
مجله حقوقی
دادگستری

اعضای هیات تحریریه

ربیعا اسکینی/ استاد پژوهشگاه علوم و فنون هسته ای تهران
غلامحسین الهام/ دانشیار دانشگاه تهران
خیراله پروین/ استاد دانشگاه تهران
محمدجواد جاوید/ استاد دانشگاه تهران
ولی رستمی/ استاد دانشگاه تهران
سیامک ره پیک/ استاد دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری
محمدهادی صادقی/ استاد دانشگاه شیراز
محمدحسن صادقی مقدم/ استاد دانشگاه تهران
عباسعلی کدخدائی الیادرانی/ استاد دانشگاه تهران
سید فضل اله موسوی/ استاد دانشگاه تهران
حسین میرمحمدصادقی/ استاد دانشگاه شهید بهشتی

مجله حقوقی دادگستری

فصلنامه علمی پژوهشی قوه قضاییه

- مدیر مسئول: علیرضا امینی
- سردبیر: محمدحسن صادقی مقدم
- مدیر نشریه: لیلاسادات اسدی
- ویراستار انگلیسی: مرضیه سادات آقامیرسلیم
- ویراستار ادبی: سمیه صفایی
- طراح و صفحه آرا: مریم حیدری

- نشانی: بزرگراه شهید چمران، بزرگراه یادگار امام، بعد از خروجی اوین درکه، خیابان شهید قدوسی، پژوهشگاه قوه قضائیه
- تلفکس: ۲۲۰۹۱۸۶۹ - ۰۲۱
- پایگاه الکترونیک: www.jlj.ir
- پست الکترونیک: law.journal1316@gmail.com

فهرست

استثناپذیری قاعده مصونیت دولت‌ها در حقوق بین‌الملل (بررسی موردی شکایت ایران علیه کانادا بر مبنای نقض مصونیت دولت ایران در آراء دادگاه‌های کانادا) ۵
احمدرضا توحیدی، سیدمجتبی شاکری
حق کودک به محیط زیست سالم و پایدار و تعهدات دولت‌ها و دیگر بازیگران ذی‌ربط در گذر تحولات جدید حقوقی بین‌المللی ۴۱
محیا صفاری‌نیا
آسیب‌شناسی قضایی اِعمال دفاع مشروع در دادسرا با تاکید بر قتل عمد ۸۱
سعید قائدی، مجتبی فرح‌بخش
تأملی نو و انتقادی بر نبود مسئولیت مدنی برای دارنده وسیله نقلیه موتوری در فرض راندن آن توسط شخصی غیر از دارنده ۱۱۵
رضا دریائی
مصادیق دعوای مردد (غیرمنجز) و تکلیف دادگاه در مواجهه با آن؛ با تاکید بر رویه قضایی ۱۴۹
مصطفی السان، احسان بهرامی، اکبر الماسی
تأملی نوین در قواعد نحوه مطالبه عین معین تلف شده و اجرای حکم آن ۱۷۹
سحر کریمی، حسین داودی، سید کمال آرمیون
مبداء خسارت تاخیر تادیه چک و محدوده شمول رای وحدت رویه ۸۱۲ دیوان عالی کشور ۲۰۳
فرید صحرائی، علی چگینی
انعطاف‌پذیری در قراردادها ۲۲۳
حبیب طالب احمدی
مطالعه نظریه دعوی پرسشی در حقوق قراردادهای نوین فرانسه و امکان طرح آن در حقوق ایران ۲۵۱
علی کاظمی
تحلیلی بر جنبه‌های توجیهی برتری حق بر قانون در دانش حقوق ۲۸۱
سید مجید موسوی، مهدی هداوند
روش «عناصرشناسی معاملات» جعفری لنگرودی در برابر «منطق صوری» و روش «صدق اسم» و «ارکان و شروط» ۳۱۱
فاطمه محمدقلی‌ها، محمد عبدالصالح شاهنوش فروشانی
بایسته‌های حقوقی حاکم بر هیأت‌های امنای دانشگاه‌ها و مؤسسات آموزش عالی با تاکید بر آراء هیأت عمومی دیوان عدالت اداری ۳۳۵
علی دهقان بنادکی، علی‌محمد فلاح‌زاده
مطالعه تطبیقی مسئولیت مدنی ناشی از هتک شهرت در حقوق ایران، آمریکا و انگلیس ... ۳۶۷
ایرج بابایی، شبیر آزادبخت
حق پاسخ در رسانه در پرتو مطالعات تطبیقی و حقوق ایران ۴۰۳
باقر انصاری، بهناز احمدوند

مجله حقوقی دادگستری

مقاله پژوهشی/ دوره ۸۸/ شماره ۱۲۵/ صفحات: ۴۰-۵
تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۱۲/۰۲ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۳/۰۹

استثناپذیری قاعده مصونیت دولت‌ها در حقوق بین‌الملل (بررسی موردی شکایت ایران علیه کانادا بر مبنای نقض مصونیت دولت ایران در آراء دادگاه‌های کانادا)

احمدرضا توحیدی،[۱] سیدمجتبی شاکری[۲]

چکیده

قاعـــده مصونیت دولت به عنوان قاعده‌ای عرفی که از اصل تســـاوی حاکمیت دولت‌ها نشـــأت گرفته، ســـابقه طولانی در حقوق بین‌الملل دارد. مدت‌هـــا دادگاه‌های داخلی تحت هیچ شرایطی صلاحیت رسیدگی به دعاوی علیه دولت‌ها را نداشتند و مصونیت مطلق بود. به تدریج جامعه جهانی اســـتثناهایی را بر این قاعده پذیرفت که در کنوانسیون مصونیت دولت‌ها و اموال (۲۰۰۴) سازمان ملل متحد احصاء شده است. برخی دولت‌ها از جمله کانادا با توجه منافع خود و اتباعشان، اقدام به شناسایی استثناهای جدید در قوانین خود کردند. دولت کانادا با اصلاح قانون مصونیت دولت ۱۹۸۵ در سال ۲۰۱۲ و تصویب قانون «عدالت برای قربانیان تروریسم» در همان ســـال، صلاحیت طرح دعوی علیه ایران را با ادعای حمایت از تروریسم و نقض حقوق بشر به دادگاه‌هایش اعطا نمود که متعاقبا منجر به به نقض مصونیت دولت ایران در موارد مختلف گردید.

این مقاله با استفاده از روش کتابخانه‌ای و رویکرد توصیفی تحلیلی، ضمن مداقه در منابع حقوق بین‌الملل، به بررســـی پاسخ این ســـوال می‌پردازد که آیا ادعاهایی همانند حامی تروریسم بودن و نقض حقوق بشـــر، می‌تواند به عنوان اســـتثنا جدیدی بـــر مصونیت دولت‌ها در حقوق بین‌الملل به شـــمار آید و به دادگاه‌های داخلی اجازه ورود به پرونده‌های مربوط به شـــکایت از دولت‌ها و رســـیدگی قضایی در این خصوص را اعطا کند. در این راســـتا با بررسی دعوای ایران علیه کانادا در دیوان بین‌المللی دادگستری در تاریخ ۲۶ ژوئن ۲۰۲۳ و با در نظر داشتن وحدت مـــلاک آراء قبلی دیوان از جمله پرونده آلمان علیه ایتالیا (۲۰۱۲)، به نظر می‌رســـد عدم پذیرش استثنا جدید از سوی دیوان محتمل باشد.

واژگان کلیدی: مصونیت دولت، اســـتثناهای مصونیت، نقض حقوق بشر، قاعده آمره، دسترسی به عدالت، تروریسم، قانون سیا.

۱.دانشیارگروه حقوق بین‌الملل، دانشگاه قم، قم، ایران (نویسنده مسئول)
legalart2@gmail.com

۲.دانشجوی دکتری حقوق بین‌الملل، دانشگاه قم، قم، ایران
smojtabash@yahoo.com

درآمد

جمهوری اسلامی ایران در تاریخ ۲۶ ژوئن ۲۰۲۳ (۵ تیر ۱۴۰۲) به صورت اختیاری صلاحیت اجباری دیوان بین‌المللی دادگستری (ICJ)[1] را پذیرفت و فردای همان روز دادخواستی را در دیوان علیه دولت کانادا ثبت کرد.[2] بر اساس این دادخواست، ایران مدعی شد دولت کانادا برخلاف تعهدات بین‌المللی خود اقداماتی قانونی، قضایی و اجرایی علیه ایران و اموالش انجام داده است (Application Instituting Proceedings in the Case Concerning the Violation of Iran's Immunities, 2023: 1). دولت کانادا قبلاً در تاریخ ۱۰ می ۱۹۹۴ اقدام به پذیرش صلاحیت دیوان نموده است[3] و لذا به نظر می‌رسد دیوان در این قضیه صلاحیت رسیدگی و صدور رأی را خواهد داشت.

دولت کانادا در تاریخ ۱۳ مارس ۲۰۱۲ اصلاحاتی را بر قانون صلاحیت دولت ۱۹۸۵ (معروف به قانون سیا SIA)[4] تصویب نمود که طی آن مصونیت قضایی دولت‌هایی که در فهرست کشورهای حامی تروریست هستند را به خاطر اعمال آن‌ها در این خصوص از تاریخ ابتدای ژانویه ۱۹۸۵ لغو نموده و به دادگاه‌های کانادا اجازه رسیدگی در این دعاوی و متعاقبا اجرای حکم را می‌دهد. پس از آن نیز در همان سال قانون «عدالت برای قربانیان تروریسم»[5] را تصویب نمود که به افراد اجازه می‌داد طی این قانون علیه دولت‌هایی که مرتکب این اقدامات در قبال اتباع کانادا در هر کجای دنیا شده باشند، نسبت به اقامه دعوی و دریافت غرامت و خسارت اقدام نمایند. دولت کانادا شش ماه بعد فهرست دولت‌های حامی تروریست را منتشر کرد که سوریه و ایران در آن قرار گرفتند (Order Establishing a List of Foreign State Supporters of Terrorism, 2012: 1). تاکنون به استناد همین موارد دادگاه‌های کانادا با اجرای آراء دادگاه‌های ایالات متحده آمریکا در کانادا و همچنین صدور

1. International Court of Justice
2. https://www.icj-cij.org/declarations/ir
3.https://cil.nus.edu.sg/wp-content/uploads/2019/02/1946-Declarations-recognising-as-compulsory-the-jurisdiction-of-the-ICJ-under-Art-36-Para-2-1-1.pdf
4. State Immunity Act 1985
5. Justice for Victims of Terrorism Act 2012: https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/j-2.5/FullText.html

رأی و اجـــرای آن به صورت مکرر اقدام به نقض مصونیت قضایی و اجرایی دولت جمهوری اســـلامی ایران نموده‌اند. با بررسی اوضاع و احوال زمان اصلاح و تصویب مقررات جدید در خصـــوص صلاحیت دولت‌ها، انگیزه ظاهری و ادعائی پارلمان و دولت کانادا برای پیشـــنهاد و تصویب آن‌ها، حفظ و حراست از حقوق بشر، دفاع از قواعد آمره بین‌المللی و جبران خســـارات زیان دیدگان اقدامات تروریستی بوده است (Bird, Nicol, 2010: 1). در این نوشـــتار با اســـتفاده از روش کتابخانه‌ای و رویکرد توصیفی تحلیلی بر آنیم تا ضمن بررســـی جنبه‌های مختلف قاعده مصونیت دولت‌ها در حقوق بین‌الملل از جملـــه مفهوم، دامنه، محدودیت‌ها و حوزه‌های مرتبط با آن و با نگاه بر یکی از آراء صادره علیه ایران توســـط دولت کانـــادا، با بهره‌گیری از منابع معتبر حقوق بین‌الملل از جمله اســـتناد به آراء صادره دیوان بین‌المللی دادگستری در این زمینه، ضمن اشاره مختصر به سیر تحول صلاحیت رسیدگی به جرائم تروریستی در قوانین ملی کانادا و چند کشـــور اروپائی، به این مهم بپردازیم که ادعاهایی همانند دولت حامی تروریسم و ادعای مقابله با نقض حقوق بشر می‌توانند به عنوان یکی از اســـتثناهای مصونیت دولت‌ها در حقوق بین‌الملل به شمار آید و به دادگاه‌های داخلی اجازه ورود به پرونده‌های مربوط به شـــکایت از دولت‌ها و رسیدگی قضایی در این خصوص را اعطا نماید.

۱. بررسی استثناهای مصونیت در حقوق بین‌الملل

مصونیت[1] در حقوق بین‌الملل در دو حوزه شـــخصی (مصونیت خود دولت) و کارکردی (مصونیت‌های دیپلماتیک و مصونیت ســـران دولت) قابل بحث می‌باشد. این دو مصونیت اگر چه از هم متمایز هســـتند اما ارتباط بســـیار نزدیکی با هم دارند. البتـــه به این مصونیت‌ها باید مصونیت ســـازمان‌های بین‌المللی و کارکنان آن‌ها را نیز افزود (Stoll, 2011: 13). بنابراین مصونیت دولت را می‌توان به عنوان بخشی مهم از حقوق بین‌الملل دانســـت. قاعده مصونیت دولت در میان دکترین اینگونه تعریف شده اســـت: «حق دولت و ارکان آن که توسط ارکان قضایی سایر دولت‌ها به دلیل اعمالی که مرتکب می‌شوند، مسئول شناخته نشوند» (Brohmer, 1998: 3).

مصونیت راجع به دولت، اموال دولتی و برخی مســـؤولین دولت در سه سطح

1. Immunity

مصونیت از تعرض،[1] مصونیت قضایی[2] و مصونیت اجرایی[3] پذیرفته شده است. محاکم اکثریت کشورها مصونیت را به عنوان یک اصل حقوق بین‌الملل به رسمیت می‌شناسند (کمایستانی، ۱۳۷۱: ۱٤٤).

قاعده مصونیت دولت زمانی مطرح می‌شود که در محاکم داخلی دولت مقر دادگاه به بررسی و دادخواهی بر علیه دولت خارجی دیگری پرداخته شود. به عبارت دیگر در صورتی که دولت یا یکی از ارکان آن در محاکم سایر دولت‌ها مورد تعقیب قضایی قرار گیرند، دولت خارجی می‌تواند در مقام دفاع به مصونیت استناد نماید.

کمیسیون حقوق بین‌الملل در ۲ دسامبر ۲۰۰٤ پیش‌نویس کنوانسیون سازمان ملل متحد در خصوص مصونیت‌های قضایی دولت‌ها و اموال آن‌ها را به تأیید مجمع عمومی رساند و پس از آن برای امضا دولت‌ها مفتوح می‌باشد. کمیسیون در تفسیر خود از اصطلاح مصونیت چنین اظهار داشته که «این اصطلاح شامل عدم اعمال تمامی اشکال اقتدارات اجرایی و اداری است. به عبارت دیگر شامل تمامی فرایندهای قضایی، از شروع دادرسی گرفته تا صدور حکم، اجرا و اقدامات تأمینی می‌شود» (United Nation Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property, 2004: Article1) که دراین مفهوم تمام مراحل رسیدگی اعم از آغاز و طرح دعوی، ابلاغ اخطاریه‌ها، تحقیقات، بازپرسی، محاکمات، قرارهای موقت، تصمیمات و صدور احکام در مراحل مختلف رسیدگی تا مرحله اجرای حکم را در برمی‌گیرد.

بر اساس ماده ۵ کنوانسیون مذکور، چتر مصونیت بر سر اموال دولت نیز کشیده شده است. بدین شکل که مصونیت نه فقط شامل مصونیت دولت دربرابر رسیدگی قضایی محاکم داخلی دولت دیگر است، بلکه شامل مصونیت اموال آن دولت از اقدامات تأمینی، مالی و اجبارکننده مانند قرارهای تامین، دستور موقت و اجرائیه‌ها نیز می‌گردد (United Nation Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property, 2004: Article 5).

مصونیت دولت‌ها در حقوق بین‌الملل تا مدت‌ها به عنوان قاعده عرفی مطلق

1. inviolability
2. Jurisdictional Immunity
3. executive immunity

تلقی می‌گردیده که با گذر استثناهایی از سوی جامعه بین‌المللی برای این قاعده پذیرفته شده است. نکته‌ای که باید خاطر نشان کرد این که باید دقت نمود که این استثناها به معنای «عدم مصونیت» نیست و به طور اصولی با موضوع عدم مصونیت متفاوت است. در واقع این استثناها به موقعیت‌هایی اشاره دارد که در خلال آن افرادی (دولت یا مقامات رسمی آن) که بر اساس قاعده مصونیت علی‌الاصول باید از آن بهره می‌بردند، به خاطر برخی دلائل خاص نمی‌توانند از مصونیت برخوردار باشند، اما در بحث «عدم مصونیت» اصولاً افراد از ابتدا فاقد مصونیت هستند. به عنوان نمونه در خصوص جرائمی که افراد در صلاحیت خصوصی و فردی خود انجام داده‌اند، قابل تعقیب بوده و صلاحیت قضایی در خصوص آن‌ها از ابتدا موجود است (Ren, Jin, 2021: 290).

برخی از مهم‌ترین استثناهای مربوط به مصونیت دولت‌ها که در کنوانسیون ملل متحد در خصوص مصونیت دولت‌ها نیز به آن اشاره شده و مورد قبول اکثریت دولت‌ها در جامعه جهانی است در ذیل آمده است.

۱-۱. اعمال تجاری (تصدی)

یکی از موارد، قائل شدن تفاوت میان اعمال حاکمیتی دولت‌ها با اعمال تجاری یا مربوط به تصدی‌گری آن‌ها است. مصونیتی که در حقوق بین‌الملل برای دولت‌ها پذیرفته شده تنها مربوط به اعمال حاکمیتی است و شامل اعمال تجاری نمی‌شود. اعمال حاکمیتی ماهیتاً دارای صفت و ماهیت عمومی هستند، تنها توسط عناصر حاکمیت قابل اعمال است و شامل فعالیت‌هایی است که در مقام اجرای حاکمیت دولت انجام می‌گیرد (عبداللهی و شافع، ۱۳۸٦: ۷۱-٦۵).

کنوانسیون اروپایی مصونیت دولت مصوب ۱۹۲۷، در ماده ۲۷ خود اعمال تصدی را اعمالی می‌داند که دولت در آن‌ها در مقام شخص خصوصی عمل می‌کند (European Convention on State Immunity, 2017: 9).

در دکترین و رویه دولت‌ها، به طور سنتی دو معیار برای تمیز اعمال تصدی از اعمال حاکمیتی شناخته شده است؛ یکی از آن‌ها مبتنی بر ماهیت عمل دولت خارجی و دیگری مبتنی بر کارکرد و هدفی است که این عمل برای آن در نظر گرفته شده است. در معیار هدف، انگیزه و هدف دولت خارجی از انجام فعالیت‌هایش،

معیار سنجش آن عمل قرار می‌گیرد، اما در معیار ماهیت، ویژگی و ماهیت یک فعالیت مورد توجه قرار می‌گیرد و کاری به اهداف و انگیزه‌های فاعل آن ندارد (عبداللهی و شافع، ۱۳۸٦: ۷۱-٦۵).

۲-۱. انصراف از مصونیت

انصراف از مصونیت یا رضایت (اعم از صریح یا ضمنی) به اعمال صلاحیت که در حقوق بین‌الملل هم به رسمیت شناخته شده و در ماده ۷ کنوانسیون مصونیت دولت‌ها آمده، یکی از مواردی است که مصونیت دولت منتفی می‌گردد. آنچه از ماده ۷ کنوانسیون برمی‌آید این است که رضایت باید به طور صریح صورت پذیرد و این عبارت که «هرگونه موافقت‌نامه‌ای از جانب یک دولت مبنی بر اعمال حقوق دولتی دیگر، به عنوان رضایتی بر اعمال صلاحیت دادگاه‌های آن کشور دیگر قلمداد نخواهد شد» (بند ۲ ماده ۷) نیز مؤید این گفته است و در نهایت، برای اعمال صلاحیت دادگاه باید دلیل و مدرکی آشکار و صریح بر این رضایت وجود داشته باشد. شرکت ماهوی در دعوا (نه صرف دفاع) و تا حدودی دعوای متقابل، تنها راه انصراف ضمنی از مصونیت است که مورد تأیید کمیسیون حقوق بین‌الملل قرار گرفت (حبیبی مجنده و دیگران، ۱۳۹۳: ۸۷).

۳-۱. دعوای متقابل

دعوای تقابل که در حقوق بین‌الملل استثنایی بر مصونیت تلقی می‌شود، سه جنبه یا صورت دارد: نخست، دولتی نزد دادگاه خارجی اقدام به طرح دعوا کند و در پاسخ به این دعوا و در همان موضوع علیه او دعوای تقابلی مطرح شود. در این صورت، در رابطه با دعوای اخیر نمی‌تواند به اصل مصونیت استناد کند (بند ۱ ماده ۹ کنوانسیون مصونیت)؛ دوم، دولت خارجی در دعوایی نزد دادگاه دولتی دیگر وارد شود و در این حال، دعوای تقابلی علیه وارد مطرح شود، این دولت نمی‌تواند به مصونیت استناد کند (بند ۲ ماده ۹ کنوانسیون)؛ سوم، دولت خارجی در پاسخ به دعوایی که علیه او در دادگاه کشوری دیگر مطرح شده، دعوای تقابل طرح کند (بند ۳ ماده ۹ کنوانسیون).

٤-۱. شبه‌جرم‌های ارتکابی و مسئولیت مدنی

در صورتی که شـــبه‌جرم‌های ارتکابی موجب خسارت به اشخاص حقیقی یا حقوقی شده باشد، یکی دیگر از استثناهای مصونیت دولت است. شبه‌جرم‌ها برخلاف اعمـــال تجاری، عمدتاً اعمال غیرارادی اســـت که با ایراد خســـارت به غیر، موجب مسئولیت خارج از قرارداد یا قهریِ دولت‌های خارجی می‌شود و بنا بر مفروض شامل اعمال حاکمیتی نیســـت، بلکه صرفا اعمال تصدی قابلیت این را دارد که موجب بروز شبه‌جرم و عواقب آن شود.

عناصر این عمل بنابر آنچه کمیســـیون حقوق بین‌الملـــل بیان می‌دارد عبارت اســـت از: نخست، صدمه یا مرگ اشـــخاص که منجر به اقامه دعوای جبران خسارت مالی شده باشد؛ دوم، خسارت به اموال عینی وارد شده باشد؛ سوم، این نتایج از فعل یا ترک فعل دولت حاصل شده باشد؛ چهارم، فعل یا ترک فعل در کل یا بخشی از آن، در خاک آن دولت دیگر صورت گرفته باشـــد و مرتکب در سرزمین محل وقوع عمل یافت شود (ماده ۱۲ کنوانسیون مصونیت دولت‌ها).

کنوانسـیون به عنصر ســـرزمینی این عـمل اهمـیت بسـیار داده اسـت (هم ارتکاب تمـام یا بخـشی از عـمل و هم حضور مرتکـب در سـرزمین متبـوع دادگاه) لـزوم وجـود این عنصر در کنوانـسیون اروپایـی مصونیت نیـز برجـسته شده اسـت (European Convention on State Immunity, 1972: article. 11).

۲. نقض مصونیت ایران توســـط کانادا و اقامه دعـــوی در دیوان بین‌المللی دادگستری با توجه به پرونده زارعی علیه ایران

دولـــت کانادا در تاریخ ۱۳ مارس ۲۰۱۲ اصـلاحاتی را بر قـانون صلاحیت دولت ۱۹۸۵ (معروف به قانـــون ســـیا SIA)[1] وارد کرد که طی آن مصونیت قضایی دولت‌هایی که در فهرست کشورهای حامی تروریست هستند را به خاطر اعمال آن‌ها در این خصوص از تاریخ ابتدای ژانویـــه ۱۹۸۵ لغو کـرده است. در تاریخ ۷ سپتامبر همان سال، فهرست دولت‌های حامی تروریسم منتشر شـــد که در این فهرست تنها نام دولت‌های ایران و ســـوریه درج شـــده بـــود (Order Establishing a List of Foreign State Supporters of Terrorism, 2012: 170). ایـــن قانون هدف خود

1. State Immunity Act 1985

را امکان طرح دعوا برای قربانیان تروریسم اعلام کرده تا هر شخص کانادایی یا مقیم کانادای زیان‌دیده از اقدامات تروریستی در هر جای جهان بتواند خسارت‌های وارده از جانب تروریست‌ها و دولت خارجی حامی آن‌ها را که مصونیتش ذیل بخش ٦.١ قانون مصونیت دولت خارجی نقض شده (١٩٨٥) مطالبه کند. همچنین دادگاه کانادا می‌تواند طبق این قانون، آرای دادگاه‌های خارجی علیه دولت‌های حامی تروریسم را شناسایی و به موقع اجرا گذارد (Justice for Victims of Terrorism Act, 2012: 2, 4). بر اساس این تغییرات در قوانین داخلی کشور کانادا، دادگاه‌های این کشور اقدام به نقض مصونیت قضایی و اجرایی ایران از طریق شناسایی و اجرای آراء صادره در ایالات متحده آمریکا علیه ایران در کانادا و یا صدور آراء علیه ایران در کشور کانادا کردند. دولت ایران از ابتدا به این موضوع اعتراض کرد و از مجاری رسمی و دیپلماتیک سعی در حل و فصل آن نمود (Application Instituting Proceedings in the Case Concerning the Violation of Iran's Immunities, 2023: 1)، اما دولت کانادا در رویه خود تجدید نظر نکرد و محاکم آن کشور به نقض مصونیت دولت ایران ادامه دادند. نهایتاً ایران در ٢٦ ژوئن ٢٠٢٣ (٥ تیر ١٤٠٢) به صورت اختیاری صلاحیت اجباری دیوان بین‌المللی دادگستری را به صورت کاملا محدود و مضیق به موضوع دعوا پذیرفت و فردای همان روز دادخواستی را در دیوان علیه دولت کانادا ثبت نمود؛ مبنی بر این که این دولت برخلاف تعهدات بین‌المللی خود اقداماتی قانونی، قضایی و اجرایی علیه ایران و اموالش انجام داده و مصونیت قضایی و اجرایی دولت ایران را نقض نموده است.

دولت کانادا پیش از این در سال ١٩٩٤ اعلامیه پذیرش صلاحیت اجباری دیوان بین‌المللی دادگستری را مطابق ماده ٣٦ (٢) اساسنامه دیوان صادر کرده است.[1] در این اعلامیه، تنها چند مورد از صلاحیت دیوان استثنا شده است: توافق طرف‌های اختلاف بر توسل به سایر شیوه‌های حل و فصل مسالمت‌آمیز اختلاف، اختلاف‌های کانادا با دولت‌های مشترک المنافع، اختلاف‌های مربوط به مسائلی که طبق حقوق بین‌الملل در صلاحیت انحصاری دولت کاناداست و اختلاف‌های مربوط به تدابیر اتخاذ شده

1.https://cil.nus.edu.sg/wp-content/uploads/2019/02/1946-Declarations-recognising-as-compulsory-the-jurisdiction-of-the-ICJ-under-Art-36-Para-2-1-1.pdf

از سوی کانادا در خصوص کشتی‌های ماهی‌گیری در منطقه نافو رِگولِیتوری[1] براساس کنوانسیون ماهی‌گیری آتلانتیک شمال غربی۱۹۷۸,[2] بر همین اساس دعوای ایران علیه این دولت در خصوص نقض مصونیت در زمره این استثناها نبوده و قابل طرح در دیوان است (بذّار، ۱۳۹۹: ۲۷٦). البته این نکته قابل ذکر است که دولت کانادا در آگوست ۲۰۲۳ طی اعلامیه جدیدی،[3] اعلامیه قبلی را ابطال و استثناهای بیشتری را بر پذیرش اجباری صلاحیت دیوان وارد کرد؛ با این وجود دیوان همچنان نسبت به دعوای ایران دارای صلاحیت لازم است.

دولت ایران در دادخواست خود به موارد متعدد نقض مصونیت قضایی و اجرایی خود از سوی دولت کانادا در طول یازده سال گذشته اشاره کرده است. از جمله مواردی که دادگاه‌های کانادا به اجرای احکام صادره در ایالات متحده آمریکا در کشور کانادا رأی داده‌اند و همچنین مواردی که دادگاه‌های کانادا مستقلاً پرونده‌هایی را علیه ایران رسیدگی کرده و به مرحله صدور رأی و اجرا رسیده و یا در حال رسیدگی می‌باشد. ایران در این دادخواست درخواست کرده است که کانادا باید تضمین لازم را بدهد که در حوزه قانونی، قضایی و اجرایی اقدامی را علیه ایران بر اساس قاعده عرفی مصونیت دولت‌ها انجام نخواهد داد و تضمین لازم بدهد که آراء صادره به نحو مقتضی باطل و جبران خسارت‌های وارده به ایران به نحو کامل صورت پذیرد (Application Instituting Proceedings in the Case Concerning the Violation of Iran's Immunities, 2023: 14).

همان‌گونه که اشاره شد دولت کانادا در دو بخش، مصونیت قضایی و اجرایی دولت ایران نزد محاکم داخلی خود را نادیده گرفته است. محور نخست به شناسایی و اجرای برخی از آرای صادر شده علیه ایران در محاکم ایالات متحده مربوط می‌شود که محاکم داخلی کانادا، حداقل دو مال غیرمنقول متعلق به دولت ایران و سرمایه‌های موجود در دو حساب بانکی به نام سفارت ایران در کانادا را توقیف کردند (Application Instituting Proceedings in the Case Concerning

1. NAFO Regulatory
2. https://cil.nus.edu.sg/wp-content/uploads/2019/02/1946-Declarations-recognising-as-compulsory-the-jurisdiction-of-the-ICJ-under-Art-36-Para-2-1-1.pdf, 2
3. https://www.icj-cij.org/declarations/ca

the Violation of Iran's Immunities, 2023: 8-10)؛ محـــور دوم به طرح دعاوی مختلفـــی در دادگاه‌های کانادا و صدور رأی در تعـــدادی از پرونده‌ها علیه ایران بود. یکی از این پرونده‌ها مربوط به دعوای تعدادی از قربانیان حادثه غم‌انگیز پرواز شماره PS 752 هواپیمای بین‌المللی اوکراین علیه ایران مـربوط می‌شود. برای روشن‌تر شدن موضوع، در ادامه به بررسی این رأی و محک زدن استدلال‌های آن می‌پردازیم.

موضوع این پرونده، شـــکایت تعدادی از خانواده‌هـــا از جمله آقای زارعی و افراد دیگری که در هواپیمای اوکراین طی حادثه ۸ ژانویه کشـــته شـــدند، علیه دولت ایران به عنوان مســـئول آن حادثه می‌باشد (Zarei v. Iran, 2021: 1). قاضی در ابتدا با اشـــاره به بخش ۳ (۱) قانون سیا اشاره می‌کند. با توجه به این که خوانده این دعوا دولت خارجی اســـت از هرگونه تعقیب قضایی در دادگاه‌های کانادا بر اســـاس این قانون مصون است مگر این که مشـــمول استثناهای برشمرده شده در این قانون شود (Zarei v. Iran, 2021: 2).

شـــاکی پرونده مدعی اســـت که در این قضیه قانون اصلاح شده سیا به همراه مصوبـــه بعد از آن تحـــت عنوان «عدالت برای قربانیان تروریســـم» اجازه می‌دهد که شـــهروندان در جایی که اقدامات تروریســـتی صورت گرفته باشـــد علیه دولت‌های خارجـــی اقامه دعوا کنند و در این پرونده اقدام ادعایی دولت ایران در حمله به پرواز ۷۵۲ اقدامی تروریستی است و لذا دادگاه‌های کانادا صالح به رسیدگی در این موضوع هستند (Zarei v. Iran, 2021: 5).

دادگاه در بررسی ادعای شاکیان پرونده اعلام می‌کند همان گونه که در پرونده تریســـی[1] علیه ایران اعلام شده، قصد پارلمان از «ایجاد یک استثنا جدید بر مصونیت دولت» به هدف بازدارندگی از تروریســـم، تســـهیل پیگیری برای شاکیان برای اقامه دعوا علیه دولت‌های حامی تروریست که دارایی‌هایی در کانادا دارند برای دست‌یابی به قضاوت رضایت‌بخش می‌باشد (Tracy v. Iran, 2017: 52).

دادگاه در ادامه اســـتدلال خود برای احراز صلاحیت برای رســـیدگی به این دعوا اعلام کرد: «همان‌گونه که دادگاه تجدیدنظر در دعوای تریسی علیه ایران تشریح نموده: نگاه ساده به قانون عدالـت برای قربانیان تروریسم به همراه اصلاحی هم‌زمان

1. Tracy

در قانون سیا، مشخص می‌کند که مصونیت ایران از رسیدگی‌های مدنی مرتبط با تروریسم در سپتامبر ۲۰۱۲ ملغی شده و ایران را برای اقدامات تروریستی که آن‌ها حمایت نموده و از تاریخ ژانویه ۱۹۸۵ به بعد اتفاق افتاده در معرض مسئولیت قرار می‌دهد (Zarei v. Iran, 2021: 46).

سپس دادگاه با این تحلیل از ادعای مطرح شده توسط شاکیان و استناد به مواد قانونی مذکور اعلام می‌کند که بر اساس اصلاحی قانون سیا و قانون عدالت برای قربانیان تروریسم، شاکیان اجازه دارند تا خوانده‌های ایرانی را به خاطر شلیک به پرواز ۷۵۲ اگر بتوانند ثابت کنند که حملات موشکی اقداماتی است که بر اساس هریک از بندهای ۸۳.۰۲ تا ۸۳.۰٤ و ۸۳.۱۸ تا ۸۳.۲۳ قانون مجازات کانادا قابل مجازات هستند، تحت تعقیب قضایی قرار دهند (Zarei v. Iran, 2021: 26). مواد از قانون مجازات کانادا به بیان و تشریح اقدامات تروریستی می‌پردازد.

در نهایت دادگاه با توجه به شرایط پرونده و استدلال‌های شاکیان و بررسی‌های انجام شده اعلام می‌کند که این پرونده حاوی ساقط نمودن هواپیمای مسافربری است؛ بنابراین تعریف «اقدام تروریستی» همان‌گونه که در ماده ۸۳.۰۱ (۱) (الف) آمده، قابل اعمال بر این موضوع می‌باشد (Zarei v. Iran, 2021: 31).

دادگاه پس از احراز صلاحیت وارد ماهیت پرونده و بررسی موارد مربوط به آن می‌شود. در ادامه با توجه به طرح دعوی علیه ایران در دادگاه‌های کانادا، با تمسک به تروریستی بودن اقدامات ایران، ابتدا لازم است سیر تحول نگرش قانون‌گذاران کانادایی و حوزه کشورهای اروپایی به اقدامات تروریستی، به عنوان کشورهای پیش‌رو در وضع قوانین در این حوزه و متعاقباً جرم‌انگاری اعمال تروریستی و ایجاد صلاحیت برای دادگاه‌ها جهت رسیدگی به آن‌ها به نحو مختصر تشریح شود؛ سپس ضمن بررسی مستمسک دولت کانادا برای صدور چنین آرایی بر اساس رویه‌های موجود بین‌المللی، دکترین و با نظر به آراء دیوان بین‌المللی دادگستری در این خصوص به این موضوع خواهیم پرداخت که آیا ادعای کانادا قابلیت ایجاد استثنا جدیدی بر قاعده مصونیت دولت‌ها را دارد یا این که دولت کانادا با اعتبار بخشیدن به رأی و اجرای آن موجب نقض مصونیت دولت ایران شده و مسئولیت بین‌المللی در رفع آثار آن دارد.

۳. سیر تطور صلاحیت در رسیدگی به جرایم تروریستی

ارائه تعـــریفی از تروریســـم امری دشوار اســـت و هیچ اجماعی نه در حوزه آکادمیک و نه در میان کشورها در خصوص تعریف تروریسم از حیث جامعه‌شناختی، سیاسی و حقوقـــی وجود نـــدارد. جهت دست‌یابی به فهمی اجمالی و ادراک این مـفهـوم مبهـــم ولی پرکـاربرد در عرصـه بین‌المـــللی، می‌توان به تعریـف برخـی اندیـــشمندان حوزه حـــقوق بین‌المـــلل از تروریسم اشـــاره کرد. از منـظر آن‌ها تروریـــسم گونـه‌ای از خشونت اسـت که هـمراه با اســـتفاده نظام‌منـد یا تـهدید به توســـل به قـــتل، جرح و خراب‌کاری برای تهدید یا ترساندن گروه مورد نظر که وســـیع‌تر از قربانیـان آنی جرم مـی‌باشند و یا به منـظور ایـجاد جـو رعب و هراس صورت می‌گـیرد (نجفی ابرندآبادی و هاشم‌بیکی، ۱۳۹۷: ۲۷۲).

تقریبا می‌توان ادعا کرد که تروریســـم و تروریست، واژه‌ای نوظهور در عرصه حقوق بوده و همانند اصطلاحات حقوقی دیگر دارای پیشـــینه قانون‌گذاری و تدوین در مجموعه‌های قانونی نیســـت. شـــاید بتوان ادعا کرد نقطه عطف توجه به تروریسم به عنوان یک جرم مســـتقل پس از حوادث ۱۱ سپتامبر ۲۰۰۱ در ایالات متحده آمریکا بوده اســـت. اتحادیـــه اروپا پس از حملات ۱۱ ســـپتامبر ۲۰۰۱ اقدامات جدی را در خصوص مقابله با تروریســـم در دســـتور کار خود قرار داد. بر اساس موضع مشترک شـــورای اتحادیه[1] که چند روز پس از حملات ۱۱ سپتامبر اتخاذ گردید، «تروریسم به عنوان یک چالش عینی در سطح جهان و اروپا و به عنوان یکی از اولویت‌های اتحادیه اروپا مطرح شد» (عابدینی، ۱٤۰۱: ۲۳۸). در همین زمان تعدادی از کشورها از جمله کانادا و کشـــورهای حوزه اروپا به دنبال جرم‌انگاری در زمینه تروریسم و یا بازنگری قواعد پیشـــین برآمدند. در ادامه به سیر تحول قوانین مربوط به تروریسم در برخی از آن‌ها اشاره می‌گردد.

۱-۳. تحول جرم‌انگاری تروریسم در کانادا

متعاقب حادثه تروریســـتی ۱۱ سپتامبر ۲۰۰۱ در آمریکا، کنگره آمریکا قانونی را به تصویب رساند که طبق آن دولت موظف به اتخاذ تدابیر شدید امنیتی و برخورد جدی‌تر با پدیده تروریســـم و فعالیت‌های تروریســـتی شد. این قانون که به نام قانون

1. Council Common Position, 2001.

میهن‌پرســـتی[1] شهرت یافت، الگوی تمام عیاری برای ســـایر کشورها از جمله کانادا محســـوب می‌شـــود. قانون ضد تروریســـم کانادا بلافاصله و در واکنش به حوادث تروریســـتی یازده سپتامبر توسط دولت لیبرال کانادا به مجلس این کشور ارائه و نهایتاً قانون C-36 به تصویب و در تاریخ ۱۱ دسامبر ۲۰۰۱ میلادی به توشیح مقام سلطنت نیز رســـید. قانون ضد تروریسم کانادا که شش بخش دارد، قانونی کاملاً مستقل و در عرض ســـایر قوانین نیســـت، بلکه قانون‌گذار با تصویب آن، به غیر از تأسیس قانون مؤسسات خیریه، در حقیقت برخی دیگر از قوانین موجود در کانادا را جهت تقویت و تجهیز آن در مقابله با پدیده تروریسم مورد اصلاح و تکمیل قرار داده است.

چندین حادثه تروریســـتی در اواخـــر اکتبر ۲۰۱٤، موجب شـــد اهمیت نیاز به قانون جدید ضد تروریســـم در کانادا برجســـته شـــود. در واکنش به این حملات تروریســـتی، دولت کانادا در ماه ژانویه ۲۰۱۱ مجموعه‌ای از اقدامات قانونی را برای ارتقای قابلیت‌های ضد تروریسم (دفاعی) و ضد تروریستی (تهاجمی) کشور معرفی کـــرد. این ارتقاء از طریق تصویـــب اصلاحیه‌ای بر قانـــون C-13 (قانون حمایت از شهروندان کانادایی در برابر جرایم اینترنتی)،[2] قانون S-4 (قانون حفظ حریم شخصی دیجیتال)،[3] لایحه C-44 (قانون اصلاح قانون امنیت اطلاعات کانادا)[4] و مهم‌تر از همه، قانون ضد تروریســـم بوده اســـت؛ بنابراین قانون C-51 به عنوان اولین و جامع‌ترین اصلاحیه بر قانون ضد تروریســـم کشـــور از سال ۲۰۰۱ محســـوب می‌شود؛ چرا که بـــه موجب آن تعداد معتنابهی از قوانین کانادا، ازجمله قانون جزای این کشـــور مورد اصلاح قرارگرفت. هدف از این قانون تقویت قدرت و گســـترش اختیارات سرویس اطلاعاتی کانادا (CSIS)،[5] جرم‌انگاری ترویج تروریسم و ارائه مجوز جهت بازداشت پیش‌گیرانه می‌باشـــد (احســـان‌پور و دیگران، ۱٤۰۲: ٤). از مهم‌ترین ویژگی‌های این قانون، ارائه تعریفی از تروریســـم و وارد کردن عنوان آن به ادبیات کیفری کانادا بود. پیش از تصویب قانون ضد تروریســـم کانادا، قانون جزای این کشـــور حاوی تعریف

1. Patriot Act
2. Law Protecting Canadians from Online Crime
3. Digital Privacy Act
4. Act to Amend the Canadian Security Intelligence Act
5. Canadian Security Intelligence Service

مشـــخصی از فعالیت‌های تروریســـتی نبود. با تصویب قانون ضد تروریسم، تعریف موســـعی از دو مفهوم «فعالیت‌های تروریستی» و «گروه‌های تروریستی» ارائه و بدین نحو قانون جزای کانادا اصلاح شده است.

۲-۳. فرانسه و صلاحیت رسیدگی به جرائم تروریستی

با نگاهی به قوانین مرتبط با مبارزه با تروریســـم در فرانســـه به عنوان کشـــور صاحب سبک در عرصه بنیان‌های حقوقی می‌توان به درک بهتری از سیر تحول و تطور جرم‌انگاری اعمال تروریســـتی در دنیا و به ویژه در کشـــورهای اروپایی دست یافت. سیاســـت کیفری فرانسه در مقابله با اعمال تروریستی در حقوق کیفری فرانسه در سه مرحله قابل ارزیابی است: مرحله نخست، دورانی است که سیاست کیفری فرانسه در قبال این اعمال مبتنی بر مدارا اســـت. اعمال تروریستی در این دوران ناشناخته بوده و چندان توجهی به آن نمی‌شده است؛ در مرحله دوم، قانون‌گذار به دلیل افزایش سریع اعمال تروریستی، ضرورت وجود یک سیاست جنایی تقنینی سنجیده در این زمینه را احساس می‌کند. در ســـال ۱۹۸۱ و متعاقب با تصمیم به حذف دیوان امنیت دولت و در بحبوحه بحث‌های سیاســـی و انتخاباتی، میزان اعمال تروریستی در این کشور رو به افزایش گذاشـــت که قانون‌گذار را به اتخاذ رویه سختگیرانه‌تری در این خصوص وا داشـــت. به همین دلیل قانون ۱۰۲۰-۸۶ در ۹ سپتامبر ۱۹۸۶ به تصویب رسید. در ســـال ۱۹۸۷ فرانسه به کنوانسیون استراسبورگ که بین کشورهای عضو شورای اروپا برای همکاری در راستای مبارزه با تروریسم بود پیوست و در نتیجه صلاحیت محاکم فرانسه را به جرائم تروریســـتی خارج از سرزمین فرانسه نیز توسعه داد؛ مرحله سوم مبتنـــی بر اقدامات نوآورانه قانون جزای فرانســـه و از جملـــه، ارائه تعریف از جرائم تروریســـتی و وارد نمودن عنوان مجرمانه جرائم تروریســـتی در قانون جزای فرانسه برای نخســـتین بار در ســـال ۱۹۹۲ بود که در ماده ۱-۴۲۱ ایـــن قانون، اقدام عمدی فـــردی و یا گروهی را که هدف آن اخلال در نظم عمومی از طریق ارعاب و یا ترور باشد، عمل تروریستی دانسته شد. با توجه به افزایش اعمال تروریستی در طول زمان، قانون‌گذار فرانســـه از ۱۹۹۶ تاکنون برای مبارزه با اعمال تروریستی اقدام به افزایش مکرر مجازات‌های اعمال تروریستی به همراه توسعه جرم‌انگاری جرائم تروریستی از طریق جرم‌انگاری‌های جدید کرده است (مجیدی، ۱۳۸۶: ۱۷۰-۱۶۸).

٤. نقد مستمسک کانادا برای نقض مصونیت ایران

با نگاهی به پرونده زارعی علیه ایران و دیگر آراء صادره یا اجرا شده در کانادا علیه ایران و همچنین بررسی مستندات این آراء یعنی دو قانون سیا با اصلاحات بعدی و قانون «عدالت برای قربانیان تروریسم» و اوضاع و احوالی که منجر به تصویب این قوانین شد، از جمله طرح پیش‌نویس اصلاح قانون و مذاکرات پارلمان کانادا و نظریات اندیشمندان این حوزه در کانادا می‌توان ادعا کرد منشأ اعتقاد به لزوم وضع محدودیت‌های جدید برای قاعده مصونیت دولت‌ها در کانادا می‌تواند به دلیل توجه به یکی از موارد زیر بوده و دفاعیات کانادا در دعوای مطرح شده در دیوان احتمالا مستند به این موارد خواهد بود:

نخست، حمایت از حقوق بشر و جلوگیری از نقض آن از طریق مبارزه با تروریسم؛

دوم، تفوق قواعد آمره بر دیگر قواعد حقوق بین‌الملل؛

سوم، دسترسی به عدالت و جبران خسارت زیان‌دیده.

در ادامه به بررسی هریک از این موارد و پاسخ این پرسش می‌پردازیم که آیا با توجه به منابع حقوق بین‌الملل از جمله عرف، معاهدات، آراء محاکم قضایی بین‌المللی و دکترین می‌توان پذیرفت که این موارد قابلیت ابداع استثنا جدیدی بر قاعده مصونیت دولت‌ها دارد.

٤-١. حمایت از حقوق بشر و جلوگیری از نقض آن از طریق مبارزه با تروریسم

برخی حقوق‌دانان با توجه به تحولات شکل گرفته در دوران پساجنگ سرد در خصوص حقوق بین‌الملل و ورود مفاهیم جدید به آن معتقدند که در شرایطی که دولتی اقدام به نقض حقوق بشر می‌نماید، دیگر امکان استناد به مصونیت قضایی را از دست خواهد داد (Karagiannakis, 1998: 20) (Caplan, 2003: 765-770). آن‌ها در این زمینه سه دیدگاه تحلیلی را ارائه می‌دهند: دیدگاه نخست، نظریه سلسله مراتب قانونمند است که براساس آن زمانی که یک دولت حمایت‌های حقوق بشری را که به عنوان هنجارهای بنیادین حقوق بین‌الملل قلمداد شده نقض می‌کند، مصونیت قضایی آن دولت لغو می‌شود (Caplan, 2003: 765-770)؛ دیدگاه دوم بر این

حقیقت مبتنی است که اگر یک دولت هر کدام از قـــواعد بنیـــادین حقوق بشر را نقض کند همانند دولتی است که به طور ضمنی از مصونیت خود انـصراف داده است (Karagiannakis, 1998: 20)؛ دیدگاه ســـوم نیز بر این پایه اســـتوار است که نقض قواعد بنیادین حقوق بشر به عنوان جرم بین‌المللی قلمداد و مصونیت دولت در زمینه جرایم ارتکابی لغو می‌شـــود. به عبارت دیگر، اعطـــای مصونیت قضایی به دولت‌ها در رابطه با اعمالی که به عنوان جرم بین‌المللی قلمداد می‌شـــود، می‌تواند ارزش‌های جهانی را که فراتر از منافع یک دولت واحد است تضعیف کند.

پارلمان کانادا نیز متأثر از اندیشـــمندانی که طرفـــدار نقض مصونیت به دلیل نقض حقوق بشـــر هســـتند در طرح توجیهی پیش‌نویس قانون «عدالت برای قربانیان تروریسم» مدعی اســـت که مصونیت دولت‌ها قاعده حقوق بین‌الملل عرفی است که مدت‌ها به صورت مطلق با آن برخورد می‌شـــده، امـــا در گذر زمان و به خصوص با تحولات سال‌های اخیر در حقوق بین‌الملل، محدودیت‌هایی بر آن عارض شده است. یکی از این محدودیت‌ها مربوط به جایی اســـت که قربانیان یک جنایت تروریســـتی خواسته‌ای را علیه یک دولت حامی تروریست مطرح می‌کنند (Bird, Nicol, 2010: 1). قانون مجازات در قســـمت‌های a و b بند اول بخش اول ماده ۸۳ علاوه بر اشاره به کنوانســـیون‌هایی که در خصوص تروریســـم وجود دارد، به اعمالی که شاکله فعل تروریست را می‌ســـازد از قبیل کشتن، تهدید حق حیات، وارد آوردن صدمه بدنی به دلیل خشـــونت و صدمه به حق بهداشت عمومی اشـــاره می‌کند که انجام هر یک از آن‌ها مســـتلزم نقض یکی از حقوق بشر خواهد بود (Criminal Code of Canada, 1985). این موضوع را در تشـــریح دادگاه از رأی صادره در دعوای زارعی علیه ایران نیز می‌توان برداشـــت کرد؛ بنابراین با توجه به ابهام در تعریف و حدود تروریسم در حقوق بین‌الملل، می‌توان ادعا کرد غیر از مواردی که فعل یا ترک فعلی توسط معاهده عام‌الشـــمولی به عنوان تروریســـتی شناخته شـــود، در بقیه موارد قانون کانادا به طور تلویحی با آوردن این مواد از اقدامات تروریســـتی، موارد نقض حقوق بشـــر را مورد نظر قرار داده است.

در مقابل، تعدادی از اندیشـــمندان حقـــوق بین‌الملل با این ادعا که می‌توان به خاطر حمایت از حقوق بشـــر اســـتثنای جدیدی بر قاعده مصونیت دولت وارد کرد،

موافق نیســـتند. فوکس[1] در همین زمینه اذعان می‌دارد در ساختار سنتی کنونی حقوق بین‌الملل، مجالی برای اســـتثنا قائل شدن نسبت به مصونیت دولت برای اعمال ناقض حقوق بین‌الملل وجود نـــدارد و نقض حقوق بین‌الملل فقط با رضایت دول مختلف ممکن اســـت در معرض قضاوت قرار گیرد؛ چه از طریق محاکم بین‌المللی بشری یا محاکم منطقه‌ای یا محاکم ملی (Fox, 2006: 141). از جمله از نحوه تدوین و تنظیم کنوانســـیون مربوط به مصونیت دولت‌ها می‌توان مشـــاهده کرد که کمیسیون حقوق بین‌الملل سازمان ملل متحد که متشـــکل از نظریات نظام‌های مختلف حقوقی جهان اســـت، به این جمع‌بندی نرســـیده که نقض حقوق بشر را به عنوان یکی از استثنائات مصونیت بیان کند. حتی در ماده ۷ کنوانسیون تصریح شده که که رضایت دولت‌ها به لغو مصونیت باید صریح باشد؛ لذا این استدلال که نقض حقوق بشر به منزله رضایت ضمنی دولت به لغو مصونیت است مسموع نخواهد بود. از سوی دیگر، از آن‌جا که که مصونیت دولت‌ها یکی از قواعد مســـتحکم در عرف بین‌الملل است، باید رویه متکثر و ثابتی از ســـوی کشـــورها برای تغییر آن وجود داشته باشد؛ در حالی‌که تصمیم‌های قضایی تعداد محدودی از دادگاه‌ها در شناسایی استثنای حقوق بشر نمی‌تواند منعکس کننده حقوق بین‌الملل عرفی موجود باشـــد. ایـــن تصمیم‌ها از طرفی محدود به رویه تعداد اندکی از دولت‌ها بوده و از سوی دیگر، از ثبات و استمرار کافی برخوردار نبوده و یا بعضاً به دلیل تعارض با برخی از اصول و استانداردهای پذیرفته حقوق بین‌الملل، مورد اعتراض دیگر دولت‌ها قرار گرفته است. این امر بعضاً توسط خود دادگاه‌ها نیز اذعان شده که انکار مصونیت منبعث از یک قاعده عرفی جدید نیست، بلکه ناشی از رتبـــه بالاتر قواعد مربوط به منع جنایات بین‌المللی اســـت. در این صورت، علاوه بر ضرورت احراز پیدایش یک قاعده برتر در ارتباط با موارد نقض حقوق بشـــر، وجود چنیـــن اثر و خاصیتی در قواعد مذکور باید ثابت شـــود؛ در حالی که رویه خاصی که نشـــان دهد جنایات بین‌المللی به طور کلی موضوع یک قاعده برتر با اثر رد مصونیت دولت اســـت وجود ندارد. رویه جاری در دادگاه‌های ملی این گونه بوده که در اغلب موارد در این گونه دعاوی به دولت خارجی مصونیت داده‌اند. این امر به طور ضمنی مبین این نکته اســـت که یا قاعده‌ای با چنین تاثیـــری وجود ندارد و یا این که قواعد

1. Fox

موجـــود راجع به جنایـــات بین‌المللی، دارای اثر خاص رد مصونیت دولت نیســـتند؛ بنابراین نمی‌توان با استنتاج ساده یک ویژگی قاعده برتر از برخی رویه‌های موجود در سایر زمینه‌های حقوق بین‌الملل، در دعاوی مرتبط با نقض حقوق بشر مصونیت را رد کرد (Focarelli, 2005: 956).

کمیســـیون حقوق بین‌الملل نیز تلاش داشـــت تا در مـــاده ۷ طرح مصونیت کیفری مقامات رسمی از صلاحیت محاکم خارجی، موارد جنایات بین‌المللی از جمله نسل‌کشـــی، جنایت علیه بشریت، جرائم جنگی، شکنجه و ناپدیدسازی اجباری را به عنوان استثنائات جدیدی برای مصونیت معرفی کند (draft articles on immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction, 2006)، امـــا گزارش‌گر اول کمیســـیون با بررسی رویهٔ قضایی ملی و داخلی و عملکرد دولت‌ها به این نتیجه می‌رســـد که استدلال‌هایی که در خصوص لزوم وجود اســـتثناها بر مصونیت کیفری مقامات رسمی از صلاحیت محاکم خارجی بیان می‌شود، آن‌چنان متقاعدکننده نیست که بگوییم وجود استثنا بر قاعدهٔ مصونیت کیفری مقامات رسمی در حقوق بین‌الملل پذیرفته شده است.[1]

در اجلاسیه‌ی شصت و نهم کمیسیون حقوق بین‌الملل ماده ۷ پیشنهادی مفصلاً مورد بررســـی قرار گرفت. برخـــی از اعضا ضمن موافقت با مـــادهٔ مذکور، رهیافت روش‌شـــناختی گزارش‌گر دوم مبنی بر تحلیل استثناهای وارد بر مصونیت در حقوق بین‌الملل به عنوان یک نظام هنجاری کامل را ستودند، عده‌ای اما این استثنا را مخالف اســـتنتاجات دیوان بین‌المللی دادگســـتری می‌دانند. برخی هم با استناد به رأی دیوان در قضیـــهٔ مصونیت‌های صلاحیتی و تفکیک میان حقوق شـــکلی و ماهوی رهیافت گزارش‌گـــر دوم را قبول نکردند (Report of the International Law Commission, 68th session, 2016: para 235-238). کشـــورها این موضع خود را همچنان حفظ کردند و در نشست هفتادم نیز با نظرات مختلف و آراء متشتت خود نشان دادند که هنوز قاعده عرفی در این زمینه شـــکل نگرفته و حتی برخی کشورها معتقد بودند نـــه تنها عرفی وجود ندارد، بلکه حتی تمایـــل و رویه‌ای در این خصوص در حقوق

1. Second report on immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction, by Roman Anatolevich Kolodkin, Special Rapporteur, para. 94

بین‌الملل احراز نمی‌شـــود (Sixth report on immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction, 2019: para 15).

از مهم‌ترین آراء دیوان بین‌المـــللی دادگستری در این خصـــوص می‌توان به پرونده آلمان علیه ایتالیا اشاره کرد. دولت ایتالیا با دادن اجازه به دادگـاه‌های داخلی‌اش برای رسیدگی به دعاوی مـدنی در زمینه نقـض حقـوق بشر و حقوق بشـردوستـانه بین‌المللی که توسط نیروهای آلمـــان بین ســـال‌های ۱۹۴۳ تا ۱۹۴۵ ارتکاب یافـته بود، قوانین عرفی در مورد مصونیت دولتی را نقـــض کرد. در نتیجـه دولت آلـمان با طرح درخواستی در دیوان علیـه دولت ایتالیـا شکایت نمود. ایتالیا در دفـاع نخـست خود معتقد بود که حقوق بین‌الملل عرفی به جایی رســـیده که مصـــونیت دولت‌ها در برابر اقدامات منجر به مـــرگ، آسیب یا خسارت‌های شخـــصی به اموال قلمـرو دولت شکـایت‌کنـنده را نمی‌پذیرد؛ حـــتی اگر اقدامـات مـورد نظر جزء اقـدامات حاکمیـنی دولـت باشـــد و آن را استثـنایی بر اصل مصونیت دولت‌ها دانـسته است (ICJ, Germany v. Italy, Greece intervening, 2012: 62)، امـــا دیـــوان در این رأی بعد از بررســـی رویه‌های مرتبـــط داخلی و بین‌المللی به این نتیجـــه رسید که حقوق بین‌الملل عرفی هنوز هم مصونیـــت دولت‌هـــا را در برابر اقدامات قضایی به خاطر افعال ارتکابی به دســـت نیروهای مسلح یا سایر نهادهای آن‌ها در قلمرو دولت دیگر را می‌پذیرد و لذا تصمیم دادگاه‌های ایتالیا در ســـلب مصونیت آلمان بر اساس اصل آســـیب در قلمـــرو دولت دیگر را قابل توجیه ندانســـت (ICJ, Germany v. Italy, Greece intervening, 2012: 78-79). ایتالیا در دفاع دیگرش به این اســـتناد می‌کند که آلمان با اعمال خود و نقض جدی حقوق مخاصمات مســـلحانه نمی‌تواند واجد مصونیـــت باشد (ICJ, Germany v. Italy Greece, intervening, 2012: 81). دیوان در این خصوص هم اعلام کرد که با بررسی رویه‌های داخلی و بین‌المللی کشورها به این نتیجه رسیده که از نظر حقوق بین‌الملل عرفی موجود، در رابطه با اتهام نقض جدی حقوق بشر یا حقوق مخاصمات مسلحانه نمی‌توان دولتی را از مصونیتش خلع کرد (ICJ, Germany v. Italy, Greece intervening, 2012: 91).

یکی از مبانی اســـتدلال دیوان در این قضیـــه این بوده که قاعده مصونیت یک قاعده عرفی پذیرفته شـده است و برای کنار گذاشتن آن و وضـع استـثنا جدیـد باید

عرف قابل قبـــولی شـکل گیـرد که تاکنون چنین عرفی محـقق نشده است. در قضیه نیکاراگـــوئه دیـوان اشـاره می‌کـند که شـکل‌گیری یک عرف بـین‌المللی نیـاز به دو عنصر مـادی و معـــنوی دارد. شـاخصه اصلی عنـصر مـادی این است که رویه‌های قضـــایی کشورهای مختـلف همـراه با اســـتمرار، دوام، انسـجام و عمومـیت باشد (ICJ, Nicaragua v. United States of America, 1986: 183). با توجه به همین شاخصه‌ها اســـت که می‌توان ادعا کرد مصونیت دولت‌ها تبدیل به قاعده عرفی شده و نقض حقوق بشـــر به دلیل نداشتن شاخصه‌های مذکور نمی‌تواند به عنوان استثنایی بـــر این قاعده عرفی تلقی شـــود (Ren, Jin, 2021: 293)؛ حتی در دادگاه‌های کانادا قبل از اصلاحات جدید قوانین، چنین اســـتثنایی نزد قضات و حقوق‌دانان آن کشـــور نیز جایگاهی نداشـــته اســـت. دیوان عالی کانادا در پرونده کاظمـــی علیه ایران با رد کردن هرگونه اســـتثنای جدید در حقوق بین‌الملـــل مصونیت دولت ایران را در برابر دعاوی حقوقی مطروحه در دادگاه‌های کانادا پذیرفت و شـــکایت مطرح شـــده علیه ایـــران به نتیجه نرســـید (Kazemi Estate v. Islamic Republic of Iran, 2014). همچنین در سال ۲۰۰٤ دادگـاه تجدید نـظر ایالـت اونتـاریو کـانادا در پرونده بوذری علیه جمهوری اسلامی ایران، به استناد مصونیت دولتی، دعوای حـــقوقی خواهان را نپذیرفت (Bouzari v. Islamic Republic of Iran, 2004).

۲-٤. تفوق قواعد آمره بر سایر قواعد حقوق بین‌الملل

با اســـتدلالی نزدیک به آنچه در خصوص نقض حقوق بشر گفته شد، عده‌ای معتقدنـــد در جایی که یک دولـــت قاعده آمره[1] را نقض کرده باشـــد (مواردی مانند نسل‌کشـــی به اعتقاد برخـــی حقوق‌دانان)، به دلیل تفوق قاعده آمـــره بر دیگر قواعد حقوق بین‌الملل نمی‌تواند به مصونیت اســـتناد کند. این اندیشـــه در طرح پیشنهادی ارائه شده از سوی برنامه بین‌المللی حقوق بشر[2] وابسته به دانشگاه تورنتو[3] به پارلمان کانادا در ســـال ۲۰۰٤، به عنوان یکی از پشتوانه‌های گرایش به اصلاح قانون مصونیت دولت در کانادا و تصویب قانون عدالت برای قربانیان تروریســـم دیده می‌شـــود. در این طرح پیشنهادی به صراحت به این موضوع که اعطای مصونیت نباید مانع اجرای

1. jus cogens
2. the International Human Rights Program (IHRP)
3. Toronto

قواعد آمره شـــود پرداخته شده است. این پیش‌نویس با اشاره به رأی دیوان بین‌المللی دادگســـتری در پرونده بارســـلونا تراکشـــن[1] بیان می‌دارد که وجود هنجارهای قطعی (قاعده آمره) در حقوق بین‌الملل موجب توسعه هم‌زمان الزامات عام الشمول[2] می‌شود کـــه به جامعه جهانی به عنوان یک کل تعلـــق دارد؛ لذا نقض این الزامات در حقیقت تخلفی در برابر دیگر دولت‌ها خواهد بود (ICJ, Barcelona Traction, 1970: 64). از منظـــر تدوین‌کنندگان این طرح، تحمیل محدودیت بر مصونیت دولت متخلف، به دلیل صدمه‌ای است که با نقض قاعده آمره به حق دولت دیگر وارد شده و لذا دولت متخلف مســـئولیت بین‌المللی دارد و در نتیجه مصونیتش به این وســـیله نقض شده است (Proposed Amendment to the State Immunity Act, 2004: 6-7)، اما در مقابـــل تعدادی از حقوق‌دانان رعایت مصونیت دولت‌ها را حتی در صورت نقض قواعـــد آمره لازم می‌دانند. آن‌ها معتقدند که قواعد آمره ناظر به تنظیم رفتار ماهوی و قاعده مصونیت دولت‌ها به تنظیم قواعد شـــکلی مرتبط است (Caplan, 2003: 741; Akande, 2004: 407; Fox, 2008: 151; Tomuschat, 2006: 425; Zimmer-mann, 1995: 433). این بحثی کاملا منطقی اســـت کـــه حقوق مربوط به مصونیت دولت طـــبیعتی مـقدماتی و شکلی دارند؛ در حالی‌که هنجارهـای قاعـده آمره مرتبط با حقوق ماهـــوی است. به بیـــان دیگر، از آن‌جا که هر یک به موضوع متفـــاوتی می‌پردازد، مصونیت دولت به عنوان قاعده شـــکلی ارتباطی به جنـــبه‌های ماهـوی قاعده آمره ندارد. در نتیجه این تفکیک میـــان موضوع مصـــونیت و قاعده آمره، به نقض‌های قاعده آمره، قانونی بودن رفتارهای مرتبط با آن و برتری قاعده آمره ارتباطی ندارد (Bae, 2019: 34).

اشاره نکردن کنوانســـیون مربوط به مصونیت دولت‌ها به نقض قاعده آمره به عنوان یکی از استثنائات مصونیت را هم می‌توان مؤید نظر این گروه دانست. از طرفی در طرح مصونیت مقامات رســـمی نزد محاکم خارجی کمیسیون حقوق بین‌الملل نیز عنوان قواعد آمره ذکر نشـــده و از نظر پیشنهاد دهندگان، استفاده از اصطلاح جنایات بین‌المللی بر قواعد آمرهٔ بین‌المللی ارجحیت دارد. به همین جهت است که گزارش‌گر

1. Barcelona Traction
2. ergaomnes

دوم کمیسیون در گزارش پنج خود از عنوان جنایات بین‌المللی استفاده نموده است. به نظر وی، عموماً پذیرفته شده که بسیاری از هنجارهای حقوق بشری ماهیت آمره دارند (محبی و دیگران، ۱۳۹۹: ٢٦٤)؛ لذا با توجه به این موضوع می‌توان معتقد بود که کمیسیون صرف آمره بودن قاعده را موجبی برای سلب مصونیت نمی‌داند و تمرکز آن در این موضوع بر نقض حقوق بشر در چارچوب جنایات بین‌المللی است که تحلیل آن گذشت.

در رویه قضایی نیز شواهد بسیاری بر تفکیک میان محدوده مصونیت و قاعده آمره وجود دارد؛ از جمله در بسیاری از آراء قضایی محاکم داخلی و بین‌المللی به این موضوع تصریح شده که محدوده اعمال قاعده مصونیت از قواعد آمره جدا است. برخی از این آراء عبارت است از: مصونیت‌های قضایی دولت (آلمان علیه ایتالیا با مداخله یونان) (ICJ, Germany v. Italy, Greece intervening, 2012: 93)؛ حکم بازداشت ۱۱ آوریل ۲۰۰۰ (جمهوری دموکراتیک کنگو علیه بلژیک) (ICJ, Democratic Republic of the Congo v. Belgium, 2000: 60)؛ الادسانی[1] علیه پادشاهی انگلستان (Al-Adsani v. the United Kingdom, 2001: 47-48)؛ فورگارتی[2] علیه پادشاهی انگلستان (Fogarty v. the United Kingdom, 2001: 25-26)؛ جونز[3] و دیگران علیه پادشاهی انگلستان (Jones and Others v. the United Kingdom, 2014: 35)؛ دادستان علیه چارلز قانکی تیلور[4] (Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor, 2004: 27) و جونز علیه وزارت کشور پادشاهی عربستان سعودی (Jones v. Ministry of Interior Al-Mamlaka Al-Arabiya AS Saudiya, 2006: 24).

در قضیه آلمان علیه ایتالیا، یکی از استدلال‌های ایتالیا مبتنی بر همین موضوع بود. ایتالیا مدعی بود که قواعد نقض شده توسط آلمان در سال‌های ۱۹۴۳-۱۹۴۵ در زمره قواعد آمره حقوق بین‌الملل بوده‌اند که بر اساس آن فرض می‌شود که بین این قواعد آمره و دادن مصونیت به دولت آلمان تعارض به وجود می‌آید. ایتالیا نظر می‌دهد که در حقوق بین‌الملل در مقام تعارض بین قاعده آمره و قواعد دیگر، همواره

1. Al-Adsani
2. Fogarty
3. Jones
4. Taylor (Charles Ghankay)

رجحان بر قواعد آمره است؛ لذا مصونیت که قاعده آمره نیست باید کنار گذاشته شود (ICJ, Germany v. Italy Greece intervening, 2012: 92). دیـــوان در رأی خود اعلام کرد حتی اگر بپذیریم که قواعد مخاصمات مسلحانه در دسته قواعد آمره است، بـــاز هم تضادی میان آن‌ها و مصونیت دولت‌هـــا وجود ندارد. قواعد مصونیت دولت دارای مشخصه شکلی و مربوط به اعمال صلاحیت محاکم یک دولت به دولت دیگر است و نمی‌توان در مقایســـه با اقدامات قانونی یا غیرقانونی ارتکابی توسط دولت‌ها قـــرار گیـــرد (ICJ, Germany v. Italy Greece intervening, 2012: 93). این دو دسته از قواعد مربوط به دو موضوع متمایزند: قواعد مصونیت به قانونی یا غیرقانونی بـــودن رفتارهای مورد شـــکایت نمی‌پردازد؛ همچنین بحث رجحـــان قواعد آمره بر مصونیت دولت‌ها از طرف دادگاه‌های داخلی کشـــورها رد شـــده و هیچ قانون‌گذار داخلی در مورد نقض قواعد آمره حقوق بین‌المللی محدودیتی برای مصونیت دولت‌ها قائل نشـــده اســـت (ICJ, Germany v. Italy Greece intervening, 2012: 97). همچنین در نظریه مشورتی موسوم به کوماراسامی[1] در سال ۱۹۹۹ در دیوان بین‌المللی دادگستری، شکلی بودن موضوع صلاحیت مطرح شد. دیوان در این زمینه بیان می‌کند: « این یک اصل شـــناخته شـــدهٔ کلی مربوط به حقوق آیین دادرسی(شکلی) است که موضوع مصونیت از جمله مســـائل مقدماتی اســـت که در آغاز رسیدگی قضایی و در اولین فرصت ممکن باید به آن رسیدگی شود» (ICJ, Difference Relating to Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights, 1999: 63). دیـــوان در قضیه فعالیت‌های نظامی در ســـرزمین کنگـــو با یادآوری پرونده تیمور شـــرقی (ICJ, Portugal v. Australia, 1995: 29) اشـــاره می‌کند که: «این حقیقت که یک اختلاف مربوط بـــه انطباق با هنجاری با این ویژگی (قاعده آمره بودن) است که مطمئنا پرونده منع نسل‌کشی[2] از همین قبیل است، به تنهایی نمی‌تواند مبنایی برای صلاحیت دادگاه جهت رســـیدگی به اختلاف تأمین کند. به همین نحو بیشـــتر ادبیات حقوقی موجـــود در این زمینه اثبات می‌کند که منع ماهوی مربوط به نقض قاعده آمره، نتوانســـته قاعده شکلی فرعی به وجود بیاورد که

1. Cumaraswamy
2. Genocide

مصونیت را در رسیدگی‌های مدنی ملغی نماید» (ICJ, Armed Activities on the Territory of the Congo, 2006: 64,37-8).

دیوان اروپایی حقوق بشر در دعوای الادسانی نظر داده است که : «اعطای مصونیت نه به عنوان یک حق ماهوی، بلکه باید به عنوان یک مانع شکلی در برابر صلاحیت دادگاه‌های ملی، برای تصمیم‌گیری نسبت به این حق نگریسته شود» (Al-AdsaniV.Goverment of Kuwait, 1996: 48)؛ حتی دادگاه کانادا نیز در پرونده کاظمی علیه ایران (۲۰۱٤) بر همین مبنا استدلال می‌کند و متذکر می‌شود که صرف قاعده آمره بودن یک موضوع، مجوز اعطای صلاحیت برای ورود به پرونده و لغو مصونیت دولت نیست. دادگاه در این رأی به جهت تبیین استدلال خود بر فقدان وجود چنین استثنایی در عرف بین‌المللی اشاره کرده و بیان می‌دارد در حال حاضر عنصر مادی و معنوی عرف وجود ندارد که کانادا را به اعطاء صلاحیت رسیدگی در دعاوی شهروندانش علیه دیگر دولت‌ها به خاطر قاعده آمره ممنوعیت شکنجه ملزم کند. بر همین اساس، عدم اعطای چنین مجوزی را نمی‌توان به عنوان نقض اصول عدالت تلقی کرد (Kazemi Estate v. Islamic Republic of Iran, 2014: 182).

دادگاه تجدید نظر اونتاریو نیز در دعوای بوذری علیه جمهوری اسلامی ایران (۲۰۰٤) بر عدم پذیرش استثنا جدیدی بر قاعده مصونیت حتی با وجود ممنوعیت شکنجه به عنوان هنجار قطعی بین‌المللی صحه گذاشته است (Bouzari v. Islamic Republic of Iran, 2004: 18-34). در ادبیات حقوقی و در میان دکترین نیز این تفکیک و استدلال به آن قابل ملاحظه است. از جمله فوکس می‌گوید: «مصونیت دولت یک قاعده شکلی مرتبط با صلاحیت دادگاه داخلی است. مصونیت ارتباطی با حقوق ماهوی ندارد؛ لذا این قاعده با ممنوعیتی که در هنجار قاعده آمره قرار دارد تعارضی پیدا نمی‌کند و صرفا هرگونه نقض آن را به روش دیگری از حل اختلاف سوق می‌دهد. در نتیجه می‌توان ادعا کرد که هیچ مضمون ماهوی در دعوای شکلی مرتبط با مصونیت دولت وجود ندارد که قاعده آمره با آن درگیر شود» (Fox, 2008: 151). بر همین اساس، حوزه اعمال و اجرای این دو قاعده کاملا با یکدیگر متفاوت بوده و وقوع تعارض میان آن‌ها و انتخاب و رجحان یکی بر دیگری بی‌معنا خواهد بود.

عـــدم تأثیرگذاری قواعد ماهوی بر قواعد شـــکلی دعوا و عدم شـــکل‌گیری تعارض میان آن‌ها از اســـاس، موضوع جدیدی نیســـت. بلکه در بســـیاری رویه‌ها و معاهدات مربوط به شـــرایط رســـیدگی دعاوی قابل مشاهده بوده و در ادبیات حقوق بین‌الملل مســـأله‌ای مفروض و پذیرفته شده اســـت. در ادامه به تعدادی از این قواعد شکلی مذکور در برخی آراء بین‌المللی اشاره می‌کنیم.

۱-۲-٤. قواعد حاکم بر تأسیس و ساختار مراجع حل اختلاف

قواعد حاکم بر تأسیس و ساختار دادگاه‌ها و مراجع داوری طبیعتاً شکلی است. در قضیه تفســـیر معاهدات صلح، دیوان بین‌المللی دادگســـتری بیان داشت که نقض یک تعهد مسئولیت بین‌المللی را به دنبال خواهد داشت، اما این امر نمی‌تواند شرایط انتصاب داوران را دگرگون کنـــد (ICJ, Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania, 1950: 229).

۲-۲-٤. قواعد راجع به صلاحیت مراجع حل اختلاف

آن دســـته قواعدی که به تعیین محدوده و میزان صلاحیت یک دادگاه یا دیوان (صلاحیت شخصی،[1] صلاحیت موضوعی[2] یا صلاحیت زمانی)[3] می‌پردازد و نیز زمانی که این صلاحیت نسبت به یک عمل خاص اعمال می‌شود، عموماً قواعد دارای ماهیت شکلی است (ICJ,Germany v. Italy, Greece intervening, 2012: 95)؛ به عنوان نمونه، در قضایای قانونی بودن توسل به زور دیده شد که حتی در صورتی که موضوع نقض قواعد ماهوی آمره همـــچون ارتکاب نسل‌کشـــی مطرح باشد، دیوان به روی دولت‌های غیر عضـو اساسنامه باز نیست (ICJ, Legality of Use of Force, 2004: 89) و یا بنا بر نظـــر دیوان در پرونده فعالیـت‌های نظـامی: «صـرف این حقـیقت که قاعـده آمره حقوق بیـن‌الملل عام موضـوع مورد اختلاف است، فی نـفسه نمی‌تواند اســـتثنایی بر اصل رضایی بودن صلاحیت دیوان باشـــد» (ICJ, Armed Activities on the Territory of the Congo, 2006: 125). اظهارنظرهایـــی از ســـوی محاکم بین‌المللـــی وجود دارد کـــه قواعد حاکم بر مصونیت‌ها در زمره قواعد شـــکلی قرار می‌گیرد. بر این اساس، شعبه تجدید نظر دادگاه اختصاصی برای سیرالئون بیان داشت

1. Ratione Personae
2. RationeMateriae
3. RationeTemporis

که: «مسـأله مصونیت حاکمیتی یک مسأله شکلی است» (Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor, 2004: 27).

۳-۲-٤. قواعد راجع به پذیرش دعوی یا دادخواست

قواعد راجع به قابلیت پذیرش دعوا، دعوای متقابل یا یک دادخواست همچون صلاحیت اقـدام، ملیت ادعاها، طی مراحل جبرانی داخلی و دیگر آیین‌های مقدماتیِ شـروع دعوا و همچنین مهلت‌هـای قانونی، همه به عنوان قواعـدی دارای طبیعتَ شکلی محسوب می‌شود. این واقعیت که ممنوعیت شکنجه دارای ویژگی قاعده آمره اسـت، نمی‌تواند منجر به نادیده گرفتن این مسأله شکلی شود که هر دادخواستی ذیل «کنوانسـیون اروپایی حقوق بشر» که مدعی وقوع شکنجه باشد، بایستی ظرف مدت شش ماه از تاریخ آخرین اقدام منتهی به وقوع به دیوان اروپایی حقوق بشر تقدیم شود (Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 1950: Art. 35(1)).

۳-٤. دسترسی به عدالت و جبران خسارت زیان‌دیده

یکی دیگر از مـواردی که مدعیان سـلب مصونیت دولت‌ها به عنوان استثنا بر این قاعده برمی‌شمـرند، زمانی اسـت که در فرض بهره‌منـدی دولت خوانده از مصونیت، خسـارت وارده به خواهان یا خواهان‌ها بـدون جبران باقی بماند و عمل متخلفانـه بی‌کیفر بماند؛ در حالی که این موضوع مخالف اصول عدالت اسـت. این طـرز فکر را در نحوه اسـتدلال‌های قاضی دادگاه کانـادا در رأی زارعی علیه ایران می‌توانیم مشـاهده کرد. در بخشی از شرح این رأی، دادگاه در بررسی ادعای شاکیان پرونـده اعلام می‌کند که: «همان گونه که در پرونده تریسـی علیه ایران اعلام شـده (Tracy v. Iran, 2017: 52) ... تسهیل پیگیری برای شاکـیان برای اقامه دعوا علیه دولت‌های حامی تروریست که دارایی‌هایی در کانادا دارند برای دسـت‌یابی به قضاوت رضایت‌بخش می‌باشد» (Zarei v. Iran, 2021 : 19). تسهیل پیگیری‌ها، دسترسی به اموال و قضاوت رضایت‌بخش، همگی حاکی از این طرز فکر است که خسارات وارده به شاکیان نباید بدون جبران باقی بماند.

یکی از استدلال‌های ایتالیا در قضیه «آلمـان علیه ایـتالیا» در دفاع از آراء صادره این کشور علیه آلمان و نقـض مصونیـت دولت آلمان، بر همـین مبنا استـوار بود

که تلاش‌ها برای جبران خسارت قربانیان به دلیل کاستی در سیستم قضایی آلمان ناکام بوده و خسارات آن‌ها بدون جبران لازم باقی مانده است (ICJ,Germany v. Italy, Greece intervening, 2012: 98)، اما دیوان با نپذیرفتن این ادعا، اعلام کرد که هیچ شاهدی در رویه دولت‌ها پیدا نمی‌کند که بر آن اساس، قاعده عرفی‌ای با این مضمون شکل گرفته باشد که حقوق بین‌الملل زمانی دولت را ذی‌حق برای بهره‌مندی از مصونیت می‌داند که راه‌های مؤثر جایگزینی برای تأمین جبران خسارت موجود باشد. در مقررات داخلی کشورها و منابع صلاحیتی دادگاه‌های داخلی که با موضوع مصونیت در تعارض قرار گرفته، شاهدی بر این که اعطای مصونیت وابسته به چنین پیش‌شرطی است وجود ندارد؛ همچنین دولت‌ها چنین شرطی را در کنوانسیون اروپائی یا کنوانسیون ملل متحد مورد توجه قرار نداده‌اند (ICJ, Germany v. Italy, Greece intervening, 2012: 101).

قاضی کروما[1] در رأی جداگانه خود نوشت که وی می‌پذیرد که «اشخاص» در دریافت غرامات ناشی از نقض مقررات حقوق بشر ذی‌نفع هستند، اما برای «اشخاص» حقی قانونی برای طرح دعوای دریافت غرامت به صورت مستقیم علیه دولتی خارجی وجود ندارد و کنوانسیون چهارم لاهه ۱۹۰۷ و پروتکل اول الحاقی از چنین فرضیه‌ای حمایت نمی‌کند (ICJ, Separate Opinion of Judge Koroma,Germany v. Italy Greece intervening, 2012)؛ بنابراین همان گونه که در کنوانسیون مصونیت دولت‌ها و اموال آن‌ها ذکری از این استثنا نیامده، نمی‌توان دسترسی به عدالت و جبران خسارت را به عنوان یکی از استثنائات مصونیت دولت‌ها برشمرد. با این حال باید خاطر نشان کرد که مصونیت دادن به یک کشور به معنای این نیست که آن عمل را قانونی یا صحیح قلمداد کنیم. قاعده مصونیت جزء قواعد شکلی است و تصمیم‌گیری در خصوص آن، پیش‌داوری نسبت به تعیین مسائل مربوط به ماهیت ندارد؛ لذا اعطای مصونیت جلوی پیگیری از راه‌های دیگر برای اثبات این موضوع که آیا قاعده آمره نقض شده است را نمی‌گیرد (Knuchel, 2011: 164). لرد هوفمن[2] در قضیه جونز همین مسأله را به دقت تبیین کرده است: «مصونیتی که بریتانیا به عربستان داده به

1. Koroma
2. Lord Hoffmann

معنای تجویز شـــکنجه نسبت به هیچ‌کس نمی‌باشـــد. این که دادگاه انگلیس بخواهد در مورد این که شـــکنجه انجام شـــده یا نه تصمیم بگیرد، صرفاً در تعارض با حدود صلاحیت قضایی آن اســـت (که به همین دلیل صلاحیت رسیدگی ندارد)» (Jones v. Ministry of Interior Al-Mamlaka Al-Arabiya AS Saudiya, 2006: 44-45).

دیـــوان بین‌المللی دادگســـتری در مورد مصونیت از رســـیدگی‌های کیفری و مســـئولیت فردی مقامات رســـمی دولت در قضیه حکم بازداشـــت، مدعی است که اعطای مصونیت قضایی به وزیر امور خارجه به این معنی نیســـت که او آزاد اســـت هر جرمی را با بهره‌مندی از معافیت از مجازات انجام دهد (ICJ, Democrutic Re-public of the Congo v. Belgium, 2000: 60). عوامل مختلفی اســـت که منجر به معافیت از مجازات می‌شود، تنها اثر مصونیت این است که از تعیین مسئولیت از طریق مســـیرهای قضایی جلوگیری کند، اما به طور مســـتقیم به معافیت از مجازات جرائم بین‌المللی مقامات دولتی منجر نمی‌شـــود. در همین راستا دیوان بین‌المللی دادگستری چهار راهکار برای پیگیری و اجرای عدالت پیشنهاد می‌دهد: تعقیب توسط دادگاه‌های صالح محل؛ لغو مصونیت آن فرد توســـط مقامات دولت محل؛ طرح شـــکایت بعد از خروج آن فرد از مســـئولیت رسمی؛ تعقیب توسط یک دادگاه کیفری بین‌المللی صالح (Ren, Jin, 2021: 302).

بنابراین تمســـک به قضیه عدالت برای همه، نه تنها از قدرت لازم برای نقض قاعـــده محکم مصونیت دولت‌ها برخوردار نیســـت، بلکه باعث ایجاد مشـــکلات و مناقشات بزرگتر و زیان‌بارتری می‌شود؛ همان‌گونه که قاضی پلونپا[1] از قضات اکثریت در قضیه «الادسانی» می‌گوید: «اگر مصونیت دولت‌ها در نزد محاکم دولت خارجی را نادیده بگیریم، این خطر وجود دارد که با هرج و مرج قضایی مواجه شـــویم؛ چه آن که دولت‌ها ممکن است درباره وقایع تاریخی که مدت‌ها قبل روی داده است، با حجم عظیمی از دعاوی مواجه شـــوند؛ مضاف بر این که، اغلب این دعاوی ممکن است در کشوری مطرح شود که به دلیل غرض‌ورزی و جانبداری سیاسی از اتباع خود، عدالت را در مورد دولت خوانده اجرا نکند» (Bartsch, Elberling, 2003: 484). دیوان نیز با در نظر داشتن همین ملاحظـــه، در رأی آلمـان علیه ایتـالیا هشدار مـی‌دهد که رد

1. Pellonpää

مصونیت دولت‌ها ممکن است مشکل‌ساز باشد؛ زیرا این رویکرد ممکن است به از بین رفتن کامل قاعده مصونیت منجر شود؛ چرا که دولت‌ها می‌توانند با تعابیر ماهرانه‌ای در دادگاه‌های داخلی خود از استثنائات وارده بر مصونیت سوء استفاده کنند و این امر به نوبه خود روابط بین‌المللی را به خطر می‌اندازد (ICJ,Germany v. Italy Greece intervening, 2012: 82).

برآمد

۱- برخی کشـــورها از جملـــه دولت کانادا با اقدامات یک‌جانبه خود ســـعی نموده‌اند اســـتثناهایی بر قاعده عرفی مصونیت دولت ابداع کنند. مبنای تصمیم‌گیری کانادا برای اعطای صلاحیت به دادگاه‌های داخلی، در نظام تقنینی کشور کانادا با تطور بر اوضاع و احوال زمان تصویب قوانین و نظریات اندیشمندان این حوزه در آن کشور را می‌توان حمایت از حقوق بشـــر از طریق مبارزه با تروریســـم؛ تفوق قواعد آمره بر مصونیت دولت‌ها و دسترسی به عدالت و جبران خسارات زیان دیده در نظر گرفت. بر همین اســـاس، دادگاه‌های آن کشور با شناســـایی احکام صادره در کشور آمریکا و حکم به اجرای آن‌ها و همچنین صدور احکام مستقل در دو حوزه قضایی و اجرایی، اقدام به نقض مصونیت دولت جمهوری اسلامی ایران نمودند.

۲- دولـــت ایران با توجه به تبعات منفی چنین اقداماتی، دادخواســـتی را مبنی بر ابطال آراء دادگاه‌های کانادا، بازگرداندن اوضاع به وضع سابق و پرداخت خسارت به دیوان بین‌المللی دادگســـتری ارائه کرد. این دعوا در حال حاضر در مرحله ابتدایی رســـیدگی در دیوان قرار داشته و دولت کانادا هنوز پاســـخ اولیه خود را به ادعاهای ایران اعلام نکرده است، اما با توجه به سوابق موضوع و قوانین مورد اشاره آن کشور به نظر می‌رسد مبانی استدلالی کانادا می‌تواند بر موارد سه‌گانه پیش‌گفته استوار شود.

۳- قاعـــده مصونیت به عنوان یک اصل ســـترگ در حقـــوق بین‌الملل عرفی پذیرفته شـــده و هرگونه انحراف از آن نیاز بـــه اجماع جهانی در این خصوص دارد. هیچ عرفی تاکنون در این خصوص که قواعد حقوق بشـــر می‌تواند استثنا جدیدی بر این قاعده وارد کند اثبات نشـــده و دیوان به صراحـــت این موضوع را در رأی آلمان علیه ایتالیا بیان کرده است.

٤- قاعده آمره در دامنه قواعد ماهوی است؛ در حالی‌که مصونیت دولت‌ها در زمره قواعد شـــکلی و اولیه قرار دارد و این دو با یکدیگر تعارضی ندارند تا در مقام تعارض بخواهیم بر تفوق قاعده آمره تکیه کنیم. ضمنا رویه قضایی تصریح دارد که در عرف بین‌الملل مجوزی وجود ندارد که بر اساس آن بتوان به خاطر ایجاد دسترسی به عدالت و جبران خسارت زیان‌دیده، نقض قاعده مصونیت را تجویز کرد. برای جبران خسارت زیان‌دیده لازم نیست به بدعتی خطرناک متوسل شویم که نظم جهانیِ شکل

گرفته در سایه چندجانبه‌گرایی و هم‌گرایی کشورها در جامعه بین‌الملل را آن گونه که منشـــور ملل متحد ترسیم کرده است، به واسطه اقدامات یک‌جانبه و خودسرانه برخی کشورها به خطر بیاندازیم.

۵- نهادینه شدن تدریجی هنجارها در جامعه بین‌المللی می‌تواند امکان کنترل بین-المللـــی رعایت حقـــوق بین‌الملل را فراهم آورد و لذا بهتر اســـت برای وصول به جبران خســـارت زیان‌دیدگان و پیگیری نقض حقوق بشـــر یا قاعده آمره توســـط دولت‌ها، از طریـــق ارکان جمعی جامعه بین‌المللی و همچنین راهکارهای جایگزینی همانند پیشـــنهادات دیوان در قضیه حکم بازداشت، اقدامات لازم اتخاذ شود تا بدین ترتیب بتوان از مشکلات ناشی از تفاسیر و اقدام‌های یک‌جانبه و خودسرانه دولت‌ها در این باره احتراز کرد.

٦- ورود استثنا جدیدی تحت عنوان نقض حقوق بشر یا تروریست به قاعده مصونیت دولت‌ها قابل پذیرش نیســـت؛ همان گونه که دیوان در رأی نهایی خود در قضیـــه آلمان علیه ایتالیا، اقدامات دادگاه‌های دولـــت ایتالیا در نقض مصونیت دولت آلمان را بر اســـاس حقوق بین‌الملل عرفی، نقض تعهدات دولت ایتالیا برشـــمرد، با وحدت ملاک می‌توان مدعی شـــد که اقدامات دادگاه‌هـــای کانادا در نقض مصونیت ایران نیز نقض تعهدات عرفی دولت کانادا در قبال ایران است.

فهرست منابع

الف. فارسی

* احسان‌پور، سیدرضا و امی، احمد و شکربیگی، علیرضا (۱۴۰۲)، «**مروری بر خاستگاه و تحولات قوانین ضدتروریسم در کانادا**»، فصل‌نامه حقوق جزای بین‌الملل، دوره اول، شماره ٤.

* بذّار، وحید (۱۳۹۹)، «**مسئولیت بین‌المللی دولت کانادا به واسطه نقض مصونیت دولت ایران در نتیجه توقیف حساب‌های بانکی و فروش اموال ایران به منظور اجرای آرای دادگاه‌های امریکا**»، مجله حقوقی بین‌المللی، شماره ٦٣.

* حبیبی مجنده، محمد و حسینی آزاد، سید علی و رحیم‌خویی، الناز (۱۳۹۳)، «**نقد عملکرد ایالات متحده آمریکا در نقض مصونیت قضایی دولت‌ها در آیینه حقوق بین‌الملل و رأی ۲۰۱۲ دیوان بین‌المللی دادگستری**»، مجله حقوقی بین‌المللی، شماره ۵۱.

* کمایستانی، کرم‌علی(۱۳۷۱)، «**مطالعه‌ای در اصول حقوق بین‌الملل (بررسی دو اصل تعیین سرنوشت ملل و اصل مصونیت دولت‌ها)**»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۳.

* عابدینی، عبدالله (۱٤۰۱)، «**معیارهای تروریستی بودن برای اعمال تحریم در شورای امنیت سازمان ملل متحد، ایالات متحده آمریکا و اتحادیه اروپا**»، دو فصل‌نامه علمی حقوق تطبیقی، دوره ۹، شماره ۲ – شماره پیاپی ۱۸.

* عبداللهی، محسن و شافع، میرشهبیر (۱۳۸٦)، **مصونیت قضایی دولت درحقوق بین‌الملل**، تهران: معاونت پژوهش، تدوین و تنقیح قوانین و مقررات ریاست جمهوری.

* مجیدی، سید محمود (۱۳۸٦)، «**جرم‌انگاری تهاجمی فرانسه در جرایم تروریستی**»، نامه مفید، دوره ۱۳ شماره ٦٤ (نامه حقوقی).

* محبی، محسن و سیداشرفی، میرمصطفی و هنجنی، سید علی نیاورانی، صابر (۱۳۹۹) «**مصونیت کیفری مقامات رسمی نزد محاکم خارجی در طرح کمیسیون حقوق بین‌الملل**»، فصل‌نامه دیدگاه‌های حقوق قضایی، دوره ۲۵، شماره ۸۹.

* نجفی ابرندآبادی، علی‌حسین و هاشم‌بیکی، حمید (۱۳۹۷)، **دانشنامه جرم‌شناسی**، تهران: گنج دانش.

ب. انگلیسی

❋ Akande Dapo (2004), **"International Law Immunities and the International Criminal Court"**, American Journal of International Law, Vol: 98, No.3.

❋ **Al-Adsani v. Goverment of Kuwait** (1996), England, Court of Appeal, 107 ILR 536.

❋ **Al-Adsani v. the United Kingdom** (2001), The European Court of Human Rights, No.35763/97.

❋ Bae Junhyun (2019), **"State Immunity in Civil Proceeding and Jus Cogens Violation"**, Master Thesis, Supervised by Jan Klabbers, University of Helsinki, Faculty of Law.

❋ Bartsch Kerstin and Elberling Bjorn (2003), **"Jus Cogens vs. State Immunity, Round Two: The Decision of the European Court of Human Rights in the Kalogeropoulou et al. v. Greece and Germany Decision"**, German Law Journal , Vol. 4 , No.0 5 , 477 – 491.

❋ Bird Jennifer and Nicol Julia (2010) **Bill-S7, An Act To Deter Terrorism and To Amend the State Immunity Act**, Library of Parliament.

❋ **Bouzari v. Islamic Republic of Iran** (2004), Court of Appeal for Ontario, Canada.

❋ Brohmer, Jurgen (1998), **"State Immunity and Violation of Human rights"**, American Journal of International Law, Vol. 92 , Issue 1, 165 – 167.

❋ Caplan Lee M (2003), **"State Immunity , Human Rights and JUS COGENS:A Critique of The Normative Hierarchy"** ,The American Journal of International Law, Vol. 97, No. 4, 741-781.

❋ **Convention for the Protection of Human Rights and Funda-**

mental Freedoms (1950).

❋ **Criminal Code of Canada** (1985), RSC 1985, c C-46 (retrieved on 2023-12-19).

❋ **European Convention on State Immunity** (1972).

❋ Focarelli, Carlo (2005), **"Denying Foreign State Immunity for Commission of International Crimes: The Ferrini Decision"**, The International and Comparative Law Quarterly, Vol. 54, No. 4, 951-958.

❋ **Fogarty v. the United Kingdom** (2001), The European Court of Human Rights, No.37112/97.

❋ Fox Hazel (2006), **"In Defence of state Immunity: Why the UN Convention on State Immunity Is Important"**, International & Comparative Law Quarterly , Vol. 55 , Issue 2, 399 – 406.

❋ Fox Hazel (2008), **The Law of State Immunity (2nd ed)**, London, Oxford International Law Library.

❋ ICJ Reports (2023), **Application Instituting Proceedings In the case concerning the violation of Iran's immunities (Islamic Republic of Iran v. Canada),** https://www.icj-cij.org/node/202856.

❋ ICJ Reports (2006), **Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (ICJ, Democratic Republic of the Congo v. Rwanda), Jurisdiction and Admissibility**.

❋ ICJ Reports (2000), **Arrest Warrant (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)**.

❋ ICJ Reports (1970), **Barcelona Traction, Light and Power Co., Second Phase**.

❋ ICJ Reports (1999), **Difference Relating to Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights**.

❋ ICJ Reports (1995), **East Timor (Portugal v. Australia).**

❋ ICJ Reports (1950), **Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania (Second Phase), Advisory Opinion**.
❋ ICJ Reports (2012), **Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy Greece intervening)**.
❋ ICJ Reports (2004), **Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v. Germany), Preliminary Objections**.
❋ ICJ Reports (1986), **Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)**.
❋ **Jones and Others v. the United Kingdom** (2014), The European Court of Human Rights, Nos.34356/06 and 40528/06.
❋ **Jones v. Ministry of Interior Al-Mamlaka Al-Arabiya AS Saudiya (the Kingdom of Saudi Arabia) and others** (2006), United Kingdom House of Lord, 26.
❋ KaragiannakisMagdalini (1998), **"State Immunity and fundamental human rights"**, Leiden Journal of International Law, Vol. 11 , Issue 1, 9 – 43.
❋ **Kazemi Estate v. Islamic Republic of Iran** (2014), Judgment of Supreme Court of Canada, File No: 35034.
❋ KnuchelSevrine (2011), **State Immunity and The Promise of Jus Cogens**, Northwestern Journal of International Human Rights, Vol. 9, No. 2, 149-183.
❋ **Order Establishing a List of Foreign State Supporters of Terrorism. S.O.R** (2012), https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/regulations/SOR-2012-170/page-1.html.
❋ **Proposed Amendment to the State Immunity Act** (2004), University of Toronto. (https://ihrp.law.utoronto.ca/proposed-amendments-canada%E2%80%99s-state-immunity-act).

❋ **Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor** (2004), Special Court of Sierra Leon, Decision on Immunity from Jurisdiction, Appeals Chamber.
❋ Ren, Hu., &Jin, Zhaoxin (2021), **"The Limitations and Exceptions to Immunity of States Officials from Foreign Criminal Jurisdiction: On ILC Draft Article 7"**, Beijing Law Review, 12, 287-304.
❋ **Report of the International, Law Commission**, 68session, 2016.
❋ **Sixth report on immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction**, by Concepción Escobar Hernández, Special Rapporteur, 2019.
❋ Stoll, Peter-Tobias (2011), **State Immunity, Max Plank Encyclopedia of Public International Law**, Oxford University Press.
❋ **Tracy v. Iran (Information and Security)** (2017), Supreme Court of Canada, ONCA 549.
❋ Tomuschat Christian and Marc Thouvenin, (2006) **The Fundemental Rules of the International Legal Order Jus Cogens and Obligations Erga Omnes**, Martinus Nijhoff Publishers.
❋ **United Nation Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property** (2004).
❋ **Zarei v Iran** (2021), Superior Court of Justice, Ontario, ONSC 3377.
❋ Zimmermann Andreas, (1995) **"Sovereign Immunity and Violations of International Jus Cogens- Some Critical Remarks "** Michigan Journal of International Law, Vol: 16.

مجله حقوقی دادگستری

مقاله پژوهشی/ دوره ۸۸/ شماره ۱۲۵/ صفحات: ۷۹-۴۱
تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۱/۲۴ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۳/۲۱

حق کودک به محیط زیست سالم و پایدار و تعهدات دولت‌ها و دیگر بازیگران ذی‌ربط در گذر تحولات جدید حقوقی بین‌المللی

محیا صفاری‌نیا[1]

چکیده

توسعه هنجاری و نظارتی حمایت از اقشار آسیب‌پذیر از جمله کودکان در حقوق بین‌الملل بشر، در روندی تدریجی در حال تقویت است. در حوزه پاسخ‌دهی به چالش‌های ویران‌گر زیست‌محیطی و تغییرات اقلیم، این حوزه از حقوق بین‌الملل دچار تحولات نوینی برای حمایت از کودکان شده است. پژوهش حاضر با استناد به منابع دست اول بین‌المللی و با روش توصیف و تحلیل محتوای اسناد بین‌المللی و داده‌های کتابخانه‌ای، در صدد تبیین تحولات نظام بین‌المللی حقوق بشر در راستای شناسایی حق کودکان به برخورداری از محیط زیست سالم، ایمن و پایدار است و ابعاد محتوا و ماهیت مبانی حقوقی بین‌المللی طی پنج دهه گذشته و تعهدات دولت‌ها و دیگر بازیگران از جمله فعالان تجاری و صنعتی را مورد بررسی قرار می‌دهد و به این پرسش پاسخ می‌دهد که تضمین رعایت این حق در مجاری قضایی و شبه قضایی بین‌المللی با چه تحرکاتی همراه شده است. پژوهش حاضر بر این امر تاکید دارد که ضمن اهتمام جدی به توسعه هنجاری موازین حقوق بشر در این زمینه و تلاش همه‌جانبه برای اجرای آن، لازم است دغدغه‌های مشروع جوامع در حال توسعه مورد نظر قرار گیرد و دولت‌های توسعه‌یافته به تعهدات خود در حوزه همکاری‌های بین‌المللی به‌درستی عمل کنند.

واژگان کلیدی: حقوق کودک، محیط زیست، اسناد بین‌المللی، کنوانسیون حقوق کودک، توسعه پایدار.

---

۱. استادیار دانشگاه امام صادق (ع)

saffarinia@isu.ac.ir

درآمد

برخورداری از محیط زیستی امن و پایدار برای برخورداری کامل از طیف وسیعی از حقوق بشر، از جمله حق بر زندگی، سلامت، غذا، آب و بهداشت، نیاز همه موجودات و یک ضرورت است. این مهم از چند دهه قبل در موازین حقوق محیط زیست به رسمیت شناخته شده و تعهدات حقوقی مختلفی را متوجه دولت‌ها و سایر بازیگران نموده است. همان‌گونه که به عنوان یکی از اقتضائات یا بسترهای تحقق برخی از حق‌های انسانی در نظام بین‌المللیِ حقوق بشر همواره مورد تاکید بوده است.[1] در عین‌حال در ادامه تلاش‌های پنج دهه گذشته، در سال‌های اخیر به رسمیت شناختن پیوند میان حقوق بشر و محیط زیست به شدت افزایش یافته است؛ به‌طوری که تعداد و دامنه قوانین داخلی و بین‌المللی، رویه‌های قضایی و مطالعات دانشگاهی در مورد رابطه بین حقوق بشر و محیط زیست به سرعت بسط یافته و در حال گسترش است. به‌طور خاص از سال ۲۰۲۰ میلادی با صدور یک رای در دیوان حقوق بشر کشورهای قاره آمریکا، کل نظام بین‌المللی حقوق بشر شتاب جدیدی در این حوزه پیدا کرد. شورای حقوق بشر سازمان ملل برای اولین بار طی قطع‌نامه‌ای که با فعالیت گسترده نهادهای مدنی و فعالان حقوق بشر اقصی نقاط جهان و همراهی اکثر کشورها به تصویب رسید، تایید کرد که هر کس در هر مکان حق دارد در محیطی پاک، سالم و پایدار زندگی کند. بدین ترتیب، قطع‌نامه‌های شورای حقوق بشر ملل متحد در سال ۲۰۲۱ (A/HRC/RES/48/13) و مجمع‌عمومی در سال ۲۰۲۲ (A/RES/76/300) از حیث هنجاری، حق یادشده را به عنوان حق اساسی بشر در ادبیات حقوق بین‌الملل بشر تثبیت کردند. در سطح جهانی طی سال‌های اخیر مکرر تاکید می‌شود که بدون محیط زیست سالم قطعاً بشریت نمی‌تواند به بسیاری از آرزوها و هدف‌گذاری‌های مربوط به بقا و رشد و توسعه همه‌جانبه خویش در روند منطقی نائل آید (OHCHR & UNEP & UNDP, 2023: 13). بدون رعایت حق محیط زیست سالم و پایدار حتی امکان دسترسی به حداقل استانداردهای کرامت

---

۱. این مهم در نظرات مختلف کمیته‌های نظارتی معاهدات حقوق بشر طی سال‌های متمادی و در تفسیر حق‌های گوناگون انسانی مورد تاکید قرار گرفته است. به‌عنوان مثال کمیته حقوق بشر در نظر تفسیری راجع به حق حیات به جایگاه محیط زیست بر حق مزبور به تفصیل اشاره می‌کند.
Human Rights. Committee., General Comment No. 36, CCPR/C/GC/36, 2019

انسانی و حقوق مبتنی بر آن در حوزه‌های گوناگون منتفی می‌شود.[۱] در حالی‌که بشریت با بحران بی‌سابقه زیست‌محیطی و تغییرات اقلیم در سیاره زمین مواجه است، بسیاری از تلاش‌گران زیست‌محیطی و فعالان حقوق بشر امیدوارند که شناسایی و رعایت حق برخورداری از محیطی پاک، سالم و پایدار بتواند به عنوان کاتالیزوری برای تغییرات نظام‌مند و دگرگون کننده در راستای ایجاد آینده‌ای عادلانه و پایدار در هماهنگی با طبیعت اثرگذاری داشته باشد.[۲]

در میان گروه‌های مختلف انسانی در بهره‌مندی از حق مذکور، برخی اولویت بیشتری به جهت آسیب‌پذیری‌های مختلف جسمی و روحی خاص خود پیدا می‌کنند.[۳] کودکان در زمره گروه‌های دارای اولویت هستند که باید با نگرشی ویژه برای رعایت حق بر محیط زیست سالم و پایدار آن‌ها تلاش کرد. کودکان به عنوان افرادی که ذهن، بدن، دانش و نقش آن‌ها به طور پیوسته در حال تحول است، در محیط زیست ناسالم به‌طور خاص در معرض آسیب‌پذیری قرار می‌گیرند. محیط زیست شهری ناسالم و مواد سمی و آلوده‌کننده محیطی، تهدیدات بزرگ سلامتی کودکان محسوب و کاهش کیفیت زندگی و رشد و بقای کودک را در پی دارند. تغییرات اقلیمی، افزایش دمای کره زمین، فقدان امکان تنفس سالم در بسیاری از مناطق، آلودگی آب و غذا، وقوع سیلاب و خشکسالی و افزایش بیماری‌های واگیردار از جمله متغیرهای مهمی است که چالش‌های متنوعی را فراروی رعایت حق کودکان به محیط زیست سالم و پایدار قرار داده است. کودکان در مواجهه با وضعیت‌های نگران کننده زیست‌محیطی، تجربه‌های کم یا محدودی نسبت به بزرگترها دارند؛همچنین در سطح پائین یا هیچ کنترلی بر مدیریت مقابله با تهدیدات محیطی که با آن روبه‌رو هستند ندارند. افزون بر این، اغلب فاقد دانش و توانایی لازم برای محافظت از خود

---

۱. قطع‌نامه مصوب ٤ دسامبر ۱۹۸٦ مجمع‌عمومی سازمان ملل به صراحت بر این‌که حق‌های جدید باید منبعث از کرامت انسانی و در جهت تضمین رعایت آن باشند تاکید کرده است. این مهم به طور بدیهی در پیوند محیط زیست سالم با کرامت انسانی و سایر حق‌ها نمایان است
Resolution, Setting International Standards in the Field of Human Rights, 1986, (G.A./121/41).

2. What is the Right to a Healthy Environment?, OHCHR, UNEP, UNDP, 2023, p: 13.

۳. گروه‌هایی چون بیماران، سالمندان، افراد دارای معلولیت، افراد فاقد سرپناه نیز نسبت به افراد معمولی هر جامعه نیاز بیشتری به توجه دارند.

می‌باشـــند (Aravena Asencio, 2021: 5). از این رو برای مراقبت در برابر آسیب‌ها به والدین یا اطرافیانشان وابسته هســـتند. بر همین اساس، ایفای نقش موثر دولت‌ها، فعالان غیردولتی و متصدیان کسب و کارها برای برخورداری کودکان از حق به محیط زیست سالم و پایدار امری حیاتی است.

نظر به اهمیت موضوع محیط زیســـت و ابعاد حقوقی آن، در سال‌های گذشته مطالعات متنوعی در سراســـر جهان از جمله کشـــور ما در این قلمرو صورت گرفته اســـت.[1] منتهی در بـــاب حق کودکان در قبال محیط زیســـت ســـالم و پایدار که در چارچوب حقوق بین‌الملل بشـــر قرار می‌گیرد و به ویژه تحولات جدید آن، با ادبیات پژوهشـــی در خوری مواجه نیستیم. از همین‌رو، مطالعه حاضر ضرورت پیدا کرد. این نوشتار بر اســـاس روش توصیفی تحلیلی مطالعات بین‌المللی حقوق بشر و استناد به منابع دســـت اول بین‌المللی و ارزیابی و سنجش برخی نتایج حاصله در جهت امکان برخی تجویزات و پیشنهادات برای جامعه خودمان به فرجام رسیده است.

از حیث ســـاختار پژوهش حاضر، ابتدا مروری فشرده بر آسیب‌های فراروی کودک در موضوع حق مورد بررســـی به روایت مراکز معتبر جهانی صورت می‌پذیرد؛ ســـپس تحولات جدید حقوقی بین‌المللی ناظر به حق کودکان در زمینه محیط زیست سالم و پایدار و مسئولیت‌های دولت‌ها وسایر بازیگران در قبال آن، در ابعاد گوناگون بررسی می‌شـــود؛ از جمله این‌که، از حیث هنجارســـازی و تکمیل قواعد پیشین چه نتایجی حاصل شده است؛ در عملکرد ســـازکارهای بین‌المللی پیشبرد حقوق بشر و دیگر نهادهای بین‌المللی چه نکات مهمی در این زمینه قابل توجه است؛ و در نهایت، از جهت رویه‌های قضایی مرتبط با این موضوع شـــاهد چه شـــرایطی هســـتیم؟ پس از تبیین پاســـخ پرسش‌های یادشـــده، رئوس تعهدات دولت‌ها و بازیگران خصوصی واکاوی و از منظـــر جدیدتریـــن موازین بین‌المللی ذی‌ربط معرفی می‌شـــوند. برخی

---

۱. از جمله کتب منتشـــره در کشور ما که در این حوزه در سال‌های گذشته بحث‌های نظری را انجام داده‌اند، عبارت اســـت از: مشهدی، علی (۱۳۹۲)، حق بر محیط زیست سالم؛ رضایی ناندلی، محبوبه و نیکخواه، وحید (۱۳۹۹)، مبانی حق بر محیط زیســـت سالم؛ مشهدی، علی (۱۳۹۲)، حق بر محیط زیست؛ الگوی ایرانی فرانسوی؛ صفی‌زاده، ابراهیم (۱۳۹۶)، حق بر محیط زیست سالم در نسل سوم حقوق بشـــر؛ مرادی، حسن (۱۳۹۶)، حقوق محیط زیســـت بین‌الملل؛ مدیر روستا، عارفه (۱۳۹۸)، حقوق بشـــر و محیط زیست؛ پورهاشمی، سیدعباس و ارغند، بهاره (۱۳۹۶)، حقوق بین‌الملل محیط زیست و تقی‌زاده انصاری، مصطفی (۱۳۹۹)، حقوق محیط زیست در ایران.

رهاوردهای علمی بررسی انجام شده از جمله خطاب به سیاست‌گذاران و مجریان و بخش خصوصی و خانواده‌ها در سخن آخر مقاله تقدیم می‌شود.

۱. نگاهی به اثرات ویران‌گر آسیب‌های زیست‌محیطی بر کودکان

در میان گروه‌های انسانی، هیچ گروهی در مقایسه با کودکان که سهم سی درصدی از جمعیت جهان را تشکیل می‌دهند، در مقابل آسیب‌های زیست‌محیطی، آسیب‌پذیر نیستند. آسیب‌های زیست‌محیطی عوارض وخیمی بر کودکان زیر پنج سال دارد. بنا به اعلام سازمان جهانی سلامت، از کل تعداد پنج میلیون و نهصد هزار مرگ کودکان زیر پنج سال در سال ۲۰۱۵، بیش از یک‌چهارم آن یعنی بیش از یک میلیون و پانصد هزار مرگ با کاهش خطرات زیست‌محیطی قابل پیشگیری بوده است. همچنین یک‌چهارم بیماری‌ها در کودکان زیر پنج سال به عوارض زیست‌محیطی نسبت داده می‌شود. تماس کودکان با آلودگی‌ها و سایر مواد سمی نیز موجب ناتوانی، بیماری و مرگ زودرس در بزرگسالی می‌شود. بسیاری از جنین‌ها در مناطقی از دنیا غالباً پیش‌آلوده به دنیا می‌آیند که این ناشی از آلودگی مادرانشان به مواد آلوده در دوران بارداری است که با زایمان زودرس، وزن کم حین تولد و پایان زودرس حیات همراه است (A/HRC/37/58, 2018: 5). در برخی از اسناد بین‌المللی حقوق بشر، انواع آسیب‌های زیست‌محیطی که بر حقوق کودکان تأثیرگذار است در چند گروه طبقه‌بندی شده است: آلودگی هوا؛ آلودگی آب؛ تغییرات اقلیمی؛ مواد شیمیایی، زباله و مواد سمی؛ فقدان تنوع زیستی و دسترسی به طبیعت (A/HRC/37/58:9). آلودگی هوا سالانه حدود یک میلیون و هفتصد هزار مرگ کودکان زیر پنج سال را به دنبال دارد (Human Rights Watch, 2020: 1).[1] بسیاری از کودکان در اثر آلودگی هوا درگیر انواع بیماری‌ها و ناتوانی‌هایی می‌شوند که اغلب آثارش برای سال‌ها ادامه دارد. کودکان به‌خصوص در معرض خطر آلودگی آب هستند؛ زیرا بدن‌هایشان هنوز در حال رشد است، نسبت به وزن بدنشان آب بیشتری می‌نوشند و درصد بیشتری از برخی مواد شیمیایی را از طریق نوشیدن آب جذب می‌کنند. افزون بر این کودکان ممکن است نسبت به بزرگسالان زمان بیشتری را به‌واسطه

۱. برخی منابع مطالعاتی در اروپا، آمار مذکور را یک میلیون و هشتصد هزار نفر در هر سال اعلام کرده‌اند.

بازی کردن، در آب‌های آلوده بگذرانند و توانمندی کمتری برای شـــناختن یا واکنش به خطرات زیســـت‌محیطی دارند. به گفته مدیر اجرایی یونیسف، شاید هیچ تهدیدی بزرگتر و فزاینده‌تر از تغییـــرات اقلیمی برای کودکان جهان و فرزندان آن‌ها در آینده نباشـــد (Patricia Moore, 2020: 9). تغییرات آب و هوا به وقوع پدیده‌های آب و هوایی شـــدید، کمبود آب و افزایش ناامنی غذا، آلودگی هوا و بیماری‌های واگیردار و عفونی می‌انجامد که همه اثرات شـــدیدی بر کودکان دارند. بنا به گزارش دفتر کمیسر عالی حقوق بشـــر ملل متحد، تغییرات اقلیمی، تعداد و شدت خشکسالی‌ها را افزایش می‌دهد در حالی که تقریباً یکصد و شصت میلیون کودک در حال حاضر در مناطقی با شدت خشکسالی بالا یا بسیار بالا زندگی می‌کنند. تغییرات اقلیمی همچنین به تشدید طوفان‌ها و سیلاب‌ها کمک می‌کند. بیش از پانصد میلیون کودک در مناطقی به‌ویژه در آسیا با احتمال سیلاب بالا و تقریباً یکصد و پانزده میلیون نفر در مناطقی با خطر بالا یا بســـیار بالای طوفان‌های استوایی زندگی می‌کنند. کمبود آب شرب و ناامنی غذایی ناشـــی از تغییرات اقلیمی برای کودکان در جوامع فقیر دارای پیامدهای جدی اســـت (A/HRC/35/13:para.50).

رشد ســـریع مواد خطرناک در محیط زیست آلوده با افزایش سرطان، دیابت، آسم و بسیاری از بیماری‌های دیگر همراه می‌شود. در چنین وضعیتی، کودکان قبل از تولد در معرض مواد ســـمی قرار می‌گیرند و به دلیل تماس قبلی مادران با این مواد، کودکان پیش آلوده به دنیا می‌آیند (A/HRC/33/41: para.5). در شرایط نامناسب زیســـت‌محیطی، در بدن کودکان صدها ماده شـــیمیایی خطرناک یافت شده است که در این میان، کـــودکانِ در جوامع با درآمد پایین، اقلیت‌های قومی، بومی و محروم به مخاطره بیشتری افتاده‌اند؛ زیرا بیشتر در معرض این مواد قرار می‌گیرند و سوء تغذیه و عدم نظارت بر این شـــرایط رقت‌بار دامن می‌زند.[1] تخمین زده شـــده است که در ســـطح جهانی حدود یکصد و پنجاه و دو میلیون کودک در رده‌ی ســـنی پنج تا هفده ســـال مشغول به کار هستند، که هجده میلیون از این کودکان (۱۱,۹ درصد) در بخش صنعتی از جمله شامل بازیافت پسماند فعالیت دارند. حدود هفتاد و سه میلیون کودک

۱. برای مطالعه بیشتر رجوع کنید به:
International Journal of Environmental Research and Public Health. (2019). Special Issue: Hazardous Waste and Human Health

در سراســر جهان در کارهای خطرناک شــرکت دارند که تعداد نامعلومی از آن‌ها در بخش غیر رسمی گردآوری و بازیافت پسماند مشغول‌اند. کودکان و زنان بارداری که در نزدیکی محل‌های غیر رســمی دفن و پردازش پسماند الکترونیکی کار می‌کنند یا در آنجا زندگی می‌کنند، از جمله افرادی هســتند که بیشترین آسیب‌پذیری را به مواد شیمیایی خطرناک دارند (WHO, 2021: 7).

یک زیســت‌بوم سالم مستلزم وجود تنوع زیستی است که به‌تبع آن بهره‌مندی کامل از حقوق بشر ممکن می‌شود. به‌طور کلی، کاهش تنوع‌زیستی و فقدان دسترسی به محیط زیســت طبیعی، کودکان زیادی را در سراســر جهان تحــت تاثیر قرار داده است (A/HRC/34/49). تماس با طبیعت اثرات مفیدی بر سلامت روان دارد، که بســیاری از کودکان، به ویژه در مناطق شهری، از آن بی‌بهره‌اند. تغییرات آب و هوا و فشارهای ناشی از آن مانند جنگ و ناامنی، خشونت جنسی و جسمی و مرگ عزیزان و جراحات ناشــی از بلایای طبیعی بر سلامت روان کودکان تأثیرگذار است. کودکان ممکن اســت اضطراب مربوط بــه ترس از جدایی از خانواده و تنگناهای ناشــی از معیشت خانواده را تجربه کنند. کودکانی که خانواده‌های آن‌ها به دلیل تغییرات اقلیمی آسیب دیده‌اند، بیشــتر مورد خشونت، آزار و اذیت جسمی و استثمار قرار می‌گیرند. در ایــن میان کودکان فقیر، بومــی، اقلیت، مهاجر و کودکان دارای معلولیت بیشــتر آســیب‌پذیر هستند. دختربچه‌ها با مخاطرات بیشتری مواجه هستند و به دلیل تبعیض جنسیتی، بیشــتر در معرض فروش، قاچاق، کار اجباری، محرومیت از تحصیل، سوء تغذیه، مخاطرات بهداشتی و سلامتی، خشونت و آزار و اذیت جنسی قرار می‌گیرند (A/HRC/35/13).

۲. روندهای رو به رشد هنجارسازی در زمینه حق به محیط زیست کودکان

بسیاری از محققان، حقوق بین‌الملل محیط زیست را سریع‌ترین شاخه در حال تکامــل حقوق بین‌الملل نامیده‌اند؛ در حالی که تاریخچه آن به معاهدات قرن نوزدهم در مورد آب شــیرین و معاهــدات حفاظت از گونه‌های مختلف حیوانات وحشــی می‌رســد، اما حقوق بین‌الملل محیط زیســت از دهه ۱۹۷۰ به ویــژه از زمان اجرای کنفرانس اســتکهلم در مورد محیط زیست انسانی در سال ۱۹۷۲، به‌طور چشمگیری

پیشـــرفت داشته است. در ســـال ۲۰۰۵ برنامه محیط زیست ســـازمان ملل (یونپ)[1] فهرســـتی از ۲۷۲۳ معاهده و موافقت‌نامه‌های مربوط به محیط زیســـت را گردآوری کرد که قدیمی‌ترین آن‌ها در سال ۱۹۲۱ به تصویب رسیده بود (Moore, 2020: 7).

در این میان روندهای خاص حقوقی بین‌المللی در زمینه حق کودک به محیط زیســـت سالم نیز ظهور کرده است. دو سند در خصوص حقوق کودکان شامل ارجاع به محیط زیســـت، اعلامیه جهانی بقا، حمایت و توسعه کودکان[2] و برنامه اجرایی آن مصوب ۱۹۹۰ و اعلامیه مجمع عمومی ســـازمان ملل درسال ۲۰۰۲ با عنوان «جهانی مناسب برای کودکان»[3] است که در سال ۲۰۰۷ مجدد تأیید شد. اعلامیه جهانی ۱۹۹۰ شـــامل یک برنامه ده ماده‌ای بود که یکی از عناصر آن، تعهد به تلاش برای اقدامات مشـــترک جهت حفاظت از محیط زیست می‌شود تا کودکان بتوانند از آینده‌ای امن‌تر و ســـالم‌تر برخوردار شـــوند. یکی از اهداف «اعلامیهٔ جهانی مناسب برای کودکان» محافظـــت از زمین برای کـــودکان و حمایت از کودکان و به حداقل رســـاندن تأثیر تخریب محیط زیســـت بر آن‌ها اســـت. در همین روند، سه سند بین‌المللی دیگر در خصوص محیط زیســـت نیز به حق کودکان توجه نشان داده‌اند؛ بیانیه ژوهانسبورگ و برنامـــه اجرایی آن[4] مصوب ۲۰۰۲، اعلامیـــه حقوق مردمان بومی[5] مصوب ۲۰۰۲ و اهداف توسعه پایدار[6] مصوب ۲۰۱۵.

در قطع‌نامه کنگره جهانی اتحادیه بین‌المللی حفاظت از طبیعت[7] در سال ۲۰۱۲، برحق ذاتی کودک برای برقراری ارتباط معنادار با طبیعت، زندگی در محیطی که برای ســـلامتی یا رفاه او مضر نباشد، اطمینان از حفاظت از طبیعت و محیط زیست به نفع نسل حاضر و نسل‌های آینده و مســـئولیت‌پذیری برای کمک به مقابله با چالش‌های زیســـت‌محیطی که کودکان با آن‌ها مواجه خواهند شد، تاکید شده است. این سازمان

1. The United Nations Environment Programme
2. Declaration on the Survival, Protection and Development of Children
3. A World Fit for Children
4. Johannesburg Declaration on Sustainable Development and The Johannesburg Plan of Implementation
5. UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples
6. The Sustainable Development Goals (SDGs)
7. International Union for Conservation of Nature(IUCN) World Congress

خواستار الحاق پروتکل دیگری به کنوانسیون حقوق کودک در خصوص حق کودک به طبیعت و محیط زیست سالم شده است.

در اهداف توسعه پایدار که در سال ۲۰۱۵ توسط مجمع عمومی سازمان ملل متحد به تصویب رسید و مقرر شد که تا سال ۲۰۳۰ در دستور کار دولت‌ها و سازمان ملل قرار گیرد، رویکرد محیط زیستی تلفیق شده است. در این مجموعه هفده هدفی، به‌طورخاص مواردی به محیط زیست اختصاص یافته است؛ از جمله هدف ٦ در زمینه آب و بهداشت، هدف ۷ در زمینه انرژی مقرون به صرفه و پاک، هدف ١٤ در زمینه زندگی زیر آب و هدف ۱۵ در زمینه زندگی بر روی زمین. هدف ۱۳ این اهداف، به اقدام فوری برای مقابله با تغییرات اقلیمی اختصاص یافته است. این هدف بر اهمیت حفاظت از محیط زیست برای نسل‌های آینده، از جمله کودکان تأکید می‌کند. در هدف ۱۵ از اهداف توسعه پایدار نیز به حفاظت و بازسازی محیط زیست طبیعی توجه و تأکید شده است که همه انسان‌ها از جمله کودکان باید بهره‌مند از محیط زیست سالم و پایدار باشند؛ بنابراین تحقق حقوق کودکان هم هدف و هم وسیله در جهت دستیابی به اهداف توسعه پایدار تا سال ۲۰۳۰ در کشورهای توسعه‌یافته و در حال توسعه می‌باشد (Ivana Savić, 2016: 18).

در ادامه روند هنجارسازی‌های بین‌المللی مربوط به حق مورد بررسی، کنوانسیون حقوق کودک در سال ۱۹۸۹ به تصویب رسید؛ همان سالی که کمیسیون وقت حقوق بشر سازمان ملل برای اولین‌بار به‌طور رسمی با قطع‌نامه‌ای در خصوص جابجایی و تخلیه محصولات و پسماندهای سمی و خطرناک به محیط زیست پرداخت (Patricia Moore, 2020: 9). کنوانسیون مذکور محیط زیست را از منظر خطراتی که آلودگی برای سلامت کودکان و در زمینه برخورداری از آموزش در پی دارد، مورد توجه ویژه قرار می‌دهد. در ماده ٢٤ و ماده ۲۹ کنوانسیون به مسائل زیست‌محیطی پرداخته شده است. در بند ۲ (ج) ماده ٢٤ دولت‌ها موظف به انجام اقداماتی برای مبارزه با بیماری‌ها و سوء تغذیه و «در نظر گرفتن خطرات آلودگی محیط زیست» شده‌اند و در بند ۱ (ه) ماده ۲۹ نیز از دولت‌ها خواسته شده که آموزش کودکان را به سمت «توسعه احترام به محیط زیست طبیعی» هدایت کنند (CRC/C/GC/15, 2013: para.9). با این حال، عدم تأیید صریح حقوق زیست‌محیطی کودکان در

کنوانسیون، فعالان این حوزه را بر آن داشت که در سال‌های بعد از تصویب این سند بین‌المللی، پیشنهاد الحاق یک پروتکل اختیاری جدید را در خصوص حقوق زیست‌محیطی کودکان به کنوانسیون حقوق کودک ارائه کنند. شایان ذکر است که کنوانسیون حقوق کودک از حقوق کودکان زنده زمان اجرای خود حمایت می‌کند و بر حقوق نسل‌های آینده متمرکز نیست. در موافقت‌نامه‌های محیط زیستی نیز عمدتاً کودکان متمایز از سایرین در نظر گرفته نشده‌اند و اکثر آن‌ها متضمن تعهداتی برای حمایت از سلامت انسان و محیط زیست به‌طور کلی هستند و به‌طور خاص تعهداتی را ایجاد نکرده‌اند که متمرکز بر کودکان باشد.

در جوار روندهای هنجارسازی یادشده، کمیسیون وقت حقوق بشرسازمان ملل طی سال‌های ۱۹۹۴-۱۹۹۶ قطع‌نامه‌هایی در مورد حقوق بشر و محیط زیست صادر کرد و در سال‌های ۲۰۰۲، ۲۰۰۳ و ۲۰۰۵ در چارچوب توسعه پایدار به صدور قطع‌نامه در خصوص حقوق بشر و محیط زیست مبادرت ورزید. شورای حقوق بشر سازمان ملل به عنوان جانشین کمیسیون سابق حقوق بشر نیز طی سال‌های ۲۰۱۱- ۲۰۱۵ قطع‌نامه‌هایی در مورد حقوق بشر و محیط زیست تصویب کرد. در قطع‌نامه‌های ۲۰۱۲ و ۲۰۱٤ به کنوانسیون حقوق کودک اشاره شده است و قطع‌نامه ۲۰۱۳ سلامت کودکان و آسیب‌های زیست‌محیطی را به یکدیگر مرتبط می‌سازد، اما هیچ‌یک از این پنج قطع‌نامه به طور خاص به حقوق کودکان و محیط زیست نپرداخته است. در سال ۲۰۱٦ شورای حقوق بشر تصمیم گرفت تأثیر تغییرات اقلیمی بر حقوق کودکان را در برنامه کاری خود بگنجاند و نشستی در این خصوص تشکیل داد. در قطع‌نامه شورای حقوق بشر در مورد حقوق بشر و محیط زیست درسال ۲۰۱۷، به طور خاص از دولت‌ها خواسته شد تا مشارکت کودکان در تصمیم‌گیری‌های زیست‌محیطی را تسهیل کنند، اما در قطع‌نامه دیگر این شورا در مورد حقوق بشر و تغییرات اقلیمی در سال ۲۰۱۸ از کودکان تنها به عنوان بخشی از فهرست گروه‌های آسیب‌پذیر یاد شد. در ادامه چنین روند پر فراز و فرودی که سال‌ها به طول انجامید، بالاخره در هشتم اکتبر ۲۰۲۱ شورای حقوق بشر سازمان ملل قطع‌نامه ٤٨/١٣ را تصویب کرد و در آن محیط زیست پاک، سالم و پایدار را به‌عنوان یک حق بشری به رسمیت شناخت. محیط زیست سالم و پایدار که ابتدا در ادبیات حقوق بین‌الملل

محیط زیســـت مطرح بود و در حیطه حقوق بین‌الملل بشـــر عمدتاً جزو توابع حق بر حیات و حق بر ســـلامت مورد بررســـی قرار می‌گرفت، پس از صدور این قطع‌نامه شـــورای حقوق بشر، به‌عنوان یک حق مســـتقل بشری مطرح و وارد ادبیات هنجاری حقوق بین‌الملل بشـــر شـــد که نقطه عطفی در حیطه حق بر محیط زیســـت به شمار می‌رود. متعاقب آن، مجمع عمومی ســـازمان ملل نیز قطع‌نامه حق بر محیط زیســـت پاک سالم و پایدار را بر اساس متن مشابهی که توسط شورای حقوق بشر به تصویب رسیده بود در ژوئیه ۲۰۲۲ با یکصد و شصت و یک رای موافق، هشت رای ممتنع و بدون هیچ رای مخالفی به تصویب رساند[۱] (GA/12437, 2022).

۳. برون‌داد جدیـد سازِکارهـای بین‌المللی حقـوق بشر راجـع به حـق مـورد بررسی

۱-۳. گزارش‌گران سازمان ملل

در میان ســـازِکار ماموریت‌های ویژه تابعه شـــورای حقوق بشر سازمان ملل[۲] فارغ از برخی گزارش‌گران مانند گزارش‌گر حق به سلامت که ضمن موضوع فعالیت خود به محیط زیســـت هـــم می‌پردازند، به طور خاص ســـه گزارش‌گر موضوعی به بررسی ابعاد مختلف محیط زیســـت اختصاص پیدا کرده‌اند. جایگاه گزارش‌گر ویژه ســـازمان ملل حقوق بشری مدیریت مناسب زیست‌محیطی و دفع مواد و پسماندهای خطرناک(حقوق بشـــر و مواد سمی)[۳] از سال ۱۹۹۵، گزارش‌گر ویژه سازمان ملل در

---

۱. مجمع‌عمومی ملل متحد، قطع‌نامه (A/76/L.75) هشـــت دولت عضو شـــامل بلاروس، کامبوج، چین، اتیوپی، ایران، قرقیزستان، روسیه و سوریه رای ممتنع به این قطع‌نامه دادند. نماینده جمهوری اسلامی ایران در خصوص علت رای ممتنع خود اظهار داشت که در متن به اقدامات قهری یک‌جانبه که مانع برخورداری از حقوق بشـــر در محیطی پاک، ســـالم و پایدار می‌شـــود، اشـــاره نشده است. GA/12437 , 2022 در توصیف و تحلیل این رویداد، در رسانه یکی از انجمن‌های علمی کشورمان یادداشت کوتاه کارشناسی ارائه شده است. بنگرید به: کربلایی امینی، ۱۴۰۱.
(https://unstudies.ir/iauns-forum)

۲. برابر اعلام دفتر کمیســـرعالی حقوق بشر ســـازمان ملل در نوامبر ۲۰۲۳، در مجموع چهل و شش ماموریت گزارش‌گر موضوعی و چهارده مورد گزارش‌گر ناظر کشـــوری زیر نظر شورای حقوق بشر ملل متحد فعالیت دارند. برای ملاحظه عناوین هر مورد، بنگرید به:
(https://www.ohchr.org/en/special-procedures-human-rights-council)

3. Special Rapporteur on the implications for human rights of the environmentally sound management and disposal of hazardous substances and wastes
گزارش‌گر ویژه یادشده، اولین بار در سال ۱۹۹۵ توسط کمیسیون وقت حقوق بشر سازمان ملل متحد طی قطع‌نامه ۱۹۹۵/۸۱ ایجاد شـــد و در ســـال ۲۰۲۰ با قطع‌نامه شورای حقوق بشر سازمان ملل به

موضوع تعهدات حقوق بشـــری مربوط به بهره‌مندی از محیط زیســـت پایدار، سالم، تمیز و ایمن[1] از سال ۲۰۱۲ و گزارش‌گر ویژه سازمان ملل در زمینه حمایت از حقوق بشـــر مربوط به وضعیت‌های تغییرات اقلیمی سازمان ملل[2] از سال ۲۰۲۱ با مصوبات جداگانه شـــورای حقوق بشر ایجاد شده‌اند. گزارش‌گران در گزارش‌های سالانه خود به حق کودکان به محیط زیســـت ســـالم و پایدار توجه کرده و بر اهمیت حفاظت از محیط زیست برای سلامت و رفاه کودکان تأکید کرده‌اند. در میان گزارش‌های سالانه این گزارش‌گران، دو گزارش به‌طور خاص به کودکان اختصاص یافته است.

آقای باسکوت تونکاک گزارش‌گر ویژه قبلی سازمان ملل در زمینه مواد سمی و خطرناک در ســـال ۲۰۱۶ یکی از گزارش‌های خود را به تاثیر ســـموم و آلودگی بر حقوق کودکان اختصاص داد و تعهدات دولت‌ها و مســـئولیت بخش‌های تجاری در جلوگیری از قـــرار گرفتن کودکان در معرض چنین موادی را بررســـی کرد. وی در گزارش خود با طرح مســـاله همه‌گیری خاموش تبیین کـــرد که کودکان پیش‌آلوده با آلاینده‌های متعددی به دنیا می‌آیند که بر حقوق آن‌ها برای بقا و رشـــد، شنیده شدن، یکپارچگی جسمانی و برخورداری از بالاترین استانداردهای سلامتی تأثیر منفی بسیار می‌گذارد (A/HRC/33/41, 2016: para 5) مواد ســـمی موجب آلودگی هوا، آب، غذا، زمین‌های بازی، خانه‌ها، مدارس و ســـایر منابع تماس می‌شوند که اثرات مرگبار یا مادام‌العمر بر ســـلامت روان و جســـم کودکان ایجاد کـــرده و مغایر با حق کودک برای داشتن آب و غذای سالم و مسکن و بازی ایمن می‌باشد. ده‌ها میلیون کودک در کارهایی اشتغال دارند که اغلب در معرض مواد شیمیایی سمی هستند. انتشار گازهای گلخانه‌ای از صنایع تولیدی و اســـتخراجی و استفاده از آفت‌کش‌های خطرناک و مواد شـــیمیایی صنعتی در محصولات مصرفی و مواد غذایی، کودکان را در معرض صدها

گزارش‌گر مواد ســـمی و حقوق بشر تغییر نام یافت. در حال حاضر آقای مارکوس اورلانا این سمت را بر عهده دارد.

1. Special Rapporteur on the issue of human rights obligations relating to the enjoyment of a safe, clean , healthy and sustainable environment

شـــورای حقوق بشرسازمان ملل متحد ماموریت مزبور را ابتدا در قالب کارشناس مستقل حقوق بشر و محیط زیســـت در ســـال ۲۰۱۲ طی قطع‌نامه ۱۹/۱۰ تعیین کرد و ســـپس در سال ۲۰۱۵ به عنوان گزارش‌گری تغییر داد. از ابتدای سال ۲۰۲۴ آقای دیوید بوید این سمت را بر عهده دارد.

2. Special Rapporteur on the promotion and protection of human rights in the context of climate change

ماده شـــیمیایی خطرناک و یا تحت خطرات ناشـــناخته قرار می‌دهد که بر سلامت و کیفیت زندگی آن‌ها تاثیرگذار اســـت. کودکان غالبا بدون دسترسی به یک درمان موثر یا رسیدگی قضایی برای آسیب‌های مربوط به سموم و آلودگی رها می‌شوند، در حالی کـــه تأثیرات مرگبار و مادام‌العمر این موارد بر بـــدن کودکان تا اواخر زندگی آن‌ها بر جای می‌ماند و از آنجایی که اثبات چگونگی و زمان وقوع آسیب دشوار است، باعث مصونیت از مجازات برای مجرمان می‌شود.

وی در این گزارش تاکید می‌کند که عوامل زیادی منجر به این وضعیت می‌شود از جمله سیاســـت‌هایی که به جای منافع کودکان، کســـب و کارها را در اولویت قرار می‌دهد، شـــکاف‌های قانون‌گذاری، شکست در اجرای قوانین موجود، فقدان ظرفیت برای نظارت، اطلاعات نادرست شـــرکت‌ها، حکومت‌داری غیرمنسجم و پاره‌پاره[1] و وزارت‌خانه‌های بهداشـــت و کار غیرفعال که کودکان را هم در ثروتمندترین و هم در فقیرترین کشـــورها در معرض حمله مواد شیمیایی سمی و آلودگی قرار می‌دهند. در این گزارش از دولت‌ها خواسته شده که هنگام طراحی هنجارهای سلامت عمومی و بهداشـــت محیط، منافع عالیه کودک را در اولویت قرار دهند و دسترسی به اطلاعات و راه‌حل‌های موثر را تضمین نمایند. همچنین از صاحبان مشـــاغل خواســـته شده تا قرار گرفتن کودکان در معرض مواد سمی را شناسایی، پیشگیری و کاهش دهند (A/HRC/33/41).

مورد دیگر، دو گزارش گزارش‌گر ویژه ســـازمان ملل در امور حقوق بشـــر و محیط زیســـت در ژانویه ۲۰۱۸ اســـت که یکی در مورد رابطه بین حقوق کودکان و حفاظت از محیط زیســـت و دیگری در خصوص ارتباط حقوق بشر و محیط زیست می‌باشـــد. این گزارش‌گر در گزارش خود با موضوع اصول چارچوب حقوق بشر و محیط زیست تلاش نمود تا طی شانزده اصل، چارچوبی را برای تعهدات دولت‌ها در زمینه محیط زیست ترسیم کند که در این میان اصل چهاردهم به حمایت از گروه‌های آسیب‌پذیر از جمله کودکان اختصاص دارد (A/HR/C/37/59: 2018).

در گزارش گزارش‌گر ویژه در مورد حقوق کودکان و محیط زیســـت، چهارده

1. fragmented governance

اصل از اصول معیار[1] به همراه دو اصل حق بر استاندارد مناسب زندگی و حق بر بازی و تفریح گنجانده شده است. آقای جان ناکس در این گزارش با تاکید بر این‌که کودکان از آنجایی که سیستم ایمنی بدن آن‌ها هنوز در حال رشد است بیش از بزرگسالان در معرض تاثیرات منفی تغییرات آب و هوایی قرار دارند، محیط زیست سالم را یک حق اساسی بشری می‌داند که برخورداری از آن برای همه کودکان به‌ویژه کودکان آسیب‌پذیر ضروری است. گزارش‌گر ویژه انواع آسیب‌های زیست‌محیطی که بر حقوق کودکان تأثیر می‌گذارد را به پنج گروه آلودگی هوا، آلودگی آب، تغییرات آب و هوایی، مواد شیمیایی، زباله و مواد سمی و از دست دادن تنوع زیستی و دسترسی به طبیعت طبقه‌بندی کرده است. وی در گزارش خود توصیف می‌کند که کودکان از طریق تنفس هوای آلوده، خوردن و آشامیدن غذا و نوشیدنی‌های آلوده، تماس پوستی با آب آلوده و تغییر در الگوهای آب و هوایی مانند افزایش شدت و تعدد طوفان‌ها و سیل‌های ویران‌گر، در معرض تاثیرات اقلیمی قرار می‌گیرند که این عوامل منجر به شیوع بیماری‌های تنفسی و قلبی، بیماری‌های عفونی، سوء تغذیه و افزایش خطرات حوادث ناشی از سیل و خشکسالی و سایر بلایای طبیعی در کودکان می‌شود. وی متذکر می‌شود که این اثرات مانع از بهره‌مندی کودکان از حقوق انسانی خود از جمله حق بر حیات و استانداردهای مناسب زندگی، سلامت، توسعه و حق بر بازی و تفریح می‌شود. گزارش‌گر با تاکید بر این‌که دولت‌ها مسئول حفاظت از محیط زیست و تضمین حق کودکان بر محیط زیست سالم هستند، از آن‌ها می‌خواهد که اقدامات لازم را برای حفاظت از کودکان در برابر تاثیرات منفی تغییرات اقلیمی از جمله کاهش انتشار گازهای گلخانه‌ای، مدیریت منابع آب و ارائه خدمات بهداشتی و سلامتی برای کودکان در معرض تغییرات اقلیمی انجام دهند (A/HRC/37/58, 2018).

در سایر گزارشات گزارش‌گران مربوط به محیط زیست نیز به کودکان پرداخته شده است از جمله آقای دیوید بوید گزارش‌گر ویژه حقوق بشر و محیط زیست که در سال ۲۰۱۸ جایگزین گزارش‌گر قبلی شد در گزارش سال ۲۰۲۳ خود که به موضوع زنان، دختربچه‌ها و حق داشتن محیط زیست پاک، سالم و پایدار اختصاص

1. Framework principles

دارد به وضعیت دختربچه‌ها به عنوان یک گروه آسیب‌پذیر در برخورداری از حق بر محیط زیست سالم پرداخته است. وی با تاکید بر این‌که توسعه پایدار به تحقق تغییر جنسیتی حق برخورداری از محیط زیست پاک، سالم و پایدار بستگی دارد[1] و این‌که کلیشه‌های مبتنی بر جنسیت، سوگیری‌ها، نابرابری‌ها و تبعیض، بهره‌مندی زنان و دختربچه‌ها از حق داشتن محیطی پاک، سالم و پایدار را محدود می‌کند، در گزارش خود ابعاد جنسیتی برخورداری از محیط زیست سالم از جمله وضعیت دختر بچه‌ها را مورد بحث قرار داد (A/HR/C/52/33).

دبیرکل سازمان ملل و کمیسر عالی حقوق بشر ملل متحد هم در گزارشات تخصصی که به اجلاس‌های مختلف ارائه کرده‌اند به موضوع محیط زیست سالم برای کودکان توجه کرده‌اند. کمیسر عالی حقوق بشر در سال ۲۰۱۷ گزارشی تحلیلی در مورد رابطه بین تغییر اقلیم و برخورداری کامل و مؤثر از حقوق کودک به شورای حقوق بشر ارائه کرد. این مطالعه تاثیرات تغییرات آب و هوایی را بر کودکان و تعهدات و مسئولیت‌های حقوق بشری دولت‌ها و سایر بازیگران، از جمله مولفه‌های رویکرد مبتنی بر حقوق کودک در اقدام اقلیمی را بررسی می‌نماید و نمونه‌هایی از اقدامات خوب دولت‌ها را ارائه می‌دهد (A/HRC/35/13). در این گزارش تاکید شده که تغییرات اقلیمی تأثیر نامتناسبی بر کودکان دارای معلولیت، کودکان مهاجر، کودکان فقیر، کودکان جدا شده از خانواده و کودکان بومی بر جای می‌گذارد و دختران ممکن است با مخاطرات بیشتری مواجه شوند. دبیرکل سازمان ملل متحد نیز در گزارش سال ۲۰۲۰ در خصوص وضعیت کنوانسیون حقوق کودک، تغییرات اقلیمی و تخریب محیط زیست را به عنوان یک چالش مهم در برابر اجرای کنوانسیون به شمار آورده و تاکید کرده است که تغییرات اقلیمی زندگی کودکان را تهدید می‌کند؛ زیرساخت‌های حیاتی را نابود می‌کند؛ فرصت‌های بقا آن‌ها را تحت تأثیر قرار می‌دهد و مانع بهره‌مندی کودکان از حقوق خود می‌شود. افزون بر این، افزایش موارد سرطان، دیابت، اختلالات مغزی و اعصاب و آسم به صورت جهانی با افزایش سریع آلودگی هوا، زباله‌های الکترونیکی و مواد شیمیایی مضر در محصولات روزمره و سایر

1. Gender-transformative realization of the right to clean, healthy and sustainable environment

خطرات دیگر همراه شده است.

۲-۳. نظریات تفسیری مراجع نظارتی معاهدات حقوق بشر

مراجع نظارتی معاهدات حقوق بشر معمولاً به سه صورت نظرات تفسیری را در خصوص محتوای سندی که وظیفه نظارت بر روند اجرای آن را بر عهده دارند، اعلام می‌دارند: ارائه نظر تفسیری و شرح عام راجع به یک ماده معاهده ذی‌ربط، ارائه نظر و ملاحظات نهایی بر گزارش دوره‌ای کشورها به کمیته نظارتی، صدور بیانیه‌های موردی در خصوص تطبیق مصادیق رویدادها با معیارهای مندرج در معاهده. معرفی جزئیات نظرات تفسیری کمیته‌های نظارتی هر یک از معاهدات تفصیل زیادی می‌طلبد. به چند مورد اشاره می‌شود: کمیته حقوق کودک (مرجع نظارتی پیمان نامه حقوق کودک) نظریه تفسیری شماره ۱۵ در سال ۲۰۱۵ در خصوص حق کودک به برخورداری از بالاترین استاندارد سلامت، به ارتباط محیط زیست با سلامت کودکان توجه کرده است.[۱] در این نظریه تفسیری تاکید شده که مداخلات زیست‌محیطی باید شامل تغییرات اقلیمی هم بشود؛ زیرا یکی از بزرگترین تهدیدها برای سلامت کودکان است و نابرابری‌های بهداشتی را تشدید می‌کند و از دولت‌ها خواسته که ملاحظات سلامتی کودکان را در مرکز راهبردهای انطباق و کاهش تغییرات اقلیمی خود قرار دهند (CRC/C/GC/15, 2013).

کمیته حقوق کودک در سپتامبر ۲۰۱۶، برای نشان دادن اهمیت موضوع یک نشست تخصصی یک‌روزه در مورد حقوق کودکان و محیط زیست برگزار کرد و نهایتاً بعد از تلاش‌های چندساله و مشارکت‌دهی طیف گسترده‌ای از فعالان مدنی حوزه کودک و نظرخواهی از خود کودکان[۲] در سپتامبر ۲۰۲۳ با ارائه نظریه تفسیری شماره ۲۶ درباره حقوق کودکان و محیط زیست با تمرکز ویژه بر تغییرات اقلیمی، برای اولین‌بار به‌طور رسمی در زمره حقوق کودکان حق برخورداری از زندگی در یک محیط پاک، سالم و پایدار را به رسمیت شناخت (CRC/C/GC/26, 2023). این سند که با استقبال گسترده‌ای در سطح فعالان محیط زیست و حقوق بشر مواجه

---

۱. تن نظریات تفسیری کمیته حقوق کودک از ابتدا تا سال ۲۰۱۷ (زمان صدور نظریه شماره ۱۷) به زبان فارسی ترجمه و منتشر شده، بنگرید به: محبعلی و مهیمنی و سرائی، ۱۳۹۸.

۲. آن‌گونه که کمیته حقوق کودک اعلام داشته، این نهاد در تدوین محتوای نظریه تفسیری مذکور از مشاوره ۱۶،۳۳۱ کودک از ۱۲۱ کشور جهان بهره برده است.

شـــد، سه ستون اصلی دارد. ابتدا تأثیرات مخرب بحران سه‌گانه سیاره شامل وضعیت اضطراری اقلیمی، فروپاشی تنوع زیستی و آلودگی گسترده را بر حقوق کودکان تبیین می‌کند. ســـپس روشن می‌کند که حفاظت از محیط زیســـت چگونه برای بهره‌مندی کودکان از حقوق خود مفید اســـت و در مرحله سوم، مشخص می‌کند که دولت‌ها نه تنها مســـئول حفاظت از حقوق کودکان در برابر خطرات فوری هســـتند، بلکه باید از نقض‌های پیش‌بینی‌شده نیز پیشگیری نمایند.

کمیته حقوق کودک با تاکید بر این‌که اتخاذ رویکرد مبتنی بر حقوق کودک در حوزه محیط زیست مستلزم توجه کامل به تمامی حقوق کودکان مندرج در کنوانسیون می‌باشد، حقوق مرتبط با محیط زیست در این کنوانسیون را برمی‌شمارد که از جمله عبارت اســـت از: حق حیات، بقا و توســـعه (ماده ٦)، حق برخـــورداری از بالاترین اســـتاندارد قابل دستیابی ســـلامت (ماده ٢٤)، حق آموزش (مواد ٢٨ و ٢٩ (١) (ه) و حق برخورداری از استانداردهای مناســـب زندگی (ماده ٢٧). در این نظریه تفسیری تبیین شده که گستره و وسعت آسیب‌های زیست‌محیطی یک تهدید فوری و نظام‌مند برای حقوق کودکان در سطح جهان است.[1] استخراج و استفاده ناپایدار از منابع طبیعی همراه با آلودگی گســـترده اثرات عمیقی بر محیط زیســـت طبیعی برجای گذاشته و موجب ویران شدن تنوع زیســـتی و اکوسیستمی شده است که زندگی را پشتیبانی و حفظ می‌کند (CRC/C/GC/26).

٤. فعالیـــت برخی نهادهای بین‌المللی بـــرای حمایت از حق کودک به محیط زیست سالم

نهادهای بین‌المللی متعددی مانند سازمان جهانی سلامت، یونیسف و اتحادیه اروپا، همچنین ســـازمان‌های غیردولتی مانند صلح ســـبز و مهندســـان بدون مرز، در تدوین، اجرا و ترویج برنامه‌ها و اقدامات مختلف به منظور تحقق حق کودک به محیط زیســـت سالم و پایدار نیز توجه نشان داده و فعالیت‌های متنوع حقوقی و غیرحقوقی را معمول داشته‌اند.

گزارش «آینده‌ای برای کودکان جهان» که مشـــترکاً توســـط ســـازمان جهانی

۱. در مورد این نظریه تفســـیری یادداشـــت توضیحی کوتاهی را انجمن ایرانی مطالعات سازمان ملل نشر داده است. بنگرید به: رحمت‌الهی، بی‌تا، قابل دسترس در سایت انجمن: (https://unstudies.ir/iauns-forum).

بهداشـــت و یونیسف در سال ۲۰۲۰ منتشـــر شد نشان می‌دهد که سلامت و آینده هر کودک و نوجوان در سرتاســـر جهان در معرض تهدید فوری ناشی از تخریب محیط زیســـت، تغییرات اقلیمی و اقدامات تجاری اســـتثمارگرایانه است که فست‌فودهای فرآوری شده، نوشیدنی‌های شیرین، الکل و تنباکو را در میان کودکان ترویج می‌دهد. این گزارش که توســـط کمیسیونی شـــامل بیش از چهل متخصص سلامت کودک و نوجوان از سراســـر جهان تهیه شد، حاکی از آن است که هیچ کشوری به اندازه کافی از سلامت کودکان، محیط زیست و آینده آن‌ها محافظت نمی‌کند و تصمیم گیرندگان جهان در قبال کودکان و جوانان، حفاظت از سلامتی آن‌ها، حفاظت از حقوق آن‌ها و حفاظت از سیاره آن‌ها ناتوان هستند.

بر اســـاس این گزارش، در حالی‌که فقیرترین کشـــورها باید برای حمایت از توانایی فرزندانشـــان جهت داشتن زندگی سالم بیشتر تلاش کنند، انتشار بیش از حد کربن توســـط کشورهای ثروتمندتر، آینده همه کودکان را تهدید می‌کند. اگر گرمایش زمین تا ســـال ۲۱۰۰ مطابق با پیش‌بینی‌های کنونی از چهار درجه ســـانتی‌گراد فراتر رود، به دلیل افزایش سطح اقیانوس‌ها، امواج گرما، تکثیر بیماری‌هایی مانند مالاریا و تب دنگی و ســـوء تغذیه، پیامدهای ویرانگری برای سلامت کودکان به دنبال خواهد داشـــت. بیش از دو میلیارد نفر در کشـــورهایی زندگی می‌کنند که به دلیل مشکلات ناشـــی از تغییرات اقلیمی از جمله بحران‌های انســـانی، درگیری‌ها و بلایای طبیعی، توسعه آن‌ها با مشکل مواجه شده است. در حالی‌که برخی از فقیرترین کشورها دارای کمترین میزان انتشار دی‌اکسیدکربن هســـتند، بسیاری از آن‌ها در معرض شدیدترین تأثیرات اقلیمی هستند. در این گزارش تاکید شده که ایجاد شرایط بهتر امروز برای بقا و شـــکوفایی کودکان در سطح ملی نباید به قیمت از بین بردن آینده کودکان در سطح جهانی تمام شود.

تدوین‌کنندگان گزارش برای محافظت از کودکان، خواستار یک جنبش جهانی جدید شدند که توسط کودکان و برای کودکان هدایت و راهبری شود. در این گزارش به دولت‌ها توصیه‌های مهمی شـــده از جمله این‌که: برای اطمینان از آینده کودکان در این سیاره، انتشار دی اکسید کربن با نهایت فوریت متوقف شود؛ کودکان و نوجوانان در مرکز تلاش‌ها برای دســـتیابی به توســـعه پایدار قرار گیرند؛ سیاســـت‌گذاری‌ها و

سرمایه‌گذاری‌های جدید در همه بخش‌ها در راستای سلامت و حقوق کودکان به کار گرفته شوند؛ در تصمیم‌گیری‌ها به نظرات و خواسته‌های کودکان توجه شود؛ مقررات ملی در خصوص بازاریابی‌های تجاری مضر سخت‌گیرانه شود و جهت تنظیم قوانین و مقررات برای حمایت از کودکان در برابر آسیب‌های بخش تجاری یک پروتکل الحاقی جدید به کنوانسیون حقوق کودک تدوین و تصویب گردد (WHO-UNI-CEF, 2020:41-47).

سازمان جهانی سلامت نیز در سال ۲۰۲۱ گزارشی را با عنوان «کودکان و مکان‌های زباله دیجیتال: قرار گرفتن در معرض زباله‌های الکترونیکی و سلامت کودکان» ارائه کرد. چهار بخش اصلی این گزارش مکان‌های زباله‌های الکترونیک و شیوه‌های تماس با آن‌ها؛ تأثیرات تماس بر سلامت و رشد کودکان؛ برنامه‌ها و دستورکارهای اقدام و سیاست‌گذاری و نقش رهبری سازمان جهانی سلامت است. در این گزارش تاکید شده که کودکان و زنان بارداری که در نزدیکی محل‌های غیر رسمی دفن و پردازش زباله‌های الکترونیک کار یا زندگی می‌کنند، جزو افرادی هستند که بیشترین حساسیت را در مقابل مواد شیمیایی خطرناک دارند. کودکان که اعضای بدن و سیستم‌ایمنی آن‌ها هنوز در حال رشد و تکامل است، بیشتر در معرض خطر قرار می‌گیرند. اطفال وقت بیشتری را در تماس با زمین صرف می‌کنند؛ در حالی که در خاک یا گرد و غبار می‌خزند و بازی می‌کنند و یا دست و اشیا را به دهان می‌گذارند که باعث می‌شود گرد و غبار یا خاک آلوده را ببلعند. گزارش نتیجه‌گیری می‌کند که بخش تجاری باید حقوق بشر کودکان را که توسط مدیریت نامناسب زباله‌های الکترونیکی نقض شده است، رعایت کنند. کسب و کارهای بخش تجاری که به طور مستقیم یا غیر مستقیم در تولید و استفاده از زباله‌های الکترونیکی نقش داشته باشند یا به دفع یا صادرات زباله‌های الکترونیکی مرتبط باشند، موظف به جلوگیری از تماس کودکان با سموم موجود در محصولات و فعالیت‌های خود هستند (WHO, 2021:29-34).

در موردی دیگر، یونیسف در سال ۲۰۲۱ یک برنامه راهبردی با عنوان «محیط زیست سالم برای کودکان سالم: چارچوب برنامه جهانی»[1] را برای مواجهه جدی با

1. HEALTHY ENVIRONMENTS FOR HEALTHY CHILDREN Global Pro-

عوامل زیست‌محیطی که اثر منفی بر بقا، سلامت و رفاه کودکان دارند، ارائه کرد. این چارچوب بر پنج گروه از عوامـــل خطرات محیطی برای کودکان تمرکز دارد: فلزات سمی، مواد شیمیایی سمی، پسماندهای خطرناک، خطرات محیطی و تغییرات اقلیمی (GUIDANCE/PD/2021/001: 2). اقـــدام در زمینه تغییرات اقلیمی و تخریب محیط زیست برای کودکان و همراه با آن‌ها، اکنون یک اولویت اساسی در برنامه‌های یونیسف است.

۵. برخی از مهم‌ترین موارد دادخواهی و رویه قضایی و شبه قضایی بین‌المللی جدید راجع به حق مورد بررسی

در جهان امروز مطرح شـــده که عدالت باید دوســـتدار کودکان باشد و نباید در جلوی آن‌ها قدم بردارد؛ زیرا ممکن اســـت کودکان آن را دنبال نکنند. نباید پشت کودکان قدم بردارد؛ زیرا کودکان باید مســـئولیت هدایت را بر دوش نداشـــته باشند. باید همان‌طور که کنارشـــان گام بر می‌دارد دوستشان باشد (Council of Europe, 2010). در مواردی که دولت‌ها در جلوگیری از آســـیب‌های زیست‌محیطی و کاهش آن ناتوان هســـتند، دسترســـی به رســـیدگی قضایی برای حفاظت از حق کودکان به محیط زیســـت سالم، بسیار حیاتی است. این امر در جلوگیری از تکرار نقض حقوق زیست‌محیطی و حفاظت از آینده همه نسل‌ها نقش اساسی دارد. در چارچوب حقوق بشر موجود، دولت‌ها موظف به تضمین دسترسی کودکان به جبران خسارت موثر[1] در قبال نقض حقوق‌شـــان توسط نهادهای دولتی و غیردولتی می‌باشند. جبران خسارت موثر یک تعهد مثبت و ایجابی اســـت که دولت‌ها را ملزم به اطمینان از لحاظ شـــدن مناسب حمایت‌های زیست‌محیطی در قوانین ملی و اجرای تعهدات بین‌المللی حقوق بشر می‌نماید (Aravena Asencio, 2021).

در ســـال ۲۰۲۰ با صدور رای دیوان حقوق بشر کشورهای قاره آمریکا، نظام بین‌الملل شاهد شـــکل‌گیری رویه قضایی بین‌المللی جدیدی در حوزه حقوق محیط زیست گردید. در این رای دیوان بین‌آمریکایی حقوق بشر، آرژانتین را به دلیل ناتوانی در به رسمیت شـــناختن و حفاظت از سرزمین‌های مردم بومی، مسئول نقض حقوق

gram Framework
1. Effective Remedy

بشـــر جوامع بومی دانست و برای نخســـتین بار حق بر محیط زیست را به‌عنوان یک حق مستقل برای همه در زمره مجموعه هنجاری حقوق بشر به رسمیت شناخت. این رای همچنین آرژانتین را مسئول نقض حقوق مالکیت اجتماعی، هویت فرهنگی، غذا و آب کافی مردم بومی دانست و از جمله غرامت‌ها، دادگاه به آرژانتین دستور داد که زمین‌های اجدادی جوامع را از شهرک‌نشـــینان و احشام در مدت شش سال پاک کند (Inter-American Court of Human Rights, 2020). ایـــن پرونده مبتنی بر نظر مشـــورتی دیوان در سال ۲۰۱۷ صادر شـــد که در آن حق مستقل برای محیط زیست سالم را بر اساس ماده ۲۶ (اصل تحقق تدریجی) کنوانسیون بین آمریکایی حقوق بشر به رسمیت شناخته و اشاره کرده بود که حق داشتن محیط زیست سالم باید جزو سایر حقوق اساسی بشر در نظر گرفته شود (OC-23/17, 94 :2017). پس از رای صادره ۲۰۲۰ نهاد قضایی مذکور، شـــتاب تحرکات کل نظام بین‌المللی حقوق بشر بیشتر شد و کنش‌گران این حوزه تلاش کردند تا هم در سمت دادخواهی و هم در سمت ارائه رویه قضایی، به پیشـــرفت‌های بیشـــتری نایل آیند به‌طوری که شـــاهد طرح دعاوی جدید در دیوان اروپایی حقوق بشـــر و دیوان بین امریکایی حقوق بشـــر و همچنین ورود برخی ســـازِکارهای حقوق بشری سازمان ملل از جمله کمیته حقوق کودک در رســـیدگی به مواردِ دادخواهی واصله که اقدامات از این نوع در زمره رویه‌های شـــبه قضایی بین‌المللی محسوب می‌شود، هستیم.

در اکتبر ۲۰۲۱، ســـازمان غیردولتی عدالت زیست‌محیطی استرالیا به نیابت از پنج کودک و جوان چهارده تا بیست و چهار ساله استرالیایی شکایتی را به گزارش‌گر ویژه حقوق بشـــر و محیط زیست، گزارش‌گر ویژه حقوق مردمان بومی و گزارش‌گر ویژه حقوق افراد دارای معلولیت سازمان ملل در مورد انفعال دولت استرالیا نسبت به تغییرات اقلیمی ارســـال کرد. دادخواهان به حق به رسمیت شناخته شده برای محیطی پاک، ســـالم و پایدار توسط شورای حقوق بشر ســـازمان ملل متحد و تصدیق توافق پاریس مبنی بر این‌که تغییرات اقلیمی یک موضوع حقوق بشـــری است، استناد کردند و مدعی شدند که دولت استرالیا توافق‌نامه پاریس و اسناد متعدد سازمان ملل از جمله کنوانسیون حقوق کودک، کنوانســـیون حقوق افراد دارای معلولیت و اعلامیه سازمان ملل در مورد حقوق بومیان را نقض کرده و می‌کند (Environmental Justice Aus-

.(tralia v. Australia, 2021

در سپتامبر ۲۰۱۹ نیز شانزده مدافع حقوق بشر کودک و فعالان آب و هوا از سراسر جهان دادخواهی را علیه پنج کشور از بزرگترین تولیدکنندگان گازهای گلخانه‌ای جهان شامل آرژانتین، برزیل، فرانسه، آلمان و ترکیه به کمیته حقوق کودک ارائه کردند. آن‌ها در شکوائیه ارسالی از کمیته خواستند تا این پنج کشور را به دلیل عدم اقدام در مورد بحران آب و هوا که به‌طور جهانی رو به افزایش و در واقع یک بحران حقوق کودک است، مسئول بداند. گرچه کمیته این دادخواهی را به دلیل عدم طی مراحل رسیدگی ملی قبل از مراجعه به مراجع بین‌المللی غیر قابل قبول دانست و وارد رسیدگی ماهوی نشد، اما اذعان داشت که کشورها در قبال تأثیرات مضر تغییرات آب و هوایی بر حقوق کودکان، مسئولیت‌های فرامرزی دارند. در حالی که نمی‌توان آن را یک پیروزی واضح و مطلق برای درخواست‌کنندگان در نظر گرفت، به‌رسمیت شناختن مسئولیت‌های فرامرزی دولت‌ها در قبال رعایت حق بر محیط زیست سالم همگان از جمله کودکان، تحولی مهم به شمار می‌رود که یک سابقه تاریخی ایجاد می‌کند و راه را برای موارد دادخواهی آینده در مقابل کمیته حقوق کودک هموار می‌سازد (Chiara Sacchi et al. v Argentina et al, 2019).

در پرونده دیگری شش کودک و جوان پرتغالی خواستار پاسخ‌گویی پرتغال و سی و دو دولت دیگر به دلیل عدم اجرای تعهدات اقلیمی خود بر اساس توافق‌نامه پاریس ۲۰۱۵ در دیوان اروپایی حقوق بشر شدند. آن‌ها استدلال کردند که خواندگان اقدامات لازم زیست‌محیطی را انجام نمی‌دهند، گرمایش زمین را زیر ۱,۵ درجه سانتیگراد نگه نمی‌دارند و انفعال کشورها حقوق آن‌ها را برای زندگی و داشتن یک محیط سالم و حفاظت شده، همان‌طور که در قوانین اروپا تضمین شده است، تهدید می‌کند. این پرونده به شعبه عالی دیوان اروپایی حقوق بشر ارجاع شده و جلسه استماع آن در سپتامبر ۲۰۲۳ برگزارگردید (Duarte Agostinho & 5 Others v Portugal & 31 Others, 2023). اخیراً در آوریل ۲۰۲٤ دیوان اروپایی حقوق بشر رای نهایی خود را صادر کرد.[۱]

۱. علاوه بر این پرونده، دو دادخواهی مجزای دیگر نیز توسط افراد بزرگسال در دیوان اروپایی حقوق بشر علیه دولت‌های سوئیس و فرانسه ازسال ۲۰۲۰ با موضوعات مشابه دعوای علیه پرتغال مطرح شده که دیوان آن دو را نیز همراه با پرونده دادخواهی نوجوانان علیه پرتغال و دیگران به شعبه

هر یک از موارد فوق‌الذکر، حاکی از پیشرفت قابل توجه در رویه‌های قضایی بین‌المللی در زمینه حق بر محیط زیست کودکان و نمایان‌گر اهمیت حفظ دسترسی کودکان به عدالت و طرح نقض حق آنان به محیط زیست سالم و پایدار در مراجع قضایی و شبه‌قضایی بین‌المللی است.[1]

٦. چارچوبه تعهدات حقوق بشری دولت‌ها

تعهد دولت‌ها به شناسایی، تحقق و حمایت از حق کودک بر محیط زیست سالم و پایدار بر دو اصل استوار است: اتخاذ رویکرد مبتنی بر حقوق کودک در تمامی امور که مستلزم توجه ویژه به موانعی است که کودکان محروم یا در وضعیت‌های تبعیض‌آمیز در بهره‌مندی از حقوق مرتبط با محیط زیست با آن مواجه هستند؛ و اتخاذ رویکردهای احتیاطی در تصمیم‌گیری‌های زیست‌محیطی با تضمین این‌که تصمیم‌گیرندگان مسئولیت اقدام یا عدم اقدام خود را بر عهده می‌گیرند و کودکانی را که به‌طور خاص در معرض خطر یا آسیب‌های زیست‌محیطی هستند، در اولویت قرار می‌دهند.

جدیت و احتمال آسیب زیست‌محیطی به کودکان غالبا پیش‌بینی‌ناپذیر و غیرقابل بازگشت است. اصل احتیاطی از کشورها می‌خواهد اقدامات مؤثر و مناسب

عالی خود ارجاع کرد و بعد از طی فرایندهای رسیدگی چند ساله، اخیرا در آوریل ۲۰۲٤ (فروردین ۱٤۰۳) شعبه عالی دیوان رای قطعی و نهایی این نهاد را در هر سه مورد صادر کرد. در دادخواهی علیه سوئیس رای علیه این دولت صادر شد ودر دو پرونده دیگر به دلائل شکلی و فقدان شرایط لازم دادخواهی، نتیجه ماهوی در بر نداشت. بنگرید به:

https://www.echr.coe.int/w/grand-chamber-rulings-in-the-climate-change-cases

۱. یادآوری می‌کند که به موازات عرصه بین‌المللی، رویه‌های قضایی ملی در کشورها برای رسیدگی به دادخواهی در خصوص رعایت حق کودکان به محیط زیست سالم در سال‌های اخیر رو به فزونی گذاشته است. برای ملاحظه برخی از مصادیق رسیدگی‌های ملی، بنگرید به:

Major developments for global climate litigation: the Human Rights Council recognizes the right to a healthy environment and the Committee on the Rights of the Child publishes its decision in an international youth climate case, Maria Antonia Tigre,2021, accessible at; (https://blogs.law.columbia.edu/climatechange/2021/10/12/major-developments-for-global-climate-litigation-the-human-rights-council-recognizes-the-right-to-a-healthy-environment-and-the-committee-on-the-rights-of-the-child-publishes-its-decision-in-an-inter)

در کشور ما نیز رویه قضایی حامی محیط زیست توسعه پیدا کرده است. برای ملاحظه برخی مطالعات ذی‌ربط، بنگرید به: محسنی، ۱٤۰۰: ۱۰۸-۹۷.

برای جلوگیری از آسیب‌های زیست‌محیطی به کودکان انجام دهند؛ به ویژه زمانی‌که تهدید وقوع آسیب جدی یا غیر قابل بازگشت وجود دارد. باید ارزیابی شود که آیا فعالیت آسیب‌زا برای دستیابی به اهداف والاتر ضروری است و آیا می‌توان فعالیت آسیب زا را با گزینه‌های مناسب‌تر جایگزین نمود. اتخاذ رویکرد احتیاطی توسط دولت‌ها در تدوین سیاست‌ها و مقررات محیط زیست اصلی بنیادین به شمار می‌رود؛ زیرا با اتخاذ این رویکرد، اطمینان حاصل می‌شود که در حال حاضر گام‌هایی برداشته می‌شود تا از آسیب‌های زیست‌محیطی که در آینده امکان وقوع دارد جلوگیری به عمل آید. این رویکرد به‌ویژه در حمایت از حقوق کودکان به محیط زیست سالم کارایی دارد؛ چرا که دانش مرتبط با تأثیرات محیط زیست بر کودکان محدودتر، پیچیده‌تر و مبهم‌تر از دانشی است که در خصوص بزرگسالان شکل گرفته است؛ بنابراین ضروری است که دولت‌ها رویکرد احتیاطی را همراه با رویکرد مبتنی بر حقوق کودک به کار گیرند تا برخورداری از محیط زیست پاک برای کودکان امروز و آیندگان تضمین شود (Aravena Asencio, 2021: 12).

در رویکرد مبتنی بر حقوق کودک، فرایند تحقق حقوق کودکان همانند نتیجه نهایی، اهمیت دارد. به عنوان صاحبان حق، کودکان حق دارند در برابر نقض حقوق ناشی از آسیب‌های زیست‌محیطی حمایت شوند و به‌عنوان شهروندان فعال زیست‌محیطی شناسایی شده و مورد احترام قرار گیرند. اتخاذ رویکرد مبتنی بر حقوق کودک مستلزم ایفای تعهدات ماهوی و رویه‌ای برای دولت‌ها است. عدم تبعیض و رعایت بهترین منافع کودک از جمله تعهدات ماهوی و آموزش زیست‌محیطی، اطلاعات و ارزیابی، توجه به دیدگاه‌های کودکان و مشارکت آن‌ها و جبران خسارت موثر به‌عنوان تعهدات رویه‌ای به شمار می‌روند (A/HRC/37/58). کمیته حقوق کودک تأکید کرده است که عدم‌تبعیض نه‌تنها هر گونه تبعیض در بهره‌مندی از حقوق موجود را ممنوع می‌کند، بلکه از دولت‌ها خواسته می‌شود تدابیر فعال پیشگیرانه‌ای را اتخاذ کنند تا برای همه کودکان فرصت‌های برابر جهت بهره‌مندی از حقوق‌شان فراهم آید که شامل اتخاذ تدابیر مثبت و ایجابی جهت اصلاح شرایط نابرابر است. در حالی‌که همه کودکان در معرض آسیب زیست‌محیطی هستند، برخی از آن‌ها بطورخاص در معرض خطر قرار دارند. بطور مثال دختران احتمالاً بیشتر از کمبود

منابـــع آب تمیز و ایمن رنج می‌برند؛ کودکان بومی از نابودی زیســـت‌بوم‌های طبیعی که به آن‌ها برای غذا، آب، مســـکن و فرهنگ وابسته هستند، کودکان دارای معلولیت از عدم پیش‌بینی و پاســـخ ایمن و مؤثر به فاجعه‌هـــای طبیعی و کودکان خانواده‌های با درآمد پایین از گستره وســـیعی از مشکلات زیست‌محیطی از جمله آلودگی هوای خانگی، کمبود آب تمیز، تماس با مواد ســـمی و عدم دسترســـی به فرصت‌های بازی و تفریـــح ایمن و تمیز رنج می‌برند. دولت‌ها باید تدابیر مؤثری اتخاذ کنند تا اطمینان حاصل کنند که کودکان در این وضعیت‌ها و ســـایر وضعیت‌های آســـیب‌پذیر بتوانند به‌طور مساوی از حقوق بشر خود بهره برند.

۱-۶. تعهد به تامین حق مشارکت کودکان

در اسناد متعدد ســـازمان ملل بر نقش کودکان به‌عنوان عوامل تغییر در مسائل زیســـت‌محیطی تاکید شده است. حق مشارکت برای کودکان حائز اهمیت است؛ چرا که به‌طور ســـنتی به‌عنوان یک گروه آســـیب‌پذیر که نیازمند حمایت هستند، قلمداد شـــده‌اند و برای بیان نگرانی‌های زیســـت‌محیطی خود و مشارکت در تصمیم‌گیری‌ها توانمند نشده‌اند. در گزارش سازمان ملل در خصوص حقوق کودکان و محیط زیست به دولت‌ها توصیه شـــده که کودکان را آموزش دهند، مشـــارکت مســـتقیم آن‌ها در حفاظت از محیط زیســـت را ترویج کنند و پلتفرم‌های محیطی مناسب برای مشارکت کودکان ایجاد کنند تا اطمینان حاصل شـــود که به کودکان فرصت داده شـــده اســـت تـــا نظرات و نگرش‌های خـــود را بیان کرده و نگرانی‌های خـــود را اعلام کنند (A/HRC/37/58). کودکان کارشـــناس آلودگی هوا، مدیریت آب یا سم‌شناسی نیستند، اما بیشتر بزرگسالان هم فاقد این ویژگی‌ها هستند. زمانی که کودکان به رشد رسیدند، قادر به ارائه دیدگاه‌های خود در مورد اقدامات و تصمیماتی هستند که بر زندگی آن‌ها تاثیرگذار است. علاوه بر این، همانند بزرگترها بهتر از هرکس دیگری شرایط زندگی خود را می‌شناســـند. بر همین اساس، یونیســـف از دولت‌ها خواسته است که کودکان بخش کلیدی از فرایند تصمیم‌گیری در خصوص سیاســـت‌ها و برنامه‌های دولتی در زمینه تغییرات آب و هوا و محیط زیســـت باشند (UNICEF, 2019). کمیته حقوق کودک نیز راه‌کارهایی برای تحقق حق بر مشـــارکت کودکان ارائه داده است از جمله از طریق جلســـات گوش‌دادن به کودکان، پارلمان‌های کودکان، ســـازمان‌های متشکل

از کـــودکان، اتحادیه‌های کودکان یا دیگر نهادهای نمایندگی، گفت‌وگو در مدارس و شبکه‌های اجتماعی (A/HRC/37/58).

۲-٦. تعهد به تامین و توسعه دسترسی به اطلاعات و آموزش

تعهدات دولت‌ها در ارتباط با محیط زیســـت شامل وظایفی در زمینه آموزش و افزایش آگاهی عمومی، دسترســـی به اطلاعات و ارزیابی پروژه‌ها و سیاســـت‌های پیشـــنهادی می‌شود. در کنوانســـیون حقوق کودک دولت‌ها متعهد شده‌اند که توسعه احترام به محیط زیست طبیعی باید جزو آموزش کودکان باشد (ماده ۲۹ کنوانسیون). آموزش محیط زیســـت باید از اوایل فرایند آموزشی کودک آغاز شود؛ فرهنگ، زبان و وضعیت محیطی کودک را منعکس کند و درک کودک از رابطه بین انســـان و محیط زیست را افزایش دهد (A/HRC/37/58). کمیته حقوق کودک تصریح کرده است که به‌منظور توسعه احترام به محیط زیست، آموزش باید مسائل محیط زیست و توسعه پایدار را با مســـائل اقتصادی، اجتماعی فرهنگی و جمعیتی ارتباط دهد و این احترام باید در خانه، مدرسه و جامعه به کودکان آموزش داده شود و شامل مشکلات ملی و بین‌المللی باشـــد و کودکان را فعالانه در طرح‌های زیست‌محیطی محلی، منطقه‌ای یا جهانی شرکت دهد. بدین منظور آموزگاران باید قبل و حین خدمت آموزش ببینند.

حق دسترسی به اطلاعات مرتبط با مسائل زیست‌محیطی اهمیت ویژه‌ای دارد. دسترسی عمومی به اطلاعات زیست‌محیطی افراد را قادر می‌سازد تا تأثیر آسیب‌های زیســـت‌محیطی بر حقوق خود، از جمله حق بر حیات و سلامت را دریابند. دسترسی به اطلاعات زیســـت‌محیطی دو ویژگی دارد: دولت‌ها باید به صورت منظم اطلاعات زیست‌محیطی را جمع‌آوری، به‌روزرسانی و منتشر کنند و باید دسترسی به اطلاعات زیست‌محیطی موجود در دستگاه‌های اجرایی را به صورت مقرون

به‌صرفه، مؤثر و به‌موقع فراهم ســـازند (A/HRC/37/59). برای اطمینان از این‌که منافع عالیه کودک در توسعه و اجرای سیاست‌ها و پروژه‌هایی که ممکن است بر کودکان تأثیر گذار باشـــد، لحاظ شده است، دولت‌ها باید ارزیابی مبتنی بر حقوق کودک انجام دهند و تأثیر اقدامات پیشنهادی بر کودکان را بررسی کرده و در صورت لزوم گزینه‌های بهتری ارائه دهند. پس از اجرا نیز مقامات باید تأثیر واقعی اقدامات را بر کودکان ارزیابی کنند (CRC/C/GC/26, 2023: para 74-77).

۳-٦. تعهد در قبال دسترسی به عدالت

دولت‌ها باید دسترسی به عدالت را در حوزه مسائل زیست‌محیطی برای کودکان فراهم سازند. از دولت‌ها خواسته شده تا حق بر محیط زیست سالم و حقوق نسل‌های آینده را در قوانین اساسی و قوانین عادی ملی خویش بگنجانند. از آنجایی که وابستگی کودکان به بزرگسالان موانعی در پیگیری حقوق آن‌ها ایجاد می‌کند، کمیته حقوق کودک اعلام کرده است که دولت‌ها باید توجه ویژه‌ای به ایجاد رویه‌های مؤثر و کودک محور برای کودکان و نمایندگان آن‌ها داشته باشند. این رویه‌ها باید شامل ارائه اطلاعات و مشاوره متناسب با کودکان، دفاع از آن‌ها و دسترسی به فرایندهای شکایت مستقل و دادگاه‌ها با کمک‌های حقوقی و سایر کمک‌های لازم باشد. در مواردی که تشخیص داده شود حقوق کودک نقض شده است، باید جبران خسارت مناسبی از جمله غرامت در نظر گرفته شود و در صورت نیاز، اقداماتی برای بهبود جسمی و روحی و توان‌بخشی انجام شود (CRC/C/GC/26, 2023:para 62-70).

در ارتباط با آسیب‌های زیست‌محیطی، کودکان ممکن است با موانع بیشتری برای دسترسی به عدالت مواجه شوند. به‌عنوان مثال، ممکن است کودکان و نمایندگانشان اطلاعاتی در مورد اثرات آسیب‌های خاص یا بروز عوارض پس از سال‌ها نداشته باشند که ممکن است اثبات ادعا، رعایت محدودیت‌های زمانی یا تحمل بار اثبات را برای افراد آسیب‌دیده دشوار یا غیرممکن سازد. دولت‌ها باید برای غلبه بر این موانع اقداماتی انجام دهند از جمله اجازه دادن به دعاوی جمعی (یا اقدامات دسته جمعی) به نمایندگی از کودکان. علاوه بر این، هنگام تعیین سطح یا شکل جبران خسارت، سازوکارها باید در نظر بگیرند که کودکان می‌توانند نسبت به بزرگسالان در برابر اثرات سوءاستفاده از حقوق خود آسیب‌پذیرتر باشند و اثرات آن می‌تواند غیرقابل برگشت و منجر به آسیب مادام‌العمر شود. آن‌ها همچنین باید ماهیت تکاملی رشد و توانمندی‌های کودکان را در نظر بگیرند و جبران خسارت باید به موقع انجام شود تا آسیب‌های جاری و آینده به کودک یا کودکانی که تحت‌تاثیر قرار گرفته‌اند محدود شود؛ به عنوان مثال، اگر کودکان به عنوان قربانی آلودگی محیط زیست شناسایی شوند، باید اقدامات فوری توسط همه طرف‌های ذی‌ربط برای جلوگیری از آسیب بیشتر به سلامت و رشد کودکان و جبران هر گونه خسارت انجام

شـــود (A/HRC/37/58). یک سوال اساسی در بیشـــتر این موارد این است که آیا کودکان حق قانونی یا جایگاه و سِمَت قابل قبول برای ارجاع پرونده به دادگاه را دارند یا خیر؛ که در این خصوص نیز باید نظام‌های حقوقی تدابیر مناســـبی را اتخاذ نمایند تا کودکان بتوانند دسترسی به عدالت داشته باشند (Patricia Moore, 2020: 13).

٤-٦. تعهد به اختصاص منابع و اعتبارات مالی لازم

در نظریه تفسیری ٢٦ صادره از ســـوی کمیته حقوق کودک به تعهد دولت‌ها بـــرای اختصاص منابع لازم مالی جهـــت تحقق حق کودک بـــه بهره‌مندی از محیط زیســـت ســـالم از جمله مواجهه با تغییرات اقلیم توجه ویژه‌ای صورت گرفته است؛ اگرچه این تعهد برابر اصول عام موازین حقوق بین‌الملل بشر از جمله تفاسیری که از تعهدات کلی دولت‌ها برای رعایت حقوق بشر صورت گرفته نیز مشخص بوده است (CRC/C/GC/26, 2023: para. 111-115).

٥-٦. تعهد به همکاری بین‌المللی

نظر به این‌که بسیاری از متغیرهای موثر بر تحقق محیط زیست پایدار از جمله اقلیم ایمن به عناصر فرامرزی نیز مرتبط می‌شـــود، موازین بین‌المللی متعدد از جمله نظریه تفسیری جدید صادره از سوی کمیته حقوق کودک بر این تعهد دولت‌ها تاکید دارد که باید به همکاری بین‌المللی در جهت رعایت حق کودک اولویت ویژه‌ای قائل شوند (CRC/C/GC/26, 2023: para.91-94).

۷. بخش خصوصی و حوزه فعالان عرصه تجارت

هماهنگی بین دولت‌ها و نهادهای رســـمی، فعالان کســـب و کارها و جوامع محلی برای تحقق حق کودکان به محیط زیســـت ســـالم ضروری است. دولت‌ها باید بر فعالیت‌های بخش خصوصی به‌ویژه شـــرکت‌های تجاری به‌طور مناســـب نظارت کنند؛ چرا که کسب و کارها می‌تواند به طرق مختلف به حقوق کودکان آسیب بزنند؛ از جملـــه با تولیـــد محصولات خطرناک، آلوده کردن هوا و آب، ایجاد پســـماندهای خطرناک، کمک به تشـــدید تغییـــرات اقلیمی و از بین بردن جنگل‌ها و زیســـت‌بوم طبیعـــی. آن‌ها همچنین می‌توانند به نقض حقوق بشـــر مبـــادرت ورزند مانند نقض حقوق کار کـــودکان یا همکاری با نیروهای امنیتی دولتـــی یا خصوصی برای اِعمال خشـــونت علیه اعتراض‌کنندگان صلح‌آمیز. همان‌طور کـــه کمیته حقوق کودکان بیان

کرده اســـت، دولت‌ها باید تمام تدابیر لازم، مناســـب و معقول را اتخاذ کنند تا جلوی این امور را بگیرند و کســـب و کارها را از ایجاد یا مشارکت در نقض حقوق کودکان باز دارند. باید تضمین شـــود که بخش تجاری منطبق با اســـتانداردهای محیط زیستی عمل می‌کند. دولت‌ها همچنین باید اطمینان حاصل کنند که اطلاعات نگهداری‌شـــده توســـط کسب و کارها که مرتبط با ســـلامت و رفاه کودکان است از جمله اطلاعات مربـــوط به اثر اقدامات و محصولات آن‌ها بر محیط زیســـت کودکان به عموم عرضه می‌شود. این امر شامل حصول اطمینان از رعایت تمامی استانداردهای زیست‌محیطی قابل اجرا توســـط مشـــاغل است. دولت‌ها باید از کســـب و کارها، از جمله کسب و کارهای تابع مراکز و شـــرکت‌های تابع دولت بخواهند که با اِعمال اصل تلاش کافی در راســـتای حقوق کـــودک، تضمین کنند که اثر اقدامات خـــود بر حقوق کودکان را شناســـایی، پیشـــگیری و کاهش می‌دهند. این تلاش باید شـــامل بررسی دقیق اثرات اقدامات واقعی و پیشنهادی آن‌ها بر حقوق کودکان از طریق آسیب‌های زیست‌محیطی باشـــد (CRC/C/GC/16,2013:para.5,19,20,54) & (UNICEF, 2016: 5) & (CRC/C/GC/26, 2023: para.78-81, 107-110).

۸. کنش‌گری مستقل و مدنی کودکان

طی سال‌های اخیر، کودکان فعال مدنی مشارکت موثری در طرح‌ها و تحرکات حفاظت از محیط زیســـت در سراســـر جهان داشـــته‌اند و نقش مهمی در ترویج حق کودک به محیط زیست سالم و پایدار ایفا کرده‌اند. یک فعال اجتماعی جوان از سوئد،[۱] با آغاز تظاهراتی در سن پانزده سالگی، به حرکت «اعتصاب برای آینده» جنبه جهانی داد. او تظاهـــرات و راهپیمایی‌های عظیمی را برای تغییرات اقلیمی تحت شـــعار «به تغییر نیاز داریم، وقت عمل اســـت» برگزار کرد. این حرکت، جوانان در سراسر جهان را به اهمیت حفاظت از محیط زیست و تأثیرات تغییرات اقلیمی آگاه کرد. یک کودک نه ســـاله آلمانی، نهضتی را به منظور کاشـــت درختان در سراسر جهان برپا کرد. این حرکت به کودکان دیگر در سراســـر جهان پیـــام می‌دهد که چگونه درختان بکارند و نقش آن‌ها در کاهش انتشـــار کربن‌دی‌اکسید بسیار مهم است. امروزه در سطح جهانی

۱. گرتا تونبرگ، نوجوان دیروز و جوان کنونی ســـوئدی فعال محیط زیســـت امروزه در ســـطح دنیا یکی از شـــناخته‌ترین فعالان مدنی محسوب می‌شود و برخی کتب در مورد فعالیت‌های وی نوشته یا فیلم‌هایی ساخته و نشر یافته است.

نمونه‌های متعددی از کنش‌گران کودک برای پیشـــبرد محیط زیســـت قابل شناسایی هستند. در همین راستا برای توسعه فعالیت مدنی کودکان برنامه‌های متنوع آموزشی و توانمندســـازی در سطح دنیا دایر شده است. به عنوان مثال، برنامه "Eco-Schools"[1] توســـط بنیاد جهانی محیط زیست در بسیاری از کشـــورها به اجرا درآمده است. این برنامه به مدارس و کودکان آموزش می‌دهد که چگونه مســـائل محیط زیســـتی را در برنامه درســـی خود یکپارچه کنند و تغییرات مثبتی در محیط زیست مدرسه و جوامع محلی ایجاد کنند. بنیان‌گذار بنیاد امید ســـبز نیز در سن دوازده سالگی کار خود را به عنوان یک فعال محیط زیســـتی آغاز کرد و بعدها به عنوان یک قهرمان جهانی محیط زیست شناخته شد.[2]

۱. برای ملاحظه جزئیات این مدارس، نک: (https://www.ecoschools.global/)
۲. Kehkashan Basu که اصلیت اماراتی دارد اکنون تبعه کاناداست متولد ۲۰۰۰ میلادی می باشد و فعالیت‌های وی در سطح جهانی شناخته شده است (https://www.thegreenhopefoundation.org/kehkashan-basu).

برآمد

۱- به‌رغم وجود اسناد بین‌المللی متعدد در حوزه حقوق محیط زیست، هنوز فاصله زیادی وجود دارد که در مجموعه موازین بین‌المللی حقوق بشر، حق به محیط زیست سالم و پایدار و ایمن برای همه انسان‌ها از جمله کودکان شناسایی و تثبیت شود. تحولات پس از ۲۰۱۶ میلادی از جمله برخی اقدامات صورت گرفته در سازِکار حقوق بشری منطقه قاره آمریکا، دیوان اروپایی حقوق بشر، شورای حقوق بشر سازمان ملل، مجمع عمومی ملل متحد، برخی از نهادهای نظارتی معاهدات حقوق بشر همانند کمیته حقوق کودک و سایر نهادهایی که در پژوهش حاضر به آن‌ها اشاره شد، نقطه عطف جدیدی در تاریخ تلاش‌های مربوط به ارتقای حق بر محیط زیست سالم و پایدار در سطح جهانی را فراروی بشریت قرار داده است. روندهای جدید در حوزه شناسایی حق بر محیط زیست سالم و پایدار در زمره منظومه هنجاری بین‌المللی حقوق بشر موثر بوده و همچنان این روندها و مطالبات ذی‌ربط به سرعت در حال تقویت است. با تثبیت حق مذکور به‌عنوان یکی از حق‌های بشری، همه انسان‌ها از جمله کودکان باید از آن بهره‌مند شوند و فراتر از این، باید اهتمام بیشتر و خاصی نسبت به رعایت حق محیط زیست کودکان در مقایسه با بزرگسالان انجام پذیرد.

۲- در ادامه روندهای جدید حقوقی بین‌المللی مربوط به حق بر محیط زیست سالم و پایدار، علاوه بر آنچه در متن مقاله به نقل از برخی محافل علمی در خصوص پیشنهاد تدوین پروتکل الحاقی به پیمان‌نامه حقوق کودک در مقوله حق محیط زیست پایدار و سالم اشاره شد، در پژوهش‌های نوین در سطح جهانی پیشنهاد تدوین میثاق مستقلی در مورد حق محیط زیست سالم و پایدار و ایمن همانند میثاق‌های بین‌المللی حقوق مدنی وسیاسی یا حقوق اقتصادی و اجتماعی و فرهنگی مطرح شده است. پیگیری‌کنندگان این مطالبه تلاش کرده‌اند تا حتی چارچوب محتوای میثاق مورد نظر را نیز معرفی کنند تا فعالان ذی‌ربط در سازمان‌های بین‌المللی و در مذاکرات با نمایندگان دولت‌ها، این ایده را به طور جدی دنبال کرده و زمینه شکل‌گیری قواعد سخت در حقوق بین‌الملل در این حوزه را علاوه بر قواعد نرم نیز فراهم آورند.

۳- همانگونه که در بررسی حاضر اشاره شد، در زمان تصویب قطع‌نامه شناسایی حق به محیط زیست پایدار و سالم به‌عنوان یکی از حق‌های انسانی که در

سال ۲۰۲۲ در مجمع عمومی ملل متحد انجام پذیرفت، هیچ کشوری با آن مخالفت نکرد منتهی هشت کشور از جمله ایران به آن رای ممتنع دادند. توجه به نگرانی این دولت‌ها همراه با اهتمام به تعهدات حقوقی تثبیت شده در معاهدات لازم‌الاجرای حقوق بشر، در روندهای بعدی تلاش‌های مربوط به رعایت این حق غیرقابل انکار است. سخنگوی وزارت امور خارجه کشورمان، در توضیح علت این رویکرد اتخاذی گفته است: «جمهوری اسلامی ایران ... با استفاده ابزاری و سیاسی از محیط زیست و نادیده انگاشتن مبانی کلیدی محیط زیست در یک قطع‌نامه یک‌سویه، گزینشی و تفرقه‌افکن مخالف است. ایران در منطقه‌ای از جهان قرار گرفته که ... دارای تنش آبی، کم‌آبی، خشکسالی، پدیده گرد و غبار و سدسازی در کشورهای همسایه است که حل مشکلات مزبور علاوه بر تلاش‌های داخلی، نیازمند همکاری بین‌المللی لازم و موثر است، اما تحت فشار سیاسی غرب، نه تنها از همکاری بین‌المللی موثر در این زمینه جلوگیری به عمل آمده، بلکه با اِعمال تحریم‌های سیاسی یک‌جانبه و حتی ایجاد ناامنی، ظرفیت‌ها و بسترهای مناسب تحقق این حق در منطقه و به‌ویژه در کشورمان، توسط آمریکا و قدرت‌های سیاسی تخریب و تباه شده است؛ لذا در چنین شرایطی، ایجاد یک «حق جدید» در یک نهاد سیاسی، در واقع استفاده ابزاری و ناروا از محیط زیست در حد شعار و در حد یک اهرم سیاسی است». نکته مهم نگرانی اِعلامی آن است که برای رعایت حقوق بشر در همه زمینه‌ها از جمله حوزه محیط زیست نباید مداخلات خارجی یکجانبه و نامشروع را نادیده گرفت که عملاً اجازه نمی‌دهند دولت مورد هدف بتواند برنامه‌ریزی لازم برای تحقق حق‌های انسانی را داشته باشد. همچنین نباید برخی دولت‌ها که به توسعه و پیشرفت رسیده‌اند، فشار بر دولت‌های در حال توسعه را گسترش دهند که ظرفیت‌های انرژی مربوط به سوخت‌های فسیلی خود را بدون طی فرایندهای منطقی دسترسی به انرژی‌های تجدیدپذیر به کلی کنار گذارند بدون این‌که دول توسعه‌یافته تعهدی در این زمینه داشته باشند و سوم این‌که، چون برخی مناطق کشورهای در حال توسعه درگیر بحران‌های متنوع زیست‌محیطی ناشی از تغییرات اقلیم هستند، این جوامع نیازمند همکاری بین‌المللی برای حل مشکلات موجود می‌باشند. دولت‌های توسعه یافته نباید در چنین شرایطی بدون ایفای هرگونه نقش مثبت، به برخی از حق‌ها از جمله حق به محیط زیست سالم استناد و

فشار سیاسی بر دول در حال توسعه را افزایش دهند.[۱] به نظر می‌رسد این نگرانی‌ها را حتی دولت‌های در حال توسعه‌ای که به قطع‌نامه مجمع‌عمومی در زمینه حق به محیط زیست سالم و پایدار و ایمن رای مثبت داده‌اند نیز مد نظر دارند و در عمل منشأ هر گونه کنش و واکنش آن‌ها در آینده خواهد بود. در چنین چارچوبی، پیگیری مطالبات مربوط به حق کودکان در برخورداری از محیط زیست سالم و پایدار و ایمن همراه با برخی گروه‌های آسیب‌پذیر دیگر، باید دارای اولویت تلقی شود.

٤- دولت‌ها ذیل تعهد مربوط به رعایت حق به محیط زیست سالم و پایدار و ایمن، باید دو طیف حق‌های ماهوی و رویه‌ای کودکان را رعایت کنند. حق‌های ماهوی عبارت است از: برخورداری از اقلیم ایمن، هوای پاک، زیست‌بوم و تنوع‌زیستی مناسب و سالم، آب ایمن و مناسب، غذای پایدار و سالم، محیط زیست غیرسمی؛ و حق‌های رویه‌ای عبارت است از: دسترسی به اطلاعات، مشارکت عمومی و دسترسی به عدالت. هر یک از عناصر یادشده مستلزم اتخاذ دهها اقدام است؛ مثلا نمی‌توان اقلیم ایمن را برای همگان از جمله کودکان تامین کرد؛ مگر این‌که در حوزه تعهدات مربوط به تغییرات اقلیم فعال بود. همچنین نمی‌توان به هوای پاک و غیر آلوده رسید؛ مگر این‌که ده‌ها اقدام معمول گردد و ... .

۵- در فرایندهای جدید مربوط به پیشبرد حق کودک به محیط زیست سالم، مطالبه‌گری قضایی و شبه‌قضایی و فعال شدن سازکارهای ذی‌ربط نقش مهمی را ایفا می‌کنند. در این حوزه کنش‌گری کودکان نیز برجستگی خاصی داشته و دارد. این مهم در کنار سایر مشارکت‌های کودکان؛ چنان‌که در تدوین نظریه تفسیری شماره ٢٦ کمیته حقوق کودک در زمینه حق کودکان به محیط زیست سالم خود را نشان داد، نوید از آینده‌ای می‌دهد که کودکان فقط منتظر بزرگسالان نمی‌مانند تا برای رعایت

---

۱. شایان ذکر است که ایران از جمله ۱۱۰ کشوری است که در قانون اساسی خود از سال‌ها قبل حق به محیط زیست پایدار را نه تنها برای نسل‌های فعلی بلکه برای نسل‌های آتی نیز برسمیت شناخته است. گزارش‌گر شورای حقوق بشر در زمینه محیط زیست و حقوق بشر در مطالعه سال ۲۰۱۹ خود اعلام کرد که برابر بررسی وی ۱۰۰ کشور حق به محیط زیست را در قوانین اساسی خود پذیرفته اند و ١٥٦ کشور نیز این مهم را در مقررات عادی خود بازتاب داده‌اند. پارلمان اروپا در گزارش فشرده‌ای بعد از تصویب قطع‌نامه حق به محیط زیست در شورای حقوق بشر سازمان ملل به این گزارش استناد و با توضیحاتی دیگر حق به محیط زیست سالم را حقی جهانشمول توصیف کرد. نک:
A universal right to a healthy environment, AT A GLANCE, European Parliamentary Research Service, 2021.

حقوق آن‌ها اقدامات مناسب را معمول دارند، بلکه خود نیز نقش‌آفرینی موثر را محور قـــرار می‌دهند. در این حوزه دولت‌ها و ســـایر بازیگران از جمله خانواده‌ها، مدارس، رسانه‌ها البته وظیفه دارند بسترسازی‌های لازم برای مشارکت کودکان را فراهم سازند و موانع موجود را برطرف نمایند.

٦- ارزیابی نحوه شناســـایی و رعایت حق به محیط زیســـت سالم کودکان در کشور ما البته موضوع تحقیق جداگانه‌ای باید واقع شود. عجالتاً می‌توان تاکید کرد که روندهای جدید تحولات بین‌المللی در این موضوع را باید دقیق شـــناخت و با توجه به این‌که ایران عضو چندین پیمان‌نامه بین‌المللی حقوق بشر از جمله پیمان‌نامه حقوق کودک، میثاق بین‌المللی حقوق سیاســـی و مدنی، میثاق حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی، کنوانســـیون منع تبعیض نژادی، کنوانسیون یونسکو در مورد منع تبعیض در آموزش یا کنوانســـیون حقوق افراد دارای معلولیت است و همچنین در حوزه محیط زیســـت نیز عضو چندین کنوانسیون تخصصی است و باید پاسخ‌گوی مراجع نظارتی این معاهدات باشـــد، همواره باید از حیث حقوقی آمادگی‌های لازم برای پاسخ‌دهی به مردم ذی‌حق در داخل کشـــور و تعامل شایســـته با نظام بین‌المللی فراهم باشـــد. رویکردهای متعارض و ناهماهنگ که از یک‌ســـو کشـــورمان را مدافع محیط زیست سالم و از سوی دیگر مخالف محیط زیست سالم از جمله محیط زیست سالم و پایدار ویژه کودکان معرفی کند، امری منفی اســـت و در هر مورد که چنین وضعیتی حادث شود، باید با فوریت برای رفع آن اقدام کرد.

۷- در سطح ملی، مراجع قضایی مهم‌ترین پناهگاه برای دادخواهی مردم جهت تضمین رعایت حق مورد بررسی حاضر هستند و لذا انتظار می‌رود قضات آگاهی‌های تخصصـــی خود در این زمینه را ارتقا دهند تا شـــاهد رویه‌های قضایی موثری در این حوزه و بهبود عملکردهای همه نهادها وسازمان‌ها و بازیگران باشیم.

فهرست منابع

الف. فارسی

* مولایی، یوسف (۱۳۸٦)، «**نسل سوم حقوق بشر و حق محیط زیست سالم**»، فصل‌نامه حقوق، دوره سی و هفتم، شماره ٤.

* منصورخانی، فریده و دیگران (۱۳۹۷)، «**بررسی ماهیت و محتوای حق بر محیط زیست**»، جامعه‌شناسی سیاسی ایران، سال نخست، شماره ٤.

* جلالیان، عسکر (۱٤۰۱)، «**حق کودکان بر محیط زیست سالم در اسناد بین‌الملل(اسناد منتخب)**»، تحقیقات حقوقی بین‌المللی، دانشگاه آزاد اسلامی، دوره ۱٤، شماره ۵۳.

* دشتی، فرزانه و رهام، احسان (۱٤۰۲)، «**بررسی جایگاه حق بر محیط زیست سالم در حقوق بین‌الملل**»، دستاوردهای نوین در حقوق عمومی، سال دوم، شماره ۸.

* Aguila, Y., & Lichet, V. (2023). **The Need for a New Covenant on the Right to a Healthy Environment**. Environmental Policy and Law, 53, 111–123.

* Anazor-Ugwu, J. N. (2023, January 23). **Is There a Right to Clean Environment?** Available at SSRN: https: //ssrn. com/abstract = 4335393

* Aravena Asencio, F., Brain, C., Christopher, M. T., Davidson, K., Morgan, J., & Williams, L. (2021). **The Right to A Healthy Environment. Human Rights Clinic**, University of Edinburgh Law School.

* International Journal of Environmental Research and Public Health. (2019). **Special Issue: Hazardous Waste and Human Health,** Retrieved from https://www.mdpi.com/journal/ijerph/special_issues/HWHH.

* Committee on the Rights of the Child. (2013). General comment No. 15 on the right of the child to the enjoyment of the highest attainable standard of health (art. 24). CRC/C/GC/15.

❋ Committee on the Rights of the Child. (2013). General Comment No. 16 on State obligations regarding the impact of the business sector on children's rights.

❋ Communication to the Committee on the Rights of the Child in the case of Chiara Sacchi et al. (Petitioners) v Argentina et al. (Respondents) Submitted under Article 5 of the Third Optional Protocol to the United Nations Convention on the Rights of the Child (23 September 2019).

❋ Council of Europe, Committee of Ministers (2010), Guidelines on child friendly justice.

❋ European Court of Human Rights. (2023). Duarte Agostinho & 5 Others v. Portugal & 31 Others.

❋ European Union Agency for Fundamental Rights & Council of Europe. (2015). Handbook on European law relating to the rights of the child. Retrieved from http://www.coe.int/en/web/commissioner/thematic-work/children-rights.

❋ General Assembly Resolution, Setting International Standards in the Field of Human Right, G.A./121/41.

❋ Human Rights Watch. (2020, July 1). Realising Children's Right to a Healthy Environment: A Joint Call to Action for the HRC Annual Full-Day Meeting on the Rights of the Child. Retrieved from https://www.hrw.org/news/2020/07/01/realising-childrens-right-healthy-environment.

❋ INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS. (2017). Advisory Opinion OC-23/17. Requested by the Republic of Colombia.

❋ Inter-American Court of Human Rights. (2020). Indigenous Communities of the Lhaka Honhat Association (Our Land) v. Argentina.

❋ Kerisit, S., & Davis, M. F. (2023). **Human Right to a Healthy Environment: Annotated Bibliography.** Northeastern University Law Review, Vol. 15, forthcoming, Northeastern University School of Law Research Paper No. 449. Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=4699505.

❋ McClymonds, J. T. (1992). **The Human Right to a Healthy Environment: An International Legal Perspective**. New York Law School, 37(1), 593-601.

❋ Moore, P. (2020). **Background Paper on: Environment and Children's Rights in International Law and National Jurisprudence**.

❋ OHCHR, UNEP, & UNDP. (2023). **What is the Right to a Healthy Environment?** Information Note, p. 13.

❋ Savić, I. (2016). **Cleaning up the Mess: Children's Rights and Environmental Protection**. - KidsRights Report 2016. Leiden University, KidsRights Foundation.

❋ Shaw, T.-M. (2023, December 10). **A Human Rights Based Approach to a Healthy Environment – Successes and Shortcomings**. Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=4690148 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4690148.

❋ Shelton, D. (2012). **Human Rights, Environmental Rights, and the Right to Environment. In Environmental Rights**. Routledge.

❋ Special Rapporteur on the Implications for Human Rights of the Environmentally Sound Management and Disposal of Hazardous Substances and Wastes. (2016). Report of A/HR/C/33/41.

❋ Special Rapporteur on the Issue of Human Rights Obligations Relating to the Enjoyment of a Safe, Clean, Healthy and Sustainable Environment. (2018). Report of A/HRC/37/58.

❋ Special Rapporteur on the Issue of Human Rights Obligations Relating to the Enjoyment of a Safe, Clean, Healthy and Sustainable Environment. (2018). Report of A/HRC/37/59.
❋ UNICEF. (2019). An Environment Fit for Children: UNICEF's Approach to Climate Change.
❋ UNICEF. (2021). Healthy Environment for Healthy Children: Global Programme Framework. GUIDANCE/PD/2021/001.
❋ UNICEF. (2023). The UNICEF Sustainability and Climate Change Action Plan, Executive Summary: For Every Child, A Liveable Planet 2023 – 2030.
❋ United Nations Human Rights Council. (2016). A/HRC/Res/32/33, Resolution adopted by the Human Rights Council.
❋ United Nations Human Rights Council. (2017). Analytical Study on the Relationship between Climate Change and the Full and Effective Enjoyment of the Rights of the Child. Report A/HRC/35/13.
❋ United Nations Human Rights Council. (2017). Report of the Special Rapporteur on the issue of human rights obligations relating to the enjoyment of a safe, clean, healthy and sustainable environment (Document No. A/HRC/34/49).
❋ United Nations Human Rights Council. (2017). Report of the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, Summary of the panel discussion on the adverse impact of climate change on States' efforts to realize the rights of the child and related policies, lessons learned and good practices (Document No. A/HRC/35/14).
❋ United Nations Human Rights Council. (2023). Women, Girls, and the Right to a Clean, Healthy, and Sustainable Environment. Report A/HR/C/52/33.

❋ United Nations Special Rapporteur on Human Rights and the Environment. (2021).
❋ Environmental Justice Australia (EJA) v. Australia.
❋ United Nations. (2021). Frequently Asked Questions on Human Rights and Climate Change, Fact Sheet No. 38.
❋ United Nations. (2023). A/78/255, Promotion and protection of human rights in the context of climate change: Note by the Secretary-General.
❋ WHO. (2005). Global Plan of Action for Children's Health and the Environment (2010 - 2015).
❋ WHO. (2021). Children and Digital Dumpsites: E-waste Exposure and Child Health. Summary for Policy-Makers.
❋ WHO, UNICEF, & The Lancet. (2020). A future for the world's children? A WHO–UNICEF–Lancet Commission. https://doi.org/10.1016/S0140-6736(19)32540-1.

مجله حقوقی دادگستری

مقاله پژوهشی/ دوره ۸۸/ شماره ۱۲۵/ صفحات: ۱۱۳-۸۱
تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۸/۱۴ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۳/۱۹

آسیب‌شناسی قضایی اِعمال دفاع مشروع در دادسرا با تاکید بر قتل عمد

سعید قائدی،[۱] مجتبی فرح‌بخش[۲]

چکیده

دفاع مشروع به عنوان یکی از علل موجهۀ جرم یا سقوط کیفر قصاص، در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ به موجب مواد ۱۵۶، ۳۰۲ و ۳۰۳ پیش‌بینی گردیده است. مقنن ایران در مواد یادشده، در پی توسعه ماهوی مقررات دفاع مشروع و ارتقای دامنۀ آن از صُوَر واقعی به اقسام افراطی و ظاهری بوده است. با وجود این، مقنن در حوزه قواعد شکلی حاکم بر این نهاد حقوقی به‌خصوص مرجع تشخیص دهنده آن، به باور غالب قضات به‌ویژه در دادسرا، فاقد صراحت و شجاعت لازم بوده است و حتی با تصویب ماده ۲۶۵ قانون آیین دادرسی کیفری، ابهام را دوچندان و رویه قضایی را از حیث امکان مداخله و اِعمال دفاع مشروع توسط دادسرا دچار سردرگمی و اتخاذ سلیقه کرده است.

پژوهش حاضر با اتخاذ روش کیفی و استخراج رویکردهای نظام عدالت کیفری ایران از طریق بررسی میدانی و مشاهده، تحلیل پرونده‌ها، نظریات قضایی و مصاحبه عمیق، درصدد پاسخ‌گویی به این پرسش اساسی است که پذیرش دفاع مشروع در دادسرا در پرونده‌های قتل عمد با چه آسیب‌هایی مواجه است و راهبرد برون‌رفت از چالش‌های موجود چیست؟ برآیند پژوهش گویای آن است که نه تنها واگذاری صلاحدید در اِعمال دفاع مشروع و بررسی شرایط پیچیده آن، امری خارج از توان دادسرا و مقام تحقیق واحد بوده و واجد چالش‌های جدی و تاثیرگذاری است، بلکه با جمع نصوص قانونی، اعتبار در تشخیص با دادگاه کیفری یک است و دادسرا فاقد صلاحیت و شایستگی قانونی در پذیرش آن می‌باشد. به این ترتیب، عموم نشست‌ها و تصمیمات قضایی و نظریات مشورتی اداره حقوقی قوه قضاییه که بر مدار صلاحیت دادسرا در اعمال دفاع مشروع با هر قِسمی است و در جهت تثبیت اندیشه و رویه قضایی غالب قدم برداشته است، خلاف موازین قانونی و اعتقاد قضات دادگاه کیفری یک و دیوان عالی کشور تشخیص داده می‌شود.

واژگان کلیدی: آسیب‌شناسی قضایی، دفاع مشروع، دادسرا، دادگاه، قتل عمد.

---

۱. دانشجوی دکتری حقوق کیفری و جرم شناسی، دانشکده حقوق، دانشگاه علوم قضایی، تهران، ایران. (نویسنده مسئول)

saeedghaedilaw@gmail.com

۲. استادیار حقوق کیفری و جرم شناسی، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه شاهد، تهران، ایران
farahbakhsh@shahed.ac.ir

درآمد

دفاع مشـــروع[1] در زمره مهمترین حقوق انســـان‌ها و یکی از کهن‌ترین اعمالی اســـت که از دیرباز در تمامی نظام‌های حقوقی دنیا از جمله نظام حقوقی ایران و فقه امامیه به رســـمیت شناخته شده است. با تشکیل دولت‌ها و یک‌پارچه شدن حاکمیت و نظام‌های حقوقی آن‌ها، این نوع دفاع با عناوین مختلف و رسمیِ دفاع قانونی، دفاع شرعی، دفاع ضروری و دفاع مشروع، مورد حمایت قانون‌گذاران قرار گرفت و به‌رغم تحولات فراوان نظام‌های حاکمیتی و قانون‌گذاری، همچنان پابرجا است، اما نظام‌های حقوقی از حیث مبنای پذیرش و شـــرایط اعمال، آثار و پیامدهای حقوقی این نهاد بر فعل مدافع، مبانی و رویه یکسانی اتخاذ نکرده‌اند.[2]

قانون‌گـــذار ایران با تصویب قانون مجازات عمومی در ســـال ۱۳۰٤، مقررات مدونی در حوزه دفاع مشروع پیش‌بینی کرد. پس از انقلاب و ایجاد تغییرات گسترده در مقررات کیفری نیز، قانون گذار به تاســـی از آموزه‌ها و مبانی فقهی، به دنبال تثبیت و ســـازماندهی دفاع مشـــروع در قوانین و موضوعات مختلف بوده و دفاع مشروع را بـــه عنوان یک اصل و حق، عذر موجهه جرم[3] تلقی کرد (قائدی، ۱٤۰۲: ۳۷۸). قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ به‌عنوان آخرین اراده تقنینی، این نهاد را یکی از موانع مسئولیت کیفری می‌نامد.[4]

به‌رغـــم عقبه طولانی نهاد دفاع مشـــروع در قوانیـــن و تجربه‌های عملی نظام قضایی ایران، بســـیاری از زوایای آن معلوم و روشـــن نیست. تفاوت در دیدگاه‌ها، از گســـتره و مبانی این نهاد و شـــرایط تحقق تجاوزِ مســـتحق دفاع و دفاعی که مشروع

---

1. Self Defense

۲. در حقوق کیفری غرب که خود به دو سیستم کامن‌لا (عرفی) و رومی ژرمنی تقسیم می‌شود، نهاد دفاع مشـــروع به تناسب ساختار کلی آن سیستم حقوقی، از مبانی نظری متفاوتی برخوردار است. در حقوق کامن‌لا تاکید بر موضوع نظم و اجتماع موجب آن شده است که ضابطهٔ انسان معقول و شروط عینی نظیر تناسب در دفاع مشروع، برخلاف حقوق رومی ژرمنی که بر مفهوم حق دفاع تأکید دارد، از اهمیتِ دوچندانی برخوردار شود؛ بنابراین در کشورهایی که از سیستم حقوقی کامن‌لا پیروی می‌کنند، دفاع کُشنده در برابر اموال به دلیل عدم تناسب میان منافع جان قربانی و مال مدافع، مشروع محسوب نشده یا آن‌که با شروط فراوانی مورد پذیرش قرار گرفته است (Leverick, 2006: 135).

3. Justifications

٤. نظام‌هـــای حقوقی آنگلوامریکن تحت عنوان دفاع‌هـــای کیفری (Criminal Defenses) از آن یاد می‌کنند (آقایی‌نیا و دبستانی، ۱۳۹٤: ۱۷۲).

تلقی می‌شـــود آغاز شد و ســـپس این پیچیدگی و ابهامات از صُوَر تئوری فراتر رفت و در دادگاه‌ها و مراجع قضایی به‌ویژه در تحقق شـــرایط تهاجم و دفاع در قتل عمد، موجب سردرگمی و اعمال سلیقه قضات گردید؛ تا جایی که به دفعات، لزوم مداخله عالی‌ترین مرجع قضایی ایران یعنی دیوان عالی کشور را لازم و ضروری ساخت.

قانون مجازات اســـلامی مصوب ۱۳۹۲ افزون بر دفاع مشـــروع ممتاز (دفاع و تهاجم با وجود تمامی شـــرایط مقرر در ماده ۱۵٦)، به دفاع مشروع افراطی[1] (ناقص یا بیش از حد) نیز در تبصره ۲ ماده ۱۵٦ و تبصره ۲ ماده ۳۰۲، به‌عنوان نوآوری پرداخت و در صورت نبود شـــرط یا شرایطی از دفاع مشروع یا عدم رعایت مراتب آن، مدافع مشروع ناقص را در قتل عمد شایسته محکومیت‌زدایی از قصاص و تبدیل قانونی آن به دیه و تعزیر دانســـت. نگرش جدید با تعیین دو ضابطه (شرایط به موجب تبصره ۲ ماده ۱۵٦ و مراتب بر اســـاس تبصره ۲ ماده ۳۰۲)، رویه قضایی را در تشخیص معیار و نوع دفاع مشروع با ابهام مواجه ساخته است.

بـــا توجه به این‌که به موجب مواد ۱۵٦ و ۳۰۲ قانون مجازات اســـلامی، دفاع مشـــروع در اندیشـــه حقوقی ایران، یا یکی از اسباب موجهۀ جرم بوده و باعث زوال عنصر قانونی می‌شود (شمس‌ناتری و زارع، ۱۳۹٦: ۱۲۵) و یا در جنایات عمدی سبب تبدیل قانونی مجازات ابتدایی از قصاص به دیه و تعزیر می‌گردد (پوربافرانی، ۱۳۹۳: ۳۵)، قضات باید بر اساس موازین تعیینی و آیین دادرسی کیفری اتخاذ تصمیم نمایند. با این توضیح و نمونه که در دادســـرا و در قتل عمد، در صورتی که بازپرس موضوع را از مصادیق دفاع مشروع واقعی و ممتاز قلمداد کند، باید قرار منع پیگرد صادر کند[2] (حبیب‌زاده و فخربناب، ۱۳۸٤: ۵۳) و در مواردی که حســـب صلاح‌دید مقام تحقیق، موضوع از مصادیق دفاع مشـــروع بیش از حد بوده، طبق نظری غالب، با تمســـک به مواد ۲٦۵ و ۳۸۳ و بند پ ماده ۳۸۹ قانون آیین دادرسی کیفری،[3] قرار موقوفی تعقیب

1. Excessive Self Defense

۲. ماده ۲٦۵ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲: «بازپرس در صورت جرم بودن عمل ارتکابی و وجود ادله کافی برای انتســـاب جرم به متهم، قرار جلب به دادرسی و در صورت جرم نبودن عمل ارتکابی یا فقدان ادله کافی برای انتساب جرم به متهم، قرار منع تعقیب صادر ... می‌کند».

۳. به‌رغم این‌که مواد ۳۸۳ و ۳۸۹ در مبحث مقدمات رســـیدگی فصل چهارم مربوط به رســـیدگی در دادگاه کیفری یک آمده است، لیکن پذیرش استناد به این موادِ در دادسرا در مواردی که به هر جهت متهم قابل تعقیب نسبت به جرم یا مجازاتی نمی‌باشد، امری کاملاً پذیرفته شده در رویه قضایی است.

صادر و قرار نهایی و کیفرخواست بر مبنای دیه و تعزیر و با استناد به مواد مربوط تنظیم می‌شود. با وجود فروض اخیر که به نظر می‌رسد منطبق با موازین قانونی و دکترین حقوقی است، در رویه قضایی اتخاذ تصمیم نهایی در قالب قرار منع تعقیب یا قرار موقوفی تعقیب توسط بازپرس و با استناد به انواع دفاع مشروع، همراه با آسیب‌های جدی است که می‌تواند چالش‌های متعددی به همراه داشته باشد.

آنچه در این نوشتار مورد واکاوی و هدف کاربردی قرار گرفته است، آسیب‌شناسی قضایی کاربست نهاد دفاع مشروع در دادسرا با تاکید بر قتل عمد است. توجه ویژه به بزه اخیر، به جهت اهمیت و اِعمال غالب دفاع مشروع در این جرم و جلوگیری از تضییع حقوق ولی‌دم و هدر رفتن خون مسلمان است. به این منظور، پژوهش حاضر با مطالعه توصیفی تحلیلی و با بهره‌مندی از منابع دسته اول پژوهشی، ضمن اتخاذ روش کیفی و استخراج رویکردهای نظام عدالت کیفری ایران از طریق بررسی میدانی، در صدد پاسخ‌گویی به این پرسش بنیادی است که پذیرش دفاع مشروع در دادسرا در پرونده‌های قتل عمد با چه آسیب‌هایی مواجه است و راهبرد برون‌رفت از چالش‌های موجود چیست. از این رو، ساختار پژوهش در سه بخش سامان داده شده است؛ در ابتدا مفهوم دفاع مشروع و صُوَر آن مورد بررسی و مطالعه قرار می‌گیرد. در بخش دوم، از چالش‌های قضایی پذیرش دفاع مشروع در مرحلهٔ پیش‌دادرسی سخن به میان آمده است و در بخش سوم، تایید و توجیه نظر منتخب به تصویر کشیده شده است.

۱. مفهوم دفاع مشروع و صُوَر آن

قانون‌گذار ایران از اصطلاح دفاع مشروع تعریفی ارائه نداده و به بیان شرایط، ذکر موضوع‌های مورد حمایت و احکام آن اکتفا کرده است. برخی از حقوق‌دانان، دفاع مشروع را ارتکاب فعل مجرمانه‌ای دانسته‌اند که شخص به‌واسطه آن، جرمی دیگر را دفع می‌کند (عطار، ۱۳۷۵: ۲۹). در نوشتاری، دفاع مشروع به مثابهٔ یک تکلیف در جهت حمایت از نفس خود یا دیگری قلمداد شده است (عوده، ۱۹۸۱: ٤٧٣). برخی نیز تعریف وسیع‌تری ارائه داده‌اند که: «دفاع مشروع حقی است قانونی که شخص با توسل به آن می‌تواند در موقعیتی ضروری و با رفتاری به ظاهر مجرمانه، تجاوزی قریب‌الوقوع یا بالفعل را که نفس، آزادی، عرض، ناموس و

مال آن شخص یا دیگری را مورد تهدید قرار داده با شرایطی دفع نماید» (شمس‌ناتری و عبدالله‌یار، ۱۳۹۰: ۱۰۶). عده‌ای نیز بر این مفهومند که: «دفاع مشروع یا دفاع قانونی عبارت است از توانایی بر دفع تجاوز قریب‌الوقوع و ناحقی که نفس، عرض، ناموس، مال و آزادی تن خود یا دیگری را به خطر انداخته است» (اردبیلی، ۱۳۹۵: ۲۸۸).

قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ سه نوع دفاع مشروع را شناسایی کرده است؛[1] نخست، دفاع مشروع واقعی یا ممتاز که مدافع مشروع با رعایت تمامی شرایط مقرر در ماده ۱۵۶ قانون مجازات اسلامی اعم از شرایط دفاع و تهاجم، مرتکب فعل مجرمانه‌ای جهت دفع تجاوز قریب‌الوقوع و ناحق می‌شود (الهام و برهانی، ۱۳۹۵: ۱۶۲). اثر چنین دفاعی، زوال عنصر قانونی و مباح نمودن رفتار ارتکابی است (نوربها، ۱۳۹۶: ۲۵۱؛ اردبیلی، ۱۳۹۵: ۲۸۹)؛ دوم، دفاع مشروع افراطی یا بیش از حد که متهم در حالت دفاع قرار دارد، ولی شرایط آن را رعایت نمی‌کند[2] (پوربافرانی، ۱۳۹۳: ۳۵ و اسدی، ۱۳۹۸: ۱۶).[3] برخی نیز معیار تعریف اخیر در پذیرش دفاع مشروع ناقص را، فقدان رعایت مراتب دانسته‌اند نه عدم رعایت شرایط[4] (قائدی، ۱۴۰۳: ۳۸۶). از نوآوری‌های مفید قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ پیش‌بینی دفاع مشروع افراطی است. در قانون سابق، قانون‌گذار بدون هیچ‌گونه تخصیصی، دو موضع پذیرش مطلق یا عدم پذیرش مطلق دفاع مشروع را پذیرفته بود؛ تا جایی که نه تنها برخی حقوق‌دانان به دلیل رعایت عدالت قضایی بر آن نظر بودند که در موارد دفاع مشروع افراطی می‌بایست قصاص را منتفی کرد، بلکه رویکرد دیوان عالی کشور

---

۱. برخی به دفاع از دست دادن کنترل (Loss of self-control defense) نیز توجه کرده‌اند. این دفاع، دفاعی نو و ویژه برای مرتکبانی است که بر اثر رفتارهای تحریک‌آمیز بزه‌دیده، کنترل خود را از دست داده و او را به قتل می‌رسانند و در صورت استناد موفقیت‌آمیز به این دفاع نسبی، به جای قتل عمدی به قتل غیرعمدی محکوم می‌شوند. این دفاع که عمدتاً در حقوق کشورهای با نظام کامن‌لایی مطرح و در سال ۲۰۰۹ به موجب قانون عدالت و کارآگاهان پزشکی قتل به طور مشخص وارد قوانین کیفری انگلستان شد، جایگزین دفاع تحریک شده است (غلاملو و میرمجیدی، ۱۴۰۱: ۲۱۹).

2. A person who exceeds the limits of self-defense

۳. حقوق‌دان اخیر، تبصره ۲ ماده ۳۰۲ را نهاد جدیدی تحت عنوان «نهاد نفس دفاع در قتل عمد» می‌داند (اسدی، ۱۳۹۸: ۱۲).

۴. به تعبیر ماده ۳۳ قانون مجازات آلمان: «ازحدود دفاع مشروع تجاوز می‌کند» (Reed and Boh-lander, 2011: 252) و به تعبیر ماده ۲۲۸ قانون مجازات لبنان: «مجرم در دفاع مشروع، افراط می‌کند» (نجیب‌حسنی، ۱۹۸۴: ۲۴۴). در برخی از متون فقهی هم آمده است: «لو تعدی عما هو الکافی فی الدفع بنظره و واقعا» (موسوی خمینی، ۴۶۸).

مبنی بر ترجیح مصلحت بر شـــرایط و عدم قصاص مدافع مشـــروع ناقص، برخلاف دادگاه‌های تالی به عدالت قضایی نزدیک‌تر بود.[۱] اثر دفاع مشروع افراطی وفق تبصره ۲ ماده ۳۰۲ قانون مجازات اســـلامی، محکومیت‌زدایی از قصاص و تبدیل آن به دیه و تعزیر است.[۲] در واقع، مرتکب نه آن اندازه گناهکار است که قصاص شود و نه آن قدر بی‌گناه است که تبرئه گردد و باید به پرداخت دیه و تعزیر، حسب مورد محکوم گردد (آقایی‌نیا، ۱۳۹۳: ۲۳۲). نوع ســـوم دفاع مشروع را ظاهری یا موهوم[۳] خوانده و در تعریف آن گفته‌اند که این نوع دفاع بر رفتار شـــخصی منطبق است که پیرو اعتقاد معقول مبنی بر وجود خطر به دفاع از خود می‌پردازد؛ در حالی که خطری در حقیقت وجود نداشـــته اســـت (محمودی و صادقی، ۱۳۹٤: ۱۵۷). برخی دیگر از حقوق‌دانان چنین تعریف کرده‌اند: زمانی که شـــخص به طور معقول باور داشـــته باشد که مورد حمله قرار گرفته اســـت؛ در حالی که در واقع امر چنین نبوده و از نیروی دفاعی علیه کسی اســـتفاده کند که در حقیقت مهاجم نیســـت (Fletcher, 1985: 972). از باب تطبیقی، جایگاه وقوع خطر در دفاع مشروع واقعی و ظاهری متفاوت است به گونه‌ای که در اولی این جایگاه در عالم خارج و در دومی تنها در ذهن مرتکب قرار دارد. در این‌که می‌توان این نوع دفاع را در قانون مجازات اســـلامی پذیرفت، بین حقوق‌دانان اختلاف اســـت، برخی اندیشمندان بر این باورند که، با توجه به بند ب ماده ۱۵٦ و بر اساس بند ب ماده ۲۹۱ و ماده ۳۰۳ این قانون، حتی اعتقاد نامعقول شخص به وجود حمله نیز می‌تواند موجب رهایی مرتکب از صدور حکم قصاص شـــود، ولی در قبال تاثیر اعتقاد معقول ســـکوت نموده‌اند.[٤] نگارندگان معتقد به پذیرش این صور از دفاع

---

۱. با مراجعه به سامانه جامع آرا قضایی، بنگرید به: دادنامه شماره ۲/۹٤۲ مورخ ۱۳۷۵/۱۱/۱۹ شعبه ۲ دیوان عالی کشـــور، رای اصراری شماره ۱۸ مورخ ۱۳۷۵/۰۸/۲۲ دیوان عالی کشور، رای اصراری شماره ۲۰ مورخ ۱۳۷۵/۰۸/۲۹ دیوان عالی کشور و رای اصراری شماره ٤ مورخ ۱۳۷٦/۰۲/۱٦ دیوان عالی کشور.

۲. ماده ۳۰۲ قانون مجازات اســـلامی مصوب ۱۳۹۲: «در صورتی‌که مجنی‌علیه دارای یکی از حالات زیر باشد، مرتکب به قصاص و پرداخت دیه، محکوم نمی‌شود: ... ت- متجاوز و کسی که تجاوز او قریب‌الوقوع اســـت و در دفاع مشروع به شرح مقرر در ماده (۱۵٦) این قانون جنایتی بر او وارد شود ... تبصره ۲- در مورد بند (ت) چنان‌چه نفس دفاع صدق کند ولی از مراتب آن تجاوز شود قصاص منتفی است، لکن مرتکب به شرح مقرر در قانون به دیه و مجازات تعزیری محکوم می‌شود».

3. Putative Self Defense

٤. به نظر می‌رســـد که ایشـــان در نهایت، عدم وجود خطر به صورت عینی را موجب زوال حق دفاع می‌دانند (میرمحمدصادقی، ۱۳۹۳: ۵۷ و ۳۵۸).

توســـط قانون‌گذار می‌باشند و در بیان آثار این نوع دفاع، می‌توان از عبارتِ «اگر ثابت شـــود که با چنین اعتقادی دست به جنایت زده» منصوص در ماده ۳۰۳ قانون مذکور بهره‌مند شـــده و در مـــواردی ازجمله توهم به متجاوز بودن شـــخص مقابل، قائل به معافیت مدافع مشروع موهوم از قصاص شد.

۲. چالش‌های قضایی کاربست دفاع مشروع در مرحلهٔ پیش‌دادرسی

همان‌گونه که ســـخن به میان آمد، دفاع مشـــروع در قِسم واقعی آن از اسباب اباحه و در انـــواع افراطی و ظاهری آن، موجب معافیت مرتکب قتل عمد از قصاص نفس و محکومیت‌زدایی نســـبی است. قتل عمد بر اســـاس مجازات اصلی و ابتدایی آن که اصولاً قصاص نفس می‌باشـــد، وفق ماده ۳۰۲ قانون آیین دادرســـی کیفری در صلاحیت دادگاه کیفری یک و مقام تحقیق آن به موجب ماده ۹۲ این قانون، بازپرس اســـت؛ بنابراین مداخلهٔ دیگر مراجع قضایی یا مقامات تحقیق در دادسرا، غیرقانونی و موجب بی‌اعتباری تحقیقات و رســـیدگی شده و دادنامه صادره را شایستهٔ نقض در دیوان عالی کشور می‌کند.

پیش از بحث و اشاره به نمودهای چالش قضایی، ذکر نکاتی خالی از ضرورت نبوده و لازمهٔ ورود به گفتار آتی و تبیین موضوع است:

نخســـت، یکی از انواع دفاع مشـــروع، ظاهری یا موهوم بوده که در ماده ۳۰۳ قانون مجازات اســـلامی ۱۳۹۲،[۱] مورد تصویب قانون‌گذار اسلامی قرار گرفته است. به ســـخن دیگر، در این ماده به مواردی از جمله توهم به متجاوز بودن شخص مقابل پرداخته و این امر را چنان‌چه معقول باشـــد، موجبی برای سقوط قصاص و تبدیل در کیفر قانونی دانســـته است. مقنن در ماده یادشده، به صلاح‌دید «دادگاه» اعتبار بخشیده و بازپرس را فاقد صلاحیتِ در تشـــخیص حتی بررســـی و تحقیـــقِ مختصر در این حوزه نموده اســـت. این امر قاعده‌ای آمره و خدشه‌ناپذیر بوده و دادگاه نیز نمی‌تواند

---

۱. این ماده مقرر می‌دارد: «هرگاه مرتکب، مدعی باشـــد که مجنی‌علیه حسب مورد در نفس یا عضو، مشـــمول ماده (۳۰۲) این قانون اســـت یا وی با چنین اعتقادی مرتکب جنایت بر او شـــده است این ادعا باید طبق موازین در دادگاه ثابت شـــود و دادگاه موظف است نخست به ادعای مذکور رسیدگی کند. اگر ثابت نشـــود که مجنی‌علیه مشمول ماده (۳۰۲) است و نیز ثابت نشود که مرتکب بر اساس چنین اعتقادی، مرتکب جنایت شده است مرتکب به قصاص محکوم می‌شود ولی اگر ثابت شود که به اشـــتباه با چنین اعتقادی، دست به جنایت زده و مجنی‌علیه نیز موضوع ماده (۳۰۲) نباشد مرتکب علاوه بر پرداخت دیه به مجازات مقرر در کتاب پنجم «تعزیرات» محکوم می‌شود».

تحقیقی ولو جزئی، از بازپرس مطالبه کند. به این ترتیب، اشـــاره دادگاه پس از صدور کیفرخواســـت به تحقیقی در این راســـتا بر اساس دو قرار رفع نقص صادره از دادگاه یفری یک استان فارس،[1] امری فاقد وجاهت قانونی است. به این سان، به جهت فقدان صلاحیت دادســـرا و به تبع آن بازپرس در بررســـی دفاع مشـــروع ظاهری و هرگونه تمســـک به آن، این نوع دفاع با خـــروج موضوعی مواجه بوده و در مباحث فرارو، از دفاع مشروع واقعی و افراطی سخن به میان آمده است.

دوم، براســـاس موازین قانونی (صدر ماده ۲۶۵ قانون آیین دادرســـی کیفری) و اندیشـــه قضایی غالب، بازپرس در صورت تشخیص به این‌که ارتکاب قتل عمد با رعایت تمامی شرایط دفاع مشروع بوده، اقدام به صدور قرار منع تعقیب به لحاظ زوال عنصر قانونی و مباح بودن فعل ارتکابی می‌کند و در مواردی که موضوع را از مصادیق دفاع مشـــروع افراطی دانست، در صورت اصرار و تاکید بر قصاص توسط ولی‌دم که اغلب چنین اســـت، نسبت به معافیت مرتکب از کیفر قصاص با صدور قرار موقوفی تعقیب بر اســـاس صدر ماده ۱۳ و ماده ۳۸۳ و بند پ ماده ۳۸۹ قانون آیین دادرســـی کیفری اتخاذ تصمیم می‌نماید؛ چه آن‌که، این شـــکایت به نحو قانونی مطرح نشده و یکی از جهات صدور قرار موقوفی تعقیب وفق بند اخیر ماده ۳۸۹، عدم طرح شکایت در چهارچوب قانون اســـت. در این قِسم، نسبت به سایر مجازات‌های اعمالی (دیه و تعزیر) قرار جلب به دادرسی صادر می‌شود.

ســـوم، رویه قضایی در اســـتناد به علل موجهه جرم یا جهات اباحه[2] حتی در فرض احراز و بدیهی بودن آن، از حیث اســـاس ورود یا عدم مداخله دادسرا در این حوزه، منعقد نشـــده و رویکرد چندگانه‌ای در تصمیم نهایی دنبال می‌شـــود.[3] استناد

---

۱. شـــماره ۱۴۰۲۱۲۰۰۰۰۸۰۷۹۳۴۱ در پرونـــده ۱۴۰۱۱۲۹۲۰۰۰۸۸۷۹۱ و شـــماره ۱۴۰۲۱۲۴۴۰۰۰۱۱۵۲۱۳۱ در پرونده ۱۴۰۲۱۲۹۲۰۰۰۰۲۵۴۹۳۴

۲. در مقابل اسباب عینی مسئولیت (Causes objectives de non-responsabilite)، اسباب شخصی مســـئولیت یا علل رافع مسئولیت کیفری (Causes subjectives de non-responsabilite) می‌باشد کـــه قانون‌گذار در قانون مجازات اســـلامی مصـــوب ۱۳۹۲، هر دو را تحت عنوان شـــرایط و موانع مسئولیت کیفری ذیل بخش چهارم کتاب اول آورده است.

۳. بـــه مـــواردی از مصادیـــق پذیـــرش و عـــدم آن پرداخته می‌شـــود: قـــرار منع تعقیب شـــماره ۹۹۰۹۹۷۰۷۳۰۸۰۱۵۳۵ شعبه اول بازپرسی دادسرای عمومی و انقلاب فیروزآباد با موضوع به‌کارگیری ســـلاح توسط ماموران نیروی انتظامی، قرار منع تعقیب به شماره ۱۴۰۱۱۲۳۹۰۰۰۵۶۷۸۵ شعبه هشتم بازپرسی دادسرای عمومی و انقلاب شیراز با موضوع دستگیری مرتکب در صحنه قتل عمد و صدور

حداکثری به سبب اباحهٔ در «حکم قانون» به ویژه به‌کارگیری سلاح توسط ماموران و تمسک حداقلی به این جهات، در «دفاع مشروع» است.[1] به طور خاص در دفاع مشروع، رویکرد رویه قضایی در دادسرا و مقامات تحقیق در توسل به آن، نگرشی صددرصدی نبوده و سه دیدگاه در صورت احراز دفاع مشروع با حدوث تمامی شرایط آن، دنبال می‌شود. پیش از بیان تئوری‌های فرارو، اشاره به نظریه مشورتی اداره حقوقی قوه قضاییه و نتیجه نشست‌های قضایی ضرورت دارد. اداره حقوقی در نظریه مشورتی شماره ۷/۹۳/۲۸۹ مورخ ۱۳۹۳/۱۲/۱٤ در پاسخ به نوع تصمیم دادسرا در صورت احراز شرایط دفاع مشروع، معتقد است: «باید گفت که جرم دارای سه عنصر قانونی، مادی و معنوی است و دفاع مشروع به موجب ماده ۱٥٦ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ از جمله موانع مسئولیت کیفری است و صدور قرار مجرمیت و متعاقب آن کیفرخواست از سوی مقامات دادسرا منوط به احراز عناصر و ارکان سه گانه جرم و بالتبع وجود شرایط مسئولیت کیفری (عقل، بلوغ، اختیار...) و فقدان موانع مسئولیت کیفری (نظیر دفاع مشروع و امرآمر قانونی) است؛ بنابراین با احراز مدافع واقع شدن متهم و رعایت شرایط دفاع، به لحاظ زوال عنصر قانونی و وجوب دفاع و مالاً وجود مانع قانونی در ایجاد مسئولیت کیفری، مقام قضایی ذی‌ربط در دادسرا باید به لحاظ

قرار منع پیگرد به استناد تبصره ۱ ماده ٤٥ قانون آیین دادرسی کیفری (حکم قانون)، قرار منع تعقیب شماره ۹۹۰۹۹۷۰۰۰٥٦۸۲۳٤٥ شعبه دوم دادیاری دادسرای عمومی و انقلاب تهران به جهت استناد به حالت ضرورت یا اضطرار (Necessity)، قرار منع تعقیب شماره ۱٤۰۲۱۲۳۹۰۰۰٥۸۸٥۹۲۹ شعبه هشتم بازپرسی دادسرای عمومی و انقلاب شیراز با تمسک به دفاع مشروع. با وجود این، برخی از جهات اباحه از جمله دفاع مشروع مورد استقبال حداکثری واقع نمی‌گردد و در حالاتی حتی در صورت اعتقاد کامل بازپرس مبنی بر وقوع دفاع مشروع با تمامی شرایط، اقدام به صدور قرار جلب به دادرسی می‌نماید و دادستان نیز ضمن موافقت با قرار نهایی و به‌رغم اعتقاد به دفاع مشروع، تقاضای کیفر قصاص مرتکب از دادگاه می‌نماید (قائدی، ۱٤۰۲: ۳۸٤). دادنامه‌های ذیل و پذیرش دفاع مشروع توسط دادگاه و ابرام آن در دیوان عالی کشور دلالت بر عدم پذیرش کامل این جهت موجهه توسط دادسرا دارد. دادنامه شماره ۹٥۰۹۹۷۷۱۲٦۰۰٤۲۰ صادره از شعبه سوم دادگاه کیفری یک استان فارس با موضوع پذیرش دفاع مشروع واقعی، دادنامه شماره ۱٤۰۰۱۲۳۹۰۰۱۰٦٦٥۸۹٥ صادر شده از شعبه دوم دادگاه کیفری یک استان فارس با موضوع دفاع مشروع افراطی. دادنامه شماره ۱٤۰۰۱۲۳۹۰۰۰۲٤٦٦۰٥۳ صادره از شعبه پنجم دادگاه کیفری یک استان فارس راجع به دفاع مشروع ناقص. دادنامه شماره ۱٤۰۱۱۲۳۹۰۰۰۹٦٥۳۹۸۱ صادره از شعبه سوم دادگاه کیفری یک استان فارس با موضوع دفاع مشروع افراطی.

۱. ناگفته نماند، ذکر دفاع مشروع به جهت موضوع بحث و تبیین آن و به‌کارگیری اختلافی آن در رویه قضایی است و استناد به سایر اسباب اباحه همچون عملیات ورزشی یا امر آمر قانونی، حداقل توسط نگارندگان در رویه قضایی مشاهده نگردید.

جرم نبـــودن (زوال مجازات که عنصر قانونی را زایل می‌کند) مبادرت به صدور قرار منع پیگرد کند و صدور کیفرخواست با فرض بی‌گناه شناختن متهم، برخلاف قانون و البته عدالت و انصاف قضایی است». صورت‌جلسه نشست قضایی دادسرای عمومی و انقلاب گرگان دارای دیدگاه‌های اقلیت، اکثریت و نظر هیأت عالی بوده که دو دیدگاه اخیر[1] بر نظریه اداره حقوقی صحه می‌گذارد. در نظریه هیأت عالی آمده اســـت: «نظر به این‌که دفاع مشروع از عوامل زائل‌کننده عنصر قانونی جرم است مفروض بر احراز آن می‌توان به عدم وقوع جرم اظهار عقیده کرد، نتیجتاً منعی برای ورود دادسرا وجود ندارد».[2] باملاحظه نشست قضایی شـــماره ۱۴۰۲-۲۸۹۴ مورخ ۱۴۰۲/۸/۳ دادسرای ویژه امور جنایی شـــیراز نیز شاهد دیدگاه‌های متعدد و بعضاً متعارضی هستیم که نظر غالب بر مبنای امکان صدور قرار منع تعقیب در صورت حصول شرایط دفاع مشروع استوار است.

دیدگاه‌های موجـــود در رویه قضایی پیرامون ورود دادســـرا به موضوع دفاع مشروع، در سه رویکرد به شرح زیر قابل طرح است.

نخســـت، رویکرد مبتنی بر پذیرش مطلق دفاع مشروع در دادسرا که با تکیه بر دکترین حقوقی و ضوابط قانونی بر اســـاس ماده ۲۶۵ قانون آیین دادرسی کیفری که بازپـــرس را مکلف به اتخاذ تصمیم در موارد جرم نبودن رفتار ارتکابی کرده اســـت، عقیده بر صدور قرار منع تعقیب دارند.[3] این دیدگاه هرگونه تفسیر خلاف نص قانون در امـــری بدیهی را مصادره به مطلوب و اجتهـــاد در مقابل نص تلقی نموده و آن را ضربه‌ای بر پیکرهٔ استقلال دادسرا و تضعیف مقامات آن می‌نماید.

---

۱. استدلال دیدگاه اکثریت به این شرح است: «اولاً در قوانین موضوعه هیچ نص صریحی وجود ندارد که دادســـرا نمی‌تواند ورود ماهیتی به موضوع نماید. ثانیاً دفاع مشـــروع از جمله عوامل موجهه جرم اســـت که با بررسی اوضاع و احوال و شرایط آن می‌توان به این نتیجه رسید که این عملی که مثلاً از ناحیه متهم صورت گرفته اســـت دفاع مشروع بوده، پس جرمی واقع نشده است و بررسی این‌که این عمل جرم است یا خیر از شـــئون دادسرا است. نظریه مشورتی شماره ۷/۱۱۴۷- ۱۳۸۷/۰۲/۲۸ اداره حقوقی قوه قضاییه نیز موید همین موضوع است و از طرفی حق شاکی نیز در پرونده محفوظ می‌ماند، زیرا وی حق اعتراض به قرار را خواهد داشت».

۲. در تایید دیدگاه اکثریت و اقلیت می‌توان به نشســـت قضایی شـــماره ۶۳۲۷ مورخ ۱۳۹۷/۰۲/۰۶ دادگستری شهرستان جهرم اشاره کرد.

۳. به‌عنوان نمونه، قرار منع تعقیب شـــماره ۱۴۰۲۱۲۳۹۰۰۰۵۸۸۵۹۲۹ شعبه هشتم بازپرسی دادسرای عمومی و انقلاب شـــیراز با موضوع شکایت از ماموران به اتهام قتل عمد و صدور قرار منع تعقیب با استناد به دفاع مشروع و حکم قانون به نحو توأمان.

دوم، رویکرد مبتنی بر عدم پذیرش مطلق دفاع مشـــروع در دادســـرا که معتقد است احراز تمامی شرایط دفاع مشـــروع امری دشوار است که تنها در دادگاه کیفری یک با قضات متعدد و با تجربه و بهره از ظرفیت شور جمعی، میسر است و به منظور پرهیز از هدر رفتن خون مسلمان و با تمسک به قاعده فقهی «لایبطل دم امرء مسلم»، دادســـرا در مواجهه با ادعای دفاع مشـــروع، باید قرار جلب به دادرسی صادر و ادامه رسیدگی را به دادگاه کیفری یک بسپارد.[1]

ســـوم، قائلان به امکان مداخله نســـبی دادســـرا به موضوع دفاع مشـــروع، با تقسیم‌بندی بر اســـاس صور دفاع، در دفاع مشروع واقعی عقیده بر مداخلهٔ دادسرا و صدور قرار منع تعقیب در صورت تشخیص و حصول تمامی شرایط دارند و در دفاع مشروع افراطی، نظر غالب بر صدور قرار موقوفی تعقیب در صورت تاکید بر قصاص توســـط ولی‌دم است. این گروه در دفاع مشـــروع ممتاز در چرایی عقیده بر قرار منع تعقیب، به صدر ماده ۲٦۵ متوســـل شـــده و از این حیث به دیدگاه گروه اول نزدیک هســـتند. در دفاع مشروع افراطی نیز برخی در همین رویکرد با عقیده غالب بر صدور قرار موقوفی تعقیب موافق نبوده و قائل به ارسال پرونده به دادگاه و تقاضای محاکمه و مجازات با اســـتناد به مواد مربوط به قصـــاص یا تبصره ۲ ماده ۳۰۲ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ هستند (اسدی، ۱۳۹۸: ۱۷-۱۲).

در این بخـــش، به دنبال ارائه چالش‌های پذیرش نظریاتِ مبتنی‌بر صدور قرار منع تعقیب در صور واقعی دفاع مشـــروع و قرار موقوفی تعقیب در نوع افراطی دفاع بوده و پس از طرح آسیب‌ها، نتیجه می‌گیریم که با فرض وجود دفاع مشروع، صدور

---

۱. در این راســـتا می‌توان به قرار جلب به دادرســـی شـــماره ۱٤۰۱۱۲۳۹۰۰۱۱۲۵۰۱۳٤ صادر شده از شـــعبه هشتم بازپرسی دادسرای عمومی و انقلاب شیراز اشـــاره کرد که با آن‌که استدلال و توجیه مندرج در قرار جلب به دادرسی و دفاعیات متهم در پرونده، دلالت بر دفاع مشروع افراطی دارد ولی در اســـتدلال و اســـتناد قرار موصوف به مواد مرتبط با مجازات قصاص نفس اشاره شده و بر اساس کیفرخواســـت شماره ۱٤۰۲۱۲٤۳۰۰۰۰۰۰۵۹۲۳ نیز دادســـتان تقاضای قصاص نموده است. در قرار جلب به دادرســـی آمده اســـت: «ضمن رد مدافعات وکیل متهم مبنی بر این‌که اقدام موکل ایشان در راستای دفاع مشروع بوده به جهت این‌که اقدام متهم فاقد شرایط دفاع مشروع بوده و شاهد به ضربه با ته چاقو توســـط مقتول به سر متهم اشاره کرده و اظهارات شـــاهد منطبق با واقع است و از طرفی تحقیقات پلیس آگاهی بیان‌گر نزدیک بودن محل قتل با پلیس آگاهی می‌باشـــد و این امر دلالت بر این دارد که چنان‌چه متهم اقدام به قتل نمی‌نمود و اعلام می‌کرد بلافاصله ماموران حاضر می‌شـــدند ... لذا مســـتندا به مواد ۱٦... ۲۹۰، ۳۸۱ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲... قرار جلب به دادرسی متهم صادر و اعلام می‌نماید».

قرار جلب به دادرسی و واگذاری تصمیم نهایی به قضات دادگاه کیفری یک را نمی‌توان خلاف موازین قانونی دانست و پذیرش رویکرد گروه اول و سوم همراه با آسیب‌هایی است که در مباحث پیش‌رو خواهد آمد.

۱-۲. سلب حق دسترسی بزه‌دیده به قضات باتجربه و باسابقه

الگوی متداول در دنیا در رسیدگی‌های کیفری، پیروی از نظام وحدت قاضی در جرایم کم‌اهمیت و نظام تعدد قاضی در جرایم مهم است. نظام تعدد قاضی[1] مورد تاکید اندیشمندان آیین دادرسی کیفری می‌باشد. از نظر صاحب‌نظران، این نظام نقش به‌سزایی در جلوگیری از اشتباهات قضایی و یا کاهش آن دارد (آخوندی، ۱۳۸٤: ۱۸٦). وجود قضات متعدد در یک دادگاه این امکان را فراهم می‌آورد که آن‌ها با هم مشاوره و تبادل نظر نمایند و از برداشت و استدلال همدیگر آگاهی یابند و مغلوب فکر و اندیشه شخصی خود نشوند (طهماسبی، ۱۳۹٦: ۱۳۰). هم‌افزایی حاصل از شور جمعی سبب دقت و توجه بیشتر و ارتقای کیفیت اقدامات و تصمیمات قضایی می‌شود و لایه‌های پنهان پرونده را آشکار می‌کند. این الگو در دادگاه‌های کیفری بین‌المللی[2] نیز اجرا و این دادگاه‌ها بر نظام تعدد قاضی مبتنی است.[3] افزون بر این، اتخاذ الگوی تعدد قاضی را می‌توان به عنوان یک حق برای طرفین رسیدگی تلقی نمود، این نظر بر این مبنا استوار است که شاکی و متهم به مثابهٔ طرفین دعوای کیفری به‌خصوص در جرایم مهم، این حق را دارند که به دعوای آن‌ها توسط قضات متعدد، باتجربه و باسابقه رسیدگی شود و سرنوشت ادعای هر یک به مقام قضایی واحد با اختیارات نامحدود و فاقد تجربه و سابقه کافی، سپرده نشود (مدنی، ۱۳۷٤: ۲٤۱).

تعیین «استفاده از تعدد قاضی» از جمله سیاست‌های کلان دستگاه قضایی است.[4] قانون‌گذار ایران از دیرباز به‌ویژه در دیوان عالی کشور و دادگاه‌های تجدیدنظر،

1.s Salinity Judgement

2. Rom Statute of the International Criminal Court (1998) Article, 30.

۳. دادگاه‌های نورنبرگ و توکیو به‌عنوان نسل اول دادگاه‌های بین‌المللی که پس از جنگ جهانی دوم برای محاکمه جنایتکاران جنگی تشکیل شدند، دادگاه‌های یوگسلاوی سابق و رواندا که از سوی شورای امنیت برای محاکمه جنایت‌های واقع شده در این کشورها در سال‌های ۱۹۹۳ و ۱۹۹٤، به‌عنوان دومین نسل دادگاه‌های بین‌المللی تشکیل گردیدند، دیوان کیفری بین‌المللی به مثابهٔ یک مرجع کیفری دائمی، جملگی بر نظام تعدد قاضی تشکیل شده‌اند.

٤. بند (۳) سیاست‌های کلی نظام در خصوص امنیت قضایی مصوب ۱۳۸۱ مقام معظم رهبری

نظام تعدد قاضی را پذیرفته است. این الگو در برخی دادگاه‌های نخستین که به جرایم مهم همچون قتل عمد رسیدگی می‌کنند، نیز پیش‌بینی شده و اکنون بر اساس ماده ۳۰۲ قانون آیین دادرسی کیفری، در دادگاه کیفری یک به منظور اهمیت قتل عمد و جلوگیری از لغزش قضایی و احتیاط در دماء، سیستم تعدد قاضی حاکم است. با این همه، نظام تعدد قاضی در قتل عمد طبق سیاست جنایی تقنینی، مورد تاکید در مرحله رسیدگی کیفری و دادگاه است و در مرحله تحقیقات مقدماتی و دادسرا، بازپرس که دارای شئون تحقیقی و قضایی بوده، اقدام به جمع‌آوری ادله و در نهایت اتخاذ تصمیم نهایی می‌کند؛ حال آن‌که اعطای قدرت نامحدود به یک بازپرس، این مقام را بیشتر در معرض لغزش و خروج از بی‌طرفی قرار می‌دهد (طهماسبی، ۱۳۹۶: ۱۳۰) و سپردن نتیجه به یک قاضی امری دور از احتیاط است (خالقی، ۱۳۹۳: ۲۵۵).

در رویه قضایی به محض ارتکاب قتل عمد، بازپرس در صحنه حضور یافته و با صدور دستورات مقتضی، نسبت به گردآوری ادله و جلوگیری از امحاء آن و شناسایی و دستگیری متهم اقدام می‌کند. پس از دسترسی به متهم، فرض بر این است که اظهار وی بر مدار دفاع مشروع بوده و بازپرس اقدام به تحقیق و بررسی این دفاع می‌نماید، ولی‌دم در جریان تحقیق ضمن حضور در شعبه بازپرسی، تقاضای قصاص متهم می‌کند. اتخاذ تصمیم بازپرس در صورت تشخیص به حدوث شرایط دفاع مشروع و صدور قرار نهایی منع تعقیب در خصوص قتل عمد، ولی‌دم را از حق بررسی دقیق و باجزئیات و در نظر گرفتن تمامی جوانب پرونده توسط قضات باتجربهٔ محاکم کیفری یک که مدت زیادی به پرونده‌های مشابه رسیدگی کرده‌اند، محروم می‌کند.[۱]

ممکن است در نقطه مقابل گفته شود که در این مرحله، اظهار نظر مقام باسابقه‌ای چون دادستان نسبت به قرار منع تعقیب صادر شده از بازپرس، وضعیتِ مشابه با آنچه در دادگاه کیفری یک است را محقق می‌سازد و در هر حال در دادسرا

۱. برخی از حقوق‌دانان با طرح پرسش و پاسخ به آن، سعی در تبیین جایگاه قضاوت جمعی و اولویت و اهمیت بخشی به آن در جرائم مهم و قواعد پیچیده حاکم بر معاذیر و تاسیسات حقوقی مشابه دارند. این پرسش چنین است: آیا با رسیدگی به جرایم مهم به صورت تعدد قاضی و با حضور هیأتی از قضات، ایجاد امنیت قضایی بیشتر نمی‌شود و آرای قضایی برخوردار از استحکام و قوت بیشتر، معقول و منطقی‌تر نخواهد بود؟ بی‌شک پاسخ مثبت است و استحکام، اتقان و قوت احکام صادره در قضاوت گروهی بیش از احکام فردی است (حاجی‌ده‌آبادی و محمدی، ۱۳۹۰: ۱۰۲).

نیز قضات متعدد اظهار نظر می‌کنند. این تلقی به جهات ذیل قابل نقد است:

نخســـت، در رویه قضایی، دادستان‌ها در کلان شهرها اغلب مقامی را به عنوان دادیار اظهار نظر با ابلاغ داخلی تعیین می‌نمایند، این دادیاران اصولاً دارای ســـابقه و تجربه‌ای کمتر یا مشـــابه با بازپرس می‌باشـــند. در حوزه‌های قضایی دیگر (غیرکلان شهر)، سابقه برخی دادستان‌ها که به اظهار نظر در این پرونده‌ها می‌پردازند، گاه کمتر از بازپرسان آن حوزه است.

دوم، ســـابقه و تجربه قضایی با تخصص در رسیدگی به نوع پرونده نیز مرتبط است. ممکن است دادستان یا مقام اظهار نظر تحت هر عنوانی، دارای سابقه و تجربه قضایی باشـــد، اما در کارنامه قضایی آن‌ها، خلاء رسیدگی به قتل عمد مشهود است و یا در تعداد معدودی از پرونده‌ها قلم فرسایی نموده باشد.

سوم، مقامات بازپرس و دادستان در شعب بازپرسی و دادستانی، هر یک مجزا و مستقل به پرونده رسیدگی می‌کنند، یکی دارای شئون تحقیقی و قضایی در قتل عمد و دیگری تنها دارای شـــأن قضایی در این جرم است که از طریق اظهار نظر نسبت به قرار اعمال می‌شود.[1] روشن است که هر یک از این دو بدون تبادل اندیشه، هم‌افزایی و شور جمعی، از زوایه‌ای به موضوع می‌پردازند و مبانی و اهداف مورد نظر در نظام تعدد قاضی، تامین نمی‌شود.

قائلان به امکان تصمیم دادسرا در خصوص دفاع مشروع، در رد توجیه دیدگاه معتقد به عدم ورود، بیـــان می‌دارند که ولی‌دم می‌تواند به قرار منع تعقیب یا موقوفی تعقیب صادر شده اعتراض کند که در این صورت، دادگاه کیفری یک با تعدد قضات به اعتراض وی رسیدگی می‌نماید. در پاسخ به این انگاره باید ذکر کرد که، از یک‌سو ممکن است شاکی به هر جهت در مهلت قانونی اعتراض نکند (سپس ادعا نماید). از سوی دیگر، صدور قرار منع یا موقوفی تعقیب آسیب‌های دیگری از جمله آزادی متهم را در پی دارد که پذیرش بعدی اعتراض، دسترســـی به متهم را مخدوش می‌نماید. از

---

۱. مـــاده ۹۲ قانون آیین دادرســـی کیفری مصوب ۱۳۹۲: «تحقیقات مقدماتـــی تمام جرائم بر عهده بازپرس اســـت. در غیر جرائم موضوع ماده (۳۰۲) این قانون، در صورت نبودن بازپرس، دادستان نیز دارای تمام وظایف و اختیاراتی اســـت که برای بازپرس تعیین شده است ...». طبق این ماده، دادستان از ورود به تحقیق و اتخاذ تصمیم در پرونده‌های قتل عمد ممنوع اســـت. ماده ۲۶۵ این قانون نیز به اعطای شأن قضایی برای بازپرس در پرونده قتل عمد پرداخته است.

طرفی، ولی‌دم از حق حضور در جلسه ترافعی و مبتنی بر اصل تناظرِ دادگاه[۱] و دادگاه از امتیاز ارزیابی حضوری گفته‌های متهم یا متهمان که نقش به‌سزایی در احراز شرایط پیچیده دفاع با حضور ولی‌دم و وکیل وی دارد، محروم می‌شود. در این راستا یکی از حقوق دیگر ولی‌دم به منظور جلوگیری از هدر رفتن خون مورث آن‌ها، حق دسترسی به دیوان عالی کشور به عنوان عالی‌ترین و باتجربه‌ترین مرجع و مقامات قضایی است. اقناع خاطر و رضایت‌مندی ولی‌دم در زمان بررسی فرجام‌خواهی آن‌ها توسط قضات باسابقهٔ دیوان عالی کشور حتی در صورتی که به صلاح‌دید این مرجع موضوع مصداق دفاع مشروع بوده و در مقام ابرام نظر دادگاه نخستین باشد، بی‌تردید بیش از تک مقامی است که در دادسرا موضوع را از مصادیق این نهاد کیفری تلقی می‌کند.

۲-۲. امکان اختلاف‌نظر قضات دادگاه با مقامات دادسرا

اختلاف نظر بین مقام‌های قضایی در دادسرا و دادگاه یا میان مقام‌های این دو نهاد، امری طبیعی و ناشی از ماهیت و طبع امور قضایی است. با این حال و به جهات مختلف، قانون‌گذار در قانون آیین دادرسی کیفری بر آن شده تا در صورت حدوث اختلاف، به حل اختلاف مبادرت کند؛ بدین نحو که نظر مقام و مرجعی را صائب و لازم‌الاتباع برای مقامات و مراجع دیگر می‌داند. در این راستا در مواد مختلفی نظر دادگاه را لازم‌الاجرا برای دادسرا و دادگاه عالی را صائب برای دادگاه تالی دانسته است.[۲] به این ترتیب، از نظر مقنن، نظر دادگاه بر دیدگاه مقامات دادسرا ارجحیت دارد.

قتل عمد در زمرهٔ مهم‌ترین و پیچیده‌ترین جرایم است و رسیدگی به این پرونده‌ها به‌ویژه در فروضی که متهمان متعدد داشته و قتل حاصل از نزاع دسته جمعی و توأم با آلات قتاله مختلف بوده، امری دشوار و طاقت فرساست. افزون بر این، در این موارد محتمل است متهمان ادعای دفاع مشروع نیز داشته باشند[۳] که جملگیِ اظهارات و سلب حیات قربانی، پرونده را در احراز شرایط غامضِ دفاع

---

۱. ایجاد مراحل متعدد رسیدگی (تحقیقاتی، دادرسی، تجدید نظر) و تشکیل آن با رعایت قواعد عادی آیین دادرسی کیفری در پرتو حق حضور فعال شاکی در جلسات ترافعی، به منظور جلوگیری از لغزش قضایی و به عنوان یکی از حقوق مسلم طرفین شناخته می‌شود.

۲. بنگرید به: مواد ۲۶۹، ۲۸۰، ۴۲۶، ۴۶۹ قانون آیین دادرسی کیفری.

۳. رایج‌ترین مصادیق دفاع مشروع در نزاع‌های دسته جمعی منتهی به قتل عمد است.

مشـــروع با صعوبت همراه می‌نماید.[۱] بی‌تردید، اتخاذ تصمیم در این گونه پرونده‌ها، زمانی که رســـیدگی با تعدد قاضی همراه باشد، از میزان دشواری کاسته و اشتباهات قضایی بازپرس و دیگر مقامات دادســـرا را به حداقل می‌رساند. علاوه بر این، ممکن اســـت بین مقامات قضایی دادســـرا و دادگاه در حدوث شرایط اختلاف نظر باشد. به عبارتی، بازپـــرس قرار منع تعقیب در خصوص دفاع مشـــروع واقعی صادر نماید و دادگاه با نقض این قرار، عقیده بر جلب متهم به محاکمه داشـــته باشد یا بازپرس نظر بر این داشـــته که موضوع از مصادیق دفاع مشروع افراطی است و دادگاه کیفری یک پس از رســـیدگی، عقیـــده بر قصاص متهم دارد. نمونه فـــرض اخیر را می‌توان، قرار شماره ۱۴۰۲۱۲۳۹۰۰۰۱۱۰۰۴۶۴ صادرشده از شعبه هشتم بازپرسی دادسرای عمومی و انقلاب شیراز و دادنامه شماره ۱۴۰۲۱۲۳۹۰۰۰۴۷۲۵۷۱۸ صادر شده از شعبه پنجم دادگاه کیفری یک استان فارس دانست.[۲]

معضل زمانی دوچندان می‌شود که مقامات دادسرا در چهارچوب مبانی نظری خویش با توســـل به دفاع مشـــروع اتخاذ تصمیم می‌کنند، ولی پرونده به هر جهت به دادگاه کیفری یک ارســـال نمی‌شـــود تا این مرجع نیز اعلام نظر نماید. نمونه مرتبط، پرونده قتل عمد بوده که بازپرس به باور دفاع مشـــروع، قرار منع تعقیب صادر نموده و قطعی می‌شـــود و ولی‌دم تاکید بر عدم اطلاع یا اطلاع ولی اعتراض آن‌ها در خارج از مهلت قانونی دارد. در این موارد ممکن است نظر قضات دادگاه کیفری یک بر این باشد که موضوع از مصادیق دفاع مشروع نمی‌باشد. مثال دیگر، ولی دم پس از صدور قرار منع تعقیب به اســـتناد دفاع مشروع (جرم نبودن رفتار ارتکابی)، ادله جدید بر رد دفاع مشروع ارائه می‌کند و دادستان با این توجیه که موضوع مشمول صدر ماده ۲۷۸ قانون آیین دادرسی کیفری و منصرف از بند اخیر این ماده است، با درخواست تجویز

---

۱. احراز دفاع مشـــروع به ســـبب پیچیدگی آن نیاز به بررسی و دقت بیشـــتری دارد. اغلب دادگاه‌ها تمایلی به ورود در مبحث دفاع مشـــروع ندارند. در بیشتر پرونده‌هایی که دفاع مشروع مطرح است، طرفین از خدمات وکلای دادگســـتری برخوردار نیستند یا برخی از وکلا نیز تسلط کافی به مقررات آن ندارند و از این رو، اصراری بر اعمال دفاع مشـــروع ندارند. در مواردی نیز با وجود اســـتناد وکلا به دفاع مشـــروع، دادگاه‌ها با بی‌توجهی از کنار آن می‌گذرند. این بی‌توجهی موجب شده است اصل قابلیت اعمال و اجرای این نهاد با ابهام مواجه شود (سلیمی، ۱۳۸۶: ۹۹).

۲. صور دیگری از اختلاف آن اســـت که بازپرس عقیده بر دفاع مشـــروع افراطی ندارد، ولی دادگاه پس از رســـیدگی، موضوع را از مصادیق دفاع مشـــروع افراطی می‌دانـــد که در این خصوص قرار و دادنامه‌هایی در پانویس پیشین آورده شد.

تعقیبِ قرار منع تعقیب قطعیت یافته در دادسرا موافقت نمی‌کند.[۱] در این گونه محتمل است از همان ابتدا قضات دادگاه کیفری یک، عقیده بر عدم شمول دفاع مشروع در پرونده مختومه شده توسط دادسرا داشته باشند.

۳-۲. آسیب‌های ناشی از صدور قرار نهایی

پذیرش دیدگاه‌های مبتنی بر اتخاذ قرار منع یا موقوفی تعقیب در دادسرا در زمان حصول دفاع مشروع (به ترتیب ممتاز و بیش از حد)، در صورت صدور قرار نهایی، توأم با چالش‌هایی است که به مهم‌ترین آن‌ها توجه می‌شود.

یکی از آسیب‌های ناشی از قطعیت قرار نهایی آن است که، ابتدا ولی‌دم به هر جهت به قرار نهایی دادسرا معترض نبوده و این تصمیم قطعیت یافته است و اکنون با هر توجیهی در موضع اعتراض هستند. از یک‌سو، در صورت صدور قرار منع تعقیب، اقدام در راستای اعمال طرقِ عادی جریان‌سازی مجدد پرونده بر مبنای ماده ۲۷۸ قانون آیین دادرسی کیفری موسوم به نهاد بازتعقیب متهم شدنی نیست؛ زیرا رفتار ارتکابی مباح و فاقد وصف کیفری بوده و قرار منع تعقیب نیز بر همین مبنا اصدار یافته است؛ در نتیجه موضوع منصرف از بند اخیر ماده یادشده و مشمول صدر آن می‌شود و امکان بازگرداندن پرونده به فرآیند معمول تحقیقات و رسیدگی نمی‌باشد.[۲] از سوی‌دیگر، در صورتی که قرار نهایی صادرشده، موقوفی تعقیب بر اساس تمسک به دفاع مشروع ناقص بوده و این قرار قطعیت یافته باشد، قرارها به صورت ترکیبی بوده و شاهد قرار جلب به دادرسی یا حتی موقوفی تعقیب دیگری می‌باشیم. توضیح آن‌که، تصور شود ولی‌دم درخواست قصاص (نه دیه) در طول

---

۱. در این ماده آمده است: «هرگاه به علت جرم نبودن عمل ارتکابی، قرار منع تعقیب صادر و به هر دلیل قطعی شود، نمی‌توان بار دیگر متهم را به همان اتهام تعقیب کرد. هرگاه به علت فقدان یا عدم کفایت دلیل، قرار منع تعقیب صادر و در دادسرا قطعی شود، نمی‌توان بار دیگر متهم را به همان اتهام تعقیب کرد، مگر پس از کشف دلیل جدید که در این صورت، با نظر دادستان برای یک‌بار قابل تعقیب است و اگر این قرار در دادگاه قطعی شود، پس از کشف دلیل جدید به درخواست دادستان می‌توان او را برای یک‌بار با اجازه دادگاه صالح برای رسیدگی به اتهام، تعقیب کرد. در صورتی که دادگاه، تعقیب مجدد را تجویز کند، بازپرس مطابق مقررات رسیدگی می‌کند».

۲. ممکن است برخی نظر بر پذیرش و بنای بر مصلحت‌گرایی داشته باشند. با این حال با توجه به این‌که همان مقامات سابق با رویکرد ذهنی ناشی از تصمیم گذشته به پرونده و ادعای ولی دم رسیدگی می‌نمایند، محتمل است از بی‌طرفی خارج شده و مجدداً بدون کنکاش دقیق، نظر بر تایید قرار سابق با صدور قرار مشابه داشته باشند.

فرآیند تحقیقات جنایی نزد بازپرس کرده اســت. چنان‌چه این مقام با برداشــت دفاع مشــروع ناقص، قرار موقوفی تعقیب نسبت به مطالبه قصاص صادر کند[1] و ولی‌دم نیز تقاضای دیه نکند، باید از حیث عدم شکایت و مطالبه نسبت به دیه نیز اتخاذ تصمیم کند؛ چه آن‌که دیه حق شــخصی و خصوصی ولی‌دم بوده و مستند به ماده ٤٥٠ قانون مجازات اســلامی، نیازمند مطالبه از ناحیه آن‌هاست و در صورت عدم تقاضا حسب ماده ۳۸۳ و بند پ ماده ۳۸۹ قانون آیین دادرســی کیفری، قرار موقوفی تعقیب صادر می‌شود. اکنون با یک قرار جلب به دادرسی جهت حفظ منافع و حیثیت عمومی و دو قرار موقوفی تعقیب با اســتناد به جهات دفاع مشروع افراطی و عدم شکایت از باب مطالبه دیه مواجه هســتیم که در صورت قطعیت قرار موقوفی تعقیب، امکان بعدی به جریان انداختن دوباره پرونده برای قصاص به لحاظ تصمیم ماهوی دادســرا نیست. آسیب زمانی برجسته می‌شود که دادگاه کیفری یک در مقام رسیدگی به جنبه عمومی، از اساس اعتقادی به دفاع مشروع ناقص نداشته و تصمیم دادسرا را اشتباه تلقی می‌کند و ولی‌دم نیز در دادگاه همچنان مصر بر قصاص است، به این سان، دادگاه با وضعیتی روبه‌رو است که اعتقادی به جنبه عمومی و صدور رای در این قالب ندارد و همچنین نمی‌تواند به قرار قطعیت یافته بازپرس ورود کند و پرونده به اصطلاح قفل و بر محور فشارهای ولی‌دم قرار می‌گیرد.

راهبرد فروض اخیر، پیمودن طرق فوق‌العاده اعتراض و اعمال ماده ٤٧٧ قانون آیین دادرسی کیفری،[2] است که تشریفات زاید آن، آسیب دیگری همچون اطاله فرایند و مداخلهٔ مقامات قضایی دیگر از جمله رئیس کل دادگســتری اســتان و رئیس قوه قضاییه، در پی داشته و ولی‌دم متحمل هزینه می‌شود و متهم نیز در شرایط بلاتکلیفی به سر می‌برد.

چالش دیگر ناشی از صدور قرار نهایی دادسرا، امکان متواری شدن متهم است. بازپرس متعاقب صدور قرار منع تعقیب در دفاع مشــروع واقعی، به موجب ماده ۲۵۱

---

۱. مشابه آنچه در پرونده‌های حقوقی و آیین دادرسی مدنی تحت عنوان قرار عدم استماع دعوا مطرح می‌شود؛ با این تفاوت که قرار موقوفی تعقیب از اعتبار امر مختومه برخوردار است.

۲. تبصــره ۱ این ماده مقرر مــی‌دارد: «آراء قطعی مراجع قضایی (اعم از حقوقی و کیفری) شــامل احکام و قرارهای دیوان عالی کشور، سازمان قضائی نیروهای مسلح، دادگاه‌های تجدیدنظر و بدوی، دادسراها و شوراهای حل اختلاف می‌باشند».

قانون آیین دادرسی کیفری، بلافاصله دستور آزادی متهم را صادر می‌کند.[۱] این دستور حتی با پنداشت اعتراض ولی‌دم به قرار وی نیز صادر می‌شود. محتمل است دادگاه در مقام رسیدگی به اعتراض ولی‌دم، ضمن رد نظر دادسرا، قرار جلب به محاکمه متهم صادر نماید و متهم نیز از فرصت پیش آمده نهایت بهره را برده و متواری شود. در قرار موقوفی تعقیب ناشی از اعتقاد به دفاع مشروع افراطی نیز ممکن است بعد از صدور قرار یادشده، قرار بازداشت موقت به استناد فقدان شرایط ماده ۲۳۸ قانون مذکور، فک و تبدیل به قرار خفیف‌ترِ منجر به آزادی متهم شود و متهم با سپردن تامین (متناسب با دیه و تعزیر) بلافاصله فرارِی شود. بدیهی است پیش از وصول نظر دادگاه در مقام رسیدگی به اعتراض، امکان صدور دستور منع خروج از کشور به موجب ماده ۱۸۸ قانون پیش‌گفته و امکان صدور قرار نظارت قضایی ممنوعیت خروج از کشور به لحاظ نبود متهم وجود ندارد.

٤-۲. رهایی زودهنگام و ناموجه مرتکب از تعقیب کیفری

مجازات نوعی واکنش اجتماعی در برابر رفتار مجرمانه است و جامعه برای تنظیم روابط اجتماعی میان مردم و حفظ ارزش‌های بنیادین حاکم، به ناچار بایستی در مقابل پایمالی هنجارها واکنش نشان دهد. در این میان، ارتکاب برخی جرایم همانند قتل عمد افکار عمومی را با شدت بیشتری تحت تاثیر قرار داده و انتظار شدیدترین واکنش کیفری برای مرتکب از نگاه عموم فراهم می‌کند. امروزه لزوم توجه به تحلیل‌های جامعه‌شناختی در سیاست جنایی قضایی فارغ از هرگونه مصلحت‌گرایی، به این دلیل که ارتباط تنگاتنگی با حقوق و آزادی‌های مردم جامعه دارد، واجد اهمیت راهبردی غیر قابل انکاری است.

دادسرا به عنوان متولی تحقیقات مقدماتی بلافاصله پس از ارتکاب قتل عمد با حضور مقامات قضایی در صحنه ارتکاب آن، اقدام به جمع‌آوری ادله و جلوگیری از فرار متهم نموده و پس از خاتمه تحقیقات، اظهار نظر نهایی می‌کند. عملکرد این نهاد به دلیل این‌که در لحظات آغازین رفتار مجرمانه، به تعقیب متهم و تحقیق از وی می‌پردازد، با حساسیت و تمرکز افکار عمومی بر فرایند آن روبه‌رو است و

۱. صدور دستور آزادی متهم بعد از موافقت دادستان با قرار منع تعقیب و قبل از رسیدگی به اعتراض ولی‌دم به قرار معنونه، از فحوای کلام مقنن در ماده ۲۷٦ قانون آیین دادرسی کیفری نیز قابل استنباط است.

جامعه در پی ارتکاب قتل عمد، این انتظار معقول را دارد که دادستان منافع حداکثری آن‌ها را در راســـتای رســـالت خویش که حمایت از ارزش‌های اساسی و حاکم است تامین نماید. آزادی متهم قتل عمد در ماه‌های ابتدایی مســـتند به دفاع مشـــروع واقعی یا ناقص توســـط دادســـرا تحت هر عنوان و با هر توجیه قانونی در صورتی که بدون منطق و به طور بی‌ضابطه‌ای باشـــد، لطمات جبران‌ناپذیری بر پیکره اعتماد عمومی به عنوان سرمایه اصلی دســـتگاه قضایی وارد خواهد ساخت. اتخاذ تصمیم عجولانه در دادسرا نســـبت به این موضوع حتی با انگاره دفاع مشروع ناقص و دسترسی به متهم با تامین مناســـب، می‌تواند امنیت عمومی را به مخاطره انداخته[1] و کارکرد تنبیهی نظام عدالـــت کیفری را خالی از بازدارندگی خاص و عام[2] نماید. افزون بر آن، این تعجیل و اقدام زودهنگام می‌تواند موجب به خطر افتادن جان متهم و ســـلامت وی شود. این تصمیمات یک‌جانبـــه زمانی که از نظر مقامات قضایی دیگـــر (دادگاه کیفری یک یا مقامات دخیل در فرایند اعمال ماده ٤٧٧ قانون آیین دادرسی کیفری)، خالی از توجیه و با اشـــتباه غیرقانونی توأم بوده یا در مـــواردی که با قتل متهم در پی انتقام ولی‌دم یا بستگان او همراه می‌شود، در معرض فشار و حواشی جدی قرار گرفته و آسیب آن به پنداشت اجتماع کمتر از جرم ابتدائی نیست.

۵-۲. دادخواهی فردی

خشم به حق، تالم خاطر مشروعی است که بزه‌دیده ایجاد می‌کند. این احساس رنجش تا زمانی که عامل ایجاد آن، در محضر عدالت حاضر نشـــود، تسکین نمی‌یابد.

---

۱. به موجب بند ب ماده ۲۳۷ قانون آیین دادرسی کیفری، یکی از مجازات‌هایی که امکان صدور قرار بازداشـــت موقت را در صورت وجود شرایط ماده ۲۳۸ این قانون فراهم می‌نماید، تعزیر درجه چهار به عنوان جنبه عمومی قتل عمد می‌باشد. بدیهی است آزادی متهم با استناد به دفاع مشروع افراطی و فک قرار بازداشـــت موقت وی، خود تصمیمی مخل نظم عمومی است که دادسرا در راستای بند پ ماده اخیر، موظف به حفظ آن بوده است (قائدی و فروغی، ١٤٠٢).

۲. در نگاه تئوری بازدارندگی، هدف کیفر تحمیلی بر بزهکار صرفاً برقراری تعـــادل از دست رفته اجتماعی، وارد آوردن درد و رنج بر مجرم و ارضای افکار عمومی نیســـت، بلکه علاوه بـــر آن لازم است هر مجازات به گونه‌ای انتخاب و اجرا شـود کـه بـرای خـود مرتکـب فعلـی و مرتکبان بالقوه درس عبرتی باشد (بولک، ۱۳۸۵: ۱۳). لذا از ایـــن منظـــر، مجـازات به ایـن جهـت اعمال می‌شود که مجرم در آینده مجدداً مرتکب جرم نشود و مجـــازات بـرای او درس عبـرت باشد (بازدارندگی خاص یا Specefic Deterrence) و نیز سایر افراد جامعه که قابلیت ارتکاب جرم را دارند از اعمال کیفر بر مجرم درس عبرت گیرند و گـــرد جـرم نگردنـــد (بازدارنـدگی عـام یا General Deterrence) چرا که کیفر می‌ترساند و این خصیصه ذاتی آن است (نوربها، ١٣٩٦: ٣٩١).

پس از دستیابی به عامل، عدالت و اقناع قربانی با فراهم نمودن موجبات و مقدمات آن در یک فرآیند صحیح، خردمندانه و به دور از هیجان و یک‌جانبه‌گرایی قضایی تامین می‌شود. این اقناع از آن رو که جلوی انتقام‌های شخصی بزه‌دیده را می‌گیرد و مانع از آن می‌شود که وی خود قانون را به دست گیرد، به نوعی باعث کاهش جرم در آینده می‌گردد (یزدیان جعفری، ۱۳۹۸: ۱۲۳).

شتاب در آزادی متهم با استناد به دفاع مشروع در دادسرا، می‌تواند به پیامدهای نامطلوبی بیانجامد که یکی از آن‌ها ایجاد نگرانی و ناامنی در ولی دم و مهیا کردن زمینه‌های انتقام و دادخواهی فردی است. پس از ارتکاب قتل عمد، حداقل انتظار ولی‌دم، دستگیری مرتکب و فراهم نمودن مقدمات پاسخ‌گویی او در قبال رفتار ارتکابی است. آزادی متهم به محض احراز دفاع مشروع برای بازپرس، ولی دم را با آسیب مضاعف مواجه می‌نماید. از این منظر دادسرا با دوری از تصمیم عجولانه می‌تواند مانع از احساس بی‌عدالتی و بی‌ثباتی ناشی از نبود تصمیمات اقناعی شود. واگذاری اتخاذ تصمیم راجع به دفاع مشروع به دادگاهی که با نظام تعدد قاضی و با دقت بیشتر و در فضای توام با آرامشِ پس از فروکش نمودن التهاب جامعه به دنبال وقوع قتل عمد، رسیدگی می‌کند، واجد آثار مثبتی از جمله تامین اقناع ولی‌دم و جامعه می‌باشد.[۱] اثر واضح نبودِ باورمندی به تصمیم دادسرا و عدم پذیرش آن، کاشتن بذر کینه و انتقام در ولی‌دم است. احساس رنجش بزه‌دیده با تلقی دفاع مشروع دادسرا، تهییج شده و همین امر سبب اختلافات شدید، انتقام و درگیری‌های چندین ساله به‌ویژه در بافت‌های عشیره‌ای می‌گردد. به این ترتیب، بازتولید خشونت و پرونده مشابه نتیجه تصمیمات مقام تحقیق واحدی است که با وجود این‌که این امکان برای وی فراهم بوده تا بررسی و تحلیل شرایط دفاع مشروع که گاه امری سلیقه‌ای می‌شود، را به دادگاه و حتی دیوان عالی کشور واگذار نماید اما از این اقدام خودداری کرده است.

٦-۲. قضاوت منفی افکار عمومی

احساس امنیت در جامعه زمینه را برای سازگاری بین گروه‌های اجتماعی فراهم و فضای امن‌تری برای تعاملات اجتماعی ایجاد می‌کند. این احساس امنیتِ

۱. زیرا شاکی خواهد دید که شخصی واحد به قضاوت نپرداخته، بلکه رای صادره به وسیله گروهی از قضات متخصص صادر شده است که امکان خطا و اشتباه همه قضات من حیث‌المجموع بسیار پایین است (استفانی و دیگران، ۱۳۷۷: ۳۲۰).

افراد جامعه از عوامل و متغیرهای متفاوتی تاثیر می‌پذیرد که یکی از این عوامل، افکار عمومی اســـت. افکار عمومی به گفته آلفرد سووی[1] اندیشمند اجتماعی، ضمیر باطنی یک ملت اســـت و سرچشمهٔ واقعی قدرت و توانایی اســـت که مانند شمشیر دولبه، کارکـــرد مثبت یا منفی دارد و در واقع، بـــه صورت فزاینده یا کاهنده امنیت اجتماعی عمل می‌کند (مقتدایی و امیری، ۱۳۹٦: ٦٥). این پدیده اجتماعی نتیجه کنش و واکنش افکار افراد جامعه اســـت، اما هنگامی که ایجاد شد قدرتی فراتر از ذهنیت هر یک از افراد ایجاد می‌کند (Ginsber, 1993: 152).

یکی از چالش‌های جدی ورود دادســـرا به نهاد دفاع مشـــروع و آزادی متهم بـــا فاصله کوتاه از زمان ارتکاب جرم، درگیر نمودن افـــکار عمومی و اجازه انتقاد و قضاوت منفی آن‌هاست، چرا که همان‌گونه که از توجیهات سابق قابل فهم است، یکی از ســـرمایه‌های گران دستگاه قضایی، اعتماد عمومی است که آزادی متهم قتل عمد به ویژه زمانی که قتل عمد در حین نزاع‌های دسته جمعی واقع شده است، با آسیب‌های تاثیرگذاری روبرو می‌شود. این قضاوت منفی همراه با برداشت فقدان کارکرد تنبیهی سیســـتم عدالت کیفری اســـت که می‌تواند موجبات تجری مرتکبان بالقوه را فراهم نماید. تلقی جامعه بر این مبنا اســـت که شـــخصی که حیات انسان دیگری را سلب می‌نماید حتی در صورتی که در جایگاه دفاع مشـــروع نیز باشـــد، باید در مقام اثبات آن برآید و تا زمان اثبات، در اختیار دســـتگاه قضایی قرار گرفته شود. آزادی فوری و متزلزل متهمان قتل عمد با تمسک به دفاع مشروع به‌خصوص دفاع مشروع افراطی در دادسرا، خســـارات جبران‌ناپذیری بر امنیت روانی جامعه وارد می‌کند. بی‌تردد، احراز دفاع مشروع توسط قضات متعدد دادگاه همراه با مهر ابرام دیوان عالی کشور، می‌تواند امنیت عمومی را تامین و قضاوت مثبت افکار جامعه را به سمت دستگاه قضایی جلب نماید. از ســـویی، حضور یک جمع (قضات متعدد) در فرایند رســـیدگی به قتل عمد و بررسی دفاع مشـــروع مورد ادعای متهم، بیان‌گر تجلی افکار عمومی در قضاوت و دادرسی‌هاســـت که طبیعتا بر این امر، فواید زیادی مترتب است همانند این‌که باعث افزایش اعتماد عمومی به دستگاه قضایی می‌گردد (حاجی‌ده‌آبادی و محمدی، ۱۳۹۰: ۹۸).

1. Alfred Sauvy

۳. تایید و توجیه نظر مبتنی بر صلاحیت دادگاه

باتوجه به آنچه به تصویر کشـــیده شـــد، اعمال دفاع مشروع در دادسرا همراه با آســـیب‌هایی اســـت که موجبات تضییع حقوق ولی دم و جامعه را در پی دارد. این چالش‌ها در جرایم خشونت‌بار، می‌تواند اعتماد عمومی را سلب و نظام عدالت کیفری را بی‌اعتبار جلوه دهد. قائلان به پذیرش دفاع مشروع در دادسرا، فقط بر اساس صدر ماده ۲٦٥ قانون آیین دادرســـی کیفری ضمن قبول این نهـــاد کیفری به عنوان جهت موجهۀ جرم، قائل به اتخاذ تصمیم در دادسرا و صدور قرار منع تعقیب راجع به دفاع مشروع ممتاز می‌باشـــند و در دفاع مشروع افراطی نیز نه تنها موجودیت این تاسیس کیفـــری را مخدوش می‌نمایند، عده‌ای بر عدم تصمیم دادســـرا پیرامون آن و دیدگاهِ غالبی بر صدور قرار موقوفی تعقیب در دادســـرا نظر دارند. این دو رویکرد در حالی است که از پشتوانۀ نظری اداره حقوقی قوه قضاییه برخوردار بوده و دیدگاهی غیر از آن را ضربه‌ای بر پیکرۀ استقلال دادسرا و تضعیف اقتدار مقامات آن و اتخاذ رویکری خلاف نظریه مشورتی تلقی می‌کنند.

صرف نظر از آسیب‌های پیش‌گفته، واگذاری بررسی و تحلیل شرایط و اعمال دفاع مشـــروع به دادگاهِ با نظام تعدد قاضی و به دور از مداخله مقامات دادسرا، کاملاً قانونی بوده و مورد تایید اســـت و محققان به دلالت مراتب ذیل قائل به ورود دادگاه به مقوله دفاع مشـــروع هستند و به پشـــتوانۀ قبول و توجیه دیدگاه منتخب، به نتیجه مصاحبه‌های انجام شـــده با چند تن از قضات باتجربه و دخیل در فرایند رسیدگی به پرونده‌های قتل عمد اشاره می‌شود.

۱-۳. شأن انحصاری دادگاه در تعیین کیفر

تعیین کیفر از شـــئون اختصاصی دادگاه است. این دادگاه است که پس از طی فرایند تحقیقاتی در دادسرا و رسیدگی، باید در مقام تعیین مجازات برآید. قانون‌گذار در ماده ۱٥٦ قانون مجازات اســـلامی ۱۳۹۲ به نحو آگاهانه‌ای به این مهم توجه داشته اســـت و آورده است که هرگاه فردی در مقام دفاعمرتکب رفتاری شود که طبق قانون جرم محسوب می‌شود، در صورت اجتماع شرایط زیر «مجازات نمی‌شود». این مقرره به نحـــو صریح دادگاه را در مقام تعیین مجازات، مخاطـــب قرار داده و قائل به عدم تعیین کیفر برای مدافع مشـــروع اســـت. در راستای تقویت نکته اخیر، در صدر و بند

ت ماده ۳۰۲ این قانون، آمده است که اگر مجنی‌علیه دارای یکی از حالات زیر باشد، مرتکب به قصاص و پرداخت دیه «محکوم نمی‌شود». به این ترتیب، دادسرا و مقامات مربوط فاقد شأن صدور حکم اعم محکومیت یا عدم آن می‌باشند تا مخاطب صراحت این ماده قرار گیرند.

از طرفی، متولی تعقیب دادسرا است. در ماده ٦١ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ آمده بود که هر کس در مقام دفاع عملی انجام دهد که جرم باشد در صورت اجتماع شرایط زیر قابل «تعقیب» و مجازات نخواهد بود. این ماده به وضوح قائل به ورود دادسرا به مقوله دفاع مشروع و حتی تکلیف برای این نهاد بود. حذف آگاهانه و عامدانه این قید در ماده ١٥٦ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲، حکایت از تغییر در نگرش مقنن به امکان ورود دادسرا به پدیده دفاع مشروع است و قانون‌گذار با توجه به اهمیت موضوع، حکیمانه احراز این مهم را به دادگاه واگذار نموده است.

۲-۳. تصریح قانون به دادگاه

صدر ماده ۳۰۳ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، به روشنی دلالت بر عدم امکان ورود دادسرا به حیطه دفاع مشروع حتی در صورت تلقی حدوث آن دارد. این ماده مقرر می‌دارد که هرگاه مرتکب مدعی باشد که مجنی‌علیه حسب مورد در نفس یا عضو، مشمول ماده (۳۰۲) این قانون است، این ادعا باید طبق موازین در «دادگاه» ثابت شود. نصوص مندرج در ماده ۳۰۲ نیز اعم از بند ت و تبصره ۲ آن، به ترتیب مربوط به دفاع مشروع ممتاز و بیش از حد است. قانون‌گذار در ماده ۳۰۳ به صلاح‌دید دادگاه اعتبار بخشیده و دادسرا را فاقد شایستگی در تشخیص و بررسی شرایط دفاع مشروع دانسته است. به این سان، دیدگاه اکثریت و نظر هیأت عالی موجود در نشست قضایی دادسرای عمومی و انقلاب مرکز استان اصفهان به شماره ۱۳۹٦-٥٨٧٦١ مبنی بر عدم اشاره قانون‌گذار به عدم مداخله دادسرا و در نتیجه امکان صدور قرار منع تعقیب، منطبق با ماده ۳۰۳ نمی‌باشد.[1]

---

۱. دیدگاه اکثریت به این شرح است: «دفاع مشروع در دادسرا نیز قابل رسیدگی است؛ اولاً این‌که دفاع مشروع در صلاحیت انحصاری دادگاه باشد، مورد تایید نبوده و مقنن سکوت کرده است. ثانیاً صحیح نمی‌باشد که از یک طرف قانون این حق را برای فرد قائل باشد که در صورت مواجهه با تجاوز حتمی یا قریب‌الوقوع و با احراز شرایط، از خود دفاع کند و سپس احراز این امر را به دادگاه واگذار کنیم و در این بین متهم را حسب مورد به اتهام آن جرم تفهیم اتهام کرده و قرار تامین صادر کنیم که نه تنها مدافع، با دوگانگی قانون و رویه قضایی مواجه می‌شود بلکه ممکن است به لحاظ عجز از قرار

۳-۳. عدم منافات میان اتخاذ تصمیم نهایی از سوی دادسرا با ممنوعیت این نهاد از ورود به ادعای دفاع مشروع

بین سبب اباحه جرم بودن دفاع مشروع با تصمیم دادسرا در قالب قرار جلب به دادرسی منافاتی نیست و نمی‌توان صدور قرار جلب به دادرسی را بر اساس صدر ماده ۲٦۵ قانون آیین دادرسی کیفری خلاف موازین قانونی دانست.[۱] قانون‌گذار در مواد متعدد مرتبط با دفاع مشروع به نحو تلویحی و صریح مخاطب اعمال این نهاد را دادگاه قرار داده است، در این موارد، تکلیف قانونی یا قاعده آمرهٔ ایجادی چاره‌ای جز اتخاذ تصمیم را برای مقامات دادسرا باقی نمی‌گذارد. افزون بر این، ماده ۲٦۵ ناظر به موارد معمول و جرم نبودن اساس رفتار متهم است و از نظر نگارندگان حاکم بر مواردی نیست که مقنن وصف کیفری عمل مجرمانه را با اقدام متجاوز می‌زداید.[۲] به عنوان راهبرد پیشنهاد می‌شود که در صورت احراز شرایط دفاع مشروع برای مقامات دادسرا، به این مهم به نحو موجه و موجز در قرار جلب به دادرسی و کیفرخواست اشاره نمایند.

تامین کیفری منتهی به بازداشت وی شود و این در حالی است که مقنن عمل وی را جرم نمی‌داند».

۱. بلکه صدور آن کاملاً قانونی و در راستای مبانی و اهداف قانون‌گذار است. مقنن در مواد دیگری به مقررات مشابه این اشاره کرده است. یکی از این موارد صدور قرار منع تعقیب در دادسرا است که با اعتراض شاکی موضوع در دادگاه کیفری یک مطرح گردیده و در صورت نقض قرار دادسرا و صدور قرار جلب به دادرسی توسط این دادگاه، بر اساس مقرره ۳۸۲ قانون آیین دادرسی کیفری، دادستان مکلف به صدور کیفرخواست و تقاضای مجازات متهمی است که اساساً اعتقادی به جرم بودن رفتار وی یا وجود ادله علیه او ندارد.

۲. در تایید این نظر می‌توان به دیدگاه اقلیت حاضر در نشست قضایی شماره ۸۳۳۵ -۱٤۰۰ مورخ ۱۳۹۸/۱۱/۱۷ دادسرای عمومی و انقلاب مرکز استان مرکزی اشاره کرد که برخلاف دیدگاه اکثریت که معتقد به ورود دادسرا و اتخاذ تصمیم راجع به همه معاذیر هستند، بیان می‌دارند که: «تنها مقام قضایی دادگاه می‌تواند عوامل رافع مسئولیت کیفری یا عوامل موجهٔ جرم را تشخیص دهد. در خصوص جنون قانون‌گذار در ماده ۲۰۲ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ تعیین تکلیف نموده که مقام تحقیق می‌بایست قرار موقوفی تعقیب صادر نماید. در مورد صغار نیز با توجه به سن ایشان و توجهاً به ماده ۲۸۵ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ تعیین تکلیف برای ایشان با دادگاه می‌باشد و طرح آن در دادسرا در فرض سوال موضوعاً منتفی می‌باشد. در مورد دفاع مشروع: ۱- در ماده ۳۰۳ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ که ناظر به ماده ۳۰۲ همان قانون می‌باشد کلمه‌ی دادگاه ذکر شده است و در واقع تشخیص دفاع مشروع را بر عهده مقام قضایی دادگاه گذاشته است و دادسرا نمی‌تواند در این خصوص ورود نماید. ۲- دادسرا در صدور قرار منع تعقیب مطابق ماده ۲٦۵ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ تنها می‌بایست به استناد جرم نبودن عمل ارتکابی یا عدم انتساب بزه به متهم قرار صادر کند که در مورد موضوع سوال با این موارد منطبق نیست.

گفته شد رویکرد مقامات دادسرا در دفاع مشروعِ افراطی متفاوت است. اندیشهٔ قضایی غالب، قائل به صدور قرار موقوفی تعقیب در صَورت اصرار ولی‌دم بر قصاص به جهت معافیت قانونی مرتکب از کیفر قصاص اســـت. در اندیشهٔ حداقلی که اغلب نیز قائلان به امکان صدور قرار منع تعقیب در دفاع مشروع واقعی می‌باشند، نظر آن‌ها بر عدم ورود دادسرا به این نهاد است. برخی نیز قائل به ورود دادسرا به ماهیت ادعای صدق نفس دفاع و تصمیم بازپرس و دادستان طبق تبصره ۲ ماده ۳۰۲ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ و تقاضای محاکمه و مجازات بر این مبنا هستند. هر سه دیدگاه از حیث استدلال در ورود یا عدم آن، به جهات ذیل قابل نقد است:

نخســـت، یک دیـــدگاه قائل به صدور قرار موقوفی تعقیب اســـت. در رد این دیدگاه باید گفت که اولاً، اســـاس صدور این قرار محل مناقشه جدی است که چرا باید مواد ۳۸۳ و ۳۸۹ قانون آیین دادرســـی کیفری کـــه مقرراتی را در باب مقدمات رســـیدگی در دادگاه تعیین نموده است، به دادسرا نیز تعمیم داد؛ ثانیاً، قانون‌گذار قائل به محکومیت‌زدایی نســـبی از کیفر قصاص و تبدیـــل قانونی آن به دیه و تعزیر بدون محکومیت‌زدایی مطلق از کیفرها اســـت. منفک نمودن قرارها و ترکیبی کردن آن‌ها بر اســـاس پنداشت و خواست شاکی که قصاص اســـت یا دیه و تعزیر، مبنای علمی و عملی روشنی ندارد و موجب طرح این پرسش می‌شود که آیا مقامات قضایی دادسرا در موارد ایراد جرح عمدی یا نقص عضو یا منافع مجنی‌علیه که تقاضای قصاص دارد و نیک می‌دانیم در غالب موارد، قصاص مســـتند به ماده ٤٠١ قانون مجازات اسلامی ســـاقط اســـت و دیه و تعزیر احتمالـــی تعلق می‌گیرد، قائل به قـــرار موقوفی تعقیب می‌باشند؟ در این خصوص، تصمیمی در رویه قضایی یافت نشد و حتی عدم تصمیم امری تثبیت شده است و دادگاه نیز صرفاً حکم به دیه و در مواردی معین تعزیر صادر می‌کند)؛ ثالثاً، تشـــخیص دفاع مشروع با مقام قضایی است و نمی‌توان خواسته ولی‌دم را با قرارهای متعدد پاسخ داد، در این موارد می‌توان توامان به مواد مرتبط با قصاص و دیه در قرار جلب به دادرسی و کیفرخواست اشاره کرد و منافاتی با واگذاری تصمیم به دادگاه ندارد. توجه بیش از حد به خواســـته ولی‌دم و صدور قرار موقوفی تعقیب، باعث عدم مطالبه دیه توسط آن‌ها و سبب ارسال پرونده به دادگاه، فقط برای تعزیر و چند پاره شدن پرونده می‌شود و معضلات بیان شده سابق را به همراه خواهد داشت.

دیدگاه حداقلی قائل به واگذاری تصمیم به دادگاه است. از یک‌سو، برخی در این دیدگاه موجودیت دفاع مشـــروع ناقص را زیر سوال برده و از اساس قائل به این دفاع نیســـتند که ناصحیح بودن آن امری پر واضح است؛ چه آن‌که، قانون‌گذار به این دفاع توجه داشته و در صورت احراز آن، مدافع مشروع را سزاوار سقوط کیفر قصاص دانسته اســـت. این نوع دفاع همان‌گونه که سابقاً بیان شد از دیرباز مورد توجه دیوان عالی کشـــور قرار گرفته و موجب پیش‌بینی آن در تبصره ۲ ماده ۱۵٦ و تبصره ۲ ماده ۳۰۲ قانون مجازات اســـلامی ۱۳۹۲ گردید. از سوی‌دیگر، نمی‌توان در دفاع مشروع ظاهری و افراطی به عدم صلاحیت دادســـرا و اعتبار در تشخیص دادگاه معتقد بود و در دفاع مشروع واقعی بر این باور نبود. قائلان به این دیدگاه نمی‌توانند انفکاک دقیقی به لحاظ مبنایی در این دو نگرش داشـــته باشـــند. به هر ترتیب، این رویکرد از حیث نتیجه با دیدگاه نگارندگان مبنی بر شایســـتگی دادگاه در اعمال دفاع مشروع افراطی یکسان است.

دوم، قائلان به ورود دادســـرا به ماهیت نهـــاد نفس دفاع و تقاضای محاکمه و مجازات بر اســـاس آن: به نظر می‌رسد این دیدگاه که رویکردی بینابین دارد، هم قائل به ورود دادســـرا از حیث احراز موضوع و تقاضای مجازات با استناد به تبصره ۲ ماده ۳۰۲ اســـت و هم نظر بر صدور حکم توســـط دادگاه دارد (اسدی، ۱۳۹۸: ۱۲-۱۹). در پاســـخ به دیدگاه اخیر ذکر این مهم ضروری است که استناد به تبصره ۲ ماده ۳۰۲ (دیه و تعزیر) توســـط بازپرس و تقاضای محاکمهٔ دادســـتان برای این مجازات‌ها در کیفرخواســـت، همان گونه که ذکر گردید با آســـیب‌هایی همراه بـــوده که اهم آن‌ها؛ تقاضای قصاص توسط ولی‌دم و عدم مطالبه دیه، مخالفت دادگاه با نظر دادسرا و تلقی مرجع عالی به لزوم صدور کیفرخواســـت با استناد به مواد مرتبط با قصاص و النهایه فراهم نمودن موجبات متواری شدن متهم و تضییع حقوق ولی‌دم، است.

در پایان این قســـمت، بیان اظهارات چند تن از قضات دیوان عالی کشـــور و دادگاه کیفـــری یک در پذیرش صلاحیت انحصاری دادگاه برای احراز دفاع مشـــروع خالی از لطف نیســـت. عضو معاون یکی از شعب دیوان عالی کشور معتقد است: «از نظر من مشـــخص است که دادســـرا صلاحیت ندارد. بررسی دفاع مشروع با کیفیات منعکس در قانون که آســـان نیست، من بی‌ادعا و با این سابقه می‌گویم که سخت‌ترین

بحث در حقوق ما دفاع مشروع است، مگر احراز شرایط به این آسانی است که دادسرا در همـــان مرحله ابتدایی قرار منع تعقیب صادر کند؟». رئیس یکی از شـــعب دادگاه کیفری یک اظهار می‌دارد: «من از دخالت دادســـرا در دفاع مشروع تعجب می‌کنم، ما اینجا ســـه نفر هستیم با این حجم از حساســـیت، گاهی ناتوان از بررسی ادعای متهم برای دفاع مشـــروع هستیم. در طول هفت یا هشت ســـالی که در دادگاه کیفری یک هســـتم، چند موردی بیشتر نداشتم که دادســـرا قرار منع تعقیب صادر کند که همه یا بیشتر آن‌ها را نقض کردیم». رئیس یکی از شعب دیوان عالی کشور بر این نظر است که: «به طور قطع دادسرا صلاحیت پذیرش دفاع مشروع با هر دلیلی را ندارد و چنین اقدامی تخلف است. در بسیاری از مواردی که دادگاه‌ها به آن می‌پردازند، دادنامه آن‌ها در دیوان عالی کشور نقض می‌شـــود». دادیار دیوان عالی کشور بیان می‌دارد: «چنین نیست که دادسرا بتواند به دفاع مشروع بپردازد. موضوع مناقشه‌ای نیست. من در ارائه نظریاتم در پرونده‌های دیوان اغلب شـــرایط را احـــراز نمی‌کنم. ما وقتی در حدوث شرایط تردید داریم تابع اصل هستیم و متهم نتوانسته است دفاع مشروع و حتی اصل دفاع خود را ثابت کند و در بسیاری موارد، تشخیص دادگاه هم اشتباه است».

برآمد

۱- صرف نظر از دفاع مشـــروع ظاهری که در عدم پذیرش مطلق آن توســـط قضات دادســـرا اتفاق نظر اســـت، رویکرد رویه قضاییِ دادسرا نسبت به اِعمال دفاع مشروع ممتاز و دفاع مشـــروع افراطی در پرونده‌های قتل عمد متفاوت است؛ به این ترتیب که، رویکرد غالب بر پذیرش مطلق دفاع مشـــروع واقعی در مرحلهٔ تحقیقات مقدماتی است و این گروه، هر گونه اندیشهٔ مخالف را جانبدارانه و در جهت تضعیف استقلال دادسرا و مقامات آن تلقی می‌کنند. دیدگاه دیگر نظر بر عدم اعمال مطلقِ دفاع مشروع در تمامی صور آن دارند و در نهایت عده‌ای نیز رویکرد دوگانه‌ای را در دفاع مشروع واقعی در برابر سایر اقسام دفاع (افراطی و ظاهری) اتخاذ کرده‌اند.

۲- قائلان به ورود دادســـرا در پذیرش دفاع مشـــروع واقعی، عقیده بر صدور قرار منع تعقیب در صورت احراز دفاع با تمام شـــرایط آن بر اســـاس صدر ماده ۲۶۵ قانون آیین دادرســـی کیفری دارند و در صورت عدم رعایت شرط یا شرایطی از دفاع و به عبارتی در موارد دفاع مشروع افراطی، برخی قائل به صدور قرار موقوفی تعقیب به اســـتناد صدر ماده ۱۳ و ماده ۳۸۳ و بند پ ماده ۳۸۹ قانون یادشده بوده و گروهی نیز قائل به صدور قرار جلب به دادرســـی و توسل به مواد مرتبط با قصاص ضمن از بین بردن موجودیت دفاع مشروع افراطی هستند.

۳- دیدگاه اغلب قضات دادسرا و صدور قرار نهایی با تمسک به دفاع مشروع، بـــا مواد ۱۵۶ و ۳۰۲ و صدر ماده ۳۰۳ قانون مجازات اســـلامی مصوب ۱۳۹۲ مغایر اســـت و اعمال آن با آســـیب‌ها و چالش‌های جدی همراه است که می‌تواند موجبات تضییع حقوق ولی‌دم و ابطال‌پذیری خون مسلمان را فراهم آورد. سلب حق دسترسی ولی‌دم به قضات باتجربه و باسابقه، امکان اختلاف مقام‌های دادگاه با مقامات دادسرا، رهایی زودهنگام و ناموجه مرتکب از تعقیب کیفری، دادخواهی فردی، قضاوت منفی افکار عمومی و آسیب‌های ناشی از صدور قرار نهایی از جمله متواری شدن متهم، از مهم‌ترین آسیب‌های قضایی است که اعطای صلاح‌دید و اعمال در تصمیم‌گیری راجع به دفاع مشـــروع با هر قسمی در قتل عمد به دادگاه کیفری یک که توام با نظام تعدد قاضی است، می‌تواند اشـــتباهات قضایی را به حداقل رسانده و قضاوت مثبت افکار عمومی و ارضای خاطر ولی‌دم را به همراه داشـــته باشد. از نتایج مسلم این واگذاری،

جلوگیری از اطاله دادرسی، رهایی و فرار ناموجه مرتکب، انتقام ولی‌دم و ایجاد هزینه برای وی، جامعه و حتی مرتکب است.

٤- اســـتدلال موافقان اتخاذ تصمیم نهایی بر مبنای اقسام مختلف دفاع مشروع در دادسرا، به لحاظ مبنایی با ایراد اساسی مواجه است. ماده ٦١ قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰ به صراحت امکان اِعمال دفاع مشـــروع در مرحله تعقیب و به تبع آن تحقیقات مقدماتـــی را مورد پذیـــرش قرار داده بود، اما قانون‌گذار در قانون مجازات اســـلامی مصـــوب ۱۳۹۲ به نحو آگاهانه و عامدانه، ضمن توســـعه دفاع مشـــروع و بیان صُوَر مختلفی از آن، عبارت مرحلهٔ تعقیبِ مندرج در ماده ٦١ به عنوان مبنای اتخاذ تصمیم دادسرا را حذف و ورود این تشـــکیلات قضایی به مقوله دفاع مشروع را ممنوع کرد و با به‌کارگیـــری عبارات و اصطلاحات مختلف در مواد متعدد قانونی از جمله ١٥٦، ۳۰۲ و ۳۰۳، ســـعی بر آن داشت که مرجع تشخیص دهنده دفاع مشروع در قتل عمد را دادگاه کیفری یک جلوه دهد.

۵- شایسته است اداره حقوقی قوه قضاییه به عنوان مرجع مشورتی قضات، با دیدگاه عموم قضات دادگاه کیفری یک و دیوان عالی کشـــور همراه و منشا عدول از دیدگاه حداکثری مقامات دادســـرا شود. دادگاه کیفری یک می‌تواند با نقض قرارهای صادره از دادسرا بر اســـاس دفاع مشروع، موجبات بررسی دفاع مشروع در دادگاه را فراهم آورد.

فهرست منابع

الف. فارسی

* آخوندی، محمد (۱۳۸٤)، **ســـازمان و صلاحیت مراجع کیفری**، جلد دوم، چاپ هشتم، تهران: سازمان چاپ و انتشارات وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.

* استفانی، گاســتون و همکاران (۱۳۷۷)، **آیین دادرســی کیفری**، برگردان: حسن دادبان، جلد دوم، تهران: دانشگاه علامه طباطبایی.

* اسدی، لیلاسادات (۱۳۹۸)، «**تاثیر نفس دفاع در قتل عمد، وصف قتل و مجازات آن**»، ماهنامه دادرسی، شماره ۱۳۷، سال ۲۳.

* اســدی، لیلاسادات (۱۳۹٤)، «**ادعای دفاع فاقد جمیع شرایط مشروعیت و تکلیف دادسرا در رسیدگی به آن**»، فصل‌نامه تعالی حقوق، شماره ۳.

* آقایی‌نیا، حسین (۱۳۹۳)، **جرایم علیه اشخاص (جنایات)**، چاپ سیزدهم، تهران: میزان.

* آقایی‌نیا، حسین و پوپک دبستانی کرمانی (۱۳۹٤)، «**عدم انطباق واقعیت با اندیشه بزهکار در دفاع مشــروع**»، مطالعات حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دوره ۲، شماره ٤ و ۵.

* اردبیلی، محمدعلی (۱۳۹۵)، **حقوق جزای عمومی**، جلد نخســت، چاپ چهل و نهم، تهران: میزان.

* الهام، غلام‌حسین و محســن برهانی (۱۳۹۵)، **درآمدی بر حقوق جزای عمومی، جرم و مجرم**، جلد نخست، چاپ دوم، تهران: میزان.

* پوربافرانی، حســن (۱۳۹۳)، «**مطالعه تطبیقی تجاوز از حدود دفاع مشروع (دفاع مشروع افراطی)**»، پژوهشنامه حقوق کیفری، سال ۵، شماره ۲.

* بولک، برنار (۱۳۸۵)، **کیفرشناســی**، برگردان: علی‌حسین نجفی ابرندآبادی، چاپ ششم، تهران: مجد.

* حاجی‌ده‌آبادی، محمدعلی و محمدی‌نســب، ســیف‌الله (۱۳۹۰)، «**بررسی فقهی–حقوقی قضاوت جمعی**»، حقوق اسلامی، سال ۸ ، شماره ۳۰.

* حبیب‌زاده، محمدجعفر و فخربناب، حسین (۱۳۸٤)، «**مقایسه عوامل موجهه جرم و عوامل رافع مسئولیت کیفری**»، مدرس علوم انسانی، شماره ۳.

* حسینی زندآبادی، سید حســین و عابدینی، احمد و عاشوری، نادعلی و عباسیان،

رضـــا (۱۳۹۷)، «**واکاوی تطبیقی دفاع مشـــروع در فقه امامیه و حقوق بین‌الملل**»، فصل‌نامه پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی، سال ١٤، شماره ۵۳.

* خالقی، علی (۱۳۹۳)، **نکته‌ها در قانون آیین دادرســـی کیفری**، چاپ نخســـت، تهران: انتشارات شهر دانش.

* دهخدا، علی‌اکبر (۱۳۷۳)، **لغت‌نامه**، جلد هفتم، چاپ نخســـت، تهران: موسســـه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران.

* ســـلیمی، صادق (١٣٨٦)، «**نقدی بر موضع حقوق کیفری ایران در رابطه با دفاع مشروع**»، مجله تحقیقات حقوقی بین‌المللی، دوره ۱، شماره ۱.

* شـــمس‌ناتری، محمدابراهیم و محمدکاظم زارع (١٣٩٦)، «**بازشناسی مفهوم دفاع مشروع در قانون جدید مجازات اســـلامی**»، فقه و مبانی حقوق اسلامی، سال ۵۰، شماره ۱.

* شـــمس‌ناتری، محمدابراهیم و ســـعید عبداللّه‌یار (۱۳۹۰)، **حالت ضرورت و دفاع مشروع**، چاپ نخست، تهران: مجد.

* طهماســـبی، جواد (١٣٩٦)، **آیین دادرسی کیفری**، جلد سوم، چاپ نخست، تهران: میزان.

* عطار، داوود (۱۳۷۵)، **دفاع مشروع در حقوق جزای اسلام**، برگردان: اکبر غفوری، چاپ دوم، مشهد: آستان قدس رضوی.

* غلاملو، جمشـــید و میرمجیدی، ســـپیده (١٤٠١)، «**دفاع از دســـت دادن کنترل؛ تحولات حقوقی قتل ناشی از تحریک شدید احساسات**»، آموزه‌های حقوق کیفری، دوره ۱۸، شماره ۲۲.

* قائدی، سعید (١٤٠٣)، «**دفاع مشروع افراطی در فرآیند رسیدگی کیفری ایران (با تاکیدبر قتل عمد)**»، فصل‌نامه پژوهش‌های حقوقی، دوره ۲۷، شماره ۵۹.

* قائدی، ســـعید و فروغی، فضل‌الله (١٤٠٢)، «**چالش‌های قضایی جنبهٔ عمومی قتل عمد در فرایند رســـیدگی کیفری ایران**»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۷، شماره ١٢٤.

* محمـــودی جانکی، فیروز و صادقـــی، آزاده (١٣٩٤)، «**دفاع مشـــروع ظاهری**»، آموزه‌های حقوق کیفری، شماره ۱۰.

* مدنی، جلال‌الدین (۱۳۷٤)، **حقوق اساسی تطبیقی**، چاپ دوم، تهران: گنج دانش.
* مقتدایی، لیلا و امیری، زهرا (۱۳۹٦)، «**بررسی تأثیر مدیریت افکار عمومی بر احساس امنیت اجتماعی**»، پژوهش‌های راهبردی امنیت و نظم اجتماعی، سال ٦، شماره ۲.
* میرمحمدصادقی، حسین (۱۳۹۳)، **حقوق کیفری اختصاصی ۱**، چاپ چهاردهم، تهران: میزان.
* نوربها، رضا (۱۳۹٦)، **زمینهٔ حقوق جزای عمومی**، تجدیدنظر شده: عباس شیری، چاپ نخست، تهران: میزان.
* یزدیان جعفری، جعفر (۱۳۹۸)، **چرایی و چگونگی مجازات**، چاپ دوم، تهران: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.

ب. عربی

* ابن‌منظور، محمدبن‌مکرم (۱٤۱٤)، **لسان‌العرب**، چاپ سوم، بیروت: دار صادر.
* عوده، عبدالقادر (۱۹۸۱)، **التشریع الجنایی الاسلامی**، جلد نخست، بیروت: دارالکتاب العربی.
* موسوی خمینی، روح الله (بی‌تا)، **تحریرالوسیله**، جلد نخست، تهران: مکتب العلمیه الاسلامیه.
* نجیب‌حسنی، محمود (۱۹۸٤)، **شرح قانون العقوبات اللبنانی (القسم العام)**، بیروت: دارالنهضه العربیه.

ج. انگلیسی

* Fletcher, George P. (1984), **"Rights and Excuses"**, Criminal Justice Ethics, Vol. 3, No. 2.
* Fletcher, George P. (1990), **A Crime of Self-Defense: Bernhard Goetz and the Law on Trial**, University of Chicago Press.
* Ginsberg, M. (1993), **The Psychology of Society**, London, p. 145.
* Leverick, Fiona (2006), **Killing in Self-Defence**, OUP Oxford.
* Reed, Alan and Bohlander, Michael (2011), **Los of Control and Diminished Responsibility**, Ashgete Publishing.

مجله حقوقی دادگستری

مقاله پژوهشی/ دوره ۸۸/ شماره ۱۲۵/ صفحات: ۱۴۸-۱۱۵
تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۹/۱۴ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۳/۱۳

تأملی نو و انتقادی بر نبود مسئولیت مدنی برای دارنده وسیله نقلیه موتوری در فرض راندن آن توسط شخصی غیر از دارنده

رضا دریائی[۱]

چکیده

با وجود تمایل و اراده اولیه قانون‌گذار ایرانی به شناسایی مسئولیت مدنی برای دارنده وسیله نقلیه در تصادفات رانندگی، مطالعه سیر تحول قانون‌گذاری حکایت از عدم شناسایی مسئولیت مدنی برای دارنده در وضعیت فعلی دارد. اهمیت این بحث به‌ویژه در فرضی است که راننده شخصی غیر از دارنده است و مسبب حادثه نیز به شمار می‌آید. در چنین فرضی؛ آیا افزون بر مسبب حادثه، امکان مراجعه به دارنده نیز وجود دارد؟ برخلاف نظر برخی پژوهش‌گران حقوقی مبنی بر وجود مسئولیت مدنی برای دارنده، می‌توان ادعا کرد قوانینی که پس از انقلاب اسلامی در این خصوص به تصویب رسیده است، به‌تدریج در مسیر تضعیف موقعیت مسئولیت مدنی دارنده وسیله نقلیه موتوری و سرانجام حذف آن حرکت کرده است.

مقاله حاضر با روش توصیفی تحلیلی و رویکرد انتقادی، ضمن تلاش در جهت شناسایی وضع موجود و زدودن ابهاماتی که در برخی پژوهش‌های حقوقی مطرح شده است، در پی شناسایی نظر قانون‌گذار، معرفی دلایل تغییر رویکرد تقنینی و سپس نقد و ارزیابی آن است. یافته‌ها نشان می‌دهد دلایل تقنینی که در پس سیاست جدید مورد نظر بوده، از استحکام کافی برای اثبات ضرورت این تغییر برخوردار نیست و افزون بر اشکالات مبنایی، اشکالات عملی زیادی نیز به همراه داشته است و با گذر از این چالش‌ها است که می‌توان مسیر شناسایی مسئولیت مدنی برای دارنده وسیله نقلیه موتوری را هموار و مبنای آن را در طراحی جدید پیشنهاد کرد.

واژگان کلیدی: تصادفات رانندگی، دارنده وسیله نقلیه، ضمان قهری، مسئولیت مدنی

---

۱. استادیار، دانشکده ادبیات و علوم انسانی گیلان، گیلان، ایران (نویسنده مسئول).
Reza.daryaie@guilan.ac.ir

درآمد

تصادفات رانندگی از پرتکرارترین حوادث خسارت‌بار است. سالانه افراد زیادی در نتیجه این حوادث جان خود را از دست می‌دهند یا با آسیب‌های بدنی و مالی شدیدی مواجه می‌شوند. کثرت و گستره این حوادث به نحوی است که قواعد معمول حقوق مسئولیت مدنی به‌تنهایی توان حل و فصل دعاوی مربوط به آن را به نحوی که تا سر حدِ امکان خسارات وارده جبران شود، ندارد. با هدف حمایت از زیان‌دیدگان احتمالی و کاهش هزینه‌های اجتماعی ناشی از آن، از دیرباز نظام‌های حقوقی مختلف از بیمه به عنوان ابزاری جهت نیل به هدف مزبور استمداد کرده‌اند. ضرورت مداخله بیمه در این حوادث به حدی است که تهیه پوشش بیمه‌نامه شخص ثالث برای وسایل نقلیه اجباری شده است و تخلف از آن دارای ضمانت اجراهایی است. ممکن است راننده وسیله نقلیه مسبب حادثه همان دارنده وسیله نقلیه باشد و همچنین ممکن است دارنده شخص دیگری باشد. مطابق تبصره ۱ ماده ۲ «قانون بیمه اجباری خسارات واردشده به شخص ثالث در اثر حوادث ناشی از وسایل نقلیه» مصوب ۱۳۹۵، دارنده اعم از مالک یا متصرف وسیله نقلیه است. به طور معمول حقوق‌دانان دارنده را شخصی می‌دانند که کنترل، استفاده و مدیریت وسیله نقلیه توسط او صورت می‌پذیرد.[۱]

چنانچه هر دو عنوان راننده و دارنده در یک شخص جمع شود و همین شخص مسبب حادثه باشد، حسب قواعد عمومی امکان مراجعه به مسبب حادثه وجود دارد و لذا چالش چندانی در میان نیست؛ همین‌طور است در مواردی که حادثه

---

۱. در رابطه با معیار شناسایی دارنده و همچنین مراد از متصرف ابهامات زیادی وجود دارد. در این میان سوالات مهمی قابل طرح است که از عبارات قانون، پاسخ روشن قابل دریافت نیست. برای نمونه، در چه مواردی عنوان دارنده از مالک سلب می‌شود؟ آیا هر متصرف وسیله نقلیه را باید دارنده محسوب کرد؟ آیا تکلیف به تهیه بیمه‌نامه به نحو مستقل هم متوجه مالک است و هم متصرف یا در برخی موارد متوجه مالک است و در برخی موارد متوجه متصرف؟ همان‌طور که بیان شد، اصولاً نویسندگان حقوقی شخصی که کنترل، استفاده و مدیریت وسیله نقلیه با او است را دارنده به شمار می‌آوردند. بر همین اساس برای نمونه در فرض غصب وسیله نقلیه توسط دیگری، مالک را نمی‌توان دارنده محسوب کرد یا در جایی که مالک، وسیله نقلیه را در اختیار متصدی حمل و نقل یا مستأجر قرار می‌دهد، دیگر عنوان دارنده بر مالک صادق نیست و متصدی یا مستأجر را باید دارنده دانست (برای مطالعه تفصیلی در این خصوص، بنگرید به: کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۶۱۵–۶۱۸؛ کاتوزیان و همکاران، ۱۳۸۱: ۳۱–۳۳، ۹۳–۹۴ و ۱۷۴–۱۷۱؛ ایزانلو، ۱۳۸۷: ۴۱؛ بابایی، ۱۳۹۶: ۲۱۵–۲۱۹؛ صفایی، رحیمی، ۱۳۹۸: ۳۰۰–۳۰۲؛ خدابخشی، ۱۳۸۸: ۱۰۷–۱۱۱).

به فعل یا ترک فعل دارنده قابل‌انتساب است. دشواری زمانی بروز می‌کند که حادثه به فعل یا ترک فعل دارنده قابل‌استناد نباشد؛ مانند جایی که پدر اتومبیل خود را برای رفتن به مقصدی در اختیار فرزند که دارای گواهی‌نامه است قرار می‌دهد. در این صورت آیا دارنده در جبران خسارات رخ داده، مسئولیت دارد؟ در واقع، اگر بنا است نسبت به مسئولیت مدنی دارنده اظهار نظر شود، لازم است که از نظر حقوقی تکلیف این حالت روشن گردد.

سابقه تاریخی بحث در حقوق ایران، از طی مسیری پر فراز و نشیب در این خصوص حکایت دارد؛ به نحوی‌که با وجود صراحت قوانین پیش از انقلاب اسلامی درباره مسئولیت مدنی دارنده، قوانینی که پس از آن در این خصوص تصویب شده است از این صراحت برخوردار نیست. پیرو همین تغییر عبارات قانونی، میان حقوق‌دانان هم در رابطه با مسئولیت مدنی دارنده اختلاف حادث شده است. بر همین اساس، ابتدا این پرسش پیش‌روی ما قرار دارد که از میان دیدگاه‌های گوناگون، کدام نظر را می‌توان به قانون‌گذار نسبت داد. ظواهر قانونی مؤید حذف تدریجی مسئولیت مدنی دارنده است. بر این اساس، پرسش مهم، چرایی تغییر رویکرد تقنینی از شناسایی مسئولیت برای دارنده تا حذف مسئولیت او است؛ آیا این دلایل از توان توجیهی کافی اثبات ضرورت این تغییر رویکرد برخوردارند؟ چنین تغییری چه پیامدهایی به همراه داشته است؟ چه الگویی برای حل این چالش‌ها می‌توان پیشنهاد داد؟ فرضیه نگارنده این است که تلقی حاکم و سنتی بر قواعد «ضمان قهری» عامل اصلی تغییر سیاست تقنینی و حذف مسئولیت مدنی دارنده بوده که البته قابل انتقاد به نظر می‌رسد و پیامدهای سوء نسبت به زیان‌دیدگان و در رابطه با شناسایی مسئول نهایی، به همراه داشته است.

در پژوهش‌های ارزشمند زیادی، مسئولیت مدنی دارنده مورد مطالعه قرار گرفته است که به طور مختصر می‌توان آن‌ها را در دو دسته طبقه‌بندی کرد؛ در دسته نخست که شامل بخش عمده‌ای از ادبیات حقوقی در این خصوص است؛ مسئولیت مدنی دارنده به صورت پیش‌فرض مورد پذیرش قرار دارد و صرفاً احتمالات مختلف در خصوص مبنای مسئولیت مطرح شده است؛ دسته‌دوم پژوهش‌هایی است که عمدتاً بر پایه ظواهر مواد قانونی، مخالف شناسایی مسئولیت مدنی برای دارنده محسوب

شـــده و به طور کلی از این نتیجه دفاع می‌کند. با ایـــن وصف؛ پژوهش حاضر که با روش توصیفی تحلیلی نگاشته شده است، نسبت به دیگر تحقیقات صورت گرفته در این خصوص، وجه فارقِ روشـــنی دارد. مقاله حاضر تلاش دارد ضمن شناسایی نظر قانون‌گذار که همان حذفِ مسئولیت مدنی دارنده است، علل تغییر سیاست تقنینی را که توجه به آن بســـیار بااهمیت اســـت، نمایان سازد. سپس ضمن بررسی مبانی تغییر رویکرد قانون‌گذار که در جای خود قابل تأمل است، اشکالات تحلیلی آن را اثبات و توالی فاســـد مترتب بر رویکرد جدید را مورد مطالعه قرار دهد. با فراغت از این مهم می‌توان الگوی پیشـــنهادی در رابطه با مســـئولیت مدنی دارنده را معرفی کرد. مسئول دانســـتن دارنده، نیازمند شناســـایی چالش‌ها و برطرف کردن آن‌ها است. مقاله حاضر پس از نمایاندن ضعف مبانی ارائه شده از سوی قانون‌گذار و پیامدهای نامطلوب آن، بر پایهٔ مبانی حقوقی، از شناسایی مسئولیت مدنی برای دارنده حمایت می‌کند.

در ادامـــه در بند یک رویکرد جدید قانون‌گذار و مبانی آن معرفی و در بند دو اشکالات مبنایی و عملی آن تحلیل و الگوی پیشنهادی در این خصوص ارائه می‌شود.

۱. واکاوی اتخاذ رویکرد کنونی در حذف امکان مراجعه به دارنده

در ابتدا ناگزیر، پیشـــینه تقنینی و شناسایی وضع موجود در رابطه با مسئولیت مدنـــی دارنده را مرور می‌نماییم. پس از آن دلایـــل اتخاذ رویکرد جدید تقنینی مورد کنکاش قرار می‌گیرد.

۱-۱. تحولات تقنینی

مطالعه پیشینه تاریخی تقنین در رابطه‌با حوادث ناشی از وسائل نقلیه موتوری حکایت از آن دارد که با وجود تمایل قانون‌گذار بر شناســـایی مسئولیت دارنده وسیله نقلیـــه در بادی امر، به تدریج این تمایل جای خود را به عدم شناســـایی مســـئولیت مدنی برای دارنده داده اســـت. از نظر تاریخی، نخســـت قانون مدنی موضوع را صرفاً از حیث قواعد عمومی اتلاف و تسبیب در وقوع حادثه مورد توجه قرار داده است و سازکار پیش‌بینی شـــده در آن تنها منجر به مواجهه با مسبب حادثه می‌شود و کمکی به شناســـایی مسئولیت برای دارنده نمی‌کند. به طور مشخص ماده ۳۳۵ این قانون در این خصوص بیان می‌دارد: «در صورت تصادم بین دو کشتی یا دو قطار راه‌آهن یا دو اتومبیل و امثال آن‌ها مســـئولیت متوجه طرفی خواهد بود که تصادم در نتیجه عمد یا

مسامحه او حاصل شده باشد و اگر طرفین تقصیر یا مسامحه کرده باشند هر دو مسئول خواهند بود». در این رویکرد، تنها امکان مراجعه به مسبب حادثه در دسترس قرار دارد، بدون این که تمهیدی برای مراجعه به دارنده در فرضی که مسبب حادثه نیست، اندیشیده شده باشد. نظر به آنچه بیان خواهد شد آنچه در ماده ۳۳۵ بیان شده، کاملاً هماهنگ با قواعد «ضمان قهری» است.

نخستین تجربه قانون‌گذاری در رابطه با شناسایی امکان مراجعه به دارنده وسیله نقلیه به «لایحه قانونی بیمه خسارت شخص ثالث ناشی از وسائط نقلیه موتوری» مصوب ۱۳۳۱/۸/۸ مربوط می‌شود. ماده ۱ این لایحه، مالکان وسائط نقلیه را مکلف به تهیه بیمه‌نامه شخص ثالث کرد و در ماده ۲ هم ضمانت اجرای تخلف از این تکلیف را بدین ترتیب بیان داشت: «متخلفین از مقررات ماده فوق به پرداخت خسارت وارده که طبق این لایحه قانونی به ثالث باید پرداخته شود و ۱۵ درصد اضافه خسارت مزبور به شرکت سهامی بیمه ایران محکوم خواهند شد»؛ بنابراین در این لایحه، تکلیف به پرداخت خسارت برای مالک وسیله نقلیه‌ای که بیمه نامه تهیه نکرده است مورد شناسایی قرار گرفت. اندکی بعد با هدف اصلاح مواد ۱و ۲ مورد اشاره، متممی بر لایحه یادشده تحت عنوان «لایحه قانونی متمم لایحه قانونی بیمه خسارت شخص ثالث ناشی از وسائط نقلیه موتوری» مصوب ۱۳۳۱ به تصویب رسید. این متمم ضمن تلاش در جهت منقح کردن مفهوم شخص ثالث و قلمرو تحت حمایت این قانون در ماده ۱، در ماده ۲ که اصلاح مقرره سابق بود این گونه بیان داشت: «چنانچه وسائط نقلیه طبق مقررات ماده (۱) این لایحه قانونی بیمه نشوند و خسارتی به اشخاص ثالث وارد نمایند، شرکت سهامی بیمه ایران خسارت وارده را طبق مقررات به شخص ثالث پرداخت خواهد کرد و آن را به اضافه دوازده درصد از مبلغ مزبور از متخلف دریافت خواهد نمود». مطابق ترتیبات اصلاحی، شرکت بیمه ایران بدواً مکلف به پرداخت خسارت گردید و متعاقباً حق یافت تا برای بازیافت به همراه جریمه به مالک وسیله نقلیه مراجعه کند. در حقیقت، تحولات اجتماعی و تغییر سبک زندگی و حضور پررنگ وسایل نقلیه در جامعه ایرانی در آن زمان از یک سو و عدم پاسخگویی مناسب قانون مدنی نسبت به این موارد از سوی دیگر، قانون‌گذار را به مداخله در این خصوص وا داشت. گرچه نظر به تحولات سیاسی رخ داده در

ایران پیرو واقعه ۲۸ مرداد ۱۳۳۲، مصوبات زمان تصدی دکتر مصدق از جمله مصوبه مزبور پیرو ماده‌واحده مصوب ۱۳۳۳/۸/۱۸، نسخ گردید (کاتوزیان و ایزانلو، ۱۳۹۷: ۳۳۰-۳۳۲).

با وجود این که در سال ۱۳۳۹ تحت تأثیر حقوق کشورهای آلمان و سوئیس، قانون مسئولیت مدنی با هدف برطرف کردن خلاءهای قانون مدنی به تصویب رسید (کاتوزیان، ۱۳۸۵/۱٤۹-۱۵۰ ؛ بابائی، ۱۳۹٤: ۳٦) و به موضوعاتی نو مانند مسئولیت مدنی دولت در خسارات ناشی از فعل کارکنان و یا مسئولیت مدنی کارفرما نسبت به خسارت ناشی از فعل کارگر در مواد ۱۱ و ۱۲ نیز توجه داشت، اما از مسئولیت دارندگان وسایل نقلیه سخنی به میان نیامد تا این خلاء همچنان پا برجا باشد؛ شاید از این جهت که قانون عام در رابطه با مسئولیت مدنی، محل مناسبی برای توجه به ملاحظات خاص در رابطه با حوادث ناشی از وسایل نقلیه نبوده است. ضرورت سیاست‌گذاری و طراحی قواعد خاص در این خصوص، منجر به تصویب قانون «بیمه اجباری مسئولیت مدنی دارندگان وسائل نقلیه موتوری زمینی در مقابل شخص ثالث» در ۱۳٤۷/۱۰/۲۳ گردید. در ماده ۱ این قانون، تکلیف به تهیه بیمه‌نامه و همچنین مسئولیت مدنی دارنده وسیله نقلیه مقرر شد و در واقع، در بادی امر مسئولیت مدنی برای دارنده مقرر شد و متعاقباً برای این مسئولیت، تکلیف به تهیه پوشش بیمه‌ای پیش‌بینی شد. در این ماده می‌خوانیم: «کلیه دارندگان وسائل نقلیه موتوری زمینی و انواع یدک و تریلر متصل به وسائل مزبور و قطارهای راه آهن اعم از این که اشخاص حقیقی یا حقوقی باشند، مسئول جبران خسارات بدنی و مالی هستند که در اثر حوادث وسائل نقلیه مزبور و یا محمولات آن‌ها به اشخاص ثالث وارد شود و مکلفند مسئولیت خود را از این جهت نزد شرکت سهامی بیمه ایران و یا یکی از مؤسسات بیمه داخلی که اکثریت سهام آن‌ها متعلق به اتباع ایرانی و صلاحیت آن‌ها به پیشنهاد وزارت دارایی و وزارت اقتصاد مورد تأیید دولت باشد بیمه نمایند». این قانون با وجود کاستی‌های فراوان از جمله در خصوص مفهوم شخص ثالث، در زمینه مسئولیت مدنی دارنده، به نحوی روشن و مناسب تنظیم شده بود. در این قانون صرف دارا بودن وسیله نقلیه نظر به مخاطرات احتمالی و طبیعت خطرناک آن، منجر به شناسایی مسئولیت مدنی برای دارنده آن بود، بدون این که قواعد عمومی ضمان قهری

در قانون مدنی و قواعد عمومی مسئولیت مدنی در قانون مسئولیت مدنی که مسیر مراجعه به راننده مسبب حادثه را فراهم می‌کنند، نفی نماید (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ٦۰۷).

پس از گذشت حدود چهار دهه، قانون یادشده با تصویب «قانون اصلاح قانون بیمه اجباری مسؤولیت مدنی دارندگان وسایل نقلیه موتوری زمینی در مقابل شخص ثالث» مصوب ۱۳۸۷/٤/۱٦، به‌صورت کامل نسخ شد. اگرچه قانون جدید از وضوح لازم مانند نمونه پیشین خود در رابطه با مسئولیت مدنی دارنده برخوردار نبود، همچنان این تفسیر حقوقی ممکن بود که بیان داریم از نظر این قانون هم دارنده وسیله نقلیه دارای مسئولیت مدنی است؛ چرا که ماده ۱ قانون سال ۱۳۸۷ برخلاف قانون سال ۱۳٤۷ به مسئولیت مدنی دارنده اشاره‌ای نداشت و صرفاً به تکلیف دارنده به تهیه پوشش بیمه‌نامه اشاره کرده بود. مطابق با این ماده: «کلیه دارندگان وسایل نقلیه موتوری زمینی و ریلی ... مکلفند وسائل نقلیه مذکور را در قبال خسارت بدنی و مالی که در اثر حوادث وسایل نقلیه مزبور و یا یدک و تریلر متصل به آن‌ها و یا محمولات آن‌ها به اشخاص ثالث وارد می‌شود ... بیمه نمایند». با این‌وجود، اغلبِ دکترین حقوقی همچنان بر پایه عبارات به‌کار رفته در تبصره ۲ این ماده که بیان می‌داشت: «مسؤولیت دارنده وسیله نقلیه مانع از مسؤولیت شخصی که حادثه منسوب به فعل یا ترک فعل او است نمی‌باشد. در هر حال خسارت وارده از محل بیمه‌نامه وسیله نقلیه مسبب حادثه پرداخت می‌گردد»، حکم به بقای مسئولیت مدنی دارنده می‌نمودند (ایزانلو، ۱۳۸۷: ۳۸؛ بابایی، ۱۳۹٤: ۱٦٤؛ صفایی و رحیمی، ۱۳۹۸: ۲۹٤).

آخرین تحول تقنینی در این خصوص به تصویب قانون «بیمه اجباری خسارات واردشده به شخص ثالث در اثر حوادث ناشی از وسایل نقلیه» در تاریخ ۱۳۹۵/۲/۲۰ [۱] مربوط می‌شود. این قانون با نسخ قانون سابق بر خود، نه تنها در متن ماده ۲ که جایگزین ماده ۱ سابق است، به مسئولیت مدنی دارنده اشاره‌ای ندارد؛ بلکه تبصره ۲ را به نحوی تنظیم کرده که مسئولیت دارنده صرفاً محدود به تهیه بیمه‌نامه شده است؛ حتی بر خلاف اولین نمونه قانون‌گذاری در این خصوص، یعنی قانون سال ۱۳۳۱، ضمانت اجرای تکلیف به پرداخت خسارت برای نقض این تکلیف نیز مقرر نشده است. ماده ۲ و تبصره ۲ ماده ۲ قانون سال ۹۵ مقرر می‌دارد: «کلیه

۱. از این پس به اختصار، قانون سال ۱۳۹۵ گفته می‌شود.

دارندگان وسایل نقلیه موضوع این قانون ... مکلفند وسایل نقلیه خود را در قبال خسارت بدنی و مالی که در اثر حوادث وسایل نقلیه مذکور به اشخاص ثالث وارد می‌شود ... بیمه کنند. ... تبصره ۲- مسؤولیت دارنده وسیله نقلیه در تحصیل بیمه نامه موضوع این قانون مانع از مسؤولیت شخصی که حادثه منسوب به فعل یا ترک فعل او است نمی‌باشد. در هر حال خسارت وارد شده از محل بیمه‌نامه وسیله نقلیه مسبب حادثه پرداخت می‌گردد».

بنابراین با مقرره فوق، دارنده وسیله نقلیه به صرف دارا بودن وسیله نقلیه دارای مسئولیت مدنی نیست. در قانون سال ۱۳۹۵ دارنده تنها مخاطب ضمانت اجراهایی نظیر توقیف وسیله نقلیه موضوع ماده ٤٢، با حصول شرایطی مجازات مذکور در بند پ ماده ٤ و محرومیت از برخی امتیازات موضوع ماده ٤٤ به بعد این قانون قرار گرفته است.

۲-۱. تبیین و احراز رویکرد مورد نظر قانون‌گذار

در ادامه با توجه به عبارات قانونی نشان خواهیم داد که در موقعیت فعلی، قانون‌گذار مسئولیت مدنی دارنده وسیله نقلیه را نپذیرفته است. افزون بر آن دلایل ارائه شده از سوی مخالفین مبنی بر این مهم که مسئولیت مدنی دارنده مورد پذیرش قانون‌گذار قرار دارد، همراه با اشکال به نظر می‌رسد.

۱-۲-۱. عدم مسئولیت مدنی دارنده وسیله نقلیه

پس از تصویب قانون سال ۱۳۹۵ و تفاوت‌های عبارت قانون‌گذار در رابطه با دارنده به شرحی که بیان شد، امکان‌سنجی مسئولیت مدنی دارنده وسیله نقلیه به طور جدی‌تر در بین حقوق‌دانان مطرح شد. برخی همچنان بر مسئولیت دارنده تأکید نمودند (کاتوزیان و ایزانلو، ۱۳۹۷: ۳٤۸؛ جواهرکلام، ۱٤۰۱: ۵۲۹-۵۳۳؛ افکار و خدابخشی، ۱٤۰۱: ٤۱-٤۲) و برخی هم عدم مسئولیت دارنده را مورد پذیرش قرار دادند (بابایی، ۱۳۹٦: ۲۱٤؛ صفایی و رحیمی، ۱۳۹۸: ۲۹۵؛ احمدی، ۱۳۹۵: ۱۰۵-۱۰٦؛ جعفری خسروآبادی و سالمی، ۱۳۹۸: ٦۳). وجه مشترک هر دو دیدگاه، توجه به ظاهر الفاظ و عبارات قانونی و بی‌توجهی به علت تغییر رویکرد تقنینی است. در هیچ یک از نظرات ابرازی، منطق پسِ تحول تقنینی مورد شناسایی و ارزیابی قرار نگرفته است. ضرورت دارد در بادیِ امر نظر قانون‌گذار در این میان کشف گردد و

سپس مبانی آن تحلیل و مورد نقد و ارزیابی قرار گیرد.

به نظر می‌رسد ظواهر قانونی و سیر تحول به سمت عدم مسئولیت مدنی دارنده حرکت کرده است. افزون بر تغییر عبارات تبصره ماده ۲ قانون سال ۱۳۹۵ مبنی بر این که مسئولیت دارنده محدود به تحصیل بیمه‌نامه شده است، حذف عبارت «مسئولیت مدنی دارندگان وسایل نقلیه» از عنوان قانون در قیاس با قوانین مصوب سال‌های ۱۳٤۷ و ۱۳۸۷ به همراه عبارات ماده ٤ این قانون که دعوا را حسب مورد متوجه بیمه، صندوق و مسبب حادثه می‌داند و نامی از دارنده به میان نیاورده است (کاتوزیان و ایزانلو، ۱۳۹۷: ۳٤۵؛ صفایی و رحیمی، ۱۳۹۸: ۲۹۵؛ محمدی و همکاران، ۱۳۹۵: ۱٤۲؛ جعفری خسروآبادی و سالمی، ۱۳۹۸: ٦۳-٦۹) جملگی مؤید این ادعا است.

۲-۲-۱. دلایل طرف‌داران مسئولیت مدنی دارنده وسیله نقلیه و نقد و ارزیابی آن

در مقابل، تلاش طرف‌داران مسئولیت مدنیِ دارنده بر اساس قانون سال ۱۳۹۵ در ارائه شواهدی از این قانون برای اثبات مسئولیتِ مدنی دارنده ناکام به نظر می‌رسد. در ادامه عمده این دلایل معرفی و مورد نقد قرار خواهد گرفت.

الف. تبصره ۲ ماده ۲ قانون سال ۱۳۹۵

از جمله مستندات قانونی مهم برای اثبات مسئولیت مدنی دارنده در وضع فعلی، تمسک به تبصره ۲ ماده ۲ قانون سال ۱۳۹۵ است. عبارات این تبصره به نحوی است که احتمال شناسایی مسئولیت مدنی دارنده را به ذهن می‌رساند؛ احتمالی که خالی از اشکال به نظر نمی‌رسد. در ادامه کیفیت استدلال به این تبصره را بیان و مورد تحلیل قرار می‌دهیم.

نخست. برخی از پژوهشگران قسمت اخیر تبصره ۲ ماده ۲ قانون سال ۱۳۹۵ که مقرر می‌دارد: «مسؤولیت دارنده وسیله نقلیه در تحصیل بیمه‌نامه موضوع این قانون مانع از مسؤولیت شخصی که حادثه منسوب به فعل یا ترک فعل او است نمی‌باشد ...» را شامل دارنده هم دانسته و بر اساس آن به مسئولیت مدنی دارنده نظر داده‌اند. مطابق این نظر، اگر حادثه منسوب به دارنده وسیله نقلیه باشد، بر اساس عبارت فوق دارای مسئولیت مدنی است. (جواهرکلام، ۱٤۰۱: ۵۲۹). نویسنده یادشده در مقام

بیان مثال به حالتی اشاره می‌کند که به دلیل معیوب بودن قطعه‌ای در ساخت خوردو، خودرو آتش گرفته و به ثالث خسارت وارد می‌آید. در این حادثه خسارت ناشی از تقصیر سازنده است و دارنده تقصیری ندارد؛ ولی چون میان خودرو با حادثه و خسارت وارده رابطه سببیت است، دارنده و به تبع آن بیمه‌گر دارای مسئولیت مدنی است (همان‌جا).

آنچه آمد محل اشکال به نظر می‌رسد؛ زیرا:

اولاً، در این تبصره، قانون به دنبال شناسایی مسئولیت برای کسی است که حادثه منسوب به فعل یا ترک فعل او است. به بیان دیگر، الزاماً باید از سوی عامل زیان رفتاری سرزده باشد. این عامل غالباً همان راننده مسبب حادثه است. صرف نظر از آن، بر فرض این که شامل دارنده هم بدانیم و مصادیقی نیز برای آن شناسایی کنیم، باید توجه داشت که اساساً این مورد خارج از محل نزاع است. توضیح این که، تمام بحث ناظر به این است که آیا می‌توان برای دارنده وسیله نقلیه به صرف دارنده بودنش مسئولیت مدنی شناسایی کرد؛ وگرنه بدیهی است که اگر حادثه منتسب به فعل یا ترک فعل هر شخصی باشد، او حسب قواعد عمومی مسئولیت دارد. در واقع، این که بیان شود این تبصره شامل جایی که حادثه به فعل یا ترک فعل دارنده منسوب است هم می‌شود، کمکی به حل مسئله نمی‌کند؛

ثانیاً، بر اساس تحلیل فوق، دارنده تنها در صورتی دارای مسئولیت مدنی است که حادثه به فعل یا ترک فعل او قابل انتساب باشد. بر این اساس، اگر حادثه به راننده مسبب حادثه منتسب شود، دارنده دارای مسئولیت نیست. این نتیجه حتی نزد طرف‌داران مسئولیت مدنی دارنده هم قابل‌پذیرش نیست؛ زیرا در نظر این گروه، مراجعه به دارنده ابزاری اضافی برای پرداخت خسارت به شمار می‌آید و مسئولیت راننده موجب معافیت دارنده نمی‌شود؛

ثالثاً، این نویسنده در ابتدا با ارائه تحلیلی تلاش کرد شخصی را که مطابق ذیل تبصره مورد بحث، حادثه به فعل یا ترک فعل او منسوب است، شامل دارنده هم بداند، سپس در مقام بیان مثال آنچه بیان داشت، موردی را عنوان نموده است که حادثه حسب اذعان ایشان منسوب به وسیله نقلیه است؛ نه فعل یا ترک فعل دارنده. به بیان دیگر، مثال ابرازی خارج از تحلیل ارائه شده در خصوص تبصره مورد بحث است. بنا

بود مثالی برای منسوب بودن حادثه به «فعل یا ترک فعل» دارنده بیان شود، نه منسوب بودن حادثه به وسیله نقلیه. قطعاً میان این دو فرق است و همین مثال ابرازی تفاوت را نشان می‌دهد. در مثال گفته‌شده حادثه منسوب به وسیله نقلیه هست؛ اما منسوب به فعل و یا ترک فعل دارنده نیست. بر همین اساس، تبصره فوق که مسئولیت را در فرض انتساب حادثه به فعل و ترک فعل مورد شناسایی قرار می‌دهد، نمی‌تواند مسئولیت دارنده را در این مثال اثبات نماید؛

رابعاً، بر همین پایه؛ این استنتاج که در این مثال دارنده و به «تبع او» بیمه‌گر بر اساس این تبصره در برابر زیان‌دیدگان دارای مسئولیت هستند، پذیرفتنی نیست. افزون بر آن، این شائبه را ایجاد می‌کند که مسئولیت بیمه‌گر جنبه تبعی دارد؛ حال آن که، موارد بسیاری وجود دارد که مسئولیت بیمه‌گر تابعی از مسئولیت اشخاص دیگر نیست (کاتوزیان و ایزانلو، ۱۳۹۷: ۳۵۳ به بعد)؛ مانند آنچه در خصوص فورس ماژور در بند «پ» ماده ۱ و یا مسئولیت بیمه‌گر در پرداخت دیه بدون لحاظ جنسیت و دین در ماده ۱۰ این قانون مقرر شده است. جملگی ایرادهای پیش‌گفته ناشی از عدم توجه به چالش اصلی در شناسایی مسئولیت مدنی دارنده است.

دوم. با توجه به صدر این تبصره که بیان می‌دارد: «مسؤولیت دارنده وسیله نقلیه در تحصیل بیمه‌نامه موضوع این قانون مانع از مسؤولیت شخصی که حادثه منسوب به فعل یا ترک فعل او است نمی‌باشد» ممکن است گفته شود مطابق تبصره ۱ این ماده، دارنده موظف به تهیه بیمه‌نامه گردیده است و لذا وجهی ندارد مجدد و به عنوان یک حکم تکراری، در تبصره ۲ صرفاً به مسئولیت دارنده در تهیه بیمه‌نامه اشاره شود. به بیان دیگر، تبصره ۲ در رابطه با دارنده مبین حکم جدیدی نسبت به تبصره ۱ است و آن چیزی به غیر از مسئولیت مدنی دارنده نیست (افکار و خدابخشی، ۱۴۰۱: ۴۲).

به نظر می‌رسد این استدلال قابل پذیرش نیست؛ زیرا همان‌طور که بیان شد، عبارات جدید قانون‌گذار در تبصره ۲ ماده ۲، تفاوت قابل توجهی با قانون سابق دارد. اگر قانون‌گذار مانند عبارات سابق خود در سال ۱۳۸۷ بیان می‌داشت: «مسؤولیت دارنده وسیله نقلیه مانع از مسؤولیت شخصی که حادثه منسوب به فعل یا ترک فعل او است، نمی‌باشد»؛ به روشنی مسئولیت مدنی دارنده قابل فهم بود. در این عبارات، دارنده وسیله نقلیه بدون هیچ شرط دیگری اعم از مسبب حادثه بودن یا نبودن، مسئول

دانسته شد و افزون بر آن، مسئولیت مسبب حادثه هم مورد تأکید قرار گرفت؛ این در حالی است که عبارات قانون جدید، حکایت از تغییر رویکرد دارد. در تبصره ۲ ماده ۲ قانون سال ۱۳۹۵ از «مسؤولیت دارنده وسیله نقلیه در تحصیل بیمه‌نامه موضوع این قانون» صحبت شده است. عبارت «در تحصیل بیمه‌نامه» در قانون سابق نبود و در قانون جدید اضافه گردید (کاتوزیان و ایزانلو، ۱۳۹۷: ۳٤٥؛ صفایی و رحیمی، ۱۳۹۸: ۲۹۵). تغییر فوق این پرسش را پیش‌روی ما می‌نهد که علت تفاوت در عبارات چیست؟ همان‌طور که در جای خود به همراه پیشینه امر بیان خواهیم داشت، به نظر نمی‌رسد این تغییر تسامحی و بدون مبنا باشد که اگر این‌گونه بود نیازی به اضافه کردن این عبارت به متن سابق نبود. بر اساس عبارات جدید، مسئولیت دارنده صرفاً ناظر به تهیه بیمه‌نامه شده است، بدون این که از مسئولیت مدنی دارنده سخنی گفته شود. در ادامهٔ تبصره هم بیان شد مسئولیت دارنده در تهیه بیمه‌نامه، مانع از مسئولیت مسبب حادثه نیست. اشاره به مسئولیت مسبب حادثه صرفاً یک تأکید است؛ زیرا اگر بیان نمی‌شد، همچنان زیان‌دیده مطابق قواعد عمومی امکان مراجعه به او را داشت. افزون بر آن نباید از نظر دور داشت که در قانون سال ۱۳۸۷ هم با وجود این که در تبصره ۱ ماده ۱ به تکلیف دارنده در تهیه بیمه‌نامه اشاره شده بود، اما این تبصره ۲ آن ماده بود که از مسئولیت مدنی دارنده سخن به میان آورد. به بیان دیگر مسئولیت مدنی نه بر اساس تبصره ۱ این ماده؛ بلکه بر بنیاد تبصره ۲ مورد پذیرش قرار داشت. قانون جدید با وجود تکرار حکم تبصره ۱، عبارات تبصره ۲ را دستخوش تغییر نمود؛ نتیجه‌ای که اگر نگوییم منجر به حذف مسئولیت مدنی دارنده گردید، باید اذعان داشت جایگاه آن را به شدت مضطرب ساخت و این پرسش را جدی‌تر نمود که چرا با وجود تضعیف مسئولیت مدنی دارنده در قانون سال ۱۳۸۷ در قیاس با قانون سال ۱۳٤۷، این مهم تضعیف دیگری را در سال ۱۳۹۵ تجربه کرد.

ب. بند پ ماده ۲٤ قانون سال ۱۳۹۵

دلیل دیگری که از سوی طرف‌داران مسئولیت مدنی دارنده ارائه می‌شود، امکان بازیافت صندوق تأمین خسارت بدنی از دارندگان وسایل نقلیه است. توضیح این که، مطابق ماده ۲۱ قانون سال ۱۳۹۵ صندوقی به نام «صندوق تأمین خسارت‌های بدنی» عهده‌دار پرداخت خسارت در مواردی نظیر فقدان بیمه‌نامه است. این صندوق

برای این که توان اجرای وظایف مقرر را داشـــته باشـــد، نیازمند منابع مالی است. در ماده ٢٤ این قانون، منابع مالی صندوق مورد شناســـایی قرار گرفته اســـت و از جمله موارد آن مطابق بند پ این ماده، مبالغی اســـت که صندوق از دارندگان وســـایل نقلیه بازیافت می‌کند. شناسایی امکان بازیافت از دارندگان وسایل نقلیه مفید این معنا است که در مواردی در ابتدا باید برای دارنده وسیله نقلیه مسئولیت مدنی وجود داشته باشد تا نوبت به پرداخت صندوق و ســـپس بازیافت صندوق از او شود. این مهم از سوی برخی پژوهش‌گران به عنوان دلیلی برای اثبات مســـئولیت مدنی دارنده عنوان شـــده است (کاتوزیان و ایزانلو، ۱۳۹۷: ٤٦٢؛ جواهرکلام، ١٤٠١: ۵۳۰).

با این وجود، به نظر می‌رســـد نتوان از عبارت ماده ٢٤ مسئولیت مدنی دارنده را نتیجـــه گرفت؛ چراکه از یک ســـو، در ماده ۲۵ این قانـــون به دقت و در مقام بیان، مـــواردی که صندوق حق مراجعه برای بازیافت را دارد و شـــخصی که بازیافت از او صورت می‌گیرد، عنوان شـــده اســـت. در این میان نامی از دارنده وسیله نقلیه به میان نیامده است و عبارت کلیدی در سطور مختلف این ماده «مسبب حادثه» است. افزون بر آن، در دیگر مواد این قانون نیز مســـئولیت مدنی دارنده مورد شناسایی قرار نگرفته است. از ســـوی دیگر، حقوق‌دانانی که به ماده ٢٤ برای اثبات مسئولیت مدنی دارنده استناد می‌کنند، قلمرو مسئولیت مدنی دارنده را عملاً محدود به مواردی می‌نمایند که دارنده مسبب حادثه است (کاتوزیان و ایزانلو، ۱۳۹۷: ٤٦٢؛ جواهرکلام، ١٤٠١: ۵۳۰). به بیان دیگر، مسئولیت را ناظر به فرضی می‌دانند که حادثه به فعل یا ترک فعل دارنده منسوب باشد. همان‌طور که پیشتر بیان شد، این مورد اساساً از محل کلام خارج است. در فرض پیش‌گفته، این راننده نیست که مسبب حادثه است، بلکه دارنده مسبب حادثه به شـــمار می‌آید و رابطه استناد با او برقرار است و طبعاً امکان بازیافت از او طبق بند الف ماده ۲۵ هم وجود دارد. بر فرض تحقق چنین فرضی، این تحلیل به این پرسش پاســـخ نمی‌دهد که اگر حادثه به راننده منســـوب باشد آیا همچنان به دارنده به اعتبار دارنده بودنش آن‌گونه که در قوانین ســـابق مقرر بـــود، می‌توان رجوع کرد؛ یعنی آیا زیان‌دیده غیر از مراجعه به راننده مسبب حادثه امکان مراجعه به دارنده وسیله نقلیه‌ای که راننده‌اش مســـبب حادثه بود را هم دارد؟ تمام بحث در این است که آیا به صرف داشتن وسیله خطرناکی مانند خودرو، مسئولیت جبران خسارات ناشی از حوادث آن

وسیله برای دارنده ایجاد می‌شود؟ واقعیت آن است که ماده ٢٤ قانون پیش‌گفته توان اثبات این ادعا را ندارد. از این رو، دور از ذهن نیست اگر ارجاع موضوع بند پ را در این خصوص یک ارجاع عقیم به شمار آوریم.[1] افزون بر آن، مثال‌های قابل تصور مانند جایی که خودرو به واسطه پارک نادرست به حرکت درآید و موجب آسیب شود، دارنده مسبب حادثه است (کاتوزیان و ایزانلو، ۱۳۹۷: ۳٤۸)، قابل خدشه است؛ زیرا درست است که در مثال‌هایی از این دست، راننده در حال راندن خودرو نبوده و خودرو در جایی پارک بوده است، اما در همین مثال، به سبب پارک نادرست یعنی رفتار راننده است که حادثه ایجاد شده و رفتاری از دارنده سر نزده است تا مسبب حادثه باشد. صرف این که فردی دارنده خودرویی است که حادثه آفریده، با مسبب حادثه محسوب نمودن او ملازمه ندارد.[2]

---

۱. برخی از محققان ضمن تأکید بر عدم دلالت این بند بر مسئولیت مدنی دارنده، محل اعمال آن را ضمانت اجرای کیفری و جزای نقدی مقرر در مقرر در بند «پ» ماده ٤ این قانون دانسته‌اند (جعفری خسروآبادی؛ سالمی، ۱۳۹۸: ٦۹). با توجه به معنای «بازیافت»، نمی‌توان آنچه بیان شد را تأیید نمود؛ زیرا ماده ٢٤ در مقام بیان مراجعه بعدی صندوق به دارنده پس از جبران خسارت و به منظور بازیافت آنچه به زیان‌دیده داده است می‌باشد. این مهم امری متفاوت با جزای نقدی موضوع ماده ٤ است که از اساس از دارنده اخذ و به صندوق داده می‌شود. شایان ذکر است در بند ۳ تبصره ۲ ماده ۱۱۸ قانون برنامه پنجم توسعه، اختصاص صد در صد جزای نقدی مزبور به صندوق، در زمان اجرای آن قانون موقوف الاجراء گردیده بود. همچنین یادآور می‌شویم در مواردی مانند جایی که صندوق به دلیل ورشکستگی بیمه‌گر، جبران خسارت را به عمل می‌آورد؛ مطابق بند ب ماده ۲۵ امکان مراجعه به بیمه‌گر را دارد. در این میان اگر بیمه‌گر مطالباتی از دیگران، از جمله از دارنده به عنوان بیمه‌گذار، داشته باشد، امکان طرح دعوا از سوی صندوق علیه بدهکار به بدهکار که از آن با نام دعوای غیرمستقیم یاد می‌شود، قابل تصور است. در صورت پذیرش اینَ دعوا (برای مطالعه در این خصوص، بنگرید به: خدابخشی، ۱۳۸۸: ۳۵۹-۳٦۱) صندوق برای مطالبه حق بیمه معوق (نه خسارات پرداختی) امکان مراجعه به دارنده که به عنوان بیمه‌گذار به بیمه‌گر بدهکار است را دارد.

۲. دلایل دیگری نیز از سوی برخی پژوهش‌گران برای اثبات مسئولیت مدنی دارنده بیان شده است. برای مثال از وحدت ملاک مسئولیت راننده و دارنده سخن به میان آمده است و یا به بند ۲ ماده ١٦ قانون سال ۱۳۹۵ اشاره شده است (جواهر کلام، ١٤٠١: ۵۳۰-۵۳۲). جملگی این موارد قابل خدشه است. قیاس وضعیت راننده که مسبب حادثه است با دارنده که نقشی در ایجاد حادثه نداشته و شناسایی قاعده کلی مبنی بر مسئولیت مدنی دارنده قابل پذیرش نیست. در خصوص ماده ١٦ نیز متن ماده گویای مراد قانون و بی‌ارتباطی با بحث حاضر است. بر اساس این ماده حتی اگر نقص راه، علائم رانندگی، عیب ذاتی خوردو و یا ایجاد مانع توسط دستگاه‌های اجرایی در ایجاد حادثه نقش داشته باشد، با وجود اینکه رابطه سببیت با راننده در محدوده تقصیر فوق قطع می‌باشد، بیمه‌گر همچنان مسئول پرداخت به زیان‌دیده است. این عبارات برخلاف آنچه بیان شد مؤید تبعی نبودن مسئولیت بیمه‌گر است. صرفاً در بند ۲ این ماده با توجه به این‌که برای بیمه‌گر پس از پرداخت خسارت امکان بازیافت از مسببان ذی‌ربط شناسایی شده، به دستگاه‌های مربوط اجازه تهیه پوشش بیمه‌ای برای

به هـــر روی قانون‌گذار در میان این دوگانهٔ پذیرش مســـئولیت یا حذف آن، سیاســـت حذف را در پیش گرفـــت. این تحول این پرســـش‌ها را پیش‌روی ما قرار می‌دهد که: چرا با شناســـایی مسئولیت مدنی برای دارنده مخالفت شد؟ مبنای حذف مسئولیت مدنی دارنده چیست؟ آیا این مبنا توان اثبات ضرورت تغییر سیاست تقنینی صورت‌گرفته را دارد؟

۳-۱. تبیین چرایی رویکرد حذف امکان مراجعه به دارنده

شناســـایی علت حذف مسئولیت مدنی دارنده اهمیت زیادی در برطرف‌کردن ابهامات موجود دارد. نویســـندگان حقوقی عمومـــاً بدون توجه به این مهم اظهار نظر کرده‌اند. سیر تحولات تقنینی نشان داد که مسئولیت مدنی دارنده که در قوانین پیش از انقلاب اسلامی تثبیت شده بود، در قوانین پس از آن به‌تدریج کم‌سو و سرانجام ناپدید گشت. شایان ذکر است شروع مســـیر تحولی جدید، ناظر به ایراد شورای نگهبان در زمان تصویب قانون سال ۱۳۸۷ است. این شورا در رابطه با مسئولیت دارنده موضوع ماده ۱ آن قانون بیان داشت: «ماده ۱ از این جهت که معلوم نیست آیا منظور از مسئول جبران خسارت بودن، این است که اشخاص مزبور مکلف‌اند خسارت مذکور [جبران کنند] و یا تکلیف برای صرف بیمه نمودن وســـایل نقلیه است، ابهام دارد. پس از رفع ابهام اظهار نظر خواهد شـــد». در مقام حل این ایراد، مجلس شورای اسلامی اقدام به حذف مسئولیت مدنی دارنده نمود. با این وجود تبصره ۲ این ماده با تغییرات صورت گرفته در متن ماده ۱ هماهنگ نشـــد (امامی‌پور، ۱۳۸۸: ۱۰۹-۱۱۰؛ طهماسبی، ۱۳۸۸: ۳۶) و همچنان مسئولیت مدنی دارنده بر اساس آن قابل دفاع می‌نمود. در قانون سال ۱۳۹۵ ناهماهنگـــی بین تبصره با متن ماده از میان رفت و از دوگانه تکلیف دارنده به پرداخت خســـارت و تکلیف به تهیه بیمه‌نامـــه، مورد اخیر مورد پذیرش قرار گرفت. علت این امر چیســـت؟ برای طرح مبنایی‌تر این پرســـش باید این ســـئوال را مطرح ســـاخت که آیا همان‌طور که بعضاً ادعا شده اســـت (جعفری خسروآبادی و سالمی، ۱۳۹۸: ۷۸؛ بهرامی احمدی و آقاعباســـی، ۱۳۹۶: ۴۹؛ صفایی و رحیمی، ۱۳۹۸: ۳۰۰) پذیرش امکان مراجعه به دارنده، مغایر با شرع یا فقه است.

مسئولیت کارکنانشان داده شده است. بدیهی است آنچه آمد ارتباطی با شناسایی مسئولیت مدنی برای دارنده ندارد.

به نظر می‌رسد با توجه به این که فقها مباحث مربوط به جبران خسارت را ذیل عنوان «ضمان قهری» مورد مطالعه قرار می‌دهند، فهم این تحول نیازمند توجه به مختصات «ضمان قهری» در تلقی مرسوم آن نزد فقیهان است. به بیان دیگر، باید این پرسش را پیش‌رو نهاد: آیا شناسایی امکان مراجعه به دارنده وسیله نقلیه با قواعد «ضمان قهری» ناسازگار است؟ یادآور می‌شویم در ساختار فقهی، ضمان قهری در ردیف احکام وضعی قرار دارد و از موجبات مشخصی نظیر اتلاف اعم از مباشرت یا تسبیب به دست می‌آید؛ به نحوی که اگر حادثه رخ‌داده با آن موجبات قابل انطباق نباشد، اصل برائت حاکم می‌شود. از نظر فقهی، ضمان قهری موجبی برای تحقق مالکیت است؛ یعنی در نتیجه تحقق موجبات ضمان قهری مالکیت واقع می‌شود. به سخنی دیگر، زیان‌دیده مالک مافی‌الذمه زیان زننده می‌شود (انصاری، ۳/۱٤۱۵: ۱۸۳؛ نائینی، ۱/۱۳۷۳: ۱۱۸؛ محقق داماد، ۱۳۸۸: ۲۸-۲۹؛ قربان‌پور، ۱۳۹۱: ۲۹-٤٤؛ عمید زنجانی، ۱۳۸۲: ۳۸). از آنجا که مطابق تلقی مرسوم در فقه امامیه، مالکیت از اسباب مشخص و مورد تأیید شارع به دست می‌آید، خارج از آن اسباب شناخته شده نمی‌توان به مالکیت دست‌یافت (خویی، ۱/۱٤۰۹: ۵۰). بر همین بنیاد، مبادی تحقق ضمان قهری هم محدود به موجبات مورد اشاره است. بر این اساس، ضمان قهری مفهومی شرعی پیدا می‌کند که خارج از شرایط ترسیمی برای آن قابل‌تحقق نیست.

برای تحقق ضمان قهری صرف نظر از ضرورت «تلف مال» و وجود «رابطه سببیت»، ارتکاب «رفتار زیان‌بار» هم ضروری است. توجه به جملگی موجبات ضمان قهری در فقه امامیه و ماده ۳۰۷ قانون مدنی که مباحث مربوط را در فصلی تحت عنوان «در ضمان قهری» آورده است، حکایت از آن دارد که در همه موارد برای تحقق ضمان قهری، از شخصی که در نهایت حکم به ضمان قهری او می‌شود، رفتاری اعم از مثبت یا منفی سر می‌زند. برای مثال، در اتلاف اعم از مباشرت و تسبیب و یا در غصب، متلف و غاصب مرتکب رفتاری مانند از بین بردن یا تصرف مال غیر می‌شوند. به عبارتی دیگر، در صورت عدم ارتکاب رفتار، امکان تحقق ضمان قهری وجود ندارد. این نتیجه از قانون مجازات اسلامی نیز که مباحث مربوط را طی مواد ٤۹۲ تا ۵۳۷ در فصلی با نام «موجبات ضمان» سامان داده است، قابل فهم است. به صورت مشخص در ماده ٤۹۲ این قانون می‌خوانیم: «جنایت در صورتی موجب قصاص یا

دیه است که نتیجه حاصله مستند به رفتار مرتکب باشد اعم از آن که به نحو مباشرت یا به تسبیب یا به اجتماع آن‌ها انجام شود»؛ یا در ماده ۵۰۰ می‌خوانیم: «در مواردی که جنایت یا هر نوع خسارت دیگر مستند به رفتار کسی نباشد ... ضمان منتفی است». در تبصره ۲ ماده ۲ قانون سال ۱۳۹۵ نیز همان‌طور که سابقاً دیدیم، قانون به انتساب حادثه به فعل یا ترک فعل که رفتار به شمار می‌آید توجه ویژه دارد.

در چنین رویکردی که ضمان قهری تنها متوجه شخصی است که رفتار او اعم از فعل یا ترک فعل، موجب خسارت شود، بدیهی است دارنده وسیله نقلیه بودن بدون این که فعل یا ترک فعل او موجب خسارت گردد، دارای ضمان قهری نخواهد بود. تمامی موجبات ضمان قهری بر پایه رفتار عامل زیان استوار است و دارندهٔ یک مال بودن برای تحقق این منظور کفایت نمی‌کند. این نکته به‌روشنی آشکار می‌کند نویسندگانی که برای شناسایی امکان مراجعه به دارنده وسیله نقلیه به قواعد اتلاف و تسبیب متوسل شده‌اند (باریکلو، ۱۳۸۵: ۱۰٤؛ عباسلو، ۱۳۸۷: ۷۲؛ خدابخشی، ۱۳۹۰: ۱۱۳) راه را به خطا رفته‌اند و از محل تحلیل این قواعد که همگی نیازمند ارتکاب رفتار و احراز رابطه سببیت میان آن رفتار با خسارت است، نمی‌توان مسیر امکان مراجعه به دارنده را هموار نمود. نکته جالب‌توجه و قابل‌تأمل این است که در ساختار «ضمان قهری» حتی در مواردی که ایراد خسارت ناشی از شیء تحت مالکیت است، مانند خسارت ناشی از حیوان یا تصادف وسایل نقلیه و یا خسارت ناشی از خرابی بنا، فقها و به‌تبع آن قانون مدنی و قانون مجازات اسلامی تلاش داشته‌اند تا آن را از مسیر توجه به «رفتار» حل و فصل نمایند. به طور مشخص، در پی این موضوع می‌روند که آیا از مالک رفتاری که دال بر کوتاهی در نگهداری حیوان مسبب حادثه باشد سرزده است یا خیر. حل و فصل چنین مصادیقی بر بنیاد قواعد اتلاف و تسبیب در موادی مانند مواد ۳۳۳ تا ۳۳۵ قانون مدنی و مواد ۵۱۲، ۵۱۷، ۵۱۷ و ۵۱۹ تا ۵۲۵ قانون مجازات اسلامی، دلیل روشنی بر صدق این مدعا است (بهرامی احمدی، ۱۳۹۳: ٤٤٥ به بعد). بر این اساس، اگر در حادثه‌ای که رخ داده است، دارنده وسیله نقلیه نقشی نداشته باشد و نتوان او را مسبب آن حادثه شمرد، صرف دارنده بودنش موجبی برای مراجعه به او جهت جبران خسارت به شمار نمی‌آید و صرفاً باید به شخصی که خسارت ناشی از رفتار او است؛ یعنی عموماً همان راننده مسبب حادثه مراجعه کرد.

همین چالش فقهی را باید موجب حذف تدریجی امکان مراجعه به دارنده در فرضی که حادثه رانندگی ناشی از فعل یا ترک فعل او نیست، دانست.[1]

۲. پیامدهای رویکرد حذف امکان مراجعه به دارنده و راه‌کارهای حقوقی حل مسأله

مطابق آنچه آمد، آشکار شد پیشینه فقهی و تلقی مرسوم نزد فقیهان موجب حذف مسئولیت مدنی دارنده وسیله نقلیه در قانون سال ۱۳۹۵ شده است. به باور نگارنده این نتیجه هم در همان ساختار فقهی و هم بر اساس حقوق مدرن نه تنها از جهاتی قابل انتقاد است؛ بلکه در عمل مشکلاتی را ایجاد کرده است.

۲-۱. اشکال حقوقیِ مبنایی در تغییر رویکرد تقنینی

پس از روشن‌شدن چرایی حذف امکان مراجعه به دارنده، اذعان می‌نماییم این رویکرد قانون‌گذار از نظر مبنایی قابل انتقاد به نظر می‌رسد. قانون‌گذار بر پایه مبنای قابل خدشه‌ای، ملاحظات خاص موجود در زمینه حوادث وسایل نقلیه را نادیده گرفته است. قلمرو گسترده حوادث و شدت خسارات وارده، حمایت بیشتر از زیان‌دیدگان را می‌طلبد (افکار و خدابخشی، ۱۴۰۱: ٤١). حذف امکان مراجعه به دارنده یکی از ابزارهای در دسترس برای زیان‌دیدگان را به ناروا محدود می‌کند که با سیاست جبران خسارت زیان‌دیدگان ناسازگار به نظر می‌رسد. افزون بر آن، کاملاً منطقی است که دارنده وسیله نقلیه به واسطه خطرآفرین بودن چنین وسیله‌ای، باید پاسخ‌گوی جبران خسارت باشد. به بیان دیگر، شخصی که چنین وسیله خطرآفرینی را وارد اجتماع می‌کند و عنوان دارنده بر او صادق است، باید الزامات آن را نیز تحمل کند. توقیف وسیله نقلیه و یا با حصول شرایطی، شناسایی مسئولیت کیفری، بسیار ناکافی و ناهماهنگ با اهمیت این تکلیف است؛ بنابراین می‌توان گفت حذف چنین مسئولیتی از عهده دارنده، با هدف بازدارندگی که اصولاً از اهداف مورد نظر در مسئولیت مدنی است (بابایی، ۱۳۹٤: ۲۱) هم سازگاری ندارد. این ضرورت به

---

۱. یادآور می‌شویم ضرورت وجود رفتار از سوی عامل زیان و احتساب آن به عنوان یک شرط مهم در تحقق ضمان قهری، دلایل مشخص و البته در جای خود قابل انتقادی نزد فقیهان دارد. برای نمونه می‌توان توسل به قاعده وزر و مستندات آن و برخی روایات وارده در این موضوع اشاره داشت (دریائی و کربلائی آقازاده، ۱۳۹۸: ۲۲۰-۲۲٤). بر همین اساس، فقیهان به ضرورت وجود «رفتار زیان‌بار» از سوی عامل زیان در جملگی موجبات ضمان توجه نموده‌اند و سخنی از ضمان قهری نسبت به مال تحت کنترل به میان نیاورده‌اند.

ویژه در مواردی که دارنده به تکلیف خود مبنی بر تهیه بیمه‌نامه عمل نمی‌کند، بیشتر احساس می‌شود.

به نظر می‌رسد بر خلاف آنچه برخی از محققان (جعفری خسروآبادی و سالمی، ۱۳۹۸: ۷۸؛ بهرامی احمدی و آقاعباسی، ۱۳۹٦: ٤۹) گفته‌اند قانون‌گذار می‌توانست چالش فقهی پیش‌گفته را پشت سر نهد، بدون این که منافاتی با شرع داشته باشد. برای این منظور قانون‌گذار می‌توانست در اقدامی متهورانه به «اعتباری بودن» ضمان قهری توجه کند. اگر این مهم به درستی درک و به لوازم آن نظیر لغوپذیر و قابل تغییر بودن اعتبارات صورت‌گرفته عنایت شود، مشکلاتی از این دست بدون این که در تنافی با دیدگاه فقیهان باشد، حل‌شدنی به نظر می‌رسد. «ضمان قهری» به عنوان یک حکم وضعی، چیزی جز «اعتبار» نیست. به بیانی دیگر، ماهیتاً امری اعتباری است؛ بنابراین شکل‌گیری، بقا و دوام آن تماماً تابع خواست مُعتبِر است (موسوی خمینی، ۱/۱٤۱۰: ۱۱٦). نباید از نقش پررنگ بنائات عقلایی که بی‌تردید مورد تأیید شارع هم است به‌عنوان مُعتبِر در حقوق از جمله در مباحث «ضمان قهری» غفلت نمود. امور اعتباری دایر مدار مصالحی‌اند و در پاسخ به نیازهایی شکل می‌گیرند (طباطبایی، ۱۳۹۳: ۱۸٤-۱۸۵؛ شهیدی، ۱۳۸۲: ۳۲ و ٦۷؛ فروغی، ۱۳۹۹: ٤۳-٤٤) و به بیانی، نیازپرورده هستند. نیازهای مورد اشاره درباره موضوع این نوشتار ایجاب می‌کند «ضمان قهری» به عنوان یک اعتبار عقلایی، پاسخ لازم در مصداق مورد بحث را برای جبران خسارت فراهم کند. تأیید امکان مراجعه به دارنده در نظام‌هایی حقوقی مختلف (کاتوزیان و همکاران، ۱۳۸۱: ۸۱-۸٤ و ۱۷۰؛ بابایی، ۱۳۹٦: ۲۱۷؛ جواهرکلام، ۱٤۰۱: ۵۳۱)، تصدیق این بنای عقلایی است.

همچنین آنچه فقهای امامیه تحت عنوان «ضمان قهری» مورد مطالعه قرار می‌دهند، در حقوق مدرن تحت عنوان «مسئولیت مدنی» از آن یاد می‌شود. تأمل و دقت در این مفاهیم حکایت از تمایز بنیادی میان این دو دارد؛ تمایزی که پیامدهای مختلفی را در پی خواهد داشت. نکته جالب توجه این است که این دوگانگی را می‌توان در نسبت میان قانون مسئولیت مدنی که در سال ۱۳۳۹ تحت تأثیر حقوق آلمان و سوئیس به تصویب رسید با قواعد ضمان قهری در حقوق اسلامی که مورد متابعت قانون مدنی و قانون مجازات اسلامی قرار گرفته است نیز مشاهده کرد. در

ساختار «مسئولیت مدنی» دیگر آن محدودیت‌های ناشی از تلقی سنتی نسبت به قواعد «ضمان قهری» وجود ندارد و مسیر توسعهٔ آن هموارتر است (دریائی و کربلائی آقازاده، ۱۳۹۹: ۹۳-۱۲۵). برای نمونه، با وجود این که بر پایه قواعد ضمان قهری تنها شخص ضامن جبران خسارت ناشی از رفتار خود است و پاسخ‌گویی برای رفتار اشخاص تحت کنترل در قانون مدنی مورد شناسایی قرار نگرفته است، در موادی مانند ماده ۱۲ قانون مسئولیت مدنی شاهد شناسایی مسئولیت مدنی برای کارفرما نسبت به رفتار کارگرش می‌باشیم. این موارد در ادبیات حقوقی تحت عناوینی مانند مسئولیت نسبت به فعل غیر مورد مطالعه قرار می‌گیرد. غرض از بیان این مطلب آن است که به‌رغم این‌که در قانون مسئولیت مدنی هم صرف دارنده یک مال بودن موجب مسئولیت مدنی شناخته نشده است، شاهد توسعه قلمرو مسئولیت افزون بر فعل و ترک فعل خود شخص، به فعل و ترک فعل اشخاص دیگر هستیم. ساختار مسئولیت مدنی که بسیاری از خلاءهای ناشی از تلقی سنتی حاکم بر ضمان قهری را برطرف کرد، کشش برطرف کردن این چالش را هم داشت و قانون‌گذار می‌توانست برای شناسایی امکان مراجعه به دارنده وسیله نقلیه بدون ورود به چالش‌های ناشی از تلقی مرسوم در ضمان قهری، از منطق حاکم بر مسئولیت مدنی کمک بگیرد. در حقیقت، خطرآفرین بودن وسیله نقلیه ایجاب می‌کند چنین تکلیفی متوجه شخصی گردد که دارنده به شمار می‌آید. همان‌طور که در قوانین سال ۱۳٤۷ و ۱۳۸۷، مسئولیت مدنی دارنده مورد پذیرش قرار گرفته بود.

افزون بر دو استدلال پیش‌گفته، قانون که برای دارنده تکلیفی مبنی بر تهیه پوشش بیمه‌ای منظور نموده است، اشکالی نداشت اگر برای این تکلیف، ضمانت اجرای مناسب مقرر می‌داشت. یعنی بر خلاف دو مورد پیش‌گفته که در نتیجه آن از اساس امکان اثبات مراجعه به دارنده از باب ضمان قهری و مسئولیت مدنی وجود دارد و دارنده در واقع به تبع این مهم مکلف به تهیه پوشش بیمه‌ای است؛ در استدلال اخیر صرف نظر از امکان‌سنجی شمول قواعد دوگانه فوق نسبت به دارنده، این مهم مورد تأکید قرار گرفته است که تکلیف مقرر از سوی قانون‌گذار می‌تواند دارای ضمانت اجرای مناسب یعنی ضرورت جبران خسارت باشد. به سخنی دیگر، بدون ورود به این چالش که آیا دارابودن وسیله نقلیه باید ضرورت پاسخ‌گویی خسارت

ناشـــی از آن را به همراه داشـــته باشـــد یا خیر، بر پایه نقض تکلیفی که قانون متوجه دارنده کرده اســـت، او مسئولیت جبران خسارت ناشی از این نقض را خواهد داشت و در نهایت بار جبران خســـارت حتی در صورت پرداخت خسارت از سوی صندوق تأمین خســـارت‌های بدنی بر او تحمیل می‌گردد. یادآور می‌شویم در ماده ۲ نخستین نمونه قانونی در این خصوص یعنی «لایحه قانونی بیمه خسارت شخص ثالث ناشی از وسائط نقلیه موتوری» مصوب ۱۳۳۱، ضمانت اجرای تخلف از این تکلیف، پرداخت خسارت وارد به ثالث مقرر شده بود. از نظر تحلیلی، پذیرش استدلال اخیر و همچنین اســـتدلال دوم بر بنیاد توســـل به تعزیر هم امکان‌پذیر است. در جای خود ثابت شده اســـت که کارکرد تعزیر محدود به امور کیفری نیســـت و قانون‌گذار می‌تواند در مقام جبران خســـارت هم به این نهاد متوسل شـــود.[1] در جایی که دارنده با وجود تکلیف قانونی و اطلاع از امکان بالای تولید خطر، از تهیه پوشـــش بیمه‌نامه کوتاهی می‌کند؛ می‌توان از باب جریمه او را نسبت به خسارات وارده پاسخ‌گو دانست. بر این اساس، با پرداخت این خسارت به زیان‌دیده، دارنده با عقوبت عمل خود مواجه می‌شود.

تفاوت اســـتدلال ســـوم با دو مورد پیشین در این اســـت که در دو مورد اول، دارنده یک وســـیله خطرناک بودن، موجب پاســـخ‌گویی را فراهم می‌آورد و در مورد اخیر، نقض تکلیف قانون‌گذار در تهیه بیمه‌نامه. بدیهی است بر این اساس، در فرض انجام این تکلیف، دیگر امکان مراجعه به دارنده وجود ندارد؛ اما در دو راه حل پیشین این امکان همچنان فراهم است. با این حال عملاً بر این تفاوت در رابطه با پاسخ‌گویی نسبت به اشخاص ثالث ثمره‌ای مترتب نیست؛ چون در فرض وجود پوشش بیمه‌ای، ضمان قهری یا مســـئولیت مدنی دارنده از محل بیمه‌نامه ادا می‌شود؛ اما راه حل اخیر بـــدون ورود به این بحث مبنایی که آیا صرف دارنده بـــودن هم مانند رفتار، موجب ضمان قهری یا مسئولیت مدنی است، به ضرورت پاسخ‌گویی دارنده می‌انجامد.

۲-۲. اشکالات عملی ناشی از تغییر رویکرد تقنینی

حذف امکان مراجعه به دارنده افزون بر اشـــکالات مبنایی، نتایج نامطلوبی نیز به همراه دارد. در ادامه به چهار مورد آن می‌پردازیم.

---

۱. بـــرای مطالعه، بنگرید به: همان‌جا، ۱۰۷-۱۱۵؛ دریائی و غلاملـــو، ۱۴۰۲: ۶۷-۶۸؛ محقق داماد و هاجیان، ۱۴۰۰: ۱۹۳-۲۲۱.

۱-۲-۲. شناسایی راننده به عنوان مسئول نهایی جبران خسارت

اشـــکال عملی نخست، مسئول نهایی به شمار آمدن راننده مسبب حادثه است. توضیح این که، اگر دارنده وســـیله نقلیه به تکلیف خـــود مبنی بر تهیه بیمه‌نامه عمل نکند و وســـیله را در اختیار شـــخص دیگـــری به عنوان راننده نهـــد و همین راننده، مسبب حادثه شـــود، صندوق تأمین خســـارت بدنی مکلف به جبران خسارت بدنی وارد به اشـــخاص ثالـــث خواهد بود. با این حال، وفق بند الف ماده ۲۵ قانون ســـال ۱۳۹۵، صندوق برای بازیافت خســـارت می‌تواند به مســـبب حادثه مراجعه کند. در این ماده آمده اســـت: «صندوق مکلف است بدون اخذ تضمین از زیان‌دیده یا مسبب زیان، خســـارت زیان‌دیده را پرداخت نموده و پس از آن مکلف اســـت به شرح زیر به قائم‌مقامی زیان‌دیده از طریق مراجع قانونی وجوه پرداخت شـــده را بازیافت کند: الف- در صورتی که پرداخت خســـارت به ســـبب نداشتن، انقضاء یا بطلان بیمه نامه باشد به مسبب حادثه رجوع می‌کند ...».

بدین‌ســـان، در مرحله بازیافت، مراجعه‌ای از ســـوی صندوق علیه دارنده اگر مسبب حادثه نباشـــد صورت نمی‌پذیرد و بار نهایی متوجه مسبب حادثه می‌شود که اصولاً همان راننده بی‌احتیاط اســـت. ممکن اســـت در بادی‌امر این مهم منطقی جلوه نماید؛ زیرا این راننده مســـبب حادثه اســـت که در نتیجه بی‌احتیاطی خسارت به بار آورده است، نه دارنده وسیله نقلیه (صفایی و رحیمی، ۱۳۹۸: ۳۰۰-۳۰۲). با این حال نمی‌توان از نظر دور داشت که اگر دارنده به تکلیف خود در تهیه پوشش بیمه‌نامه عمل می‌نمود، بیمه‌گر نظر به تبصره ۲ ماده ۲ قانون سال ۱۳۹۵ نسبت به پرداخت خسارت اقدام می‌کرد و نوبت به پرداخت صندوق تأمین خســـارت بدنی و بازیافت بعدی او به راننده مســـبب حادثه نمی‌رســـید. به بیان دیگر، «اگر نبود» کوتاهی دارنده در تهیه بیمه‌نامه، خسارت در نهایت به راننده مسبب حادثه تحمیل نمی‌شد. در حقیقت با این که راننده، مســـبب حادثه و تحمیل خسارت به ثالث است، اما عامل عدم امکان تأمین این خسارت از محل بیمه‌نامه و محرومیت راننده مسبب حادثه در استفاده از ترتیبات مقرر در این تبصره، کســـی جز دارنده وســـیله نقلیه نیســـت. آنچه این نتیجه را تأیید می‌کند، توجه به این حقیقت اســـت که اکثر قریب به اتفاق حوادث رانندگی در نتیجه بی‌احتیاطی به وقوع می‌پیوندند و نه ارتکاب عمد از سوی مسبب حادثه. بر این بنیاد،

راننده مسبب حادثه این استحقاق را ندارد که به عنوان مسئول نهایی یا دست کم تنها مسئول نهایی به شـــمار آید. حذف مسئولیت مدنی دارنده وسیله نقلیه، راننده مسبب حادثه را مســـئول نهایی جبران خسارت می‌گرداند؛ امری که عادلانه به نظر نمی‌رسد و موجب آن اســـت که تکلیف با اهمیت تهیه پوشـــش بیمه‌نامه، فاقد ضمانت اجرای مناسب باشد. افزون بر آن، همان‌طور که گفته شده است، مبنا و فلسفه مسئولیت مدنی دارنده و همچنین این‌که او در موقعیت مناســـب‌تری برای خرید پوشش بیمه‌ای قرار دارد، این تحلیل را تأیید می‌کند (بابایی، ۱۳۹٤: ١٦٦). گفتنی اســـت که راننده مسبب حادثه در صورتی از نظر حقوقی به شرح فوق شایسته برخورداری از حمایت و عدم تلقی به عنوان مسئول نهایی است که از عدم وجود پوشش بیمه‌نامه در رابطه با وسیله نقلیه تحت هدایتش ناآگاه باشد.[۱]

۲-۲-۲. عدم حمایت از راننده مسبب حادثه در خصوص خسارت وارد به او

اشـــکال عملی دوم ناظر به عدم حمایت از راننده مسبب حادثه در خصوص خسارات وارد به او است. قانون سال ۱۳۹۵ افزون بر اشخاص ثالث، از راننده مسبب حادثه نیز حمایت به عمل آورده است. در ماده ۳ این قانون می‌خوانیم: «دارنده وسیله نقلیه مکلف اســـت برای پوشش خسارت‌های بدنی وارد شده به راننده مسبب حادثه، حداقل به میزان دیه مرد مسلمان در ماه غیرحرام، بیمه حوادث اخذ کند ...».

بدیهی اســـت زمانی که دارنده، بیمه‌نامه شـــخص ثالث برای وسیله نقلیه تهیه نمی‌کنـــد، بیمه‌نامه حـــوادث موضوع این ماده که از راننده مســـبب حادثه حمایت به عمل می‌آورد هم تهیه نمی‌نماید. در صورت تحمیل خسارت به اشخاص ثالث، آن‌ها می‌توانند نظر به عدم وجود بیمه‌نامه، برای دریافت خســـارت مطابق بند ب ماده ٤ و ماده ۲۱ قانون سال ۱۳۹۵ به صندوق تأمین خسارات بدنی مراجعه کنند، اما این امکان برای راننده مســـبب حادثه وجود ندارد. نتیجـــه‌ای که هم با منطق حاکم بر ماده ۳ در تنافی اســـت و هم موجب تحمیل ضرری ناروا به راننده مســـبب حادثه در فرضی که

---

۱. همان‌طور که در مقدمه بیان شـــد در رابطه با معیار شناسایی دارنده و همچنین مراد از متصرف که او هم بر اســـاس تبصره ۱ ماده ۲ دارای تکلیف به تهیه بیمه‌نامه می‌باشـــد، گفت‌وگو بسیار است. اگر راننده مسبب حادثه، شخصی غیر از مالک وسیله نقلیه باشد؛ اما با این وجود از نظر مفهومی از جمله مواردی باشـــد که عنوان دارنده بر او صدق کند، در این صـــورت تکلیف به تهیه بیمه‌نامه متوجه او خواهد بود و لذا در صورت عدم تهیه بیمه‌نامه باید او را نقض‌کننده این تکلیف دانست.

دارنده وسیله نقلیه شخص دیگری است، می‌گردد. در این فرض از یک سو، از آنجایی که دارنده به تکلیف موضوع ماده ۳ این قانون عمل ننموده است و بیمه حوادث وجود ندارد، امکان استفاده از آن منتفی است و از سوی دیگر، دارنده هم فاقد مسئولیت است و راه مراجعه به او بسته است. به عبارت دیگر، همان‌طور که برای راننده مسبب حادثه امکان مراجعه به دارنده به عنوان مسئول نهایی نسبت به خسارت وارد به ثالث وجود ندارد، امکان مراجعه برای دریافت خسارت وارد به خود نیز به طریق اولی وجود ندارد. عدم شناسایی مسئولیت مدنی برای دارنده در حقیقت به عدم وجود ضمانت اجرای مناسب برای ماده ۳ هم خواهد انجامید.

شایان ذکر است در وضع فعلی و حسب ظواهر قانونی، راننده مسبب حادثه امکان مراجعه به صندوق تأمین خسارات بدنی را هم ندارد. همان‌طور که بیان شد صندوق در فرض عدم وجود بیمه‌نامه پس از جبران خسارت وارد به ثالث برای بازیافت آن به راننده مسبب حادثه امکان رجوع دارد و مبلغ پرداختی را از او بازیافت می‌کند، بدیهی است با این شرایط اصلاً پرداخت خسارت به راننده مسبب حادثه معنا نخواهد داشت (بابایی، ۱۳۹۶: ۲۶۳)؛ زیرا آنچه ناشی از خسارت وارد به ثالث در نتیجه رفتار راننده مسبب حادثه است، پس از پرداخت از سوی صندوق با مراجعه به راننده مسبب حادثه قابل بازیافت است، طبعاً و به قیاس اولویت، اگر مبلغی هم به خود راننده مسبب حادثه پرداخت شود، پیرو همین منطق باید قابل استرداد باشد. به همین دلیل بیان شد که پرداخت خسارت به راننده مسبب حادثه و سپس بازیافت از همان شخص، بی‌معنا می‌نماید.[1] شایسته است ولو این که مسئولیت مدنی دارنده مورد پذیرش قرار نگیرد، بابت نقض تکلیف قانونی موضوع ماده ۳، از باب تعزیر و به عنوان جریمه، دارنده را مسئول جبران خسارت وارد به راننده مسبب حادثه بدانیم.

۳-۲-۲. نبود حمایت کافی از شخص ثالث در رابطه با خسارات مالی

در جایی که دارنده به تکلیف خود برای تهیه پوشش بیمه‌نامه عمل نکرده است، طبعاً با توجه به این که قلمرو حمایتی صندوق تأمین خسارات بدنی صرفاً به خسارت بدنی محدود است، اشخاص ثالث تنها از طریق توسل به مسبب حادثه

۱. از نظر تحلیلی محروم نمودن راننده مسبب حادثه در مراجعه به صندوق خالی از اشکال نیست. برای مطالعه،بنگرید به: ابهری، قربانی جویباری، ۱۳۹۷: ۱۰۱-۱۲۰؛ افکار، ۱۴۰۱: ۴۳۲-۴۳۷.

می‌توانند خسارت مالی وارد به خود را دریافت دارند (بابایی، ۱۳۹٤: ۱٦٥). به بیان دیگر، در این موارد افزون بر عدم امکان مراجعه به بیمه‌گر و صندوق، امکان مراجعه به دارنده وسیله نقلیه مسبب حادثه‌ای که خود مسبب حادثه نبوده است، وجود ندارد. در حقیقت عدم شناسایی مسئولیت مدنی برای دارنده؛ از یک سو ضمانت اجرای مناسبی برای نقض تکلیف قانونی او به همراه ندارد و از سوی دیگر، از اشخاص ثالث حمایت کافی را به عمل نمی‌آورد.

٤-۲-۲. تحمیل ضرر ناروا به صندوق تأمین خسارت‌های بدنی

اگر وسیله نقلیه فاقد بیمه‌نامه باشد و در نتیجه راندن آن توسط شخص دیگر، حادثه‌ای ایجاد شود، مراجعه به راننده بدون تردید حسب قواعد عمومی صورت خواهد پذیرفت. نکته با اهمیت در این میان، آن است که در مراجعه به راننده وجود رابطه سببیت بین رفتار راننده و حادثه ضروری است. اشکال در جایی بروز می‌کند که با وجود عدم امکان انتساب حادثه به رفتار راننده، همچنان حادثه به وسیله نقلیه قابل استناد باشد. در این حالت زیان‌دیده امکان مراجعه به راننده را به دلیل فقدان رابطه سببیت نخواهد داشت و صندوق تأمین خسارت‌های بدنی مطابق ماده ۲۱ تکلیف به جبران خسارت دارد. با این حال صندوق بعد از جبران این خسارت امکان بازیافت را نخواهد داشت؛ زیرا از یک‌سو با توجه به این که راننده، مسبب حادثه به شمار نمی‌آید، مطابق بند «الف» ماده ۲۵ امکان بازیافت از او منتفی است. از سوی دیگر، با وجود برقراری رابطه سببیت میان حادثه با وسیله نقلیه، نظر به عدم شناسایی مسئولیت برای دارنده، امکان بازیافت خسارت از دارنده هم وجود ندارد؛ در نتیجه ضرر ناروایی در نتیجه نقض تکلیف دارنده به صندوق وارد می‌شود.

این توالی فاسد و اشکالات مبنایی، به روشنی اشکالات عدم شناسایی مسئولیت مدنی برای دارنده و یا حتی عدم شناسایی ضمانت اجرای مناسب بابت نقض تکلیف مبنی بر تهیه بیمه‌نامه را نشان می‌دهد. این تصور را هم که واگذاری حل و فصل جمیع ابعاد موضوع به حقوق بیمه، کافی خواهد بود (صفایی و رحیمی، ۱۳۹۸: ۲۹۸؛ صفایی و اورک بختیاری، ۱۳۹۳: ۳۱-۵۰؛ جعفری خسروآبادی و سالمی، ۱۳۹۸: ٦۳) از ذهن می‌زداید.

۳-۲. الگوی پیشنهادی برای مبنای مسئولیت مدنی دارنده

مطابق آنچه بیان شد، از نظر تحلیلی امکان مراجعه به دارنده به ویژه در جایی که به تکلیف خود در تهیه پوشش بیمه‌نامه عمل نکرده است، وجود دارد و حذف امکان مراجعه به او اشکالات عملی هم در پی دارد. از این رو اکنون می‌توان این پرسش را مطرح کرد که اگر نظام حقوقی بخواهد امکان مراجعه به دارنده را مورد پذیرش قرار دهد، از میان مبانی مرسوم کدام مبنا را باید انتخاب نماید.

در نیل به پاسخ، توجه به دو نکته ضروری است:

نخست، مراجعه به دارنده از باب دارا بودن وسیله نقلیه است، نه احتمالاً سرزدن فعل و ترک فعلی از ناحیه او که منجر به حادثه شود. در مورد اخیر، همان قواعد عمومی توان پاسخ‌گویی دارند. در رابطه با مراجعه از باب دارنده بودن، رابطه سببیت باید با وسیله نقلیه برقرار باشد، نه با رفتار (حسین‌آبادی و غلامعلی‌زاده، ۱۳۹۰: ۱۹۱؛ بهرامی احمدی، ۱۳۹۳: ٤٥٠). از این رو کلیه توجیهاتی که برای مراجعه به دارنده از باب اتلاف و تسبیب صورت می‌پذیرد (کاتوزیان و همکاران، ۱۳۸۱: ۳۰؛ باریکلو، ۱۳۸۵: ۱۰٤؛ عباسلو، ۱۳۸۷: ۷۲؛ خدابخشی، ۱۳۹۰: ۱۱۱-۱۱٤)، غیر قابل پذیرش به نظر می‌رسد و خروج موضوعی دارد؛ همین‌طور کلیه مبانی‌ای که بر پایه توجه به رفتار بیان می‌شود؛ مانند تقصیر (امامی‌پور، ۱۳۸۸: ۱۱۰؛ طهماسبی، ۱۳۸۸: ۳۷) هم فاقد ارزش است؛

دوم، از جمله تمایزات موجود میان قواعد ضمان قهری و مسئولیت مدنی، همین تمایز در مبنا است. با وجود این که در قانون مسئولیت مدنی از جمله در ماده ۱ این قانون، به تقصیر توجه ویژه شده است، در ضمان قهری مورد نظر فقیهان که مورد متابعت قانون مدنی (مانند ماده ۳۲۸) و قانون مجازات اسلامی (از جمله مواد ٤۹۲ و ۵۲۸) قرار گرفته است، اصولاً تقصیر مبنای ضمان نیست و وسیله‌ای برای احراز انتساب خسارت به فعل یا ترک فعل عامل زیان است (دریائی و کربلائی آقازاده، ۱۳۹۹: ۱۰٤؛ غلاملو و دریائی: ۱٤۰۱: ۲۲۹-۲۳۱). به نظر می‌رسد ملاحظات خاص ناشی از خطرآفرین بودن وسیله نقلیه و همچنین تحقق عنوان دارنده از یک سو و ضرورت حمایت بیشتر از زیان‌دیدگان این حوادث ایجاب می‌کند که به تقصیر در طراحی مسئولیت مدنی دارنده توجه نشود. افزون بر آن، توجه به تقصیر در حقیقت

برگشت به توجه به رفتار دارد؛ این در حالی است که مواجهه با دارنده به واسطه رفتار او صورت نمی‌پذیرد. در قوانین پیشـــین نیز که به صراحت مســـئولیت مدنی او مورد شناسایی قرار گرفته بود، این مسئولیت بر مبنای تقصیر نبود. عبارات ماده ۱ قانون سال ۱۳٤۷ به روشنی گویای این مهم است.

صرف وجود رابطه ســـببیت میان وســـیله نقلیه با خسارت وارده، برای امکان مراجعه به دارنده کفایت می‌کند. این ایده که رابطه سببیت باید میان خسارت وارده با وسیله نقلیه برقرار باشد، متضمن این معنا هم هست که در فرض نبود چنین رابطه‌ای، امکان مراجعه به دارنده وجود ندارد. به طور مشـــخص، اگر حادثه ناشی از قوه قاهره باشد، مراجعه به دارنده منتفی است. نباید از یاد برد که علت مواجهه با دارنده و بحث درباره مســـئولیت مدنی او به واسطه همین دارنده وســـیله نقلیه بودن است، نه امری دیگر؛ لذا اگر وســـیله نقلیه در حادثه نقشـــی نداشته باشد و حادثه ناشی از آن نباشد، مانند فرضی که ســـیل و زلزله بسان ابزاری با به حرکت درآوردن وسیله نقلیه موجب خســـارت شود، امکان بحث از مســـئولیت مدنی دارنده، سالبه به انتفاء موضوع است (بهرامی احمدی، ۱۳۸۷: ۸ و ۱۰۵–۱۰٦؛ بابایی، ۱۳۹٦: ۲۲۱). افزون بر آن، همان‌طور که برخی به درستی بیان کرده‌اند، ضرورت لزوم پاسخ‌گویی دارنده نسبت به خسارات وارده به حدی نیســـت که حتی در فرض وقوع فورس ماژور هم او را مسئول بدانیم (کاتوزیـــان و ایزانلو، ۱۳۹۷: ۳٤۹–۳۵۰؛ جواهـــرکلام، ۱٤۰۱: ۵۳۳ و ۵۵۵)؛ بنابراین نظراتی مانند شناسایی مسئولیت مطلق و تضمین که حتی به شناسایی مسئولیت در این موارد می‌انجامد (ره‌پیک، ۱۳۹۰: ۱۷۵ به بعد؛ معبودی نیشـــابوری؛ حداد خداپرست، ۱۳۹۳: ۱۹٦)، همراه با اشکال است. البته در حالت اخیر می‌توان به منظور حمایت از زیان‌دیدگان، همچنان بیمه‌گر را مکلف به جبران خسارت وارده دانست.[۱]

مختصر این که، انتساب حادثه به وسیله نقلیه (نه به فعل یا ترک فعل دارنده)، برای تحقق مسئولیت مدنی دارنده لازم است؛ اعم از این که راننده وسیله نقلیه، مسبب حادثه باشـــد یا نقص خود وسیله نقلیه منجر به حادثه شود؛ این در حالی است که در رابطه با راننده، حســـب قواعد عمومی باید حادثه به فعل یا ترک فعل راننده انتساب

۱. همین نتیجه را نویسندگان حقوقی در تحلیل مواد قانون سال ۱۳۹۵ به ویژه از عبارات بند پ ماده ۱ برداشـــت نموده‌اند. برای نمونه، بنگرید: بابایی، ۱۳۹٦: ۲۲۳–۲۲٤؛ کاتوزیان و ایزانلو، ۱۳۹۷: ۳۵۰؛ صفایی و رحیمی، ۱۳۹۸: ۲۹۸.

داشـــته باشد و صرف انتساب حادثه به وسیله نقلیه کافی نیست. با این حساب ممکن اســـت حادثه‌ای برای راننده فورس ماژور به شـــمار آید، اما همچنان قابل انتساب به وسیله نقلیه باشد؛ مانند خسارتی که در نتیجه انفجار ناگهانی وسیله نقلیه به بار می‌آید. در این صورت با وجود منتفی بودن امکان مراجعه به راننده، امکان مراجعه به دارنده وجود دارد. در رابطه با امکان مراجعه به بیمه‌گر هم اساســاً نیازی به احراز انتســـاب حادثه به فعل یا ترک فعل و یا حتی انتســـاب به وســـیله نقلیه نیست. با این ترتیب و مبتنی بر تحلیل، تعادل میان اشخاص مختلفی که موظف به پاسخ‌گویی هستند برقرار و از زیان‌دیده نیز حمایت به عمل می‌آید.

برآمد

۱- در نظـــام حقوقی ایران جایگاه دارنده وســـیله نقلیه در رابطه با خســـارت ناشـــی از تصادفات رانندگی همراه با ابهامات زیادی است. اصل و اساس بحث ناظر به حالتی است که دارنده نقشی در وقوع تصادف نداشته و به بیان دیگر مسبب حادثه به شـــمار نمی‌آید. مطالعه سیر تحول تقنینی حکایت از شناسایی مسئولیت مدنی برای دارنده در قوانین قبل از انقلاب اســـلامی و حـــذف تدریجی آن در قوانین بعد از آن دارد. با وجود این که برخی از نویســـندگان حقوقی تلاش نمودند تا اثبات کنند که بر اساس قانون ســـال ۱۳۹۵ مسئولیت مدنی دارنده مورد شناسایی قرار گرفته است، اما این نتیجه قابل تأیید نیســـت و تحقیق نشان داد که از نظر قانون‌گذار در وضع فعلی، دارنده فاقد چنین مسئولیتی است.

۲- تلقی ســـنتی حاکم بر قواعد ضمان قهری را می‌تـــوان دلیل اصلی حذف تدریجی مســـئولیت مدنی دارنده دانســـت. در این تلقی که به قانـــون مدنی و قانون مجازات اسلامی هم راه‌یافته است، ارتکاب یک رفتار از سوی عامل زیان برای تحقق ضمان قهری ضروری اســـت. در جایی که دارنده، مسبب حادثه به شمار نمی‌آید، این عنصر مفقود و لذا ضمان قهری او منتفی اســـت. این نوع نگاه اشـــکالات متعددی به همراه دارد؛ برای نمونه با ماهیت ضمان قهری به عنوان یک اعتبار عقلایی ناهماهنگ اســـت. همچنین بر فرض نپذیرفتن امکان چنین امری بر بنیاد ضمان قهری، توسل به مسئولیت مدنی که مختصات متفاوتی با ضمان قهری دارد، همچنان امکان‌پذیر به نظر می‌رسد. همان‌طور که در ســـابقه تقنینی این موضوع هم این امر قابل مشاهده است. صرف نظر از این موارد، عدم تهیه پوشش بیمه‌ای که یک تکلیف قانونی برای دارنده است، می‌تواند با جریمه مناسب که همان پاسخ‌گویی دارنده نسبت به خسارت وارده است، مواجه شود. افزون بر نقشی که تعزیر به عنوان یک مجازات ایفا می‌کند، امکان توسل به آن به منظور جبران خسارت هم پذیرفتنی است.

۳- حذف مســـئولیت مدنی دارنده نه تنها اشـــخاص ثالث را تحت تأثیر قرار می‌دهد، بلکه صندوق تأمین خسارات بدنی و راننده مسبب حادثه را به ویژه در فرض عدم پوشـــش بیمه‌نامه با چالش‌های جدی مواجه می‌سازد؛ چالش‌هایی که «اگر نبود»، نقض تکلیف دارنده در تهیه بیمه‌نامه به بار نمی‌آمد. توالی فاســـد به روشنی نشان داد

صرف وجود بیمه‌گر و یا صندوق، راه‌حل نهایی نیســـت و توان حل تمام چالش‌های موجـــود را ندارد و همچنان به مداخله حقوق مســـئولیت مدنی در این زمینه در کنار توجه به حقوق بیمه نیازمندیم.

٤- پیشنهاد می‌شود با توجه به قلمرو وسیع خسارات ناشی از حوادث رانندگی به منظور حمایت هر چه بیشـــتر زیان‌دیدگان در صورت تحقق عنوان دارنده و بر پایه خطرآفرین بودن وسیله نقلیه، مســـئولیت مدنی دارنده مورد شناسایی قرار گیرد. این ضرورت در فرض عدم تهیه پوشـــش بیمه‌نامه بیشتر احساس می‌شود. در طراحی این مسیر و در انتخاب مبنای مسئولیت، آن دسته از مواردی که به رفتار شخص توجه دارد نظیر اتلاف، تســـبیب و تقصیر، مناسب موضوع به شمار نمی‌آید. به نظر می‌رسد برای تحقق مسئولیت مدنی دارنده، رابطه سببیت باید میان حادثه و خسارت وارده با وسیله نقلیه مســـبب حادثه برقرار باشد نه با رفتار شخص دارنده. از نظر تحلیلی بر بنیاد نهاد تعزیر هم می‌توان به سادگی دارنده را در فرضی‌که بیمه‌نامه تهیه نکرده است، از باب نقض این تکلیف، ملزم به جبران خسارت وارده دانست.

فهرست منابع

الف. فارسی

* ابهـــری، حمید و قربانـــی جویباری، محمد (۱۳۹۷)، «**مســـئولیت صندوق تأمین خســـارت‌های بدنی نسبت به خســـارت‌های بدنی وارد بر راننده مسبب حادثه**»، پژوهش‌نامه بیمه، دوره ۳۹، شماره ٤.

* احمـــدی، خلیل (۱۳۹٦)، «**مهم‌ترین نوآوری‌های قانون بیمه اجباری خســـارات وارد شـــده به شخص ثالث در اثر حوادث ناشی از وســـایل نقلیه سال ۱۳۹۵**»، پژوهش‌نامه بیمه، دوره ۳۲، شماره ۳.

* افکار، حمید (۱٤۰۱)، «**ارزیابی تأمین مالی نظام جبران خســـارت راننده مسبب حادثه در پرتوی قانون بیمه اجبـــاری مصوب ۱۳۹۵**»، دانش‌نامه حقوق اقتصادی، دوره ۲۹، شماره ۲۱.

* افکار، حمید و خدابخشی، عبدالله (۱٤۰۱)، «**طرح نظریهٔ تضامن مسئولیت مسبب حادثه و بیمه‌گر در قانون بیمهٔ اجباری**»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸٦، شماره ۱۲۰.

* امامی‌پور، محمد (۱۳۸۸)، «**نگاهی نقادانه به قانون اصلاح قانون بیمه شـــخص ثالث مصوب ۱۳۸۷**»، حقوق اسلامی، دوره ٦، شماره ۲۱.

* ایزانلـــو، محســـن (۱۳۸۷)، «**نقد و تحلیل قانون اصلاح قانـــون بیمه اجباری**»، فصل‌نامه مطالعات حقوق خصوصی، دوره ۳۸، شماره ٤.

* بابایـــی، ایرج (۱۳۹٤)، **حقوق مسئولیت مدنی و الزامات خارج از قرارداد**، چاپ نخست، تهران: میزان.

* بابایی، ایرج (۱۳۹٦)، **حقوق بیمه**، چاپ چهاردهم، تهران: سمت.

* باریکلو، علیرضا (۱۳۸۵)، **مسئولیت مدنی**، چاپ نخست، تهران: میزان.

* بهرامی احمدی، حمید (۱۳۹۳)، **ضمان قهری**، چاپ نخســـت، تهران: دانشگاه امام صادق علیه‌السلام.

* بهرامـــی احمدی، حمید (۱۳۸۷)، «**تحلیلی بر قانون بیمه اجباری وســـایل نقلیه موتوری زمینی در برابر اشـــخاص ثالث، مصوب ۱۳٤۷ و اصلاحیه قانون مزبور مصوب سال ۱۳۸۷**»، پژوهش‌های اسلامی، دوره ۳، شماره ۲.

* بهرامی احمدی، حمید؛ آقاعباسی، رضا (۱۳۹۶)، «**تعیین مسئول حادثه رانندگی از میان مالک و راننده اتومبیل با نگاهی به قانون بیمه اجباری مسؤولیت مدنی دارندگان وسایل نقلیه موتوری زمینی**»، پژوهش‌های حقوقی، شماره ۳۲.
* جعفری خسروآبادی، نصرالله و سالمی، مینا (۱۳۹۸)؛ «**مسئولیت دارندگان وسایل نقلیه موتوری در مقابل شخص ثالث، به مثابه مسئولیت مدنی یا کیفری؟ نظریه خطر از ظهور تا افول و سیر تحولات مسئولیت دارندگان وسایل نقلیه در حقوق ایران**»، پژوهش‌های حقوق جزا و جرم‌شناسی، شماره ۱۴.
* جواهرکلام، محمدهادی (۱۴۰۱)، **مبانی و اصول جبران خسارت بدنی**، چاپ دوم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
* خدابخشی، عبدالله (۱۳۹۰)، «**مسؤولیت مدنی ناشی از حوادث رانندگی و تحولات آن در حقوق ایران**»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۷۵، شماره ۷۴.
* خدابخشی، عبدالله (۱۳۸۸)، **بیمه و حقوق مسئولیت مدنی**، چاپ نخست، تهران: روزنامه رسمی جمهوری اسلامی ایران.
* دریائی، رضا و کربلائی آقازاده، مصطفی (۱۳۹۸)، «**امکان‌سنجی فقهی و حقوقی جبران خسارت ناشی از مالکیت اشیاء خطرناک**»، آموزه‌های فقه مدنی، دوره ۱۱، شماره ۲۰.
* دریائی، رضا و کربلائی آقازاده، مصطفی (۱۳۹۹)، «**تأملی بر رابطه قانون مسئولیت مدنی با موجبات ضمان قهری در حقوق ایران**»، مطالعات حقوقی، دوره ۱۲، شماره ۳.
* دریائی، رضا و غلاملو، جمشید (۱۴۰۲)، «**تعزیر مدنی در سایهٔ جرم تعزیری؛ بازتحلیل انتقادی اثر وضعیِ جرم انتقال مال با انگیزهٔ فرار از پرداخت دین**»، مطالعات حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دوره ۵۳، شماره ۱.
* ره‌پیک، سیامک (۱۳۹۰)، «**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.
* شهیدی، مهدی (۱۳۸۲)، **تشکیل قراردادها و تعهدات**، چاپ سوم، تهران: مجد.
* صفایی، سید حسن و رحیمی، حبیب‌الله (۱۳۹۸)، **مسئولیت مدنی**، چاپ دوازدهم،

تهران: سمت.
* صفایی، سید حسین و اورک بختیاری، حسنعلی (۱۳۹۳)، «**نگاهی نو به مبانی مسئولیت مدنی دارندگان خودرو**»، فصل‌نامه حقوق، دوره ٤٤، شماره ۱.
* طباطبائی، سید محمدحسین (۱۳۹۳)، **اصول فلسفه و روش رئالیسم**، جلد دوم، چاپ بیست و سوم، قم: صدرا.
* طهماسبی، جواد (۱۳۸۸)، **گفتمان دامنه مسئولیت در قانون اصلاح قانون بیمه اجباری مصوب ۱۳۸۷**، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۷۳، شماره ٦٨.
* عباسلو، بختیار (۱۳۸۷)، **مسئولیت مدنی ناشی از سوانح رانندگی**، چاپ دوم، تهران: میزان.
* عمید زنجانی، عباسعلی (۱۳۸۲)، **موجباب ضمان**، چاپ نخست، تهران: میزان.
* غلاملو، جمشید و دریائی، رضا (١٤٠١)، «**توهین، افترا و نشر اکاذیب تعزیری از جرم‌انگاری تا جرم‌زدایی با تأکید بر الگوی حقوق مدنی**»، آموزه‌های حقوق کیفری، دوره ۱۲، شماره ۲۳.
* کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۵)، **مسئولیت مدنی**، جلد نخست، چاپ پنجم، تهران: دانشگاه تهران.
* کاتوزیان، ناصر و جنیدی، لعیا و غمامی، مجید (۱۳۸۱)، **مسئولیت مدنی ناشی از حوادث رانندگی**، چاپ دوم، تهران: مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران.
* فروغی، روح‌الله (۱۳۹۹)، «**احکام اعتباریات از دیدگاه محقق اصفهانی**»، پژوهش‌های اصولی، دوره ٦، شماره ۲۵.
* قربان‌پور، امیرمهدی (۱۳۹۱)، **مسؤولیت قراردادی (ماهیت و مبانی)**، چاپ نخست، تهران: مجد.
* محقق‌داماد، سید مصطفی (۱۳۸۸)، «**تحولات اجتهاد شیعی: مکتب‌ها، حوزه‌ها و روش‌ها (٤)، احکام وضعی و احکام تکلیفی ازنظر محقق خراسانی**»، مجله تحقیقات حقوقی، دوره ۱۲، شماره ۵۰.
* محقق‌داماد، سید مصطفی و حاجیان، هانی (١٤٠٠)، «**نظریه عمومی جریمه مدنی (تعزیرات غیرکیفری) در فقه اسلامی و حقوق ایران**»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۵، شماره ١١٤.

* محمـــدی، مهدی و ابدالی، مهرزاد و اکبرینه، پروین (۱۳۹۵)، «**مســـؤولیت مدنی ناشـــی از مالکیت یا تصرف وسایل نقلیه در حقوق ایران و فرانسه**»، پژوهش‌های حقوق تطبیقی، دوره ۲۰، شماره ٤.

* معبودی نیشـــابوری، رضا و حداد خداپرســـت، مریـــم (۱۳۹۳)، «**مبنای مسئولیت مدنی دارنده وســـیله نقلیه موتوری زمینی با توجه به قانون جدید بیمه اجباری**»، پژوهشنامه بیمه، دوره ۲۹، شماره ۱.

ب. عربی

* انصاری، مرتضی بن محمدامین (۱٤۱۵ ق)، **کتاب المکاســـب**، جلد ســـوم، چاپ نخست، قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.

* خویی، ســـید ابوالقاسم موســـوی (۱٤۰۹ ق)، **مبانی العروه الوثقی**، جلد نخست، چاپ نخست، قم: منشورات مدرسه دارالعلم لطفی.

* غروی نائینی، میرزا محمدحســـین (۱۳۷۳ ق)، **منیه الطالب فی حاشیه المکاسب**، جلد نخست، چاپ نخست، تهران: المکتبه المحمدیه.

* موسوی خمینی، سید روح‌الله (۱٤۱۰ ق)، **رسائل**، جلد نخست، چاپ نخست، قم: اسماعیلیان.

مجله حقوقی دادگستری

مقاله پژوهشی/ دوره ۸۸/ شماره ۱۲۵/ صفحات: ۱۷۷-۱۴۹
تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۸/۰۹ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۳/۰۹

مصادیق دعوای مردد (غیرمنجز) و تکلیف دادگاه در مواجهه با آن؛ با تاکید بر رویه قضایی

مصطفی السان،[۱] احسان بهرامی،[۲] اکبر الماسی[۳]

چکیده

خواسته خواهان از دادگاه معمولاً منحصر در یک امر است. در موارد تعدد خواسته نیز، غالباً مشخص است که خواهان دقیقاً از دادگاه چه می‌خواهد؛ با این حال، گاه طرح خواسته‌های متعدد، دادگاه را در احراز این‌که خواهان مشخصاً از این مرجع چه می‌خواهد، با ابهام مواجه می‌سازد؛ مانند طرح خواسته‌های «الزام به اجرای تعهد» و «مطالبه خسارات ناشی از عدم اجرای تعهد» در کنار یکدیگر. این وضعیت که منجر به پیدایش اصطلاح دعوای مردد یا غیر منجز در حقوق دادرسی مدنی شده، با پرسش‌هایی همراه است: نخست، آیا مردد بودن دعوا صرفاً ناشی از مردد بودن خواسته است یا مصادیق دیگری از دعوای مردد نیز قابل‌تصور است؟ دوم، تکلیف دادگاه در مواجهه با دعوای مردد چیست؟

این مقاله در پاسخ به این پرسش‌ها، با بهره‌گیری از آراء قضایی، نتیجه می‌گیرد که خواسته تنها عامل مردد شدن دعوا نیست، بلکه با توجه به محدوده خواسته، متعلق خواسته، سبب و خوانده دعوا نیز می‌توان مصادیق دیگری از دعوای مردد را تصور کرد؛ همچنین به‌رغم مشابهت ظاهری دعوای مردد و دعوای غیر جزمی موضوع بند ۹ ماده ۸۴ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی، صدور قرار رد دعوا جایز نیست، بلکه دادگاه در مواجهه با بیشتر مصادیق دعوای مردد باید اخطار رفع نقص ارسال و از خواهان اخذ توضیح کند و در رابطه با برخی دیگر از مصادیق دعوای مردد، رسیدگی به دعوا و صدور رأی متناسب ضروری است.

واژگان کلیدی: دعوای مردد، تعارض خواسته‌ها، خواسته غیر منجز، دعوای ظنی یا احتمالی.

---

۱. دانشیار گروه حقوق تجارت بین‌الملل و حقوق مالکیت فکری و فضای مجازی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران. mostafaelsan@yahoo.com

۲. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران. (نویسنده مسئول) e_bahramy@sbu.ac.ir

۳. کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری، تهران، ایران. akbaralmasi37@gmail.com

درآمد

همان‌طور کـــه از ماده ۵۱ قانون آیین دادرســـی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی پیداســـت، درج لااقل یک خواســـته، یک ســـبب و یک خوانده اصولاً جهت اقامه دعوا و رســـیدگی به آن کفایت می‌کند. با وجود این، گاه برخی از دعاوی دربرگیرنده خواســـته‌ها، اسباب یا خواندگان متعدد اســـت. برای مثال، پس از انعقاد بیـــع و عدم تحویل مبیع، خریدار طرح دعوا و خواســـته را «الـــزام به تحویل مبیع» و «خســـارت تأخیر در تحویل مبیع» اعلام می‌کند. نمونه دیگر، فرضی است که پس از وقوع ظاهری عقد قرض، دعوای اعلام بطلان عقد قرض از سوی قرض‌دهنده مطرح و «صوری بودن عقد» و «فقدان اهلیت قرض‌دهنده» به‌عنوان اسباب دعوا ذکر می‌شود. در مثالـــی دیگر، پـــس از انعقاد عقد ضمان و عدم پرداخـــت دین، مضمون‌له دعوای مطالبه وجه را علیه ضامن و مضمون‌عنه اقامه می‌کند.

در این قبیل موارد آشـــکار است که تعدد خواسته، سبب یا خوانده به مردد و نامعین شـــدن دعوا ختم نمی‌شود. به بیان دیگر، در تمام موارد فوق مشخص است که خواسته خواهان از دادگاه چیست، بر چه اسبابی استوار است و از چه اشخاصی مطالبه شـــده است؛ با این حال، گاه ممکن است خواسته‌های متعدد به‌گونه‌ای مطرح شود که مقصود نهایی خواهان را آشـــکار نســـازد. به عنوان نمونه، ذکر هم‌زمان خواسته‌های «اثبـــات وقوع بیع» و «اعلام بطلان بیع» ســـبب می‌شـــود دادرس در احراز این که آیا خواهان به دنبال احراز صحت بیع اســـت یا اعلام بطلان آن، در دو راهی قرار گیرد. همچنین برخی مواقع ممکن اســـت اســـباب متعدد به نحوی ذکر شـــود که مشخص نشـــود دعوا بر کدام‌یک از اسباب استوار شده است. برای مثال، در دعوای تخلیه، اگر بخشی از شـــرح خواسته دلالت بر «تعدی» به‌مثابه ســـبب دعوا داشته و بخش دیگر حاکی از «عدم پرداخت اجاره‌بها» به‌عنوان ســـبب باشـــد، مشخص نیست که دعوا بر کدام‌یک از اسباب تکیه زده اســـت. افزون بر این‌ها، گاه خواندگان متعدد به شیوه‌ای طرف دعوا قرار می‌گیرند که مشخص نیست حق ادعایی خواهان از کدام‌یک از آن‌ها مطالبه شده است. برای نمونه، چنانچه پس از اتلاف رایانه قابل‌حملِ یک شخص، او دعوای مطالبه خسارت را علیه خواندگان متعدد مطرح و در دادخواست اشاره کند که نمی‌داند زیان توســـط کدام‌یک از آن‌ها وارد شده، دادگاه در تشخیص خوانده واقعی

ناتوان خواهد بود.

با این اوصاف، در مواردی که خواسته‌ها، اسباب و یا خواندگان دعوا متعدد بوده و ماحصل این وضعیت، نامعین و مردد شدن آن‌ها بین دو یا چند امر است، مفهوم «دعوای مردد» تجلی پیدا می‌کند. این وضعیت، پرسش‌هایی را ایجاد می‌کند که: مصادیق دعوای مردد کدام است؟ آیا مصادیق دعوای مردد صرفاً همان است که پیش‌تر گفته شد یا مصادیق دیگری نیز در این زمینه قابل‌شناسایی است؟ تکلیف دادگاه در مواجهه با دعوای مردد چیست؟ آیا دادگاه چاره‌ای جز صدور قرار رد دعوا با تکیه بر بند ۹ ماده ٨٤ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی ندارد؟ پاسخ مثبت چگونه توجیه می‌شود؟ در مقابل، اگر پاسخ منفی است، چه راهکاری در اختیار دادگاه قرار دارد؟ آیا دادگاه می‌تواند اخطار رفع نقص ارسال کند یا از خواهان توضیح بخواهد یا مکلف به شنیدن دعوا است؟

در پاسخ به پرسش‌های فوق، پژوهش خاصی در ادبیات حقوقی کنونی صورت نگرفته است و هرچند تحلیل‌های فقهی و حقوقی ارزشمندی پیرامون دعوای غیر جزمی (موضوع بند ۹ ماده ٨٤) صورت گرفته (محسنی و ملک‌تبار فیروزجایی، ١٤٠٠/الف: ۱۲۷-۱۳۲؛ مؤذنی و کیخا، ١٤٠٠: ١٩٤-١٧٣؛ خدابخشی، ۱/۱۳۹۹: ۲۱۹-۲۱٦؛ هرمزی، ١٣٩٤: ٢٨-٢٦؛ شمس، ۱/۱۳۸۵: ٤٦٧؛ نهرینی، ۲/۱۳۹۸: ۳۹۱-۳۹۰؛ مهاجری، ۱/۱۳۹۷: ۳۹۱)، اما دعوای مردد به شرحی که از نظر گذشت، عمدتاً مورد نظر این پژوهش‌ها نبوده است؛ این در حالی است که رویه قضایی سال‌هاست با چالش دعوای مردد که معمولاً از آن تحت عنوان «دعوای غیر منجز»[1] یاد می‌شود، مواجه است.

با این توضیحات، پاسخ به پرسش‌های پیش‌گفته به روش توصیفی تحلیلی و با مراجعه به منابع کتابخانه‌ای و مطالعه گسترده در رویه قضایی، رسالت اصلی مقاله پیشِ رو است. به این منظور، ابتدا به شناسایی مصادیق دعوای مردد پرداخته

---

۱. هرچند از این اصطلاح در تنظیم ماده ۳۳ قانون دیوان عدالت اداری نیز استفاده شده، اما اطلاق آن بر دعوای مردد چندان صحیح نیست و همان‌طور که از ماده ٦٠ قانون دیوان عدالت اداری نیز استنباط می‌شود، چون «منجز» عمدتاً در برابر «معلق» به‌کار می‌رود، منظور از «غیر منجز»، امری است که معلق بر امر دیگری نباشد (جعفری لنگرودی، ۵/۱۳۷۸: ۳۵۲۸؛ واحدی، ۱/۱۳۹٤: ۳۱۰-۳۰۹)؛ این در حالی است که منظور از مردد بودن، نامعین بودن و دوران بین دو یا چند امر است.

و مصادیق دعوای مردد به اعتبار خواسته، محدوده خواسته، متعلق خواسته، سبب و خوانده دعوا روشن می‌شود. در ادامه، تکلیف دادگاه در مواجهه با دعوای مردد مورد تجزیه و تحلیل واقع می‌شود و واکاوی راهکارهای قابل‌طرح یعنی صدور قرار رد دعوا، ارسال اخطار رفع نقص، اخذ توضیح از خواهان و استماع دعوا مورد نظر قرار می‌گیرد.

۱. مصادیق دعوای مردد

شایع‌ترین مصداق دعوای مردد، دعوایی است که خواسته آن مردد بین دو یا چند امر است. در کنار این مصداق شایع، مصادیق دیگری نیز با توجه به محدوده خواسته، متعلق خواسته، سبب و خوانده دعوا قابل‌ملاحظه است که در بخش حاضر از نوشتار، به بررسی آن‌ها خواهیم پرداخت.

۱-۱. دعوای مردد به اعتبار خواسته

مطابق بند ۳ ماده ۵۱ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی، «تعیین خواسته» یکی از مندرجات ضروری دادخواست محسوب می‌شود. بر این بنیاد، خواهان باید به گونه‌ای خواسته خویش را در دادخواست درج کند که معین بوده و مردد بین دو یا چند امر نباشد. با وجود این، گاهی اوقات خواسته خواهان از دادگاه، مردد بین دو یا چند امر بوده به‌نحوی که نمی‌توان تشخیص داد خواهان کدام‌یک را مورد نظر دارد. «به عنوان مثال شخصی به طرفیت دیگری طرح دعوا می‌کند مبنی بر این که مقداری طلا از او خریداری کرده و فروشنده طلا را تحویل نمی‌دهد و از دادگاه می‌خواهد که دادگاه او را به تحویل طلا یا پول آن محکوم کند. طبیعی است در اینجا خواسته غیر منجز و به تعبیری مردد است» (مهاجری، ۱/۱۳۹۷: ۳۹۱).

این مصداق از دعوای مردد صرفاً در وضعیتی که خواهان از حرف «یا» بهره می‌برد، قابل تصور نیست. به دیگر بیان، خواسته‌های متعدد عرضی ممکن است با توجه به تعارض خواسته‌ها به نحوی که قابل جمع نباشند، پیش آید. برای مثال، پس از انعقاد قرارداد بیع و عدم پرداخت ثمن، فروشنده طرح دعوا می‌کند. او در ستون خواسته و شرح آن، از دادگاه می‌خواهد خوانده را به پرداخت خسارت تأخیر در تأدیه ثمن محکوم نماید و بار دیگر، از دادگاه تقاضا می‌کند حکم به تأیید فسخ قرارداد

صادر کند.[۱] در این فرض، هر چند از حرف «یا» استفاده نشده، اما ستون خواسته و شرح آن دلالت بر مردد بودن خواسته دارد؛ زیرا در صورت احراز عدم پرداخت ثمن و صدور حکم به تأیید فسخ، دیگر ثمن مسترد نمی‌گردد و در صورت احراز خسارت تأخیر تأدیه پرداخت ثمن، دیگر قرارداد فسخ نشده است. از این رو، گویا خواهان از دادگاه تقاضا کرده که یا «خاتمه قرارداد» را اعلام کند یا در صورت احراز «بقای آن»، خوانده را به پرداخت زیان دیرکرد محکوم نماید. همچنین است آن‌جا که خواسته‌های متعددِ «الزام به ایفای تعهد» و «مطالبه خسارت ناشی از عدم انجام تعهد» در دادخواست واحد مطرح می‌شوند.[۲] در این مورد نیز، مشخص نیست خواهان قصد دارد با الزام خوانده، به نقطه مطلوب قراردادی (اجرای آن) برسد یا می‌خواهد از اجرای قرارداد صرف نظر کرده و خسارات ناشی از عدم اجرای آن را دریافت کند. به طور مشابه، آن‌جا که خواسته‌های «بی‌اعتباری و انفساخ» در کنار یکدیگر مطرح می‌شود، مشخص نیست خواهان قصد دارد انعقاد قرارداد را زیر سوال ببرد یا ضمن پذیرش انعقاد آن، سودای انحلال قهری آن را در ذهن دارد.[۳]

البته گاه تعارض خواسته‌ها به دلیل تعارض میان ستون خواسته و شرح آن است؛ یعنی خواهان در ستون خواسته، یک امر را مطالبه کرده و در شرح خواسته، امر دیگری را تقاضا نموده است. به عنوان نمونه، در دعوای راجع به انحلال قرارداد، ستون خواسته دلالت بر تقاضای «تأیید فسخ قرارداد» دارد؛ در حالی که شرح خواسته حاکی از درخواست «فسخ قرارداد» است.[٤] همچنین است آنجا که ستون خواسته متضمن «ابطال قرارداد» است؛ در حالی که شرح خواسته «اعلام بطلان قرارداد» را نشان می‌دهد.

پرسشی که اکنون پیش می‌آید، این است که آیا طرح خواسته‌های متعدد به‌نحو طولی نیز به شکل‌گیری دعوای مردد ختم می‌شود یا خیر. برای مثال، مالکی را در

---

۱. دادنامه شماره ۱۹۹ مورخ ۱۳۹۲/۲/۱۹ صادره از شعبه اول دادگاه حقوقی پاکدشت

۲. دادنامه شماره ۹۱۰٦۸٤ مورخ ۱۳۹۱/۸/۲۹ صادره از شعبه هفتم دادگاه تجدیدنظر استان تهران (نقل از افتخار جهرمی و السان، ۳/۱٤۰۱: ۹۳)

۳. دادنامه شماره ۹٤۰۹۹۷۲۲۱۳۱۰۰۵۷۱ مورخ ۱۳۹٤/٦/۲۳ صادره از شعبه اول دادگاه حقوقی فیروزکوه

٤. دادنامه شماره ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۹٤۰۰۰۷۲ مورخ ۱۳۹۳/٦/۲۲ صادره از شعبه بیست و پنجم دادگاه تجدیدنظر استان تهران

نظر بگیرید که پس از غصب مالش، اقدام به طرح دعوا نموده است. در این موقعیت، او که نمی‌داند عین مال باقی است یا تلف شده، ابتدا از دادگاه می‌خواهد خوانده را به رد عین مال محکوم نماید. در ادامه، از بیم این‌که مبادا خوانده اثبات نماید که مال تلف شده و در نتیجه، دعوا رد شود، خواهان از دادگاه تقاضا می‌کند که در صورت تلف مال، خوانده را به پرداخت قیمت آن محکوم کند.[۱] در مثال دیگر، خواهان که الزام خوانده به تنظیم سند رسمی را از دادگاه می‌خواهد، در دوگانگی وجود یا فقدان صورت‌مجلسِ تفکیکیِ ملکِ موضوعِ نزاع قرار دارد. در حقیقت از آن‌جا که خواهان نمی‌داند ملک موضوع دعوا دارای صورت‌مجلس تفکیکی است یا خیر، خواسته خود را از حالت واحد خارج ساخته و پس از تقاضای الزام خوانده به تنظیم سند رسمی، در ادامه از دادگاه تقاضا می‌کند در صورتی که ملک فاقد صورت‌مجلس تفکیکی است، نسبت به انتقال سند به‌صورت مشاعی حکم صادر کند.[۲] به عنوان نمونه‌ای دیگر، پس از انعقاد قرارداد بیعی که تصریح به تکلیف فروشنده به تهیه محلِ توقفِ وسیله نقلیه دارد، خریدار اقدام به طرح دعوای الزام به تحویل پارکینگ می‌نماید؛ با این حال، او از دادگاه می‌خواهد در صورت عدم امکان تحویل پارکینگ، خوانده را به پرداخت خسارات ناشی از عدم انجام تعهد محکوم کند.[۳] افزون بر این‌ها، فرضی را در نظر بگیرید که در آن، ملک شخص «الف» توسط دیگری غصب و سپس به شخص ثالثِ با حسن نیت فروخته شده است. متعاقباً خریدار اقدام به ساخت اعیانی و ایجاد تغییرات عمده در ملک موصوف می‌کند. در ادامه که مالک اصلی از این ماجرا مطلع می‌شود، در دو راهی سرنوشت‌سازی قرار می‌گیرد. از یک‌سو رویه برخی از دادگاه‌ها این است که در چنین مسأله‌ای، مال مغصوب را در حکم تلف دانسته و شخص «الف» را صرفاً مستحق قیمت آن می‌دانند؛ از دیگر سو برخی از شعب عقیده دارند که استناد به تلف حکمی صحیح نبوده و خلع ید و قلع و قمع مستحدثات متصرف شدنی است (جواهرکلام و حدادی اردکانی، ۱۴۰۲: ۱۲۶–۱۳۰). این وضعیت شخص

---

۱. دادنامه شماره ۹۸۰۹۹۷۸۳۱۰۹۰۱۵۲۵ مورخ ۱۳۹۸/۱۱/۲۹ صادره از شعبه نهم دادگاه حقوقی کرمانشاه

۲. دادنامه شماره ۰۰۲۳۳ مورخ ۱۳۹۳/۰۳/۲۵ صادره از شعبه دویست و نوزدهم دادگاه حقوقی تهران

۳. دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۰۷۰۰۶۸۴ مورخ ۱۳۹۲/۰۸/۲۹ صادره از شعبه هفتم دادگاه تجدیدنظر استان تهران

«الف» را لاجرم به طرح دعوایی با خواســـته‌های متعدد طولی سوق می‌دهد؛ به نحوی کـــه او ابتدا خلع ید و قلع و قمع مســـتحدثات را از دادگاه تقاضا می‌کند. وانگهی با عنایت به اختلاف نظر یادشده، از دادگاه می‌خواهد در صورتی که به باور این مرجع، مورد از مصادیق تلف حکمی است، خوانده را به پرداخت قیمت ملک محکوم نماید.

این وضعیت را می‌توان در دعوای تقسیم ترکه نیز ملاحظه کرد. توضیح آن که، در دعوای تقسیم ترکه از آن‌جا که خواهان اصولاً نمی‌داند ترکه قابل‌تقسیم به کدام‌یک از انواع تقســـیم یعنی افراز، تعدیل، رد و فروش است، جمیع انواع تقسیم را در ستون خواسته خاطرنشان می‌سازد. بر این بنیاد، او با ذکر عبارت «تقسیم ترکه و در صورت عدم امکان تقســـیم، فروش آن»[1] از دادگاه می‌خواهد که اگر ترکه قابل‌تقسیم به افراز است، افراز شـــود و در غیر این صورت، تقسیم به تعدیل صورت پذیرد. در صورت غیرممکن بودن حالت اخیر نیز، او به ترتیب از دادگاه می‌خواهد که تقســـیم ترکه از طریق رد و فروش انجام شـــود. این وضعیت که از اطلاق واژه «تقسیم» در ماده ۳۰۰ و مواد ۳۱۵ تا ۳۱۷ قانون امور حســـبی قابل‌استنباط است (بهرامی، ۱۴۰۱: ۲۳۱؛ همو، ۱۴۰۰: ۲۶۱) نیز دلالت بر یکی از نمونه‌های بارز درج خواســـته‌های متعدد طولی در یک دعوا دارد.

در پاســـخ به نظر می‌رســـد طرح خواســـته‌های متعدد به کیفیت یادشـــده، از مصادیق دعوای مردد محســـوب نمی‌شـــود؛ زیرا تعدد خواســـته زمانی به مردد بودن دعوا می‌انجامد که دقیقاً مشـــخص نباشـــد خواهان کدام‌یک از خواسته‌ها را از دادگاه تقاضا نموده اســـت؛ این در حالی است که در فرض طرح خواسته‌های متعدد طولی، کاملاً آشـــکار اســـت که خواهان ابتدا از دادگاه یک امر را درخواست می‌کند. در این وضعیت خواهان تنها زمانی که امکان اجابت خواســـته نخست وجود ندارد، از دادگاه می‌خواهد که به خواســـته دیگر رســـیدگی کند؛ در نتیجه، صحبت از مشخص نبودن خواســـته بی‌معناست؛ گویا دیدگاه مشابه در ورای ذهن برخی نیز بوده که گفته‌اند اگر خواسته خواهان تحویل مبیع و در صورت تعذر، پرداخت قیمت باشد، خواسته مردد

---

۱. دادنامه شماره ۱۴۰۲۱۱۳۹۰۰۰۱۳۲۷۹۰۳ مورخ ۱۴۰۲/۶/۱۹ صادره از شعبه هشتم دادگاه حقوقی زنجان؛ دادنامه شـــماره ۱۴۰۱۵۰۳۹۰۰۰۴۶۱۲۴۶۶ مورخ ۱۴۰۱/۱۱/۸ صادره از شعبه بیست و پنجم دادگاه حقوقی کرمانشاه

محسوب نمی‌شود.[۱]

۲-۱. دعوای مردد به اعتبار محدوده خواسته

گاه پراکنده بودن اجزای خواسته در گستره زمان، زمینه را برای تحقق دعوای مردد فراهم می‌سازد؛ برای مثال، آن‌گاه که دعوای مطالبه خسارت تأخیر تأدیه مطرح می‌شود، محدوده خسارت باید تعیین شود و خواهان باید تصریح کند که خسارت تأخیر را در چه بازه زمانی مورد مطالبه قرار داده است. آیا زیان دیرکرد را از زمان تقدیم دادخواست مدنظر دارد یا آن را از زمان ارسال اظهارنامه می‌خواهد؟ به همین ترتیب، غایت این خسارت، صدور حکم است یا اجرای آن؟ نمونه دیگر، دعوایی است که خواهان از دادگاه تقاضا می‌کند خوانده را به اجرای تعهدات قراردادی محکوم کند. در این دعوا، از آنجا که قرارداد طرفین مستمر بوده و سال‌های متمادی از انعقاد آن گذشته، مشخص نیست که خواسته خواهان در کدام بازه زمانی قرار می‌گیرد. به عبارت بهتر، آیا مقصود خواهان، اجرای تعهداتی است که از ابتدا بر عهده خوانده قرار گرفته یا این تعهدات در بازه زمانی دیگری مورد نظر خواهان است؟

با این اوصاف، مصداق یادشده از دعوای مردد را می‌توان در یکی از آرای دادگاه‌های تجدید نظر استان تهران جست‌وجو کرد. در این رأی، پس از مطالبه خسارت تأخیر تأدیه توسط خواهان، دادگاه مقرر می‌دارد: «... در طرح و اقامه دعوی بدوی ... خواهان ساده‌ترین اصول و موازین آمره مقرره قانونیه را مورد رعایت قرار نداده و بدون تعیین خواسته به طور منجز و مشخص صرفاً خواستار مطالبه خسارت تأخیر تأدیه گردیده و بدون آن که به طور معین و مشخص حد ادنا و حد اعلاء (تاریخ آغازین و تاریخ پایانی) خواسته را مشخص و معین داشته باشد ...»[۲] اقامه دعوا نموده است.

۳-۱. دعوای مردد به اعتبار متعلَّق خواسته

منظور از «متعلَّق خواسته»، امری است که خواسته راجع به آن است. برای مثال، متعلق خواسته تخلیه، ملک واقع در نشانی مشخص است که پلاک ثبتی معینی دارد. همچنین متعلق خواسته استرداد خودرو، خودرویی است که مشخصات معین

---

۱. نظریه مشورتی شماره ۷/۱۴۰۰/۷۰ مورخ ۱۴۰۰/۲/۲۹ اداره کل حقوقی قوه قضاییه

۲. دادنامه شماره ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۲۵۰۰۹۱۵ مورخ ۱۳۹۳/۷/۲۲ صادره از شعبه بیست و پنجم دادگاه تجدید نظر استان تهران

نظیـــر رنگ، میزان کارکـــرد و غیره دارد. با این وصف، طبیعی اســـت در مواردی که متعلق خواســـته، امری منحصر به‌فرد است، خواهان باید اوصاف و ویژگی‌های آن را مشـــخص ســـازد. برای نمونه، اگر پس از انعقاد عقد اجاره و انقضای مدت، مستأجر از تخلیه خودداری کند، خواســـته دعوا یعنی تخلیه باید موصوف به ویژگی‌های عین مستأجره مانند پلاک ثبتی، نشانی و غیره باشد. در غیر این صورت، عدم تعیین کیفیت و ویژگی‌های عین مســـتأجره، خواسته را در وضعیت نامعین و مردد قرار می‌دهد؛ به نحوی که دادرس متوجه نخواهد شد تخلیه کدام ملک مورد نظر خواهان است.

این قســـم از دعوای مردد، با «دعوای مجهول» آنچنان که در آرای فقها مطرح اســـت، شباهت قابل‌توجهی دارد. دعوای مجهول که ظاهراً برای نخستین بار از سوی شـــیخ طوسی در کتاب «مبسوط» مطرح شده (علامه حلی، ۱۴۱۳/۶: ۴۷) و سایر فقها بحث راجع به آن را به نقل از ایشـــان مطرح می‌کنند، ناظر به فرضی است که اوصاف و ویژگی‌های متعلق دعوا یا به تعبیر فقها «مدعی‌به» توســـط خواهان مورد اشاره قرار نگرفته اســـت. برای مثال، اگر شـــخص ادعا کند که یک اسب یا لباس از مدعی‌علیه طلبکار اســـت، اما به خصوصیات آن اشـــاره نکند، دعوایش مجهول شمرده می‌شود (شـــهید اول، ۱۴۱۷/۲: ۸۴؛ شـــهید ثانی، ۱۴۲۳/۱۳: ۴۳۷-۴۳۶؛ شهید ثانی، ۱۴۱۲/۱: ۲۴۱-۲۴۰؛ محقق حلی، ۱۴۰۸/۴: ۷۳؛ گلپایگانی، ۱۴۱۳/۱: ۲۶۷؛ آشتیانی، ۱۴۰۴: ۸۳؛ موسوی اردبیلی، ۱۳۸۱/۲: ۳۹؛ نجفی، ۱۳۶۲/۴۰: ۱۴۹).[1]

با این اوصاف، مصداق یادشـــده از دعوای مردد در یکی از دعاوی طرح‌شده نزد شـــعبه هجدهم دادگاه حقوقی شیراز قابل ملاحظه است. در این پرونده، خواهان مدعی است که برخی تجهیزات رایانه‌ای معین را برای تعمیر به خوانده سپرده و چون خوانده از استرداد آن‌ها خودداری می‌کند، اکنون دعوای استرداد مال را علیه او مطرح کرده اســـت. وانگهی از آنجا که به کیفیت و اوصاف این تجهیزات اشـــاره نمی‌کند، دادگاه خاطرنشـــان می‌سازد: «... با توجه به این‌که خواهان نوع و مدل و خصوصیات و کیفیات اموال مورد خواســـته را به صورت منجز و قطعی ذکر ننموده‌اند و به لحاظ این که اموال مورد خواسته از جمله اموالی است که به جهت تعدد نوع و مدل و برند

۱. جهت ملاحظه قابلیت یا عدم قابلیت استماع دعوای مجهول از منظر فقها، بنگرید به: زارع، ۱۳۹۸: ۹۳-۱۰۰

آن مشابه فراوانی در بازار دارند و می‌بایست به صورت منجز مشخص گردد تا امکان صدور حکم به استرداد آن برای دادگاه فراهم باشد؛ بنابراین دعوا منجز نبوده ...»[1].

٤-١. دعوای مردد به اعتبار سبب

برخی مواقع سبب دعوا نقش غیر قابل انکاری در مردد شدن دعوا دارد. در این موارد، به‌رغم این که خواسته خواهان معین است، اما سببی که دعوا بر آن استوار است، مردد بین دو یا چند امر است؛ به‌گونه‌ای که نمی‌توان تشخیص داد دعوا بر مبنای کدامین سبب مطرح شده است. در این وضعیت، دو فرض قابل‌تصور است: در فرض نخست، هر یک از سبب‌ها اثر ویژه خود را به دنبال دارد؛ برای مثال، اگر در بخشی از دادخواست تخلیه مشمول قانون روابط موجر و مستاجر مصوب ۱۳۵٦، سبب دعوا «نیاز شخص موجر» اعلام شود و در بخش دیگر، «تفریط» به‌عنوان سبب ذکر شود، با اسباب مختلف‌الاثر مواجه خواهیم بود؛ زیرا اثر سبب نخست، تخلیه با پرداخت تمام حق کسب، پیشه و تجارت است؛ در حالی که به موجب سبب دوم، تخلیه بدون پرداخت وجه مورد حکم قرار می‌گیرد (بند ۳ ماده ۱۵ و سکوت ماده ١٤ قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۵٦). در فرض دوم اما، اسباب متعدد همگی واجد یک اثر است؛ به عنوان نمونه، اگر در دعوای ابطال مبایعه‌نامه، یک مرتبه «جعل امضا» به مثابه سبب دعوا ذکر شود و در فراز دیگر، «صوری بودن قرارداد» به عنوان سبب اعلام شود،[2] هرچند سبب دعوا مردد است، اما این اسباب همگی اثر واحد یعنی بطلان قرارداد را در پی خواهند داشت. همچنین اگر در دعوای ابطال مزایده، «عدم رعایت تشریفات ابلاغ»، «عدم رعایت فاصله زمانی بین انتشار آگهی و روز فروش» و «از اعتبار افتادن نظریه کارشناسی به جهت انقضای مهلت شش‌ماهه» در عرض یکدیگر جزو اسباب دعوا مطرح شوند، همگی اثر یکسان یعنی ابطال مزایده را به‌دنبال خواهند داشت.

اینک پرسش قابل‌طرح این است که اگر اسباب متعدد در عرض یکدیگر نباشند، بلکه در کنار هم جهت توجیه و تبیین خواسته مطرح شوند، آیا می‌توان گفت

---

۱. دادنامه شماره ۱٤۰۲۱۲۳۹۰۰۰٦٦٥۱۸۱۹ مورخ ۱٤۰۲/۷/۲٤ صادره از شعبه هجدهم دادگاه حقوقی شیراز

۲. دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۲۷۰۱۳۹٤ مورخ ۱۳۹۱/۱۱/۷ صادره از شعبه بیست و هفتم دادگاه تجدید نظر استان تهران

دعوا مردد اســـت یا خیر. برای مثال، اگر دعوای تخلیه مشمول قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۵٦ با تکیه بر اسباب گوناگون اقامه شود، آیا می‌توان دعوا را مردد دانست؟

به منظور یافتـــن پاســـخ، باید بین دو حالت قائل به تفصیل شـــد: در حالت نخســـت، هر یک از ســـبب‌ها اثر ویـــژه خود را به دنبال دارد؛ مانند دعوای تخلیه مشـــمول قانون روابط موجر و مســـتأجر سال ۱۳۵٦ که هم‌زمان بر دو سبب «نیـــاز شخصی مالک» و «تعدی» استوار است. در این حالت، دقت در اسباب دعوا حاکی از آن اســـت که گویی خواســـته خواهان از دادگاه یک امر بسیط یعنی تخلیه نبوده، بلکه دو امر «تخلیه با پرداخت تمام حق کســـب، پیشه و تجارت» و «تخلیه بدون پرداخت حق کسب، پیشه و تجارت» را از دادگاه خواسته است. از ایـــن رو، این حالت یادآور همان مطالبی اســـت که در خصوص مردد بودن خواســـته دعوا از نظر گذشت، اما در حالت دوم، اسباب متعدد همگی واجد یک اثر هستند، نظیر دعوای تأیید فسخ با تکیه بـــر «خیار عیب» و «خیار غبن» که نتیجه هر دو، انحلال قرارداد و بازگشـــت عوضین به طرفین اســـت. به نظر می‌رسد که در این حالت، نباید دعوا را مردد دانست؛ زیرا از یک جهت، اسباب یادشده در کنار هـــم و برای توجیه خواسته مطرح شده‌اند و هرگز حکایت از مردد بودن سبب ندارند؛ از جهت دیگر، این اسباب به مردد شدن خواسته نیز نمی‌انجامند.[1]

پرسش دیگر این اســـت که آیا طرح اسباب متعدد به نحو طولی نیز به تحقق دعوای مردد ختم می‌شـــود یا خیر. برای مثال، قـــرارداد بیعی را در نظر بگیرید که در آن، خیارات ساقط نشده اســـت. پس از انعقاد قرارداد و تحویل مبیع، خریدار متوجه می‌شود مبیع معیوب بوده و فاقد اوصاف شرط‌شده ضمن عقد است. او که در اندیشه فســـخ قرارداد به سر می‌برد، دعوایی را با خواسته «تأیید فسخ» مطرح می‌کند و از بیم این که مبادا فوریت در اعمال خیار عیب توسط دادگاه احراز نشود، دعوای تأیید فسخ را بر دو ســـبب به صورت طولی استوار می‌سازد. بر این بنیاد، خواهان ابتدا از دادگاه می‌خواهـــد با تکیه بر خیار عیب، حکم به تأیید فســـخ قرارداد صادر کند و در ادامه،

---

۱. این در حالی اســـت که از دیدگاه برخی حقوق‌دان‌ها، حالت اخیر نیز حکایت از دعوای مردد دارد (نهرینی، ۲/۱۳۹۸: ۱٦۷-۱٦٤).

از این مرجع تقاضا می‌کند که در صورت عدم احراز فوریت، حکم تأیید فسخ را بر مبنای خیار تخلف از شرط صفت صادر نماید.[1]

در پاسخ به این پرسش، می‌توان از استدلالی که پیش‌تر در خصوص خواسته‌های متعدد طولی ذکر شد، استفاده کرد. بر این بنیاد، به نظر می‌رسد این فرض نیز هیچ دلالتی بر دعوای مردد ندارد؛ زیرا خواهان ابتدا از دادگاه تقاضا کرده که بر اساس سبب «الف» خواسته را مورد ارزیابی قرار دهد و تنها در صورتی که دعوا با تکیه بر این سبب مورد اجابت قرار نمی‌گیرد، به سراغ سبب «ب» رفته و دعوا را بر مبنای آن ارزیابی نماید. از این رو مردد بودن اسباب دعوا بین دو یا چند امر به نحوی که دادگاه نتواند تشخیص دهد دعوا متکی بر کدام سبب است منتفی می‌باشد.

۵-۱. دعوای مردد به اعتبار خوانده

افزون بر مصادیق یادشده، خوانده دعوا نیز نقش مهمی در مردد ساختن دعوا دارد؛ آن‌گاه که خواندگان متعدد طرف دعوا قرار می‌گیرند، معمولاً دو حالت قابل‌تصور است: در حالت نخست، خواسته دعوا از تمام خواندگان مطالبه می‌شود؛ مانند دعوایی که در آن، خواهان از دادگاه می‌خواهد خواندگان را متضامناً محکوم کند. در حالت دوم، خواسته اصلی از برخی از خواندگان مطالبه می‌شود و سایرین به دلایلی نظیر تسهیل در رسیدگی طرف قرار داده می‌شوند، مانند دعوای الزام به تنظیم سند رسمی که خواهان مکلف است جهت اثبات مالکیت خود، علاوه بر فروشنده، دارنده سند رسمی و ایادی ماقبل خود را نیز طرف دعوا قرار بدهد.[2]

با این همه، ممکن است دادخواست حکایت از این نداشته باشد که خواسته از کدام‌یک از خواندگان مطالبه شده است. در این وضعیت که دعوا به اعتبار خوانده مردد محسوب می‌شود؛ در حالی که خواندگان متعدد طرف دعوا قرار گرفته‌اند، خواهان اشاره می‌کند که نمی‌داند حق ادعایی بر عهده کدام‌یک از خواندگان است. به عنوان نمونه، شخصی که خودروی خود را در مجاورت یک تفرج‌گاه متوقف کرده، متوجه می‌شود که در اثر بازی کودکان، شیشه خودرو شکسته شده است. او

---

۱. هرچند ماده ۴۳۵ قانون مدنی به لزوم رعایت فوریت در اعمال خیار عیب اشاره کرده، چنین تصریحی در خصوص خیار تخلف از شرط وجود ندارد.

۲. این قبیل خواندگان در اصطلاحا، «خوانده تسهیل‌کننده» خطاب می‌شوند (خدابخشی، ۱/۱۳۹۹: ۲۹۴).

که نمی‌داند این خسارت از ناحیه کدام‌یک از آن‌ها وارد شده،[۱] همه را خوانده قرار داده و در دادخواست تقدیم‌شده، مراتب تردید خود را به استحضار دادگاه می‌رساند. در مثالی دیگر، ضمن قرارداد مشارکت در ساخت بین مالک و سازنده، طرفین توافق می‌کنند که سازنده می‌تواند عند الاقتضاء موقعیت قراردادی خویش را به شخص ثالث انتقال دهد. پس از چندی که سازنده به تعهدات خود عمل نمی‌کند، مالک به محل وقوع ملک مراجعه می‌کند و متوجه می‌شود که کارگران شخص دیگری را به عنوان سازنده مورد خطاب قرار می‌دهند. در این وضعیت، مالک از یک‌سو، احتمال می‌دهد که سازنده با استفاده از شرط ضمن عقد، موقعیت قراردادی خویش را به شخص جدید منتقل نموده است؛ از سوی دیگر اما، این احتمال در ذهن او خطور می‌کند که چه بسا این شخص جدید صرفاً مباشر و بازوی اجرایی طرف قرارداد بوده و هنوز از محتوای شرط ضمن عقد استفاده نشده است. این احتمالات سبب می‌شود که در دعوای الزام به اجرای تعهدات قراردادی، طرف قرارداد و شخص جدید هر دو خوانده قرار گیرند و در دادخواست تقدیم‌شده، خواهان خاطرنشان سازد که بنابر شرحی که گذشت، تعهدات قراردادی بر عهده یکی از خواندگان قرار دارد.

۲. تکلیف دادگاه در مواجهه با دعوای مردد

دعوای مردد به شرحی که گذشت، حجم قابل‌توجهی از دعاوی را به خود اختصاص داده است؛ با این حال، تکلیف دادگاه در رویارویی با آن، در هیچ یک از مقررات کنونی به‌ویژه مواد قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی به‌صراحت مورد اشاره قرار نگرفته است. از این رو، در بخش حاضر از نوشتار، به کنکاش پیرامون این مسأله خواهیم پرداخت.

۲-۱. صدور قرار رد دعوا

آنچنان که رویه غالب دادگاه‌ها نشان می‌دهد، تکلیف دادگاه در مواجهه با دعوای مردد، صدور قرار رد دعوا با تکیه بر بند ۹ ماده ۸۴ و ماده ۸۹ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی است.[۲] به منظور روشن ساختن

---

۱. در عالم ثبوت، این وضعیت با اصطلاح «سبب مجمل» ارتباط پیدا می‌کند (برای مطالعه بیشتر درباره سبب مجمل، بنگرید به: افشار قوچانی و حسینی، ۱۳۹۳: ۱-۲۲).

۲. دادنامه شماره ۱۹۹ مورخ ۱۳۹۲/۲/۱۹ صادره از شعبه اول دادگاه حقوقی پاکدشت؛ دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۶۹۵۰۰۹۰۰ مورخ ۱۳۹۲/۷/۲۹ صادره از شعبه پنجاه و دوم دادگاه تجدید نظر استان تهران؛

پیونـــد و ارتباط دعوای مـــردد و دعوای غیرجزمی، می‌توان گفـــت که منجز و معین نبودن خواسته، محدوده خواسته، متعلق خواسته و سبب دعوا کاشف از این است که خواهان در اقامه دعوا جازم نیست؛ برای مثال، وقتی دو خواسته «تأیید فسخ» و «تأیید انفســـاخ» قرارداد در عرض هم قید می‌شـــوند، این گونه استنباط می‌شود که خواهان احتمال می‌دهد انحلال عقد از جنس فسخ نباشد یا به عکس؛ به همین خاطر، خواسته دیگری را اضافه کرده است.[1] این استدلال در رابطه با جایی که سبب دعوا مردد است نیز قابل‌تصور می‌باشـــد. به عنوان نمونه، آن گاه که در بخشی از شرح خواسته، سبب دعوا «خیار عیب» درج و در بخش دیگر، «خیار تدلیس» اعلام می‌شود، احتمالی بودن دعوا آشـــکار است؛ چراکه اگر خواهان نسبت به اثرگذاری یک سبب اطمینان داشت، هرگز اسباب را در عرض یکدیگر نمی‌آورد.

با این همه، نســـبت به شمول بند ۹ ماده ۸٤ نسبت به دعوای مردد، تردیدهای قابل‌اعتنایی وجود دارد. در واقع، چون مقرره یادشده از آرای فقها اقتباس شده،[2] باید در تفسیر و استناد به آن، موازین فقهی را نیز در نظر گرفت. بر این اساس، باید گفت که:

اولاً، در دیدگاه‌های فقهی، دعوای ظنی یا احتمالی دایر مدار یک فرض ساده مورد اشـــاره قرار گرفته و آن در جایی است که خواسته، سبب و خوانده دعوا واحد بوده و خواهان تنها اصل استحقاق خود را با احتمال و گمان مطرح می‌کند (طباطبایی، بی‌تـــا: ۷۱۹؛ مقدس اردبیلی، بی‌تا/۱۲: ۱۲۵؛ تبریزی، بی‌تا: ۱۲۸؛ قمی، ۲/۱٤۲۸: ٦۲۷؛ نراقی، ۱۷/۱٤۱۵: ۱٤۹). برای مثال، در دعوای مطالبه وجه علیه شخص «الف»، خواهان

دادنامه شماره ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۹٤۰۰۰۷۲ مورخ ۱۳۹۳/٦/۲۲ صادره از شعبه بیست و پنجم دادگاه تجدید نظر اســـتان تهران؛ دادنامه شماره ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۲۵۰۰۹۱۵ مورخ ۱۳۹۳/۷/۲۲ صادره از شعبه بیست و پنجم دادگاه تجدید نظر اســـتان تهران؛ دادنامه شماره ۱٤۰۲۱۲۳۹۰۰۰٦٦۰٦۹۵٤ مورخ ۱٤۰۲/۷/۲٤ صادره از شعبه بیســـت و دوم دادگاه حقوقی شیراز؛ دادنامه شماره ۱٤۰۲۱۲۳۹۰۰۰٦٦۵۱۸۱۹ مورخ ۱٤۰۲/۷/۲٤ صادره از شـــعبه هجدهم دادگاه حقوقی شیراز؛ این در حالی است که به باور برخی، بند ۹ ماده ۸٤ قانون آیین دادرســـی دادگاه‌هـــای عمومی و انقلاب در امور مدنی در رویه قضایی متروک مانده و کمتر مورد اســـتناد دادرسان قرار می‌گیرد (محسنی و ملک‌تبار فیروزجایی، ۱٤۰۰/الف: ۱۳۲؛ همان‌ها، ۱٤۰۰: ۱٤۲/ب).

۱. ظاهراً برخی با در نظر گرفتن این پیوند و ارتباط، صرفاً خواســـته غیرمنجز را ذیل بحث راجع به بند ۹ ماده ۸٤ مطرح کرده‌اند (یوسف‌زاده، ۱۳۹۱: ۳۱۸–۳۱۹).

۲. به‌عنوان نمونه، بنگرید به: طباطبایی، بی‌تا: ۷۱۹؛ مقدس اردبیلی، بی‌تا/۱۲: ۱۲۵؛ تبریزی، بی‌تا: ۱۲۸؛ قمی، ۲/۱٤۲۸: ٦۲۷؛ نراقی، ۱۷/۱٤۱۵: ۱٤۹.

احتمال می‌دهد که از «الف» طلبکار اســـت؛ یعنی استقرار طلب بر عهده خوانده را با قاطعیـــت و جزم ادعا نمی‌کند. گویا این امر مدنظر برخی از اســـتادان حقوق نیز بوده که در شـــرح دعوای غیر جزمی در آرای فقها گفته‌اند: «هیچ‌کس حاضر نیست که در عرض‌حال شـــفاهی یا کتبی خود اظهار کند که من گمان دارم یا احتمال می‌دهیم که فـــلان مبلغ از فلان کس، طلب دارم. چنین آدمی در خارج وجود ندارد. پس این‌همه بحث در اطراف این امر [دعوای غیرجزمی] نباید به راه انداخت» (جعفری لنگرودی، ۲/۱٤۰۱: ۷۰۲). از این رو، نظرات فقها که در بند ۹ ماده ۸٤ منعکس شده، اساساً ناظر به دعوای مردد آن‌چنان‌که در این پژوهش مورد اشاره قرار گرفت نیست؛

ثانیاً، از دیدگاه فقها، عدم قابلیت اســـتماع دعوای احتمالی، اجماعی نبوده و از موارد اختلافی محسوب می‌شود. در این زمینه، برخلاف برخی که نظر به عدم استماع این دعوا دارند (محقق حلی، ٤/۱٤۰۸: ۷۳)، عده‌ای باور به پذیرش آن داشـــته (فخر المحققین، ٤/۱۳۸۷: ۳۲۷) و بعضی نیز با تفصیلاتی قائل به شنیدن آن هستند (نقل از گلپایگانی، ۱/۱٤۱۳: ۲۷۳-۲۷۲).[۱] به‌همین خاطر، گسترش دایره شمول بند ۹ ماده ۸٤ که شـــدیداً مورد اختلاف فقها بوده، به مصادیق دعوای مردد چندان قابل قبول به‌نظر نمی‌رسد؛

ثالثاً، اصل قابل‌اســـتماع بودن دعاوی که ریشـــه در موازین فقهی داشته و در حقوق موضوعه نیز مورد اشـــاره قرار گرفته (خدابخشی، ۱/۱۳۹۹: ۲۳۷؛ فرحزادی و میرنژاد بروجنی، ۱۳۹۹: ۱۸٦-۱۸۳)، مانع از تفســـیر موســـع موانع شنیدن دعوا نظیر آن‌چه در بند ۹ ماده ۸٤ آمده، می‌باشد؛

رابعاً، استناد به بند ۹ ماده ۸٤ در صورتی صحیح است که امکان معین ساختن دعوا با ارسال اخطار رفع نقص و اخذ توضیح از خواهان منتفی باشد؛ بنابراین باید در استناد به بند ۹ ماده ۸٤ در رویارویی با دعوای مردد درنگ کرد و پاسخ نهایی را پس از طرح و ارزیابی راهکارهای آتی ارائه نمود.

---

۱. جهت ملاحظه تفصیل این بحث، بنگرید به: محســـنی و ملک‌تبار فیروزجایی، ۱٤۰۰/الف: ۱۲۷-۱۳۲؛ هرمزی، ۱۳۹٤: ۲٦-۲۸.

۲-۲. ارسال اخطار رفع نقص

تکلیف دادگاه در رویارویی با دعوای مردد نه از بند ۹ ماده ۸٤، بلکه از ماده ۵۱ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی قابل‌اصطیاد است. توضیح آن که، مطابق بند ۳ ماده ۵۱ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی، «تعیین» خواسته، یکی از مندرجات دادخواست است. به باور ما، واژه «تعیین» درحالی در این بند مورد تصریح قرار گرفته که در بندهای دیگرِ این مقرره ملاحظه نمی‌شود. به عبارت دقیق‌تر، علاوه بر این که لفظ «تعیین» به معنای «درج» می‌باشد، دلالت بر لزوم «معین بودن» یا «مردد نبودن» خواسته نیز دارد. بر این اساس، اگر خواسته دعوا معین نبوده، بلکه مردد باشد (اعم از این که محدوده یا متعلق خواسته مردد باشد)، مدیر دفتر دادگاه وظیفه دارد مطابق ماده ۵۳ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی، اخطار رفع نقص صادر کرده و از خواهان بخواهد که خواسته خود را از حالت مردد خارج ساخته و معین کند. این دیدگاه با دقت در نظرات برخی از استادان حقوق استوارتر می‌شود. از نظر ایشان: «در صورتی که خواسته نوشته شده در قسمت مخصوص با خواسته مذکور در «شرح دادخواست» تعارض داشته باشد (برای مثال نخستین تخلیه ید و دومی خلع‌ید باشد)، صدور اخطار رفع نقص توسط دفتر در این مورد برای تعیین خواسته ... الزامی است» (شمس، ۲/۱۳۸۵: ۳۸-۳۷).[۱] این دیدگاه را می‌توان در یکی از آرای شعبه پنجاه و پنجم دادگاه تجدید نظر استان تهران نیز ملاحظه کرد. مطابق یکی از آرایی که این مرجع صادر نموده: «... اقتضاء داشته قبل از ورود در پرونده دادگاه طی احضاریه‌ای[۲] مراتب تنجیز خواسته را به اطلاع تجدید نظرخواه می‌رساند؛ این در حالی است که دادگاه با ورود در ماهیت امر و جلب نظر کارشناسی مبادرت به صدور قرار به کیفیت مطروحه نموده است ...».[۳]

به همین ترتیب، تکلیف مشابه در رابطه با سبب مردد وجود دارد. در حقیقت، مطابق بند ٤ ماده ۵۱ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی:

---

۱. جهت ملاحظه دیدگاه مشابه، بنگرید به: محسنی و حیدری، ۱۳۹۹: ۷.
۲. به نظر می‌رسد منظور «اخطاریه» یا «احضاریه» باشد.
۳. دادنامه شماره ۹۵۰۹۹۷۰۲۳۸۰۰۰۲۵۵ مورخ ۱۳۹۵/۳/۸ صادره از شعبه پنجاه و پنجم دادگاه تجدید نظر استان تهران

«تعهدات و جهاتی که به موجب آن خواهان خود را مستحق مطالبه می‌داند بطوری که مقصود واضح و روشـــن باشد»، یکی از مندرجات ضروری دادخواست است. بر این بنیاد، در مواردی که ســـبب دعوا واضح و روشن نیست؛ نظیر آن‌جا که اسباب متعدد به نحو عرضی مطرح می‌شـــوند، دادگاه باید در راســـتای اجرای ماده ۵۳ قانون آیین دادرســـی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی، اخطار رفع نقص صادر کرده و از خواهان بخواهد که سبب دعوا را از حالت مردد خارج ساخته و معین کند.[1]

با این همه، ارســـال اخطار رفع نقص ممکن است تکلیفی ما لا یُطاق بر عهده مدیر دفتر دادگاه قرار دهد؛ زیرا عرفاً نمی‌توان از دفتر دادگاه انتظار داشـــت که مردد بودن خواســـته یا سبب دعوا را به ویژه آنجا که ناشی از تعارض خواسته‌ها با یکدیگر اســـت، به راحتی تشـــخیص دهد و در نتیجه، اخطار رفع نقص ارسال کند؛ مثلاً این که از مدیر دفتر انتظار داشـــته باشیم مردد بودن خواسته‌های «اعلام بطلان قرارداد» و «ابطال قرارداد» را تشخیص دهد، بی‌شک از مصادیق تکلیف ما لا یُطاق است. به‌همین خاطر، در این‌جا، نقش قاضی در ارســـال اخطـــار رفع نقص با تکیه بر ماده ٦٦ قانون آیین دادرســـی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی پُررنگ‌تر از ســـایر مواردِ نیازمندِ صدورِ اخطارِ رفعِ نقص خواهد بود. گویا این امر مدنظر قضات شعبه هجدهم دادگاه تجدید نظر اســـتان نیز بوده که در رویارویی با دعوای مردد، مقرر داشته‌اند: «... چنانچه به نظر دادگاه رسیدگی کننده خواسته اعلامی تنجیز نشده بود لزوماً می‌بایست پرونده را در اجرای ماده ٦٦ از قانون آیین دادرسی مدنی به دفتر دادگاه اعاده تا مدیر دفتر شعبه با ارسال اخطاریه برای وکلای وی نسبت به رفع نقص اقدام و چنانچه در موعد مقرر رفع نقص نمی‌نمودند آنگاه با قرار صادره از ناحیه دفتر شعبه دادخواست مردود اعلام می‌گردید که در مانحن فیه بدین گونه عمل نشده است ...».[2]

---

۱. بدیهی اســـت که در تمام این حالات، اگر پس از ارســـال اخطار، نقص برطرف نشود، مدیر دفتر مکلف است مطابق ماده ٥٤ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی، قرار رد دادخواست را صادر کند.

۲. دادنامه شـــماره ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۱۸۰۰۵۱٦ مورخ ۱۳۹۳/٤/۲٤ صادره از شعبه هجدهم دادگاه تجدید نظر استان تهران

۳-۲. اخذ توضیح از خواهان

به‌رغم کارایی راهکار پیشین، اعمال آن در مواردی که مدیر دفتر به تکلیف خود عمل نمی‌کند، نیاز به تأمل دارد. به دیگر سخن، پرسش این است که در صورت عدم ارسال اخطار رفع نقص توسط مدیر دفتر و عدم نظارت دادگاه در حدود ماده ٦٦ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی، چه تصمیمی باید در قبال دعوای مردد گرفت؟

در پاسخ، راه حل را باید در ماده ۹۵ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی جست‌وجو کرد. بر این اساس، دادگاه باید به خواهان اخطار دهد که حسب مورد خواسته، محدوده خواسته، متعلق خواسته یا سبب دعوا را از حالت مردد خارج ساخته و معین کند. بدیهی است در صورتی که خواهان همکاری لازم را نداشته باشد، زمینه برای صدور قرار ابطال دادخواست توسط دادگاه فراهم خواهد بود.[1] این راهکار را می‌توان در یکی از آرای صادره از شعب دادگاه تجدید نظر استان تهران ملاحظه کرد. مطابق مندرجات این رأی، مرجع تجدید نظر پس از مواجهه با دعوایی با خواسته صدور حکم بر «بی‌اعتباری و انفساخ صورت‌جلسه مورخ ۱۳۹۳/۱۱/۲۱»، این گونه اظهار نظر می‌کند: «... تکلیف دادگاه این بوده است که اگر تردید بین دو خواسته و عدم تنجیز ان باشد نسبت به رفع نقص از طریق ارسال اخطاریه یا اخذ توضیح در جلسه اول دادرسی اقدام نماید که به این موضوع عمل نشده است ...».[2]

اگر دادگاه به مفاد ماده ۹۵ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی نیز عمل نکند، دادگاه تجدید نظر باید پس از تجدید نظرخواهی از رأی صادره، در راستای اجرای ماده ۳۵۰ این قانون، خواهان را مکلف به رفع نقص کند.

---

۱. ممکن است گفته شود در جایی که خواهان حاضر می‌شود، اما توضیحات او دعوا را از حالت مردد خارج نمی‌سازد، امکان صدور قرار ابطال دادخواست وجود نخواهد داشت؛ زیرا به تصریح ماده ۹۵، این ضمانت اجرا ناظر به فرض عدم حضور خواهان است. در مقابل اما، به نظر می‌رسد اعمال ضمانت‌اجرای مقرره مذکور، تابع ناتوانی دادگاه در اظهار نظر در ماهیت دعواست؛ نه عدم حضور خواهان. از این رو، حتی اگر خواهان حضور پیدا کند و به جهت عدم کفایت توضیحات او در راستای معین شدن دعوا، دادگاه نتواند در ماهیت اظهار نظر نماید، صدور قرار ابطال دادخواست شدنی است.

۲. دادنامه شماره ۹٤۰۹۹۸۲۲۱۳۱۰۰۳٦۱ مورخ ۱۳۹٤/۱۲/۱۷ صادره از شعبه هشتم دادگاه تجدید نظر استان تهران

به موجب این مقرره، شـــعبه تجدیدنظر لزوم معین ساختن دعوا را به اطلاع خواهان رسانده و در صورت عدم رفع نقص توسط خواهان دعوای بدوی در مهلت مقرر، رأی صادره را نقض و قرار رد دعوای بدوی را صادر خواهد کرد؛ با این حال، شگفت‌انگیز اســـت که در یکی از پرونده‌ها، شعبه پنجاه و دوم دادگاه تجدید نظر استان تهران، از اجرای مقرره اخیر خودداری کرده و جهت منجز ساختن خواسته، پرونده را به دادگاه نخستین ارجاع داده است. در دادنامه صادره در این پرونده می‌خوانیم: «نظر به این که به شرح دادنامه تجدیدنظرخواسته، دادگاه در تشخیص خواسته خواهان بدوی، تردید داشـــته است، لازم بوده اســـت در اجرای مواد ۵۳ و ٥٤ قانون آیین دادرسی مدنی، بر تنجیز خواســـته اقدام می کرد، سپس انشا رأی می‌نمود. بنابراین با توجه به ماده ۳۵۳ قانون آیین دادرســـی مدنی، با نقض دادنامه تجدید نظرخواسته، پرونده را جهت اقدام قانونی بـــه دادگاه بدوی اعاده می‌گرداند ...».[1] به‌طور مشـــابه، در یکی دیگر از آرای محاکم تجدید نظر اســـتان تهران آمده است: «... اگرچه خواسته‌های مطروحه از حیث آثار دارای شرایط متفاوت بوده و امکان دادرسی راجع به هر دو خواسته وجود نداشته مع‌الوصف اقتضاء داشـــته دادگاه رسیدگی کننده با ارســـال اخطاریه برای تجدیدنظر خواه تکلیف می‌نموده یکی از دو خواســـته را منجزاً جهت دادرسی مشخص نماید ... [لذا] دادگاه با انطباق تجدیدنظرخواهی با بند هـ ماده ۳٤۸ قانون آیین دادرسی مدنی، ضمن نقض دادنامه تجدیدنظرخواســـته پرونده امر را جهت ارســـال احضاریه برای تنجیز خواسته ... به دادگاه صادر کننده قرار منقوض اعاده می‌نماید ...».[2]

به هر روی، گاه نه ارســـال اخطار رفع نقص میســـر بوده و نه اخذ توضیح از خواهان به شرحی که در ماده ۹۵ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی ذکر شـــده، ممکن است. برای نمونه، قراردادی را در نظر بگیرید که در آن درج شـــده که در صورت عدم پرداخت هر یک از چک‌های خریدار، قرارداد منفسخ می‌شود. پس از انعقاد قرارداد و عدم کارسازی وجه نخستین چک، دعوایی به خواسته «تأیید انفساخ» از سوی فروشنده اقامه می‌شود. پس از بررسی دادخواست توسط مدیر

---

۱. دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲٦۹۵۰٦۲۷ مورخ ۱۳۹۲/۵/۲۹ صادره از شعبه پنجاه و دوم دادگاه تجدید نظر استان تهران

۲. دادنامه شـــماره ۹۳۰۹۹۸۰۲۳۷۸۰۰۲۱۳ مورخ ۱۳۹٤/۸/۱۰ صادره از شـــعبه پنجاه و پنجم دادگاه تجدید نظر استان تهران

دفتر و تأیید دادگاه، وقت دادرسی به طرفین ابلاغ می‌شود. در جلسه دادرسی، خواهان به‌جای این که بر مبنای خواسته مندرج در دادخواست پیش رود، بارها از «تأیید فسخ» سخن می‌گوید. آن‌چه در این میان آشکار می‌باشد، مردد بودن خواسته با توجه به تعارض مندرجات دادخواست با اظهارات خواهان در جلسه اول دادرسی است؛ با وجود این، از یک سو، امکان ارسال اخطار رفع نقص وجود ندارد؛ چون اولاً، خواسته مندرج در دادخواست اساساً با نقص همراه نبوده است؛ ثانیاً، زمان ارسال اخطار رفع نقص پیش از تشکیل جلسه دادرسی است. از سوی دیگر، اخذ توضیح از خواهان نیز ممکن نمی‌باشد؛ زیرا ماده ۹۵ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی اساساً ناظر به فرضی است که اظهارات خواهان در دادخواست نیازمند توضیح باشد؛ حال آن که در فرض پیشِ رو این گونه نیست.[1] با این اوصاف، پرسش این است که در این قبیل موارد که تعارض دادخواست با اظهارات خواهان در جلسه دادرسی منجر به مردد گشتن دعوا می‌شود، تکلیف دادگاه چیست؟

در پاسخ به نظر می‌رسد اگر اظهارات جدید خواهان به گونه‌ای باشد که مشمول تغییرات ماده ۹۸ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی تلقی شود، دعوا هرگز مردد نبوده و رسیدگی بر اساس اظهارات جدید خواهان انجام خواهد شد؛ در غیر این صورت، شاید بتوان با تکیه بر ماده ۱۹۹ قانون پیش‌گفته، این مجوز را به دادگاه داد که خواهان را به معین ساختن دعوا رهنمون سازد. با این حال، اجرای این مقرره به ویژه در فرضی که خواهان اعلام کند اظهارات مطرح‌شده در جلسه دادرسی را می‌پذیرد، با چالش بسیار جدی مواجه خواهد بود. در این فرض، ضرورت رعایت اصل تناظر، اصل عدم امکان تجدید جلسه (موضوع ماده ۱۰۴ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی) و اصل تغییرناپذیری دعوا[2]

---

۱. گذشته از این‌ها، برخلاف نظر برخی از دادگاه‌ها (دادنامه شماره ۱۰۴۲ مورخ ۱۳۹۳/۹/۱۹ صادره از شعبه دوم دادگاه حقوقی شهریار؛ دادنامه شماره ۹۴۰۹۹۷۰۲۲۵۰۰۰۶۱۸ مورخ ۱۳۹۴/۶/۳۱ صادره از شعبه چهل و نهم دادگاه تجدید نظر استان تهران) همچنان امکان استناد به بند ۹ ماده ۸۴ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی در موضوع حاضر وجود ندارد؛ زیرا علاوه بر مطالبی که پیرامون عدم سنخیت این مقرره با دعوای مردد گفته شد، اساساً این قسم از دعوای مردد، عاری از هرگونه احتمال در زمان اقامه بوده است؛ این درحالی است که بند ۹ ماده ۸۴ جزو شرایط اقامه دعوا بوده و باید صرفاً در زمان طرح دعوا مورد استناد قرار گیرد.

۲. به منظور مطالعه درباره این اصل، بنگرید به: السان و محمودی، ۱۳۹۷: ۴۷۳-۴۹۱؛ غمامی و محسنی، ۱۳۹۶: ۱۵۳-۱۵۵.

همگی مانع از اعمال ماده ۱۹۹ در این زمینه می‌شـــوند. گذشـــته از این‌ها، با توجه به قرارگیـــری ماده ۱۹۹ در بخش ادله اثبات دعوا، گســـترش دامنه مفاد آن به بحث این نوشتار صحیح نمی‌باشد؛ بنابراین در جایی که منشأ دعوای مردد، تعارض دادخواست با اظهارات خواهان در جلســـه دادرسی است، بهتر اســـت رسیدگی به دعوا به همان کیفیتی که از دادخواست پیداست انجام شود.

٤-۲. استماع دعوا

اکنون که تکلیف دادگاه در مواجهه با دعوای مردد به اعتبار خواسته، محدوده خواسته، متعلق خواسته و سبب دعوا روشن شده، چالش بسیار مهمی پیرامون دعوای مردد به اعتبار خوانده قابل‌طرح می‌باشد؛ توضیح آن که، وقتی خواندگان متعدد طرف دعـــوا قرار می‌گیرند و خواهان اعلام می‌کند که حق ادعایی او صرفاً بر عهده یکی از خواندگان است، لکن این خوانده را مشخص نمی‌کند، این پرسش مطرح می‌شود که تکلیف دادگاه در رویارویی با این دعوا چیست. به دیگر بیان، آیا این دعوا باید شنیده شود یا خیر؟ پاسخ به این پرسش، از این حیث واجد اهمیت است که در این حالت، امکان ارســـال اخطار رفع نقص وجود ندارد؛ زیرا بند ۲ ماده ۵۱ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی صرفاً از خواهان خواسته که نام خوانده یا خواندگان را درج نماید و او نیز به وظیفه خود عمل کرده است.

در پاسخ ممکن است گفته شود که این دعوا نباید شنیده شود؛ زیرا:

نخســـت، حتی اگر بینه آورده شـــود یا خواندگان اقرار کنند که حق بر عهده آن‌هاســـت، اما همچنان مشخص نکنند که بر عهده کدام‌یک است، فایده‌ای در شنیدن این دعوا وجود ندارد (طباطبایی یزدی، ۲/۱۳۷۸: ٤٤)؛

دوم، اگـــر این دعوا را به اعتبار خواندگان تجزیه کنیم، نتیجه حکایت از همان دعوایی دارد که بند ۹ ماده ۸٤ ناظر به آن است. در واقع، در این قسم از دعوای مردد، گویی خواهان، به جای آن که چند دعوای احتمالیِ علی‌حده علیه چند خوانده مطرح کند، این امر را در قالب تقدیم دادخواســـت واحد به منصه ظهور رســـانده است. در نتیجه ضمانت اجرای این قسم از دعوای مردد، همان است که در بند ۹ ماده ۸٤ آمده است؛

سوم، شنیدن این دعوا، نوعی ترجیح بلامرجّح محسوب می‌شود. به بیان بهتر،

وقتی استقرا در قانون نشـــان می‌دهد که هدف قانون‌گذار، وضع ضمانت اجرا جهت خروج دعوا از حالت مردد به معین است، منطقی نیست این نوع از دعوا به نحو مردد استماع شود؛

چهارم، اســـتماع این دعوا راه را برای تقلب نســـبت به دعاوی مشمول بند ۹ ماده ۸٤ باز می‌کند. به عبارت دقیق‌تر، خواهانِ دعوایی که مشـــمول مقرره یادشـــده اســـت، می‌تواند با افزودن نام شخصی دیگر در ســـتون خوانده، از اعمال این مقرره و رد دعـــوا جلوگیری کند. در این موقعیت، به جـــای این که خواهان بگوید احتمال می‌دهم از خوانده طلبکار باشم، با اضافه کردن خوانده‌ای دیگر و بیان این که از یکی از خواندگان طلبکار است، دعوا را از گزند قرار رد نجات می‌دهد.

با این همه، با توجه به دلایل و مستندات موجود در نظام حقوقی کشورمان، به نظر می‌رســـد که مجال رد این قسم از دعوای مردد وجود ندارد و لاجرم باید استماع شود؛ زیرا:

اولاً، رســـیدگی بـــه چنین دعوایی بدون فایده نیســـت؛ زیرا چه‌بســـا یکی از خواندگان اقرار نماید یا دلایل خواهان مانند شـــهادت شـــهود بتواند استقرار دین بر عهده برخی از خواندگان را اثبات نماید (موسوی خمینی، ۱٤۲۱: ۸۲۹)؛

ثانیـــاً، قیـــاس این نوع از دعوای مـــردد با آنچه در بند ۹ ماده ۸٤ ذکر شـــده، مع‌الفارق اســـت. به بیان دقیق‌تر، در این قســـم از دعوای مردد، خواهان جزم دارد که ادعای او نســـبت به یکی از خواندگان وارد بوده و تنها در رابطه با شخص مورد نظر ظن و گمان دارد؛ این در حالی اســـت که در دعوای مشـــمول بند ۹ ماده ۸٤، چنین جزمی وجود ندارد؛

ثالثـــاً، نحوه تنظیم بنـــد ۲ ماده ۵۱ قانون آیین دادرســـی دادگاه‌های عمومی و انقـــلاب در امور مدنی در مقایســـه با بندهای ۳ و ٤ آن، ترجیـــح بلامرجح را منتفی می‌سازد. آری، برخلاف تأکیدی که قانون‌گذار در بندهای ۳ و ٤ راجع به مردد نبودن خواســـته و سبب دعوا داشته (با مطرح ساختن واژگان «تعیین» و «واضح و روشن»)، ذکر مشخصات خوانده را جهت به جریان افتادن دادخواست و رسیدگی به دعوا کافی دانسته و نیاز به معین بودن آن ندیده است؛

رابعاً، حتی اگر قول به پذیرش این دعوا زمینه را برای سوءاستفاده فراهم کند،

نمی‌توان از این امر در دفاع از نشنیدن این دعوا استفاده کرد؛ زیرا شخصی که به دنبال سوء استفاده و تقلب نسبت به قانون است، می‌تواند به جای راهکار ارائه شده، در اقدامی ساده‌تر، ادعای خود را بدون هرگونه احتمال مطرح کند؛

خامساً، اقتضای عمومات ادله‌ای که دلالت بر وجوب فصل خصومت بر اساس بینه و اقرار دارد، این است که دعوا شنیده شود (طباطبایی یزدی، ۲/۱۳۷۸: ٤٥، سبزواری، ۲۷/۱۳۸۸: ٦٦)؛ بنابراین بهتر است دادگاه به دعوایی که به اعتبار خواندگان مردد است، رسیدگی کرده و بر اساس دلایل و مدارک ارائه‌شده، رأی مقتضی را صادر کند.

برآمد

۱- دعوا ممکن است با توجه به خواسته، محدوده خواسته، متعلق خواسته، سبب و خوانده آن مردد محسوب شود. بر این بنیان، اگر در نتیجه طرح خواسته‌های متعدد در عرض یکدیگر، دادگاه نتواند تشخیص دهد که به‌راستی، خواهان چه خواسته‌ای از این مرجع دارد، دعوا مردد تلقی می‌شود. همچنین، در خواسته‌هایی که اجزای آن در گستره زمان پراکنده است مانند مطالبه خسارت تأخیر در تأدیه، عدم اشاره به بازه‌ای که خواسته در محدوده آن مورد مطالبه قرار گرفته، منجر به پیدایش دعوای مردد می‌شود. به‌علاوه، عدم ذکر کیفیات و ویژگی‌های متعلق دعوا به خصوص آن‌جا که متعلق دعوا امری منحصر به‌فرد مانند مال غیر منقول واقع در نشانی مشخص است، نوع دیگری از دعوای مردد را محقق می‌سازد. افزون بر این‌ها، طرح اسباب متعدد در عرض یکدیگر به نحوی که قاضی نتواند تشخیص دهد که دعوا بر کدام‌یک از این اسباب استوار است، زمینه را برای مردد شناختن دعوا فراهم می‌کند. سرانجام، اقامه دعوا علیه خواندگان متعدد و ابراز تردید راجع به این که حق ادعایی دقیقاً بر عهده کدام‌یک از آن‌ها قرار دارد، مصداق دیگری از دعوای مردد را پیش خواهد کشید.

۲- رویه قضایی عمدتاً تمایل دارد با استناد به بند ۹ ماده ۸٤ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی، دعوای مردد (به جز دعوای مردد به اعتبار خوانده) را با صدور قرار رد پاسخ دهد. با وجود این، خاستگاه فقهی این مقرره، اختلاف نظر فقها راجع به شنیدن یا نشنیدن دعوای غیرجزمی، اصل قابل‌استماع بودن دعاوی و تعیین تکلیف دادگاه در مواد ۵۱، ۵۳ و ٦٦ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی، اقتضا می‌کند ارسال اخطار رفع نقص به عنوان نخستین داروی دعوای مردد شناخته شود؛ با این حال، در صورتی که به تکلیف یادشده عمل نشود، اخذ توضیح از خواهان (موضوع ماده ۹۵ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی)، آخرین راهکار دادگاه جهت معین ساختن دعوا و خروج آن از حالت مردد خواهد بود. در رابطه با دعوای مردد به اعتبار تعارض دادخواست با اظهارات خواهان در جلسه دادرسی و هم‌چنین خواندگان مردد، به نظر می‌رسد با عنایت به دلایلی که در این نوشتار بیان شد، استماع

آن (بی‌آن که حتی ارسال اخطار رفع نقص و اخذ توضیح از خواهان انجام شود) به شرحی که از دادخواست پیداست، به صواب نزدیک‌تر خواهد بود.

۳- جهت روشن شدن مصادیق دعوای مردد و تبیین تکلیف دادگاه در مواجهه با آن، متن زیر جهت تصویب به قانون‌گذار پیشنهاد می‌شود:

ماده ۱- «در صورتی که خواسته، محدوده خواسته، متعلق خواسته یا سبب دعوا بین دو یا چند امر مردد باشد به نحوی که دادگاه در تشخیص منظور خواهان با ابهام روبه‌رو شود، به ترتیب زیر عمل می‌شود:

الف- اگر مردد بودن امور فوق ناشی از تعارض مندرجات دادخواست باشد، دفتر دادگاه مکلف است ابتدا با ارسال اخطار رفع نقص، خواهان را به معین ساختن دعوا رهنمون سازد. در صورتی که به این تکلیف عمل نشود، دادگاه وظیفه دارد با اخذ توضیح از خواهان، دعوا را از حالت مردد خارج کند؛

ب- اگر مردد بودن امور فوق ناشی از تعارض مندرجات دادخواست با اظهارات خواهان در جلسه دادرسی باشد، دعوا به همان کیفیتی که از دادخواست پیداست، رسیدگی خواهد شد».

ماده ۲- «عدم رفع نقص در مهلت مقرر یا عدم ارائه توضیح مناسب از سوی خواهان، حسب مورد منجر به صدور قرار رد دادخواست از سوی دفتر یا قرار ابطال دادخواست از ناحیه دادگاه خواهد شد».

ماده ۳- «در صورت عدم اجرای بند (الف) ماده (۱) و همچنین ماده (۲) و تجدید نظرخواهی از رأی، دادگاه تجدید نظر با ارسال اخطار رفع نقص، خواهان دعوای بدوی را به معین ساختن دعوا ملزم می‌کند و چنانچه خواهان دعوای بدوی را از حالت مردد خارج نسازد، رأی صادره نقض و قرار رد دعوای بدوی صادر می‌شود».

فهرست منابع

الف. فارسی

* افتخار جهرمی، گودرز و السان، مصطفی (۱٤۰۱)، **آیین دادرسی مدنی**، جلد سوم، چاپ دوم، تهران: میزان.

* افشار قوچانی، زهره و حسینی، سید محمدباقر (۱۳۹۳)، «**مطالعه تطبیقی مسئوولیت مدنی سبب مجمل**»، پژوهش‌های حقوق تطبیقی، دوره ۱۸، شماره ۱.

* السان، مصطفی و نصیبه محمودی (۱۳۹۷)، «**مطالعه تطبیقی اصل تغییرناپذیری دعوای حقوقی در حقوق ایران و امریکا**»، مطالعات حقوق تطبیقی، دوره ۹، شماره ۲.

* بهرامی، احسان (۱٤۰۰)، «**مصادیق عدول از قواعد دادرسی در دعوای فروش ترکه با نگرش به رویه قضایی**»، پژوهش‌های حقوقی، دوره ۲۰، شماره ٤۵.

* بهرامی، احسان (۱٤۰۱)، «**عدول از قاعده صلاحیت محلی و غیر قابل ابطال بودن حکم دادگاه در دعوای تقسیم ترکه**»، پژوهش‌های حقوقی، دوره ۲۱، شماره ٤۹.

* جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۸)، **مبسوط در ترمینولوژی حقوق**، جلد پنجم، چاپ نخست، تهران: گنج دانش.

* جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱٤۰۱)، **دائره المعارف علوم اسلامی قضائی**، جلد دوم، چاپ پنجم، تهران: گنج دانش.

* جواهرکلام، محمدهادی و حدادی اردکانی، صمد (۱٤۰۲)، «**معیارهای شناسایی تلف حکمی در حقوق اسلامی؛ با تحلیل ضابطه انتقال به ثالث با حسن‌نیت در رویه قضائی و طرح اصلاح قانون مدنی**»، پژوهش‌نامه حقوق اسلامی، دوره ۲٤، شماره ۵۹.

* خدابخشی، عبدالله (۱۳۹۹)، **حقوق دعاوی**، جلد نخست، چاپ سوم، تهران: شرکت سهامی انتشار.

* زارع، امیر (۱۳۹۸)، **امکان‌سنجی ترمیم دادرسی مدنی و قلمرو آن در حقوق ایران**، پایان نامه کارشناسی ارشد، تهران: دانشکده حقوق قضایی دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری.

* شمس، عبدالله (۱۳۸۵)، **آیین دادرسی مدنی (دوره پیشرفته)**، جلد دوم، چاپ

دوازدهم، تهران: دراک.
* شمس، عبدالله (۱۳۸۵)، **آیین دادرسی مدنی (دوره پیشرفته)**، جلد نخست، چاپ چهاردهم، تهران: دراک.
* غمامی، مجید و محسنی، حسن (۱۳۹۶)، **آیین دادرسی مدنی فراملی**، چاپ چهارم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
* فرحزادی، علی‌اکبر و میرنژاد بروجنی، رسول (۱۳۹۹)، «**اصل قابل استماع بودن دعاوی در فقه اسلامی و حقوق ایران**»، دیدگاه‌های حقوقی قضایی، دوره ۲۵، شماره ۸۹.
* محسنی، حسن و حیدری، نرگس (۱۳۹۹)، «**تغییر خواسته و لزوم اخذ توضیح درباره خواسته غیر منجز (نقد و بررسی دادنامه شماره ۹۳۰۹۹۷۰۹۰۷۰۰۰۵۴۱ مورخ ۱۳۹۳/۸/۲۸ شعبه ۱۰ دیوان عالی کشور)**»، قضاوت، دوره ۲۰، شماره ۱۰۴.
* محسنی، حسن و ملک‌تبار فیروزجائی، هادی (۱۴۰۰)، «**اشباه و نظایر ایرادات آیین دادرسی در فقه امامیه**»، دانشنامه‌های حقوقی، دوره ٤، شماره ۱۱.
* محسنی، حسن و ملک‌تبار فیروزجائی، هادی (۱۴۰۰)، «**نگاهی تطبیقی به مفهوم و مصداق ایرادات آیین دادرسی در حقوق ایران و فرانسه**»، پژوهش‌نامه حقوق تطبیقی، دوره ۵، شماره ۷.
* مهاجری، علی (۱۳۹۷)، **دوره جدید مبسوط در آیین دادرسی مدنی**، جلد نخست، چاپ نخست، تهران: فکرسازان.
* مؤذنی، حمید و محمدرضا (۱۴۰۰)، «**قابل استماع بودنِ دعوا با دادخواست غیر قطعی**»، جستارهای فقهی و اصولی، دوره ۷، شماره ۲۳.
* نهرینی، فریدون (۱۳۹۸)، **آیین دادرسی مدنی**، جلد دوم، چاپ نخست، تهران: گنج دانش.
* هرمزی، خیرالله (۱۳۹٤)، «**شرایط قابل استماع بودن دعوی در فقه (شرحی بر بند ۳ و ۵ الی ۱۱ ماده ۸٤ قانون آیین دادرسی مدنی)**»، پژوهش حقوق خصوصی، دوره ۱۳، شماره ٤.
* واحدی، قدرت‌الله (۱۳۹٤)، **آیین دادرسی مدنی**، جلد نخست، چاپ ششم، تهران: میزان.

* یوسف‌زاده، مرتضی (۱۳۹۱)، **آیین دادرسی مدنی**، چاپ دوم، تهران: شرکت سهامی انتشار.

ب. عربی

* آشتیانی، میرزا محمدحسن (١٤٠٤ ق)، **کتاب القضاء**، قم: دار الهجره.

* تبریزی، میرزاجواد (بی‌تا)، **أسس القضاء و الشهاده**، قم: دفتر مولف.

* حسن بن یوسف، حلی (علامه حلی) (١٤١٣ ق)، **مختلف الشیعه فی أحکام الشریعه**، جلد ششم، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

* موسوی خمینی، سید روح‌الله (١٤٢١ ق)، **تحریرالوسیله**، قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره).

* سبزواری، سید عبدالأعلی (۱۳۸۸)، **مهذب الأحکام فی بیان حلال و الحرام**، جلد بیست و هفتم، قم: دار التفسیر.

* طباطبایی یزدی، سید محمدکاظم (۱۳۷۸)، **تکمله العروه الوثقی**، جلد دوم، تهران: مطعبه الحیدری.

* طباطبایی، محمد بن علی (بی‌تا)، **المناهل**، قم: مؤسسه آل البیت علیهم السلام لإحیاء التراث.

* جبعی عاملی، زین‌الدین بن علی (شهید ثانی) (١٤١٢ ق). **الروضه البهیه فی شرح اللمعه الدمشقیه (المحشی- سلطان العلماء)**، جلد نخست، قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.

* جبعی عاملی، زین‌الدین بن علی (شهید ثانی) (١٤٢٣ ق)، **مسالک الأفهام إلی تنقیح شرائع الإسلام**، جلد سیزدهم، قم: مؤسسه المعارف الاسلامیه.

* عاملی، محمد بن مکی (شهید اول) (١٤١٧ ق). **الدروس الشرعیه فی فقه الإمامیه**، جلد دوم، قم: مؤسسهٔ النشر الاسلامی التابعه لجماعه المدرسین.

* قمی، میرزا ابوالقاسم (١٤٢٨ ق)، **رسائل**، جلد دوم، قم: بوستان کتاب قم (دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه).

* گلپایگانی، سید محمدرضا (١٤١٣ ق)، **کتاب القضاء**، جلد نخست، قم: دارالقرآن الکریم.

* حلی، محمد بن حســـن بن یوسف (فخر المحققین) (۱۳۸۷ق)، **إیضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد**، جلد چهارم، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
* مقـــدس اردبیلی، احمد بن محمد (بی‌تا)، **مجمع الفائده و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان**، جلد دوازدهم، قم: مؤسسه النشر الإسلامی.
* موســـوی اردبیلی، عبدالکریم (۱۳۸۱)، **فقه القضاء**، جلد دوم، قم: موسســـه النشر لجامعه المفید.
* نجفی، شیخ محمدحســـن (۱۳٦۲)، **جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام**، جلد چهلم، بیروت: دار إحیاء التراث العربی.
* نجم‌الدین، جعفر بن حســـن (محقق حلی) (۱٤۰۸ ق)، **شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام**، جلد چهارم، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
* نراقی، أحمد بن محمدمهدی (۱٤۱٥ ق)، **مستند الشیعه**، جلد هفدهم، قم: مؤسسهٔ آل البیت علیهم السلام لإحیاء التراث.

مجله حقوقی دادگستری

مقاله پژوهشی/ دوره ۸۸/ شماره ۱۲۵/ صفحات: ۲۰۲-۱۷۹
تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۱۱/۲۰ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۲/۱۴

تأملی نوین در قواعد نحوه مطالبه عین معین تلف شده و اجرای حکم آن

سحر کریمی،[۱] حسین داودی،[۲] سید کمال آرمیون[۳]

چکیده

بر اساس ماده ۳۸۷ قانون مدنی، هرگاه مبیع بدون تقصیر یا اهمال فروشنده، پیش از تسلیم تلف شود، عقد منفسخ می‌شود و ثمن به مشتری باز می‌گردد؛ در حالی که بند یک ماده ۳٦۲ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی و ماده ٤٦ قانون اجرای احکام مدنی، در صورت تلف محکوم‌به قبل از تسلیم، مطالبه قیمت آن را ممکن می‌داند.

پژوهش حاضر با رویکـــرد تحلیلی، در رابطه با حکم تلف مبیع در مراحل مختلف، روشـــی جامع را ارائه می‌دهد. بر این اساس، انفساخ بیع در تلف مبیع قبل از قبض، مشروط به عدم تقصیر بایع اســـت؛ در حالی که با اقامه دعوا علیه بایع مبنی بر تســـلیم عین معین، در صورت صحت ادعای خواهان، تقصیر فروشـــنده در ممانعت از تسلیم به‌رغم مطالبه خریدار مفروض است. در این حالت، اگر تلف عین پس از قطعی‌شدن رأی و در مرحله اجرای حکم باشد، بنا بر اصل اجرای رای پس از قطعیت و مفاد ماده ٤٦ قانون اجرای احکام مدنی، قیمت آن طبق مقررات از محکوم وصول خواهد شد. همچنین بر اساس صدر ماده ۳٦۲ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی، ادعای جدید در مرحله مسموع نیست، ولی بند یک این ماده، مطالبه قیمت محکوم‌به‌ای که عین آن موضوع رای بدوی بوده را ادعای جدید نمی‌داند؛ بنابراین اگر در هر مرحله از تجدید نظر، عین معین موضوع رای بدوی تلف شـــود، قیمت آن جایگزین می‌شود و از آنجا که برای تفاوت قائل شدن بین اجرای حکم بند یک ماده ۳٦۲ در مرحله بدوی و تجدید نظر در رابطه با ادعای جدید محسوب نشدن قیمت به جای عین معین تلف‌شـــده نمی‌توان دلیلی یافت، مفاد این بند در هر مرحله از رســـیدگی قضایی جاری اســـت و در صورت تلف عین معین در هر یک از این موارد، ذی‌نفع می‌تواند خواسته را به قیمت آن تغییر دهد و این امر ادعای جدید محسوب نمی‌شود.

واژگان کلیـــدی: تلف مبیع قبل از قبض، اجـــرای حکم، تلف محکوم‌به، تلف عین معین، انفساخ بیع.

---

۱. عضو هیأت علمی گروه حقوق خصوصی، دانشـــکده حقوق و علوم سیاســـی دانشگاه خوارزمی، تهران (نویسنده مسئول) karimi_sahar@khu.ac.ir

۲. عضو هیأت علمی گروه حقوق خصوصی، دانشـــکده حقوق و علوم سیاســـی دانشگاه خوارزمی، تهران. hoseindavoodi@khu.ac.ir

۳. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه خوارزمی، تهران s.armion@khu.ac.ir

درآمد

مطالبه عین معین از جمله دعاوی مطرح در دادگاه‌ها است که می‌تواند بر اسباب مختلفی استوار شود. این مطالبه می‌تواند مبتنی بر یک عمل حقوقی مانند عقد بوده یا به سبب یک واقعه حقوقی همچون غصب باشد. مادام که عین موضوع مطالبه، وجود خارجی خود را از دست نداده است، دعوای مطروحه در ظاهر با پیچیدگی خاصی مواجه نیست، اما چنانچه عین معین تلف شود، زمان تلف عین معین و احکام ناظر بر هر یک، مسئله را چه در رابطه با حق ماهوی و چه در زمینه‌ی چگونگی طرح دعوا و آیین دادرسی و اجرای رای با پیچیدگی خاصی مواجه می‌سازد؛ چرا که عین معین، گاهی موضوع خواسته خواهان در دادخواست بوده و گاهی نیز موضوع حکم دادگاه (محکوم به) در دادنامه می‌باشد. یکی از موضوعاتی که در رابطه با چنین دعاوی دارای اهمیت است، تلف عین معین مذکور است که فرض تلف عین معین نیز در زمان‌های مختلف قابل تصور است. عین معین ممکن است قبل از اقامه دعوا تلف شده و یا بعد از آن تا زمان صدور حکم قطعی و اجرا، مال موضوع خواسته و یا محکوم‌به، وجود خارجی خود را از دست دهد. مقررات مختلفی در قوانین موضوعه ما وجود دارد که ناظر بر تلف عین معین است. ماده ۳۸۷ قانون مدنی، تلف عین معین قبل از تسلیم و بدون تقصیر بایع را موجب انفساخ عقد می‌داند. بند یک ماده ۳۶۲ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹، تغییر محکوم‌به از عین معین به قیمت را ادعای جدید به شمار نیاورده و بالاخره آن که، ماده ٤٦ قانون اجرای احکام مدنی مصوب ۱۳۵٦ حاوی مقرره‌ای است که به موجب آن در جایی که محکوم‌به عین معین بوده و تلف شده باشد، مطلقاً قیمت آن به محکوم‌له پرداخت می‌شود و تفاوتی نمی‌کند که این تلف ناشی از تقصیر یا بدون تقصیر واقع شده باشد.

از این رو، امکان استناد به مواد فوق با توجه به زمان‌های تلف حاوی نکات مهمی است که باید بدان پرداخته شود؛ این که از حیث زمان تلف در هر یک از صور فوق، دادگاه با چه تکالیفی مواجه می‌باشد، موضوعی است که در تحقیقات پیشین به صورت جامع و یک‌جا مورد بررسی قرار نگرفته است. پژوهش حاضر در پی پاسخ به این پرسش‌ها است که مقررات فوق چه ارتباطی با یکدیگر داشته و چگونه می‌توان

آن‌ها را به نحوی تفسیر و اجرا نمود که تعارضی ایجاد نشود؛ چرا در ماده ۳۸۷ قانون مدنی تلف مبیع عین معین موجب انفساخ عقد و استرداد ثمن به مشتری می‌شود، ولی ماده ٤٦ قانون اجرای احکام مدنی، محکوم‌له را در جایی که عین محکوم‌به تلف شده مستحق قیمت می‌داند و چه اسبابی باعث شده در خصوص یک ماهیت واحد، تعدد احکام وجود داشته باشد. به علاوه، آیا بند یک ماده ۳٦۲ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی ناظر به تلف خواسته است و یا تلف محکوم‌به و استناد به این بند در مرحله نخستین امکان دارد یا خیر؟ از آنجا که حکم دادگاه پس از قطعیت باید اجرا شود، چه عواملی موجب می‌شود تا دعاوی انحلال قرارداد قابلیت استماع نیابند.

شاید در بادی امر به نظر برسد که اختلاف بین احکام در فرض وجود ماهیت واحد، نتیجه‌ی اختلاف قواعد شکلی (قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی و قانون اجرای احکام مدنی) با حقوق ماهوی (قانون مدنی) است. برتری قواعد شکلی بر مقررات ماهوی اقتضا دارد حکم دادگاه پس از قطعیت اجرا شود و بر مبنای همین اصل است که در صورت تلف محکوم‌به، به جای روی آوردن به تحلیل‌های ماهیتی و امکان اعطای فرصت جهت طرح دعوای مجدد، قیمت مال به محکوم‌له پرداخت می‌شود. با این حال لازم است در این خصوص پژوهش جامعی صورت گیرد تا راه حلی عملی و قابل دفاع به دست آید. در این راستا، با توجه به این که زمان تلف عین معین در طول دادرسی موجب می‌شود قواعد متفاوتی بر آن بار شود و بررسی جداگانه آن لازم است، در قسمت نخست از پژوهش حاضر، احکام حاکم بر تلف عین معین پیش از صدور رأی دادگاه و همچنین پس از قطعی شدن رأی و در مرحله اجرای حکم مورد مطالعه واقع شده است. همچنین ممکن است به‌عکس موارد مذکور، عین معین در اثنای رسیدگی قضایی تلف گردد که قسمت دوم این مقاله به موضوع اخیر اختصاص یافته تا مشخص شود در چنین مواردی که موضوع خواسته در جریان رسیدگی تلف شده است، تکلیف پرونده چه خواهد شد.

۱. احکام حاکم بر تلف عین معین پیش از طرح دعوا یا پس از قطعیت آن

عین معین ممکن است پیش از تسلیم و قبل از این که یک دعوای قضایی در رابطه با آن مطرح شود، تلف شود؛ به علاوه هرگاه دادگاه حکم به محکومیت

خوانده به تحویل یا اســترداد عین معین صادر نمایــد، احتمال تلف آن حتی بعد از صدور حکم قطعی دادگاه و در جریان اجرای حکم نیز وجود دارد. در کنار دو حالت مطرح‌شــده، ممکن است عین معین در اثنای رسیدگی قضایی تلف شود. تفاوت این حالت با حالت‌های پیشــین این است که در این مورد، یک پرونده قضایی باز وجود دارد که موضوع خواسته آن تلف شده و باید تکلیف آن مشـخص شود؛ در حالی که پیش از اقامه دعوا و یا پس از قطعی شدن رأی، دغدغه پرونـــده در جریان رسیدگی وجود ندارد. هر یک از این فروض دارای حکم خاصی است، به هـــمین جهت، ابتدا به بررســی احکام حاکم بر تلف عین معین قبل از اقامه دعوای نخســتین پرداخته و ســپس احکام فوق را پس از قطعی شــدن رأی و در زمان اجرای حکم مورد مطالعه قرار می‌دهیم.

۱-۱. احکام حاکم بر تلف عین معین قبل از اقامه دعوا

حق تحویل یا تسلیم عین معین ممکن اسـت بر اسباب مختلف اسـتوار شود. به عبارت دیگر، سبب استحقاق خواهان ممکن اســـت یکی از عقود تملیکی ماننـد بیع یا معاوضه و یا یکی از عقود امانی مانند ودیعه یا عـاریه باشد که هر یـک از نظر آثار و نتایج حاصله از عقد با یکدیگر متفاوت است. با وجود ایـن، آنچه در بند حاضر تبیین خواهد شد، تلف مبیع قبل از قبض موضـــوع ماده ۳۸۷ قانـون مدنی[1] است. به موجب ماده اخیـر، هرگاه در عقد بیـع، مالی به صـورت عین معیـن خـریداری و قبل از تسلیم به خریدار بدون تقصیر فروشنده تلف شود، عـــقد بیع منفـسخ می‌شود. این ماده که با تملیکی بودن عقد بیع منافات داشـــته و استثنائی بر آن می‌باشد (کاتوزیان، ۱۳۸٤: ۱۸۸)، بر مبنای قاعده «من اتلف مال الغیر فهو له ضامن» استوار است که قاعده فوق از نظر برخی از فقها، از جمله قواعد مســـلم فقهی به شـــمار آمده است (مکارم شیرازی، ۱٤۱۱: ۳۵۳). بر این اساس، تلف از مال فروشنده بوده و نه خریدار (موسوی خمینی، ۱٤۲۱: ۵۲۸ و شـــهید ثانی، ۱٤۱۳: ۲۱٦) و با انفساخ عقد نیز هر یک از ثمن و مثمن به جای اولیه خود باز می‌گردند. باید توجه داشـــت که در راستای اعمال ماده ۳۸۷ قانون مدنی، وجود شرایطی لازم است که عبارت است از عین معین بودن مبیع،

۱. «اگر مبیع قبل از تســـلیم بدون تقصیر و اهمال از طرف بایع تلف شـــود، بیع منفسخ و ثمن باید به مشـــتری مســـترد گردد، مگر این که بایع برای تسلیم به حاکم یا قائم‌مقام او رجوع نموده باشد که در این صورت تلف از مال مشتری خواهد بود».

تلف پیش از تسلیم و وقوع تلف در اثر حادثه خارجی و به عبارت دیگر، اگر تلف بر اثر اهمال و تقصیر بایع باشد، از شمول این ماده خارج خواهد شد (کاتوزیان، ۱۳۸٤: ۱۹۱)؛ یعنی ماده فوق ناظر به تلف مبیع بوده و اتلاف مبیع از این ماده خروج موضوعی دارد (کاتوزیان، ۱۳۸۱: ۳۱۵).

قانون مدنی فرانسه در ماده ۱۳۵۱.۱ [1] تلف قهری موضوع تعهد را یکی از موارد سقوط تعهد می‌داند. قانون مدنی ایران بر خلاف قانون مدنی فرانسه، تلف مورد تعهد را در زمره اسباب سقوط تعهدات نیاورده، ولی در مواد مختلف حکم آن را بیان کرده است (امامی، ۱۳۹۹: ٤۰۹)؛ با این حال در این قانون، میان فسخ و اقاله با انفساخ، به‌رغم تفاوت در آثارشان، تفاوتی از حیث نتایج از جمله منحل شدن قرارداد وجود ندارد. در تلف قهری که بر اساس ماده اخیر موجب انفساخ عقد می‌شود، هر دو موضوع عقد به جایگاه اولیه خود باز می‌گردد و از این رو، چنانچه فروشنده ثمن مبیع را دریافت نموده باشد، باید آن را به خریدار مسترد نماید؛ بنابراین می‌توان گفت که در صورت تلف عین معین پیش از این که دعوایی قضایی در خصوص آن مطرح شود، ماده ۳۸۷ قانون مدنی و قاعده تلف مبیع قبل از قبض حاکم بوده و بیع در صورتی که بایع تقصیر یا اهمالی در تلف عین معین نداشته باشد، منفسخ خواهد شد؛ البته در صورت تقصیر یا اهمال بایع در تلف مبیع، خریدار مستحق دریافت مثل یا قیمت مال می‌باشد.

به عبارت دیگر، تلف عین قبل از اقامه دعوا حسب مورد می‌تواند موجب طرح دعاوی (مثل یا قیمت مال) و یا (ثمن قرارداد) شود و این اختلاف در خواسته، مبتنی بر احراز یا عدم احراز تقصیر فروشنده در تلف مبیع است. با این حال باید دید در صورت عدم تقصیر یا اهمال بایع و انفساخ قرارداد، اگر بایع ثمن معامله را مسترد نکند، عنوان دعوای خواهان چه خواهد بود و کدام یک از مقررات قانونی بر آن بار می‌شود. به نظر می‌رسد، عنوان دعوای خواهان (خریدار) در مورد اخیر که عین معین قبل از اقامه دعوای نخستین تلف شده، مطالبه ثمن به علت انفساخ عقد بیع است.

---

1. Code Civil Français 2016, Art. 1351.1: Lorsque l'impossibilité d'exécuter résulte de la perte de la chose due, le débiteur mis en demeure est néanmoins libéré s'il prouve que la perte se serait pareillement produite si l'obligation avait été exécutée. Il est cependant tenu de céder à son créancier les droits et actions attachés à la chose.

به عبارت دیگر، در این مورد بر اســاس ماده ۳۸۷ قانون مدنی عقد منفســخ شــده و خریدار از این جهت می‌تواند برای مطالبه ثمنی که پرداخت کرده اســت، طرح دعوا کند. همچنین از آن‌جا که می‌توان گفت تعهد بایع بر تسلیم مبیع در موعد مقرر، تعهد به نتیجه بوده اســت، علاوه بر استرداد ثمن، خسارت نیز قابل مطالبه است (شهابی و صفایی و اخلاقی و امینی، ۱٤۰۰: ۱٦۹)؛ بنابراین اگر بیع منفسخ شود، ثمن به مشتری باز می‌گردد و بایع علاوه بر منافع زمان تصرف مبیع که به تبع ملک، متعلق به مشتری اســت، باید زیان‌های احتمالی مشتری را نیز جبران کند. لازم به ذکر است که در این فــرض ماده ٤٦ قانون اجرای احــکام مدنی[1] که آن نیز ناظر به تلف عین معین قبل از قبض اســت، قابل اعمال نیســت؛ از این حیث که بر اساس ماده فوق، قیمت عین با تراضی طرفین و در صورت عدم تراضی توســط دادگاه تعیین و پرداخت می‌شــود؛ در صورتی که در فرض ماده ۳۸۷ قانون مدنی، خواهان مســتحق ثمن قرارداد است. به علاوه ماده ٤٦ قانون یاد شــده ناظر به (محکوم‌به) اســت؛ در حالی که ماده ۳۸۷ قانون مدنی ناظر به تلف عین قبل از اقامه‌ی دعوا در دادگاه می‌باشــد و در این حالت محکوم‌به وجود نخواهد داشت.

۲-۱. احکام حاکم بر تلف عین معین در زمان اجرای رأی دادگاه

بر اســاس ماده ۳۸۷ قانون مدنی، در فرض تلف عین معین، خریدار باید برای مطالبه ثمن قرارداد، دادخواســت مطالبه وجه به علت انفساخ و انحلال عقد بدهد. با این حال همان‌طور که دیده شــد، در جایی که طرح دعوای قضایی شده است، بحث بر اســاس مواد قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی چهره متفاوتی به خود می‌گیرد. به علاوه، مرحله اجرای حکم را نمی‌توان با مرحله نخستین در فرض تلف عین معین یکســان دانســت؛ زیرا اجرای احکام مدنی نیز مانند آیین دادرســی مدنی دارای اصولی اســت که باید در تحلیل احکامی که در صورت تلف عین معین پس از صدور رأی و پیش از اجرای آن بار می‌شــود، در نظر گرفته شوند. اصول حاکم بر اجرای احکام مدنی مانند بســیاری از اصول حقوقی نانوشــته بوده و باید از احکام مقرر در قانون اســتخراج نمود. هرچند اصول متعددی ممکن اســت با

۱. «اگر محکوم‌به عین معین بوده و تلف شده و یا به آن دسترسی نباشد، قیمت آن با تراضی طرفین و در صورت عدم تراضی به وســیله دادگاه تعیین و طبق مقــررات این قانون از محکوم‌علیه وصول می‌شود و هرگاه محکوم‌به قابل تقویم نباشد، محکوم‌له می‌تواند دعوی خسارت اقامه نماید».

استناد از قواعد استخراج کرد، اما اصولی را که می‌توان در رابطه با موضوع مقاله حاضر مفید دانست، عبارتند از «اصل اجرای رای دادگاه» و «اصل اجرای دقیق مفاد حکم و اجرائیه» که اصل اخیر را می‌توان از اصول منطقی و قواعد مندرج در قانون اجرای احکام مدنی برداشت کرد. برخی از حقوق‌دانان نیز همین نظریه را با تحلیل عدم امکان تغییر موضوع اجرا حتی به تراضی طرفین پذیرفته‌اند (شمس، ۱۳۹۸: ۳٤۰). در سند فراملی آیین دادرسی مدنی یونیدورا[1] نیز به طور تلویحی از حق بر آیین اجرای موثر رای یاد شده و در اصل ۲۹ خود،[2] به سریع و موثر بودن اجرای رای اشاره کرده است[3] به موجب اصل ۲۹ سند فراملی آیین دادرسی مدنی، آیین دادرسی باید اجرای سریع و موثر آراء از جمله آراء مرتبط با محکومیت‌های مالی، پرداخت هزینه و خسارت، قرارها و اقدامات موقتی را تضمین کند. همچنین عده‌ای از حقوق‌دانان در اجرای احکام از اصلی به عنوان «اصل ضرورت احراز اجرای حکم» و «اصل ممنوعیت جلوگیری از جریان اجرا» صحبت کرده‌اند (شمس، ۱۳۹۸: ۲۱)؛ بنا بر اصول یادشده، تفاسیر قواعد اجرای احکام مدنی باید به گونه‌ای انجام شود که سرعت در اجرای رأی را به دنبال داشته باشد.

با این حال، اصولی چون «ایستایی اجرای حکم» به عنوان استثنایی بر دوام و استمرار عملیات اجرایی مطرح شده است (نهرینی، ۱۳۹۷: ۱۵). برخی از حقوق‌دانان نیز از اصل «عدم اجرای رای» یاد کرده‌اند و معتقدند در فرض تردید در وجود مقدمات اجرای رای، اصل بر عدم اجرای آن می‌باشد؛ زیرا اصل استصحاب مقتضی عدم اجرا است و از سوی دیگر اصل، عدم تحققِ مقدمات اجرا می‌باشد و این دو اصول، ما را به اصل «عدم اجرای رای» مدنی رهنمون می‌کند (خدابخشی، ۱۳۹۳: ٦۱). در نقد این نظر می‌توان گفت که اصل بر اعتبار آرای قضایی بوده و شأن و اعتبار دستگاه قضایی این است که حداکثر اعتبار را بر آرای دادگاه و حداکثر کارکرد را بر آن‌ها بار کرد و صرفاً در مقام تردید در خصوص مقدماتی چون ابلاغ، اصل را

1. UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure

2. UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure, art. 29: (Effective Enforcement): Procedures should be available for speedy and effective enforcement of judgments, including money awards, costs, injunctions, and provisional measures.

۳. بنگرید به: غمامی و محسنی، ۱۳۹۰: ۱۸۱.

بر عدم ابلاغ گذاشـــت و نه بر عدم اجرای رای. روشـــن است که تهیه مقدمات تنها می‌تواند اجـــرای رای را به تعویق بیندازد؛ نه این که مانعی دائمی بر اجرای آن ایجاد نماید. همچنین ماده ٤٦ قانون اجرای احکام که اعلام می‌دارد در صورت تلف یا عدم دسترســـی به محکوم‌به‌ای که عین معین بوده است، باید قیمت آن پرداخت شود و با این مقدمات، روشـــن است که دادگاه با اســـتمداد از این اصول و در راستای عمل به وظایف خود در راســـتای اجرای رأی قدم برمی‌دارد؛ چرا که نمی‌توان اجرای حکم را تعطیل نمود؛ بنابراین، در جمع‌بندی باید گفت که اگر رأی پس از تجدیدنظر در رابطه با یک مال عین معین قطعی شده و پس از صدور رأی و قبل از اجرای آن، عین معین تلف شـــده باشد، باید بر اســـاس ماده ٤٦ قانون اجرای احکام مدنی، آن را قابل اجرا دانسته و طبق مفاد ماده، قیمت آن را از محکوم وصول نمود. همچنین هرگاه محکوم در مهلت تجدید نظرخواهی اعتراضی به عمل نیاورد و رای قطعی شـــود نیز ماده ٤٦ در زمان اجرا حکم‌فرما بوده و در صورت تلف عین معین، قیمت آن وصول می‌شود. چنین حکمی برخلاف اندیشـــه‌ای اســـت که ابتدا به ذهن خطور می‌کند و رای را به جهـــت تلف مبیع قبل از قبض غیر قابل اجرا می‌داند؛ زیرا با صدور حکم بر تســـلیم مبیع و قطعیت آن، اصل بر اجرای حکم است و در فرض عدم دسترسی باید محکوم‌به مـــورد ارزیابی قرار گیرد. این امر نه تنها با اصول اجرای احکام مدنی هم‌خوانی دارد، بلکه با عدالت و اصل جبران خسارات نیز منطبق است. به عبارت دیگر می‌توان گفت مبنای ماده ٤٦ قانون اجرای احکام نیز همین اصول آیین دادرسی مدنی بوده که سعی بر اجرای رأی صادره تا جای ممکن دارد؛ چه این که موارد فوق با قوانین ماهوی هم هم‌راستا بوده چنانچه ماده ۳۸۷ قانون مدنی نیز که بیع را منفسخ می‌داند در فرض عدم اهمال و تقصیر بایع است؛ حال این که صدور رأی علیه بایع، خود منجر به مفروض دانســـتن تقصیر وی در عدم تحویل مبیع به خریدار بوده و اساسا چنین جایی مجرای اجرای این ماده از قانون مدنی نخواهد بود.

در همین راستا باید گفت در حالت کلی بعد از قطعیت رأی، دعاوی مطرح‌شده در جهت انتفای قرارداد موضوع حکم از جمله انحلال قرارداد به دلیل انفساخ یا فسخ، با اعتبار امر مختوم و همچنین با اصول کلی اجرای حکم در تضاد اســـت. از این رو، پس از صدور حکم قطعی به محکومیت خوانده به تنظیم ســـند رســـمی، انتقال مورد

معامله مانند ملک ثبت‌شـــده و الزام به تســـلیم مورد معامله با پرداخت ثمن و عوض قـــرارداد در حـــق خواهان، هیچ یک از دعاوی که در مقام و بـــه منظور انتفاء قرارداد و انحلال و بی‌اعتباری آن اقامه می‌شـــود به علت شمول اعتبار امر مختوم و مغایرت و مخالفت با اعتبار مزبور قابلیت اســـتماع نداشـــته و محکوم به رد است. هنگامی که دادگاهی دعوی الزام به تنظیم ســـند رســـمی انتقال و تأدیه ثمن را می‌پذیرد و آن را مورد حکم خود قرار می‌دهد، در واقع قرارداد و عقد مبنای این دعوا را صحیح و نافذ تلقی کرده و آن را بی‌اعتبار و منحل شـــده نمی‌شناســـد؛ چرا که در غیر این صورت، نباید خواسته خواهان را اجابت می‌کرد که این مورد با رأی قبلی در تعارض می‌باشد. به همین علت اســـت که پس از صدور احکام بالا، دعاوی چون اعلام فسخ و انحلال قرارداد و یا اعلام بطلان و بی‌اعتباری قرارداد، قابلیت اقامه و اســـتماع نیافته و امکان رسیدگی خود را از دســـت می‌دهد (نهرینی، ۱۳۹۷: ۲٤۷). رویه قضایی نیز در عمل طـــرح این‌گونه دعاوی را به علت برخورد با قاعده اعتبار امر مختومه نمی‌پذیرد. برای مثال، در دعوایی مبنی بر مطالبه خســـارت ناشـــی از نقض قرارداد، شعبه سوم دادگاه عمومی حقوقی رامسر در دادنامه شـــماره ۱٤۰۰٤۷۳۹۰۰۰۲۸۵۷۸٤۲ اعلام داشته که عقد مادام که فســـخ یا تفاسخ نشـــده، امکان مطالبه خســـارت طبق ماده ۲۳۷ قانون مدنی وجـــود ندارد و متعهدله باید الزام متعهد را بـــه ایفای تعهدات خود بخواهد و در این راســـتا، دعوای خواهان نخستین را غیر قابل استماع تشخیص داده است. بعد از آن، متعهدله دادخواســـت الزام به ایفا تعهدات قراردادی را تقدیم نموده که این بار شعبه دوم دادگاه حقوقی رامسر در دادنامه شماره ۱٤۰۱٤۷۳۹۰۰۰۳۸۳۲۰۵۰ استدلال نموده که دفاعیات خوانده مبنی بر تفاســـخ و اقاله قرارداد وارد نمی‌باشد؛ چرا که رای شـــعبه سوم دادگاه حقوقی رامسر در شعبه پانزدهم دادگاه تجدید نظر استان مازندران طی دادنامه شـــماره ۱٤۰۰٤۷۳۹۰۰۰۷۷۰۱۵۵۳ قطعیت یافته اســـت. از این رو دادگاه پذیرفتن انحلال از سوی خوانده را معارض با قاعده اعتبار امر مختومه دانسته و حکم به محکومیت خوانده به ایفای تعهدات قراردادی صادر نموده اســـت. رویه فوق مانع از آن می‌شـــود تا دادگستری با آراء متعارض مواجه شـــود و بر همین مبنا دادگاه در رســـیدگی خود به عنوان یک امر پیشـــینی، باید به مرحله اجرای حکم نیز نظر داشته باشـــد. عدم اســـتماع دعاوی انحلال در این فرض مانع از ســـردرگمی دایره اجرا در

برخورد با دو رای قطعی لازم‌الاجرا ولی در عین حال متعارض می‌شود.

۲. احکام حاکم بر تلف عین معین در اثنای رسیدگی قضایی

همان طور که گفته شـــد، تلف مبیـــع در صورتی که منطبق بر ماده ۳۸۷ قانون مدنی و قبل از طرح دعوای نخســـتین باشد، خواهان را مستحق ثمن قرارداد می‌نماید. به عبارت دیگر، چنانچه نتوان تقصیری را به بایع منتسب نمود، وی مکلف است ثمن قـــراردادی را بر مبنای ضمان معاوضه پرداخت کنـــد؛ بنابراین طرح دعوا را نمی‌توان موجب تغییر ماهیت موضوع دانســـت، بلکه آن‌چه که با طرح دعوا به صورت مسأله اضافه می‌شـــود، مفروض بودن تقصیر بایع در عدم تحویل مبیع در صورت مســـتحق شـــناخته شدن مشتری توسط دادگاه است. به عبارت دیگر، طرح دعوا توسط مشتری جهت دریافت عین معین و اســـتنکاف بایع از تحویل آن (که در این حالت مفروض اســـت؛ چرا که در غیر این صورت مجرایی برای طرح دعوا باقی نمی‌ماند) را می‌توان حالتی دانست که موضوع را از حاکمیت ماده ۳۸۷ قانون مدنی خارج می‌کند؛ بنابراین طـــرح دعوای قضایی مبنی بر الزام بایع به تســـلیم عین معین، در صورتی که خواهان ذی‌حق شـــناخته شـــود را می‌توان نشـــان از مطالبه به حق خریدار و ممانعت بایع از تســـلیم عین معین به‌رغم وجود آن پیش از طرح دعوا دانسته و در نتیجه، تقصیر بایع در ایـــن موارد را مفروض گرفـــت؛ بنابراین در مواردی که عین معین تا پیش از طرح دعوای قضایی تلف نشده است، فارغ از این که تلف مال در چه مرحله‌ای از دعوا رخ دهد، مشـــمول حکم ماده ۳۸۷ قانون مدنی نخواهد بود. به علاوه در مواردی که مال معین پس از صدور رأی قطعی تلف شده نیز مورد بررسی واقع شد و بیان گردید که این موارد تحت حاکمیت اصول اجرای احکام مدنی بوده و بر اســـاس ماده ٤٦ قانون اجرای احکام، قیمت مال معین تلف‌شده وصول خواهد شد.

با این حال آنچه که مورد سوال باقی می‌ماند، حکم تلف عین معین در صورتی است که دادرسی شروع شده، ولی حکم قطعی صادر نشده باشد. در جایی مال معین مورد ادعا ممکن اســـت پس از صدور رأی بدوی تلف شود که در چنین حالتی، رأی بدوی بر اساس این که عین معین موجود است صادر شده است. از آنجا که طبق بند ۳ ماده ۵۱ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی، خواهان با تعیین خواسته، محدوده رسیدگی دادگاه را تعیین می‌نماید (متین‌دفتری، ۱۳۸۱: ۲۱۱)،

باید بررسی شود که در صورت از بین رفتن موضوع رأی دادگاه نخستین، مطرح کردن خواسته جدید در مرحله تجدید نظر چگونه ممکن است. به علاوه ممکن است عین معین در اثنای رسیدگی بدوی و یا تجدید نظر تلف شود و باید دید تکلیف دادگاه در چنین شرایطی چیست و خواسته چه خواهد بود؛ بنابراین لازم است حکم حالتی که عین معین پس از شروع دادرسی ولی پیش از صدور رأی قطعی تلف می‌شود نیز مورد بررسی قرار گیرد که این حالت ممکن است در اثنای رسیدگی بدوی بوده و یا پس از صدور رای دادگاه نخستین و در مرحله تجدید نظر رخ دهد. در راستای بررسی جداگانه این دو، ابتدا به بررسی احکام حاکم بر تلف عین معین در مرحله تجدید نظر پرداخته و سپس بر اساس وحدت ملاک از موارد مطرح‌شده در قانون در این مرحله، احکام حاکم بر تلف عین معین در اثنای رسیدگی دادگاه نخستین مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۱-۲. احکام حاکم بر تلف عین معین در مرحله تجدید نظر

ماده ۳۶۲ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی حاوی قاعده‌ای است که اعلام می‌دارد ادعای جدید در مرحله تجدید نظر پذیرفته نمی‌شود. این قاعده بر اصل دو درجه‌ای بودن رسیدگی‌ها استوار است که مفاد ماده ۷ قانون پیش‌گفته[1] بر این اصل دلالت دارد. با وجود این، قانون‌گذار چند بند را در ماده ۳۶۲ اضافه نموده و اعلام داشته که موارد مذکور در این بندها، ادعای جدید محسوب نمی‌شود. یکی از این موارد که در بند ۱ ماده ۳۶۲ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی[2] آمده است، مطالبه قیمت محکوم‌به‌ای است که عین آن، موضوع رای بدوی بوده است. به عبارت دیگر، بند فوق مطالبه قیمت محکوم‌به را در حکم مطالبه خود عین معین دانسته و آن را اصولا یک خواسته جدید نمی‌داند. با استفاده از مفاد بند مذکور می‌توان حکم تغییر خواسته از عین معین موضوع رأی بدوی که پس از صدور رأی تلف شده است، به قیمت آن در مرحله تجدید نظر را

---

۱. «به ماهیت هیچ دعوایی نمی‌توان در مرحله بالاتر رسیدگی نمود تا زمانی که در مرحله نخستین در آن دعوا حکمی صادر نشده باشد، مگر به موجب قانون».

۲. «ادعای جدید در مرحله تجدیدنظر مسموع نخواهد بود ولی موارد زیر ادعای جدید محسوب نمی‌شود: ۱- مطالبه قیمت محکوم به که عین آن موضوع رای بدوی بوده و یا مطالبه عین مالی که قیمت آن در مرحله بدوی مورد حکم قرار گرفته است ...».

اســـتخراج نمود. در این مورد، علاوه بر مطالعه قابلیت تجدید نظرخواهی با موضوع قیمت عین معینی که پس از صدور حکم بدوی تلف شده است، لازم است اشخاصی که مجاز به انجام این کار می‌باشند نیز مورد بررسی واقع شوند.

۱-۱-۲. قابلیت تجدید نظرخواهی با خواسته قیمت عین معین تلف‌شده

به‌رغم اختلاف نظری کـــه در رابطه با مجرای اعمال بند یک ماده ۳٦۲ وجود دارد، می‌توان آن را ناظر به وضعیتی دانست که عین خواسته حین دادرسی و یا صدور حکم بدوی تلف شـــده و قیمت آن به لحاظ قیمی بودن در مرحله تجدید نظر مورد مطالبه قرار گرفته اســـت (نهرینی، ۱۳۸٤: ۳٥٦). به عبارت دیگر، در صورتی که عین مورد درخواســـت خواهان بعد از صدور حکم به استرداد آن تلف شده باشد، مشمول ماده فوق خواهد شد. در واقع، در صورتی مطالبه قیمت عین معین در مرحله تجدید نظر طبق این بند ادعای جدید محسوب‌نشـــده که صدور حکم بر «تحویل یا استرداد عین مال»، موضوع رای دادگاه بدوی قرار گرفته باشـــد. به عبارت دیگر، دادگاه بدوی باید رای ماهوی در خصوص عین مورد درخواســـت و آن هم به سود خواهان صادر کرده باشـــد؛ با این حال باید گفت که ماده فوق در مقام بیان یک قاعده شـــکلی در خصوص امکان مطالبه جایگزین عین معین در صورت تلف آن به عنوان همان ادعای سابق است و در رابطه با این که جانشین مطرح، قیمت یا مثل عین است باید به قواعد ماهوی مراجعه کرد. در این حالت، اگر عین معینی که موضوع رأی بدوی بوده قیمی باشد، قیمت آن و اگر مثل باشـــد، مثل آن می‌تواند موضوع خواسته تجدید نظر بوده و بر اساس ماده ۳٦۲، ادعای جدید به حساب نخواهد آمد. البته باید توجه داشت که دادگاه به صرف تصور خواهان بر تلف مال یا عدم دسترسی به آن، نمی‌تواند حکم به مثل یا قیمت صادر کند، بلکه شخصی که مدعی تلف عین معین بوده، باید این ادعا را ثابت نماید چرا که اظهارات وی بر خلاف اصل استصحاب بقای عین است.

همچنین اگر رأی دادگاه بدوی بر قیمت عین معینی بوده که در آن زمان تصور می‌شـــده تلف شده، ولی بعدا پیدا شده اســـت، همچنان بر اساس بند یک ماده ۳٦۲ می‌توان گفت خواسته در مرحله تجدید نظر می‌تواند مطالبه عین مالی که قیمت آن در مرحله بدوی مورد حکم قرار گرفته اســـت باشد. به عنوان نمونه می‌توان گفت ممکن اســـت شخصی یک دستگاه اتومبیل از دیگری خریداری کرده و دعوایی تحت عنوان

تسلیم آن بر علیه فروشنده اقامه نماید. در زمان طرح دعوا، اتومبیل موجود بوده، ولی در زمان رسیدگی، فروشنده مدعی شود که اتومبیل به سرقت رفته و دلایلی نیز مبنی بر طرح شکایت کیفری و رای آن مرجع ارائه نماید. خواهان با استفاده از ماده ۹۸ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی خواسته خود را از عین معین به قیمت تغییر می‌دهد و حکم نخستین در خصوص قیمت صادر می‌شود. اگر بعد از صدور حکم و در پی اعتراض فروشنده، در مرحله تجدید نظر کشف شود سارق دستگیر شده و اتومبیل مسترد شده است، خواهان بدوی می‌تواند از دادگاه تجدید نظر به استناد بند ۱ ماده ۳۶۲ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی، درخواست صدور حکم بر عین اتومبیل را نماید.

۲-۱-۲. اشخاص مجاز به تغییر خواسته تجدید نظر از عین معین تلف‌شده به قیمت آن

در رابطه با این که چه شخصی می‌تواند به استناد ماده فوق، اقدام به تغییر خواسته نماید، عده‌ای با استناد به ظاهر قانون، آن را تنها در فرضی که خواهان محکوم‌له (تجدید نظرخوانده) پرونده باشد صحیح می‌دانند؛ با این وجود به نظر می‌رسد که تغییر خواسته از عین به قیمت یا عکس آن، منوط به پیروزی خواهان در مقطع بدوی نیست و او می‌تواند این تغییر را در فرض شکست در دادگاه بدوی انجام دهد (افتخارجهرمی و السان، ۱۳۹۹: ۱۲۸). همچنین از آنجایی که با صدور حکم، خواسته به عنوان محکوم‌به شناخته می‌شود، در مرحله تجدید نظر به جای تغییر خواسته، تغییر موضوع محکوم‌به مطرح خواهد بود و اعم از این که خواهان بدوی، تجدید نظرخواه یا تجدید نظرخوانده باشد، حسب مورد در ضمن دادخواست تجدید نظرخواهی یا پاسخ به آن می‌تواند موضوع محکوم‌به را تغییر دهد و در صورتی که دادگاه تجدید نظر جلسه دادرسی تشکیل دهد، این اقدام در جلسه دادرسی نیز ممکن خواهد بود (مهاجری، ۱۳۹۷: ۳۱۲).

در حالتی که خواهان در دادرسی نخستین محکوم‌له شناسایی شده و بعد از صدور حکم از دادگاه مزبور عین معین تلف می‌شود، به دلیل فقدان نفع نمی‌تواند از رای صادره تجدید نظرخواهی نماید، بلکه در چنین وضعیتی باید منتظر اعتراض به رای محکوم بماند. در صورتی که محکوم اعتراضی ننموده و رأی قطعی شود که

موضـــوع را باید در بند دوم که در رابطـــه با حکم تلف مال عین معین پس از صدور رأی و پیش از اجراست بررسی نمود، اما در صورتی که محکوم از رأی بدوی تجدید نظرخواهـــی کند، از آن‌جا کـــه به موجب ماده ۳٤٦ قانون آیین دادرســـی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی، موضوع اعتراض و لوایح و دلایل بایستی به محکوم‌له ابلاغ شـــود، در تبادل لوایح محکوم‌له می‌تواند با ارائه دلیل، تلف شـــدن محکوم‌به را اثبات کرد و به استناد بند یک ماده ۳٦۲، تقاضای قیمت مال را بنماید. در این حالت، چون رای دادگاه نخســـتین، در خصوص تحویل یا تسلیم عین معین حکم است، در فرض تلف مال بعد از صدور حکم با شرایطی که گفته شد، امکان مطالبه قیمت وجود دارد.

همچنیـــن در فرضی که محکوم بدوی، در دادخواســـت تجدیـــد نظر با ارائه دلیـــل اعلام کند که محکوم‌به در مهلت تجدید نظر و بعد از صدور حکم بدوی تلف شـــده است، در راستای اعمال ماده ۳٤٦ و در مقام تبادل لوایح، محکوم‌له می‌تواند از دادگاه تجدیـــد نظر مطالبه قیمت آن را نماید. ایـــن حکم در مورد تلف مال در اثنای رسیدگی دادگاه تجدید نظر نیز جاری است. چنانچه محکوم اعلام کند که عین معین موضوع حکم دادگاه نخستین بعد از صدور حکم تلف شده و محکوم‌له در مقام تبادل لوایح قیمت آن را مطالبه نکند، محکوم به بی‌حقی می‌شـــود؛ زیرا دادگاه تجدید نظر در مـــواردی که حکم خاصی در این مرحله وجـــود ندارد باید مطابق مقررات مرحله بدوی اقدام کند؛ یعنی نمی‌تواند آنچه که مورد درخواســـت در مرحله بدوی نبوده را در مرحله تجدید نظر بپذیرد؛ چرا که هر چه مرحله رســـیدگی و درجه دادگاه بالاتر می‌رود، دایره رســـیدگی دادگاه محدودتر می‌شـــود (نهرینی و خاکباز، ۱٤۰۰: ٦). به علاوه بر اســـاس ماده ۳٤۹ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی، مرجع تجدید نظر فقط به آنچه که مورد تجدید نظرخواهی اســـت و در مرحله نخستین مورد حکم قرار گرفته است، رسیدگی می‌نماید.

۳. احکام حاکم بر تلف عین معین در زمان دادرسی نخستین

چنانچه تا زمان طرح دعوا و رســـیدگی دادگاه، عین معین موجود باشد، طبق قاعده، عین معین موضوع خواســـته خواهان در دادخواست است. مشکل جایی ایجاد می‌شـــود که عین معین موضوع خواســـته در اثنای رسیدگی تلف شود و باید دید که

امکان تغییر خواســته وجود داشته و یا دعوا محکوم به بطلان است. در رابطه با تغییر خواســته در مرحله بدوی از عین معین تلف‌شــده به قیمت آن، بر اســاس ماده ۹۸ قانون آیین دادرســی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی، اگر خواهان تا پیش از پایان اولین جلسه دادرســی از تلف عین مطلع شود، می‌تواند تا آن زمان، خواسته خود را از عین به قیمت تغییر دهد. با این حال، بر اساس همین ماده ۹۸ در نگاه اول به نظر می‌رســد در حالتی که عین مورد درخواســت خواهان در زمان رسیدگی تلف می‌شــود این امکان برای دادگاه نخســتین وجود ندارد تا با استناد به بند فوق و بدون تغییر خواسته راسا حکم به قیمت صادر نماید، همان‌طور که چنانچه خواسته خواهان وجه نقد باشد و رأی به تادیه جنس صادر شود، خلاف اصول دادرسی است (حیاتی، ۱۳۹۷: ۱۱۸). هرچنــد همان‌طور که در بند پیش گفته شــد، قانون‌گذار مطالبه قیمت عین معین تلف‌شــده را در مرحله تجدید نظر یک ادعای جدید محســوب نمی‌کند. حال امــکان اعمال این ماده بر روی مرحله بدوی باید مورد مطالعه دقیق واقع گردد. بر این اســاس، در رابطه با حکم تلف عین معین در اثنای رســیدگی نخستین دو نظر وجود دارد که پذیرش هر یک موجب می‌شود تا سرنوشت پرونده تغییر یابد. از آن‌جا که این بخش نیازمند تبیین عمیق است، هر یک از نظرات به صورت جداگانه در بند حاضر مورد بررسی واقع می‌شــود و نخست به نظریه‌ای می‌پردازد که دعوای مطرح در زمان دادرسی نخستین را در صورت تلف عین معین موضوع آن در حین رسیدگی باطل می‌داند و ســپس نظریه نوینی مبنی بر ادامه رســیدگی توسط تقویم عین معین به قیمت آن با وحدت ملاک از مرحله تجدید نظر مطرح شــده است. نظریه فوق که مورد پذیرش این پژوهش بوده و از نوآوری‌های آن اســت، می‌تواند ثمرات زیادی را در عرصه عمل داشته و گره‌گشا باشد.

۱-۳. نظریــه بطلان دعوای مطرح در دادگاه نخســتین به دلیل از بین رفتن موضوع خواسته

بر اســاس نظر نخســت، اگر عین معین مورد درخواســت در اثنای دادرسی نخســتین تلف شــده و این امر نزد دادگاه ثابت شود، دعوای مطروحه به دلیل از بین رفتــن موضوع حق، محکوم به بطلان اســت. چون حق اســترداد عین بدون تصور موضوع، وجود خارجی نخواهد داشت. در حقیقت، یکی از تفاوت‌هایی که تلف مال

در حین دادرسی با تلف آن بعد از صدور حکم و یا در زمان اجرا دارد این است که در حالت نخست دادگاه در رسیدگی خود تابع احکام مقرر در قانون آیین دادرسی مدنی در مرحله نخستین است و نصوصی همچون بند یک ماده ۳۶۲ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی و ماده ٤٦ قانون اجرای احکام مدنی در این خصوص مجری نیست؛ چرا که اشاره‌ای این مواد به محکوم‌به است. در واقع، در حالتی که مال در زمان دادرسی و پیش از صدور حکم تلف می‌شود، نگاه دادرس بر دادخواست خواهان قرار می‌گیرد و نه حکم صادره از دادگاه نخستین و این دادخواست است که محدوده رسیدگی را تعیین می‌کند. یکی از علل عمده‌ای که دادگاه مکلف است تنها در چهارچوب ادعای طرفین رسیدگی کند، احترام به اراده طرفین است (کاشانی و فتحی، ١٤٠٠: ١٨٧) و اصل حاکمیت طرفین بر جهات موضوعی دعوا ایجاب می‌کند تا دادرس تنها در چهارچوب آنچه که از او خواسته شده رسیدگی نماید. از نظر مراجع عالی[1] نیز حکم دادگاه باید بر طبق تقاضای مدعی بوده و خارج از موضوع دعوا نباشد و الا نقض خواهد شد (بروجردی عبده، ۱۳۷۸: ٨٦ به نقل از: حسینی، ۱۳۸۰: ۱۹۰).

به علاوه هرگاه بر فرض اثبات وجود قرارداد در رابطه اصحاب دعوا، خوانده مدعی تلف عین موضوع قرارداد باشد، تنها جای مدعی و مدعی‌علیه عوض شده و بار اثبات بر عهده خوانده‌ای است که مدعی تلف مال معین است؛ زیرا مدعی شخصی است که بر خلاف اصل عدم سخن می‌گوید. همچنین دادگاه برای رسیدن به این نتیجه به دلایل و دفاعیات طرفین در خصوص تلف عین رسیدگی می‌نماید و امکان دارد به معاینه محل یا کارشناسی متوسل شود و در نتیجه وارد در ماهیت دعوا شده و بنابراین نمی‌تواند با صدور قرار پرونده را مختومه نماید. مبنای این موضوع، این است که دفاع در برابر نقض قوانین موجد حق، دفاع شکلی محسوب نمی‌شود تا بتواند مانعی برای صدور حکم در خصوص موضوع ترافع باشد (مولودی و هویدا، ۱۳۹۷: ۲۵۱). در حقیقت، اثر پذیرش دفاع شکلی است که اصولا صدور یکی از قرارهای قاطع می‌باشد، در حالی که اثر پذیرش دفاع ماهوی توسط دادگاه اصولا صدور حکم است (افتخارجهرمی و السان، ۱۳۹۹: ۱۲۸)؛ با وجود این، نتیجه صدور قرار از حیث

---

۱. رأی شماره ۵۵۷/۲۸۹ دیوان عالی کشور، ۱۳۰۹/۵/۱۲.

آثـــار در این مورد تفاوتی با حکم ندارد؛ چون به هر حال طرح دعوای مجدد در این خصوص به جهت این که مال معین موضوع خواســـته تلف شده است، قابل استماع نبوده و مانند این است که با اعتبار امر مختومه مواجه شده است.

۲-۳. نظریه ادامه رسیدگی با تقویم عین معین به قیمت آن

مفاد حکم دادگاه ممکن اســـت تحویل یا تســـلیم عین معینی اعم از منقول یا غیرمنقول باشـــد. همان‌طور که گفته شد، بر اساس نظر اول، از ظاهر ماده ۳٦۲ قانون آیین دادرســـی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی به نظر می‌رسد که مفاد آن تنها در مرحله تجدید نظر جاری بوده و صرفاً زمانی برقرار است که خواهان در رای دادگاه بدوی، ذی‌حق معرفی شـــده و بعد از صدور حکم، عین معین که (محکوم‌به) بوده، تلف شود؛ چرا که وصف «محکوم‌به» ناظر به حالتی است که عین معین پیش‌تر موضوع رأی دادگاه بدوی قرار گرفته باشـــد. در نتیجه در بادی امر به نظر می‌رسد که هرگاه در اثنای دادرســـی مال موضوع ترافع تلف شود، خواهان جز در مواردی که در جلسه اول دادرسی، با شرایطی که در ماده ۹۸ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی آمده، خواسته خود را از عین به قیمت تغییر دهد، محکوم به بی‌حقی اســـت و باید برای دریافت قیمت یا مثل مال خود در جایی که مبیع با تقصیر خوانده تلف شـــده و یا دریافـــت ثمن معامله در صورتی که بـــدون تقصیر و اهمال خریدار تلف شـــده باشـــد، مجدد طرح دعوا کند. چنین نظری نه تنها در عمل باعث می‌شود که وقت و هزینه خواهان هدر رفته و میزان آرای قضایی بدون توجیه منطقی زیاد شـــود، بلکه در عرصه علمی نیز قابل مناقشـــه استگ چه اینکه به نظر می‌رسد بر خلاف ظاهر ماده ۹۸ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی که تغییر خواســـته را تنها تا پایان جلســـه اول دادرسی ممکن می‌داند، باید آن را وارد در مـــورد اغلب نمود؛ زیرا در ذیل فصل چهارم از قانون آیین دادرســـی دادگاه–های عمومی و انقلاب در امور مدنی (جلســـه دادرسی) و در ماده ۱۰٤ قانون مذکور مقرر گردیده: «در پایان هر جلســـه دادرســـی چنانچه به جهات قانونی جلسه دیگری لازم باشد، علت مزبور زیر صورتجلسه قید و روز و ساعت جلسه بعد تعیین و به اصحاب دعوا ابلاغ خواهد شد ...»؛ بنابراین به نظر می‌رسد قانون‌گذار فرض کرده که رسیدگی به دعوا معمولا با یک جلسه امکان‌پذیر است و بنابراین با دست کشیدن از ظاهر ماده،

استناد به این ماده حتی بعد از پایان جلسه اول رسیدگی نیز ممکن است.

به علاوه، بر اساس ماده ۳۵۶ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی، مقرراتی که در دادرسی بدوی رعایت می‌شود در مرحله تجدید نظر نیز جاری بوده و به عبارتی هرچه درجه دادگاه بالاتر می‌رود، دایره‌ی رسیدگی آن نیز محدودتر می‌شود؛ بنابراین باید گفت اگر موردی در دادرسی بدوی به عنوان تغییر خواسته شناخته شود، به طریق اولی در مرحله تجدید نظر نیز باید آن را یک ادعای جدید دانست؛ بنابراین نمی‌توان تغییر خواسته از عین معین به قیمت آن را در مرحله بدوی ادعای جدید به حساب آورد؛ بدون این که این امر در مرحله تجدید نظر ادعای جدید محسوب نشود؛ این در حالی است که بر اساس ماده ۳۶۲ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی روشن است که مطالبه قیمت محکوم‌به که عین آن موضوع رأی بدوی بوده از نظر قانون‌گذار ادعای جدید محسوب نمی‌شود. به علاوه همان‌طور که گفته شد، می‌توان اعلام نمود که ماده ۳۶۲ قانون پیش‌گفته به موجب بند یک در مقام بیان یک موضوع شکلی و قابلیت جایگزینی عین معین با جایگزین آن در صورت تلف است؛ با این حال، تعیین این که جایگزین مناسب برای عین معین چه بوده به قواعد ماهوی برگشته و می‌تواند اعم از مثل یا قیمت، بر حسب ماهیت مثلی یا قیمی بودن عین معین باشد.

بنابراین در این مورد می‌توان استدلال کرد که ماده ۳۶۲ در مقام بیان یک موضوع است و آن را به عنوان حکمی که توسط قانون مطرح شده است عنوان کرده است. به عبارت دیگر، از یک طرف روشن است که مطابق ماده ۳۶۲، مطالبه قیمت عین در مرحله تجدید نظر می‌تواند جانشین مطالبه خود آن شود و این موضوع از نظر قانون ادعای جدید محسوب نمی‌شود. از طرف دیگر نیز نمی‌توان برای تفاوت قائل شدن بین اجرای حکم بند یک ماده ۳۶۲ در مرحله بدوی و تجدید نظر، در رابطه با ادعای جدید محسوب نشدن قیمت به جای عین معین تلف‌شده، دلیلی یافت و در نتیجه می‌توان گفت مفاد بند یک ماده ۳۶۲ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی در هر زمانی که در جریان رسیدگی قضایی است؛ اعم از بدوی یا تجدید نظر، جاری می‌باشد و در صورت تلف عین معین در هر یک از این موارد، ذی‌نفع می‌تواند خواسته را به مثل یا قیمت آن تغییر داده و این تغییر خواسته از جهت

قانون‌گذار، ادعای جدید محســـوب نخواهد شد. این استدلال نه تنها با اصول حقوقی هم‌خوانی داشـــته، بلکه با عدالت نیز منطبق اســـت. تصور نمایید خریدار بعد از اقامه دعـــوا و صرف وقت و هزینه بـــه جهت تلف مبیع قبل از صدور رأی، مجبور به اقامه دعوای مجدد برای موضوعی شود که یک مرتبه سیستم قضایی برای آن وقت گذاشته اســـت. این شیوه نه تنها بر خلاف احقاق حقوق اوســـت، بلکه از منظر کاهش آرای قضایی نیز می‌تواند گامی موثر باشد.

برآمد

۱- تلف مبیع قبل از قبض قاعده‌ای است که قانون مدنی ایران از فقه اقتباس کرده و معنای این قاعده این است که هرگاه مبیع بدون تقصیر فروشنده و قبل از قبض تلف شود، عقد منفسخ و بایع می‌بایست ثمن قرارداد را به مشتری بازگرداند. با این وجود، در بند یک ماده ۳٦۲ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی و ماده ٤٦ قانون اجرای احکام مدنی که ناظر بر تلف محکوم‌به قبل از تسلیم، در موضوعی که به ظاهر ماهیت واحدی دارد، حکم دیگری وجود دارد و مطالبه قیمت محکوم‌به را ممکن می‌داند. باید گفت که این اختلاف در حکم بی‌حکمت نبوده و به دلیل تفاوت در مبانی این مقررات است. در بحث تلف مبیع قبل از قبضی که منجر به انفساخ بیع می‌گردد، عدم تقصیر و اهمال بایع بر اساس نص ماده ۳۸۷ قانون مدنی شرط است؛ این در حالی است که وقتی یک دعوای قضایی علیه بایع مبنی بر تسلیم عین معین مطرح شده است، در صورتی که ادعای خواهان درست بوده و عین معین به وی تعلق داشته باشد، حداقل تقصیری که از طرف بایع اتفاق افتاده، ممانعت از تسلیم مبیع به‌رغم مطالبه خریدار است. در نتیجه اساساً چنین مواردی به دلیل تقصیر بایع، داخل در حکم موضوع ماده ۳۸۷ قانون مدنی نخواهد بود و تعارضی در این زمینه وجود ندارد؛ بنابراین باید گفت تلف عین قبل از اقامه دعوا حسب مورد می‌تواند موجب طرح دعاوی قیمت مال یا ثمن قرارداد شود و این اختلاف در خواسته، مبتنی بر احراز یا عدم احراز تقصیر فروشنده در تلف مبیع است.

۲- در صورتی که یک دعوای قضایی در رابطه با یک عین معین مطرح شده باشد، چنانچه در مراحل مختلف رسیدگی عین معین از بین برود، باید بین سه مرحله تلف مال حین رسیدگی نخستین، پس از صدور رأی بدوی و حین تجدید نظر و تلف آن پس از صدور رأی قطعی و در مرحله اجرای رأی اختلاف قائل شد. در بحث تلف عین معین پس از قطعی شدن رأی و در مرحله اجرای حکم، باید توجه شود که اصول حاکم بر اجرای احکام مدنی بر این پایه استوارند که رای بعد از قطعیت باید اجرا شود و توقف یا تاخیر یا تعطیلی اجرا، امری استثنایی تلقی می‌شود. به علاوه بعد از قطعیت رأی، دعاوی که در جهت انتفای قرارداد موضوع حکم مطرح می‌شود از جمله انحلال قرارداد به دلیل انفساخ یا فسخ، نه تنها با اعتبار امر مختوم برخورد

می‌کند، بلکه با اصول کلی اجرای حکم نیز در تضاد بوده و بدین جهت، با قرار عدم استماع دعوی مواجه می‌شود. از این رو، بر اساس مفاد ماده ٤٦ قانون اجرای احکام مدنی، در صورت تلف عین معین موضوع حکم دادگاه در مرحله اجرا، قیمت آن طبق مقررات از محکوم وصول خواهد شد؛ هر چند باید گفت بر اساس ماده ٤٦ و مقتضیات اجرای حکم، در صورت تلف در این مرحله، در هر صورت قیمت عین معین تلف‌شده به محکوم‌له پرداخت می‌شود و تفاوتی نمی‌کند که این تلف ناشی از تقصیر بوده یا بدون تقصیر محقق شده باشد.

۳- عین معین موضوع دعوای طرفین ممکن است در هر مرحله‌ای از دادرسی تلف شود و یا این که وصول آن متعذر شود. بر اساس صدر ماده ۳٦۲ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی، ادعای جدید در مرحله تجدید نظر مسموع نیست، ولی بند یک این ماده، مطالبه قیمت محکوم‌به که عین آن موضوع رای بدوی بوده است را ادعای جدید به حساب نمی‌آورد؛ بنابراین می‌توان گفت که اگر پس از صدور رأی دادگاه و در هر مرحله از رسیدگی تجدید نظر، عین معین موضوع رای بدوی که خواهان در مورد آن ذی‌حق به حساب آمده تلف شود؛ قیمت آن جایگزین خواهد شد؛ هرچند باید در نظر داشت که قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی در بند یک ماده ۳٦۲ خود در مقام بیان یک قانون شکلی در راستای قابلیت جایگزینی خواسته با موضوع عین معین، در صورت تلف است. با این حال، تعیین این که جایگزین مناسب برای عین معین چه بوده به قواعد ماهوی برگشته و می‌تواند اعم از مثل یا قیمت، بر حسب ماهیت مثلی یا قیمی بودن عین معین باشد و از ظاهر ماده ۳٦۲ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی به نظر می‌رسد که مفاد آن تنها در مرحله تجدید نظر جاری بوده و صرفاً زمانی برقرار است که خواهان در رای دادگاه بدوی، ذی‌حق معرفی شده و بعد از صدور حکم، عین معین که محکوم‌به بوده، تلف گردد و در نتیجه استناد کرد که هرگاه در اثنای دادرسی مال موضوع ترافع تلف شود، خواهان جز در مواردی که در جلسه اول دادرسی، با شرایطی که در ماده ۹۸ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی آمده، خواسته خود را از عین به قیمت تغییر دهد، محکوم به بی‌حقی است و باید برای دریافت قیمت مال خود در صورتی که با تقصیر خوانده

تلف شـــده و یا ثمن معامله اگر بدون تقصیر و اهمال خریدار تلف شده باشد، مجدد طرح دعوا نماید.

٤- نظر اخیر در عمل باعث می‌شـــود وقت و هزینه خواهان هدر رفته و میزان آرای قضایی بدون توجیه منطقی زیاد شـــود و در عرصه علمی نیز قابل مناقشه است. در این مورد می‌توان اســـتدلال کرد که ماده ۳٦۲ در مقام بیان یک موضوع اســـت و آن را به عنوانی حکمی که توســـط قانون مطرح شـــده، عنوان کرده است. به عبارت دیگر، از یک طرف روشـــن اســـت که مطابق ماده ۳٦۲، مطالبه قیمت عین در مرحله تجدید نظر می‌تواند جانشـــین مطالبه خود آن شود و این موضوع از نظر قانون ادعای جدید محســـوب نمی‌شود. از طرف دیگر نیز بر اساس ماده ۳٥٦ قانون آیین دادرسی دادگاه‌هـــای عمومی و انقلاب در امور مدنی، مقرراتی که در دادرســـی بدوی رعایت می‌شـــود، در مرحله تجدید نظر نیز جاری بوده و به عبارتی هرچه درجه دادگاه بالاتر می‌رود، دایره رســـیدگی آن نیز محدودتر می‌شود و بر اساس ماده ۳٤۹ همان قانون، مرجع تجدید نظر فقط به آنچه رسیدگی می‌نماید که که در مرحله نخستین مورد حکم قرار گرفته است؛ بنابراین نمی‌توان برای تفاوت قائل شدن بین اجرای حکم بند ۱ ماده ۳٦۲ در مرحله بدوی و تجدید نظر، در رابطه با ادعای جدید محســـوب نشدن قیمت به جای عین معین تلف‌شده، دلیلی یافت و در نتیجه می‌توان گفت مفاد بند یک ماده ۳٦۲ قانون آیین دادرســـی دادگاه‌های عمومی و انقـــلاب در امور مدنی در هر زمانی که در جریان رســـیدگی قضایی است؛ اعم از بدوی یا تجدید نظر، جاری می‌باشد و در صـــورت تلف عین معین در هر یک از این موارد، ذی‌نفع می‌تواند خواســـته را به قیمت آن تغییر داده و این تغییر خواســـته از جهت قانون‌گذار، ادعای جدید محسوب نمی‌شود.

فهرست منابع

الف. فارسی

* افتخارجهرمی، گودرز و السان، مصطفی (۱۳۹۹)، **آیین دادرسی مدنی**، جلد دوم، تهران: میزان.

* افتخارجهرمی، گودرز و السان، مصطفی (۱۳۹۹)، **آیین دادرسی مدنی**، جلد سوم: تهران: میزان.

* امامی، سید حسن(۱۳۹۹)، **حقوق مدنی**، جلد اول، چاپ چهل و پنجم، تهران: اسلامیه.

* بروجردی عبده، محمد (۱۳۷۸)، **اصول قضائی حقوقی مستخرجه از احکام دیوان عالی کشور**، تهران: رهام.

* حسینی، سید محمدرضا (۱۳۸۰)، **آیین دادرسی مدنی در رویه قضایی**، تهران: مجد.

* حیاتی، علی‌عباس(۱۳۹۷)، **آیین دادرسی مدنی در نظم حقوقی کنونی**، تهران: میزان.

* خدابخشی، عبدالله (۱۳۹۳)، **حقوق حاکم بر اجرای آرای مدنی**، تهران: شرکت سهامی انتشار.

* شمس، عبدالله (۱۳۹۸)، **اجرای احکام مدنی**، جلد نخست، تهران: دراک.

* شهابی، علی و صفایی، سید حسین و اخلاقی، بهروز و امینی، منصور (۱٤۰۰)، «**مطالبه خسارت عدم انجام تعهد پس از فسخ قرارداد**»، مطالعات حقوقی دانشگاه شیراز، دوره ۱۳، شماره ۱.

* غمامی، مجید و محسنی، حسن (۱۳۹۰)، **آیین دادرسی مدنی فراملی**، تهران: شرکت سهامی انتشار.

* کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۱)، **قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی**، چاپ هفتم، تهران: میزان.

* کاتوزیان، ناصر (۱۳۸٤)، **دوره عقود معین (۱) حقوق مدنی**، چاپ نهم، تهران: شرکت سهامی انتشار.

* کاشانی، جواد و فتحی، بدیع (۱٤۰۰)، «**مطالعه دعوای ضمنی(متضمن) در**

دادرســـی مدنی ایران و فرانسه با تاکید بر رویه قضایی»، مطالعات حقوقی دانشگاه شیراز، دوره ۱۳، شماره ۳.

* متین دفتری، احمد (۱۳۹۵)، **آیین دادرسی مدنی و بازرگانی**، تهران: مجد.

* مهاجری، علی (۱۳۹۷)، **دوره جدید مبســـوط در آیین دادرسی مدنی**، جلد سوم، تهران: فکرسازان.

* مولودی، محمد و هویدا، مهدی حمزه (۱۳۹۷)، «**دفاع شکلی در دادرسی مدنی**»، دیدگاه‌های حقوق قضایی، دوره ۸۲.

* نهرینی، فریدون (۱۳۸٤)، «**تصمیم دادگاه بر رفع اثر از دستور موقت**»، تحقیقات حقوقی (یادمان دکتر شهیدی)، دوره ۲۷.

* نهرینی، فریدون (۱۳۹۷)، **ایستایی اجرای حکم دادگاه**، تهران: گنج دانش.

* نهرینی، فریـــدون و خاکباز، محمد (۱٤۰۰)، «**کنکاشـــی بر قاعده محدود بودن دادگاه در قلمرو خواسته**»، حقوق خصوصی، دوره ۱.

ب. عربی

* جبعی عاملی، زین‌الدین بن علی (شـــهید ثانی) (۱٤۱۱ق)، **مســـالک الاسلام الی تنقیح شرایع الاسلام**، چاپ نخست، قم: موسسه معارف الاسلامیه.

* مکارم شیرازی، ناصر (۱٤۱۱ق)، **القواعد الفقهیه**، جلد دوم، کتابخانه صدر.

* موسوی خمینی، سید روح الله (۱٤۲۱ق)، **کتاب البیع**، تهران: موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.

پ. انگلیسی

* Internaitonal Institue for the Unificaation of Private Law, ALI/ UNIDROIT Principles and Rules of Transnational Civil Procedure (2004).

مجله حقوقی دادگستری

مقاله پژوهشی/ دوره ۸۸/ شماره ۱۲۵/ صفحات: ۲۲۲-۲۰۳
تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۲/۰۵ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۳/۲۶

مبداء خسارت تاخیر تادیه چک و محدوده شمول رای وحدت رویه ۸۱۲ دیوان عالی کشور

فرید صحرائی،[۱] علی چگینی[۲]

چکیده

بر اســـاس رای وحدت رویه شـــماره ۸۱۲ هیات عمومی دیوان عالی کشـــور، مبدا محاسبه خسارت تاخیر تادیه چک از تاریخ سررسید است؛ با این حال، اطلاق رای یادشده و دیدگاه‌های مطرح در دکترین و اختلاف نظر قضات، مانع از تحقق وحدت رویه میان مراجع قضایـــی و صدور آراء متعارض در این موضـــوع، به‌رغم صدور رای وحدت رویه پیش‌گفته شده است. از مهم‌ترین مواضع اختلاف، انتقال چک پس از اخذ گواهی عدم پرداخت، سپری شـــدن مدت طولانی از تاریخ سرســـید و عدم مطالبه از سوی دارنده (قاعده اقدام) و شمول مرور زمان اسناد تجاری مقرر در ماده ۳۱۸ قانون تجارت است.

پژوهش حاضر با بررســـی اســـناد بین‌المللی، دکترین حقوقـــی و رویه قضایی در خصوص مبدا محاســـبه خسارت تاخیر تادیه چک، به این نتیجه دست یافته است که اطلاق رای وحدت رویه شـــماره ۸۱۲ هیات عمومی دیوان عالی کشـــور موجب نمی‌شود تا دیگر قواعد حقوقی از جمله مرور زمان اســـناد تجارتی، عدم رعایت تشریفات انتقال سند تجارتی یـــا قاعده اقدام قابل اجرا نباشـــد؛ این موارد به دلیل دارا بـــودن حکم خاص، از اطلاق رای وحدت رویه خارج اســـت و مبدا محاسبه خسارت تاخیر تادیه چک نیز مطابق عمومات از تاریخ مطالبه خواهد بود.

واژگان کلیدی: خسارت تاخیر تادیه، چک، گواهی عدم پرداخت، رای وحدت رویه ۸۱۲، سررسید، مطالبه.

۱.قاضی دادگســـتری و دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه خوارزمی، تهران، ایران (نویسنده مسئول)

Sahraei.farid@gmail.com

۲. قاضی دادگستری

alicheginifani@gmail.co

درآمد

در نظـــام حقوقی ایران وظیفه وضع قاعده حقوقی با قوه مقننه یا همان مجلس شـــورای اسلامی است. با این حال براساس اصل یکصد و شصت‌ویکم قانون اساسی و ماده ٤٧١ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ با اصلاحات و الحاقات بعدی، دیوان عالی کشور وظیفه ایجاد وحدت رویه قضایی را برعهده دارد و در صورتی که مراجع قضایی با اســـتنباط متفاوت از قوانیـــن، آرا مختلف صادر کنند، هیات عمومی دیوان عالی کشور موظف اســـت تا یک تفسیر از قانون را به اکثریت انتخاب و رایی صادر کند که «در موارد مشـــابه برای شـــعب دیوان عالی کشـــور و دادگاه‌ها و سایر مراجع، اعم از قضائی و غیر آن لازم‌الاتباع است»؛ بنابراین اگرچه در بسیاری از موارد، فهم یا تفســـیر هر قاضی از قانون متفاوت است، اما قانون‌گذار به منظور جلوگیری از صـــدور آرا متفاوت، نهاد رای وحدت رویه الـــزام‌آور در نظام حقوقی ایران را ایجاد کرده که در نوع خود بی‌مانند است، اما گاه فهم‌ها یا تفسیرهای متفاوت از آرا وحدت رویه، به نوعی هدف اصلی قانون‌گذار از ایجاد این نهاد را عقیم می‌گذارد.

یکی از آرا وحدت رویه که تفاســـیر متفاوتی از آن می‌شـــود و میان دکترین و رویه قضایی در خصوص حدود شـــمول آن اختلاف نظر اســـت، رای وحدت رویه شـــماره ۸۱۲ مورخ ١٤٠٠/٤/١ هیات عمومی دیوان عالی کشـــور است. علت صدور رای یادشده، اختلاف دو دادگاه تجدید نظر در خصوص مبدا محاسبه خسارت تاخیر تادیه چک اســـت که یکی از شعب آن را از تاریخ سررسید و دیگری از تاریخ مطالبه اعلام کرده است و پیش از اختلاف این دو شعبه نیز برای مدت مدیدی میان دادرسان در خصوص مبدا محاســـبه خسارت تاخیر تادیه در فروض مختلف اختلاف نظر بوده اســـت (بنگرید به: فتاحی، ۱۳۹۵: ۱۲۹) و در نهایت، دیـــدگاه اکثریت قضات دیوان عالی کشـــور بر این قرار گرفت که «مطابق ماده ۳ قانون صدور چک مصوب ۱۳۵۵ با اصلاحات و الحاقات بعـــدی، صادرکننده باید در تاریخ مندرج در چک، معادل مبلغ ذکر شـــده در آن، در بانک محال علیه وجه نقد داشـــته باشـــد و برابر تبصره الحاقی (١٣٧٦/٣/١٠) بـــه ماده ۲ قانـــون اخیرالذکر و قانون استفســـاریه این تبصره مصوب ١٣٧٦/٩/٢١ مجمع تشـــخیص مصلحت نظام، مبدا محاســـبه خسارت تاخیر تادیه بر مبنای نرخ تورم، تاریخ چک اســـت؛ بنابراین خســـارت تاخیر تادیه وجه چک، برابر

مقررات مذکور که به طور خاص راجع به چک وضع شـــده است، محاسبه می‌شود و از شـــمول شرایط مقرر در ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹ خارج است ...».

پس از صدور این رای وحدت رویه، بسیاری از مراجع قضایی بر اساس ظاهر رای و اطلاق آن، در تمامی موارد مبنای محاســـبه خسارت تاخیر تادیه چک را تاریخ سررســـید اعلام می‌کنند. برای مثال، حتی در زمانی که صادرکننده چک در سررسید وجه کافی در حســـاب خود داشته، اما دارنده اقدام به مطالبه آن نکرده است، بسیاری از مراجع همچنان معتقدند که در این خصوص نیز مبدا محاسبه خسارت تاخیر تادیه وجه چک تاریخ سررســـید آن اســـت و این دیدگاه پیش از صدور رای وحدت رویه شماره ۸۱۲ نیز وجود داشـــته است.[۱] در مقابل بسیاری دیگر از شعب باور دارند که کـــه در این حالت دارنده به دلیل تعلل در واخواســـت چک، به زیان خود اقدام کرده اســـت و بر این اساس، خسارت تاخیر تادیه را از تاریخ مطالبه حکم می‌دهند. تفسیر گوناگون دادرســـان به ویژه باتوجه به افزایش مداوم نرخ تورم و تغییرات گسترده در میزان شاخص تورمی، موجب صدور احکامی متفاوتی شده است که عرف قضایی را نامشخص و مبهم نموده است.

در این مقاله، دیدگاه دکترین، اسناد بین‌المللی و رویه قضایی ایران در خصوص مبدا محاسبه خســـارت تاخیر تادیه چک و محدوده شمول رای وحدت رویه شماره ۸۱۲ دیوان عالی کشـــور در فروض مختلف بررســـی می‌شـــود و در پی پاسخ به این پرسش‌ها است که آیا در تمامی موارد، مبدا محاسبه خسارت تاخیر تادیه چک تاریخ سررســـید است یا در مواردی از جمله شمول مرور زمان پنج ساله اسناد تجاری مقرر در مـــاده ۳۱۸ قانون تجارت یا عـــدم مراجعه دارنده به بانک جهت وصول مبلغ چک به‌رغم وجود وجه در حســـاب صادرکننده، مفـــاد رای وحدت رویه ۸۱۲ دیوان عالی کشور اجرا نخواهد شد.

---

۱. از جمله در نشســـت قضایی برگزار شده در شهرســـتان نهاوند در تاریخ ۱۳۹۷/۱۱/٤ که اکثریت معتقد بودند «محاســـبه خسارت تاخیر تادیه می‌بایست بر اســـاس قانون استفساریه تبصره الحاقی به ماده ۲ قانون اصلاح موادی از قانون صدور چک صورت گیرد و استدلال خلاف آن، اجتهاد در مقابل نص محســـوب می‌گردد»، در مقابل، دیدگاه اقلیت بر این بود که «می‌توان به لحاظ تقصیر مدعی در طرح به موقع دعوی، خوانده را از پرداخت خســـارتی بیـــش از آنچه از تاریخ طرح دعوی به چک تعلق می‌گیرد معاف دانست».

۱. بررسی موضوع در دکترین حقوقی

رویکرد مخالفت ابتدایی و مبهم متعاقب قانون‌گذار پس از انقلاب اسلامی در خصوص خسارت تاخیر تادیه، دیدگاه‌های مختلفی را در میان حقوق‌دانان موجب شد و قانون‌گذار پس از مدت‌ها آزمون و خطا، به موجب ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹ پذیرفت که خسارت تاخیر تادیه خسارتی ملموس و عینی است که به واسطه اوضاع و احوال اقتصادی بر بستانکار وارد می‌شود (بنگرید به: اصغری آقمشهدی و محمدزاده، ۱۳۹۱: ۸)، اما اختلاف‌نظر ایجاد شده در مواردی باقی ماند که از جمله، در خصوص مبدا محاسبه خسارت تاخیر تادیه چک است که تنها تعداد اندکی از صاحب‌نظران و پژوهشگران دیدگاه‌های خود را در خصوص آن مطرح کرده‌اند. برخی به‌رغم اشاره به این‌که در خصوص چک براساس ماده‌واحده قانون استفساریه تبصره الحاقی به ماده ۲ قانون صدور چک، مبدا محاسبه خسارت تاخیر تادیه از تاریخ سررسید است و نه مطالبه؛ اما همچنان ملاک قرار دادن تاریخ مطالبه در اسناد تجارتی را عادلانه‌تر دانسته‌اند (کاویانی، ۱٤۰۰: ۱۸٤). در فرضی که میان صدور چک و مطالبه وجه آن فاصله طولانی ایجاد شود نیز قائل بر این شده‌اند که باید تاریخ مطالبه را ملاک محاسبه قرار داد (همان‌جا). برخی دیگر ضمن تایید دیدگاه یادشده اعلام داشته‌اند که در صورت شمول مرور زمان اسناد تجاری مقرر در ماده ۳۱۸ قانون تجارت باید مطابق عمومات عمل شود (فتاحی، ۱۳۹۵: ۱۳۰). نویسنده دیگری نیز تنها به تاریخ چک به عنوان مبنا محاسبه اشاره کرده و در خصوص حالاتی که ممکن است تاریخ مطالبه مبنای محاسبه قرار گیرد، مطلبی ذکر ننموده است و با این حال، شرط احراز تمکن صادرکننده مقرر در ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹ را لازم ندانسته است (صقری، ۱۳۸۷: ٦۱۰). وانگهی به نظر می‌رسد اگرچه که قانون‌گذار در خصوص مبدا محاسبه خسارت تاخیر تادیه چک حکم ویژه‌ای را وضع کرده که در دیگر اسناد تجاری پیشینه ندارد، اما همچنان در خصوص شرایط تعلق خسارت تاخیر تادیه تابع سایر قوانین و مقررات است؛ همان‌گونه که برخی به درستی رعایت مفاد ماده ۵۲۲ قانون یادشده را ضروری دانسته‌اند (محسنی، ۱۳۸۹: ۱۰۸). این دیدگاه در رای وحدت رویه شماره ۸۲٤ مورخ ۱٤۰۱/٦/۱ هیات عمومی

دیوان عالی کشور[1] نیز تکرار شده است. حقوق‌دانان دیگری ضمن تصریح به محاسبه خسارت تاخیر تادیه چک از تاریخ سررسید به تلاش‌های رویه قضایی بر تعدیل مقرره در ماده‌واحده قانون استفساریه تبصره الحاقی به ماده ۲ قانون صدور چک از جمله در حالتی که دارنده پس ده سال اقدام به اخذ گواهی عدم پرداخت می‌کند، اشاره کرده است؛ با این حال به همین اندازه اکتفا نموده‌اند (تدین، ۱۴۰۱: ۱۹۶). نظر دیگر بر آن است که در فرض انتقال چک پس از اخذ گواهی عدم پرداخت، در حقوق انتقال‌گیرنده تغییری ایجاد نشده و او برای مثال، مستحق دریافت خسارت تاخیر تادیه از تاریخ سررسید چک است (میری، ۱۴۰۱: ۳۶۲).

بنابراین چنین به نظر می‌رسد که بسیاری از صاحب‌نظران حقوق اسناد تجارتی در موضوع حالات عدم محاسبه خسارت تاخیر تادیه چک از تاریخ سررسید اظهار نظر نکرده‌اند و دیگران نیز به طور مشخص و منسجم مطلبی را ذکر نکرده و در دکترین حقوق ایران تنها به صورت پراکنده می‌توان مطالبی را مشاهده کرد.

۲. مقررات اسناد بین‌المللی

در بسیاری از اسناد بین‌المللی و نظام‌های حقوقی جهان با یک تفاوت مبنایی نسبت به نظام حقوقی ما، دارنده سند تجاری در صورت عدم تادیه وجه سند می‌تواند علاوه بر مبلغ مندرج، خسارات وارد شده از جمله خسارت تاخیر تادیه را نیز از مسئولان سند مطالبه کند. مراد از تفاوت مبنایی این است که استحقاق خسارت تاخیر تادیه باتوجه به مباح بودن اخذ بهره[2] در این نظام‌ها بر اساس عدم‌النفع است (کاویانی، ۱۴۰۰: ۱۸۱)؛ بدین معنا که بستانکار از نفعی که در صورت وصول به موقع سند دارا می‌شد، محروم شده است و بنابراین می‌تواند از تاریخ مشخصی خسارت تاخیر تادیه را از مسئولان آن مطالبه کند.

---

۱. «با توجه به این که در ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹، شرط «تمکن مدیون» به طور مطلق بیان شده و در مقررات خاص راجع به چک حکم مغایری پیش‌بینی نشده و چک از این جهت فاقد خصوصیت است، بنابراین در مواردی که به موجب حکم دادگاه، اعسار محکوم‌علیه به نحو کلی یا با تعیین مهلت و یا اقساط ثابت شود، از تاریخ ثبوت اعسار محاسبه خسارت تاخیر تادیه وجه چک نیز متوقف می‌شود. بدیهی است در موارد صدور حکم اعسار با تعیین مهلت یا اقساط به لحاظ احراز تمکن مدیون در حدود مقرر، در صورت تاخیر از موعد یا مواعد تعیین شده، حسب مورد به دین یا هر یک از اقساط معوق، خسارت تاخیر تادیه تعلق می‌گیرد ...».

2. interest

به نظر می‌رسد در این خصوص که از چه تاریخی بستانکار مستحق دریافت خسارت تاخیر تادیه است، رویکرد واحدی به ویژه در اسناد بین‌المللی وجود ندارد. برای نمونه در ماده ٤٥ کنوانسیون ۱۹ مارس ۱۹۳۱ ژنو در باب چک[1] مقرر شده است که دارنده می‌تواند در زمان مراجعه به مسئول پرداخت، بهره چک را از تاریخ ارائه به نرخ شش درصد مطالبه و وصول کند.[2] همچنین طبق بند ۲ از ماده ٤٦ این کنوانسیون، شخصی که وجه چک را پرداخت و آن را تحصیل می‌کند، می‌تواند بهره شش درصدی را از تاریخ تادیه از کسی که در برابر او مسئولیت دارد، مطالبه و وصول کند.[3] نکته قابل توجه این است که در ماده ٤٥ کنوانسیون مذکور، حق مراجعه دارنده به مسئول پرداخت منوط به مراجعه در زمان مقرر نشده است.[4]

طبق ماده ۷۰ کنوانسیون آنسیترال ۱۹۸۸ درباره برات و سفته‌های بین‌المللی[5] چنانچه مقرر شده باشد که پس از سررسید بهره پرداخت شود، بهره به نرخ مقرر (مورد توافق) و در صورت عدم وجود چنین شرطی، بهره به نرخ تعیین شده در بند ۲ همین ماده از تاریخ ارائه محاسبه خواهد شد.[6] در خصوص دیون ناشی از معاملات تجارتی نیز برای نمونه می‌توان به دستورالعمل/رهنمود EU/۷/۲۰۱۱ اتحادیه اروپا[7]

---

1. Convention Providing a Uniform Law for Cheques

2. Article 45: The holder may claim from the party against whom he exercises his right of recourse: 1- The unpaid amount of the cheque; 2- Interest at the rate of 6% as from the date of presentment; 3- The expenses of the protest or equivalent declaration, and of the notices given as well as other expenses.

3. Article 46: A party who takes up and pays a cheque can recover from the parties liable to him: … 2- Interest on the said sum calculated at the rate of 6%, as from the day on which he made payment;

٤. در بسیاری از دادگاه‌های ایران یکی از دلایل عدم پرداخت خسارت تاخیر تادیه چک، عدم اقدام به موقع دارنده در مطالبه وجه چک و استناد به قاعده اقدام بوده است از جمله در دادنامه شماره ۱۰۹۹ مورخ ۱۳۹۱/۱۲/۰۵ که از آرا مذکور در گزارش پرونده رای وحدت رویه ۸۱۲ دیوان عالی کشور است.

5. United Nations convention on international bills of exchange and international promissory notes 1988

6. (ii) If interest has been stipulated to be paid after maturity, interest at the rate stipulated, or, in the absence of such stipulation, interest at the rate specified in paragraph 2 of this article, calculated from the date of presentment on the sum specified in subparagraph

7. Directive 2011/7/EU of the European Parliament and of the Council of 16 Febru-

تحـــت عنوان مقابله با تاخیر تادیه در معاملات تجارتی[1] اشـــاره کرد که در ۱۶ فوریه ۲۰۱۱ صادر شده است و در حال حاضر تقریبا در تمامی کشورهای عضو این اتحادیه تبدیل به قانون ملی شـــده اســـت. در این رهنمود مقرراتی به طور کلی در خصوص تاخیر تادیه در معاملات تجارتی ذکر شـــده اســـت. مطابق بند ۲ ماده ۱ مقررات این رهنمـــود در مورد کلیه پرداخت‌هایی که در معاملات تجارتی صورت می‌گیرد اعمال خواهد شد.[2] در بند ۱ از ماده ۳ نیز مقرر شده است که بستانکار مستحق دریافت بهره ناشـــی از تاخیر تادیه بدون نیاز به یادآوری اســـت؛ البته با رعایت شرایطی از جمله این‌که مسبب تاخیر در پرداخت شخص بستانکار نباشد.[3] در خصوص تاریخ استحقاق خسارت تاخیر تادیه براساس قسمت الف از بند ۳ ماده ۳ مقرر شده است که بستانکار از روز بعد از تاریخ یا پایان مدت پرداخت تعیین شده در قرارداد مستحق بهره تاخیر تادیه خواهد بود؛[4] بنابراین همان‌گونه که پیش‌تر گفته شد، در خصوص مبداء خسارت تاخیر چک به طور خاص و دیون ناشی از اسناد و روابط تجارتی در اسناد بین‌المللی رویکرد مشخص و ثابتی وجود ندارد.

۳. رویه قضایی ایران پیش و پس از صدور رای وحدت رویه ۸۱۲

اگرچـــه آرا دادگاه‌ها در نظام حقوقی ایران همچـــون نظام حقوقی کامن‌لا در موارد مشـــابه لازم‌الاتباع نیســـتند و در نتیجه برخلاف آرا وحدت رویه، منبع الزام‌آور محسوب نمی‌شـــوند، اما با توجه به سهم مهمی که آرا قبلی در تفسیرهای قضات در موارد مشـــابه متعاقب دارند، ضروری به نظر می‌رسد که رویه قضایی ایران در رابطه با مبدا محاســـبه خسارت تاخیر تادیه چک بررسی شود. به بیانی دیگر، فهم یا تفسیر قاضی از منابع الزام‌آور مانند قانون و آرا وحدت رویه نقش اساسی را در رویه قضایی ایفا می‌کند؛ با این حال نباید سهم سایر منابع غیرالزام‌آور همچون عرف، فقه و به ویژه

---

ary 2011 on combating late payment in commercial transactions

1. Combating late payment in commercial transactions

2. «This Directive shall apply to all payments made as remuneration for commercial transactions».

3. «…The creditor is entitled to interest for late payment without the necessity of a reminder».

4. «...The creditor is entitled to interest for late payment from the day following the date or the end of the period for payment fixed in the contract».

آرا ســـایر قضات در موضوعات مشابه را نادیده گرفت. در این راستا چنانچه قائل بر آن باشیم که مفهوم رویه قضایی تنها ناظر به تکرار آرا مشابه دادگاه نبوده (اسلامی‌پناه، ۱۳۹۷: ۲٤۸)، بلکه هر رایی از مراجع قضایی شـــامل می‌شـــود (جعفری‌تبار، ۱٤۰۰: ۲٤)، می‌بایست طیف گسترده‌ای از آرا مراجع قضایی را که در خصوص موضوع این نوشتار صادر شده است، مورد بررسی قرار گیرد. بدین منظور در ادامه، آرای مرتبط با رای وحدت شماره ۸۱۲ که دارای اختلاف با یکدیگر بوده، تشریح می‌شود.

۱-۳. تاثیر قاعده اقدام

به موجب دادنامه‌ای که شـــعبه ۵ دادگاه عمومی حقوقی تهران به شماره ۹۷۰ مورخ ۱۳۹۱/۱۰/۱۲ صادر کرده اســـت، در پرونده‌ای که خواهان پس از ده ســـال از تاریخ صدور دو فقره چک، اقدام به واخواســـت (برگشـــت) آن‌ها نموده است، عمل خواهان مشـــمول قاعده اقدام به زیان خود دانســـته شده و با اعلام شمول مرور زمان نســـبت به آن‌ها، چک را فاقد وصف تجاری تلقی و تنها به عنوان ســـند عادی قابل استناد دانسته اســـت؛ بنابراین در قسمت مطالبه خسارت تاخیر تادیه، حکم بر بطلان دعوا صادر شـــده اســـت.[1] این رای به موجب دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۵۰۰۰۳۵۳ مورخ ۱۳۹۲/۳/۱۹ شعبه ٤۹ دادگاه تجدید نظر استان تهران تایید شده است.

به موجب دادنامه شـــماره ۱٤۰۱۲۸۳۹۰۰۰۰٤٤۹۱۰٦ مورخ ۱٤۰۱/۲/۱۸ شعبه ۵ دادگاه عمومی حقوقی ملایر در فرضی که خواهان پس از شـــش سال اقدام به اخذ گواهی عدم پرداخت چک نموده اســـت، دادرس با ذکر اســـتدلالی مفصل، خواسته خواهان را مبنی بر مطالبه خسارت تاخیر تادیه از تاریخ سررسید قابل پذیرش ندانسته و حکم بر بی‌حقی خواهان صادر کرده است. اهم استدلال‌های این مرجع بدین شرح است: «۱- خواهان باید جهت مطالبه حق خود در زمان مقرر و مندرج در همان سند، نسبت به وصول طلب اقدام قانونی لازم را به جای می‌آورد که از این مهم چشم‌پوشی نمـــوده و علیه خود اقدام کرده اســـت»؛ ۲- قوانین عالی و بالادســـتی بر قوانین تالی

---

۱. «... اقدام خواهان به برگشت چک‌ها قریب ده سال پس از تاریخ صدور مشمول قاعده اقدام بوده و موجبی برای مطالبه خســـارت تاخیر تادیه از تاریخ سررسید چک در سال ۱۳۸۰ تا تاریخ برگشت آن در سال ۱۳۹۰ وجود ندارد؛ مضاف آن که، بر فرض پذیرش مرور زمان چک به عنوان سند تجاری قابل استناد نبوده بلکه به عنوان سند عادی قابلیت استناد دارد، بنا به مراتب ... ضمن صدور حکم بر طلان دعوی مطالبه خسارت تاخیر تادیه رای بر محکومیت خوانده به پرداخت ... بابت اصل خواسته ...».

حکومت دارند؛ بنابراین با توجه به اصل چهلم قانون اساسی هیچ‌کس نمی‌تواند در مقام اعمال حق خود موجب ورود زیان به دیگری شود و این اصل بر ماده ۲ قانون صدور چک حکومت دارد؛[۱] ۳- تعلق خسارت تاخیر تادیه از زمان صدور چک منوط به آن است که شخص اقدام متعارف را نسبت به آن انجام دهد؛[۲] ٤- رای وحدت رویه تنها در خصوص محل اختلاف دو شعبه موردنظر دارای نفوذ و اعتبار است و باید به صورت مضیق تفسیر شود».[۳]

۲-۳. لزوم مطالبه دین

به موجب دادنامه‌ای که شعبه ۱۱۷ دادگاه عمومی حقوقی تهران به شماره ۹۳۰۰۰۹٦۱ مورخ ۱۳۹۳/۹/۲۹ صادر کرده است، در پرونده‌ای که خواهان مطالبه خسارت تاخیر تادیه سه فقره چک را که در سال ۱۳۷٤ صادر شده، تقاضا کرده است، دادگاه بدوی مطالبه خسارت تاخیر تادیه را منوط و فرع بر مطالبه آن دانسته است و به دلیل آن‌که خواهان در سال ۱۳۹۰ اقدام به طرح دعوا در خصوص مطالبه وجوه چک‌ها نموده است، تنها از تاریخ طرح دعوا تا زمان استیفای آن، خواهان را محق شناخته است.[٤] خواهان از رای صادر شده در رابطه با عدم محاسبه خسارت تاخیر تادیه چک از زمان سررسید تجدید نظرخواهی کرده است. شعبه اول دادگاه تجدید

---

۱. «هیچ قاعده‌ای در نظام حقوقی از شمول کنترل قاعده تالی از سوی قواعد عالی خارج نمی‌باشد ...».

۲. «... لذا باید گزاره پیش‌رو یعنی تعلق خسارت تاخیر تادیه از زمان صدور چک (تز) و نفی این گزاره یعنی عدم تعلق خسارت تاخیر تادیه در صورت نبود شرایط اعمال ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی (آنتی‌تز) به یک جمع مشخص از این دو گزاره رسید و آن، تعلق خسارت تاخیر تادیه از مان صدور چک می‌باشد، ولی به شرط این‌که همانند یک شخص متعارف در مطالبه به موقع آن رفتار شود (سنتز) ...».

۳. «فلسفه این رای (رای وحدت رویه شماره ۸۱۲) ارائه تفسیری روشن در یک موضوع جزئی و در حدود موضوع آرا متهافت است؛ لذا هیچگاه شان و منزلتی که برای قانون متصور است را نمی‌توان برای آرا وحدت رویه تصور کرد ...».

٤. «... نظر به این‌که مستفاد از ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی، محکومیت خوانده به پرداخت خسارت تاخیر تادیه فرع بر مطالبه دین می‌باشد و با التفات به این‌که حسب استعلام معموله از اجرای احکام مدنی شورای حل اختلاف مربوطه، خواهان دادخواست مطالبه وجه چک را در تاریخ ۱۳۹۰/۱۰/۸ بیش از شانزده سال پس از انقضای تاریخ سررسید تقدیم کرده و محکوم‌به نیز در تاریخ ۱۳۹۲/۱۰/۸ به طور کامل استیفا گردیده است، لذا دادگاه دعوی خواهان را در فاصله زمانی میان تقدیم دادخواست به شورا و استیفای محکوم‌به وارد تشخیص ... حکم بر محکومیت خوانده به پرداخت خسارت تاخیر تادیه از تاریخ تقدیم دادخواست تا ۱۳۹۲/۱۰/۸ ... در حق خواهان صادر می‌نماید».

نظر استان تهران به موجب دادنامه شماره ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۰۱۰۱۵۶۹ مورخ ۱۳۹۳/۱۱/۲۰ با این استدلال که «به موجب ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مطالبه دین از ناحیه دائن یکی از شروط جهت محاسبه خسارت تاخیر تادیه است و تجدید نظرخواه دلیلی که موید مطالبه وجود چک‌ها باشد ارائه» نکرده، دادنامه بدوی را عیناً تایید کرده است.

۳-۳. تاثیر انتقال چک پس از اخذ گواهی عدم پرداخت

به موجب دادنامه شماره ۱۴۰۱۱۲۹۰۰۰۲۳۱۸۲۳۸ مورخ ۱۴۰۱/۵/۱۳صادر شده از سوی شعبه ۶۳ شورای حل اختلاف کرج، در فرضی که دارنده سند تجاری پس از واخواست (گواهی عدم پرداخت) آن را به شخص دیگر (خواهان) منتقل می‌کند و مقررات مرتبط در قانون تجارت را در این‌باره رعایت نمی‌نماید، خسارت تاخیر تادیه از تاریخ تقدیم دادخواست و نه سررسید چک محاسبه خواهد شد. اهم استدلال‌های این دادنامه بدین شرح است: «اولا، انتقال سند تجاری بعد از واخواست می‌بایست براساس مواد ۲۷۰ و ۲۷۱ صورت گیرد که بر اساس آن، ثالث می‌تواند پس از برگشت از طرف صادرکننده، وجه سند را کارسازی کند، اما دخالت شخص ثالث و پرداخت وجه باید در اعتراض‌نامه (برگشت چک) قید شود؛ ثانیاً، رعایت شرایط شکلی در اسناد تجاری دارای موضوعیت بوده (نه طریقیت) و چنانچه مطابق آن عمل نشود، سند تجاری وصف تجاری خود را از دست خواهد داد ...». این دادنامه به موجب رای شماره ۱۴۰۱۰۱۳۹۰۰۰۶۴۲۹۸۴۲ مورخ ۱۴۰۱/۱۱/۳۰ شعبه ۲۶ دادگاه عمومی حقوقی کرج عینا تایید شده است. در پرونده دیگری در شعبه اول شورای حل اختلاف بخش محمدیه قزوین به شماره دادنامه ۱۴۰۱۲۲۹۲۰۰۰۰۷۱۶۶۱۲ مورخ ۱۴۰۱/۴/۲۷ با استدلال مشابه، همین دیدگاه پذیرفته شده است.[1]

---

۱. «... با مداقه در دادخواست تقدیمی، جمیع اوراق، محتویات و مندرجات پرونده، گواهی عدم پرداخت چک موصوف به دارندگی محمد ... و رسید دست‌نویس علی‌حده که به موجب آن تمامی حقوق دارنده موصوف به خواهان مهدی ... واگذار شده است که حکایت از انتقال سند بعد از صدور گواهی عدم پرداخت به خواهان دارد، نظر به این که پس از واخواست سند تجاری که در مانحن فیه گواهی عدم پرداخت در حکم آن است، انتقال حقوق دارنده به شخص ثالث برابر مقررات خاصی که در مواد ۲۷۰ و ۲۷۱ قانون تجارت مصوب سال ۱۳۱۱ پیش‌بینی شده است، می‌بایست به عمل آید تا وصف سند تجاری و امکان استفاده از مزایای آن باقی بماند؛ از این روی با انتقال چک پس از گواهی عدم پرداخت، بدون رعایت مقررات مربوط، بر منتقل الیه دارنده سند تجاری اطلاق نمی‌شود و لذا طلب و انتقال مزبور مشمول عمومات قانون مدنی قرار گرفته و از یک سو مستنبط از

٤-۳. شمول مرور زمان اسناد تجاری

در دادنامه دیگر به شماره ۱٤۰۰۰۱۳۹۰۰۰٤۹۳٦٥٤۹ مورخ ۱٤۰۰/۹/۲٤ شعبه ۲۵ دادگاه عمومی حقوقی کرج به خواسته مطالبه خسارت تاخیر تادیه دو فقره چک از تاریخ سررسید لغایت تاریخ پرداخت، دادرس پس از احراز این‌که صدور چک بابت معاملات تجارتی بوده و خواهان پس از سپری شدن مهلت پنج ساله مقرر در ماده ۳۱۸ قانون تجارت طرح دعوا کرده است، نسبت به خواسته از تاریخ سررسید حکم بر بطلان دعوا صادر نموده است. اهم استدلال‌های مندرج در این دادنامه بدین شرح است: «اولا، خواهان تولیدکننده و واردکننده دوچرخه می‌باشد که در امر فروش دوچرخه فعالیت دارد و خوانده نیز در زمان مبادله چک‌های موضوع دعوا در امر خرید و فروش دوچرخه بوده و حتی نمایندگی از طرف شرکت خواهان برای فروش انحصاری محصولات شرکت مذکور را داشته است و لذا از نظر این دادگاه، مطابق ماده ٤ قانون تجارت چک‌ها برای معاملات تجارتی صادر و به خواهان داده شده است؛ ثانیا، مطابق ماده ۳۱۸ قانون تجارت دعاوی راجع به برات، فته طلب و چک که از طرف تجار یا برای امور تجارتی صادر شده است، پس از انتفای پنج سال از تاریخ صدور اعتراض‌نامه (برگشت) در محاکم مسموع نخواهد بود؛ مگر این‌که در ظرف این مدت رسما اقرار به دین واقع شده باشد؛ ثالثا، در مطالبه کلیه دیون مطابق ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی دائن از تاریخ مطالبه حق دریافت خسارت تاخیر تادیه دارد؛ مگر در خصوص چک که مطابق تبصره الحاقی به ماده ۲ قانون صدور چک مصوب ۱۳۷٦/۰۳/۱۰ مجمع تشخیص مصلحت نظام و استفساریه تبصره مذکور خسارت تاخیر تادیه از تاریخ سند تجاری قابل مطالبه است؛ رابعا رعایت مقررات شکلی وضع شده از سوی قانون‌گذار نسبت

بند ۳ ماده ۲۹۲ قانون مدنی، ماده ٦۸۵ همان قانون و ماده ۳۸ قانون منسوخ اعسار مصوب ۱۳۱۳ در انتقال ارادی دین و طلب، همیشه رضایت طلبکار و منتقل‌الیه لازم است، ولی رضایت بدهکار اصولا شرط نیست؛ بنابراین متعهدله می‌تواند بدون رضایت متعهد، طلب خود را به دیگری واگذار کند که در مانحن‌فیه محقق است. از سوی دیگر، خسارت تاخیرتادیه به جهت طلب مدنی تلقی شدن اصل خواسته و انتقال وجه سند از سوی دارنده به خواهان، منصرف از تبصره الحاقی مورخ ۱۳۷٦/۳/۱۰ به ماده ۲ قانون صدور چک مصوب ۱۳۵۵ و قانون استفساریه تبصره الحاقی به ماده ۲ اصلاح موادی از قانون صدور چک مصوب ۱۳۷۷ مجمع تشخیص مصلحت نظام، رای وحدت رویه ۸۱۲ مورخ ۱٤۰۱/٤/۱ هیات عمومی دیوان عالی کشور، از تاریخ تقدیم دادخواست محاسبه خواهد شد ...».

به اســـناد تجاری موضوعیت داشته و به موجب تبصره ماده ۳۱۹ قانون تجارت الزامی است ...».[۱] از این دادنامه تجدید نظرخواهی شده که در نهایت شعبه ۱۵ دادگاه تجدید نظر استان البرز به موجب دادنامه ۱۴۰۱۰۱۳۹۰۰۰۱۹۳۷۶۰۵ مورخ ۱۴۰۱/۴/۱۶ ضمن تغییر حکم به قرار رد دعوا، اظهار کرده است که نظریه مشورتی یادشده مطابق قانون نیست.[۲]

از ســـوی دیگر شـــعبه ۵ دادگاه عمومی حقوقی شـــیراز در دادنامه شـــماره ۴۰۱۱۲۳۹۰۰۰۰۶۷۸۶۴۲ مورخ ۱۴۰۱/۱/۳۱ در پرونده‌ای که یک موسســـه اعتباری که بر اســـاس بند ۷ ماده ۲ قانون تجارت تاجر محسوب می‌شود، اقدام به مطالبه وجه چک و خســـارت تاخیر تادیه آن از تاریخ سرســـید (۱۳۹۴/۶/۲۹) کرده است، به‌رغم این‌که مهلت پنج ســـاله مقرر در ماده ۳۱۸ قانون تجارت سپری شده است، خوانده را از تاریخ سررسید چک محکوم کرده است.

بنابراین چنین به نظر می‌رســـد که در رویـــه قضایی ایران پیش و حتی پس از صدور رای وحدت رویه شماره ۸۱۲، در خصوص چگونگی صدور حکم بر خسارت تاخیر تادیه در حالات گوناگون وحدت نظر وجود نداشته و ندارد.

٤. حالات خروج از اطلاق رای وحدت رویه شماره ۸۱۲

در ادامه این مقاله به بررســـی مواردی کـــه از اطلاق رای وحدت رویه خارج هستند اشاره می‌گردد. اگرچه این فروض حصری نبوده و ممکن است بر اساس سایر

---

۱. در شعبه ۱۸ شـــورای حل اختلاف تبریز نیز دادنامه مشابهی به شماره ۱۴۰۱۳۰۳۹۰۰۰۳۰۳۰۸۶۹ مورخ ۱۴۰۱/۵/۱۱ صادر شده است «... در خصوص خسارت تأخیر تأدیه از تاریخ سررسید چک به مورخه ۱۳۹۱/۶/۳۰ لغایت تاریخ تقدیم دادخواست به مورخ ۱۴۰۱/۴/۲۲، با توجه به این‌که خواهان مواعد مقرر در ماده ۳۱۸ قانون تجارت را رعایت ننموده اســـت، لذا این مورد طبق نظریات مشورتی متعدد اداره حقوقی قوه قضاییه مورد از شـــمول رأی وحدت رویه شـــماره ۸۱۲ مورخ ۱۴۰۰/۴/۱۱ خارج می باشـــد و در این مورد خســـارت تاخیر تادیه وفق ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی محاسبه می‌شود و با توجه به این‌که خواهان وفق این ماده در مهلت مقرر قانونی و عرفی اقدامی معمول نداشـــته اســـت و به وظایف مقرر در قانون تجارت عمل ننموده اســـت و خســـارت تاخیر تادیه نیز از تاریخ مطالبه محاسبه می‌شـــود نه از تاریخ استحقاق طلبکار به دریافت وجه؛ لذا شـــورا به استناد به استناد مواد ۳۱۵ و ۳۱۸ قانون تجارت و ماده ۱۲۵۷ قانون مدنی و ماده ۱۹۷ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی حکم بر بی حقی خواهان در این مورد صادر و اعلام می–دارد ...».

۲. لازم به ذکر اســـت مطابق نظریه مشورتی شماره ۱۴۰۰/۷/۱۰۶۶ مورخ ۱۴۰۰/۱۰/۱۱ اداره حقوقی قوه قضاییه، طرح دعوی جهت مطالبه خســـارت تاخیر تادیه از تاریخ سررســـید به لحاظ زایل شدن وصف تجاری اسناد مورد استناد مطابق قانون نمی‌باشد.

قواعد و مقررات حالات دیگری نیز قابل تصور باشـــد که از اطلاق رای وحدت رویه ۸۱۲ دیوان عالی خارج باشد.

۱-٤. دریافت نکردن گواهی عدم پرداخت

در بســـیاری از موارد دارنده سند تجاری از جمله چک اقدام به واخواست یا اخذ گواهی عدم پرداخت نمی‌کند و پس از سپری شدن مدتی اغلب طولانی، اقدام به طرح دعوا در مراجع قضایی جهت وصول مبلغ چک به همراه خســـارت تاخیر تادیه آن از تاریخ سررســـید می‌نماید. در این خصوص سه دیدگاه می‌توان ارائه کرد که هر یک در دکتریـــن و رویه قضایی طرفدارانی دارد. دیدگاه نخســـت باور دارد که اخذ گواهی عدم پرداخت خارج از مهلت‌های مقرر در قانون تجارت تاثیری بر حق طرح دعوای دارنده به زیان صادرکننده و ضامن وی و مطالبه خسارت تاخیر تادیه از تاریخ سررسید ندارد. به بیانی دیگر، با توجه به اطلاق قانون‌گذار مبنی بر این‌که مبدا محاسبه خســـارت تادیه چک از تاریخ سررسید آن اســـت، حتی اگر دارنده به بانک مراجعه نکرده و گواهی عدم پرداخت اخذ نکرده باشـــد، بازهم مبدا محاسبه تاریخ سررسید خواهـــد بود. برخی دیگر بـــر این باورند که چنانچه دارنده چـــک به منظور دریافت گواهی عدم پرداخت به بانک مراجعه نکند، چک دیگر ســـند تجاری محسوب نشده و به سند عادی تبدیل می‌شود (حسنی، ۱۳۹۳: ۱۰۳؛ شاکریان، ۱٤۰۰: ٤٤۱)؛ بنابراین خسارت تاخیر تادیه نیز از تاریخ مطالبه باید محاسبه گردید. دیدگاه سوم آن است که صادرکننده چک باید ثابت کند که در تاریخ سررســـید به میزان کافی در حساب خود وجه نقد داشـــته اســـت. در این صورت مبنای محاسبه خسارت تاخیر تادیه چک، نه تاریخ سررسید، بلکه مطابق عمومات از تاریخ مطالبه (تقدیم دادخواست) است؛ بدین شرح که چون دارنده سند به موقع اقدام به برداشت وجه از حساب صادرکننده نکرده اســـت، به زیان خویش اقدام کرده و براساس قاعده اقدام حقی در دریافت خسارت تاخیر تادیه از سررســـید چک ندارد.[1] به بیان دیگر، در این حالت اساســـا تاخیری در

---

۱. از جمله در دادنامه‌های شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۵۰۰۰۳۵۳ مورخ ۱۳۹۲/۳/۱۹ شعبه ٤۹ دادگاه تجدید نظر اســـتان تهران و دادنامه شـــماره ۱٤۰۱۲۸۳۹۰۰۰۰٤٤۹۱۰٦ مورخ ۱٤۰۱/۲/۱۸ شـــعبه ۵ دادگاه عمومی حقوقی ملایر که در این مقاله اشـــاره شـــد. همچنین اداره حقوقی قوه قضاییه نیز در نظریه شـــماره ۹۰۲۳/٤۵٤۵/۱ مورخ ۱۳۹۸/٦/۵ اعلام داشته است: «... بدیهی است در فرضی که وجه چک در حساب مربوط موجود بوده و لکن دارنده چک در زمان دیگر (برای مثال یکسال بعد) مبادرت به ارائه چک به بانک نموده اســـت که در آن زمان وجه مذکور از حساب خارج شده باشد، تا جایی که

تادیه صورت نگرفته تا خسارتی به دارنده چک وارد شود (تدین، ۱۴۰۱: ۱۹۷).

به نظر می‌رسد که دیدگاه دوم با اصول و قواعد نظام حقوقی ما سازگارتر و به انصاف و عدالت نزدیک‌تر است. با این حال، اگر دارنده در مهلت مقرر اقدام به اخذ گواهی عدم پرداخت ننموده، اما صادرکننده نیز در آن تاریخ وجه نقد در حساب نداشته است، دیدگاه سوم شایسته تایید است.

۲-٤. طرح دعوا خارج از مهلت مقرر در ماده ۳۱۸ قانون تجارت

قانون تجارت از جمله در ماده ۳۱۸ [۱] مهلت‌ها و مواعدی را تحت عنوان مرور زمان برای مطالبه، اعتراض و اقامه دعوا تعیین کرده است. مطابق دیدگاه غالب دکترین (عبدی‌پور، ۱۴۰۰: ٤۰؛ اسکینی، ۱۳۸۹: ۱۷۲؛ مقدم، ۱۳۹۸: ۳۹؛ حسن‌زاده و سلطانیان، ۱۳۹۳: ۱٤۲) و رویه قضایی [۲] برخلاف مرور زمان‌های مندرج در قانون مدنی یا قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی که به تدریج نسخ شدند، مرور زمان‌های مندرج در قانون تجارت همچنان معتبر و پابرجا است؛ [۳] بدین ترتیب در صورتی که دارنده چک پس از پنج سال از تاریخ اخذ گواهی عدم پرداخت اقدام به طرح دعوا در مراجع قضایی کند، به دلیل شمول مرور زمان، چک موصوف امتیازات اسناد تجاری را از دست داده و شخص تنها در قالب دعوای مدنی

عدم پرداخت وجه چک منتسب به صاحب حساب نبوده است، باتوجه به قاعده اقدام، دارنده چک استحقاق مطالبه خسارت تاخیر تادیه در این مدت نخواهد داشت و موضوع منصرف از تبصره الحاقی به ماده ۲ قانون صدور چک است».

۱. «دعاوی راجعه به برات و فته‌طلب و چک که از طرف تجار یا برای امور تجارتی صادر شده پس از انقضای پنج سال از تاریخ صدور اعتراض‌نامه و یا آخرین تعقیب قضایی در محاکم مسموع نخواهد بود مگر این‌که در ظرف این مدت رسما اقرار به دین شده باشد که در این صورت مبدا مرور زمان از تاریخ اقرار محسوب است».

۲. از جمله دادنامه شماره ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۱۵۰۰٤٦٦ مورخ ۱۳۹۳/٤/۲۲ شعبه ۱۵ دادگاه تجدید نظر استان تهران است که در تایید دادنامه بدوی شعبه ۱۲۳ دادگاه عمومی حقوقی صادر شده است. در دادنامه مرجع نخستین آمده است: «... با توجه به این‌که مستند دعوی در چارچوب روابط تجاری (حسب اظهارات خواهان) فی‌مابین اصحاب دعوی رد و بدل گردید و تاریخ صدور چک‌ها و گواهی عدم پرداخت آن‌ها مربوط به سال ۱۳۷۸ می‌باشد، موضوع مشمول ماده ۳۱۸ قانون تجارت و مرور زمان پنج ساله بوده، در نتیجه دادگاه دعوی خواهان را قابل استماع ندانسته و قرار رد آن را صادر می‌نماید ...».

۳. اکثریت فقهای شورای نگهبان در تاریخ ۱۳٦۱/۷/۱۷ اعلام داشته‌اند که اجرای سایر قوانین مادام که مخالفت آن با موازین اسلامی اعلام نگردیده موقتا بلامانع است (مهرپور، ۱۳۸۸: ۲۰۸). در خصوص مرور زمان اسناد تجاری نیز تاکنون شورای نگهبان نظری که دال بر مخالفت باشد اعلام نکرده است.

می‌تواند وجه آن را از مسئول پرداخت مطالبه نماید.[۱] در این صورت مبداء محاسبه خسارت تاخیر تادیه نیز مشمول قاعده عمومی مندرج در ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی و از زمان مطالبه یا همان طرح دعواست (اسکینی، ۱۳۸۹: ۲٦٦). به بیان دیگر، مفاد قانون استفساریه تبصره الحاقی به ماده ۲ قانون اصلاح موادی از قانون صدور چک مصوب ۱۳۷٦/۳/۱۰ مجمع تشخیص مصلحت نظام[۲] و رای وحدت رویه شماره ۸۱۲ دیوان عالی کشور در این مورد اعمال نخواهد شد.[۳] نکته مهمی که نباید از نظر دور داشت این است که اعمال مفاد ماده ۳۱۸ قانون تجارت منوط به رعایت دو قید «از طرف تجار یا برای امور تجارتی» است؛ بدین معنا که در صورتی می‌توان مرور زمان پنج ساله را اعمال کرد که برای دادرس محرز شود چک از بابت امور تجارتی یا از سوی شخص تاجر صادر شده باشد؛[٤]

---

۱. در ماده ۵۲ کنوانسیون ژنو ۱۹۳۱ نیز تصریح شده است که اقامه دعوا خارج از مهلت شش از تاریخ ارائه سند موجب شمول مرور زمان و عدم امکان مطالبه وجه چک از کلیه مسئولان حتی صادرکننده خواهد شد. همین موضوع در ماده ٨٤ کنوانسیون آنسیترال تکرار شده است با این تفاوت که در این کنوانسیون، مهلت مرور زمان چهار سال اعلام شده است.

۲. «منظور از عبارت «کلیه خسارات و هزینه‌های لازم از قبیل هزینه‌های دادرسی» مذکور در تبصره الحاقی به ماده ۲ قانون اصلاح موادی از قانون صدور چک مصوب ۱۳۷٦/۳/۱۰ مجمع تشخیص مصلحت نظام، خسارات تاخیر تأدیه برمبنای نرخ تورم از تاریخ چک تا زمان وصول آن که توسط بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران اعلام شده و هزینه دادرسی و حق‌الوکاله بر اساس تعرفه‌های قانونی است».

۳. اداره حقوقی قوه قضاییه در نظریه شماره ۷/۱٤۰۰/۱۵۲۲ مورخ ۱٤۰۱/۲/۱۰ اعلام داشته است: «... ثانیاً، با توجه به این‌که در فرض سؤال دارنده چک پس از انقضاء مهلت‌های مقرر در مواد ۳۱۸ و ۳۱۹ قانون تجارت مصوب ۱۳۱۱ اقدام به طرح دعوا کرده است، لذا دعوای مذکور از شمول قانون تجارت خارج بوده و دارنده صرفاً می‌تواند به طرفیت شخصی که رابطه حقوقی با وی داشته است، بر اساس مقررات قانون مدنی اقدام کند؛ بنابراین از شمول رأی وحدت رویه شماره ۸۱۲ مورخ ۱٤۰۰/٤/۱ هیأت عمومی دیوان عالی کشور خارج است و خسارت تأخیر تأدیه برابر مقررات عمومی و از جمله ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹ محاسبه می‌شود ...».

٤. در این خصوص می‌توان به دادنامه شماره ۱٤۰۱۰۱۳۹۰۰۰۱۱۱۵٦٦۹ مورخ ۱٤۰۱/۳/۱٦ از شعبه ۲٤ شورای حل اختلاف کرج اشاره کرد. در این دادنامه خواهان پس از دوازده سال از تاریخ اخذ گواهی عدم پرداخت اقدام به مطالبه مبلغ چک‌ها و خسارت تاخیر از تاریخ سررسید را مطرح داشته است و قاضی چنین حکم کرده است: «... در رابطه با مطالبه خسارت تاخیر تادیه چک‌های یاد شده از تاریخ سررسید تا زمان اجرای حکم، با توجه به این‌که حسب اعلام خواهان شغل خوانده بنگاه‌دار ماشین بود و خوانده چک‌های یاد شده را جهت خرید خودرو در زمانی که در نمایشگاه مشغول به کار بوده است، صادر نموده و این امر از سوی خوانده بدون ایراد مانده است و خواهان نیز خوانده را به صورت ضمنی تاجر اعلام کرده؛ بنابراین چک‌های یاد شده مشمول مفاد ماده ۳۱۸ قانون تجارت

بنابراین در صورتی که شخص غیرتاجر چک را صادر کرده یا علت صدور چک عمل تجارتی نبوده، بر اساس نص مقرره یادشده نمی‌توان مرور زمان را اعمال کرد (مقدم، ۱۳۹۸: ۳۸)؛ موضوعی که به نظر می‌رسد در بسیاری از آرا صادر شده مورد بررسی در این مقاله، مغفول مانده است.

۳-٤. انتقال چک به شخص ثالث پس از دریافت گواهی عدم پرداخت

در بسیاری از موارد به ویژه در عرف بازار، چنانچه دارنده چک پس از مراجعه به بانک از عدم موجودی صادرکننده مطلع شود، پس از اخذ گواهی عدم پرداخت، چک را در مقابل اخذ مبلغی که به طور معمول کمتر از مبلغ مندرج در چک است، به شخص دیگر منتقل می‌کند. این انتقال از سوی دارنده در ظهر چک یا بر روی برگه گواهی عدم پرداخت قید می‌شود. حال پرسش این است که اگر دارنده جدید اقدام به طرح دعوا برای مطالبه مبلغ چک و خسارت تاخیر تادیه از تاریخ سررسید نماید، آیا می‌توان صادرکننده را به پرداخت خسارت تاخیر تادیه از تاریخ سررسید محکوم کرد. به بیان دیگر، آیا مفاد رای وحدت رویه ۸۱۲ دیوان عالی کشور در این خصوص مجراست؟

صاحب‌نظران در حقوق تجارت به طور مشخص این سوال را پاسخ نداده‌اند (درویشی هویدا، ۱۳۹٤: ۵۲). با این حال از دید نگارندگان به نظر می‌رسد که پاسخ منفی باشد؛ چرا که تشریفات مربوط به اعتراض در اغلب نظام‌های حقوقی از جمله فرانسه و انگستان، شرط صحت اعتراض تلقی می‌شود (اسکینی، ۱۲۹: ۱٤۰۱) و در صورتی که تشریفات اعتراض رعایت نشود، سند تجاری امتیازات خود را از دست خواهد داد. ماده ۲٤ کنوانسیون یکنواخت ژنو درباره چک مصوب ۱۹۳۱ نیز انتقال چک پس از واخواست را انتقال مدنی اعلام کرده است.[1] در حقوق ایران نیز در مواد ۲۷۰ و ۲۷۱ قانون تجارت که براساس ماده ۳۱٤ این قانون[2] شامل چک نیز می‌شود،

شده و خسارت تاخیر تادیه می‌بایست از سوی واحد اجرای احکام مدنی از تاریخ تقدیم دادخواست محاسبه شود و بنابراین نسبت به خواسته صدور حکم بر محکومیت خوانده به پرداخت خسارت تاخیر تادیه از تاریخ سررسید چک‌ها حکم بر بی‌حقی خواهان صادر می‌شود ...».

1. «An endorsement after protest or after an equivalent declaration or after the expiration of the limit of time for presentment operates only as an ordinary assignment…».

۲. «... لیکن مقررات این قانون از ضمانت صادرکننده و ظهرنویس‌ها و اعتراض و اقامه دعوی ضمان و مفقود شدن راجع به بروات شامل چک نیز خواهد بود».

به منظور دارا شـــدن امتیازات یا عدم تغییر ماهیت ســـند به سود شخص ثالث شرایط خاصی مقرر شـــده است؛ از جمله این‌که «دخالت شخص ثالث و پرداخت وجه باید در اعتراض‌نامه یا در ذیل آن قید شـــود»؛ بنابراین زمانی که تنها انتقال در ظهر چک یا برروی گواهی عدم پرداخت قید می‌شـــود، تشریفات مقرر در قانون تجارت رعایت نشـــده و ماهیت ســـند تجاری به دین مدنی تبدیل شـــده که بی‌شک خسارت تاخیر تادیه نیز نســـبت به آن از تاریخ مطالبه خواهـــد بود. به عبارت دیگر، این موضوع که انتقال‌گیرنـــده به عنوان شـــخص ثالث دخالت می‌نماید باید قید شـــود و در غیر این صورت، شـــرایط شکلی مقرر در قانون تجارت رعایت نشده و این امر موجب تبدیل ســـند تجاری به سند مدنی می‌شـــود. همچنین باتوجه به ماده ۱۱ قانون صدور چک «دارنده چک شـــخصی اســـت که برای اولین بار چک را به بانک ارائه کرده است» و اگر شـــخص چک را به شـــخص دیگری منتقل کند، حق شکایت کیفری از او سلب می‌شـــود، اما انتقال‌گیرنـــده همچنان امکان طرح دعوای حقوقـــی علیه صادرکننده را دارد و با توجه به این‌که دیگر دارنده چک به تعبیر قانون‌گذار نیســـت، تنها می‌تواند بـــه عنوان انتقال‌گیرنده در انتقال طلب اقامه دعوا کند. واضح اســـت که در این دعوا مقررات عام حاکم بوده و او می‌تواند از تاریخ مطالبه مستحق دریافت خسارت تاخیر تادیه شـــود. دیدگاه هیأت عالی نشست‌های قضایی در خصوص پرسشی که در شهر پردیس تهران در تاریخ ۱۳۹۸/۳/۲۶ مطرح شـــده، همین بوده اســـت.[۱] پیش‌تر نیز در رویه قضایی آرا مرتبطی از جمله دادنامه شـــماره ۱۷۷۷ مورخ ۱۳۸٤/۱۲/۱۷ از سوی شعبه ۸ دادگاه تجدیدنظر اســـتان تهران[۲] در این خصوص صادر شده اما همچنان آرا متفاوتی نیز وجود دارد.

---

۱. «... لیکن باتوجه به ماده ۳۱۵ قانون تجارت و رای وحدت رویه شماره ۵۳٦ –۱۳٦۹/۷/۱۰، دارنده چک شخصی اســـت که ظرف مهلت قانونی گواهی‌نامه عدم پرداخت دریافت نموده است؛ بنابراین دارنده‌ای که با ظهرنویســـی چک را دریافت کرده، دارای حقوق دارنده قبلی نمی‌باشـــد و مشـــمول مقررات قانونی است؛ مگر این‌که براساس مواد ۲۷۰ و ۲۷۱ قانون تجارت عمل نموده ...».

۲. «... پس از آن‌که توسط حامل به بانک ارائه و منجر به صدور گواهی عدم پرداخت شد و حتی علیه صادرکننده توسط دارنده شکایت کیفری مطرح شد، انتقال آن با امضای ظهر آن، انتقال موضوع قانون تجارت شـــناخته نمی‌شود و از مزایای اسناد تجاری موضوع آن قانون برخوردار نیست. تنها می‌توان این عمل را متضمن انتقال طلب دانست ...» (به نقل از: درویشی هویدا، ۱۳۹٤: ۵۵).

برآمد

۱- رای وحدت رویه شماره ۸۱۲ هیات عمومی دیوان عالی کشور که به علت اختلاف دو شـــعبه دادگاه تجدید نظر استان تهران در خصوص مبدا محاسبه خسارت تاخیر تادیه چک و با هدف ایجاد وحدت رویه صادر شـــده اســـت، نتوانسته موجب وحدت رویه شـــود و همچنان در فروض مختلف میـــان دادگاه‌ها اختلاف‌نظر وجود دارد. پیشـــینه پژوهش‌های انجام شده در دکترین حقوقی ایران بیانگر اختلاف نظر در موارد متعدد است. وضعیت در اسناد بین‌المللی نیز مشابه دکترین و رویه قضایی بوده و نمی‌توان حکم یکسانی را در این خصوص مشاهده کرد.

۲- به نظر می‌رسد خسارت تاخیر تادیه چک در سه حالت می‌بایست از تاریخ مطالبه (و نه سررسید) محاسبه شود: نخست حالتی است که دارنده چک به‌رغم وجود محل در بانک محال‌علی‌ه اقدام به مراجعه نکرده و حسب استعلام به عمل آمده، وجه چک در حساب موجود بوده است؛ فرض دیگر حالتی است که مفاد مرور زمان مقرر در ماده ۳۱۸ قانون تجارت شـــامل چک موضوع دعوا باشـــد؛ بدین توضیح که چک بابت رابطه تجاری یا از سوی تاجر صادر شده و از تاریخ صدور گواهی عدم پرداخت یا آخرین تعقیب قضایی پنج ســـال سپری شده باشد؛ در حالت سوم نیز دارنده چک مقررات مربوط به تشـــریفات انتقال سند تجاری را رعایت نکرده و برای مثال پس از اخذ گواهی عدم پرداخت، آن را به شخص دیگری واگذار کرده است.

فهرست منابع

* اســـکینی، ربیعـــا (۱٤۰۱)، **حقوق تجارت تطبیقی؛ چک، سفته و برات در حقوق ایران، فرانسه و انگلیس**، چاپ چهارم، تهران: مجد.

* اســـکینی، ربیعا (۱۳۸۹)، **حقوق تجارت (برات، سفته، قبض انبار، اسناد در وجه حامل و چک)**، چاپ چهاردهم، تهران: سمت.

* اســـلامی‌پناه، علـــی (۱۳۹۷)، «**رویه قضایی به منزله منبع حقوق**»، مجله تحقیقات حقوقی، دوره ۲۱، شماره ۸٤.

* اصغری آقمشـــهدی، فخرالدین و محمدزاده، علی (۱۳۹۱)، «**خسارت تأخیر تأدیه چک‌های مطالبه شـــده توســـط اجرائیه ثبت**»، رویه قضایی (نقد رأی)، سال اول، زمستان ۱۳۹۱، شماره ۱.

* تدین، علی‌اصغر (۱٤۰۱)، **دعاوی اسناد تجاری**، چاپ سوم، تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه.

* جعفری‌تبار، حسن (۱٤۰۰). **دیو در شیشه؛ فلسفه رویه قضایی**، چاپ دوم، تهران: نگاه معاصر.

* حسن‌زاده، حیدر و ســـلطانیان، محمدرضا (۱۳۹۳)، «**مواعد مطالبه، واخواست و اقامه دعوا و آثار عدم رعایت آن‌ها در برات، ســـفته و چک با نگاهی تطبیقی به کنوانسیون‌های ژنو**»، مجله تحقیقات حقوقی بین‌المللی، دوره ۸، شماره ۲۷.

* حسنی، حسن (۱۳۹۳)، **حقوق تجارت**، جلد سوم، چاپ دوم، تهران: میزان.

* درویشی هویدا، یوسف (۱۳۹٤)، «**عدالتی متفاوت بر مبنای قانونی نارسا، تفسیرها و آرای متناقض قضایی در خصوص اســـناد تجاری**»، دانش حقوق مدنی، ســـال چهارم پاییز و زمستان، شماره ۲.

* زرکلام، ستار (۱۳۹۱)، «**کلیات روش تفسیر آراء قضایی**»، فصل‌نامه رای؛ مطالعات آرا قضایی، دوره ۱، زمستان ۱۳۹۱ (۱) – شماره پیاپی ۱.

* شاکریان، بهنوش (۱٤۰۰)، «**دادرسی در دعاوی حقوقی مربوط به چک**»، تحقیقات حقوق قضایی، دوره دوم، شماره ٤.

* صقری، محمد (۱۳۸۷)، **حقوق بازرگانی اســـناد**، جلـــد دوم، چاپ دوم، تهران: شرکت سهامی انتشار.

* کاویانی، کورش (۱٤۰۰)، **حقوق اسناد تجاری**، چاپ یازدهم، تهران: میزان.
* عبدی‌پور، ابراهیم (۱٤۰۰). **حقوق تجارت (اسناد تجاری)**، جلد سوم، چاپ سوم، تهران: مجد.
* فتاحی، مهدی (۱۳۹۵)، «**مبدأ محاسبه خسارت تأخیر تأدیه چک**»، قضاوت، دوره ۱٦، شماره ۸۵ – شماره پیاپی ۸۵.
* محســـنی، سعید (۱۳۸۹)، «**جایگاه خسارت تأخیر تأدیه در اسناد تجاری**»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۷٤، شماره ٦۹ – شماره پیاپی ٦۹.
* مقدم، عیسی (۱۳۹۸)، «**پرسش‌هایی در مورد مرور زمان ماده ۳۱۸ قانون تجارت در مورد چک و ســـفته**»، فصلنامه رای؛ مطالعات آرا قضایی، دوره ۸، تابستان ۱۳۹۸ (۲۷) – شماره پیاپی ۲۷.
* مهرپور، حســـین (۱۳۸۸)، **مجموعه نظریات شورای نگهبان: نظریات تفسیری و شرعی دوره اول از تیرماه ۱۳۵۹ تا تیرماه ۱۳٦۵**، تهران: دادگستر.
* میری، حمید (۱٤۰۱)، «**اعتبار انتقال سند تجاری پس از سررسید یا واخواست**»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸٦، شماره ۱۱۷.

مجله حقوقی دادگستری

مقاله پژوهشی/ دوره ۸۸/ شماره ۱۲۵/ صفحات: ۲۴۹-۲۲۳
تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۲/۳۰ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۳/۰۹

انعطاف‌پذیری در قراردادها

حبیب طالب احمدی[۱]

چکیده

قراردادها را می‌توان به دو شیوه سخت یا انعطاف‌پذیر تنظیم کرد؛ گونه نخست تنها با بها دادن به روابط حقوقی، تلاش دارد همه حقوق و تعهدات دو طرف را پیش‌بینی کند. ایراد این گروه از قراردادها آن است که نمی‌توانند با تغییرات احتمالی شرایط در آینده سازگار شوند و گاه موجب فرصت‌سوزی می‌شود، اما قراردادهای انعطاف‌پذیر که به ویژه در روابط بلندمدت بازرگانی مورد استفاده قرار می‌گیرد، با برقراری تعادل میان روابط مبادله‌ای، شخصی و حقوقی، قابلیت انطباق با تغییرات احتمالی شرایط را در آینده دارد. انعطاف‌پذیری مهارتی است که می‌توان در صورت تغییر اوضاع و احوال از آن بهره برد. بررسی‌ها حکایت از آن دارد که قراردادهای باثبات در گذشته و قراردادهای انعطاف‌پذیر، با توجه به سیر شتابان تحولات، امروزه پرطرفدار هستند.

این پژوهش با روش توصیفی تحلیلی تلاش دارد ضمن معرفی قراردادهای انعطاف‌پذیر و مزایای آن، برخی از راه‌های انعطاف‌پذیر ساختن قراردادها را با حفظ ثبات آن‌ها، ذیل دو عنوان همکاری و تصویرسازی تبیین کند.

واژگان کلیدی: قرارداد انعطاف‌پذیر، قرارداد سخت، ثبات قرارداد، روابط قراردادی، همکاری، تصویرسازی.

---

۱. استادیار گروه حقوق خصوصی دانشگاه شیراز(نویسنده مسئول).
talebahmadi@shirazu.ac.ir

درآمد

قراردادهـــا را می‌توان به دو گونـــه انعطاف‌پذیر یا با ثبات تنظیم کرد. در مورد به‌کارگیری هریک از این دو شـــیوه، دیدگاه‌ها گوناگون است؛ برخی انعطاف‌پذیری و ثبات قراردادها را در برابر هم می‌بینند. از دید ایشـــان، انعطاف پذیری قراردادها، به خلاف ثبات آن‌ها، موجب سردرگمی، ناکارآمدی، اختلال در روابط و سرانجام منجر به اختلاف و طرح دعوی می‌شـــود. در چنین وضعیتی، هزینه‌ها بیش از ســـود مورد انتظار خواهد شد. گروه دیگر با نگرشی مثبت، انعطاف‌پذیری را منبع ثبات قراردادها می‌دانند که با درک نیازها، قابلیت‌ها، فرصت‌ها و اعتمادسازی، موجب افزایش روابط بازرگانی می‌شود.

از دیـــدگاه حقوقی، پذیرش انعطاف‌پذیـــری در قراردادها با تردیدهای جدی مواجه است؛ زیرا تهدیدی برای فرضیات اساسی در مورد علت تشکیل قراردادها و نیز مستلزم انکار نقش قانون در حفظ اهداف قراردادی می‌باشد، اما از نگاه تجارت‌محور، به ویژه در قراردادهای بلندمدت، رمز موفقیت قراردادها، انعطاف‌پذیری آن‌هاســـت؛ زیرا در روابط بازرگانی پیشـــرفته، قراردادهایی که نتواننـــد با تغییرات اجتناب‌ناپذیر آینده سازگار شوند، کارایی مورد انتظار را ندارند.

یافتن نقاط مشـــترک و جمع میان دو دیدگاه دشوار است. در قراردادهایی که با رویکرد نخست تنظیم می‌شـــود، اسناد حاوی تمام حقوق و تعهدات و جبران‌های احتمالی و کنترلی بوده و مجالی برای گفت‌وگوهای آینده باقی نمی‌ماند، اما رویه‌های قانونی و رســـمی در مناســـبات قراردادی خوشـــایند بازرگانان نبوده و ایشان ترجیح می‌دهنـــد در مورد توافقاتی گفت‌وگو کنند که زمینه را برای تعاملات بیشـــتر و دوام روابط فراهم سازد. هرچند ایشـــان برای تنظیم قراردادها با رویکرد حقوقی و باثبات هزینه می‌کنند، ولـــی در عمل به آن‌ها بی‌اعتنا بوده و تنها به عنوان آخرین راه حل به متن قراردادها بازمی‌گردند. تجربه نشانگر آن است که این رویه بازرگانی یعنی اجرای قراردادها بدون توجه به جزئیات حقوقی، از دید اقتصادی نیز کارآمدتر است.

چالش با ثباتی یا انعطاف‌پذیری قراردادها سال‌هاســـت که نه به صراحت، ولی ادامـــه دارد. هر دو دیدگاه قابل درکند و پذیرش هر یک از آن‌ها مســـتلزم رد دیگری نیســـت. اگر از انعطاف‌پذیری در قراردادها درســـت اســـتفاده نشود، موجب افزایش

هزینه‌ها و گاه نرسیدن به اهداف قرارداد می‌شود، اما بهره‌گیری صحیح از آن، نه تنها ایرادهای یادشده را ندارد، بلکه روابط بازرگانی را بهبود می‌بخشد؛ بنابراین باید راه‌های انعطاف‌پذیری مناسب را شناخت تا موجب اختلال در روابط قراردادی نشود یا نیاز به گفت‌وگوهای دوباره در قراردادها نباشد. به این منظور نباید انعطاف‌پذیری به محتوای قراردادها منحصر شود، بلکه باید به کلیه روابط اشخاص درگیر معاملات بازرگانی اعم از روابط قراردادی گسترش یابد.

این پژوهش با روش توصیفی تحلیلی پس از تبیین مواضع گوناگون در خصوص روش تنظیم قراردادها، در صدد بیان راه‌کارهایی است که به کارگیری آن‌ها موجب انعطاف‌پذیری مناسب همراه با ثبات ضروری قراردادها می‌شود. این دو ویژگی با یکدیگر در قراردادها، گسترش سطح روابط دو طرف را نه تنها در هنگام انعقاد، بلکه در زمان اجرای تعهدات قراردادی تضمین می‌کنند. انعطاف‌پذیری در زمان انشای قراردادها اگر به درستی صورت گیرد، آن‌ها را متعادل کرده و ماهیت، اهداف، شرایط و مفروضات قراردادها را شفاف می‌نماید؛ بنابراین تنظیم قراردادهای انعطاف‌پذیر، برخلاف دیدگاه مخالفان، نه تنها مشکل‌ساز نیست، بلکه سبب رونق روابط بازرگانی می‌شود و دستیابی به این مهم، جز با تحلیل های علمی و توجه به تجربیات بازرگانان ممکن نیست.

در این نوشتار، ابتدا به دیدگاه موافقان و مخالفان تنظیم قراردادهای انعطاف‌پذیر در برابر قراردادهای با ثبات پرداخته و دیدگاه‌های هر دو طرف مورد سنجش قرار می‌گیرد. با پذیرش انعطاف‌پذیری، گستره به‌کارگیری این شیوه در تنظیم اقسام قراردادها از جمله فروش کالا، ارائه خدمات، مشارکت، سرمایه‌گذاری و رابطه‌ای تبیین می‌شود. پس از توجیه لزوم تنظیم قراردادها به شیوه انعطاف‌پذیر با حفظ ثبات آن‌ها، دو راه‌کار همکاری و تصویرسازی به این منظور معرفی می‌شود. بخش پایانی تحقیق پیش از نتیجه‌گیری، اختصاص به شرط تعدیل قراردادی در حقوق ایران دارد که گاه در هنگام بستن قراردادها به کار گرفته می‌شود و تا حدودی به انعطاف‌پذیری قراردادها می‌انجامد.

۱. تضارب آرا در انعطاف‌پذیری قراردادها

نظر به کندی تغییر شرایط در گذشته، ضرورت تنظیم قراردادهای انعطاف‌پذیر که بتوانند به شـــتاب تغییرات سازگار باشند احساس نمی‌شد؛ بنابراین به هنگام تنظیم قـــرارداد با قطعیت کلیه حقوق و تعهدات دو طرف را در قرارداد پیش‌بینی می‌کردند، اما امروزه ســـیر شـــتابان تحولات، این شیوه را به چالش کشیده و حکایت از آن دارد که قراردادهای ســـخت و باثبات ظرفیت ســـازگاری با تغییرات پیش رو را نداشته و ناکارآمدند. اکنون در مورد شیوه تنظیم قراردادها با دو دیدگاه مواجه هستیم؛ نخست، دیدگاه ســـنتی که همچنان بر تنظیم قراردادهای ســـخت و باثبات اصرار دارد و دوم، دیدگاه نوینی که تنظیم قراردادها را به شـــیوه نرم و انعطاف‌پذیر، ضرورت این دوران می‌داند.

در بیان دلایل موافق با دیدگاه نخست می‌توان گفت:

نخســـت، بدون ثبات قراردادها، روابـــط دو طرف پرمخاطره و با عدم قطعیت مواجه می‌شـــود. اگر بنا باشد کسب و کار همراه با شـــرایط تغییر کند، بستن قرارداد ســـودی ندارد. مورد نظر قـــرار دادن هر موضوعی که ممکن اســـت در طول حیات قرارداد حادث شـــود از پیش، غیرممکن است و از این رو باید قراردادها را به تدریج با رخ‌دادها سازگار کرد یا با توافق صریح اضافی تکمیل نمود (کوتس، ۱۳۸۵: ۲۰).

دوم، قراردادهایی که در کسب و کارها بسته می‌شوند برای تعیین قطعی چشم انداز آینده نیســـتند. افزون بر این که هر چشم‌انداز قابل تصوری ممکن است ناقص یا اشتباه باشد.

سوم، به دلیل روشن و شـــفاف نبودن قراردادهای انعطاف‌پذیر، تعیین سود و زیان در هنگام انعقاد آن‌ها ممکن نیست. وقتی تعهدات قراردادی واضح نباشند برای اجـــرای آن‌ها نمی‌توان برنامه‌ریزی کرد. تعیین عوض اعم از اجرت کار یا قیمت کالا مقدور نیست و مسؤولیت‌های دو طرف مبهم باقی می‌ماند.

چهارم، انعطاف‌پذیری در قراردادها دردسرســـاز اســـت؛ زیرا دو طرف تمایل دارند پس از بســـتن قرارداد، دیگر بار به آن بازنگردند. قرارداد باید به گونه‌ای تنظیم شود که تنها در صورت طرح شکایت مورد استناد قرار گیرد. محتوای گفت‌وگوها در مورد قراردادهای بســـته شـــده به ویژه در هنگام اجرای آن، چیزی جز گله و شکایت

نیســـت و گوش دادن به آن‌ها ســـودی ندارد. اگر به چنین گفت‌وگوهایی بها دهیم، منجر به چانه‌زنی‌های دوباره می‌شـــود؛ بنابر این باید قراردادها به شـــکلی تنظیم شده باشند که پس از امضا، اطمینان حاصل شود که شکایات بعدی به سرانجام نمی‌رسند. حقوق قراردادی باید محترم شـــمرده شود و در برابر ادعاهای رفع مسؤولیت ذی‌حق باید از حمایت‌های قانونی برخوردار باشد. این نتایج جز با بستن قراردادهای با ثبات به دست نمی‌آید.

پنجم، قرارداد باید لازم‌الإجرا و قابل تعقیب باشد. دعـاوی رایج در این زمیـنه عبارت است از: الزام به اجرای مفـــاد قـــرارداد یا مطالبه غـرامت جهت ترمیم زیان ناشـــی از عدم یا تأخیر اجرای آن (کوتـــس، ۱۳۸۵: ٤). متن قـــراردادها به وسیله کارشـــناسان حقـوقی برای محـــافظت از دو طـرف در برابر مخـــاطرات یا بروز اخـــتلاف احتمالی طراحی شـــده و در بدترین حالت، الزامات قراردادی به موجب حـکم دادگاه اجرا خواهد شد (Nystén, 2010: 462). انعطاف پذیری قراردادها این رونـــد را مختل می‌کند؛ زیرا حقوق و تعهدات قراردادی دو طرف به دقـــت حقوقی مشخص نیست.

به خلاف دیدگـــاه یـادشـــده، در لزوم تنظیم قراردادهای انعطاف‌پذیر باید گفت:

نخســـت، اگر نتوانیم خود را با تغییر شـــرایط تطبیق دهیم فرصت‌ها از دست می‌روند. روابط بازرگانی باید اعتمادی و قابل گسترش باشند. برای تأمین سود بازرگانی و اســـتفاده از فرصت‌هایی که با تغییر شرایط در دسترس قرار می‌گیرند بهترین گزینه، بســـتن قراردادهای انعطاف‌پذیر است. ایرادها یا نواقص انعطاف‌پذیری مانند بی‌ثباتی، سردرگمی، افزایش هزینه‌ها و مشکلات کنترل کیفیت ناشی از انعطاف‌پذیری نادرست قراردادهاســـت. اگر قرارداد به شیوه صحیح منعطف باشد چنین ایرادهایی را نخواهد داشت.

دوم، هرچند شـــفاف بـــودن قراردادها از ویژگی‌های مثبت آن‌هاســـت، ولی شـــفافیت بیش از اندازه در صورت بروز اختلاف، مجالی برای گفت‌وگو و یافتن راه حل مســـالمت‌آمیز باقی نمی‌گذارد؛ در حالی که بازرگانان تا حد امکان از توســـل به راه حل‌های حقوقی گریزانند. البتـــه وضوح قراردادها را نباید به دلیل انعطاف‌پذیری

کنار گذاشت و به پیروی از اصل حسن‌نیت، گفت‌وگوهای مقدماتی و متن قراردادها باید روشن و قابل فهم باشند (طالب‌احمدی، ۱۳۹۲: ۱۷٤). تردیدی نیست که حقوق و تعهـــدات دو طرف نباید در زبان قراردادی مبهم باقـــی بماند؛ بنابراین قراردادهای انعطاف‌پذیر با حفظ تعادل در جهت مثبت منعطفند.

سوم، امروزه محیط کسب و کار به سرعت تغییر می‌کند. عدم قطعیت و شرایط غیرمنتظره بـــه ویژه در روابط بازرگانی بلندمدت بین‌المللـــی، رایج و چالش برانگیز اســـت (Zhang, 2013: 55). قرارداد باید در برابر چالش‌های پیشِ رو مقاوم باشد و امکان اســـتفاده از فرصت‌ها را فراهم سازد. قرارداد خوب موجب رشد تولید و ارائه بهینه خدمات می‌شـــود. اگر قرارداد به درستی تنظیم شـــود، تداوم ارتباط با طرف‌ها و افزایش ســـطح اطلاعات مورد نیاز را فراهم کرده و زمینـــه‌ساز نوآوری می‌شـــود. همچنین بازخورد یک قرارداد انعطاف‌پذیر باثبـات در پیش‌بینی‌های واقعی و صادقانه دیده می‌شود. امروزه تلاش می‌شود با انعـــطاف‌پذیر ســـاختن قراردادها تأثیر منفی تغییرات آینده بر آن‌ها به حداقل برسد؛ لذا درخواست‌های فزاینده برای انعطاف‌پذیر نمودن قراردادها را در صنایع نوینی مانند صنعت نرم افزاری به روشـــنی می‌توان دید (Beck, 2001: 1-12).

چهارم، در قراردادهای بازرگانی به ویژه بین‌المللی، ممکن است دو طرف دور از هم باشـــند. در چنین فرضی قوانین حاکم بر تمام قراردادها یکسان نخواهند بود و در صورت بروز اختلاف، معلوم نیست از منافع کدام طرف حمایت می‌شود؛ افزون بر این که دو طرف از قوانین خارجی آگاه نیستند و حتی اگر حکمی به سود ایشان صادر شـــود، شناسایی و اجرای آن در کشور دیگر، شـــرایط ویژه دارد (بذرپاچ و دیگران، ۱۳۹۸:٤۳). واگـــذاری همه امور به راه حل‌های قانونی، انتظارات را برآورده نمی‌کند؛ پس ضرورت دارد به جای امید بســـتن به حل و فصل اختلافات در مراجع رسیدگی با اســـتنادات قانونی، در هنگام تنظیم قراردادها، شیوه صحیح انتخاب شود. دو طرف می‌توانند با یک قرارداد خوب، حتی بر مقرره‌های قانونی فائق آیند و با استناد به اصل حاکمیـــت اراده‌ها، روابط خود را آنچنان که می‌خواهنـــد تنظیم کنند. روند صحیح و منطقی یک فعالیت اقتصادی، به ویژه در سطح بین‌المللی، وابسته به قدرت پیش‌بینی و برنامه‌ریزی است که به دست نمی‌آید، مگر آن که دو طرف بتوانند حقوق و تعهدات

ناشی از قراردادها را اطمینان بخش پیش‌بینی کنند (شیروی، ۱۳۸۹: ۱٤۹).

پنجم، قراردادهای بازرگانی به هم مرتبط‌اند؛ بنابراین انجام فعالیت‌های بازرگانی به ویژه در سطح بین‌المللی، نیازمند ایجاد شبکه‌های مبادلاتی است تا به واسطه آن‌ها بتوان قراردادها را با شرایط و فرصت‌های پیش آمده سازگار کرد. این شرایط و فرصت‌ها ممکن است در میانه اجرای قراردادها پدیدار شود. به منظور استفاده از آن‌ها نباید در هنگام بستن قراردادها تنها به سود کوتاه‌مدت بسنده کرد، بلکه با تغییر شرایط نیز باید امکان دستیابی به سود فراهم باشد. باید با شرایط جدید سازگار شد و این مهم جز با همکاری شرکای قراردادی ممکن نیست. انعطاف‌پذیری قراردادها نه تنها چنین امکانی را فراهم می‌کند، بلکه زندگی در دنیای واقعی، جز با انعطاف‌پذیری قراردادها ممکن نیست.

۲. سنجش دیدگاه‌ها در انعطاف‌پذیری قراردادها

آیا بنا بر توضیحات یادشده باید ثبات قراردادها را کنار گذاشت یا قراردادها را غیرقابل انعطاف تنظیم کرد؟ نظر به منطقی بودن هر دو دیدگاه، آیا راه حل میانه‌ای وجود ندارد که آن دو را همراه کند؟ برای یافتن پاسخ باید دید طرفداران ثبات قراردادها واقعاً با انعطاف‌پذیری قراردادها مخالف‌اند یا اگر ایرادهای آن برطرف شود، انعطاف‌پذیری در قراردادها را می‌پذیرند.

به حکم قاعده[1] اگر جمع کردن دیدگاه‌ها میسر باشد، بهتر از کنار گذاشتن برخی از آن‌هاست (کرمی، ۱۳۹۷: ۱۷۸). به نظر می‌رسد لازمه پذیرش هریک از دو نگاه یادشده، مستلزم نفی دیگری نیست و با یکدیگر قابل جمع‌اند. انعطاف‌پذیری قراردادها از نظر حقوقی، اقتصادی و حتی روان‌شناختی قابل دفاع است، ولی ثبات قراردادها نیز در حقوق قراردادها ریشه‌دار بوده و به سادگی تغییر نمی‌کند. در تنظیم قراردادها باید هر دو را شناخت و از ظرفیت آن‌ها سود برد. باید به دنبال راهی بود که بدون ایراد و ایجاد اختلال‌های پرهزینه، متضمن انعطاف‌پذیری مثبت قراردادها باشد. با انعطاف‌پذیری قراردادها روابط طرفین شفاف، قابل فهم، مشارکتی و همراه با درک بالا از نیازها، قابلیت‌ها، فرصت‌ها و اعتمادی خواهد بود. بر اساس مطالعات میدانی نیز بیشتر فعالان حوزه بازرگانی، طرفدار روابط انعطاف‌پذیرند و آن را بر روابط

---

۱. الجمع مهما امکن اولی من الطرح.

خشـــک و ســـخت ثابت ترجیح می‌دهند (Zhang, 2013:55 & Macaulay, 2004: 790). در نظرسنجی میان اعضای انجمن بین‌المللی قرارداد و مدیریت بازرگانی[1] نود درصد اعضا، انعطاف‌پذیری قراردادها را مهم دانســـتند و بر داشـــتن روابط اعتمادی تأکید کردند. به نظر ایشـــان تا هنگامی که شـــیوه ســـنتی کنار گذاشته نشود و بدون پذیرش انعطاف‌پذیری قراردادها پیشرفتی حاصل نمی‌شود (IACCM Poll, 2011). چنین داده‌هایی حکایت از آن دارد که انعطاف‌پذیری در برابر انعطاف‌ناپذیری، مسئله اساسی نیســـت، بلکه موضوع اصلی، انشای قراردادهایی است که بتوانند برای کسب وکارها بهترین روابط را ایجاد و زمینه نوآوری را فراهم سازد.

کســـانی که قراردادها را تنظیم می‌کنند باید متوجه باشـــند که برخی از منابع انعطاف‌پذیری بـــا اهداف اقتصادی قراردادها ناســـازگار و نامطلوبند. وجود ابهام در قراردادها به طوری که حقوق و تعهدات طرفین قابل درک نباشـــد، منجر به اختلال و اختلافاتی می‌شـــود که طرفداران ثبات قراردادها از بیم آن با انعطاف‌پذیری قراردادها مخالفت می‌کنند. باید تلاش کرد که انعطاف‌پذیری نه تنها ایرادهای یادشده را نداشته باشـــد، بلکه اهداف اقتصادی دو طرف را بهبود بخشـــد. حقوق و تعهدات طرفین در قراردادها باید معلوم باشند. هرگونه ابهام در آن‌ها مشکلات قابل پیش‌بینی را در هنگام اجرا به وجود آورده و روابط اعتمادی مخدوش می‌شـــود. در صورت بروز اختلاف، گفت‌وگوها برای حل آن‌ها دشـــوار خواهد بود؛ زیرا دو طرف به دلیل ابهام قرارداد از حقوق و تعهدات خود به درستی آگاه نیستند.

۳. گستره انعطاف‌پذیری در قراردادها

انعطاف‌پذیـــری قراردادها راهی اســـت برای تفاهم بیشـــتر و ارتقای روابط با کســـانی که طرف کســـب و کار یکدیگرند. اهداف قراردادها را نبایـــد تنها به تأمین حقوق و تعهدات مندرج در متـــن آن‌ها منحصر کرد. این رویکرد منفی، ظرفیت‌های انعطاف‌پذیـــری مثبت قراردادها را از میان می‌برد. در هنـــگام تنظیم قراردادها باید به چشـــم‌اندازهای مثبت و درک صحیح از انعطاف‌پذیری توجه داشـــت. روابط طرفین منحصر در متن قرارداد نیســـت. احتمال دارد قراردادهای دیگری به دنبال آن بســـته شوند. برای مثال، فروش برخی کالاها یا ارائه خدمات، مستلزم انجام معاملات دیگری

1. The International Association for Contract and Commercial Management (IACCM)

اســـت. حتی در تک فروشـــی کالا، طرفین باید در مواردی مانند تحویل، نصب، راه انـــدازی و نگهداری با یکدیگر همکاری و گاه قراردادهای دیگری ببندند؛ به ویژه در روابط بلندمدت باید احتمال بستن قراردادهای دیگر را در نظر داشت؛ بنابر این طرفین علاوه بر همکاری، باید اعتماد یکدیگر را جلب کرده و نزد هم اعتبار داشـــته باشـــند (زارع‌مهرجردی و دیگران، ۱۳۹۸: ۷۷).

در قراردادهای ارائه خدمات که امروزه بیشـــترین حجم فعالیت‌های اقتصادی را تشـــکیل می‌دهد، همکاری‌ها اهمیت بیشتری پیدا می‌کند. متن قراردادها به تنهایی نمی‌تواند تمام زمینه‌های همکاری را به روشـــنی منعکس نمایند. در چنین وضعیتی، اثبات نقض قراردادها نســـبت به عدم اجرای انتظـــارات معقول هر طرف نزد محاکم ساده نیست. در بســـیاری از قراردادهای ارائه خدمات و فروش بلندمدت، طرفین از یکدیگر انتظار دارند تا پیش از انقضای مدت قرارداد، شـــرایط آن را اصلاح کنند، اما نظـــر به این که پیش‌بینی دقیق اجرای تعهدات همـــواره در متن قراردادها امکان‌پذیر نیســـت، راه حل‌های غیرمســـتقیم مانند خروج و پایان دادن به قراردادها را به منظور کارآمد کردن آن‌ها در نظر می‌گیرند.

همانند قراردادهای خدماتی، مشارکت‌ها نیز با درک بهتر، همکاری و سازگاری دو طرف، شـــکوفا و بهره‌ور می‌شـــوند. در چنین قراردادهایـــی، انعطاف‌پذیری نباید موجـــب هزینه‌های غیرضرور، ناامیدی، رنجـــش و فرصت‌طلبی‌های احتمالی طرفین از ابهامات یا خلاءها شـــود؛ بنابـــر این باید عواملی را که می‌توانـــد زمینه آثار منفی انعطاف‌پذیری را فراهم کند به خوبی شناخت و با آن‌ها برخورد مناسب کرد.

در سرمایه‌گذاری‌های مشـــترک و سایر مشارکت‌ها، همکاری دو طرف هدف اصلی قرارداد به شـــمار می‌آید. در چنیـــن قراردادهایی دو طرف نه در برابر هم بلکه در کنار هم برای به دســـت آوردن سود مشترک قرار می‌گیرند (کاتوزیان، ۱۳۶۳: ٦). نظـــر به این که تمام زمینه‌های همکاری را نمی‌توان در خود قراردادها پیش‌بینی کرد؛ لذا ســـند آن‌ها حتی نســـبت به قراردادهای فروش و ارائه خدمات بلندمدت، اهمیت کمتری دارد. در متن قراردادهای یادشده، تنها می‌توان به بیان برخی حقوق و تعهدات طرفین مانند میزان سرمایه یا پرسنل مورد نیاز پرداخت، اما حقوق و تعهدات اصلی را نمی‌توان در قراردادهای مبتنی بر همکاری‌های مشترک تعریف کرد و ناگزیر عبارات

مبهمی نظیر انجام بهترین تلاش[1] به کار گرفته می‌شود. به موجب شرط یادشده، متعهد بایـــد تمـــام توان خود را در اجرای تعهدات خود به کار گیرد و تنها در اندیشـــه رفع تکلیف نباشـــد (آل‌سعدی و دیگران، ۱۴۰۰: ۲۳). البته این سخنان به مفهوم بی‌اهمیت جلوه دادن متن قراردادها نیست.

بیشتر قراردادهای مشارکتی، درازمدت است و گاه سال ها به طول می‌انجامد؛ از این رو طرفین نمی‌توانند در هنگام بســـتن چنین قراردادهایی تمام شرایط از جمله میزان سرمایه‌گذاری‌های خود را معین کنند، بلکه نیازمند قراردادی انعطاف‌پذیرند تا با تغییر شـــرایط بتوانند حجم سرمایه‌گذاری‌های خود را کم و زیاد کنند؛ زیرا اگر قلمرو ســـرمایه‌گذاری از ابتدا گسترده تعریف شود ممکن است با تغییر شرایط نیازی به این میزان ســـرمایه نباشد یا به ســـود دیگری تمام شود و اگر محدود تعریف شود ممکن اســـت به اقتضای وضعیت جدید بازار نیاز به سرمایه بیشتر باشد یا تلاش‌های شریک در به دســـت آوردن سود بیشتر نادیده شمرده شود. از طرفی ابهام در قرارداد، هرچند می‌تواند آن را انعطاف‌پذیر کند، اما موجب عدم قطعیت نسبت به فرصت‌هایی می‌شود که با سرمایه‌گذاری به وجود می‌آیند.

بیشتر مشارکت‌ها در ابتدا با سرمایه‌گذاری‌های اندک آغاز می‌شوند. اگر کسب و کار رونق گیرد، شـــرکا بر آن می‌افزایند و در صورت زیان‌باری، از میزان ســـرمایه کاسته یا به قرارداد پایان می‌دهند؛ بنابراین قراردادهای سرمایه‌گذاری را باید به گونه‌ای طراحی کرد که با شـــرایط گوناگون پیش رو بتواند سازگار شود یا حداقل در مواقعی که نیاز به انجام اصلاحات باشـــد، مانعی پیش‌رو نباشد تا بتوان قراردادها را با شرایط روز سازگار کرد.

انعطاف‌پذیـــری قراردادها بـــه فـــروش کالا، ارائه خدمات یا مشـــارکت ها محدود نیســـت و در هر قـــراردادی می‌توان از مزایای آن بهره بـــرد. برای مثال، متن قراردادهای شرکت‌های دانش‌بنیان، کوتاه‌تر و با زبان کلی‌تر از دیگر نمونه قراردادهای سرمایه‌گذاری نوشته می‌شوند. در این گونه قراردادها ضرورت ندارد برای هر فرض محتملی، طرحی در قرارداد پیش‌بینی شـــود، بلکه فرض بر آن اســـت که در صورت تغییر شـــرایط، طرفین به اندازه کافی از خود انعطاف نشان داده و با یکدیگر همکاری

1. Best efforts

خواهند کرد. چنیـــن معاملاتی دارای ویژگی اعتماد بالا[1] یا رابطه‌ای[2] هســـتند که در انعطاف‌پذیر نمودن قرارداد مؤثرند (Zhang, 2013: 55-97).

قراردادهای رابطه‌ای مســـتلزم سطح بالایی از همکاری بوده و برای دستیابی به اهداف مشـــترک، انتظارات متقابلی از اطمینان و اعتماد طرفینی را به وجود می‌آورند. در این گونه قراردادها، برخلاف قراردادهای سنتی و به جای آن که هنـــگام تشکیل قرارداد، یک بار برای همیشه مفاد آن قطعی شود، گویی حقـــوق و تعـهدات طرفین سیال و وابسته به رابطه موجود هستند و با اوضاع و احوال متـغیر، انطباق پیدا می‌کنند (Gounari, 2021: 177-193). بـــا چنیـــن نگاهی، قراردادها فرایندی پویا شـــمرده می‌شـــوند که بازگشت به گذشته آن‌ها، یعنی هنگام بســـتن، خیالی واهی است و در صورت اختلاف با ملاحظه نقشـــه راهی که بر مبنای آن تشکیل شده‌اند، انتظاراتی که به واســـطه رفتار هرطرف برای دیگری ایجاد شده، رویه بازرگانی مناسب و الزامات انصاف و همبســـتگی تصمیم مناســـب گرفته می‌شـــود (کوتس، ۱۳۸۵: ۲۱). علمای جامعه‌شناســـی حقوق و تجارت، ویژگی‌های یادشـــده را به گروهی از بازرگانان که روابط درازمدت با یکدیگر دارند نســـبت داده و ایـــن رویکرد واقع‌گرایانه را حقوق تسهیل‌کننده[3] می‌نامند (Barton & others, 2015: 8-28).

برای این که حقوق تسهیل‌کننده باشد طراحان قراردادها نباید خود را تنها یک کارشناس یا مشـــاور حقوقی بدانند، بلکه باید نقش یک مهندس حقوق[4] را ایفا کنند. تفاوت این دو در آن است که پیشنهادات گروه نخست تنها بر اساس یافته‌های حقوقی ارائه می‌شود، ولی مهندس حقوق به دنبال راهی است که کمک می‌کند کار به بهترین شـــکل ممکن انجام شود. به عبارت دیگر، او به جای پیدا کردن راه حل حقوقی برای موضوعات فنی و تخصصی، توجیه حقوقی می‌یابد. لذا کســـانی که در عرصه حقوق تســـهیل‌کننده فعالیت دارند با حقوق‌دان‌هایی که تنها تجربه محیط‌های علمی را دارند و حتی وکلای دادگستری متفاوتند (Barton & others, 2015: 8-28).

جالب‌ترین مســـائل حقوقی هنگامی مطرح می‌شـــوند که با یـــک فناوری یا

1. High-trust
2. Relational
3. Facilitative law
4. Legal engineer

موضوع نوین مواجه شـــویم و هیچ نمونه قراردادی در آن زمینه برای پیروی موجود نباشـــد تا تنها با تغییر اسامی و نشانی‌ها یا پر کردن جاهای خالی آماده شود. در چنین موقعیت‌هایی نیاز به خلاقیت و نوآوری حقوقی احساس می‌شود. باید برای کسب و کارهای نوین، قالب‌های قراردادی به روز ســـاخت. این قالب‌ها علاوه بر این که باید از دارایی‌ها حمایت کنند باید پاســـخ‌گوی نیازهـــای بازرگانی بوده و از حمایت‌های قانونی برخوردار باشـــند. قراردادهای نمونه باید به شـــکلی تهیه شوند که هربار نیاز به مراجعات حقوقی نباشـــد و دو طرف به سادگی در موارد مشابه نیز بتوانند از آن‌ها استفاده کنند (شیروی، ۱۳۸۹: ۱۵۲).

با این توصیف باید در ســـاختار قراردادها بر لزوم انعطاف‌پذیری مثبت تأکید کرد. ساختار صحیح قراردادهای انعطاف‌پذیر، موجب درک کامل مفاد و اهداف آن‌ها شـــده و بازخورد مناســـب طرفین را به دنبال دارد. در طراحی قراردادها باید به درک متقابل و روابط سازنده توجه کرد. انعطاف‌پذیری مثبت به دور از انعطاف‌پذیری منفی قراردادها موجب ارتقای این ویژگی‌ها می‌شود.

نه تنها انعطاف‌پذیری قراردادها موضوعی تخیلی نیســـت، بلکه لازمه زندگی واقعی بوده و برای برخورد مناســـب با تغییرات و شـــرایط نوین کســـب و کار مورد نیاز اســـت (Zhang, 2013: 55-97). در دیدگاه نوین به روشنی می‌توان ارتباط میان چهارچوب‌های حقوقی و شـــیوه های کسب و کار را دید. چهارچوب‌های حقوقی با تأثیر بر تسهیل روابط، هدایت و همکاری‌های بازرگانی داوری می‌شوند. امروزه دیگر این چهارچوب‌ها به عنوان اظهارات رســـمی یا یادآوری تصمیمات گذشـــته ارزش ندارند.

٤. شیوه انعطاف‌پذیر ساختن قراردادها

دو عامل برای انعطاف‌پذیر ســـاختن قراردادها مهم اســـت: نخســـتین عامل، همـــکاری در تعاملات قراردادی[1] اســـت که موجب ارتقای ســـطح روابط و اعتماد طرفینی در بستن قراردادها می‌شود و دیگری، تصویرسازی[2] است که سبب شفافیت، درک عمیق، کارآیی بیشتر قراردادها و تفاهم میان طرفین می‌گردد (Barton & oth-

1. Collaborative contracting
2. Visualization

ers, 2015: 8-28). این هـــر دو برای انعطاف‌پذیری مثبت قراردادها ضرورت دارند. پیش‌شرط روابط خوب و سازنده، داشتن درک کاملی از اهداف و ویژگی‌های تعهدات و مســؤولیت‌هایی است که با همکاری و تصویرسازی قراردادها به دست می‌آید؛ لذا کسانی که می‌خواهند وارد رابطه قراردادی شوند باید آن‌ها را در فرایند تشکیل قرارداد در نظر بگیرند.

۱-٤. همکاری

نظریه حداکثر حســن نیت[1] در حقوق قراردادهای ما پذیرفته نشــده اســت (محمــدی و جواهــرکلام، ١٤٠١: ٢٧٨)، اما اقتضای اصل حســن‌نیت، همکاری در معاملات بوده (قاســمی حامــد، ١٣٨٦: ٩٩) و به منظور تأکیــد بر همکاری میان دو طرف در مراحل گوناگون، اعم از برنامه‌ریزی، گفت‌وگوهای مقدماتی، انشا و اجرای قراردادها، بازنگری در دیدگاه پیشــینیان ضرورت دارد. در گذشته قراردادها را تنها به عنوان ســند مبادله و مستقل از سایر روابط می‌شــمردند، ولی امروزه اعتقاد بر آن اســت که قرارداد از سه رابطه مبادله‌ای، شــخصی و حقوقی جدا نیست. بر این پایه، دو وضعیت به شــرح زیر قابل ملاحظه است؛ در وضع پیشــین که بیشتر در جوامع اولیه دیده می‌شد، سه رابطه یادشده در یکدیگر ادغام می‌شدند؛ زیرا روابط اقتصادی، پیچیدگی‌های امروزی را نداشــتند. مردم آنچه را می‌خواســتند از طریق مبادله کالا و خدمات تأمین می‌کردند و قراردادها در مفهوم پیشــرفته آن مورد نیاز نبودند (کوتس، ۱۳۸۵: ۵). اهمیت با روابط تبادلی بود و معاملاتی که به واسطه آن‌ها تبادلات صورت می‌گرفت در نهایت ســادگی، حضوری و نقد بود. مورد معامله دارای چهره مادی و عینی در املاک، حیوانات ، محصولات کشاورزی و صنایع دستی خلاصه می‌شد که به رؤیت طرفین می‌رسید (شهیدی، ۱۳۷۷: ۲۱). مبادله با کمترین توجه به مفهوم قرارداد تحقق می‌یافت. شاید در گذشته‌های دور، قرارداد مفهوم مستقلی از مبادله برای طرفین نداشــت. بعدها که نوع بشر با مفهوم قرارداد آشــنا شد و دانست که راه کار حقوقی مبادله، انشــای قرارداد اســت، معاوضه برای تبادل کالا در نظر گرفته می‌شد و برای استفاده از خدمات، قرارداد اجاره اشخاص می‌بستند. این قراردادهای ساده در جوامع کوچک، بر اســاس شناختی که دو طرف از هم داشــتند، انجام می‌پذیرفت و روابط

1. Doctrine of uberrimae fidei

حقوقی شـــرایط پیچیده‌ای نداشـــت. هنوز این وضعیت در روستاها یا شهرستان‌های کوچک دیده می‌شود و برخی از این روابط سه‌گانه به ویژه رابطه شخصی و شناخت طرفین از یکدیگر، نقش مهمی در بســـتن قراردادها داشته و بسیار عمیق و گسترده‌تر از مفروضات حقوق قراردادها اســـت (Zhang, 2013: 55-97). در این وضعیت، سه رابطه پیش‌گفته به طور کامل با یکدیگر هم‌پوشـــانی دارد، اما با پیشـــرفت و گسترش روزافزون اقتصاد، مبادلات پیچیده و روابط شـــخصی کم‌رنگ شـــد و روابط حقوقی توسط متخصصان این رشته به زبان ویژه تنظیم گردید. در نتیجه این سه رابطه از هم فاصله گرفت و هم‌پوشانی آن‌ها روز به روز کاهش یافت.

در وضعیت نوین، رابطه حقوقی نسبت به دو رابطه دیگر اهمیت بیشتری پیدا کرد. قانون‌گذاران شکل‌گرا شدند و قراردادها با رعایت تشریفات منعقد گردید (زارع و پیشـــنماز، ۱۴۰۱: ۲۴۳)؛ کاربرد مفاهیم و اصطلاحات حقوقی در آن‌ها گســـترش یافت. متن قراردادها را مفصل و با زبان تخصصی نوشـــتند و مانند هر رشته علمی از گســـتره درک و تشـــخیص عموم و افراد غیرمتخصص، دور شد. دیگر از افراد عادی نمی‌توان انتظار داشـــت که مســـائل پیچیده حقوقی را دریابند (شهیدی، ۱۳۷۷: ۲۳). اســـناد قراردادها کمتر در دسترس کسانی که با یکدیگر روابط مالی داشتند قرار دارد و بیشتر در اختیار و مورد استفاده وکلا یا نمایندگان حقوقی ایشان می‌باشد. در چنین وضعیتی که برخلاف گذشته، دو طرف ترجیح می‌دهند بر اساس رابطه حقوقی عمل کنند، حفظ روابط شخصی دشوارتر گردیده است.

هنگامی که روابط سه‌گانه در هنگام بستن قراردادها متعادل و دارای هم‌پوشانی کافی باشـــند، برقراری ارتباط و اعتماد طرفینی آســـان است، اما بدون تعادل، به ویژه هنگامی که رابطه حقوقی بر دو رابطه دیگر برتری پیدا کند، کار دشـــوار می‌شود. این وضعیت موجب نادیده گرفتن و گاه بی ارزشی روابط غیرحقوقی می‌گردد. دو طرف به عنـــوان کاربران اصلی قرارداد، حتی برای فهمیـــدن متن آن به متخصصان حقوقی وابسته می‌شوند و ترجیح می‌دهند قرارداد و نه رابطه قراردادی را کنار گذاشته و امور مربوط به آن را به متخصصان حقوقی اعم از وکلا، نمایندگان و مدیران حقوقی بنگاه اقتصادی بسپارند.

نظـــر به این که در حقوق قراردادها بـــه ایده‌ها، اصطلاحات و مفاهیم حقوقی

بها داده می‌شـــود، کسانی که آموزش حقوقی ندیده باشـــند با خواندن متن قراردادها چیزی نمی فهمند. درج شـــرط ادغام[1] یا شرط توافق کامل[2] در بیشتر قراردادها رسماً ســـایر روابط خارج از قراردادها حتی گفت‌وگوهای مقدماتی که پیش از امضای آن‌ها صورت گرفته و زمینه بستن قراردادها را فراهم کرده انکار می‌کند. طرفین با درج این شرط اراده خود را به ســـند قراردادها منحصر می‌کنند؛ به نحوی که توافقات شفاهی یا کتبی پیش و پس از قراردادها فاقد اثر حقوقی می‌شـــود (ایزانلو و چراغی، ۱۳۹۹: ۳۸۳).

اگر گفتمان حقوقی بـــه دلایل تخصصی برای دیگـــران، حتی کاربران اصلی قراردادها غیرقابل فهم باشـــد از آن روی برمی‌تابند. شـــاید علت این که بازرگانان به رغم توجه به رابطه قراردادی، از توجه به متن قراردادها کوتاهی می‌کنند نیز در همین نکته نهفته باشد. عنصر «همکاری» تلاش دارد روابط دیگر، علاوه بر رابطه حقوقی، در هنگام بستن قراردادها را معرفی کند. شکل و ساختار این تلاش در واکنش به وضعیتی است که سبب دلسردی یا محدود شدن به گفت‌وگوهای قراردادی می‌شود. پر واضح اســـت که موفقیت بازرگانان بیشتر به اعتبار ایشـــان بستگی دارد. اگر آن‌ها در مرحله بســـتن قراردادها به جزئیات و امور دقیق حقوقی بپردازند یا در صورت وقوع مشکل به جای گفت‌وگو و سازش معقول، بر حقوق قانونی خود پافشاری کنند یا به وکلای خود برای احقاق حق رجوع نمایند یا برای حل و فصل اختلاف به دادگاه روی آورند، اعتبارشان آسیب می‌بیند (کوتس، ۱۳۸۵: ۲۰). از همین رو بازرگانان کمتر تمایل دارند بـــه دادگاه بروند و ترجیح می‌دهند از راه های دیگری مانند گفت‌وگو، رجوع به داور و سازش، اختلافات خود را حل و فصل کنند (Zhang, 2013: 55-97).

نزدیک کردن روابط ســـه‌گانه به یکدیگر با حفظ تعادل، کار آسانی نیست. به این منظور باید از تأکید بیش از اندازه بر قواعد حقوقی دســـت برداشـــت و به سایر روابط هم بها داد. رعایت عنصر همکاری، مســـتلزم آن است که صاحبان کسب وکار بـــه عنوان طرفین اصلی قراردادها تمام مســـؤولیت‌ها را به وکلا، نمایندگان و مدیران حقوقی خود واگذار نکنند؛ زیرا مشارکت هنگامی محقق می‌شود که ایشان تنها مسئول

1. Merger clause
2. Entire agreement clause

ابعاد حقوقی قراردادها باشـــند و سایر روابط تحت تأثیر حقوق قراردادها انکار نشود. در روابط اقتصادی نباید تنها بـــه حقوق قانونی متکی بود. عدم اتکای کامل به رابطه حقوقـــی نه تنها موجب تضعیف آن نمی‌گردد، بلکه در مواردی به ســـود آن نیز تمام می‌شـــود؛ زیرا با ارزش دادن به ســـایر روابط، بار مخاطرات تنها متوجه زبان حقوقی قراردادها نگردیده، بلکه میان تمام روابط سرشـــکن می‌شود. البته پذیرش سایر روابط در قراردادها مســـتلزم شناخت کافی آن‌هاســـت؛ پس در تنظیم قراردادها باید از تمام روابط آگاهی یافت و با بها دادن به روابط سه‌گانه، کاری کرد که اشخاص غیرحقوقی نیز آن را بفهمند.

مدیـــران بنگاه‌های اقتصادی بایـــد درک صحیحی از رونـــد کار زیرمجموعه خود داشـــته باشـــند تا بتوانند تشـــریفات اداری و کارهای مازادی کـــه مانع تولید یا عرضه به مشـــتریان می‌شود حذف کنند. ایشـــان باید وقت خود را صرف گفت‌وگو با طرف‌های تجاری پیرامون اهداف، رفـــع مخاطرات و اجرای قراردادها بنمایند. در ایـــن گفت‌وگوها نباید از ارائه اطلاعات در مورد منافع اقتصادی که طرف دیگر را به بســـتن قرارداد ترغیب می‌کند خودداری شود. بیان چنین منافعی می‌تواند آغاز خوبی برای گفت‌وگوهای مقدماتی باشـــد و زمینه بســـتن قراردادهای اصلی را فراهم آورد (قاسمی‌حامد و طالب‌احمدی، ۱۳۹۰: ۱۵۷).

قراردادهایی که با انعطاف‌پذیری مثبت و رویکرد همکاری طراحی می‌شود از اصـــول و ارزش‌های ویژه‌ای پیروی می‌کنـــد؛ از قبیل رعایت احترام دو طرف، روابط باز و مســـتقیم با یکدیگر، اطلاع‌رســـانی اختیاری و کامل از اطلاعات مورد نیاز برای توافق و گفت‌وگوهای منفعت‌محوری کـــه در آن نیازمندی‌های هر دو طرف در نظر گرفته می‌شود.

برخی نکات مهم در قراردادهای مبتنی بر همکاری از قرار زیر است:

نخست، طرفین به منظور بهبود کیفیت اطلاعاتی که به اشتراک می‌گذارند باید بر منافع اساسی و مخاطرات احتمالی هم تمرکز کنند؛

دوم، طرفین درباره پیشرفت‌های صورت گرفته در گفت‌وگوها و نحوه اجرای توافقات آینده، نشست‌های برنامه‌ریزی شده و منظم برگزار کنند؛

ســـوم، طرفین باید در صورت نیاز با یکدیگر همکاری کرده و حتی در اجرای

تعهدات قراردادی به هم کمک کنند؛

چهارم، طرفین با درک متقابل، آمادگی داشـــته باشـــند تا اگر لازم شد شرایط قرارداد را اصلاح یا تعدیل کنند؛

پنجم، طرفین برای حل و فصل اختلافات با حسن نیت گفت‌وگو کنند و اگر اختلاف پیش‌آمده با گفت‌وگو حل و فصل نشد، میانجی‌گری یا هر راه حل جایگزین دیگر را بپذیرند.

در زمینه موارد یادشده توجه به چند نکته ضرورت دارد: نخست آن که مشاوره نیازمند زمان و هزینه‌بر اســـت؛ دوم آن که همه نکات در همه قراردادها به یک میزان کارآمدی ندارد؛ و سوم آن که قراردادها خوب یا بد، سبب رابطه شخصی می‌شود.

شـــاید برخی از موارد پیشـــنهادی اجرایی به نظر نرســـد، ولی همچنان برای گفت‌وگو ارزشمند باشد. گاهی آنچه گفت‌وگوهای به ظاهر غیرضرور به نظر می‌رسد یا پیرامون قراردادهایی با ارزش اقتصادی کم انجام می‌شود می‌تواند سرمایه ارزشمندی را در روابـــط مهم آینده رقم بزند. اگر چه عبـــارات حقوقی باید واضح و بار معنایی روشـــنی داشته باشند، اما با اســـتفاده از زبان غیرحقوقی نیز می‌توان علاوه بر رعایت ملاحظات حقوقی، گامی به سوی انعطاف‌پذیری مثبت برداشت. شاید ساده‌انگاری به نظر آید، ولی رعایت این نکات، روابط طرفین را شخصی‌تر و قابل اعتمادتر می‌سازد (Barton & others, 2015: 8-28).

۲-٤. تصویرسازی

قابلیت اســـتفاده و تجربه کاربری، در بیشـــتر موارد دو عامل مهم برای تعیین کیفیت هســـتند. برای داوری در مورد کیفیت یک کالا باید دید چه قابلیت‌هایی دارد و تجربه کاربران در اســـتفاده از آن چیست. از همین رو در سامانه‌های فروش برخط کالا و عرضه خدمات، علاوه بر توضیحات تخصصی، بخشـــی به بیان دیدگاه کاربران اختصـــاص دارد. ولی در مورد تعیین کیفیت قراردادها نمی‌توان بر اســـاس دو عامل یادشده داوری کرد، بلکه باید ابعاد حقوقی و قابلیت اجرایی قراردادها بررسی شوند. طرفین خواهان قراردادی هســـتند که قابل اجرا باشـــد و ایشان را به اهداف بازرگانی مورد نظر برســـاند. بازرگانان از حقوقی بودن بیش از اندازه قراردادها که گاه موجب دشـــواری کار می‌شـــود رضایت ندارند؛ زیرا میان معامله‌ای که خواستار آنند با متن

قراردادی که تنظیم می‌شـــود، بسیار فاصله و گاه دوگانگی است. هرچند طرفین برای انجام معامله پیشتازند و تنظیم‌کنندگان متن قراردادها به حکم وکالت باید از نظر آن‌ها پیروی کنند (کاشـــانی، ۱۳۸۸: ۱۹۵)، اما دوری بیش از اندازه متن حقوقی از خواست طرفین می‌تواند دردسرساز شود.

برقـــراری ارتباط طرفین در فراینـــد قراردادی در هر مرحله مهم اســـت. در قراردادهای پیچیده که پروژه‌های بزرگ را پوشـــش می‌دهد مانند قراردادهای مرتبط با ارتباطات و فناوری اطلاعات[1] یا قراردادهای طراحی، تأمین تجهیزات و ســـاخت،[2] علاوه بر کارشناســـان حقوقی طرفین، اشخاص دیگر مانند کارشناسان فنی تخصصی نیز در تنظیم قراردادها دخالت دارند. ایشـــان درباره تعاریف، دامنه، مشخصات، اسناد مورد نیاز، اجرا، آزمایش و تأیید نظر می‌دهند. علاوه بر شرایط حقوقی و فنی تخصصی که در متن قراردادها می‌آید، شرایط مالی پیچیده و جداول زمانی و فرایندهای مربوط نیـــز باید در نظر گرفته شـــود؛ بنابراین در تنظیم قراردادها ممکن اســـت امور مالی و منابع انســـانی نیز درگیر شـــوند. با این توضیح، هرچند طرح و پیش‌نویس قراردادها توســـط حقوقدان‌ها نوشته می شوند، ولی اطلاعات فنی تخصصی را باید از مدیران و مهندسان مجموعه پرسید؛ زیرا پس از امضا می‌بایست به قراردادها عمل کرد و مدیران پروژه و تیم‌های عملیاتی این مهم را بر عهده دارند. اگر جز این باشـــد احتمال دارد متنی غیرقابل اجرا یا همراه با موانع پیش روی مجریان قرار گیرد.

تصویرسازی با ایجاد شفافیت و تفاهم، موجب انعطاف‌پذیری مثبت قراردادها می‌شود، ولی باید دید منظور از تصویرسازی چیست و چگونه می‌توان از آن در فرایند بســـتن قراردادها و تهیه اسناد مربوط ســـود برد. همچنین با وجود روش سنتی تنظیم قراردادها باید توضیح داده شود که چه نیازی به تصویرسازی قراردادها وجود دارد.

تصویرسازی بخش اصلی طراحی اطلاعات است که با اضافه کردن نشانه ها، جداول، نمودارها و تصاویر قراردادها را کامل یا مفهوم تر می‌سازند. طراحی اطلاعات بـــرای برقراری ارتباط مؤثر، اصول طراحی گرافیکی را به کار می‌گیرد. در این فرایند، شناســـایی، انتخاب، ساماندهی، تنظیم و ارائه اطلاعات به گونه‌ای کارآمد و کاربردی

1. ICT
2. EPC

برای دســـتیابی طرفین به هدفی خاص استفاده می‌شود (Barton & others, 2015: 8-28).

نظـــر به این که متن قراردادها نمی‌توانند به تنهایی اطلاعات را برجســـته کنند از تصویرســـازی و طراحی اطلاعات در کنار متن استفاده می‌شود. با این روش نه تنها نکات مهم قراردادها از دســـت نمی‌رود، بلکه می‌توان اطمینان یافت که به قدر کافی با درکی عمیق، مورد توجه قرار می‌گیرد. بدین‌ســـان تصویرســـازی موجب معقول و منطقی‌تر شـــدن قراردادها شـــده و با این کار، محتوای قراردادها تنها به واژگانی که در متن اسناد نگارش شـــده محدود نمی‌ماند (Dimatteo & others, 2013: 198)؛ بنابراین هدف نهایی طراحی اطلاعات و تصویرســـازی عبارت است از ایجاد روابط شفاف که موجب می‌شود کاربران از روی آگاهی کامل با هم تعامل کنند.

به منظور انتخاب روش مورد اســـتفاده در تصویرســـازی باید به اطلاعات در اختیار، گروه‌های کاربر و زمینه مورد استفاده توجه کرد. امروزه تصویرسازی قراردادها حرفه ای مســـتقل به شمار می‌آید که متخصصان آن با قبول سفارش، نسبت به تبدیل قراردادها از متـــون حقوقی به ابزارهای منعطف بازرگانی کاربـــردی اقدام می‌کنند.[1] پس از تصویرسازی، متن حقوقی قراردادها به ابزارهای بازرگانی کاربرپسندی تبدیل می‌شوند و به اجرای اندیشه‌هایی که در پس هر قرارداد وجود دارد کمک می‌کنند.

محور تصویرسازی، طرفین قراردادها هستند. طراحی اطلاعات باید به شیوه‌ای صورت گیرد که عملکرد مورد انتظار طرفین را تضمین کند؛ بنابراین خوب نوشـــتن قراردادها کافی نیســـت و برای این که پیام قراردادها برای خوانندگان مفهوم باشـــد ناگزیر باید اطلاعات مورد نیاز جمع‌آوری شـــده و دیگران نیز در این فرایند مشارکت داده شوند. برای این که قراردادها بتوانند روابط طرفین را به درستی و با کیفیت تنظیم کنند تنها تهیه متنی روشـــن و قابل اجرا کافی نیست، بلکه لازم است روابط گروه‌های پرتعداد و نیازهای اطلاعاتی گوناگون ایشـــان نیز طراحی شود. به کمک تصویرسازی و طرح‌هـــای گرافیکی می‌توان بازه زمانی انتقال مالکیـــت، ضمان معاوضی، هزینه‌ها و مســـؤولیت‌ها را که شـــاید از متن قراردادها به خوبی قابل برداشت نباشد به خوبی نمایان ســـاخت. گاهی دو طرف با نگاه کردن به یک جدول پیوست قرارداد می‌توانند

1. www.lexpert.com

اطلاعاتی را که در چند صفحه نوشته شده به آسانی دریابند.

۵. انعطاف پذیری قراردادها در حقوق ایران

هرچند اصول حقوقی متضمن ثبات قراردادهاست (موسوی و اصانلو، ۱۴۰۱: ۲۷۸)، ولی با توجه به گسترش روزافزون مبادلات تجاری و انعقاد قراردادهای مستمر و تحولات گریزناپذیر اقتصادی، گاه عواملی مانند تورم، رکود، تحریم و به طور کلی نوسانات اقتصادی خارج از اراده طرفین این عقود را تحت تاثیر قرار می‌دهد. وقوع این حوادث، تغییر اوضاع و احوال قراردادها را به همراه دارد و اجرای قرارداد را با دشواری غیرمتعارف همراه می‌سازد. در چنین وضعیتی نیاز به تعدیل در قراردادها احساس می‌شود (حافظی قهستانی و دیگران، ۱۴۰۰: ۱۱). به این منظور طرفین توافق می‌کنند که در صورت تغییر اوضاع و احوال، قرارداد از انعطاف لازم برخوردار باشد و بتواند خود را با شرایط جدید هماهنگ سازد. این نوع تعدیل در مفاد عقد را «تعدیل قراردادی» می‌نامند که متفاوت از تعدیل قانونی و قضایی است. برای مثال در قراردادهای نفتی گاهی حوادث غیرمنتظره موجب دگرگون شدن شرایط اولیه قرارداد شده و تعادل و توازن قرارداد دچار اختلال می‌شود. در این شرایط از جمله پیش‌بینی‌های لازم، پیش‌بینی سازکارهای قراردادی شروط مذاکره مجدد، بازبینی و تطبیق برای بازگرداندن توازن و تعادل اقتصادی قرارداد می‌باشد که بر این اساس موجب تطبیق وضع مورد توافق اولیه با اوضاع و احوال نوین در قرارداد نفتی شده تا منافع طرفین به نحوی عادلانه و متعارف تداوم یابد. بی تردید یکی از مهم‌ترین تحولات در عرصه قراردادهای نفتی رویکرد پیشرفته به شروط قراردادی برای تداوم و استمرار قرارداد از طریق مصالحه بین منافع و انتظارات مشروع دو طرف بر اساس شرایط تعدیل تعهدات قراردادی بازیگران این قراردادها در اوضاع و احوال تغییر یافته است (کردی و طجرلو، ۱۴۰۱: ۱۸۵).

بازنگری در مفاد قرارداد و روزآمد ساختن آن در حقوق ایران به استناد اصل حاکمیت اراده میسر است. چنین اختیاری از موازین قانونی مانند مواد ۱۰، ۲۱۹، ۲۳۰ و ۲۸۳ قانون مدنی برداشت می‌شود؛ از این رو همان اراده‌هایی که قرارداد را خلق و مندرجات و شروط آن را تنظیم نموده‌اند می‌توانند مفاد آن را مورد تجدیدنظر و اصلاح قرار دهند. از جمله تصرفاتی که طرفین با اتکا بر اصل حاکمیت اراده مجاز به

اعمال آن هستند تعدیل قرارداد است، اما برای این که راه‌کار تعدیل قراردادی منجر به انعطاف‌پذیری قرارداد شود باید شروط تعدیل کننده در زمان بستن قرارداد به صورت ضمن عقد پیش‌بینی شـــود. شرط پرداخت طلا، شرط پرداخت به پول خارجی، شرط پرداخت بر مبنای شاخص‌های معتبر و شرط گفت‌وگوی دوباره از مهم‌ترین شروطی است که به منظور فوق امروزه در قراردادهای خصوصی گنجانده می‌شوند (مزارعی، ۱۳۹٤: ۲٤٦). قراردادهای تابع شـــرایط عمومی پیمان نیز با یکی از ســـه شرط تغییر مقادیر قرارداد، تعدیل قرارداد و یا مبالغ مشروط در قرارداد قابل تغییر می‌باشند که به نوعی حکایت از انعطاف‌پذیری آن‌ها دارد (قاسمی حامد و علی حیدری، ۱٤۰۱: ۵۱۷؛ رحیمی و علیزاده، ۱۳۹٦: ۱٤۷).

هیچ‌یک از شروط تعدیل بی‌واسطه قراردادی خصوصی در نظام تقنینی کنونی ایران با مشکل روبه‌رو نیست و رویه قضایی ایران نیز در این زمینه منفعل عمل کرده و ترجیح داده موضوع را به ســـکوت برگزار کند یـــا حداقل راهکارهای معمول آن، بروز و ظهور خاصی نداشـــته اســـت؛ با این وجود به نظر می‌رسد مصلحت اقتصادی کشور و ضرورت حفظ و حمایت از ثبات و تقویت ارزش پول ملی اقتضا دارد بدون توجیه قابل قبول از پذیرش شـــروطی که طلا، ارز یـــا ارزش کالا و خدمتی دیگر را در قالـــب تعدیل قراردادی جایگزین پول ملی می‌کند خودداری شـــود. به این منظور می‌توان به حفظ نظم عمومی اقتصادی در قراردادها اســـتناد کرد و استنادات کافی را جهت جلوگیری از بســـتن چنین قراردادهایـــی را در اختیار مجموعه قضایی قرار داد (بیگدلی، ۱۳۹٤: ۲۸٦).

برآمد

۱- انعطاف‌پذیری در قراردادها برخی مفروضات کهن را در گستره حقوق و تجارت، توأمان به چالش می‌کشد. تنظیم قراردادهای انعطاف‌پذیر به ویژه در روابط بلندمدت بازرگانی، باعث می‌شود که در آینده کمترین نیاز را به بازنگری یا اصلاح داشته باشند و بتوانند با شرایط نوین سازگار شوند. به رغم دیدگاه مخالفان، انعطاف‌پذیری در زمینه‌هایی مانند تصمیم‌گیری، بازاریابی، طراحی محصول، برنامه‌ریزی و جوانب دیگر کسب و کار، از نقاط قوت قراردادها به شمار می‌آید.

۲- پیش‌تر تصور می‌کردند اگر قراردادی با ثبات و تنها با رعایت ملاحظات حقوقی تنظیم شود، تحت حمایت‌های قانونی، خواست طرفین را تأمین می‌کند، اما امروزه در دنیای تغییرات شتابان، این افکار سنتی در حال فروپاشی است؛ زیرا نه تنها قراردادها، بلکه ممکن است قانون نیز توان تعیین تکلیف تغییرات آینده را نداشته باشد و نتواند با شرایط روز چنان که باید، تطبیق پیدا کند. فعالیت‌های بازرگانی رو به رشد، شیوه‌های سنتی را در تنظیم قراردادها برنمی‌تابد. تجربه نشانگر روی‌گردانی بازرگانان از قراردادهای حقوقی، به‌رغم بها دادن به روابط قراردادی است. بنابراین نمی‌توان روابط قراردادی را تنها در روابط حقوقی خلاصه کرد.

۳- در دنیای نوین و پیشرفته همه می‌دانند که آینده از پیش تعیین‌شده نیست. باور پیش‌بینی کامل شرایط آینده، گزافه است؛ بنابراین عدم قطعیت را باید مدیریت کرد و تنظیم قراردادهای انعطاف‌پذیر، زمینه نوآوری را در این زمینه فراهم می‌سازد. در چنین فرایندی با اشتراک‌گذاری ایده‌ها می‌توان پیشرفت کرد. دیگر با پنهان‌کاری، ابهام یا تثبیت شرایط قراردادی، کسب و کارها چنان که باید پیش نمی‌رود. از همین رو امروزه صنایع نوآور از انعطاف‌پذیرترین قراردادها استقبال می‌کنند؛ زیرا با تنظیم چنین قراردادهایی، دو طرف با اتکا بر گذشته از تغییر شرایط در آینده بیمی ندارند.

٤- انعطاف‌پذیری در قراردادها انتظارات دو طرف را به طور فزاینده تضمین کرده و موجب امید به سازگاری با شرایط آینده می‌شود. البته پذیرش انعطاف‌پذیری قراردادها نه تنها منافاتی با انتظارات قراردادی پایدار ندارد، بلکه باید اذعان کرد

ثبات در روابط قراردادی از جهاتی اجتناب‌ناپذیر اســـت. هنر آن است که بدون کنار گذاشتن ثبات قراردادهـــــا، آن‌ها را انعطاف‌پذیر ساخت و برای این کار دشوار، یعنی انعطاف‌پذیری با حفظ ثـــــبات در قراردادها، همکاری و تصویرســـــازی دو عامل مهم به شمار می‌آید. در حقوق قراردادهـــــای ایران، هنوز دو شیوه یادشده مرسوم نیست و برای انعطاف‌پذیر ســـاختن قراردادها از شـــــروط تعدیل‌کننده ضمن عقد استفاده می‌شود.

فهرست منابع

الف. فارسی

* آل‌سعدی، فرزاد و خورسندیان، محمدعلی و مبین، حجت و طالب احمدی، حبیب (۱۴۰۰)، «**بررسی مفهوم و جایگاه شرط بهترین تلاش در حقوق ایران، آمریکا و اسناد بین‌المللی**»، پژوهش‌های حقوق تطبیقی، شماره ۳.

* ایزانلو، محسن و چراغی، مینا (۱۳۹۹)، «**شرط ادغام و اعتبار آن در فقه و حقوق ایران**»، فصل‌نامه حقوق ملل، شماره ۳۸.

* بذرپاچ، حمید و ملکی، جلیل و پاشازاده، حسن و مجتهدی، محمدرضا (۱۳۹۸)، «**بررسی عوامل شناسایی و اجرای احکام خارجی در حقوق مدنی ایران**»، دانش حقوق مدنی، سال هشتم، شماره ۲.

* بیگدلی، سعید (۱۳۹٤)، **تعدیل قرارداد**، چاپ چهارم، تهران: میزان.

* حافظی قهستانی، محمدرضا و مقدری امیری، عباس و مرتضوی، عبدالحمید (۱٤۰۰)، «**تعدیل قرارداد در اثر نوسانات اقتصادی**»، پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی، جلد ۱۷، شماره ٦٥.

* رحیمی، حبیب‌اله و علیزاده، سعیده (۱۳۹٦)، «**ماهیت و مبنای تعدیل در قراردادهای پیمانکاری در حقوق ایران و فیدیک**»، پژوهش حقوق خصوصی، دوره ٦، شماره ۲۱.

* زارع، امیر و پیشنماز، سید امین (۱٤۰۱)، «**جایگاه شکل در قراردادها با تحلیل مختصر تحولات حقوق مدنی فرانسه**»، پژوهش‌های حقوقی، دوره ۲۱، شماره ٤۹.

* زارع‌مهرجردی، مسعود و میرزایی،حسین و حسنی‌درمیان، غلامرضا (۱۳۹۸)، «**تحلیل نقش اعتماد بین فردی در مبادلات اقتصادی**»، جامعه‌شناسی کاربردی، سال ۳۰، شماره ۷٦.

* شهیدی، مهدی (۱۳۷۷)، **تشکیل قراردادها و تعهدات**، جلد نخست، چاپ نخست، تهران: حقوق‌دان.

* شیروی، عبدالحسین (۱۳۸۹)، **حقوق تجارت بین‌الملل**، چاپ نخست، تهران: سمت.

* طالب‌احمدی، حبیب (۱۳۹۲)، **مسئولیت پیش‌قراردادی**، چاپ نخست، تهران:

میزان.
* قاسمی‌حامد، عباس (۱۳۸٦)، «**حسن‌نیت در قرارداد، مبنای تعهد به درستکاری و تعهد به همکاری در حقوق فرانسه**»، تحقیقات حقوقی، دوره ۱۰، شماره ٤٦.
* قاسمی‌حامد، عباس و طالب‌احمدی، حبیب (۱۳۹۰)، «**اطلاع‌رسانی پیش‌قراردادی**»، مطالعات حقوقی، دوره سوم، شماره اول.
* قاسمی‌حامد، عباس و حیدری، علی (۱٤۰۱)، «**جایگاه شرط تغییر در کار در نظم حقوقی قراردادهای پیمانکاری با تأکید بر قراردادهای نمونه ایران، فیدیک و انگلستان**»، پژوهش‌های حقوقی، دوره ۲۱، شماره ۵۲.
* کاتوزیان، ناصر (۱۳٦۳)، **حقوق مدنی (مشارکت‌ها، صلح، عطایا)**، چاپ نخست، تهران: اقبال.
* کاشانی، سید محمود (۱۳۸۸)، **حقوق مدنی؛ قراردادهای ویژه**، چاپ نخست، تهران: میزان.
* کردی، اسفندیار و طجرلو، رضا (۱٤۰۱)، «**تغییر اوضاع و احوال و سازوکار شروط قراردادی برای توازن منافع در قراردادهای نفتی**»، دانش‌نامه حقوق اقتصادی، دوره ۲۹، شماره ۲۱.
* کرمی، محمدمهدی (۱۳۹۷)، «**قاعده الجمع مهما امکن اولی من الطرح از نگاه شیخ انصاری ره و سید یزدی ره**»، فقیهانه، سال سوم، شماره ۹.
* کوتس، هاین (۱۳۸۵)، **حقوق قراردادها در اروپا**، برگردان: ولی‌الله احمدی و دیگران، چاپ نخست، تهران: جهان جام جم.
*محمدی، مجتبی و جواهرکلام، محمدهادی (۱٤۰۱)، «**تعدیل ضمانت اجرای تعهد به ارائه اطلاعات در قراردادهای بیمه؛ مطالعه تطبیقی در حقوق ایران و انگلیس**»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸٦، شماره ۱۱۷.
* مزارعی، علی (۱۳۹٤)، **تئوری عدم پیش بینی و تعدیل قرارداد مطالعه تطبیقی در حقوق ایران، انگلیس و آمریکا**، چاپ نخست، تهران: مجد.
* موسوی، سید عباس و اصانلو، اکبر (۱٤۰۱)، «**انتفای عقد به سبب عدم امکان اجرای موضوع آن در حقوق ایران و فرانسه**»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸٦، شماره ۱۲۰.

ب. انگلیسی

❋ Barton, Thomas D., Helena Haapio & Tatiana Borisova (2015), **"Flexibility and Stability in Contracts"**, A Special Issue of the Lapland Law Review, Issue 2.

❋ Beck, K., Beedle, M., van Bennekum, A., Cockburn, A., Cunningham, W., Fowler, M., Grenning, J., Highsmith, J., Hunt, A., Jeffries, R., Kern, J., Marick, B., Martin, R. C., Mellor, S., Schwaber, K., Sutherland, J. and Thomas, D. (2001), **"Manifesto for agile software development"**, Available at : <http://www.agilemanifesto.org>.(Last visited on 18/5/2023).

❋ DiMatteo, Larry A., Qi Zhou, Severine Saintier & Keith Rowley (2013), **Commercial Contract Law: Transatlantic Perspectives, Cambridge**: Cambridge University Press.

❋ Gounari, Zoe (2021), **"Developing a relational law of contracts: striking a balance between abstraction and contextualism"**, Legal Studies, No. 41.

❋ IACCM poll (21 September 2011), available at: <https://commitmentmatters.com/2011/09/21/stuck-in-a-negotiation-rut/>.(Last visited on 18/5/2023).

❋ Lumineau F. & Oxley J. E. (2012), **"Let's work it out (or we'll see you in court): Litigation and private dispute resolution in vertical exchange relationships"**, Organization Science, Vol. 23, No. 3.

❋ .Macaulay, Stewart (2004), **"Freedom from Contract: Solutions in Search of a Problem?"**, Wisconsin Law Review, 777.

❋ Nystén-Haarala, S., Lee, N. & Lehto, J. (2010), **"Flexibility in contract terms and contracting processes"**, International Journal of Managing Projects in Business, Vol. 3, No. 3.

❊ Zhang, Yanan & Ritta Ahtonen (2013), **"Flexibility in Contracts and Contractual Practice: Empirical Study in China"**, International Law School, Shanghai University of Political Science and Law, Available at: <https://kipdf.com/queue/flexibility-in-contracts-and-contractual-practice-empirical-study-in-china_5ad17bae7f8b9aca5b8b460a.html>.(Last visited on 18/5/2023).

مجله حقوقی دادگستری

مقاله پژوهشی/ دوره ۸۸/ شماره ۱۲۵/ صفحات: ۲۸۰-۲۵۱
تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۱۰/۲۴ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۴/۰۴

مطالعه نظریه دعوی پرسشی در حقوق قراردادهای نوین فرانسه و امکان طرح آن در حقوق ایران

علی کاظمی[۱]

چکیده

نظریه دعوای پرسشی مطرح در حقوق فرانسه در نتیجه رویکرد نوین اقتصادی به قراردادها، در اصلاحات سال ۲۰۱۶ قانون مدنی فرانسه، با هدف ایجاد امنیت و اطمینان حقوقی از سرنوشت قراردادها برای اشخاص ثالث و یا طرف مقابل ذی‌نفع قراردادی به کار گرفته شد و از جمله نوآوری‌ها و جذابیت‌های حقوق قراردادهای نوین فرانسه به شمار می‌آید. این نظریه به شخص ثالث و یا طرف مقابلِ ذی‌نفع قطعی یا احتمالی قراردادها، حق می‌دهد که ذی‌نفع را مکلف به پاسخ به پرسش‌هایی نماید و در صورت عدم پاسخ و روشنگری ذی‌نفع قطعی یا احتمالی در یک مهلت معقول و متعارف، حق وی علیه پرسش‌گر ساقط‌شده تلقی می‌شود؛ امنیت و اطمینان حقوقی در قرارداد حاکم می‌شود و از طرح دعاوی زیادی از جمله تنفیذ و رد معاملات معارض با حق ذی‌نفع جلوگیری می‌کند.

این مقاله به بررسی مفهوم نظریه یادشده و امکان طرح آن در حقوق ایران می‌پردازد و نتیجه می‌گیرد که در قوانین جاری ایران از جمله ماده ۱۲ قانون نظام صنفی و ماده ٥٤ قانون رفع موانع تولید رقابتپذیر و ارتقای نظام مالی کشور، دعوای پرسشی دیده شده و لذا اعمال آن در حقوق قراردادهای ایران با مانع جدی روبهرو نیست و تا اصلاح قانون مدنی ایران، بستر اجرای این نظریه فراهم است.

واژگان کلیدی: دعوای پرسشی، اظهارنامه، حق تقدم، نظریه، تنفیذ، اسقاط.

---

۱. دکتری حقوق خصوصی از دانشگاه تهران
kazemiali59@yahoo.com

درآمد

اطمینان از سرنوشت قراردادها و امنیت قراردادی دارای ارزش اقتصادی بالایی برای طرفین قرارداد است. یکی از ناامنی‌های قراردادی که متعاقدین از آن رنج می‌برند این اســـت که بعد از انعقاد قرارداد، متوجه تعلق حق دیگری به مورد معامله می‌شود؛ برای نمونه ممکن اســـت بعد از وقوع عقد متوجه شـــویم که مبیع متعلق به غیر است و یا متوجه حق تقدم قراردادی یا قانونی غیر نســـبت به مورد معامله شـــویم. راهکار ســـنتی در قوانین کنونی کشورمان مشخص است و راهکارها عمدتاً به نفع ذی‌حق و ذی‌نفع و یا مالک اســـت و اشـــخاص ثالث کمتر مورد حمایت قانون‌گذار واقع شده و یا شـــاید فرصت بررســـی و توجه به آن‌ها فراهم نبود.[1] قانون‌گذار فرانســـوی در اصلاحات ســـال ۲۰۱۶ در قانون مدنی، به منظور امنیت قراردادی طرف مقابل ذی‌نفع و یا اشخاص ثالث، راهکارهای نو با کارایی بالای اقتصادی ارائه نموده است؛ از جمله این نوآوری‌ها، امکان توســـل اشخاص یادشده به نظریه نوین دعوای پرسشی[2] جهت تامین امنیت قراردادی خویش اســـت. این نظریه به اشخاص حق می‌دهد که ذی‌نفع احتمالی یا قطعی را مورد اســـتنطاق قرار دهند، تا در نتیجه در صورت وصول پاســـخ یا عدم پاســـخ ذی‌نفع، در ادامه با آگاهی کامل وارد قرارداد شوند یا با اعمال ضمانت اجرای نظریه، رابطه قراردادی منعقده را دنبال کنند. یکی از دادرســـی‌دانان کشورمان (محســـنی، ۱۳۹۸: ۲۳۶-۲۶۶) در مقاله‌ای ارزشمند و کاربردی تحت عنوان «نفع در دادخواهی‌ها»، بحث مختصری را به این دعاوی اختصاص داده و آن‌ها را زیر مجموعه دعاوی بازدارنده در مقررات آیین دادرســـی مدنی کشور فرانسه دانسته و آن را مورد بررســـی قرار داده‌اند و بیان داشـــتند که این دعاوی در ایران بررسی نشدند (همانجا) که در مبحث امکان‌ســـنجی اجرای نظریه دعوای پرسشی در حقوق ایران بیشتر به آن اشاره و مورد استفاده واقع خواهد شد.

---

۱. بـــرای نمونه قانون‌گذار ایرانـــی در ماده ۲۴۹ از قانون مدنی مصـــوب ۱۳۰۷ در مبحث معاملات فضولی مقرر می‌دارد: «ســـکوت مالک ولو با حضور در مجلس عقد، اجازه محسوب نمی‌شود» و در ادامه در ماده ۲۵۲ آورده اســـت: «لازم نیست اجازه یا رد فوری باشد. اگر تاخیر موجب تضرر طرف اصیل باشـــد مشارالیه می‌تواند معامله را به هم بزند» و راهکار سنتی عمدتاً به ضرر اشخاص ثالث و طرف قراردادی است و تحقیقاتی که در همین زمینه شده است در راستای تقویت موضع مالک است (ابوعطا و فرزاد، ۱۴۰۱: ۷-۲۰).

2. action interrogatoire

فرض مقاله این اســت که تا اصلاح قانون مدنی ایــران، ظرفیت‌های حقوق داخلی برای اجرای نظریه وجود دارد.[۱] چالش اصلی این تحقیق، تبیین مفهوم، شرایط و آثار اجرای نظریه دعوای پرسشــی و تحلیل و بررســی ظرفیت‌های حقوق داخلی برای اجرای نظریه اســت. در این راســتا، ابتدا به بررسی نظریه نوین دعوای پرسشی در حقوق قراردادهای فرانســه میپردازیم و ســپس قابلیت اجــرای آن را در حقوق قراردادهای ایران مورد بررسی قرار می‌دهیم.

۱. تحلیل نظریه دعوای پرسشی در حقوق قراردادهای نوین فرانسه

به منظور مطالعه نظریه دعوای پرسشــی در حقوق قراردادهای نوین فرانسه، در این بند به روشــن نمودن مفهوم نظریه و شرایط اجرای نظریه می‌پردازیم و سپس قلمرو اجرای نظریه مورد تحلیل قرار می‌گیرد.

۱-۱. مفهوم نظریه دعوای پرسشی

عبــارت «interrogatoire Action» در حقوق قراردادهای ســنتی فرانســه ســابقه‌ای ندارد و از جمله نوآوری‌های قانــون‌گذار فرانسوی در اصلاحات مورخ ۲۰۱۶/۲/۱۰ محســوب می‌شود و بلافاصلـه مورد توجه جــدی حقوقدانان قرار گرفــت (Bettoni et les Autres, 2016: p67; Dissaux et jamin, 2016). ایــن عبارت از ترکیب دو واژه «Action» به مفــهوم دعوا و «interrogatoire» به مفهـوم «پرســشی» یا ســوالی یا بازجویی تشکیل شده اســت (puigelier, 2017: n163 ; cornu, 2022 : p91) و در حقوق قراردادهـای نوین فرانـسه، عبارتـی نو محـسوب می‌شــود (Bettoni et les Autres, 2016: p67) کــه حق اســتفاده از آن صرفاً به شــخص ثالث اعطا شده اســت (Terré et les outres , 2019: p267)[۲] و تا قبل از آن رویه قضایی فرانســه اعمال چنین حقی را مجاز نمی‌دانست.[۳] شخص ثالث برای

---

۱. بدیهی اســت که همیشه طرح و بومی‌سازی نظریه‌هایی از این قبیل در حقوق داخلی در آغاز کار، چندان آسان نیست. نویسنده در تلاش است حتی‌الامکان این نظریه را در حقوق قراردادهای فرانسه مورد بررسی قرار دهد و بی‌شک این تحقیق خالی از اشکال و ایراد نیست و البته راه تحقیق در زوایای مختلف این نظریه باز است.

2. ...En cas de doute sur l'étendue des pouvoirs conventionnels,l'article 1158 confère au tiers contractant une action interrogatoire ...Seul le tiers contractant et non le représentant peut procéder à l'interrogation

3. Cass3 .e civ 29 ,.juin ,2010 no09-68110
https//:www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000022429741/

اطمینـــان کامل از نبود ذی‌نفع فرضی[1] و یا عدم اقدام به اجرای حق از ســـوی ذی‌نفع واقعی در قراردادی که در صدد انعقاد آن اســـت یا آن را منعقد نموده است، چاره‌ای جز پذیرش ریســـک و انعقاد قرارداد و یا مراجعه به شخص ذی‌نفع احتمالی یا قطعی ندارد. ممکن اســـت شخص ذی‌نفع به هر دلیلی سکوت کند یا در آن موقعیت صلاح نداند که برای اجرای حق خود اقدامی انجام دهد و یا ممکن اســـت از موقعیت برتر خود استفاده نموده و شخص ثالث را در حالت بلاتکلیفی نگه دارد تا شخص ذی‌نفع به شیوه ســـنتی از تمایل و تصمیم به انعقاد قرارداد دست بردارد و یا به طرح دعوای ابطال قرارداد خود اقدام کند که در نتیجه منجر به ورود زیان به شخص ثالث می‌شود و نوعی سوء استفاده از حق از سوی ذی‌نفع صورت می‌گیرد. پروفسور فرانسوا کلمان در ماده ۲۵ از طرح پیشنهادی برای اصلاح حقوق قراردادهـــا[2] در سال ۲۰۱۳ چنین آورد: «در زمانی که شـــخص ثالث گمان می‌کند کـــه راجع به مورد معامله پیمان حق تقدمی وجود دارد، می‌تواند به وســـیله یک نوشته از ذی‌نفع احتمالی تایید بود و نبود پیـمان حق تقـدم را بخواهد» و در همین دوره نیز دولـت در طرح پیشنهادی به رئیس جمهور از عبارت «interrogatoire action» به مفهوم «دعوای پرسشی» استفاده کرده است؛ در حالی که در طرح اصلاحی پروفسور پی‌یر کاتالا[3] و همکارانش مورخ ۲۰۰۵ که به وزارت دادگستری فرانسه تحویل شده بود[4] از به کارگیری این اصطلاح خبری نیســـت. برخی از حقوق‌دانان فرانسوی از جمله پروفسور آلن بنابنت[5] ترجیح داده‌اند به جای عبارت دعوی پرسشی از عبارت «احضارپرسشی»[6] استفاده شود (Clément, 2023: p55) و برخـــی دیگر از به‌کارگیـــری واژه «Action» برای این هدف و ایده نو انتقـــاد نموده‌اند و دلیل آن را ماهیت غیر قضایی این عمل دانســـته (Debard et

1. bénéficiaire supposé
2. Avant-projet d'ordonnance de réforme du droit des obligations) texte du (23/10/2013
3. Pierre Catala
4. AVANT-PROJET DE RÉFORME DU DROIT DES OBLIGATIONS) Articles 1101à 1386 du Code civil (ET DU DROIT DE LA PRESCRIPTION) Articles2234 à 2281 du Code civil (Rapport à Monsieur Pascal Clément Garde des Sceaux ,Ministre de la Justice 22 Septembre2005
5. Alain Bénaben
6. interpellation interrogatoire

(Guinchard, 2022: 82)[۱] و بیان داشـــته‌اند که این عمل در دادگاه صورت نمی‌گیرد (Malaurie et les autres, 2022: n704).[۲] در هر حال در طرح پیشـــنهادی دولت به رئیس جمهور در ســـال ۲۰۱۶ از عبارت دعوای پرسشـــی استفاده شده است.[۳] ایجاد چنین حقی و آثار آن در دکترین به شدت مورد انتقاد واقع شده است و پذیرش آن به دلیل مخالفت با آزادی طرح دعوا از سوی اشخاص[۴] با تردید مواجه شد و اثر بخشی آن را به گذشـــت زمان و دیدن نتایج عملی آن موکـــول می‌کنند (Clément, 2023: p55). در همین زمینه پروفسور فیلیپ مالوری استاد ممتاز دانشگاه پاریس دو فرانسه[۵] در نو بودن این ایده بیان نمود که اگرچه طرح این ایده در حقوق قراردادهای فرانسه اقدامی قابل ستایش است، ولی پیشنهاد می‌کنند که باید آن را به تدریج به‌کار گرفت؛ چرا که ممکن است آثار خطرناکی را به دنبال داشته باشد (Malaurie et les autres, 2022: n704).[۶] در پایان قانون‌گذار فرانســـوی در اصلاحات ۲۰۱۶ قانون مدنی[۷] در سه ماده قانونی به ترتیب ماده ۱۱۲۳ در خصوص بود و نبود حق تقدم قراردادی برای ذی‌نفع احتمالی و در صورت وجود حق تقدم، قصد اســـتفاده ذی‌نفع پیمان از حق،[۸]

1. ...le terme action est impropre car le mécanisme n'est pas judiciaire… Debard, Thierry ;Serge Guinchard Serge ,(2022)Lexique des termes juridiques30 ,e edition,public cible: Étudiants en licence .https://www.boutique-dalloz.fr/catalogsearch/result/?q=lexique.v Action interrogatoire

2. Cette interpellation ,que le rapport au président de la République qualifie d »'action interrogatoire « alors qu'elle ne s'exerce pas en justice

3. Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

4. liberté d'agir en justice

5. Philippe Malaurie était professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

6. Il est probable qu'une telle action, louable dans son principe, sera peu souvent exercée, car elle comporte des dangers.

7. Code civil Modifié par Ordonnance n 2016-131°du 10 février 2016

8. Article... 1123 Le tiers peut demander par écrit au bénéficiaire de confirmer dans un délai qu'il fixe et qui doit être raisonnable, l'existence d'un pacte de préférence et s'il entend s'en prévaloir. L'écrit mentionne qu'à défaut de réponse dans ce délai ,le bénéficiaire du pacte ne pourra plus solliciter sa substitution au contrat conclu avec le tiers ou la nullité du contrat) .Ord .no 2016-131 du 10 févr. 2016, art. 2, en vigueur le 1er oct. 2016)

مـــاده ۱۱۵۸ در خصوص عدم اطمینان حقوقی به اختیارات نماینده در انعقاد قرارداد[1] و ماده ۱۱۸۳ در خصوص احتمال طرح دعوای بطلان قرارداد از ســـوی ذی‌نفع؛[2] حق طرح سوال از ذی‌نفع قطعی و احتمالی را به شخص ثالث داده است؛ هرچند هیچ‌یک از مواد یادشده از عبارت «actioninterrogatoire» استفاده نکرده است، ولی سه ماده قانونی یادشده دقیقاً در راستای اجرای همین دیدگاه تصویب شدند (Mayer, 2016: p47). روش اجرای حق مندرج در مواد سه‌گانه یادشده طی یک اقدام پرسشی تحت شمول مقررات قانون آیین دادرسی مدنی صورت می‌گیرد (Debard et Guinchard, 2022: 82).

شارحین آیین دادرسی کشـــورمان دعوای پرسشی را چنین تعریف نموده‌اند: «دعوایی که موضوع آن توسل به قاضی تا او بلافاصله درباره وجود، اعتبار یا محتوای یک امتیاز حقوقی، صرف نظر از موجودیت و فعیت نفع از جانب درخواســـت کننده رسیدگی کند» (محســـنی، همانجا). چنان‌که گذشت، به‌منظور حفظ امنیت قراردادها، نظریه‌ای را می‌توان مطرح کرد که در آن به شخص ثالث حق داده می‌شود که از ذی‌نفع احتمالی، پرسشی به‌منظور اطمینان از وجود و عدم حق نسبت به مورد معامله‌ای که در صدد انعقاد آن اســـت و نیز از ذی‌نفع قطعی پرسش به عمل آورد که آیا قصد استفاده از حق خود را دارید یا خیر؛ یا به عبارت دیگر، از ذی‌نفع پرســـیده می‌شـــود که آیا شـــما نسبت به حکم این قرارداد ایرادی دارید؛ که در این مقاله از آن به نظریه «اقدام پرسشی»[3] در حقوق قراردادها یاد می‌شود.

---

1. Art 1158 .Le tiers qui doute de l'étendue du pouvoir du représentant conventionnel à l'occasion d'un acte qu'il s'apprête à conclure ,peut demander par écrit au représenté de lui confirmer, dans un délai qu'il fixe et qui doit être raisonnable, que le représentant est habilité à conclure cet acte. L'écrit mentionne qu'à défaut de réponse dans ce délai ,le représentant est réputé habilité à conclure cet acte) .Ord .no 2016-131 du 10 févr. 2016, art. 2, en vigueur le 1er oct. 2016)

2. Art 1183 .Une partie peut demander par écrit à celle qui pourrait se prévaloir de la nullité soit de confirmer le contrat soit d'agir en nullité dans un délai de six mois à peine de forclusion. La cause de la nullité doit avoir cessé. L'écrit mentionne expressément qu'à défaut d'action en nullité exercée avant l'expiration du délai de six mois, le contrat sera réputé confirmé)Ord .no 2016-131 du 10 févr. 2016, art. 2, en vigueur le 1er oct. 2016)

3. Action interrogatoire

۲-۱. شرایط اجرای نظریه دعوای پرسشی

با توجه به آثار مهمی که نظریه دعوای پرسشـــی نسبت به حقوق طراح سوال و مخاطب ســـوال به دنبال دارد، ضرورت دارد که شـــرط یا شرایط اجرای نظریه به صورت دقیق بیان شود.

۱-۲-۱. ارسال اظهارنامه رسمی

به دلیل جلوگیـــری از وجود اختلافات آینده و در راســـتای ایجاد اطمینان و امنیـــت در قراردادها و با توجه به آثار جدی نظریه، طرح ســـوال از ذی‌نفع از طریق اظهارنامه رســـمی به عمل می‌آید که بی‌شک به صورت کتبی است (Corinne; Re-nault-Brahinsky, 2020, p: 41). دلیل عمده طرح ایراد حقوق‌دان فرانسوی (ibid) به اســـتفاده از واژه «Action» به مفهوم دعوا در طرح این ایده، به شـــیوه و ابزار طرح ســـوال باز می‌گردد؛ چرا که تنظیم دادخواست برای طرح سوال از ذی‌نفع و رسیدگی به آن ماهیت قضایی دارد، ولی ارسال اظهارنامه ماهیت غیر قضایی دارد و مسامحتاً از این واژه اســـتفاده شده است؛ کما این‌که قانون‌گذار فرانسوی نیز در اصلاحات ۲۰۱۶ به صورت غیر مســـتقیم در مواد سه‌گانه یادشده، شیوه طرح سوال از ذی‌نفع را با قید مکتوب بودن آورده است.[1]

۲-۲-۱. اعلام پاسخ در مهلت معقول و متعارف

نظریه دعوای پرسشی حق طرح سوال و استعلام از ذی‌نفع را به شخص ثالث داده اســـت؛ در مقابل، ذی‌نفع را مواجه با تکلیف می‌کند و با توجه به آثار ســـکوت و بیان که در مباحث بعدی به آن اشـــاره می‌شـــود و هم‌چنین به‌منظور حفظ حقوق ذی‌نفع، ضرورت دارد که ذی‌نفع برای بررسی وضعیت حقوقی خود مهلت کافی برای سنجش تصمیم خود داشـــته باشد. در حقوق قراردادهای نوین فرانسه ملاک و معیار مهلت، معقول و متعارف بودن آن اســـت (Corinne; Renault-Brahinsky, 2020, p: 41). هم‌چنین در پاراگراف ســـوم از ماده ۱۱۲۳ قانون مدنی فرانسه آمده است که در استعلامی که شـــخص ثالث از ذی‌نفع به عمل می‌آورد از وی می‌خواهد که قصد

1. Article 1123 ...Le tiers peut demander par écrit ...L'écrit mentionne ...Art1158 . Le tiers ...peut demander par écrit ....L'écrit mentionne ...Art .1183 .Une partie peut demander par écrit...

استفاده از آن را در مهلت معقول و متعارف اعلام کند[1] و بعضاً قانون‌گذار فرانسوی در اصلاحات ۲۰۱۶ در ماده ۱۱۸۳ قانون مدنی، برای ذی‌نفع به زمان مشـــخص شش ماه برای تعیین تکلیف اعمال حق خود اشـــاره نموده است[2] و در مواردی که قانون‌گذار مهلت مشـــخصی را اعلام نکرده اســـت، حق تعیین مهلت با قید معقول و متعارف با شخص ثالث است (Corinne; Renault-Brahinsky, 2020, p:41).[3]

۳-۲-۱. اعلام قصد استفاده از حق

شخص ثالث باید در اظهارنامه ارسالی صراحتاً از ذی‌نفع بخواهد که اعلام کند آیا قصد اســـتفاده از حق خود را دارد یا نه (Collart et Delebecque; 2019: p80)[4] و نباید در ارســـال اظهارنامه به ذی‌نفع صرفاً به اعلام نگرانی از وجود حق یا استفاده احتمالی از حق از ســـوی ذی‌نفع اشـــاره کند؛ برای نمونه شخص ثالث در اظهارنامه ارســـالی به ذی‌نفع بیان می‌کند که «در صدد انعقاد قرارداد خرید یکدستگاه خودرو از شخص الف هستم و تردید دارم که ایشان مالک واقعی نباشد و در واقع مالک واقعی شـــما باشـــید» و مطلب دیگری قید نمی‌کند که در این مورد دعوای پرسشی شخص ثالث به صورت ناقص انجام شده اســـت (Renault-Brahinsky, 2021: 51-67) و چنان‌که خواهد آمد، اثر منظور را نخواهد داشت.

٤-۲-۱. اعلام ضمانت اجرای عدم پاسخ

یکی از شرایط بســـیار مهم اجرای نظریه دعوای پرسشی، قید ضمانت اجرای عدم پاسخ در پایان پرسش است و اتفاقاً این شرط، مبنای ایجاد اثر دعوای پرسشی را در حقوق فرانســـه روشن می‌کند. پاراگراف سوم ماده ۱۱۲۳ قانون مدنی فرانسه مقرر می‌دارد: «... در این نوشـــته قید می‌شـــود که در صورت پاسخ ندادن در مهلت تعیین شـــده، ذی‌نفع دیگر نمی‌تواند جایگزینی خود با شـــخص ثالث در قرارداد منعقده یا

1. Art1123... Le tiers peut demander ... un délai qu'il fixe et qui doit être raisonnable...
2. Art 1183 .Une partie peut demander ... dans un délai de six mois à peine de forclusion. .... L'écrit mentionne expressément qu'à défaut d'action en nullité exercée avant l'expiration du délai de six mois, ...
3. Il peut mettre en demeure le représenté « de lui confirmer, dans un délai qu'il fixe et qui doit être raisonnable, que le représentant est habilité à conclure cet acte »...
4. ... par laquelle l'acquéreur » peut demander par écrit au bénéficiaire de confirmer dans un délai qu'il fixe et qui doit être raisonnable, l'existence d'un pacte et s'il entend s'en prévaloir »

بطلان آن را درخواست کند» و نیز در پاراگراف دوم از ماده ۱۱۵۸ آمده است: «... در این نوشته قید می‌شود که در صورت عدم ارائه پاسخ در بازه زمانی مشخص، نماینده مجاز به انعقاد قرارداد فرض می‌گردد» و ماده ۱۱۸۳ مقرر می‌نماید که «طرف قرارداد می‌توانـــد به صورت مکتوب از طرفی که تقاضای بطلان قرارداد را دارد درخواســـت نماید که ظرف مهلت شش ماه نسبت به تایید قرارداد یا اقامه بطلان آن، تعیین تکلیف نماید؛ با این قید که ضمانت اجرای آن سقوط حق اقامه دعواست. در این فرض علت بطلان باید زائل شده باشـــد. در این درخواست باید صراحتاً قید شود که در صورت عدم طرح دعوای بطلان قبل از انقضای مهلت شـــش ماهه، قرارداد تنفیذ شده فرض می‌شود».

۵-۲-۱. اختیاری بودن اجرای دعوای پرسشی

چنان‌که گذشت، فلسفه ایجاد حق طرح سوال برای شخص ثالث، ایجاد اطمینان و امنیت قراردادی و پایان دادن به موقعیت‌های حقوقی مبهم است (Aubert, 2016: p71)؛[1] بنابراین شخص ثالث اجباری به طرح دعوای پرسشی ندارد (Aubert, 2016: p71). هرچند استفاده از این حق اختیاری عنوان شده است، ولی چنان‌که خواهد آمد، ممکن است در برخی از مصادیق در رویه قضایی، عدم استفاده از این حق را ناشی از بی‌دقتی شخص ثالث قلمداد کنند و در نتیجه شخص ثالث آثار بی‌دقتی خود را تحمل کند (Bettoni et les Autres, 2016: p112) .

٦-۲-۱. اراده آزاد و معتبر ذی‌نفع در ارائه پاسخ

شـــرط مهم دیگری که برای اجرای درســـت نظریه دعوای پرسشی ضرورت دارد، این اســـت که ذی‌نفع برای پاســـخ دادن به پرسشی که از او به عمل آمده است، آزادانه به ســـنجش سود و زیان خویش بپردازد و ســـپس تصمیم به پاسخ یا سکوت معنادار نماید. در این زمینه، ماده ۱۱۸۳ قانون مدنی فرانســـه مقرر می‌دارد: «... با این قید که ضمانت اجرای آن سقوط حق اقامه دعوا است. در این فرض، علت بطلان باید از بین رفته باشد». فرانسوا تره استاد بازنشسته دانشگاه پاریـــس دو[2] در تفسیـــر این

1.... cette action » interrogatoire «a ainsi vocation à mettre fin aux situations juridiques ambigües

2. François Terré est professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas (Paris II) et membre de l'Institut

جمـــله بیان نمودند که ذی‌نفع در ارائه پاسخ نباید درگیر اکراه[1] و عدم اهلیت[2] باشد (Terré et les outres, 2019, p: 267)؛ بنابرایـــن در صورتی‌که ذی‌نفع اکراه شـــده باشد، تا زوال کره اراده وی معتبر نیست و دعوای پرسشی در حق وی اثری ندارد.

۳-۱. قلمرو اجرای نظریه دعوای پرسشی

کارایی و کارکرد نظریه در محدوده مشخصی قابلیت اجرا دارد. در این قسمت به قلمرو اجرایی نظریه دعوای پرسشی می‌پردازیم.

۱-۳-۱. نوع عقد قابل اجرا

همان‌طور که گفته شـــد، به لحـــاظ تازگی این ایده در قانون مدنی فرانســـه، دکترین فرصت لازم برای بررســـی تفصیلی قلمرو این دعوا و شـــفافیت آن را نداشته است. ایوان بوفلان لانور استاد بازنشـــسته دانشگاه ســـرگی پونتوا در تشریح بند ۲ ماده ۱۱۵۱ قانون مدنی فرانسه به صراحـــت بیان نموده است که دعوای پرسشی در ســـایر عقود که امنیت قراردادی اشخاص ثالث در خطر باشـــد قابلیت اجرایی دارد[3] (Buffelan-lanore, 2021, n: 1499)، ولی با توجه به شـــناختی که از نظریه دعوای پرسشی و شرایط اجرای آن به عمل آمد، پس از آن با امید به ایجاد امنیت حقوقی در تمامی قراردادها به آن نگریســـته شد و خانم ایزابل دلبک رساله دکتری خویش را به ایـــن موضوع اختصاص داد.[4] نتیجه این‌که در تمامی قراردادهایی که حقوق قراردادی

---

1. violence
2. incapacité
3. cette action interrogatoire rejoint d'autres actions du meme type introduites dans un but de sécurisation du contrat pour ne pas laisser planer l'incertitude sur son sort.
4. Jérémy Riguet ;2017,L'action interrogatoire : Entre innovation attendue et difficultés de mise en œuvre annoncées, Droit civil, Droit des contrats. https://www.lepetitjuriste.fr/laction-interrogatoire-entre-innovation-attendue-difficultes-de-mise-oeuvre-annoncees

رساله دکتری خانم ایزابل دلبک تحت راهنمایی پروفسور سوفیا گودمه در دانشگاه پاریس دو فرانسه با هدف تعمیق و توسعه دعوای پرسشی در سال ۲۰۱۸ دفاع شده است که تنها به چکیده آن دسترسی پیدا شد و حاکی از نوین بودن نظریه در حقوق قراردادهای فرانسه دارد و بر این باور است که امکان توسعه و تعمیق نظری و عملی این اقدام در بخش‌های دیگر حقوق فرانسه دارد.

Les actions interrogatories,par Isabelle Delebecque, Sous la direction de Sophie Gaudemet. Thèses en préparation à l'Université Paris-Panthéon-Assas , dans le cadre de École doctorale de droit privé (Paris) depuis le 13-11-2018 . https://www.theses.fr/s220196.

شخص ثالث در خطر باشد، امکان اعمال این نظریه وجود دارد.

۲-۳-۱. محرمانگی قراردادها

همان‌طـــور که امنیت قراردادی شـــخص ثالث اهمیت دارد، بی‌شـــک امنیت اقتصادی و قراردادی ذی‌نفع نیز دارای اهمیت است و دعوای پرسشی نباید ذی‌نفع را در حالتی بگذارد که از روی ناچاری اســـرار تجاری خود را افشا کند؛ بنابراین دعوای پرسشی در این موارد قابلیت اجرایی ندارد و حقی برای ثالث ایجاد نمی‌شود.

۳-۳-۱. حمایت از حقوق مصرف کننده

ماده ۱-۲۱۸ کد مصرف کننده فرانســـه مقرر می‌دارد: «با عدول از ماده ۲۲۵٤ قانـــون مدنی، طرفین قرارداد بین حرفه‌ای و مصـــرف کننده، نمی‌توانند حتی با توافق یکدیگر مدت مقرر را تغییر دهند و بر اسباب تعلیق یا قطع آن بیفزایند»،[1] فرانسوا تره حقوقدان فرانســـوی بر این باور است در مواردی که مقررات راجع به حقوق مصرف کننده حقوق خاصی برای طرف ضعیف قراردادی در نظر گرفته باشد، این نظریه قابل اجرا نیست و در ادامه به قضات فرانسوی هشدار می‌دهد که به قلمرو اجرای دعوای پرسشـــی در این زمینه توجه لازم را داشته باشـــند (Terré et les outres, 2019, p:267).[2]

٤-۱. آثار اجرای نظریه دعوای پرسشی

با مطالعه دقیق پیشـــینه و مفهوم نظریه دعوای پرسشـــی محرز است که سهم اصلی مباحث نظریه دعوای پرسشـــی و اهمیت این سازِکار به آثار آن اختصاص دارد نه ماهیـــت آن (Riguet, 2017, p: 1).[3] برای همین منظور، در این بند به آثار اجرای

1. Par dérogation à l'article 2254 du code civil ,les parties au contrat entre un professionnel et un consommateur ne peuvent ,même d'un commun accord ,ni modifier la durée de la prescription ,ni ajouter aux causes de suspension ou d'interruption de celle-ci. Version en vigueur depuis le 01 juillet.2016

2. Les juges devront d'ailleurs répondre à la question de savoir si cette interpellation interrogatoire ,et la réduction de délai qui l'accompagne ,pourra être mise en œuvre dans les domaines, tel le droit de la consommation(C. consom., art. L. 218-1) , où le délai de prescription est imposé, sans aménagement possible, dans un souci de protection de la partie faible

3. ... Le principal apport de l'action interrogatoire tient plus à ses effets qu'à sa nature …L'action interrogatoire : Entre innovation attendue et difficultés de mise en œuvre annoncées, Jérémy Riguet,2017. https://www.lepetitjuriste.fr/laction-inter-

نظریه در حقوق فرانسه و ایران پرداخته می‌شود.

۱-٤-۱. اسقاط حق جایگزینی ذی‌نفع پیمان حق تقدم با شخص ثالث

قبل از طرح پیمان حق تقدم قراردادی در اصلاحات ۲۰۱٦ قانون مدنی فرانسه، نهادهایی مانند ایجاب و تعهد به عقد مورد استفاده قرار می‌گرفت (Philippe Lévy, Castaldo, 2010, p: 843) که ماهیت آن‌ها را فروتر از عقدِ تحقق‌یافته می‌دانند[1] (Philippe Lévy, Castaldo, 2010, p: 843; سنهوری، ۱۳۸۲: ۱٤۹) و تا ذی‌نفع از حق خود استفاده نمی‌کرد قرارداد تشکیل نمی‌شد (Philippe Lévy, Castaldo, 2010, p: 843). با توجه به عدم تضمین خواسته ذی‌نفع در این نهادها و نداشتن ضمانت اجرای کافی (سنهوری، ۱۳۸۲: ۱٤۹) و نیاز به تامین امنیت اقتصادی قراردادها که هدف اصلی از اصلاح قانون مدنی فرانسه در بخش قراردادها نیز بوده است؛[2] سازکاری فراهم شد که یک طرف با طرف دیگر قرارداد، در فرض تصمیم به انعقاد قرارداد، حق تقدم در انعقاد قرارداد[3] را به دست می‌آورد؛ که از طرف اول به «ذی‌نفع پیمان»[4] و از طرف مقابل به «متعهد پیمان»[5] یاد می‌شود. این سازکار برای تضمین خواسته ذی‌نفع پیمان، حق تقدم[6] در انعقاد قرارداد ایجاد می‌شود؛ به‌نحوی که اگر متعهد پیمان، پیمان را نقض کند و با ثالث وارد قرارداد شود، ذی‌نفع پیمان حق دارد از محکمه جایگزینی خود با شخص ثالث را بخواهد. با این حال ممکن است تردیدهایی مبنی بر داشتن حق تقدم در انجام معامله برای دیگری وجود داشته باشد که مطابق با نظریه دعوای پرسشی، شخص ثالث حق دارد از ذی‌نفع احتمالی وجود حق تقدم و در صورت وجود حق تقدم قصد استفاده از آن از سوی ذی‌نفع را استعلام

---

rogatoire-entre-innovation-attendue-difficultes-de-mise-oeuvre annoncees.

1. À la différence de certaines législations étrangères, le droit français distingue promesse et offre. En résumé, la promesse de contrat, véritable convention entre les parties, est plus que l'offre, et moins que le contrat réalisé, cette réalisation se produisant lorsque le bénéficiaire lève l'option

2. Olivier Deshayes ,Thomas Genicon ,Yves-Marie Laithier Réforme du droit des contrats ,du régime général et de la preuve des obligations ,Octobre,2018 édition2. Description .https//:boutique.lexisnexis.fr

3. le pacte de préférence

4. bénéficiaire

5. promettant

6. préemption

کنـــد. در این‌جا در واقع اســـتعلام صورت گرفته، ذی‌نفع احتمالی را وادار به پاســـخ می‌کند و ضمانت اجرای قانونی پاســـخ ندادن ذی‌نفع در مهلت مشخص، اسقاط حق جایگزینی خواهد بود (Bénabent, 2016, p: 17; Clément, 2023, 55).

۲-٤-۱. اسقاط حق بطلان قرارداد معارض با پیمان حق تقدم قراردادی

ذی‌نفع پیمان حق تقدم بعد از وصول اظهارنامه رسمی مکلف است در مهلت معقول و متعارفی که به او داده می‌شود سود و زیان خود را بسنجد و نسبت به پاسخ شـــخص ثالث اقدام کند و در صورت عدم پاســـخ، اثر دعوای پرسشی در پیمان حق تقدم قراردادی، اســـقاط حق بطلان قرارداد معارض بـــا پیمان حق تقدم قراردادی از سوی ذی‌نفع پیمان است.

۳-٤-۱. ماذون تلقی شدن نماینده فاقد اختیار

یکی از حالاتی که ممکن اســـت صاحب حق با سکوت خود موجبات تضرر دیگران را فراهم آورد، فرضی اســـت که شخص ثالث قصد انجام معامله را دارد و در مالـــک بودن یا ماذون بودن طرف قـــراردادی تردیدهای معقولی دارد و در این فرض صاحب حق در پاســـخ به دعوای پرسشـــی شخص ثالث ســـکوت می‌نماید و باعث می‌شـــود که شخص ثالث از انجام معامله منصرف شود و یا با پذیرش ریسک موجود مبادرت به انعقاد قرارداد نماید. اثر دعوای پرسشـــی در فرض سکوت ذی‌نفع، ماذون تلقی شدن طرق قراردادی شخص ثالث است و در فرضی که طرف قراردادی نماینده بـــود ولی حدود اختیارات وی کمتـــر از اختیارات لازم برای انجام معامله بود و یا در فرضی که اساساً هیچگونه نمایندگی نداشت و فضولتاً اقدام به انعقاد قرارداد نمود؛ در هر دو حالت، ماذون تلقی می‌شـــود و قرارداد صحیح و نافذ است و به اصیل منتسب می‌شود. در همین راســـتا قانون‌گذار فرانسوی در اصلاحات سال ۲۰۱٦ قانون مدنی در ماده ۱۱۵۸ مقرر می‌دارد: «شـــخص ثالثی که به حدود اختیارات نماینده قراردادی، به مناســـبت قراردادی که در آستانه انعقاد است تردید داشته باشد می‌تواند به صورت مکتوب از اصیل درخواســـت نماید تا در یک مدت متعارف ماذون بودن نماینده برای انعقاد قرارداد را تایید کند. در این نوشـــته قید می‌شود که در صورت عدم ارائه پاسخ ظـــرف مدت مقرر، نماینده مجاز به انعقاد قـــرارداد تلقی می‌گردد» و این اثر نیز مورد تایید قانون‌گذار فرانسوی واقع شده است.

٤-٤-١. تنفیذ قراردادهای مشمول حکم بطلان نسبی

یکی از مباحث مهم در حقوق قراردادهای نوین فرانسه، مبحث ضمانت اجراهای نقض قواعد و مقررات است که حاوی نوآوری‌های قابل توجهی است. یکی از این ضمانت اجراها، بطلان نسبی است، در این زمینه ماده ۱۱۷۹ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «... در صورتی‌که موضوع مقررات نقض شده صرفاً در خصوص حفظ منافع خصوصی و شخصی افراد باشد بطلان نسبی است».[1] از مهم‌ترین اثر اجرای نظریه دعوای پرسشی، نافذ تلقی شدن قراردادهایی است که واجد وصف بطلان نسبی است. در این نظریه به ذی‌نفع بطلان نسبی اظهارنامه‌ای ارسال می‌شود و از او خواسته می‌شود که در یک مهلت معقول و متعارف نسبت به رد یا تنفیذ قرارداد مشمول بطلان نسبی اقدام کند و چنان‌که گذشت، به ذی‌نفع تذکر داده می‌شود که در صورت عدم طرح دعوای بطلان، قرارداد تنفیذ شده تلقی می‌گردد (Buffelan-lanore, 2021, n: 1499). در این راستا ماده ۱۱۸۳ قانون مدنی فرانسه مقرر می‌دارد: «طرف قرارداد می‌تواند به صورت مکتوب از طرفی که تقاضای بطلان قرارداد را دارد درخواست نماید که ظرف مهلت شش ماه نسبت به تایید قرارداد یا اقامه بطلان آن، تعیین تکلیف نماید با این قید که ضمانت اجرای آن سقوط حق اقامه دعواست. در این فرض علت بطلان باید زائل شده باشد. در این درخواست باید تصریح شود که در صورت عدم طرح دعوای بطلان قبل از انقضای مهلت شش ماهه، قرارداد تنفیذ شده فرض می‌شود». اگرچه این ماده قانونی به صراحت به بحث بطلان نسبی اشاره نکرده است، ولی این موضوع مهم از مفاد ماده ۱۱۸۳ قانون مدنی فرانسه قابل برداشت است (Terré et les outres, 2019, p: 267)[2] و مورد تایید قانون‌گذار فرانسوی واقع شده است.

۲. امکان‌سنجی اجرای نظریه دعوای پرسشی در حقوق ایران

در این مبحث به‌منظور بررسی امکان اعمال نظریه دعوای پرسشی در حقوق

1. Article .....1179 Elle est relative lorsque la règle violée a pour seul objet la sauvegarde d'un intérêt privé .Version en vigueur depuis le 01 octobre .2016 https//:www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000032041238/2022-09-27

2. ... Quant au domaine de l'interpellation ,bien que l'article 1183 ne l'indique pas ,il va de soi que le mécanisme est réservé àl'hypothèse d'une nullité relative…

قراردادهای ایـــران در دو بند به موانع اجرای نظریه دعوای پرسشـــی و ظرفیت‌های پذیرش نظریه دعوای پرسشی می‌پردازیم.

۱-۲. موانع اجرای نظریه

در حقوق داخلی دو مانع ســـنتی برای اجرای نظریه دعوای پرسشـــی وجود دارد؛ یکی بحـــث مخالفت اجرای نظریه با اصل آزادی قراردادها؛ و دیگری مخالفت نظریه با اصل حفظ محرمانگی اطلاعات خصوصی اشخاص و نیز تردید در ذی‌نفعی پرسش‌گر است.

۱-۱-۲. مخالفت نظریه با اصل آزادی قراردادها

یکی از اصول ســنتی حاکـــم بر تشکیل و آثـار قـراردادها در حـقوق ایـران و فرانسه، اصـــل آزادی قـراردادهـا اسـت (کاتـــوزیان، ۱/۱۳۸۸: ۱۸۹؛ Dionisi-Peyrusse, 2008, p: 13)؛ برای همین از طرف ذی‌نفع که به قضیه بنگریم، ذی‌نفع در تصمیم‌گیری‌های خویش آزاد اســـت و تحمل ضمانت اجرای سکوت برای او خلاف اصل آزادی قراردادها است.

۲-۱-۲. مخالفت نظریه با محرمانگی اسرار تجاری

کیفیـــت و وضعیت حقوقی اقتصادی ما امری شـــخصی و محرمانه اســـت و اســـرار تجاری اشخاص دارای ارزش اقتصادی اســـت (شهبازینیا و همکاران، ۱۳۹۹: ۲۴۱-۲۶۱). ذی‌نفع با توجه به وضعیت حقوقی و اقتصادی خود، سود و زیان خویش را می‌ســـنجد و تصمیم به پاســـخ در قبال پرســـش خواهان می‌گیرد. هر شخصی در رقابت‌های تجـــاری و یا زندگی خصوصی خود یکســـری اطلاعاتی دارد که ممکن اســـت ترس از تحمل ضمانت اجرای نظریه دعوای پرسشـــی وی را مجبور به پاسخ کند که این رفتار ذی‌نفع باعث افشـــای اطلاعات خصوصی او خواهد بود و در نتیجه این تصمیم آسیب‌های بیشتری به او خواهد رسید. اخیراً در حقوق تجارت به مباحث راجع به اســـرار تجاری و نقش آن در شکوفایی اقتصادی و رشد نظام رقابت تجاری پرداخته می‌شـــود و نیز برای از دســـت رفتن این قبیل از اطلاعات، قائل به مسئولیت مدنی وارد کننده زیان هســـتند (قبولی درافشـــان و همـــکاران، ۱۳۹۲: ۱۰۵-۱۳۳) و حقوقدانان در قبال هرگونه محدودیت و آســـیب ناشـــی از انعقاد قراردادها مقاومت نموده و آن اقدام را مورد تردید قرار می‌دهند (رهبری، ۱۳۸۸: ۳۰-۵۰).

۳-۱-۲. تردید در ذی‌نفعی پرسش‌گر

در آیین دادرسی مدنی ایران یکی از شرایط اقامه دعوا، ذی‌نفعی خواهان است (متین دفتری، ۱۳۹۱: ۲۱۱؛ شمس، ۱۳۹۶: ۲۸۳). یکی دیگر از موانع اجرای نظریه در حقوق ایران تردید در ذی‌نفعی پرسش‌گر است و ممکن است این دعوا در محاکم قضایی ایران برابر با ماده ۲ و بند ۱۰ از ماده ۸۴ از قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹ [۱] مورد پذیرش واقع نشود. گفته شده که نفع باید فعلیت داشته باشد و حتماً قبل از اقامه دعوی اضرار به وقوع پیوسته و زیان رسیده باشد و اگر مدعی وقوع زیان را در آینده احتمال بدهد و از حال بخواهد خود را در مقابل آن تجهیز کند نفع فعلیت ندارد (متین دفتری، همانجا) با این حال مرحوم دکتر متین دفتری در مبحث نفع در دعوا به وجود مقتضی طرح دعوا در حقوق خارجی اشاره نموده و به قابلیت پذیرش دعاوی بدون احتمال بیم ضرر و وجود منازعه در حقوق خارجی اشاره نموده‌اند که ظاهراً همان دعاوی پرسشی را مورد نظر داشته و در مبحث مویدات پذیرش نظریه بیشتر به آن خواهیم پرداخت. شارحین دادرسی ایران دعوای پرسشی را ذیل دعاوی بازدارنده در آیین دادرسی مدنی فرانسه مورد مطالعه دقیق قرار داده و بیان داشته‌اند که در فرانسه «اصل عدم قابلیت پذیرش» دعاوی بازدارنده است و علی‌الاصول دادخواهی به این روش نفع امکان‌پذیر نیست، مگر در موارد خاص که در کد تجارت و مالکیت فکری فرانسه به آن‌ها اشاره شده است و در ادامه بیان داشته‌اند به هر روی در حقوق ایران نیز این دعاوی قابل پذیرش نیستند مگر قانون‌گذار اجازه بدهد (همانجا). همچنین حقوق‌دان دیگری تمرکز بحث را بر وجود نفع در دادخواهی گذاشته و از زاویه شکلی و در تحقیقات راجع به آیین دادرسی مدنی به قضیه نگریسته و اظهار نظر نموده است؛ کما این‌که بیان نمودند که

---

۱. ماده ۲ مقرر می‌دارد: «هیچ دادگاهی نمی‌تواند به دعوایی رسیدگی کند مگر این‌که شخص یا اشخاص ذی‌نفع یا وکیل یا قائم‌مقام یا نماینده قانونی آنان رسیدگی به دعوا را برابر قانون درخواست نموده باشند». البته ممکن است بحث نام و عنوان دعوا نیز مورد سوال واقع شود که صرف نظر از این‌که عنوان دعوا همین «دعوای پرسشی» است و در ستون خواسته از دادخواست تقدیمی نوشته می‌شود: دعوای پرسشی مبنی بر ...؛ در حقوق ایران تعیین عنوان دعوا با خواهان است و محاکم این انتخاب را به رسمیت می‌شناسند (بنگرید به: صفیان و همکاران، ۱۴۰۰: ۲۰۷-۲۳۳).
ماده ۸۴: در موارد زیر خوانده می‌تواند ضمن پاسخ نسبت به ماهیت دعوا ایراد کند : ... ۱۰- خواهان در دعوای مطروحه ذی‌نفع نباشد.

آیـــا «من علیه الخیار» می‌تواند دعوایی پرسشـــی از «ذوالخیار» به عمل آورد و از وی بخواهد که پاسخ دهد که آیا قصد استفاده از خیار را دارد یا خیر؛ که در پاسخ به عدم پذیرش این دعاوی در حقوق فرانســـه اشاره نمودند در حالی که این دعوا برابر مواد ۱۱۲۳، ۱۱۵۸ و ۱۱۸۳ کد مدنی ۲۰۱۶ قابل پذیرش اعلام شـــدند و چنان‌که اســـاتید حقوق مدنی فرانسه بیان داشتند، پذیرش این دعاوی در حقوق قراردادهای فرانسه از نوآوری‌های قانون‌گذار در سال ۲۰۱۶ است و از وسعت پذیرش این دعوا متعجب و نگران عواقب آن بوده و توصیه نموده که با احتیاط از آن استفاده شود[1] (Malaurie et les autres, 2022, 704). چنان‌که در مبحث اول این نوشتار آمد، در حقوق فرانسه و به‌ویژه در قانون مدنی جدید مصوب ۲۰۱۶ و نیز باتوجه به اشاره دادرسی‌دان یادشده به مواردی که در کد تجارت و مالکیت فکری آمده است، این دعوی در حقوق فرانسه و به‌ویژه در کد مدنی در سطح وسیعی قابل پذیرش اعلام شد.[2]

۲-۲. مویدات و ظرفیت‌های اجرای نظریه

موارد متعددی در حقوق ایران وجـــود دارد که ظرفیت پذیرش اجرای نظریه دعوای پرسشی را تسهیل می‌کنند که به بررسی آن‌ها می‌پردازیم.

۱-۲-۲. نظریه فقهی امکان اجبار مماطل در عقد فضولی

برخی از فقیهان در مبحث معاملـــه فضولی در فرض مماطله ذی‌نفع در تایید و یا رد معامله فضولی قائل به ایجاد دو حق برای شـــخص اصیل هستند؛ یکی این‌که اصیل می‌تواند نسبت به فسخ معامله اقدام کند و دیگری این‌که شخص اصیل می‌تواند از محکمه اجبار ذی‌نفع به رد و یا تنفیذ قرارداد را بخواهد و در صورت ادامه مماطله، حاکم راســـاً معامله را از طرف ذی‌نفع تنفیذ و یا رد می‌کند (انصاری، ۳/۱٤۱۱: ٤۲۹؛[3]

---

1. Il est probable qu‘une telle action ,louable dans son principe ,sera peu souvent exercée ,car elle comporte des dangers.

۲. کما این‌که خانم دلبک در رساله دکتری خود در سال ۲۰۱۸ نیز به این ادعا را مورد تایید قرار دادند. Les actions interrogatories,par Isabelle Delebecque, Sous la direction de Sophie Gaudemet. Thèses en préparation à l’Université Paris-Panthéon-Assas , dans le cadre de École doctorale de droit privé (Paris) depuis le 13-11-2018 . https://www.theses.fr/s220196.

۳. السادس الإجازة ليست على الفور؛ للعمومات و لصحيحة محمّد بن قيس و أكثر المؤيّدات المذكورة بعدهـــا ، و لو لم يجز المالک و لم يردّ حتّى لزم تضرّر الأصيل بعدم تصرّفه فيما انتقل عنه و إليه على القول بالكشف فالأقوى تداركه بالخيار أو إجبار المالک على أحد الأمرين .

ایروانی نجفی، ۱/۱۳۸٤: ۱۳۲؛[1] موسوی خمینی، ۲/۱۳۹۲: ۳۳۰؛ خراسانی، ۱٤۰٦: ۷۰؛ محقق داماد و همکاران، ۲/۱۳۸۹: ۳۵۵-۳۵۷). ملاحظه می‌شود که ایده اسقاط حق ذی‌نفع در فرضی که از او خواسته می‌شود که نسبت به حق خویش تعیین تکلیف کند و وی همچنان به مماطله ادامه می‌دهد در مبانی حقوق ایران نیز وجود دارد و نظریه دعوای پرسشی با حقوق داخلی بیگانه نیست.

۲-۲-۲. سکوت مفهمه ذی‌نفع

ماده ۲۵۲ از قانون مدنی در مبحث معاملات فضولی مقرر می‌دارد: « سکوت مالک ولو با حضور در مجلس عقد، اجازه محسوب نمی‌شود» و شاید از این ماده قانونی چنین برداشت شود که ذی‌نفع حق سکوت دارد و می‌تواند در قبال دعوای پرسشی سکوت اختیار کند. در حقوق داخلی سکوت اقسامی دارد. در مورد بی‌اثر بودن سکوت محض در حقوق ایران تردیدی وجود ندارد اما مؤثر بودن سکوت همراه با قرینه و یا توافق بر ابراز اراده با سکوت و نیز سکوت در صورت وجود نص شرعی یا قانونی[2] و یا وجود عرف و قراین مربوطه با شرایط خاصی، تعبیر از اراده می‌گردد (شهیدی، ۱۳۸۵: ۱٤۷؛ کاتوزیان، ۲/۱۳۸: ۱۲۸؛ قاسمزاده، ٦۵: ۱۳۸۰-۸٦؛ قاسمی حامد، ۱۳۹٦: ۹۰؛ ضیائی و یزدانپرست، ۱۳۸۹: ۸۹-۷٤) . مورد توافق دو طرف در ابراز اراده با سکوت، همسان با همان دعوای پرسشی است؛ چرا که در آن دعوا در اظهارنامه‌ای که به ذی‌نفع ارسال می‌شد از او خواسته می‌شد که به سوال پاسخ دهد و یا وضعیت عمل حقوقی را تعیین تکلیف کند و قید می‌شد که عدم پاسخ به منزله اسقاط حق ذی‌نفع است (Bénabent, 2010: 17; Clément, 2023: 55) و ذی‌نفع با وجود این اظهارنامه و تفهیم عواقب آن سکوت معنادار می‌کند؛ به‌نحوی که با علم به این که عدم پاسخ به منزله اسقاط حق او است، سکوت می‌کند؛ کما این‌که ماده ۱۳۲۸ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «کسی که قسم متوجه او شده است در صورتی‌که بطلان دعوی طرف را اثبات نکند یا باید قسم یاد نماید یا قسم را به طرف

---

۱. قوله قدس سره فالأقوی تدارکه بالخیار أو إجبار المالک بل التدارک بالخیار هو المتعیّن و جواز إجبار المالک حکم حرجیّ یرفعه دلیل نفی الحرج فالجمع بین دلیلی نفی الحرج و نفی الضرر یقتضی رفع توجّه خطاب أُوْفُوا عن الأصیل و ثبوت سلطنه رفع الید عن المعامله من جانبه و مجرّد أنّ رفع الضّرر یحصل بإجبار المالک من جانب الفضولی لا یوجب جوازه بعد أن کان حرجیا و لا أقل من أن یکون خلاف المنّه لا یقتضیه دلیل نفی الضّرر

۲. مواد ٤۱۵ ، ٤۲۰، ٤۳۵، ٤٤۰، ۵۲۱ و ۱۳۱۱ قانون مدنی

دیگر رد کند و اگر نه قسم یاد کند و نه آن را به طرف دیگر رد نماید با سوگند مدعی به حکم حاکم، مدعی‌علیه نسبت به ادعایی که تقاضای قسم برای آن شده است محکوم می‌گردد» و بعداً در سال ۱۳۷۹ قانون‌گذار در ماده ۲۷٤ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب مقرر داشت «چنان‌چه منکر از ادای سوگند و رد آن به خواهان نکول نماید دادگاه سه بار جهت اتیان سوگند یا رد آن به خواهان، به منکر اخطارمی‌کند، در غیر این‌صورت ناکل شناخته خواهد شد. با اصرار خوانده بر موضع خود، دادگاه ادای سوگند را به خواهان واگذار نموده و با سوگند وی ادعا ثابت و به موجب آن حکم صادر می‌شود و درصورت نکول خواهان از ادای سوگند، ادعای او ساقط خواهد شد»؛ بنابراین سکوت مدعی‌علیه (با وجود نص قانونی و تذکر دادگاه به عواقب سکوت) در ادله اثبات دعوا کاشف از اراده مدعی علیه بر اسقاط حق خویش و مؤثر در دادرسی مدنی ایران است (اصغری آقمشهدی و احمدنژاد، ۱۳۹۱ :۲۷–۵۸).

۳-۲-۲. قاعده منع تجاوز از حق توسط ذی‌نفع

محل جریان قاعده منع سوء استفاده از حق جایی است که در هدف اجرای حقوق اختلال ایجاد شود؛ چرا که نفس حق مشروع است، اما جهت و چگونگی استفاده از آن خارج از اغراض عقلایی مشروع حقوقی از جمله عدم اقدام مقتضی برای احقاق حق است (ره پیک، ۱۳۸۲: ٦۳–۷٦؛ السان و همکاران، ۱٤۰۱: ۱–۲٤) و حق در آنجا که تجاوز شروع می‌شود قطعی می‌گردد (شهیدی، ۱۳۸۷: ۲۱۵–۲۳۸)، برای نمونه در مواردی که در قراردادهای بانکی، بانک برای احقاق حق خود اقدامی نمی‌کند و طرف مقابل را در یک بلاتکلیفی نگه می‌دارد، به اسقاط حق بانک نظر داده‌اند (السان و همکاران، همانجا).

چنان‌که گذشت فلسفه وجودی دعوای پرسشی در حقوق تعهدات نوین فرانسه حق امنیت قراردادی ثالث و طرف مقابل ذی‌نفع است (Malaurie et les autres, 2016: 714)؛ در مقابل، همان‌طور که امنیت قراردادی و حقوق طرف مقابل ذی‌نفع اهمیت دارد، حقوق شخص ذی‌نفع نیز اهمیت دارد و در واقع ایشان در قبال پرسش‌گر از حق سکوت خویش استفاده می‌کند و همان‌طور که در مبحث موانع اجرای نظریه گفته شد، حق سکوت ذی‌نفع در مقابل پرسش‌گر پرتویی از اصل آزادی قراردادی وی است. از بررسی مفهوم و شرایط اجرای نظریه دعوای پرسشی (به‌ویژه

درخصوص شـــرایط آن) به این نتیجه رسیدیم که این نظریه در شرایطی اجرا می‌شود که اولاً شخص ثالث و یا طرف مقابل، ذی‌نفع را از ماجرا آگاه می‌کنند، دوماً ضمانت اجرای عدم پاسخ را به منزله اسقاط حق و در برخی موارد تلقی تنفیذ قرارداد را تذکر می‌دهد. با این وصف از مبحث شـــرایط ســـکوت محض خارج می‌شویم و به نوعی ذی‌نفع از حمایت آثار ســـکوت محض برخوردار نیست و در موضع سوء استفاده از حـــق قرار می‌گیرد. ماده ۲۵۲ از قانون مدنی برای جلوگیری از تضرر اصیل در معامله فضولـــی مقرر می‌دارد «لازم نیســـت که اجازه یا رد فوری باشـــد. اگر تاخیر موجب تضرر طرف اصیل باشد مشارالیه می‌تواند معامله را به هم بزند»؛ در این‌جا قانون‌گذار ایرانی برای جلوگیری از سوء استفاده ذی‌نفع از حقِ سکوت، اجازه برهم زدن معامله را به اصیل داده اســـت و او را ذی‌نفع در طـــرح دعوا می‌داند؛ در حالی که در حقوق تعهدات نوین فرانســـه، طرح دعوای پرسشی و عدم تعیین تکلیف توسط ذی‌نفع، به تایید و تنفیذ قرارداد فضولی می‌انجامد. نکته مهم این‌که، حق برهم زدن معامله توسط اصیل در فرض ســـکوت محض و به عبارت دیگر، بـــه مرحله قبل از اجرای دعوای پرسشـــی مطرح می‌شود و در این مقاله در صدد اجرای نظریه در فرض بعد از اجرای دعوای پرسشی و ســـکوت ذی‌نفع هستیم که در نتیجه حق دیگری (در کنار حق بر هم زدن معامله) برای شـــخص ثالث در قبال ذی‌نفع محســـوب می‌شود و مورد تایید فقیهان نیز واقع شده است. در نتیجه ماده ۲۵۲ قانون مدنی نه تنها مانعی برای اجرای نظریه نیســـت، بلکه با تکیه بر مبانی ایجاد حق برهم زدن معامله در فرض صبرِ منجر به تضرر، قائل به امکان اجرای این نظریه هســـتیم. نکته دیگر این‌که، وقتی قانون‌گذار ایرانی سکوت مالک در عقد فضولی را موجب ایجاد ذی‌نفعی خریدار در طرح دعوای برهم زدن معامله می‌داند، محرز است که در این مورد نفع خریدار، نفع احتمالی نیست و دعوای ایشـــان برای تجهیز در قبال ضرر آینده نیست و در همین برهه زمانی، طرح دعوای پرسشـــی نیز به طریق اولی امکان‌پذیر بوده و تردیـــدی در ذی‌نفعی خریدار وجود ندارد؛ در نتیجه ایراد شـــکلی ذی‌نفعی بر پرســـش‌گر وارد نیست. در هر حال چنان‌که دادرسی‌دان کشورمان بیان نموده است این دعوا در حقوق ایران مورد بررسی واقع نشـــد و برای اولین بار توسط ایشـــان در ایران مورد تحلیل واقع شد (محسنی، همان) و تقویت مبانی پذیرش آن در حقوق ایران کارایی بالایی خواهد داشت.

٤-۲-۲. کارایی اقتصادی دعوای پرسشی

رویکرد نوین در وضع قوانین، رویکرد اقتصادی است. حداکثرسازی ثروت،[1] کارایی اقتصادی[2] قواعد حقوقی و هزینه مبادله[3] نظریه‌های شناخته شده در این حوزه هستند. نظریه «حداکثرگرایی» توسط ریچارد پازنر استاد دانشگاه شیکاگو مطرح شد و هدف هر بنگاه اقتصادی را، دستیابی حداکثری به آورده اقتصادی قید کرده است. ویلفرد پارتو[4] مبتکر نظریه کارایی است و ایشان بر این باور است که یک وضعیت زمانی از منظر پاترتویی کارآمد است که با تغییر وضعیت موجود، وضع یک نفر بهبود پیدا کند بدون این‌که وضعیت دیگری بدتر شود. هزینه مبادله به مفهوم هزینه‌های مصروفه در فرایند صفر تا صد یک مبادله اقتصادی است.[5] از مطالعه منابع حقوق خارجی و داخلی کشورمان چنین برداشت می‌شود که رویکرد اقتصادی به عنوان مبنایی برای ارزیابی قواعد حقوقی مورد توجه حقوق‌دانان خارجی و داخلی واقع شده و مورد اعتماد است.[6] در حقوق ایران قانون وصول برخی از درآمدهایی دولت و مصرف آن در موارد معین برای رسیدگی به دعاوی مالی هزینه دادرسی سنگینی مقرر فرموده است.[7] از آنجا که در حقوق ایران فرایند دادرسی بسیار پرهزینه است (از قبیل هزینه دفاتر خدمات قضایی، هزینه دادرسی، دستمزد کارشناس، حق‌الوکاله وکیل، هزینه سفر وکیل و کارشناس و ...) طولانی است به‌نحوی که مکن است یک پرونده معمولی حداقل یکسال به طول انجامد. نظریه دعوای پرسشی حتی‌الامکان هزینه‌های دادرسی به‌منظور طرح دعاوی متعدد را کاهش داده و لزومی به ارائه نظریه‌هایی از قبیل بیمه هزینه دادرسی (صفری، ۱۴۰۱ :۱۷۹-۱۹۹) که در حقوق و اقتصاد مطرح شده است نیست؛ در نتیجه کارایی اقتصادی مقررات مربوطه را بالا می‌برد. از لحاظ تاریخی در سیستم قضایی ایران، قوانین خاصی وجود داشت که حقوق پرسش‌گر

1. Wealth Maximization
2. Effeciency.
3. Transaction Cost
4. Vilfredo Pareto

۵. شاول، ۱۳۸۸؛ مؤمنی و همکاران، ۱۳۹۸.

۶. برای مطالعه بیشتر، بنگرید به: محمدزاده وادقانی و طباطبائی حصاری و کاظمی ۱۴۰۰؛ بادینی، ۱۳۸۶؛ همو، ۱۳۸۲؛ آقایی طوق، ۱۳۹۲؛ شریف زاده، و همکاران، ۱۳۸۹؛ نعیمی، ۱۳۹۶.

۷. برای نمونه، بنگرید به: هزینه دادرسی دعاوی مالی موضوع بند ۱۲ ماده ۳ قانون وصول برخی از درآمدهای دولت: در مرحله بدوی تا مبلغ دویست میلیون ریال : دو و نیم درصد ارزش خواسته؛ در مرحله بدوی بیش از دویست میلیون ریال: سه و نیم درصد ارزش خواسته؛ در مرحله تجدید نظر: چهارو نیم درصد ارزش خواسته؛ در مرحله فرجام‌خواهی: پنج و نیم درصد ارزش بهای خواسته.

دعوای پرسشـــی را تامین می‌کرد برای نمونه در لایحـــه قانونی راجع به‌نحوه مطالبه دیون مصوب ۲٤ اردیبهشت ماه ۱۳۳۹ (کمیسیون‌های مشترک دادگستری مجلسین)[1] سکوت و یا عدم انکار مخاطب اظهارنامه ارسالی از سوی پرســـش‌گر مدعی طـلب، موجب تایید مطالبه وی از مـــخاطب می‌شد؛ به‌نحوی که برای محکـومیت مخـاطب به پرداخت طلب پرســش‌گر کفایت می‌کرد (متین دفتـــری، همانجا) و نیازی به طی روند فرسایشی و پرهزینه مطالبه طلب نبود؛ بنابراین سوای از نســـخ یا عدم نســـخ این مقرره که در مقام اثبات آن نیســـتیم؛ ملاحظه می‌شود که در حقوق داخـــلی نیز قانون‌گذار ایرانی به حقوق پرسش‌گر و قابلـــیت طرح دعاوی آحاد مردم به‌منـــظور ایجاد امنیت حقوق خویش نیز توجه داشته اســـت (همانجا). مطالعه تحـولات اخیر قانون‌گذاری در کشـــورمان حاکی از گرایش قانون‌گـــذار ایرانی به پذیرش این قبیل از دعـــاوی است. در این زمینه قانون تجـــارت مصوب ۱۳۱۱،[2] قانـون نظام صنفی

---

۱. ماده واحده: «در مواردی‌که دین مســـتند به سند عادی اســـت بستانکار می‌تواند پرداخت آن را به وسیله اظهارنامه از مدعوین بخواهد چنانچه مدیون در صورت تسلیم به ادعاء این ظرف مدت ده روز پس از ابلاغ واقعی اظهارنامه به شـــخص او دین خود را به داین نپردازد و یا در صندوق دادگســـتری و یاثبـــت محـــل تودیع ننماید و یا آن که در مقابل اظهارنامه ظرف ده روز دین خود را انکار ننماید و یا ظرف ده روز جوابی ندهد، به تقاضای بســـتانکار حکم الزام او به تأدیه دین از طرف دادگاهی که صلاحیت رسیدگی به اساس‌دعوی را دارد صادر خواهد شد». به نظر نویسنده این ماده واحده مستنداً به ماده ۱ و ۵۲۹ قانون آئین دادرســـی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی ۱۳۷۹نســـخ ضمنی شـــده اســـت. با این حال نظر اکثریت هیات عالی نشست قضایی ســـال ۱۳۷۹ در تبریز قائل به باقی بودن این ماده قانونی به شـــرح ذیل اســـت: «نظر به ماده ۵۲۹ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی، به لحاظ این‌که قانون آیین دادرســـی مدنی مصوب سال ۱۳۱۸ و الحاقات و اصـــلاحات آن نسـخ صـریح شـده است، لهذا ماده ٦ مورد اشاره نسخ شده است؛ لکن با عنایت به قســـمت اخیر همان ماده که فقط قوانین و مقررات مغایر با آن قانون نســـخ گردیده و به لحاظ فقدان تغایر و اصـل استصـحاب و اصل عدم نسخ قانون و به لحاظ این‌که اصولاً این لایحه از قوانین خاص تلقی می‌گـردد، امکـان نسخ آن با قانون موخرالتصویب عام وجود ندارد».
https//:www.neshast.org/Home/GetPublicJSessionTranscript683775/e0-e918-42b4-26da08-d66a565070

۲. ماده ۱۳۹ مقرر می‌دارد: «در صورت فوت یکی از شـــرکاء بقاء شـــرکت موقوف به رضایت سایر شـــرکاء و قائم‌مقام متوفی خواهد بود. اگر سایر شـــرکاء به بقاء شرکت تصمیم نموده باشند قائم‌مقام متوفی باید در مدت یک ماه از تاریخ فوت رضایت یا عدم رضایت خود را راجع به بقاء شرکت کتباً اعلام نماید در صورتی که قائم‌مقام متوفی رضایت خود را اعلام نمود نســـبت به اعمال شـــرکت در مدت مزبور از نفع و ضرر شـــریک خواهد بود ولی در صورت اعلام عدم رضایت در منافع حاصله در مدت مذکور شـــریک بوده و نســـبت به ضرر آن مدت سهیم نخواهد بود. سکوت تا انقضای یک ماه در حکم اعلام رضایت است».

مـصوب ۱۳۸۲،[۱] قانون رفع موانع تولید رقابت پذیر و ارتقای نظام مالی کشور مصوب ۱۳۹٤ [۲] به صراحت به امنیت حقوق پرسش‌گر با رعایت تشریفات پرسش پرداخته‌اند. در نتیجه قانون‌گذار ایرانی نیز با این قبیل از نظریه‌های مطرح در حقوق اروپایی بیگانه نیســـت، ولی همان‌طور که حقوق‌دانان فرانســـوی (autres les et Malaurie, 2016: 704) بیان داشته‌اند، باید در استفاده از این قبیل دعاوی احتیاط لازم به عمل آید.

۱. ماده ۱۲ مقرر می‌دارد: «افراد صنفی موظفند قبل از تأسیس هر نوع واحد صنفی یا اشتغال به کسب و حرفه، نسبت به اخذ پروانه کسب اقدام کنند. تبصره ۲- کلیه دستگاه‌هایی که اتحادیه‌ها برای صدور پروانه کســـب از آن‌ها استعلام می‌کنند، موظفند ظرف مدت پانزده روز از تاریخ دریافت استعلام نظر قطعی و نهائی خود را اعلام دارند. عدم اعلام نظر در مهلت مقرر به منزله نظر مثبت است».

۲. ماده ۵۲ مقرر می‌دارد «مرجع صدور مجوز تغییر کاربری اراضی کشـــاورزی موظف اســـت برای احداث یا توســـعه واحدهای صنعتی و معدنی دارای مجوز از مرجع ذی صلاح حداکثر ظرف مدت یـــک ماه از تاریخ تکمیل مدارک اعلام نظر نماید. در صورت عدم پاســـخ در مهلت مقرر، احداث یا توسعه واحدهای مذکور در اراضی دیم درجه چهار و بالاتر که امکان تبدیل آن به کشت آبی نباشد، با رعایت ضوابط زیســـت‌محیطی و پس از تأیید وزارت جهاد کشاورزی و پرداخت عوارض قانونی بلامانع است».

برآمد

۱- نظریه دعوای پرسشی در راستای هدف قانون‌گذار فرانسوی در سال ۲۰۱۶ مبنی بر ایجاد امنیت اقتصادی در قراردادها در سه ماده قانونی به کار گرفته شد و بعد از آن توسط حقوق‌دانان فرانسوی مورد تجزیه و تحلیل قرار گرفت و به قابلیت اعمال آن در حقـــوق قراردادها به عنوان یک قاعده کلی تاکید دارند. این نظریه به شـــخص ثالث و یا طرف قراردادی مخاطب پرســـش حق می‌دهد که در چارچوب قانونی وی را مورد استنطاق قراردهد که آیا اساساً حقی نسبت به مورد معامله دارد یا خیر؛ و اگر حقی دارد، قصد استفاده و اعمال حق را در یک مهلت معقول و متعارف دارد یا خیر. در صورت عدم پاسخ‌گویی در مهات معقول و متعارف، حق احتمالی یا قطعی وی از دیدگاه قانون‌گذار ساقط شده تلقی می‌شود و ذی‌نفع هیچ حقی نسبت به شخص ثالث یا طرف قراردادی که وی را در بلاتکلیفی رها کرده بود نخواهد داشت.

۲- مهم‌ترین کارایی و جذابیت این نظریه، ایجاد امنیت قراردادی و جلوگیری از ســـوء استفاده‌های ذی‌نفع قراردادها است که در حقوق سنتی با موقعیت برتری که دارد، طرف مقابل خود و یا اشـــخاص ثالث را در بلاتکلیفی رها نموده و از حق خود در حقوق ســـنتی سوء استفاده می‌کند که در رویکرد نوین به حقوق قراردادها موضع ذی‌نفـــع تغییر پیدا کرده اســـت و با اعمال آثار اجرای نظریه دعوای پرسشـــی امنیت اقتصادی و اطمینان حقوقی در قراردادها حاکم است.

۳- با توجه به بررسی هدف قانون‌گذار فرانسوی در به‌کارگیری این نظریه در قانون مدنی جدید فرانسه و تحلیل شرایط و آثار و قلمرو آن، ظرفیت‌های داخلی برای اعمال این نظریه در حقوق ایران وجود دارد و پیشـــنهاد می‌شود قانون‌گذار ایرانی در اصلاحات آینده، این نظریه با شرایط و قلمرو و آثار آن را در قانون مدنی به‌کار گیرد تا جامعه ایرانی نیز از آثار با کارایی اقتصادی بالای آن بهره‌مند شود.

فهرست منابع

الف. فارسی

* ابوعطا، محمد و فرزاد، مسعود (۱٤۰۱)، «**به هم زدن عقد فضولی توسط اصیل؛ مطالعه تحلیلی و انتقادی ماده ۲۵۲ قانون مدنی**»، فقه و حقوق اسلامی، دوره ۱٤، شماره ۲۸.

* اصغری آقمشهدی، فخرالدین و احمدنژاد، صلاح (۱۳۹۱)، «**بررسی فقهی حقوقی سکوت در دادرسی مدنی**»، پژوهش‌های فقهی، دوره ۸، شماره ۲ .

* السان، مصطفی و مظلومی، سجاد و فتحی، محمدرضا (۱٤۰۱) «**سوء استفاده از حق در قراردادهای بانکی**»، حقوق خصوصی، دوره ۱۹، شماره ۱.

* سنهوری، عبدالرزاق احمد (۱۳۸۲)، **دوره حقوق تعهدات-منابع تعهد**، برگردان: محمدحسن دانش‌کیا و سید مهدی دادمرزی، چاپ نخست، قم: دانشگاه قم.

* آقایی طوق، مسلم (۱۳۹۲)، «**تحلیل اقتصادی حقوق**»، مطالعات حقوق تطبیقی، شماره ٤.

* بادینی، حسن (۱۳۹٦)، «**کارایی اقتصادی در حقوق خصوصی؛ نظریه و مصادیق**»، مطالعات حقوق خصوصی، شماره۱.

* بادینی، حسن (۱۳۸۲)، «**مبانی فلسفی نگرش اقتصادی به حقوق**»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره ٦۲.

* شاول، استیون (۱۳۸۸)، **مبانی تحلیل اقتصادی حقوق**، برگردان: محسن اسماعیلی، چاپ نخست، تهران: مرکز پژوهش‌های حقوق مجلس شورای اسلامی.

* شریف‌زاده، محمدجواد و همکاران (۱۳۸۹)، «**ضرورت مطالعات میان رشته‌ای و افق‌های نوین در مطالعات حقوق و اقتصاد در اسلام (قضیه کوز و هزینه‌های مبادله)**»، مطالعات میان رشته‌ای در علوم انسانی، شماره ۳.

* صفری، ناهید (۱٤۰۱)، «**ارزیابی بیمهٔ هزینه‌های دادرسی از منظر حقوق مصرف‌کنندگان**»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۱۱۸.

* صفیان، سعید و همکاران (۱٤۰۰)، «**اصل اختیار خواهان در تعیین عنوان دعوای مدنی**»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۱۱۳.

* ضیایی، محمدعادل و یزدان‌پرست، یونس (۱۳۸۹)، «**دلالت سکوت بر اراده**»،

مجلهٔ فقه و مبانی حقوق اسلامی، شماره ۱.
* محمدزاده وادقانی، علیرضا و طباطبائی حصاری، نسرین و کاظمی، علی (۱٤۰۰)، «**تحلیل اقتصادی دعوی استرداد در ورشکستگی**»، مطالعات حقوق خصوصی، شماره ۳.
* نعیمی، مرتضی (۱۳۹٦)، «**بیشینه‌سازی ثروت به مثابه معیاری برای ارزیابی قواعد حقوقی**»، مطالعات حقوق خصوصی، شماره ٤۷.
* شمس، عبدالله (۱۳۹٦)، **آیین دادرسی مدنی**، جلد نخست، چاپ سی و هفتم، تهران: دراک.
* شهیدی، مهدی (۱۳۸۵)، **تشکیل قراردادها و تعهدات**، چاپ پنجم،، تهران: مجد.
* شهیدی، مهدی (۱۳۸۷)، **اندیشه‌های حقوقی**، در: مجموعه مقالات حقوقی، چاپ دوم، تهران: مجد.
* شهبازی‌نیا، مرتضی و عشق‌پور، منصور و تقی‌زاده، ابراهیم (۱۳۹۹)، «**مسئولیت مدنی ناشی از افشای اسرار تجاری**»، دانشنامه حقوق اقتصادی، شماره ۱۷.
* ره پیک، سیامک (۱۳۸۲)، «**منع سوء استفاده از حق در نظریه‌های حقوقی و مفاهیم قرآنی**»، فصل‌نامه علمی فقه و اصول، دوره ۳۵، شماره ٤.
* رهبری، ابراهیم (۱۳۸۸)، «**نقش قراردادهای محدودکننده در حمایت از اسرار تجاری مطالعه در حقوق آمریکا، انگلستان، فرانسه و ایران**»، تحقیقات حقوقی، شماره ۵۰.
* قبولی درافشان، محمدمهدی و دانش ناری، حمیدرضا و ساعت‌چی، علی (۱۳۹۲)، «**مطالعه تطبیقی حمایت مدنی و کیفری از حقوق اسرار تجاری در نظام حقوقی ایران و آمریکا**»، دانشنامه حقوق اقتصادی، شماره ٤.
* قاسم‌زاده، سیدمرتضی (۱۳۸۰)، «**نقش سکوت در بیان اراده**»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، شماره ۵۱.
* قاسمی حامد، عباس (۱۳۹٦)، **حقوق مدنی شرایط شکل‌گیری قرارداد**، چاپ چهارم، تهران: دراک.
* کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۸)، **دوره حقوق مدنی قواعد عمومی قراردادها**، جلد نخست، چاپ هشتم، تهران: شرکت سهامی انتشار.

* محقق داماد و همکاران (۱۳۸۹)، **حقوق قراردادها در فقه امامیه**، جلد دوم، چاپ نخست، قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.
* متین دفتری، احمد (۱۳۹۱)، **آیین دادرسی مدنی و بازرگانی**، چاپ چهارم، تهران: مجد.
* محسنی، حسن (۱۳۹۸)، «**نفع در دادخواهی‌ها: بررسی دکترین حقوقی و رویه قضایی ایران و فرانسه**»، مطالعات حقوقی، دوره ۱۱، شماره ۱.

ب. عربی

* انصاری، شیخ مرتضی (۱٤۱۱ق)، **کتاب المکاسب**، جلد سوم، تراث الشیخ الاعظم.
* ایروانی نجفی، میرزاعلی (۱۳۸٤)، **حاشیه المکاسب**، جلد نخست، تهران: کیا.
* خراسانی، محمدکاظم (۱٤۰٦ق)، **حاشیه المکاسب**، جلد نخست، چاپ نخست، تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
* موسوی خمینی، سیدروح اله (۱۳۹۲)، **البیع**، جلد دوم، چاپ چهارم، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.

پ. فرانسه و انگلیسی

* AUBERT, Carole (2016). **Droit des obligations** – Tome I. Éditions Dalloz, 2016,p71.https://www.prepa-dalloz.fr/
* Bettoni et les Autres, (2016), **Le nouveau droit français des contrats, du régime général et de la preuve des obligations** (après l'ordonnance du 10 février 2016) Sous la direction scientifique de Daniel Mainguy Editeur : Dynamiques du droit,. https://univ-droit.fr/recherche/actualites-de-la-recherche/parutions/9579-le-nouveau-droit-francais-des-contrats-du-regime-general-et-de-la-preuve-des-obligations
* Bénabent, Alain (2016) .**La réforme du droit des contrats : quelles innovations) ?,** Paris 16,février , « - 2016 Revue des contrats - n°Hors-série - page 17https://www.labase-lextenso.fr/revue-des-contrats.
* Buffelan-Lanore ,Yvaine ; Larribau-Terneyre, Virginie (2021) **Droit**

civil - Les obligations 17e edition. Editeur : Sirey,Collection , Sirey université. https://www.lgdj.fr/

❋ Cornu, Gérard (2022), **vocabulaire juridique-Association Henri Capitant**, 14 e edition. https://www.puf.com/content/Vocabulaire_juridique_0

❋ Clément, François (2013), **Avant-projet d'ordonnance de réforme du droit des obligation**. shttps://www.clementfrancois.fr/avant-projet-ordonnance-obligations-20131023/

❋ Collart, François Dutilleul; Delebecque ,Philippe; (2019), **Contrats civils et commerciaux**, 11e edition, https://www.boutique-dalloz.fr/contrats-civils-et-commerciaux-p.html.

❋ Clément, François, **Réforme du droit des contrats français**, ATER à l'université Paris 1 Panthéon-Sorbonne IEJ Jean Domat, (2016) https://iej.univ-paris1.fr

❋ Catala, Pierre (2005), **AVANT-PROJET DE RÉFORME DU DROIT DES OBLIGATIONS** (Articles 1101 à 1386 du Code civil) ET DU DROIT DE LA PRESCRIPTION (Articles 2234 à 2281 du Code civil) Rapport à Monsieur Pascal Clément Garde des Sceaux, Ministre de la Justice 22 Septembre 2005.

❋ Code de la consommation, https://www.legifrance.gouv.fr`

❋ Dionisi-Peyrusse, Amélie 2008. **Droit civil - Tome 2, Les obligations**. Editeur: CNFPT.

❋ https://www.decitre.fr/livres/droit-civil-9782841433186.html

❋ Debard, Thierry; Serge Guinchard Serge (2022), **Lexique des termes juridiques**, 30e edition, public cible: Étudiants en licence. https://www.boutique-d Dissaux ,Nicolas

❋ Dissaux: Jamin, Christophe. (2016), **RÉFORME DU DROIT DES CONTRATS, DU RÉGIME GÉNÉRAL ET DE LA PREUVE**

DES OBLIGATIONS (Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016) Commentaire des articles 1100 à 1386-1 du code civil. Published by Dalloz, 2016. https://www.abebooks.com/book-search/author/nicolas-dissaux-christophe-jamin/alloz.fr/catalogsearch/result/?q=lexique.

❋ Les actions interrogatories, par Isabelle Delebecque, Sous la direction de Sophie Gaudemet. **Thèses en préparation à l'Université Paris-Panthéon-Assas** , dans le cadre de École doctorale de droit privé (Paris) depuis le 13-11-2018 . https://www.theses.fr/s220196.

❋ Mayer, Lucie (2016), **Défense des «actions interrogatoires» introduites par la réforme du droit des contrats**, Issu de Gazette du Palais - n°42 - page 47https://www.labase-lextenso.fr/gazette-du-palais/GPL280q3.

❋ MALAURIE ,Philippe; AYNÈS, Laurent; STOFFEL-MUNCK Philippe, 2022, **DROIT DES OBLIGATIONS**, 12e edition.lGDJ. https://www.lgdj.fr/droit-des-obligations-9782275095547.html.

❋ Olivier Deshayes, Thomas Genicon, Yves-Marie Laithier (2018), **Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations**, Octobre 2018,édition2.Description.https://boutique.lexisnexis.fr

❋ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.https://www.legifrance.gouv.fr/eli/rapport/2016/2/11/JUSC1522466P/jo/texte

❋ Philippe Lévy, Jean; André Castaldo (2010), **Droit Prive,** Histoiré du droit civili, 2e edition Éditionds Dalloz

❋ Puigelier, Catherine (2017), **Dictionnaire-juridique**, 2ed. https://livre.fnac.com/a10387552/Catherine-Puigelier-Dictionnaire-juridique.

❋ Riguet, Jérémy, 2017, **Droit civil**, Droit des contrats. L'action inter-

rogatoire: Entre innovation attendue et difficultés de mise en œuvre annoncées, https://www.lepetitjuriste.fr/laction-interrogatoire-entre-innovation-attendue-difficultes-de-mise-oeuvre-annoncees

❋ Renault-Brahinsky, Corinne; (2021), **L'essentiel du DROIT DES OBLIGATIONS**, 16e édition. https://www.gualino.fr

❋ 12 e edition, Dalloz. https://www.amazon.fr/dp/B0BGQTHFV8/ref=dp_kinw_strp_1

❋ Renault-Brahinsky, Corinne; (2021), **L'essentiel du DROIT DES OBLIGATIONS**, 16e édition. https://www.gualino.fr

❋ Terré, François; Philippe Simler; Yves Lequette; François Chéne-dé) 2019. **Droit civil Les obligations**, Cass. 3e civ., 29 juin 2010, no 09-68110. https://www. legifrance. gouv. fr/ juri / id /JURITEXT 000022429741

مقاله پژوهشی/ دوره ۸۸/ شماره ۱۲۵/ صفحات: ۳۰۹-۲۸۱
تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۱۰/۱۲ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۱۲/۱۶

تحلیلی بر جنبه‌های توجیهی برتری حق بر قانون در دانش حقوق[۱]

سید مجید موسوی،[۲] مهدی هداوند[۳]

چکیده

«حق» و «قانون» بـــه عنوان کلیدواژه‌های اصلی دانش حقوق تلقی می‌شـــوند که به عنوان دوگانه اساســـی، بایســـتی با هم منطبق باشـــند، اما به رغم ادعای نظام‌های سیاسی در انطباق این دو مفهوم، در عمل گاه شـــاهد ســـوء اســـتفاده دولت‌ها از مفهوم قانون و تجاوز به حق‌ها می‌باشـــیم؛ به گونه‌ای که به لحاظ بحران‌های ناشـــی از عدم رعایت حق‌ها، قانون از کارکرد ابتدایی خود که حفظ نظم و امنیت نیز می‌باشـــد باز می‌ماند؛ این مهم صرف نظر از قدرت‌طلبی حاکمان و تبعیت آنان از منافع شـــخصی و گروهی، ناشـــی از اشتباه در فهم جنبه‌های توجیهی نســـبت این دو مفهوم و اصالت یا تبعیت هر یک از آن‌ها در فرض تقابل با هم است.

ایـــن مقاله جنبه‌های توجیهی برتری حق بر قانون را مورد بررســـی قرار می‌دهد و نتیجه می‌گیرد که حق از منظر هستی و چیستی بر قانون برتری دارد و ابتنای تاریخی فلسفی برتر دانســـتن قانون بر حق که ریشه در نظریه اصالت اجتماع دارد، غالباً بدون لحاظ اصالت فرد و برتری حق در نظر گرفته شـــده و تمســـک به اصالت اجتماع و ارائه تفسیر خاص از واژه‌هایی مانند جامعه یا مردم، راهکاری در دست حاکمان بوده تا از طریق شکل‌گرایی ناشی از برتـــری نهادهای دولتی، اراده خود را به نام جامعه و مردم، در لوای قانون به منصه ظهور رســـانند؛ بدین ترتیب وضع قوانین غالباً بر اساس خواست حاکمان و بدون لحاظ اراده افراد اجتماع و تامین نیازهای آنان صورت می‌گیرد که نتیجه آن، عدم انطباق قانون با حق است.

واژگان کلیدی: حق، قانون، برتری حق، شکل‌گرایی، قانون به مثابه وسیله.

---

۱. این مقاله برگرفته ازرســـاله دوره دکتری تخصصی نویســـنده مسئول تحت عنوان «اصالت حق در حقوق عمومـــی و تاثیر آن بر کارکردهای حقوقی دولت» با راهنمایـــی آقای دکتر مهدی هداوند در دانشگاه علامه طباطبایی است.

۲. دانشجوی دکتری حقوق عمومی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه علامه طباطبایی، تهران، ایران (نویسنده مسئول)

sm.mosaviamoli@yahoo.com

۳. استادیار گروه حقوق عمومی، دانشـــکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه علامه طباطبایی، تهران، ایران

mehdihadavand@gmail.com

درآمد

عالم هستی مشحون از دوگانه‌های[1] مختلف است؛ از دوگانه‌هایی چون نور و تاریکی، روح و جسم، خوبی و بدی، عقل و احساس تا دوگانه دانش و جهل؛ این دوگانه‌ها در نظام هستی واقعیت‌های حیاتی قلمداد می‌شوند که می‌توان منشا آن‌ها را در انسان به عنوان خلاصه طبیعت و اشرف مخلوقات نیز جست‌وجو کرد (جاوید، ۲۰۴ :۱۳۹۶). این دوگانه‌ها گاه در تعامل با هم و در بسیاری موارد، در تضاد و تقابل با یکدیگر قرار می‌گیرند؛ از سوی دیگر، آگاهی و فهم عالم هستی و موجودات آن با عنوان کلی «دانش»[2] که از قرون جدید با تقسیمات جزئی‌تر فلسفه، علم و هنر همراه بوده، از این دوگانه‌ها مستثنا نیست؛ به طوری که در ساحت اندیشه‌ورزی علوم انسانی و اجتماعی، اندیشمندان از زمان‌های دور نظریاتی حول محور فرد یا اجتماع با عنوان اصالت فرد[3] و اصالت اجتماع[4] مطرح کرده‌اند.

در دانش حقوق نیز این دوگانه‌ها جلوه بارزی دارد و می‌توان از دوگانه‌های آزادی و قدرت، اراده فردی و اراده عمومی، حق و تکلیف، شکل و محتوا و نهایتاً دوگانه اخلاق و حقوق نام برد (گرجی ازندریانی و بهادری جهرمی، ۱۳۸۸: ۹۵)؛ از جمله مهم‌ترین دوگانه‌ها به تبع تفکیک دوگانه اخلاق و حقوق، دوگانه حق[5] و قانون[6] است (کاتوزیان؛ ۱۳۹۳/ب: ٤١٢)؛ در حالی که حق به معنای شایستگی واجد ریشه اخلاقی و از مفاهیم هنجاری[7] تلقی می‌شود، در طرف مقابل، قانون به لحاظ انتساب به اراده دولت و ظهور در بستر اجتماع در یک معنی، جزء مفاهیم توصیفی[8] به حساب می‌آید؛ بر این اساس، این دو مفهوم به منزله دو مفهوم بنیادین دانش حقوق و نظام‌های حقوقی، گاه عرصه هماهنگی و تعامل بوده که در عین احترام به منزلت و حقوق انسانی، تامین کننده ضرورت‌های زندگی افراد در اجتماع است و در بعضی

1. Dual
2. Knowledge
3. Individualism
4. Collectivism
5. Right
6. Law
7. Normative
8. Descriptive

مواقع، نه تنها با هم هماهنگی ندارند، بلکه در تقابل با یکدیگر قرار می‌گیرند که باعث تضییع حق‌ها و به وجود آمدن معضلات اجتماعی می‌شود.

این دوگانه ریشـــه در تاریخ بشریت نیز دارد. فکر اصالت اجتماع نخستین بار توســـط افلاطون[1] تحت تاثیر فضای حاکم ارائه شد و در کل دوران باستان و میانه، بر اساس این نظریه‌پردازی، غلبه اصالت اجتماع مشهود بود (کاتوزیان؛ ۲٤٥: ۱۳۹۵). در دوران جدید، نسخه نوین اصالت اجتماع توسط اگوست کنت[2] و سایر جامعه‌شناسان ارائه شد و تا دوران معاصر با انکار حق توسط لئون دوگی[3] استاد فرانسوی که قائل بر ایـــن امر بود که هیچ حقی خارج از قانون وجود ندارد و آنچه ما حق می‌نامیم، نتیجه موقعیتی اســـت که قواعد حقوقی برای آن ایجاد کرده اســـت ادامه یافت (کاتوزیان؛ ۲۷۰:۱۳۷۷)، اما از ســـوی دیگر، نظریه اصالت فرد کـــه بارقه‌های آن در قرون میانه توســـط توماس آکویناس[4] ایجاد شده بود، نهایتاً در انقلاب کبیر فرانسه متجلی گردید که فرد را اصیل و حق و آزادی وی را مقدم می‌دانست (کاتوزیان، ۱۳۹۵:۲٤۰).

تقسیم‌بندی بر اساس اصالت فرد و اجتماع، ریشه تقسیم مکاتب فلسفه حقوق[5] بـــه دو مکتب حقـــوق طبیعی[6] و حقوق موضوعه[7] نیز می‌باشـــد؛ به طوری که حقوق طبیعـــی متاثر از نظریه اصالت فرد که خواســـتار تامین آزادی و رهایی هرچه بیشـــتر انســـان از قیود اجتماعی اســـت، مکتبی فردگرا و آزادمنش تلقی شده و مکتب حقوق موضوعه متاثر از نظریه اصالت اجتماع، پایه اندیشـــه‌ورزی را بر اســـاس تقدم منافع جامعه و ضرورت‌های زندگی مشـــترک از جمله قانون، بر حق فردی بنا نهاده اســـت (رحمت‌اللهی و آقا محمـــد آقایی، ٤۲:۱۳۹۹). مکتب حقوق طبیعی با محوریت فرد، به دو دســـته ســـنتی و جدید تقسیم می‌شـــود؛ در مکتب حقوق طبیعی سنتی، حقوق طبیعی بازتابی از نظم جهان هستی است و در مکتب حقوق طبیعی جدید که متاثر از خردگرایی نوین می‌باشـــد، بر حقوق و آزادی‌ها تاکید دارد (هاشمی، ۱۳۸٤ :۷۲)؛ در

1. Plato
2. Auguste Comte
3. Leon Duguit
4. Thomas Aquinas
5. Philosophy of law schools
6. Natural law /rights school
7. Positive law school

مقابل، مکتب حقوق موضوعه بر مفهوم قانون ابتناء یافته و این مفهوم وابستگی تامی با اراده و نقش دولت دارد (رحمت‌اللهی و آقا محمد آقایی، ۱۳۹۹: ۱۷۱).

دوگانه حق و قانون در بعد «مفهومی» از قرون میانه با اولین نظریه‌پردازی توسط ویلیام اوکامی[1] راجع به حق، با بن‌مایه اراده آزاد و عقلانیت و در نقطه مقابل، قانون از ابتدای شکل‌گیری با دو عنصر اقتدار و الزام بیان گردید (کلی، ۱۳۸۸: ۲۷۸ و ۲۸۲ و ۳۴۰)، که نهایتاً در بعد حقوقی، در دوران معاصر اعلامیه جهانی حقوق بشر[2] در مقدمه، قوانین را مکلف به احترام به حقوق انسانی نمود تا بشر به قیام بر ضد ظلم و فشار مجبور نشود. در متن این اعلامیه نیز، هدف هر جامعه سیاسی را حفظ حق‌های انسانی تلقی کرد (کاتوزیان، ۳۱۸:۱۳۹۵) و سرانجام دوگانه حق و قانون، دو ستون بنیادین دانش حقوق؛ یعنی حقوق بشر[3] و حاکمیت قانون[4] را به ارمغان آورد؛ به طوری که با تحول از یک رویکرد شکلی به یک رویکرد ماهوی، انطباق حاکمیت قانون بر حقوق بشر را شاهدیم (فلسفی، ۱۳۹۰: ۴۰). بر این اساس، حق‌ها باید موید قانون باشند، نه قوانین موید حق‌ها. از این حیث در این پژوهش، ضمن مشخص نمودن چهارچوب مفهومی و بررسی هستی و چیستی حق و قانون، سعی در ریشه‌یابی تاریخی فلسفی موضوع داشته و در ادامه ابعاد توجیهی برتری حق بر قانون مورد واکاوی قرار می‌گیرد.

۱. حق و قانون مفاهیم اساسی دانش حقوق؛ از هستی تا چیستی

برای فهم برتری هر یک از مفاهیم حق و قانون بر دیگری، به لحاظ گستردگی مفهوم و معانی متعدد، در بادی امر، فهم نقطه اشتراک، سپس درک دوگانگی و نهایتاً پرداختن به چهارچوب مفهومی هستی و چیستی دو مفهوم مذکور ضروری است؛ بر این اساس، دوگانه حق و قانون در نقطه آغاز، واجد اشتراک می‌باشند و آن اینکه هر دو از مفاهیم کلی[5] هستند؛ مفهوم کلی ایده کلی در مورد چیزی است که معمولاً در قالب کلمه یا عبارتی کوتاه بیان می‌شود و فراتر از اسم خاص است؛ ضمن آن‌که

1. William of Ockham
2. Universal Declaration of Human Rights1948
3. Human rights
4. Rule of law
5. Concept

درک مفهوم کلی رابطه مستقیمی با درک هستی و چیستی آن مفهوم دارد؛ از این رو مفاهیم به دو دسته کلی هنجاری و توصیفی تقسیم می‌شوند؛ از مفاهیم هنجاری تحت عنوان ارزش یاد می‌شود که اشاره به اصول یا آرمان‌های اخلاقی دارد و با «باید» محقق می‌شود؛ مفهوم حق به مانند مفاهیمی چون آزادی، برابری و عدالت واجد بار ارزشی بوده و در زمره مفاهیم هنجاری قرار می‌گیرد؛ در مقابل، مفاهیم توصیفی یا اثباتی دال بر واقعیت‌هایی است که ظاهراً وجود عینی و اثبات‌پذیر دارند؛ مانند روایت توصیفی قانون و مفاهیمی چون قدرت، اقتدار، نظم و حقوق که از این دسته می‌باشد (هیوود، ۱۳۸۷: ١٤-١٦).

حق و قانون در کنار این که از حیث قرار گرفتن در ساحت مفاهیم کلی، واجد نقطه اشتراک می‌باشند، در موارد دیگر نیز می‌توانند با هم هم‌پوشانی داشته باشند؛ چه این‌که، حق به دو دسته کلیِ وضعی و اخلاقی تقسیم می‌شود که حق وضعی در قوانین موضوعه منعکس شده، اما حق اخلاقی ناظر به شایستگی ذاتی فرد بشری است (طالبی، ۱۳۹۱: ۱۱)؛ از سوی دیگر، قانون نیز در رابطه با حق واجد دو بعد متفاوت است؛ از یک سو اصولاً مبتنی بر واقعیت‌های اجتماعی و از سوی دیگر، در بعضی مواقع بر اساس ارزش‌های اخلاقی می‌باشد (کاتوزیان، ۱۳۹۵: ٤٤٢-٤٤٩) که بعد دوم به مفهوم حق نزدیک‌تراست؛ در فرضی که قانون مطابق حق یا همان ارزش اخلاقی نباشد، دوگانگی حق و قانون مصداق می‌یابد؛ این دوگانگی نه تنها در بستر دوگانه فرد و اجتماع و حقوق طبیعی و حقوق موضوعه می‌باشد، بلکه در بستر دوگانگی سنتی اخلاق و حقوق، منتها به شکل خاص‌تر و جزئی‌تر جلوه می‌کند (بیکس، ۱۳۸۹: ۱۵۷).

یکی از دسته‌بندی‌ها از مفهوم حق، تقسیم آن به دو مفهوم برحق بودن[1] وحق داشتن[2] است؛ بر حق بودن ریشه در دوران میانه دارد و ناظر بر درست و موجه بودن است (همان: ١٤-١٨)، اما حق داشتن که موضوع گزاره‌های حقوق بشری است، یا به معنای آزادی[3] است (کاتوزیان، ۱۳۷۷: ٦١) و یا معادل ادعای تضمین شده[4] تعریف

1. Being right
2. Having a right
3. Liberty
4. Secured claim

شده است (سید فاطمی، ۱۳۹٦: ۳۵؛ راسخ، ۱۳۹٤: ۳۸) و بعضی دیگر در حقوق معادل امتیاز[1] (کاتوزیان، ۱۳۹۳/ب: ٤۱۲) و در فقه معادل اخیر را به عنوان سلطه بیان نموده‌اند (ساکت، ۱۳۸۷: ۵۳؛ موحد، ۱۳۹٦: ٤۳) که دو مفهوم اخیر به لحاظ تضمین آن یا انعکاس آن‌ها در متون قانونی، بیشتر با رویکرد حقوقی می‌باشد، اما از آن جایی که فرض پژوهش دوگانگی حق و قانون است، حق در معنای اخلاقی آن، به شایستگی[2] تعبیر می‌شود؛ کما این‌که به رغم اعتقاد برخی حقوق‌دانان به غیر اخلاقی بودن حق، به لحاظ حق بر خطا بودن (راسخ، ۱۳۹٤: ۲۷)، صرف نظر از استثنایی بودن این دلیل، از آنجا که حق جلوه دیگری از فرد انسانی است و انسان با خودآیینی و خودهدایتی دارای شرافت و منزلت انسانی بوده است، بر این اساس شایستگی دارا بودن وصف یا انجام یا عدم انجام عملی را دارد و این شایستگی حق در معنای اخلاقی[3] غیر از معنای حقوقی[4] است که در قوانین منعکس شده است (هیوود، ۱۳۸۷:۱۹۳). در نهایت حق در معنای درست و موجه بودن[5] در کاربست نهایی برای تفسیر قوانین بر اساس حق جلوه می‌کند؛ در واقع قاضی در مواردی که با قانونی بر خلاف حق در معنای شایستگی مواجه می‌شود، با تمسک به معنای «درستی و موجه بودن» حق، آن را تفسیر می‌نماید؛ این سیر دوگانگی معنایی از شایستگی به درستی، ریشه در اندیشه‌های هوگوگروسیوس[6] نویسنده شهیر هلندی دارد (کلی، ۱۳۸۸: ۳۵٤).

در مقابل، قانون در معنای عام معادل قاعده حقوقی و در معنای خاص واجد دو معنای صوری و ماهوی است: نخست، قانون در معنای صوری که ناشی از تشریفات خاص در وضع است، شامل حکمی است که از طرف مقام صالح قانون‌گذاری از جمله مجلس، همه‌پرسی و کمیسیون‌ها بر طبق قانون اساسی وضع می‌شود؛ خواه مصوبه عام باشد یا خاص؛ و دوم، معنای ماهوی قانون است که صورتی مکتوب از قاعده حقوقی عام، الزامی و با ضمانت اجراست که به وسیله مقام صالح دولتی به

1. Privilege
2. Entitlement
3. Moral entitlement
4. Legal entitlement
5. Justness
6. Hugo Grotius

تصویب می‌رسد و بر این اساس شامل مقررات خاص مجلس نمی‌شود، اما مقررات عام و مصوب قوای دیگر را در بر می‌گیرد (کلی، ۱۳۸۸: ٦٨) از این رو، وجه اشتراک دو معنای عام و خاص قانون دخالت دولت در تصویب آن است و بر این اساس، می‌توان ملاک تشخیص قانون را قواعدی دانست که دولت در وضع و اجرای آن دخالت دارد (کاتوزیان، ۱۳۹۵: ۳۱۸).[1]

پس از مشخص شدن چهارچوب معنایی حق و قانون، همان‌طور که در ابتدای این مبحث بیان شد، در مقایسه دوگانه مزبور به لحاظ آن‌که دو مفهوم از مفاهیم کلی و انتزاعی می‌باشند، پرداختن به اصلی‌ترین مقولات اندیشه‌ای یعنی هستی[2] یا وجود و همچنین چیستی[3] یا ماهیت، ضروری است؛ هستی به عنوان اولین بخش اندیشه‌ورزی ناظر به فهم اشیا و مفاهیم با یک دید کلی است (جاوید، ۱۳۹٦: ۳۹). برای فهم وجود حق و قانون، فهم این‌که وجود این دو مفهوم ناشی از چه چیزی است یا به عبارت دقیق‌تر، این دو مفهوم جلوه کدام مفهوم دیگر می‌باشند ضروری است؛ از این رو در خصوص هستی‌شناسی حق، دو نظر قابل ارائه است: نخست این‌که، آیا حق یک مفهوم جهانی است یا محدود به قلمرو دولت‌ها و ساخته و پرداخته آن‌هاست. در پاسخ باید بیان داشت، صرف نظر از اتخاذ مفهوم اخلاقی حق جهت برتری بر قانون، از آنجایی که حق روی دیگر سکه فرد انسانی می‌باشد و بر اساس این امر، وجود حق وابسته به وجود انسان فارغ از رنگ و نژاد قومیت است (سید فاطمی، ۱۳۹٦: ۲۳)، می‌توان حق را ذاتی انسان در نظر گرفت که محدود به قلمرو دولت‌ها و نظام‌های حقوقی و سیاسی نیست و واجد قدمتی به اندازه قدمت بشریت است؛ در نقطه مقابل، قانون ناشی از اراده دولت‌ها و دست‌ساز آن‌ها و محدود به قلمرو حاکمیت دولت‌ها است (کلی، ۱۳۸۸: ۲٦۲). بر این اساس، به طور خلاصه، هستی حقِ ناشی از یک وجود واقعی تحت عنوان انسان است، اما قانون ناشی از اراده موجودی با منشا قراردادی بین افراد و صنع بشر، تحت عنوان دولت است (همان:

---

۱. جهت دقت بیشتر شایان ذکر است، قانون در زبان انگلیسی که معادل لفظ عام و کاربردی Law می‌باشد، واجد انواع مختلفی است که عبارتند از Statute، code Legal، Legislation؛ از این رو به لحاظ دخالت دولت در تصویب کلیه این اشکال، لفظ عام Law در این تحقیق برگزیده شده تا تمام این مصادیق را در بر گیرد.

2. Existence

3. Nature

۲۵۹)؛ از این رو، از بعد هستی‌شناسی، حق واجد استحکام و توجیه پذیری بیشتری نسبت به قانون است، اما از آنجایی که برای فهم چیستی، شناخت عناصر اصلی هر چیزی لازم است و حق جلوه انتزاعی وجود فرد بشری است و تمام تمایز انسان از سایر موجودات با دو عنصر اراده آزاد و عقلانیت است (میرزازاده و سید فاطمی، ۱٤۰۰: ۷۰)، همواره «خودآیینی»[1] را می‌توان به عنوان عنصر اولیه و نقطه آغاز حق در نظر گرفت و عقلانیت[2] را عنصر مقوم تلقی کرد (Duke and George, 2017: 63)، هرچند بعضی نویسندگان عقلانیت را عنصر اساسی انسان در نظر گرفتند و قائل به این امر هستند که انسان چون عقلانیت دارد پس اختیار دارد (سید فاطمی، ۱۳۹٦: ۲۱)، اما این نظر در برابر اندیشمندانی که قائل به تلقی اراده به عنوان عنصر بنیادین نه تنها در مقوله حق، بلکه در اصل وجود انسان هستند صائب به نظر نمی‌رسد؛ کما این‌که، احساس حق داشتن در وهله اول با آگاهی انسان و تسلط بر نفس خود ایجاد می‌شود که این احساس در مرحله جنینی با حرکت تجربه می‌شود و این حرکت تعبیری از حیات یا حق حیات است که انسان بر اعضای خود حق پیدا می‌کند و تا آخر عمر ادامه دارد و منشأ حق مالکیت که ثمره حرکت و کار است و به تبع معامله، ثمره خود را با دیگران معاوضه می‌نماید که منشأ حقوق معاملات و پیمان‌هاست و همچنین زناشویی نیز توأم با یک پیمان است که منشأ حقوق خانواده می‌باشد، آن‌گاه برای حفظ حیات و خانواده به تشکیل حکومت تن می‌دهد و حکومت برای پاسبانی اختیار می‌یابد که حق حاکمیت نام می‌گیرد؛ پس همه این حق‌ها از درون انسان‌ها و از اراده آزاد او نشأت می‌گیرد (موحد، ۱۳۹٦: ۲٤۳). با نگاهی به تاریخ مشخص می‌شود، اولین نظریه‌پردازی‌ها راجع به حق، عنصر اصلی آن را اراده در نظر گرفته است (کلی، ۱۳۸۸: ۲۷۲).

در نقطه مقابل، چیستی قانون در نظریه متداول فلسفه حقوق، کاملاً وابسته به اراده دولت است؛ دولت به لحاظ داشتن قدرت برتر و انحصاری موسوم به قدرت سیاسی، صلاحیت وضع قانون را دارد؛ از این رو می‌توان نقطه آغاز قانون را اقتدار[3] تلقی کرد که وجه بارز قدرت سیاسی به عنوان قدرت مشروع در مقایسه با قدرت

1. Autonomy
2. Rationality
3. Authority

عریان[1] اســـت، اما وجه تمایز قانون با ســـایر قواعد از جمله عرف، دین و اخلاق در وجود ضمانت اجرا اســـت و بر این اســـاس، قابلیت اجرا[2] را می‌تـــوان عنصر مقوم قانون تلقی کرد (کاتوزیان،۱۳۹۳/الف: ۹-۱۳). بر اســـاس آنچه گفته شد، خودآیینی (آتونومـــی) به عنوان عنصر بنیادین حق و اقتدار (آتوریتی) به عنوان عنـــصر بنیادین قانون تلقی می‌شـــود که در تقابل این دو، با معیار قرار دادن رفتار کودک به عـــنوان رفتار ذاتی انسان فارغ از آموزش و محیط و تمایل وی به آزادی به جای محـدودیت، به لحاظ آن‌که آتونومی با ذات و طبیعت انســـان انطباق بـــیشتری دارد، موید برتری حق اســـت (طالبی، ۱۳۹۱: ٤٨). البته تقدم آتونومی بر آتوریتی که ریشـــه در دوران روشـــنگری دارد (کلی، ۱۳۸۸: ۳۷۳)، به زعم کانت به این معنا نیست که مقید به هیچ قانونی نباشـــیم، بلکه به این معناست که مقید به قوانینی باشیم که به اعتباری به دست خودمان وضع شـــده است (جانســـون، ۱۳۹۵: ٦٥). از این رو، برتری حق بر قانون به این صورت جلوه‌گر می‌شـــود که محتوای قوانین که اصولاً با بن‌مایه مصلحت است را باید تا حد امکان با بن‌مایه حق که حقیقت اســـت تطبیق داد (کلی، ۱۳۸۸: ۲۱۳) و ملاک در تصویب قانون، انطباق با اراده آزاد و عقلانیـت می‌باشد و چنانچه قانونی با این دو عنصر تطبیق نکند، قاضی باید با تلقی حق بر عنـــاصر مزبور و لحاظ درستی بـــه عنوان معنای اجرای حق از طریق تفســـیر قضایی اقدام کند و اینجاســـت که فرد در برابر منافع حزبی و گروهیِ منجر به تصـــویب قانون، از حقوق فرد دفاع می‌کند (Longford, 2017: 244).

۲.کنکاشِ تاریخی فلسفی برتری حق بر قانون

همواره تاریخ و فلسفه را می‌توان دو موتور محرک دانش به طور کلی و حقوق بـــه طور خاص در نظر گرفت؛ تاریخ بـــا دیدگاه واقع‌گرایانه با رویکردی به عقب، به بررسی حوادث و وقایع می‌پردازد و فلســـفه با هدفی آرمان‌گرایانه و با رویکردی به جلو، سعی در ارائه الگویی مطلوب در فهم چیستی و چرایی امور دارد؛ از سوی دیگر، بررســـی مکاتب و نظریه‌ها تنها در پرتو اندیشه و آرای اندیشمندان و در بستر تاریخ و بـــه طور خطی و متاثر از زمانه و علـــل و موجبات ظهور و بروز آن‌ها قابل درک و

1. power
2. Enforceability

فهم خواهد بود. در این راستا، با تقسیم دوره‌های تاریخی اندیشه‌ورزی به چهار دوره باستان،[1] میانه،[2] جدید[3] و معاصر،[4] نقطه عزیمت، بررسی‌های تاریخی یونان باستان به لحاظ مهد نظریه‌پردازی در نظر گرفته می‌شود (رحمت‌اللهی و آقا محمد آقایی، ۱۳۹۹:٦٤). در کنار این، بررسی اندیشه‌ها در بستر تاریخی نه تنها باعث فهم اندیشه متقدمین و رفع نقایص آن‌ها می‌شود، بلکه با اتخاذ دیدی کل‌گرا،[5] مکان مقایسه بین نظریه‌ها بر اساس فضای نظریه‌پردازی و ارزیابی منصفانه‌تر آن‌ها فراهم می‌شود؛ از این رو، جهت فهم برتری حق بر قانون در خط سیر تاریخِ اندیشه‌ورزی، با رویکردی عمیق، فهم بستر بحث یعنی اصالت فرد و اصالت جامعه به عنوان عقبه مکاتب حقوق طبیعی و حقوق موضوعه ضروری می‌باشد.

بر این اساس، اولین نظریه‌پردازی‌های در فلسفه حقوق به مانند فلسفه محض در یونان باستان ارائه شد و محققان به اتفاق قائل به اندیشه‌ورزی فلاسفه یونان بر اساس اصالت اجتماع می‌باشند؛ به طوری که سقراط[6] سعادت فرد را توأم با سعادت اجتماع می‌دانست؛ شاگرد وی افلاطون[7] نیز بر اصالت اجتماع و سعادت همگانی تاکید می‌کرد و ارسطو[8] نیز انسان را مدنی بالطبع تلقی می‌نمود و حکومت و قانون را به عنوان ضرورت‌های اجتماعیِ ناشی از این کشش طبیعی انسان‌ها به هم در نظر می‌گرفت (هاشمی، ۱۳۸٤؛ ۲۰-۲٤). این رویکرد باعث شد تاریخ اندیشه بشر از بدو خلقت تا دوره معاصر شاهد انواع طیف‌های مختلفی از جمع‌گرایی بوده باشد (رحمت‌اللهی و موالی‌زاده، ۱۳۸۹:۹٦)؛ افزون بر این، در کنه این نظریه‌پردازی‌های مبتنی بر اصالت جمع، واقعیت‌های اجتماعی نهفته است؛ در دورانی که افراد بشر جهت رهایی از بلایای طبیعی و محیطی با هدف تعاون و همکاری دور هم جمع شدند، افلاطون قائل به گرد آمدن بشر جهت دفاع در برابر حیوانات وحشی در دولت

1. Ancient age
2. Medieval
3. New age
4. Contemporary age
5. Holistic
6. Socrates
7. Plato
8. Aristotle

شهرها بوده؛ ارسطو پا را هم از این فراتر گذاشته و دولت‌شهرها را به عنوان چهارچوبی متکامـــل برای راهبری یک زندگی خوب در نظر گرفته و از این رو غریزه بشـــری را جهت تجمع در چنین ســـازمانی، حالت طبیعـــی قلمداد می‌کند (کلی، ۱۳۸۸: ٤٧). از این حیث، مفهوم حق در دوران یونان باســـتان محلی از اعراب نداشـــت (گلدینگ، ۲٦۹:۱۳۷۸)، اما در ادامه در دوران روم باســـتان، داستان اندکی متفاوت شد و به رغم جو غالب اصالت اجتماع ناشـــی از تاثیرپذیـــری فرهنگ و دانش یونانی، رواقیون[1] به طور بســـیار محدود قائل به فرد و حقوق وی شدند (سید فاطمی؛ ۲٤:۱۳۹٦). در یک ارزیابی کلی، به غیر از کورســـویی، این دوره با غلبـــه بلامنازع اصالت اجتماع همراه بود که تبعات پذیرش، تبیین، توجیه و تضمین حق که روی دیگر ســـکه اصالت فرد می‌باشـــد، امری بعید می‌نمود؛ کما این‌که زندگانی یونانی اساساً زندگی شهری بوده و در دولت‌شـــهرها به سر می‌بردند و زندگی جدا از شهر قابل تصور نبود؛ به طوری که به خاطر هیچ یونانی اصیلی خطور نمی‌کرد که آدمی اگر به کلی جدا از کشور زندگی کند، بتواند یک انسان کامل و نیک باشد؛ زیرا تنها در جامعه و به واسطه جامعه است که زندگی خوب برای انسان ممکن می‌شود و بر این اساس، فلاسفه این دوره، با یک چهارچوب فکریِ محدود به اصالت اجتماع، جامعه را یک نهاد طبیعی و انسان را ذاتاً اجتماعی تلقی می‌نمودند (کاپلســـتون، ۲٥۷:۱۳۸٦)؛ در واقع در نظرِ یونانی، فردیتِ هیچ تلقی می‌شـــد و در طلبِ ایده کشـــور و دولت و حیاتِ مداوم آن بود و تمایل به بقا یا زندگی جاودان برای خویشـــتن، به عنوان یک فرد از ضمیر وی نمی‌گذشـــت (گودرزی و مقدادی، ۱۲۰:۱۳۸٦).

در قرون میانه، ایـــن چهارچوب فکری مبتنی بر اصالت اجتماع، کماکان ادامه یافت؛ به طوری که به رغم آیین مســـیحیت که بر اخلاق، کرامت ذاتی، اســـتقلال و آزادی تاکید داشـــت، آبای کلیســـا در عمل و با این اســـتدلال که عبودیت از الهیات اســـت؛ پس هر کس مطیع‌تر باشد ارجمندتر است، به تدریج بردگی را توجیه نمودند (هاشـــمی، ۱۳۸٤: ۳۲). در این جو، خودآیینی فردی مورد شناســـایی قرار نگرفت و ارزش‌های اجتماعی به مثابه حـــق تلقی می‌گردید و افراد به عنوان یک امر فرعی در رسیدن به اهداف اجتماعی در نظر گرفته می‌شدند (Mccombs, 1992: 35).

1. Stoicism

در اواخر دوران میانه و گذر به دوران جدید، ایده برتری حق در اروپا جا افتاد که «گوسفند برای چوپان نیست، بلکه چوپان برای خدمت به اوست» یا « خداوند رعیت را برای پادشاه نیافریده است که هرچه او گفت از بد و خوب و ثواب انجام دهند و چون برده از او فرمان برند، بلکه پادشاه برای رعیت است که اگر رعیت نباشد پادشاه نیز نیست» (موحد، ۱۳۹۶:۳۷۹). در واقع اولین جرقه این ایده، در اوج دوران میانه توسط متکلمین مسیحی زده شد؛ از جمله این متکلمین، توماس آکویناس بود که در ابتدا تحت تاثیر نظریه اصالت جمع در یونان باستان و همچنین متکلمین متقدم قرار گرفته بود (کلی، ۱۳۸۸:۳۰۰)، اما در ادامه با احیای بینش سنتی مسیحی، چنین آموزش می‌دهد که انسان برای جامعه ساخته نشده است، بلکه جامعه متشکل از انسان‌ها و برای انسان است؛ بنابراین هدف نهایی حقوق جامعه نیست، بلکه برای آن است که افراد جامعه در کنار یکدیگر به نحو شایسته زندگی کنند؛ بر این اساس، همه افراد ذاتاً هدف هر جامعه تلقی گردیده و قواعد حقوقی، صرفاً وسایلی هستند که باید تسهیل کننده ورود انسان به کمال و نیکبختی باشند؛ در ادامه این نظریه‌پردازی توماس آکویناس، ژان کالون[1] نیز به عنوان پیشوای نهضت اصلاح‌طلبی مذهبی، مبدع ذهن‌گرایی مطلق (محوریت وجدان در کلیه ارزش‌های فردی و اجتماعی) و فردگرایی (انکار هرگونه اقتدار سوای وجدان انسان) گردید (هاشمی، ۱۳۸٤؛٤ و۱۳۲).

در قرون میانه، به رغم ایده عدم توجه به فرد و حقوق وی، توماس آکویناس و ژان کالون با نظریه‌پردازی بر اساس سنت اصیل مسیحی، بر فرد و اصالت فرد تاکید نمودند که فتح بابی در نظریه‌پردازی‌های دوران جدید، در تفوق اصالت فرد و به تبع برتری حق بر قانون گردید؛ در دوران جدید اصالت فرد به طور روشمند، توسط نظریه‌پردازان قرارداد اجتماعی همچون توماس هابز[2] و جان لاک[3] بنیاد نهاده شد (هیوود،۱۳۸۷:۱۷۵) و ضمن آن، این نظریه‌پردازی‌ها، بر اصالت اراده و عقل و به تبع حق‌ها تاثیرگذار بود (کلی، ۱۳۸۸:۲۸۲).

این تلاش‌های نظری که از اواخر دوره میانه آغاز شد، در دوران جدید به اوج رسید؛ به مانند بعد نظریِ در قرون میانه، در بعد عملی، ابتدا در سال ۱۲۱۵، صدور

1. John Calvin
2. Thomas Hobbes
3. John Locke

فرمان کبیر (مگنا کارتا)[1] خطاب به اشـــراف، در راستای اعطای حقوقی توسط پادشاه به آنان آغاز شـــد و از آنجا که متضمن حقوق و آزادی‌هایی چون تناسب مجازات و اعمـــال حق و عدالت برای همه مردم بود، نقطه امیـــدی در دوران میانه لقب گرفت؛ در ادامه، رشـــد فکری جامعه انگلیســـی باعث مبارزه علیه استبداد شد، که به عریضه حقوق[2] در ۱۶۲۸، قانون هابس کورپس[3] (احضار و بازداشت) ۱۶۷۹ و مصوبه حقوق[4] ۱۶۸۹ میلادی انجامید؛ در همه این متون که به متون انگلیســـی موسوم شده، ویژگی عمل‌گرایی مشـــهود است؛ به طوری که انگلیسی‌ها هرگز به دنبال اعلام صرف اصول فلســـفی نبودند و به تضمین حق‌ها از راه تشریفات عینی روی آوردند. این اعلامیه‌ها و اســـناد، اندیشمندان دیگری از جمله شارل دو مونتسکیو[5] را تحت تاثیر قرار داد؛ به طـــوری که در روح القوانین اصل تفکیک قـــوا را ابداع نمود و بدین ترتیب مقدمه‌ای بر انقلابات آمریکا و فرانســـه گردید. انقلابیون در آمریکا به مانند انگلیسی‌ها، اعلامیه حقوق را در ابتدای قانون اساســـی خود در سال ۱۷۷۶ گنجانیدند و بر برابری، آزادی و اســـتقلال فرد انسانی تاکید کردند (عباســـی، ۱۳۸۸: ۲۶۰). در ادامه فرانسوی‌ها به عکس انگلیســـی‌ها و آمریکایی‌ها، اعلامیه حقوق خود را که در ابتدای قانون اساسی گنجاندند، با عبارات و اصولی بســـیار کلی و انتزاعی همراه ساختند؛ آنچنان ذهنی و انتزاعی که قابل صدور به همه کشـــورهای جهان شد؛ به طوری که در قرن بیستم در اکثر کشـــورهای جهان، فصلی با عنوان حقوق بشـــر یا حقـــوق ملت به مقوله حق‌ها پرداخت (عباسی، ۱۳۸۸: ۲۲۰). در این راستا، بعضی کشورها به برتری حق بر قانون؛ به طوری که قانون نمی‌تواند حق‌ها را ســـلب یا محـــدود کند، مقرراتی را در قوانین اساســـی خود پیش‌بینی کردند؛ به طـــور مثال در ماده نوزدهم قانون اساســـی آلمان[6] تصریح شـــده، در حق‌های بنیادین نمی‌توان با وضع قانون خللی ایجاد کرد و یا اصل نهم قانون اساســـی جمهوری اســـلامی ایران[7] که تصریح دارد هیچ مقامی حق ندارد

1. Magna Carta
2. Petition of Right 1628
3. Habeas Corpus Act 1679
4. Bill of Rights 1689
5. Montesquie
6. Basic Law for the Federal Republic of Germany
۷ «هیچ فرد یا گروه یا مقامی حق ندارد به نام استفاده از آزادی به استقلال سیاسی، فرهنگی،

آزادی‌های مشـــروع را حتی با وضع قوانین و مقررات ســـلب کند، بر برتری حق بر قانون تاکید داشته‌اند.

۳. مخالفان برتری حق بر قانون

همان‌طور که بیان شـــد، حق و قانون با فرض تقابل و دوگانگی، در دو حوزه مختلف قرار می‌گیرند؛ از طرفی حق با ماهیت اراده آزاد و عقلانیت در بســـتر اصالت فرد و حقوق طبیعی؛ و قانون با ماهیت اقتدار و قابلیت اجرا در اردوگاه اصالت اجتماع و حقوق موضوعه قرار می‌گیرد. این تفاوت در چیســـتی و بستر فکری منطقاً تفاوت در جنبه‌های توجیهی طرفداران هر حوزه را به همراه خواهد داشـــت و از آنجایی که در این پژوهش، بررسی اندیشه‌ها بر اساس ترتیب تاریخی صورت می‌گیرد، به لحاظ تقـــدم زمانی مخالفان برتری حق که در واقع با تاکید بر قانون در صدد نفی یا محدود کردن حق‌ها هستند، به بررسی اجمالی نظریات آنان پرداخته می‌شود.

به لحاظ تاکید همـــه مخالفان بر مفهوم قانون، به عنوان هدف یا حداقل امری برتر از حق، نقطه اشـــتراک آنان قرار گرفتن در بســـتر مکتب حقوق موضوعه است؛ به طوری کـــه طرفداران مکتب تحققی اجتماعی با تاکید بر اصالت جمع، قانون را از ضروریت‌هـــای زندگی تلقی می‌کنند؛ محافظه‌کاران نیز با تاکید بر نظم و ثبات، قانون را بـــه عنوان مظهر نظم در نظر گرفته و منکر حق‌ها می‌گردند و نهایتاً مکاتب تجربی که شامل فایده‌گرایان و مصلحت‌گرایان هستند، با انکارِ اخلاق و حق اخلاقی، بر امور واقعی و محقق شده تامین کننده منافع تاکید می‌ورزند. در واقع جان آستین[1] به عنوان مبدع حقوق موضوعه، با تاکید بر محوریت قانون، آن را فرمان حکمران[2] تلقی نموده و اصالت را با قانون و حقوق موضوعه دانسته و با بی‌توجهی به حقوق انسان، نظریات خود را بر اقتدار والزام حاکم قرار می‌دهد (کاتوزیان، ۱۳۹۵: ۲۸۷). در همین راســـتا، حقوق موضوعه بـــه جای تحلیل حق، به تحلیل دولت و قانـــون می‌پردازد (جاوید، ۱۳۹۶: ۱۰۷) و توجیه آنان نیز، تاکید بر واقعیت‌های اجتماعی و امور محقق شـــده در

اقتصـــادی و نظامی و تمامیت ارضی ایران کمترین خدشـــه‌ای وارد کنـــد و هیچ مقامی حق ندارد به نام حفظ اســـتقلال و تمامیت ارضی کشور آزادی‌های مشروع را، هر چند با وضع قوانین و مقررات، سلب کند».

1. John Austin
2. Law as command

جامعه است و بدین وسیله با حق و دیگر آرمان‌های اخلاقی به عنوان قواعدی برتر از قوانین اجتماعی و همچنین توانایی عقل دریافتن بهترین راه حل‌ها به شدت مخالفت می‌کند؛ بنابراین انسانِ مجرد، موجودی است زاده تخیل و آنچه واقعیت دارد، اجتماع انسان‌ها و زندگی مشترک آن‌هاست (کاتوزیان، ۱۳۹۵: ۱۱۰). به علاوه، طرفداران مکتب تحققی (اثبات‌گرایان)[1] که به دو دسته عمده اثبات‌گرایان اجتماعی و اثبات گرایان حقوقی تقسیم می‌شوند هم، بر قانون تاکید می‌ورزند؛ اثبات‌گرایان اجتماعی که وجودشان را مدیون نظریه‌های جامعه‌شناسی قرن هفدهم هستند، بر اساس نظریه سن سیمون[2] سوسیالیست معروف فرانسوی ملقب به پدر جامعه‌شناسی که اجتماع انسان‌ها را یک موجود واقعی می‌دانست پا گرفتند و در ادامه اگوست کنت[3] نیز با تاکید بر اجتماع، برتری حق بر قواعد اجتماعی را رد کرد (همان: ۱۸۶). در ادامه بعضی به مانند طرفداران مکتب انتقادی حقوقی که به نوعی میراث‌خوار اندیشه‌های مارکسیستی هستند، همانند مارکس،[4] حق را هسته مرکزی ایدئولوژی حقوقی لیبرال دانسته و آن را افسانه و مهملاتی تلقی کردند که تنها کارکردشان پنهان نمودن نابرابری در جامعه سرمایه‌داری است؛ عده دیگر از طرفداران مکتب تحققی اجتماعی مانند لئون دوگی[5] و مک اینتایر،[6] حق‌ها را از این حیث که همبستگی اجتماعی را تضعیف می‌کند، باعث ایجاد نابرابری در اجتماع می‌دانند (شهابی، ۱۳۸۹: ٤٥).

نسخه دیگر مکتب تحققی، مکتب تحققی دولتی است که بر اساس نظریات جان آستین، قانون ناشی از اراده دولت تلقی می‌شود. وی در همین راستا حقوق را به مثابه فرمان حاکم در نظر گرفته که یکی از مبانی اصلی مکاتب تحققی گردیده؛ هرچند بعدها اثبات‌گرایان نرم و طبیعی‌گرایان با مثال دزد بانک و صدور دستور پرداخت توسط وی به کارمندان با هفت تیر، چالش بزرگی به این نتیجه وارد کردند (کاتوزیان، ۱۳۹۵: ۲۹۲). یکی از نظریاتی که موجب پربار شدن این مکتب گردید، شکل‌گرایی هگلی بوده که با محوریت دولت و اراده آن تحت لوای قانون، فرد و فردیت را صرفاً

1. Positivist
2. Henri de Saint-Simon
3. Auguste Comte
4. Karl Marx
5. Leon Duguit
6. Alasdair MacIntyre

درون دولـــت معنا می‌نماید و خارج از دولت فاقد اعتبار و ارزش می‌داند (شـــهابی، ۱۳۸۹: ٤۹).

عـــلاوه بر طرفداران مکاتب تحققی اجتماعـــی و دولتی، محافظه‌کاران[1] نیز از مخالفـــان برتری حق بر قانون به شـــمار می‌آیند؛ همان‌طور که حـــق مظهر آزادی و خودآیینی فردی اســـت، قانون نیز محصول اقتدار و سمبل نظم است (کیوانفر، ۱۳۹۹: ۱٦). از ایـــن حیث، محافظه‌کاران طرفدار قانون‌ســـالاری و منکر برتری حق بر قانون می‌باشـــند؛ در واقع محافظه‌گرایی مجموعه‌ای از افکار و نگرش‌های سیاسی است که با حفظ نظم و نگهداری از سنت‌ها و نهادهای ریشه‌دار و با قدمت، نهایتاً قانون را بر امور نو که هنوز به محک تجربه در نیامده اســـت ترجیح می‌دهند و در این صورت، آرمان حیات اجتماعی در نظم و ثبات خلاصه می‌شـــود؛ از این رو، محافظه‌کاری در برابر اندیشه انقلابی‌خواهی[2] و حتی اصلاح‌طلبی[3] قرار می‌گیرد (هاشمی، ۱۳۸٤: ٦۱). موضوعات اصلی محافظه‌کاری، عدم کمال انســـان اســـت و بر این اساس، با نگاهی بدبینانـــه به طبیعت انســـان، وی را موجودی محدود و ناتـــوان در انجام امور، از نظر اخلاقی در معرض تباهی و با تمایل شـــدید به قدرت تلقی کرده و در همین راستا، با تاکیـــد بر جامعه طبیعی، نهادهایی از جمله دولت و قانون را از ضروریت‌های زندگی اجتماعـــی قلمداد نموده و بر اقتدار به جای حق و آزادی ســـخن می‌گویند (هیوود، ۱۳۸۷: ۷٤).

دسته سوم مخالفان برتری حق بر قانون که باز هم ذیل عنوان کلی مکتب‌های تحققی قرار می‌گیرند، مکتب‌های تجربی شامل فایده‌گرایان[4] و مصلحت گرایان است؛ در فلســـفه اروپایی بحری (انگلیس)، به پیش‌روی فرانسیس بیکن[5] مبنای تمام علوم را مشـــاهده، تجربه و محسوسات تلقی نموده و بر این اساس فلاسفه آن را اصحاب تجربـــه گویند؛ از این رو، اخلاق انکار و مفاهیم حـــق و تکلیف با معیارهای تجربی خارجی از جمله فایده یا مصلحت مورد ارزیابی قرار گرفت (کاتوزیان، ۱۳۹۵: ۱۲۱).

1. Conservatism
2. Revolutionism
3. Reformism
4. Utilitarianism
5. Francis Bacon

برخی بـــر این باورند که ایـــن مفهوم مصلحت عمومی در نهایت ســـرپوش زیرکانه‌ای برای پنهان کردن صورت واقعی تصمیماتی اســـت که سیاســـت‌مداران و مقام‌های دولتی برای کســـب بیشترین منافع شخصی اتخاذ می‌کنند؛ ضمن آن‌که، نفع شخصی می‌تواند به نیرنگ و خیانت منتهی شود؛ حتی آنجایی که ظاهرا نفع درازمدت افراد و اجتماع را در پی داشته باشد؛ در کنار این‌ها می‌توان به چالش دیگری که همان نتیجه‌گیری‌های شـــخصی بر اساس اصل ســـودمندی به دلیل تمایلات متغیر و بعضاً متضاد فردی، گاه در یک جهت و گاه در جهت دیگر اشاره نمود و در نهایت این‌که، شـــواهد تاریخی نشـــان می‌دهد که مقامات حکومتی در تشخیص و تعیین مصلحت عمومی دچار اشتباهات فاحش گردیده و در بسیاری مواقع، به جای تلاش در جهت تحقق مصالح و منافع عمومی، مصلحت و منفعت شخصی را مورد توجه قرار داده و پی گرفته‌اند (راسخ و بیات،۱۳۹۰: ۹٤ و ۹۹ و ۱۰۳).

٤. برتری اصالت فرد و رد شکل‌گرایی به مثابه اصلی‌ترین جنبه‌های توجیهی برتری حق بر قانون

در قسمت قبل، به رغم گوناگونی مخالفت‌ها با برتری حق بر قانون، یک نقطه اشتراک برای همه مخالفت‌ها وجود داشت و آن تاکید بر قانون به عنوان عنصر بنیادین و چه بســـا مبدا و مقصد در لوای مکتب حقوق موضوعه بوده اســـت. این امر بیش از همه، ریشـــه در رویکرد شکل‌گرایانه اندیشمندان دارد؛ کما این‌که حقوق موضوعه را ناشی از شـــکل‌گرایی یا حتی معادل آن دانسته‌اند (کلهر، ۱۳۸۹: ۲۷۸)؛ از این رو، به لحاظ نفی حق‌ها یـــا حداقل تاکید بر عدم تقدم آن‌ها در حقوق موضوعه، عمده‌ترین دلیل توجیه برتری حق بر قانون، نفی و رد شـــکل‌گرایی است. توجیه این مهم باعث می‌شـــود قانون نه به عنوان هدف، بلکه به عنوان وسیله‌ای در نیل به هدف تلقی شود و به جای بیان اراده حاکم، به بیان اراده فرد فرد افراد جامعه که برخاسته از نیاز آن‌ها اســـت بپردازد و اینجاســـت که اگر احترام به این اراده آزاد با عقلانیت همراه باشد، تضمین حق‌ها را در پی خواهد داشـــت؛ بر این اساس، به ترتیب به شکل‌گرایی و رد آن و تلقی قانون به عنوان وســـیله و نهایتاً لزوم انعکاس نیازهای جامعه توسط قانون، به عنوان ابعاد توجیهی برتری حق بر قانون پرداخته می‌شود.

شـــکل‌گرایی[1] و مذمت آن ریشه در تاریخ دوران باســـتان دارد؛ به طوری که سیســـرو[2] در قـــرن اول پیش از میلاد، قائـــل بر این بود که قانـــون عالی‌تر ظالمانه‌تر اســـت (Matczak, 2019: 62)[3]؛ شکل‌گرایی واجد معانی مختلفی در فلسفه و حقوق اســـت؛ از حیث لغوی به معنای ترکیب و ســـاختار بیرونی و ظاهری شیء در مقابل ماده می‌باشـــد و بر این اساس، در معنای فلســـفی منظور از شکل آن چیزی است که در برابـــر محتوا قرار می‌گیرد (کلهر، ۱۳۸۹: ۲۷۲)، اما در حقوق واجد معانی مختلف اســـت؛ در یک معنا در مقابل ماهیت اعمال حقوقی یا اصل آزادی اراده قرار می‌گیرد و از جمله علل شـــکل‌گرایی در این معنا، اسارت ذهن در بند تأثرات مادی و عجز از درک مقولات و مفاهیم معنوی و اعتباری بدون نمادهای محســـوس، اصالت جامعه و نفـــی هویت فردی، عدم درک آزادی اراده فردی و توانایی عقل و اراده فرد، حاکمیت مطلق بر شهروندان و فقدان آزادی و استقلال فردی بیان می‌شود (قاسمی، ۱۳۸۵:۱۸۳ و ۱۸۷ و ۱۸۹). معنای دیگر شکل‌گرایی، تاکید بر ویژگی‌های ظاهری به جای اصول ماهوی و مفهوم گرایی اســـت که منجر می‌شود شـــکل در برابر شایستگی قرار گیرد و ایـــن امر به عدم توجه به ارزش‌های متعالی از جمله حق و عدالت منجر می‌شـــود (Bayefsky, 2022: 1459; Hoexter, 2004: 599).

در معنای دقیق‌تر، در دانش حقوق به خصوص در مباحث رابطه حق و قانون، شـــکل‌گرایی را می‌توان معادل ساختار و مرتبت در نظر گرفت (کلهر، ۱۳۸۹:۲۷۲). از این حیث، شکل‌گرایی منجر به برتری قانون بر حق گردیده است که این امر ریشه در شـــکل‌گرایی هگلی داشته که قانون را ساخته و پرداخته دولت می‌داند و به تبع فرد و فردیت و حق‌های وی، معنای خود را از دست داده و صرفاً درون دولت معنا می‌یابد (شـــهابی، ۱۳۸۹:۴۸). فهم این موضوع را می‌توان در نوعی غلبه و تسلط جست‌وجو کـــرد؛ از آنجایی که قانون اراده دولت تلقی می‌شـــود و حق جلوه‌ای از فرد بشـــری است، قرار گرفتن تشکیلات عریض و طویل سازمان‌های گسترده دولت با آن قدرت ســـهمگین در برابر فرد انسانی را می‌توان با دید شـــکلی و ظاهربین، تسلط بلامنازع دولت بر فرد تلقی نمود؛ به طوری که این برتری در شـــکل، توجیه کننده برتری اراده

1. Formalism
2. Cicero
3. The highest law the highest injustice

و عملکرد دولت در لوای قانون است (پورمحمد، ۱۳۹٦: ۱۵۸-۱٦٤).

در بعضی نظریات شکل‌گرایی در گذشته از حیث ایجاد برابری امری مطلوب به حساب می‌آمد (راسخ و سید آقایی، ٦۹:۱۳۹۵)؛ از این روست که نظریه‌پردازی‌هایی در مدح شـــکل‌گرایی و دولت و قانون توســـط هگل و همچنین نظریه دستور حاکم آســـتین و به دنبال آن‌ها شـــکل‌گرایی هنجاری هانس کلســـن[1] با تاکید بر شکل نظام حقوقی، بدون توجه به محتوای آن را شـــاهدیم که قانون را ناشی از عمل پارلمان یا دستور یک فرمانروای مســـتبد می‌داند و ملاک، قدرت و اعتبار مرجع است تا قاعده را صادر کند. بر این اســـاس، آستین و کلسن هر دو شکل‌گرا می‌باشند؛ با این تفاوت که اولی زورمدار و دومی قاعده‌مدار اســـت؛ در واقع کلســـن با این نظریه، حقوق را خالص از هر چیز دیگری مثل اخلاق نمود؛ حقوق‌دانِ مورد نظر کلســـن، عاقلی است بی‌روح که برای او تفاوتی نمی‌کند در آلمان نازی باشد یا جمهوری افلاطون؛ او تنها به صورت قواعد می‌اندیشـــد و بر اصل عالی دولتی تاکید می‌کند و سرچشمه حقوق را اراده دولت می‌داند (کاتوزیان، ۱۸۳:۱۳۹۵). این رویکردهای شکل‌گرایانه در زمان آلمان نازی اثبات‌گرایی مطلق با شـــعار«قانون قانون است و به محتوای آن نباید توجه کرد» را مســـلط گرداند که به فجایعی انجامید؛ در واقع حقوق به‌ســـان بازیچه‌ای در دســـتان دولت قرار گرفت. بعـــد از جنگ جهانی دوم، به تبع ایـــن فجایع، بعضی از حقوق‌دانان از جمله رادبروخ[2] قانون تهی از محتوای حق و عدالت را قانون بی‌قانونی نامیدند و احیای حقوق طبیعی با آراء دادگاه نورنبرگ آغاز شد (موحد، ۱۳۹٦: ۲٦۷)؛ از ســـوی دیگر، پذیرش حقوق موضوعه در هر جامعه‌ای به دلیل توجه به هست‌ها و نادیده گرفتن ضعف‌ها باعث عدم پیشرفت می‌شود که این مهم سبب وقوع انقلابات یا اصلاحات با وعده آرمان‌های متعالی چون تضمین حق و برقراری عدالت می‌شود؛ ایـــن امر بیان‌گر و مثبِت قواعد حقوق طبیعی بالاتر اســـت کـــه حقوق موضوعه باید در مســـیر این آرمان‌های هنجاری حرکت کند و غفلت از این باعث می‌شـــود حقوق موضوعه مجدد در دام فرمالیســـم بیفتد و به ســـوی ظاهر قانون کشانده شود؛ که البته این جمود با طبیعت محافظه‌کارانه قانون سازگارتر است؛ کما این‌که، قانون بیش از هر

1. Hans Kelsen
2. Gustav Radbruch

چیز به حفظ نظم و ثبات جامعه می‌اندیشد و به نوآوری روی خوش نشان نمی‌دهد. قانون به جای این‌که برای مصلحت اجتماع وضع شـــود، با برداشـــت‌های ذهنی اهل حرفه که قانون را در مسیر خود هدایت می‌کنند، چه بسا از هدف خود منحرف شود و بر خلاف حق و مصالح اجتماع سیر یابد (موحد، ۱۳۹۶:۸۵)؛ این‌گونه است که قانون به جای بیان اراده عموم، به لحاظ انطباق با معیارهای شـــکلی، از محتوایی بر اســـاس اراده حاکمان و منافع حزبی و گروهی آنان برخوردار می‌شـــود. این موضوع می‌تواند در ابعاد دیگری از جمله اصالت نهاد قانون‌گذاری نیز مورد بررسی قرار گیرد؛ همواره چه بســـا نمایندگان مجلس در واقع امر، نـــه نمایندگان تمام مردم، بلکه اکثریت آنانی باشـــند که در انتخابات شرکت کرده‌اند و احتمال دارد فزونی شمار آنان ناچیز و حتی صوری باشد؛ حتی در هنجارهای بالاتری چون قانون اساسی، این وضع قابل مشاهده است؛ قانون اساسی همواره نتیجه اراده واقعی و آگاهانه مجموعه افراد جامعه نیست؛ گاه نوشته شورای انقلاب یا کودتاگران غالب است و به مردم تحمیل می‌شود و مردم با آری یا نه، اراده خود را به طور کامل بروز نمی‌دهند. بر این اســـاس، دولت‌ها نباید محدود به اراده خود از طریق وضع قانون باشند، بلکه باید به وسیله اصولی برتر چون حقوق بشر محدود شوند (کاتوزیان، ۱۳۷۷؛ ۱۰۲– ۱۰۳ و ۱۱۸).

شـــکل‌گرایی در بعد رفتاری نیز بر قضات تاثیر می‌گذارد؛ چه این‌که، نه تنها به طور کلی زمینه زوال منش اخلاقی از جمله سرلوحه قرار دادن آرمان حق و عدالت در یک قاضی فضیلت‌مند را فراهم می‌نماید (سمائی و دیگران، ۱۴۰۱: ۴۹)، بلکه گاه بین قانون و حق اخلاقی انطباق وجود ندارد؛ دستگاه دادگستری در احقاق حق و دستیابی بـــه عدالت فرو می‌ماند و به فصل خصومت اکتفـــا می‌کند؛ در حقیقت میان حقی که در واقع وجود دارد و حقی که در ظاهر چنان می‌نماید پرده آویخته؛ که چشـــم مسلح بـــه قانونِ قاضی موفق به برانداختن آن نمی‌شـــود و قاضی به دلیل این حجاب، حق ظاهری را انتخاب کرده و فصل خصومت می‌کند. در کنار این نقش تنش‌آفرین، قانون بـــا تاکید بر ظاهر با داعیه اجرای عدالت، همه ناکامان جامعه را به فردای بهتر امیدوار می‌کند و همه کامروایان را به حمایت خود مســـتظهر می‌دارد و بدین‌سان با نقش آرام کننده خود، صرفاً به فرو نشاندن تنش‌ها کمک می‌کند (موحد، ۱۳۹۶: ۸۷) و اینجاست کـــه در کوتاه‌مدت به لحاظ فصل خصومت صرف و نه احقاق حق، آرامش ظاهری و

نسبی در جامعه ظاهر می‌شود، اما در بلندمدت جو بی‌اعتمادی به قاضی و قانون و دولت به دلیل عدم توجه به حق ایجاد می‌شود.

دام شکل‌گرایی که منجر به عدم توجه به اخلاق و حق‌های اخلاقی می‌شود، به لحاظ آن‌که جلوه دیگری از حقوق موضوعه است، نتیجه دیگری که به همراه حقوق موضوعه به بار می‌آورد، تلقی قانون به عنوان «هدف» و نه «وسیله» است؛ در واقع به مانند طرفداران اصالت اجتماع که عده‌ای با عنوان نماینده اجتماع در لوای دولت بر دیگران مسلط گردیده و با تمسک به حقوق موضوعه، دولت و قانون را به عنوان هدف در نظر می‌گیرند تا از طریق قانون، اعمال اقتدار نمود و به مقاصد شخصی و گروهی خود برسند؛ در همین راستا سوء استفاده دولت‌ها به دو صورت جلوه‌گر می‌شود: جلوه بیرونی با جنگ و تجاوز و جلوه درونی با ستم و سرکوب شهروندان همراه است؛ به قول فوکو[1] حاکمیت استیلایی است که با لباس‌های مختلف (فئودالیسم، سلطنت مطلقه، آریستوکراسی و پارلمانتاریسم) بروز می‌کند (موحد، ۱۳۹۶:٤٦٦).

از این رو برخلاف نظر کانت که انسان را هدف می‌داند و نه وسیله (همان: ۳۲۹)، طرفداران حقوق موضوعه مبنای حقوق را اراده دولت دانسته و در مواردی راه افراط را طی کرده و قانون را که یکی از منابع حقوق است، به عنوان یگانه منبع حقوق معرفی می‌کنند (کاتوزیان، ۱۳۹۳/الف:۱) و بعضی از آن‌ها از جمله فایده‌گرایان با تلقی قانون با بنیاد منفعت، حق را به عنوان وسیله در نظر می‌گیرند و نه هدف؛ در همین راستا، با ذهن منفعت‌جوی خود، از انکار همین حداقل حق‌های پذیرفته شده ابا می‌ورزند؛ بدان علت که قائل به این واقعیت‌اند که اگر حق‌ها انکار شود، در جامعه خوف و ناامنی و بی‌نظمی به وجود می‌آید (موحد، ۱۳۹۶:۲۹۵)، موضوعه‌گرایان اغراق نموده و اعتبار قانون را ذاتی دانسته‌اند و بر این نکته تاکید می‌نمایند که به دلیل غلبه مدنی بالطبع بودن انسان، لزوم حفظ نظم در اجتماع ضروری است که این نظم با قانون تامین می‌شود و لذا قانون «هدف» است؛ به طوری که بعضی فلاسفه بزرگ چون سقراط تحت تاثیر جو غالبِ اصالتِ جمع و قانون‌پرستی، برای پرهیز از نقص قانون، جام زهر را نوشیده‌اند و این وضع تا دوران معاصر نیز ادامه یافته و قرن نوزدهم به عصر طلایی قانون و قرن بیستم به عصر دولت به عنوان نماینده قانون لقب گرفت

1. Paul-Michel Foucault

(کاتوزیان، ۱۳۹۳/الف: ۱۳-۲۳).

در پاسخ به آن‌هایی که قانون را هدفی کامل تلقی می‌کنند باید گفت کمال قانون، فرضی بیش نیست؛ کما این‌که جامعه به عنوان بستر جریان قانون مانند بدن زنده پیوسته در حال حرکت و تحول می‌ماند که تفسیر لفظی قانون به هیچ وجه با اجتماع انطباق نداشته و مشکلی را حل نمی‌کند (همان: ٢٤) و چه بسا قاضیان کنش‌گر را که درصدد پاسداری از حق‌های مردم هستند، به قضات محافظه‌کار تبدیل می‌کند (سمائی و حبیب‌زاده، ۱۴۰۲: ۱۵۹)؛ افزون بر این، اگر هدف به این ارزش صوری محدود شود، بهانه‌ای به دولت حاکم می‌دهد تا قانون را وسیله حفظ نظمی سازد که خود می‌پسندد و هرگونه ستمگری توجیه می‌شود و لذا برای اجتناب از این خطر، نظم و امنیت و قانون و دولت «وسیله» است و نه «هدف» (کاتوزیان، ۱۳۹۵:۳۸۳). از طرف دیگر هیچ قانونی نمی‌تواند جامع باشد؛ چرا که به لحاظ تحولات اجتماعی ممکن است قانونی که در یک زمان موثر بوده، با گذشت زمان، تاثیر خود را از دست بدهد و هدفی که تاثیر خود را از دست دهد مناسبتی با اتخاذ به عنوان هدف ندارد؛ کما این‌که هدف به ذات بایستی ارزشمند باشد و نبایستی با عوارض از جمله گذشت زمان از ارزش آن کاسته شود (سیروس و صبوری‌نیا و مرزی،۱۳۹۰:۲۱۵) (Sulaeman, 2014: 13).

شکل‌گرایی در حقوق موضوعه و تلقی قانون به مثابه هدف، چالش دیگری را با عنوان عدم توجه به نیازها در اجتماع فراهم می‌آورد. همواره در عالم طبیعت نیازهایی وجود دارد که وجود آن حق طبیعی را توجیه می‌نماید؛ به طور مثال، نیاز به خوردن و آشامیدن حق تغذیه را برای انسان به ارمغان می‌آورد و پاسخ انسان به این نیازها حق طبیعی محسوب می‌شود. بر این اساس وجود نیازها برای انسان نشان از وجود حق‌هایی برای آن‌ها در طبیعت است، پس کلیه قوانین باید با حق طبیعی هم‌سو باشد (جاوید، ١٣٩٦:٦٤). از طرف دیگر، مرسوم است که گفته شود قانون بر اساس نیاز جامعه به تصویب نمی‌رسد؛ به عبارت دیگر، از آنجا که تقنینِ شایسته بر اساس نیازهای جامعه بوده و از عناصر موثر در ارتقای قانون‌گذاری تلقی می‌شود، عدم توجه به نیاز جامعه در تقنین، باعث تصویب قوانین بی‌کیفیت و به تبع ایجاد هزینه‌های اجتماعی و اقتصادی در هر جامعه می‌گردد؛ بنابراین پیش از تقنین باید

نیازسنجی تقنینی برآمده از حق شهروندان در تعیین سرنوشت به عمل آید (حبیب‌نژاد و تقی‌زاده، ۱۳۹۸: ۲۵).

بر این اساس، چه بسا قوانین امروزی با وجدان عمومی، آگاهی اجتماعی و وضع اجتماعی انطباق ندارند و این امر اجرای قانون را در جامعه با مشکل مواجه می‌کند؛ به طوری که از این معضل به عنوان «پدیده کوه یخ»[1] یاد کرده‌اند؛ عدم توجه به نیازهای افراد جامعه به مانند کوه یخ شناور در آب است که ده درصد آن در بیرون از آب نمایان است و نود درصد آن در درون آب و دور از دید کشتی‌بانی که به مثابه حکمران جامعه سیاسی در حال هدایت کشتی بزرگ با مسافران زیاد به‌سان یک جامعه و افراد آن است؛ عدم انطباق قانون با نیازها و به طور دقیق‌تر، عدم انطباق آن با حق‌ها، به مانند کوه یخ با ظاهر قانون، موضوعات و معضلات اجتماعی را به درستی نمایان نمی‌کند و صرفاً بخش ناچیزی از آن نمایان می‌شود و عمده مشکلات از طریق قانون لاینحل باقی می‌ماند. در این حالت قانون نه تنها حلال مشکلات جامعه تلقی نمی‌شود، بلکه باعث شکاف و اعوجاج در اجتماع شده و حکمرانان جامعه سیاسی که به مثابه کشتی‌بان در حال هدایت کشتی جامعه می‌باشند، به دلیل عدم رویت کوه یخ با آن برخورد کرده و صدمات جبران ناپذیری متحمل می‌شوند. بروز جنبش‌ها، مبارزات سیاسی و انقلاب‌ها نیز ریشه در این وضعیت حیاتی دارد (Istianto, 2018: 54).

1. Iceberg phenomenon

برآمد

۱- دوگانه حق و قانون، در نقطه آغاز در بستر دوگانه اصالت فرد و اصالت اجتماع متولد می‌شوند؛ در ادامه در فلسفه حقوق نیز در بستر دوگانه حقوق طبیعی و حقوق موضوعه رشد و نمو یافته و محور تضاربِ افکارِ اندیشمندان قرار می‌گیرد؛ که در نهایت در جهان معاصر، به عنوان دو رکن بنیادین نظام‌های حقوقی، حقوق بشر و حاکمیت قانون جلوه‌گر می‌شود؛ این دوگانه، در صورت انطباق با هم، نه تنها باعث شکوفایی استعدادهای فردی و رونق و پیشرفت جامعه می‌شود، بلکه موجبات جمع دو بنیان اساسی نظام‌های حقوقی معاصر یعنی حقوق بشر و حاکمیت قانون را فراهم می‌کند؛ به طوری که حاکمیت قانون ماهوی، تضمین کننده حق‌های بشری خواهد بود.

۲- حق اصولا از مفاهیم هنجاری و قانون نیز از مفاهیم توصیفی است. دوگانه حق و قانون که قبلاً در بستر مکاتب فلسفی و به تبع فلسفی حقوقی رشد یافته بودند، در عرصه مفهومی نمود مستقلی می‌یابند؛ ضمن این‌که تصور دوگانگی حق و قانون، مستلزم فرض دوگانگی مفهوم اخلاقی و مفهوم قانونی حق می‌باشد؛ کما این‌که تلقی حق قانونی به لحاظ لزوم وضع حق‌ها توسط قانون، با برتری حق در مباینت قرار می‌گیرد. پس از فهم دوگانگی مفهومی حق، از بین معانی مختلف حق که عبارت است از آزادی، ادعا، امتیاز، شایستگی و درستی، معنای شایستگی اخلاقی به عنوان چارچوب مفهومی در ابتدای امر و معنای درستی در کاربست نهایی، به عنوان مناسب‌ترین معانی در بررسی برتری حق بر قانون برگزیده شد؛ ضمن این‌که قانون به معنای اراده دولت در نظر گرفته شد؛ با رویکردی هستی‌شناسانه، حق به عنوان روی دیگر سکه انسان تلقی می‌شود و در نقطه مقابل، قانون ناشی از یک موجود انتزاعی و قراردادی به عنوان دولت در نظر گرفته می‌شود که به لحاظ ذاتی و جهان‌شمول بودنِ حق و انتساب به یک موجود واقعی، تفوق آن بر قانون ناشی از اراده امری انتزاعی و دست‌ساز، امری بدیهی است.

۳- اصلی‌ترین دلیل توجیهی برتری حق بر قانون، رد و انکار شکل‌گرایی است. شکلگرایی به دنبال اصالت جمع، عامل اصلی تضییع حقها در لوای قوانین مصوب دولت‌ها تلقی می‌شود؛ تلقی دولت با تشکیلات عریض و طویل و اختیارات

سهمگین، در برابر فرد بشری با حقوق وضعیِ ضعیف و نحیف و تاکید بر اهمیت دولت و اراده آن در لوای قانون، یکی از مصادیق بارز شکل‌گرایی با مفهوم ساختاری و تاکید بر مرتبت و سلسله مراتب نهادهای دولتی است؛ با بررسی این ادعا در بستر اصالت اجتماع، جلوه دیگری از شکلگرایی در گذر قدرت از جامعه به دولت نمود می‌یابد؛ آنجا که حکمرانان با استفاده از قاعده غلبه و تسلط، که نتیجه آن برتری ظاهری و شکلی است، با تفسیر خاص از واژههای توده، جامعه و مردم، خود را نماینده آنان معرفی و نظر خود در راستای استقرار قدرت سیاسی را نظر مردم اعلام می‌کنند و در توجیه اعمال خود که چه بسا در راستای منافع شخصی و گروهی خود است، قانون را به عنوان هدف به جای وسیله معرفی می‌کنند؛ در حالی که، قانون فاقد ارزش ذاتی بوده و ارزش آن بستگی به محتوای آن از جمله در نظر گرفتن حق‌ها دارد.

٤- این نوشتار با نفی هرگونه جامعهستیزی و قانونگریزی و اتخاذ راه حل میانه و متعادل با برتری اصالت فرد بر اصالت اجتماع (ضمن پذیرش هر دو نظریه) و رد شکلگرایی، نتیجه میگیرد که حق بایستی موید قانون باشد و نه قانون موید حق؛ به واقع، عدالت همان برابری حق‌ها است و در بستر نظریه جمع بین اصالت فرد و اصالت اجتماع قابل تصور است. قوانین در زمان تصویب باید تبیین کننده و تضمین کننده حق‌ها به طور برابر باشند و قضات نیز به عنوان حافظان اصلی حق و عدالت، باید چشم مسلح به حق و عدالت داشته باشند و نه چشم مسلح به قانون؛ تا فرد از فرد حمایت کند.

۵- راه حلِ تضمین برتری حق بر قانون از طریق راهکار حقوقی سیاسی با مراجعه مستقیم به آرای عمومی (همه پرسی) و در بعد قضایی، تفسیر قضایی قانون بر اساس حق اخلاقی و همچنین نظام‌هایِ حقوقیِ متناسب با این راهکارها و تقسیم دولت‌ها به دو دسته کلی دولتهای هابزی اشمیتی و کانتی دورکینی و بررسی کارکردهای آنان است که بعد عملی تحقیق انجام شده را شامل می‌شود و مستلزم انجام پژوهش‌های جداگانه است.

فهرست منابع

الف. فارسی

* الماسی، مسعود و واعظی، احمد (۱۴۰۱)، «**مبانی و پیامدهای نص‌گرایی قانونی در نظام قضایی معاصر**»، دانش حقوق عمومی، شماره ۳۵.
* بیکس، برایان (۱۳۸۹)، **فرهنگ نظریه حقوقی**، برگردان: محمد راسخ، چاپ نخست، تهران: نی.
* پورمحمد، اباست (۱۳۹۶)، **دولت و حقوق فردی**، چاپ نخست، تهران: خرسندی.
* جانسون، رابرت نیل (۱۳۹۵)، **فلسفه اخلاق کانت**، برگردان: مهدی اخوان، چاپ نخست، تهران: ققنوس.
* جاوید، محمدجواد (۱۳۹۶)، **مکاتب فلسفه حقوق**، چاپ نخست، تهران: خرسندی.
* حبیب‌نژاد، سیداحمد و تقی‌زاده، احمد (۱۳۹۸)، «**نیازسنجی تقنینی عنصری بایسته در قانون‌گذاری شایسته**»، دانش حقوق عمومی، شماره ۲۶.
* راسخ، محمد (۱۳۹۴)، **درس‌گفتارهای فلسفه حق و فلسفه حقوق عمومی**، چاپ نخست، تهران: خانه اندیشمندان علوم انسانی.
* راسخ، محمد؛ بیات کمیتکی، مهناز (۱۳۹۰)، «**مفهوم مصلحت عمومی**»، تحقیقات حقوقی، شماره ۵۶.
* راسخ، محمد و پورسید آقایی، سید حمید (۱۳۹۵)، «**نگاهی انتقادی به شکل‌گرایی در حقوق**»، تحقیقات حقوقی، شماره ۷۴.
* رحمت‌اللهی، حسین؛ آقا محمد آقایی، احسان (۱۳۹۹)، **حقوق طبیعی و حقوق موضوعه و آثار آن بر ساختار قدرت و حقوق عمومی**، چاپ دوم ،تهران: مجد.
* رحمت‌اللهی، حسین؛ موالی‌زاده، سیدباسم (۱۳۸۹)، «**از جمع‌گرایی تا فردگرایی؛ تاملی بر نگرش‌های جمع‌گرا بر قوانین اساسی**»، نشریه حقوق اساسی، شماره ۱۴.
* سمائی، مهدی و حبیب‌زاده، محمدجعفر و نوبهار، رحیم (۱۴۰۱)، «**قاضی فضیلت‌مند؛ سهم فضیلت‌گرایی در نظریه قضاوت**»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۱۱۸.
* سمائی، مهدی و حبیب‌زاده، محمدجعفر (۱۴۰۲)، «**قاضی همچون نگهبان حق‌ها؛ جستاری درباره رویکرد حق‌محور به کنش‌گری قضایی**»، مجله حقوقی دادگستری،

شماره ۱۲۲.
* سیروس، داوود و صبوری‌نیا، میرزاعلی و مرزی علمداری، جبرئیل (۱۳۹۰)، «**چالش‌های قانون‌گرایی؛ اعتبار و پایایی قانون**»، پژوهش‌های حقوقی، شماره ۱۹.
* شهابی، مهدی (۱۳۸۹)، «**توجیه و انکار مفهوم حق؛ تاملی بر تضاد یا تعامل واقعیت و ارزش در نظام حقوقی**»، حقوق تطبیقی، شماره ۲.
* شیرزاد، امید (۱۳۹۹)، «**جماعت‌گرایی و حقوق عمومی؛ نسبت‌سنجی و تحلیل**»، تحقیقات حقوقی، شماره ۳۷۱.
* طالبی، محمدحسین (۱۳۹۱)، **درآمدی بر فلسفه حق**، چاپ نخست، قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.
* عباسی، بیژن (۱۳۸۸)، **مبانی حقوق اساسی**، چاپ نخست، تهران: جنگل.
* فلسفی، هدایت‌الله (۱۳۹۰)، **صلح جاویدان و حکومت قانون**، چاپ نخست، تهران: فرهنگ نشر نو.
* قاری سیدفاطمی، سید محمد (۱۳۹۶)، **حقوق بشر در جهان معاصر**، چاپ پنجم، تهران: نگاه معاصر.
* قاسمی، محسن (۱۳۸۵)، «**سیر تحول شکل‌گرایی در حقوق مدنی**»، حقوق تطبیقی، شماره ۲.
* کاپلستون، فردریک (۱۳۸۶)، **تاریخ فلسفه غرب، یونان و روم**، جلد نخست، برگردان: سیدجلال‌الدین مجتبوی، چاپ ششم، تهران: شرکت انتشارات علمی فرهنگی.
* کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۷)، **مبانی حقوق عمومی**، چاپ نخست، تهران: دادگستر.
* کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۵)، **فلسفه حقوق، تعریف و ماهیت حقوق**، جلد نخست، چاپ هشتم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
* کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۳الف)، **فلسفه حقوق**، جلد دوم، چاپ پنجم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
* کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۳ب)، **فلسفه حقوق**، جلد سوم، چاپ پنجم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
* کلهر، جواد (۱۳۸۹)، **اصالت شکل در حقوق عمومی**، رساله دکتری، تهران:

دانشگاه شهید بهشتی.
* کلی، جـــان (۱۳۸۸)، **تاریخ مختصر تئوری حقوقـــی در غرب**، برگردان: محمد راسخ، چاپ دوم، تهران: طرح نو.
* کیوانفر، شـــهرام (۱۳۹۹)، **مبانی فلسفی تفســـیر قانون**، چاپ دوم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
* گرجـــی ازندریانی، علی‌اکبر و بهادری جهرمی، محمـــد (۱۳۸۸)، «**تفکیک قلمرو قانون از قلمرو آیین‌نامه در نظام حقوقی ایران**»، نشریه حقوق اساسی، شماره ۱۲.
* گلدینگ، مارتین (۱۳۷۸)، «**مفهوم حق؛ درآمدی تاریخی**»، برگردان: محمد راسخ، تحقیقات حقوقی، شماره ۲۵.
* گودرزی بروجردی، محمدرضا و مقدادی، لیلا (۱۳۸٦)، **دانشنامه مشاهیر حقوق**، چاپ نخست، تهران: جنگل.
* موحـــد، محمدعلی (۱۳۹٦)، **در هوای حق و عدالت؛ از حقوق طبیعی تا حقوق بشر**، چاپ پنجم، تهران: کارنامه.
* میرزازاده، افســـانه و قاری ســـیدفاطمی، ســـیدمحمد (۱٤۰۰)، «**اخلاق فضیلت اودایمونیایی و حقوق فردی؛ بررســـی دیدگاه دوگلاس راســـموس و دوگلاس دنییل**»، تحقیقات حقوقی، شماره ۹٦.
* هیوود، اندرو (۱۳۸۹)، **کلیدواژه‌ها در سیاست و حقوق عمومی**، برگردان: اردشیر امیرارجمند و سیدباسم موالی‌زاده، چاپ دوم، تهران: امیرکبیر.

ب. انگلیسی

* Bayefskey, Rachel (2022), **"Order without Formalism"**, George Washington law review, Vol. 90, No .5 .
* Chemerinsky, Erwin (2011), **"Formalism without a Foundation"**, stern marshal.
* Duke, George, George, Robert (2017), **Natural Law and Jurisprudence**, First Edition, New York: Cambridge University Press.
* Longford, Peter; Bryan, Ian; Macgarry, John (2016), **Kelsenian Legal Science and Nature of Law**, First Edition, New York :Springer.

❋ Maccombs, Mark (1991), **The Moral Philosophy of Individualism; History and Relationship with Collectivism**, Drafting In, Vol. 6 ,No.2 .

❋ Maris, cees; Jacobs ,Franse (2011), **Law, Order and Freedom**, translated by J.R.De ville, First Edition, New York :Springer.

❋ Matczac, marcin (2018), **"why judicial formalism is incompatible with the rule of law"**, The Canadian journal of law and jurisprudence, Vol.31, No.1.

❋ Sellers, Mortimer (2007), **Autonomy in the Law**, First Edition, New York : Springer.

❋ Sulaeman, Elham (2014), **Limits of Legal Ability in Facing Social Change**, Journal Hukum Islam, Abstract in English,Vol.12, No.1.

❋ Tamanaha, Briyan (2016), **Law as a means to an end**, First Edition, New York: Cambridge university Press.

❋ Wacks, Raymond (2006), **Philosophy of Law a Very Short Introduction**, First Edition, New York: Oxford University Press.

❋ Yuli Isdianto, Ilham (2018), **Problems of Legal Theory**, Legal Construction and Social Awareness, Journal Hukum Novelty, Abstract in English,Vol.9, No.1.

مجله حقوقی دادگستری

مقاله پژوهشی/ دوره ۸۸/ شماره ۱۲۵/ صفحات: ۳۳۳-۳۱۱
تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۱۰/۰۳ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۳/۱۳

روش «عناصرشناسی معاملات» جعفری لنگرودی در برابر «منطق صوری» و روش «صدق اسم» و «ارکان و شروط»

فاطمه محمدقلی‌ها،[۱] محمد عبدالصالح شاهنوش فروشانی[۲]

چکیده

در هر علمی بر اساس روشی خاص، به بررسی مسائل پرداخته می‌شود. روش از مهم‌ترین ارکان هر پژوهش است و نتایج پژوهش تابعی از روشی است که در آن به کار گرفته شده است. از منظر روش‌شناسانه می‌توان نقاط ضعف و قوت هر پژوهشی را یافت. پژوهش حاضر بـــا روش تحلیلی توصیفی به ارزیابی روش‌های رایج فقهی حقوقی در بررســـی ماهیات حقوقی در حوزه معاملات می‌پردازد و ضمن بیان معایب و مزایای روش‌های فعلی، روش عناصرشـــماری اســـتاد جعفری لنگرودی را تبیین و انتخاب می‌کند. در این روش، با تکیه بر عرف و اصالت عمل و انتقاد از منطق صوری و روش‌های مبتنی بر شرح الفاظ و همچنین احتراز از کاربست عناوین اختلاف‌برانگیز نظیر شرط، رکن و سبب، روش استدلالی خاص معرفی می‌شود. نظریه عناصرشناسی می‌تواند در تعیین ماهیت برخی از عقود و تمییز آن‌ها از دیگر انواع عقد راهگشا باشد.

واژگان کلیدی: روش‌شناســـی، عرف‌عادت، منطق صوری، صدق اسم، ارکان و شروط، عناصرشناسی.

---

۱. دانشجوی دکتری موسسه عالی اموزش پژوهش مدیریت و برنامه ریزی
f.mohamadgholiha.90@gmail.com

۲. عضو هیات علمی دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری (نویسنده مسئول)
shahnoosh@ujsas.ac.ir

درآمد

واژه روش، هرگونه شـــیوه به کارگیری ابزار مناســـب برای رسیدن به مقصود را شامل می‌شـــود. برخی تعاریف این واژه، ناظر به فرایند تکـــون و تولید نظریه و علم است (ساروخانی، ۱/۱۳۷۵: ۲٤) و در مواردی به «شیوه تفـــکر» معنا شده است (پارســـانیا، ۱۳۸۸: ۳۹). برخی تلقی‌ها به نوع رویکرد اشـــاره دارد و دسته‌ای دیگر به معنای تکنیک می‌باشـــد (کاکایی، ۱۳۹۰: ۵۸). بر این اســـاس، روش شامل مجموعه فرایندها، قواعد، ابزارها و راه‌هایی است که انسان را هنگام پژوهش به کشف مجهولات هدایت می‌کند (ســـاروخانی، ۱/۱۳۷۵: ۲٤). روش‌شناسی[1] به معنای بررسی شیوه‌های اندیشـــه و راه‌های تولید دانش، به عنوان دانشـــی درجه دوم و فرانگر، از نگاه بیرونی به روش‌های علوم می‌پردازد (پارســـانیا، ۱۳۸۸: ٤۰) و نقش«اداره‌کننده محقق» و ابزار «مسیریابی» را بر عهده دارد؛ از این رو، اصالت تحقیق با روش‌شناسی آن گره خورده و ملاک تولید معرفت علمی موجه، معتبر، پایا، کاملاً متکی بر رعایت روش‌شناســـی آن علم اســـت (آبین، ۱٤۰۱: ۱۵٦–۱۵۷). به این ترتیب، روش ســـیری است که برای تحصیل یک معرفت طی می‌شود و روش‌شناسی نوعی معرفت درجه دوم است که از نظر به روش‌های معرفتی پدید می‌آید (پارسانیا، ۱۳۸۸: ٤۰) در روش‌شناسی حقوق، مواردی چون روش‌شناســـی قواعد بنیادین، روش‌شناسی تقنین، روش‌شناسی تفسیر، روش‌شناسی تطبیق یا اجرا و روش‌شناسی نهادسازی مورد بررسی است (حکمت‌نیا، ۱۳۹۳: ۷–۳۸).

در حقوق اسلام برای تبیین عرف عملی به ویژه در موضوع معاملات تلاش‌های بسیاری صورت گرفته است که نمونه‌هایی از آن را می‌توان تحت عنوان «روش صدق اسم» و «روش ارکان و اجزاشناسی» موضوعات حقوقی نام برد. استاد لنگرودی روش دیگری را برای شناخت موضوعات حقوقی با استفاده از عرف‌عادت پیشنهاد می‌دهد که با توجه به تألیفات ایشان، می‌توان آن را تحت عنوان«موضوع‌شناسی بر پایه روش عناصرشناســـی» نامید (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷ب: ٦۱ به بعد) که به همین مناسبت، آن را با منطق یونان و نیز دو روش فوق در فقه مقایسه می‌کند.

---

۱. روش‌شناســـی یک علم مبتنی بر مبانی خاص و فضای گفتمانی آن علم بوده و بیان‌گر منطق حاکم بر مسیر، شیوه‌های استدلال و تولید نظریه در آن علم است؛ این در حالی است که روش تحقیق مبیّن ابزارهای ورود به واقعیات، تکنیک‌های گردآوری و تحلیل اطلاعات است (ایمان، ۱۳۹٦: ٤٤–۵٤).

در فقه و حقوق ایران از روش شـــرح لغوی و اصطلاحاتی مانند سبب، رکن، شرط، مقتضی و مانع استفاده می‌شود. ایشان ضمن اذعان به وجود درجاتی از کارایی برای روش‌های موجود، این روش‌ها را دچار اشـــکال دانســـته و روش دیگری به نام عناصرشناســـی ارائه می‌دهد که بر اســـاس آن، از جزئیات بـــه کلیات صعود کرده و هـــر موجود اعتباری به طور جداگانه مورد بحث قرار می‌گیرد تا اجزای ســـازنده آن روشـــن شود (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۷ ج: ۱۱). مهم‌ترین اشکال ایشان به نظریه‌های پیش‌گفته، فاصله با عرف عملی تجار در برخی موارد، در گیر و دار الفاظ بودن و ابهام عرف نظری است.

هدف این مقاله، واکاوی روش خاص استاد جعفری لنگرودی و تبیین تفاوت آن با روش‌های رایج در منطق، فقه و حقوق اســـت و روشـــن خواهد شد که نظریه عناصرشناسی این ظرفیت را داراســـت که تشخیص دهنده ماهیت[1] برخی امور مورد نزاع از جمله وصیت تملیکی و معامله فضولی باشـــد. ایشان در روش خود می‌کوشد با مراجعه به تاریخ فتاوی، عرف‌ها و تحلیل آن‌ها، عناصر یقینی را از عناصر مشکوک تفکیک کند و این کار را با به کارگیری شـــواهد عرفی و تاریخی متعدد انجام می‌دهد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷ب: ۳۷ و ۵۹-۶۰). این که اصالت عمل و تکیه بر عرف‌عادت را مـــلاک قرار دهیم یا خیر، تأثیر به‌ســـزایی در روش انتخابی حقوق‌دان در تجزیه و تحلیل مباحث معاملات دارد و پذیرش یا عدم پذیرش این رویکرد، خلق روش‌هایی نموده است که در این نوشتار بررسی می‌شود.

گام نهادن در مســـیر تحلیل این روش پژوهش دشوار است؛[2] تعدد آثار تألیفی، ســـبک منحصر به فرد پژوهش‌ها، کثرت منابع ارجاعی، گستردگی موضوعات مورد مداقـــه، قلم زدن در حوزه‌های متعدد علم مانند تاریخ، ادبیات، فلســـفه، منطق، اصول فقه، فقه، حقوق،[3] اشراف به مذاهب خمسه در هر موضوع فقهی، ارتقا اندیشه مستمر،

---

۱. آنچه که مورد تعریف در این علم قرار می‌گیرد، ماهیت حقوقی خوانده می‌شود؛ مانند رهن، عاریه، اجاره، بیع، بیمه، برات و غیره. در علم حقوق علاوه بر بحث از ماهیات حقوقی، از وجود خارجی آن هم بحث می‌کنند و به وجود خارجی بیشـــتر اهمیت می‌دهد؛ از آن رو که علم حقوق بر پایه اصالت عمل نهاده شده است (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۷ج: ۱۴۵).

۲. این مســـاله مورد تأیید اغلب نویسندگانی که در آثار اســـتاد جعفری لنگرودی پژوهش نموده‌اند، می‌باشد. برای نمونه، بنگرید به: صفایی و دیگران، ۱۳۹۸.

۳. برای ملاحظه فهرست تفصیلی و تنوع آثار استاد، بنگرید به: آبین، ۱۴۰۱: ۷۶۴-۷۷۸.

تجارب در عرصه قضا و امور مدیریتی، تدریس، تسلط بر حقوق خارجی که از سویی موجب عمق آثار ایشـــان شده و از سوی دیگر تتبع گسترده پژوهش‌گر را می‌طلبد، از جمله دشـــواری‌های این تحقیق اســـت (جعفری لنگرودی، ۱۳۹٤: ۱٦۰). برای انجام تحقیق، روش‌های ماهیت‌شناســـی شامل منطق صوری و روش‌های صدق اسم، ارکان و شروط و عناصرشناسی مورد بررسی قرار می‌گیرد و نتیجه‌گیری می‌شود.

۱. روش منطق صوری (منطق یونان، منطق ارسطویی)

جعفـــری لنگرودی منطق حقـــوق را «مجموعه‌ای از معانـــی و مبانی در خط استدلال همگانی» تعریف می‌کند که معانی تصورات است و مبانی تصدیقات. در این تعریف، برخلاف منطق صوری«تعهدی برای صیانت از خطای ذهن داده نمی‌شـــود». ایشـــان ورود خطا در اســـتدلال را ممکن دانسته و معتقد اســـت برای امکان خطا در اســـتدلال‌ها، خواه در منطق حقوق یا ســـایر منطق‌ها، باید محلی در نظر گرفته شـــود (جعفـــری لنگرودی، ۱۳۹۹د: ٥۳٤). البته با پذیرش احتمال خطا در اســـتدلال، یقین به نتیجه از بین خواهد رفت و به نظر می‌رســـد چنین تعریفی از استدلال، پژوهش‌گر را نیازمند حل مســـاله قابل اســـتناد بودن نتایج غیریقینی در حقوق (و فقه) می‌نماید. ایشان«عناصر منطق حقوق» را چنین برمی‌شمارد:

نخســـت، معانی و مبانی؛ پس مباحث «الفاظ علم اصول» و هرگونه اســـتدلال لفظـــی را خارج می‌کند. همچنین با آوردن مبانـــی، «مباحث اصول عملیه» را از دایره تعریف خارج می‌نماید.

دوم، خط اســـتدلال؛ کـــه «تمام مباحث منطق» را در برگرفته و شـــامل«روش تحقیق» نیز می‌شـــود. از ســـویی، اصول عملیه را که صرفاً «دســـتورالعمل» هستند نه «استدلال» خارج می‌نماید.

سوم، همگانی بودن؛ ایشان اصل اباحه را که جلوه آزادی اراده اســـت همـــگانی دانســـته؛ زیرا بـــه ملت خاصی اختصاص نـــدارد، اما اصل استصـــحاب را همگانی نـــمی‌داند؛ زیرا مختص فرهنگ اسلامی است؛ پس نباید در منطـــق حقوق مدون شود» (همان: ٥۳٥).

البته به این دعاوی می‌توان با دیده تردید نگریســـت؛ زیرا به عنوان مثال، باید دیـــد مباحث «الفاظ علم اصـــول» ناظر به چه چیزی اســـت. بی‌تردید مباحث لفظی

(اعم از اصولی و غیراصولی به عنوان نمونه زبان‌شـــناختی) در استدلال فقهی حقوقی جـــا دارد؛ زیرا معانی نوعیه هیئات لفظ مثـــل هیأت‌هایی که بر الزام (وجوب یا نهی) دلالت دارد را روشـــن می‌کند و اراده قانون‌گذار را از این طریق آشـــکار می‌ســـازد؛ مگر این کـــه پژوهش‌گر دنبال اراده قانون‌گذار نباشـــد! همچنین این‌که اصول عملیه دستورالعمل است، مانع از این نیست که روش استدلال باشد؛ زیرا همه قواعد منطقی نیز دستورالعمل است. دستورالعمل بودن مانع از روشِ استدلال بودن نیست. با تبعیت از این دســـتورات، نتایجی به عنوان جایگزین قاعده اصلی پذیرفته می‌شـــود. به تعبیر دیگر، اصول عملیه روش‌هایی برای دســـتیابی به روش عمل موجه در موارد شـــک است. همگانی بودن نیز قابل نقد است؛ زیرا تنها بر اساس نوع خاصی از تفکر سیاسی فلسفی گزاره‌های حقوقی بومی و منطقه‌ای است (تفسیر خاصی از آزادی اراده جمعی و دموکراســـی و خلاصه نظریه مدرن دولت‌ملت)؛ و اگر حقوق را قومی یا ملی تلقی کنیم، اســـتدلال حقوقی لازم نیست جهان‌شمول باشـــد، بلکه باید نتیجه موجه را در همان نظام حقوقی نشـــان دهد؛ بنابراین لازم نیســـت استدلال همگانی به معنای عدم اختصاص به یک ملت خاص باشد.

منطق صوری بیش از دو هزار و پانصد ســـال است که به جهانیان عرضه شده است (جعفری لنگرودی،۱٤۰۰ب: ۱۳). منطق یونان که نزد دانشمندان اسلامی شناخته شـــده اســـت و در عصر ما نام منطق صوری را گرفته است، از همان آغاز خود بسیار سطحی بوده و از قدیم دانشمندان اسلامی با این منطق به مخالفت شدید برخاسته‌اند و آن را بی‌ثمر دانسته‌اند (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۹الف/۵: ۳۷۹).جعفری لنگرودی معتقد است آنچه در منطق یونان مورد نظر می‌باشد «وجود موجودات طبیعی» است؛ چنان‌که از غالب مثال‌های آن پیدا است؛ زیرا منطق مذکور از لواحق فلسفه وجودشناسی است، اما «منطق حقوق» از «وجود اعتباری»[1] بحث می‌کند و کلیات مورد نظر در منطق یونان را چون «رابطه با عمل ندارند»[2] بی‌فایده می‌داند. در مقابل، کلیات مورد نظر در «منطق

---

۱. وجود اعتباری در حیطه قدرت انســـان قرار دارد. خالق موجودات اعتباری خود انسان است. هر طـــور که بخواهد می‌آفرینـــد. ضوابط علت و معلولی طبیعی در حوزه وجـــود اعتباری جریان ندارد (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۹ج: ٤۱-٤۲).

۲. منطق صوری رابطه‌ای با اصالت عمل ندارد؛ زیرا کلی‌گرا است. کلی‌گرایی هیچ میانه‌ای با اصالت عمل ندارد. منطق حقوق عمیقاً بر پایه اصالت عمل نهاده شده است؛ روابط حقوقی در عمل موجود است و همه شئون زندگی اجتماعی را در بر می‌گیرد. اصالت عمل آن‌چنان با ارزش است که می‌تواند

حقوق» را برگرفته از «عملکرد مردم» دانسته و لازمه روابط اجتماعی معرفی می‌کند (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۹ج: ۱٤۱) و می‌نویسد: «منطق حقوق بر پایه اصالت عمل نهاده شده است و با مجردگرایی[1] و خیال‌بافی فاصله بسیار دارد. اجزای ماهیات را ذاتیات گویند؛ چنان‌که رضا و تراضی و موالات بین ایجاب و قبول جملگی از اجزای ماهیت عقد هستند و ذاتیات عقد را تشکیل می‌دهند، اما لزوم عقود از جمله ذاتیات آن‌ها نیست؛ زیرا ممکن است عقدی لازم نباشد مانند وکالت، ودیعه و عاریه. در موجودات طبیعی تشخیص ذاتی و عرضی غالباً دشوار است. همان‌طور که ابن‌سینا گفته است باید از بحث ذاتی و عرضی در وجود طبیعی صرف نظر کرد، اما در وجود اعتباری یعنی در زمینه منطق حقوق، بحث ذاتی و عرضی مجال واسع دارد»[2] و منطق صوری را برای حل تعاریف در باب تصورات دست به دامن دو عامل می‌داند: «یکی جنس و دیگری فصل»؛ «الانسان حیوان ناطق» و معتقد است جنس و فصل هر دو از جمله «ذاتیاتند که درحوزه طبیعی شناخت آن‌ها به محال نزدیک است» و حتی اگر یکی دو مورد تشخیص ذاتی مقدور شود آن‌ها «پیش پا افتاده و بی‌فایده است»؛ چرا که همه می‌دانند که انسان از جمله جانداران است و منطق صوری چیزی را اضافه بر این روشن نمی‌کند. در منطق صوری، اجزای معرف را «محصور کرده‌اند به جنس و فصل؛ یعنی دو مفهوم و دو قالب بسیار کلی که به سبب همان کلیت دست و پاگیر شده است» (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۹ج: ۱٤۲– ۱٤۳) و مشکل دوم در منطق صوری را انحصار در«عدد» معرفی می‌کند؛ یعنی منحصراً به دو عامل جنس و فصل متوسل شده و معتقد است: «زندان تنگ و تاریک عدد را (یعنی جنس و فصل) شجاعت اهل نظر در فقه اسلام در هم شکست؛ یعنی به جای آن دو بحث ارکان و شروط و اسباب را نهاد که مقید به عدد خاص نیست. مقایسه‌ای است بدیع از موضعی بلند» (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۹ج: ۱٤٦).

منطق صوری مدعی است که استفاده از آن مانع از خطای اندیشه می‌شود،

به تنهایی امتیاز منطق حقوق را بر منطق صوری اثبات کند (جعفری لنگرودی، ۱٤۰۰ب: ۲۳).

۱. مجردگرایی میل ذهن است به امور عام و کلی بدون این که آن امور را به محک جزئیات و مصادیق بزنند (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۸ج: ۲۵).

۲. بحث ذاتیات در علم حقوق جنبه عملی و سودمند دارد به ویژه در باب شروط ضمن عقد آن جا که از شرط خلاف ذات عقد بحث کرده‌اند که شرطی است فاسد و مفسد (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۹ج: ۱٤٤).

اما استاد این ادعا را گزاف دانسته[۱] و کارکرد منطق (منطق هر علم) را صرفاً کمک به «جهش اندیشه و ضابطه‌مندتر شدن» آن می‌داند. لنگرودی معتقد است منطق «ابزار تحرک اندیشه» بوده و حرکت اندیشه را احدی نمی‌تواند از خطا باز دارد (جعفری لنگرودی، ۱٤۰۰ب: ۳٤ و ۲٦). همچنین ایشان معتقد است این ادعای منطق صوری که «منطق عمومی برای همه علوم» است مخدوش بوده و هر علمی منطق ویژه خود را دارد؛ مثل منطق حقوق که بر پایه اصالت عمل، مجردزدایی و منطق صعودی[۲] دور می‌زند (جعفری لنگرودی، ۱٤۰۰ب: ۳۲ – ۳۳). استاد منطق یونان (منطق ارسطویی) را منطق صوری می‌داند که به «صورت استدلال» توجه دارد؛ در حالی که «مهم در علوم، افکار است نه صورت آن‌ها»؛[۳] و این در حالی است که منطق مذکور در زمینه ماده افکار (که در ارتباط با مجهولات است) هیچ کمکی نمی‌تواند بکند.[٤] سپس می‌نویسد که حقوق‌دانان جهان اسلام فن استدلال خویش را

---

۱. همچنین تأکید می‌کنند که اگر کل مثال‌های منطق صوری را جمع‌آوری کنی و در برگه‌ای بنویسی، خواهی دید که این منطق در دو حوزه تصورات و تصدیقات بر محور امثله‌ای اندک و به غایت ضعیف می‌گردد و ضعف تمثیل در هر علمی نشانه عدم تسلط تبحر و پختگی ذهن است (بنگرید به: جعفری لنگرودی، ۱۳٦۰: ش ۲۲).

۲. این استاد حقوق روش تحقیق صعودی (از پایین به بالا) را در مقابل روش تحقیق نزولی (از بالا به پایین) قرار می‌دهد. مقصود از شیوه تحقیق نزولی این می–باشد که یک نظریه‌پرداز در بعد تصورات ابتدا یک مفهوم کلی ذهنی (متشکل از جنس و فصل) می‌سازد و سپس آن مفهوم کلی را بر مصادیق تطبیق می‌دهد. در بعد تصدیقات نیز نظریه‌پرداز به قیاس بسیار توجه دارد، اما در مقابل در منطق صعودی اساس کار بر صعود از مصادیق جزئی برای ساخت یک قاعده کلی است (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۸ب: ۳ و ۲٦۵؛ ۱۳۸۷ب: ٦–۸).

۳. نقدی که می‌توان به سخن استاد داشت این که روشن است به همان اندازه که خود فکر (ماده) مهم است، صورت آن هم مهم است. صورت حاوی اطلاعات با اهمیتی است: اول، صورت یعنی تعیین جزئی یا کلی بودن گزاره؛ دوم، تعیین محور اصل بحث: هر چه موضوع واقع می‌شود در واقع آن چیزی است که برای پژوهش‌گر فی‌الجمله معلوم است و او در پی یافتن دیگر ویژگی‌های آن است که در قالب حکم (محمول) بیان می‌شود. بر همین اساس، صورت استدلال اهمیت پیدا می‌کند. استدلال پیوند دادن میان معلومات است برای رسیدن به معلوم جدید. بدون تکیه بر معلومات پیشین نمی‌توان معلومی جدید ساخت. روشن است که هر استدلالی باید منتهی به معلومی اولیه شود که از جای دیگری به دست نیامده است (بدیهی). سپس پیوند میان این گزاره‌های بدیهی است که علم را به پیش می‌برد. در این پیوند دادن، صورت گزاره بسیار مهم است؛ زیرا برای پیوند میان دو گزاره نیازمند واسطه‌ای هستیم که در منطق از آن به حد وسط تعبیر می‌کنند.

٤. همین امر سبب پیدایش منطق جدیدی به نام منطق مادی گردیده است که هدفش دادن مواد مناسب برای فکر بود تا این موارد سبب مصونیت بخشی از خطا شوند. لکن این منطق نیز توفیق کافی نیافت (آهنگران، ۱٤۰۰: ۱۳–۱۹).

در مـــاده و صورت فکر دارند و راه خویش را از منطق صوری جدا کرده‌اند و هدفی جدا از منطق صوری (که همان مصونیت بخشی از خطاست) را دنبـال می‌کـنند، بلکه به دنبال هدف تحرک بخشی اندیشه و تحصیل حجت هستند.[۱] وانگهی نبایـــد تصور کرد که فن استدلال در اســـلام تنها در اصول فقه آمده، بلکه علم اصول تنها قسمت اندکی از آن را در خود جای داده است نه همه را؛[۲] به همین جهت در فن استدلال در حقوق که اوسع از علم اصول است، قـــیاس اصولی جایگزین قیاس منطقی گردید[۳] (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۹ج: ۱۰۲)

۲. روش صدق اسم (شرح اسم)[٤]

در فقه از ایجاب و قبول لفظی، نظریه‌ای به نام صدق اســم جوشید. استاد در خصوص پرداختن اندیشـــمندان به تبیین ایـــن روش بیان می‌دارد: «این نظریه تاکنون مدون نشده اســـت و حتی نیم صفحه درباره آن کسی ننوشته است» (همو، ۱۳۹۵/۱: ٤٤٩).

گفته‌اند در فهم عرفی مردمان هر عقد به ایجاب و قبول ختم می‌شـــود و عرفاً اســـم عقد بر ایجاب و قبول صـــدق می‌کند (صدق عرفی). در مـــورد تقدم قبول بر ایجاب هم گفته‌اند اســـم عقد صدق می‌کند (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۸ب: ٤٨). اســـم یعنی نام ماهیت حقوقی و مقصود از صدق اســـم«فهم معنای لغوی لفظ» اســـت و نه کشف ذاتیات،[٥] ارکان و شرایط آن.[٦] در این نظریه، فقیهان می‌کوشند تا موارد مختلف

---

۱. در نقد اطلاق ســـخن ایشـــان می‌توان گفت، حجت ذاتی فقط «قطع» اســـت که آن هم با صرف تحرک‌بخشی به ذهن حاصل نمی‌شود.

۲. لنگرودی میان دو منطق صوری در باب دلالت مطابقی و تضمن و التزام و منطق حقوق اســـلامی در مباحث الفاظ علم اصول مقایسه می‌نماید (جعفری لنگرودی، ۱٤۰۰ب: ۳۰).

۳. این جایگزینی مورد ادعا بر اســـاس روش فقهای عامه اتفاق افتاده است؛ نه بر اساس روش غالب اصولیین و فقهای امامیه.

٤. صدق اسم و شرح اسم دو تفاوت جزئی دارند: الف- صدق اسم از مقوله تصورات است، در مقام تصور عقد یا مظاهر عقد (مانند بیع، رهن) متوســـل به صدق اســـم می‌شوند، اما شرح اسم، از مقوله تصدیقات اســـت؛ ب- صدق اسم را غالباً در عناوین عقود و ایقاعات به کار می‌برند، ولی شرح اسم را در این‌ها و غیر این‌ها به کار برده‌اند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷ب: ۲۲).

۵. مثلاً گفته‌اند هرگاه موصی له در زمان حیات موصی وصیت را قبول کند وصیت نافذ و منشـــاء اثر می‌شـــود و حاجت به قبول بعد از موت موصی نیســـت؛ زیرا اسم وصیت در این مورد صدق می‌کند (نجفی،٤/۱٤۰٤: ٦٥۳).

٦. باید در نظر داشـــت مســـاله صدق مفهوم بر مصداق (که اتفاقا خیلی مورد توجه فقها بوده) چیزی غیر از فهم معنای لغوی است.

اســـتعمال لغوی لفظ را یافته و با تفکیک اشـــتقاقات آن‌ها، معنای لغوی مد نظرشان را کشـــف کنند (جعفری لنگـــرودی، ۳/۱۳۸۱: ۲۲۵٤). مـــراد از تعاریف[۱] را توضیح مختصری می‌دانند که به روش نویســـندگان کتب لغـــت مختصر توضیحی درباره هر لغت می‌دهند و می‌گذرند.[۲] شـــرح اسم قدیمی‌تر از حد و رسم در منطق ارسطو بوده است و ارسطو به شرح اسم، صورتی منضبط داده است؛ زیرا پیش از ارسطو، در شرح اسم: اولاً، در قید ذاتی و عرضی نبوده‌اند؛ چنان‌که الان هم کسانی که از منطق صوری فاصله گرفته و با آن مخالف هستند، شرح اسم را به کار می‌برند بدون این که مقید به ذاتی و عرضی باشـــند؛ ثانیاً، در قید عدد هم نیستند؛ یعنی لازم نمی‌دانستند که قیودی که از جانب معرف می‌آورند دو تا یا بیشـــتر باشد و احصا اجزا ماهیت مورد تعریف ابداً برای آنان اهمیت ندارد. ارســـطو هم که خواســـته صدق اسم را منضبط کند ناکام مانده اســـت؛ فقه اسلام بر آن ناکامی مهر تایید زد؛ زیرا روی به بحث ارکان و شروط آورد (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۹ج: ۱۵۰). سپس ایشان با ابداع روش عناصرشناسی راه خود را از طرفداران نظریه صدق اسم جدا کرده و تعریفش را مبتنی بر اجزای وجودی موضوعات حقوقی نزد عرف عملی بنا نهاده اســـت. نظریه صدق اسم اگر چه در پی ارائه موضوع له یک پدیده حقوقی اســـت؛ لکن هدف غایی‌اش، ارائه استدلال لفظی برای اثبات مطلبی اســـت،[۳] از این رو این نظریه به حوزه تصدیقات نیز مرتبط است. مثـــلاً برای اثبات عقد بودن فضولی و اکراهـــی و اثبات عدم نیاز عقود عینی به قبض گفته‌انـــد که عنوان عقد بر صرف ایجاب و قبول صادق اســـت. طرفداران این نظریه برای اثبات مدعای خود به فهم عرفی تکیه می‌کنند؛ در حالی که فهم عرفی مقوله ای مبهم و ضابطه‌ناپذیر است و مخالف فن استدلال که گرد ضابطه‌پذیر می‌شود (جعفری لنگرودی، ۱٤۰۰ب: ۸۲– ۸۷؛ ۱۳۹۸ب: ٤۸) شـــرح اسم قالب بی‌روح است. آیا واقعاً صاحبان نظـــر علم فقه (یا حقوق) وقتی که می‌خواهنـــد تعریفی را ارائه کنند راضی

---

۱. رســـم نادرستی نهاده شده اســـت که تعریفی را در آغاز هر یک از مباحث مطرح می‌کنند و سپس وارد مسائل دیگر می‌شوند. اولین کسی که آن تعریف را مطرح کرده است هیچ ادعایی ندارد، خدمتی کرده و گذشـــته اســـت. ایراد بر کسانی است که از پی می‌رسند و با اندک جرح و تعدیل آن تعریف، راه او را ادامه می‌دهند (جعفری لنگرودی، ۵/۱۳۹۵: ۲۵۱).

۲. المراد من هذه التعاریف الکشف فقه الجمله حسب تعریف اهل اللغه (نجفی،٥/١٤٠٤: ١).

۳. به نظر می‌رســـد هدف غایی صدق اســـم را نمی‌توان استدلال لفظی دانســـتند هرچند ابزار آن در مواردی استدلال‌های لفظی می‌باشد.

می‌شـــوند که در حد یک لغوی کار کنند؟[1] روش صدق اسم نه ریشه‌ای در شرع دارد و نه در عرف؛ زیرا مذاق شـــرع، بیان ماهیات (که عقد از جمله آن‌هاســـت) نیست تا بتوان برای صدق اسم در نصوص، مقامی یافت عرف هم نمی‌تواند در این لجه عمیق داوری نماید (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۸ب: ٥٤). ایشـــان اســـتدلال‌های لفظی را ضد تعقل می‌داند که مجمل و بی‌انضباط نیز هست (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۹ج: ٦٢-٦٣).

۳. روش ارکان و شروط[2]

فقه در رابطه با فن اســـتدلال وقتی که از تعاریف (در رابطه با ماهیات) نتیجه مطلوب به دست نیاورد، از بحـــث در ماهیات چـــشم پوشـــید و روی به بحث در وجود خارجـی آن‌ها نهاد (جعـفری لنگرودی، ۱٤۰۰ب: ۸۸). پیشینـگان دیده‌اند که هر موضوع باید دارای چند جـــزء باشـــد؛ پس اجزا را به دو گـروه قسمت کردند؛ نخست، اجزای عمده که هر جزء را «رکن» خواندند و مجموع ارکان را«سبب» نامیدند (جعفری لنگرودی، ۱٤۰۰ج: ٥٥)؛ دوم، اجـــزای غیرعمده را از حوزه ســـبب خارج کرده و نام «شـــرط» بر آن نهادند. مثلاً گفتند عقد از اسباب بروز آثار است و دو جزء دارد که ایجاب و قبول است، اما هر جا که ترتـب اثر عقد نیاز به قبض داشـته باشد، آن قبض «شرط تأثیر» آن سبب است؛ عامـل سـومی را هم وارد بحث کرده‌اند که نام آن «مانع» است. پس گرفتاری در نفقه زوجه پدید آمد که آیا تمکین شـرط استـحقاق نفقه است یا نشوز مانع نفقه است و تمکین شرط اســـتحقاق نفـقه نیست. همـچنین اصل عدم شـــرطیت و عدم جزئیت و عدم مانعیت را فاقـــد اساس در شرع و عرف می‌داند و برای نشـــان دادن ضعف منطق ارکان و شـــروط نمونه‌هایی ذکر می‌نماید[3]

---

۱. لازم به ذکر اســـت تعریف‌هایی که در اوایل علوم آورده می‌شـــوند، نوعاً حد اســـمی‌اند و پس از اینکه وجود خارجی ماهیات‌شان در علم به اثبات رسید، تبدیل به حد حقیقی می‌شوند. حد اسمی در واقع حد نیســـت، بلکه همان شرح‌الاسم است. بنگرید به: (شیرازی، ۱۳۹٤: ٤٦). بررسی متون فقهی نیز نشـــان می‌دهد فقهای امامیه عموماً به ذکر تعاریف با مراجعات لغوی به کتب بســـنده ننموده‌اند و با بررســـی پیشـــینه، آیات، روایات و توجه به عرف عادت تعریفی ارائه کرده‌اند که البته ممکن است قابل نقد باشـــد، اما پر واضح اســـت که در حد یک لغوی مباحث را تنزل نداده‌اند و این نسبت استاد به فقها محل تأمل است.

۲. الســـبب هو ما یلزم من وجوده الوجود و من عدمه العدم لذاته. فالتلازم فی‌الوجود، مخرج الشرط: فانه لایلزم من وجوه الوجود و انّما یلزم من عدمه العدم و بالتلازم فی العدم یخرج المانع لانه لایلزم من عدمه عدم شـــی آخر و انّما یوثر وجوده فی‌العدم (جبعی عاملی، ۱/۱٤۱۳: ۲۵۷ ؛ حسینی عاملی، ۱۰/۱٤۱۹: ۲۷۷).

۳. زفر از اکابر احناف عقیده دارد که قبض مال مرهون رکن عقد رهن اســـت. حنفیه عقیده دارند که

(جعفری لنگرودی، ۱۳۹۸ب: ۱۱۰-۱۱٤) در این روش، هرگاه در شرط یا جزء بودن امری نسبت به یک عقد و یا در مانع بودن امری برای آن تردید شود، آن جزء یا شرط یا مانع مشـــکوک را کنار گذاشته و آن عقد صحیح تلقی می‌شود (نراقی، ۱٤۱۷: ۱۲). شـــیخ اعظم نیز عمل به این روش را ســـیره علما معرفی می‌کند (انصاری، ۳/۱٤۱۵: ۲۰). نمـــود این روش را می‌توان در تحلیل «فضولی» و «اکراهی» با عنوان «یک عقد» دید. صاحب جواهر می‌نویسد: «در شرع دلیلی بر اعتبار مباشرت مالک در ایجاد لفظ عقد وجود ندارد تا صحت عقد بدان منوط شـــود و اسم عقد شامل عقد فضولی هم می‌شـــود (نجفی، ۲۲/۱٤۰٤: ۲۷٦). همچنین در خصوص تلقی اکراهی به عنوان عقد صحیح، محقق یزدی معتقد است: « شاید در صحت معامله اکراهی اشکال شود؛ زیرا عاقد مکره قصد نتیجه و قصد مدلول عقد را ندارد، ولی آنچه مفقود است فقط رضای اوست و دلیل عقد شامل عقد اکراهی هم می‌شود» (طباطبایی یزدی، ۱/۱٤۲۱: ۱۱۹). در این رویکرد، از منظر«الفاظ» به اجزای عمل نگریســـته می‌شـــود و به جای آن‌که از موضوع به حکم برســـد، از حکم به موضوع می‌رسد و درصدد است تا حکم صحت معامله را در صورت وجود دو اراده جاری کند و به همین دلیل، اصل را بر یقینی بودن یک جزء قرار نمی‌دهد، بلکه تلاش می‌کند تا آن جزء یقینی را با توســـل به این اصل مردود اعلام کند تا مصداق مورد نظر خویش را در قالب عقد بگنجاند. همین رویکرد در قانون مدنی نیز در پیش گرفته شده است.[1] روش ارکان و شروط در موضوعات کار کرده اســـت؛ یعنی منطق صوری در باب تصورات، در ماهیت کار می‌کند و می‌گوید اجزای ذهنی ماهیت انســـان، حیوان ناطق است که ترکیبی است از جنس و فصل، اما روش ارکان و شروط از اجزای وجودی موضوعات حقوقی (اعتباری) بحث می‌کند. به عنوان نمونه، اجزای بیع را عبارت می‌داند از تملیک، عین معین و تعویض عین به ثمن. در روش ارکان و شروط، هر چند تا حدودی عمل مردمان اصالت دارد، اما بدون کمک الفاظ و صدق اسم نتوانســـته‌اند به مقصد برسند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷ب:

اقباض مال مرهون شـــرط عقد رهن است. امام مالک عقیده داشـــت که اقباض آن نه رکن است نه شرط؛ یک مثال و سه نظر ضد یکدیگر. اگر کارها آن قدر آسان بود این اختلافات نباید بروز می‌کرد (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۸ب: ۱۱٤).

۱. به عنوان نمونه، بنگرید به: ماده ۱۸۳ قانون مدنی و ســـرفصل مواد ۱٤۰، ۱۰٤۵ و ۸۷۵ از همان قانون.

٦٣). ما در مسیر تحول این علم در مقطع زمانی حاضر به محلی رسیده‌ایم که باید روش ارکان و شروط را ترک گوییم و آن چیزی جزء روش عناصرشناسی نیست (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۸الف:۳۰-۳۷).

٤. روش عناصرشناسی (شماری)

جعفری لنگرودی روش خود در استدلال حقوقی را مبتنی بر مراجعه به عرفِ‌عادت مردمان می‌داند. «خوی و عادت»، «امر شناخته شده و متداول بین مردم» و«فعل پسندیده» از معانی واژه‌شناسان در خصوص عرف است (عمید، ۱۳۵۸: ۷۲۸؛ راغب اصفهانی، ۹/۱۳۹: ۲۳۹). همچنین تعاریف مختلفی از عرف با عناوینی چون«عادت»، «بنای عقلا» و «سیره» ارائه شده است. استاد، عرفِ‌عادت یعنی عرفی که ناشی از عادت تمام یا مردمان بخشی از کشور باشد را با کاربست روش عناصرشناسی به این صورت تعریف می‌کند: عمل معین، تکرار آن عمل، نامحصور بودن تکرارکنندگان، استمرار تکرار در زمانی نامعلوم و غیر قابل تحدید، کلیت یا اکثریت داشتن تکرارکنندگان در رابطه با محل زندگی خود، ناشی از فطرت نبودن عمل و به صورت قانون درنیامدن عمل (جعفری لنگرودی، ٤/۱۳۸۱: ۲۵۲۲). همچنین وی عرف را دو قسم می‌نماید: نخست، عرف عملی (عملکرد) که از عمل و تکرار آن، نشات می‌گیرد که جایگاه این عرف را غالباً در احکام معرفی می‌کند نه در موضوعات؛ دوم، عرف نظری (فهم عرفی) که جایگاه آن را در موضوعات می‌داند (موضوعات خارجی)؛ مانند تشخیص مال، سرقفلی و مفهوم زارعت و در مقایسه، تعداد عرف عملی را بیش از عرف نظری دانسته و معتقد است: «بعید نیست که احاله شارع به عرف شامل عرف عملی و نظری باشد، ولی چون غلبه با عرف عملی است، این احتمال قوت دارد که شارع در احاله به عرف نظر به عرف عملی داشته باشد. عرف نظری غالباً اختلافی است» (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۸ب: ۳۷). به علاوه وی با دیدگاه اجتهادی خود، عرف را از «منابع حقوق» و «ادله احکام شرع و موضوعات» و «پیشتاز سایر منابع حقوق» دانسته (جعفری لنگرودی، ١٤٠٠ الف: ۳۰-۳۳؛ ۱۳۹۷ب: ۸۷-۹٤؛ ١٤٠٠ج: ٦٨) و معتقد است عرف با آن‌که مورد احترام شارع به ویژه در مباحث معاملات است، در ردیف«ادله در علم اصول» ذکر نشده است (جعفری لنگرودی، ١٤٠٠الف: ۷۰) و اذعان می‌دارد که عرف‌عادت قطعاً از «ادله احکام شرع» است که

در متون فقهی از آن با عنوان «سیره» نیز یاد می‌شود (همان: ٦٨). ایشان عرف‌عادت را «پیشتاز منابع حقوق» معرفی نموده که شارع اسلام مانند هر قانون‌گذار دیگری ماهیت حقوقی (مانند عقد بیع، نکاح) را تعریف نکرده و «احاله به عرف عملی» نموده است و در احکام هم موارد بسیاری از عرف را پذیرفته است و مشروعیت اداره اموال غیر و حیازت مباحات را مثال می‌زند (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۹ب: ۱۱۰ و ۱۳۵). او معتقد است که عرف‌عادت «قدیمی‌ترین و قوی‌ترین خاستگاه حق» در زندگی اجتماعی است و قوانین هم در موضوعات و هم در احکام از آن متأثر هستند و در بسیاری از موارد، قوانین ماهیات را تعریف نکرده و «احاله به عرف» نموده است (همان: ٦٢ و ۱۳۵؛ همو، ۱۳۹۷الف: ٨٤) و نیز معتقد است که دقت‌های فلسفی و اعمال قواعد خشک حقوقی با احتیاجات و مصالح عمومی ناسازگار است و عرف‌عادت به طور خودجوش قادر به «درک مصلحت عمومی» می‌باشد؛ لذا دکترین باید با رجوع به عرف‌ها و جلب نظر متفکرین اقدام کنند؛ زیرا حقوق در معاملات گرد محور اصالت عمل می‌گردد (همو، ۱۳۹۹ب: ۲۷ و ۲۹؛ ۱۳۸۷ب: ۱۳)؛ لذا روش‌شناسی او مبتنی بر«عمل‌گرایی» و توجه به «منطق عینی و حقوق زنده» است و این، دو بعد مهم دارد: نخست، توجه به جریان‌های موجود نزد عرف عملی؛ و دیگری، اهتمام به جریان‌های موجود در رویه قضایی. حال از میان این دو، عرف عملی و شیوه استخراج حقوق از میان آن، می‌تواند با ایرادهای تئوریک بیشتری مواجه باشد که یکی از مهم‌ترین آن‌ها، اجمال عرف به دلیل «لبّی بودن» این منبع ارزشمند حقوق است؛ اجمالی که مانع از استحکام در استدلال‌های حقوقی خواهد شد و این از بزرگترین آفات علوم استدلالی نظیر حقوق می‌باشد (آبین، ١٤٠١: ٤٧٦).

عناصرشناسی کشف عناصر سازنده اصطلاحات بر اثر پژوهش است که لنگرودی از آن به عنوان مهم‌ترین ابزار تحقیق خود در تدوین مجموعه مبسوط یاد کرده است (جعفری لنگرودی، ۱/۱۳۸۱: ۳٥٦). همچنین آن را به عنوان یکی از چند روش خود در اجتهاد معرفی می‌کند[1] (همو، ۲/۱۳۹٥: ١٤) و در تعریف آن می‌نویسد: «عناصرشماری یعنی احصا عناصر عمومی عقود از راه استقراء» (همو، ۱۳۹۸: ٤٠).

۱. استقراء عبارت است از بررسی یک یک افراد یک صنف برای کشف یک مجهول. لازم نیست که در استقراءها هدف یافتن قاعده کلی باشد. این را کلی‌گراها به تبع ارسطو گفته‌اند (جعفری لنگرودی، ١٤٠٠ج: ١٩).

در تبیین این روش نیز معتقد است برای این‌که موضوع یک معامله وجود خارجی پیدا کند، نیاز به اجزایی دارد که آن‌ها را اجزای وجودی (عناصر) می‌نامد که اگر بتوان آن اجزا را شناسایی کرد، آن موضوع شناخته می‌شود؛ که نیازمند احاطه بسیار است، اما پس از احاطه، محقق غالباً با اجمال موضوعات مواجه می‌شود؛ یعنی عرف‌عادت را در رابطه با آن موضوع واضح نمی‌بیند (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۷ ب: ۱۰). سپس جهت رفع اشکال، راه حل خود را ارائه می‌کند: نخست، گردآوری اجزای یقینی (قدر متیقن)؛ دوم، شناسایی جزء مشکوک؛ «و آن فاقد دلیل است اگر دلیل داشت که اجمالی در کار نبود. پس جزء مشکوک را کنار می‌گذارم تا شیر مردی پیدا شود و تکلیف آن را با استدلال روشن کند. بر این پایه، برای تحقق هر عقد بیع، مباشرت مالک مبیع در ایجاب و قبول جزء قدر متیقن است؛ پس بیع فضولی[1] باطل است (فقط طرح عقد[2] است). در هر عقد قصد نتیجه از اجزای متیقن و عناصر وجودی آن است؛ پس عقد مکره باطل است؛ زیرا فاقد این جزء یقینی است» (همان: ۱۱) و در جای دیگر، علت این رویکرد را چنین بیان می‌کند: «دادن تعاریف سنتی را اصلاً مناسب کارهای تحقیقی ندیدم برای یافتن اجزای وجودی یا عناصر راهی یافتم و آن عبارت بود از مراجعه به عرف‌عادت سوداگران که ریشه عقود نزد آنهاست. می‌دانستم که آن عرف‌ها همگی مجمل هستند، اما متعذر به عذر اجمال عرف‌ها نشدم. راه‌چاره را در این دیدم که قدر متیقن عرف را در هر موضوع تمیز دهم و عناصر آن موضوع را در همان قدر متیقن تثبیت کنم و از مدعی زیاده بر آن دلیل بخواهم. آن‌که در حصار قدر متیقن جای دارد مستغنی از دادن دلیل است» (جعفری لنگرودی، ۱۳۸٦: ١٦٤).

چنین روشی را اجتهاد در موضوعات می‌نامد. اجتهاد در موضوعات کار اصلی مجتهد است؛ زیرا تا موضوع حکم دانسته نشود علم به حکم حاصل نمی‌شود

---

۱. وی در خصوص عرف موجود در فضولی می‌نویسد: « آن عرف در فضولی قرن‌ها و بلکه هزارها پیش از آن دو تاریخ وجود داشته است، ولی امضا آن به معنی این نبوده که وصف عقد به عمل فضولی داده شود. عرف فقط ماوقع را تصویب می‌کرد و به ثمر می‌رساند بدون این‌که در عقد بودن یا عقد نبودن ماوقع صاحب نظر خاص باشد. کمترین ارزش که برای ما وقع می‌توان از دید آن عرف تصور کرد این است که مورد آن عرف فقط ارزش طرح عقد را داشت. از این کمتر قابل تصور نیست، از این بیشتر هم دلیل ندارد» (جعفری لنگرودی، ٤/١٣٩٥: ٢٠٥-٢٠٦).

۲. طرح عقد عمل حقوقی است: نه عقد است و نه ایقاع و نه برزخ بین عقد و ایقاع، ولی حقیقت خارجی در عالم وجود اعتباری دارد. در مدت خواستگاری و رد و بدل هدایا (دوران نامزدی) طرح عقد نکاح را به عیان می‌بینید (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۸ب: ۱۱۷-۱۱۸؛۱۳۸۷الف: ۱۳۷).

(همو، ۱۳۹۷ب: ٦). همچنین ایشـــان در تفاوت ایـــن روش با منطق یونان و ارکان و شـــروط می‌نویسید: «عناصرشناس خود را از دو قید رها می‌کند: اول، شناخت ذاتی و عرضی که منطق یونان گرفتار آن شـــده است؛ دوم، عدد؛ یعنی مقید نیست که عناصر را محدود در دو کلی (به نام جنس و فصل) کند؛ آن چنان که در منطق یونان کرده‌اند. در این مطلب با مخترعان ارکان و شروط موافقت داریم» (جعفری لنگرودی، ۱/۱۳۹۵: ٤١). ایشان علت موافقتش را در جای دیگری بیان می‌کند: «در مباحث ارکان و شروط از دو نکتـــه خود را خلاص کرده‌اند: اول، از تمیز دادن ذاتی از عرضی که وبال گردن پیروان منطق یونان شـــد است و هنوز هم اهل تعصب و جمود حاضر نیستد دست از سر آن‌ها بردارند و سد راه انسان‌ها نشوند؛ دوم، از قید عدد هم خود را رها کردند. در احصای ارکان مقید به عدد خاص نیســـتند. رهانیدن اندیشه از قیودی که منطق یونان ساخته آیا در حد خود ارتقا نیست؟» (همو، ۱۳۹۹ج: ١٥٤).

از ســـوی دیگر او بر این عقیده است که فرق کار عناصرشناسی با شیوه ارکان و شروط در این امور است: «اول، ارکـــان و شروط را ابهام فرو گرفته است و تاریخ این علم آن را ثابت کرده است؛ دوم، زیربنـــای نظـــریه ارکان و شروط یک بحث لفظی است به نام «صدق اسم» که در عناصرشـــناسی مطلـــقاً بحـــث لفـظی را راه نداده‌ام؛ چرا که: نخست به کمک صدق اسم، حوزه ارکان را تمیز می‌دهـــند و سپس مازاد بر ارکان را که در وجود خـــارجی ماهیت موثر است، زیر عنـــوان شـــروط می‌گذارند. درمانـــدگی که در کاربرد شیوه «ارکـــان و شروط» دیده می‌شود ابداً در شیوه عناصرشـــناسی دیده نمی‌شود. به همـــین جهت با شیوه ارکان و شـروط نتوانسته‌اند ماهیت رهن را روشن کنند. در نتیجه در مورد رهن مستعار درمانده‌اند و نمی‌تـــوانند قاطـــعانه داوری کنند که رهن مستعار هم رهن است یا نه. علاوه بر ایـــن، هنوز طـرفداران شیـــوه ارکان و شروط از «احـــاله به عرف»[1] در شناخت

۱. قدر مسلم از احاله به عرف که مذاق شـارع اسـت، احاله به عرف عادت است، اما احاله به فهم عرف، که غالباً احاله به مجهول اســت دور از شـان شـارع و هر قانون‌گذار دیگراسـت (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۸ب: ۱۲و ۳۷). به نظر می‌رسد این امر یکی از تفاوت‌های نظر ایشان با دیگر فقها در بحث عرف اسـت؛ زیرا فقها غالباً احاله شـارع به عرف در معاملات را در حوزه فهم عرف از الفاظ عقود (عرف لفظی) می‌دانند؛ در حالی که ایشـان غلبه را با عرف عملی دانسـته و تعبیر احاله شارع به عرف در حوزه عرف نظری و فهم عوام را دور از شـان شـارع می‌داند که به امر مبهم و موهوم ارجاع نماید؛ بنابراین تاکید استاد بر عرف را نباید به معنی جواز مراجعه بی‌محابا به هر فهم عرفی یا

ماهیات حقوقی استفاده می‌کنند» (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۹ج: ۱۵۵).

نظریه صدق اسم به تعبیر ایشان «یک استدلال لفظی محض از همان مقوله صحت سلب[1] در علم اصول فقه که دلیل بر مجاز بودن استعمال لفظ است (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۹ج: ٦۲) و استدلال لفظی جبهه ضد تعقل است و نیز صدق اسم مجمل و بی‌انضباطی است و محل بحث آن در دایره الفاظ است و با فهم عرف فرق دارد (همان: ٦۳). ایشان استفاده از اصطلاحات سبب، رکن، شرط و مانع را فاقد اعتبار علمی می‌داند و معتقد است نمی‌توان این اصطلاحات را به طور دقیق از یکدیگر تمیز داد و بر اجزای اعمال حقوقی منطبق کرد. به عنوان مثال، عقد بدون تراضی وجود پیدا نمی‌کند؛ پس تراضی عنصر عقد است. بدون موالات عرفی بین ایجاب و قبول عقد وجود پیدا نمی‌کند؛ پس موالات عنصر عمومی عقود است. اثر ایجاب پس از قبول به وجود می‌آید؛ پس این هم عنصری از عناصر عقود است. کاشف از رضای عاقدین هم عنصری از عناصر عقود است و ...» (همو، ۱۳۹۸الف/۱: ۱۵). در این روش، آن جزیی که به عنوان عنصر عمل حقوقی نام برده می‌شود، باید در عمل عرف به صورت یقینی محرز باشد.[2] لنگرودی در خصوص اتکای عناصرشناسی بر عرف عملی و تلاش دکترین حقوقی می‌نویسد: «روش من بر استخراج حداکثر ظرفیت محتوای عرف‌عادت است که کاملاً جنبه اصالت عمل دارد؛ زیرا کار عرف‌عادت کار عمل است نه کار ذهن. عرف هیچ تعریفی از بیع نمی‌دهد و فقط داد و ستد می‌کند؛ یعنی عمل به خرج می‌دهد. این دکترین است که باید عمل عرف را ارزشیابی کند، با روش عناصرشناسی (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷ب: ٦٤).

عملکردی دانست؛ ارائه نظریه «عناصرشناسی» و نظریه «معقود علیه» هم برای ضابطه‌مند کردن اجتهاد در موضوعات با استمداد از منبع عرف بوده است.

۱. صحت سلب از علائم مجاز است؛ به این معنا که هر گاه لفظی در معنایی استعمال شود و سلب معنا از آن لفظ صحیح باشد، استعمال لفظ در آن معنا، مجازی است (خراسانی، ۱٤۰۹: ۳٤).

۲. ایشان خود در خصوص زحماتش در راه کشف عناصر و مزایای این روش می‌نویسد: «به علم عناصرشناسی دست یافتم که از اعظم توفیقات الهی بر بنده بود ... اگر حکم و موضوع را خوب از هم جدا کنید و با عناصرشناسی آشنا شوید، بسی از مشکلات شما حل می‌شود» (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۸ب: ۱۱٤).

۱-٤. آثار روش عناصرشناسی

این روش به بسیاری از اختلافات و مباحثی که توجیه جامع و مانعی نداشته پایان داده است. استاد در بیان تفاوت روش عناصرشناسی خود با روش متداول فقهی می‌نویسد: «دیگران با اجرا اصل عدم جزئیت یا اصل عدم شرطیت در مورد معاملات (نه عبادات) جزء مشکوک و یا شرط مشکوک را نفی می‌کنند. شما هم با اخذ قدر متیقن از عناصر همان کار را می‌کنید. در ظاهری مقبول‌تر، ولی نتیجه یکی است؟ نه نتیجه یکسان نیست دیگران به استناد اصل عدم اشتراط قدرت تسلیم عاقد و زمان انعقاد عقد آن را طرد می‌کنند از ماهیت عقود. من به استناد اخذ به قدر متیقن از اجزای عقود، قدرت تسلیم (استعداد تسلیم) را عنصری از عناصر بیع و مانند آن می‌دانم. کسانی بوده و هستند که حیات ایجاب کننده را در زمان اظهار قبول قابل شرط تحقق عقد نمی‌دانند و آن را نفی می‌کنند، ولی من مستنداً به قدر متیقن عرف عملی در عقود، حیات مذکور را از عناصر عقود می‌دانم؛ لذا وصیت تملیکی را که فاقد این عنصر است، قطعاً از ایقاعات می‌دانم»[1] (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۸ب: ۱۱۱-۱۱٤).

با توجه به محدودیت‌های شکلی و ماهوی، بررسی هر یک از عناوین فوق به دلیل کثرت مباحث خارج از ظرفیت نوشتار حاضر بوده و نیازمند تألیفاتی دیگر است.

---

۱. قانون مدنی در خصوص ماهیت برخی از تملکات بلاعوض رویه‌ای متفاوت در پیش گرفته است. در برخی اعمال حقوقی به صراحت آن‌ها را عقد تلقی نموده است (مثلا ماده ۷۵۹ قانون مدنی)، ولی در ماده ۸۲٦ قانون مدنی بدون ذکر عبارت« عقد» وصیت تملیکی را این گونه تعریف کرده است:«وصیت تملیکی عبارت است از این که کسی عین یا منفعتی را از مال خود برای زمان بعد از فوتش به دیگری مجاناً تملیک کند». بر همین اساس در خصوص ماهیت وصیت تملیکی(عقد یا ایقاع بودن آن) بین حقوق‌دانان اختلاف نظر ناشی از عدم تحلیل عناصر عقد است. بر اساس روش عناصرشناسی می‌توان تحلیل درستی در این خصوص ارائه داد (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۸ج: ۱۰۸)، اما عناصر وصیت تملیکی، با استفاده از روش عناصرشناسی بر مبنای عرف عادت از دیدگاه استاد چنین است: «عناصر وصیت تملیکی از قرار ذیل است: التزام به نقل مالکیت (عین یا مطالبات) یا صرف مال؛ نقل مالکیت موصی به از تاریخ موت ملتزم (موصی) موت فرضی قائم مقام موت طبیعی است؛ خروج موصی به از دارایی‌های موصی در تاریخ موت او؛ تبرع موصی؛ تغایر موصی و موصی‌له. برخی این شرط را شرط وصیت نمی‌دانند (برای ملاحظه مفصل این تمایز و نقد و بررسی نظرات فقهای امامیه و عامه و تبیین تفاوت روش عناصرشناسی در شناخت ماهیت وصیت با دیگر روش‌ها بنگرید به: جعفری لنگرودی، ۱۳۹۹/ ۵: ۲۷۵).

۲-٤. مکمل عناصرشناسی(نظریه معقود علیه)[۱]

ایشان در مقدمه کتاب قوه قدسیه، ضمن بیان این مسئله که در فقه به «اجتهاد در احکام» بیشتر توجه شده است؛ در حالی که کار اصلی مجتهد «اجتهاد در موضوعات»[۲] است و تا موضوع حکم شـــناخته نشود، علم به حکم حاصل نمی‌شود، بیان می‌دارد: «برای شـــناخت موضوع احکام معاملات، ابتدا از طریق عناصرشناسی وارد می‌شویم؛ یعنی موضـــوع هر معامله عناصری دارد و هرگاه این عناصر موجود باشـــند موضوع معامله در خارج موجود می‌شـــود، اما گاهی این روش با ابهام عرف روبه‌رو می‌شود؛ یعنی زمانی که به عناصر موضوع معامله مراجعه می‌کنیم، عمل عرف‌عادت را در رابطه با آن موضوع واضح نمی‌بینیم؛ لذا طریق عناصرشناســـی با بن‌بســـت روبه‌رو می‌شود. بـــا وجود اجمال عرف (در موضوعات) چه باید کرد؟ راهی که یافته‌ام و عمل کرده‌ام و غالباً درســـت از کار درآمده است این است که اجزای یقینی را گردآوری می‌کنم و جزء مشکوک را شناســـایی می‌کنم و آن فاقد دلیل است. اگر دلیل داشت که اجمالی در کار نبود؛ پس جزء مشـــکوک را کنار می‌گذارم تا شیرمردی پیدا شود و تکلیف آن را با استدلال استوار روشن کند» (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۷ب: ۱۱).

این نظریه در ضمن کاوش راجع به تعریف «عقد اجاره» از سوی ایشان مطرح شده اســـت. و بیان نموده‌اند که در تعریف عقد اجاره از «تملیک» استفاده شده است و اجاره به تملیک منافع به عوض معلوم در مدت معین تعریف شـــده است و فقها به این ســـمت رفته‌اند در حالی که حین عقد منافع موجود نیســـتند و هر کدام دست به توجیه زده و مشـــکل تملیک معدوم را خواســـته‌اند برطرف کنند. لنگرودی معتقد به نادرســـتی این نظر می‌باشد و معتقد است زمانی که ما به موضوع عقد اجاره بنگریم و «به عرف مراجعه کنیم»، آن چیزی که عقد اجاره بر آن واقع شده است «تملیک منافع نیست، بلکه حق استفاده از عین مستاجره است که در مقابل اجاره‌بها به مستاجر منتقل می‌شود». در اینجا اساساً مشکل تملیک معدوم وجود نخواهد داشت که ما بکوشیم آن

---

۱. مصب عقد و علت تمیز و تشخّص آن (صفایی و دیگران، ۱۳۹۸: ۱۲۵)

۲. اجتهـــاد در موضوعات مانند اجتهاد در احکام، ناشـــناخته نبود، امـــا نود و نه درصد تلاش دانایان متوجه اجتهاد در احکام شـــد و سهم اجتهاد در موضوعات به غایت ناچیز گردید؛ تا آنجا که گاه قبل از اجتهاد در موضوعی، وارد اجتهاد در احکام آن موضوع می‌شـــوند و اجتهاد در آن موضوع را رها می‌کنند (جعفری لنگرودی، ۳/۱۳۹۵: ٤۳۳).

را برطرف کنیم و اساساً «معقودعلیه عقد اجاره انتقال حق استفاده از عین مستاجره در مقابل اجاره بها» است. معقودعلیه مذکور امری مستمر است و به این اعتبار می‌گویند که اجاره از عقود مستمر است. در واقع «عقد مستمر نیست، معقود علیه مستمر» است. در ادامه بیان داشـــته است که این «روشی برای کشف نظریه معقودعلیه» گشت و در سایر عقود نیز آن چیزی که عقد بر مبنای آن واقع شده (معقودعلیه) و موضوع معامله اســـت را کشف نمودم. ایشان معتقد است شناخت معقودعلیه در برخی از دیگر عقود هم کارایی دارد که «مکمل روش عناصرشناســـی» است و در مواردی که نمی‌توان از عناصرشناسی بهره گرفت، این روش به عنوان مکمل کارساز خواهد بود. سپس برای اثبات کارایی بیشـــتر نظریه معقودعلیه، موضوع ســـایر عقود را هم مورد واکاوی قرار می‌دهد[1] (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۷ب: ١٤). ایشـــان معقودعلیه را بر دو قسم می‌داند؛ در پاره‌ای از عقود «معقودعلیه هدف» اســـت مانند بیـــع یک خانه و در پاره‌ای دیگر مانند مضاربه، مزارعه و شرکت مدنی، «معقودعلیه وسیله است نه هدف». تعهد متقابل طرفین که معقودعلیه اســـت وسیله‌ای است برای قیمت ربح تجارت. اگر حاصل نشد که نشد؛ وسیله به وجود آمد ولی به هدف نرسید. به همین رو، عقد مضاربه از عقود مخاطره[2] است (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۷ب: ۱۷).

۱. به عنوان نمونه، در حواله، مضاربه، مزارعه، سپرده بانکی، عقد قرض، قرارداد مقاطعه‌کاری (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۷ب: ١٤-۳۲).

۲. در خصوص عناصر عقود مخاطره می‌نویسد:« اول، عقدی است مالی اعم از معوض و غیر معوض؛ دوم، عمد در دخالت دادن خطر در مدلول عقد؛ ســـوم، فقدان تبرع؛ چهارم، خطر باید در مدلول عقد باشـــد نه در اجرای عقد؛ پنجم، اســـتقبال عاقدین از خطر مشروع باشد (جعفری لنگرودی، ١٣٩٥/٤: ۱۱۲).

برآمد

۱- جعفری لنگرودی اندیشمندی عمل‌گراست. در نگاه او باید «موضوع‌شناسی و حکم‌شناسی بر پایه عرف عملی» اساس تحلیل‌های حقوقی قرار گیرد. در تفکر این حقـــوق‌دان، تغییر زاویه دید از مباحـــث نظری صرف (نزول از کلیات به جزئیات) به سوی مباحث عملی بر پایه اصالت عمل(صعود از جزئیات به کلیات) در علم حقوق بسیار اهمیت دارد.

۲- وی برای اجتهاد در موضوعات معاملات، با تکیه بر منبع بودن عرف‌عادت، به نظریه منطق صوری و نظریه صدق اســـم و ارکان و شروط نقد می‌کند و به عنوان جایگزین، روش‌های دیگری را طرح می‌کند که در این آن‌یها، عرف عملی ملاک است و روش عناصرشناسی (برشـــماری اجزا وجودی یک ماهیت برای تعریف معاملات و تمایـــز آن‌ها از یکدیگر) و مکمل آن نظریه معقودعلیه (تبیین دو عوض یا دو تعهد مقابل هم در معاملات که جایگزین اصطلاح مبهم ذات عقد اســـت)، اهم آن‌ها است. در حقیقت او سامانه استدلالی تازه‌ای برای ماهیت‌شناسی حقوقی پیشنهاد می‌کند که حاوی نقد یا تکمیل برخی از روش‌های ســـنتی پیشین و تأکید به برخی از ابزارهای فرا اصولی است.

۳- به نظر می‌رسد روش استاد در مقایسه با روش‌های مرسوم توجه بیشتری به اصالت عمل دارد و درصدد اســـت مرز بین اقســـام عمل حقوقی را روشن کند و می‌توان ضمن نقدهایی که به برخی مطالب وی وارد اســـت، از روش‌های ارائه شده توسط ایشـــان در شناخت اعمال حقوقی اســـتفاده کرد و لزومی ندارد که در حصار استدلال-های لفظی، تمایز اختلاف برانگیز رکن، جز، شرط و مانع در اعمال حقوقی، عقـــود معین و نامعین، فهم عرفی مجمل و مبهـــم، احاله به مجهولات، مفهوم موهوم مقتضی ذات عقود قرار گرفت، بلکه هر عمل حقوقی برای خود واجد عناصر مستقل و آثار منحصر به فرد است که به کمک روش‌های پیشنهادی قابل تحلیل می‌باشد.

فهرست منابع

الف. فارسی

* احمـــدزاده، ابوالفضل (۱۳۹۸)، «**نمایی از حیات اندیشـــه‌ای و ســـبک نگارشی تفسیری استاد جعفری لنگرودی**»، دانش‌های حقوقی، شماره ۵.

* ایمان، محمدتقی (۱۳۹٦)، **فلسفه روش تحقیق در علوم انسانی**، چاپ چهارم، قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.

* آبین، علیرضا (۱٤۰۱)، **درآمدی بر روش‌شناســـی و اندیشه‌شناسی حقوقی استاد دکتر جعفری لنگرودی**، چاپ نخست، تهران: داد و دانش.

* آهنگران، محمدرسول (۱٤۰۰)، **منطق حقوق (کاربرد منطق و استدلال‌های عقلی در علم حقوق)**، قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.

* پارســـانیا، حمیـــد (۱۳۸۸)، «**روش‌شناسی علوم انسانی با رویکرد اسلامی**»، عیار پژوهش در علوم انسانی، شماره ۲.

* جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۹۵)، **الفارق**، چاپ سوم، تهران: گنج دانش.

* جعفـــری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۱)، **مبســـوط در ترمینولوژی حقوق**، جلد سوم، چاپ دوم، تهران: گنج دانش.

* جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۷ب)، **اندیشه و ارتقا**، تهران: گنج دانش.

* جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۹۸ج)، **صد مقاله در روش تحقیق علم حقوق**، چاپ دوم، تهران: گنج دانش.

* جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۹۹د)، **فرهنگ عناصرشناســـی**، چاپ ســـوم، تهران: گنج دانش.

* جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱٤۰۰ج)، **ترمینولوژی اصول**، تهران: گنج دانش.

* جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۹۹ج)، **مســـائل منطق حقوق و منطق موازنه**، چاپ دوم، تهران:گنج دانش.

* جعفـــری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۷الف)، **المدونه**، چاپ هشـــتم، تهران: گنج دانش.

* جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۹۷الف)، **علم موضوع شناســـی**، تهران: گنج دانش.

* جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸٦)، **علم حقوق در گذرتاریخ: تاریخ حقوق مدنی و اتوبیوگرافی علمی**، تهران: گنج دانش.
* جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۹۷ب)، **مکتب‌های حقوقی در حقوق اسلام**، چاپ چهارم، تهران: گنج دانش.
* جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۹۷ب)، **قوه قدسیه**، چاپ دوم، تهران: گنج دانش.
* جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۹۸ب)، **سیستم‌شناسی در علم حقوق**، چاپ دوم، تهران: گنج دانش.
* جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۹٤)، **رنسانس فلسفه**، تهران: گنج دانش.
* جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۹۹ب)، **روش جدید در مقدمه عمومی علم حقوق**، چاپ دوم، تهران: گنج دانش.
* جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱٤۰۰الف)، **دروس اصول**، تهران: گنج دانش.
* جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱٤۰۰ب)، **فن استدلال در منطق حقوق اسلام**، چاپ چهارم، تهران: گنج دانش.
* جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۹۹الف)، **دانشنامه حقوقی**، چاپ سوم، تهران: گنج دانش.
* جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۹۸الف)، **فلسفه حقوق مدنی**، چاپ چهارم، تهران: گنج دانش.
* جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳٦۰)، **در جست‌وجوی منطق**، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۲۲.
* حقیقت، سید صادق (۱۳۸۵)، **روش‌شناسی علوم سیاسی**، قم: دانشگاه مفید.
* حکمت‌نیا، محمود (۱۳۹۳)، «**قواعد بنیادین در حقوق و روش‌شناسی احراز و توسعه آن‌ها**»، حقوق اسلامی، شماره ٤۲.
* ساروخانی، باقر (۱۳۷۵)، **روش‌های تحقیق در علوم اجتماعی**، تهران: پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی.
* شریفی، علیرضا (۱۳۹۸)، «**عقد در اندیشه استاد جعفری لنگرودی**»، دانش‌نامه‌های حقوقی، شماره ۵.

* صفایی سید حسین و ضیایی بیگدلی، محمدرضا و دیگران (۱۳۹۸)، **مجموعه مقالات همایش ملی تجلیل از مقام استاد محمدجعفری لنگرودی**، تهران: گنج دانش.
* علیدوست، ابوالقاسم (۱۳۹۷)، **فقه و عرف**، چاپ ششم، قم: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.
* عمید، حسن (۱۳۵۸)، **فرهنگ عمید**، چاپ سیزدهم، تهران: امیرکبیر.
* کاکایی، عباس (۱۳۹۹)، **روش‌شناسی علوم سیاسی**، تهران: مکتب ماهان.

ب. عربی

* انصاری، شیخ مرتضی (۱٤۱۵ق)، **المکاسب**، جلد سوم، قم: کنگره بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.
* اصفهانی، حسین بن محمد الراغب (۱۳۹۲)، **معجم مفردات الفاظ قرآن کریم**، قم: نوید اسلام.
* جبعی عاملی، زین‌الدین بن علی (۱٤۱۳ق)، **مسالک الافهام الی تنقیح شرایع الاسلام**، قم: موسسه معارف اسلامی.
* حسینی عاملی، محمدجواد بن محمد (۱٤۱۹ق)، **مفتاح الکرامه فی شرح قواعد الاعلامه**، قم: موسسه نشر اسلامی.
* خراسانی، شیخ محمد کاظم (۱٤۰۹ق)، **کفایه الاصول**، قم: موسسه آل البیت.
* شیرازی، قطب‌الدین (۱۳۹٤)، **دره التاج (منطق)**، تهران: حکمت.
* صدر، سید محمدباقر (۱٤۲۰ق)، **الدروس فی علم الاصول**، قم: موسسه نشر اسلامی.
* طباطبایی یزدی، سید محمدکاظم (۱٤۲۱ق)، **حاشیه مکاسب**، قم: اسماعیلیان.
* نجفی، محمدحسن (۱٤۰٤ق)، **جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام**، جلدهای چهارم و پنجم و بیست و دوم، بیروت: دار الاحیا التراث العربی.
* نراقی، مولی احمد (۱٤۱۷ق)، **عوائد الایام فی بیان قواعد الاحکام و مهمات مسائل الحلال و الحرام**، قم: دفتر تبلیغات اسلامی.

مجله حقوقی دادگستری

مقاله پژوهشی/ دوره ۸۸/ شماره ۱۲۵/ صفحات: ۳۶۵-۳۳۵
تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۷/۱۷ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۱۱/۰۹

بایسته‌های حقوقی حاکم بر هیأت‌های امنای دانشگاه‌ها و مؤسسات آموزش عالی با تاکید بر آراء هیأت عمومی دیوان عدالت اداری

علی دهقان بنادکی،[۱] علی‌محمد فلاح‌زاده[۲]

چکیده

دانشـــگاه‌ها و مؤسســـات آموزش عالی به عنوان یکی از مهم‌ترین مراکز تولید علم، دانش و پشتیبان نظری برای کنش‌های اجتماعی، حقوقی، سیاسی و اقتصادی به‌شمار می‌آیند. کیفیت اداره و ضوابط حاکم بر آن‌ها از اهم مســـائل اســـت. از ایـــن رو قانون‌گذار طی فراز و نشـــیب‌های متعدد مبتنی بر قانون اساسی جمهوری اســـلامی ایران، کیفیت تنظیم‌گری در دانشـــگاه‌ها را با تصویب ماده ۱ قانون احکام دائمی برنامه‌های توســـعه کشور شناسایی کرده اســـت، لیکن دامنه صلاحیت هیأت‌های امنای دانشـــگاه‌ها و مؤسسات آموزش‌عالی به عنوان یکی از ارکان کلیدی در تنظیم قواعد حاکم بر دانشگاه‌ها با ابهامات و نقیصه‌هایی همراه بوده است. در این میان ابزار تفسیر قضایی و نحوه مواجهه دادرس اداری (دیوان عدالت اداری) با عملکرد هیأت‌های امنای دانشگاه‌ها، راه‌گشای ارزیابی، رفع ابهامات و خلاءهای قانونی است.

این نوشـــتار در پاســـخ به این ســـوال که بایســـته‌های حقوقی حاکم بر هیأت امنای دانشـــگاه‌ها و مؤسسات آموزش عالی در چهارچوب آراء هیأت عمومی دیوان عدالت اداری چیست، با استفاده از روش توصیفی تحلیلی، مستندا به آراء هیأت عمومی دیوان عدالت اداری به این نتیجه رســـیده است که ضمن حفظ استقلال نهاد دانشگاه و مراکز آموزش عالی جهت جلوگیری از تفسیرپذیری محدوده صلاحیت هیأت امناء، لازم است قواعدِ کلی و چهارچوب حاکم بر مصوبات این هیأت به صورت دقیق و شـــفاف مقرر شـــود و بایســـته‌های حاکم بر آن مشـــتمل بر رعایت اصول قانون اساسی و اســـناد بالادستی، قوانین خاص، عدم صلاحیت تفویض اختیار، منع فروش اموال غیرمنقول و قوانین تغییر کاربری اراضی است.

واژگان کلیدی: دانشـــگاه، هیأت امنای دانشگاه، هیأت عمومی دیوان عدالت اداری، مراکز آموزش عالی.

---

۱. دانشجوی دکتری حقوق عمومی دانشگاه علامه طباطبایی (نویسنده مسئول)
alidb.128@gmail.com

۲. استادیار گروه حقوق عمومی دانشگاه علامه طباطبایی
amfallahzadeh2020@gmail.com

درآمد

حق برآگاهی و دانستن به منزله زیربنای استیفای سایر حق‌های بنیادین بشری مانند آزادی بیان، اندیشـــه و حق تعیین سرنوشت است. حق برآگاهی تحقق نمی‌یابد مگر آن‌که سایر حق‌های مکمل آن مانند حق بر آموزش نیز پیش‌بینی و تضامین کافی برای آن مقرر گردد.

دولت‌ها با به رسمیت شناختن حق بر آگاهـــی و حـــق برآموزش در اسـناد حقوقی، فرایندهای را برای تحقق کامل آن‌ها شناسایی کرده‌اند؛ حق بر آموزش ذیـل ماده ۲۶ اعلامیه جهانی حقوق بشر[1] و مـــاده ۱۳ میثاق بین‌المللی حقوق اقتصـــادی، اجتماعی و فرهنگی[2] احصاء شده اســـت. قانـون اساسی جمهوری اسلامی به عنوان میثاق ملی و بالاترین سند حقوقی ذیـــل بند ۳ اصل سوم و نیز اصل سی‌ام این حق را پیش‌بینی کرده اســت. اســناد مذکور حق بر آمـــوزش را در دو سطح آموزش و پرورش (رایگان) و آموزش عالی شناسایی نـموده است. در این میان نقش و جایگاه دانشـــگاه‌ها و مراکز آموزش‌عالی در تحقق و توســـعه همه‌جانبه جوامع بشری امری اجتناب ناپذیراست؛ چرا که اولاً، ابزار تحـقق حق بر آگاهی وحق بر آموزش به شمار می‌آیند؛ ثانیاً، یکی از عمده منـــابع تولـید علـم، توسعه دانش و ارائه خدمات علمی، دانشگاه‌ها و مراکز پژوهـــشی هستند (crsan/Enache, 2011: 69). کیفیت تنظیم قواعد حاکم بر دانشگاه‌ها یـــکی از اهـم عوامل تـضمین کنـنده حق‌های بشری بیان شده در اسناد حقوقی فوق اسـت. در دهـه‌های اخیر با گسـترش کمی آموزش عالی، تنـــوع مؤسسات آموزش عالی (افزایش بازیگران عرصه آموزش عالی) و پیچـیدگی مـــسائل مالی اهمیت نقش بازیگران تنظیم‌گر در این عرصه دوچندان شـــده اســـت (henard and mittele, 2010: 19).

دولت‌ها در راســـتای تضمین حق بر آگاهی و تعهدات قانونی مبنی بر توسعه آمـــوزش عالی و نقش بی‌بدیل آن در ارتقاء همه‌جانبه جامعه، مدل‌های مختلفی برای اداره دانشـــگاه‌ها و مراکز آموزش عالی به‌کار بســـته‌اند. یکـــی از اهم مدل‌های اداره دانشـــگاه‌ها، مدیریت دانشگاه توسط دانشگاهیان به صورت مستقل و از طریق هیأت

1. Universal Declaration of Human Rights (1948)
2. Internation Convent On Economic, Social And Cultural Right (1966)

امنا اســـت. به عقیده برخی از محققان، اســـتقلال در اداره دانشگاه به دلیل اقتضائات نهاد دانشـــگاه و ســـیال بودن امور مرتـــبط با آن اســـت و این امر ایجاب می‌کند تا حقوق و تکالیف مرتبط با این نـــهاد و مراکز مرتبـط با آن به صورت مستقل تعریف شود (بنایی اســـکویی، ۱۳۹٤: ۳٦). نظام‌واره حقوقیِ آموزش عالی جمهوری اسلامی متناسب با تحولات اجتماعی رویکردهای متفاوتی در مورد نحوه اداره دانشگاه اتخاذ کرده اســـت. آخرین اراده قانون‌گذار مســـتند به ماده ۱ قانون احکام دائمی برنامه‌های توســـعه کشور مصوب ۱۳۹۵ هیأت امنای دانشگاه‌ها را به عنوان یکی از محوری‌ترین ارکان تنظیم قواعد حاکم بر دانشـــگاه‌ها و مراکز آموزش عالی تعیین کرده است. فارغ از ارزش داوری درمورد استقلال دانشگاه‌ها و مراکز آموزش عالی، تجربه ایفای نقش و عملکرد هیأت امنای دانشـــگاه‌ها چالش‌هایی به همراه داشته است. اهم این مسائل محدوده صلاحیت و جایگاه مصوبات هیأت امنا نســـبت به ســـایر قوانین و مقررات است؛ بنابراین تدقیق در معنای استقلال دانشگاهی و حدود اختیارات و تکالیف هیأت امنا در نظام حقوقی آموزش عالی به ارتقاء جایگاه آن و فرایند توسعه و تحول دانش کمک خواهد کرد.

پیش‌تر پژوهش‌هایی در راستای تبیین و تشریح وضعیت حقوقی دانشگاه‌ها و ارکان اداره آن صورت گرفته است؛ مانند: بنایی اسکویی ذیل پژوهشی جایگاه حقوقی مصوبات هیأت امناهای دانشـــگاه‌ها و مراکز پژوهشی نسبت به سایر مراجع تقنینی را مورد بحث و بررســـی قرار داده است (اسکویی، ۱۳۹٤)؛ و یا محمودی طی پژوهشی قواعـــد و مقررات حاکم بر دانشـــگاه های ایران را توصیف کرده اســـت (محمودی، ۱۳۹۷)، امـــا هدف اصلی این پژوهش، ارزیابی حقوقـــی از عملکرد هیأت‌های امنای دانشـــگاه‌ها و مراکز آموزش عالی با اســـتمداد از تفاســـیر دادرس اداری و استخراج بایسته‌های حاکم بر فرایند تصمیم‌گیری در دانشگاه‌ها و مراکز آموزش عالی است؛ تا از این رهگذر رهیافتی جهت اصلاح و تدقیق قوانین احصاء شـــود؛ چه آن‌که، تفسیر قضایی اهم ابزار ســـنجش، کارایی و کیفیت قوانین در مرحله اجراســـت. وجه ممیزه نوشـــتار حاضر، بررســـی جایگاه هیأت‌های امنا از خلال آراء هیـــأت عمومی دیوان عدالت اداری و اســـتنتاج نقاط ضعف و ارائه راه حل جهت رفع و ارتقاء می‌باشـــد؛ بنابراین این پژوهش با بررسی قوانین مرتبط و آراء قضایی درصدد پاسخ به این سوال

است که بایسته‌های حقوقی حاکم بر هیأت امنای دانشگاه‌ها و مؤسسات آموزش عالی در چهارچوب آراء هیأت عمومی دیوان عدالت اداری چیست.

با این توضیح برای رسیدن به اهداف این تحقیق، با روش توصیفی تحلیلی مبتنی بر آراء هیأت عمومی دیوان عدالت اداری، ابتدا به تشریح تحولات و تبارشناسی تقنینی و ماهیت هیأت امنا در نظام حقوقی پرداخته، در ادامه مواد قانونی مرتبط تحلیل می‌شود و در نهایت آراء قضایی مورد بحث و بررسی قرار خواهدگرفت.

۱. تبارشناسی و پیشینه تقنینی

سرآغاز ایجاد و تأسیس هیأت امناء در مراکز علمی و آموزشی مربوط به جنبش‌های اصلاح‌گرایانه دینی در قرون شانزدهم و هفدهم میلادی است. هم‌زمان با اصلاحات مذهبی و رنسانس دینی، کیفیت اداره مراکز علمی که در سیطره کلیساها بود، مورد بازنگری قرارگرفت؛ از اولین اقدامات در این دوره، تعیین هیأت امنا به عنوان یکی از ارکان مدیریت و کنترل مراکز آموزشی و علمی بود (ضرغام و همکاران، ۱۳۷٦: ۳۱۰-۳۱۲). اصطلاح هیأت امناء در کشورهای مختلف ذیل تعابیر مختلف به‌کار رفته است؛ مثلاً در آمریکا تحت عنوان هیأت‌های اداره کننده[1] و یا در انگلستان به اسم شورا[2] یا شورای عالی دانشگاه[3] یا هیأت اداره کنندگان[4] بیان شده یا در اصطلاحاتی نظیر هیأت داوطلبان،[5] هیأت شهروندان[6] و گروه حکمران‌ها[7] استفاده شده است (گید، ۱۳۷۳: ۲۲٤). این هیأت‌ها و شوراها نشات گرفته از رویکرد استقلال و خودمختاری[8] دانشگاه است. اختیارات و میزان اقتدار مجموعه‌های نامبرده متناسب با زیست حقوقی هر کشور تعریف شده است؛ مشروح وظایف و اختیارات ذکرشده در تمامی کشورهای مدعی استقلال دانشگاهی به‌صورت یکسان و واحد نیست (فراستخواه، ۱۳۹۸: ۱۵). به عبارت دیگر، تلفیقی از رویکردها و الگوهای

1. Governing borads
2. Counsil
3. Sennate
4. Board of governers
5. Volunteer board
6. Citizen board
7. Regents
8. Academic autonomy

اداره دانشگاه در هر یک از جوامع اعم از توسعه‌یـــافته و درحال توسعـه پذیرفته‌شده و اساســاً رویکرد واحدی به صورت مطلق تحقق نیافته اســت، اما شکل‌گیری نهاد دانشــگاه و مراکز آموزش عالی در ایران مـــانند جوامع مغرب زمین محصول ســیر تکاملی و مستخرج از تحولات انقـــلاب دینی نبوده اســت؛ به این معنا که هم‌زمان با ورود نهادها و مؤسســات آموزشی مدرن ســایر مراکز علمیِ سنتی نیز فعال و دایر بودند؛ لذا به عقیده برخی محقـــقان از اهم دلایل ضعف در اســتقلال دانشگاه‌ها در ایران و ارکان آن (هیأت امنا) فقدان ریشـــه‌های هنجاری و نظام حرفه‌ای درون‌زا بوده است (فراستخواه، ۱۳۹۷: ۲۷).

پیش از تأســیس دانشگاه تهران، مؤسســات آموزش عالی محدود به تعدادی مدارس عالی بود. اولین مرکز آموزش عالی مدرســه دارالفنون در سال ۱۲۲۷ توسط امیرکبیر تأسیس و پس از آن هر یک از وزارت‌خانه‌ها متناسب با نیازهای خود، مراکز آموزشی تأسیس نمودند. همان‌گونه که از نحوه تأسیس مدارس مذکور مشهود است، وابستگی به دستگاه حاکمیت جزء عناصر اصلی تأسیس به شمار می‌آید و لذا استقلال دانشــگاهی و ارکانی همچون هیأت امناء در این برهه زمانی جایگاهی ندارند؛ حتی با تصویب قانون شــورای عالی معارف مصوب ۱۳۰۰ همچنان مدیریت و رکن اصلی تصمیم‌گیری در مورد مؤسســات آموزش عالی توسط شورای عالی معارف صورت می‌گرفت. سال ۱۳۱۳ مجلس شــورای ملی قانون تأسیس دانشگاه تهران را تصویب می‌کند، اما از اصطلاح هیأت امناء برای مدیریت دانشــگاه اســتفاده نکرده و عبارت شورای دانشگاه را به‌کار برده اســت. سال ۱۳۳۹ شورای عالی معارف ذیل اساسنامه دانشگاه ملی (شهید بهشتی) هیأت امناء را شناسایی کرد و به دنبال آن سایر دانشگاه‌ها مانند دانشــگاه شیراز، نهاد هیأت امناء را جزء ارکان مدیریت دانشگاه تعریف کردند. در ادامه نیز با تصویب قانون تشــکیل و اختیارات هیأت امنای دانشگاه تهران در سال ۱۳٤٦، رسماً رکن هیأت امناء وارد ساختار اداره آن شد. پس از آن با افزیش مؤسسات و مراکز آموزش عالی، قانون هیأت‌های امنای مؤسســات عالی علمی‌دولتی در ســال ۱۳۵۰ تصویب شد. با رشد دانشگاه و مراکز آموزش عالی در نیمه دهه پنجاه، مسائل اســتقلال دانشــگاه‌ها و افزایش اختیارات هیأت امناها مطرح و منجر به تهیه «لایحه اســتقلال دانشگاه» می‌شــود، اما به دلیل تقارن با تحولات سیاسی سال ۵۷ مسکوت

می‌ماند (فراستخواه، ۱۳۹۷: ۳۳).

با پیروزی انقلاب اسلامی، شورای انقلاب در راستای انقلاب فرهنگی، هیأت‌های امنای دانشگاه را در اسفند سال ۱۳۵۷ منحل می‌کند. ستاد انقلاب فرهنگی «مقررات مربوط به مدیریت آموزش‌عالی و مدیریت دانشگاه‌ها» را در سال ۱۳۶۱ به تصویب رسانید، اما به احیای هیأت امنای دانشگاه‌ها اشاره‌ای ندارد، تا این‌که شورای انقلاب فرهنگی «قانون تشکیل هیأت‌های امنای دانشگاه‌ها و مؤسسات آموزشی و پژوهشی» را در سال ۱۳۶۷ تصویب کرد.

بنابراین با احیای مجدد هیأت‌های امناء توسط شورای عالی انقلاب فرهنگی از ابتدای دهه هفتاد، در سایر قوانین مانند ماده ۱۰ «قانون اهداف، وظایف و تشکیلات وزارت علوم، تحقیقات و فناوری» مصوب ۱۳۸۳ یا در قوانین برنامه توسعه پنج‌ساله ذیل بند الف ماده ٤۹ قانون برنامه چهارم توسعه کشور مصوب ۱۳۸۳ و یا بند ب ماده ۲۰ قانون برنامه پنجم توسعه کشورمصوب ۱۳۸۹ استقلال دانشگاه‌ها و اختیارات هیأت‌های امناء مورد شناسایی قرار گرفت. در نهایت با تکرار در دو مرحله از قوانین برنامه توسعه، موضوع به عنوان حکم دائمی در قالب ماده یک قانون احکام دائمی برنامه‌های توسعه کشور سال ۱۳۹۵ تصویب شد؛ با توجه به مطالب پیش‌گفته، استقلال دانشگاه‌ها و جایگاه هیأت امنای دانشگاه در ایران روندی پرتلاطم و پیچیده‌ای داشته است، اما آنچه از این رهگذر حائز اهمیت است، کیفیت و محدوده صلاحیت‌ها و سازکار اعمال اختیارات هیأت‌های امناء متناسب با زیست حقوقی و اسناد بالادستی است.

۲. تحلیل ماده یک قانون احکام دائمی برنامه‌های توسعه کشور

آخرین اراده قانون‌گذار در مورد نحوه اداره دانشگاه‌ها و مراکز آموزشی عالی، ماده ۱ قانون احکام دائمی برنامه‌های توسعه کشور مصوب ۱۳۹۵/۱۱/۱۰ [۱] است.

---

۱. ماده مذکور مشتمل بر هفت تبصره چنین مقرر می دارد: «دانشگاه ها، مراکز و مؤسسات آموزش عالی و پژوهشی و فرهنگستان ها و پارک های علم و فناوری که دارای مجوز از شورای گسترش آموزش عالی وزارتخانه‌های علوم، تحقیقات و فناوری و بهداشت، درمان و آموزش پزشکی و سایر مراجع قانونی ذی‌ربط می‌باشند، بدون رعایت قوانین و مقررات عمومی حاکم بر دستگاه های دولتی به ویژه قانون محاسبات عمومی کشور، قانون مدیریت خدمات کشوری، قانون برگزاری مناقصات و اصلاحات و الحاقات بعدی آن‌ها و فقط در چهارچوب مصوبات و آیین‌نامه‌های مالی، معاملاتی، اداری، استخدامی و تشکیلاتی مصوب هیأت امنا که حسب مورد به تأیید وزیران علوم، تحقیقات و

اهمیت و جایگاه ماده ۱ قانـــون احکام دائمی برنامه‌های توسعه کشور از آن جهت می‌باشدکه مقنن نهاد هیأت امناء و چـــهارچوب صلاحیت های قانونی حاکم بر آن را به صورت دائمی در نظـــام واره مدیریـت مراکز دانشـگاهی و آموزش عالی شناسایی کرده است. قانون‌گـــذار مبتنی بر پیشینه تقنینیِ اسـتقلال مراکز دانشگاهی و آموزش عالی، ماده حاضر را تصویـــب کرده است، اما تـــجربه عملـکردِ سـازکار مذکور، ابهامات و چالش‌هایی نسبت به برداشـــت‌های قانونـی از ماده ۱ داشته است (شریعت، ۱۳۷۳ : ٦۱ –۷۲)؛ مانند این‌که: دامنه شمول این ماده دربرگیرنده تمامی مراکز آموزشـــی اعم از دولتی یا غیردولتی مانند دانشـــگاه آزاد هست یا خیر؟ آیا صلاحیت مقرره‌گذاری هیأت امناهای موضوع این ماده به صورت مطلق است؟ آیا اختیار مذکور مغایر اصل هشـــتاد و پنجم قانون اساسی نیســـت؟ حیطه قیود و استثنائات مندرج در ماده ۱ قانون احکام دائمی برنامه‌های توسعه کشور تا کجاست؟ آیا مراد از «قوانین و مقررات عمومی» مطلق قوانین بوده است؟

۱-۲. دامنه شمول

به‌موجب صدر ماده ۱ «دانشگاه‌ها، مراکز و مؤسسات آموزش عالی و پژوهشی و فرهنگســـتان‌ها و پارک‌های علم و فناوری» که داری مجوز از شـــورای گســـترش آموزش –عالی و سایر مراجع قانونی ذی‌ربط، موضوع احکام این ماده قانونی هستند؛ افـــزون بر آن تبصـــره ۵ [۱] همین ماده، مراکز آموزش عالی دولتی و فرهنگســـتان‌های تخصصی را مشمول حکم این ماده دانسته است. به‌عبارتی، مراکز آموزشی غیر دولتی مانند دانشـــگاه آزاد اسلامی تخصصاً از موضوع این ماده خارج بوده و مشمول احکام خاص خود می‌باشد. به‌رغم این‌که سازکار هیأت امناء در ساختار دانشگاه آزاد اسلامی پیش‌بینی شـــده اســـت و مفاد ماده ٦ و تبصره ۲ بندِ ی اساسنامه دانشگاه آزاد اسلامی مصوب ۱۳۸۹ بر متابعت دانشـــگاه آزاد اســـلامی و هیأت امنای آن از کلیه ضوابط و مقررات کشوری و قوانین مربوط به مؤسسات آموزش عالی غیردولتی تاکید دارد، اما

فناوری و بهداشـــت، درمان و آموزش پزشکی و در مورد فرهنگستان ها به تأیید رئیس جمهور و در مورد دانشگاه ها و مراکز آموزش عالی و تحقیقاتی وابسته به نیروهای مسلح به تأیید رئیس ستاد کل نیروهای مسلح می رسد، عمل می کنند».

۱. هرگونه اصلاح ســـاختار و مقررات مالی، اداری، معاملاتی، اســـتخدامی و تشکیلاتی دانشگاه‌ها و مؤسســـات آموزش عالی و پژوهشـــی دولتی و همچنین فرهنگستان‌های تخصصی فقط مشمول این ماده و تبصره‌های آن است.

مستفاد از ماده ۱۲ اساسنامه مذکور، صلاحیت و تکالیف قانونی هیأت امنای دانشگاه آزاد اسلامی منوط به تایید مرجع دیگری مانند وزیر مربوطه یا رئیس جمهور نیست، بلکه هیأت امناء دانشگاه آزاد اسلامی مرجع نهایی وضع ضوابط و قواعد نسبت به نهاد دانشگاه آزاد اسلامی است؛ کما این‌که در رویه قضایی نیز دادنامه وحدت رویه شماره ۱۱۵مورخ ۱۳۹۳/۲/۲۹ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری، هیأت امناء دانشگاه آزاد اسلامی را مرجع تصویب ضوابط و قواعد خاص استخدامی دانسته و نهایی‌سازی تصمیمات آن را به مرجع دیگر احاله نداده است. از طرفی برخی احکام مانند کیفیت انحلال و تعیین تکلیف اموال پس از انحلال به صورت خاص برای دانشگاه آزاد شناسایی شده است. با این توصیف، کیفیت اِعمال اختیارات هیأت امناء در دانشگاه آزاد به رکن یا مرجع دیگری وابسته نیست، اما تصمیمات هیأت امنای دانشگاه‌های دولتی به جهت رعایت اصول هشتاد و پنجم و یکصد و سی و هشتم قانون اساسی، منوط به تایید وزیر مربوط یا رئیس جمهور می‌باشند؛ بنابراین هر چند مؤسسات آموزش عالی غیر دولتی مانند دانشگاه آزاد اسلامی دارای احکام مشابه ماده ۱ می‌باشند، اما موضوع ماده مذکور به شمار نمی‌آیند.

سوال مهم‌تر و اساسی در رابطه با دامنه شمولِ احکام و مصوبات هیأت امناء آن است که وجه الزام‌آور بودن تصمیمات هیأت امناء صرفاً ناظر به مؤسسات و مراکز آموزش عالی است یا تمامی دستگاه‌های اجرایی را شامل می‌شود. به بیان دیگر، اگر ذیل تصمیمات هیأت امناء تکلیفی به طور سلبی یا ایجابی برای ارکان و ساختار مراکز آموزش عالی و دانشگاه‌ها مقرر شود، به تصریح ماده ۱ مراجع ذکرشده در صدر ماده مکلف به تبعیت می‌باشند؛ حال چنانچه تصمیمات هیأت امناء به صورت مستقیم تکالیفی برای دستگاه-های اجرایی وضع کند و یا اجرای تصمیمات هیأت امناء مستلزم تکالیفی برای سایر دستگاه‌های اجرایی باشد، آیا دستگاه اجرایی ملزم به تبعیت و مشمول رعایت احکام و تصمیمات صادره از سوی هیأت امناء است؟ به عنوان مثال، اگر هیأت امناء برای پرداخت‌های ضروری دانشگاه، جابه‌جایی اعتبارات مصوب در بودجه تفصیلی را تصویب کند، ملاک رسیدگی برای دیوان محاسبات موافقت‌نامه بند ع ماده ۲۸ [۱] قانون الحاق برخی مواد به قانون تنظیم بخشی از مقررات

۱.ع- مبالغی که به هر یک از دانشگاه‌ها و مؤسسات آموزش عالی و پژوهشی تحت پوشش

مالـــی دولت (۲) مصوب ۱۳۹۳ اســـت یا مصوب هیأت امناء لازم الاتباع اســـت؟ یا در خصـــوص ضوابـــط حاکم بر ســـفرهای خارجی، اگر هیأت امناء کلیه ســـفرهای خارجی کارکنان دانشـــگاه اعم از اعضای هیأت علمی و غیر آن را از قانون نظارت بر مســـافرت‌های خارجی مصوب ۱۳۷۳ مســـتثنی کند، آیا وزارت امور خارجه و هیأت موضـــوع قانون پیش‌گفته، ملزم به تبعیت از تصمیم هیأت امناء است؟یا اگر هـیأت امناء سن بازنشســـتگی اعضای هیأت علمی را بیست سال تصویب کند، آیا صندوق بازنشـستگی مکلف به تبعیت است؟

فارغ از ماهیت و جایگاه حقوقی مصوبات هیأت امناء، شاید در ابتدا چنین پاسخ داده شود که صدر ماده دســـتگاه‌های ذی‌ربط را تصریح کرده است؛ یعنی دانشگاه‌ها و مراکز آموزش عالی که دارای مجوز قانـــونی هستند باید در چهارچوب مصوبات هیأت امناء عمل کنند؛ بنابراین احکام صادره توسط هیأت امناء، برای سایر دستگاه‌های اجرایی تکلیفی به همراه ندارد، اما فلســـفه و شـــأن تقنین در این حوزه، استقلال نهاد دانشگاه و ایجاد بستر مناسب برای توسعه علم و دانش بوده است (campbell, 2006: 6)؛ و اعطای این صلاحیت به هیأت امناء اذن در لوازم آن نیز اســـت؛ چرا که مقدمه انجـــام عمده فعالیت‌های هیأت امناءها در امور اســـتخدامی، اداری، مالی و معاملاتی ناگزیر از طریق الزام سایر دستگاه‌های اجرایی میسر است. رویه دادرس اداری در مورد نمونه‌های پیش‌تر بیان شده مانند جابجایی اعتبارات[1] و ساماندهی سفرهای خارجی،[2] موید آن است که وجه الزام‌آور بودن مصوبات هیأت امناء صرفاً ناظر به دانشگاه‌ها و مؤسسات آموزش عالی نیســـت؛ بنابراین وضع هر قاعده از سوی هیأت امناء، علاوه بر مؤسسات موضوع قانون نسبت به سایر دستگاه‌های اجرایی مرتبط نیز حاکم است. چالش اصلی زمانی است که موضوع مصوبات هیأت امناء متضمن اعتبار مالی باشد و محل تامین اعتبار مالی تکالیف مقرر شده توسط هیأت امناء مشخص نشود و یا مغایر

وزارت‌خانه‌های علوم، تحقیقات و فناوری و بهداشـــت، درمان و آموزش پزشکی از محل اعتبارات هزینه‌ای و تملک دارایی‌های ســـرمایه‌ای ذیل ردیف‌های متمرکز پرداخت می‌شـــود، پس از ابلاغ به عنوان کمک به سرجمع اعتبارات آن‌ها افزوده می‌شود تا مطابق شرح عملیات مندرج در موافقت‌نامه براساس قوانین و مقررات مربوط هزینه کنند.

۱. دادنامه شـــماره ۹۸۰۹۹۷۰۹۰۶۰۱۰۰۸۰ مورخ ۱۳۹۸/۳/۸ هیأت تخصصی اقتصادی و مالی دیوان عدالت اداری

۲. دادنامه شماره ۹۸۰۹۹۷۰۹۰۵۸۱۱۲۹۲۱ مورخ ۱۳۹۸/۱۰/۱۷ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری

با اســـناد بالادستی و قانون اساسی باشد. در این صورت به جهت خروج از صلاحیت و تکلیف مالایطاق از ســـوی هیأت امنا، دستگاه‌های اجرایی الزامی به تبعیت نخواهند داشت. در همین راستا مقنن ذیل بند ت ماده ۲۲٤ قانون برنامه پنجم توسعه کشور، بند ث ماده ۷ قانون برنامه ششـــم توسعه کشور و ماده ۷۱ قانون احکام دائمی برنامه‌های توســـعه[1] مشکل را رفع کرده است؛ به این شرح که اگر مصوبات هیأت امناء متضمن بار مالی باشد، منوط به تامین مالی در قانون بودجه امکان طرح و تصویب دارد.

۲-۲. ماهیت عمل هیأت امناء

ماهیـــت عمل هیأت امناء چیســـت؟ آیا به مثابه رکن ســـازمانی ماهیت اداری دارد، یا عمل تقنینی یا قضایی اســـت؟ عبارتی که در قانون نسبت به عمل هیأت امناء بیان شـــده «مصوب هیأت امناء حسب مورد به تایید» است. عبارت مذکور دلالت بر این دارد که هیأت امناء مصوب کننده قاعده در حوزه‌های اداری، اســـتخدامی، مالی و معاملاتی اســـت و در صورت تایید لازم‌الاتباع می‌باشد؛ بنابراین وضع قاعده الزام‌آور منوط به تایید وزیر یا رئیس جمهور عمل تقنینی است، اما مراد قانون‌گذاری در معنای خاصِ آن است یا مقرره‌گذاری؟ مستند به اصول هفتاد و یکم[2] و هفتاد و سوم[3] قانون اساسی، قانون‌گذاری در صلاحیت مجلس است. افزون بر آن طبق اصل هشتاد و پنجم این قانون، سمت نمایندگی قائم به شخص است و قابل واگذاری به دیگری نیست و مجلس نمی‌تواند اختیار قانون‌گذاری را به شخص یا هیأتی واگذار کند؛ مگر در مورد قوانین آزمایشـــی کمیســـیون‌های داخلی مجلس و یا اساسنامه سازمان‌ها و مؤسسات دولتی توســـط هیأت وزیران امکان تفویض وجود دارد؛ بنابراین متناســـب با منظومه قانون اساســـی اساســـاً قانون‌گذاری به صورت حالت استثنایی و خاص توسط هیأت

---

۱. کلیه تصویب‌نامه‌ها، بخشـــنامه‌ها، دستورالعمل‌ها و همچنین تصمیمات و مصوبات هیأت‌های امناء و مراجع و مقامات اجرایی و دستگاه‌های اجرایی به استثنای احکام قضایی که متضمن بار مالی برای صندوق‌های بازنشستگی یا دستگاه‌های اجرایی و دولت می‌باشد در صورتی قابل اجراء است که بار مالی ناشـــی از آن قبلاً محاسبه و در قوانین بودجه کل کشـــور و یا بودجه سالانه دستگاه یا صندوق ذی‌ربط تأمین شـــده باشد و ایجاد و تحمیل هر گونه بار مالی مازاد بر ارقام مندرج در قوانین بودجه ســـنواتی یا صندوق ذی‌ربط ممنوع می‌باشـــد؛ در غیر این صورت عمل مراجع مذکور در حکم تعهد زائد بر اعتبار است و مشمول پرداخت از سوی دستگاه یا صندوق‌های مربوطه نیست.

۲. مجلس شورای اسلامی در عموم مسائل در حدود مقرر در قانون اساسی می‌تواند قانون وضع کند.

۳. شـــرح و تفسیر قوانین عادی در صلاحیت مجلس شورای اســـلامی است، مفاد این اصل مانع از تفسیری که دادرسان در مقام تمیز حق از قوانین می‌کنند نیست.

امناء خارج از قواعد بالادستی بوده و مغایر قانون اساسی است.

مشروح مذاکرات شورای نگهبان[1] حین بررسی قانون احکام دائمی برنامه‌های توسعه کشور موید آن است، ایراد اصل هشتاد و پنجم قانون اساسی نسبت به صلاحیت وضع مصوبات توسط هیأت امناء بحث شده است و با این استدلال که صلاحیت اعطایی به هیأت امناء قانون‌گذاری نیست، بلکه وضع مقرره و آیین‌نامه است، ایراد اصل هشتاد و پنجم قانون اساسی را مرتفع دانسته‌اند (جمعی از پژوهش‌گران، ۱۳۹۹: ۷۴۲-۷۵۶).

اگر منظور از عمل تقنینی هیأت امناء، مقرره‌گذاری باشد، بر اساس اصل یکصد و سی و هشتم قانون اساسی، مرجع وضع مقرره در نظام حقوقی ایران هیأت وزیران، کمیسیون‌های متشکل از چند وزیر و وزیر شناسایی شده است؛ با این توصیف هیأت‌های امناء به صورت مستقل امکان وضع مقرره یا آیین‌نامه را ندارند، اما مقنن با عبارت «حسب مورد تایید وزیر» ایراد مذکور را رفع نموده است؛ چرا که در رویه شورای نگهبان در موارد مشابه مانند صلاحیت وضع مقرره توسط هیأت‌ها، مجامع و شوراها منوط به تایید وزیر بلااشکال تلقی شده است، اما برای تبیین ماهیت تقنینی عمل هیأت امناء می‌بایست چهارچوب قواعد حاکم بر صلاحیت مذکور به صورت شفاف مقرر شود.

به نظر می‌رسد صلاحیت اعطایی به هیأت امناء قابل تأمل است و ضوابط حاکم بر وضع آیین‌نامه توسط هیأت امناء مبهم است؛ چرا که ضوابط حاکم بر آیین‌نامه‌ها (قانون) یکی از جهات نظارت قضایی به شمار می‌آید (مولابیگی، ۱۳۸۸: ۹۹-۱۰۱). دادرس اداری می‌بایست مصوبات هیأت امناء را مبتنی بر قوانینی که حدود صلاحیت هیأت امناء را مقرر کرده است، مورد ارزیابی و نظارت قرار دهد. حال آیا منظور از قوانین حاکم بر مصوبات هیأت امناء، قوانین مستثنی نشده در ماده ۱ قانون احکام دائمی است؛ یعنی قوانین عامی که صرفاً حاکم بر دستگاه‌های دولتی نیست؛ مانند قانون کار، قانون مدنی یا تجارت؛ یا ضوابطی غیر از مواردِ بیان‌شده است؟ از نص ماده ۱ مستفاد می‌شود که ملاک احراز ضوابط حاکم بر مصوبات هیأت امناء تصریح نشده

---

۱. جلسه ۱۳۹۵/۵/۶ قابل رویت در سایت:

http://nazarat.shora-rc.ir/

و صرفاً مواردی که حاکم بر مصوبات هیأت امناء نیست و مستثنی است آمده است. به عبارتی، یکی نقیصه‌های این ماده، سکوت مقنن و ایجاد بستر تفسیربرداری‌های مختلف در رابطه با ضوابط ناظر بر مصوبات هیأت امناء است؛ بنابراین با توجه به عدم شفافیت ضوابط و قواعد مذکور، پیشنهاد می‌شود قواعدِ کلی ناظر بر دانشگاه‌ها و مراکز آموزش عالی دولتی مشتمل بر چهارچوب حاکم بر مصوبات هیأت امناء توسط مجلس شورای اسلامی به صورت دقیق و شفاف مقرر شود. با این اقدام اولاً، محدوده صلاحیتی هیأت امناء معین و امکان نظارت‌پذیری دقیق فراهم می‌شود؛ ثانیاً، مغایرت ماهیت عمل هیأت امناء با صلاحیت تقنینی مجلس مرتفع می‌گردد؛ ثالثاً، تضمین‌گر استقلال دانشگاه‌ها جهت تسهیل و توسعه در حوزه آموزش عالی است.

۳-۲. دلالت «قوانین و مقررات عمومی حاکم بر دستگاه‌های دولتی»

قانون‌گذار با عبارت «بدون رعایت قوانین و مقررات عمومی حاکم بر دستگاه‌های دولتی» تا حدودی مصادیق قواعدی که دانشگاه‌ها و مراکز آموزش عالی مکلف به تبعیت از مصوبات هیأت امناء شده‌اند را بیان کرده و نسبت به ضوابط و قواعدی که باید به عنوان قوانین و مقررات بالادستی ملاک و معیار عمل هیأت امناء باشد، سکوت کرده است. فارغ از نکته‌ای که در بند پیشینِ بدان اشاره شد، مصادیق عدم رعایت یا به عبارتی استثنائات مبهم است؛ چرا که دقیقاً معلوم نیست که آیا مراد از قوانین و مقررات مطلق قوانین و مقررات عام است؛ آیا در صورت مستثنی بودن کلیه قوانین و مقررات عمومی، هیأت امناء صلاحیت وضع مصوبه مغایر مجلس یا سایر مصوبات مراجع تقنینی مانند مجمع تشخیص مصحلت نظام را دارد؟ در علم حقوق هر اصطلاح و واژه در ادبیات تقنینی آثار حقوقی خاص خود را دارد (استوارسنگری، ۱۴۰۰: ۲)؛ لذا برای برداشت صحیح از عبارت پیش‌گفته می‌بایست واژگان «قوانین»، «مقررات» و «عمومی» را مورد بررسی قرار داد.

واژه «قوانین» جمع کلمه قانون به عنوان یکی از هنجارهای الزام‌آور در نظام‌واره حقوقی به شمار می‌آید. حقوق‌دانان متناسب با مرجع وضع، مصوبات قوه مقننه را قانون عادی بیان کرده‌اند (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۳۰۹)؛ بنابراین قانون به همراه وصف عادی غالباً معرّف مصوبات مجلس شورای اسلامی است. در این ماده، قانون به صورت جمع به‌کار رفته و مشخص نیست منظور از قوانین، قانون عادی است

یا مفهـــوم عام کلیه هنجارهای حقوقی اعم از قانون عادی و مصوبات ســـایر مراجع تقنینی؛ لذا از موارد مبهم، اطلاق واژه قوانین اســـت. به نظر می‌رســـد با بیان عبارت «حاکم بر دســـتگاه‌های دولتی» معیاری برای تفکیک موضوعی قوانین مورد نظر باشد و یا با تعریف به مصداق از جمله قانون مدیریت خدمات کشـــوری، ابهام بیان شده تا حدودی مرتفع شده است، اما چنین نیست؛ چرا که اولاً، عبارت حاکم بر دستگاه‌های دولتی ناظر به موضوع قانون اســـت و اساســـاً به مرجع وضع توجـــهی ندارد؛ ثانیاً، همان‌گونه که در متن ماده آمده، مصداق قوانین بیان شده وجه تمـــثیلی دارد. با این توصیف، اطلاق عبارت «عدم رعایت قوانین» نسبت به مـواردی که وضع آیین‌نامه یا دستورالعمل توسط هیأت امناء منجر به تعـارض با مصوبات مجـلس شورای اسلامی شود، مستند به اصل هشتاد و پنجم قـانون اسـاسی و مشروح مذاکرات شورای نگهبان ذیل بررســـی قانون احکام دائمی برنامه‌های توســـعه کشـــور مغایر با اصل پیش‌گفته است[1] (جمعی از پژوهش‌گران، ۱۳۹۹: ۷۴۲-۷۵۶). افزون بر آن، در صورت تعارض تصمیمات هیأت امناء با مصوبات مجمع تشـــخیص مصلحت نظام، آیا تصمیم هیأت امناء مقدم بر مصوبه مجمع تشـــخیص مصلحت نظام است؟ مستند به نظریه تفسیری شـــورای نگهبان ذیل اصل یکصد و دوازدهم به شـــماره ۵۳۱۸ مورخ ۱۳۷۲/۷/۲۴[2] هیچ یک از مراجع قانون‌گذاری حق نقض مصوبه مجمع تشـــخیص مصلحتِ نظام را ندارد. مطابق آنچه پیش‌تر بیان شد، هیأت امناء مرجع قانون‌گذاری نیست و صلاحیت مقرره‌گذاری منوط به تایید وزیر یا رئیس جمهور را دارد، اما به قیاس اولویت، زمانی که مراجع قانون‌گذاری امکان نقض مصوبه مجمع تشخیص مصلحت نظام را ندارند، مرجع مقرره‌گذاری نیز چنین صلاحیتی نخواهد داشت؛ از این رو به کارگیری عبارت قوانین به صورت مطلق، مغایر با اصول یادشده است و می‌بایست دامنه موارد مستثنی

---

۱. جلسه ۱۳۹۵/۵/۶ قابل رویت در سایت:
http://nazarat.shora-rc.ir/

۲. هیچ یک از مراجع قانون‌گذاری حق رد و ابطال و نقض و فسخ مصوبه مجمع تشخیص مصلحت نظـــام را ندارد، اما در صورتی که مصوبه مجمع مصلحت مربوط به اختلاف نظر شـــورای نگهبان و مجلس شورای اسلامی بوده، مجلس پس از گذشت زمان معتدبه که تغییر مصلحت موجه باشد، حق طـــرح و تصویب قانون مغایـــر را دارد و در مواردی که موضوع به عنوان معضل از طرف مقام معظم رهبری به مجمع ارســـال شده باشد، در صورت استعلام از مقام رهبری و عدم مخالفت معظم‌له، قابل طرح در مجلس شورای اسلامی است.

شده مشخص شود.

اصطـــلاح دیگر در عبارت «بدون رعایـــت قوانین و مقررات عمومی حاکم بر دستگاه‌های دولتی» واژه «مقررات»، جمع «مقرره» است. حقوق‌دانان دو معنای عام و خاص برای این اصطلاح بیـــان کرده‌اند. در معنای خاص به هنجارهای غیر از قانون عادی گفته می‌شـــود و در معنای عام در برگیرنده کلیـــه هنجارهای الزام‌آور همچون قانون، آیین‌نامه و بخشنامه اســـت(جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸: ٦٧٠). اکنون سوال این اســـت که مـــراد از مقررات در این مـــاده، کدام‌یک از معانی حقوقی مذکور اســـت؟ به‌رغم این‌که مصادیق بیان شده در ماده، قوانین مصوب مجلس می‌باشد، اما به جهت تمثیلی بودن، نافی ســـایر مقرره‌ها از قبیل آیین‌نامه یا بخشنامه نیست؛ بنابراین مراد از مقررات، مقرره به معنای خاص آن اســـت؛ چرا که پیش از آن واژه قوانین بیان شـــده اســـت. اطلاق مقررات به معنای خاص، کلیه مقرره‌های الزام‌آور از قبیل آیین‌نامه‌ها، بخشنامه‌ها و دستورالعمل‌ها را شامل می‌شود. به نظر برخی از حقوق‌دانان، بخشنامه‌ها و دستورالعمل‌ها ناظر به درون دستگاه اجرایی است و مشمول مقررات عمومی نیست (پروانـــه، ۱۳۸۷: ۲۳-۲٤)، اما با آمدن واژه عمومی بعـــد از مقررات، مفهوم مقررات تا حدودی واضح شـــده اســـت. برای درک صحیح‌تر در ادامه وصف عام بودن مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

واژه «عمومـــی» در برابر واژه «خاص» قرار می‌گیرد. به عبارتی، مفهوم مخالف واژه عمومی در عبارت «قوانین و مقررات عمومی»، قوانین و مقررات خاص اســـت. قوانین و مقررات خاص جزء ضوابط مستثنی شده و مصادیق عدم تبعیت هیأت امناء به شمار نمی‌آید، اما در این مجال دو نکته حائز اهمیت است:

نخســـت، آیا عام بودن صرفاً وصفی برای مقررات است یا به دلیل واو عطف بیـــن «قوانین و مقررات»، واژه قوانین هم متصف به عام بودن اســـت؟ هر چند ظاهر ماده دلالت بر آن دارد که عام بودن معطوف به مقررات اســـت، اما رویه قضایی ذیل دادنامه‌های متعدد از جمله دادنامه شـــماره ۲۹۲۱ مورخ ۱۳۹۸/۱۰/۱۷ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری[1] موید معطوف بودن وصف عام به هر دو واژه قوانین و مقررات

۱. نظر به این‌که قانون نظارت بر مسافرت‌های خارجی مصوب ۱۳۷۳، از مقررات عمومی و عام بوده و قانون احکام دائمی برنامه‌های توســـعه کشور مصوب سال ۱۳۹۵، قانون خاص نسبت به دانشگاه‌ها بود و دانشگاه‌ها از رعایت کلیه قوانین و مقررات عمومی حاکم بر دستگاه های دولتی ... مستثنی شده

اســـت. علاوه بر آن، بیان تمثیلی از قوانین عام در ادامه عبارت «بدون رعایت قوانین و مقررات عمومی حاکم بر دســـتگاه‌های دولتی» مانند قانون محاسبات عمومی کشور دلالـــت بر رجوع وصف عام بـــه واژه قوانین دارد؛ یعنی هیأت‌هـــای امناء الزامی به تبعیت از قوانین عمومی دســـتگاه‌های دولتی از جمله قانون محاسبات عمومی کشور را ندارند؛ اما اســـتثناء شدن از قانون محاســـبات عمومی کشور به منزله عدم نظارت مالی نیست؛ چرا که قانون‌گذار در سال ۱۳٦٤ در خصوص دستگاه‌ها و مؤسساتی که از قانون محاســـبات عمومی کشور مستثنی شده‌اند، ماده‌واحده‌ای تحت عنوان «قانون نحوه هزینه کردن اعتباراتی که به موجب قانون از رعایت قانون محاســـبات عمومی و سایر مقررات عمومی دولت مستثنی هستند» را تصویب کرد و مواردی که دستگاه‌های اجرایی به نحوی از انحاء از قانون محاسبات عمومی و سایر مقررات عمومی دولت و یا آیین‌نامه معاملات دولتی معاف شده‌اند، مشمول قواعد خاصِ ماده‌واحده پیش‌گفته هستند.

دوم، صفت عمومی بودن ناظر به موضوع یک مقرره اســـت یا نسبت به دامنه شـــمول قانون یا مقرره؟ به نظر می‌رسد قید «دستگاه‌های دولتی» در ادامه تا حدودی امکان پاســـخ به نکته فوق را فراهم نماید. بعد از عبارت عمومیت داشـــتن، قوانین و مقررات مقید به «دســـتگاه‌های دولتی» شده است. فرض نخست آن است که قاعده یا مقرره قانونی خاص یک دستگاه دولتی باشد یا در فرض دوم، قاعده یا مقرره قانونیِ عامی که دستگاه‌های دولتی موضوع یا مشمول آن نیستند، نسبت به دانشگاه‌ها مستثنی نشده و حاکم بر دانشگاه‌ها و مراکز آموزش عالی است. فرض نخست با توجه به این که خاص بودن ناظر به موضوع و مشمولان قاعده و مقرره قانونی است؛ لذا دانشگاه‌ها و مراکز آموزش عالی تخصصاً از آن خارج اســـت، اما در مورد فرض دوم محل تامل اســـت؛ منظور از قوانین و مقررات عام حاکم بر دســـتگاه‌های غیر دولتی چیست؟ آیا مراد قانون‌گذار قانون مدنی، قانون تجارت و ... اســـت؟ با توجه به این‌که ملاک‌هایی برای تشخیص موارد اســـتثناء جهت عدم رعایت توسط دانشگاه‌ها بیان شده و مقنن نســـبت به قوانین حاکم بر مصوبات هیأت امناء سکوت کرده است، سکوت قانون و

و هر گونه تصمیم‌گیری و وضع مقرره در این خصوص به هیأت امنای دانشـــگاه واگذار شده است. بنابراین مصوبه مورد اعتراض ... ابطال نشد.

عدم تعیین تکلیف در مورد قوانین حاکم بر مصوبات هیأت امناء بستر برداشت‌های حقوقی مختلف را فراهم می‌کند. به نظر می‌رسد مفهوم مخالف قوانین مستثنی‌شده راه‌گشای اصطیاد قوانین و مقررات حاکم بر هیأت امنا باشد؛ به این معنا که قاعده یا مقرره قانونیِ عامی که دستگاه‌های دولتی موضوع یا مشمول آن نیستند یا صرفاً دستگاه دولتیِ موضوع قانونی نباشد، نسبت به دانشگاه‌ها و مراکز آموزش عالی مستثنی نشده است. در این میان رویه قضایی ذیل دادنامه‌های ۸۵۰-۸۴۹ مورخ ۱۳۹۸/۵/۱ و ۱۰۷۳ مورخ ۱۳۹۸/۶/۱۲ موید آن است که دو دسته قوانین نسبت به هیأت امناء حاکم است؛ نخست، قوانین و مقررات عامی که تمامی اشخاص حقیقی و حقوقی اعم از دولتی و غیر دولتی ملزم به تبعیت از آن هستند مانند ضوابط تغییر کاربری اراضی؛ و دوم، قوانینی که نسبت به موضوع خاصی وضع شده است مانند قانون منع به‌کارگیری بازنشستگان؛ یعنی قانون مذکور نسبت به قواعد عام استخدامی دستگاه‌های دولتی، خاص به شمار می‌آید.

با این توصیف، عبارت «بدون رعایت قوانین و مقررات عمومی حاکم بر دستگاه‌های دولتی» و بیان مصادیق پس از آن، تا حدودی دامنه عدم شمول برخی قوانین از جمله قانون محاسبات عمومی کشور، قانون مدیریت خدمات کشوری، قانون برگزاری مناقصات و اصلاحات و الحاقات بعدی آن‌ها را نسبت به دانشگاه‌ها و مراکز آموزش عالی بیان کرده است، اما عبارت مذکور در قانون بیش از آن که به عنوان سنجه تشخیص حدود صلاحیتی حاکم بر هیأت امنای دانشگاه‌ها و مراکز آموزش عالی باشد، نقاط ابهام و تفسیر بردار به همراه دارد. قانون‌گذار می‌بایست مبتنی بر اسناد بالادستی اعم از قانون اساسی، سند جامع علمی کشور، مصوبات شورای عالی انقلاب فرهنگی، سند آمایش آموزش عالی و ارزیابی سوابق تقنینی، قواعد عام حاکم بر دانشگاه‌ها و مراکز آموزش عالی در چهار حوزه اداری، استخدامی، مالی و معاملاتی را تقنین می‌کرد.

۳. نظارت‌پذیری مصوبات هیأت امناء و بایسته‌های حاکم در آراء هیأت عمومی دیوان عدالت اداری

شناسایی هیأت امناء و صلاحیت‌های آن مطابق ماده ۱ قانون احکام دائمی برنامه‌های توسعه کشور مصوب ۱۳۹۵ برای مؤسسات و مراکز آموزش عالی

دولتی مقرر شده اســـت. به‌رغم این‌که مقـــنن در قوانین متعدد ضـرورت استـقلال دانشـــگاه‌ها، مراکز آموزش عـــالی و هیأت امناء را مورد تاکید قرار داده اســـت، اما مـراد از مـــستقل بودن یک نهاد یا مؤسـسه در نظـام‌واره حـقوق عمومی به مـعنای عـدم کنـــش‌گری دولت در آن حوزه و یا عـدم نظارت قدرت عـمومی و حکومت (دولت) نیسـت (محمودی، ۱۳۹٤: ۱۰٦). امر نـظارت در راستای جلوگیری از خروج از صلاحیت‌های اعطایی و حصول اطمینان از انجام وظایف، منطـقی و موجـه است (هداوند، ۱۳۹٦: ۵).

دیـــوان عدالت اداری مرجع صالح در صیانت از قانون و برخورد با تصمیمات و اقدامات ماموران دســـتگاه‌های دولتی است (فلاح‌زاده و نجفی،۱٤۰۰: ۳۳۸)؛ با این توضیح که نســـبت به موارد مصداقی شعب دیوان عدالت و تصمیمات نوعی از قبیل آیین‌نامه‌ها و ... هیأت عمومی دیوان عدالت صلاحیت رسیدگی دارد. در قوانین متعدد در مورد صلاحیت هیأت امناء مقرر شـــده است که هیأت امناء مقررات و قواعد کلی منـــوط به تایید وزیر را تصویب می‌کند؛ بنابرایـــن هیأت عمومی دیوان عدالت اداری صلاحیت رســـیدگی به تصمیمات هیأت امناء را دارد. بند ۱ ماده ۱۲ قانون صدرالذکر مصادیق تصمیمات نوعیِ قابل طرح در هیأت عمومی را «آیین‌نامه‌ها»، «سایر نظامات و مقـــررات دولتی» و جهات نقض (ابطـــال) تصمیمات مذکور را مغایرت با «قانون»، « شـــرع» یا «عدم صلاحیت»، «سوء اســـتفاده از اختیارات» و «تخلف یا خودداری از انجام وظایف» مقرر کرده اســـت. با توجه به این‌که تصمیمات هیأت امناء از ســـوی مؤسســـات و نهادهای دولتی صادر شده است و صلاحیت‌های اعطایی به آن ناظر به وضع تصمیمات کلی، عمومی و الزام‌آور اســـت، تصمیمات مذکور مصداق نظامات و مقررات دولتی به شـــمار می‌آید (نجابت‌خواه و فقیه لاریجانی، ۱۳۹۹: ۹٦). افزون بر آن، رویه هیأت عمومی دیوان عدالت اداری نسبت به تصمیمات هیأت امناء دانشگاه‌ها و مراکـــز آموزش عالی دولتی دلالت بـــر صلاحیت این مرجع قضایی دارد. رویه آراء هیأت عمومی دیوان عدالت اداری منبع بســـیار مهمی جهت استخراج فراوانی جهات نقض تصمیمات هیأت امناء و احصاء بایســـته‌های حاکم بر تصمیمات هیأت امناء از خلال تفسیر قضایی محسوب می‌شود.

۱-۳. رعایت عدالت و رفع تبعیض ناروا

قانون اساسی به کیفیت انطباق مقررات با این قانون تصریح نکرده است، اما از اصول متعدد قانون اساسی از جمله اصول یکصد و هفتادم و یکصد و شصت و ششم چنین صلاحیتی برای دیوان عدالت اداری اصطیاد می‌شود (علم‌الهدی، ۱۳۹۶: ۲۳۱). از طرفی قانون اساسی به عنوان بالاترین هنجار حقوقی ایجاب می‌کند سایر مقرره‌های مادون منطبق بر آن باشد و مقرره مغایر با آن به تصویب نرسد (قاضی، ۱۳۸۸: ۵۰). در همین راستا مقنن ذیل بند ۱ ماده ۱۲ و بند ت ماده ۸۰ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری، یکی از اهم جهات نقض آیین‌نامه‌ها و مقرره‌های دولتی را مغایرت با قانون اساسی مقرر کرده است. افزون بر آن، رویه قضایی موید امکان نقض آیین‌نامه‌ها و نظامات اداری به جهت مغایرت با قانون اساسی توسط هیأت عمومی دیوان عدالت اداری است.

یکی از موارد پرتکرار از انحراف تصمیمات هیأت امناء، نقض بند ۹ اصل سوم قانون اساسی[1] مبنی بر رعایت عدالت و رفع تبعیض نارواست. در این مورد دادنامه‌های متعددی[2] از جمله دادنامه شماره ۱۷۸۶ مورخ ۱۳۹۷/۹/۶ با این استدلال که «مصوبه هیأت امنای دانشگاه مبنی بر اعطای تخفیف شهریه به فرزندان اعضای هیأت علمی و کارکنان دانشگاه که در دوره شبانه و شعبه بین‌الملل پذیرفته شده‌اند موجب ایجاد تبعیض ناروا است» و یا در موارد دیگر مانند[3] دادنامه شماره ۳۲۱۳ مورخ ۱۴۰۰/۱۱/۳۰ در خصوص انتقال فرزندان هیأت علمی یا تخفیف در شهریه فرزندان و بستگان اعضای هیأت علمی به جهت «ایجاد تبعیض ناروا بین فرزندان اعضای هیأت علمی دانشگاه‌ها و مراکز آموزش عالی با آحاد مردم و مغایرت با حکم مقرر در بند ۹ اصل سوم و اصول نوزدهم و بیستم قانون اساسی» ابطال شده است. هیأت امناء دانشگاه‌ها مستند به ماده ۱ قانون احکام دائمی با این استدلال که مصوبات هیأت امناء ملزم به تبعیت از قوانین و مقررات عمومی حاکم بر دستگاه‌های دولتی نیست، اقدام به تصویب مقرره‌های مذکور کرده است، اما باید توجه داشت

---

۱. رفع تبعیضات ناروا و ایجاد امکانات عادلانه برای همه، در تمام زمینه‌های مادی و معنوی.
۲. دادنامه شماره ۱۱۲۵ مورخ ۱۳۹۶/۱۱/۳، دادنامه شماره ۷۱۴ مورخ ۱۳۹۱/۱۰/۱۱، دادنامه شماره ۵۷۷ مورخ ۱۳۹۰/۱۲/۱۵
۳. آرای شماره ۱۶- ۱۳۸۲/۱/۲۴، ۹۲۹-۱۳۹۱/۱۲/۱۴ و ۱۲۲۹-۱۴۰۰/۴/۲۲

که اولاً، قانون احکام دائمی برنامه‌های توسعه کشور مادون از قانون اساسی است (بنایی اسکویی، ۱۳۸۳: ٦٨)؛ از طرفی احکام مندرج در آن در چهارچوب قانون اساسی از سوی شورای نگهبان تایید شده است؛ ثانیاً، مراد از قوانین در عبارت «بدون رعایت قوانین و مقررات عمومی حاکم بر دستگاه‌های دولتی» قانون عادی است و اساساً امکان وضع مقرره‌ای خلاف قانون اساسی، مغایر اصل رعایت سلسله مراتب هنجارهای حقوقی است (قاضی، ۱۳۸۸: ۵۰)؛ بنابراین هیأت امناء صلاحیت وضع قاعده‌ای مغایر قانون اساسی از جمله بند ۹ اصل سوم را ندارد.

۲-۳. مصونیت حیثیت، جان و مال اشخاص

دادنامه شماره ۲٤٦۷ مورخ ۱۳۹۸/۹/۱٦هیأت عمومی دیوان عدالت اداری اشاره دارد که هیأت امناء دانشگاه صنعتی شریف طی صورت‌جلسه مورخ ۱۳۹۵/۲/۲۹ «مستند به بند ب ماده ۲۰ قانون برنامه پنجم توسعه جهت تامین هزینه‌ای خدمات ورزشی، فرهنگی، فوق برنامه و مشاوره کلیه دانشجویان نوبت دوم (شبانه) مکلف به پرداخت مبلغ سی و پنج هزار تومان است». مستفاد از این صورت‌جلسه آن است که دانشجویان نوبت دوم (شبانه) می‌بایست در هر صورت به اجبار هزینه خدمات اضافی بپردازد؛ در حالی که خدمات فوق‌العاده جزء فرایند تحصیل نیست و کاملاً اختیاری است. عدم جلب رضایت دانشجویان نسبت به پرداخت هزینه خدمات فوق‌العاده و اجبار به این امر ناقض حقوق اولیه مبنی بر اراده آزاد در پذیرش خدمات است. حقوق اشخاص نیز به موجب اصل بیست و دوم قانون اساسی از تعرض مصون است؛ مگر مواردی که قانون اجازه دهد. به‌رغم وجود صلاحیت‌های قانونی در خصوص هیأت امنای دانشگاه‌ها و مراکز پژوهشی، رعایت موازین حقوقی از جمله رضایت دانشجویان در مورد دریافت خدمات فوق‌العاده و اضافه، شرط لازم برای صحت اعمال هیأت امناء است. خدمات فوق برنامه و اضافه جزء خدمات اولیه و ضروری مراکز آموزش عالی نیست و دانشجویان نوبت دوم (شبانه) صرفاً در قبال دریافت خدمات آموزشی مکلف به ثبت نام و پرداخت شهریه مصوب هستند.

هیأت عمومی دیوان در این رابطه چنین رای داد: «هر چند به موجب بند ب ماده ۲۰ قانون برنامه پنج‌ساله پنجم توسعه جمهوری اسلامی ایران و ماده ۱ قانون

احکام دائمی برنامه‌های توسعه کشور دانشـــگاه‌ها در امـــور اداری، مالی و ... تابع مصوبات هیأت امنا می‌باشـــند و الزامی به رعایـــت قوانین و مقررات عمومی ندارند، اما اعمال این اختیارات از ســـوی هیأت امنای دانشگاه‌ها نمی‌تواند با تخطی از اصول و موازین حقوقی انجام شـــود؛ از جمله این‌که هرگونه اخـــذ وجه باید دارای مبنای موجه و معقولی باشـــد در غیر این صورت اکل مال به باطل بوده و با برخی از اصول قانون اساسی از جمله اصل بیست و دوم[1] نیز متعارض خواهد بود. با توجه به مراتب مذکور، اطلاق مصوبه مورد اعتراض از این حیث که دانشجویان نوبت دومی که تمایل به استفـاده از خـدمات و برنامـه‌های اختیاری در زمـره فرهنگی و ... ندارند را ملزم به پرداخت شهریه مقرر می‌کند ... ابطال می‌شود».

۳-۳. رعایت خط و زبان فارسی در مکاتبات رسمی

دادنامه شـــماره ۲۹۸۰ مورخ ۱۳۹۸/۱۱/۱۵ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری در خصوص درخواست ابطال دســـتور پانزدهم مصوبه ۱۳۹۵/۲/۲۹ از صورت‌جلسه سومین نشست عادی دوره چهارم هیأت امنای دانشگاه صنعتی شریف؛ با این توضیح که مصوبه مذکور چنین مقرر کرده است: «به اســـتناد بنـــد ب ماده ۲۰ قانون برنامه پنجم توسعه، به دانشگاه اجازه داده می‌شـــود پس از سازمان امور دانشجویان، نسبت به صدور کارنامه (تایید ریز نمرات) رســـمی و غـــیر رســـمی غیر فارسی برای کلیه مقاطع تحصیلی اقدام کند»؛ هیأت عمومی دیوان نیز با این اســـتدلال که: «مطابق اصل پانزدهم قانون اساســـی، زبان و خط رسمی و مشـــترک مردم ایران فارسی اعلام شده اســـت و اســـناد و مکاتبات و متون رسمی و کتب درســـی باید با زبان و خط فارسی باشد» افزود: «نظر به این‌که کارنامه و ریز نمرات صادره بـــرای دانشجویان بـــه عنوان سند و متن رسمی محسوب می‌شود، تجویز کارنامه (ریز نمرات) رسمی و غیر رسمی غیر فارســـی برای دانشجویان کلیه مقاطع تحصیلی، مغایر اصل پانزدهم قانون اساسی است».

---

۱. حیثیت، جان، حقوق، مســـکن و شغل اشخاص از تعرض مصون است مگر در مواردی که قانون تجویز کند.

٤-۳. رعایت اصل هشـــتاد و پنجم قانون اساسی در مورد تصویب اساسنامه مؤسسات دولتی

مطابق ذیل اصل هشـــتاد و پنجم[1] قانون اساســـی تصویب دائمی اساســـنامه مؤسســـات دولتی در صلاحیت مجلس شـــورای اسلامی یا کمیســـیون‌های داخلی مجلس و دولت منوط به اجازه مجلس است. اما هیأت امنای دانشگاه صنعتی شریف طی دســـتور یازدهم جلســـه مورخ ۱۳۹۱/۱۲/۲۷ مســـتند به بند ب ۲۰ قانون برنامه پنجم توسعه سازمان توسعه و ســـرمایه‌گذاری دانشگاه صنعتی شریف را در راستای ساماندهی موقوفات دانشگاه و پشتیبانی مالی و اساسنامه آن را منوط به تایید معاونت پژوهش و فناوری وزرات متبوع تأســـیس می‌کند؛ در حالی که تأسیس مؤسسه دولتی یا وابســـته به موجب قانون امکان‌پذیر است نه مقرره؛ لذا هیأت عمومی دیوان عدالت اداری در رســـیدگی به اعتراض نســـبت به مصوبه مذکور، طی دادنامه شماره ۲٦٦٥ مورخ ۱۳۹۸/۸/۲۷ چنین اســـتدلال کرد: «مصوبه مورد اعتراض، ســـازمان توســـعه و ســـرمایه‌گذاری دانشگاه صنعتی شـــریف را ایجاد و اساسنامه آن را نیز تصویب کرده اســـت و ایجاد چنین ســـازمانی و تصویب اساسنامه آن خارج از صلاحیت هیأت امنا بوده؛ زیرا در هیچ یک از قوانین مربوطه از جمله قانون تشـــکیل هیأت امناء، بند ب ماده ۲۰ قانون برنامه پنج‌ســـاله پنجم توســـعه و ماده ۱ قانون احکام دائمی برنامه‌های توسعه کشـــور چنین اختیاری به هیأت امناء اعطاء نشـــده است و تصویب اساسنامه سازمان‌های دولتی به موجب ذیل اصل هشتاد و پنجم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران می‌بایســـت با تصویب مجلس شورای اسلامی یا با اجازه مجلس توسط دولت صورت پذیرد؛ لذا مصوبه مورد شـــکایت خارج از صلاحیت و مخالف قانون اساسی وضع شده است». افزون بر دادنامه فوق در مورد تأسیس شرکت مدیریت دارایی‌های دانشـــگاه تهران توسط هیأت امنای دانشگاه تهران، هیأت عمومی دیوان عدالت اداری در دادنامه شـــماره ۸٤۰ مورخ ۱۳۹۸/۵/۱ مصوبه مذکور را با این اســـتدلال که ماهیت شـــرکت دولتی است و استثناء مندرج در ماده ۱ قانون احکام دائمی برنامه‌های توسعه کشـــور شامل اصول قانون اساسی نمی‌شـــود، آن را خارج از صلاحیت هیأت امناء و

۱. همچنین مجلس شورای اسلامی می‌تواند تصویب دائمی اساسنامه سازمان‌ها، شرکت‌ها، مؤسسات دولتی یا وابســـته به دولت را با رعایت اصل هفتاد و دوم به کمیســـیون‌های ذی‌ربط واگذار کند و یا اجازه تصویب آن‌ها را به دولت بدهد.

مغایر اصل هشتاد و پنجم قانون اساسی تشخیص داده است.

۵-۳. اشتغال هم‌زمان اعضای هیأت علمی

اصل یکصد و چهل و یکم قانون اساسی ممنوعیت اشتغال هم‌زمان کارمندان دولت در واحدهای دولتی یا وکالت دادگستری، مشاوره حقوقی و یا مدیریت عامل و عضویت در هیأت مدیره شرکت‌های خصوصی را منع کرده است، اما سمت‌های آموزشی در دانشگاه‌ها و مراکز تحقیقاتی را مستثنی کرده است. مستفاد از نظریه تفسیری شماره ٦٧٧٢ مورخ ۱۳۷۳/٦/۲۳ شورای نگهبان، ریاست دانشکده و دانشگاه جزء سمت‌های آموزشی در دانشگاه‌ها نیست و لذا هیأت علمی دانشگاه‌ها مشمول استثناء اصل فوق به شمار می‌آیند. مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی نیز دلالت بر این امر دارد که هدف از مستثنی شدن سمت‌های آموزشی در دانشگاه‌ها و مراکز تحقیقاتی، امکان بهره‌مندی و حداکثری از ظرفیت‌های علمی در تمامی ساختارهای اداره کشور بوده است (اداره کل روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، ٢/١٣٦٤). با این توصیف در رابطه با ضوابط استخدامی اعضای هیأت علمی دانشگاه‌ها و مراکز آموزش عالی دولتی نمی‌توان ممنوعیت مطلق مبنی بر عدم اشتغال و کار در سایر مجموعه‌های دولتی وضع کرد، اما مانند ماده ٤١ آیین‌نامه استخدامی اعضای هیأت علمی دانشگاه، ساعت‌های موظف به حضور در دانشگاه و کیفیت آن را می‌توان مشخص کرد و نسبت به سایر ساعت‌های آزاد، اعضای هیأت علمی اختیار کامل دارند.

در همین خصوص هیأت امناء دانشگاه تهران ذیل تبصره ٤ ماده ٣ آیین‌نامه استخدامی اعضای هیأت علمی دانشگاه‌ها و مؤسسات آموزش عالی، اعضای هیأت علمی را از اشتغال دولتی و غیر دولتی خارج محل خدمت منع کرده است و امکان بهره‌مندی از اساتید در سایر دانشگاه‌ها را ممنوع کرده بود. با اعتراض دانشگاه آزاد به این مصوبه، هیأت عمومی دیوان عدالت ذیل دادنامه شماره ٤٢٤-٤٢٥ مورخ ۱۳۸٤/۸/۲۲چنین حکم کرده است: «صراحت تبصره یک ماده‌واحده قانون تایید رشته‌های دانشگاهی دانشگاه آزاد اسلامی مصوب ١٣٦٧ اعضای هیأت علمی دانشگاه‌ها و مؤسسات پژوهشی دولتی مجازند در وقت آزاد خود در دانشگاه آزاد اسلامی تدریس کنند؛ بنابراین اطلاق تبصره ٤ ماده ٣ آیین‌نامه استخدامی هیأت علمی

دانشگاه‌ها و مؤسسات آموزش عالی و مؤسسات پژوهشی کشور مصوب هیأت امناء دانشـــگاه تهران در خصوص عدم جواز اشتغال اعضای هیأت علمی به کار دولتی یا غیر دولتی در خارج از محل خدمت آنان و ضمانت اجرای تخطی از آن در حدی که مغایر حکم صریح مقنن به شرح فوق‌الذکر است، از تاریخ وضع قانون مذکور منسوخ و از درجه اعتبار ســاقط است و مســتنداً به قسمت دوم ماده ۲۵ قانون دیوان عدالت اداری حکم به ابطال آن صادر می‌شــود». اســتناد به قانون تایید رشته‌های دانشگاهی دانشگاه آزاد اسلامی مصوب مجلس در این دادنامه موید دیگری است بر آن‌که ماهیت مصوبات هیأت امناء مقرره‌گذاری است (بنایی اسکویی، ۱۳۹٤: ٥٤) و دادرس اداری به جهت مغایرت با قانون، مصوبه مورد بحث را ابطال کرده است.

٦-۳. نداشتن صلاحیت تفویض اختیار مقرره‌گذاری

عدم تفویض اختیارات تقنینی[1] یکی از اهم اصول مشروطه‌گرایی است (آقایی طوق و لطفی، ۱۳۹۳: ۵۹). صلاحیت مقرره‌گذاری توسط هیأت امناء نیز از این اصل مستثنی نیســت و امکان تفویض اختیارت قانونی به ســایر نهادها و ارکان سازمانیِ موجود در دانشــگاه‌ها را ندارد. در این باره دانشــگاه جامع علمی کاربری با تصویب «دســتورالعمل جامع شــهریه و حق نظارت» کیفیت دریافت شــهریه از دانشجویان انصرافی و ضوابط معادل‌ســازی دروس را تصویب کرده است. هیأت عمومی دیوان عدالت نیز در پاســخ به درخواســت ابطال مصوبه مذکور ذیل دادنامه شماره ۱۸۹۷ مورخ ۱۳۹۹/۱۲/۵چنین حکم کرده است: «با توجه به حکم ماده ۱ قانون احکام دائمی برنامه‌های توسعه کشور وظیفه پیش‌بینی شده برای هیأت‌های امناء مؤسسات مصرح در ایــن ماده و غیــر قابل تفویض بودن وظایف هیأت امنــاء، بنابراین مقررات مورد اعتراض به علت خارج بودن صلاحیت مرجع وضع آن‌ها ... ابطال می‌شود» و یا هیأت امنای دانشــگاه بوعلی همدان طی صورت‌جلسه پنجمین نشست از دوره هفتم هیأت امناء مورخ ۱۳۹۵/۲/۱ انتخاب مؤسسه حسابرسی برای انجام حسابرسی سال ۱۳۹٤ را به کمیسیون هیأت امنای آتی تفویض کرده است. هیأت عمومی دیوان عدالت نسبت به موضوع مذکور نیز طی دادنامه شماره ۱۸۸۱ مورخ ۱۳۹۷/۹/۲۷، با همین استدلال، مصوبه مذکور را ابطال کرده است: «در بندهای (ز) و (ه) ماده ۷ مصوبه جلسات ۱۸۳

1. Legislative non-delegation doctrine

و ۱۸۱ سال ۱۳٦۷ شورای عالی انقلاب فرهنگی موسوم به قانون تشکیل هیأت امنای دانشـــگاه‌ها و مؤسسات آموزش عالی، وظایف و اختیارات هیأت امناء به طور صریح مشـــخص شده است و تعیین حســـابرس و خزانه‌دار جزء اختیارات هیأت امناء قرار داده شـــده و امکان تفویض اختیار هیأت امناء در این خصوص پیش‌بینی نشده است، بنابراین این‌که هیأت امناء دانشـــگاه در مصوبه ۱۳۹۵/۲/۱ انتخاب مؤسسه حسابرسی برای ســـال ۱۳۹٤ دانشگاه را به کمیســـیون دائمی دانشگاه واگذار و تفویض کرده، از حدود اختیارات هیأت امناء خارج است و مغایر مصوبه شورای عالی انقلاب فرهنگی است». در موارد دیگر از جمله دادنامه شماره ۲٤۲٦ مورخ ۱۳۹۸/۹/۲۱ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری مســـتند به اســـتدلال‌های مندرج در آراء فوق، تفویض اختیار از سوی هیأت امناء را فاقد وجاهت قانونی تشخیص داد.

۷-۳. رعایت قوانین خاص

همان‌گونه که ذیل تحلیل ماده ۱ قانون احکام دائمی برنامه‌های توســـعه کشور اشـــاره شـــد، یکی از موارد مبهم در قانون، عبارت «قوانین و مقررات عمومی حاکم بر دســـتگاه‌های دولتی» اســـت؛ از این حیث که تشخیص قانون عام و خاص به دلیل عدم ارائه معیار دقیق و شـــفاف سخت می‌باشد. به عنوان مثال، قانون منع به‌کارگیری بازنشســـتگان با اصلاحات و الحاقات بعدی مصوب ۱۳۹۷ نسبت به موضوع خاص بازنشستگی و ناظر به کلیه دستگاه–های اجرایی اعم از دولتی و غیر دولتی است. حال سوال این است که آیا قانون مذکور مصداق قوانین و مقررات عمومی حاکم بر دستگاه های دولتی اســـت. هیأت عمومی دیوان عدالت اداری در پاســـخ به درخواست ابطال نامـــه مدیرکل اداره لوایح، تدوین و تنقیـــح قوانین و مقررات وزرات علوم، تحقیقات و فنـــاوری مبنی بر این‌که قانون ممنوعیت به‌کارگیری بازنشســـتگان از مصادیق بارز قوانین عمومی حاکم بر دستگاه‌های دولتی است و ماده ۱ قانون احکام دائمی به عنوان قانون خاص حاکم بر قانون ممنوعیت به‌کارگیری بازنشســـتگان اســـت، ذیل دادنامه شـــماره ۱۰۷۳ مورخ ۱۳۹۸/٦/۱۲چنین مقرر کرده اســـت: «اولاً، ماده ۱ قانون احکام دائمی برنامه‌های توسعه کشـــور مصوب سال ۱۳۹۵، دانشگاه‌ها و مؤسسات آموزش عالی و پژوهشـــی را صرفاً از رعایت قوانین و مقررات عمومی مســـتثنی کرده است، لیکـــن مراجع مذکور مکلف به رعایت قوانین خاص هســـتند؛ ثانیاً، قانون ممنوعیت

به‌کارگیری بازنشستگان مصوب سال ۱۳۹۵ و اصلاحیه آن مصوب سال ۱۳۹۷ به لحاظ موضوعی یک قانون خاص محسوب می‌شود که مشمولین و مستثنیات آن در خود قانون مذکور مشخص شده است و مقرر گردیده علاوه بر دستگاه‌های اجرایی موضوع ماده ۵ قانون مدیریت خدمات کشوری مصوب سال ۱۳۸٦، کلیه دستگاه‌هایی که به نحوی از انحاء از بودجه عمومی کل کشور استفاده می‌کنند در شمول قانون مذکور قرار دارند، مضافاً اصلاحیه آن که دایره مستثنیات قانون مذکور را محدودتر کرده، مؤخرترین اراده قانون‌گذار در سال ۱۳۹۷ است؛ بنابراین دانشگاه‌ها و مؤسسات آموزش عالی و پژوهشی نیز مشمول قانون ممنوعیت به‌کارگیری بازنشستگان هستند و نامه ... مدیرکل اداره ... مغایر با قانون وضع شده است». مستفاد از رای مذکور، نظر دادرس اداری آن است که مفهوم مخالف عبارت «قوانین و مقررات عمومی حاکم بر دستگاه‌های دولتی» یعنی قوانین و مقررات خاص برای هیأت امناء لازم الاتباع است و مویدی دیگر بر معطوف بودن وصف خاص به هر دو واژه قوانین و مقررات است. در اینجا خاص بودن از بِعد موضوع یعنی خاص بازنشستگان مورد نظر بوده است؛ والا دامنه شمول قانون مورد استناد اعم از دستگاه‌های اجرایی دولتی و غیر از آن به شمار می‌آید؛ بنابراین به‌رغم سکوت و عدم تصریح قانون‌گذار در رابطه با قوانین حاکم بر مصوبات هیأت امنای دانشگاه‌ها و مراکز آموزش عالی، از عبارت «بدون رعایت قوانین و مقررات عمومی حاکم بر دستگاه‌های دولتی» استنباط می‌شود که قوانین و مقررات خاص (موضوعی) و قوانین و مقرراتی که دامنه شمول آن اعم از دولتی و غیر دولتی است، نسبت به دانشگاه‌ها و مراکز آموزش عالی معتبر و مجری است.

۸-۳. ممنوعیت فروش اموال غیر منقول

یکی از موارد صلاحیت هیأت امناء ذیل ماده ۱ قانون احکام دائمی برنامه‌های توسعه، وضع آیین‌نامه مالی معاملاتی است. هرچند قانون‌گذار نسبت به تعیین تکلیف قواعد حاکم بر آیین‌نامه‌های مالی و معاملاتی مذکور سکوت کرده است، اما در همین موضوع دادرس اداری در مورد ابطال ماده ٦۰ صورت‌جلسه دوره چهارم هیأت امنای دانشگاه صنعتی شریف مورخ ۱۳۹٦/۳/۲۲ موضوع مصوبه بیست و یکم در خصوص آیین‌نامه مالی و معاملاتی؛ با این توضیح که مصوبه مذکوردر راستای تبدیل به احسن نمودن اموال غیر منقول مازاد بر نیاز دانشگاه، فروش اموال را با تصویب هیأت امناء

مجاز دانســـته است، طی دادنامه شماره ۲٤٦٦ مورخ ۱۳۹۸/۸/۲۸ چنین تعیین تکلیف کرده است: «به موجب ماده ٦۹ قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت،کلیه اراضی، املاک و ابنیه‌ای که برای اســـتفاده وزارت‌خانه‌ها، مؤسسات دولتی از جمله مؤسساتی که شمول قانون بر آن‌ها مستلزم ذکر نام یا تصریح نام یا تابع مقررات و قوانین خاص اســـت به یکی از طرق قانونی تملک شده اســـت و یا به نام آن وزارت‌خانه، مؤسسه خریداری شـــده یا می‌شـــود متعلق به دولت بوده و در اسناد مالکیت آن‌ها نام دولت جمهوری اسلامی ایران به عنوان مالک با حـق استفاده وزارت‌خانه یا مؤسسه مربوط درج می‌گردد. تغییر دستگاه بهره‌بردار در هر مـورد به عهـده هیأت وزیران می‌باشد و از آنجایی که دانشـــگاه صنعتی شریف دولتی بوده و تمامی املاک و اموال غیر منقول متعلق به آن اعم از آن که به نام دانشگاه ثبت شده یا به نام دولت و در اختیار دانشگاه باشد جزء اموال دولتی محسوب می‌شونـــد کـه فروش آن‌ها تـوسط دانشگاه ممنوع و از مصادیـــق فروش مـال غیر محسوب می‌شود؛ لذا مصوبه مورد شکایت خارج از اختیار هیأت امناء و مخالف با قانون وضع شـــده است»؛ بنابراین حکم ماده ٦۹ قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت حاکم بر دانشگاه‌ها و مراکز آموزش عالی است و از نظر قضات هیأت عمومی مصداق استثنائات ذکرشده در ماده ۱ قانون احکام دائمی به شمار نمی‌آید.

۹-۳. رعایت قوانین ناظر به تغییر کاربری اراضی

دادنامه شماره ۸۵۰- ۸٤۹ مورخ ۱۳۹۸/۵/۱ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری در رابطه با درخواســـت ابطال بند ۳۰ صورت‌جلســـه مورخ ۱۳۹۱/۷/۱۲ هیأت امنای دانشگاه علوم پزشکی و خدمات بهداشتی، درمانی استان کهگیلویه و بویراحمد مبنی بر این‌که دانشگاه در صورت عدم نیاز می‌تواند نسبت به زمین‌هایی که دارای کاربری بهداشتی درمانی است، مجوز عدم کاربری و نیاز بهداشتی صادر کند و به بیان دیگر، امکان تغییر کاربری اراضی به دانشـــگاه و نه لزوماً هیأت امناء اعطاء شده است، چنین حکم کرده اســـت: «بند ۳۰ صورت‌جلســـه مورخ ۱۳۹۱/۷/۱۲ هیأت امنای دانشگاه علوم پزشـــکی ... بدون رعایت بندهـــای ٤ و ۵ ماده ۱ آیین‌نامه اجرایی ارائه خدمات فنی موضوع بند ۵ ماده ۱۵ قانون اساســـنامه بنیاد مســـکن انقلاب اســـلامی مصوب ۱۳٦٦/۹/۱۷ مجلس شورای اســـلامی (عدم طرح در کمیته تصویب طرح‌های هادی

روســـتایی موضوع بند (ف) ماده ۱۹٤ قانون برنامه پنج‌ســـاله پنجم توسعه جمهوری اســـلامی ایران) و همچنین بدون رعایت مواد ۲ و ۷ و ۹ آیین‌نامه یادشده به تصویب رسیده، مغایر قانون و خارج از حدود اختیارات وضع شده است». ماده ۱ قانون احکام دائمی صرفاً عدم رعایت قوانین و مقررات عمومی حاکم بر دستگاه‌های دولتی نسبت به تصمیمات هیأت امناء را بیان داشـــته اســـت. از مفهوم مخالف قوانین مستثنی شده استنباط می‌شـــود که قاعده یا مقرره قانونیِ عامی که دســـتگاه‌های دولتی موضوع یا مشـــمول آن نیستند یا صرفاً دستگاه دولتیِ موضوع قانونی نباشد، نسبت به دانشگاه‌ها مستثنی نشده است. مستندات قانونی ذکر شده در دادنامه فوق نیز دلالت برآن دارد که «رعایت تشـــریفات قانونی تغییر کاربری» جزء قوانین و مقررات عام نسبت به تمامی اشخاص حقیقی و حقوقی اعم از دولتی و غیر دولتی است؛ چرا که ضرورت رعایت ایمنی و ضوابط فنی ســـاختمان و رعایت نظم مبلمان شـــهری و روستایی، موضوعی شـــخصی یا دولتی نیست؛ بلکه آحاد جامعه اعم از حقیقی و حقوق مکلف به رعایت آن هستند؛ بنابراین هیأت‌های امناء از این قاعده مستثنی نبوده و می‌بایست از ضوابط ناظر به تغییر کاربری تبعیت کنند.

برآمد

۱- قواعد حاکم بر اداره دانشـــگاه‌ها و مراکز آموزش عالی و پژوهشـــی، اهم مســـائل حمایت از تولید و توسعه علم و دانش اســـت. قانون‌گذار در سنوات متعدد قوانین مختلفی در رابطه با تنظیم‌گری در دانشگاه‌ها مصوب کرده است. آخرین اراده قانون‌گذار ذیل ماده ۱ قانون احـــکام دائمی برنامـــه‌های توسعه کشور و با شناسایی نهاد هیأت امناء مقررشده است. اما فـــارغ از ماهیت حقوقیِ مصوبات هیأت امناء در سلسله مراتب هنجارهای حقوقی، ابهام در مـــعیارهای ارائه شده برای قواعد حاکم بر هیأت امناء توســـط قانون‌گذار، موجب تفسیرپذیری و تشتت در رویه‌های اجرایی شده است.

۲- شفاف نبودن قواعد حاکم بر آیین‌نامه‌ها و دستورالعمل‌های مصوب هیأت امناء به این معناســـت که عبارت «عدم رعایت قوانین و مقررات عمومی» مطلق بوده و هیـــأت امناء صلاحیت وضع هرگونه مصوبـــه‌ای را دارد. در این صورت صلاحیت هیأت امناء مقرره‌گذاری نبوده و قانون‌گذاری اســـت و مغایرت با اصل هشتاد و پنجم قانون اساسی پابرجا خواهد بود.

۳- عبارت «بـــدون رعایت قوانین و مقررات عمومی حاکم بر دســـتگاه‌های دولتی» بیش از آن که سنجه تشخیص حدود صلاحیتی حاکم بر هیأت امنای دانشگاه‌ها و مراکز آموزش عالی باشد، مؤید ابهام بوده و از طرفی در رابطه با قواعدی که باید به عنوان قوانین بالادستی ملاک و معیار عمل هیأت امناء باشد، مسکوت است.

٤- لازم است قانون‌گذار قواعد عام حاکم بر دانشگاه‌ها و مراکز آموزش عالی دولتی و چهارچوب صلاحیتی هیأت امناء را به طور دقیق و شـــفاف تدوین کند. در این راســـتا، تفاســـیر قضایی در مورد عملکرد هیأت‌های امنای دانشگاه‌ها ابزار مهمی برای ارزیابی و پاسخ به ابهامات و خلاءهای قانونی است. آراء هیأت عمومی عدالت اداری در این رابطه، منبع با ارزشـــی جهت استخراج بایسته‌های حاکم بر تصمیمات هیأت امناء از خلال تفسیر قضایی محسوب می‌شود.

۵- اهم بایســـته‌های مستخرج از آراء هیأت عمومی دیوان عدالت اداری، الزام به رعایت «اصول قانون اساســـی و اسناد بالادستی»، «قوانین خاص»، «عدم صلاحیت تفویض اختیار»، «منع فروش اموال غیرمنقول» و «قوانین تغییر کاربری اراضی» است.

فهرست منابع

الف. فارسی

* اداره کل روابط عمومی مجلس شورای اسلامی (۱۳٦٤)، **صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی**، جلد نخست، چاپ نخست، تهران: اداره کل روابط عمومی مجلس شورای اسلامی.

* استوارسنگری، کوروش (۱٤۰۰)، «**رای وحدت رویه ۷۹۲ مورخ ۹۹/٤/۲٤ هیأت عمومی دیوان عالی کشور و تاثیر آن بر صلاحیت شعب دیوان عدالت اداری و دادگاه‌های عمومی**»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۵، شماره ۱۱۵.

* آقایی طوق، مسلم و لطفی، حسن (۱۳۹۳)، «**تمیز میان تفویض اختیار قانون‌گذاری و اعطای صلاحیت تخییری در آرای دیوان عالی آمریکا**»، حقوق اداری، دوره دوم، شماره ٦ .

* بنایی اسکویی، محمد (۱۳۹٤)، «**جایگاه و قلمرو حقوقی مصوبات هیأت‌های امنای دانشگاه‌ها و مؤسسات آموزشی و پژوهشی**»، پژوهش حقوق عمومی، سال هفدهم، شماره ٤۷.

* تیلا، پروانه (۱۳۸۷)، «**درآمدی بر جایگاه بخشنامه در نظام حقوقی ایران**»، نشریه اطلاع‌رسانی حقوقی، سال ششم، شماره ۱۳.

* جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۸)، **مبسوط در ترمینولوژی حقوق**، جلد پنجم، چاپ سوم، تهران: گنج دانش.

* جمعی از پژوهش‌گران (۱۳۹۹)، **مشروح مذاکرات شورای نگهبان سال ۱۳۹۵ بخش اول (فروردین تا شهریور)**، تهران: پژوهشکده شورای نگهبان.

* ذاکرصالحی، غلامرضا (۱٤۰۰)، **حقوق آموزش عالی مفاهیم مسائل**، جلد نخست، تهران: مؤسسه پژوهش و برنامه‌ریزی آموزش عالی.

* ذاکرصالحی، غلامرضا (۱۳۹۵)، «**مطالعه تطبیقی ساختار مدیریت ورهبری دانشگاهی: مطالعه موردی هیأت‌های امنا**»، نشریه آموزش عالی ایران، سال هشتم، شماره ۳۱.

* شریعت، بهاءالدین (۱۳۷۳)، «**تحلیلی بر عملکرد هیأت امناء در نظام آموزش عالی کشور**»، پژوهش و برنامه‌ریزی در آموزش عالی، سال دوم، شماره ۳ و ٤.

* ضرغام، نصرت‌اله و همکاران (۱۳۷٦)، «**تحلیلی بر وظایف و اختیارات هیأت‌های امنا و شـــیوه‌های تامین منابع مالی دانشگاه‌ها در ایران و کشورهای منتخب**»، در: مقالات اولین ســـمینار هیأت‌های امنای دانشگاه‌ها و مؤسسات آموزش عالی و مراکز تحقیقاتی، تهران: شرکت انتشارات علمی و فرهنگی.
* علم‌الهدی، حجت و مهرپور، حسین (۱۳۹٦)، «**تحلیل امکان استناد دیوان عدالت اداری به قانون اساسی**»، راهبرد، سال بیست و ششم، شماره ۸۳.
* غفرانی، محمدباقر (۱۳۸۲)، «**مسائل ساختاری نظام آموزش عالی ایران و راه‌های برون‌رفت ازآن در برنامه چهارم**»، مجلس و راهبرد، سال دهم، شماره ٤١.
* کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۷)، **کلیات حقوق نظریه عمومی**، چاپ ســـوم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
* گید، ام،ای (۱۳۷۳)، «**هیأت‌های امنا**»، برگردان؛ عبدالحســـین نفیســـی، فصل‌نامه پژوهشی و برنامه‌ریزی، شماره ۷ و ۸.
* فراستخواه، مقصود (۱۳۹۷)، **دانشگاه و آموزش عالی، منظرهای جهانی و مسأله‌های ایرانی**، تهران: نی.
* فراستخواه، مقصود (۱۳۸۲)، **مقایسه شش الگوی دانشگاهی و تحولات مفهومی آن**، تهران: گروه مطالعات تطبیقی و نوآوری، مؤسسه پژوهش و برنامه ریزی آموزش عالی.
* فلاح‌زاده، علی‌محمد و نجفی، محمد (۱٤۰۰)، «**تاملی بر معیارها و مرجع تشخیص باغ در رویه دویان عدالت اداری**»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۵، شماره ۱۱۳.
* قاضی شریعت‌پناهی، ابوالفضل (۱۳۸۸)، **حقوق اساسی و نهادهای سیاسی**، تهران؛ دانشگاه تهران.
* محمودی، جواد (۱۳۹۷)، **نظام حقوقی دانشگاه‌های ایران (دولتی و غیر دولتی)**، تهران: میزان.
* مولابیگی، غلامرضا (۱۳۸۸)، **صلاحیت و آیین دادرســـی دیوان عدالت اداری**، تهران: جنگل.
* هداوند، مهدی (۱۳۹۷)، **جزوه کلاســـی درس نظارت بر اعمال حکومت**، تهران: دانشگاه علامه طباطبایی.

* نجابت‌خواه، مرتضی و فقیه لاریجانی، فرهنگ (۱۳۹۹)، «**بازشناسی مفهوم مقررات و نظامات اداری با تاکید بر رویه قضایـــی هیأت عمومی دیوان عدالت اداری**»، دانش حقوق عمومی، دوره ۹، شماره ۱۲۷.

ب. انگلیسی

* Campbell, D, (2006), **"Governance Structuers: Academic Senate and Trustee Boards"**, p.2- Available at: http://www.asstudent.unco.edu/students/aeextra.

* Crisan,alina/Enache, Roxana (2011), **designing customer oriented courses and curricula in higher education . a possible model**, procedia social and behavioral sciences, vol 11.pp 235-239.

* Henard,f. and a. mitterle(2010), **governance and quality guidelines in higher education . a review of governance arrangements and quality guidelines**, oecd .paris.

مجله حقوقی دادگستری

مقاله پژوهشی/ دوره ۸۸/ شماره ۱۲۵/ صفحات: ۴۰۱-۳۶۷
تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۴/۳۱ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۳/۲۶

مطالعه تطبیقی مسئولیت مدنی ناشی از هتک شهرت در حقوق ایران، آمریکا و انگلیس

ایرج بابایی،[۱] شبیر آزادبخت[۲]

چکیده

یکی از حقوق معنوی مربوط به شخصیت اشخاص، حق بر شهرت است. نظام‌های حقوقی به شیوه‌های متفاوتی از این حق حمایت کرده و در حقوق آمریکا و انگلیس از عنوان «هتک شهرت» بهره برده‌اند. پرسش آن است که مفهوم، مبنا، شرایط و ارکان مسئولیت مدنی ناشی از هتک شهرت کدام است و در دو نظام حقوقی پیش‌گفته، چه نوع دفاعیاتی به رسمیت شناخته شده است. آیا در حقوق ایران امکان طرح دعوای مسئولیت مدنی ناشی از هتک شهرت وجود دارد؟ این نوشتار با رویکردی تحلیلی توصیفی و با نگاهی تطبیقی به حقوق آمریکا و انگلیس، به قواعد حاکم بر مسئولیت مدنی ناشی از هتک شهرت در حقوق ایران دست می‌یابد و نتیجه می‌گیرد که مبنای این مسئولیت در حقوق انگلیس، مطلق و در حقوق آمریکا و ایران، مبتنی بر تقصیر است. همچنین ارکان آن عبارت است از: وجود اظهارات ضد شهرت، انتشار اظهارات، انتساب آن به زیان‌دیده و ورود زیان. به علاوه، رضایت خواهان، منفعت عمومی و ... از جمله دفاعیات هتک شهرت و عوامل ایجادکننده تعادل میان حق آزادی بیان و حق بر شهرت در حقوق آمریکا و انگلیس است که به نظر می‌رسد صرفاً منفعت عمومی به عنوان دفاع در حقوق ایران قابل پذیرش باشد.

واژگان کلیدی: هتک شهرت، حق شهرت، آزادی بیان، خسارت معنوی، مسئولیت مطلق، مسئولیت مبتنی بر تقصیر، منفعت عمومی.

---

۱. دانشیار گروه حقوق خصوصی و اسلامی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه علامه طباطبایی (ره)، تهران، ایران.
babaei.i@gmail.com

۲. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشگاه علامه طباطبائی (ره)، تهران، ایران (نویسنده مسئول)
shobeir_azadbakht95@atu.ac.ir

درآمد

از انواع حقوق معنوی مربوط به شـــخصیت، «حق بر شهرت»[1] است. نظام‌های حقوقی درصدند تا با شناســـایی مســـئولیت کیفری و مدنی برای ناقضان این نوع از حقـــوق، از آن حمایت کنند. البته نظام‌هـــای حقوقی و دکترین در پذیرش مبنای حق بر شـــهرت به یک مســـیر نرفته‌اند؛ برخی شـــهرت را به مثابه مال و برخی دیگر به مثابه حاصل کار و تلاش دانســـته‌اند؛ عده‌ای نیز حق بر شـــهرت را از طریق حقوق مالکیت فکری، حقوق رقابت غیرمنصفانـــه و حقوق مصرف‌کنندگان توجیه کرده‌اند (میرشـــکاری، ۱۴۰۲: ۱۷-۳۷). با توجه به موضوع ایـــن پژوهش که در آن منظور از شـــهرت صرفاً آبرو، حیثیت و اعتبار اشخاص اســـت، به نظر می‌رسد که بتوان مبنای حق بر شـــهرت را در این زمینه به عنوان مصداقی از حقوق شـــخصیت و بشر توجیه نمود. به لحاظ قانونی نیز، اصل بیســـت و دوم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران[2] و مواد ۱، ۸ و ۱۰ قانون مســـئولیت مدنی مصوب ۱۳۳۹،[3] حق بر حیثیت و شهرت را به رسمیت شناخته است.

در حقوق انگلـــیس و آمریـــکا، یکی از منابع مســـئولیت مدنی، قالب «هتک شهرت»[4] اســـت[5] که به طور مفصل در حقوق این دو کشور مورد بررسی قرار گرفته

---

1. Reputation

۲. «حیثیت، جان، مال، حقوق، مســـکن و شغل اشخاص از تعرض مصون است، مگر در مواردی که قانون تجویز کند».

۳. ماده ۱: «هر کس بـــدون مجوز قـــانونی عمداً یا در نتیجه بی‌احتیاطی به جان یا سلامتی یا مال یا آزادی یا حیثیت یا شـــهرت تـــجارتی یا به هر حق دیگر که به موجب قانون برای افراد ایجاد گردیده لطمه‌ای وارد نماید که موجب ضرر مادی یا معنوی دیگری شود مسئول جبران خسارت ناشی از عمل خود می‌باشد»؛ ماده ۸: «کســـی که در اثر تصـدیقات یا انتشارات مخالف واقع به حیثیت و اعتبارات و موقعیت دیگری زیان وارد آورد مسئول جـــبران آن است. شـــخصی که در اثر انتشارات مزبور یا سایر وسایل مخالف با حسن نیت مشتریانـــش کم و یا در معرض از بین رفتن باشد می‌تواند موقوف شدن عملیات مزبور را خواسته و در صورت اثبات تقـصیر زیـان وارده را از واردکننده مطالبه نماید»؛ ماده ۱۰: «کسی که به حیثیت و اعتبارات شخصی یا خانوادگـــی او لطمه وارد شود می‌تواند از کسی که لطمه وارد آورده است جبران زیان مادی و معنوی خود را بـــخواهد. هرگاه اهمیـت زیان و نوع تقصیر ایجاب نماید دادگاه می‌تواند در صورت اثبات تقصیر علاوه بر صـــدور حکـــم به خسـارت مالی، حکم به رفع زیان از طریق دیگر از قبیل الزام به عذرخواهی و درج حکم در جراید و امثـــال آن نماید».

4. Defamation

۵. دلیل ذکر عنوان «قالب مسئولیت مدنی» آن است که «حقوق‌دانان کامن‌لو نظریه کلی راجع به ایراد خســـارت به دیگری را طرح نکرده‌اند و تحت عنوان کلی مسئولیت مدنی (Torts) مباحث راجع به

اســـت،[1] اما در حقوق ایران عنوان مســـتقلی برای حمایت از شهرت اشخاص وجود ندارد. البته فقدان عنوان مســـتقل به معنای عدم امکان اســـتخراج قواعد حاکم بر این دعوا در حقوق ما نیست.

حق بر شـــهرت در مواقعی ممکن اســـت با حق «آزادی بیان»[2] در تزاحم قرار گیرد. آزادی بیان حقی اســـت که در نصوص مختلف بین‌المللی (ماده ۱۰ کنوانسیون اروپایی حقوق بشـــر مصوب ۱۹۵۰)[3] مورد تأکید قرار گرفته است. هدف از این حق، بیان آزادانه عقاید، اندیشـــه‌ها و تفکرات فرد و انتقال این موارد به دیگران است. این احســـاس طبیعی در همه انســـان‌ها وجود دارد که بتوانند بدون دغدغه خاصی آنچه را که می‌خواهند نزد اشـــخاص دیگر مطرح کنند. این اندیشـــه‌ها می‌تواند مشتمل بر موضوعات مرتبط با یک شـــخص باشد. اینجاســـت که حق بر حفظ آبرو و شهرت اشـــخاص وارد عمل می‌شـــود؛ «الف» ادعا می‌نماید که فلان موضوع به دلیل آزادی بیان به درستی مطرح شده و بایســـتی اظهارات یادشده در خصوص شخص «ب» به اطلاع دیگران می‌رســـید؛ و در مقابل، «ب» ادعا دارد که با ذکر اظهارات مذکور، حق بر شـــهرت وی آسیب دیده است.[4] آیا حق بر شـــهرت مرجح است یا حق بر آزادی بیان؟ نحوه تعادل میان این دو حق چگونه است؟ مبنا و ارکان مسئولیت مدنی ناشی از هتک شهرت کدام‌اند؟ این نوشتار با رویکردی تحلیلی-توصیفی و با نگاهی تطبیقی به حقوق آمریکا و انگلیس، به پرسش‌های فوق پاسخ می‌دهد و در این راستا، ابتدا مفهوم و مبنای مسئولیت مدنی ناشی از هتک شهرت را بررسی می‌کند و سپس با تبیین ارکان مسئولیت مدنی ناشی از هتک شهرت، در پایان، دفاعیات به عنوان عوامل ایجاد تعادل میان آزادی بیان و شهرت را مورد بررسی قرار می‌دهد.

تکلیف جبران خسارت وارده به دیگری را در چهارچوب متکثر و در ابواب مختلف به تفکیک نحوه ایراد خســـارت یا طبیعت خســـارات وارده ... طرح کرده و شرایط و آثار هر مورد را به تفکیک مورد بحث و بررسی قرار داده‌اند» (بابایی، ۱۴۰۱: ۶۸).

1. See: Epstein & Hall, 1990: 1065

2. Freedom of expression

3. European Convention on Human Rights 1950: "Everyone has the right to freedom of expression … ."

٤. برای مطالعه جامع و کامل تعارض حق بر شهرت و حق آزادی بیان، بنگرید به: میرشکاری، ۱۴۰۲: ۱۱۵-۱۱۹؛ همو، ۱۳۹۹: ۲۲۵-۲۲۶.

۱. مفهوم هتک شهرت

هتک در لغت به معنای «دریدن، از بین بردن و نابودن کردن» است (انوری، ۲/۱۳۹۰: ۲۵۹۰) و هتک شهرت را «آسیب رساندن به شهرت دیگری از طریق ایراد اظهارات کذب به شخص ثالث» (Garner, 2004: 448) یا «انتشار ضد شهرت مطلبی نادرست در مورد یک شخص که هدف از آن، تحقیر شخصیت وی نزد افراد درست‌اندیش جامعه یا منزوی کردن یا فاصله گرفتن از وی باشد» بیان کرده‌اند (هاشم‌بیگی، ۱٤۰۰: ۲٦۲).

هتک شهرت در قانون مدنی و قانون مسئولیت مدنی ایران دارای حقیقت قانونی نیست و برای احاطه بر مفهوم هتک شهرت بایستی به مواضع قانون‌گذار در حقوق کیفری مراجعه نمود. در این مسیر، نقطه ثقل بحث‌های مربوط به هتک شهرت را بایستی در عناوین کیفری مانند توهین، افتراء و هتک حیثیت جست‌وجو کرد و تا حد لزوم و تا جایی که با قواعد مسئولیت مدنی در تضاد نباشد، از حقوق کیفری بهره برد. بر این بنیاد، قانون‌گذار در قانون استفساریه نسبت به کلمه اهانت، توهین و یا هتک حرمت مندرج در مقررات جزایی مواد ۵۱۳، ٥١٤، ٦۰۸ و ٦۰۹ کتاب پنجم قانون مجازات اسلامی (تعزیرات) مصوب ۱۳۷۵ و بندهای ۷ و ۸ ماده ٦ و مواد ۲٦ و ۲۷ قانون مطبوعات اشعار داشته است: «از نظر مقررات کیفری اهانت و توهین و ... عبارت است از به کار بردن الفاظی که صریح یا ظاهر باشد و یا ارتکاب اعمال و انجام حرکاتی که با لحاظ عرفیات جامعه و با در نظر گرفتن شرایط زمانی و مکانی و موقعیت اشخاص موجب تخفیف و تحقیر آنان شود و با عدم ظهور الفاظ توهین تلقی نمی‌گردد».[۱]

در حقوق آمریکا، ماده ۵۵۹ دومین بازتبیین مسئولیت مدنی ۱۹۷۹ [۲] مقرر می‌دارد: «یک ارتباط در صورتی ضد شهرت است که به شهرت دیگری لطمه بزند؛ به گونه‌ای که ارزیابی او را در جامعه پایین بیاورد یا اشخاص ثالث را از معاشرت یا معامله با او باز دارد». مشابه این تعریف در نوشته‌های اندیشمندان انگلیسی نیز آمده‌است (Cooke, 2007: 400).[۳]

---

۱. برای ملاحظه تعریف هتک حرمت، بنگرید به: امیری و دیگران، ۱٤۰۰: ۷.

2. Restatement of the Law, Second, Torts 1979

۳. مسئولیت مدنی ناشی از هتک شهرت یک شخص را نباید با مفهوم «حق جلوت» و «حق بر حریم

در تعریف مـــذکور در مـــاده ۵۵۹، بر خلاف تعریف ارائه شـــده در فرهنگ حقوقی آکســـفورد و بلک، سخنی از کذب بودن اظهارات عامل زیان نیامده است، اما این عدم اشـــاره به کذب یا راست بودن اظهارات، تاثیری در اصل نهاد هتک شهرت ندارد؛ زیرا اساساً در حقوق آمریکا و انگلیس تا زمانی که بیانات خوانده کذب نباشد، مســـئولیت مدنی ناشی از هتک شهرت شـــکل نمی‌گیرد و دقیقاً به همین علت است که یکی از دفاعیات مســـئولیت مدنی ناشـــی از هتک شـــهرت، دفاع «حقیقت» است (Keeton et al., 1984: 839)؛ اگر خوانده ثابت نماید که اظهاراتش حقیقت داشـــته، از مسئولیت بری می‌شود (Franklin & Rabin, 1996: 902)، و همین موضوع مؤید آن اســـت که کذب بودن در مفهوم این نوع از مســـئولیت مدنی نهفته‌است؛ زیرا اگر نادرست بودن ادعا رکن نبود، ذکر عنوان دفاعی موسوم به دفاع حقیقت معنا نداشت.[1] با وجود این، به نظر می‌رســـد که در حقوق ایران لزومی به احراز نادرســـت یا کذب بودن اظهارات نیست. همین‌که اظهارات ضد شهرت آبرو و حیثیت خواهان را تحت تاثیر قرار دهد؛ ولو این‌که مطابق واقع باشد، هتک شهرت محقق خواهد شد.

شأن وجود نهاد هتک شهرت در حقـوق انگلیس و آمریکا، حمایت از شهرت اشـــخاص، اعم از حقیقی زنده یا حقوقی خصوصـــی (نه عـــمومی و دولتی) است (Peel & Goudkamp, 2014: at 13-037)؛ به نقل از: میرشکاری، ۱۳۹۶: ۱۵۷). بر این اســـاس، قائم‌مقام متوفیان و نمایندگان اشخاص حقوقی حقوق عمومی نمی‌توانند به علت هتک شـــهرت شـــخص مرده و یا ســـازمان متبوع خویش، دعوای مسئولیت مدنی ناشـــی از هتک شهرت طرح نمایند. موضع حقوق ایران تا حدی متفاوت است.

خصوصی» خلط نمود: حق جلوت: در هردو نهاد نوعی تعرض به شـــهرت اشخاص وارد شده، لکن یک مـــورد مرتبط با بهره‌برداری اقتصادی (حق جلوت) و دیگری در ارتباط با آبرو و حیثیت (هتک شهرت) است. برای مطالعه بیشتر در خصوص نهاد حق جلوت، بنگرید به: میرشکاری، ۱۴۰۲؛ حریم خصوصی: حریم خصوصی قلمرویی از زندگی فرد است که وی انتظار دارد که دیگران بدون رضایت وی وارد این قلمرو نشـــوند، به اطلاعات مربوط به آن دسترسی نداشته باشند و یا مسائل خصوصی را برای دیگران افشـــاء نکنند (انصاری، ۱۴۰۰: ۳۸-۳۹)؛ بنابرایـــن در ذات مفهوم حریم خصوصی، بر خصوصی بودن اطلاعات و زندگی تأکید می‌شـــود؛ حال آن‌که، اولاً در هتک شهرت تفاوتی میان اطلاعات خصوصی و غیر خصوصی نیســـت، بلکه مهم آن اســـت که شهرت شخص آسیب ببیند؛ و ثانیاً، در هتک شـــهرت، صرف دستیابی به اطلاعات خصوصی اشخاص کفایت نمی‌کند، بلکه بایستی عنصر «انتشار» نیز وجود داشته باشد.

۱. در مقابل، برخی معتقدند که کذب بودن رکن و عنصر مسئولیت مدنی ناشی از هتک شهرت نیست، اما صحت اظهارات دفاع محسوب می‌شود (Peel & Goudkamp, 2014: at 13-038).

وجه تشابه آن اســـت که با توجه به ماده ۹۵٦ قانون مدنی زنده بودن شخص حقیقی برای شـــروع اهلیت تمتع ضروری اســـت؛ لذا نظر به عدم اهلیت تمتع متوفا و این‌که وی صاحب حق محسوب نمی‌شـــود، قائم‌مقامان متوفا نمی‌توانند برای هتک شهرتی که پس از مرگ شـــخص رخ داده، اقامه دعوا کننـــد. مؤید این دیدگاه، تبصره ۲ ماده ۳۰ قانون مطبوعات مصوب ۱۳٦٤ می‌باشـــد که اشعار می‌دارد: «هرگاه انتشار مطالب مذکور در ماده فوق راجع به شـــخص متوفی بوده ولی عرفاً هتاکی به بازماندگان وی به حســـاب آید، هر یک از ورثه قانونی می‌تواند ... اقامه دعوی نماید». مفهوم مخالف این تبصره آن اســـت که در صورتی که هتک شهرت نسبت به شخص متوفا بوده، اما ارتباطی با ورثه نداشته باشد، ایشان نمی‌توانند به علت مسئولیت مدنی ناشی از هتک شـــهرت اقامه دعوا نمایند، اما وجه تمایز، امکان اقامه دعوای مسئولیت مدنی توسط اشخاص حقوقی حقوق عمومی بر اساس بند ۸ از ماده ۲ قانون یادشده است. بر این بنیاد، به نظر می‌رســـد که محدودیت اشـــخاص حقوقی حقوق عمومی که در حقوق انگلیس و آمریکا مطرح است، در حقوق ایران قابل اعمال نیست.

شبه جرم هتک شهرت صرفاً برای حمایت از اشخاص مشهور مانند بازیگران، فوتبالیست‌ها و ... نیست، بلکه منظور اعتبار، آبرو و حیثیت هر شخصی است که حتی اگر نزد یک فرد آشنا مانند دوست خدشه‌دار شود، باز هم این نوع از مسئولیت مدنی ایجاد خواهد شد.

۲. اقسام هتک شهرت

هتک شهرت در حقوق انگلیس و آمریکا به دو دسته تقسیم می‌شود: ماندگار[1] و غیرماندگار[2] (Edwards & Cull, 2022: 396). منظور از هتک شهرت ماندگار آن اســـت که نحوه اظهار به صورت پایدار و ماندگار[3] باشد.[4] نوشتن، ضبط فیلم یا صدا تحت شـــمول این نوع از هتک شـــهرت قرار می‌گیرد (Harpwood, 2009: 372). البتـــه مصادیق دیگـــری نیز به موجب قوانین خاص به عنوان هتک شـــهرت ماندگار

1. Libel
2. Slander
3. Permanent
٤. برای ملاحظه انواع هتک شهرت ماندگار در حقوق آمریکا، بنگرید به: Prosser, 1960: 839-840.

در نظر گرفته شـــده است. بر اســـاس ماده ١٦٦ قانون پخش انگلیس مصوب ۱۹۹۰ [1] انتشـــار اظهارات ضد شـــهرت به صورت واژگان، تصاویر، ایما و اشاره و مواردی از این دســـت که در زمره اظهار و بیان هستند، در صورتی که از طریق رادیو یا تلوزیون باشـــند، مشمول عنوان هتک شهرت ماندگار قرار می‌گیرد. همچنین مطابق ماده ٤ (١) قانون تئاترهای ســـال ١٩٦٨ [2] ابراز اظهارات ضد شـــهرت در جریان اجرای تئاتر، به عنوان هتک شهرت ماندگار در نظر گرفته می‌شود. منظور از هتک شهرت غیرماندگار مواردی اســـت که نحوه ابراز اظهارات ضد شهرت به صورت ناپایدار و موقت[3] باشد. اگر شـــخصی با ایما و اشاره به شهرت دیگری آسیب برساند، این موضوع با توجه به موقت و گذرا بودن آن عمل، در شـــمول هتک شـــهرت غیرماندگار قرار می‌گیرد. در حقوق آمریکا نیز همین موضع اتخاذ شده‌اســـت. بند الف از ماده ٥٦٨ دومین بازتبیین مســـئولیت مدنی اشعار می‌دارد که هرگونه انتشار مطلب ضد شهرت از طریق رادیو و تلویزیون می‌باید هتک شهرت ماندگار تلقی شود. البته اندیشمندان آمریکایی تصریح کرده‌اند که شـــفایی یا کتبی بودن نمی‌تواند معیار قاطعی باشد؛ بنابراین حتی خواندن بلند یک مطلب ضد شـــهرت از روی یک نوشـــته نیز به عنوان هتک شهرت ماندگار تلقی شده‌است (Keeton et al., 1984: 786-787).[4] در حقوق ایران لزومی ندارد که هتک شـــهرت در قالب خاصی قرار گیرد (انصاری، ۱۳۹۲: ٣٦)؛ لذا صرف اظهار یک موضوع ضد شـــهرت صرف نظر از وســـیله ابراز آن، برای تحقق عنوان هتک شهرت کافی است؛ پس اظهار یک موضوع ضد شهرت توسط فاعل زیان، خواه ماندگار باشد یا غیر ماندگار، منجر به تحمیل مسئولیت مدنی به وی خواهد شد.

۳. مبنای هتک شهرت

مبنای مســـئولیت مدنی در هر نظام حقوقی بر اســـاس اهداف و رویکردهایی تعیین می‌شـــود که یک نظام حقوقی با توجه به شـــرایط موجـــود در آن نظام در نظر می‌گیـــرد: برخی نظام‌ها هدف بازدارندگی از ارتـــکاب تقصیر را دنبال کرده و برخی

1. Broadcasting Act 1990
2. Theatres Act 1968
3. Temporary
٤. در کامن‌لا برخی تقســـیم‌بندی فوق را بی‌مورد دانســـته‌اند (Peel & Goudkamp, 2014: at 13-035).

دیگر به جبران هرچه بیشـــتر خسارات وارده و حمایت حداکثری از زیان‌دیدگان نظر دارند (بابایی، ۱٤۰۱: ۱۵۵).

نظام حقوقی باید میان ترجیح دو حق آزادی بیان و حق بر شهرت بر یکدیگر دســـت به انتخاب بزند. اگر هدف اصلی حمایت از شـــهرت اشـــخاص باشد، اصولاً «مســـئولیت مطلق»[1] حاکم خواهد شد و در صورتی که آزادی بیان به عنوان حق عالی در نظر گرفته‌شود، مسئولیت بایستی بر مبنای «تقصیر»[2] باشد؛ توضیح آن‌که، با عنایت به این‌که در مســـئولیت مطلق اثبات تقصیر خوانده لازم نیست، به محض طرح دعوا توســـط خواهان و اثبات سایر ارکان مسئولیت مدنی (به جز تقصیر) از حق بر شهرت وی حمایت خواهد شـــد، اما اگر مســـئولیت مبتنی بر تقصیر باشد، خواهان به صرف اثبات ســـایر ارکان مسئولیت مدنی نمی‌تواند خسارات خود را مطالبه نماید، بلکه لازم اســـت تقصیر را نیز به اثبات برســـاند. به همین مناسبت، طبیعتاً در نظامی که مبتنی بر مســـئولیت مطلق اســـت، به دلیل عدم نیاز به اثبات تقصیر، حمایت بیشـــتری از حق بر شـــهرت اشـــخاص صورت می‌پذیرد؛ حال آن‌که در نظام مسئولیت مدنی مبتنی بر تقصیر، این حمایت به دلیل لزوم اثبات تقصیر، کمتر است.

پس از ذکر این مقدمه، در بندهای آتی، بدواً مبنای مســـئولیت مدنی ناشـــی از هتک شـــهرت در حقوق انگلیس و آمریکا و تفاوت مهـــم میان این دو نظام حقوقی مورد بحث قـــرار می‌گیرد. در مرحله بعد، مبنای قابل پذیـــرش در حقوق ایران بیان خواهد شد.

۱-۳. حقوق انگلیس و آمریکا

در حقوق ســـنتی انگلیس، شـــهرت ارزش بیشتری نســـبت به آزادی بیان و اطلاعات داشته‌اســـت و به همین دلیل اســـت که مباحث مربوط به حفاظت از آزادی بیان در بخش دفاعیات مربوط به نهاد مسئولیت مدنی ناشی از هتک شهرت آمده‌است (Cane, 1997: 134). این‌گونه به نظر می‌رســـد که جایگاه حق بر شـــهرت و حق بر

1. Strict liability

در این نوشتار واژه «Strict» به مسئولیت مطلق ترجمه شده است (بابایی، ۱۳۹٤: ۱۳۲-۱۳۳). عده‌ای دیگر از این موضوع با عنوان مســـئولیت محض یاد کرده‌اند (کاتوزیان، ۱۳۹۰: ۱۲۹-۱۳۰؛ عباســـلو، ۱۳۹٤: ۲۸-۳۱). در هر صورت، آنچه در این پژوهش از عبارت «مســـئولیت مطلق» مورد نظر است، مسئولیت بدون تقصیر می‌باشد.

2. Fault-based liability

آزادی بیان در این نظام حقوقی به صورت اصل و فرع اســت. اصل آن است که حق بر شهرت ارجحیت دارد؛ یعنی خواهان که ادعای نقض حق شهرت دارد، در جایگاه برتر قرار می‌گیرد. کامن‌لای انگلیســی می‌خواهد از او حمایت کند و به همین خاطر، از طــرف مقابل می‌خواهد برای رد ادعای خواهان به دفاع بپردازد. اگر حق بر آزادی بیان در حقوق این کشــور ارجحیت داشت، موضوع باید به عکس می‌بود؛ یعنی این خواهان بود که در موضع ضعف قرار داشت و باید بدواً ادعای خود را اثبات می‌کرد. خوانده نیز نیازی به دفاع در مقابل ادعای طرف مقابل نداشت و ادعای او بدون دفاع پذیرفته می‌شد؛ زیرا اصل بر آن بود که او از حق آزادی بیان خود استفاده کرده است.

نتیجه این رویکرد آن اســت که مبنای مسئولیت مدنی ناشی از هتک شهرت، مســئولیت مطلق (بدون تقصیر) اســت؛ ریشه این نوع از مســئولیت به این عبارت معروف بازمی‌گردد: «هر آنچه را که انسان منتشر می‌کند، با خطر خود منتشر می‌کند» (Ho Youm, 2008: 421)؛ لــذا تفاوتی نمی‌کند که خوانده در انتشــار مطالب ضد شهرت مقصر است یا خیر.

هرچند که با توجه به ریشــه کامن‌لایی حقوق آمریکا، ســابقاً مبنای مسئولیت مطلق در این زمینه حاکم بود، اما در حال حاضر، به عکس، کفه ترازو به سمت آزادی بیان ســنگینی می‌کند. این تحول از پرونده سولیوان[1] شروع شد. در این پرونده دیوان عالی با اســتناد به اولین اصلاحیه قانون اساســی آمریکا از مبنای مسئولیت مطلق در یک سری از موضوعات عدول کرد. این دیوان اشعار داشت که مطابق قانون اساسی، یک «مقام دولتی»[2] از امکان مطالبه خســارت ناشــی از هتک شهرت در صورتی که هتک شــهرت مربوط به رفتار[3] و حوزه امور مربوط به آن مقام دولتی باشــد، ممنوع شده است؛ مگر این‌که آن مقام دولتی بتواند «سوء نیت واقعی»[4] خوانده را اثبات کند.

1. New York Times Co. v. Sullivan, 376 U.S. 254 (1964)
2. Public official
3. Official conduct
4. Actual malice

منظور از ســوء نیت واقعی آن اســت که خوانده با علم این‌که مطلب ضد شهرت است، آن را منتشر می‌کند یا در احراز این‌که مطلب ضد شهرت است یا خیر بی‌احتیاطی نموده و آن را منتشر کند (Ho Youm, 2011: 2).

این رویکرد در دعوای بوتس[1] در سال ۱۹۶۷ به «شخصیت‌های عمومی»[2] و در سال ۱۹۷۱ در قضیه مترومدیا[3] به اشخاص خصوصی‌ای که دخیل در امور مربوط به منفعت عمومی هستند، در صورتی که اظهارات ضد شهرت مربوط به همان مسائل باشد، تسری یافت. همچنین در دعوای معروف گِرتز[4] در سال ۱۹۷۴ دیوان عالی بیان داشت که اولین اصلاحیه قانون اساسی اجازه تحمیل مسئولیت علیه یک رسانه عمومی که مطالب ضد شهرت را در مورد اشخاص یا مسائل خصوصی، بدون این‌که تقصیری مرتکب شده باشد منتشر می‌کند نمی‌دهد.

با این حال، در مورد یک فرض همچنان رویه خاصی در دیوان عالی آمریکا شکل نگرفته است و آن این‌که، اگر یک شخص در مورد مسائلی که هیچ ارتباطی با نفع عمومی ندارد (یعنی کاملاً خصوصی است) مطلب ضد شهرتی منتشر کند، آیا اثبات تقصیر وی لازم است یا به صرف انتشار باید او را مسئول شناخت؟ بسیاری از ایالات در این فرض، اثبات مسامحه خوانده را لازم می‌دانند (Johnson, 2016: 30-31). بنا بر مطالب پیش‌گفته، هم‌اکنون موضع نظام حقوقی آمریکا در خصوص هتک شهرت مبتنی بر مبنای تقصیر است.[5]

۲-۳. حقوق ایران

در قانون مدنی نسبت به مبنای مسئولیت مدنی ناشی از هتک شهرت نصی وجود ندارد؛ با وجود این، در اصل یکصد و هفتاد و یکم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران از عبارت «اعاده حیثیت» و در تبصره ۱ ماده ۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ از عبارت «هتک حیثیت و اعتبار شخصی، خانوادگی یا اجتماعی» نام برده شده که البته تمامی این نصوص منحصراً اصل جبران خسارات وارد بر حیثیت[6] اشخاص را به رسمیت می‌شناسد و دلالتی بر مبنای این نوع از مسئولیت مدنی ندارد. با این حال، این سکوت به معنای وجود خلاء در نظام حقوقی

1. Curtis Publishing Co v. Butts, 338 U.S. 130 (1967)
2. Public figures
3. Rosenbloom v. Metromedia, 403 U.S. 29 (1971)
4. Gertz v. Robert Welch, Inc, 418 U.S. 323 (1974)
5. See: Johnson, 2016: 27; Keeton et al., 1984: 810; Mitchell, 2005: 101-120.
۶. برای مطالعه شیوه‌های مختلف جبران خسارات معنوی ناشی از هتک شهرت و حیثیت، بنگرید به: میرشکاری و حسینی، ۱۴۰۲: ۳۵۱-۳۷۸.

ایران نیســـت؛ چراکه ماده ۱ قانون مســـئولیت مدنی در این زمینه قابل استناد به نظر می‌رســـد؛ بنابراین همان‌طور که مشخص است، مبنای مسئولیت مدنی ناشی از هتک شـــهرت در حقوق ایران مبتنی بر تقصیر است؛ چراکه هتک شهرت بایستی «عمداً یا در نتیجه بی‌احتیاطی» عامل زیان صورت پذیرفته باشـــد. با این اوصاف، برای تحقق این نوع مســـئولیت و جبران خســـارت معنوی ناشی از آن لازم است تقصیر رخ دهد (اســـماعیلی، ۱٤۰۲: ۸ و ۳۷-٤۰). این رویکرد صحیح به نظر می‌رسد. توضیح آن‌که، اعمال برخی از حقوق اشـــخاص مانند آزادی بیان همواره با حق بر شهرت در تزاحم است؛ یعنی در بسیاری از مواقع، بهره‌گیری از حق آزادی بیان لااقل می‌تواند منجر به ورود خسارت معنوی شود؛ بنابراین میان این‌که شخص در حال استفاده از حق آزادی بیان خویش اســـت یا با اســـتفاده از این حق در حال نقض حق بر شهرت دیگران و در نتیجه، تحمیل زیان معنوی اســـت، مرز باریکی وجود دارد. به نظر می‌رسد که اگر در این وضعیت، مســـئولیت بدون تقصیر پذیرفته شود، «چیزی از آزادی‌های عمومی همچون حق آزادی بیان و حق فعالیت‌های سیاســـی و اجتماعی باقی نخواهد ماند و شـــناخت مسئولیت افراد به صرف انتقاد و افشای رفتارهای ناصواب دیگران به علت آن‌که این انتقادات به هر حال موجب آزردگی و کســـر حیثیت و آبروی افراد می‌شود (هرچند که انتقادات و اخبار صحیح و واقعی باشـــند) نفی آزادی‌های اساســـی افراد خواهد بود» (بابایی، ۱٤۰۱: ۲۰۷). این دیدگاه با نظر مشـــهور حقوق‌دانان (صرف‌نظر از درســـتی یا نادرستی این نظر) که مبنای مسئولیت مدنی در حقوق ایران را «تقصیر» می‌دانند، سازگار اســـت (کاتوزیان، ۱۳۹۵/۱: ۲۲۰؛ صفایی و رحیمی، ۱۳۹۹: ۷۷). از این رو، تا زمانی که تقصیر عامل زیان به اثبات نرسد، امکان مسئول شناختن او و اخذ خسارت معنوی وجود ندارد (نقیبی، ۱۳۸۸: ۱۱۵-۱۱٦).

٤. ارکان هتک شهرت

ارکان هتک شهرت عبارت است از: اولاً، برای تحقـــق هتک شهـرت وجود یک اظهار ضد شهرت ضروری است؛ ثانـــیاً، این اظـــهار ضد شهرت بایـــستی به شخص زیان‌دیده منتســـب شود، یعـــنی با بررسی اوضـاع و احوال حاکم بر قـضیه این‌گونه به نظر برسد که موضوع مطـــرح‌شده مربوط به زیان‌دیـده اسـت؛ ثـالثاً، آن اظـــهارات ضـد شهرت منتـــشر شود و رابـعاً، بایســـتی ورود زیـان احراز گـردد

.(Finch & Fafinski, 2017: 203; Peel & Goudkamp, 2014: at 13-031)

۱-٤. وجود اظهارات ضد شهرت

در خصوص تعریف این اصطلاح اقوال مختلف است که البته این امر با توجه به عرفی بودن مفهوم اظهارات ضد شـــهرت بدیهی می‌باشد. در حقیقت، نظر به سیال بـــودن مفهوم عرف در زمان و مکان، این امـــر که یک واژه در یک زمان و مکان ضد شـــهرت بوده، اما در زمان و مکان دیگر مشـــتمل بر هیچ مفهوم ضد شـــهرتی نباشد، طبیعی به نظر می‌رسد (Elliot & Quinn, 2017: 233).

در فرهنگ حقوقی بلک اظهارات ضد شـــهرت عبارت است از: «اظهاراتی که تمایل به آسیب رساندن به شهرت یک شخص، معمولاً از طریق تحقیر کردن، رسوایی یا تمســـخر عمومی یا تاثیر نامطلوب بر کســـب و کار فـــرد دارد.» (Garner, 2004: 449). در حقوق انگلیس، مفهوم اظهارات ضد شهرت در پرونده سیم[1] در سال ۱۹۳٦ توســـط لرد اَتکین تبیین شد. مطابق معیار ارائه شده در این دعوا، برای تشخیص ضد شهرت بودن اظهارات خوانده، باید این سوال را از خود پرسید که «آیا این کلمات به طور کلی باعث پایین آمدن خواهان در برآورد اعضای درست‌اندیش جامعه می‌شود؟» (Steele, 2014: 674). در پرونده یوســـوپوف[2] این معیار توســـعه یافت. بر این بنیاد، اظهاراتی ضد شهرت محسوب می‌شـــود که باعث «دوری و اجتناب کردن»[3] دیگران شود. وانگهی، ســـابقه کامن‌لای انگلیسی مؤید آن است که اگر اظهارات ضد شهرت مربوط به شیوه اداره کسب و کار شخص باشد؛ به نحوی که این اظهارات به صورت بالقوه یا بالفعل بر اعتبار آن کسب و کار تاثیر بگذارد، گوینده دارای مسئولیت بوده و باید پاسخ‌گو باشد (McBride & Bagshaw, 2018: 549).

در حقوق آمریکا مطابق ماده ۵۵۹ دومین بازتبیـــین مسئولیت مدنی ۱۹۷۹، در دو صورت وجود اظهارات ضد شهرت احراز می‌شـــود: ارزیابی او را در نظر جامعه پایین بیاورد و یا باعث شـــود که اشخاص ثالـــث از معاشـــرت یا معامله با او امتناع نمایند.

موضع حقوق ایران نیز متمرکز بر عرف و ســـیال بودن مفهوم «ضد شـــهرت»

1. Sim v. Stretch (1936), 2 All ER 1237
2. Youssoupoff v. MGM Pictures Ltd (1934)
3. Shunned and avoided

اســـت. البته وضعیت خواهان در تعیین ضد شـــهرت بودن اهمیت دارد (مســـتفاد از قانون استفســـاریه). ممکن است بیان یک موضوع برای شخص «الف» به دلیل جایگاه اجتماعی و شغلی وی ضد شهرت تلقی شود، اما همین مطلب برای شخص «ب» ضد شهرت نباشد.

در این خصوص، چند نکته قابل ذکر به نظر می‌رسد:

اولاً، معیار تشخیص در حقوق انگلیس، آمریکا (Peel & Goudkamp, 2014: at 13-003) و همچنین ایران، نوعی اســـت؛ در حقـــوق انگلیس قاضی برای احراز ضد شهرت بودن اظهارات، بررسی می‌کند که آیا معـنای عادی اظـهارات مطرح‌شده در نظر افراد «عادی، معقول و منصف»[1] جامعه ضـــد شـــهرت محسوب می‌شود یا خیر.[2] مطابق پرونده‌های اســـکوز و بونیک،[3] این شـــخص به اصـــطلاح متعارف، نه آنچـــنان ساده‌لوح است که نتواند اظهارات ضد شهرت را تشخیص دهد و به آسانی از کنـار آن بگذرد و نه آنچنان دارای سوء ظن و شـک است که غالب اظهارات فاقـد هتـــک شـــهرت را ضد شهرت تلقی کند (Markesinis & Deakin, 2019: 631). در حـــقوق آمریکا به عکس، توجه دادگاه‌هـــا برای تشـخیص ضد شـهرت بـودن معطوف به یک شـــخص متعارف نیـست، بلکه تمـــرکزها بر یک گروه یا دسته‌ای از اشـــخاص اســـت (Franklin et al., 2017: 285-286). تاریخچه این رویکرد به پرونده پک[4] بازمی‌گردد که دومین بازتبیین مســـئولیت مدنی در سال ۱۹۷۹ نیز از آن پیروی کرده‌اســـت. بر این اســـاس، باید دید که اظهارات بیان‌شده باعث می‌شود که احتـــرام خواهان در نظرِ گروهِ قابلِ توجـــهِ محترمی کاهش یابد یا خیر؛ هرچند که آن گروه در اقلیت باشد (Epstein & Hall, 1990: 1078-1079). مطابق دیدگاه برخی از اندیشـــمندان آمریکایی، لزومی ندارد که اظهارات ادعایی در دادگاه از طریق معیار «مردم درست‌اندیش» سنجش شود. به واقع، وظیـفه دادگاه احراز درست یا غلط بودن اظهارات خوانده نیســـت، بلکه ممکن است در مواردی، هر چند که موضوع اظهارات گفته‌شده غلط باشد و همچنین اکثریت اشخاص درست‌اندیش جامعه آن موضوعات

1. Ordinary, reasonable and fair-minded
2. See: Charleston v. News Group Newspapers [1995] 2 All ER 313.
3. Skuse v. Granada Television 1996; Bonnick v. Morris and Another (2002)
4. Peck v. Tribune Co., 214 U.S. 185 (1909)

را نفی کنند، اما همچنان در نظر گروهی از افراد ضد شـــهرت تلقی شود (Keeton et al., 1984: 777-778).

در حقـــوق ایران از عبارت «عرفیات جامعه» در قانون استفســـاریه اســـتفاده شـــده است؛[1] بنابراین بررسی می‌شـــود که آیا از منظر یک شخص متعارف، اظهارات ضد شـــهرت بوده یا خیـــر؛ لذا با توجه به این‌که قانون‌گـــذار نمی‌تواند همه مصادیق اظهارات ضد شهرت را با جزئیات بیان نماید، معیار نوعی را پذیرفته است. برخی از حقوق‌دانان برای نشـــان دادن اهمیت عرف در تعیین مصادیق قواعد حاکم بر حقوق مســـئولیت مدنی و در واقع، ارجاع گســـترده مسئولیت مدنی به عرف از عنوان «اصل عرفی بودن مسئولیت مدنی» استفاده کرده‌اند (یزدانیان، ۱۳۹۵/۱: ۳۵۶–۳۵۸).

ثانیاً، همان‌طور که در پرونده نورمن[2] ذکر شـــد، برای تشخیص اظهارات ضد شـــهرت بایستی تمام شـــرایط، اوضاع و احوال حاکم بر موضوع را بررسی کرد و با توجه به جمیع شرایط موجود، حکم به وجـــود یا عدم اظهارات ضد شهرت داد. به بیان بهتر، باید دید که اظهارات ذکرشـــده در چه موقعیت و زمینه‌ای ایراد شده‌اســـت (Elliot & Quinn, 2017: 233).

ثالثاً، در حقوق انگلیس و آمریکا، اظهارات ضد شـــهرت به دو دســـته تقسیم می‌شود: نخست، اظهارات مورد نظر به نحوی است که فی‌نفسه و بدون نیاز به قراین خارجی، ضد شـــهرت بودن آن واضح اســـت؛ یعنی معنای اولیه عبارات گفته‌شده به شـــکلی است که ضد شهرت بودن آن به راحتی اســـتنباط می‌شود؛ دوم، ضد شهرت بودن اظهارات از خود عبارات بیان‌شـــده به دست نمی‌آید (همان معنای اولیه)؛ بلکه برای اثبات موضوع، حتماً نیازمند مورد نظر قرار دادن ادله خارج از آن عبارات است که این دسته موسوم به «کنایه»[3] است.[4]

در حقوق ایران قانون استفســـاریه به هتک حیثیت صریح یا ضمنی اشاره کرده اســـت؛ بنابراین اگر اظهارات به صورت صریح یا ضمنی و یا به صورت مســـتقیم یا

---

۱. در ماده ۱۶ قانون جرائم رایانه‌ای مصوب ۱۳۸۸ نیز موضوع به عرف ارجاع داده شده است.

2. Norman v. Future Publishing (1998)

3. Innuendo

۴. برای ملاحظه اقســـام کنایه‌ها (True and false innuendo)، بنگریـــد به: Cooke, 2007: 403; Giliker, 2017: at 13-013; Steele, 2014: 675.

غیر مستقیم مشتمل بر محتوای ضد حیثیت و شهرت باشد، خواهان مسئولیت خواهد داشت.

۲-٤. انتساب

تحقق مسئولیت مدنی ناشی از هتک شـــهرت منوط به انتساب اظهارات ضد شـــهرت به زیان‌دیده اســـت (Finch & Fafinski, 2017: 205-206). انتساب به دو صورت صریح یا ضمنی محقق می‌شود. هنگامی‌که زیان‌دیده در اظهـارات ضد شهرت نام برده شده باشد، احراز مسئولیت مدنی ناشی از هتـک شـهرت دشوار نخواهد بود، اما گاه به‌صورت ضمنی و با توجه به قرائن، امـکان احراز این نوع از مـسئولیت مدنی وجود دارد. در حـــقوق انگلیس و آمریـــکا، معیار بررسی این نـوع از انتسـاب آن است که شـــخص متعارف اذعان نماید که این اظهارات با توجه به مستندات موجود منتســـب به فلان شخص اســـت، ســـوای از این‌که نامی از وی برده شده‌باشد یا خیر (Harpwood, 2000: 375-376; Franklin et al., 2017: 288).

در این خصوص اشاره به چند نکته لازم است:

نخست، برای انتساب، زمان انتـــشار اظهارات ملاک است؛ در برخی مـوارد، در زمان انتشار اظـــهارات امکان انتساب آن به شـــخص خاص وجـود نـدارد، اما بـــعد از مدتی، ممـکن اسـت آن اظهـارات به اشـــخاصی قابل انتـساب باشـد. در این موقعـــیت، منتشـرکننده مـسئول نیـست؛ با این حـــال، همان‌طورکه در پرونده تامـــسون[1] بیان شد، دادگاه‌ها این قاعـــده را در مواردی که خـواندگان اظهاراتی را ابتـدائاً منـــتشر می‌کنند که منتسب به شخص خاصی نیسـت لـیکن بعداً در انتـشار بعدی بیانـــات مشـخص می‌شود که منظور از اظهارات اولیه چه کسـی بوده، اعمـال نمی‌کنند (Giliker, 2017: at 13-015). اظهارات اولیه نباید پوششی برای پنهان‌کاری ناقضان حق باشـــد؛ به طوری که مطالب دلخواه را مطرح کنند؛ سپس در انتشار بعدی شـــخص مورد نظر را معرفی کنند و مدعی شـــوند که انتساب مطالب در زمان اولین انتشار مدنظر بوده، نه در زمان انتشار ثانوی مطالب.

دوم، در صورتی که اظهارات ضد شـــهرت مشتمل بر یک نام فرضی باشد که بر حســـب اتفاق، این نام در عالم خارج مصداق داشته و منجر به زیان شخص شود،

1. Hayward v. Thompson (1982)

تکلیف چیســـت؟ در حقوق انگلیس، این موضوع در پرونده هولتون[1] مطرح شد. در این پرونده، خواندگان مطلب ضد شهرتی را علیه شخصی فرضی به نام «جونز» که در جنوب لندن در پکهام نگهبان یک کلیســـا بود منتشر کردند. حسب اتفاق، در آن محل وکیل دادگستری به همان نام وجود داشت که البته نگهبان کلیسا نیز نبود. پس از اقامه دعوا، دادگاه، به‌رغم این‌که خواندگان قصد انتساب اظهارات ضد شهرت را به خواهان نداشتند، به نفع وی رأی داد (Cooke, 2007: 404).

در حقوق آمریکا، غالب دادگاه‌ها برای پاســـخ به این موضوع از تســـت «از و مربوط به»[2] بهره می‌برند. مطابق این تســـت، پرسش اساسی برای حل این موضوع آن اســـت که آیا یک انســـان متعارف با درنظر گرفتن شـــرایط موجود در آن اظهارات و آنچـــه که در واقعیت وجود دارد، انتســـاب اظهارات علیه فرد فرضی به فرد واقعی را می‌پذیرد یا خیـــر (Savare, 2004: 140). با توجه به این‌که این معیار به‌نحو مطلوبی روشن نیست، دادگاه‌ها ملاک‌هایی در این زمینه ارائه داده‌اند که یکی از این ملاک‌ها، «تشـــابه در نام فرضی» است. به خلاف حقوق انگلیس که از استفاده از نام فرضی به عنوان یکی از عوامل انتساب نام برده‌اند، در رویه قضایی آمریکا در این زمینه اختلاف نظر وجود دارد و رویه غالب آن اســـت که صرف وجود تشـــابه در نام و حتی برخی از مشـــخصات دیگر برای صدق انتساب کفایت نمی‌کند (Savare, 2004: 143). این رویکرد در پرونده اَگیلار[3] توســـط دادگاه تجدید نظر تائید شد. به نظر می‌رسد که در حقوق ایران نیز نباید صرف تشابه در نام فرضی را موجب مسئولیت خوانده دانست، بلکه بایســـتی قرائن و امارات به حدی قوی باشـــند که دادرس به این نتیجه برسد که منظور از نام فرضی دقیقاً همان خواهان اســـت؛ در غیر این‌صورت، تحمیل مسئولیت مدنی صحیح نخواهد بود.

ســـوم، در مواردی ممکن است منتشرکننده قصد انتشـــار مطلب یا عکس، از شخص خاصی را داشته باشد که این اسم یا عکس، به طور اتفاقی با اسم و تصویر فرد دیگری مشابهت دارد و در این موقعیت، سوال آن است که آیا فرد منتشرکننده مسئول می‌باشـــد یا خیر؟ در حقوق انگلیس در پرونده (Newstead v. London Express

1. Hulton & Co v. Jones (1910)
2. The "Of and Concerning" test
3. Aguilar v. Universal City Studios, Inc., (1985)

Newspapers Ltd 1940)، خوانده مطلبی را در خصوص نیوزتد سی ساله از کامبرول مبنی بر ارتکاب جرم تعدد زوجات منتشر کرد. خواهان که دقیقاً با همین مشخصات در همان محل زندگی می‌کرد و مجرد بود، علیه خوانده به دلیل انتشار مطالب ضد شهرت اقامه دعوا کرد. به‌رغم این‌که خوانده قصد انتساب این مطالب را به خواهان نداشت، دادگاه علیه او رأی داد، اما در پرونده (O'Shea v. MGN Ltd 2001)، خوانده با رضایت یک خانم، عکس وی را به صورت مستهجن در سایت روزنامه منتشر کرد. شخص دیگری (خواهان) به این استناد که این عکس، با وی شباهت دارد و آشنایان او تصور می‌کنند که این عکس منتسب به اوست، علیه روزنامه اقامه دعوا کرد. به خلاف رأی پیشین، دادگاه به استناد ماده ۱۰ قانون حقوق بشر مصوب ۱۹۹۸ [1] که حق آزادی بیان را به رسمیت شناخته است و با عنایت به این نکته که انتشار عکس نیز نوعی از بیان محسوب می‌شود، به ضرر خواهان رأی داد. وانگهی اگر قرار باشد که منتشرکننده یک تصویر که مشابه آن در عالم خارج وجود دارد، مسئول شناخته شود، یک مسئولیت سنگین به لحاظ اثباتی بر عهده وی قرار می‌گیرد که قبل از انتشار هر عکس، به طور کامل بررسی کند که هیچ‌کس مشابه عکس انتشاریافته نیست؛ این نوع از برخورد با آزادی بیان غیرمنطقی خواهدبود (Elliot & Quinn, 2017: 235-236).

در حقوق ایران نیز می‌توان موضع اخیر دادگاه انگلیسی را از منظر تقصیر توجیه کرد. در این مواقع خواهان نسبت به شخصی که ادعای مشابهت در مشخصات را دارد، تقصیری انجام نداده است تا دادگاه بتواند او را نسبت به شخص اخیر (و نه شخصی که خواهان در واقع امر می‌خواهد علیه او اظهارات ضد شهرت بیان و منتشر نماید) مسئول بداند؛ چه آن‌که، عرفاً این امکان برای منتشرکننده وجود ندارد که پیش از انتشار هر مطلبی به طور قطع اطمینان یابد که به جز شخص مورد نظر، شخص دیگری نیز احیاناً به دلیل مشابهت در مشخصات از انتشار مطالب زیان نخواهد دید.

چهارم، ممکن است ناقض، مطلب ضد شهرتی را علیه یک گروه یا دسته‌ای از اشخاص منتشر کند. در حقوق انگلیس و آمریکا، دو موضوع از یکدیگر تفکیک شده است:

1. Human Rights Act 1998

در فرض نخست، تعداد اعضای گروه و دسته محصور نیست یا تعداد این اعضا زیاد است. در این صورت، به دلیل عدم قابلیت انتساب اظهارات ضد شهرت به تک‌تک افرادِ درون آن گروه یا دسته، مسئولیت مدنی محقق نشده و هیچ‌یک از اعضا نمی‌تواند علیه منتشرکننده اقامه دعوا کند. به این موضوع در دعوای معروف ناپفر علیه روزنامه لندن اکسپرس[1] در سال ۱۹٤٤ اشاره شد (Markesinis & Deakin, 2019: 638)؛ پس اگر گفته شود که تمام وکلا دزد هستند، این امر موجب نمی‌شود که هرکدام از وکلا اختیار اقامه دعوا علیه گوینده را داشته باشند (Keeton et al., 1984: 784).

در فرض دوم، اعضای گروه یا دسته محدود و منحصر یا تعداد اعضای گروه کم است که در این صورت، به دلیل انتساب اظهارات ضد شهرت علیه آن گروه، تک‌تک افراد حق اقامه دعوای مسئولیت مدنی علیه گوینده را دارند[2] (Franklin et al., 2017: 290).

در حقوق ایران نیز همین نتیجه را می‌توان پذیرفت. هنگامی که مطلب ضد شهرتی علیه یک گروه با اعضای زیاد محصور یا نامحصور مطرح شود، اثبات انتساب آن الفاظ به تک تک افراد بسیار دشوار است؛ بنابراین امکان اقامه دعوا توسط ایشان به دلیل عدم امکان احراز رابطه سببیت وجود ندارد. به عکس، اگر تعداد اعضای گروه کم باشد، هر یک می‌توانند در صورت اثبات سایر ارکان عمومی مسئولیت مدنی و ارکان خصوصی مسئولیت مدنی ناشی از هتک شهرت اقامه دعوا و مطالبه خسارت کنند.

۳-٤. انتشار

شرط دیگر، انتشار اظهارات ضد شهرت است. صرف بیان اظهارات ضد شهرت به خود زیان‌دیده برای تحقق این نوع از مسئولیت مدنی کفایت نمی‌کند.[3] ضرورتاً بایستی شخص ثالثی در این میان وجود داشته باشد تا آن اظهارات به آگاهی وی برسد (Edwards & Cull, 2022: 400). گاه ترک فعل نیز به صورت استثنایی می‌تواند موجب مسئولیت شود؛ در واقع، در مواردی ممکن است تکلیف به جلوگیری

1. Knupffer v. London Express Newspaper Ltd
2. See: Stern, 2008: 957.
3. Pullman v. W. Hill & Co. Ltd

از انتشار اظهارات ضد شهرت قانوناً یا عرفاً بر شخصی تحمیل شود، در این صورت، اگر فرد یادشـــده اقدام به حذف مطالب ضد شـــهرت نکند، می‌توان این ترک فعل را موجب مســـئولیت مدنی تارک فعل دانست. مثلاً، اگر شخص «الف» بر دیوار کلوپ شـــخص «ب» اظهارات ضد شهرتی را علیه شـــخص «ج» منتشر کند، در صورتی‌که «الف» امکان اقدام برای پاک کردن دیوار را داشـــته باشـــد و اقدام نکند، مسئول است (Markesinis & Deakin, 2019: 642).

در حقوق انگلیس و آمریکا وجود یک شخص ثالث برای محقق شدن مفهوم انتشـــار کافـــی اســـت (Long & Dobbins Baxter, 2020: 783). همچنین نحوه اطلاع‌رســـانی نسبت به موارد ضد شـــهرت اهمیتی ندارد. مهم آن است که اظهارات ضد شـــهرت به اطلاع دیگران برســـد، خواه از طریق روزنامه، شبکه‌های اجتماعی، شفاهی، کتبی و ... باشـــد (Cooke, 2017: 442). در کُنْه مفهوم انتشار، فهم شخص ثالث نیز نهفته است؛ شخص ثالثی که مخاطب اظهارات است، باید مفاد این اظهارات را متوجه شـــود؛ پس اگر اظهارات ضد شهرت به زبان انگلیسی بیان شود و مخاطب متوجه مفهوم عباراتِ به کار رفته نشـــود، نمی‌توان حکم به وجود مسئولیت مدنی داد (Giliker, 2017: at 13-018).

در خصوص این رکن چند نکته شایسته بیان است:

نخست، اثباتِ عدم قابلیتِ پیش‌بینیِ معقولِ انتشارِ اظهاراتِ ضدِ شهرت توسط خوانده، در رویه قضایی انگلیس و آمریکا به عنوان یک عامل دفاعی مطرح شده‌است. در پرونده هوث[1] خوانده مطلب ضد شـــهرتی را در یک نامه برای خواهان فرســـتاد. در این میان، خدمتکار خواهان بـــه صورت مخفیانه نامه را خواند و از اظهارات ضد شهرت آگاه شـــد. دادگاه به دلیل عدم قابلیت پیش‌بینی مطالعه نامه توسط خدمتکار، موضوع را مشـــمول عنوان انتشـــار ندانســـت و به نفع خوانـــده رای داد یا در قضیه ریچاردســـون[2] خوانده نامه‌ای متضمن اظهارات ضد شهرت را به درون خانه خواهان انداخت و همســـر خواهان آن را مطالعه نمود. دادگاه بیان داشت که با توجه به این‌که خواندن نامه توسط همـــــسر خواهان قابـــل پیش‌بینی بوده، به نفع خواهان رای داد

1. Huth v. Huth (1915)
2. Theaker v. Richardson (1962)

(Elliot & Quinn, 2017: 237).[1]

دوم، انتشار اظهارات ضد شهرت میان برخی از اشخاص واجد مسئولیت مدنی ناشـــی از هتک شهرت نخواهد بود. به طور سنتی در حقوق کامن‌لای انگلوآمریکایی، مطرح شـــدن مطالب ضد شهرت میان زوجین مشـــمول اصطلاح انتشار نخواهدبود (Keeton et al., 1984: 824). ریشـــه این موضوع بـــه دورانی بازمی‌گردد که معتقد بودند زن و شـــوهر دارای هویت مشترک هســـتند (McBride & Bagshaw, 2018: 556)؛ با این حال، به نظر می‌رســـد که در حال حاضر پذیرش عدم مسئولیت به دلیل انتشار اظهارات ضد شهرت میان زوجین در حقوق ایران قابل پذیرش نباشد و تفاوتی نمی‌کند که شـــخصی که از اظهارات ضد شهرت آگاه می‌شود، یکی از زوجین باشد یا هر شخص دیگری. از این بالاتر، در جامعه فعلی، هویت زوجین مشترک نیست و ایشان از یکدیگر مستقل هستند.

سوم، سنت حقوق انگلیس آن است که هر انتشار اظهارات ضد شهرت مساوی با یک ســـبب مستقل برای تحقق مسئولیت مدنی است (قاعده تعدد انتشار).[2] اگر یک اظهار ضد شهرت مطرح شود و مجدد مفاد آن بازنشر داده شود، هر تکرار برابر است با یک ســـبب جداگانه ایجاد مســـئولیت مدنی. این رویکـــرد در حقوق انگلیس قابل انتقاد می‌نمود؛ اگر یک مطلب ضد شـــهرت در سایت یک خبرگزاری منتشر می‌شد، با مراجعه هر شـــخص به آرشیو سایت، ناشـــر مجدداً مسئول قلمداد می‌شد. در سال ۲۰۱۳ این رویه به موجب ماده ۸ قانون هتک شهرت[3] اصلاح شد. به موجب این ماده، قاعده «یک بار انتشار»[4] همچنان که در حقوق آمریکا توسط اغلب دادگاه‌ها و بند الف ماده ۵۷۷ دومین بازتبیین مســـئولیت مدنی پذیرفته‌شده، در حقوق انگلیس به رسمیت شـــناخته شد؛ بدین معنی که، در صورت انتشـــار یک مطلب ضد شهرت به صورت مکرر، خوانده صرفاً برای نخستین انتشار مسئولیت دارد؛ مگر این‌که، شیوه انتشار این مطلب اساساً تغییر کرده باشد (بند ۵ همان ماده).

---

۱. برای ملاحظه آراء در حقوق آمریکا، بنگرید به: Franklin et al., 2017 283.

2. Multiple publication rule

3. Defamation Act 2013

4. Single publication rule

٤-٤. ورود زیان

در حقـــوق انگلیس تا قبل از ســـال ۲۰۱۳، هتک شـــهرت ماندگار «به خودیِ خود»[1] موجد مسئولیت بود و خواهـان برای اقـامه دعوا نیـازی به اثبـات وقوع «زیان خاص»[2] نداشـــت. منظور از زیان خاص، زیانی اســـت که قابل ارزیابی به پول باشد (Harpwood, 2009: 372). به‌عنوان مثال، در دعوای South Hetton Coal v NE News، خوانده به دلیل انتشار این مطلب که خواهان محیط مناسب و بهداشتی برای کارگرانش فراهم نکرده‌است، محکوم شـــد؛ بدون این‌که خواهان نیاز به اثبات ورود ضرر داشـــته باشد» (میرشـــکاری و آزادبخت، ۱٤۰۱: ۵۱). این رویه پس از تصویب قانون هتک شـــهرت در ســـال ۲۰۱۳ تغییر یافت. بر اساس بند ۱ ماده ۱ قانون مزبور، اظهارات در صورتی هاتِک شـــهرت اســـت که باعث «صدمه جدی یا احتمال صدمه جدی» به شـــهرت زیان‌دیده شـــود؛ بنابراین تا زمانی که ورود زیان جدی یا احتمال ورود این زیان توسط خواهان اثبات نشود، امکان پیروزی در دعوای مسئولیت مدنی در حقوق انگلیس وجود ندارد. البته، همان‌طورکه در پرونده کوک[3] مطرح شـــده، در همه مـــوارد نیازی به اثبات این رکن وجود ندارد؛ چـــه آن‌که، در برخی موارد هتک شـــهرت به شکلی اســـت که به وضوح ورود زیان، بدون ارائه مدرک توسط خواهان قابل احراز اســـت (Cook, 2017: 430).[4] مطابق بند ۲ ماده ۱ قانون مذکور، در مورد اشـــخاص حقوقی تجاری قید دیگری نیز وجود دارد و آن اینکه، بایستی ضرر مهم و جدی مالی[5] به خواهان وارد شـــود (Acheson, 2020: 132-133). حقوق آمریکا نیز با توجه به سنت دیرینه کامن‌لا مبنی بر عدم نیاز به اثبات ورود زیان در هتک شهرت ماندگار، اثبات ورود زیان را لازم ندانسته و در خصوص علت آن بیان‌شده که با توجه به پایداری و دوام هتک شـــهرت ماندگار، ورود زیان به خواهان مفروض انگاشـــته می‌شود (Franklin et al., 2017: 297).

در مقابـــل، برای پیروزی در دعوای هتک شـــهرت غیرمانـــدگار، طبق اصول

---

1. Per se
2. Special damages
3. Cooke v. MGN (2015)
٤. برای ملاحظه تفصیل این بحث، بنگرید به: Bennet, 2018: 1-16.
5. Financial loss

بایستی زیان مالـــی توســط زیان‌دیده به اثبات برسد. دلیل بیان قید «طبـــق اصول» آن اســـت که این موضوع در حقوق قدیم انگلیـــس با چهار استثناء همراه بوده‌است (Cooke, 2007: 399):

نخســـت، انتساب جرم به زیان‌دیده: منظور از جرم، جرائمی است که مجازات آن‌ها زندان است؛

دوم، انتساب بیماری به زیان‌دیده: نسبت به دایره شمول این دسته اختلاف نظر وجود دارد، اما قدر متیقن بیماری‌ها، بیماری‌های واگیردار، مســـری و عفونی است که باعث می‌شود دیگران از وی دوری کنند؛

ســـوم، انتساب بی‌عفتی، زنا یا مســـاحقه به هر شخص مونث: این موضوع بر اساس ماده ۱ قانون هتک شهرت بانوان مصوب ۱۸۹۱ [1] بیان شده‌است؛

چهارم، انتساب عدم صلاحیت و اهلیت شغلی، حرفه‌ای و تجاری: این قسمت نیز در ماده ۲ قانون هتک شـــهرت ۱۹۵۲ [2] ذکر شده‌است. البته، مطابق بند ۱ و ۲ ماده ۱٤ قانون جدید هتک شـــهرت (مصوب ۲۰۱۳)، بند ۳ و ٤ نســـخ شده و بندهای ۱ و ۲ باقی مانده است.

در حقـــوق آمریکا، ضمـــن تأکید بر اثبـــات ورود زیان برای هتک شـــهرت غیرماندگار، عیناً همان اســـتثنائات پذیرفته شده‌اســـت (Edwards & Cull, 2022: 397)؛ بـــا وجود این، در وضعیتی که شـــخص جرمی را به دیگری نســـبت می‌دهد، دادگاه‌های آمریکایی به دو مسیر متفاوت حرکت کرده‌اند: برخی، مانند شیوه انگلیسی عمل کرده و برخی دیگر معتقدند که جرم منتســـب شـــده باید واجد یک «رذیلت و فساد اخلاقی» [3] باشد؛ یعنی صرف این‌که جرم منتهی به زندانی شدن فرد می‌شود کافی نیست (Epstein & Hall, 1990: 1096).

در حقوق ایران به خلاف حقوق انگلیس و آمریکا، بدون هیچ استثنایی، احراز ورود زیان ضروری اســـت؛ زیرا وجود ضرر رکن اصلی مســـئولیت مدنی می‌باشد و «همین امر امتیاز این نهاد حقوقی بر مســـئولیت اخلاقی اســـت» (کاتوزیان، ۱۳۹۵/۱: ۲٤۰)؛ بنابراین تفاوتی میان انواع هتک شـــهرت وجود ندارد. اگر خواهان می‌خواهد

1. Slander of Women Act 1891
2. Defamation Act 1952
3. Moral turpitude

خسارت مطالبه نماید، بایستی ضرر وارده به خود را اثبات کند و در غیر این صورت، امکان طرح دعوای مسئولیت مدنی علیه خوانده وجود نخواهد داشت (ماده ۱ قانون مسئولیت مدنی)

۵. دفاعیات هتک شهرت[۱]

۵-۱. رضایت

یکی از موانع اصلی در مسئولیت مدنی ناشی از هتک شهرت، عدم رضایت اشخاص در آسیب رساندن به شهرت ایشان است؛ بنابراین رضایت ازاله مانع می‌کند و پس از آن، دیگر خواهان نمی‌تواند علیه وی اقامه دعوا کند. از این‌رو، باید تبعات ناشی از این اقدام را به جان بخرد. این عامل، در حقوق انگلیس و آمریکا به عنوان یکی از معاذیر مسئولیت مدنی ناشی از هتک شهرت مطرح شده‌است (Keeton et al., 1984: 823).[۲]

بر خلاف این رویکرد، در حقوق ایران رضایت زیان‌دیده در خصوص هتک شهرت اثر ندارد. شهرت در زمره حقوق معنوی مربوط به شخصیت است و با توجه به اهمیت و ارتباط حقوق شخصیت با کرامت انسانی، زیان‌دیده نمی‌تواند پیش از ورود زیان به هتک شهرت رضایت دهد (کاتوزیان، ۱۳۹۵/۱: ۳۳۹؛ صفایی و رحیمی، ۱۳۹۹: ۱۸۳-۱۸٤).

۵-۲. صحت اظهارات ضد شهرت

در بخش گذشته این نکته در تعریف هتک شهرت اشاره شد که اظهارات ضد شهرت بایستی کاذب باشند. در حقوق انگلیس، بند ۱ ماده ۲ قانون جدید هتک شهرت مصوب ۲۰۱۳ اشعار می‌دارد که اگر اظهارات ذکر شده «اساساً صحیح»[۳] باشد، خوانده می‌تواند این صحت را به عنوان دفاع مطرح نماید. منظور از این‌که اساساً صحیح باشد، آن است که عدم صحت در برخی جزئیات مربوط به موضوع نافی بهره‌مندی از این دفاع نیست (Steele, 2014: 683). همان‌طورکه در قضیه الکساندر[٤] مطرح شد، اگر خوانده مدعی شود که خواهان سه هفته به دلیل فلان جرم به زندان

---

۱. صرفاً مهم‌ترین عوامل بیان خواهد شد.

2. Chapman v. Lord Ellesmere 1932 (Cooke, 2007: 410)

3. Substantially true

4. Alexander v. North Eastern Railway Co. (1856)

محکوم شـــده است؛ در حالی‌که در واقع، مدت این محکومیت دو هفته باشد، باز هم امکان استفاده از دفاع صحت وجود دارد.

در نظـــام حقوقی آمریکا (ماده ۵۸۱ ای دومین بازتبیین مســـئولیت مدنی) از صحت اظهارات ضد شـــهرت به‌عنوان دفاع نام برده اســـت (Keeton et al., 1984: 839)؛ یعنـــی به لحاظ تاریخچه، حقوق آمریکا مانند حقوق انگلیس عمل می‌کرد، اما به نظر می‌رســـد این رویه در طول ســـالیان اخیر در برخی از ایالات تغییر کرده‌است (Johnson, 2016: 24-27). در بعضـــی از ایالات، اصل بر صحت اظهارات اســـت، مگر این‌که خواهان اثبات کند که اظهارات ضد شهرت کاذب است. نتیجه این موضع آن اســـت که: اولاً، در این ایالات جانب حق آزادی بیان گرفته شـــده و ثانیاً، صحت اظهارات ضد شـــهرت دیگر یک دفاع نیست؛ وانگهی در حقوق آمریکا، دادگاه‌ها در صورتی که اســـاس مطالب صحیح باشـــد به خطاهای قابل مسامحه در اظهارات ضد شهرت اصولاً توجه نمی‌کنند (Epstein & Hall, 1990: 1118).

در حقوق ایران از یک‌ســـو می‌توان بیان داشـــت که به موجب مفهوم مخالف ماده ۸ قانون مسئولیت مدنی اگر تصدیقـــات یا انتـــشارات ضد شهرت موافق واقع باشد، منتشرکننده مسئولیت ندارد. در مـــوارد صحت اظـــهارات خوانده، به شهرت خواهان هیچ آسیبی وارد نشده است، بلکه شهرت وی که به صـــورت کاذب در یک سطح مشخصی قرار داشته، به آن جایگاه مناسبی که استحـــقاق داشـــته رسیده است (Giliker, 2017: at 14-002). از سوی دیگر، به نظر می‌رسد که مفهوم مخالف ماده یادشـــده قابل استناد نباشـــد؛ به واقع، قانون‌گذار صرفاً در مقام بیان این نکته بوده که اگر انتشـــار مخالف واقع باشد، عامل زیان مسئولیت دارد، لکن نسبت به این موضوع که اگر انتشـــار موافق واقع باشد چه می‌شود، حکمی ندارد؛ بنابراین به‌سختی می‌توان پذیرفت که در حقوق ایران هر سخن راست و درستی به عنوان عامل دفاعی محسوب شود؛ زیرا اخلاق حاکم در جامعه ایرانی به آسانی نمی‌پذیرد که اظهاراتِ ضدِ شهرتِ صحیح در میان اذهان عمومی منتشـــر و به آبروی اشخاص لطمه وارد شود. افزون بر این، در برخی موارد ممکن اســـت اظهارات ضد شهرت صحیح باشد، اما انتشار این موضوع با تکلیف به محرمانگی اطلاعات در تنافی باشد.

در خصـــوص بار اثبات نیز، به نظر می‌رســـد که صحت مطلب ضد شـــهرت

خلاف اصل باشـــد. در واقع، با توجه به امتزاج مساله فعلی با آبرو و حیثیت اشخاص و وضعیت کنونی جامعه ایران، بهتر اســـت اصل بر کاذب بودن ادعا باشد؛ مگر این‌که خوانده موضوع را اثبات نماید. البته بر این عقیده نباید تا جایی پافشاری کرد که هدف از اصل آزادی بیان خدشـــه‌دار شـــود؛ بنابراین می‌توان در خصوص سیاست‌مداران، سلبریتی‌ها و هر آنچه که مربوط به منفعت عمومی است، اصل را بر صحت نهاد.

۳-۵. نظر صادقانه

یکی از راه‌های اصلی حفاظت از حق آزادی بیان، وجود دفاع نظر صادقانه[1] در حقوق انگلیس و آمریکا است. از این دفاع به عنوان، «عنصر اساسی یا بنیادین آزادی بیان»[2] نام برده‌اند (Bosland et al., 2015: 234)؛ همان‌طور که لرد نیکولز به درستی در دعوای رِینولدز[3] در ســـال ۲۰۰۱ بیان داشـــت (Steele, 2014: 685)، در مواردی که موضوع به حالت دیدگاه مطرح می‌شـــود، مخاطب می‌تواند که آن دیدگاه را رد یا تائید کند؛ یعنی ابتدا به ســـاکن مخاطب این وضعیت ذهنی را دارد که به این صورت با اظهارات پیش رو برخورد کند؛ حال آن‌که، اگر اظهارات به صورت واقعیات مطرح شـــود و مخاطب بداند که این اظهارات دیدگاه نویسنده نیست، خودبه‌خود به سمت پذیرش مطلب حرکت می‌کند. به عبارت بهتر، از همان لحظه مواجه شدن با متن خود را مغلوب می‌داند و امکان تشکیک در آن را در ذهن خود ایجاد نمی‌کند.

در حال حاضر و برخلاف گذشـــته، در حقوق انگلیـــس نیازی به ارتباط نظر صادقانه با منفعت عمومی نیســـت. بر اساس ماده ۳ قانون جدید هتک شهرت، اثبات سه شرط برای تحقق این دفاع ضرورت دارد:

نخســـت، اظهارات مشـــتمل بر اظهار نظر، عقیده و دیدگاه باشـــد. اظهارات بیان‌شـــده نباید به‌عنوان واقعیت (حقیقت)[4] باشد، بلکه باید به‌عنوان دیدگاه، استنباط، استنتاج، نتیجه‌گیری و انتقاد باشد.[5] البته همچنان تفکیک دقیقی میان دیدگاه و واقعیت انجام نشده‌است، اما در برخی موارد مشخص است که عبارات ذکرشده نشأت گرفته

1. Honest opinion
2. “Essential" or fundamental element of free speech”
3. Reynolds v Times Newspapers Ltd [2001] 2 AC 127, at 201
4. Fact
5. See: Bosland, 2015: 238-239

از عقاید و دیدگاه‌های خوانده اســـت؛ مانند این‌که خوانده بگوید: «به نظر من با توجه به این ادله و ...»؛ در این صورت بدیهی‌است که موضوع تابع دفاع نظر صادقانه است، اما در موقعیت‌های دیگر باید این موضوع را به صورت نوعی و عرفی بررســـی کرد (Mullis & Scott, 2014: 92). بـــا این وجود، برخی از اظهارات مانند «قضاوت‌های ارزشـــی»[1] و «پیش‌بینی‌های مربوط به آینده» به عنوان دیدگاه در کامن‌لا مورد پذیرش قرار گرفته‌اند (McBride & Bagshaw, 2018: 568-569).

شرط دوم آن اســـت که اســـاس و مبنای عقاید و دیدگاه‌های ضد شهرت به صورت کلی یا جزئی مورد اشاره قرار گیرد. دلیل وجـــود این شرط آن است که در زمـــان مطالعه مبنای آن دیدگاه، خواننده به علـــت بیان آن دیدگاه پی می‌برد و متوجه می‌شود که چرا نویسنده یا گوینده اظهارات ضد شهرت آن اظهارات را بیان داشته‌است (Elliot & Quinn, 2017: 243)؟ وقتـــی صحبت از اشـــاره می‌شـــود، منظور صرفاً اشارات صریح نیست. به عنوان نمونه، خوانده ممکن است در مطلب انتشاریافته، بیان کند که بدین دلایل و مدارک فلان اســـتنتاج و عقیده قابل بیان اســـت، اما باید اذعان داشـــت که در غالب موارد اشاره و استناد به اساس و مبنای عقیده به صورت ضمنی و به دلالت التزامی از اظهارات انتشـــار یافته قابل برداشت است. در این صورت نیز، همان‌طور که در دعوای کِمســـلی[2] تأکید شد، امکان استناد به دفاع نظر صادقانه وجود دارد (Markesinis & Deakin, 2019: 658).

شـــرط ســـوم به منصفانه بودن بازمی‌گردد. بر خلاف رویه ســـابق در حقوق انگلیـــس، ضرورتی ندارد که مبنای اظهارات خوانده صحیح باشـــد، بلکه ســـوای از صحیح یا کاذب بودن آن مبانی، مهم آن اســـت که به این ســـوال پاسخ داده شود؛ آیا یک شخص منصف با توجه به مستنداتی که قبل از انتشار اظهارات وجود دارد، همان عقایـــد را بیان می‌کند یا خیر؟ در صورت مثبت بودن پاســـخ، خوانده می‌تواند از این دفاع استفاده کند.

در حقوق آمریکا، خوانده می‌تواند از دفاع نظر صادقانه بهره ببرد؛ به شـــرطی که موضوع آن نظر به منفعت عمومی ارتباط داشـــته باشـــد. مسائل سیاسی، بهداشت

1. Value judgment
2. Kemsley v. Foot (1952)

عمومی، تامین آب آشامیدنی و ... از جمله این موارد هستند (Keeton et al., 1984: 831).

در حقوق ایران، همان‌طور که گفته شده، «احکام خاصی در حمایت از بیان‌های نظری مشاهده نمی‌شود جز در مورد انتقاد که قانون مطبوعات (مواد ۳ و ۲۳) و مصوبه شورای عالی انقلاب فرهنگی در خصوص ضوابط نشر کتاب (شق ٦ از بند ب ماده ٤ مصوبه) به طور مشروط از آن حمایت کرده‌اند» (انصاری، ۱۳۹۲: ۳۹).

٤-۵. منفعت عمومی

منفعت عمومی مفهومی سهل و ممتنع است. به هر حال بعضی در تعریف منفعت عمومی گفته‌اند: «می‌توان منفعت عمومی را هر آن چیزی دانست که برای عموم افراد جامعه دارای ارزش و سودمند تلقی می‌شود و همگان، امکان بالقوه استفاده از آن را خواهند داشت» (حاج‌زاده، ۱۳۹۳: ۷).

یکی از مهم‌ترین عوامل ایجادکننده تعادل میان حق بر شهرت و آزادی بیان در حقوق آمریکا و انگلیس، دفاع منفعت عمومی است (Franklin et al., 2017: 302). در این دفاع، اگر خوانده اظهارات ضد شهرتی را که مربوط به منفعت عمومی است مطرح کند؛ حتی اگر آن اظهارات کاذب باشد، البته به شرط این‌که سوء نیتی وجود نداشته باشد، وی می‌تواند از این دفاع استفاده کرده و از مسئولیت رهایی یابد. این موضوع ابتدائاً مربوط به رسانه‌های جمعی بود.

این پرسش منطقی است که دلیل حمایت از این دسته از اظهارات حتی در زمانی که کاذب هستند چیست. در پاسخ باید گفت که اصولاً مسائل مربوط به منفعت عمومی از اهمیت به‌سزایی برخوردار است. این اهمیت باعث می‌شود که اولاً، انتشار خبر به سرعت انجام پذیرد تا اگر موضوع ناهنجاری وجود دارد، به سرعت به اطلاع اشخاص ذی‌ربط و حتی عموم مخاطبان برسد تا برطرف شود و ثانیاً، کشف واقع نسبت به موضوع، حداقل از سوی رسانه‌ها بسیار دشوار باشد؛ بنابراین اگر قرار باشد که رسانه برای هر خبر مربوط به منفعت عمومی به دنبال کشف حقیقت باشد تا احراز کند که خبر درست هست یا خیر، قطعاً اطلاع‌رسانی در خصوص آن موضوع اهمیت خودش را از دست خواهد داد؛ وانگهی تعداد اخبار مربوط به منفعت عمومی به حدی زیاد هست که اساساً در عالم واقع این امکان وجود ندارد تا رسانه‌ها نسبت

به صحت‌سنجی مطالب مرتبط با منفعت عمومی اقدام کنند؛[1] پس باید میان عدم انتشار یا انتشار محدود اظهارات ضد شهرت مربوط به منفعت عمـــومی و انتـــشار بـدون احراز صحت یا کذب مطالب ضد شهرت مربوط به منفعت عمومـــی انتخـــاب کرد (Elliot & Quinn, 2017: 251). راه دوم مطلوب‌تر از مســـیر اول است؛ زیرا عوائد حاصل از انتشـــار این‌گونه خبرها اصولاً در جوامع فعلی بیشتر از مضراتی است که به شهرت اشخاص وارد می‌کند.

این موضوع در حقوق انگلیس در پرونده مشهوری تحت عنوان رِینولد[2] مورد بحث قرار گرفت. در این پرونده، رینولد که در ســـال ۱۹۹۲ به‌عنوان نخسـت وزیر کشـــور ایرلند و همچنین، رهبری ائتلافـــی از حزب و حزب کارگر را بر عهده گرفته بود، با توجه به بحران‌های سیاســـی در سال ۱۹۹٤، از این دو سمت استعفا کرد. چند روز پس از این اســـتعفاء، روزنامه تایمز در این خصوص مطلبی منتشر نمود. رینولد ادعا کرد که منظور از مطالب منتشر شده در روزنامه و آنچه که از عبارات منتشرشده فهمیده می‌شود آن اســـت که خواهان عمداً و غیرصادقانه اعضای کابینه و مجلس را فریب داده و دلیل استعفای او این مطلب است. در مجلس لردها بیان شد در صورتی که موضوع مربوط به منفعت عمومی باشـــد، مانند مســـائل سیاسی، مشروط بر این‌که رســـانه مذکور به شیوه «مسئولانه» رفتار کرده باشد، امکان انتشار مطالب بدون این‌که مســـئولیتی متوجه رسانه شـــود وجود دارد. منظور از عبارت مسئولانه در این پرونده توســـط لرد نیکولز با ارائه ده ملاک تبیین شـــده است. این معیارها که حصری نیست (Steele, 2014: 693)، عبارت است از: «جدی بودن ادعا؛ ماهیت اطلاعات و میزانی که موضوع مورد توجه عموم اســـت؛ منبع اطلاعات؛ اقدامات انجام شـــده برای تائید اطلاعات؛ وضعیـــت اطلاعات؛ فوریت موضوع؛ آیا نظـــری از خواهان در خصوص مطلب خواسته شده یا خیر؛ آیا مطالب منتشر شده حاوی اصل داستان خواهان هست یا خیر؛ لحن مطالب منتشر شده و شرایط زمان انتشار از جمله زمان انتشار».

دفاع مبتنی بر منفعت عمومی بر مبنای همین پرونده تا سال ۲۰۱۳ ادامه یافت، اما بر اســـاس بند ٦ ماده ٤ قانون هتک شـــهرت ۲۰۱۳ نسخ و با ادبیات جدید در بند

---

۱. در حقوق آمریکا بیان شـــده که رسانه‌های جمعی از استناد به این دفاع منع شده‌اند (Franklin et al., 2017: 302).

2. Reynolds v Times Newspapers Ltd [1999] 2 AC 127

۱ مـــاده ٤ قانون مذکور مورد اشـــاره قرار گرفت. مطابق ایـــن بند: «در صورت اثبات موارد ذیل، برای خوانده دعوای هتک شهرت دفاع محسوب می‌شود: الف- اظهارات منتشرشده متضمن (کلاً یا بخشـــی از) اظهارات مرتبط با منفعت عمومی است؛ ب- خوانده به نحو معقول اعتقاد داشته‌باشـــد که انتشار اظهارات مرتبط با منفعت عمومی بوده‌است».

بر خلاف رأی رینولد که محدود به رسانه‌ها بود، دفاع منفعت عمومی در قانون جدید منحصر به رســـانه‌ها نبوده و همه اشـــخاصی که در خصوص منفعت عمومی مطلبی منتشـــر می‌نمایند را در بر می‌گیرد؛ از طرفی، در قانون جدید معیار مســـئولانه بودن استفاده نشده و دو معیار شخصی و نوعی به کار رفته است؛ بدین معنا که خوانده باید اعتقاد خود مبنی بر این‌که انتشـــار آن اظهارات در جهت منفعت عمومی بوده را اثبات کند (شـــخصی)؛ افزون بر این، دادگاه باید بررســـی کند که این اعتقاد در زمان انتشـــار اظهارات معقول بوده اســـت یا خیر (نوعی). قانون برای احراز معقول بودن، ملاکی ارائه نداده اســـت و دادگاه‌ها از همان معیارهـــای ده گانه غیرحصری دعوای رینولد استفاده می‌کنند (Giliker, 2017: at 14-024).

در حقوق ایران، در خصوص پذیـــرش دفاع منفعت عمومی تصریحی وجود نـــدارد؛ با این حال، به موجب اصل چهلم قانون اساســـی جمهوری اســـلامی ایران، «هیچ‌کس نمی‌تواند اعمال حق خود را وسیله اضرار به غیر یا تجاوز به منافع عمومی قرار دهد»؛ بنابراین حق بر شهرت اشخاص تا جایی محترم است که با منفعت عمومی جامعه در تعارض نباشـــد (میرشـــکاری، ۱٤۰۲: ۱۳۳) و در صورت تعارض، منفعت عمومی ارجحیت خواهد داشـــت. در نتیجه، به نظر می‌رسد حقوق ایران در پذیرش دفاع منفعت عمومی با تردید خاصی مواجه نیست.

برآمد

۱- نظام‌هـــای حقوقی آمریکا و انگلیس بـــه طور خاص اقدام به قاعده‌گذاری در زمینه نقض حق بر شـــهرت کرده و یک قالب خاص تحت عنوان هتک شهرت را ایجاد نموده‌اند. ارکان این دعوا عبارت هســـتند از: اثبات وجود اظهارات ضد شهرت، انتساب این اظهارات به خواهان، انتشار آن و اثبات ورود زیان.

۲- مبنای مسئولیت مدنی ناشی از هتک شهرت در حقوق انگلیس، مسئولیت بدون تقصیر اســـت. به عکس، مبنای این نوع از مســـئولیت در حقوق آمریکا و ایران مبتنی بر تقصیر می‌باشد.

۳- حق آزادی بیان از جمله حقوق بنیادینی است که نباید از کنار آن بی‌تفاوت عبور کرد. تحقق معقولانه حق آزادی بیان ضامن تثبیت دموکراســـی در جامعه است؛ بنابراین به حق آزادی بیان و حق بر شـــهرت بایســـتی به صـــورت جمعی و در کنار هم نگریسته شـــود. بدین منظور و برای تعادل‌بخشی میان این دو حق، در حقوق دو کشـــور آمریکا و انگلیس دفاعیات مربوط قالب هتک شهرت مطرح شده‌است که در این نوشـــتار به برخی از مهم‌ترین آن‌ها ماننـــد رضایت خواهان، منفعت عمومی و ... پرداخته شد.

٤- به‌رغم بحث‌های عمیق در مســـئولیت مدنی کامن‌لای آمریکایی انگلیسی، در حقوق ایران بررســـی این موضوع از منظر مســـئولیت مدنی مغفول مانده و عمده مباحث متمرکز بر جنبه کیفری هتک شـــهرت از طریق نهادهایی مانند توهین و افتراء اســـت. البته در ماده ۱ قانون مســـئولیت مدنی به صورت گذرا و بدون ذکر جزئیات، از حقی به نام «شـــهرت» نام برده شده است، اما این مسأله با توجه به جزئیات عمیق آن در بوته اِجمال باقی مانده‌اســـت. بر این بنیاد، نگارندان معتقد است که می‌توان از دست‌آوردهای دو نظام حقوقی موصوف برای عمق‌بخشی به موضوع مسئولیت مدنی ناشی از هتک شهرت در حقوق ایران استفاده نمود. این موضوع به معنای عدم توجه به اختصاصات موجود در نظام حقوقی ایران و حرکت به سوی نوآوری در این زمینه نیست.

فهرست منابع

الف. فارسی

* اسماعیلی، محسن (۱٤۰۲)، **امکان‌سنجی جبران مادی خسارت‌های معنوی**، چاپ نخست، تهران: دانشگاه تهران.

* امیری، احمد، مبین، حجت، خورسندیان، محمدعلی و حیدری، سیروس (۱٤۰۰)، «**مسئولیت مدنی ناشی از آسیب به شخصیت مطالعه تطبیقی در فقه امامیه، حقوق ایران و انگلیس**»، پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب، دوره ۸، شماره ۳.

* انصاری، باقر (۱۳۹۱)، «**مطالعه تطبیقی مسؤولیت مدنی ناشی از نقض حقوق مربوط به شخصیت در رسانه‌ها**»، پژوهش حقوق خصوصی، دوره ۹، شماره ۲.

* انصاری، باقر (۱۳۹۲)، «**حمایت از حرمت اشخاص در برابر آزادی بیان**»، فصل‌نامه علمی رسانه، دوره ۲٤، شماره ۲.

* انصاری، باقر (۱٤۰۰)، **حقوق حریم خصوصی**، چاپ ششم، تهران: سمت.

* بابایی، ایرج (۱۳۹٤)، **حقوق مسئولیت مدنی و الزامات خارج از قرارداد**، چاپ نخست، تهران: میزان.

* بابایی، ایرج (۱٤۰۱)، **نظریه عمومی مسئولیت مدنی**، چاپ نخست، تهران: شهر دانش.

* تخشید، زهرا (۱۳۹۸)، «**معیار شهرت عمومی در دعاوی مسؤولیت مدنی ناشی از بدگویی و نقض حریم خصوصی (مطالعه تطبیقی در حقوق ایران و آمریکا)**»، پژوهش‌های حقوق تطبیقی، دوره ۲۳، شماره ٤.

* حاج‌زاده، هادی (۱۳۹۳)، **آشنایی با مفاهیم حقوق عمومی: بررسی مفهوم منفعت عمومی**، پژوهشکده شورای نگهبان.

* شرقی، مرضیه و عامری، پرویز (۱۳۹۸)، «**مسئولیت مدنی ناشی از افترا در نظام حقوقی کامن‌لا با رویکرد تطبیقی در حقوق ایران**»، پژوهش‌های حقوق تطبیقی، دوره ۲۳، شماره ۲.

* صفایی، سیدحسین و رحیمی، حبیب‌الله (۱۳۹۷)، **مسئولیت مدنی تطبیقی**، چاپ نخست، تهران: پژوهشکده حقوقی شهر دانش.

* صفایی، سیدحسین و رحیمی، حبیب‌الله (۱۳۹۹)، **مسئولیت مدنی (الزامات خارج**

از قرارداد)، چاپ سیزدهم، تهران: سمت.
* عباسلو، بختیار (۱۳۹٤)، **مسئولیت مدنی (نگرش تطبیقی)**، چاپ دوم، تهران: میزان
* قاسمی‌عهد، وحید و کوشش‌کار، ریحانه (۱۳۹۸)، «**بررسی تطبیقی جبران خسارت معنوی هتک حیثیت اشـــخاص در نظام حقوقی ایران و انگلستان**»، دانش حقوق مدنی، دوره ۸، شماره ۱.
* کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۰)، **مســـؤولیت مدنی ناشی از عیب تولید: مطالعه انتقادی و تطبیقی در تعادل حقوق تولیدکننده و مصرف‌کننده**، چاپ ســـوم، تهران: دانشگاه تهران.
* میرشکاری، عباس (۱۳۹٦)، **حقوق شخصیت و حقوق مسؤولیت مدنی در اروپا**، چاپ نخست، تهران: شرکت سهامی انتشار.
* میرشـــکاری، عبـــاس (۱۳۹۹)، «**تزاحم حق اشخاص مشـــهور با آزادی بیان در نظام‌های حقوقی آمریکا، فرانســـه، آلمان و ایران**»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸٤، شماره ۱۱۰.
* میرشـــکاری، عباس (۱٤۰۲)، **حق جلوت: تحلیل رویکرد نظام حقوقی در برابر بهره‌برداری تجاری از شهرت دیگری**، چاپ نخست، تهران: دانشگاه تهران.
* میرشکاری، عباس و حسینی، فاطمه سادات (۱٤۰۲)، «**مطالعه تطبیقی روش جبران زیان معنوی با تأکید بر رویکرد رویه قضایی ایران**»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۷، شماره ۱۲۱.
* میرشکاری، عباس و آزادبخت، شبیر (۱٤۰۱)، «**مطالعه قابلیت مطالبه زیان معنوی از سوی شرکت‌های تجاری**»، دیدگاه‌های حقوق قضائی، دوره ۲۷، شماره ۹۷.
* نقیبی، ابوالقاســـم (۱۳۸۸)، **خســـارت معنوی در حقوق اسلام، ایران و نظام‌های حقوقی معاصر**، چاپ دوم، تهران: امیرکبیر.
* نوین، پرویز (۱۳۹۸)، **حقوق مدنی ٤: مســـئولیت مدنی تطبیقی ایران- فرانسه- انگلستان**، چاپ دوم، تهران: گنج دانش.
* هاشـــم‌بیگی، حمیدرضا (ترجمه و تخلیص) (۱٤۰۰)، **فرهنگ حقوقی آکسفورد: مقایسه با قوانین و مقررات داخلی به همراه نمایه فارسی**، چاپ سوم، تهران: طرح نوین اندیشه.

❋ یزدانیان، علیرضا (۱۳۹۵)، **حقوق مدنی، حقوق تعهدات: قواعد عمومی مسئولیت مدنی با مطالعه تطبیقی در حقوق فرانسه**، جلد نخست، چاپ نخست، تهران: میزان.

ب. انگلیسی

❋ Acheson, David Jackman. (2020), **Corporate defamation in English law: corporate reputation, freedom of speech and the Defamation Act** 2013, PhD diss., University of Portsmouth.

❋ Bennett, Thomas DC. (2018), **"Why so serious? Lachaux and the threshold of 'serious harm'in section 1 Defamation Act 2013."**, Journal of Media Law, Vol. 10, No. 1.

❋ Bosland, Jason, Kenyon Andrew T., & Walker, Sophie. (2015), **"Protecting Inferences of Fact in Defamation Law: Fair Comment and Honest Opinion."**, The Cambridge Law Journal, 74, No. 2.

❋ Cane, Peter. (1997), **The Anatomy of Tort Law**. Oxford: Hart Publishing.

❋ Cooke, John. (2017), **Law of Tort**. 13th edition, London: Pearson education Limited.

❋ Cooke, Philip. (2007), **Law of Tort**. 8th edition, London: Longman.

❋ Edwards, J. Stanley & Cull, Traci. (2022), **Tort Law**. 7th edition, Boston: Cengage Learning.

❋ Elliott, Catherine & Quinn, Frances. (2017), **Tort Law**. 11th edition, London: Pearson Education Limited.

❋ Epstein, Richard A. & Hall, James Parker. (1990), **Cases and Materials on Torts**. 5th edition, Boston: Little, Brown and Company.

❋ Finch, Emily, & Fafinski, Stefan. (2017), **Law Express: Tort Law**. 6th edition, London: Pearson UK.

❋ Franklin, Marc A, Cardi, W. Jonathan & Green Michael D. (2017), **Gilbert Law Summaries on Tort**. 25th edition, U.S.A: Gilbert.

❋ Franklin, Marc A. & Rabin, Robert L. (1996), **Tort Law and Alternatives: Cases and Materials**. 6th edition, New York: The Foundation Press.

❋ Garner, Bryan A. (2004), **Black's Law Dictionary**. 8th edition, Thomson West.

❋ Giliker, Paula. (2017), **Tort**. 6th edition, London: Sweet & Maxwell.

❋ Harpwood, Vivienne H. (2000), **Principles of Tort Law**. 4th edition, London: Cavendish Publishing Limited.

❋ Harpwood, Vivienne H. (2009), **Modern tort law**. 7th edition, London: Routledge-Cavendish.

❋ Johnson, Vincent R. (2016), **"Comparative defamation law: England and the United States."**, U. Miami Int'l & Comp. L. Rev. No. 24.

❋ Keeton, W. Page, Dobbs, Dan B., Keeton, Roberi E., Owen, David C. (1984), **Prosser And Keeton On Torts**. 5th edition, Minnesota: West Publishing Co.

❋ Long, Alex B. & Dobbins Baxter, Teri. (2020), **Torts: A Modern Approach**. North Carolina: Carolina Academic Press.

❋ Markesinis, Basil and Deakin, Simon. (2019), **Markesinis and Deakin's tort law**. 8th edition, United Kingdom: Oxford University Press.

❋ McBride, Nicholas J and Bagshaw, Roderick. (2018), **Tort Law**. 6th edition, London: Pearson Education Limited.

❋ Mitchell, Paul. (2005), **The Making of Modern Law of Defamation**. Oxford: Hart Publishing.

❋ Mullis, Alastair, and Scott, Andrew. (2014), **"Tilting at windmills: The Defamation Act 2013."**, Modern Law Review, Vol. 77, No. 1.

❋ Peel, W. E. & Goudkamp, J. (2014), **Winfield & Jolowicz Tort**.

19th edition, London: Sweet & Maxwell.

❋ Prosser, William L. (1960), **"Libel Per Quod."**, Virginia Law Review, Vol. 46, No. 5.

❋ Samson, Elizabeth. (2011), **"The Burden to Prove Libel: A Comparative Analysis of Traditional English and US Defamation Laws and the Dawn of England's Modern Day."**, Cardozo J. Int'l & Comp. L. No. 20.

❋ Savare, Matthew. (2004), **"Falsity, Fault, and Fiction: A New Standard for Defamation in Fiction."**, UCLA Ent. L. Rev., No. 12.

❋ Steele, Jenny. (2014), **Tort Law: Text, Cases, and Materials**. 3th edition, London: Oxford University Press.

❋ Stern, Nat. (2008), **"The Certainty Principle as Justification for the Group Defamation Rule."**, Ariz. St. LJ, No. 40.

❋ Youm, Kyu Ho. (2008), **"Liberalizing British Defamation Law: A Case of Importing the First Amendment?"**, Communication Law and Policy, Vol. 13, No. 4.

❋ Youm, Kyu Ho. (2011), **"Actual Malice in US Defamation Law: The Minority of One Doctrine in the World."**, J. Int'l Media & Ent. L. No. 4.

مجله حقوقی دادگستری

مقاله پژوهشی/ دوره ۸۸/ شماره ۱۲۵/ صفحات: ٤٢٤-٤٠٣
تاریخ دریافت: ۱٤۰۲/۱۰/۱۹ تاریخ پذیرش: ۱٤۰۲/۱۱/۲۳

حق پاسخ در رسانه در پرتو مطالعات تطبیقی و حقوق ایران

باقر انصاری،[۱] بهناز احمدوند[۲]

چکیده

حق پاســـخ به دنبال ایجاد تعادل بین حقوق مطبوعات آزاد با حقوق شهرت، شرافت و حیثیت افراد تحت پوشـــش مطبوعات اســـت و در وهله اول از حق آزادی بیان و رســـانه نشـــأت گرفته است. حق پاسخ یک ابزار قانونی است که برای پاسخ‌گویی مطبوعات به دلیل گزارش‌های اشتباه یا نادرست یا متضمن هتک حرمت و توهین استفاده می‌شود. اهداف اصلی حق پاســـخ کاهش اثرات مضر اخبار و گزارش‌های نادقیق و اشتباه، بازدارندگی مطبوعات و اطمینان از دریافت اخبار گســـترده صحیح برای عموم است. حق پاسخ زمانی مورد استفاده قرار می‌گیرد که مطبوعات اطلاعات و اخبار و عقاید یا واقعیات نادرســـتی منتشر می‌کنند و از این طریق به حقوق شخصیتی یک فرد مانند شهرت، حریم خصوصی و حیثیت وی لطمه وارد می‌شـــود. در نظام‌های حقوقی سرآمد، سرچشمه شناســـایی یا عدم شناسایی این حق، قانون اساســـی است و در برخی دیگر قوانین عادی حق پاسخ را شناسایی و محدودیت‌های اجرای آن را تنظیم کرده‌اند.

نوشـــتار حاضر با روش توصیفی تحلیلی به دنبال یافتن مبنای نظری و شـــرایط و محدودیت‌های اجرای حق پاســـخ در تعدادی نظام حقوقی شـــاخص و حقوق ایران است. شـــرایط مقرر برای اعمال حق پاسخ، ویژه در مورد رســـانه‌های پخش در ایران مشابه سایر نظام‌های حقوقی است؛ با وجود این در مورد رسانه‌های برخط فاقد نص قانونی می‌باشیم.

واژگان کلیدی: آزادی بیان، مطبوعات، رسانه پخش، رسانه خبری، افترا.

---

۱. دانشیار گروه حقوق بشر، دانشکدهٔ حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران.
b_ansari@sbu.ac.ir

۲. اســـتادیار حقوق، گروه مطالعات نظری علم، فناوری و نوآوری، مرکز تحقیقات سیاســـت علمی کشور، تهران، ایران (نویسنده مسئول)؛
ahmadvand@nrisp.ac.ir

درآمد

نقش مؤثر وسایل ارتباطات جمعی، اعم از مطبوعات و رسانه‌های پخش (رادیو و تلویزیون) و برخط، بر افکار عمومی و تأثیر گسترده فردی و اجتماعی آن در جامعه از یک‌سو و افزایش تعداد و میزان مشارکت افراد به عنوان کاربر در شبکه‌های رسانه‌ای و اجتماعی و امکان اظهار نظر در زمانی کوتاه به مخاطبان متعدد از سوی دیگر (Lee, 2008: 2)، لزوم شناسایی سازِکاری برای مواقعی که مطلب خلاف واقعی منتشر می‌شود یا دیگری مورد هتک حرمت و توهین و افترا قرار می‌گیرد بیش از پیش مورد توجه قرار گرفته است. حق پاسخ[1] بدین معنی است که در صورتی که شخصی در رسانه‌های جمعی مورد حمله، هتک حیثیت، توهین قرار گیرد، این امکان را داشته باشد تا واکنش خود را در قالب پاسخ در رسانه‌ای که (اعم از مطبوعات، رادیو و تلویزیون و اینترنت) اظهارات اولیه در آن پخش شده است منتشر کند (Weaver & Fairgrieve, 2023: 155). حق پاسخ روشی مؤثر برای حفاظت از آبرو و حیثیت خدشه‌دار شدهٔ اشخاص است؛ چرا که گاه جبران خسارت معنوی به شیوه‌های قضایی از نظر زمانی و هزینه برای فرد مطلوب نیست و گاه فاقد اهمیت است. از سوی دیگر، حق پاسخ از حقوق کسانی که در مقایسه با افرادی که بر رسانه‌ها کنترل دارند در موقعیت ضعیف‌تری قرار دارند، حمایت می‌کند.

مخالفان شناسایی حق پاسخ معتقدند شناسایی چنین حقی باعث محدود شدن آزادی بیان، آزادی مطبوعات به خصوص آزادی سردبیر می‌شود؛ نیز تعهد به انتشار پاسخ بار مسئولیت را به دوش رسانه می‌گذارد که اغلب در قالب صرف هزینه و از دست دادن سود برای رسانه می‌باشد. در مقابل، موافقان حق پاسخ معتقدند هدف اصلی از حق پاسخ، آن است که در بحث‌های عمومی، با انتشار مطالب، تکثر عقاید طرفین را که از لحاظ جایگاه به هیچ وجه برابر نیستند تضمین کند. حق پاسخ نه تنها منافع اعتباری و آبروی افراد را حفظ می‌کند، بلکه منافع عمومی را نیز به حساب می‌آورد. توضیح بیشتر آن‌که، تعهد به انتشار پاسخ نیاز به اطلاع رسانی به مردم را در پایه‌های گسترده‌تر ممکن و توجیه می‌کند و دسترسی به منابع متنوع اطلاعات را برای آنان به وجود می‌آورد. حق پاسخ در تنافی با آزادی بیان نمی‌باشد بلکه در واقع

1. Right to Reply

صورتی از آن اســـت. همه چیز به عواقب ناشی از تصویب چنین قوانین موضوعه‌ای بســـتگی دارد. اگر چنین قواعدی به ارتقاء بحث‌های عمومی و رشد و بلوغ رسانه‌ای کمک کنند قابل توجیه خواهند بود (Scanlon, 1990: 350).

با توجه به مقدمات فوق و با فرض نقش مؤثر حق پاســـخ، پرســـش‌هایی که نگارنده در این مقاله در مقام پاســـخ‌گویی می‌باشد این است که: آیا اشخاص، اعم از حقیقی و حقوقی که در رســـانه‌ای به آن‌ها توهین شده است یا اظهارات خلاف واقع نسبت داده شده است، می‌توانند پاسخ خود را در رسانه‌ها منتشر کنند؟ نظر به اختلاف نظر موجود در خصوص لزوم شناسایی حق پاسخ، آیا شرایطی برای به اجرا گذاشتن آن در کشورهایی که این حق شناسایی شده است وجود دارد؟ در کشورهایی که چنین حقی شناســـایی شده است، آیا قانون نسبت به تمامی انواع رسانه‌ها قابل اعمال است یا آن که قوانین متعدد با شرایط متفاوت نسبت به رسانه‌های مختلف اعمال می‌شود؟

نوشـــتار حاضر از نوع نظری بوده، روش تحقیق به صورت توصیفی تحلیلی است و روش جمع‌آوری اطلاعات به صورت کتابخانه‌ای و با مراجعه به قوانین، کتب و مقالات صورت گرفته است.

تا به اکنون در خصوص حق پاسخ در نظام‌های حقوقی مختلف و منطق حاکم بر آن، مطالعات گســـترده و جدیدی صورت نگرفته اســـت. ضیایی و طباخی ممقانی (۱۳۹۰) در مطالعه‌ای تحت عنوان «حق پاسخ‌گویی در رسانه از منظر حقوق بین‌الملل و حقوق ایران» به بررســـی شـــرایط ایجاد و اجرای حق پاســـخ یا تصحیح در سطح مقررات بین‌المللی و داخلی پرداخته اســـت. حیـــدری (۱۳۹۱) نیز در مقاله‌ای تحت عنوان «بررسی حق تصحیح رســـانه‌ای در حقوق ایران و اسناد بین‌المللی» به بررسی اقدامات منطقه‌ای در خصوص موضوع پرداخته اســـت. با عنایت به تغییر و تحولات ایجاد شـــده در قوانین و مقررات حق پاســـخ از زمان نگارش آثار مرقوم، لازم است موضوع بحث باری دیگر به بحث و بررسی گذاشته شود.

۱. مفهوم حق پاسخ

مطبوعات و وســـایل ارتباطات جمعی از جمله و تلویزیون و رادیو و به ویژه اینترنت، از حیث تســـریع در گردش اطلاعات و نیز افزایش تعداد مشارکت‌کنندگان و مخاطبـــان، لزوم ارائه حمایت قانونـــی از حقوق مخاطبان را بیش از پیش در کانون

مداقه قانون‌گذاران قرار داده است. در راستای صیانت از حیثیت و اعتبار افراد در برابر اظهارات خلاف واقع، توهین‌آمیز یا حاوی افترا در قوانین نظام‌های مختلف، حقوقی تحت عنوان حق پاسخ یا حق تصحیح شناسایی شده است. از نظر تاریخی، حق پاسخ‌گویی در ارتباط با مطبوعات مطرح شده است؛ با این حال، با توسعه فیلم، رادیو، تلویزیون و سایر رسانه‌های جمعی تکامل یافته است، اما هنوز هم بیشتر ناظر بر مطبوعات است.

بر اساس یک اصل لاتینی،[1] حق پاسخ وسیله‌ای برای بیان حقیقت به عموم جامعه نیست، بلکه شناسایی حق پاسخ برای شخص، به عموم این فرصت را فراهم می‌کند تا سخنان طرف دیگر ادعا را نیز بشنوند و سپس نسبت به حقیقت بودن یا نبودن آن تصمیم بگیرند. حق پاسخ‌گویی ساز،کاری غیر قضایی است که هدف آن تسریع در امکان تنظیم پاسخ فرد متضرر به اظهارات بیان شده علیه او و نیز تقاضای تصحیح یا حذف اظهارات از ناشر رسانه است. در برخی از نظام‌های حقوقی، امکان تکذیب[2] اطلاعات که کارکرد مشابهی با حق پاسخ‌گویی دارد شناسایی کرده‌اند (Koltay, 2013: 73). بر این بنیاد، در صورتی که شخص اطلاعات خلاف واقع را تکذیب کرده باشد، این تکذیب ممکن است منجر به ممنوعیت در اقامه دعوا در دادگستری و یا تقلیل میزان جبران خسارت شود.

۲. حق پاسخ در حقوق خارجی

در راستای ایجاد تعادل میان گردش آزاد اطلاعات و حصول اطمینان از صحت و سقم اطلاعات و نیز حمایت از حیثیت افراد در برابر اظهارات نادرست، نادقیق یا افتراآمیز، نظام‌های حقوقی شاخص بسته به مبانی نظری خود راهکارهایی برای پاسخ‌گویی و تصحیح اطلاعات و اظهارات فراهم کرده‌اند.

۲-۱. حق پاسخ در حقوق فرانسه

حق پاسخ در اصل ریشه در فرانسه دارد. نخستین بار اعلامیه ۱۷۸۹حقوق بشر و شهروند، انتشار آزاد عقاید و نظرات را به عنوان یکی از ارزشمندترین حقوق بشر معرفی کرد و متقابلاً به اشخاص این اختیار را داد تا در برابر نقض این آزادی

1. Audiatur et altera pars
2. Retraction

حق پاسخ داشته باشـــد (Milojevic-Surculija, 2015: 227). حق پاسخ در فرانسه در مقایســـه با سایر نظام‌های حقوقی دامنه گســـترده‌ای دارد و اظهار عقیده را نیز در برمی‌گیـــرد (ضیایی، طباخی ممقانی، ۱۳۹۱: ٦۳). در حقوق فرانســـه از اولین قوانین منسجمی که به حق پاسخ پرداخته است، قانون مطبوعات مصوب ۱۸۸۱ و اصلاحات ســـال ۲۰۰۲ است.[1] حق پاسخ در این قانون به دو شیوه توصیف شده است: نخست، حـــق تصحیح[2] بـــرای مقامات دولتی (ماده ۱۲) و دوم، حق پاســـخ[3] برای افراد عادی (مـــاده ۱۳) (کریمیان راوندی، ۱۳۸٦: ۲۱۸). به موجب مـــاده ۱۲ قانون مرقوم، برای انتشار پاسخ، درج رایگان لازم اســـت، پاسخ باید در صفحه اول شماره بعدی نشریه و یا دوره بعدی آن چاپ شـــود. هر گونه اصلاحات توســـط مقامات دولتی در مورد گزارش‌های نادرست که از عملکرد آنان در مجله یا نشریه فوق الذکر ارسال می‌گردد باید درج شـــود. چنین اصلاحاتی نباید بیش از دو برابر مقاله‌ی اولیه‌ای باشـــد که به آن‌ها اشـــاره شده است. در صورت عدم درج پاســـخ با این مفاد، ناشر ملزم می‌شود جریمه نقـــدی به میزان ۳۷۵۰ یورو پرداخت کند. در خصوص حق پاســـخ موضوع اشـــخاصی غیر از مقامات دولتی، مطابق ماده ۱۳ قانون مذکور، حق پاســـخ به موجب این قانون هم برای اشـــخاص حقیقی و هم اشـــخاص حقوقی که نام آن‌ها صریحاً یا تلویحاً در رســـانه‌ای اشاره شده است شناسایی شده است؛ بر این اساس، آن از دسته از شـــرکت‌ها و انجمن‌هایی که فاقد شـــخصیت حقوقی می‌باشند امکان بهره‌مندی از این حق را نخواهند داشـــت. همچنین در خصوص استناد به حق پاسخ و درخواست انتشار جوابیه، فرد باید اثبات کند محتوای منتشر شده به اعتبار و حیثیت او آسیب زده یا این‌که اظهارات منتشـــر شده دقیق نیســـت. با نظر به این که حق پاسخ نوعی روش تکمیلی برای جبران خســـارت وارد شده بر آبرو و حیثیت فرد است، لذا در صورتی که ناشـــر ادعای متقاضی را نپذیرد، فرد می‌تواند از طریق دادگستری ناشر را ملزم به انتشار پاسخ کند. این ماده برای متقاضی جهت درخواست اجرای حق خود مهلت سه ماه مقرر کرده است.

1. Law on the Freedom of the Press of 29 July 1881(Press Law of 1881) and Amendment Act of 2002.
2. les rectifications
3. les réponses

مطابق ماده ۱۳ قانون آزادی مطبوعات، سردبیر نشریه موظف است ظرف سه روز پس از دریافت درخواست انتشار پاسخ، پاسخ‌های هر شخصی را که در روزنامه یا نوشته‌های ادواری روزانه به نام او اشاره شده است منتشر کند. ضمانت اجرای تخلف، علاوه بر سایر مجازات‌ها، ۳۷۵۰ یورو جریمه است. در مورد روزنامه‌ها یا نشریات غیر از روزنامه، سردبیر نشر با همان ضمانت اجرای شناسایی شده، موظف است پاسخ را پس از دریافت دو روز بعد در شماره جدید درج کند. حجم پاسخ به حجم مقاله‌ای که نسبت به آن پاسخ منتشر می‌شود بستگی دارد؛ با این حال ممکن است پاسخ شخص به پنجاه تا دویست سطر برسد. انتشار پاسخ همیشه رایگان خواهد بود. متقاضی ادغام نمی‌تواند با پیشنهاد پرداخت هزینه مازاد، از محدودیت سطر تعیین شده در این قانون تجاوز کند.[1] در برخی کشورها، حق پاسخ در طول انتخابات به دلیل نگرانی از اینکه رأی دهندگان باید تا حد امکان اطلاعات موافق و مخالف نامزدهای مناصب سیاسی را قبل از دادن رای خود دریافت کنند، اهمیت بیشتری پیدا می‌کند (Johnson, 2019: 1). در دوران انتخابات، مهلت سه روزه درج شده در بند یک این ماده برای روزنامه‌های روزانه به بیست و چهار ساعت کاهش می‌یابد. پاسخ باید حداقل شش ساعت قبل از چاپ روزنامه‌ای که باید در آن درج شود ارسال شود. به محض باز شدن دوره انتخابات، مدیر انتشارات روزنامه موظف است با توجه به مجازات‌های مندرج در بند یک، زمانی را که در این مدت قصد دارد تیراژ را اصلاح کند به دادسرا اعلام کند. مهلت احضار در صورت امتناع از درج پاسخ، صرف نظر از مسافت، به بیست و چهار ساعت تقلیل می‌یابد و حتی ممکن است ساعت به ساعت با دستور ویژه رئیس دادگاه احضاریه صادر شود. حکم ماده صرف نظر از اعتراض یا فرجام‌خواهی، فوراً لازم‌الاجرا است. در صورت تخلف از اجرای حکم، سردبیر نشریه به سه ماه حبس و جریمه نقدی به میزان ۳۷۵۰ یورو محکوم خواهد شد.

در مورد مطبوعات سمعی و بصری، مطابق ماده ٦ قانون شماره ۸۲ ٦۵۲ مورخ ۲۹ ژوئیه ۱۹۸۲ در مورد ارتباطات سمعی و بصری اصلاح شده توسط ماده ۵ قانون شماره ۲۰۰٤ ۵۷۵ مورخ ۲۱ ژوئن ۲۰۰٤ برای اطمینان به اقتصاد دیجیتال[2] حق پاسخ

1. Modifié par Ordonnance n°2000-916 du 19 septembre 2000 - art. 3 (V) JORF 22 septembre 2000 en vigueur le 1er janvier 2002.
2. En matière de presse audiovisuelle : article 6 de la loi n°82-652 du 29 juillet 1982

را گســـترش داده است. در این موضوع، حق پاسخ‌گویی مبتنی بر مفهوم تناوب انتشار نیســـت، بلکه محدود به نظراتی است که ممکن اســـت به شرافت و شهرت شخص نام‌برده یا اشـــاره شده لطمه بزند. انتشار پاسخ در رسانه سمعی و بصری نیز منوط به مهلت اســـت؛ این مدت از ســـه ماه از زمان پخش پیام حاوی انتساب که مبنای پاسخ در مطبوعات ســـمعی و بصری آغاز می‌گردد. مسئول مربوطه نیز موظف است ظرف هشت روز از دریافت درخواست متقاضی، پاسخ او را منتشر کند.

در خصوص رسانه‌های برخط، قانون شماره ۲۰۰٤ ۵۷۵ مورخ ۲۱ ژوئن ۲۰۰٤ یا قانون اعتماد به اقتصاد دیجیتال و نســـخه اصلاحی آن در ســـال ۲۰۰٦، در ماده ٦ ، حق پاسخ را در این رسانه‌ها نیز به رسمیت شناخته است. فرمان شماره ۲۰۰۷ ۱۵۲۷ در ۲٤ اکتبر سال ۲۰۰۷ [1] رژیم قانونی حق پاسخ در رسانه‌های برخط را تکمیل کرده است. در این بستر نیز متقاضی برای درخواست اجرای حق خود باید مهلت سه ماهه از زمان انتشـــار مطلب در رســـانه برخط را رعایت کند و مدیر رسانه ملزم شده است ظرف سه روز از دریافت درخواست، پاسخ متقاضی را درج کند. مطابق ماده ۲ فرمان مرقوم، درخواست متقاضی بایستی حاوی نوشته و اظهارات مورد بحث، اعم از این که در قالب متن باشد یا صوت و تصویر، به همراه مشخصات خود و در صورت معلوم بودن مشـــخصات نویسنده مطلب باشـــد. با توجه به این که در رسانه‌های برخط این امکان برای کاربران فراهم شده است که نظرات خود را منتشر کنند؛ کاربران می‌توانند به طور مســـتقیم و بدون نیاز به دخالت مدیر رسانه، نظر خود نسبت به نظر فرد دیگر را منتشر کنند. بر این اساس، ماده ۱ فرمان شماره ۲۰۰۷ ۱۵۲۷ در ۲٤ اکتبر سال ۲۰۰۷ مقرر داشـــته است در مواردی که کاربر به دلیل ماهیت خدمات ارتباط عمومی برخط می‌تواند به طور مســـتقیم نظر خود نسبت به اظهارات دیگری را منتشر کند، در چنین مواردی کاربر فاقد حق پاسخ است.

---

sur la communication audiovisuelle tel que modifié par l'article 5 de la loi n°2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique.

1. Décret n°2007-1527 du 24 octobre 2007 relatif au droit de réponse applicable aux services de communication au public en ligne et pris pour l'application du IV de l'article 6 de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique.

۲-۲. حق پاسخ در حقوق آلمان

چنان که در پیش اشـــاره شـــد، حق پاســـخ در غالب موارد ناظر بر مطبوعات مورد بحث بوده اســـت. آلمان به عنوان کشوری متعهد به آزادی مطبوعات، در قانون اساســـی خود به مطلق بودن حق آزادی مطبوعات همانند ایالات متحده آمریکا اشاره نکرده اســـت؛ از این رو موارد مربوط به آزادی مطبوعات و رسانه و محدودیت‌های آن توسط قوانین عادی و در پرتو حقوق شخصیتی شهروندان شناسایی و نظم و نسق یافته اســـت. به عبارت دیگر می‌توان ادعا کرد در آلمان حق آزادی مطبوعات و رسانه (مـــاده ۵ قانون اساســـی جمهوری فدرال آلمان) با حقوق شـــخصیتی و حیثیت افراد تعدیل یافته اســـت (Budica-Iacob, 2019: 192). حق پاســـخ[1] در آلمان از قوانین فرانســـه به عاریه گرفته شده است و همانند حقوق فرانســـه، هدف از حق پاسخ در آلمان فراهم کردن دسترســـی عمومی به رســـانه ها نیست، بلکه محافظت از افراد در برابر افترا اســـت. حق پاسخ در آلمان توســـط قانون مطبوعات هر یک از ایالت‌های آلمان تنظیم می‌شود و حقوق و مسئولیت‌های مطبوعات در پرتو قوانین اساسی توسط قوانین عادی مقرر می‌گردد. بین قوانین ایالتی آلمان شباهت‌ها بیشتر از تفاوت‌هاست. حق پاسخ همان‌طور که در قانون سال ۱۹۶۵ مطبوعات هامبورگ آلمان[2] تصریح شده است، نشان می‌دهد که چگونه حق پاسخ به عنوان یک مفهوم قانونی در حقوق آلمان به رسمیت شناخته شده است. بر اســـاس قانون مطبوعات هامبورگحق پاسخ به بیان واقعیت محدود شده است. در قانون مطبوعات هامبورگ آمده است: «ویراستار و ناشر مسئول یک اثر چاپی ادواری موظفند پاسخ شخص یا ارگان مربوطه در رابطه با حقایق و اطلاعاتی با ماهیت واقعی را منتشر کنند. این تعهد شامل تمام نسخه‌های فرعی اثری اســـت که بیانیه در آن آمده است». بر اســـاس این قانون عقاید و اظهارنظرها مشمول حق پاسخ نیست (Youm, 2008: 1040). بر اساس قانون مذکور، نشریه خبری باید پاسخ را در همان قسمت نشریه که متن مورد اعتراض منتشر شده است درج کند. در مورد رســـانه پخش، پاسخ باید فوراً در همان منطقه دریافت کننده و در زمانی معادل با آنچه مورد اعتراض است پخش گردد. پاسخ به صورت رایگان منتشر می‌شود مگر

1. Gegendarstellungsrecht
2. Hamburgischen Pressegesetz 1965

این که ماهیت تبلیغاتی داشـــته باشد. در صورت امتناع رسانه‌ها از اجرای درخواست پاســـخ، مدعی می‌تواند با طی مراحل عادی قانونی از دادگاه صالح درخواست انتشار پاســـخ کند. دادگاه مدنی محل نشـــریه مورد نظر می‌تواند دستور موقت برای انتشار پاسخ صادر کند.

دادگاه قانون اساســـی جمهوری فدرال آلمان در یکی از آرای خود[1] به ارتباط حق آزادی مطبوعات و تعدیل آن در پرتو اعتبار و شـــهرت افراد و حقوق شخصیتی آن‌ها اشـــاره کرده است. دادگاه در تصمیم خود اعلام کرد حق آزادی مطبوعات شامل «آزادی راه اندازی و تنظیم نشـــریات مطبوعاتی» به عنوان عنصر اصلی آن اســـت و تصمیمات ســـردبیر رســـانه‌های خبری شـــامل تعیین موضوع گزارش و نحوه انتشار مقالات اســـت. حق پاســـخ‌گویی مطابق قانون هامبورگ یک قانـــون عادی[2] مطابق با قانون اساســـی اســـت؛ زیرا آزادی عقیده یا نوع خاصی از عقیده را محدود نمی‌کند و در عوض، قانون از حق عمومی شـــخصیت، که توســـط قانون اساسی تضمین شده اســـت، حمایت می‌کند. علاوه بر این، دادگاه حق پاســـخگویی هامبورگ در محدود کـــردن آزادی مطبوعات و در عین حال محافظـــت از فرد در برابر خطرات مربوط به مطبوعات برای حق شـــخصیت افراد، نامتناسب ندانســـت و به چالش ذاتی افراد در زمانی که مســـائل شخصی آن‌ها به اشتباه توسط رســـانه‌های خبری گزارش می‌شود، توجه داشت. با توجه به گستره و نفوذ گزارش‌های خبری، قاعدتاً اشخاص نمی‌توانند با موقعیت یکسان با رسانه‌های خبری مقابله کند. دادگاه در در تصمیم خود در تلاشی برای عادلانه کردن زمین بازی برای اشـــخاص، اعلام کرد که قانون‌گذاران به موجب قانونی اساسی موظفند از افراد در برابر تأثیر رسانه‌ها بر حوزه شخصی آن‌ها محافظت کنند. طبق تصمیم دادگاه قانون اساسی، یکی از گزینه‌های قانون‌گذاری، ارائه تضمین حقوقی اســـت تا کســـانی که تحت تأثیر گزارش‌های خبری قرار می‌گیرند بتوانند از طریق به اظهارات منتشر شـــده پاسخ دهند. این فرصت قانونی ارائه پاسخ برای افراد به «تشـــکیل آزاد، فردی و عمومی عقاید [ماده ۵ (۱) قانون اساســـی جمهوری فدرال

1. Bundesverfassungsgericht [BVerfG] [Federal Constitutional Court] Jan. 14, 1998, 1 BvR 1861/93, (F.R.G.), available at http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs19980114_1bvr186193. html.

2. General statute

آلمان]» قانون کمک می‌کند، زیرا سوای از اطلاعات مطبوعات، خواننده از دیدگاه شخص متضرر نیز مطلع می شود (Youm, 2008: 1042).

۳-۲. حق پاسخ در حقوق انگلیس

در حقوق انگلستان برای تصویب قانونی منسجم که حق پاسخ را به طور مستقل و به عنوان یک حق شناسایی می‌کند تلاش‌ها و گام‌هایی برداشته شده است؛ باوجوداین، این تلاش‌ها تا به اکنون به نتیجه‌ای نرسیده است. در راستای ارائه اصول و استانداردهای حاکم بر مطبوعات، مجلس عوام بریتانیا در سال ۲۰۰٤ لایحه‌ای[1] با هدف شناسایی حق قانونی مبنی بر اصلاح مطالبی که حاوی اطلاعات نادقیق در مورد واقعیات است مطرح کرد. مطابق ماده ٦ این لایحه «۱- در مواردی که مطالب سرمقاله در یک نشریه حاوی مطالب نادرست و نادقیق باشد و (الف) مربوط به یک شخص مربوط باشد و (ب) هر شخص معقولی نادرستی مطلب منتشره را قابل توجه بداند، افراد مشخص شده در بخش فرعی (۲) دارای حق پاسخ خواهند بود. ۲- افراد مذکور عبارتند از: (الف) شخصی که مطالب به آن‌ها مربوط می‌شود و (ب) شخصی که علاقه قانونی نسبت به مطالب تحریریه دارد. منظور از شخص در این لایحه شخص حقیقی و حقوقی، نهاد و یا گروهی از اشخاص است». اشخاص دارنده حق پاسخ برای اجرای حق خود بایستی ظرف چهارده روز از تاریخ انتشار مقاله ابتدا باید به ناشر و سردبیر مراجعه کنند و در صورتی که بنا به عللی معقول از انتشار مقاله مطلع نباشند، چهارده روز پس از زمان اطلاع باید درخواست خود را ارائه دهند. در هر صورت با گذشتن یک سال از زمان انتشار مطلب دیگر هیچگونه درخواستی مبنی بر پاسخ پذیرفته نخواهد شد. پاسخ فرد در صورت پذیرفته شدن توسط مسئول ذی‌ربط در مطبوعات، باید به صورت رایگان و در شماره بعدی و در بخش مشخصی از مقاله به طور واضح اشاره گردد و این ماده قانونی به عنوان مستند در کنار پاسخ درج گردد. همچنین مطابق ماده ۹ مطالب منتشر شده در وب‌گاه نشریه نیز تحت شمول این لایحه می‌باشد. در صورت عدم پذیرش درخواست دارنده حق پاسخ یا عدم دریافت پاسخ از جانب سردبیر، شخص اخیر می‌تواند به مرجع صالح شناسایی شده در این لایحه مراجعه کرده و از تصمیم مطبوعات مبنی بر عدم پذیرش حق پاسخ یا عدم توجه

1. Right of Reply and Press Standards Bill

به درخواست شخص شـــکایت کند. تصمیم این مرجع نیز در یک مرجع بالاتر قابل پژوهش است.

به نظر می‌رســـد گذشت سال‌ها از مطرح شدن این لایحه توسط مجلس عوام و عدم تصویب آن، نشان از عدم عزم جدی نهاد قانون‌گذاری در شناسایی حق پاسخ به طور مســـتقل باشـــد (Youm, 2008: 1059). بر این بنیاد، شـــخصی که از طریق مطبوعات یا ســـایر رســـانه‌ها مورد افترا و توهین قرار گیرد می‌تواند بر اساس قواعد حقوقی کامن‌لا ناظر بر افترا اقامه دعوا کرده و جبران خسارت خود را از دادگاه صالح مطالبه کند؛ جبران خســـارت بدین شیوه ممکن است در قالب عذرخواهی عمومی یا صدور تکذیبیه اســـت (Glasser, 2009: 346). در این نظام حقوقی حق پاسخ غالباً به صورت خودتنظیم‌گری و نهادهای دولتی مورد پذیرش قرار گرفته است. به عنوان مثال، سازمان تنظیم‌کننده مقررات رسانه‌ای بریتانیا (آفکام(بر فعالیت‌های ایستگاه‌های رادیویی، تلویزیونی، خطوط ثابت دوربرد تلفنی و موبایل و بر امواج رادیویی وسائل بی‌ســـیم (از امواج رادیویی تاکســـی‌ها تا امواج مورد استفاده قایق‌ها) نظارت می‌کند. در یکی از مجموعه مقررات این نهاد آمده اســـت «اگر یک برنامه گزارش‌هایی مبنی بر تخلف و یا عدم صلاحیت یا ادعاهای مهم اشـــتباهی ارائه کند؛ به کسانی که با آن گزارش در ارتباط هســـتند باید به طور معمول در فرصت مناســـب و به موقع شانس پاســـخ دهند».[1] کد رفتاری خبرگزاری بی.بی.ســـی[2] همچنین حق پاسخ را به رسمیت می‌شناسد.[3] این بدین معنی اســـت که حق پاسخ در شبکه‌های رسانه‌های قابل تنظیم وجود دارد، اما همچنان خود تحمیل کرده (خودخواســـته) است و تا حد زیادی یک وظیفه اخلاقی در مطبوعات اســـت. اگرچه تلاش‌های زیـــادی در انگلیس در فوریه سال ۲۰۰۵ در خصوص حق پاسخ و استانداردهای مطبوعات وجود داشته که قوانین کلی راجع به حق پاســـخ در حقوق انگلســـتان را معرفی می‌کند، اما هیچ گاه موفق به تصویب نشدند.

با نظر به این که بریتانیای کبیر تا ســـال ۲۰۲۰ عضو اتحادیه اروپا بوده است، اشـــاره اجمالی به برخی اســـناد این اتحادیه و سلف آن مفید اســـت. مطابق ماده ۲۳

1. Ofcom Broadcasting Code, 7. 11
2. BBC
3. See ch. 5. of the Code

«رهنمودهای تلویزیون بدون مرز»[1] شـــورای اروپا، نیاز تمام کشـــورهای عضو را به فراهم کردن کلیه افراد که شهرت و نام خوبشان به وسیله بیانیه‌ای که حقایق نادرستی ارائه داده، مورد لطمه قرار گرفته، حق پاســـخ یا راه حل‌های معادل داده است. درسال ۱۹۷٤، هیئـــت وزیران قطعنامه‌ای در خصوص «حق پاســـخ و جایگاه منحصربه فرد آن در ارتباط با مطبوعات»[2] اتخاذ کرده اســـت. در آن قطعنامه شـــورا، شناسایی حق پاســـخ را برای همه رسانه‌ها در کشورهای عضو، در ارتباط با نشر حقایق نادرست و حقایق یا نظراتی که به دخالت در حریم خصوصی منجر می‌شود یا به آبرو و شرافت کسی حمله می کند، پیشنهاد داده است. در نهایت هیئت وزرا، درسال ۲۰۰٤ قطعنامه جدیدی با عنوان «حق پاســـخ در محیط رســـانه‌ای جدید»[3] اتخاذ کرد و به کشورهای عضو توصیه کرد تا حق پاســـخ را در همه خدمات رســـانه‌ای اعم از برخط و غیر آن تعمیـــم دهد (Munk, 2019: 32)؛ با این حال، حق پاســـخ در ایـــن قطعنامه تنها در ارتباط با «حقایق نادرســـت» اعمال می‌گردد. در همین حال در ســـال ۲۰۰٦ پارلمان و شـــورای اروپا توصیه‌نامه‌ای «در حمایت صغار و کرامت انســـانی و حق پاسخ در ارتباط با رقابت آمیز بودن صنعت خدمات اطلاعات و سمعی بصری اروپایی»[4] اتخاذ کرده اســـت. توصیه‌نامه که برای کشـــورهای عضو غیرالزام‌آور است خواستار معرفی اقدامات به منظورحصول اطمینان از حق پاسخ در تمامی رسانه‌هاست که سرویس‌های غیرخطی را نیز شامل می‌گردد.

٤-۲. حق پاسخ در ایالات متحده آمریکا

در شناسایی حق پاســـخ، چه از طریق قوانین و چه از طریق اصلاحات قانون اساســـی، در برخی از نظام‌های حقوقی این تئوری مطرح شـــده است که دولت باید نقشـــی اساسی در پاسخگویی مطبوعات در قبال گزارش‌های خود ایفا کند. بر اساس این نظریه، قوانینی مانند حق پاســـخ به عنوان تقویت کننده اهداف مطبوعات آزاد به جای جلوگیری از آن‌ها در نظر گرفته مـی‌شود؛ زیرا دولت به دنبال تضمین این است که شـــهروندان کامل‌ترین و دقیق‌ترین اطلاعات ممکـــن را دریافت کنند. این نظریه

1. 89/552/EEC, as amended by 97/36/EC
2. Resolution (74) 26, adopted on 2 July 1974
3. Recommendation Rec (2004) The right of reply in the new media environment
4. 2006/952/EC

در تضاد با نظریه آزادی‌خواهانه آزادی مطبـــوعات به ویژه در ایالات متحده اســـت (Johnson, 2019: 2). اولین تصمیم بزرگ در ایالات متحده آمریکا در خصوص حق پاسخ، توسط دیوان عالی کشور در رابطه با قانون حق پاسخ راجع به رادیو تلویزیون رد لاین علیه کمیســـیون ارتباطات فدرال[1] اســـت. رأی دیوان عالی کشور به بررسی دکترین انصاف کمیســـیون ارتباطات فدرال از حیث مطابقت با قانون اساسی ایالات متحده پرداخت. بر اساس دکترین انصاف این کمیسیون، در خصوص مباحث عمومی که از ایســـتگاه‌های پخش منتشـــر می‌شوند، ایتســـگاه پخش باید مطالب و اظهارات موافقان و مخالفان را به طور عادلانه پوشش دهد. دکترین انصاف کمیسیون ارتباطات فدرال همچنین متضمن یک حق پاســـخ در مباحث عمومی است. بر اساس این حق در صورتی که در یک موضوع بحث‌برانگیز به صداقت و شخصیت یا حیثیت یا سایر ویژگی‌های مشـــابه شـــخصی مورد حمله و اتهام قرار گیرد، باید به شخص اخیر این حق را داد که پاسخ اظهارات را بدهد. این الزام در مورد مناظرات و مباحثهٔ نامزدهای سیاســـی و نظرات موافق و مخالف آن‌ها نیز اعمال می‌گردد (Koltay, 2007: 206). دیوان‌عالی کشور مقررات فوق را به اتفاق آراء تأیید کرد. اتخاذ این تصمیم ارزشمند اســـت؛در بخش دوم استدلال دیوان آمده است: «مردم به عنوان یک کل علاقه‌ی خود را بـــه آزادی بیان از طریق رادیو و تلویزیـــون حفظ می‌کنند و از حقوق جمعی خود برای داشتن یک عملکرد پیوسته رسانه‌ای با اهداف اصلاحات اول نگهداری می‌کنند. چنین ادعایی به نظر صحیح نیست که نیاز به اجازه پخش کننده حق پاسخ به حملات شـــخصی که در موضوعات بحث برانگیز رخ می‌دهـــد را در تعارض با اهداف متمم اول از تولید یک آگاهی عمومی قلمداد کنیم. در غیر این صورت، صاحبان ایستگاه‌ها و شـــبکه‌ها قدرت نامحدودی برای ارائه نظرات افراد دلخواه خود در مسائل عمومی خواهند داشت یا اجازه پخش را تنها به کسانی خواهند داد که مورد توافقشان باشد». دیوان عالی در نهایت دکترین انصاف کمیسیون ارتباطات فدرال را پذیرفت و مخالفتی بیـــن آن و متمم اول قانون اساســـی ایالات متحده آمریکا احـــراز نکرد. باوجوداین، کمیسیون ارتباطات فدرال در سال ۱۹۸۷ دکترین انصاف را نسخ کرد. چند سال پس از تصمیم دیوان عالی کشور در قضیه شبکه پخش رد لاین و کمیسیون ارتباطات فدرال،

1. Red Lion Broad. Co. v. FCC, 395 U.S. 367 (1969).

در سال ۱۹۷٤ دیوان عالی ایالات متحده در قضیه انتشارات میامی هرالد علیه تورنیلو،[1] قانون فلوریدا که مطبوعات چاپی را ملزم می‌کرد که به نامزدهای مناصب سیاسی که در مورد شخصیت شخصی یا سوابق رسمی مورد حمله قرار می‌گرفتند، حق پاسخ دهند کنار گذاشت. بسیاری از مفسران این تصمیم را به عنوان یک پیروزی از آزادی مطبوعات جشن گرفتند و دادگاه را به خاطر اشتباه مهلکی که در پرونده رد لاین مرتکب شده بود سرزنش کردند. آن‌ها چنین استدلال کردند که بازار آزاد رسانه‌ها، حتی با وجود شکست‌های قابل توجه همیشه از آن‌هایی که به وسیله دولت قاعده‌مند شدند بهتر هستند. این عدم اعتماد در دولت ریشه‌های عمیقی در تئوری متمم اول دارد (European Parliamentary Research Service, 2019: 4). دیگر مفسران متمم اول، قضیه رد لاین را جشن گرفتند و اقرار کردند که تصمیم دیوان در قضیه میامی هرالد اشتباه بوده است (Sunstein, 1994: 138). تاکنون یک محقق برجسته را می‌توان یافت که معتقد بود هر دو تصمیم رد لاین و میامی هرالد صحیح بوده است؛ لی بورینگر[2] تئوری خود را این‌گونه تفسیر می‌کند که برخوردهای اختلافی در رادیو و تلویزیون در مطبوعات قابل توجیه است؛ چرا که این برخوردها تعادل منطقی بین قاعده‌مندی و بی‌قانونی ایجاد می‌کند (Bollinger, 1976). در برخی از ایالت‌ها، قانون استرداد قول یا تکذیب را که از برخی جهات به حق پاسخ شبیه است را به رسمیت می‌شناسد؛ به موجب این قوانین، اگر خواننده اصلاحات مناسبی در پاسخ به بیانات کذب و افترای قبلی خود چاپ کند از مسئولیتش کاسته می‌شود و خسارتی که در صورت شکست در دادخواهی باید بدهد، کاهش می‌یابد (Peled, 2007: 102). این سازِکار قانونی نیز کارکرد مشابه با حق پاسخ دارد و منجر به افزایش دقت در مطالب منتشر شده و اعتماد عموم می‌شود (Freitag et al., 2023: 1). با توجه به وضعیت فعلی و تفسیر دیوان عالی کشور از متمم اول قانون اساسی ایالات متحده آمریکا، رگولاتوری در حوزه آزادی بیان در حداقل‌ترین سطح است و دولت امکان دخالت از طریق مقرره‌گذاری در آزادی مطبوعات ندارد (Koltay, 2022: 531).

1. Miami Herald Publ'g Co. v. Tornillo, 418 U.S. 241, 254–58 (1974).
2. Lee Bollinger

۳. حق پاسخ در نظام حقوقی ایران

در کشور ما نیز از صدر مشـــروطه که قانـون‌گذاری در خصوص مطبوعات آغاز شده است همواره حق پاســـخ و تصـــحیح برای زیـــان دیدگان به رسمیت شناخته شده است. در قانون مطـــبوعات کنـونی (مصوب اسـفند ماه ۱۳٦٤) ماده ۲۳ و تبصـره‌های آن به تبیین چگونگی استفاده از این حق تصریح کرده اسـت (کریمیان راونـــدی، ۱۳۸٦: ۲۱۵-۲۱٦)، اما قوانین مربوط به رادیو و تلویزیون همیشـــه خالی از این موضوع بوده اســـت؛ تا این که برای نخســـتین بار دوره ششم مجلس شورای اسلامی در جلســـه مورخ ۱۳۸۱/۵/۹ با تصویب طرح الحاق یک ماده و چهار تبصره به قانون اساسنامه سازمان صداوسیمای جمهوری اسلامی ایران (مصوب ۱۳٦۲) نقطه شـــروع این کار را کلید زد که با ایرادات شـــش گانه شورای نگهبان روبه رو شد. این ایرادها که بیشتر بر اساس نظر کارشناسان و مدیران سازمان بود به «مشکلات اجرایی فراوانی» اشاره می‌کرد که اجرایی شدن این طرح به دنبال خواهد داشت: «به نحوی که خلل جدی به وظایف اصلی صدا و سیما وارد می‌سازد». بار مالی و توسعه اختیارات شـــورای نظارت بر صداوســـیما نیز ایرادهای دیگر این طرح به شمار می‌رفت که در کنار برخی نکات حقوقی و شـــرعی مانع از تأیید نهایی این طرح می‌شد (اسماعیلی، ۱۳۸۸). در فضای آکنده از سوء تفاهم‌های آن دوران سرانـجام این مصوبه پس از دو بار رفت و برگشت از شـــورای نگهبان به مجمع تشخیص مصلحت نظام ارجاع شد و از آن تاریخ تا کنون در کمیسیون علمی، فرهـــنگی و اجـتماعی مجمع مورد بحث بوده است.

ســـرانجام مجمع تشـــخیص مصلحت در جلســـه مورخ ۲۳ خرداد ۱۳۸۸، به بررسی این مصوبه پرداخت و با تغییراتی آن را تأیید کرد. نقد و تحلیل مصوبه نهایی مجمع، مشکلات احتمالی ناشی از اجرای آن، تفاوت‌هایی که با مصوبه اصلی مجلس شـــورای اسلامی دارد و اینکه ایرادهای شورای نگهبان چه بود و چه پاسخ‌هایی به آن داده شـــد، از جمله مباحث لازمی اســـت که باید در جای خود به آن پرداخت. آنچه اکنون می‌توان گفت آن اســـت که این مصوبه، اجمالاً گامی به سوی رعایت حقوق و آزادی‌های شـــهروندان، آن هم از سوی نهادهای حاکمیتی است؛ گامی که باید آن را ستود و در زمره پرســـش‌هایی قرار داد که کشورهای مدعی حقوق بشر و شهروندی

کمتر به آن پاسخ داده‌اند. به هر حال به امید ایجاد فرصتی برای نقد و تکمیل، متن مصوبه مجمع به شرح زیر شایسته بازخوانی است:

ماده واحده یک ماده و دو تبصره به شرح ذیل به قانون اساسنامه سازمان صدا و سیمای جمهوری اسلامی ایران مصوب ٦٢/٢/٢٧ به عنوان ماده (٣٠) افزوده می گردد و شماره ماده (٣٠) به (٣١) اصلاح می‌شود.

ماده ٣٠: «چنانچه در برنامه‌های پخش شده سازمان (اعم از خبری، گزارشی، تولیدی در قالب‌های مختلف بیانی- تصویری و نمایشی) از شبکه‌های محلی، سراسری و بین‌المللی و یا در اطلاعیه‌های صادره از سوی آن سازمان مطالبی مشتمل بر توهین، افتراء یا خلاف واقع نسبت به هر شخص (اعم از حقیقی یا حقوقی) باشد و یا به هر نحوی اظهارات اشخاص تحریف گردد، مراحل ذیل برای احقاق حق طی خواهد شد.

- مدعی می‌تواند اعتراض خود را به طور کتبی به سازمان صدا و سیما منعکس نماید. سازمان صدا و سیما در صورت قبول اعتراض، ظرف ٢٤ ساعت پاسخ وی را به صورت عادلانه، حداقل دو برابر زمان اصل مطلب که از پنج دقیقه کمتر نباشد در همان برنامه و ساعت و در همان شبکه بطور رایگان پخش نماید.

- در صورت عدم توافق میان معترض و سازمان صدا و سیما، وی می‌تواند موضوع را برای رسیدگی به شورای نظارت بر سازمان صدا وسیما به عنوان مرجع تشخیص وقوع توهین، افتراء، تحریف یا خلاف واقع منعکس نماید و شورای نظارت نیز موظف است در اسرع وقت (حداکثر ٤٨ ساعت) به مسئله رسیدگی نموده و در صورتی که حق را به ذینفع داد نظر خود را به سازمان صدا و سیما ابلاغ کند و سازمان صدا و سیما موظف است پاسخ ذینفع را مشروط به آنکه متضمن توهین و افتراء به کسی نباشد حداقل دو برابر مدت مطلب اصلی که از پنج دقیقه کمتر نباشد تا حداکثر ٢٤ ساعت پس از دریافت پاسخ در همان برنامه و ساعت و در همان شبکه به طور رایگان پخش نماید.

- شورای نظارت موظف است برای تحقق وظایف مندرج در این قانون سازوکار لازم را فراهم سازد.

- چنانچه سازمان صدا و سیما از اجرای مصوبه شورای نظارت خودداری

نمود و یا شـــاکی نسبت به نظر شـــورای نظارت معترض باشد، بنابر شکایت شاکی، شـــعبه خاصی که به این منظور تشکیل می‌شود، نســـبت به موضوع، خارج از نوبت (حداکثر یک هفته) رســـیدگی و حکم مقتضی را بر اســـاس این قانون صادر خواهد نمود. صدا و ســـیما مکلف اســـت نظر دادگاه را ظرف مدت ۲٤ ساعت اجرا کند. در صورت عدم اجرای حکم، متخلف به مجازات مســـتنکف از اجرای حکـــم دادگاه محکوم خواهد شد.

تبصره ۱- اگر ســـازمان علاوه بر پخش پاســـخ مذکور، مطالب یا توضیحات مجـــددی را که متضمن توهـــین، افتراء یا توهین باشـــد پخش نمایـــد، ذینفع حق پاســـخگویی مجدد دارد. پخش قسمتی از پاسخ یا افزودن مطالبی به آن در حکم عدم پخش است.

تبصره ۲- مصوبه مذکور مانع از پیگیری مستقیم شاکی نسبت به سایر جهات کیفری از طریق دادگاه نخواهد بود».

برآمد

۱- پیدایش رسانه‌های عمومی، در کنار همه سودمندی‌ها، مشکلات و پرسش‌هایی را نیز به وجود می‌آورد. یکی از این مشکلات نادیده گرفتن حرمت و حریم خصوصی افراد است. رسانه‌ها با قدرت و نفوذی که دارند ممکن است که به اشخاص حقیقی یا حقوقی نسبت‌های نادرستی دهند که موجب کسر شأن و حیثیت و آبروی آنان و تحریف واقعیت شود؛ این در حالی است که زیان‌دیدگان توانایی پاسخ و تصحیح را ندارند. بر همین اساس، رابطه آزادی اطلاعات و مسئولیت ناشی از آن باید مشخص شود.

۲- برای حمایت از حقوق مخاطبان و جبران خسارت آنان، علاوه بر حق شکایت، حق پاسخ و تصحیح را شیوه‌ای بین جمع دو اصل یادشده دانسته‌اند. البته به همین سادگی نبوده و حاصل گفت‌وگوهای طولانی در سطح ملی و بین‌المللی بوده است. نتیجه همه مباحث چنین بود: آزادی ارتباطات و رسانه ملازمه‌ای با نفی مسئولیت ندارد وآزادی را باید با تکلیف به اطاعت از قانون و احترام به آزادی دیگران سازش داد.

۳- در حقوق فرانسه حق پاسخ در مقایسه با حقوق آلمان دامنه گسترده‌تری دارد؛ به گونه‌ای که اظهار عقاید را نیز در برمی‌گیرد؛ در حالی که در حقوق آلمان دامنه این حق به بیان واقعیات مربوط به حقایق محدود شده است. حقوق انگلیس به‌رغم تلاش‌هایی برای قانون‌گذاری، بدون شناسایی قانونی حق پاسخ به خودتنظیم‌گری رسانه‌ها متکی است و در مواردی که دیگری مورد توهین و افترا و هتک حرمت و شهرت واقع می‌شود می‌تواند بر اساس قواعد کامن‌لا اقامه دعوی کند و در قالب عذرخواهی، صدور تکذیبیه و یا الزام رسانه به انتشار پاسخ جبران خسارت خود را مطالبه کند. در حقوق آمریکا طبق تفسیر ارائه شده از متمم اول قانون اساسی ایالات متحده آمریکا، حق پاسخ برای اشخاص مورد پذیرش واقع نشده است.

٤- نظام حقوقی حاکم بر حق پاسخ در ایران، اکثر شروط مقرر در سایر نظام‌های حقوقی را پذیرفته است و حق پاسخ‌گویی را صریحاً به اشخاص حقوقی نیز اعطا کرده است. امروزه با رشد و گسترش اینترنت و رسانه‌های گوناگون، اهمیت شناسایی حق پاسخ در محیط‌های برخط بیش از پیش مورد توجه قرار گرفته است.

۵- با وجود پیش‌بینی شرایط مقرر برای اعمال حق پاسخ در رادیو و تلویزیون و مشـــابه بودن شـــرایط آن با مطالعات صورت گرفته در حقوق تطبیقی، لازم اســـت مقررات مرتبط و متناســـب با رسانه‌های برخط شناسایی شود یا همانند نظام حقوقی فرانســـه، مقررات موجود به رســـانه‌های برخط نیز تســـری یابد. همچنین می‌توان با الگوبرداری از نظام حقوقی انگلیس، در قانون یا مقرره‌ای واحد، شـــرایط اعمال حق پاسخ در رسانه‌های برخط را متناسب با مقتضیات آن شناسایی کرد.

فهرست منابع

الف. فارسی

* کریمیان راوندی، مهدی (۱۳۸٦)، **مسئولیت مدنی روزنامه نگاران**. چاپ نخست، تهران: دادگستر.

* اسماعیلی، محسن (۱۳۸۸). **حق پاسخ و تصحیح در صدا و سیما**، 6http://www.mohsenesmaeili.ir/NSite/FullStory/News/?Id=

* حیدری، علی‌مراد (۱۳۹۱)، «**بررسی حق تصحیح رسانه‌ای در حقوق ایران و اسناد بین‌المللی**»، پژوهش‌های ارتباطی، شماره نوزدهم، دوره هفتادم.

* ضیایی، سید ناصر و طباخی ممقانی، جواد (۱۳۹۱)، «**حق پاسخ‌گویی در رسانه از منظر حقوق بین‌الملل و حقوق ایران**»، پژوهش‌های حقوق تطبیقی شماره چهارم. دوره پانزدهم.

ب. انگلیسی

* Ader, B. (2011). Le droit de réponse en ligne. **LEGICOM**, 46, 95-96. https://doi.org/10.3917/legi.046.0095.

* Bollinger, L,. (1976). Freedom of the press and public access: toward a theory of partial regulation of the mass media. **Michigan Law Review**.75, 1.

* Freitag, J., Gochee, M., Ransden, M., Nyhan, B., Roschke, K., & Gillmor, D. (2023). The Corrections Dilemma: Media Retractions Increase Belief Accuracy But Decrease Trust. **Journal of Experimental Political Science**, 1–12. https://doi.org/10.1017/xps.2023.4.

* Johnson, B. G. (2019). Right of Reply. **The International Encyclopedia of Journalism Studies**, 1–3. https://doi.org/10.1002/9781118841570.iejs0094.

* Koltay, A. (2007). The Right of Reply : A Comparative Approach. **Iustum Aequum Salutare**, 3(4), 203–213. http://real.mtak.hu/98864/.

* Koltay, A. (2013). The right of reply in a European comparative

perspective. **Acta Juridica Hungarica**, 54(1), 73–89. https://doi.org/10.1556/ajur.54.2013.1.6.

❋ Koltay, A. (2022). The Protection of Freedom of Expression from Social Media. The Protection of Freedom of Expression from Social Media Platforms. **Mercer Law Review**, 73(2), 3–2022. Retrieved October 6, 2022, from https://digitalcommons.law.mercer.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2721&context=jour_mlr.

❋ Lepage, A. (2006). Le droit de réponse sur l'internet et la loi de 1881 : entre filiation et émancipation. **Legicom**, 35, 91-97. https://doi.org/10.3917/legi.035.0091.

❋ Lichtenberg, J,. (ed.) (1990). **Democracy and the Mass Media: A Collection of Essays**. Cambridge University Press.

❋ Miami Herald Publ'g Co. v. Tornillo, 418 U.S. 241, 254–58 (1974).

❋ Milojevic-Surculija, J. (2015). The right of reply: A tool for an individual to access the media. **Godisnjak Fakulteta Politickih Nauka**, 9(13), 225–238. https://doi.org/10.5937/godfpn1513225m.

❋ Munk, R. (2019). **Right Of Reply Of Public Officials**. CER 11th Comparative European Research. London.

❋ Red Lion Broad. Co. v. FCC, 395 U.S. 367 (1969).

❋ Sunstein, C. (1994). A New Deal for Speech, **Hastings Communications and Entertainment Law Journal**, 137.

❋ Youm, K. (2008). The Right of Reply and Freedom of the Press: An International and Comparative Perspective. **The George Washington Law Review**. 76.

❋ European Parliamentary Research Service. (2019). Freedom Of Expression, A Comparative Law Perspective: The United States. http://www.europarl.europa.eu/thinktank.

❋ Lee, J. (2008). Right of Reply. **The International Encyclopedia of Communication**. https://doi.org/10.1002/9781405186407.wbiecr097.

❋ Peled, E. (2007). Constitutionalizing mandatory retraction in defemation. **Hastings Communications and Entertainment Law Journal**, Vol. 30.

❋ Glasser, C. J., Jr. (2009). **International libel and privacy handbook: A global reference for journalists, publishers, webmasters, and lawyers** (2nd ed.). Bloomberg Press.

❋ Budica-Iacob, M. I. (2019). The Right To Reply From A Measure For Restoring The Right To Dignity To A Personality Right. **Perspectives of Law and Public Administration**, 8(2), 192–207. https://ideas.repec.org/a/sja/journl/v8y2019i2p192-207.html.

❋ Bundesverfassungsgericht [BVerfG] [Federal Constitutional Court] Jan. 14, 1998, 1 BvR 1861/93, (F.R.G.).

❋ Weaver, R. L., & Fairgrieve, D. (2023). **Damages, Injunctive Relief, and Other Remedies in Tort and Free Speech Cases**. Cambridge Scholars Publishing.

The Right of Reply in the Media in the Light of Comparative Studies and Iranian Law

Behnaz Ahmadvand[1] \ **Baqer Ansari**[2]

The right of reply aims to strike a balance between the freedom of the press and the rights of individuals to protect their personality, reputation, honor, and dignity. It is derived from the fundamental right to freedom of speech and media. This right serves as a legal mechanism to ensure accountability of the press when they publish false or inaccurate information or engage in defamation. The primary goals of the right of reply include mitigating the negative consequences of false and misleading news and reporting, deterring irresponsible press behavior, and ensuring that the public receives accurate and complete information. Numerous countries differentiate between the right of reply and the right of correction. The former is invoked when the press disseminates information or opinions that are inaccurate or false, thereby infringing on an individual's inherent rights, such as reputation, privacy, and dignity. The Constitution is the primary source for recognizing or rejecting the right of reply in many prominent legal systems, while normal laws have been enacted in other jurisdictions to acknowledge this right and establish its parameters. Using a descriptive and analytical approach, the present article aims to identify the theoretical underpinnings, prerequisites, and constraints of implementing the right of reply in several crucial legal frameworks and laws in Iran.

Keywords: freedom of expression, press, broadcast media, news media, defamation.

1. Assistant Professor, Department of Theory-Oriented STI Studies, National Research Institute for Science Policy, Tehran, Iran
2. Assistant Professor of shahid beheshti univercity

A Comparative Study of Civil Liability Caused by Defamation in Iranian, American and British Law

Iraj Babaei[1]\ **Shobeir Azadbakht**[2]

One of the moral rights related to the personality of individuals is the right to fame. Legal systems have supported this right in different ways. One of these methods is applying the rules governing tortious liability and imposing compensation on the violators of this right. Based on this, in the American and English legal systems, they have used the format and title of "defamation". The question is what are the concept, basis, conditions and pillars of defamation? What types of defenses are recognized in these two legal systems? And is it possible to file tortious liability lawsuits due to defamation in Iranian law? The basis of this responsibility in English law is strict liability, and in American and Iranian law, it is based on fault. Also, its elements are: existence of defamatory statements, publication of statements, attribution to the victim and loss. In addition, the consent of the petitioner, the public interest, etc. are among the defamation defenses and factors that create a balance between the right to freedom of expression and the right to reputation in American and British law, which seems that only the public interest can be accepted as a defense in Iranian law. The mission of this article is to achieve the rules governing tortious liability caused by defamation in Iranian law with an analytical-descriptive approach and with a comparative look at the American and English legal systems.

Keywords: Freedom of expression, Non-pecuniary damage, Strict Liability, Fault-based Liability, Public Interest.

1. Associate professor of Private Law, Faculty of Law and Political Science, Allameh Tabataba'i University

2. Ph.D student of Private Law, Faculty of Law and Political Science, University of Allameh Tabataba'i, Tehran, Iran

The legal requirements of the boards of trustees of universities and higher education institutions in the light of the votes of the General Assembly of the Court of Administrative Justice

Ali Dehghan Banadaki[1] \ **Alimohammad Fallahzadeh**[2]

Universities and higher education institutions are considered as one of the most important centers of science, knowledge and theoretical support for social, legal, political, economic, etc. actions. The quality of the administration and the regulations governing them is one of the most important issues. For this reason, the legislator has recognized the quality of regulation in universities through the many ups and downs based on the constitution by approving Article (1) of the Law on Permanent Decrees of the Development Programs of the country. But The scope of competence of the Boards of Trustees of universities and research centers as one of the key pillars in setting the rules governing universities has been accompanied by ambiguities and shortcomings.In the meantime, the judicial interpretation tool and the way of dealing with administrative proceedings (administrative justice court) with the performance of the university trustees' boards are the way to evaluate, resolve ambiguities and legal gaps.This article answer the question, "What are the legal requirements governing the board of trustees of universities and higher education institutions in the framework of the decisions of the general board of the Administrative Court of Justice?". This research has reached this conclusion by using the descriptive-analytical method, documenting the opinions of the general assembly of the Administrative Court of Justice; while maintaining the independence of the university and higher education centers in order to prevent the limited interpretation of the authority of the boards of trustees, the general rules and framework governing the approvals of the board of trustees should be established in a precise and transparent manner. The requirements governing the approvals of the board of trustees include compliance with the "principles of the constitution and higher documents", "special laws", "incompetence of delegation", "prohibition of sale of immovable property" and "laws of land use change".
Keywords: university, boards of trustees of universities, general assembly of the Court of Administrative Justice,,higher education.

1. phd student public law of Allameh Tabatabaii University
2. PHD in Allameh Tabatabaii University

Jafari Langroudi's Method of "Elemental Analysis of Transactions" versus "Formal Logic" and Method of "Conformity of Name" and "Elements and Conditions"

Fatemeh Mohamadgholiha[1] **\ Mohammad Shahnoosh**[2]

Undoubtedly, in every science problems are investigated based on a special method. The method is one of the most important elements of any research and the results of research depend on the method used in it. From a methodological point of view, we can find the strengths and weaknesses of any research. The present research tries to evaluate the common jurisprudential-legal methods in examining legal essences in the field of transactions by analytical-descriptive method. Also, while stating the advantages and disadvantages of the current methods, the element counting method of Professor Jafari Langroudi is explained. Relying on custom and originality of action, criticizing formal logic and methods based on the description of words, as well as avoiding the use of controversial titles such as condition, element and cause, he introduces his own method of reasoning. It seems that the theory of elementology can be helpful in determining the nature of some contracts and distinguishing them from other types of contracts.

Keywords: Methodology, Custom, Formal Logic, Conformity of Name, Elements and Conditions, Elementology.

1. Doctoral student of Higher Institute of Education, Research, Management and Planning

2. Assistant Professor, Department of Islamic Law, Faculty of Law, University of Judicial Sciences and Administrative Services, Tehran, Iran

An analysis of the justification aspects of the supremacy of right over law in jurisprudence

Seyed Majid Mousavi[1]\ Mehdi Hadavand[2]

"Right" and "law" are considered as the key words of jurisprudence. These two basic notions should be consistent with each other, but in many cases despite the claims of political systems in the compatibility they are not compatible.. This article aims to answer the question what are the justification aspects of the supremacy of the right over the law? The findings of this research indicate that the right has been superior to the law not only from the point of view of philosophical approach but also with historical approach is also defined the superiority of law over right as the counter point of the debate, has its roots in the theory of "collectivism" of ancient Greece, and this has always been considered regardless of the o individuals and the superiority of the right. At the same time insisting on the collectivism providing a specific interpretation of words such as society or "people" is considered as a solution in the hands of the rulers to express their will in the name of society and people through formalism resulting from the superiority of government institutions. Bringing the law to the final result indicates that the laws are made based on the will of the rulers and not the "will of the people and their "needs". Therefore the emphasis on the superiority of individualism and rejectionism of formalism are considered as the justifying reason for the supremacy of right over law.

Keywords: "Right","law","supremacy of right"," formalism","law as a means".

1. Ph.d student of Allameh Tabatabaii University
2. Assistant professor of Allameh Tabatabaii University

Studying the theory of questionable litigation in modern French contract law and the possibility of proposing it in Iranian law

Ali Kazemi[1]

The theory of questionable litigation as a result of the new economic approach to contracts, in the 2016 amendments to the French Civil Code, in three legal articles 1123, 1158, 1183 and with the aim of creating security and legal certainty about the fate of contracts for third parties or the counterparty of the contractual beneficiary, to was used and it is considered among the innovations and attractiveness of the new French contract law. This theory gives the third party or the counterparty of the definitive or possible beneficiary of the contracts the right to oblige the beneficiary to answer questions, in In case of non-response and clarification, the definite or possible beneficiary within a reasonable and conventional deadline, his right against the questioner will be considered forfeited, and legal security and certainty will prevail in the contract, and contrary to the traditional rights of contracts, the owner in a nosy contract with his original silence forced him to break the contract and file numerous lawsuits. In this theory, another right has been created for the principal. The application of this theory in Iran's contract law does not face any particular obstacle and until the amendment of Iran's civil law, the platform for the implementation of this theory is available, and due to its high economic efficiency and guarantee of legal security, its implementation will be useful and effective, and it will prevent the filing of lawsuits. It will prevent a lot, including the enforcement and rejection of transactions against the right of the beneficiary in the courts of justice.

Keywords: Interrogatory litigation, statement, right of priority, theory, enforcement, abortion.

1. PHD in private law, university of tehran

Flexibility in Contracts

Habib Talebahmadi[1]

Contracts can be set in one of the two following ways: rigid or flexible. The first type focuses to foresee all the rights and obligations of both parties only through valuing legal relations. The drawback of such contracts is their lack of adaptability with the possible future changes in the conditions which can lead to lose opportunities. On the other hand, flexible contracts, especially used in long-term business relations, are adaptive to possible future changes as they establish balance among interpersonal, legal and exchange relations. Flexibility is a beneficial skill that can be used when changes arise. According to surveys; rigid contracts were favored in the past while flexible ones, due to their ability to keep pace with rapid course of developments, are popular today. By its descriptive-analytic approach, the present research attempts to introduce flexible contracts and their benefits and also the ways through which it is possible to make contracts flexible and keep their stability at the same time under two headings of collaboration and visualization.

Keywords: Flexible Contract, Rigid Contract, Stability of Contract, Contractual Relations, Collaboration, Visualization.

1. Assistant Professor Ph.D in Private Law of Shiraz University

The Origin of Damages for Delay in Check Payment and the Scope of Coverage of Unanimous Decision No.812 of the Supreme Court of Iran

Farid Sahraei[1] **\ Ali Chegini**[2]

According to the decision No. 812 of the Supreme Court of Iran, the calculation of damages for delay in check payment is based on the due date. However, the application of the said decision and the different views among the doctrine and the judges caused that even after the issuance of the said decision, unanimity was not established among the judicial authorities and conflicting opinions were arisen in many cases. Some of the most important hypothetical disputes are the transfer of a check after protest, the passage of a long period of time from the due date and the lack of demand by the holder (rule of action) and the inclusion of the passage of time for commercial documents stipulated in Article 318 of the Commercial Law. The current research, by examining the view of the doctrine, international documents and especially the judicial procedure regarding the origin of the calculation of damages for the delay in check payment with a descriptive and analytical method, has reached the conclusion that the application of the decision of the Supreme Court does not lead to other legal rules such as expiration of commercial documents, failure to comply with commercial document transfer formalities or action rules to be inapplicable. Therefore, due to the special ruling, these cases are excluded from the application of the unanimous decision and the basis for calculating the damages for the delay in check payment will be generally from the date of claim.

Keywords: Damages for Delay in Payment, Check, Protest, Decision No. 812 of the Supreme Court of Iran, Due Date, Claim.

1. Judge, PhD student of private law, Faculty of Law and Political Science, Kharazmi University, Tehran, Iran
2. Judge

A New Approach to the Regulations Governing the Claim of Loss of the Specific Goods and Its Legal Enforcement

Sahar Karimi[1]\ Hosein Davoodi[2]\ Seyed Kamal Armion[3]

According to Article 387 of the Civil Code; if a specific object is lost before delivery and without the fault or negligence of the seller, the contract is void and the contractual price is returned to the buyer. While Article 362(1) of the Civil Procedure Code and Article 46 of the Law on the Execution of Civil Verdicts express that in case of loss of the object before delivery, it is possible to claim its actual price. This research presents a comprehensive method related to the determination of the rules governing the loss of specific goods at different stages. As a result, the termination of the sale in case of loss of the specific goods before delivery is conditional on the seller not being at fault and filing a lawsuit against the seller for the delivery if the plaintiff's claim is valid, the seller's fault is assumed. Therefore, if the loss of objects is in the stage of execution of the verdict, its actual price will be collected. In addition, although according to Article 362 of the Civil procedure Code, the new claim can't be brought in the appeal, paragraph 1 of this article doesn't consider the demand for the condemned price, which was the same as the subject of the original decision, as a new claim. Also, since no reason can be found to distinguish between the implementation of Article 362(1) in the district court and court of appeal, the provision of this paragraph at any time of judicial proceedings should be considered valid. In Conclusion; in case of loss of the specified object in each of these cases, the beneficiary can change the demand for its actual price and it will not be considered a new claim.

Keywords: Loss of the Specific Object before Receipt, Execution of Civil Verdicts, Loss of the Condemned, Loss of the Specific Object, Termination of the Sales Contract.

1. Assistant professor of Department of Private Law, Faculty of Law and Political Science, University of Kharazmi, Tehran, Iran

2. Assistant Professor, Faculty of Law & Political Science, University of kharazmi, Tehran, Iran

3. Department of Private Law, Faculty of Law and Political Science, Kharazmi University, Tehran, Iran

Examples of Uncertain (Indecisive) Lawsuits and the Duty of Court in Facing Them; with an Emphasis on Judicial Proceedings

Mostafa Elsan[1]\ Ehsan Bahramy[2]\ Akbar Almasi[3]

The object of the lawsuit is usually limited to one. In cases where there are multiple objects, it is often clear what the plaintiff wants from the court. However, the multiple objects sometimes cause the court to face ambiguity in ascertaining what the plaintiff wants from the authority. For example; when the objects "Specific Performance" and "Damages of Non-Performance" are raised together, it is not clear whether the plaintiff intends to reach the expected point of the contract (its performance) or he prefers to receive the damages caused by its non-performance. This situation, which led to the emergence of the term "Uncertain (indecisive) Lawsuit" in the civil procedural law, creates the following questions: First, is the uncertainty of the lawsuit solely due to the uncertainty of the object, or are there other examples of uncertain lawsuits? Second, what is the duty of the court in dealing with an uncertain lawsuit? Answering these questions in a descriptive-analytical method and using library sources is the main goal of this article. In this article, while looking at judicial proceedings, this conclusion is reached: Firstly, as well as the object of the lawsuit, the scope and the feature of the object, the cause and the defendant of lawsuit may lead to an uncertain lawsuit. Secondly, despite the similarity of an uncertain lawsuit with a doubtful lawsuit (subject of subsection 9 of Article 84 of the Civil Procedure Code), the court may not dismiss the uncertain lawsuit. Instead, it sends a notice to plaintiff to correct the uncertainty or obtain an explanation from the plaintiff to do so. However, in some examples of uncertain lawsuits, the court must issue an appropriate judgment without sending a notice or asking the plaintiff for an explanation.

Keywords: Uncertain (Indecisive) Lawsuit, Conflict of Objects, Uncertain Object, Doubtful (Possible) Lawsuit.

1. Associate Professor, Department of International Trade Law and Intellectual Property Law and Cyberspace, School of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran.
2. PhD Student in Private Law, School of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran.
3. Master of Private Law, School of Judicial Law, University of Judicial Sciences and Administrative Services, Tehran, Iran.

A New and Critical Reflection on the Lack of Civil Liability for the Owner of a Motor Vehicle in the Assumption That It is Driven by Someone other than the Owner

Reza Daryaee[1]

Despite the initial desire and will of the Iranian legislator to recognize the civil liability for the owner of the vehicle in traffic accidents, the study of the evolution of legislation indicates that civil liability for the owner is not recognized in the current situation. The importance of this discussion is especially in the assumption that the driver is someone else and is considered the cause of the accident. In this assumption, in addition to the person who caused the accident, is it possible to refer to the owner? Contrary to the opinion of some legal researchers that there is civil liability for the owner, it can be claimed that the laws which have been approved in this regard after the Revolution, have gradually moved in the direction of weakening the position of the owner's civil liability and finally removing it. The present article with a descriptive-analytical method and a critical approach, while trying to identify the current situation and remove the ambiguities that have been raised in some legal studies, tries to identify the opinion of the legislator, explain the reasons of changing the legislative approach and then criticize and evaluate it. The findings show that the legislative reasons behind the new policy were not strong enough to prove the necessity of this change and in addition to the basic problems, it also brought many practical problems. As a result, after passing through these challenges, it is possible to pave the way to identify the civil liability for the owner of vehicle and propose its basis in a new design.

Keywords: Traffic Accidents, Owner of Vehicle, Non-Contractual Guarantee, Civil Liability.

1. Assistant Professor of Literature and Humanities Faculty, Law Departmetn, University of Guilan

Judicial Pathology of Applying Self-Defense in the Prosecutor's Office (Dadsara) with an Emphasis on Intentional Murder (Homicide)

Saeed Ghaedi[1]\ **Mojtaba Farahbakhsh**[2]

Self-defense as one of the justified causes of crime or the reason to drop retaliatory punishment (death penalty) has been defined and legislated by the legislator according to articles 156, 302 and 303 of the Islamic Penal Code 1392. Iran's legislature has sought to develop the substantive provisions of legitimate defense and increase its scope from real to extreme and apparent types in the articles of reference. Despite this, in the field of formal rules governing this legal institution, especially the authority that determines it, according to the majority of judges, especially in the prosecutor's office, it has lacked the necessary clarity and courage, and even with the approval of Article 265 of the Criminal Procedure Law, the ambiguity is doubled and the judicial procedure in terms of the possibility of intervention and the exercise of legitimate defense by the prosecutor's office, it has confused and adopted taste. By adopting the qualitative method and extracting the approaches of Iran's criminal justice system through field investigation and in-depth interviews, the present research seeks to answer the basic question of what harms may cause from the acceptance of legitimate defense in the prosecution in cases of intentional homicide and the strategies to overcome the existing challenges. The result of this research shows that not only the discretion in the exercise of legitimate defense and the investigation of its complex conditions is beyond the power of the prosecution and the unit investigation authority and it has serious and effective challenges, but with the above mentioned legal texts, validity is determined by the Criminal Court and the prosecutor's office does not have the legal competence, authority and discretion to accept it. In this way, the public meetings and judicial decisions and consultative opinions of the legal department of the judiciary, which is under the jurisdiction of the prosecutor's office in the exercise of legitimate defense with any party and has taken steps to stabilize the prevailing judicial thought and practice, are against the legal standards and the belief of the judges of the Criminal Court and the Supreme Court of Iran.

Keywords: Judicial Pathology, Self-Defense, Prosecutor's office (Dadsara), Court, Intentional Murder (Homicide).

1. Ph.d student of university of judicial sciences

2. Assistant Professor of Criminal Law and Criminology, Faculty of Humanities, Shahid University

The Child's Right to a Healthy and Sustainable Environment and Relevant Obligations in the Passage of New International Legal Trends

Mahya Saffarinia[1]

Normative and regulatory development of protection of vulnerable groups, including children, in international human rights is being strengthened in a gradual process. Analyzing what new developments this subject of international law has undergone to protect children in the field of responding to the devastating environmental challenges and climate change is of great importance. The present research, citing international first-hand sources and the method of describing and analyzing the content of international documents and library data, has tried to clarify that the right of children to enjoy a healthy, safe and sustainable environment has been established in the international human rights system in recent years and based on the principles Certain rights have been relied on during the past 5 decades, the obligations towards governments and other actors, including commercial and industrial activists, have been specified for this right, and ensuring the observance of this right in international judicial and quasi-judicial channels has been accompanied by various developments. The current research draws the attention of all national authorities including judges to the developments in the field of children's right to the environment and emphasizes that the necessary preparations should be made at the national level to respect this right with the participation and role-playing of children themselves while pursuing the legitimate concerns of developing societies, including Iran, at the global level, so as to have beneficial consequences.

Keywords: Children's Rights, Environment, International Instruments, Convention on the Rights of the Child, Sustainable Development.

1. Assistant professor of Imam Sadiq University

Exceptionality of the Immunity of States in the International Law (Reviewing Iran's Complaint against Canada Based on the Violation of Immunity of the Iranian Government in the Decisions of Canadian Courts)

Ahmad Reza Towhidi[1]\ Seyed Mojtaba Shakeri[2]

The rule of the state immunity which originated from the principle of sovereign equality of states, has a long history in the international law as a customary rule. For a long time, national courts were not competent to hear claims against states under any circumstances and the immunity was absolute. As the contemporary international law was developing, the international community gradually accepted some exceptions to this rule, which were included in the 2004 UN Convention on the Immunity of States and Property. Meanwhile, some states including Canada, recognized new exceptions in their laws, considering their own interests and their citizens' interests. Amending the State Immunity Act 1985 in 2012 and passing the "Justice for Victims of Terrorism" law in the same year, Canada started to grant competence to the courts to file a lawsuit against Iran, claiming Iran's support for terrorism and human rights violations, which subsequently led to the violation of Iran's immunity in different cases. Using the library method and the descriptive-analytical approach, it will be evaluated whether the claims such as being a supporter of terrorism and human rights' violation, could be considered as a new exception to the immunity of states in the international law and permit the national courts to start hearings related to complaints against states and do judicial proceedings. In this regard, by examining the case of Iran v. Canada in the International Court of Justice on June 26th, 2023 and considering the unity of the criterion of the previous judgments of the Court, including the case of Germany v. Italy (2012), it is plausible that the Court will not accept the new exception.

Keywords: Immunity of State, Exceptions of Immunity, Violation of Human Rights, Jus Cogens, Access to Justice, Terrorism, SIA Act.

1. international law department faculty of law University of QOM

2. Ph.d student of international Law, Law Faculty, Qom University, Qom, Iran

Contents

Exceptionality of the Immunity of States in the International Law (Reviewing Iran's Complaint against Canada Based on the Violation of Immunity of the Iranian Government in the Decisions of Canadian Courts) ..... E
Ahmad Reza Towhidi\ Seyed Mojtaba Shakeri
The Child's Right to a Healthy and Sustainable Environment and Relevant Obligations in the Passage of New International Legal Trends ..... F
Mahya Saffarinia
Judicial Pathology of Applying Self-Defense in the Prosecutor's Office (Dadsara) with an Emphasis on Intentional Murder (Homicide) ..... G
Saeed Ghaedi\ Mojtaba Farahbakhsh
A New and Critical Reflection on the Lack of Civil Liability for the Owner of a Motor Vehicle in the Assumption That It is Driven by Someone other than the Owner ..... H
Reza Daryaee
Examples of Uncertain (Indecisive) Lawsuits and the Duty of Court in Facing Them; with an Emphasis on Judicial Proceedings I
Mostafa Elsan\ Ehsan Bahramy\ Akbar Almasi
A New Approach to the Regulations Governing the Claim of Loss of the Specific Goods and Its Legal Enforcement ..... J
Sahar Karimi\ Hosein Davoodi\ Seyed Kamal Armion
The Origin of Damages for Delay in Check Payment and the Scope of Coverage of Unanimous Decision No.812 of the Supreme Court of Iran ..... K
Farid Sahraei\ Ali Chegini
Flexibility in Contracts L
Habib Talebahmadi
Studying the theory of questionable litigation in modern French contract law and the possibility of proposing it in Iranian law ..... M
Ali Kazemi
An analysis of the justification aspects of the supremacy of right over law in jurisprudence ..... N
Seyed Majid Mousavi\ Mehdi Hadavand
Jafari Langroudi's Method of "Elemental Analysis of Transactions" versus "Formal Logic" and Method of "Conformity of Name" and "Elements and Conditions" ..... O
Fatemeh Mohamadgholiha\ Mohammad Shahnoosh
The legal requirements of the boards of trustees of universities and higher education institutions in the light of the votes of the General Assembly of the Court of Administrative Justice ..... P
Ali Dehghan Banadaki\ Alimohammad Fallahzadeh
A Comparative Study of Tortious Liability Caused by Defamation in Iranian, American and English Law..... Q
Iraj Babaei\ Shobeir Azadbakht
The Right of Reply in the Media in the Light of Comparative Studies and Iranian Law ..... R
Behnaz Ahmadvand\ Baqer Ansari

The Judiciary's

Law Journal

Scientific Research Quarterly Journal of the Judiciary

▪**Director-in-Charge:** Alireza Amini
▪**Editor-in-Chief:** Mohammad Hasan Sadeghi Moghadam
▪**Director-in-Chief:** Leilasadat asadi
▪**English Text Editor:** Marzieh Aghamirsalim
▪**Technical Editor:** Somayeh Safaei
▪**Designer and layout:** Maryam Heidari
▪**Address:** Tehran\ Shahid Chamran Highway\ Yadegar Imam Highway\ After Evin Darkeh exit\ Judiciary Research Institute
▪**Postal Code:** 1983846514
▪**Telex:** 021-22091869
▪**Web Site:** www.jlj.ir
▪**Email:** law.journal1316@gmail.com

Editorial Board

Rabiaa Eskini
Professor of Tehran Nuclear Science and Technology Research Institute
Gholamhossein Elham
Associate Professor of University of Tehran
Khirollah Parvin
Professor of Tehran University
Mohammad Javad Javid
Professor of Tehran University
vali rostami
Professor of Tehran University
Siamak Rahpeik
Professor of University of Judicial Sciences and Administrative Services
Mohammad Hadi Sadeghi
Professor of Shiraz University
Mohammad Hasan Sadeghi Moghadam
Professor of Tehran University
Abbasali Kadkhodaei Elyadrani
Professor of Tehran University
Fazlollah mousavi
Professor of Tehran University
Hossein Mirmohammadsadeghi
Professor of Shahid Beheshti University

The Judiciary's

Law Journal