمدباقر، «سیاست جنایی ایران در قبال بزهديده»، فصلنامه ديدگاههای حقوق قضایي، شماره ۴، ۱۳۷۵.
 - گلدوست جوبياري، رجب، آيین دادرسي كيفري، چاپ دوم، تهران، انتشارات جنگل، ۱۳۹۳.
 - مقدر، هوشنگ، «دولت و نظم عمومي»، مجله کانون وکلا، شماره هاي ۱۴۳ تا ۱۴۵، ۱۳۵۷.
 - منصورآبادي، عباس، «حق تجدیدنظر در فرآيند دادرسي عادله»، مجله حقوق خصوصي، شماره ۸، ۱۳۸۴.
 - مهرپور، حسين، «تحولات قانون گذاري در امر تجدیدنظر»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۱۱، ۱۳۷۳.
 - ميركمالي، سيدعليضا، «جايگاه بزهديده در قانون آيین دادرسي كيفري آلمان»، مجله آموزه هاي حقوق كيفري، شماره ۲، پاييز و زمستان ۱۳۹۰.
 - نوبهار، رحيم، اصل قضائي بودن مجازاتها، چاپ اول، تهران، مؤسسه مطالعات و پژوهش هاي حقوقی شهردانش، ۱۳۸۹.
 - يوسفي مراغه، مهدى، «خدمات رسانی به بزهديگان در مرحله تحقیقات مقدماتی»، فصلنامه مطالعات پيشگيري از جرم، شماره ۱۳، ۱۳۸۸.

- Ashworth, Andrew, "Punishment and Compensation: Victims, Offenders and the State", Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 6, Issue 1, Spring 1986.
- Buck, Katharina, "State Compensation to Crime Victims and the Principle of Social Solidarity", European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice, Vol. 13, Issue 12, 2005.
- Lopez, Gerard, Les Droits des Victimes, 2eme Ed, Coll. Etat de Droit, Dalloz, 2007.

تعارض اصل ضرر و اصل آزادی اراده در جرم انگاری سقط جنین

* اسماعیل هادی تیار

مریم مهری متانکلایی **

چکیدہ

سقط جنین در اکثر نظامهای حقوقی دنیا جرم‌انگاری شده است. مبانی جرم‌انگاری، بر حسب رویکردهای مذهبی، اخلاقی و فلسفی، متفاوت است و جرم‌انگاری و جرم زدایی از آن نیز موافقان و مخالفان گستردگای دارد. این موضوع، از سویی با حیات جنین مرتبط می‌باشد و از این دیدگاه، مباحثت مربوط به حفظ حیات و احترام به آن مهم‌ترین مبنای جرم‌انگاری است و از سوی دیگر، حمایت از حقوق مادر و احترام به آزادی اراده او، کسانی را به جرم زدایی از آن سوق داده است. مبنای گروه نخست، غالباً بر اصل خودداری از ورود زیان به دیگری استوار می‌باشد که از آن به «اصل ضرر»، تعبیر و توصیف می‌گردد. گروه دوم، مبنای مورد نظر خویش را «اصل آزادی اراده» بیان نموده و از این منظر به توجیه مدعای خویش می‌پردازند. بنابراین، دو اصل ضرر و آزادی اراده در برابر یکدیگر قرار گرفته و تعارض ایجاد می‌گردد. پرداختن به مفهوم شخصیت حقوقی جنین و زمان ایجاد آن، محوری‌ترین موضوع و کانون اختلاف این تعارض است؛ چه آنکه در فرض عدم پذیرش شخصیت حقوقی جنین، این تعارض بروز و ظهور نمی‌یابد. واکاوی اصول پیش‌گفته در جرم‌انگاری سقط جنین، در این نوشتار مورد اهتمام قرار گرفته است.

کلیدوازه‌ها: اصل ضرر، اصل آزادی اراده، جرم‌انگاری، سقط جنین، شخصیت حقوقی.

مقدمه

سقط جنین همچون مفاهیمی مثل عدالت، دموکراسی، حاکمیت قانون، ذاتاً مناقشه برانگیز است.^۱ چالش‌های این مفهوم، نه تنها اندیشمندان حقوقی، بلکه پژوهشگران سایر دانش‌ها از جمله پزشکی و اخلاق را به خود مشغول داشته است. در غالب ادیان و مذاهب نیز به این مفهوم پرداخته شده و بر اساس جهان‌بینی هریک، حکم قضیه صادر شده است. سقط جنین از حیث مفهوم، چالش برانگیز است؛ زیرا مؤلفه‌ها و مشخصه‌های آن بر حسب دانشی که به مطالعه آن می‌پردازد و نیز رویکردها و رهیافت‌های شخصی و نوعی، متفاوت و متغیر است.

در دانش حقوق و خاصه فلسفه حقوق کیفری، مباحث پردازنده‌ای در این باب مطرح شده و اندیشمندان این عرصه با الهام از مبانی فلسفی مورد نظر خویش، آراء متفاوتی در این باره عرضه داشته‌اند. بی‌شک، باورهای مذهبی و اخلاقی، در نگرش فلسفی آنها تأثیرگذار بوده است.

با توجه به اینکه واکاوی جرم‌انگاری سقط جنین از منظر مطالعات فسلوفی، بیشتر حول محور تعارض دو اصل ضرر و اصل آزادی اراده متمرکز است، در مقاله پیش‌رو، ضمن بررسی اصول یادشده و شناخت این مفاهیم، به کاربست آنها در جرم‌انگاری سقط جنین پرداخته می‌شود.

جرائم‌انگاری، فرایندی است که به موجب آن قانون‌گذار یا هر نهاد مقتصد دولتی، با در نظر گرفتن هنجارهای اساسی اجتماع و تکیه بر مبانی نظری قابل قبول، با توصل به کیفر برخی از رفتارهای مخل نظم اجتماعی را شناسایی و ممنوع می‌کند و آزادی آدمیان را تحديد می‌نماید.^۲ با توجه به وضعیت اقتصادی و اجتماعی یک جامعه و با نظر به گرایش‌های فکری و اخلاقی افراد و گروه‌ها، سقط جنین یکی از مصادیق بارز ضرورت ایجاد توازن میان واقعیت و ارزش است. همان‌طور که نمی‌توان و نباید بدون توجه به باورهای بنیادین و ارزشی یک جامعه در خصوص یک مسأله حکم راند؛ به همان اندازه هم نمی‌توان و نباید بدون توجه به اقتضایات واقعی زندگی فردی و جمعی در خصوص آن تصمیم گرفت. نکته مهم در خصوص سقط جنین این است که سقط جنین، مسأله «انسان» به منزله «شخص» است و جواز یا منع این عمل باید حول محور شخص بچرخد.^۳

1. Collier, David; Hidalgo, Fernando Daniel; Maciuiceanu, Andra Olivia, "Essentially Contested Concepts: Debates And Applications", Journal of Political Ideologies, vol. 11, no. 3 , 2006, p. 211.

2. نجفی ابرندآبادی، علی‌حسین؛ هاشم بیگی، حمید، دانشنامه جرم‌شناسی، چاپ دوم، تهران، انتشارات گنج دانش، ۱۳۹۰، ص. ۹۰.

3. راسخ، محمد، «جدال حیات؛ بررسی اجمالی تئوری‌های سقط جنین»، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۳۸، ۱۳۸۲، ص. ۱۷۰.

بنابراین، در این مقاله کوشش خواهد شد که ضمن ارائه تعریفی از جنین و سقط جنین و ایضاح این مفاهیم، اصل ضرر و اصل آزادی اراده در جرم‌انگاری سقط جنین بررسی شود. مفهوم شخصیت حقوقی جنین و نقش اساسی و کانونی آن در تعارض دو اصل پیش‌گفته از دیگر مباحث و موضوعاتی است که در این مقاله به آنها پرداخته می‌شود. در تحلیل اصل ضرر، دیدگاه موافقان و مخالفان اصل ضرر و رویکرد این اصل در جرم‌انگاری سقط جنین مورد توجه قرار می‌گیرد. همچنین، اصل آزادی اراده، که محور اصلی مقاله، تبیین و توجیه نسبت میان این اصل و اصل ضرر می‌باشد، از منظر موافقان و منتقدان آن به بحث گذاردۀ شده و قلمرو آن در چارچوب موضوع این مقاله، روشن می‌گردد. واکاوی کانون نزاع این دو اصل و نتیجه آن از دیگر موضوعاتی است، که مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۱. مفهوم سقط جنین و انواع آن

در این بخش مفهوم سقط جنین و انواع آن در حدودی که با مباحث این مقاله مرتبط است، مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۱-۱. مفهوم سقط جنین

دو واژه «سقط» و «جنین» ریشه عربی دارند. «سقط» واژه‌ای است که از مصدر کلمه «سقوط» گرفته شده است و در زبان فارسی از آن چند تعریف ارائه می‌کنند. گاه به معنای برف گرفته شده و گاه به معنای شبتمی است که شبیه به برف می‌باشد و در نهایت به بچه نارسی اطلاق می‌شود که نتوانسته است دوران رشد خود را در رحم مادر طی کند.

برای جنین نیز دو معنی ذکر شده است:

(الف) به هر چیز پوشیده و مستوری جنین گویند.

(ب) موجودی که پس از لقاح تخمک، توسط اسپرم و تقسیمات اولیه‌ای که بر روی تخم انجام می‌شود حاصل شده است، ولی هنوز دوران رشد خود را در داخل پوسته تخمک یا رحم مادر می‌گذارند. در نتیجه، سقط جنین در زبان فارسی به معنای افتادن جنین می‌باشد.^۱

در تعریف دیگری آمده است: «واژه جنین، از نظر لغوی به معنای هر چیز پوشیده و مستور است و به بچه تا زمانی که در شکم مادر است، جنین گفته می‌شود. بنابراین، محصول حاملگی را که مبدأ آن استقرار نطفه در رحم و انتهای آن لحظه قبل از ولادت است، به دلیل اینکه به وسیله زهدان مادر پوشیده شده است جنین نامیده‌اند.»^۲

۱. معین، محمد، فرهنگ فارسی، جلد ۱، چاپ اول، مؤسسه انتشارات امیرکبیر، ۱۳۷۱، ص. ۱۱۵۲.

۲. ابن منظور، لسان العرب، جلد ۱۳، الطبعه الاولى، دار صادر، بيروت، ۱۴۱۰ق، ص. ۹۳.

در زبان انگلیسی نیز تعاریف مختلفی برای سقط جنین ارائه شده است. به عنوان مثال، در دایره المعارف بکر، گفته شده است که اگر جنینی در حال گذراندن دوره رشد در رحم مادر باشد و اقداماتی مبنی بر پایان دادن به حیات وی صورت پذیرد، در این حالت سقط جنین انجام شده است.^۱

مجمع بهداشت جهانی سقط جنین، آن را این گونه تعریف کرده است: «قطع خودبخودی یا عمدی حاملگی از اولین روز قاعدگی تا هفته بیست». ۲

حقوق دانان، تعاریف متعددی از سقط جنین ارائه داده‌اند که پر خی از آنها عبارتند از:

۱- اخراج مصنوعی حمل قبل از موعد طبیعی آن، به نحوی که زنده و قابل زیستن نباشد.^۳

۲- اخراج عمدى قبل از موعد جنین یا حمل به نحوى که زنده یا قابل زیستن
نباشد و یا منقطع ساختن دوران طبیعی بارداری.^۴

۳- اخراج جنین قبل از موعده که قابل زیستن نباشد.^۵
به عقیده حقوق‌دانان لفظ «حمل» نسبت به «جنین» دارای معنای اخص می‌باشد،
چرا که اصولاً «حمل» مرحله‌ای از رشد جنین است که تکامل بیشتری در آن مشاهده
می‌شود و اغلب دارای آثار حیات است؛ واژه fetus معادل آن در زبان انگلیسی می‌باشد.
از طرفی «حمل» از نظر لغوی، به بچه‌ای گفته می‌شود که در رحم زن وجود پیدا می‌کند
و از نظر پزشکی نیز اصطلاح «حمل»، به دوران بعد از هفت ماهگی تا قبل از تولد طفل
گفته می‌شود. بنابراین اگر در این مرحله از دوران کامل حیات، موجود قابل زیستی که در
رحم وجود دارد از بین بروده، این عمل «سقط حمل» نامیده می‌شود.^۶

به این ترتیب، سقط جنین با سقط حمل متفاوت است. سقط جنین به اخراج قبل از موعد جنین غیر قابل زیستن گفته می‌شود؛ در حالی که سقط حمل به اخراج قبل از موعد جنین زنده و قابل زیستن گفته می‌شود. با بررسی تعاریف مذکور این سوال مطرح می‌شود که آیا منظور از سقط حمل یا جنین این است که صرفاً حاصل باروری قبل از موعد طبیعی از رحم مادر خارج شود یا اینکه شرط تحقق این جرم زنده نماندن حمل پس از اخراج وی از رحم است که در این خصوص باید به هدف قانون‌گذار

1. Davis, Nancy, Abortion, Encyclopedia of Ethics, ed: Laurence C. Becker and B. Becker, New York, Routledge, 2001, p. 21.
 ۲. گودرزی، فرامرز؛ کیانی، مهرزاد، پژوهشی قانونی برای دانشجویان رشته حقوق، چاپ یازدهم، انتشارات سمت، ۱۳۹۲، ص. ۱۳۲۴.
 ۳. پاد، ابراهیم، حقوق کیفری اختصاصی، جلد ۱، چاپ اول، انتشارات رهام، ۱۳۸۱، ص. ۶۳.
 ۴. گلدوzیان، ایرج، حقوق جزای اختصاصی، جلد ۱، چاپ پنجم، انتشارات مجد، ۱۳۸۳، ص. ۱۸۳.
 ۵. شامبیاتی، هوشنگ، حقوق کیفری اختصاصی، جلد ۱، انتشارات ویستار، ۱۳۷۴، ص. ۳۵۵.
 ۶. صالح ولیدی، محمد، حقوق جزای اختصاصی، جلد ۲، انتشارات امیرکبیر، ۱۳۶۹، ص. ۱۲۱.

توجه شود که حمایت از حیات طفل است یا تکامل طبیعی دوران بارداری. در این باب با توجه به ماده ۷۱۸ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ که «از بین بردن» جنین را ملاک قرار داده است، باید اذعان داشت که شرط تحقق بزه سقط جنین، این است که پس از اخراج از رحم مادر زنده نماند.

۱- اندیشه‌ها در مورد سقط جنین

از نظر پژوهشگران و حقوقی، سقط جنین، به انواعی قابل تقسیم است:

- ۱- سقط جنین خودبخودی: این نوع از سقط جنین، بدون اینکه شخصی در سقط آن دخالت داشته باشد، به واسطه بروز مشکلاتی در مادر یا جنین رخ می‌دهد.
- ۲- سقط جنین ضربه‌ای: اگر منازعات یا درگیری‌ها و تصادفات منجر به سقط جنین زن شود، به آن سقط جنین ضربه‌ای گفته می‌شود.
- ۳- سقط جنین طبیعی: به دلیل زمینه یک بیماری در خود جنین و یا جفت یا رحم یا بیماری‌های عفونی مادر، ادامه بارداری امکان نخواهد داشت و به رغم میل مادر و پدر بدون اینکه فردی در سقط دخالت داشته باشد، جنین سقط می‌شود که در این مورد هیچکس مسئولیتی نخواهد داشت.
- ۴- سقط جنین طبی (درمانی): در جایی که ادامه حاملگی برای جسم یا روان مادر خطرناک باشد و قطع آن به عنوان ضرورت مطرح گردد، سقط توسط پزشک و با هدف درمان زن انجام می‌شود.
- ۵- سقط جنین جنایی: اگر یکی از سه حالت زیر رخ دهد شاهد سقط جنین جنایی خواهیم بود:
 - هرگاه زنی با دستکاری رحم خود و یا خوردن دارو مبادرت به افتادن جنینی کند که موعد طبیعی به دنیا آمدنش فرا نرسیده است، بنابراین مادر مجرم قلمداد می‌شود.
 - دستکاری رحم یا تجویز داروی ساقط‌کننده جنین توسط افراد دیگر.
 - هرگاه پزشک یا ماما و یا افرادی که تخصص کافی در این مورد ندارند، بدون اینکه مجوز قانونی داشته باشند به استفاده از وسایل مخصوصی برای ایجاد خونریزی و سقط جنین روی آورند، در این صورت این گونه افراد مجرم محسوب می‌شوند.

از حیث آماری می‌توان گفت که نیمه اول دهه ۱۳۷۰ اوج سقط‌های غیر قانونی در ایران بود و عاملان سقط جنین نیز برخی داشجوانیان پزشکی، مامایی و پرستاری بودند که با حداقل دستمزد حاضر به عمل سقط جنین می‌شدند. اما از دهه ۱۳۸۰ به

بعد آمپول‌هایی به بازار آمد که بسیار ارزان بود و عوارض چندانی نداشت و حتی خود شخص نیز می‌توانست با تزریق آمپول جنین خود را سقط کند.^۱

در کشورهای آفریقایی به دلیل توسعه نیافتگی، دسترسی به آمارهای رسمی درباره سقط جنین دشوار است. زامبیا از میان کشورهای غیر مسلمان آفریقایی اولین کشوری است که سقط جنین در آن قانونی است و تونس اولین کشور مسلمان‌نشینی است که در آن طبق قوانین مصوب ۱۹۶۵، سقط جنین به درخواست مادر و علّل پزشکی، قانونی اعلام شده است.^۲

با نگاهی به آمار سقط جنین در سراسر جهان می‌توان حجم بالایی از سقط جنین‌های غیر بهداشتی و متعاقب آن مرگ‌ومیر مادران و بیماری‌های ناشی از آن را متصور شد؛ هر چند هیچ‌گونه گزارش دقیقی از سقط‌های غیر بهداشتی و میزان مرگ‌ومیر ناشی از آن موجود نیست و آنچه باعث افزایش نگرانی در این خصوص می‌شود، سقط‌های مخفیانه و غیر بهداشتی است که بسیار خطرناک بوده و عامل اصلی مرگ‌ومیر در زنان می‌گردد.

۲. تحلیل اصل ضرر

هر نظام کیفری برای تعیین عناوین مجرمانه، یا به عبارت دقیق‌تر برای محدود کردن قلمرو آزادی‌های فردی و محدوده آزادی رفتار شهروندان، باید به توجیه این عناوین بپردازد. از میان مبانی جرم‌انگاری، مبنایی که کمترین میزان مداخله دولت را تجویز می‌کند، اصل ضرر است. اصل ضرر، به مفهوم نهی ضرر به دیگران، در همه نظام‌های حقوقی و در نزد اندیشمندان و فیلسوفان حقوقی، با مبانی استدلالی کم و بیش مشابه، پذیرفته شده است.

هدف اصل ضرر، صیانت از حریم خصوصی در برابر مداخلات دولتی است. درست است که اصل ضرر بیش از آنکه ناظر به قلمرو باشد، به رفتار نظر دارد؛ اما خارج کردن رفتارهای غیر زیان‌بار به دیگران از قلمرو اقتدار دولتی، به طور طبیعی به شکل‌گیری حریم خصوصی می‌انجامد. با این حال، چون اصل ضرر به جای تأکید بر قلمرو، بر نوعی از کنش‌ها و رفتارها تأکید می‌کند، نتیجه کاربست این اصل، آن است که هرگاه رفتاری، مستلزم زیان به دیگری باشد، حتی اگر در محیط خصوصی رخ دهد، قابل جرم‌انگاری است.^۳

۱. زمانی، رسول، سقط جنین در نگاه حقوق اسلامی، چاپ اول، انتشارات سوره، ۱۳۸۵، ص. ۱۲.
۲. طلعتی، محمد‌هادی، رشد جمعیت، تنظیم خانواده و سقط جنین، چاپ اول، مؤسسه بوستان کتاب قم، ۱۳۸۳، ص. ۲۶۷.
۳. نوبهار، رحیم، حمایت حقوق کیفری از حوزه‌های عمومی و خصوصی، تهران، انتشارات جنگل، ۱۳۸۷، ص. ۳۰۴.

جان استوارت میل، مفهوم اصل ضرر را این گونه بیان کرده است که «تنها نمونه‌ای که می‌توان از اعمال قدرت علیه خواست هر عضو جامعه مدنی استفاده کرد، جلوگیری از وارد شدن صدمه به دیگران می‌باشد و سود عضو یادشده چه مادی و چه اخلاقی، مجوز کافی نیست».^۱

از منظر میل «دولت یا جامعه تنها زمانی می‌تواند در رفتار افراد دخالت کند که اصل صیانت ذات به خطر افتاده باشد و اصل صیانت ذات، زمانی به خطر می‌افتد که عمل فردی، موجبات ضرر به دیگری را فراهم آورد. خیر فردی، توجیه کافی برای مداخله نیست و به لحاظ قانونی نمی‌توان فرد را مجبور به انجام یا خودداری از انجام کاری کرد، صرفاً به این دلیل که برای او بهتر است یا او را شادتر می‌کند یا به این دلیل که در نظر دیگران انجام چنین عملی عاقلانه یا حتی درست است. اینها دلایل خوبی برای نکوهش وی یا مجاجه با او یا ترغیب وی هستند، اما دلایل خوبی بر اجبار یا مجازات وی در صورت سرباز زدن از خواست ما نخواهند بود».^۲

مراد عمدۀ میل از مطرح کردن اصل ضرر، تعیین دقیق مرزهای حقوق کیفری نبود، بلکه او می‌خواست حد مداخله مشروع افکار عمومی و قدرت دولتی را به نحو عام ترسیم کند و از اعمال استبداد جامعه و دولت نسبت به فرد جلوگیری نماید.^۳ برداشت فاینبرگ^۴ از میل محدودتر است. وی با اذعان به این امر که میل، مفهوم ضرر را تحلیل نکرده است، ارائه ملاک برای شدت ضرر و تحلیل مفهوم آن را برای پرهیز از دخالت نابجای دولت ضروری می‌داند و از منظر او، عمل ضرر شامل اعمالی است که ضرر خاص را نسبت به فرد یا گروهی خاص ایجاد کند، خطر غیر متعارف ایجاد ضرر را در پی داشته باشد و یا ضرر عمومی در پی داشته باشد.^۵

فاینبرگ در توصیف اصل ضرر می‌گوید: «اصل ضرر معمولاً دلیل مناسبی برای حمایت از قانون‌گذار کیفری است که به طور مؤثری موجب دفع یا کاهش ضرر به افرادی، به جز خود فاعل فعل می‌شود و احتمالاً هیچ راه دیگری که تأثیر داشته باشد، در شرایطی که هزینه‌های بیشتری نداشته باشد، وجود ندارد».^۶

۱. تبت، مارک، فلسفه حقوق، ترجمه حسن رضایی خاوری، انتشارات دانشگاه علوم اسلامی رضوی، ۱۳۸۶، ص. ۱۷۹.

۲. استوارت میل، جان، درباره آزادی، ترجمه محمود صناعی، چاپ اول، تهران، انتشارات روشنگران و مطالعات زنان، ۱۳۸۸، ص. ۴۳.

۳. محمودی جانکی، فیروز، مبانی اصول و شیوه‌های جرمانگاری، رساله دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ۱۳۸۳، ص. ۱۹۱.

4. Joel Feinberg

5. Feinberg, Joel, "The Moral Limits of Criminal Law: Harm to Others", vol.1. Oxford, Oxford University Press, 1986, p. 7.

6. Ibid, p. 19.

-
- بنابراین ویژگی‌های مهم این تعریف عبارتند از:
- ۱- اصل ضرر، تنها دلیل جرم‌انگاری نیست، بلکه مهم‌ترین آنهاست.
 - ۲- اصل ضرر، ضررهای وارد به فاعل را در بر نمی‌گیرد، بلکه تنها رفتارهای ضرری وارد بر دیگران را شامل می‌شود. با این تعریف، اصل دیگری که جزء اصول محدود کننده آزادی از آنها یاد می‌شود، یعنی پدرسالاری قانونی، از دامنه تعریف بیرون می‌رود.
 - ۳- اعمال ضرر و توجیه مداخله کیفری، منوط به نبود تدبیر جانشینی است که در مقایسه با اقدام کیفری، در همان شرایط حداقل تأثیری برابر داشته و البته مشروط به اینکه هزینه‌های آن بیش از اقدام کیفری نباشد.^۱
- از میان معیارهای جرم‌انگاری تنها منبع توجیه کننده جرم‌انگاری که از مداخله کیفری در روابط شخصی و حریم خصوصی جلوگیری می‌کند، اصل ضرر است؛ از آن جهت که امور مربوط به خود و امور مربوط به دیگران را از یکدیگر جدا کرده و تنها اعمال ضرر به حال دیگران را منع می‌کند.

۱-۲. نظرات موافقان و مخالفان

به هر حال پذیرش اصل ضرر، موجب حداقل مداخله حقوق کیفری و عدم جرم‌انگاری بسیاری از رفتارها می‌شود که تنها موجب ضرر به فاعل می‌شود یا در حريم خصوصی خود فرد اتفاق می‌افتد و یا اینکه به طور غیر مستقیم موجب ضرر به دیگران می‌شود. به همین دلیل، لیبرالیسم با ممنوعیت رفتارها به دلایل دیگر، مانند اخلاق یا حمایت از منافع خود فرد، به شکل پدرسالاری، به شدت مخالفت می‌کند و معتقد است تنها دلیلی که می‌تواند اقدام کیفری را مجاز بشمارد، ایراد ضرر به دیگران است.^۲ اما اگر مفهوم ضرر را به منافع دیگری تسری دهیم یا از آسیب‌های مادی و محسوس، به ضررهای معنوی و تدریجی که قابل اندازه‌گیری نیستند، گسترش دهیم، راه را برای مداخله گسترده حقوق کیفری باز گذاشته‌ایم. به همین دلیل است که شنشک می‌گوید: «من بیشتر نگران تعریف درست از اصل ضرر هستم تا پاییندی به اصل ضرر که تنها توجیه کننده الزام است».^۳

لیبرالیست‌ها معتقد هستند که این اصل، مبنایی معقول برای تحديد آزادی فردی و امکان مداخله قدرت عمومی به شمار می‌رود و نه لزوماً اقدام کیفری. بنابراین هنوز

۱. محمودی جانکی، فیروز، منبع پیشین، ص. ۱۹۶.

۲. سمعی عارف، زهراء، اصل حداقل بودن حقوق جزا، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشگاه علامه طباطبائی، ۱۳۹۰، ص. ۱۲۰.

۳. نوبهار، رحیم، منبع پیشین، ص. ۳۰۷.

ضرری، مجوز اقدام کیفری نیست، زیرا هر اصل، یک دلیل به نفع جرم‌انگاری است، ولی نه مدعی است که در بردارنده همه شرایط ضروری برای توجیه جرم‌انگاری است و نه مدعی درستی یا نادرستی سایر اصولی است که پیشنهاد می‌شوند.^۱

بر پایه این اصل، تنها توجیه استفاده از قانون کیفری علیه شهروندان، به شرط مناسب و کارآمد بودن آن نسبت به سایر ضمانت اجراء، جلوگیری شهروندان از ضرر به دیگران است. بدین ترتیب از اصل ضرر دو نکته قابل برداشت است: نکته اول اینکه اگر رفتار فرد متضمن ضرری به دیگران نباشد، توجیهی برای مداخله قانونی وجود ندارد و نکته دوم اینکه اگر عمل فرد متضمن ضرر به خود باشد، باز هم توجیهی برای جرم‌انگاری وجود ندارد.^۲

در مقابل، طرفداران اصل ضرر معتقدند که در صورتی که معنای خاصی از مفهوم ضرر را در نظر نداشته باشیم، دایره شمول آن بسیار گسترده می‌شود و به تبع حقوق کیفری موسع و متورمی را در پی خواهد داشت. قدر مسلم آن است که فاینبرگ، به معنای خاصی از مفهوم ضرر معتقد است و آن را معادل هرگونه اضطراب، تشویش و دل‌نگرانی تلقی نمی‌کند. از منظر او معنای خاص مفهوم ضرر به دیگری، همانا عبارت از خنثی کردن، عقب اندختن و یا سلب منفعت در اثر یک عمل خطای دیگری است.^۳

با توجه به نظر میل، دولت تنها زمانی می‌تواند خلاف اراده فرد در زندگی او دخالت کند که با این دخالت، ضرری را که متوجه «دیگران» است، از میان برداشته یا آن را کاهش دهد. بر این مبنای فرد لیبرال اجازه دارد که تا زمانی که رفتارش زیان‌بار نیست، هر آنچه می‌خواهد انجام دهد و رفتارهایی که مربوط به حریم خصوصی هستند نباید جرم شناخته شوند.^۴

به هر تقدیر، اگر معتقد باشیم که در بسیاری از موارد عمل فرد نه تنها به خود فرد ضرر می‌زند بلکه به گونه‌ای به دیگران نیز ضرر وارد می‌سازد، آن گاه راه برای جرم‌انگاری بسیاری از رفتارها که توجیهات پدرسالارانه آن را تأیید می‌کند، باز شده و در نهایت مداخلات کیفری دولت در زندگی شهروندان افزایش خواهد یافت.

۲-۲. اصل ضرر در جرم‌انگاری سقط جنین

نکته مهمی که شایان توجه است، تعریف ضرر است. برخی از نظریه‌پردازان، آن را به از بین بردن، نقصان یا کمارزش شدن منافع تعییر می‌کنند. فاینبرگ آن را «ایجاد

۱. محمودی جانکی، فیروز، «مبانی فلسفی منع حقوقی و کیفری ایراد ضرر به خود»، فصلنامه حقوق، سال ۳۷، شماره ۱، ۱۳۸۶، ص. ۱۲۱-۱۲۲.

۲. تبت، مارک، منبع پیشین، ص. ۱۷۹.

۳. فرج‌بخش، مجتبی، جرم‌انگاری فایده‌گرایانه، تهران، انتشارات میزان، ۱۳۹۲، ص. ۳۳۳.

۴. هولتاگ، نیاز، اصل ضرر: بررسی مشروعیت جرم‌انگاری و اعمال مجازات بر مبنای اضرار به غیر، ترجمه محمد اسماعیلی، ۱۳۹۲، ص. ۱۷. قبل دسترسی در پایگاه اینترنتی: <http://lawanddev.blogfa.com>، ۱۳۹۲، ص. ۱۷.

مانع، پس زدن یا از بین بردن منافع» می‌داند.^۱ به تعبیر جوزف رز، قرار دادن فرد در وضعی بدتر است یا به گونه‌ای که بر خیر و رفاه آتی او اثر گذارد.^۲ سیمستر و فون‌هیرش، آن را نقصان در چیزهایی می‌دانند که زندگی انسان را به خوبی پیش می‌برند و یا اینکه اختلال یا نقصان در منابع و مفهوم ابزارها و ظرفیت‌های بلندمدت است.^۳

در همین راستا و در اعمال اصل ضرر در جرم‌انگاری سقط جنین، مسئله مهم و اصلی این است که آیا جنین انسان است یا خیر. در صورت انسان بودن جنین، از چه موقع یک شخص کامل اخلاقی دارای حقوقی همانند دیگر اشخاص بالغ جامعه اخلاقی از جمله حق حیات می‌شود، که از آن به مسأله «تشخص» یاد می‌شود. دیگر اینکه بر فرض انسانیت و تشخوص اخلاقی جنین، در تعارض میان حقوق مادر و حقوق جنین کدام یک مقدم است، حق حیات جنین یا حق کنترل مادر بر بدن خود؟

درباره تعارض میان حقوق مادر و جنین و انتخاب میان آن دو، عوامل و شرایط متعددی دخیل هستند؛ از جمله فرهنگ جامعه، مذهب فرد، میزان حمایت‌های پزشکی و اجتماعی در جامعه و وسعت همراهی خانواده و بستگان. اما برای رسیدن به یک قانون کلی و عام در جهت اخذ تصمیم درست اخلاقی در این جهت باید به خواسته‌های مادر، خواسته‌های اخلاقی جنین، مرحله رشد جنین و وجود تناقض‌های ارزیابی اخلاقی سقط جنین در جامعه توجه شود.^۴

قدیمی‌ترین نظریه در مخالفت با سقط جنین، «تئوری تقدس حیات» است. برخی از متفکرین، نظر خود را بر روی حیات جنین متمرکز ساخته و از این رو به دلیل «تقدس حیات» انسانی، بر این باورند که نمی‌توان جنین را از زندگی محروم ساخت. از دید طرفداران این تئوری حیات انسانی به محض انعقاد نطفه آغاز می‌شود که یک انسان منحصر به فرد پا به عرصه وجود می‌گذارد و نمی‌توان نطفه را از حیات خود محروم ساخت.^۵

بیان این باور، در واقع ناشی از نوعی برهان تسلسل منطقی است. به این معنی که اگر کودکی در هنگام به دنیا آمدنش یک انسان است، آن گاه باید یک دقیقه قبل از به دنیا آمدنش هم یک انسان باشد و همین‌طور یک دقیقه قبل از آن و الی آخر. با ادامه دادن این استدلال تا نقطه لقاح، آنها نمی‌توانند مقطع اسرارآمیز زمانی را که در آن، رویدادی معنادار

1. Feinberg, Joel, op. cit, p. 33.

2. Raz, Joseph, The Morality of Freedom, Oxford, Oxford University Press, 1986, p. 414.

3. Simester A.P; Von Hirsch, Andreas, Crime, Harm and Wrong, Oxford, Hart Publishing, 2011, p. 36.

4. لاریجانی، باقر، پژوهش و ملاحظات اخلاقی: مروری بر مبانی اخلاق پزشکی، جلد ۱، تهران، انتشارات برای فردا، ۱۳۸۳، ص. ۳۶.

5. راسخ، محمد، منبع پیشین، ص. ۱۷۰.

آغاز انسان شدن را مشخص می کند، تعیین کنند. از آنجا که به نظر می رسد خود لقا، تنها گسستگی صریحی باشد که آنها می توانند معین کنند، پس در همان لحظه است که تبدیل غیر انسان به انسان صورت می گیرد و حیات وارد بدن شخص می شود.^۱

با توجه به این دیدگاه، شخص به موجودی اطلاق می‌شود که توانایی «ذاتی و طبیعی» برای ارائه کارکردهای یک انسان را دارد و جنین از این توانایی برخوردار است. این نظریه پردازان در پاسخ به این ایراد که جنین تقریباً هیچ یک از توانایی‌های یک انسان معمولی به ویژه توانایی‌های شناختی را ندارد، این گونه اظهار داشته‌اند که شخص در حالت کما نیز دقیقاً در موقعیتی مشابه قرار دارد و مثلاً توان سخن گفتن یا شرکت در یک گفتگوی عقلانی را ندارد، اما از آنجا که فرد در این حالت توان بالقوه ذاتی و طبیعی برای انجام اعمال عقلانی را دارد، انسان محسوب می‌گردد و از این رو جنین نیز باید یک انسان به شمار آمده و کشتن آن ممنوع باشد. بنابراین آنچه به لحاظ اخلاقی اهمیت دارد، شخص (انسان) بودن است نه کارکردهایی که یک موجود دارد.^۲

تئوری تقدس حیات بر این ادعای است که حیات، محترم است و مجاز نیستیم آن را از بین ببریم. به عبارت بهتر، لازم نیست زندگی یک انسان کیفیت خاصی داشته باشد تا برای آن اهمیت قائل شویم. در نتیجه، ارزش حیات برتر از تمامی ارزش هاست و هیچ ارزشی نمی تواند آن را کنار بزند. همچنین حیات همه انسان ها ارزشمند است و حیات هیچ انسانی بر حیات انسانی دیگر از جمله حیات مادر بر زندگی جنین برتری ندارد و این امر توجیه کننده جرم انگاری سقط جنین بر مبنای اصل ضرر می باشد.

۳. تحلیل اصل آزادی اراده

بر طبق این اصل، آزادی فردی، آزادی سیاسی و آزادی افکار و عقاید، حقوقی است که هر فرد به درستی آن را ادعا می‌کند، مشروط به اینکه آزادی او به آزادی دیگران لطمه نزند و خودش نیز از قوانینی که هدفش تأمین همین آزادی برای سایر افراد اجتماع است، اطاعت کند. از اصل ضرر دو اصل اساسی برای تنظیم روابط جامعه با فرد و روابط فرد با جامعه مشتق می‌شود:

۱- هیچ فرد انسانی را نمی‌توان به علت اعمالی که انجام می‌دهد، هنگامی که آن اعمال به مصالح کسی جز خودش لطمه نمی‌زند، مورد بازخواست اجتماعی قرار داد.

۱. پیشان، رابرт، سایه‌های واقعیت: فلسفه جدید فازی جگونه جهان‌بینی ما را تغییر می‌دهد، ترجمه علی ستوده چوبی، تهران، انتشارات روشنگران و مطالعات زبان، ۱۳۸۵، ۲۲۹ ص.

۲- انرک، حسین، «دلایل فلسفی مواقفان و مخالفان سقط جنین در فلسفه اخلاق»، مجله اخلاق و تاریخ پژوهش، سال دوم، شماره اول، ۱۳۸۷، ص. ۵۴.

۲- هر فرد انسانی به علت ارتکاب اعمالی که به مصالح دیگران لطمہ می‌زند، بازخواستشدنی است و اگر جامعه احساس کند که می‌تواند رفتار وی را به کار بردن تنبیهات اجتماعی یا قانونی اصلاح کند، در آن صورت مجاز است هر کدام از این دو وسیله را که ضروری تشخیص داد، در مورد وی به کار برد.^۱ از این رو می‌توان اذعان داشت که اصل آزادی اراده با مفهوم حریم خصوصی پیوند خورده است. حریم خصوصی یکی از حقوق اساسی بشر است که او را در مقابل تعراضات دیگران به زندگی خصوصی اش و نیز مداخلات ناروای دولت مورد حمایت قرار می‌دهد. داشتن حوزه‌ای خصوصی، ارتباط تنگ‌النگ و عمیقی با حفظ حیثیت و شخصیت و خودنمختاری و استقلال فردی و دیگر ارزش‌های بشری دارد. از این رو امروزه حریم خصوصی در مباحث حقوقی و سیاسی از جایگاه ویژه‌ای برخوردار است.^۲ امروزه دو رویکرد مختلف در مورد هویت حریم خصوصی وجود دارد: ۱- برخی با نظری شکاکانه و انتقادی، حق حریم خصوصی را مورد مطالعه قرار می‌دهند. مهم‌ترین ادعای این افراد آن است که حق مستقلی، به نام حریم خصوصی وجود ندارد، زیرا می‌توان هر امری را که به عنوان امر خصوصی، مورد حمایت حریم خصوصی قرار می‌گیرد، در قالب دیگر نفع‌ها یا حق‌ها به‌ویژه حق مالکیت و امنیت و تمامیت جسمانی، مورد حمایت قرار داد.^۳ ۲- برخی از نظریه‌پردازان نیز بر این باورند که حریم خصوصی، مفهومی مستقل از سایر حقوق فردی است.^۴ برخی از آنها برآئند که جلوه‌های گوناگون حق بر خلوت، از دیرباز در فرهنگ‌ها و تمدن‌های گوناگون شناسایی و پذیرفته شده است و حتی به همین دلیل معتقد‌ند که لازم نیست از حق خلوت به عنوان حقی نوین یاد کنیم.^۵

حریم خصوصی، قلمرویی از زندگی هر فرد است که آن فرد انتظار دارد دیگران بدون رضایت وی، به اطلاعات راجع به آن قلمرو دسترسی نداشته باشند یا به آن قلمرو وارد نشوند یا به هر صورت دیگری وی را در آن قلمرو مورد تعرض قرار ندهند. صرف نظر از جستجوی تعاریف جامع و مانع برای حریم خصوصی، می‌توان گفت حوزه خصوصی زمانی شکل می‌گیرد که جامعه و دولت به ترک مداخله در قلمرو زندگی شهروندان پایبند باشند. معنای هنجارین بودن قلمرو خصوصی این است که این عرصه باید از مداخله مصون باشد.^۶

۱. استوارت میل، جان، منبع پیشین، ص. ۲۰.

۲. رضایی زادفر، بهنار، حریم خصوصی و نظریه پدرسالاری حقوقی، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشگاه گیلان، ۱۳۹۲، ص. ۹۲.

۳. انصاری، باقر، حقوق حریم خصوصی، چاپ اول، انتشارات سمت، ۱۳۸۶، صص. ۱۱-۱۲.

4. De Cew, Judith, In Pursuit of Privacy: Law, Ethics and The Rise of Technology, London, Comell University Press, 1997, p. 31.

۵. انصاری، باقر، منبع پیشین، ص. ۳۸.

این مسأله نیز شایان توجه است که اندیشه دولت حداقلی^۱ که بر مبنای آن، دولت، بلایی ناگزیر بوده، اما نباید از حداقل فراتر رود و وظیفه محافظت از حقوق فردی اعضاً جامعه به عهده اوست، خود ثمره فربه شدن آزادی منفی بود و توسط نشولیبرال‌ها به حدی تقویت شد که برخی از آنها تا به آنجا پیش رفتند که گاه قائل به محو کلیه اشکال ضمانت اجراهای کیفری و جایگزین شدن جبران خسارت با کیفر شدند.^۲

با این توصیف می‌توان گفت که از دیدگاه لیبرال‌ها، قانون‌گذار در خصوص افعالی که صرفاً غیر اخلاقی و نابهنجار است، نمی‌تواند دست به جرم‌انگاری بزند؛ چرا که این افعال به کسی ضرر نمی‌رساند و افراد می‌توانند تا زمانی که رفتار زیان‌باری در پیش نگرفته‌اند، هر آنچه می‌خواهند انجام دهند.

۳-۱. نظرات موافقان و مخالفان

غايات عالي يك نظام سياسي ليبرال، حفظ فرد و رسيدن او به خوشبختي است. فردگرایي هسته متافيزيکي و هستي‌شناختي ليبيراليسىم است. فردگرایي يعني اعتقاد به برتری فرد بر هر گروه يا هیأت جمعی.^۳ در آموزه‌های لیبرالی، اصلی روش‌تر و استوارتر از فردگرایی، که انسان را به غایت برین برساند، دیده نمی‌شود؛ لذا هنجارهای ضروری، برای انصباط اجتماعی که از طریق کیفرگذاری ایجاد می‌شود، باید در نهایت احترام به فرد و آمال و آرزوهای او باشد.^۴

در چنین شرایطی، لیبرالیسم فردگرای، بستری مضيق برای جرم‌انگاری فراهم می‌کند، اختیاراتی سس محدود و مشخص برای دولت لیبرال قائل می‌شود و در آخر نیز بر این نکته پافشاری می‌کند که دولت نباید متعرض حقوق گوناگون فردی اعم از سیاسی یا مدنی شود، مگر آنکه توجیهی بسیار قوی برای سلب و یا تحديد این حقوق داشته باشد. نتیجه این فردگرایی و دفاع از فردیت، تجویز و پذیرش نوعی کمینه‌خواهی^۵ در امر کیفرگذاری و جرم‌انگاری است.

گرایش غالب در میان لیبرال‌های کلاسیک، به حداقل رسانیدن آزادی و به حداقل رساندن کیفرگذاری و جرم‌انگاری است. از نظر برلین، اگر فردی به سبب دخالت دیگران نتواند کاری که می‌خواهد انجام دهد، آزادی خود را به همان مقدار مداخله ناروا از دست داده است. اگر دخالت دیگران آن چنان گسترشی پیدا کند که دامنه آزادی

1. Minimal State

2. Fletcher, George, Political Theory and Criminal Law, New York, Oxford University Press, 2007, p. 157.

3. رستمی، هادی، «جرائم‌انگاری و کیفرگذاری در پرتو اصول محدود‌کننده آزادی در نظریه لیبرال»، پژوهشنامه حقوق کیفری، سال پنجم، شماره اول، ۱۳۹۳، ص. ۶۰.

4. بوردو، ژرژ، لیبرالیسم، ترجمه عبدالوهاب احمدی، چاپ دوم، تهران، نشر نی، ۱۳۸۳، ص. ۹۷.

5. Minimalism

عمل فرد به کمتر از حداقل برسد، در آن صورت می‌توان گفت فرد به صورت «مجبور» و حتی «برده» در آمده است.^۱

در این گفتمان، اصل ضرر، مرز بین جرم‌انگاری و آزادی است. بیشتر لیبرال‌ها اصل ضرر را صرفاً در مفهوم مضيق آسیب جسمی محدود می‌کنند و ضمن تمایز بین کردارهایی که جنبه خودنگرانه^۲ دارند و طی آن افراد باید واجد آزادی مطلق باشند و آن رفتارهایی که جنبه غیرنگرانه^۳ داشته و می‌توانند آزادی دیگران را محدود کرده یا به آن آسیب برسانند، ضابطه مشخصی را برای جرم‌انگاری ترسیم می‌کنند.^۴

بنابراین فرد لیبرالی اجازه دارد تا زمانی که رفتارش زیان‌بار نیست، هر آنچه می‌خواهد انجام دهد و از این رو رفتارهایی که مربوط به حریم خصوصی هستند باید جرم شناخته شوند، مگر اینکه ارتکاب آنها در گذرگاه‌های عمومی صورت پذیرد که در آن صورت به دلیل ظاهر بیرونی‌شان شاید قابل کیفر باشند.^۵

۲-۳. اصل آزادی اراده در جرم‌انگاری سقط جنین

نقض اخلاقی قدرت و اختیارات آن در حوزه جرم‌انگاری، برای صیانت از حقوق و آزادی‌های فردی است که می‌تواند در نبود معیارهای کنترل کننده، به نقض روزافزون آن بیانجامد. کار کرد تلاش‌های صورت‌گرفته برای تعیین مرزهای حقوق کیفری عبارت است از حفظ و مراقبت از فرد در برابر قدرت عمومی و جامعه؛ چه اینکه هر جا حقوق اجبار کننده و الزام‌آور متوقف شود، از همان جا آزادی شروع می‌شود.^۶

جرائم‌انگاری در نظریه لیبرال، به دلیل ارتباطی که با مقوله آزادی پیدا می‌کند، اقدامی بس مخاطره‌آمیز و حساسیت‌برانگیز است و به همین دلیل لیبرالیسم می‌کوشد تا حد ممکن کیفر را در پرتو مؤلفه‌های ارزشی و ارزش‌های سترگ، محدود نماید. بر این اساس، دولت جز با کاربست اصل ضرر به غیر، حق تحمیل برداشت مشخصی از «خیر» در قالب قوانین جزایی را ندارد و هر چه کمتر مداخله کند، محبوب‌تر است.^۷

مرکز توجه نظریه آزادی اراده در بحث سقط جنین، «شخص باردار» است؛ با این توضیح که تصمیم به نگاه داشتن یا پایان دادن به زندگی جنین یک امر کاملاً شخصی و خصوصی است و این مادر است که باید کاملاً آزادانه در مورد بدن و زندگی خود

۱. برلین، آیازبا، چهار مقاله در آزادی، ترجمه محمدعلی موحد، چاپ دوم، تهران، خوارزمی، ۱۳۸۰، ص. ۲۳۷.

2. Self-regarding

3. Other-regarding

۴. هی‌وود، اندره، مقدمه نظریه سیاسی، ترجمه عبدالرحمن عالم، چاپ سوم، تهران، نشر قومس، ۱۳۸۹، ص. ۷۰.

۵. استوارت میل، جان، پیشین، ص. ۲۴۸.

6. Feinberg, Joel, op. cit, p. 7.

۷. همپتن، جین، فلسفه سیاسی، ترجمه خشایار دیهیمی، چاپ سوم، تهران، انتشارات طرح نو، ۱۳۸۹، ص. ۳۱۲.

تصمیم بگیرد. در این دیدگاه، مخالفت با تصمیم مادر، معنایی جز نقض تمامیت بدنی و تجاوز به حقوق انسانی وی ندارد.

موضع گیری نظریه پردازان لیبرال (آزادی خواه) یکی از قرائت‌های اصلی نظریه آزادی اراده در بحث از سقط جنین است. این موضع گیری از چهار جزء تشکیل می‌شود: نخست، آزادی خواهان می‌پذیرند که سقط جنین اهمیت اخلاقی بالایی دارد و نمی‌توان به دلایل خرد و ناچیز مرتكب آن شد، مگر برای جلوگیری از صدمات جدی. دوم، با این حال سقط جنین به دلایل مهم اخلاقاً مجاز است. این دلایل عبارتند از نجات جان مادر، تجاوز به عنف، زنای با محارم و وجود نقص جدی در جنین.

سوم، اگر تکمیل بارداری و وضع حمل نتایج دائمی و سنگینی را برای زن و خانواده او به بار آورده، در این صورت منافع زن، دلیل کافی و موجهی برای انجام سقط جنین است.

چهارم، حداقل تا اواخر دوره بارداری که جنین آن قدر تکامل نیافته است که منافع مستقلی دارا شود، دولت اجازه مداخله و جلوگیری از سقط جنین حتی در موارد غیر اخلاقی را ندارد؛ زیرا در نهایت این خانم باردار است که باید درباره جواز یا منع سقط جنین تصمیم بگیرد. البته این موضع گیری با هر گونه پیش‌فرض که نطفه و جنین اولیه «شخص» و دارای منافع و حقوق است، ناسازگار است.^۱ بسیاری از نظریه پردازان فمینیست، دلایل گوناگونی برای دفاع از آزادی زنان در امر سقط جنین آورده‌اند:

اول اینکه در زندگی جمعی گریزی از رابطه جنسی میان زن و مرد نیست و به رغم استفاده از دقیق‌ترین روش‌های ضدبارداری، همچنان احتمال بارداری به سبب آن رابطه وجود دارد. از این رو زنان با بارداری‌های ناخواسته مواجه می‌شوند و خاتمه دادن به آن را برای زندگی خود ضروری تشخیص می‌دهند.

دوم اینکه امکانات موجود در کره زمین توانایی پاسخگویی به نیازهای جمیعت دائم‌آفریننده انسانی را ندارد. بنابراین یکی از راه‌های کنترل جمیعت مجاز‌دانستن سقط جنین بر اساس تصمیم مادر است.

سوم اینکه حق بر کنترل بدن بخش اساسی حق آزادی انسان را تشکیل می‌دهد، به‌ویژه در بارداری‌های ناخواسته که رضایت مادر برای حضور جنین و استفاده از جسم او غایب است.^۲ از این رو با پذیرفتن سقط جنین بر اساس تصمیم مادر، به حریم

۱. راسخ، محمد، حق و مصلحت، مقالاتی در فلسفه حقوق، فلسفه حق و فلسفه ارزش، چاپ اول، تهران، نشر نی، ۱۳۹۲، ص. ۳۷۱.

2. Warren, Marry Anne, "Abortion", In: Companion to Bioethics, Ed. by H. Kushe & P. Singer, Oxford, Blackwell, 2001, p. 128.



خصوصی وی احترام گذاشته و برای او حق بر تعیین سرنوشت در موارد مربوط به ازدواج، باداری، عقیم نمودن اختیاری و خاتمه دادن به زندگی جنین قائل شده‌ایم.
 چهارم اینکه نمی‌توان با این فرض که تصمیم مادر غلط است، تصمیمی را بر وی تحمیل کرد و او را وادار به انجام عملی برخلاف میل و اراده‌اش نمود.
 پنجم اینکه حتی اگر بپذیریم که جنین حق بر زنده ماندن دارد، لزوماً به این معنا نیست که جنین حق استفاده از بدن مادر را دارد. حق بر زنده ماندن و حق استفاده از جسم دیگری، دو مفهوم و دو حق کاملاً جدا از یکدیگرند که لزوماً یکی، دیگری را نتیجه نمی‌دهد.
 نکته آخر اینکه جنین موجودی است که میل و خواسته و منافعی ندارد، لذا از بین بردن آن مساوی با قتل یا ورود ضرر به دیگری به معنای دقیق کلمه نیست.^۱
 مورد اخیر، یعنی اعتقاد به «شخص» نبودن جنین، نقطه تمایز دیدگاه‌های طرفداران اصل ضرر و اصل آزادی اراده در برخورد با مسأله سقط جنین است. اصل ضرر، با «شخص» محسوب‌نمودن جنین، وی را موجودی دارای حقوق انسانی برابر با همه انسان‌ها از جمله مادر می‌داند و از همین رو به مادر این جواز را نمی‌دهد که اعمال حق خود را وسیله اعمال ضرر به دیگری و از بین بردن حق وی (جنین) قرار دهد. در مقابل، اصل آزادی اراده (به طور مطلق) جنین را فاقد «شخص» دانسته و بر همین مبنای اقدام مادر برای از بین بردن جنین خود را سبب ایجاد ضرر به جنین تلقی نماید.
 بر این اساس طرفداران آزادی اراده زن در برخورد با جنین خود، جنین را فاقد خصوصیات روان شناختی و بیولوژیکی به عنوان یک شخص کامل اخلاقی دارای حقوق می‌دانند و سقط جنین را کشنن و قتل یک شخص کامل اخلاقی تفسیر نمی‌کنند.^۲
 این دیدگاه، مرکز ثقل خود را بر مادر می‌گذارد. برخلاف پندارهای رایج در بحث از سقط جنین، باید تکلیف وضعیت اخلاقی و انسانی مادر مدنظر قرار گیرد. اوست که باید بدن خود را در اختیار مهمانی قرار دهد که گاه ناخواسته است و گاه وجودش رنج‌آور. برای همین است که نمی‌توان در این قضیه مادر و علائق او را یکسره فراموش کرده و تنها جنین را در مرکز توجه قرار دهیم.^۳
 طرفداران این دیدگاه، معمولاً زمان تشخّص اخلاقی جنین را به مراحل متاخرتر، حتی بعد از تولد بر می‌گردانند. آنها نه رشد بیولوژیکی، بلکه رشد توانایی‌های

1. Steinbock, B., "Mother – Fetus Conflict", In: Companion to Bioethics, Ed. by H. Kushe & P. Singer, Oxford, Blackwell, 2001, p. 132.

۲. اترک، حسین، منبع پیشین، ص. ۶۳.

۳. هام، مگی، فرهنگ نظریه‌های فمینیستی، ترجمه فیروزه مهاجر، نوشین احمدی خراسانی و فرج قره‌داغی، تهران، انتشارات توسعه، ۱۳۸۲، ص. ۲۲.

روان‌شناختی جنین مانند خود آگاهی را ملاک قرار می‌دهند. پیروان این نظریه، حیات انسان را محدود به زمان تولد تا مرگ می‌دانند و احترام به آن را نیز در همین محدوده مطرح می‌کنند و قتل انسان را نیز محدود به کشنن وی در این دوران می‌نمایند. آنان معتقدند اگر زنان جنین موجود در رحم خود را مانع آسایش خویش یافته‌اند، می‌توانند آن را از خود جدا کرده و ادامه تکامل او را متوقف کنند.^۱ زیرا «حق حیات داشتن» با «درک ارزش حیات» پیوند دارد و از آنجایی که جنین فاقد چنین توانایی است پس اصولاً فاقد حیات است.^۲

نکته قابل توجه در این خصوص این است که اگر اصل آزادی اراده را به شکل مطلق آن در نظر آوریم، آن گاه این اصل نمی‌تواند در توجیه جرم‌انگاری سقط جنین کارگشا باشد، بلکه با توصل به اطلاق اصل آزادی اراده تنها می‌توان جرم‌زدایی از سقط جنین را توجیه نمود. حال آنکه بیشتر لیبرال‌ها «اصل ضرر» را به عنوان معیار معقول برای جواز مداخله حکومت در آزادی می‌پذیرند، اما برخی ضمن حمایت از «اصل ضرر» و در عین حال ناکافی دانستن آن به اصول مکمل دیگری نیز متولّ شده‌اند. کانون توجه این اصول، تعیین معیارهایی فراحقوقی برای بیان حد و مرز اجبار، قانونی، دولت است.

از یک دیدگاه، اعمال مضر برای دیگری و در برخی موارد برای خود، باید قابل کیفر باشند. از دیدگاهی دیگر، به خطر انداختن حیات اجتماعی باید در اولویت قرار گیرد و از دیدگاه سوم، هر آنچه از نظر اخلاق متعارف و رایج جامعه «غلط» به شمار می‌آید باید در قالب نظام حقوقی جرم و قابل کیفر اعلام گردد.^۳ در حقیقت باید گفت اصل ضرر و اصل آزادی اراده می‌توانند مکمل یکدیگر در فرایند جرم‌انگاری باشند و در این راستا به یکدیگر کمک‌رسانی کنند.

۴. بررسی تعارض

آزادی از گرانبها ترین حقوق انسان هاست. ویژگی جوامع اولیه در آزادی آن بود. ضرورت تشكیل جامعه و پریزی پیمان اجتماعی، مستلزم واگذاری بخشی از این آزادی به جامعه بود. اما این امر به معنای قدرت بی حد و حصر نماینده اراده عمومی نیست. درست است که برای ایجاد نظم در جامعه باید الزام‌هایی مقرر نمود و بعضی از

۱. محلاتی، شهربانو، بررسی خلاهای قانونی حقوق کودک، جلد ۱، تهران، روابط عمومی شورای فرهنگی اجتماعی زنان، ۱۳۸۴، ص. ۲۹۰.

۲. قاری سیدفاطمی، سیدمحمد، «حق حیات: تحلیلی اخلاقی و حقوقی بشری»، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۱۶۴، ص. ۳۲-۳۱، ۱۳۸۴.

^۳ رستمی، هادی، منبع پیشین، ص. ۵۷

آزادی‌ها را محدود کرد، اما معیار محدود کردن آزادی، خود آزادی است؛ آزادی باید برای آزادی محدود شود.^۱

از سوی دیگر، شدیدترین واکنش در برابر رفتارهایی که به نظم عمومی آسیب می‌رساند، واکنش کیفری است که در قالب جرم‌انگاری تجلی می‌یابد. ماهیت شدید و رنج‌آور مداخله حقوق کیفری و به طور کلی آثار زیان‌بار واکنش‌های گوناگون آن در برابر جرم به طور خاص از یک سو و ماهیت فژون‌خواه قدرت عمومی در توسعه اختیارات و اقداماتش از سوی دیگر، وجود نظریه جرم‌انگاری را ضروری می‌کند.^۲

بسیاری از حقوق‌دانان، ضابطه مجرمانه تلقی کردن اعمال و قابل مجازات دانستن آنها را «ضرورت» می‌دانند و معتقدند که قانون‌گذار تنها اعمالی را می‌تواند مجرمانه و مستحق کیفر اعلام کند که ضرورت، آن را توجیه نماید. بکاریا نیز از جمله کسانی بوده است که بر ضرورت اعمال مجازات تأکید می‌ورزد و عقیده دارد مستحق مجازات دانستن اعمال فرد، باید بر اساس ضرورت صورت گیرد. اما آنچه که این ضابطه را سست نموده و از قاطعیت آن می‌کاهد، تشخیص خود ضرورت است؛ بدین معنا که آیا ضرورت می‌تواند یک ضابطه عینی و مادی مسلم باشد، یا بنا بر میل و اراده قانون‌گذار دامنه شمول آن قابل تحدید یا توسعه است.^۳ ضابطه‌ای که برای تشخیص این ضرورت از سوی حقوق‌دانان رائیه گردیده، «سبب زیان دیگری شدن» است که در مواد ^۴ و ^۵ اعلامیه جهانی حقوق بشر نیز بیان شده است.^۴ اگر در تفسیر اصل ضرر قائل به این باشیم که در بسیاری از موارد عمل فرد نه تنها به خود فرد ضرر می‌زند، بلکه به گونه‌ای به دیگران نیز ضرر وارد می‌سازد، آن گاه منجر به جرم‌انگاری حداکثری و گسترش روز افزون مداخلات کیفری خواهد شد. از این دیدگاه، بسیاری از اعمالی که فرد در حوزه‌های شخصی خود انجام می‌دهد، به سبب سرشت زندگی اجتماعی متوجه دیگران نیز می‌شود. این تفسیر به گونه‌ای بر وحدت فرد و جامعه مبتنی است و در این تلقی فرد و ترجیحات شخصی او همواره تابع مقتضیات و مصالح اجتماعی است. گویا در این باره فرد، هستی و هویتی جدا از جامعه ندارد و از این جهت اعمال بسیاری می‌تواند جرم‌انگاری شود.^۵

۱. داوودی، هما، گستره آزادی در تقابل با حقوق کیفری، دوفصلنامه فقه و حقوق خانواده (ندای صادق)، شماره ۱۳۸۵، ۴۳، ص. ۱۰۵.

۲. محمودی جانکی، فیروز، «جرائم‌انگاری حق‌مدار؛ با تأکید بر نظریه آلمانی مصالح حقوقی»، فصلنامه پژوهش حقوق کیفری، سال سوم، شماره نهم، ۱۳۹۳، ص. ۸۴.

۳. پرادرل، ژان، تاریخ اندیشه‌های کیفری، ترجمه علی‌حسین نجفی ابرندآبادی، تهران، انتشارات دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۷۳، ص. ۴۴.

۴. گسن، ریموند، جرم شناسی کاربردی، ترجمه مهدی کی‌نیا، تهران، انتشارات مجد، ۱۳۷۰، ص. ۱۳.

5. Schonshek, Jonathan, On Criminalization: An Essay in the Philosophy of the Criminal Law, Kluwer Academic Publishers, 1994, p. 101.

به این ترتیب اگر می‌خواهیم اصل ضرر موجبات دخالت بیش از اندازه دولت را در پی نداشته باشد، باید برای نوع رابطه و شدت ضرر، ملاکی در نظر بگیریم؛ چه بسا هر نوع رفتار انسان می‌تواند متضمن ضرر به دیگری باشد.^۱

در باب اینکه جنین و مسائل مربوط به آن در قلمرو حریم خصوصی و حاکمیت اصل آزادی اراده قرار می‌گیرند یا خیر، به نظر می‌رسد چه در صورتی که جنین را «شخص» تلقی کنیم چه نه، این مسأله در حوزه خصوصی مادر محسوب می‌شود. بدیهی است مداخله پدرسالارانه و تعیین مجازات برای چنین رفتاری حریم خصوصی افراد را محدود خواهد کرد، چرا که یکی از جلوه‌های حریم خصوصی افراد، تمامیت جسمانی آنهاست. «حق کنترل بدن» بخش اساسی آزادی انسان و حریم خصوصی او را تشکیل می‌دهد. حال اگر بنا به نظر لیبرال‌ها و تئوری فمینیستی، برای جنین حیات مطلقی قائل نباشیم و آن را جزئی از بدن مادر بدانیم که کلیه اختیارات راجع به آن را داراست، حریم خصوصی به معنای دقیق کلمه تحقق می‌یابد. در صورتی هم که پیذیریم جنین حق حیات دارد، این منطقاً بدين معنا نیست که حق استفاده از بدن مادر را نیز دارد. استفاده از بدن یک انسان دیگر منوط به رضایت اوست. آنجا که جنین در اصل زندگی خود به یک موجود دیگر وابسته است، نمی‌توان برای او یک حق تمام عیار حیات، همانند حق یک انسان کامل و مستقل قائل شد. هیچ انسانی حق ندارد تداوم حیات خود را به قیمت زندگی انسانی دیگر تمام کند و نمی‌تواند این حق را تحت عنوان حق استفاده از بدن دیگری مطرح سازد. با این تفسیر سقط جنین در حوزه حریم خصوصی جای می‌گیرد.

بنابراین، محل نزاع و کانون اختلاف میان دو اصل ضرر و آزادی اراده، زمانی به وجود می‌آید که تعریف دقیقی از شخصیت حقوقی جنین در دست باشد. اگر برای جنین شخصیت حقوقی مستقل قائل شویم میان این دو اصل تعارض ایجاد می‌شود. زیرا بر مبنای اصل آزادی اراده مادر می‌تواند جنین را سقط کند ولی بر مبنای اصل ضرر، این امر حق حیات جنین را که از شخصیت حقوقی برخوردار است، از وی سلب می‌نماید.

نتیجه‌گیری

جرائم‌نگاری با ابتنا بر اصل ضرر، به پشتوانه تلاش فلسفی اندیشمندان لیبرال و با اتکا به آرمان‌های مشخصی همچون آزادی، به بار نشسته و مشروعیت می‌یابد. لیبرال‌ها با وجود داشتن دیدگاه‌های گوناگون درباره ماهیت و محدوده اصل ضرر، دست کم در عمل، ضرر را به مثابه چوب خطی برای تحديد آزادی و ورود به عرصه جرم‌انگاری پذیرفته‌اند. اصل ضرر نشان می‌دهد کیفر، آخرين و نه نخستین راه چاره برای مبارزه با جرم است و کاربست آن محدود به زمانی است که دیگر شیوه‌های کنترل کارگشا نباشند.

نوع مداخله‌ای که دولت با توصل به اصل ضرر می‌کند، اعمال زور است. اعمال زور که از طریق ضمانت اجراهای کیفری صورت می‌گیرد باید منطق توجیه‌گری داشته باشد. دولت اگر قرار است بر افراد اعمال زور کند تا مانع آسیب‌رسیدن آنها به دیگران شود، زور مربوطه برای ممانعت از ضرر باید ضروری و قبل دفاع بوده یا دست کم از نظر اخلاقی برتر از سایر شیوه‌ها باشد. بنابراین چنانچه دولت بتواند با توصل به اقدامات دیگر مانع ضرر به دیگران شود آنگاه نباید به اقدامات قهرآمیز متولّ گردد. کیفر یگانه وسیله مناسب و منطقی برای حمایت از ارزش‌های اخلاقی و منافع بنیادین جامعه نیست و پیش از توصل به آن باید همه ابزارهای غیر کیفری را مورد سنجش و ارزیابی قرار داد.^۱

در هماهنگ‌سازی اصل ضرر و آزادی اراده باید گفت که انسان آزاد به دنیا آمده است و حق دارد آزادانه فعالیت‌های مادی و معنوی خود را گسترش دهد و از ثمره آنها بهره‌مند شود. ولی برای حفظ حقوق همه افراد ناچار باید حدودی برای آزادی هریک از آنها به وجود آید، یعنی آزادی هرکس محدود به آزادی دیگران شود در برابر هر حق برای سایرین ایجاد تکلیف می‌شود و مفهوم حق و تکلیف در روابط اشخاص به عنوان دو امر ملازم و متقابل به وجود می‌آید. وظیفه حقوق هماهنگ ساختن آزادی‌هast و باید ترتیبی دهد که همه بتوانند از این حق فطری استفاده نمایند. چنانکه کانت در تعریف مشهور خود می‌گوید: «حقوق مجموعه شرایطی است که در نتیجه آن اختیار هرکس می‌تواند بر طبق قانون آزادی با اختیار دیگران جمع شود».^۲

در جرم‌انگاری سقط جنین، اصل ضرر و اصل آزادی اراده به دلیل حکومت همزمان بر یک حوزه، با یکدیگر تعارض دارند. با این توضیح که با عنایت به اصل ضرر، نمی‌توان حق حیات یک انسان را به نفع حیات انسانی دیگر از وی سلب نمود؛ چرا که مطابق آموزه‌ای این اصل، هیچ‌کس نمی‌تواند و نباید اعمال حق خود را وسیله اضرار به

۱. نوبهار، رحیم، اصل کاربرد کمینه حقوق کیفری، مجله آموزه‌های حقوق کیفری، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، دوره جدید، شماره ۱، ۱۳۹۰، ص. ۱۰۴.

۲. کاتوزیان، ناصر، فلسفه حقوق، جلد اول، شرکت سهامی انتشار، چاپ چهارم، تهران، ۱۳۸۵، ص. ۴۴۵.

دیگری قرار دهد. از سوی دیگر اصل آزادی اراده حامل این پیام است که انسان‌ها از اراده آزاد برخوردارند و می‌توانند هر فعلی را که مطابق میل و خواسته خود یافتند، انجام دهند. اما مسأله مهم در مباحث مربوط به جرم‌انگاری سقط جنین، شخصیت حقوقی جنین است؛ بدین توضیح که اگر برای جنین قائل به وجود شخصیت حقوقی باشیم، آن گاه مطابق با اصل ضرر، حق از بین بردن آن را نخواهیم داشت، چرا که اعمال حق مادر مبنی بر آزادی اراده‌وی در تصمیم‌گیری، با حفظ حیات جنین به عنوان یک موجود انسانی دارای شخصیت حقوقی و نیز حیات محترم تعارض خواهد داشت. در نتیجه نمی‌توان اقدام به سقط جنین نمود. اما اگر با توجه به مباحث پیش‌گفته در خصوص شخصیت حقوقی جنین، ایجاد و شکل‌گیری این شخصیت را از زمانی مشخص بدانیم که معمولاً شروع آن را بعد از سه ماهه اول بارداری می‌دانند؛ آن گاه اعمال حق بر مبنای اصل آزادی اراده و به دنبال آن سقط این جنین که در این زمان هنوز دارای شخصیت حقوقی نشده و به همین دلیل دارای حقوق برابر با سایر موجودات انسانی از جمله حق حیات نمی‌باشد، با اصل ضرر تعارض نخواهد داشت.

بنابراین به نظر می‌رسد وقوع تعارض میان اصل ضرر و آزادی اراده، به تعریفی که از وجود یا عدم وجود شخصیت حقوقی برای جنین ارائه می‌شود، بستگی دارد. به دیگر سخن، کانون اختلاف در فرضی ظهور و بروز می‌یابد که مفهوم شخصیت حقوقی جنین و زمان آغاز آن تبیین شود. از هر زمانی که جنین دارای شخصیت حقوقی فرض شود، این تعارض ظاهر می‌شود، زیرا اصل آزادی اراده به این امر می‌انجامد که مادر می‌تواند بر اساس اراده خویش تصمیم گرفته و جنین را سقط نماید. در مقابل، اعمال این اراده، در فرض احراز شخصیت حقوقی برای جنین، مغایر حقوق جنین بوده و بنابر اصل ضرر منوع است.

در حقوق ایران، ماده ۷۱۸ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ برای سقط جنین، «در هر مرحله‌ای که باشد»، دیه مقرر نموده و دیه، مجازاتی است که قانون گذار برای جرایم علیه اشخاص تعیین کرده است. از سوی دیگر، فتوای مقام معظم رهبری در پاسخ به این پرسش که حکم کلی سقط جنین به چه صورت است، بدین شرح می‌باشد: «سقط جنین شرعاً حرام است و در هیچ حالتی جایز نیست، مگر آنکه استمرار حاملگی برای حیات مادر خطرناک باشد که در این صورت سقط جنین قبل از ولوج روح، اشکال ندارد، ولی بعد از دمیدن روح جایز نیست، حتی اگر ادامه حاملگی برای حیات مادر خطرناک باشد، مگر آنکه استمرار بارداری، حیات مادر و جنین هر دو را تهدید کند و نجات زندگی طفل به هیچ وجه ممکن نباشد، ولی نجات زندگی مادر به تنها‌یی با سقط جنین امکان داشته باشد». بنابراین، با توجه به اینکه جنین دارای شخصیت حقوقی قلمداد گردیده است، در جرم‌انگاری سقط جنین در حقوق ایران، این تعارض وجود داشته و اصل ضرر بر اصل آزادی اراده حکومت دارد.

منابع

- اترک، حسین، «دلایل فلسفی موافقان و مخالفان سقط جنین در فلسفه اخلاق»، مجله اخلاق و تاریخ پزشکی، سال دوم، شماره اول، ۱۳۸۷.
- استوارت میل، جان، درباره آزادی، ترجمه محمود صناعی، چاپ اول، تهران، انتشارات روشنگران و مطالعات زنان، ۱۳۸۸.
- انصاری، باقر، حقوق حريم خصوصی، چاپ اول، انتشارات سمت، ۱۳۸۶.
- برلین، آیزایا، چهار مقاله در آزادی، ترجمه محمدعلی موحد، چاپ دوم، تهران، خوارزمی، ۱۳۸۰.
- بوردو، ژرژ، لیبرالیسم، ترجمه عبدالوهاب احمدی، چاپ دوم، تهران، نشر نی، ۱۳۸۳.
- بیشап، رابت، سایه‌های واقعیت: فلسفه جدید فازی چگونه جهان‌بینی ما را تغییر می‌دهد، ترجمه علی ستوده چوبri، تهران، انتشارات روشنگران و مطالعات زنان، ۱۳۸۵.
- پاد، ابراهیم، حقوق کیفری اختصاصی، جلد ۱، چاپ اول، انتشارات رهام، ۱۳۸۱.
- پرادرل، ژان، تاریخ اندیشه‌های کیفری، ترجمه علی‌حسین نجفی ابرندآبادی، تهران، انتشارات دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۷۳.
- تبت، مارک، فلسفه حقوق، ترجمه حسن رضایی خاوری، انتشارات دانشگاه علوم اسلامی رضوی، ۱۳۸۶.
- داودی، هما، گستره آزادی در تقابل با حقوق کیفری، دوفصلنامه فقه و حقوق خانواده (ندای صادق)، شماره ۴۳، ۱۳۸۵.
- راسخ، محمد، «جدال حیات؛ بررسی اجمالی تئوری‌های سقط جنین»، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۳۸، ۱۳۸۲.
- ———، حق و مصلحت، مقالاتی در فلسفه حقوق، فلسفه حق و فلسفه ارزش، چاپ اول، تهران، نشر نی، ۱۳۹۲.
- رستمی، هادی، «جرائمگاری و کیفرگزاری در پرتو اصول محدود کننده آزادی در نظریه لیبرال»، پژوهشنامه حقوق کیفری، سال پنجم، شماره اول، ۱۳۹۳.
- رضایی زادفر، بهناز، حريم خصوصی و نظریه پدرسالاری حقوقی، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشگاه گیلان، ۱۳۹۲.
- زمانی، رسول، سقط جنین در نگاه حقوق اسلامی، چاپ اول، انتشارات سوره، ۱۳۸۵.

- سمیعی عارف، زهرا، اصل حداقل بودن حقوق جزا، پایان نامه کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشگاه علامه طباطبائی، ۱۳۹۰.
- شامبیاتی، هوشنگ، حقوق کیفری اختصاصی، جلد ۱، انتشارات ویستار، ۱۳۷۴.
- صالح ولیدی، محمد، حقوق جزای اختصاصی، جلد ۲، انتشارات امیرکبیر، ۱۳۶۹.
- طلعتی، محمد هادی، رشد جمعیت، تنظیم خانواده و سقط جنین، چاپ اول، مؤسسه بوستان کتاب قم، ۱۳۸۳.
- فرجبخش، مجتبی، جرم‌انگاری فایده‌گرایانه، تهران، انتشارات میزان، ۱۳۹۲.
- قاری سیدفاطمی، سید محمد، «حق حیات: تحلیلی اخلاقی و حقوق بشری»، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۳۱-۳۲، ۱۳۸۴.
- کاتوزیان، ناصر، فلسفه حقوق، جلد اول، چاپ چهارم، شرکت سهامی انتشار، تهران، ۱۳۸۵.
- گسن، ریموند، جرم‌شناسی کاربردی، ترجمه مهدی کی نیا، تهران، انتشارات مجد، ۱۳۷۰.
- گلدوزیان، ایرج، حقوق جزای اختصاصی، جلد ۱، چاپ پنجم، انتشارات مجد، ۱۳۸۳.
- گودرزی، فرامرز؛ کیانی، مهرزاد، پژوهشی قانونی برای دانشجویان رشته حقوق، چاپ یازدهم، انتشارات سمت، ۱۳۹۲.
- لاریجانی، باقر، پژوهش و ملاحظات اخلاقی: مروری بر مبانی اخلاق پژوهشی، جلد ۱، تهران، انتشارات برای فردا، ۱۳۸۳.
- محلاتی، شهربانو، بررسی خلاهای قانونی حقوق کودک، جلد ۱، تهران، روابط عمومی شورای فرهنگی اجتماعی زنان، ۱۳۸۴.
- محمودی جانکی، فیروز، مبانی اصول و شیوه‌های جرم‌انگاری، رساله دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ۱۳۸۳.
- —، «مبانی فلسفی منع حقوقی و کیفری ایراد ضرر به خود»، فصلنامه حقوق، سال ۳۷، شماره ۱، ۱۳۸۶.
- —، «جرم‌انگاری حق مدار؛ با تأکید بر نظریه آلمانی مصالح حقوقی»، فصلنامه پژوهش حقوق کیفری، سال سوم، شماره نهم، ۱۳۹۳.
- معین، محمد، فرهنگ فارسی، جلد ۱، چاپ اول، مؤسسه انتشارات امیرکبیر، ۱۳۷۱.
- نجفی ابرندآبادی، علی‌حسین؛ هاشم بیگی، حمید، دانشنامه جرم‌شناسی، چاپ دوم، تهران، انتشارات گنج دانش، ۱۳۹۰.



-
- نوبهار، رحیم، حمایت حقوق کیفری از حوزه‌های عمومی و خصوصی، تهران، انتشارات جنگل، ۱۳۸۷.
- اصل کاربرد کمینه حقوق کیفری، مجله آموزه‌های حقوق کیفری، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، دوره جدید، شماره ۱، ۱۳۹۰.
- هام، مگی، فرهنگ نظریه‌های فمینیستی، ترجمه فیروزه مهاجر، نوشین احمدی خراسانی و فرج قره‌داغی، تهران، انتشارات توسعه، ۱۳۸۲.
- همپتن، جین، فلسفه سیاسی، ترجمه خشایار دیهیمی، چاپ سوم، تهران، انتشارات طرح نو، ۱۳۸۹.
- هولتگ، نیلز، اصل ضرر: بررسی مشروعیت جرم انگاری و اعمال مجازات بر مبنای اضرار به غیر، ترجمه محمد اسماعیلی، ۱۳۹۲، قابل دسترسی در پایگاه اینترنتی <http://lawandev.blogfa.com>.
- هی وود، اندرو، مقدمه نظریه سیاسی، ترجمه عبدالرحمن عالم، چاپ سوم، تهران، نشر قومس، ۱۳۸۹.

- Collier, David; Hidalgo, Fernando Daniel; Maciuceanu, Andra Olivia, "Essentially Contested Concepts: Debates And Applications", Journal of Political Ideologies, vol. 11, no. 3 , 2006.
- Davis, Nancy, Abortion, Encyclopedia of Ethics, ed: Laurence C. Becker and B. Becker, New York, Routledge, 2001.
- De Cew, Judith, In Pursuit of Privacy: Law, Ethics and The Rise of Technology, London, Comell University Press, 1997.
- Feinberg, Joel, "The Moral Limits of Criminal Law: Harm to Others", vol.1. Oxford, Oxford University Press, 1986.
- Fletcher, George, Political Theory and Criminal Law, New York, Oxford University Press, 2007.
- Raz, Joseph, The Morality of Freedom, Oxford, Oxford University Press, 1986.
- Schonshek, Jonathan, On Criminalization: An Essay in the Philosophy of the Criminal Law, Kluwer Academic Publishers, 1994.
- Simester A.P; Von Hirsch, Andreas, Crime, Harm and Wrong, Oxford, Hart Publishing, 2011.
- Steinbock, B., "Mother - Fetus Conflict", In: Companion to Bioethics, Ed. by H. Kushe & P. Singer, Oxford, Blackwell, 2001.
- Warren, Marry Anne, "Abortion", In: Companion to Bioethics, Ed. by H. Kushe & P. Singer, Oxford, Blackwell, 2001.

A Survey on the Conflict of Harm Principle and Free Will in Criminalisation of Abortion

Esmaeil Haditabar
Maryam Mehri Motankalaee

Abstract

Abortion is known as a crime in numerous legal systems in the world. Criminalization basis is different due to religious, ethical and philosophical points of view and also several lawyers are pro or against criminalization and decriminalization of abortion. Abortion is related to the fetus life from one hand, and therefore protection of fetus life and its respect is the most important basis of criminalization. On the other hand, supporting mother's rights and respect her freedom is the reason of decriminalization of abortion. The first group or pro-life lawyers form their debates on the basis of refraining from harm others which is known as "harm principle". The second group reason concerning free will that is called "liberalism". Thus, "harm principle" and "free will" are against each other. The main issue of this difference and disagreement is the concept and meaning of the fetus legal personality and the time it begins. Accordingly, if one believes that the fetus does not have legal personality there will be no conflict. Hence, this essay is to investigate "harm principle" and "free will" in criminalization of abortion.

Keywords: Harm principle, Free Will, Criminalisation, Abortion, Legal Personality.

Government Support for the Victims in Relation to the Legal Fees

Seyyed Alireza Mirkamali
Nazanin Hajizadeh

Abstract

According to domestic law, in the course of criminal proceedings, from the beginning of the filing to the execution of the judgment, there are many costs imposed upon the victim, including legal fees, filing fees and referral fee to the experts. In accordance with fair trial standards and theories explaining the government's responsibility in this regard, imposing these costs on the victim is not compatible with these criteria. In this regard, the right to unrestricted access to the criminal justice system and the judiciary is one of the fundamental rights of the victim and should be considered seriously. The right to fair trial standards is mentioned in international documents such as European Convention on the Compensation of Victims of Violent Crimes and European Convention on Human Rights. Therefore, the imposition of the costs of the proceedings on the victim is one of the most important obstacles to access to criminal justice, it is not correct and is by no means consistent with various theories about the function of the state sovereignty in this area.

Keywords: Legal Fees, Right to Petition, State Sovereignty, Victim, Victim Support.

The Interaction of Judicial Enforcement Officials with the Citizens' Privacy of Car

Adel Sarikhani
Eman Mohtaram Ghalati

Abstract

Judicial Enforcement Officials dealing with the right to privacy is one of the most important legal issues that will be discussed in relation to the scope and responsibilities of police. While maintaining security and public order, the delimitation of powers and duties of judicial Enforcement Officials, should be such that the rights of individuals, especially the right to privacy, has not been harmed as much as possible. This research, through a descriptive - analytical approach on written documents, examines the scope and nature of the tasks and activities of law Enforcement Officials in dealing with the citizens' privacy of car. In this article the regulations governing the citizens' Privacy of car which may be violated by law enforcement officials were interviewed. It can be said, in an overall assessment, the existing laws in this area follow the policy of differential limitations in visible and non-visible crimes. Analysis of Laws and regulations related to this area indicates that although different aspects of citizens' Privacy of car have been sufficiently protected by law, the lack of prediction on the actions of the police in emergency situations, cause arbitrary decision making that, in some cases, leading to violation of citizens' right to privacy of car. Using the logical measures, the findings of this research also indicates two fundamental objectives of securing and maintaining the rights of citizens can be achieved.

Keywords: Police, Law Enforcement Officials, Privacy of Cars, Citizenship Rights.

A Different Basis for Compensation of Physical Damages Caused by Vehicles

Ali Ghesmati Tabrizi

Abstract

Compensation, considered as the exclusive consequence of civil responsibility for a long time, has been the subject of independent systems that civil responsibility has been replaced by them with a different logic and basis. Despite the diversity of these alternative systems, all of them can be studied as "social guarantees". This theory, provided in French law, attempts to protect the victims completely with identifying the "social risk" and in the light of the concept of solidarity. The sign of this supportive logic in Iranians law can be seen in victim's compensation of accidents caused by vehicles. Regardless of the terms mentioned, "The Compulsory Insurance Act for third parties damages as a result of vehicles accidents", has established a different system from civil responsibility. A different perception of the accident and the effort for compensating losses plus difference from civil liability and its requirements are the similar indicators with "social guarantee."

The presentation of this idea and its resemblance in Iranian law, which is the subject of the present article, could provide a ground for extensive coverage of physical damages and support of vehicle victims.

Keywords: Civil Responsibility, Social Guarantee, Social Risk, Solidarity, Vehicle Accidents.

**The Principles and Procedure of Interpretation
of Investment Treaties by Arbitral Tribunals and Priority
of International Law over Domestic Law**

Seyyed Ghasem Zamani
Abolfazl Shiralizade

Abstract

In the course of international tribunals' adjudications, one of the most important issues to deal with is to solve the problem of conflict of laws through determining the applicable law. Monism and the priority of international law over domestic law was accepted and confirmed by the majority of jurists, especially those believe in monism doctrine, from different legal systems. For the lawyers and arbitrators the interpretation of treaties and contracts is a vital and basic step in litigation or arbitration procedure. Toward determining of rights and duties of parties in investment law, the occurrence of conflict of laws between international law and domestic law is a usual and ordinary subject matter. Notwithstanding the indications of doctrine of priority of domestic law over international law, but the search in the Treaties, Contracts, Doctrine and Legal precedents verify the contrary view point. Today the states liabilities in investment arbitration even with the contractual origination, changed to the states international liabilities, with presence of new provisions like as umbrella clause (As catch all provision), which reaffirm on the priority and influence of international law over domestic law. My uppermost aim in writing this article has been to study and show this evolutionary legal transformation in international investment law and to meet that end legal precedent has been examined.

Keywords: Interpretation of Treaties, International Law of Investment, Judge-made Law, International Arbitration, Competence of the Court.

The Cases and Effects of Unenforceable Final Judgment

Abdollah Khodabakhshi

Abstract

The purpose of the proceeding and the issuance of judgment is the determination of the legal solution and its performance between the parties. However sometimes for various reasons, there is no way to perform the judgment. This means that the enforcement of the judgment may be in conflict with the rights of third parties or its subject may be changed or administrative obstacles cause to cease the execution of it. In some cases, the enforcement of judgment also needs to preconditions that it can't be established and implemented without the independent proceeding and with respect to the right of defense. In fact, the principles of due process for example the hearing parties statement, giving the opportunity to defense and the complaint against the court decision must be followed also in the enforcement stage and Hence, sometimes it must be stopped the enforcement of judgment. These cases have not a certain criteria in jurisprudence. One of the its reasons is the lack of supervision of excellent authorities over the executive orders because most decisions in the implementation stage are through administrative orders and the beneficiary can't complain about them. Due to defect in the legal literature (doctrine) and fitful jurisprudence, the effects of unenforceability of judgment exactly are not clear. In fact, the main question is, can it be possible to enforce a definitive judgment? And if the answer is positive, what is the criterion of it? It seems there are exceptions in judicial review to failure for implementing of definitive judgments and seems the most important criterion can be seen in practical problems and changing the subject of judgment. Hence in the present article, these issues will be considered.

Keywords: Judgment, Enforceability of judgment, Stay of execution, Difficulty of enforcement.

Role of Addressees Notice in Validity of Constructive Notification of Judicial Papers

Mehdi Hassanzaseh

Abstract

Among the important issues related to the notification of judicial documents, the examination of the validity of the constructive notice of the judicial documents is due to the influence or inaction of the respondent's information in this background. In this regard, Article 83 of the Civil Procedure Code provides for a ruling that not only imposes serious executive barriers, but also is incompatible and conflicting with other materials (302, 306, 336, 337, 338, 398, 399, 427, 428 and 429) of the code, as well as the logic governing other material related to the notification of judicial documents (67 to 82). Research in this area illustrates this inconsistency and difficulty of implementation that requires an effort to provide an executive solution. Note 1 of Article 13 of the Regulation on the Use of Electronic and Telecommunication Systems is spoken about the notification addressee's statement of unaware and the proof of this ignorance, without the effect of such a statement and proving. This silence requires a review of the subject.

Keywords: Notification of Judicial Papers, Electronic Communications, Constructive Notice, Personal Service of Process, Validity of Service of Process.

The Islamic Jurisprudential Analysis of Article 264 of Islamic Penal Code

Abdurreza Asghari
Mahdi Salehi Moghaddam

Abstract

Drinking alcohol is of offences which the holy Islamic law giver has laid down eighty slashes as legitimate hadd. This punishment was mentioned in article 165 of Islamic Penal Code of Iran (1370) and totally it stated drinking and eating alcohol. After codifying the Islamic Penal Code of Iran in 1392 , the legislature decided in art.165 to depart from the title" liquor Hadd-punishment" to the title" liquor consumption". Therefore, the liquor consumption in any way such as drinking, injection and smoking causes the legitimate punishment. The common aspect of these two titles is what reason making the criminalization of liquor which creates the legitimate hadd which has been discussed in fiqh books (Islamic jurisprudence books). The following paper has examined the different ways for the consumption of intoxicating and alcoholic drinks. For this reason, different attitudes are expressed for the way of the consumption of alcohol or liquor and the attitude of the legislature for proving the legitimate had in any way is criticized and evaluated.

Keywords: Liquor Consumption, Injection, Smoking, Drinking, Sniffing.

The Feasibility of Expanding the Local Jurisdiction of the Capital Court in International Parallel Litigation

Nejad Ali Almasi
Seyyed Hossein As'adi

Abstract

The right to sue the court is based on the jurisdiction of the judicial authority. This jurisdiction may be created simultaneously for more than one court in more than one country. In the statutes, there are cases that due to the impossibility of implementing the rules related to local jurisdiction and, in particular, the involvement of an external element, the Tehran court, is competent. The jurisdiction of the court in these cases is a symbol of the general jurisdiction of the courts of Iran and because of its headquarters is the capital of Iran. For this reason, using the statutes and with the induction of existing laws, it is possible to extend the jurisdiction of this court as a rule, to other similar cases. In this way, by adopting this rule, not only the defect of the law is resolved, but also the parties get rid of the confusion. In addition, the court that deals with the matter is not afraid of being incompetent or likely protest to it. This topic, which has the capability of designing the title "expanding of local competence of the capital's court" in Iran's law, will be examined in the present paper.

Keywords: Local Jurisdiction, Domicile, Lawsuit, Tehran Court, International Adjudicative Jurisdiction.

Contents

The Feasibility of Expanding the Local Jurisdiction of the Capital Court in International Parallel Litigation.....	a
Nejad Ali Almasi / Seyyed Hossein As'adi	
The Islamic Jurisprudential Analysis of Article 264 of Islamic Penal Code	b
Abdurreza Asghari / Mahdi Salehi Moghaddam	
Role of Addressees Notice in Validity of Constructive Notification of Judicial Papers	c
Mehdi Hassanzaseh	
The Cases and Effects of Unenforceable Final Judgment	d
Abdollah Khodabakhshi	
The Principles and Procedure of Interpretation of Investment Treaties by Arbitral Tribunals and Priority of International Law over Domestic Law	e
Seyyed Ghasem Zamani / Abolfazl Shiralizade	
A Different Basis for Compensation of Physical Damages Caused by Vehicles.....	f
Ali Ghesmati Tabrizi	
The Interaction of Judicial Enforcement Officials with the Citizens' Privacy of Car	g
Adel Sarikhani / Eman Mohtaram Ghalati	
Government Support for the Victims in Relation to the Legal Fees	h
Seyyed Alireza Mirkamali / Nazanin Hajizadeh	
A Survey on the Conflict of Harm Principle and Free Will in Criminalisation of Abortion	i
Esmaeil Haditabar / Maryam Mehr Motankalaee	

The Judiciary's
**Law
Journal**

The 83rd Year of Publication / No.105 / 2019 Spring

**Scientific - Research Quarterly
Concessionary: The Judiciary**

Director - in - charge: Alireza Amini

Editor - in - Chief: Hossein Mir Mohammad Sadeghi

Executive Director: Mehdi Sabouri Pour

The Editorial Board (in Alphabetical Order):

Nejad Ali Almasi, Mohammad Ali Ardabili, Mohammad

Ashouri, Rabiaa Eskini,

Mohammad Javad Javid, Sam Savad Koohi far,

Seyed Morteza Ghasem Zadeh,

Ali Hossein Najafi Abrand Abadi

Circulation: 200

Price: 50000 R

Fax: 021 - 22091869

Web Site: www.jlj.ir

E-mail: majaleh_hoghooghi@jpri.ir
