

اللَّهُمَّ إِنِّي أَسْأَلُكَ
رَحْمَةَ مَنْ حَسِبَتْ
رَحْمَةً لِّجَاهِكَ الْكَوَافِرَ



صاحب امتیاز: پژوهشگاه قوه قضاییه

مدیر مسئول: حجت الاسلام والملمین علیرضا امینی

سودبیو: دکتر نجات‌الله ابراهیمان

جانشین سردبیو: دکتر محمد جلالی

مدیر داخلی: نفیسه فتحعلی

ناشر: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه

هیئت تحریریه: حجت‌الاسلام‌والمسلمین علیرضا امینی، دکتر منصور امینی، دکتر نجات‌الله ابراهیمان، دکتر احمد بیگی حبیب‌آبادی، دکتر عبدالعلی توجهی، دکتر ستار زرکلام، دکتر سید حسین صفائی، دکتر محمد تقی عابدی، دکتر میرحسین عابدیان، دکتر عباس قاسمی حامد، دکتر حسین مهرپور، دکتر حسین میرمحمدصادقی، دکتر رضا وصالی‌ محمود، دکتر محمدحسین هاشمی

نشانی: تهران، بزرگراه چمران، بزرگراه یادگار امام، بعد از خروجی اوین در که،
پژوهشگاه قوه قضاییه، دفتر فصلنامه «رأی»

مندرجات فصلنامه، لزوماً بیان کننده دیدگاه پژوهشگاه قوه قضاییه نیست.

نشانی اینترنتی: www.raayjournal.ir

کد پستی: ۱۹۸۳۸۴۶۵۱۴

ایمیل: majaleh_ray@jpri.ir

شمارگان: ۱۵۰۰

قیمت: ۸۰/۰۰۰ ریال

«شیوه نامه نگارش محتوا در علمی- شخصی رأی»

همان گونه که در شماره های سابق «فصلنامه رأی» نیز مشاهده شده است، حوزه‌ی موضوعی این مجله در چارچوب های متفاوت و متنوعی متبولور می‌شود؛ محقق می‌تواند تمام یا بخشی از یک رأی را مبنای مطالعه و پژوهش خود قرار داده و به نگارش «تقد رأی محور» پردازد. همچنان که مقاله تحلیلی می‌تواند بر مبنای سنتز دو یا چند رأی مرتبط به هم شکل گیرد و عنوانی مانند علم قضی، انتقال قرارداد یا امارات قضایی و مثل آن، از منظر آراء و رویه قضایی موضوع بررسی واقع شود و بصورت «تقد موضوع محور» نگارش یابد. از سویی دیگر، «یادداشت های نقد رأی» همواره در شماره های گذشته بخش معتبرنگارشی را به خود اختصاص داده و صرفاً نکات اصلی و بارز هر رأی را در معرض نقد قرار می‌دهد. به هر حال آنچه تمام بخش های مجله را (جز بخش بایسته‌های نگارش و نقد رأی) از مطالعات آزاد حقوقی متمایز می‌کند نقطه آغاز و محور اصلی مطالعه است که در رأی و یا رویه عملی مراجع قضایی خلاصه می‌شود به منظور آشنایی با سبک های نگارش، تحلیل و نقد رأی، بخشی از فصلنامه به «بایسته‌های نگارش و نقد رأی» اختصاص یافته است که به روش شناسی تولید این ادبیات و مطالعاتی که موضوع آن مشخصاً آراء قضایی است می‌پردازد. بخش «تقد و تحلیل آراء خارجی و ترجمه» نیز به عنوان بخش پایانی فصلنامه در همین راستا پیش بینی شده است. علاوه بر آن، از شماره ۵ این فصلنامه بخش گزارشات نیز به مجله اضافه شده است. گزارش های مزبور در دو دسته‌ی «گزارش رویه‌ی قضایی» که صرفاً به توصیف رویه‌ی قضایی موجود در یک زمینه‌ی خاص می‌پردازد و دسته‌ی «گزارش جلسات نقد رأی» که صورت جلسات نشسته‌های نقد رأی را رائمه می‌دهد پیش بینی شده است.

بر این اساس برای به سامان نگارش نقدها در قالب های گوناگون و متنوع فوق شیوه نامه نگارش محتوا برای هر قسمت بصورت مجرزا و متفاوت تهیه گردیده که ذیلا ارائه می‌گردد:

الف) کلیات شیوه نامه

۱. موضوع فصلنامه، نقد، تحلیل و معرفی آراء و رویه قضایی و ارائه‌ی مطالب پژوهشی و آموزشی در حوزه‌ی مزبور بوده و تمامی مقالات با محوریت این موضوع ارائه‌ی می‌گردد. مسئولیت صحت مطالب و منابع مندرج در مقاله به عهده نویسنده یا نویسنده‌گان آن است.

۲. مقالات ارسالی می‌بایست در قالب برنامه‌ی Word 2007 یا جدیدتر نگارش شده باشد.

۳. در هیچکدام از انواع مقالات نیازی به درج چکیده و کلیدواژه نخواهد بود.

۴. در صورت لزوم ارجاع دهی به دیگر منابع، روش ارجاع به منابع بصورت پاورقی و به سبک شیکاگو، به شرح آتی خواهد بود:

• کتب

نام و نام خانوادگی نویسنده ، عنوان کتاب بصورت توپر (محل انتشار: نام ناشر و سال انتشار)، شماره صفحه.

مثال: ناصر کاتوزیان، مقدمه علم حقوق (تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۷)، ص. ۷۷

• مقالات مندرج در نشریات

نام و نام خانوادگی نویسنده، "عنوان مقاله،" نام نشریه بصورت توپر، دوره یا سال انتشار، شماره (تاریخ): شماره صفحه.

مثال: مهدی شهیدی، "قرارداد تشکیل بیع،" مجله تحقیقات حقوقی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، سال هفتم، شماره ۱۰ (۱۳۷۱): ص. ۱۷

• منبع الکترونیک

نام و نام خانوادگی نویسنده، "عنوان مقاله،" نام سایت بصورت توپر، آدرس سایت (تاریخ مراجعه به سایت).

Sample: Jon Lang, "The Protection of Commercial Trade Secrets," **Jon Lang Mediation**, available at:
<http://www.jonlang.com/pdf/EIPR%20Vol%2025%20Issue%2010.pdf> (last visited on 10/10/ 2015).

۵. در صورت لزوم درج فهرست منابع، سبک شیکاگو به شرح ذیل مورد تایید خواهد بود. درخصوص ترتیب درج مأخذ، لازم به ذکر است که کلیه‌ی منابع ابتدائی براساس نوع و سپس براساس نام خانوادگی نویسنده‌گان فهرست خواهند شد:

• کتب

نام خانوادگی نویسنده، نام، عنوان کتاب بصورت توپر (محل انتشار: نام ناشر و سال انتشار).

مثال: کاتوزیان، ناصر، مقدمه علم حقوق (تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۷).

• مقالات مندرج در نشریات

نام خانوادگی نویسنده، نام، "عنوان مقاله،" نام نشریه بصورت توپر، دوره یا سال انتشار، شماره (تاریخ).

مثال: شهیدی، مهدی، "قرارداد تشکیل بیع،" مجله تحقیقات حقوقی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، سال هفتم، شماره ۱۰ (۱۳۷۱).

• منبع الکترونیک

نام خانوادگی نویسنده، نام ، "عنوان مقاله،" نام سایت بصورت توپر، آدرس سایت (تاریخ مراجعه به سایت).

Sample: Lang, Jon, "The Protection of Commercial Trade Secrets," **Jon Lang Mediation**, available at:
<http://www.jonlang.com/pdf/EIPR%20Vol%2025%20Issue%2010.pdf> (last visited on 10/10/ 2015).

۶. معادل اسامی، اصطلاحات و علائم اختصاری خارجی به زبان اصلی در پاورقی عیناً درج گردد.

۷. از درج القاب اشخاص از قبیل دکتر، مهندس، پروفسور، استاد و غیره در کلیه‌ی بخش‌های مقاله از قبیل نام نویسنده‌گان، متن مقاله، ارجاعات و یا فهرست منابع پرهیز گردد. لازم به ذکر است که درج سمت نویسنده‌گان در پاورقی صفحه اول از این قائدۀ مستثنی خواهد بود.

ب) ترتیب نگارش بخش‌های مجله

این مجله آمادگی دارد تا مقالات و نوشتۀ‌های ارسالی صاحب‌نظران را در چارچوب های زیر دریافت و پس از طی فرآیند داوری منتشر نماید:

یک - بایسته‌های نگارش و نقد رأی

۱. حجم مقالات تألیفی ترجیحاً کمتر از ۸۰۰۰ کلمه باشد.
۲. هدف این دسته از مقالات، تبیین و آموزش شیوه و سبک نگارش آراء قضایی می‌باشد.
۳. این نوع از مقالات اصولاً مشتمل بر مشخصات مقاله و نویسنده‌گان، بدنه مقاله، نتیجه گیری و منابع و مأخذ می‌باشد.
۴. در این دسته از نوشتة‌ها ابتداً عنوان مقاله درج گردیده و سپس در خط زیرین، نام نویسنده‌(گان) ذکر می‌گردد. همچنین سمت و درجه علمی نویسنده‌(گان)، آدرس ایمیل و شماره تلفن همراه نویسنده‌ی مسئول در پاورقی نوشته خواهد شد.

دو - نقد موضوع محور

۱. هدف این دسته از مقالات بررسی موضوع واحد در آئینه‌ی آراء مختلف است؛ لذا لاقل استناد به سه رأی مشابه در بیان موضوع الزامی خواهد بود.
۲. حجم مقاله حداقل ۳۰۰۰ و حداکثر ۷۰۰۰ کلمه خواهد بود.
۳. مقالات ارسالی در این حوزه اصولاً مشتمل بر مشخصات مقاله و نویسنده‌گان، بدنه مقاله، نتیجه گیری و منابع و مأخذ می‌باشد.
۴. در این دسته از نوشتة‌ها ابتداً عنوان مقاله درج گردیده و سپس در خط زیرین، نام نویسنده‌(گان) ذکر می‌گردد. همچنین سمت و درجه علمی نویسنده‌(گان)، آدرس ایمیل و شماره تلفن همراه نویسنده‌ی مسئول در پاورقی نوشته خواهد شد.
۵. در استناد به آراء، در صورتیکه دادنامه‌ی مورد اشاره، در مجموعه آراء قضایی به چاپ رسیده باشد درج مشخصات رأی به همراه ارجاع به مجموعه‌ی رأی کافیست، در غیر اینصورت اصل متن دادنامه به عنوان پیوست مقاله ارسال گردد. نکته: درخصوص آراء حقوقی و کیفری، تمامی مشخصات اشخاص حقیقی و حقوقی و نیز نام قضاط رسیدگی‌کننده حذف گردد. درخصوص آراء صادره از دیوان عدالت اداری، صرفاً حذف نام اشخاص حقیقی و اشخاص حقوقی حقوقی خصوصی و

قضات رسیدگی کننده ضروری بوده و نام اشخاص حقوقی حقوقی عمومی باقی خواهد ماند.

۶. در بدنهٔ مقاله، نویسنده به بررسی یک موضوع حقوقی خاص در رویهٔ قضایی و آراء صادرهٔ محاکم پرداخته و به فراخور مطلب به آراء محاکم استناد خواهد نمود.

سه - نقد رأی محور

۱. هدف این دسته از مقالات بررسی تفصیلی یک یا چند رأی بوده و محوریت در شیوهٔ نگارش، نقد متن آراء خواهد بود.

۲. حجم مقاله حداقل ۱۵۰ و حداکثر ۴۰۰۰ کلمه خواهد بود.

۳. مقالات ارسالی در این حوزه اصولاً مشتمل بر سه بخش زیر می‌باشد:

(اول) مشخصات مقاله:

در این بخش ابتدائی عنوان مقاله (موضوع اصلی رأی مورد نقد) درج گردیده و سپس در خط زیرین، نام نویسنده یا نویسنده‌گان ذکر می‌شود. همچنین سمت و درجه علمی نویسنده (گان)، آدرس ایمیل و شماره تلفن همراه نویسنده‌ی مسئول در پاورقی نوشته خواهد شد.

(دوم) وقایع پرونده:

در این بخش ابتدائی مختصراً از گردشکار و جریان رسیدگی بیان می‌گردد و سپس مشخصات دادنامه مورد نقد (کلاسهٔ پرونده یا شماره پرونده یا شماره دادنامه، تاریخ رسیدگی، خواسته یا اتهام، شخص حقوق عمومی طرف دعوا در آراء دادگاه‌های اداری، مرجع رسیدگی) ذکر می‌گردد. در ادامه، در استناد به آراء، در صورتیکه دادنامه مورد اشاره، در مجموعه آراء قضایی به چاپ رسیده باشد درج مشخصات رأی به همراه ارجاع به مجموعه رأی کافیست؛ در غیر اینصورت اصل متن دادنامه به عنوان پیوست مقاله ارسال گردد.

نکته: در خصوص آراء حقوقی و کیفری، تمامی مشخصات اشخاص حقیقی و حقوقی و نیز نام قضاط رسیدگی کننده حذف گردد. در خصوص آراء صادره از دیوان عدالت اداری، صرفاً حذف نام اشخاص حقیقی و اشخاص حقوقی حقوقی خصوصی و

قضات رسیدگی کننده ضروری بوده و نام اشخاص حقوقی حقوقی عمومی باقی خواهد ماند.

سوم) نقد و بررسی:

در این بخش از مقاله، نویسنده به نقد مبانی صدور رأی و جهات موضوعی و حکمی دادنامه‌ی صادره پرداخته و نظرات خود را در تایید یا رد استنادات و استدلال‌های قضات بیان می‌کند.

چهار – یادداشت رأی

۱. در این دسته از نوشتة‌ها به بررسی اجمالی نکات بارز مبانی صدور رأی و جهات موضوعی و حکمی دادنامه‌ی صادره و استنادات و استدلال‌های قضات پرداخته می‌شود

۲. حجم یادداشت‌های نقد رأی حداقل ۸۰۰ کلمه بوده و حجم خود رأی در تعداد کلمات محاسبه نمی‌شود

۳. مقالات ارسالی در این حوزه اصولاً مشتمل بر سه بخش زیر می‌باشد:

(اول) مشخصات:

در این بخش ابتدائاً عنوان رأی (موضوع اصلی رأی مورد نقد) درج گردیده و سپس در خط زیرین، نام نویسنده(گان) ذکر می‌گردد. همچنین سمت و درجه علمی نویسنده(گان)، آدرس ایمیل و شماره تلفن همراه نویسنده‌ی مسئول در پاورقی نوشته خواهد شد.

(دوم) وقایع پرونده:

در این بخش ابتدائاً مختصراً از گردشکار و جریان رسیدگی بیان می‌گردد و سپس مشخصات دادنامه‌ی مورد نقد (کلاسه پرونده یا شماره پرونده یا شماره دادنامه، تاریخ رسیدگی، خواسته یا اتهام، شخص حقوق عمومی طرف دعوا در آراء دادگاه‌های اداری، مرجع رسیدگی) ذکر و در ادامه، اصل متن رأی درج می‌گردد. لازم به ذکر است در این بخش الزاماً بایستی اصل متن رأی درج شود و صرف ارجاع به آن در مجموعه آراء قضایی کافی نخواهد بود.

نکته: در خصوص آراء حقوقی و کیفری، تمامی مشخصات اشخاص حقیقی و حقوقی و نیز نام قضاط رسیدگی کننده حذف گردد. در خصوص آراء صادره از دیوان عدالت اداری، صرفاً حذف نام اشخاص حقیقی و اشخاص حقوقی حقوقی خصوصی و قضاط رسیدگی کننده ضروری بوده و نام اشخاص حقوقی حقوقی عمومی باقی خواهد ماند.

سوم) نقد و بررسی:

در این بخش، نویسنده به ارائه‌ی یادداشتی در بیان نکات باز مبانی صدور رأی و جهات موضوعی و حکمی دادنامه‌ی صادره پرداخته و نظرات خود را در تایید یا رد استنادات و استدلال‌های قضاط مختصراً بیان می‌کند.

پنج - گزارش رویه قضایی

۱. گزارشات رویه قضایی ممکن است مربوط به رویه‌ی واحد و مستقر یا رویه متعارض (تهافت) دادگاهها در رسیدگی به یک نوع بروونده باشد. در بیان

رویه‌ی واحد دادگاهها لاقل ۳ رأی مشابه مستند قرار گیرد و در بیان رویه‌ی متعارض، آراء مختلف به تعداد نظرات متضاد ذکر شود.

۲. در ارائه‌ی چنین گزارشی هدف صرفاً توصیف و معرفی رویه‌ی قضایی محاکم بوده و نقد آن‌ها به هیچ وجه مد نظر نیست. لازم به ذکر است که اینگونه نقدها در چارچوب سایر بخش‌های مجله صورت خواهد پذیرفت.

۳. حجم گزارشات حداقل ۵۰۰ کلمه می‌باشد.

۴. در این دسته از نوشته‌ها، ابتدائاً نوع (رویه یا تهافت) و سپس موضوع (موضوع اصلی رویه یا تهافت) درج گردیده و سپس در خط زیرین، نام نویسنده(گان) ذکر می‌گردد. همچنین سمت و درجه علمی نویسنده(گان)، آدرس ایمیل و شماره تلفن همراه نویسنده‌ی مسئول در پاورقی نوشته خواهد شد.

۵. در استناد به آراء، در صورتیکه دادنامه‌ی مورد اشاره، در مجموعه آراء قضایی به چاپ رسیده باشد درج مشخصات رأی به همراه ارجاع به

مجموعه‌ی رأی کافیست؛ در غیر اینصورت اصل متن دادنامه به عنوان پیوست مقاله ارسال گردد.

نکته: درخصوص آراء حقوقی و کیفری، تمامی مشخصات اشخاص حقیقی و حقوقی و نیز نام قضاط رسیدگی کننده حذف گردد. درخصوص آراء صادره از دیوان عدالت اداری، صرفاً حذف نام اشخاص حقیقی و اشخاص حقوقی حقوقی خصوصی و قضات رسیدگی کننده ضروری بوده و نام اشخاص حقوقی حقوقی عمومی باقی خواهد ماند.

شش - ترجمه

۱. این مجله آمادگی دارد ترجمه‌ی آراء برگزیده‌ی مراجع قضایی بین‌المللی و نیز داخلی سایر کشورها، ترجمه‌ی نقد آراء و رویه‌ی قضایی کشورهای خارجی و نیز ترجمه‌ی مقالات حول محور شیوه‌ی نگارش آراء را به چاپ برساند.

۲. حجم مقالات ترجمه شده ترجیحاً کمتر از ۸۰۰ کلمه می‌باشد.

۳. در این دسته از نوشه‌ها ابتدائاً ترجمه‌ی عنوان مقاله درج گردیده و سپس در خط زیرین، نام نویسنده(گان) و همچنین نام مترجم(ان) ذکر می‌گردد. افزون بر آن، در پاورقی همان صفحه عنوان و مشخصات لاتین مقاله و سمت و درجه علمی نویسنده(گان) و مترجم(ان)، آدرس ایمیل و شماره تلفن همراه مترجم مسئول نوشته خواهد شد.

۴. خواهشمندست متن زبان اصلی مقاله به پیوست ترجمه‌ی آن ارسال گردد.

۵. درج پاورقی‌های متن اصلی و عندالاقتضاء ترجمه آن الزامیست. هر گونه دریافت و پیگیری مقالات از طریق سامانه نشر مجله رأی به آدرس www.raayjournal.ir امکان‌پذیر می‌باشد. همچنین مخاطبین محترم مجله می‌توانند جهت مشاهده‌ی فایل مقالات شماره‌های پیشین مجله از طریق سامانه‌ی مزبور اقدام نمایند.

یادداشت سودبیر

بسم الله الرحمن الرحيم

از آموزه‌های مسلم حقوق این است که شناخت حقوق یک کشور صرفاً به اتکای قانون، امری دشوار بوده و اگر شناختی از نظام حقوقی یک کشور از راه ترجمه متون قابوی نبودست آید به احتمال زیاد تصویری ناقص و نامطمئن از واقعیت خواهد بود، از همین روست که در کشورهای عضو خانواده حقوق نوشته بر اهمیت منابع دیگر حقوق تأکید می‌شود و رویه قضایی هم در این عرصه، از جمله مهم‌ترین این منابع است.

دو عنصر تکرار و قدرت نفوذ یک رأی نزد دادرسان جوان از جمله مهم‌ترین عناصر قوام بخش رویه قضایی است. تکرار و نفوذ معنوی یک نظر نزد دادرسان به عوامل مختلف بستگی دارد؛ از یک سوسازمان قضایی و طراحی درجات مختلف رسیدگی و طرق عادی و فوق العاده شکایت و کسب تأیید یک راه حل نزد قضاط دادگاه‌های عالی تاثیر به سزاپی در ریشه دوندن یک فکر دارد و از دیگر سوی، انتشار سازمان یافته‌ی آرا قضایی امکان رصد تکرار یک راه حل را میسر می‌سازد. واقعیت این است که بحث از رویه قضایی در کنار قانون در صورتی معنا می‌یابد که به جای تصمیمات پراکنده دادگاه‌های تالی که استنتاج راه حل‌های روشی و با ثبات از آن‌ها دشوار است، آرای نهادی عالی و با قدرت نفوذ بالا همچون دیوان عالی کشور در رأس تشکیلات دادگاه‌ها به وحدت رویه قضایی کمک کند تا به نام نظارت بر اجرای قانون، راه حل‌های نو و بدیع وجود مستقل و مستمری پیدا کنند. این همان چیزی است که به علت عدم سامان‌دهی کارآمد نقش دیوان عالی کشور در رسیدگی‌های قضایی -خصوصاً در رسیدگی‌های مدنی - حلقه مفقوده دستگاه عدالت ما است.

به علاوه، علی‌رغم تلاش‌هایی که از سوی پژوهشگاه قوه قضاییه درمورد انتشار آراء به عمل آمده است اجرا نشدن بند ۴ بخش (د) ماده ۲۱ قانون برنامه پنج‌ساله پنجم توسعه جمهوری اسلامی ایران امکان ارزیابی تکرار راه حل را با دشواری مواجه ساخته است و قضات و کلا جز از طریق تجربه شخصی راه مطمئنی برای پی بردن به تکرارپذیری یک راه حل و غلبه آماری بر راه حل‌های رقیب در دست ندارند.

مجموعه‌های آرای قضایی که از عوامل تثبیت رویه قضایی به عنوان یک منبع حقوق در کشورهای حقوق نوشه هستند در کشور ما هنوز رواج نیافته است.

در چنین وضعیتی دکترین به عنوان دیگر منبع حقوق نقش برجسته‌ای در تشخیص و تثبیت راه حل مسائل دشوار قضایی ایفا می‌کند. صاحبان قلم و اندیشه با بر جسته کردن برخی تصمیمات قضایی یا تنقیص برخی دیگر به شکل گیری رویه‌های پایدار کمک می‌کنند و سنگینی بار نبود برخی عوامل رویه‌ساز را نیز بر دوش می‌کشند. اکنون که در آستانه شماره‌ی دیگری از فصلنامه رأی هستیم احساس می‌شود که در پیوند دادن دکترین و رویه‌ی قضایی محاکم قدیمی موثر برداشته شده است. داد و ستد مدارس حقوق و محاکم به نحوی که هر یک به محصول کار و فکر دیگری توجه نماید به شکل گیری رویه‌های مستند و مستدل و اتقان آرا کمک خواهد کرد. سنت نقد نویسی و شرح آرای قضایی در قالب مجله در کشور ما سابقه زیادی ندارد اما همکاران علمی مجله که بدون هیچ چشم‌داشتی برای پیشرفت عدالت و دادگستری در میهن عزیز ما قلم زده‌اند در این راه مصمم بوده و از جامعه علمی توقع یاری دارند. چند مقاله راهنمای برخی نقدهای ساختارمند منتشر شده در شماره‌های پیشین الگوهای مناسبی هستند که می‌توانند ذائقه‌ی مؤلفانی که عادت به نگارش مقالات موضوع محور کلاسیک دارند را تغییر داده و به سوی نقد نویسی و تحلیل آرا رهنمون سازد. تصور می‌کنیم که این عرصه مجله بیشتری را برای خادمان حق و عدالت فراهم می‌سازد. مجله مرهون همت‌های عالی شما است.

و ما توفیقی الا بالله
سردبیر فصلنامه رأی
نجات‌الله ابراهیمیان

فهرست مطالب

مطالبه خصوصی خسارت ناشی از دستکاری بازار اوراق بهادر.....	۱۵
محمد صادقی	
قلمرو مفهوم اعمال حاکمیت در مسئولیت مدنی دولت ناشی از انتقال	
بیماری‌های خونی در پرتورویه قضایی.....	۲۹
محمد حسنوند	
حسین نجفی	
اعمال حق وکالت در طلاق توسط زوجه با تحقق شرط ناباروری زوج.....	۸۳
سعید محجوب	
عدم قابلیت ابطال سند مالکیت رسمی شخص ثالث (غیردخیل در	
دادرسی کیفری) در مقام رد مال به شاکی خصوصی.....	۹۹
رضا رحیمیان	
دیه مصدوم در صورت عدم شناسایی ضارب.....	۱۰۷
امید توکلی کیا	
نقد رأی صادره درخصوص تبدیل مجازات حبس به جزای نقدی در مقام	
تخفیف مجازات.....	۱۲۱
امید شهبازی	
پویا شیرانی بیدآبادی	
ضرورت أخذ مجوز از صاحب حق جهت ترجمه اثر.....	۱۳۱
مهدی کارچانی	
تحول مفهوم عیب در مسئولیت ناشی از عیب تولید	۱۳۷
سعید سیاهبیدی کرمانشاهی	

- تهافت رویه قضایی محاکم کیفری استان تهران درخصوص اعتبار رأی
وحدت رویه شماره ۶۳۳ ۱۵۳
- سیدمهدی کاظمی
- گزارش نشست نقد رأی: زمان خروج فرزند از حضانت والدین (بلغه یا رشد) ۱۵۷
- پژوهشگاه قوه قضاییه

مطالبه خصوصی خسارت ناشی از دستکاری بازار اوراق بهادار

محمد صادقی*

مقدمه

«دستکاری بازار»^۱ را باید یکی از مصاديق بارز رویه ضدرقبتی در بازارهای اوراق بهادار دانست که عبارت است از تلاش‌های عامدانه بهمنظور دخالت در عملکرد آزاد و عادلانه بازار و ایجاد ظاهر گمراه‌کننده و مصنوعی از قیمت ورقه بهادار. این پدیده عموماً زمانی اتفاق می‌افتد که معامله‌گران با اقدامات عمدی خویش باعث معامله اوراق بهادار به قیمتی غیر از ارزش واقعی بازار می‌گردند.^۲ به عبارت دیگر، زمانی که اشخاص با اقداماتی از قبیل طرح یا گسترش شایعات و یا ایجاد ظاهری خلاف واقعیات بازار باعث شوند که تصمیم‌گیری فعالان بازار اوراق بهادار، مبنی بر داده‌ها و تحلیل‌های فربیننده و غیرواقعی شکل گیرد، دستکاری بازار رخ داده است. از منظر قانونی، به رغم اینکه در قانون بازار اوراق بهادار جمهوری اسلامی ایران این اصطلاح به کار برده نشده، لکن با تأسی از بند ۳ ماده ۴۶ قانون مذکور، دستکاری را می‌توان عبارت از «هر اقدامی [دانست] که منجر به ایجاد ظاهر گمراه‌کننده از روند معاملات اوراق بهادار یا ایجاد قیمت‌های کاذب و یا اغوای اشخاص به انجام معاملات اوراق بهادار گردد». یکی از مسائل مهمی که درخصوص دستکاری، محل تأمل می‌نماید این است که اصولاً پدیده

* دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه مفید

Sadeqi67@gmail.com

1. Market Manipulation

2. Charles Korsmo, Mismatch: The Misuse of Market Efficiency in Market Manipulation Class Actions, William & Mary Law Review, (2011) Vol. 52, No. 4, p 1137.



مورد بحث را در زمرة جرائم بورسی محسوب می‌کنند که صبغه کیفری آن غلبه دارد. در حقیقت علی‌رغم اینکه در مقررات، حکم صریحی درخصوص قابل گذشت بودن این پدیده وجود ندارد باید آن در عدد جرائم عمومی و غیرقابل گذشت دانست.^۱

به همین جهت درخصوص جوانب حقوقی ناظر به دستکاری، رویکردی وجود دارد که چون در این خصوص اصالت با وجهه عمومی می‌باشد از لحاظ حقوقی امکان مطالبه و طرح دعوای خصوصی با محدودیت‌هایی مواجه است. این تفسیر با وجود اینکه بر مبنای مصالح عمومی بازار سرمایه اتخاذ می‌شود، اما از نظر اصول حقوقی با اشکالات و ابهاماتی همراه است که درنهایت می‌تواند حق خصوصی فعالان بازار را نادیده بگیرد. از این رو در نوشتار حاضر در مقام تحلیل مطالبه خصوصی خسارت ناشی از دستکاری بازار اوراق بهادر برآمدیم و مسائل و ابعاد حقوقی طرح دعوای مربوط به موضوع را از حیث ضوابط حقوق خصوصی مورد ارزیابی قرار خواهیم داد. بنابراین، به‌منظور بررسی دقیق‌تر بحث، ابتدا یکی از آراء هیأت داوری بورس را مورد اشاره قرار داده، بر مبنای آن وارد بحث اصلی خواهیم شد.

بحث نخست: رأی هیأت داوری بورس و اوراق بهادر

هیأت داوری بورس در دادنامه شماره ۹۱۱۱۰۰۰۱۸ مورخ ۹۱/۰۷/۱۰ دعوای مطالبه ضرر و زیان ناشی از اطلاع‌رسانی و گزارش‌های غیرواقعی و عدم شفافسازی صحیح و نیز دستکاری قیمت سهام را از صلاحیت خویش سلب نموده است. به‌موجب رأی مزبور «درخصوص درخواست خواهان به طرفیت شرکت خوانده به خواسته جبران ضرر و زیان واردہ به میزان یک میلیارد ریال با هزینه دادرسی با عنایت مواد مندرج در ذیل فصل پنجم و ششم موضوع اطلاع‌رسانی در بازارهای اولیه و ثانویه و جرائم و مجازات‌ها از قانون بازار اوراق

۱. مجید قربانی و عباس باقری، «دستکاری بازار اوراق بهادر»، فصلنامه پژوهش حقوق، س دوزادهم، ش ۲۹ (۱۳۸۹): ص ۳۱۸.

بهادر جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۸۴ بهویژه بند ۳ ماده ۴۶، ماده ۴۷، بند ۲ و ۴ ماده ۴۹، ماده ۵۱ و منطق ماده ۵۲ قانون یادشده که مقرر داشته «سازمان، مکلف است مستندات و مدارک مربوط به جرائم موضوع این قانون را گردآوری کرده و به مراجع قضایی ذیصلاح اعلام نموده و حسب مورد، موضوع را به عنوان شاکی پیگیری نماید؛ چنانچه در اثر جرائم مذکور ضرر و زیانی متوجه سایر اشخاص شده باشد زیان دیده می‌تواند برای جبران آن به مراجع قانونی مراجعه نموده و وفق مقررات، دادخواست ضرر و زیان تسلیم نماید» و اینکه رسیدگی به ادعاهای خواهان از جمله صلاحیت‌های محاکم عمومی دادگستری است تا عندالقضاء با احراز تخلفات و احیاناً اتهامات انتسابی شرکت خوانده ضرر و زیان مورد ادعای خواهان، جبران و تدارک شود، لهذا رسیدگی به خواسته خواهان از صلاحیت ذاتی این هیأت منبعث از ماده ۳۶ قانون یادشده، منصرف و غیرقابل استماع است و رأی به رد دعوای مطروحه، صادر و خواهان ارشاد می‌شود که مطابق با ماده ۵۲ قانون مزبور اقدام نماید. این رأی قطعی است.^۱

بند نخست: مبنای رأی

علت اتخاذ این رویه از آن روست که با توجه به جرم‌انگاری پدیده دستکاری بازار، اصالت با جنبه عمومی و کیفری مسئله است و چون قانون‌گذار این مهم را در زمینه کیفری قانون بازار اوراق بهادر تقنين نموده، رسیدگی حقوقی به این امر تحت الشعاع جنبه کیفری آن قرار خواهد گرفت. درواقع هیأت داوری در اینجا قائل به اصالت کیفری مسئله بوده و حتی فرض حقوقی را منتفی دانسته است؛ چراکه اگر در این دعوا، مطالبه خصوصی را می‌پذیرفت لاقل می‌باشد قرار اناطه صادر می‌نمود.

ناگفته نماند که هیأت داوری در دعوای دیگری (کلاسه: ۹۶۰۰۰۱، شماره دادنامه: ۹۶۱۱۰۰۰۷۵، تاریخ صدور رأی: ۹۶/۰۷/۱۷) به خواسته مطالبه خسارت

۱. جعفر جمالی و محمد صادقی، رویه هیأت داوری بورس و اوراق بهادر (تهران: انتشارات بورس، ۱۳۹۶)، ص ۱۴-۱۵.

ناشی از عدم شفافسازی بهموقع و تخلف در ارائه صحیح اطلاعات، همین مبنای (قرار اناطه رسیدگی) را اتخاذ و بیان نموده: «با توجه به اینکه ادعای خواهان ارائه اطلاعات خلاف واقع، موضوع ماده ۴۷ قانون بازار اوراق بهادار جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۸۴، یا انجام اقداماتی که نوعاً منجر به ایجاد ظاهري گمراه‌کننده از روند معاملات اوراق بهادار می‌شود، موضوع بند ۳ ماده ۴۶ قانون مذکور می‌باشد و این هر دو مورد، بنا به تصرح مواد مورد اشاره جرم محسوب می‌شود، مورد از مصاديق اناطه مصروف در ماده ۱۹ قانون آیین دادرسي مدنی مصوب ۱۳۷۹ محسوب می‌شود. بدین ترتیب، براساس ماده ۱۹ مذکور، ادعا باید ابتدا در دادگاه کیفری مطرح شود. بنابراین، ضمن صدور قرار اناطه، رسیدگی به دعوا تا اتخاذ تصمیم از مرجع صلاحیتدار متوقف می‌شود».

فارغ از توجیه پذیری مبنای اتخاذی در رأی اخیر نسبت به رأی سابق، در یک فرض می‌توان نتیجه عملی دو رأی را مشابه دانست که در عین اطاله رسیدگی ممکن است باعث تضییع حقوق خصوصی سرمایه‌گذار گردد. شرح این فرض را در مباحث آتی خواهیم آورد.

بند دوم: تحلیل مستند قانونی رأی

برای تحلیل دقیق‌تر این مسئله از حیث موضوعیت یا عدم موضوعیت جنبه کیفری دستکاری باید مقررات مورد استناد هیأت داوری (قانون بازار اوراق بهادار) را بررسی کرد و حسب اقتضاء، نقاط مورد استناد را موشکافی نمود. از این رو درخصوص مواد اعلامی می‌توان به موارد ذیل اشاره کرد:

۱. بند ۳ ماده ۴۶، با توجه به صدر ماده صرفاً به جرم‌انگاری پدیده دستکاری پرداخته و اشعار می‌دارد: «هر شخصی که اقدامات وی نوعاً منجر به ایجاد ظاهري گمراه‌کننده از روند معاملات اوراق بهادار یا ایجاد قیمت‌های کاذب و یا اغواي اشخاص به انجام معاملات اوراق بهادار شود [به حبس تعزیری از سه ماه تا یک‌سال یا به جزای نقدي معادل دو تا پنج برابر سود به‌دست‌آمده یا زیان متحمل‌نشده یا هر دو مجازات، محکوم خواهد شد]».

۲. ماده ۴۷، با بیان این مقرر که «اطلاعات خلاف واقع یا مستندات جعلی را به سازمان و یا بورس ارائه نمایند یا تصدیق کنند و یا اطلاعات، اسناد و یا مدارک جعلی را در تهیه گزارش‌های موضوع این قانون مورد استفاده قرار دهند، حسب مورد به مجازات‌های مقرر در قانون مجازات اسلامی محکوم خواهند شد» صرفاً از این جهت که مربوط به اطلاعات خلاف واقع به سازمان یا بورس مربوط ارائه گشته باشد جرم‌انگاری کرده و نسبت به مسئله مورد بحث اشاره صریحی ندارد. به بیان دقیق‌تر، فرض ماده ۴۷ ناظر به جرم ارائه اطلاعات خلاف واقع است نه دستکاری بازار.

۳. بندهای ۲ و ۴ ماده ۴۹، نیز به‌نحوی مشمول استدلال شماره ۲ هستند و باید آن را ناظر به جرم‌انگاری پدیده دیگری همچون خودداری از ارائه اطلاعات به سازمان دانست که خود یک عنوان مجرمانه مجزا از دستکاری بازار است.

۴. ماده ۵۱، با این مقرر که «در صورت ارتکاب تخلفات مندرج در این قانون توسط اشخاص حقوقی، مجازات‌های پیش‌بینی شده بر حسب مورد، درباره آن دسته از اشخاص حقیقی إعمال می‌شود که از طرف اشخاص حقوقی یادشده، مسئولیت تصمیم‌گیری را بر عهده داشته‌اند» صرفاً بر نحوه مجازات اشخاص حقوقی دلالت دارد و در واقع غیر از این فرض متعرض موضوع دیگری نیست.

۵. منطق ماده ۵۲ قانون نیز به شرح استناد در رأی هیأت، سازمان بورس و اوراق بهادر را مکلف نموده تا مستندات و مدارک مربوط به جرائم موضوع قانون بازار اوراق بهادر (از جمله جرم دستکاری بازار) را به مراجع قضایی ذی‌صلاح اعلام نموده و حسب مورد موضوع را به عنوان شاکی پیگیری نماید. ذیل ماده مارالذکر نیز صراحتاً بیان می‌دارد: «چنانچه در اثر جرائم مذکور، ضرر و زیانی متوجه سایر اشخاص شده باشد زیان‌دیده می‌تواند برای جبران آن، به مراجع قانونی مراجعه نموده و وفق مقررات، دادخواست ضرر و زیان تسليم نماید».

با این تفاسیر از میان مستندات قانونی هیأت داوری در رأی مورد بحث تنها ماده ۵۲ قانون بازار اوراق بهادر محل استناد باقی خواهد ماند، لذا ماده مذبور را با نظر به مسئله مورد بحث تحلیل می‌کنیم. در این خصوص مبرهن است که ماده فوق دو حکم را مدنظر دارد:

۱. تکلیف سازمان بورس به اعلام جرم و ارائه مستندات مربوط به مراجع صالح قانونی، بهسبب اینکه سازمان، نهادی ناظر در حوزه بورس و اوراق بهادر محسوب می‌شود و یکی از ابزارهای مهم قانونی برای انجام وظایف قانونی در این زمینه، همین مقرره مورد بحث است؛ چراکه این تکلیف از جهتی متوجه جایگاه قانونی سازمان می‌باشد و از سوی دیگر اشخاص زیان‌دیده ولو اینکه به طریقی از موضوع اطلاع یابند اسناد، مدارک یا امکانات لازم و کافی برای ارزیابی یا اثبات نزد مراجع قضایی را ندارند.^۱ این رو صدر ماده ۵۲ نسبت به سازمان در اعلام جرمائی چون دستکاری بازار به مراجع قضایی تکلیف قانونی در نظر گرفته و از این جهت تکلیف مذبور صرفاً متوجه سازمان بورس و اوراق بهادر است.

۲. در کنار تکلیف سازمان به پیگیری جنبه مجرمانه موضوع، سایر اشخاص (غیر از سازمان بورس و اوراق بهادر) ازجمله اشخاص خصوصی که بهنحوی از جرم مورد نظر مرتکب خسارت شده‌اند حق اقامه دعوا نزد مراجع ذی صلاح دارند و برای اقامه حق خویش در این زمینه باید عمومات راجع به دادرسی را رعایت نمایند.

مبحث دوم: مسئله صلاحیت رسیدگی و راهکار مطالبه خسارت ناشی از جرم

بنا به مراتب فوق، روشن می‌شود که هیأت داوری بورس در عین در نظر داشتن جنبه کیفری موضوع، قائل به این امر است که چون ضرر و زیان وارد بر اشخاص خصوصی، فرع بر جرم مذبور می‌باشد، رسیدگی به این دعوا در

۱. محمد سلطانی، «صلاحیت هیأت داوری موضوع قانون بازار اوراق بهادر»، مجله تحقیقات حقوقی (دوره ۱۶، ش ۳ (۱۳۹۲): ص ۳۰.

صلاحیت دادگاهی خواهد بود که طبق ضوابط و مقررات صالح به رسیدگی کیفری است. به این معنا که آن مرجع کیفری در اینجا صلاحیت‌دار تلقی شده که می‌تواند از حیث قانونی به ضرر و زیان ناشی از جرم رسیدگی کند. از این رو لازم است وضعیت این موضوع، از حیث اختلاف صلاحیت هیأت داوری بورس با مراجع عمومی کیفری بررسی گردد. اختلاف مورد نظر را باید با امعان نظر به ماده ۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری که مقرر می‌دارد «شاکی می‌تواند جبران تمام ضرر و زیان‌های مادی و معنوی و منافع ممکن الحصول ناشی از جرم را مطالبه کند...» تفسیر نمود. مضاف بر اینکه در این تحلیل نباید صرفاً به جوانب نظری اکتفا کرد، لذا در مانحنیه مسائل و مشکلات سرمایه‌گذاران خصوصی را نیز مورد اشاره قرار می‌دهیم.

فارغ از جنبه عمومی مسئله که در صدر ماده مورد اشاره در قانون بازار اوراق بهادران بر سازمان بورس تکلیف شده، اشخاص خصوصی نیز مشمول حق طرح دعوا هستند و در اصل و اصالت این حق تردیدی نیست و از این منظر محل بحث و تأمل در دو مسئله است:

بند نخست: مسئله صلاحیت رسیدگی

الف) در فرض تقارن جنبه عمومی و خصوصی موضوع

براساس مفاد مواد ۸ و ۹ قانون آیین دادرسی کیفری، صرفاً مطالبه ضرر و زیان ناشی از جرم نزد مرجع کیفری می‌باشد. چنین دعواهی که هدف آن ترمیم خسارت بزه‌دیده و اعاده وضعیت وی به حالت سابق است، با این رویکرد که چون دادگاه جزایی، پس از تحقیقات مقدماتی دادسرا و رسیدگی‌های خویش به ابعاد مختلف ناظر به جرم و نتایج آن آگاهی یافته و می‌تواند درمورد مسئولیت کیفری و مجازات مربوط به آن اتخاذ تصمیم نماید، قادر به تشخیص و تعیین میزان ضرر و زیان ناشی از عمل متهم نیز خواهد بود، لذا در چنین مواردی ممنوعیت دادگاه جزایی درخصوص مسئله مورد بحث، سبب تضییع وقت و هزینه اشخاص و مراجع رسمی خواهد بود.^۱ بنابراین و از منظر تقارن دو فرض ماده ۵۲ قانون بازار اوراق

۱. علی خالقی، آیین دادرسی کیفری (تهران: شهر دانش، چاپ بیست و نهم، ۱۳۹۴)، ج ۱، ص ۲۹۹.

بهادر باید اذعان نمود «راهی که ماده مزبور پیش‌بینی کرده این حسن را دارد که در همان زمانی که سازمان به عنوان شاکی یکی از جرایم قانون بازار به دادگاه مراجعه کرده، زیان‌دیدگان نیز می‌توانند به دادگاه، دادخواست ضرر و زیان تقدیم کنند. کاملاً منطقی است که گفته شود در این حالت هیأت داوری صلاحیت رسیدگی به اختلافی که منشأ آن ادعای جرم است را ندارد»^۱ لذا نتیجه دعوای منتهی به نظر عدم صلاحیت هیأت داوری را می‌توان ناظر به این فرض در نظر گرفت که البته در مواردی که عملاً موقوف و مختوم به عدم تأمین حقوق خصوصی اشخاص باشد کماکان قابل تأمل خواهد بود. در این خصوص به این مثال اکتفا می‌کنیم که چنانچه در نتیجه رأی اصداری، خواهان بخواهد موضوع دعوا را نزد مراجع کیفری مطالبه نماید، پیگیری وی از یک منظر منوط به انجام تکلیف توسط سازمان نیز خواهد بود. و چون از سویی ارائه مستندات ناظر به دستکاری متوجه سازمان است، در صورتی که مراتب ناظر به جنبه عمومی ترتیب اثر داده نشود درنتیجه، دعوای خصوصی سرمایه‌گذار نیز به نتیجه مطلوبی نائل خواهد شد.

ب) در فرض عدم تقارن جنبه عمومی و خصوصی موضوع

از این منظر که گاهی تقارن جنبه عمومی و خصوصی جرم دستکاری بازار اوراق بهادر متصور نیست، محل نزاع هنوز پابرجاست چراکه با امعان نظر به جمیع مسائل ناظر به صلاحیت مرجع کیفری و حدود و ثغور دعوای خصوصی مطالبه ضرر و زیان ناشی از جرم، به نظر می‌رسد که: اولاً، در برخی دعاوی مطروح نزد هیأت داوری بورس، موضوع خواسته اساساً ضرر و زیان ناشی از جرم نیست تا فرض صلاحیت مراجع جزایی متصور باشد؛ ثانیاً، چنانچه به فرض قرابت جنبه کیفری و خصوصی موضوع، مبنای هیأت داوری ناظر به فرض تقارن جنبه عمومی و خصوصی موضوع را در فرض حاضر نیز اتخاذ کنیم، مجرایی برای عدم صلاحیت در صورت عدم تقارن جنبه عمومی و خصوصی موضوع وجود ندارد و نهایتاً می‌توان قائل به صدور قرار اناطه بود. بنابراین، موجبات رسیدگی به جنبه خصوصی نزد

۱. محمد سلطانی، پیشین، ص. ۳۰۲

مراجع جزایی همواره فراهم نبوده و حتی در مواردی ممکن است موجب پیچیدگی دعوا و نقض غرض (از حیث اطاله رسیدگی و تضییع وقت و هزینه اشخاص و مراجع رسیدگی) گردد. پس درخصوص صلاحیت مرجع کیفری چنین به نظر می‌رسد که شرط مهم طرح دعوای خصوصی در این مرجع، طرح دعوای عمومی نزد مرجع مذبور است. از این رو زیان دیده از جرم نمی‌تواند بدون آغاز تعقیب کیفری، دعوای خصوصی ناظر به آن را طرح نماید.^۱ در غیر این صورت روشن است که دعوای مذکور نزد دادگاه ذی صلاح حقوقی مطرح خواهد شد، لذا در این مورد مسلم است که با توجه به صلاحیت ذاتی هیأت داوری بورس بر مبنای حکم ماده ۳۶ قانون بازار اوراق بهادر و حرفه‌ای بودن فعالیت ناظر به موضوع مورد بحث، دعوای یادشده باید نزد هیأت داوری طرح گردد.

بند دوم: راهکار مطالبه خصوصی خسارت ناشی از جرم دستکاری بازار

بنا به مطالب مذکور به نظر می‌رسد که رویه رسیدگی در فرض عدم تقارن جنبه عمومی و خصوصی موضوع قابل نقد باشد، زیرا: اولاً، از سویی جرم‌انگاری یک پدیده، نافی سایر ابعاد حقوقی آن نمی‌باشد و رسیدگی به جنبه حقوقی یک دعوا نیز فی‌نفسه ملازمه‌ای با بعد کیفری ندارد؛ ثانیاً، براساس صراحة مقرره ماده ۳۶ قانون بازار اوراق بهادر جمهوری اسلامی ایران، خسارت مورد نزاع موضوعی کاملاً حرفه‌ای محسوب شده، رسیدگی به آن در صلاحیت ذاتی هیأت داوری است. درواقع تخصیص صلاحیت عام دادگستری به صلاحیت هیأت داوری، خود گواهی است بر مجوز قانونی رسیدگی توسط هیأت مورد بحث. با این حال، فارغ از برخی دفعه‌های فی و عملی، در فرض تقارن جنبه کیفری و خصوصی نزاع، از این جهت که ادامه رسیدگی منوط به احراز جرم می‌باشد چنین مسئله‌ای از طریق نهاد اناطه مرتفع خواهد شد.

به هر حال، نتیجه عملی فرض هیأت داوری در نفی صلاحیت خویش آن بوده است که رسیدگی به این موضوع جنبه عمومی دارد و در حیطه حقوق نهاد

۱. علی خالقی، پیشین، ص ۳۰۲.

ناظر (سازمان بورس و اوراق بهادار) می‌باشد حال آنکه صرفاً طرح جنبه‌های عمومی مسئله از حقوق و تکالیف سازمان محسوب می‌شود، لذا نمی‌توان چنین تصور نمود که بهواسطه جنبه عمومی دعوا، جنبه خصوصی آن منتفی شده و سایر ذی‌نفعان (اشخاص خصوصی) فاقد سمت باشند. بنابراین، با امعان نظر به دو فرض مورد اشاره علاوه بر اینکه رویه هیأت داوری در این خصوص از حیث حقوقی و هنجاری صحیح به نظر نمی‌رسد، از جهت اثباتی نیز اتخاذ رویه مزبور تالی فاسد خواهد داشت و گاهی عملًا موجبات اطاله رسیدگی، و سردرگمی سرمایه‌گذاران و فعالان خصوصی بازار را فراهم می‌کند. برای نمونه، اگر در این دعوایی که هیأت داوری صلاحیت خود را نفی کرده، خواهان بخواهد موضوع را از طریق مراجع کیفری پیگیری و مطالبه نماید قطعاً به فراخور تفسیری که از ماده ۵۲ قانون یادشده خواهد شد، مطالبه چنین خواسته‌ای را منوط به طرح موضوع و پیگیری از سوی سازمان بورس و یا لاقل استعلام از آن سازمان خواهد دانست و چنانچه سازمان در این خصوص با شاکی خصوصی همکاری نکند دادخواهی خصوصی وی به سرانجام خواهد رسید. حتی اگر خواهان با چنین مانعی نیز روبرو نشود، به‌سبب تخصصی بودن مسئله و عدم وجود پتانسیل‌ها و ابزارهای تخصصی در رسیدگی به دعوای مذکور نزد مراجع عمومی دعوای او ممکن است از توفیق چندانی برخوردار نشود؛ چراکه فارغ از عدم تأثیر مجرم بودن یا نبودن مشتکی^۱ عنه در نتیجه دعوای مطالبه خسارت ناشی از جرم، یا مراجع پیش‌گفته به‌سبب عدم اشراف فنی، چنین دعوای را استماع نکرده و یا در صورت پذیرش، تخصص چندانی در شناخت جوانب آن خواهند داشت. از این رو چنین فرایندی در هر صورت منجر به سردرگمی ذی‌نفعان خصوصی خواهد شد.

روشن است که این رویکرد محدود به مطالبه خصوصی خسارت ناشی از دستکاری بازار نبوده و در نهادهای حقوقی مشابه همچون خسارت ناشی از معامله مبتنی بر اطلاعات نهانی نیز قابل پذیرش است. کما اینکه برخی در این خصوص به درستی استدلال کرده‌اند که «هر چند اثبات جرم و صدور حکم محکومیت متهم می‌تواند با اثبات تقصیر مرتكب راه را برای اثبات مسئولیت مدنی وی هموارتر سازد

لکن رسیدگی به ضرر و زیان ناشی از جرم، متوقف بر رسیدگی به جنبه مجرمانه آن نیست، زیرا نه تنها مسئولیت مدنی و مسئولیت کیفری ارکان علی حده و مجازی برای اثبات دارند، بلکه رسیدگی به جنبه کیفری موضوع ممکن است با عدم احراز رکن روانی جرم، منجر به برائت متهم شود؛ در حالی که چنین چیزی لزوماً به معنای عدم مسئولیت مدنی مرتکب نیست.^۱ از این رو با توجه به تشابه دو جرم معامله مبتنی بر اطلاعات نهانی و دستکاری بازار از حیث اثر دو وجهی حقوقی و کیفری، استدلال فوق در موضوع حاضر نیز قابل پذیرش و استناد می‌باشد.

بنا به مراتب فوق، به نظر می‌رسد با توجه به مفروغ بودن جنبه خصوصی دعوا نسبت به جنبه عمومی آن، رسیدگی به جنبه حقوقی دعوای مزبور در صلاحیت هیأت داوری است، لذا مرجع مذکور باید با توجه به این انصاف موضوعی، صرفاً به اولویت مسئله کیفری نسبت به بعد حقوقی اکتفا ننماید و سایر زمینه‌ها و آثار دعوا را نیز مدنظر قرار دهد تا در شرایط قضایی کنونی موجبات تحقق عدالت قضایی نیز فراهم گردد. بر این اساس، حتی می‌توان ادعا کرد که اگر هیأت داوری با استفاده از ابزارهای فنی و تخصصی خویش (از جمله دو عضو متخصص مالی هیأت و استعلام مراتب موضوع از اشخاص تحت نظارت) بدون صدور قرار اناطه نیز مبادرت به رسیدگی و صدور رأی در چنین دعوایی کند، اقدام او توجیه‌پذیر بوده، با مصالح بازار و حقوق سرمایه‌گذاران نیز انطباق بیشتری خواهد داشت.

۱. محمدصادق شبانی، تحلیل فقهی - حقوقی اعتبار و آثار معامله مبتنی بر اطلاعات نهانی در بازار سرمایه ایران؛ با مطالعه تطبیقی در کامن لا، رساله دکتری حقوق خصوصی (تهران: دانشگاه امام صادق(ع)، ۱۳۹۶)، ص ۲۷۲.

نتیجه‌گیری

با وجود اینکه جرائمی همچون دستکاری بازار اوراق بهادار از جنبه عمومی و طبعی غیرقابل گذشت برخوردارند، چنین خصیصه‌ای مانع مطالبه خصوصی خسارت ناشی از آن نیست. در این خصوص، سؤال مهم آن است که: مرجع صلاحیت‌دار رسیدگی به چنین دعواهای کدام نهاد خواهد بود؟ یعنی دعواهای مطالبه خسارت ناشی از دستکاری بازار و جرائمی از این قبیل باید نزد چه مرجعی طرح شود؟ این امر از سویی متوجه مرجع جزای است که رسیدگی به جرم مربوطه نزد آن مطرح شده و از سوی دیگر ناظر به هیأت داوری موضوع ماده ۳۷ قانون بازار اوراق بهادار خواهد بود. به رغم اینکه از حیث حقوقی در قوانین حاضر امکان مطالبه خسارت ناشی از دستکاری بازار اوراق بهادار از مجرای مرجع کیفری نیز وجود دارد، چنین امکانی ممکن است در عمل عدالت حقوقی را در کشاکش جنبه عمومی موضوع با وجهه خصوصی آن تضمین نکند، زیرا مطالبه خصوصی خسارت مترتب بر دستکاری بازار الزاماً ملازمه‌ای با پیگیری مجرمانه آن ندارد و قائل شدن به چنین تقارنی منوط به پیگیری از سوی سازمان بورس و اوراق بهادار نیز خواهد بود. روشن است در صورتی که مراتب طرح این موضوع از سوی سازمان مزبور غیرضروری یا فاقد امکان مطالبه تلقی شود و از این حیث پیگیری لازم صورت نگیرد، دعواهای خصوصی با توفیق چندانی مواجه خواهد شد. از این رو برای رفع چنین کاستی‌هایی باید به اطلاق ماده ۳۶ قانون بازار تمسک نمود و رسیدگی به دعواهای مطالبه خصوصی خسارت ناشی از دستکاری بازار را در صلاحیت هیأت داوری بورس دانست. این در حالی است که هیأت مزبور رویه یکسانی اتخاذ نکرده و در این خصوص دو طریق متفاوت (۱. عدم صلاحیت خویش در رسیدگی به چنین دعواهی؛ ۲. اتخاذ قرار اناطه رسیدگی) را در نظر داشته است.

فهرست منابع:

۱. جمالی، جعفر و محمد صادقی، رویه هیأت داوری بورس و اوراق بهادر (تهران: انتشارات بورس، ۱۳۹۶).
۲. خالقی، علی، آیین دادرسی کیفری (تهران: شهر دانش، چاپ بیست و نهم، ۱۳۹۴).
۳. سلطانی، محمد، «صلاحیت هیأت داوری موضوع قانون بازار اوراق بهادر»، مجله تحقیقات حقوقی، دوره ۱۶، ش ۳ (۱۳۹۲).
۴. شبانی، محمدصادق، تحلیل فقهی - حقوقی اعتبار و آثار معامله مبتنی بر اطلاعات نهانی در بازار سرمایه ایران؛ با مطالعه تطبیقی در کامن لا، رساله دکتری حقوق خصوصی (تهران: دانشگاه امام صادق(ع)، ۱۳۹۶).
۵. قربانی، مجید و عباس باقری، «دستکاری بازار اوراق بهادر»، فصلنامه پژوهش حقوق، س دوزادهم، ش ۲۹ (۱۳۸۹).
- 6.Korsmo, Charles, Mismatch: The Misuse of Market Efficiency in Market Manipulation Class Actions, William & Mary Law Review, 2011, Vol. 52, No. 4.

قلمرو مفهوم اعمال حاکمیت در مسئولیت مدنی دولت ناشی از انتقال بیماری‌های خونی در پرتورویه قضایی

محمد حسنوند*

حسین نجفی**

سابقه موضوع:

شیوع بیماری‌های ویروسی خطرناک (ایدز و هپاتیت) در اواخر قرن گذشته، و امکان انتقال آنها از طریق تزریق خون، مسئله آثار حقوقی و مسئولیت ناشی از انتقال خون آلوده را مطرح کرده است. در جریان انتقال خون، عوامل متعددی دخالت دارند که ممکن است مسئول باشند و مسئولیت هریک، تابع قواعد خاصی است و آن عوامل عبارتند از:

- مراکز انتقال خون
- مراکز درمانی که خون آلوده در آنجا به بیمار تزریق شده است.
- پزشکی که انتقال خون را تجویز و یا تزریق می‌کند.
- عامل یا مسبب حادثه‌ای که باعث جراحت زیان‌دیده و نیاز او به تزریق خون شده است.
- دولت به اعتبار اینکه تهیه و توزیع فرآورده‌های خونی یک خدمت عمومی محسوب شود.

*دانشجوی دکتری حقوق عمومی دانشگاه شهید بهشتی تهران و قاضی دیوان عدالت اداری
mo.hasanvand@sbu.ac.ir

**دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه آزاد اسلامی واحد دامغان
Hossein.Najafi66@gmail.com



سازمان انتقال خون به عنوان یک ارگان دولتی و بالاترین مرجع تأمین خون در ایران با نظارت وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی در حال فعالیت می‌باشد که از این رهگذر ممکن است خسارات بسیار سنگینی به اشخاص نیازمند به خون و مصرف کنندگان، در اثر آلوودگی‌های این محصول وارد آید. از آنجا که نایمینی محصولات خونی، اجتناب‌ناپذیر است و تأمین این فراورده‌ها جزو اعمال حاکمیتی می‌باشد دولت در مقام پاسخ‌گویی به دعاوی جیران خسارت مطروحه، به ماده ۱۱ قانون مسئولیت مدنی متولّ گردیده، سعی در گریز از مسئولیت داشته است لذا در مقاله حاضر تلاش شده فعالیت و عملکرد حاکمیتی این سازمان دولتی تبیین گردد و ضمن ارائه تفسیری صحیح از ماده مجبور، آراء محاکم قضایی مبتنی بر مسئولیت و محکومیت دولت به دلیل نقص و اختلال در فرآیند تولید و توزیع خون و محصولات آن مورد بررسی قرار گیرد.

مشخصات رأی

کلاسه پرونده: ۸۸۱۵۹۹/۳

شماره دادنامه: ۹۰/۳۸۰

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

خواسته: مطالبه خسارت

مراجع رسیدگی کننده: شعبه سوم دادگاه تجدیدنظر استان تهران

مشخصات رأی

شماره پرونده: ۸۹۰۹۹۸۰۲۲۶۱۰۰۳۸۸

شماره دادنامه: ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۱۲۰۰۸۰۵

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

خواسته: مطالبه خسارت

مراجع رسیدگی کننده: شعبه ۱۲ دادگاه تجدیدنظر استان تهران

مشخصات رأی

شماره پرونده: ۸۵۰۹۹۸۰۲۲۶۱۰۰۳۰۷

شماره دادنامه: ۸۸۰۹۹۷۰۲۲۶۱۰۰۸۷۵

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

خواسته: مطالبه خسارت

مراجع رسیدگی کننده: شعبه اول دادگاه عمومی (حقوقی) شهرستان تهران

۱. مقدمه

خون مایعی زیستی و عامل اصلی در رساندن مواد حیاتی به اعضاء و بافت‌های بدن است، اخلال در سیستم خون‌رسانی یا کمبود خون در بدن در اثر بیماری یا حوادث تنها با تزریق خون سایر افراد قابل جبران است لذا از این منظر ماده‌ای است میرم و ضروری؛ چنانکه مشهور است: «اهداء خون، اهداء زندگی است». به این دلیل مراکز خاصی تحت عنوان «مرکز انتقال خون» در کشورها وجود دارند که این فرآورده‌ها را از انسان‌هایی که به لحاظ فیریولوژیکی قادر به اعطاء آن هستند گرفته و نگهداری می‌کنند و در موقع لزوم، به بیماران و مصدومانی که نیازمند آن هستند، تزریق می‌نمایند.

موضوع «خون» و انتقال آن، از جهات مختلفی در علم حقوق قابل طرح و بررسی است. گاهی از این جهت که ممکن است اعطاء کننده خون در ازاء آن، وجهی مطالبه نماید. اینجاست که موضوع فروش خون به عنوان یک کالای تجاری و مشروعیت دادوستد آن مطرح می‌شود. در حقوق فرانسه، دست‌کم در موردی که شخص مستقیماً خونش را به دیگری اعطاء می‌کند، در اینکه خون بتواند موضوع دادوستد قرار گیرد محل تردید است، ولی در فرضی که خون در مرکز انتقال خون، نگهداری و مورد آزمایش قرار می‌گیرد و به فرآورده‌های خونی، تبدیل و برحسب مورد به نیازمند منتقل می‌شود، می‌تواند موضوع بیع قرار گیرد. چه بسیارند افرادی که در اثر صدمات و جراحات ناشی از برخی حوادث (رانندگی، کار و ...) نیازمند خون می‌گردند و یا اشخاصی که به‌سبب ابتلاء به بعضی بیماری‌ها (هموفیلی یا

تالاسمی و ...) ملزم به تزریق خون می‌شوند و شمار افرادی که در اثر تزریق آن، به بیماری‌های مهلك ایدز یا هپاتیت مبتلا می‌گردند بسیار بالاست و زیان سنگینی از این بابت متوجه قربانیان می‌گردد. مبتلایان چنین بیماری‌هایی در معرض مرگ تدریجی قرار می‌گیرند، زیرا هنوز برای آن، راه درمانی یافته نشده است. حال سؤالی که مطرح می‌شود اینکه: چه کسی مسئول است؟ آیا بر طبق قواعد سنتی مسئولیت مدنی باید در پی ارکان و شرایط مسئولیت مدنی (تقصیر و رابطه سببیت) بود، یا باید چاره دیگری اندیشید و به جای جستجوی مسئول حادثه، به فکر راه حلی برای جبران خسارت قربانیان این حوادث بود؟ در نظامهای حقوقی مختلف جهان در راستای این هدف و به منظور استدراک مافات و جبران خسارت وارد بر قربانی، از قاعده سنتی «مسئولیت مبنی بر تقصیر» عدول کرده، راه حل‌هایی را پیش‌بینی نموده‌اند. به رغم پیشرفت‌های چشمگیر در زمینه تأمین محصولات خونی در چند دهه گذشته، آلودگی و بیماری‌های ویروسی ناشی از این فرآورده‌ها چنان شیوع داشته که شمار مبتلایان افزایش یافته است و بی‌تر دید حیات و سلامت بشر مدام با تهدید روبه‌روست، به همین جهت تمھیدی اتخاذ گشته تا دولت در امر تولید و توزیع آن، مداخله و نظارت نموده و با در دست گرفتن شیوه انحصاری روند تولید، درصد حمایت و حفاظت از سلامت و بهداشت شهروندان تحت سیطره خود درآید. حتی مداخله دولت به عنوان یک شخصیت حقوقی مقتدر با در اختیار داشتن امکانات، منابع و تجهیزات وسیع نیز نتوانست مانع انتقال عوارض ناخواسته خون و ایراد ضرر به اشخاص نیازمند به آن شود، لذا دادگاه‌ها با سیل عظیمی از طرح دعوی جبران خسارت علیه سازمان انتقال خون، مرکز پژوهش و پالایش خون و وزارت بهداشت درمان و آموزش پزشکی مواجه شدند و سازمان‌های دولتی مربوطه از اسباب معافیت و عواملی که موجب قطع ارکان سه‌گانه مسئولیت مدنی می‌شود بهره جستند و با استناد به ماده ۱۱ قانون مسئولیت مدنی به عنوان یک مانع قانونی، در پی معافیت از جبران خسارت برآمدند. رویه قضایی در این زمینه ضمن پذیرش عمل حاکمیتی دولت و محکومیت سازمان و وزارت‌خانه مذکور به جبران خسارات جسمانی، مادی و معنوی

مبتلایان به بیماری‌های خونی هپاتیت و ایدز و ... نقش بسیار مهمی در مطرود گذاشتن تفکر مصنوبیت دولت، تعديل ماده ۱۱ ق.م. و وجود مسئولیت در عمل حاکمیتی دولت داشته است.

مسئولیت مدنی دولت اندیشه نسبتاً جدیدی است. در گذشته، دولت نه تنها هیچ ضمانتی در برابر کسی نداشت بلکه برای از هرگونه مسئولیتی بود چنانکه در انگلیس مشهور است: «The King Can Do No Wrong».

رمز این اندیشه در حاکمیت الهی پادشاه نهفته بود؛ چراکه او سایه خدا (ظل‌الله) بر روی زمین بود و مشروعیت خود را از خدا به دست می‌آورد. عمالاً، هم پادشاه فعال مایشاء و حاکم مایرید بود، هم قانونگذار، هم قاضی و هم مجری.^۱ اما به مرور این اندیشه تعديل گشت تا جایی که امروزه در حقوق سایر کشورها نمونه‌های پذیرش مسئولیت مدنی دولت بسیار مشاهده می‌شود و این موضوع حکایت از آن دارد که قابلیت پذیرش مسئولیت مدنی دولت در کشور ما نیز وجود دارد. برای مثال، یکی از بیماران هموفیلی که در اثر انتقال خون آلوده به بیماری ایدز مبتلا شده بود، دعوایی علیه دولت فرانسه مطرح کرد. دیوان اروپایی حقوق بشر، در ۳۱ مارس ۱۹۹۲ دولت فرانسه را محکوم به جبران خسارت نمود.^۲

۲. مفهوم «اعمال حاکمیت»

بررسی اعمال حاکمیت دولت مربوط به حقوق عمومی و اداری است و اگرچه قانونگذار تعریف دقیقی از مفهوم مزبور که معمولاً در مقابل «اعمال تصدی» به کار می‌رود، ارائه نداده است، اما به لحاظ ارتباط آن با مسئولیت مدنی قهری دولت، این قبیل اعمال قابل بررسی و مطالعه می‌باشد. اندیشه مسئول بودن مأموران دولتی در برابر جامعه برای نخستین بار در ماده ۱۵ اعلامیه حقوق بشر و شهروند مورخ ۲۶ اوت ۱۷۸۹ در کشور فرانسه مطرح می‌شود که بهموجب آن، جامعه حق دارد از هر مأمور

۱. فردین مرادخانی و حسین اسفندیاری، «مبانی مسئولیت مدنی دولت در پرتو قوانین ایران»، *فصلنامه گفتگو حقوقی*، شمارگان ۱۵ و ۱۶ (پاییز و زمستان ۱۳۸۸)، ص ۵۲.

2. BERGES (N.), «La sécurité des produits sanguins labiles», *Gazette du Palais*, juin 2006, n°161.

دولتی در باب دستگاه اداری وی توضیح بخواهد.^۱ تقسیم عملیات دولتی، برای اولین بار در کتاب حقوق اداری «هانری دو پانزی»^۲ مطرح گردید اما در نیمه دوم قرن نوزدهم «لافریر»^۳ بیش از همه باعث اشتهران نظریه شد.^۴ باید در نظر داشت که زمینه‌های تاریخی و عوامل سیاسی موجب پیدایش نظریه اعمال حاکمیت و تصدی در کشور فرانسه شده ولیکن دلیل اصلی تکوین نظریه مزبور، توجیه لزوم جبران خسارت‌های ناشی از اعمال دولت و مسئولیت مدنی اداره بوده است.^۵ در تبیین تقسیم‌بندی مذکور از اعمال دولت، مقامات اداری دو وظیفه دارند: یکی، حاکمیت دولت را اعمال می‌کنند و بدان وسیله، نظام و آرامش را برقرار می‌سازند و از آنجایی که این اعمال ناشی از قدرت است، دولت به عنوان حاکم و قدرت مطلقه نمایان شده و به مردم تحکم می‌نماید مانند تأسیس معابر عمومی و میادین، استخدام مأموران دولتی، وضع قوانین، حفظ امنیت، اخذ مالیات و نظارت بر امور اقتصادی؛ دو دیگر، مأمور مباشرت و اداره اموال عمومی هستند و دارای شخصیتی حقوقی نظیر سایر شخصیت‌های است و به این اعتبار اعمال حقوقی مشابه اعمال و معاملات سایر افراد انجام می‌دهد یعنی ممکن است مالک، داین و یا مدیون واقع شود.^۶ قابل توجه است که مسئولیت مدنی دولت در این کشور سه دوره متفاوت را پشت سر نهاده است:

- دوران عدم مسئولیت دولت
- دوران مسئولیت دولت در اعمال تصدی
- دوران مسئولیت دولت در اعمال حاکمیت و تصدی با تشخیص
دادگاههای ویژه^۷

۱. ابوالفضل قاضی، حقوق اساسی و نهادهای سیاسی (تهران: انتشارات دانشگاه تهران، چاپ سوم، ۱۳۷۰)، ص ۶۴۱.

2. Henrion de pansey

3. Laferriere

۴. علی‌اصغر پورهمایون، «اعمال حاکمیت و تصدی»، مجموعه حقوقی، سال ششم، شماره ۲۸ (۱۳۱۹): ۸۱۸.

۵. ابوالفضل قاضی، پیشین، ص ۶۴۲.

۶. علی‌اصغر پورهمایون، پیشین.

۷. ابوالفضل رنجبری، نظریه اعمال حاکمیت و مقایسه آن با نظریه احکام حکومتی (پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشکده حقوق دانشگاه تهران، ۱۳۷۳-۷۴)، ص ۲۹.

در کشور انگلیس این تقسیم‌بندی اعمال دولتی همانند آنچه در حقوق فرانسه مورد بررسی قرار گرفت مطرود گشته و جایگاهی ندارد. دعاوی اشخاص علیه دولت، در محاکم عمومی دادگستری رسیدگی می‌گردد و هیچ‌یک از اعمال دولت به بهانه اعمال قدرت عمومی از جبران خسارت وارد به شهروندان مستثنی نمی‌شود.^۱

اصطلاح اعمال حاکمیتی و تصدی، از مجرای حقوق اداری فرانسه وارد ادبیات حقوق کشور ایران شده است.^۲ در ادبیات موجود گاه به جای این اصطلاح از اصطلاح «عمل مالی - غیرمالی»، «عمل حکومتی - غیرحکومتی» و «عمل حقوق عمومی - حقوق خصوصی» استفاده می‌گردد.^۳ در نظام حقوقی ایران، نخستین بار با تصویب ماده‌واحده قانون تعیین مرجع دعاوی بین اشخاص و دولت در اردیبهشت ۱۳۰۷، تقسیم اعمال دولت به حاکمیت و تصدی به طور ضمنی مورد شناسایی قرار گرفت. تبصره یک ماده^۴ این قانون در تعریف اعمال تصدی دولت برآمده است: «اعمال تصدی، اعمالی است که دولت از نقطه‌نظر حقوق مشابه اعمال افراد انجام می‌دهد، مانند خرید و فروش املاک و غلات و اجاره و استیجاره و امثال آن و هدف از این‌گونه اعمال عمدتاً تولید سود و کسب منفعت است». در تعریف اعمال تصدی گفته شده است: «دولت کارهایی را دنبال می‌کند که مردم نیز در روابط خصوصی خودشان انجام می‌دهند؛ مثلًاً همانند تجار و صنعتگران به تجارت و خرید و فروش می‌پردازد».^۵ در این قانون، اعمال حاکمیت تعریف نشده است و مرز دقیقی بین این دو عمل وجود ندارد اما ظاهر امر آن است که آنچه وارد قلمرو اعمال تصدی نمی‌شود اعمال حاکمیت محسوب خواهد شد.^۶

۱. Foulkes, David, *Administrativelaw*, London, Butter worths, 1920, p450

به نقل از همان، صص ۱۱۹ و ۱۲۹.

۲. علی‌اصغر پورهمایون، پیشین، ص ۸۱۷

۳. مشتاق زرگوش، *مطالعه تطبیقی مسئولیت مدنی دولت* (تهران: انتشارات میزان، چاپ اول، ۱۳۸۹).

ج ۱، ص ۴۰۴.

۴. حسین صفائی و مرتضی قاسمزاده، *حقوق مدنی اشخاص و محجورین* (تهران: انتشارات سمت، چاپ ششم، ۱۳۸۰)، ص ۱۷۱.

۵. عبدالحمید ابوالحمد، *حقوق اداری ایران* (تهران: انتشارات طوس، چاپ اول، ۱۳۷۰)، ص ۸۲۳.

با بررسی ضوابط موجود در باب مالکیت معادن نیز این مسئله قابل بررسی است زیرا معادن، جزء اموال عمومی بهشمار می‌آیند و در مالکیت دولت به معنای عام است ولی این مالکیت برخلاف مالکیت خصوصی، بیشتر از جهت اعمال حاکمیت و سلطه و اشراف دولت است تا اعمال حقوق مالکانه. به هر حال، اصل ۴۵ قانون اساسی، معادن را جزء انفال و ثروت‌های عمومی دانسته، لذا مشمول مالکیت عمومی است. درخصوص معادن تاکنون قوانین مختلفی به تصویب رسیده که قانون جدید سال ۱۳۷۷، ضابطه مالکیت را حذف کرده و معادن را به‌طور کلی تابع ضوابط حقوق عمومی دانسته و همچنین حقوق دولت را «اعمال حاکمیت» و حقوق اشخاص را «اعمال مالکیت» توصیف نموده است زیرا برابر ماده ۲ قانون جدید، مسئولیت اعمال حاکمیت بر عهده دولت می‌باشد و این اعمال حاکمیت برای حفظ ذخائر معدنی، صدور اجازه فعالیت معدنی نظارت بر امور، توسعه فعالیت‌های معدنی، توسعه صادرات مواد معدنی با ارزش افزوده، ایجاد اشتغال و افزایش سهم معادن در توسعه اقتصادی و اجتماعی کشور است. اعمال حاکمیت مذکور، مانع اعمال مالکیت اشخاص نخواهد بود و تعریف مذکور از اعمال حاکمیت تابع همان رویکرد کلی است که طرفدار کاهش نقش انحصاری دولت و کاهش تصدی گری دولت و توسعه فعالیت بخش خصوصی است.^۱

در ماده ۱۱ قانون مسئولیت مدنی، قانونگذار بدون هیچ تعریفی از عمل حاکمیت، از آن نام می‌برد و دلیل آن اینکه پیشینه‌ای از عمل حاکمیتی در ذهن او وجود داشته که این سابقه به قبل از سال ۱۳۳۹ مربوط می‌شود و اگر به گذشته بازگرددیم به قانون راجع به قانون دعاوی اشخاص و دولت مصوب ۱۳۰۷ برخورد خواهیم کرد که ماده واحده موصوف، بهموجب ماده ۱۰ قانون دعاوی اشخاص و دولت مصوب ۱۳۰۹/۸/۱۲ نسخ شده است.^۲ به عقیده برخی، اموری را که دولت در جهت تأمین منافع اجتماعی، برقراری نظم و امنیت و ایجاد عدالت به

۱. محمدطاهر کنعانی، «حق بهره‌برداری از معادن»، فصلنامه حقوق دانشکده حقوق و علوم سیاسی،

دوره ۴۰، شماره ۳ (۱۳۸۹): صص ۲۸۴-۲۸۵.

۲. مشتاق زرگوش، پیشین، ص ۴۱۱.

عهده دارد می‌توان از اعمال حاکمیت محسوب نمود زیرا هدف در اعمال تصدی، کسب سود و منفعت است.^۱ به هر حال، ماده‌واحده یادشده و تبصره‌های آن، با ماده ۱۰ قانون دعاوی اشخاص و دولت مصوب ۱۳۰۹/۸/۱۲ نسخ شده ولی قانون مدیریت خدمات کشوری در سال ۱۳۸۶ سعی در ارائه تعریفی از امور حاکمیتی نموده است و مطابق ماده ۸ این قانون، امور حاکمیتی چنین تعریف شده: «آن دسته از اموری است که تحقق آن، موجب اقتدار و حاکمیت کشور است و منافع آن بدون محدودیت شامل همه اقشار جامعه گردیده و بهره‌مندی از این نوع خدمات موجب محدودیت برای استفاده دیگران نمی‌شود». بنده (ک) ماده مذکور نیز «ارتقاء بهداشت و آموزش عمومی، کنترل و پیش‌گیری از بیماری‌ها و آفات‌های واگیر، مقابله و کاهش اثرات حوادث طبیعی و بحران‌های عمومی» را به عنوان یک عمل حاکمیتی بیان نموده است.

دیگر صاحب‌نظران دانش حقوقی نیز ضابطه تمیز این دو قسم اعمال دولتی را رنگ و صبغه سیاسی می‌دانند زیرا اعمال حاکمیتی دارای نشان سیاسی هستند در حالی که اثری از سابقه سیاسی در اعمال تصدی دولت مشاهده نمی‌شود. برای بنیاد اعمالی نظیر اعلام حکومت نظامی، تدابیر بهداشتی برای پیش‌گیری از بروز برخی بیماری‌های خطرناک یا اخراج بیگانگان، در شمار اعمال حاکمیتی هستند. معیار دیگری که از انتقاد مصون نمانده است توسل به قرارداد یا ایقاع برای تعریف اعمال تصدی و حاکمیت است با این توضیح که اعمال حاکمیت معمولاً یک‌جانبه انجام می‌گیرد اما اعمال تصدی اغلب ضمن قراردادهای خصوصی صورت می‌یابد.^۲ از آنجایی که فعالیت و اعمال سازمان انتقال خون ایران که یک سازمان فنی - تخصصی و به اعتبار اساسنامه مصوب ۱۳۶۳/۳/۲، وابسته به وزارت بهداری و دارای شخصیت حقوقی مستقل بوده و امور آن طبق ضوابط اساسنامه، مقررات

۱. محمدعلی پناهنده، «محددوده مسئولیت مدنی دولت در قبال اعمال زیان‌بار خود»، مجله علمی تخصصی کانون وکلای دادگستری منطقه فارس، دوره ۳، شماره ۶ (۱۳۸۶): ص ۳۸.

۲. مجید غمامی، مسئولیت مدنی دولت نسبت به اعمال کارکنان خود (انتشارات دادگستر، چاپ اول، ۱۳۷۶)، ص ص ۱۱۵ - ۱۱۶.

عمومی دولت و سایر مقررات مربوطه و هدف والای آن، غیرانتفاعی و رایگان می‌باشد هیچ مبلغ و مابه‌ازاء مادی جهت تولید و عرضه خون به این مؤسسه پرداخت نمی‌شود لذا سؤال در موضوع ما از این قرار است که: فرآیند تولید و توزیع یا انتقال فرآورده‌های خونی توسط دولت جزو کدامیک از اعمال دولتی - تصدی یا حاکمیتی است؟

۱.۲. تبیین عمل حاکمیتی دولت در امر تولید و توزیع خون

در حقیقت، دولت در راستای حمایت از حقوق مصرف‌کننده و تأمین حقوق وی خدمات عمومی و فعالیت‌های عام‌المنفعه و مورد نیاز همگان را خود انجام می‌دهد، ولی در اینکه عملکرد سازمان جزو اعمال تصدی دولت است اندکی باید تأمل کرد زیرا در اعمال تصدی، دولت مانند سایر افراد مداخله کرده و اقدام به خرید، فروش، اجاره و... می‌نماید در حالی که طبق قانون «در دهه پنجم (۱۳۵۰) با تشکیل سازمان انتقال خون، کلیه فعالیت‌های انتقال خون از جذب داوطلب و گرفتن خون تا تهیه و ارسال فرآورده‌های آن به مراکز درمانی به این سازمان، واگذار و کلیه سازمان‌های دولتی و خصوصی از مداخله در فرآیند تولید و شدن»^۱، یعنی هیچ فردی اعم از حقیقی یا حقوقی حق مداخله در فرآیند تولید و توزیع خون را ندارد و تنها سازمان ذی‌صلاح، مجاز به این اقدام است. بنابراین باید گفت وظیفه‌ای است انحصاری و وظایف منحصر به فرد دولت را (که سایر اشخاص قادر و مجاز به انجام آن نیستند) نمی‌توان اعمال تصدی دانست. البته در مقابل این عقیده، بنا بر نظر برخی حقوقدانان «تزریق خون اصلاً عمل حاکمیتی نیست. در ماده ۸ قانون مدیریت خدمات کشوری (مصوب ۱۳۸۶)، اعمال حاکمیتی احصاء شده و تزریق خون منحصر به دولت نیست لذا بخش خصوصی هم می‌تواند آن را انجام دهد. البته در نتیجه تأثیر ندارد ولی عمل حاکمیتی ندانستن تزریق خون،

۱. عصمت‌الله جابری، حقوق مصرف‌کننده (انتشارات دادیار، چاپ اول، ۱۳۸۶)، ص ۵۱.

۲. پیمان عشقی و عبدالمجید چراغعلی، «مقایسه عوایق حقوقی، اجتماعی و اقتصادی ناشی از بیماری‌های منتقل‌شونده از راه خون در ایران و جهان»، فصلنامه خون، دوره ۶ شماره ۴ (۱۳۸۸): ص ۳۰۳.

صحیح‌تر است^۱). انتقادی که بر این نظریه می‌توان وارد ساخت اینکه مواردی که در بندهای ماده ۸ تعریف شده به صورت کلی بوده و قانون مربوطه، به ذکر مصاديق نپرداخته تا بتوان گفت به دلیل عدم ذکر تزریق خون، این عمل حاکمیتی نیست. از سویی دیگر باید در نظر داشت که مطابق بندهای ۶ و ۷ ماده ۲ اساسنامه سازمان انتقال خون، وظیفه تولید و توزیع خون و فرآورده‌های آن به عهده این سازمان می‌باشد. اگرچه به دلیل به روزرسانی روش ویروس‌زدایی، تحریم‌های شدید اقتصادی، مقررات خاص سیستم دولتی و با موافقت سازمان خصوصی‌سازی و وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی و مطابق اصل ۴۴ قانون اساسی به جهت تسريع تولید فرآورده‌های پلاسمایی و بیولوژیک مورد نیازکشور، تهییه و تأمین مواد و وسایل مرتبط با پلاسما و خون، ۸۰ درصد سهام شرکت مادر تخصصی پالایش و پژوهش خون که سابق بر این یک مرکز و شرکت دولتی بوده و تحت نظرات مستقیم سازمان انتقال خون فعالیت می‌کرد، به بخش خصوصی واگذار گردید اما باید توجه نمود که فعالیت شرکت، مطابق با اساسنامه آن مرتبط با جمع‌آوری پلاسما از پایگاه‌های انتقال خون برای تهییه فرآورده‌های مشتق از پلاسما شامل ایمونوگلوبولین نرمال وریدی، آلبومین ۲۰ درصد، فاکتور انعقادی ۸، فاکتور انعقادی ۹، ایمونوگلوبولین ضد هاری با همکاری شرکت‌های معتبر بین‌المللی اروپایی بوده لذا عملکرد این بخش خصوصی صرفاً در عمل پالایش محدود می‌شود و خون‌گیری کmafی‌السابق توسط بخش دولتی (سازمان انتقال خون) انجام می‌پذیرد (شرکت پالایش و پژوهش خون). فلذا شرکت مورد نظر که پیش رو در تأمین فرآورده‌های مشتق از پلاسمای ایرانی است با سازمان انتقال خون در جمع‌آوری پلاسما از مراکز انتقال خون همکاری و ارتباط تنگاتنگ داشته و زیر نظر وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی با رعایت ضوابط، فعالیت و اقدام می‌کند. مع الوصف به سادگی نمی‌توان واگذاری یک بخش از تهییه مشتق‌ات پلاسمایی به بخش خصوصی را

۱. پارسا صفت، (۳۰ آبان ۱۳۹۱) اولین جلسه از سلسله نشست‌های نقد و تحلیل آراء قضایی هموفیلی‌ها – خون‌های آلوده [یادداشت وبلاگ] بازبایی شده از:

<http://www.parsasefat.ir/post/109> (1396/10/24)

ملاکی برای حاکمیتی نبودن تهیه و توزیع خون دانست. ضمن اینکه سازمان انتقال خون در جلسات رسیدگی به پرونده خون‌های آلوده به طور ضمنی عمل حاکمیتی دولت را اعلام کرده است و استناد به ماده ۱۱ ق.م. برای رهایی و معافیت از مسئولیت دولت خود دلیلی دیگر بر حاکمیتی بودن فرآیند انتقال خون است.

لازم به ذکر است در اعمال عادی اشخاص با کسب نوعی سود و منفعت مواجه هستیم به همین جهت افراد جامعه برای به دست آوردن سود به تجارت و امور اقتصادی می‌پردازند ولی آن‌گونه که اشاره شد از تهیه و عرضه محصولات خونی هیچ سود و منفعتی عاید سازمان نمی‌شود و اقدامات سازمان، تبرعی و رایگان است لذا در اینکه این عمل دولتی را عمل تصدی تلقی کنیم تردید پیشه می‌کنیم. به نظر می‌رسد با کنار گذاشتن اعمال تصدی، به این مطلب رهنمون می‌شویم که این عمل دولت را جزء اعمال حاکمیتی بدانیم زیرا وظیفه‌ای انحصاری است که در صلاحیت دولت می‌باشد و سایر اشخاص از مداخله در این امور منع شده‌اند و شاید بتوان گفت بر عهده‌گرفتن این مهم، انگیزه‌های سیاسی نیز در برداشته؛ یعنی به علت تحکم و قدرت‌نمایی، مواضع سیاسی دولتی و عدم مداخله سایر کشورها در تهیه این فراورده‌ها و تأمین و حفاظت جان و تمامیت جسمانی افراد تحت سیطره حکومت، دولت به این تکلیف خود مبادرت نموده است.

۲.۲. بررسی حدود اجرایی ماده ۱۱ ق.م.

مجموعه معاهدات بین‌المللی حقوق بشر در ایران بهویژه میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی در سال ۱۳۵۴ در تعديل ممنوعیت قسمت اخیر ماده ۱۱ ق.م. بی‌تأثیر نیست و «احکام بندهای ۱ تا ۳ میثاق (بهویژه بند سوم آن) به طور قابل ملاحظه‌ای، قسمت اخیر ماده را تخصیص داده و حداقل تا جایی که به قلمرو حقوق و تعهدات ماهوی ناشی از میثاق مربوط می‌شود، زمینه‌ای برای مسئولیت مدنی دولت فراهم می‌آورد، خصوصاً اینکه تصویب میثاق در ایران مؤخر بر تصویب قانون مسئولیت مدنی است. پس اقدامات دولتی مطلقاً و به هر طریقی که مخل حقوق ذاتی مندرج در میثاق منجمله «حق حیات» باشد مغایر با تعهدات دولت بر طبق میثاق مذبور بوده و موجب مسئولیت دولت از جمله مسئولیت به جبران

خسارت و ترمیم زیان است».^۱ به هر روی، بنا به نظر برخی حقوق‌دانان از جمله جمال سیفی باید بر این باور بود که «هرگاه این میثاق را ناسخ قسمت اخیر ماده ۱۱ ق.م. و یا حداقل تخصیصی بر آن بدانیم به نظر می‌رسد ... طرح دعوی علیه اعمال حاکمیتی دولت جهت جبران خسارت وارد منع قانونی ندارد».^۲

طبق قانون مسئولیت مدنی، در صورت ایراد ضرر و تحقق شرایط مسئولیت، جبران خسارت بهمیان می‌آید که مطابق فراز پایانی ماده ۱۱ ق.م.، دولت از جبران خسارت معاف شناخته شده است یعنی ماده مجبور در ابتداء مسئولیت و جبران خسارت را به نوعی «اصل» معرفی می‌کند و عدم مسئولیت دولت را به عنوان استثناء، خارج از اصل می‌داند و درنهایت، میثاق بین‌المللی حقوق مدنی سیاسی با به‌رسمیت شناختن مسئولیت دولت، استثناء ماده ۱۱ ق.م. و عدم مسئولیت دولت را مستثنی ساخته است و به بیانی ساده‌تر، میثاق مذکور با ورود استثناء بر استثناء، ما را به اصل لزوم جبران ضرر وارد که همان مسئولیت در صورت بروز خسارت است رهنمون می‌سازد. با ملاحظه نظر قرار دادن بند ۳ ماده ۳۶ قانون ۱۳۷۶ به این درک و دریافت می‌رسیم که قانون‌گذار ایرانی، پایین‌دستی و رعایت معاہدات و توافق‌نامه‌های دولت ایران و سایر دول را مقدم بر قانون اخیرالذکر می‌داند. همچنین می‌توان گفت بند ۳ ماده یادشده، استثنائی بر ماده ۹ ق.م. است که معاہدات را در حکم قانون لازم‌الاجرا می‌داند و به نظر می‌رسد با وحدت ملاک از این قانون چنین استنباط می‌شود که در مقام تعارض و مقابله قانون مسئولیت مدنی با میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی سال ۱۳۵۴، معاہده بین‌المللی بر آن مقدم شده و قابلیت اجرایی یابد.

۳.۲. مصادیقی از جبران خسارت در اعمال حاکمیتی

الف. ابتداء باید در نظر داشت که اعمال حاکمیت در مورد مسئولیت مدنی مستقیم دولت محل بحث است بی‌آنکه در مسئولیت غیرمستقیم

۱. جمال سیفی، «رأى موسوم به هموفيلي‌ها: نگاهی نو به مسئولیت مدنی دولت در رویه قضایي ايران»،

مجله پژوهش‌های حقوقی دانشگاه شهید بهشتی، سال چهارم، شماره ۸ (۱۳۸۴)، ص ۲۶۸.

۲. فردون نهرینی، دستور موقت در حقوق ایران و پژوهشی در حقوق تطبیقی (تهران: انتشارات گنج دانش، چاپ اول، ۱۳۸۷)، ص ۳۰۸.

جایگاهی داشته باشد. به دیگر سخن، اعمال حاکمیت نمی‌تواند خطای اداری کارمند را توجیه نماید و در صورتی که کارمند دولتی مرتکب ایراد ضرر به طور غیرعمدی و بدون تقصیر شود، جبران خسارت توسط دولت احباری است که از جمله نمونه‌های بارز آن، اصل ۱۷۱ قانون اساسی و اشتباہ قاضی و ایراد خسارت پیش‌بینی شده است.^۱

ب. گاهی قانونگذار ضمن قانونی خاص، عمل حاکمیتی را که متضمن ضرر است مقرر نموده، و راجع به جبران خسارت آن سخن می‌گوید؛ مانند لایحه قانونی نحوه خرید و تملک اراضی و املاک برای اجرای برنامه‌های عمومی، عمرانی و نظامی دولت (مصوب ۱۳۵۸) که به موجب آن، دولت ملزم گردیده است تا در مقابل تملک اموال اشخاص خصوصی که ناشی از اعمال حاکمیت می‌باشد، بهای آن را به زیان دیده پردازد یا ماده ۳ قانون ملی شدن جنگل‌های کشور (مصوب ۱۳۴۱) به اشخاصی که دارای سند مالکیت به نام جنگل هستند یا از مراجع قضایی، حکم قطعی دال بر مالکیت آنها به نام جنگل صادر شده و یا دارای حکم قطعی از هیأت‌های رسیدگی املاک واگذاری، به نام جنگل باشند، پس از آنکه جنگل متعلق به آنان ملی اعلام شد، وجهی به عنوان خسارت با رعایت ترتیب مقرر در همان قانون پرداخت می‌گردد.^۲ همچنین در بحث سرمایه‌گذاری خارجی، مطابق ماده ۹ قانون تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری خارجی (مصوب ۱۳۸۱) و تبصره ۱ آن مقرر می‌دارد: سرمایه‌گذاری خارجی مورد سلب مالکیت و ملی شدن قرار نخواهد گرفت مگر برای منافع عمومی، به موجب فرآیند قانونی، به روش غیرتبعیض آمیز و در مقابل پرداخت مناسب غرامت به مأخذ ارزش واقعی آن سرمایه‌گذاری بلاfacسله قبل از سلب مالکیت ... تقاضای جبران خسارت وارد باید حداقل در مدت یک سال پس از سلب مالکیت یا ملی شدن به هیأت تسلیم شود. پرداخت غرامت

۱. محمدعلی پناهنده، پیشین، صص ۳۶ - ۳۷.

۲. رضا موسی‌زاده، حقوق اداری ۱ و ۲ کلیات و ایران (تهران: انتشارات میزان، چاپ سوم، ۱۳۸۱)، صص ۲۷۰ - ۲۷۱.

توسط دولت پیش‌بینی گردیده است. همچنین طبق قانون کشت خشخاش (مصوب سال ۱۳۴۲)، دولت خسارت کشاورزان خشخاش را می‌دهد. از دیگر مصادیق آن می‌توان به ماده ۲۱ قانون هوایپمایی کشوری (مصوب ۱۳۲۸) اشاره نمود که در آن دولت می‌تواند به پیشنهاد اداره کل هوایپمایی کشوری، ایجاد هرگونه ساختمان یا تأسیساتی را در فاصله معینی از فرودگاه ممنوع کند و اگر خسارتی در این میان به کسی وارد شود باید از طریق اداره کل هوایپمایی کشوری جبران شود.

ج. یکی از مصادیق و مجاری اعمال حاکمیت دولت که در آن مورد، دولت مجبور به پرداخت خسارت و یا اجرایی به زیان دیده نیست، حق ارتفاق دولت در اراضی واقع در خارج از محدوده شهرهاست. ماده ۹ قانون برنامه و بودجه (مصطفوی ۱۳۵۱/۱۲/۱۰) مقرر می‌دارد: «اراضی واقع در خارج از محدوده شهرها که در مسیر راه‌های اصلی یا فرعی و یا خطوط مواصلاتی و برق و مجاری آب و لوله‌های گاز و نفت قرار می‌گیرد با رعایت حریم مورد لزوم که از طرف هیأت وزیران تعیین خواهد شد از طرف دولت مورد استفاده قرار می‌گیرد و از بابت این حق ارتفاق، وجهی پرداخت نخواهد شد» و مطابق رأی وحدت‌رویه شماره ۱۳۶۹/۹/۱۳-۲۰۴ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری «...بند ۹ ماده مذکوره که دولت را از پرداخت بهاء معاف نموده مخصوص به حقوق ارتفاقی املاک مجاور است و شامل املاک متصرفی نمی‌شود...».^۱

۳. تحلیل و تفسیر ماده ۱۱ ق.م.م.

در مواردی که دولت، مقرره و قانونی خاص پیش‌بینی ننموده و به‌اصطلاح سکوت اختیار کرده بنا به قواعد عمومی مسئولیت مدنی و احراز ارکان آن، همچنین بررسی شرایط عمل حاکمیتی و حکمرانی دولت، باید درخصوص مسئولیت یا عدم مسئولیت اتخاذ تصمیم نمود، لذا مصنونیت دولت نسبت به عمل

۱. فریدون نهرینی، پیشین، ص ۳۰۹.

حاکمیت یک قاعده نیست به این دلیل که در تعریف اعمال حاکمیت، فراز پایانی ماده ۱۱ ق.م. مقرر می‌دارد: «... هرگاه اقداماتی که برحسب ضرورت برای تأمین منافع اجتماعی طبق قانون به عمل آید و موجب ضرر دیگری شود دولت مجبور به پرداخت خسارت نخواهد بود». بنابر ماده قانونی اخیر، اعمال حاکمیتی باید دارای اوصاف زیر باشد:

۱.۳ اجرا شدن اعمال حاکمیتی بنا به ضرورت امر

از جمله قواعدی که در استنباط احکام فقهی نقش بهسزایی دارد قاعده «کل حرام مضطرب الی، فهو حلال» است که از قواعد کاربردی و اساسی فقه بوده و به قاعده «اضطرار» شهرت یافته. بنا به مفاد این قاعده در فرضی که شخص برای دفع ضرر، ناگزیر به دیگری زیان وارد سازد این پرسش در میان است که: آیا در چنین فرضی که اضطرار نام دارد، مسئولیت مدنی زیان‌زننده منتفی خواهد شد؟ غزالی می‌گوید: «کلیه محرمات بهنگام ضرورت، مباح می‌گردد» و نیز گفته شده «ضرورت‌ها موانع قانونی را از بین می‌برند»^۱، چراکه بهموجب «حدیث رفع»، پیامبر(ص) فرموده است: «رفع عن امتی تسعه: الخطأ والنسيان و ما استکرها عليه و ما اضطروا اليه و ما لا يعلمنون و ما لا يطيقون...».^۲ آثار نه چیز از امت اسلامی برداشته شده، اما این گونه نیست که هر فرد به دیگری زیان وارد سازد و به استناد اضطرار، انتظار سلب مسئولیت داشته باشد بلکه در اضطرار شرایطی چون وجود خطر یا قریب‌الوقوع بودن آن، ضروری و متناسب بودن اقدام و عمل ارتکابی برای رفع خطر، فقدان طریقه بهتر برای دفع خطر و ... اهمیت دارد که در صورت تحقق آنها مسئولیت مضطرب زایل خواهد شد.^۳ باید به خاطر داشت که در فرض ایراد زیان از روی اضطرار، حدوث زیان و رابطه سببیت میان فعل زیان‌بار و خسارت وارد محرز می‌باشد اما نامشروع بودن

۱. صبحی‌رجب محمصانی، فلسفه قانون‌گذاری در اسلام (انتشارات آثار اندیشه، چاپ اول، ۱۳۸۶)، ص ۲۴۱.

۲. همان، ص ۲۳.

۳. منوچهر توسلی‌چهرمی، «تأثیر اضطرار در مسئولیت مدنی»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۶۰ (۱۳۸۲): ص ۶۵.

آن محل بحث است و می‌توان گفت در حالت اضطرار به فرض اینکه استثنائی بر تقصیر تلقی گردد، تنها در مواردی از مسئولیت مدنی استناد پذیر است که تقصیر شرط مسئولیت است و در مواردی چون اتلاف و ضمان غاصب نسبت به منافع عین مغضوب یا دارنده وسیله نقلیه موتوری، اضطرار نمی‌تواند موجب زوال مسئولیت گردد.^۱ به این سبب در حقوق ایران و برخی از کشورها اتلاف کننده و دارنده اتومبیل اتومبیل (که مسئولیت مبتنی بر تقصیر نیست) را نمی‌توان به استناد شرایط اضطراری از مسئولیت پیش‌بینی شده در قانون مبرا از مسئولیت دانست.^۲

در بررسی اوصاف اعمال حاکمیت باید در نظر داشت که اضطرار، نخستین وصف این قبیل اعمال است و قسمت پایانی ماده ۱۱ ق.م.م. نیز تلفیقی از قاعده اضطرار با نظریه اعمال حاکمیتی است یعنی در آن شرایط به طور متعارف هیچ راه حلی برای تأمین منافع اجتماعی مورد حمایت عمل زیان‌بار یافت نگردد. به طور مثال، در شرایط بحران اقتصادی، دولت ناچار می‌شود تولید یا عرضه کالاهای ویژه را به رغم شرایط عادی، در انحصار خود گیرد و از این رهگذر کسانی که قبل‌آن کالا را تولید یا عرضه می‌کردند، متضرر می‌شوند.^۳ و با توجه به موارد بیان شده این‌گونه به نظر می‌آید که شرط استناد به اضطرار، آن است که مسئولیت دولت مبنی بر خطای اداری یا نقص وسایل نباشد. نگارنده بر این باور است که اگر در شرایط بحران جنگی، دولت برای تأمین خون و نجات مجروهین که نیاز مبرم به فرآورده‌های خون دارند مجبور شود برای تولید و توزیع منابع خونی از برخی افراد، هزینه دریافت کند که از این رهگذر عده زیادی متضرر می‌شوند و منابع مالی خود را از دست می‌دهند، یا به دلیل فقدان خون کافی برای نجات جان افراد مصدوم و عدم فرصت لازم برای آزمایش‌های غربالگری و ویروس‌زدایی خون برای رهایی مصدومین از مرگ، مبادرت به انتقال خون به اشخاصی نماید که در معرض مرگ

۱. حمیدرضا اصلانی، «مفهوم و جایگاه تقصیر در مسئولیت مدنی قهری و قراردادی»، مجله تخصصی الهیات و حقوق، شمارگان ۱۵ و ۱۶ (۱۳۸۴)، ص ۸۲.

۲. مرتضی قاسم‌زاده، الزام‌ها و مسئولیت مدنی بدون قرارداد (تهران: انتشارات میزان، ۱۳۸۷)، ص ۱۵۰.

۳. مجید‌غامی، پیشین، ص ۱۱۹.

جدی قرار دارند، در صورت بیماری و آلودگی شخص نیازمند به عوارض ویروسی به علت اینکه دولت در وضعیت اضطراری قرار داشته و هدف رهایی از مرگ را دنبال کرده است و به این دلیل که از بروز یک خطر و ضرر بزرگ (مرگ) جلوگیری نموده و عمل زیان‌بار نیز با شرایط اضطراری مناسب بوده، در برابر دعوی مسئولیت مدنی یک دفاع قابل طرحی خواهد داشت.

۲.۳. محقق شدن اعمال حاکمیتی به منظور برآوردن و تأمین نیازها و منافع عمومی و اجتماعی

در اینجا بخش دوم ماده (تأمین نیازها و منافع اجتماعی) با هدف ابهام‌زدایی، مورد بحث و بررسی قرار می‌گیرد؛ نخست آنکه هدف از تشکیل دولت و اقدامات دولتی، تأمین منافع اجتماعی است؛ حتی اگر این منافع از طریق فعالیت‌های تجاری و صنعتی صورت گیرد به تحقیق نمی‌توان تمامی فعالیت‌ها و امور دولتی را در زمرة اعمال حاکمیت دانست زیرا در مقابل اعمال حاکمیتی، اعمال تصدی قرار دارد که دولت به متابه اشخاص خصوصی و به منظور مقاصد تجاری و صنعتی آنها را انجام می‌دهد. هرچند فعالیت‌هایی نظیر صادرات، واردات و تولید کالا به منظور تأمین منافع اجتماعی صورت می‌گیرد ولی به هیچ‌وجه اعمال حاکمیت شناخته نمی‌شوند و مشمول مقررات حقوق خصوصی می‌باشند.^۱

۳. به موجب قانون و از پیش شناخته شدن اعمال حاکمیت معاف کننده

مطابق ماده ۱۱ ق.م. اعمال و اقداماتی، حاکمیتی هستند که طبق قانون به عمل آید اما تمامی اعمال حاکمیتی به موجب قانون پیش‌بینی نشده‌اند.^۲ برخی مواقع، لایحه قانونی نحوه خرید و تملک اراضی و املاک برای اجرای برنامه‌های عمومی، عمرانی و نظامی دولت (مصطفوی ۱۳۵۸) یا ماده ۳ قانون ملی شدن جنگل‌های کشور (مصطفوی ۱۳۴۱) مدنظر قانونگذار قرار گرفته و موارد زیادی را نیز

۱. فردیون نهرینی، پیشین، صص ۲۶۹ و ۲۷۱.

۲. مجید غمامی، پیشین، صص ۱۱۳ - ۱۱۴.

مسکوت باقی گذاشته است ولیکن این سکوت با احراز ارکان و رابطه سببیت درخصوص مسئولیت مدنی دولت، منافاتی ندارد. بنابراین، بعيد و دور از انتظار نیست که زیان دیده بتواند رابطه سببیت بین عمل زیان‌بار دولت و زیان وارد و اضرار به خویش را ثابت نماید.^۱

۴.۳. عدم اجبار دولت به جبران خسارت

برخی معتقدند معافیت دولت درخصوص جبران زیان ناشی از اعمال حاکمیت، امری است اختیاری، لذا درصورتی که دولت مصلحت بداند می‌تواند خسارت وارد در اثر اعمال حاکمیت را نیز جبران نماید.^۲ با به کار بردن واژه «مجبور» اختیار جبران خسارت به دولت واگذار می‌گردد و مفهوم مخالف اجبار، آن است که در صورت انجام اعمال حاکمیتی توسط دولت و تمایل به جبران خسارت، می‌تواند از زیان دیده جبران خسارت کند. ماحصل این امر آنکه دولت در برخی از موارد می‌تواند بنا به سلیقه خویش اقدام به جبران خسارت نماید و در دیگر موارد خود را از جبران آن معاف بداند که این امر ناشی از اختیار وسیع اعطایی دولت در معافیت از جبران خسارت در اعمال حاکمیتی است. ضمن اینکه قانونگذار هرگز اراده نکرده است اعمال حق حاکمیت باعث اضرار به غیر گردد. «هرگاه در فرآیندی، حق از منظور مقتنن فاصله بگیرد و از مقتضای خود خارج شود باید از آن جلوگیری کرد».^۳

۴. حکمرانی نیک و عادلانه

معافیت دولت از جبران خسارت در اعمال حاکمیتی، قابل نقد و ایراد است زیرا با این بهانه دولتمردان می‌توانند به سهولت و بی‌هیچ نگرانی اقدامات زیان‌بار

۱. محمدعلی پناهنده، «تحلیل ماده ۱۱ قانون مسئولیت مدنی»، ماهنامه دادرسی، شماره ۵۷ (۱۳۸۵) : ۳۷ ص.

۲. محمدعلی پناهنده، پیشین، ۱۳۸۶، ص ۳۴.

۳. حسین محمدخانی، «پرونده هموفیلی‌ها، حکم به الزام تأمین و پرداخت خسارت مادی و معنوی»، مجله قضاویت، شماره ۴۵ (۱۳۸۶) : ۲۲ ص.

خود را بی‌مبالات و بی‌پروا توسعه دهنده.^۱ به نظر می‌رسد دولت در مقام اعمال حاکمیتی خود باید مانند یک حکمران نیکو روش عمل نماید. حکمرانی به روشن نیک از جمله مباحث بسیار مهم و در عین حال جدیدی است که از سال ۱۹۸۰ به بعد و با اعمال نفوذ برخی نهادهای قدرمند بین‌المللی در ادبیات توسعه مطرح شده است. برای معرفی و سنجه این پدیده، شاخص‌هایی چون مشارکت شهروندان، دولت‌محوری، توسعه اجتماعی، مدیریت اقتصادی و یا خصوصیاتی نظیر اجتماع‌محوری، مشارکت، قانون‌محوری، کارایی و اثربخشی، عدالت و برابری، مسئولیت‌پذیری و شفافیت از سوی محققان به صورت نظری و عملی، مطرح گردیده است و نویسنده‌گان حقوقی معتقدند هرقدر در تعامل و شراکت سه بخش دولت، بخش خصوصی و نهادهای مدنی در دست‌یابی به ویژگی‌های معرفی شده، موقوفیت حاصل شود به حکمرانی خوب و نیک نزدیک می‌شویم و دولت، از بازیگران اصلی در حکمرانی خوب محسوب می‌شود که با فعالیت و عملکرد خود می‌تواند موجب استقرار، تسهیل و تسريع آن گردد. البته دولتها بسته به رویکردهای متفاوت نقش‌های مختلفی بر عهده دارند اما رویکرد غالب جامعه جهانی امروز، دولتی دموکراتیک است که با بسترسازی مناسب و با فرآیند انتخاب آزاد در عرصه‌های مختلف سیاسی، اجتماعی، اقتصادی و فرهنگی فعالیت دارد و نقش چنین دولتی توجه به قراردادهای اجتماعی، اعمال قدرت و کنترل، مسئولیت ارائه خدمات عمومی و فراهم‌سازی محیطی برای توسعه پایدار انسانی، ثبات و عدالت در بازار، رعایت انصاف در برابر شهروندان، نقش میانجی در مصالح عمومی و اثربخشی و پاسخ‌گویی در ارائه خدمات دولتی و عمومی است.^۲ از نظر امیرالمؤمنین(ع) «دولت» و «قدرت» فی‌نفسه اصالت ندارد و تنها ابزاری است تا او را به اهدافش (احیاء حق، اجرای عدالت و کمک به هدایت)، برساند. به اعتقاد

۱. مرتضی قاسم‌زاده، مبانی مسئولیت مدنی (تهران: انتشارات میزان، چاپ پنجم، ۱۳۸۷)، صص ۶۴-۶۵.
2. kenneth stowe, «Good piano won't play bad music: administrative reform and good governance», **Public administration**, Volume 70, (1992) به نقل از: فتاح شریف‌زاده و رحمت‌الله قلی‌پور، «حکمرانی خوب و نقش دولت»، مجله فرهنگ مدیریت، دوره ۱، شماره ۴ (۱۳۸۲): ص ۹۸.

این امام همام، دولت، امانتی است که در اختیار آگاهان جامعه گذاشته شده تا به وسیله آن، حکمرانی کرده و انسان‌ها را در ارتباطات اجتماعی از انحراف و تعدی به حقوق یکدیگر بازدارد.^۱

بنابراین باید در نظر داشت که جهان امروز با چالش‌هایی مواجه است که ناشی از دگرگونی‌های حاصل از پیشرفت علم و صنعت و طرح نیازهای جدید سازمانی و اجتماعی است و یکی از مهم‌ترین آن، چالش‌ها و مشکلات تولید کالا و ارائه خدمات عمومی توسط دولت است. پس دگرگونی‌های علم و فن‌آوری مسئولیت‌های جدیدی نیز برای دولت ایجاد نموده و دولت نمی‌تواند با نادیده انگاشتن حقوق شهروندان صرفاً حکمرانی نماید و با قدرت مطلقه خود، اسباب تضرر مردم را مهیا سازد، سرانجام خسارات وارد را به این استناد که در مقام اعمال حاکمیتی بوده بدون جبران رها کند.

۵. مسئولیت نوعی برمبنای تعهد ایمنی

انحصار در تولید و توزیع فرآورده‌های خونی از سوی دولت به معنای آن است که نیازمندان به فرآورده‌های خونی حق انتخابی دیگر ندارند و این انحصار به معنای حاکمیتی بودن این امر نیست. علی‌ای‌حال، دولت وظیفه دارد در تأمین فرآورده‌های خونی نهایت دقت را به عمل آورده به‌گونه‌ای که ایمنی شهروندان در استفاده از این فرآورده‌ها تأمین شود. لزوم تلاش حکومت برای تضمین ایمنی شهروندان از مفاد پاره‌ای از قوانین نیز قابل تشخیص است. درواقع، «مرکز انتقال خون به عنوان تهییه و توزیع‌کننده خون، یک نوع تعهد ایمنی دارد که باید خون یا فرآورده خونی را به‌گونه‌ای به مصرف‌کننده تحويل دهد تا از هر نوع عیب و آلودگی مبرأ باشد. بر این اساس، هرگاه در اثر آلودگی یا عیب خون، به دریافت‌کننده آن زیانی برسد مرکز مسئول است مگر اینکه وجود عامل خارجی را اثبات نماید؛ یعنی ثابت کند که نقص تعهد ایمنی او و

۱. کاظم جاجرمی، «فلسفه وجودی و وظایف دولت از نگاه نهج البلاعه»، مجموعه مقالات دومین همایش مدیریت اسلامی، شماره ۱۲ (۱۳۸۳): ص ۲۱.

آلوده بودن خون، ناشی از یک عامل خارجی بوده که نمی‌توان منتسب به او دانست.^۱ این موضوع در حقوق سایر کشورها از جمله انگلیس و فرانسه نیز مدنظر قرار گرفته است.

۶. رویه قضایی

بررسی رویه قضایی در ایران حاکی از آن است که آراء قابل ذکری که به تبیین مرزهای مفهومی اعمال حاکمیت و تصدی کمک نماید، صادر نشده و بدین لحاظ بهویژه فقدان رأی وحدت رویه، هنوز معلوم نیست که دادگاهها چه اعمالی را در شمار اعمال حاکمیت تلقی می‌کنند. رأی شماره ۱۲۱۴-۱۳۴۷/۲۴ هیأت عمومی دیوان عالی کشور در سال ۱۳۴۸ از موارد استثنائی به شمار می‌آید که طبق آن، تغییر تابعیت، از اعمال حاکمیت دولت تلقی گردیده درنتیجه، رسیدگی به دادخواست ترک تابعیت فقط در صلاحیت هیأت وزیران اعلام شده است.^۲ در گذشته اندک آرایی چون دادنامه شماره ۱۳۱۶/۱۱/۴-۲۴۶۹ شعبه ۴ دیوان عالی کشور، دادنامه شماره ۱۳۲۴/۶/۲۴-۸۰۵ شعبه ۳ دیوان عالی کشور، حکم شماره ۱۰۵۷ - ۱۳۲۷/۶/۳۱ شعبه ۶ دیوان عالی کشور درخصوص اعمال حاکمیت صادر شده که شب دیوان مزبور اعمالی چون گرفتن عوارض گمرکی، انحصار تجارت خارجی، امور مریوط به مالیات و ضبط و جمع‌آوری و نگهداری اموال اتباع دولت‌های بیگانه را از مصادیق اعمال حاکمیت شمرده‌اند که تنها ناظر به تعیین مراجع صالح اداری و قضایی برای رسیدگی به این گونه دعاوی است.^۳

دادنامه‌های شماره ۱۰۵۲ الی ۷۸ - ۱۳۸۳/۴/۲۴ شعبه ۱۰۶۰ دادگاه عمومی تهران در پرونده خون‌های آلوده یا همان رأی معروف «هموفیلی‌ها» با امعان نظر

1. DEBOUY (Ch.), « La responsabilité de l'administration française du fait de la contamination par le virus du Sida », JCP 1993, I 3646.

2. عبدالحمید ابوالحمد، پیشین، ص ۲۸۴.

3. عباس توازنی‌زاده، «تأملی بر تأثیر نظریه اعمال حاکمیت و اعمال تصدی بر رژیم حقوقی حاکم بر سازمان‌های دولتی ایران و برنامه‌های اصلاح ساختار نظام اداری ایران»، فصلنامه مجلس و راهبرد، شماره ۵۱ (۱۳۸۱): ص ۶۳.

بر اینکه «در عصر حاضر، دولت و حتی سازمان‌های عمومی در همه زمینه‌های اجتماعی، اقتصادی، زندگی جمعی شهروندان کشور دخالت می‌کند و برای پیشبرد برنامه‌ها ابزارهای فنی و مادی بسیاری به کار می‌گیرد»، از لزوم فعالیت و مداخله گسترده دولت سخن می‌گوید که خود به آن واقف است و به لحاظ احتمال ایراد زیان به اشخاص از نظر علمی و منطق حقوقی و اخلاق، به بیان لزوم جبران این خسارات و مسئولیت دولت می‌پردازد. اشاره دادگاه به این نکته که دولت صرفاً متصدی بوده بی‌آنکه اقدام وی در تولید خارجی و عرضه آن از جمله اعمال حاکمیت باشد، قانون‌کننده نیست و به اعتقاد برخی صاحب‌نظران حقوقی «ظاهراً اشاره به تصدی‌گری دولت برای اجتناب از معافیت دولت از پرداخت خسارت به موجب قسمت اخیر ماده ۱۱ ق.م.م. صورت گرفته است»^۱ اما باید در نظر داشت که مطابق ماده مذبور در پرونده مذکور دولت باید به علت عدم رعایت قوانین و مقررات، مسئول شناخته شود برای اینکه نقص وسایل و تجهیزات آزمایشگاهی و نادیده انگاشتن قوانین و مقررات بهداشتی و نیز علم و آگاهی مسئولین به آنودگی فاکتورهای انعقادی وارداتی و در اختیار نداشتن سیستم پالایش و ویروس‌زدایی در پرونده کیفری محرز گردیده است. در این پرونده بیش از آنکه خسارات وارد به بی‌احتیاطی یا تقصیر کارمندان مربوط باشد به نبود کیت آزمایشگاهی مربوط به تشخیص هپاتیت C مربوط است.^۲

در دادنامه‌های شماره ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۱۲۰۰۸۰۵ صادره از شعبه ۱۲ دادگاه تجدیدنظر استان تهران و شماره ۳۸۰ صادره از شعبه ۳ دادگاه تجدیدنظر استان تهران^۳ نیز با تأیید مسئولیت مدنی سازمان انتقال خون، وجود عیب و نقص ابزار و وسایل اداری دولت در ورود، تولید، کنترل و پخش فرآورده‌های خونی را عامل مهمی در مسئول شناختن دولت دانسته است.

در این زمینه رویه دیگری در دسترس است و آن دادنامه شماره ۸۸۰۹۹۷۰۲۲۶۱۰۰۲۵۸ در شعبه ۱ دادگاه عمومی حقوقی تهران است که در آن

۱. جمال سیفی، پیشین، ص ۲۸۸.

۲. عباس میرشکاری و دیگران، «در تأمل یک رأی در زمینه مسئولیت مدنی ناشی از انتقال خون‌های آلوده»، *فصلنامه علمی تخصصی اندیشمندان حقوق*، سال اول، شماره ۳ (بهار ۱۳۹۲)، ص ۵۵.

۳. نک: پیوست شماره (۱) و (۲).

قاضی در پاسخ به ایراد خواندگان (دولت) بیان نموده که تمسک به ماده ۱۱ و عدم مسئولیت دولت و عدم اجبار او به جبران خسارت در صورت ورود ضرر در این پرونده و در این موضوع، قابلیت استناد و اتکاء را ندارد زیرا همان طور که در ماده فوق به صراحت ذکر شده عدم مسئولیت دولت به زمانی بازمی‌گردد که اقدامات صورت گرفته در چهارچوب قوانین و منطبق با مقررات و ضوابط موجود می‌باشد و بدیهی است خروج از این چهارچوب‌ها به نوعی عدم رعایت ایمنی و سلامت فرآورده‌های خونی از لحاظ آزمایشگاهی و مجهرز نبودن به سیستم وپرسوس زدایی، عدم حضور مسئول فنی،أخذ ننمودن پروانه تولید و تهیه و عدم نظارت صحیح و درست قانونی بر اعمال سازمان انتقال خون، نه تنها برای دولت بلکه برای تمامی اشخاص اعم از حقیقی و حقوقی ایجاد ضمان خواهد نمود و خروج وی (دولت) از مقررات مربوطه محرز می‌باشد. ملاحظه می‌شود که خواندگان به طور ضمنی، ورود ضرر ناشی از عملکرد دولت را پذیرفته‌اند ولی در صدد موجه و قانونی جلوه دادن آن بوده‌اند که با استدلال فوق، این دفاع، قابلیت توجه ندارد.

در رویه قضایی سایر کشورها نیز شاهد ظهور و پیدایش بینش و نگرش جدید نسبت به خسارات ناشی از انتقال خون آلوده هستیم. دیوان عالی فرانسه در راستای حرکتی که به سمت پذیرش مسئولیت پزشک ایجاد شده بود، برای نخستین بار در سال ۱۹۹۵ به طور صریح مراکز انتقال خون را مسئول شناخت. مطابق این رأی - که در تاریخ ۱۲ آوریل ۱۹۹۵ از شعبه ۱ حقوقی دیوان عالی کشور فرانسه صادر شد - «مرکز انتقال خون به عنوان تهیه و توزیع‌کننده خون، یک نوع تعهد ایمنی دارد که باید خون یا فرآورده خونی را به گونه‌ای به مصرف کننده تحویل دهد تا از هر نوع عیب و آلودگی میرا باشد. بر این اساس، هرگاه در اثر آلودگی یا عیب خون، به دریافت کننده آن زیانی برسد مرکز مسئول است مگر اینکه وجود عامل خارجی را اثبات نماید؛ یعنی ثابت کند که نقص تعهد ایمنی او و آلوده بودن خون، ناشی از یک عامل خارجی بوده که نمی‌توان منتبه به او دانست». ^۱

1. DEBOUY (Ch.), «La responsabilité de l'administration française du fait de la contamination par le virus du Sida », JCP 1993, I 3646.

دیوان عالی کشور فرانسه در رأی دیگری که در آوریل سال ۱۹۹۵ صادر شد، مقرر داشت آلودگی‌های ویروسی خون که در زمان انتقال، غیرقابل کشف بوده است عامل خارجی محسوب نمی‌شود و رافع مسئولیت مرکز انتقال خون نیست.^۱

۷. نتیجه‌گیری

در گذشته، از فواید و کاربرد خون در درمان بیماری‌ها سخنی در میان نبود اما رفتۀ رفته با توجه به تحولات جامعه امروزی و دوران صنعتی شدن عصر حاضر و ارتقاء جایگاه این محصول انسانی در علم پزشکی، منافع آن در نجات جان آدمی مورد بحث و مذاقه قرار گرفته است. این فرآورده‌های خونی علاوه بر خواص درمانی ممکن است حامل و ناقل عوارض و ویروس‌های خطرناکی باشند و موجب ایجاد خساراتی مهلک شوند که بروز این خسارات نوین اما دردناک و ناگوار از دیدگاه زبان دیده بسیار رنج‌آور بوده و هر فرد را به فکر جبران خسارات ناشی از آن می‌اندازد. بنا به اهمیت حفظ حیات بشری و به منظور تأمین سلامت و منافع آحاد جامعه، مطابق قانون اساسی و قوانین عادی، امر تولید و توزیع فرآورده‌های خونی در صلاحیت انحصاری سازمان انتقال خون و وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی به عنوان بالاترین و تنها مرجع تأمین خون قرار گرفته است که از این رهگذر ممکن است خسارات بسیار سنگینی به اشخاص نیازمند به خون و مصرف کنندگان آن وارد آید اما اینکه دولت در مقام یک شخص حقوقی می‌تواند مسئولیت مدنی داشته باشد و جبران خسارت، با توجه به این مسئله که تأمین محصولات خونی جزو اعمال حاکمیتی است یا خیر، همواره محل بحث و نزاع بوده است، لذا ناگزیر هستیم با مشخصه‌هایی که صاحبان علم حقوقی بیان نموده‌اند قانون مدیریت خدمات کشوری، قانون تعیین مرجع داوری میان افراد و دولت، رویه قضایی و به لحاظ آنکه مطابق اساسنامه سازمان انتقال خون متولی تأمین خون هیچ‌گونه مابه‌ازاء مادی دریافت نمی‌کند و خدمات این سازمان کاملاً رایگان و تبرعی است و سایر اشخاص حق مداخله در پروسه یا فرآیند تولید و توزیعی را

۱. سمیرا محمدی، «ایزد و مسئولیت مدنی دولت»، *فصلنامه حقوق پزشکی*، سال دوم، شماره پنجم (تابستان ۱۳۸۷): ص ۱۱۴.

ندارند و به علت انحصاری بودن صلاحیت دولت، عمل مزبور را حاکمیتی تلقی کنیم. این عمل حاکمیتی دولت مطابق آراء صادره از محاکم دادگستری و قوانین موجود، نافی مسئولیت مدنی دولت نخواهد بود و سازمان انتقال خون که سازمانی دولتی است نیز از احراز ارکان سه‌گانه مسئولیت مدنی مستثنی نیست و در صورت تحقق شرایط مسئولیت مدنی ملزم به جبران خسارت واردہ به زیان دیده می‌شود. باید در نظر داشت که دولت در راستای اعمال حاکمیتی خود به مثابه یک حکمران نیک و عادل باید عمل نماید و ماده ۱۱ ق.م.م، مجوزی برای ایراد ضرر و بلاجبران ماندن خسارت نیست لذا ماده مذکور با توجه به اصول ۲۲، ۴۰ و ۱۷۱ ق.ا، قانون حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان (مصوب ۱۳۸۸)، قانون تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری خارجی (مصوب ۱۳۸۱) و ميثاق بين المللي حقوق مدنی سياسي (مصوب ۱۳۵۴) که مؤخر بر قانون مسئولیت مدنی ۱۳۳۹ است، رعایت حقوق شهروندی و حفظ حق حیات، قواعد مسلم فقهی «لاضرر»، «من له الغنم فعلیه الغرم»، «لایبطل» و «تحذیر» باید تعديل و تفسیر گردد و رویه قضایی در پرونده خون‌های آلوده نیز گامی در جهت محکومیت دولت در فرض ایراد خسارت و انتقال بیماری‌های خونی برداشته و تحولی نوین در مبحث مسئولیت مدنی و اندیشه‌های عدم مسئولیت دولت ایجاد نموده است.

فهرست منابع:

كتب

۱. ابوالحمد، عبدالحمید، حقوق اداری ایران (تهران: انتشارات طوس ، چاپ پنجم ۱۳۷۰).
۲. جابری، عصمت‌الله، حقوق مصرف‌کننده (انتشارات دادیار، چاپ اول ۱۳۸۶).
۳. رنجبری، ابوالفضل، نظریه اعمال حاکمیت و مقایسه آن با نظریه احکام حکومتی، پایان‌نامه کارشناسی ارشد (دانشکده حقوق دانشگاه تهران، ۱۳۷۳-۷۴).
۴. زرگوش، مشتاق، مطالعه تطبیقی مسئولیت مدنی دولت، ج ۱ (تهران: انتشارات میزان، چاپ اول، ۱۳۸۹).
۵. صفائی، حسین و مرتضی قاسم‌زاده، حقوق مدنی اشخاص و محجورین (تهران: انتشارات سمت، چاپ ششم، ۱۳۸۰).
۶. غمامی، مجید، مسئولیت مدنی دولت نسبت به اعمال کارکنان خود (انتشارات دادگستر، چاپ اول، ۱۳۷۶).
۷. قاسم‌زاده، مرتضی، الزام‌ها و مسئولیت مدنی بدون قرارداد (تهران: انتشارات میزان، چاپ سوم ۱۳۸۷).
۸. _____، مبانی مسئولیت مدنی (تهران: انتشارات میزان، چاپ پنجم، ۱۳۸۷).
۹. قاضی، ابوالفضل، حقوق اساسی و نهادهای سیاسی (تهران: انتشارات دانشگاه تهران، چاپ سوم، ۱۳۷۰).
۱۰. محمصانی، صبحی‌رجب، فلسفه قانون‌گذاری در اسلام (انتشارات آثاراندیشه، چاپ اول، ۱۳۸۶).
۱۱. موسی‌زاده، رضا، حقوق اداری ۱ و ۲ کلیات و ایران (تهران: انتشارات میزان، چاپ سوم، ۱۳۸۱).

۱۲. نهرینی، فریدون، دستور موقت در حقوق ایران و پژوهشی در حقوق تطبیقی (تهران: انتشارات گنج دانش، چاپ اول، ۱۳۸۷).

مقالات

۱. اصلاحی، حمیدرضا، «مفهوم و جایگاه تقصیر در مسئولیت مدنی قهری و قراردادی»، *مجله تخصصی الهیات و حقوق*، شمارگان ۱۵ و ۱۶ (۱۳۸۴).
۲. پناهنده، محمدعلی، «تحلیل ماده ۱۱ قانون مسئولیت مدنی»، *ماهnamه دادرسی*، شماره ۵۷ (۱۳۸۵).
۳. —————، «محدوده مسئولیت مدنی دولت در قبال اعمال زیانبار خود»، *مجله علمی - تخصصی کانون وکلای دادگستری منطقه فارس*، دوره ۳، شماره ۶ (۱۳۸۶).
۴. پورهمایون، علی‌اصغر، «اعمال حاکمیت و تصدی»، *مجموعه حقوقی*، سال ششم، شماره ۲۸ (۱۳۱۹).
۵. توازنی‌زاده، عباس، «تأملی بر تأثیر نظریه اعمال حاکمیت و اعمال تصدی بر رژیم حقوقی حاکم بر سازمان‌های دولتی ایران و برنامه‌های اصلاح ساختار نظام اداری ایران»، *فصلنامه مجلس و راهبرد*، شماره ۵۱ (۱۳۸۱).
۶. توسلی‌جهرمی، منوچهر، «تأثیر اضطرار در مسئولیت مدنی»، *محله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران*، شماره ۶۰ (۱۳۸۲).
۷. جاجرمی، کاظم، «فلسفه وجودی و وظایف دولت از نگاه نهج‌البلاغه»، *مجموعه مقالات دومین همایش مدیریت اسلامی*، شماره ۱۲ (۱۳۸۳).
۸. سیفی، جمال، «رأی موسوم به هموفیلی‌ها: نگاهی نو به مسئولیت مدنی دولت در رویه قضایی ایران»، *محله پژوهش‌های حقوقی دانشگاه شهید بهشتی*، سال چهارم، شماره ۸ (۱۳۸۴).

۹. شریفزاده، فتاح و رحمت‌الله قلی‌پور، «حکمرانی خوب و نقش دولت»، *مجله فرهنگ مدیریت*، دوره ۱، شماره ۴ (۱۳۸۲).
۱۰. صفت، پارسا، (۳۰ آبان، ۱۳۹۱) «اولین جلسه از سلسله‌نشستهای نقد و تحلیل آراء قضایی هموفیلی‌ها - خون‌های آلوده»، [یادداشت وبلاگ]، بازیابی شده از:

<http://www.parsasefat.ir/post/109>

۱۱. عشقی، پیمان و عبدالمجید چراغعلی، «مقایسه عواقب حقوقی، اجتماعی و اقتصادی ناشی از بیماری‌های منتقل‌شونده از راه خون در ایران و جهان»، *فصلنامه خون*، دوره ۶، شماره ۴ (۱۳۸۸).

۱۲. کنعانی، محمدطاهر، «حق بهره‌برداری از معادن»، *فصلنامه حقوق دانشکده حقوق و علوم سیاسی*، دوره ۴۰، شماره ۳ (۱۳۸۹).

۱۳. محمدخانی، حسین، «پرونده هموفیلی‌ها، حکم به الزام تأمین و پرداخت خسارت مادی و معنوی»، *مجله قضایت*، شماره ۴۵ (۱۳۸۶).

۱۴. محمدی، سمیرا، «ایزد و مسئولیت مدنی دولت»، *فصلنامه حقوق پژوهشکی*، سال دوم، شماره پنجم (تاستان ۱۳۸۷).

۱۵. مرادخانی، فردین و حسین اسفندیاری، «مبانی مسئولیت مدنی دولت در پرتو قوانین ایران»، *فصلنامه گفتمان حقوقی*، شمارگان ۱۵ و ۱۶ (پاییز و زمستان ۱۳۸۸).

۱۶. میرشکاری، عباس، زینب فرازمند، زهرا علی‌اکبرنیشابوری، «در تأمل یک رأی در زمینه مسئولیت مدنی ناشی از انتقال خون‌های آلوده»، *فصلنامه علمی تخصصی اندیشمندان حقوق*، سال اول، شماره ۳ (بهار ۱۳۹۲).

لاتین

1. BERGES (N.), «La sécurité des produits sanguins labiles », Gazette du Palais, (juin 2006).

2. DEBOUY(Ch.), «La responsabilité de l'administration française du fait de la contamination par le virus du Sida», JCP 1993, I 3646.
3. Foulkes, David, Administrative law, London, Butter worths, (1920).
4. kenneth stowe, « Good piano won't play bad music: administrative reform and good governance», **Public administration**, Volume 70

پیوست‌ها:

پیوست (۱)

مشخصات رأی

شماره پرونده: ۸۹۰۹۹۸۰۲۲۶۱۰۰۳۸۸

شماره دادنامه: ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۱۲۰۰۸۰۵

مرجع رسیدگی کننده: شعبه ۱۲ دادگاه تجدیدنظر استان تهران

در این پرونده، برابر دادنامه شماره ۹۲/۱۰/۲۷-۱۲۱۷ شعبه دادگاه عمومی حقوقی تهران، در خصوص آقای اب. به طرفیت: ۱. وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی؛ ۲. سازمان انتقال خون ایران، به خواسته‌های مطالبه خسارات مادی و معنوی و هزینه درمان گذشته، حال و آینده با احتساب خسارات دادرسی، با این خلاصه که نامبرده مبتلا به بیماری تالاسمی بوده که در اثر استفاده از فرآورده‌های خونی تهیه شده توسط خواندگان به بیماری هپاتیت C مبتلا شده، اجمالاً با اتکاء به پرونده کیفری استنادی و نظریه پزشکی قانونی و قواعد انصاف، لاضر، نفی عسر و حرج و تسبیب، مورد پذیرش قرار گرفته، حکم به محکومیت خواندگان به نسبت مساوی به ۷ درصد دیه کامل بابت ارش صدمات جسمانی (خسارات مادی) ناشی از هپاتیت C و ۲۵ درصد دیه کامل مرد مسلمان بابت خسارات معنوی و مبلغ هجده میلیون ریال بابت هزینه‌های صرف شده برای امور درمانی و مبلغ چهل و نه میلیون ریال بابت هزینه‌های آزمایشگاه در حق خواهان صادر شده. و در خصوص هزینه‌های حال و آینده به لحاظ عدم استقرار دین بر ذمه خواندگان و مشخص نبودن هزینه‌های درمانی، قرار عدم استماع دعوی صادر شده و درمورد دعوا الزام به عذرخواهی در جراید، حکم به بطلان دعوا صادر شده است. طرفین دعوا نسبت به دادنامه صادره تجدیدنظرخواهی کرده‌اند. حال می‌پردازیم به بررسی محتویات و مستندات پرونده و مطالعه لواح ابرازی طرفین:

۱. در خصوص اعتراض تجدیدنظرخواهان (وزارت بهداشت و سازمان انتقال خون نسبت به قسمت‌های اول و سوم دادنامه بدوى متضمن محکومیت آنان به پرداخت ارش و هزینه درمان به انضمام خسارات دادرسی؛ نظر به اینکه:

اولاً، در این مرحله ایراد موجه و مدللی که با یکی از جهات تجدیدنظرخواهی مندرج در ماده ۳۴۸ قانون آیین دادرسی مدنی منطبق بوده و مؤثر در نقض و بیاعتباری دادنامه معتبرض عنه گردد اقامه نشده است.

ثانیاً، محتويات پرونده‌های کیفری که سابقاً رسیدگی شده، بدون توجه به نتیجه آراء صادره، مؤید وجود عیب و نقص ابزار و وسائل اداری دولت در ورود، تولید، کنترل و پخش فرآورده‌های خونی بوده است.

ثالثاً، مطابق نظریه کمیسیون پزشکی قانونی و مستندات مضبوط در پرونده مبتلا بودن مشاهده به بیماری تالاسمی و دریافت خون از سازمان انتقال خون و ابتلاء نامبرده به ویروس هپاتیت C از سال ۱۳۷۸ محرز بوده است. هرچند راه‌های انتقال ویروس هپاتیت مختلف است چنانکه طریق متعارف انتقال بیماری مذکور، تزریق خون و فرآورده‌های خونی و یا استفاده بیمار از این فرآورده‌هاست اگرچه ویروس از طریق سایر روش‌ها محل تردید است و لیکن در استفاده بیمار از فرآورده‌های خونی شک و شبهه‌ای وجود ندارد، درنتیجه، وجود رابطه سببیت میان انتقال خون و ابتلاء بیماری به ویروس هپاتیت C مفروض است و در مانحن فیه دلیل و مدرکی که مثبت تحقق روش دیگر انتقال ویروس و مؤید عدم وجود عیب در فرآورده‌های خونی باشد اقامه نگردیده است.

رابعاً، در فقه اسلامی «دیه» بدل از عضو نائب و نقص ناقص است. احکام مربوط به دیات ناظر به صدمات بدنی بوده و از مفهوم و محتوای ادله و مواد قانونی نفی خسارت مالی وارد به زیان دیده از جمله هزینه‌های درمانی استفاده نمی‌شود و قواعد فقهی «لاضرر» و «تسبیب»، «نفی عسر و حرج» و «اتلاف» لزوم جبران خسارت دیگر را توجیه می‌کند. رأی اصداری شماره ۶/۴/۵-۲۵ هیأت عمومی دیوان عالی کشور نیز در تأییدخواهان‌ها به پرداخت هزینه‌های متعارف درمان طبق نظر کارشناس، علاوه بر پرداخت ارش صدمات جسمانی فاقد اشکال شرعی و قانونی

است. بنا به مراتب مذکور، به استناد قسمت اخیر ماده ۳۵۸ قانون آیین دادرسی مدنی، ضمن رد اعتراض، دادنامه تجدیدنظر خواسته در دو بخش یادشده صرفاً نسبت به تجدیدنظر خواهان‌ها که موافق مقررات قانونی صدور یافته، تأیید و استوار می‌گردد.

۲. دادنامه معتبرضنه در آن قسمت که متضمن محاکومیت تجدیدنظر خواهان‌ها به پرداخت ۲۵ درصد دیه کامل به عنوان جبران خسارت معنوی است مخدوش و غیرقابل تأیید می‌باشد زیرا اگرچه قوانین گوناگون ایران خسارت معنوی و لروم جبران آن مورد توجه قرار گرفته و برای نمونه، در اصل ۱۷۱ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و مواردی از قانون مسئولیت مدنی و قانون مجازات اسلامی صراحتاً به خسارت معنوی و ضرورت تدارک آن، اشاره شده لیکن در مورد آسیب‌های جسمانی و درد و رنج و تالمیمات روحی ناشی از آن (که مصادیق خسارت معنوی هستند) دیه و یا ارش به عنوان تنها وسیله جبران خسارت از طرف قانونگذار تعیین گردیده، فلذا زیان دیده مستحق مطالبه و دریافت مبلغی به عنوان جبران، خسارت معنوی علاوه بر دیه یا ارش تعیین شده، نمی‌باشد. درنتیجه، محاکومیت تجدیدنظر خواهان‌ها به پرداخت ۲۵ درصد دیه کامل به عنوان جبران خسارت، فاقد وجاهت شرعی و قانونی است. از این‌رو ماده ۳۵۸ قانون مزبور، ضمن پذیرش اعتراض، این قسمت از دادنامه تجدیدنظر خواسته که در مخالفت با مقررات قانونی صادر شده، نقض می‌گردد. با توجه به استدلال یادشده به لحاظ عدم احراز استحقاق خواهان و به استناد ماده ۱۹۷ قانون مرقوم، حکم بر بی‌حقی نامبرده را صادر و اعلام می‌نماید.

۳. درخصوص تجدیدنظر خواهی آقای ا.ب. نسبت به بخش‌های دیگر دادنامه بدوى - همان‌گونه که در بند یک این رأی تصریح شده - وجود رابطه سببیت میان انتقال خون و ابتلاء بیمار به ویروس هپاتیت C محرز است. فلذا آن قسمت از نظریه کمیسیون پزشکی قانونی که با عدول از نظریه صحیح سابق، میزان تأثیر ویروس در بروز بیماری هپاتیت C را ۲۵ درصد برآورد نموده مغایر با اوضاع و احوال معلوم و محقق مورد کارشناسی، بوده و غیرقابل متابعت است. بنا به مراتب مذکور به

تجویز ماده ۳۵۸ قانون یادشده ضمن نقض این بخش از دادنامه که قصور خواندگان مازاد بر ۲۵ درصد و تبعاً ارش مربوطه به آن مورد پذیرش قرار نگرفته، حکم به محکومیت خواندگان بهنحو متساوی به پرداخت ۲۱ درصد دیه کامل مرد مسلمان علاوه بر ارش تعیین شده (۷درصد) در حق خواهان صادر و اعلام می‌نماید.

۴. اعتراض تجدیدنظرخواه نسبت به سایر قسمت‌های دادنامه بدوى، متضمن صدور حکم به بطلان دعوى الزام به عذرخواهی در جراید و قرار عدم استماع دعوى مطالبه هزينه‌های جاري و آينده متکى بر ايراد موجه و مدلل مؤثر در نقض رأى نبوده و اين بخش از دادنامه منطبق با موازين قانوني صادر گشته، از اين‌رو به استناد مواد ۳۵۳ و ۳۵۸ قانون آين دادرسى مدنى، با رد تجدیدنظرخواهی، دادنامه بدوى در قسمت‌های یادشده نسبت به تجدیدنظرخواه تأييد و استئوار می‌شود. آراء صادره، قطعی است.

رئيس و مستشار شعبه ۱۲ دادگاه تجدیدنظر استان تهران

پیوست (۲)

مشخصات رأی

شماره دادنامه: ۳۸۰

تاریخ صدور: ۱۳۹۰/۳/۳۰

مرجع رسیدگی کننده: شعبه سوم دادگاه تجدیدنظر استان تهران

کلاسه پرونده: ۸۸۱۵۹۹/۳

تجدیدنظر خواهی وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی با نمایندگی حقوقی س.ع.ج؛ سازمان انتقال خون ایران بانمایندگی حقوقی م.ح. به طرفیت آقای ب.ع. نسبت به دادنامه شماره ۸۸/۸/۳۱-۲۶۶ صادره از شعبه ۱ دادگاه عمومی حقوقی تهران در مهلت و زمان قانونی موضوع کلاسه ۸۶۰/۱/۸۵ که به موجب آن، نامبردگان به پرداخت ۲۰ درصد دیه کامل یک انسان بابت ارش به لحاظ خسارت واردہ به جسم خواهان به دلیل آلوده شدن به ویروس هپاتیت C ایدز و پرداخت ۱۱۲/۰۰۰۰۰۰ ریال هزینه‌های تحمیل شده به مشاراًلیه و پرداخت ۲۰ درصد دیه یک انسان به عنوان خسارت معنوی و پرداخت هزینه دادرسی و حق الوکاله و کیل برابر تعریفه کانون و کلای دادگستری در حق خواهان متساویاً محکوم گردیده‌اند، مورد بررسی قرار گرفت. با توجه به مستندات دعوی و اظهارات مکتوب در پرونده، ایراد و اعتراض وزارت بهداشت و درمان و آموزش پزشکی، وارد و موجه است و دادنامه **مآل** مستلزم نقض است زیرا وزارت بهداشت تمھیدات و تدارکات لازم همچون دستگاه‌های پالایش خون و سایر امکانات مربوط از قبیل متخصص در حذیانیاز در اختیار سازمان انتقال خون قرارداده از آن سازمان متولی تحويل و استفاده از دستگاه‌های یادشده وأخذ خون و جلوگیری از آلودگی که موجب ابتلاء به بیماری از طریق آزمایشات گوناگون بوده اگر احیاناً دستگاه‌های ویرایش و پالایش خون ایراد داشته از این حیث که دستگاه‌های یادشده مطابق استاندارد بین‌المللی نبوده و یا ایرادی در خون‌های تحويلی بوده مسئولیت هرگونه خسارت به عهده سازمان است لذا ایراد و اعتراض

وزارت بهداشت و درمان برابر بندهای (ج) و (ه) ماده ۳۴۸ قانون آیین دادرسی مدنی منطبق توجهاً به ماده ۳۵۸ قانون یادشده حکم محکومیت وزارت بهداشت و درمان نقض، قرار رد دعوى خواهان صادر و اعلام می‌گردد. و اما رأی دادگاه درخصوص تجدیدنظرخواهی سازمان انتقال خون ایران به آن قسمت از دادنامه که به پرداخت ۲۰ درصد دیه یک انسان کامل به عنوان خسارت معنوی در حق خواهان محکوم گردیده، وارد و موجه است و در این بخش، دادنامه مستلزم نقض است زیرا خسارت معنوی در قوانین موضوعه ایران پیش‌بینی شده، درنتیجه، حکم به محکومیت خسارت معنوی موجهاً به ماده ۳۵۸ قانون مجبور، نقض و قرار رد دعوى خواهان در این قسمت صادر و اعلام می‌گردد و اما رأی دادگاه درمورد محکومیت سازمان به پرداخت ۲۰ درصد دیه کامل یک انسان بابت ارش به عنوان فوق و پرداخت خسارت تحمیل شده، ایراد و اعتراض وارد و موجه نیست و جهات درخواست تجدیدنظر با شقوق یادشده در ماده ۳۴۸ قانون آیین دادرسی مدنی انطباق ندارد. توجهاً به مراتب مذکور در فوق و نظریه کمیسیون پژوهشی قانونی با شماره ۳۶۹۳ - ۸۸/۲/۲۰ که از هرگونه ایراد و اعتراض مصون بوده و نیز مواد ۱ و ۲ و ۳ قانون مسئولیت مدنی و رأی وحدت رویه شماره ۶ - ۷۵/۴/۵ هیأت عمومی دیوان عالی کشور، قاعده لاضر و اتلاف و رعایت ذیل ماده ۹ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری درمورد مطالبه هزینه‌های تحمیلی مازاد به ارش و دیه به لحاظ توجه مسئولیت به سازمان انتقال خون نهایتاً با اجازه ماده ۳۵۱ قانون آیین دادرسی مدنی، دادنامه اصلاح می‌گردد. به لحاظ مراتب مشروحة، سازمان انتقال خون به استناد مواد مذکور در دادنامه به پرداخت ۲۰ درصد دیه کامل یک انسان بابت ارش به لحاظ خسارت وارد به جسم خواهان به دلیل ابتلاء به ویروس هپاتیت C و ایدز، پرداخت ۱۲/۰۰۰/۰۰۰ ریال هزینه‌های تحمیل شده و نیز هزینه دادرسی حق الوکاله و کیل در حق خواهان محکوم می‌شود و مستند باشد به ماده ۳۵۸ قانون فوق الذکر با رد اعتراض و تجدیدنظرخواهی دادنامه به نحو فوق تأیید و استوار می‌گردد. این رأی، قطعی است.

بیوست (۳)

مشخصات رأی

شماره دادنامه: ۸۷۵۱۰۰۸۷۵

شماره پرونده: ۸۵۰۹۹۸۰۲۲۶۱۰۰۳۰۷

مرجع رسیدگی کننده: شعبه ۱ دادگاه عمومی حقوقی مجتمع قضایی شهید بهشتی
خواهان: خانم ف. س. با وکالت آقای ع.ص

خواندگان: ۱. وزارت بهداشت و درمان و آموزش پزشکی به نشانی شهرک غرب، میدان صنعت، بلوار فرجزادی، خ فلامک جنوبی، خ سیمای ایران، جنب دبیرستان ابوریحان؛ ۲. سازمان انتقال خون ایران - اتوبان شیخ فضل الله نوری تقاطع همت

خواسته: مطالبه خسارت

گردشکار: خواهان دادخواستی به خواسته فوق به طرفیت خوانده بالانتدیم داشته که پس از ارجاع به این شعبه و ثبت به کلاسه فوق وجرى تشریفات قانونی در وقت فوق العاده - مقرر دادگاه به تصدی امضاء کننده زیر تشکیل است و با توجه به محتوبات پرونده، ختم رسیدگی را اعلام و به شرح زیر مبادرت به صدور رأی می نماید.

رأی دادگاه

در این پرونده آقای ع.ص به وکالت از خانم ف.س. دادخواستی به طرفیت:
۱. وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی؛ ۲. سازمان انتقال خون؛ به خواسته الزام خواندگان به جبران خسارت مادی و معنوی و هزینه درمان گذشته، حال، آینده در اجرای مسئولیت مدنی دولت با احتساب کلیه خسارات دادرسی با جلب نظر کارشناس، تقدیم دادگاه نموده و اجمالاً چنین توضیح داده است که به استناد پروندهای متشکله درشعب ۱۰۵۹ و ۱۰۶۰ دادگاه عمومی تهران عیب و نقص وسائل و تجهیزات و همچنین ابزار اداری دولت در تولیدات داخلی واردات فرآوردهای خونی محرز است و موکل به دلیل ابتلاء مادرزادی به بیماری تالاسمی ناچار به استفاده از این فرآوردها بوده که بر اثر آلوده بودن فرآوردهای دریافتی، به ویروس هپاتیت C مبتلا گشته و این امر، موجب تحمل هزینه های درمانی از زمان ابتلاء تا حال و آینده، برموکل گردیده است، لذا ضمن تقاضای صدور حکم برمیکومیت خواندگان به پرداخت زیان های مادی

وارده برجسم در قالب تعیین دیه و ارش و نیز الزام به پرداخت هزینه‌های مربوط به درمان گذشته و آینده موکل، تقاضای صدور حکم به پرداخت خسارت معنوی با الزام خواندگان به عذرخواهی رسمی در جراید یا به هرنحو مقتضی و نیز حکم به پرداخت خسارت دادرسی مورد استدعا است.

خواندگان در مقام دفاع در برابر خواسته خواهان، دفاعیات خود را در دو قالب «ایرادات شکلی» و «دفاعیات ماهوی» تقسیم‌بندی و اجمالاً در بیان ایرادات شکلی به مواردی اشاره نمودند که اهم آنها عبارت‌اند از:

۱. مبلغ خواسته باتوجه به مؤثربودن در مراحل بعدی دادرسی معلوم و مشخص نیست لذا تقاضای تعیین بهای خواسته، می‌شود.

۲. رقم حق الوکاله در وکالت‌نامه پیوستی قید نشده لذا دعوای وکیل قابلیت استماع ندارد.

۳. خواهان باتوجه به مقیم بودن در شهرستان شیراز به لحاظ استفاده از فرآورده‌های خونی در محدوده دانشگاه پزشکی شیراز می‌باید دعوا خود را در حوزه قضایی آن شهرستان تقدیم نماید. بنابراین، دعوا متجه خواندگان نیست و درخصوص ماهیت دعوا نیز دفاعیاتی را مطرح نموده که عمدۀ دفاعیات مذکور اجمالاً به این شرح است:

الف. دعوا قبلي درخصوص اين پرونده قابلیت استناد ندارد و رأى كيفرى صادره در شعبه ۲۰ ديوان عالي كشور به لحاظ مغایرت با اصول حقوقی و شرعی نقض گردیده است و دادنامه‌های شماره ۱۰۵۲ الى ۷۸ صادره از شعبه ۱۰۶۰ هر کدام برای همان دعوا بين طرفين لازم الاجراست بى آنکه قابلیت استناد داشته باشد.

ب. با توجه به اينکه بيماران تحت نظر پزشکان معالج، مبادرت به درمان و استفاده از دارو و دريافت خون می‌نمایند لذا دعوا می‌باید براساس مسئولیت پزشك معالج به طرفیت وي مطرح شود.

ج. از آنجا که بيماري‌های ويروسی من جمله بيماري هپاتیت C جزء بيماري‌های ناشناخته بوده به طوری که در سال ۱۳۷۵ کیت آزمایشگاهی مربوط به تشخیص هپاتیت C در کشورهای پیشرفته مورد استفاده قرار

گرفته لذا افرادی که قبل از سال ۱۳۷۵ به این بیماری مبتلا شده باشند درخصوص آنها مسئولیتی متوجه خواندگان نیست.

۵. گذشته از لزوم قطعی و حتمی اثبات رابطه علیت و سببیت فیما بین عمل واردکننده و ضرر، باید مشخص گردد که علت ابتلاء خواهان به بیماری، ناشی از اقدامات کارکنان و اشخاص حقیقی (که در مرحله انتقال خون اقدام نموده)، بوده یا منوط به نقص وسایل بوده است، لذا با توجه به احتمالی و ظنی بودن ادعا دعوا قابلیت رسیدگی ندارد.

۶. در پرونده کیفری هیچ‌گونه دلیل و مدرکی مبنی بر نقص دستگاهها و ناسالم بودن داروها ابراز و ارائه نگرددیده و نیز با توجه به اینکه هرگاه دولت بهمنظور تأمین منافع اجتماعی، بحسب ضرورت اقداماتی را طبق قانون به عمل آورد و موجب ضرر دیگری شود مجبور به پرداخت خسارت خواهد بود.

و. مطالبه خسارت معنوی جزء ضرورت‌هایی که در قانون پیش‌بینی و مقرر گردیده، نمی‌باشد لذا مطالبه آن، فاقد وجاهت قانونی است.

ژ. الزام خواندگان به عذرخواهی رسمی در جراید با توجه به مدلول ماده ۱۰ قانون مسئولیت مدنی مربوط به زمانی است که ورود لطمہ به حیثیت و اعتبارات شخصی یا خانوادگی خواهان اثبات شود که در مانحن فیه چنین امری قابل انتساب به اشخاص حقوقی نبوده و منطقاً متصور نیست. دادگاه با عنایت به استناد و کیل خواهان به محتویات پرونده کیفری متشكله درخصوص ابتلاء تعداد کثیری از بیماران هموفیلی و تالاسمی به انواع ویروس‌های هپاتیت و ایدز و نیز محتویات پرونده‌های حقوقی و دادنامه‌های صادره در این خصوص پس از بررسی دادنامه‌های صادره واحد استعلام از شعب صادرکننده آراء موصوف و اعلام قطعیت آنها با مطالعه دقیق در مفاد دادنامه‌های استنادی ملاحظه می‌نماید که در دادگاه وقت کلاسه پرونده ۱۴۱۳/۷۶ ۳۵۰ به ۱۰۶۰ شعبه از ۴۱۳ تغییریافته است پس از طرح موضوع شکایت و انجام تحقیقات گسترده از

مسئولین سازمان انتقال خون و نیز مرکز پژوهش و پالایش انتقال خون ایران و وزارت بهداشت بهنوعی عدم ویروس‌زدایی از فرآورده‌های خونی، مجهر نبودن پالایشگاه خون خریداری شده از کشور آلمان (کمپانی SEN) به سیستم ویروس‌زدایی مناسب، عدم پیش‌بینی سیستم ویروس‌زدایی، نداشتن پروانه از سوی سازمان انتقال خون برای تولید فرآورده‌ها و فاکتورهای انعقادی علی‌رغم ضرورتأخذ پروانه، عدم نظارت صحیح وزارت بهداشت بر انجام وظایف قانونی سازمان انتقال خون از طریق اداره کل نظارت بر دارو، نبود مسئول فنی لازمه در سازمان انتقال خون و سهل‌انگاری در انجام وظیفه توسط مسئولین ذی‌ربط را از طریق انجام تحقیقات از متهمین پرونده‌أخذ نظر کارشناسان پزشکی قانونی، انجام تحقیقات گسترده توسط مرجع انتظامی گزارش سازمان بازرگانی کل کشور،أخذ اظهارات شهود محرز دانسته، مبادرت به صدور دادنامه شماره ۳۷۹ مبنی بر محکومیت کیفری عده‌ای از متهمین می‌نماید که پس از اعتراض به آن، شعبه ۲۰ دیوان عالی کشور صرف‌نظر از اینکه بی‌مبالاتی سازمان انتقال خون را درخصوص عدم برچسبزنی وفق نظر شورای تولید ببروی محصولات تولیدی با قید بی‌مبالاتی منجر به عواقب خطernak پذیرفته وأخذ پروانه از وزارت بهداشت را از سوی سازمان انتقال خون برای تولید فرآورده‌های خونی به موجب منطقه تبصره یک قانون مربوط به مقررات امور پزشکی و دارویی و مواد خوردنی و آشامیدنی الحاقی در تاریخ ۶۷/۱/۲۳ ضروری دانسته و ایراد نمایندگان حقوقی سازمان و وكلای متهمین را به اینکه ایجاد مؤسسه نیاز به اجازه وزارت بهداشت نداشته با این استدلال که صرف صدور پروانه، اجتناب از عواقب و تبعات و رعایت مقررات و قوانین است که بدون آن نمی‌توان شرکت را تابع آنها نمود، نپذیرفته، دادنامه را از این لحاظ که سوءیت خاص متهمین محرز نبوده و شرایط احراز معاونت نیز فراهم نیست و... واجد اشکال تشخیص داده لذا ضمن نقض آن، پرونده را به شعبه

هم عرض دادگاه صادر کننده رأی منقوص ارجاع می‌نماید که نهایتاً پس از ارجاع به شعبه ۱۰۵۷ در سال ۱۳۸۷ طی دادنامه ۲۸۴ به مرور زمان پرونده کیفری متشکله منجر به صدور قرار موقوفی تعقیب می‌شود که با اعتراض وکیل شکات، شعبه ۴۶ محاکم تجدیدنظر استان تهران طی دادنامه شماره ۳۶۳ ضمن نقض قرار معتبر^۱ عنہ، پرونده را جهت رسیدگی ماهیتی به دادگاه صادر کننده قرار منقوص اعاده می‌دهد. این دادگاه بدو ایرادات شکلی مطرح شده از سوی خواندگان به نحوه طرح دعوى و عدم تعیین دقیق مبلغ خواسته و رقم حق الوکاله از سوی وکیل خواهان و نیز عدم صلاحیت محلی دادگاه را وارد ندانسته چراکه: اولاً، باعنایت به عدم امکان تعیین میزان خواسته، دعوى براساس تجویز بند ۱۴ ماده ۳ قانون نحوه وصول برخی از درآمدهای دولت و مصرف آن در موارد معین به طور صحیح طرح گردیده؛ ثانياً، دانشگاههای علوم پزشکی سراسر کشور از آنجایی که زیرمجموعه وزارت بهداشت درمان و آموزش پزشکی کشور بوده و مبنا و منشأ طرح دعوى خواهان، قصور صورت گرفته از سوی خواندگان مطرح در دادخواست تقدیمی بوده نه دانشگاههای علوم پزشکی مستقر در استان‌های کشور، ضمن اعلام صلاحیت خود در رسیدگی به دعوى مطروحه دفاعیات و ایرادات ماهیتی از سوی خواندگان را نیز وارد ندانسته که به ترتیب ذیل به بیان علت رد ایرادات وارد می‌بردازد:

۱. درخصوص ایراد خواندگان به اینکه دادنامه‌های سابق الصدور از دادگاه عمومی تهران اولاً، به علت نقض دادنامه کیفری صادره توسط شعبه ۲۰ دیوان عالی کشور و ثانياً، به این دلیل که هر کدام از آراء صادره قبلی درخصوص خسارت مادی و معنوی مورد تقاضای خواهان‌ها دیگر غیرقابل استناد است چراکه رأی صادره صرفاً بین طرفین همان دعوى لازم الاجراست، قابلیت توجه ندارد زیرا هر چند دادنامه کیفری صادره، از حیث مجازات تعیین شده برای متهمین نقض گردیده اما شعبه ۲۰ دیوان عالی کشور به صراحت در دو قسمت از دادنامه خود بی‌مبالاتی

منجر به عواقب خطرناک را به لحاظ عدم الصاق برچسب بر روی محصولات و عدمأخذ پروانه تولید فرآورده‌های خونی محرز دانسته است و نقض دادنامه معترض^۱ عنہ صرفاً به لحاظ عدم احراز سوءنيت خاص متهمين و عدم حصول شرایط قانوني برای احراز بزه معاونت به لحاظ نبود وحدت قصد مجرمانه بوده است لذا نقض دادنامه موصوف نه تنها خللی در مبنای قصور خوانندگان ايجاد ننموده بلکه به نوعی بى مبالاتی آنها را مورد تأييد قرار داده است و درخصوص دادنامه‌های حقوقی صادره درخصوص تعیین خسارات مادي و معنوی خواهان‌ها، هرچند استدلال خوانندگان در اينکه آثار هر رأى صرفاً بر طرفين همان رأى قابل پذيرش مى باشد درست به نظر مى رسد ولیکن آنچه که در كليه اين پرونده‌ها قابل اعتناء و مشترك است مينا و منشأ طرح دعاوى مذكور مى باشد؛ و اين مينا همانا بى مبالاتی خوانندگان در انجام وظایيف قانوني که منجر به ابتلاء خواهان‌ها به بيماري‌های خاص مى شود و يا به عبارت روش‌تر و صحیح‌تر، غفلت و قلت مبالات مورد استفاده در رأى صادره از شعبه ۲۰ دیوان عالی کشور که به عواقب خطرناک مى انجامد.

۲. ايراد به اينکه دعوي باید براساس مسئوليت پزشك معالج و به طرفيت او مطرح شود نيز صحيح به نظر نمى رسد چراکه آنچه محرز و مسلم است اينکه منشأ ورود خسارت به خواهان، تشخيص يا درمان نادرست پزشك معالج نبوده زيرا در جامعه پزشكى بي تردید بيماران هموفيلي و تالاسمي برای ادامه حيات خود در زمان خاص، احتياج به دريافت خون و يا فرآورده‌های خونی داشته و اينکه بيمار درياافت‌كننده خون آلوده، به ويروس خاصی مبتلا مى گردد ناشی از تهيه ناصحیح و بدون ضوابط خون و فرآورده‌های خونی بوده نه تشخيص پزشك درمورد لزوم دريافت خون از ناحيه بيمار، كما اينکه تهيه و در اختيار قرار دادن خون نيز از وظایيف پزشك معالج نىست.

۳. ايراد به اين مطلب که بيماري هپاتيت C جزء بيماري‌های ناشناخته بوده به طوری که در سال ۱۳۷۵ کيت آزمایشگاهی مربوط به تشخيص اين

بیماری، در کشورهای پیشرفته مورد استفاده قرار گرفته لذا افرادی که قبل از سال ۱۳۷۵ به بیماری هپاتیت C مبتلا شده باشند درخصوص آنها متوجه خواندگان نمی‌باشد نیز وارد بهنظر نمی‌رسد چراکه: اولاً، براساس نظریه پزشکی قانونی که براساس مدارک ارائه شده از سوی خواهان و سابقه بیماری وی تهیه و ارائه گردیده خواهان از سال ۱۳۸۰ به این بیماری مبتلا گشته و درمان وی از همان تاریخ شروع شده است؛ ثانیاً، دلیلی براینکه نامبرده قبل از سال ۱۳۷۵ به ویروس هپاتیت C مبتلا گردیده از سوی خواندگان ارائه نشده زیرا اثبات این امر با توجه به ادعای خواندگان به عهده آنهاست و دادگاه نمی‌تواند بر مبنای احتمالات مطروحه از سوی خواندگان زمان ابتلاء خواهان را به بیماری مذکور به قبل از سال ۱۳۷۵ تسربی دهد؛ ثالثاً، استعلام صورت گرفته از کمیسیون پزشکی قانونی و جوابیه واصله از آن مرکز که در تکمیل نظریه کارشناسی ارائه شده حکایت از این امر دارد که در حال حاضر هیچ‌گونه راه حل قطعی ویقینی برای احراز دقیق زمان ابتلاء بیمار به ویروس هپاتیت C ندارد؛ نهایتاً، اینکه تنها راه حل قابل اعتماد واطمینان برای دادگاه بهمنظور احراز زمان ابتلاء بیمار به ویروس نخستین آزمایش صورت گرفته با نتیجه مثبت می‌باشد که گزارش کارشناس حکایت از ابتلاء به ویروس پس از سال ۱۳۷۵ دارد.

۴. دفاع مطروحه درخصوص عدم احراز رابطه علیت و سببیت در این پرونده از سوی خواندگان قابلیت توجه ندارد چراکه به استناد آراء قطعیت یافته استنادی قصور خواندگان در انجام وظایف قانونی منجر به آلوده شدن خواهان محرز می‌باشد و آنچه که از مطالعه آراء مذکور به دست می‌آید این است که مواردی برای احراز قصور خواندگان محرز گردیده و با توجه به تحقیقات گسترده صورت گرفته در پرونده کیفری جای تردید باقی نمانده. و اما دلائل این قصور عبارتند از:

- الف. عدم وجود سیستم صحیح و مناسب ویروس‌زدایی
- ب. عدم أخذ پروانه از سازمان انتقال خون برای تولید فرآورده‌های خونی و فاکتورهای انعقادی

ج. عدم نظارت صحیح و درست وزارت بهداشت و درمان پزشکی (اداره کل نظارت بر دارو) بر روند تولید و توزیع خون و فرآوردهای خونی و انعقادی

۵. عدم برچسبزنی بر روی محصولات تولیدی
در این پرونده لزومی به طی مراحل و تحقیقات مجدد برای احراز قصور خواندگان به نظر نمی‌رسد.

۵. انکار وجود نقص دستگاه‌ها و ناسالم بودن داروهای تهیه‌شده نیز صحیح به‌نظر نمی‌رسد زیرا در تحقیقات صورت‌گرفته در پرونده کیفری به خصوص گزارش‌های تهیه‌شده از سوی سازمان بازرگانی کل کشور و مرجع انتظامی و اقاییر صریح متهمین جای تردیدی در این مطلب باقی نمی‌ماند که دستگاه خریداری شده صرفاً یک خط تولید بدون وجود سیستم ویروس‌زدایی بوده و هیچ‌گونه سیستم کاملی برای این امر، تهیه و راهاندازی نشده است. از طرفی، با توجه به مفاد آراء استنادی و درنظرداشتن تحقیقات انجام‌گرفته و نتایج به‌دست‌آمده، خط پالایش خون پس از شروع به کار (سال ۷۵)، در سال ۷۶ به دستور وزارت بهداشت تعطیل می‌گردد و در این مدت، از دستگاه مربوط بدون وجود سیستم ویروس‌زدایی استفاده شده است که این امر، خود برنقض دستگاه مربوط کاملاً دلالت دارد.

۶. دیگر ایراد خواندگان به اینکه چون اقدامات دولت بر حسب ضرورت و به‌منظور تأمین منافع جامعه و طبق قانون بوده لذا در صورت ورود ضرر، دولت مجبور به پرداخت خسارت نیست، در این پرونده و موضوع قابلیت استناد و انتکاء ندارد زیرا همان‌طور که در ماده ۱۱ قانون مسئولیت مدنی به‌صراحت ذکر شده عدم وجود مسئولیت دولت به زمانی بازمی‌گردد که اقدامات صورت‌گرفته در چارچوب مقررات و قوانین نه تنها برای دولت بلکه برای کلیه اشخاص اعم از حقیقی و حقوقی ایجاد ضمان خواهد نمود و خروج دولت از مقررات مربوطه با توجه به آنچه که در سابق آمد محرز

می باشد. بنابراین نمی تواند از معافیت مقرره در این ماده برخوردار شود. افزون بر آن با آوردن این بند از سوی خواندگان در لواح دفاعیه تقدیمی ملاحظه می شود که آنان به نحو ضمنی، ورود ضرر ناشی از عملکرد دولت به خواهان را پذیرفته اند ولی در صدد موجه و قانونی جلوه دادن آن بوده اند که بالاستدلال فوق این دفاع قابلیت توجه ندارد.

علی ای حال، دادگاه با درنظرداشتن مراتب فوق الذکر دعوى خواهان را برای مطالبه خسارت واردہ برجسم و هزینه های درمانی صرف شده، وارد و مستقر تشخیص داده است. از آنجاکه روش جبران خسارت بر نفس و مادون آن در فقه امامیه براساس تعیین دیه وارش می باشد و نیز باعنایت به فنی و تخصصی بودن موضوع از این حیث که تعیین و تشخیص نوع و میزان خسارت واردہ بر نفس از تخصص های کارشناس پزشکی قانونی بوده لذا دادگاه با صدور قرار کارشناسی، موضوع را با توجه به اهمیت خاص آن و ویژه بودن خسارت واردہ در جهت جلوگیری از تضییع حقوق احتمالی طرفین و صدور نظریه ای کاملاً تخصصی و کارشناسانه، به کمیسیون مرکب از سه تن از کارشناسان پزشکی قانونی ارجاع داده تا کمیسیون مربوطه درخصوص بیماری محدث برخواهان پس ازأخذ نظریه مشورتی از متخصصین موردنیاز همچون متخصص ویروس شناسی و عفونی و داخلی و خون و با درنظر گرفتن کلیه جوانب امر و میزان پیشرفت بیماری و نتیجه درمان های صورت گرفته، نظریه تخصصی خود را اعلام می نماید که کمیسیون مربوطه در چندبند، به تفصیل نظریه کارشناسی خود را ارائه نموده و اجمالاً چنین اعلام داشته: خواهان از بدو تولد مبتلا به بیماری تالاسمی بوده که برای ادامه حیات، ازأخذ خون و فرآورده های آن به طور مکرر گزیر و گریزی نداشته است. از آنجاکه متولی تأمین خون و فرآورده های خونی، سازمان انتقال خون و وزارت بهداشت می باشند لذا احراز دریافت خون از سازمان مربوطه با تردیدی مواجه نبوده و هر چند راه های انتقال ویروس هپاتیت و ایدز متفاوت است اما یکی از عمدۀ راه های انتقال ویروس از طریق خون و فرآورده های خونی است که با توجه به اعلام سازمان انتقال خون آغاز انجام تست غربالگری آزمایشگاهی هپاتیت C از مرداد

سال ۷۵ و HIV از سال ۶۷ انجام گرفته است و چنانچه با استناد به دلائلی که احراز آنها بر عهده مقام قضایی می‌باشد محرز گردد که خواهان قبل از سال ۷۵ به ویروس‌های فوق، آلوده بوده بدیهی است قصوری از جانب خواندگان نیست و چنانچه نامبرده بعد از سال ۷۵ به ویروس آلوده شده باشد هزینه ارش ضایعات به شرح ذیل است:

۱. میزان هزینه درمانی تحمیلی برخواهان معادل ۱۱۶۰۰۰/۰۰۰ ریال
۲. ارش عارضه و حادث شده بر بیمار، ۱۰۰ درصد دیه کامل انسان می‌باشد و در حال حاضر عارضه‌ی وی بهبود نیافته است. نظریه مذکور پس از وصول به طرفین ابلاغ گردید که درمهلت مقرر قانونی مصون از هرگونه ایراد و اعتراض باقی مانده است و ایراد مؤثر و موجبه‌ی که موجب ورود خدشه بر نظریه کارشناسی واصله گردد ارائه نگردید و عدمه مطالب یادشده از سوی خواندگان در مقام اعتراض به نظریه کارشناسی اجمالاً بدین شرح است:

الف. کمیسیون مربوطه در نظریه خود، از نظر متخصصین خون استفاده ننموده.

ب. اعلام ابتلاء خواهان به ویروس هپاتیت C از طریق خون و فرآورده‌های آن، فاقد قطعیت و جزمیت بوده درنتیجه، ظنی و احتمالی است.

ج. احراز زمان ابتلاء خواهان به ویروس، به دادگاه محول گردید.

د. با وجود تعیین ارش، علت تعیین هزینه‌های درمانی ادعانشده، معلوم نیست و با وصف تعیین ارش، تعیین هزینه درمان مغایر با موازین قانونی است لذا دادگاه با عنایت به مطالب مندرج در مقدمه رأی و با درنظر گرفتن دلائل ارائه شده بهخصوص مدنظرداشتن مفاد و محتویات پرونده‌های استنادی، اعتراض واصله را موجه و وارد تشخیص نداده چراکه:

اولاً، تشخیص استفاده از متخصصین لازم در ارائه نظریه پژوهشی امری بوده که به کمیسیون مربوطه محول گردیده و آنچه از مفاد نظریه واصله بر می‌آید این است که از یکسو، خواهان مبتلا به بیماری‌ای بوده که

بهناگریز حیات وی منوط بهأخذ خون از خوانده ردیف دوم بوده و از سوی دیگر، دلیلی دال برآورده شدن خواهان به ویروس هپاتیت C از طریق دیگر، ارائه نگردیده و محتویات پرونده‌های استنادی و گزارش سازمان بازرگانی به اندازه‌های درآورده بودن خون‌های دریافتی از سوی خواهان اقناع‌کننده باشد که جایگاهی برای استفاده از متخصص خون برای بررسی این امر که خون دریافتی آلوده بوده یا خیر، باقی نمی‌ماند صرف نظر از اینکه از زمان ابتلاء به بیماری سالیان متتمادی می‌گذرد و بررسی خونی که بی‌شک به خواهان تزریق شده از حیث آلوده بودن یا نبودن در حال حاضر امکان‌پذیر نیست.

ثانیاً، هرچند یکی از راههای انتقال ویروس (هپاتیت C و ایدز و...) از طریق تزریق خون و یا فرآورده‌های خونی است اما در اینجا از میان راههای ممکن آنچه که وقوع ایجاد علت آن محرز است و قطعاً خواندگان نسبت به آن ایرادی نداشته‌اند دریافت خون توسط خواهان از خوانده ردیف دوم است زیرا:

الف. ادامه حیات خواهان منوط بهأخذ خون بوده

ب. تنها متولی تأمین خون و فرآورده‌های خونی، سازمان انتقال خون است و دلیلی بر وقوع راههای دیگر در انتقال ویروس ارائه نگردیده لذا با استفاده از برهان نفی سایر اسباب به لحاظ عدم امکان عقلی و عملی اثبات رابطه سببیت و علیت میان یکی از راههای ابتلاء با عنایت به قطعیت تزریق خون با نفی سایر راههای امکان ابتلاء و قراردادن آن به عنوان قرینه قابل اعتنای نظریه کارشناسی و اصله، عاری از ایراد به نظر می‌رسد.

ثالثاً، با عنایت به جوابه و اصله از پژوهشی قانونی پیرو استعلام صورت گرفته، تعیین زمان دقیق آلوده شدن بیمار به ویروس از حیث عملی ممکن نبوده و هیچ‌گونه راه حل علمی برای تعیین دقیق زمان آلودگی وجود ندارد. دیگر ایرادخواندگان به اینکه احراز زمان ابتلاء به دادگاه محول گردیده، نیز وارد به نظر نمی‌رسد چراکه آنچه می‌تواند

ملاک تعیین زمان ابتلاء برای دادگاه باشد زمان انجام اولین آزمایشی است که بر ابتلاء بیمار به ویروس دلالت دارد و این امر نیز مورد توجه کمیسیون پزشکی قانونی قرار گرفته است.

نهایتاً، ایراد خواندگان به اینکه با وجود تعیین ارش، جایگاهی برای تعیین میزان هزینه‌های تحمل شده برای بیمار نیست، نیز وارد نمی‌باشد زیرا از یکسو، دیه با ارش خسارتی است که به لحاظ جنایت بر نفس یا مادون آن تعلق می‌گیرد؛ به عبارت ساده‌تر، میزان دیه یا ارش براساس میزان و نوع جراحت است نه بر مبنای میزان هزینه‌های درمانی و تعیین دیه و ارش صرفاً از باب خسارت وارد بر جسم است نه از باب خسارت وارد بر مال مصدوم یا متوفی به لحاظ ورود صدمه. افزون بر آن، هیچ‌یک از عقلاء و شارعان، عدم جبران خسارت بر مال دیگری را تجویز ننموده‌اند بلکه مبنای آنها بر این قرار گرفته که هیچ ضرری نباید جبران نشده باقی بماند و یقیناً باید بین خسارت و صدمه وارد بر جسم شخص و آن خسارتی که به‌سبب آن صدمه، بر مال شخص (از کارافتادگی موقت یا دائم و تحمل هزینه‌های درمانی و معالجه...) وارد می‌شود تفاوت گذاشت زیرا - همان‌طور که گفته شد - دیه یا ارش، عوض نفس است نه عوض خسارت بر مال به‌سبب صدمه.

از سوی دیگر، از قواعد متعددی چون قاعده لاضر و قاعده نفی عسر و حرج و نیز قواعدی چون اتلاف و تسبیب می‌توان نتیجه گرفت که عدم جبران خسارت وارد بر مصدوم، مازاد برآنچه که «دیه و ارش» نامیده می‌شود، نه تنها مغایرتی با شرع و موازین قانونی ندارد بلکه عین انصاف و عدالت است. علی‌ای‌حال، دادگاه نظریه کارشناسی را با اوضاع و احوال محقق و مسلم قضیه، منطبق دانسته ضمناً رد اعتراض معترضین با درنظر داشتن کلیه دلائل فوق‌الذکر به‌خصوص مفاد و محتویات دادنامه‌های استنادی نظریه پزشکی قانونی و عدم ارائه هرگونه دفاتر مؤثر و موجه از سوی خواندگان، دعوی مطروحه را به طرفیت هردو خوانده موصوف با عنایت به احراز قصور آنها از حیث نقص در تجهیزات تولید و تهیه برای خوانده

ردیف دوم و عدم نظارت صحیح و درست قانونی براعمال خوانده ردیف دوم از سوی خوانده ردیف اول وارد دانسته با عقیده بر مسئولیت خواندگان مذکور به جبران خسارت وارد بنهنحو تساوی به لحاظ حاکمیت اصل عدم تضامن و نیز منطق مواد ۳۶۵ و ۳۶۷ قانون مجازات اسلامی و نظر فقهای امامیه بر تقسیم مسئولیت بنهنحو تساوی درصورت دخالت چند سبب در بروز حادثه، حکم بر محکومیت خواندگان را به پرداخت ۱۰۰ درصد دیه کامل ازیاب ارش به لحاظ خسارت وارد برجسم خواهان بهسبب آلوده شدن به ویروس هپاتیت C یا ایدز و نیز ۱۱۶/۰۰۰/۰۰۰ ریال بابت هزینههای درمانی تحمیل شده تاکنون برخواهان به همان سبب بنهنحو تساوی، صادر و اعلام می‌نماید و درخصوص مطالبه هزینههای درمانی آینده ازسوی خواهان توجهاً به عدم امکان تعیین آن دراین زمان و از طرفی اعلام خواندگان مبنی برانجام عملیات درمانی برای مبتلایان بهصورت رایگان درآینده طی لوایح مختلف ارائه شده به دادگاه، دعوی رادر این خصوص قابل استماع تشخیص نداده مستنداً به ماده ۲ قانون آینین دادرسی مدنی قرار عدم استماع دعوی خواهان را صادر و اعلام می‌نماید. درخصوص شق دیگر خواسته خواهان مبنی بر مطالبه خسارت معنوی باید اذعان نمود که صرفنظر ازینکه وکیل خواهان در مقام مطالبه خسارت معنوی وارد به موکل خود، از ذکر مصاديق وارد این نوع خسارت خودداری ورزیده است و هرچند از خسارت معنوی در تعاریف ارائه شده در نظامهای حقوقی مختلف و کلام حقوقدانان بزرگ، تعریف جامع و مانعی به لحاظ گسترده‌گی وجود متعدد این خسارت ارائه نگردیده، اما اجمالاً می‌توان گفت این نوع خسارت بنهنحوی دربرگیرنده کلیه خسارات وارد بآزادی، حیثیت و اعتبار افراد و اشخاص و احساسات و عواطف خانوادگی و مذهبی، ملی و بعد غیرمالی آفریده فکری، هنری، علمی و صنعتی و... می‌باشد ولی آنچه در خسارت معنوی ناشی از آسیب و صدمه جسمانی بیشتر موردنوجه قرار می‌گیرد عبارت است از درد و رنجی که در نتیجه از دست دادن سلامتی جسمی پدید می‌آید و در فرض موضوع ابتلاء خواهان به بیماری هپاتیت C علاوه بر درد و رنج‌های جسمی وارد بربیمار به لحاظ آلوده شدن به ویروس مذکور یک وجه دیگر قابل توجه می‌باشد که شاید

به نوعی از رنج و تعب ناشی از خود بیماری روحی و روانی، بیمار را تحت تأثیر جدی قرار می‌دهد. به تعبیری روشن تر، خسارت معنوی وارد ناشی از صدمه جسمانی دارای دو وجه است:

الف. تألمات و دردها و رنج‌های ناشی از ایجاد صدمه که ارتباط مستقیمی با جسم بیمار دارد.

ب. آلام روحی و روانی ناشی از آسیبی که با زندگی اجتماعی مصدوم (بیمار) ارتباط تنگاتنگی دارد چراکه شخص آلوده شده به ویروس در فرض این پرونده علاوه بر دردها و رنج‌هایی که باید به لحاظ حدوث بیماری جدید تحمل نماید باید تألمات و توجعات روحی و روانی ناشی از تغییر رفتار و برخورد دیگر اعضای خانواده و اجتماع را با خود و موقعیت‌های اجتماعی و عاطفی عدیده‌ای که به‌سبب این بیماری از دست می‌دهد تحمل نماید زیرا یقیناً پس از ابتلاء شخص به ویروس‌هایی چون هپاتیت و ایدز، جامعه و حتی اعضای خانواده و بستگان نسبی و سببی وی در مراوات خود با شخص مذکور احتیاط‌هایی به عمل می‌آورند و تغییر رفتارهای محسوس و ملموس را نشان می‌دهند که گویی شخص بیمار مطرود جامعه است. به‌طور کلی زندگی فرد بیمار را تحت الشعاع قرار می‌دهد که از آن جمله‌اند تأثیرات چنین بیماری‌هایی: متلاشی شدن کانون گرم خانوده، از دست دادن روحیه ادامه کار، و فعالیت‌های علمی و زندگی جمعی؛ از کف دادن موقعیت‌های خوب و خاص اجتماعی و خانوادگی چون ازدواج، استخدام، پیشرفت علمی و مواردی از این قبیل، لذا با عنایت به مراتب فوق چند امر قابل توجه می‌باشد: اولاً، در ورود خسارت معنوی ناشی از ابتلاء خواهان به ویروس اعلامی در حد اعلی و اکثری خود جای تردیدی نیست؛ ثانیاً، در اینکه این ضرر نباید جبران ناشده باقی بماند، نیز ابهام و ایرادی نیست چراکه جبران خسارت معنوی هم در ادیان الهی مورد تأکید قرار گرفته و هم آثار به جا مانده از قوانین کهن، حکایت از الزام به جبران این خسارت دارد. امروزه نظامهای حقوقی

مختلف جهان، مطالبه خسارت معنوی در کلیه وجوه قابل تصور آن را یکی از حقوق مسلم افراد جامعه می‌دانند که حقوق موضوعه ایران نیز از این قاله عقب نمانده بهطوری‌که در مواد ۱ و ۲ قانون مسئولیت مدنی (مصوب ۱۳۳۹) صرحتاً به جبران خسارت معنوی تأکید داشته و مبنای مسئولیت را تقصیر قرارداده است. موارد متعدد دیگری نیز در قوانین موضوع ایران وجود دارد که بهنوعی در لزوم جبران خسارت معنوی تصریح دارد از جمله اصل ۱۷۱ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران که به لزوم جبران خسارت مادی و معنوی ناشی از تقصیر قاضی پرداخته است. قواعد فقهی متعددی نیز قابلیت استناد و اتكاء برای لزوم جبران خسارت معنوی دارد که مهم‌ترین این قواعد، همان قاعده معروف «لاضرر ولاضرار فی الإسلام» می‌باشد. بنای عقلاً نیز از منابع مهمی محسوب می‌شود که جبران خسارت معنوی را مورد تأیید قرارداده است. علی‌ای‌حال، دادگاه با احراز ورود خسارت معنوی وارده که به تفصیل در فوق آمده و در جهت و ارائه مبنایی برای جبران خسارت معنوی وارده ناشی از صدمه جسمانی و تساوی آن برای کلیه انسان‌ها بدون درنظرداشتن موقعیت‌های اعتباری باتأکید براین مطلب که: اولاً، کلیه افراد بشر از جایگاه «انسان با هو انسان» دارای حیثیت، اعتبار، ارزش و شأن همسانی بوده و طبق آموزه‌های دینی کسی را بر کسی دیگر، برتری نیست مگر به تقو؛ ثانیاً، از آنجاکه در فقه امامیه برای خسارت وارده بر نفس و مادون آن، بدون درنظر گرفتن سن و موقعیت‌های علمی و اجتماعی و تأهل و تجرد و سایر موقعیت‌های آن، دیه به میزان مشخص تعیین و اعلام گردیده و در مواردی که دیه تعیین نشده، موضوع را تحت عنوانی به نام «ارش» قرارداده است درمی‌یابیم که برخلاف مقررات جاریه در نظام‌های حقوقی غیراسلامی که در تعیین خسارات وارده بر جسم مواردی چون شغل، سن، علم و سایر موارد در نظر می‌گیرند. چنین مواردی در تعیین خسارت بر نفس جایگاهی ندارد. علی‌ای‌حال، به تعییت از این امر درخصوص خسارت

معنوی نیز لحاظ قراردادن موارد این چنینی بهویژه در ایران که حقوق موضوع آن در چارچوب و حیطه مقررات شرعی و اسلامی تدوین گردیده با این مشکل مواجه است چراکه نمی‌توان برای افراد مختلف به اعتبار موضوعات فرعی و اکتسابی حیثیت، اعتبار و ارزش والاتری قائل شد و همه انسان‌ها در برابر میز عدالت از حقوق واحد برخوردار هستند؛ ثالثاً، درخصوص خسارت معنوی برجسم با توجه به دو وجه اعلامشده سابق، این امر قابلیت توجه بیشتری دارد زیرا نمی‌توان گفت درد ناشی از یک صدمه جسمی در یک شخص بی‌سواد کمتر از درد یک شخص پزشک یا استاد دانشگاه است یقیناً آلام ناشی از صدمات جسمی در کلیه افراد به یک اندازه و میزان است. از طرف دیگر، منباب مثال، شخصی که در یک روستا موقعیت اجتماعی و خانوادگی خود را به لحاظ ابتلاء به یک بیماری خاص از دست می‌دهد نمی‌توان گفت لطمہ واردہ به وی کمتر از لطمہ روحی و روانی یک فرد شاغل در یک پست مهم و یا اداری با تحصیلات عالیه است. چهبسا جایگاه اجتماعی یک شخص بی‌سواد در میان قوم و قبیله خود به مراتب بالاتر از جایگاه یک شخص جوان با تحصیلات عالیه در یک جامعه دانشگاهی و علمی و... باشد. و ترجیح هریک از آنها بر دیگری یک ترجیح بلامرجع خواهد بود.

بنابراین، دادگاه بانفی تأثیر موضوعات اعتباری بر تعیین میزان خسارت واردہ معنوی به نسبت خسارت واردہ برجسم به دلایل فوق الذکر و با درنظر داشتن این مطلب که هرچند برای تعیین خسارت معنوی هیچ‌گونه مبنا و میزان مشخصی درهیچ نظام حقوقی ارائه نگردیده و تشخیص و تعیین این امر به قاضی دادگاه محول گشته این دادگاه با تکیه بر مبانی فوق الاشاره و درجهت ارائه یک مبنای مشخص برای تعیین خسارت معنوی ناشی از خسارت واردہ بر جسم و تفکیک خسارت معنوی مذکور به دو قسمت خسارت معنوی ناشی از دردها و رنج‌های مستقیم و خسارت جسمی و آلام روحی و روانی مرتبط با زندگی اجتماعی و شخصی مصدوم و با این استدلال که نمی‌توان گفت درد ناشی از دست دادن یک

عضو یا یک صدمه جسمی و نیز تألمات روحی مرتبط با آن، که ممکن است تا ابد با شخص همراه باشد، کمتر از خود صدمه وارد برجسم است و نیز دلیلی ندارد که این میزان آلام روانی را بیشتر از آنچه که برنفس خود انسان وارد می‌شود تصور نمود لذا با ملاک و مبنا قراردادن صدمه وارد بربنفس بهمنظور تعیین میزان خسارت معنوی، خواهان را برای دریافت خسارتبه میزان ارش تعیین شده برای صدمه جسمی وارد، مستحق تشخیص داده مستندأ به مواد ۱ و ۲ و ۳ قانون مسئولیت مدنی، حکم برمحکومیت خواندگان را به پرداخت میزان ۱۰۰ درصد دیه مرد مسلمان بهنحو تساوی منباب خسارت معنوی درحق خواهان صادر و اعلام می‌نماید. ایضاً دادگاه مستندأ به مواد ۵۱۵ و ۵۱۹ قانون آیین دادرسی مدنی، حکم بر محکومیت خواندگان به پرداخت هزینه دادرسی و حق الوکاله وکیل براساس تعریف موجود و پس از احتساب ازسوی واحد اجرای احکام درحق خواهان صادر و اعلام می‌کند. بدیهی است اجرای مفاد دادنامه مذکور منوط است به پرداخت هزینه دادرسی مربوط. این رأی حضوری، ظرف مدت بیست روز پس از ابلاغ قابل اعتراض در محاکم تجدیدنظر استان می‌باشد.

اعمال حق و کالت در طلاق توسط زوجه با تحقق شرط ناباروری زوج

سعید محجوب*

مشخصات رأى

تاریخ رأى نهایی: ۱۳۹۱/۶/۲۹

شماره رأى نهایی: ۱۴۱۱

مرجع بدوي رسيدگي کننده: شعبه اول دادگاه عمومي حقوقی چنان

مرجع تجدیدنظر رسيدگي کننده: شعبه ۱۵ دادگاه تجدیدنظر استان

خراسان رضوي

مرجع عالي رسيدگي کننده: شعبه ۱۲ ديوان عالي كشور

۱. وقایع پرونده

در پرونده مذکور، زوجین با گذشت بیش از پنج سال از ازدواجشان، به شیوه اهداء جنین صاحب فرزندی می‌گردند.^۱

* دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشگاه اصفهان

Sd.mahjoob@gmail.com

۱. «اهداء جنین به پرسهای اطلاق می‌گردد که جنین انتقالی حاصل از لفاح تخمک و اسپرم غیرزوج گیرنده باشد. این اهداء در دو مورد انجام می‌شود؛ اول، در مواردی که مشکل ناباروری مربوط به مرد است و مرد قادر به تولید اسپرم نیست. در این صورت با توجه به ممنوعیت از نظر تعدادی از فقهاء، ناگزیر باید از اهداء جنین استفاده شود؛ دوم، در بیمارانی که احتمال انتقال بیماری‌های ژنتیکی به نسل بعد وجود دارد شامل بیماری‌های ژنتیکی واپسیه به جنس نظیر هموفیلی، دیستروفی عضلانی دوشن و یا ناهنجاری‌های مادرزادی که با اهداء جنین قابل برطرف شدن باشد. روند اهداء جنین به این ترتیب است که زوجین بعد از مراجعة به مرکز ناباروری و محرز شدن این مسئله که با هیچ‌کدام از روش‌های درمان ناباروری امکان درمانشان وجود ندارد به واحد مددکاری ارجاع می‌شوند. مددکار توضیحات کامل درباره مسائل مختلف، ناشناس مانند، طول زمان انتظار و ... را ارائه می‌کند و پس از طی مدت انتظار، نامه‌ای برای دادگاه



بدین ترتیب که زوجه دادخواستی مبنی بر بیماری ناباروری زوج، به جهت تحقق بند ۱۰ قسمت (ب) شروط ضمن عقد نکاحیه، ارائه می‌نماید. براساس بند مذکور، اگر با گذشت پنج سال از ازدواج، زن از همسر خود به علت عقیم بودن و یا عوارض جسمی دیگر، صاحب فرزندی نشود مرد به زن وکالت بلاعزل با حق توکيل به غیر داده که با مراجعته به دادگاه و دریافت حکم از دادگاه، خود را مطلقه نماید. دادگاه بدوي با این استدلال که با دریافت جنین اهدایی، بقاء زوجیت برای تأمین مصلحت و آینده فرزند ناشی از اهداء جنین مجاز شده است^۱ و اینکه زوجه تا قبل از دریافت جنین اهدایی، حق طلاق داشته ولی خود، حق مزبور را اعمال نکرده است و درخواست مجوز چنین اهدایی را کرده و از این طریق نیز صاحب فرزند شده است، حکم به بی‌حقی زوجه به جهت داشتن فرزند صادر نموده است. از طرفی دادگاه تجدیدنظر با استدلال بر عقیم بودن زوج و تحقق شرط دهم از شروط ضمن عقد، حتی با اهداء جنین این حق را برای زوجه ثابت دانسته است و

← خانواده و پژوهشی قانونی برای احراز صلاحیت اخلاقی و جسمی و اجتماعی دریافت می‌کنند. زوجین پس از صدور مجوز و موافقت حقوقی می‌توانند در سیکل درمانی قرار بگیرند.

http://www.royaninstitute.org/cmsfa/index.php?option=com_content&task=view&id=16&Itemid=9

۱. قانون نحوه اهداء جنین به زوجین نابارور (مصوب ۱۳۸۲) چنین مقرر می‌دارد:
- ماده ۱ - بهموجب این قانون، کلیه مراکز تخصصی درمان ناباروری ذی صلاح مجاز خواهند بود با رعایت ضوابط شرعی و شرایط مندرج در این قانون نسبت به انتقال جنین‌های حاصله از تلقیح خارج از رحم زوجه‌های قانونی و شرعی پس از موافقت کتبی زوجین صاحب جنین به رحم زنانی که پس از ازدواج و انجام اقدامات پژوهشی، نابارور آنها (هریک به تنها یا هر دو) به اثبات رسیده اتفاق نمایند.
- ماده ۲ - تقاضای دریافت جنین اهدایی باید مشترکاً از طرف زن و شوهر، تنظیم و تسليم دادگاه شود و دادگاه در صورت احراز شرایط ذیل، مجوز دریافت جنین را صادر می‌کند ... :

 - الف - زوجین بنا به گواهی معتبر پژوهشی، امکان بچه‌دارشدن نداشته باشند و زوجه استعداد دریافت جنین را داشته باشد.
 - ب - زوجین دارای صلاحیت اخلاقی باشند.
 - ج - هیچ‌یک از زوجین محجور نباشد.
 - د - هیچ‌یک از زوجین مبتلا به بیماری‌های صعب‌العالج نباشند.
 - ه - هیچ‌یک از زوجین معتمد به مواد مخدر نباشند.
 - و - زوجین بایستی تابعیت جمهوری اسلامی ایران را داشته باشند.

براین اساس به زوجه اجازه داده تا با اعمال وکالت مندرج در سند رسمی ازدواج و با انتخاب نوع طلاق، خود را مطلقه نماید. پس از فرجام خواهی زوج، دیوان عالی کشور بدون ورود به بحث ماهوی، اقدام به اعاده پرونده به شعبه مزبور نموده است.

الف - رأی بدوي:

شعبه اول دادگاه عمومی حقوقی چنان رخصوص دعوی خانم م. الف. به طرفیت آقای م. ن. و به خواسته صدور گواهی عدم امکان سازش به لحاظ بیماری نایاروری زوج، دادگاه با احراز رابطه زوجیت دائمی فیمالين طرفین دعوی به موجب سند رسمی ازدواج و اقرار خواهان مبنی بر اينكه فرزند دختر دارد که از طريق اهداء جنین و به روش لاقح خارج رحم، باردار و داري فرزند شده است، دادگاه با توجه به دفاعيات خوانده و نظریه پژشكی قانونی گرچه عدم بارداری زوج را محرز دانسته ولی به لحاظ اينكه با دریافت جنین اهدایي براساس قانون اهداء جنین با شرط زوجیت و بقاء زوجیت برای تأمین مصلحت و آتيه فرزند ناشی از اهداء جنین مجاز شده است و زوجه قبل از دریافت جنین اهدایي، حق طلاق داشته ولی خود حق را اعمال نکرده و درخواست مجوز چنین اهدایي را کرده و اينون داراي فرزند از اين طريق می باشد محلی برای اعمال حق وکالت در طلاق به علت نداشتن فرزند وجود ندارد، لذا حکم بر می حقی و رد دعوی خواهان صادر کرده است.

ب - رأی تجدیدنظر:

با تجدیدنظر خواهی خانم م. الف. نسبت به دادنامه يادشده شعبه ۱۵ دادگاه تجدیدنظر استان خراسان رضوی به موجب رأی شماره ۱۴۱۱/۱۳۹۱/۶/۲۹-۱۴۱۱ به توجه به اينكه مطابق نظریه پژشكی قانونی، زوج، عقیم می باشد و شرط دهم از شروط ضمن عقد که مورد توافق طرفین واقع شده تحقیق یافته با نقض رأی تجدیدنظر خواسته و به لحاظ تحقق شرط ضمن عقد به زوجه اجازه داده تا با اعمال وکالت مندرج در سند رسمی ازدواج و با انتخاب نوع طلاق، خود را مطلقه نماید.

ج - رأی فرجامي:

نظر به اينكه دادنامه شماره ۱۴۱۱/۱۳۹۱/۶/۲۹-۱۵ شعبه ۱۵ دادگاه تجدیدنظر استان خراسان رضوی در تاریخ ۱۳۹۱/۷/۲۹ به آقای م. ن. ابلاغ شده است و نامبرده در تاریخ ۱۳۹۱/۸/۲۱ و خارج از مهلت مقرر قانونی نسبت به آن فرجام خواهی به عمل آورده است ضرورت داشت دفتر دادگاه تجدیدنظر استان به تکلیف خود به موجب ماده ۳۸۳ قانون آیین دادرسی دادگاه های عمومی و انقلاب در امور مدنی، اقدام و پرونده را جهت صدور رأی مقتضی، به دادگاه تجدیدنظر ارسال می نمود لذا پرونده در کیفیت فعلی قابلیت طرح

در دیوان عالی کشور را ندارد و جهت اقدام قانونی به شعبه ۱۵ دادگاه تجدیدنظر استان خراسان رضوی اعاده می‌گردد.

رئیس شعبه ۱۲ دیوان عالی کشور - مستشار دیوان عالی کشور

۲. تحلیل و بررسی

تحلیل آراء مذکور از نقطه‌نظر ماهوی بر چند پایه استوار است که ابتدا به منطق صدور حکم در محاکم بدوى و تجدیدنظر و نقدهای واردہ اشاره می‌شود سپس با معن نظر به متن آراء، به ارائه نظر صائب درخصوص موضوع پرداخته می‌شود.

منطق صدور حکم در هر دو محکمه (بدوى و تجدیدنظر) منطقی، مطلق و کل‌گرایانه می‌باشد. هرچند هر دو محکمه تلاش نموده‌اند که درخصوص ماهیت پرونده ورود بیشتری داشته باشند، اما آنچه از حکم بدوى استنباط می‌گردد این است که نفس اهداء جنین در هر شرایطی زایل‌کننده حق زوجه در مراجعته به دادگاه می‌باشد. از سوی دیگر، دادگاه تجدیدنظر در نقطه‌ مقابل و به‌طور مطلق با این استدلال پنهان که با ایجاد حق، هیچ چیز آن را زایل نمی‌کند، حکم بر تحقق شرط مذکور در بند ۱۰ سند نکاحیه داده است. این در حالی است که هیچ‌یک از آراء مذکور درخصوص جواب موضع به بحث و بررسی نپرداخته‌اند. آنچه در موضوعات حقوق خانواده و دعاوی آن اهمیت بسزایی دارد توجه به منطق حاکم بر بنیان خانواده است که بدون شک این منطق بر پایه استحکام خانواده می‌باشد. بنابراین، دادرس در استفاده از قواعد تفسیری و قضایی در این حوزه، مطلق‌العنان نبوده و نمی‌تواند بی‌توجه به منطق حاکم بر خانواده، به استفاده از قواعد مذکور بپردازد. بر این مبنای و با مطالعه آراء، سؤالاتی به ذهن متبار می‌شود که پاسخ‌دهی به آنها می‌تواند موجب روشن‌تر شدن زوایای موضوع مورد بحث گردد:

الف - آیا شرط تحقق بند ۱۰ قسمت (ب) شروط ضمن عقد نکاحیه،^۱

عدم باروری زوج به‌طور طبیعی می‌باشد و یا مراد از چنین شرطی،

۱. با گذشت پنج سال از ازدواج، زن از همسر خود به سبب عقیم بودن و یا عوارض جسمی دیگر صاحب فرزندی نشود.

عدم باروری حتی پس از طی دوره درمان و انجام اقدامات درمانی است؟ در پاسخ باید گفت اگر در مواردی قصد طرفین از پذیرش شرط مزبور، روشن و مبرهن باشد همان قصد، ملاک عمل قرار خواهد گرفت؛ چراکه از لحاظ شیوه تفسیر کلی، با عنایت به ریشه قراردادی و منطقی اصل رضایی بودن، تفسیر بر مبنای قصد مشترک طرفین در این نوع قراردادها ارجحیت دارد. به عبارت دیگر، هنگامی که طرفین در شیوه انعقاد قرارداد آزاد باشند و تشریفات خاصی بر آنها تحمیل نگردد طبعاً بهمنظور دستیابی به مفاد قرارداد می‌باید قصد مشترک و تراضی واقعی‌شان را ملاک عمل قرار دهیم،^۱ ولی در مواردی که قصد طرفین از پذیرش شرط مذکور، مجهول و مبهم باشد، براساس وحدت ملاک از ماده ۲۲۴ قانون مدنی،^۲ باید چنین اذعان نمود که الفاظ شروط نیز محمول است بر معانی عرفیه و آنچه عرف با توجه به قدمت توالد انسانی و محمول بر طبیعی بودن زادوولد انسانی از شرط مزبور استفاده می‌کند عدم باروری طبیعی است. بنابراین، انصراف عرف با تحقق عدم باروری طبیعی زوج، این حق را برای زوجه به رسمیت می‌شناسد. شعبه ۲۱ دیوان عالی کشور نیز در همین راستا به درستی مقرر داشته است: «مراد زوجه از شرط ایجاد وکالت در طلاق برای وی در صورت دارا نشدن فرزند از زوج، دارا شدن فرزند بهطور طبیعی بوده و اجبار زوجه به تن دادن بارداری از طریق تلقیح مصنوعی صحیح نیست و وکالت در طلاق وی را منتفی نمی‌کند».^۳ با این حال در خصوص رأی مذکور درصورتی که احرار گردد زوج، زوجه را مجبور یا مُکره به پذیرش تلقیح مصنوعی نموده است، مورد به جهت وجود اجبار یا اکراه، تخصصاً از شمول بند ۱۰ ضمن عقد قبله نکاحیه خارج بوده و

۱. علی رفیعی مقدم، اصل رضایی بودن اعمال حقوقی (تهران: انتشارات دانشگاه امام صادق، ۱۳۹۰)، ص ۹۶.

۲. ماده ۲۲۴ قانون مدنی: الفاظ عقود محمول است بر معانی عرفیه.

۳. فرجام خواسته دادنامه شماره ۹۱۰۰۸۵۲ - ۹۱۱۱۲۴ صادره از شعبه ۵ دادگاه تجدیدنظر استان آذربایجان غربی.

حق زوجه جهت اعمال وکالت در طلاق زايل نمی‌شود و در هر حال نباید تلقیح مصنوعی را موحد یا زايل کننده حق زوجه دانست.

ب - نکته دیگر اینکه در برخی مناطق و طبق عرف محل، زوجین بعد از عقد ازدواج، بی‌هیچ رابطه زناشویی، مدتی را در دوران نامزدی سپری می‌نمایند و پس از طی این مدت رسماً زندگی خود را آغاز می‌کنند. حال، سؤال اینجاست که: آیا منظور از ازدواج در بنده ۱۰ قسمت (ب) سند نکاحیه، انعقاد عقد نکاح می‌باشد، یا آغاز زندگی مشترک بهطور خاص و زیر یک سقف، مراد است؟ بدیهی است که مقصود، زمان آغازین زندگی رسمی در طی پنج سال می‌باشد و نمی‌توان ملتزم به آثار نظر اول مبنی بر شروع مدت به صرف عقد نکاح گردید. در پاسخ بدین پرسش مقدار که ممکن است زوجین علی‌رغم زندگی مشترک، اقدام به رابطه زناشویی نکرده باشند، باید گفت شروع زندگی مشترک، اما ره بر زناشویی است و همین امر را می‌توان مبنای نظر مذکور دانست. دلیل امر علاوه بر توجه به استحکام خانواده و جلوگیری از تفسیر موسع شروط مذکور، این است که در شرایط کنونی و با توجه به شناخت کمتر زوجین از یکدیگر، در بسیاری از موارد، طرفین اقدام به انعقاد عقد می‌نمایند و چهبسا تا سال‌ها رسماً زندگی زناشویی خود را آغاز نمی‌کنند. در صورتی که شرط مذکور را ناظر بر انعقاد عقد بدانیم در بسیاری از موارد قبل از اینکه زوجین رسماً زندگی خود را آغاز نمایند این حق برای زوجه جهت مراجعه به دادگاه به وجود می‌آید. این در حالی است که در فرض شروع رسمی زندگی، با کشف مشکل زوج، وی زمان کافی و لازم جهت درمان و معالجه بیماری خود خواهد یافت. گرایش به این نظر را می‌توان در برخی از شعب دیوان عالی کشور نیز مشاهده نمود. در پروندهای که وکیل زوج مدعی، عدم محاسبه دوران نامزدی در طی پنج سال را نموده بود، شعبه ۸ دیوان عالی کشور چنین حکم داده است: «اعتراض وکیل زوج، مبنی بر اینکه مدت پنج سال با توجه به دوران نامزدی و ممانعت زوجه از بچه‌دار

شدن سپری نشده و یا ادعای قدرت باروری زوج کدام مقرن به دلیل و بینهای نیست.^۱ از مفهوم رأی مزبور می‌توان به این نتیجه رسید که در مواردی که ادعای زوج مقرن به دلیل و بینهای باشد، دوره پنج ساله زندگی مشترک زوجین منهای زیر یک سقف، در بند ۱۰ قسمت (ب) سند نکاح لحاظ نخواهد شد. اگر استدلال دادگاه را با توجه به عبارت دوم - یعنی «ممانعت زوجه از بچه‌دار شدن» - تفسیر نماییم و منظور از «عدم ارائه ادله» را به عنوان ادله برای این مقصود درنظر بگیریم، در این فرض نمی‌توان حق مراجعه به دادگاه را پس از پنج سال برای زوجه لحاظ نمود، زیرا زوجه با اراده خود مانع از مقدمه اساسی ایجاد فرزند گردیده است.

ج - سؤال دیگری که باید بدان پرداخت این است که: مراد طرفین از این شرط چیست؟ از شرط مذکور دو استنباط برمی‌آید: ۱) داشتن فرزند از شخص زوج، قصد اصلی زوجه بوده است و اگر به صورت اهداء جنین از دیگری باشد، حق طلاق برای وی پدید آید؛ ۲) داشتن فرزند، بماهو فرزند، با توجه به اهمیت آن در زندگی مشترک قصد اصلی وی بوده است. بنابراین، با اهداء جنین جایی برای اعمال حق طلاق باقی نمی‌ماند. در حقیقت، آنچه از قصد طرفین برمی‌آید این است که غالباً مراد زوجه از ازدواج با زوج، شخص وی بوده و مسلماً داشتن فرزند از وی مورد نظر زوجه می‌باشد. اگر این مفهوم پذیرفته گردد رأی دادگاه تجدیدنظر از این حیث، صحیح و عاری از هرگونه اشکال می‌باشد. این رأی از طریقی دیگر نیز - که در متن رأی، بالاجمال مورد اشاره قرار گرفته است - از قابلیت دفاع برخوردار است. بدین ترتیب که حق به وجود آمده تا زمانی که دلیل قطعی بر زوال آن در دست نباشد، به قوت خود باقی است و در مانحنفیه نیز حتی پس از چند سال این

۱. فرجام خواسته: دادنامه شماره ۱۱۴۳۵ - ۹۱/۹/۲۷ صادره از شعبه ۱ دادگاه تجدیدنظر استان خراسان شمالی.

حق، محفوظ است. با این حال از جهات دیگر می‌توان رأی تجدیدنظر را به‌طور مبسوط مورد نقد و بررسی قرار داد که به‌ترتیب ذیل می‌باشد:

۳. قابلیت اسقاط ضمیمی حق توسط زوجه

هیچ شکی در قابلیت اسقاط حق مزبور در بند ۱۰ سند نکاحیه پس از عقد توسط زوجه، نیست و ضرورتی ندارد که این اسقاط نیز لفظی باشد. علی‌الأصول در موارد مذکور، اسقاط به صورت لفظی نبوده و از قرائن امر می‌توان حکم به اسقاط فعلی حق مزبور نمود.

ممکن است از قرائتی این گونه برداشت گردد که زوجه حق خود را اسقاط نموده است که از جمله این قرائن می‌توان به پذیرفتن جنین توسط زوجه و حمل و زنده متولد شدن وی اشاره کرد. قرینه دیگر، ماده ۲ قانون نحوه اهداء جنین به زوجین نابارور (مصطفوی ۱۳۸۲) می‌باشد که شرط اهداء را تسلیم تقاضای زوجین به‌طور مشترک می‌داند. ماده مزبور مقرر می‌دارد: «تقاضای دریافت جنین اهدایی باید مشترک از طرف زن و شوهر، تنظیم و تسلیم دادگاه شود و دادگاه در صورت احراز شرایط ذیل، مجوز دریافت جنین را صادر می‌کند...». بنابراین، در صورتی که زوجه مایل به عدم اسقاط حق خود باشد اقدام به تسلیم تقاضانامه نمی‌نماید. با این حال نباید چنین پنداشت که در هر حال و با دریافت جنین، حق زوجه ساقط می‌گردد، زیرا ممکن است زمانی که زوجه اقدام به اخذ جنین می‌نماید جنین به هر دلیلی به صورت زنده متولد نگردد. آیا در این هنگام نیز باید حق زوجه را ساقط شده دانست؟ آنچه به نظر می‌رسد این است که در این موارد زوجه به‌طور مشروط، اقدام به اسقاط حق خود می‌نماید. درواقع زوجه با تسلیم تقاضا و قبول دریافت جنین، نوعی ایقاع معلق صادر نموده که در صورت حیات جنین در خارج وبقاء وی، حق خود را ساقط می‌کند. نباید پنداشت که تعبیر عمل زوجه به ایقاع معلق، امری انتزاعی و به دور از واقعیت‌های ملموس زندگی است. این امر علی‌الخصوص در نکاح، کاربردهای فراوان دارد. برای مثال، هدایای ارسالی بعد از مراسم خواستگاری و پیش از ازدواج، [خانواده زوج و زوجه] هدایا را به محض

عدم وقوع عقد ازدواج، مسترد می‌نمایند زیرا در این باره برای خود مالکیتی قائل نیستند.^۱ در مانحن فیه نیز زوجه با صدور ایقاع معلق در صورت حیات و بقاء جنین، اقدام به اسقاط حق خود می‌نماید، ولیکن آنچه از تفاهمن عرفی مستفاد می‌شود این است که با شرط حیات و قابلیت بقاء جنین، زوجه از حق خود، عدول و به نوعی حق خود را اسقاط نموده است.

۴. وحدت ملاک حق زوجه با حق فسخ در خیارات

استدلال دیگر، توجه به «وحدة ملاک حق زوجه» در مانحن فیه با «حق فسخ در خیارات» می‌باشد. اگر مدت‌زمان اعمال حق طلاق زوجه با خیارات قراردادی و حتی خیارات در حوزه حقوق خانواده نیز قیاس گردد، اعمال حق فسخ در مواردی که أجل، نامشخص است فی الفور صورت می‌گیرد. «شیخ انصاری» درباره مبحث «فور یا تراخی خیار عیب» با ذکر دو نظر فور و تراخی بودن اعمال خیار، می‌نویسد: محقق سبزواری - صاحب کفایه - در تأیید تراخی بودن، دو دلیل اخبار مطلق و خاص و تمسمک به اجماع را ذکر نموده است که شیخ هر دو دلیل را قابل مناقشه می‌داند و قائل بدین امر است که در روایات، «اطلاق» استفاده نمی‌شود زیرا اولاً، خبر خاصی یافته نشده است؛ ثانیاً تمسمک به اجماع به دلیل وجود معارض نیز صحیح نیست. درنهایت، وی با قول به فوریت اعمال خیار به جهت موافقت با اصل، قول به فوریت را خالی از قوت نمی‌داند. سرانجام او تحقیق در مسئله را رجوع به اعتبار و عدم اعتبار استصحاب در این مسئله می‌داند.^۲ درخصوص «استصحاب» نیز با توجه به اینکه در مانحن فیه، استصحاب زمانی با اصاله‌اللزوم - که در نکاح به جهت تعلق عقد به نفوس، اشد از سایر عقود می‌باشد - نیز متعارض است، نمی‌توان به استصحاب، تممسک شد. توضیح مطلب در نکاح اینکه اصاله‌اللزوم، اصل اولی است که همه زمان‌ها را دربرمی‌گیرد. پس از عقد و با تحقق شرط، حق رجوع به دادگاه جهت مطلقه

۱. محمد جعفر جعفری لنگرودی، تأثیر اراده در حقوق مدنی (تهران: انتشارات گنج دانش، چاپ دوم، ۱۳۸۷)، صص ۱۳۷ - ۱۳۸.

۲. مرتضی بن محمد امین انصاری درقولی، المکاسب (قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ۱۴۱۵ هـ. ق)، ج ۵، صص ۳۳۲ - ۳۳۴.

نمودن، برای زوجه پدید می‌آید که در صورت دائمی دانستن این حق، با اصلة‌اللزوم در تعارض قرار می‌گیرد، لذا می‌توان استصحاب را تا قدر متیقн از ابقاء معتبر دانست که این قدر متیقن، همان فوریت عرفی است بدین سبب اذعان شده است: «با توجه به اصولی کلی و رعایت اصل استصحاب، هرگاه در فوریت خیاری تردید شود بقاء خیار، استصحاب شده یعنی حکم به عدم فوریت آن خواهد شد، اما به نظر ما چون خیار، مخالف با اثر قاعده «لروم» است باید به وجود آن فقط در موارد مسلم معتقد گردید و استصحاب در این خصوص به علت عدم استعداد بقاء، جریان پیدا نمی‌کند».¹ حال ممکن است گفته شود در حقوق خانواده به علت تعلق بحث به مناکحات، قواعد معاوضات جاری نشده و حکم به عدم فوریت داده شود. این استدلال نیز تام و تمام نیست چراکه ولايت یک طرف به طرف مقابل در نکاح، شدیدتر بوده و با توجه به قاعده عدم ولايت و تفسیر مضيق آن، اعتقاد به فوریت استفاده از این حق، اولی است، لذا گفته‌اند: خیارات موجود در نکاح، فوری است و دارنده حق فسخ باید در کوتاه‌ترین زمانی که عرفًا می‌تواند حق فسخ خود را اعمال نماید اراده خود را بر به هم زدن ازدواج اعلام دارد، زیرا «خیار فسخ» برای رفع ضرر همسری است که این حق به وی داده شده است و با این گونه خیار، مقصود حاصل می‌شود و باید در آنچه خلاف اصل است به میزانی که مقصود بدان حاصل گردد اکتفا کردد... با توجه به استثنای بودن فسخ نکاح و مصلحت خانواده که نباید متزلزل بماند می‌توان گفت «خیار تخلف از شرط صفت» هم در مبحث نکاح، فوری است و از این حیث میان خیار مذکور و «خیار تدلیس» و «خیار عیب» تفاوتی نیست. وانگهی چنین تفاوتی، منطقی به نظر نمی‌رسد.² درخصوص موضوع نیز گویی طرفین بر این امر توافق نموده‌اند که زوج، وصف باروری داشته و با تخلف از این وصف، منجر به ایجاد حق طلاق برای زوجه گردد و با شرط تخلف از این وصف، زوجه باید در اولین زمان ممکن و با قید فوریت، اقدام

۱. مهدی شهیدی، حقوق مدنی ۶، عقود معین ۱ (تهران: انتشارات مجد، چاپ یازدهم، ۱۳۹۱)، ص ص ۷۵ - ۷۶.

۲. سیدحسین صفائی و اسدالله امامی، مختصر حقوق خانواده (تهران: میزان، ۱۳۹۲)، ص ص ۲۱۸ - ۲۱۹.

به ارائه دادخواست طلاق نماید، در غیر این صورت اراده ضمنی خود را برای ادامه زندگی مشترک اعلام نموده است. مع الوصف، در پرونده مذکور نیز زوجه در زمان مقرر جهت اعمال خیار - که پس از پنج سال شروع می‌شود - اقدام به اعمال حق ننموده است. و چون در مقابل، دادخواست اهداء جنین، تنظیم و تسليم کرده و جنین وی نیز زنده متولد شده و قابلیت بقاء داشته، حق خود را بهطور ضمنی ساقط کرده است. بنابراین، به صورت قاعده هم نمی‌توان حق وکالت در طلاق زوجه را بدون توجه به فوری بودن اعمال آن، دائمی دانست. جالب توجه اینکه در پرونده دیگری، دادگاه تجدیدنظر، حکم به وجود حق زوجه حتی پس از بیست سال داده است که این رأی با توجه به مطلب گفته شده، صحیح به نظر نمی‌رسد. توضیح اینکه در پرونده‌ای زوجه، دادخواستی به طرفیت همسرش به خواسته صدور گواهی عدم امکان سازش به لحاظ عسر و حرج و تحقق شروط ضمن عقد تقدیم دادگاه نموده است. وی در اولین جلسه رسیدگی دادگاه اظهار می‌دارد: «به مدت ۲۰ سال است که ازدواج کرده‌ام و فرزندی ندارم». وی با توجه به تخلف زوج از بند ۱، ۲ و ۱۰ شروط ضمن عقد و عسر و حرج، تقاضای طلاق دارد. دادگاه زوجین را جهت بررسی علت بجهه‌دار نشدن و اینکه این امر منتبه به کدامیک از زوجین می‌باشد به پژوهشی قانونی معرفی می‌نماید. این مرجع در پاسخ اعلام می‌دارد که زوجه از نظر باروری، توانایی دارد و مشکل خاصی نیست. دادگاه، ختم دادرسی را، اعلام و با توجه به محتویات پرونده و اظهارات طرفین و احراز رابطه زوجیت و با لحاظ مدت زندگی مشترک - که قریب به بیست سال بوده - ناتوانی زوجین در صاحب فرزند شدن و احراز سلامت زوجه، به زوجه اذن می‌دهد با استفاده از وکالت تفویضی ناشی از تحقق شرط با مراجعته به دفاتر رسمی ثبت طلاق با بذل ده هزار ریال از مهریه، خود را به طلاق خلع، مطلقه نماید. پس از ابلاغ این رأی به زوج، نامبرده مبادرت

به تجدیدنظر خواهی می‌نماید. شعبه ۳۰ دادگاه تجدیدنظر استان تهران، تجدیدنظر خواهی زوج را وارد ندانسته و رأی تجدیدنظر خواسته را تأیید می‌کند. نامبرده ظرف مهلت مقرر قانونی، معرض بدین امر می‌شود که شعبه ۸ دیوان عالی کشور در این خصوص این‌گونه رأی داده است: «فرجام خواهی [زوج] وارد و موجه به نظر نمی‌رسد، زیرا حکمه با توجه به محتویات پرونده و اظهارات و مدافعت طرفین و ملاحظه پاسخ پژوهی قانونی که مؤید توانایی باروری زوجه بوده و زوج، همکاری لازم در جهت انجام معاینات پژوهی ننموده و با گذشت بیست سال از زندگی مشترک کماکان زوجین صاحب فرزندی نگردیده‌اند، بند دهم شروط ضمن عقد را محقق دانسته و مبادرت به صدور گواهی عدم امکان سازش ننموده که بر این تشخیص و استنباط دادگاه، خدشه و خلی وارد نگردیده است و سایر اعتراضات فرجام خواه پیرامون عدم اعتماد و یا عدم عسر و حرج زوجه نیز مؤثر در مقام نیست، زیرا مورد استناد دادگاه قرار نگرفته است. بنابراین، دادنامه فرجام خواسته در حدود اعتراضات مطرحه از ناحیه فرجام خواه، فاقد ایراد و اشکال مستوجب نقض می‌باشد». ^۱ آنچه از رأی مذکور استنباط می‌گردد وجود حق مادام‌العمری زوجه در اعمال طلاق می‌باشد که اعطاء این حق با موازین گفته‌شده، منطبق نبوده و زوجه در صورت اعمال حق طلاق می‌باشد پس از پنج سال و به فوریت، دادخواستی مبنی بر اعمال حق ارائه می‌نمود، اما باید توجه داشت که فوریت چنین حقی عرفی می‌باشد و نمی‌توان برای آن، زمان مشخصی تعیین کرد، لذا می‌توان به درستی و صحت رأی شعبه ۲۶ دیوان عالی کشور در این خصوص که پس از هشت سال زندگی مشترک زوجین بوده است، نظر داد. طبق پرونده مذکور، پس از گذشت هشت سال از زندگی مشترک و در پی آن، بچه‌دار نشدن، زوجین به مداوا پرداختند ولیکن نتیجه‌ای در برنداشته است و طبق آزمایشات انجام‌شده مشخص گردیده است که نقص از جانب

۱. فرجام خواسته: دادنامه شماره ۹۱/۱۰/۴-۱۸۰۳ صادره از شعبه ۳۰ دادگاه تجدیدنظر استان تهران.

زوج می‌باشد و این مهم، موجب عسر و حرج زوجه شده است لذا زوجه با استناد به بند ۱۰ از شروط ضمن عقد نکاح، صدور حکم مبنی بر صدور گواهی عدم امکان سازش را درخواست نموده است. شعبه ۲۶ دیوان عالی کشور چنین رأی داده است: «طبق محتويات پرونده شرط دهم مندرج در عقديName، محقق می‌باشد». بنابراین، توجه به اين امر بسیار ضروری است که دادرس درخصوص موضوع باید به مقتضای اوضاع و احوال، پاسخ‌گوی این پرسش‌ها باشد که: آیا زوجه پس از تحقق شرط، به‌فوريت اقدام به تنظيم دادخواست نموده است یا خير؟ آیا درخصوص مواردي چون دریافت جنین که به‌طورضمنی اين حق را ساقط نموده باشد، اقدامي انجام داده است یا خير؟ در صورت مشبت بودن پاسخ هریک از سؤالات فوق، اين حق زوجه، قابلیت مطالبه و اعمال نخواهد داشت.

۵. مغایرت با روح قانون

علاوه بر استدلال فوق‌الذکر، آنچه از روح قانون منتج می‌گردد توجه بیش از حد به حفظ استحکام خانواده و مخالفت با تضعیف بنیان خانواده به هر طریقی است. مقصود از روح قانون نیز که در ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی به عنوان منبع تمیيز حق آمده است، اصول راهنمای قانون‌گذار در وضع قانونی است، خواه اصل راهنما از بطن احکام فرعی و پراکنده قانون استخراج شود خواه دلیل قطعی خارج بر آن دلالت کند؛ برای مثال، اصل آزادی قرارداد، احترام به مالکیت خصوصی، لزوم جبران ضرر، نسبی بودن اثر قرارداد، منع سوءاستفاده از حق، حفظ حرمت خانواده مشروع و حمایت از متصرف، از جمله اصول مورد احترام در قانون مدنی است.^۱ با توجه به اصل مذبور، در مواردی که شرطی برخلاف روح قانون باشد با تفسیر مضيق از شرط مذکور، اراده طرفین مورد تفسیر قرار می‌گيرد. براین اساس، حفظ حرمت خانواده مشروع ایجاب می‌نماید تا زمانی که دلیل قطعی بر استمرار حق، احراز نگردیده است با تفسیر مضيق از تدوام حق مذکور، حکم به صحت اعمال حق زوجه صحيح نیست.

۱. ناصر کاتوزیان، «جایگاه حقوق اسلامی در نظام حقوقی»، مجله حقوقی دادگستری، ش. ۲۱، (بهار ۱۳۷۶)، ص. ۴۷.

۶. نتیجه‌گیری

درخصوص پرونده مذکور و پرونده‌هایی از این قبیل، چون با تحقق شرط مقتضی ایجاد گردیده است و هرچند اصل اولی، وجود حق و ابقاء آن می‌باشد ولی اعمال حق در هر زمان، تابع استمرار مقتضی است. بنابراین، اگر مانع رضایت زوجه حتی به‌طور ضمنی یا اسقاط ضمنی حق به‌طور فعلی متحقق گردد نمی‌توان حکم بر وجود این حق به نفع زوجه صادر نمود. در مانحنفیه نیز با توجه به دلایلی چند از جمله قابلیت اسقاط ضمنی حق توسط زوجه، وحدت ملاک حق زوجه با حق فسخ در خیارات و مغایرت با روح قانون می‌توان از فوریت عرفی اعمال حق مذکور سخن راند. همان‌طور که پیش‌تر اشاره شد دادرس بنا به اقتضای اوضاع و احوال درخصوص موضوع، باید به این مهم بپردازد که زوجه پس از تحقق شرط، چه موضعی را برای خود اتخاذ کرده است بدین معنا که: آیا فی الفور مبادرت به تنظیم دادخواست نموده است یا اقدام دیگری چون دریافت جنین که این حق را به‌طور ضمنی ساقط نموده باشد، انجام داده؟ سپس در صورت مثبت بودن پاسخ‌ها، این حق زوجه را ساقط، و عدم قابلیت مطالبه و اعمال را محرز بداند. بنابراین، در پرونده مذکور نیز اگر زوجه در زمان مقرر جهت اعمال خیار - که پس از پنج سال آغاز می‌گردد - اقدام به اعمال حق ننموده و در مقابل، دادخواست اهداء جنین تنظیم نماید و جنین وی نیز زنده متولد شده و قابلیت بقاء داشته است در این صورت، حق وی به‌طور ضمنی ساقط گردیده است. بدیهی است که منظور از فوریت نیز فوریت عرفی بوده که بر حسب زمان و مکان، متفاوت می‌باشد. در صورت عدم پذیرش این استدلال، باید به این نتیجه ملتزم گردید که زوجه، مادام‌العمر و در هر حال و موقعیتی می‌تواند مطالبه طلاق نماید؛ درحالی‌که این امر خلاف مبنای حقوق خانواده و التزام به استحکام خانواده است. التزام به شرط و قید «مادام‌العمر بودن» این حق برای زوجه، زندگی زناشویی را متزلزل می‌سازد، زیرا ملتزم بودن به چنین موضوع و امری، منجر به ناپایداری و تزلزل بنای زندگی می‌گردد به‌طوری‌که زوجه در هر زمان و به صِرف اراده و اختیار، حتی بعد از گذشت سالیان سال زندگی زناشویی و داشتن فرزند یا فرزندان اهدای، خود را محقِ حق مجبور خواهد دانست.

فهرست منابع:

کتب و مقاله

۱. انصاری دزفولی، مرتضی بن محمدامین، المکاسب، (قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ۱۴۱۵ ه. ق).
۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، تأثیر اراده در حقوق مدنی، (تهران: انتشارات گنج دانش، چاپ دوم، ۱۳۸۷).
۳. رفیعی مقدم، علی، اصل رضایی بودن اعمال حقوقی، (تهران: انتشارات دانشگاه امام صادق، ۱۳۹۰).
۴. شهیدی، مهدی، حقوق مدنی ۶، عقود معین ۱، (تهران: انتشارات مجد، چاپ یازدهم، ۱۳۹۱).
۵. صفائی، سیدحسین و اسدالله امامی، مختصر حقوق خانواده، (تهران: میزان، ۱۳۹۲).
۶. کاتوزیان، ناصر، «جایگاه حقوق اسلامی در نظم حقوقی»، مجله حقوقی دادگستری، ش ۲۱، (بهار ۱۳۷۶).
۷. محقق داماد، سیدمصطفی، قواعد فقه، (تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ سی و دوم، ۱۳۹۰).

قوانين

۱. قانون مدنی

۲. قانون نحوه اهداء جنین به زوجین نابارور مصوب ۱۳۸۲

سایت

1. http://www.royaninstitute.org/cmsfa/index.php?option=com_content&task=view&id=16&Itemid=9

عدم قابلیت ابطال سند مالکیت رسمی شخص ثالث (غیردخلی در دادرسی کیفری) در مقام رد مال به شاکی خصوصی

رضا رحیمیان *

مشخصات رأی دادگاه بدوی

شماره دادنامه: ۱۲۰۴ ۹۵۰۹۹۷۷۱۹۷۲۰

تاریخ صدور دادنامه: ۱۳۹۵/۷/۱۸

مرجع رسیدگی: شعبه ۱۰۱ دادگاه کیفری دو شهرستان لامرد (فارس)

اتهام: کلاهبرداری و انجام معامله معارض

درخصوص شکایت آقای ح.ع. فرزند حسن با وکالت آقایان: س.ع.الف. و ع.ق. وکلای رسمی دادگستری عليه آقای الف. ب. پ. با وکالت آقایان: ع.ا. و ع.ع. وکلای رسمی دادگستری دایر بر معامله معارض. با توجه به محتويات پرونده، نظر به اينکه وکيل شاكي در شکوایييه اوليه خود که خلاصه آن بدین شرح است بیان داشته: «موکل در مورخه ۱۳۹۳/۴/۳۰ يك باب منزل مسکونی واقع در خیابان ۲۲ بهمن خیابان حافظ تحت پلاک ثبتی ۱۱ فرعی از اصلی ۲۲۷ را به ثمن معين هشتصد ميليون تoman از متهم خريداري كرده و كد رهگيري نيز از سامانهأخذ مى كند ولی مشتكى عنه اقدام به انتقال رسمی ملك به شخص ديگري مى نماید و تقاضاي تعقيب متهم مى نمایند. با توجه به مراتب فوق و تحقیقات صورت گرفته ازسوی دادسرای عمومی و انقلاب شهرستان لامرد و همچنین تحقیقات صورت گرفته از

* دانشجوی دکتری حقوق جزا و جرم شناسی دانشگاه علوم قضایی تهران و دادستانی عمومی و انقلاب شهرستان لامرد (فارس)
r.rahimian2010@gmail.com



سوی این دادگاه و شهادت شهود و اظهارات طرفین و اقرار صريح متهم مبني بر انتقال ملك به غير و اقرار متهم مبني بر فروش ملك به شاكى و دفاعيات متهم و وکيل ايشان که در دفاع از خود بيان داشته اين معامله صوري بوده و يا اينکه ضمانتي بوده و حال آنکه متهم اقرار دارد که بدھكار شاكى بوده ولی مدعى است که اين ملك در ضمانت طلب شاكى بوده، به نظر خريد و فروش بين طرفين پرونده واقع گردیده و خريد و فروش صورت گرفته، مطابق با موازين قانوني و شرع بوده و دليل و مدرکي که متضمن صوري بودن بيع باشد در پرونده مشاهده نمي گردد و با توجه به اينکه اگر ادعای متهم بپذيريم که ملك در ضمانت بوده و يا اصلاً صوري بوده در قبل طلب شاكى، متهم حق انتقال به غير نداشته و ابتدا مي بايست وضعیت معامله خود با شاكى مشخص نماید و سپس اقدام به فروش ملك خود نماید. علی هذا اتهام به متهم، وارد بوده فلذا دادگاه مستندا به رأى وحدت رویه شماره ۴۳ مورخه ۱۳۵۱/۸/۱۰ و ماده ۱۰۵ قانون ثبت و ماده ۱ قانون تشدید مجازات مرتكبين ارتشاء، اختلاس و کلامهيرداری و با رعایت بند (ت) و (ث) از ماده ۳۷ و ۳۸ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ و به لحاظ عدم سابقه کيفري مؤثر، متهم را به تحمل يك سال حبس تعزيري و رد اصل مال به صاحبشن محاکوم مي نماید. رأى صادره، حضوري بوده و ظرف مدت بيست روز پس از ابلاغ، قابل تجدیدنظرخواهی در محاکم تجدیدنظر استان فارس مي باشد.

مشخصات رأى دادگاه تجدیدنظر

شماره دادنامه: ۹۵۰۹۹۷۷۱۱۹۲۰۱۴۷۸

تاریخ صدور دادنامه: ۱۳۹۵/۱۰/۱

مراجع رسيدگی: شعبه دوم دادگاه تجدیدنظر استان فارس

اتهام: کلامهيرداری و انجام معامله معارض

درخصوص تجدیدنظرخواهی آقای الف.پ. با وکالت آقایان: ع.الف. و م.ب. از دادنامه شماره ۹۵۰۹۹۷۷۱۱۹۷۲۰۱۲۰۴ صادره از شعبه ۱۰۱ دادگاه کيفري دو شهرستان لامرد، موضوع شکایت آقای ح.ع. با وکالت آقایان: س.ع.الف. و ع.ق. که طبق آن تجدیدنظرخواه بابت معامله معارض، به تحمل يك سال حبس تعزيري و

رد اصل مال به شاکی، محکوم گردیده است؛ همچنین درخصوص تجدیدنظرخواهی آقای ح.ع. از دادنامه مذکور که طبق آن، تجدیدنظرخواه تقاضای تشدید مجازات و اضافه نمودن مجازات جزای نقدی به حکم صادره را دارد، با عنایت به مجموع اوراق پرونده، نظر به اینکه تجدیدنظرخواه آقای الف.پ. دلیل موجه و محکمه‌پسندی که موجب نقض دادنامه صادره گردد، ارائه نداده است و دادنامه صادره طبق موازین شرعی و قانونی و با رعایت اصول دادرسی صادر شده است، لذا هیأت دادگاه، تجدیدنظرخواهی ایشان را وارد ندانسته، به استناد بند الف ماده ۴۵۵ و ماده ۴۵۷ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ ضمن رد تجدیدنظرخواهی ایشان، دادنامه صادره از دادگاه بدوی را با پذیرش تجدیدنظرخواهی آقای ح.ع. و با اضافه نمودن پرداخت جزای نقدی به مبلغ هشتصد میلیون تومان به مجازات مندرج در دادنامه، دادنامه صادره از دادگاه بدوی را تأیید می‌نماید. رأی صادره، قطعی است.

وقایع پرونده:

وکلای شاکی با تقدیم شکایت به دادسرا مدعی شده‌اند مشتکی^{نه} یک باب منزل مسکونی دارای سند رسمی مالکیت را بهموجب بیع‌نامه عادی تنظیمی در بنگاه املاک به قیمت هشت میلیارد ریال، به موکل آنان، منتقل و کد رهگیری نیز از سامانه معاملات أخذ شده که متعاقباً بدون إذن موکل، مجدداً همین ملک را به موجب سند رسمی به شخص ثالثی منتقل نموده است و بر همین اساس، تقاضای رسیدگی کیفری به جرم انجام معامله معارض را نموده‌اند. متهم در مقام دفاع، مدعی صوری بودن بیع‌نامه شده، اظهار نموده اگرچه این توافق آنان در قالب بیع‌نامه تنظیم شده اما تنظیم این سند، بابت ضمانت بازپرداخت بدھی‌هایی بوده که به شاکی داشته و دادسرا نهایتاً پس از انجام و تکمیل تحقیقات مقدماتی، قرار منع تعقیب متهم به جهت عدم احراز ارتکاب بزه صادر نموده است. خلاصه استدلال دادسرا این است که به لحاظ عدم وجود اراده واقعی در انجام بیع اساساً نقل و انتقال قانونی مالکیت مبیع صورت نگرفته و بالتبع آثار قانونی نیز نخواهد داشت تا بتوان معامله بعدی را معامله معارض دانست. با پذیرش اعتراض وکلای شاکی و صدور قرار جلب به دادرسی از سوی دادگاه و انجام سایر تشریفات قانونی، شعبه ۱۰۱ دادگاه کیفری دو شهرستان...، با استناد به رأی وحدت رویه شماره ۴۳

مورخه ۱۳۵۱/۸/۱۰ هیأت عمومی دیوان عالی کشور^۱ و ماده ۱۰۵ قانون ثبت و ماده ۱ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء، اختلاس و کلاهبرداری و با رعایت مواد ۳۷ و ۳۸ قانون مجازات اسلامی (مصوب ۱۳۹۲)، متهم را به تحمل یک سال حبس تعزیری و رد اصل مال به شاکی، محکوم نموده است. با تجدیدنظرخواهی طرفین، شعبه ۲ دادگاه تجدیدنظر فارس، به شرح دادنامه فوق الذکر و با اضافه نمودن جزای نقدی به میزان هشت میلیارد ریال (معادل مال اخذشده)، دادنامه بدوي را تأیید کرده است. پس از وصول پرونده به اجرای احکام کیفری، از سوی وکیل محکوم^۲، تقاضای استرداد مال موضوع حکم شده که به لحاظ اینکه سند مالکیت رسمی به نام شخص ثالثی بوده که در دادرسی کیفری هیچ مداخله‌ای نداشته و قاعده مقرر در ماده ۲۲ قانون ثبت از حیث مالک شناخته شدن شخصی که سند رسمی به نام اوست و لاغیر و نیز اصول شخصی بودن مجازات‌ها و نسبی بودن احکام دادگاه‌ها و عدم تعیین تکلیف این موضوع در دادنامه صادره، پرونده در اجرای ماده ۴۹۷ قانون آیین دادرسی کیفری، جهت ارشاد و رفع اجمال به دادگاه صادرکننده حکم قطعی ارسال می‌شود. دادگاه اخیرالذکر به موجب تصمیم قضایی، واحد اجرای احکام کیفری را مکلف به ابطال سند رسمی و انتقال ملک به نام محکوم^۳ می‌نماید.

نقد و بررسی:

به منظور تحلیل موضوع مورد بحث، بهتر است به بیان سه نکته بپردازیم:

۱. رأی وحدت رویه شماره ۴۳ مورخه ۱۳۵۱/۸/۱۰ صادره از هیأت عمومی دیوان عالی کشور: نظر به اینکه شرط تحقق بزه مشمول ماده (۱۱۷) قانون ثبت استناد و املاک قابلیت تعارض دو معامله یا تعهد نسبت به یک مال می‌باشد و در نقاطی که ثبت رسمی استناد مربوط به عقود و معاملات اموال غیرمنقول به موجب بند اول ماده (۴۷) قانون مزبور اجرایی باشد سند عادی راجع به معامله آن اموال طبق ماده (۴۸) همان قانون در هیچ‌یک از ادارات و محاکم پذیرفته نشده و قابلیت تعارض با سند رسمی نخواهد داشت. بنابراین چنانچه کسی در این قبیل نقاط با وجود اجرایی بودن ثبت رسمی استناد قیلاً معامله‌ای نسبت به مال غیرمنقول به وسیله سند عادی انجام دهد و سپس به موجب سند رسمی معامله‌ای معارض با معامله اول درمورد همان مال واقع سازد عمل او از مصادیق ماده (۱۱۷) قانون ثبت استناد نخواهد بود بلکه ممکن است بر فرض احراز سوءنیت با ماده کیفری دیگری قابل انطباق باشد. این رأی طبق قانون وحدت رویه قضایی مصوب سال ۱۳۲۸ برای شعب دیوان عالی کشور و دادگاه‌ها در موارد مشابه لازم‌الإتباع است.

نخست، بزه انجام معامله معارض که در ماده ۱۱۷ قانون ثبت^۱ جرم‌انگاری شده است، دارای ماهیتی خاص و مجازاتی ویژه و مستقل بوده که تحقق آن منوط به احراز و تحقق هیچ‌یک از عناصر بزه کلاهبرداری نیست. اگرچه برخی حقوقدانان به لحاظ شباهت این بزه با بزه کلاهبرداری، آن را مسامحتاً در حکم کلاهبرداری ذکر نموده‌اند^۲ ولی همان گونه که گفته شد، مجازات مقرر برای بزه انجام معامله معارض، همان مجازات بزه کلاهبرداری نیست.

دوم، در دادگاه بدوى و تجدیدنظر، توصیف قضایی به عمل آمده از افعال مجرمانه متهم (انجام معامله معارض)، صحیح بوده لیکن در تطبیق آن با ماده ۱۱۷ همان قانونی مربوط (استناد به ماده ۱۰۵ قانون ثبت به جای استناد به ماده ۱۱۷ همان قانون)، ناصحیح به نظر می‌رسد. درنتیجه، باعث اعمال مجازات بیشتری نسبت به متهم شده است. حکم به پرداخت جزای نقدي معادل مالأخذشده و نیز رد مال، مجازات قانونی بزه انجام معامله معارض نیست.

سوم، علاوه بر موارد فوق، تصمیم قضایی دادگاه تجدیدنظر در مقام رفع اجمال از حکم، درخصوص لزوم ابطال سند رسمی ملک مورد نزاع که به نام شخص ثالثی است که در دادرسی کیفری هیچ نقشی نداشته (چه در مقام شاکی و چه به عنوان متهم و محکوم علیه)، با اصول دادرسی منصفانه از جمله اصل «تاظر» و حق دفاع متهم و اصل «شخصی بودن مجازات‌ها» و نیز ماده ۲۲ قانون ثبت،^۳ مطابقتی ندارد. بنابراین، شخصی که با سند عادی یا رسمی، قراردادهای معارض، منعقد و حقوق دیگران را تضییع می‌کند با ضمانت اجرای جزایی مواجه می‌شود. دادگاه جزایی در خلال رسیدگی به این دعاوی به اسناد مذکور استناد می‌کند، اما

۱. ماده ۱۱۷ قانون ثبت (اصلاحی ۱۳۹۲/۵/۷): هر کس به موجب سند رسمی و یا عادی نسبت به عین یا منفعت مالی (اعم از منقول یا غیرمنقول) حقی به شخص یا اشخاص داده و بعد نسبت به همان عین یا منفعت به موجب سند رسمی معامله یا تعهدی معارض با حق مزبور بنمایید به حبس با اعمال شاقه از سه تا ده سال محکوم خواهد شد.

۲. حسین میرمحمدصادقی، *جرائم علیه اموال و مالکیت* (تهران: نشر میزان، ۱۳۹۲)، ج. ۲، صص ۱۴۷، ۱۴۹.

۳. ماده ۲۲ قانون ثبت: همین که ملکی مطابق قانون در دفتر املاک به ثبت رسید دولت فقط کسی را که ملک به اسم او ثبت شده و یا کسی را که ملک مزبور به او منتقل گردیده و این انتقال نیز در دفتر املاک به ثبت رسیده باشد، مالک خواهد شناخت... .

باید توجه داشت که حکم جزایی هرچه باشد در وضعیت دارنده سند رسمی مقدم یا مؤخر تأثیری ندارد. تعیین و اعمال مجازات در این فرض، به بحث مدنی آن ارتباطی ندارد و نباید تصور شود که اگر دادگاه به دلیل جرم معامله معارض یا انتقال مال غیر، حکمی صادر نمود به معنای بطلان قراردادهای بعدی است.^۱ اساساً و صرفنظر از اشکال مذکور در بند دوم، درصورتی که مرتكب پس از دریافت مال از مالک، آن را به هر نحو از تصرف خود خارج ساخته باشد، محکوم نمودن وی به پس دادن مالی که در اختیار ندارد، بی معنا خواهد بود و در این‌گونه موارد، مال باخته ناگزیر به تقديم دادخواست عليه متهم برای مطالبه مثل یا قیمت آن در همان دادگاه و یا در صورت تمایل، ناگزیر به تقديم دادخواست در مرجع حقوقی عليه ایادي بعدی که مال را غاصبانه در تصرف خویش داشته یا دارند، خواهد بود.^۲ توجه به رویکرد قانونگذار در مواد ۱۵ و ۱۶ قانون آیین دادرسی کیفری درخصوص لزوم تقديم دادخواست حقوقی و رعایت تشریفات آیین دادرسی مدنی در مطالبه ضرر و زیان ناشی از جرم، مفاد ماده ۱۱۱ و تبصره ماده ۵۳۷ و نیز ماده ۵۴۰ همان قانون در احالة مقررات نحوه اجرای احکام کیفری که دارای ماهیت حقوقی‌اند، به رعایت تشریفات قانون اجرای احکام مدنی، نمونه‌هایی از تقید و پاییندی قانونگذار به رعایت حد و مرزها و تمایزات بنیادین حقوق کیفری و حقوق مدنی است. از این رو، دعواهای عمومی با دعواهای خصوصی، از لحاظ موضوع، هدف، خاصیت و اصحاب دعوا با یکدیگر متفاوت‌اند.^۳ بنابراین، در دادنامه‌های مورد استناد، به جهت عدم تطبيق صحیح توصیف قضایی به عمل آمده از فعل مجرمانه با مواد قانونی مربوط، مجازات مورد حکم را دگرگون و نامتناسب با فعل مجرمانه ارتکابی نموده است. علاوه بر آنکه، اصول مختلف از جمله اصل تناظر و حق دفاع متهم،

۱. عبدالله خدابخشی، «تحلیلی دیگر از ماده ۲۲ قانون ثبت اسناد و املاک»، *مجله حقوقی دادگستری*، س ۷۴، ش ۷۱، پاییز ۱۳۸۹، ص ۳۷.

۲. علی خالقی، آیین دادرسی کیفری (تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، ۱۳۸۸)، ص ۲۶۸.

۳. برای اطلاع بیشتر نک: عبدالله خدابخشی، *تمایز بنیادین حقوق مدنی و کیفری* (تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، ۱۳۹۲).

۴. آشوری، محمد، آیین دادرسی کیفری، جلد اول (تهران: انتشارات سمت، ۱۳۸۵)، ص ۲۴۷.

اصل شخصی بودن مجازات‌ها و... و مواد قانونی مختلف از جمله ماده ۲۲ قانون ثبت، دلالت بر این امر دارد که در مصادیق مشمول موضوع گفته شده که شخص ثالث هیچ مداخله‌ای در دادرسی کیفری نداشته است، محاکوم‌له پرونده کیفری الزاماً باید با استناد به محتویات همین پرونده، نسبت به تقدیم دادخواست حقوقی ابطال سند مالکیت رسمی اقدام نماید.^۱

.۱. برای مشاهده نظر موافق نک: حسین میرمحمدصادقی، پیشین، ص ۱۴۲.

دیه مصどوم در صورت عدم شناسایی ضارب

امید توکلی کیا*

مشخصات رأی

مرجع رسیدگی: شعبه ۲ دادگاه کیفری دو شهرستان کوهدهشت

شماره دادنامه: ۹۳۰۹۹۸۶۶۳۷۵۰۰۷۱۱

تاریخ صدور رأی: ۱۳۹۶/۰۴/۲۲

اتهام: ایراد جرح عمدى

وقایع پرونده

در این پرونده شاکی که مشغول چراندن دام‌های خویش بوده است توسط فرد یا افرادی ناشناس به وسیله گلوله مورد اصابت قرار می‌گیرد. پس از انجام تحقیقات مقدماتی توسط دادسرای عمومی و انقلاب، ضارب مورد شناسایی قرار نمی‌گیرد و دادسرا ضمن صدور قرار منع تعقیب، پرونده را در راستای ماده ۸۵ قانون آیین دادرسی کیفری به دادگاه ارسال می‌کند. دادگاه با توجه به گواهی پژوهشی قانونی و عدم شناسایی ضارب و سایر قرائن و امارات، اصل وقوع حادثه و مصدومیت شاکی را محرز دانسته است و با استناد به مواد قانونی و برخی نظریات مشورتی و اینکه دیه نوعی مسئولیت مدنی است و همچنین سکوت قانونگذار درمورد مسئولیت بیت‌المال درخصوص دیه جراحات درصورتی که مرتكب شناسایی نگردد، به استناد اصل ۱۶۷ قانون اساسی به ادله فقهی و اطلاق روایات از جمله «لایطل دم امرئ مسلم» که شامل جراحات نیز می‌شود و نیز به فتاوی برخی مراجع

*کارشناسی ارشد حقوق خصوصی دانشگاه امام صادق(ع) و دادیار دادسرای عمومی و انقلاب شهرستان قوجان
Omidtavakolikia@gmail.com



عظام، مراجعه و با درنظر گرفتن مواد ۴۷۰، ۴۷۲، ۴۷۴ و ۴۷۵ و به خصوص ماده ۴۸۷ قانون مجازات اسلامی، حکم به پرداخت دیه از بیتالمال در حق شاکی صادر نموده است.

نقد و بررسی

۱. دادگاه ضمن استناد به اطلاق روایت «لایطل دم امری مسلم»^۱ آن را شامل جراحات نیز دانسته، درنتیجه، حکم به پرداخت دیه از بیتالمال داده است. برخی این روایت را صحیح دانسته‌اند.^۲ آنچه در این مقال قابل بحث و بررسی است اینکه: آیا لفظ «دم» در حدیث مزبور اطلاق دارد یا انصراف؟ در بادی امر برای نیل به پاسخ پرسش فوق بهتر است به بیان نظرات فقهاء بپردازیم.

شیخ انصاری درخصوص اینکه آیا لفظ «دم» شامل جراحات و قطع اعضاء نیز می‌شود یا خیر، قائل به دو وجه است چنانکه شیخ طوسی و ابن ادریس نیز به اطلاق واژه مزبور باور دارند.^۳ اما در مقابل، بسیاری از فقهاء دیگر معتقدند لفظ «دم» اطلاق ندارد و تنها شامل قتل است. شیخ انصاری می‌فرماید: «ظهور الـ... في الدـم المـقـيـل للـروح و هو المـكـيـل عن الرـوـضـه البـيـهـ و المـصـايـعـ و الرـياـضـ و لا يـخـلـو عـن قـوـةـ»^۴ واژه دم، ظهور در دم مبقی روح دارد و این نظر خالی از قوت نیست. صاحب جواهر می‌فرماید:

۱. «مُحَمَّدُ بْنُ يَحْيَى عَنْ أَخْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ وَ عَلَى بْنِ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ جَمِيعًا عَنْ أَنَّ مَحْبُوبَ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ سَيَّانَ وَ عَنْ دَلَالَةِ اللَّهِ بْنِ يُكَيْرِي جَمِيعًا عَنْ أَبِي عَنْ دَلَالَةِ اللَّهِ عَ قَالَ فَقَى أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ عَ فِي رَجْلٍ وَ جِدَنَ مَقْتُولًا لَائِذْرَى مَنْ قَتَلَهُ قَالَ إِنَّ كَانَ تَرْفُ وَ كَانَ لَهُ أَوْلَيَاءٌ يَطْلَبُونَ دِيَتَهُ مِنْ بَيْتِ مَالِ الْمُسْلِمِينَ وَ لَا يَبْطِلُ دَمُ أَمِيرِ مُسْلِمٍ إِنَّ مِيرَاثَهُ لِلْإِمَامِ عَ فَكَذَلِكَ تَكُونُ دِيَتَهُ عَلَى الْإِمَامِ وَ يُصْلَوُ عَلَيْهِ وَ يَدْفَنُهُ فَقَالَ وَ قَضَى فِي رَجْلٍ زَخْمَهُ النَّاسُ يَوْمَ الْجَمْعَةِ فِي زَحْامِ النَّاسِ ثَمَّاتُ أَنَّ دِيَتَهُ مِنْ بَيْتِ مَالِ الْمُسْلِمِينَ»، محمدين عقوب

کلینی، *الكافی* (تهران: دارالکتب الاسلامیه، ۱۴۰۷ هـ.ق)، ج. ۷، ص. ۳۵۴، ۳۵۶، ۳۶۲؛ محمدبن حسن حرعامی، *وسائل الشیعه* إلی تحصیل مسائل الشیعه (قم: مؤسسه آل‌البیت، ۱۴۰۹ هـ.ق)، ج. ۲۹، ص. ۱۴۵.

۲. محمدباقر مجلسی، *مرآة العقول* فی شرح *أخبار آل الرسول* (تهران: دارالکتب الاسلامیه، ۱۴۰۴ هـ.ق)، ج. ۲۴، ص. ۱۷۳ - ۱۷۴.

۳. مرتضی انصاری (شیخ)، *كتاب المکاسب* (ط - القديمه: قم، دارالذاخائر، ۱۴۱۱ هـ.ق)، ج. ۱، ص. ۲۳۲؛ ابن ادریس، *السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی* (قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۰ هـ.ق)، ج. ۳، ص. ۳۶۰.

۴. مرتضی انصاری (شیخ)، پیشین.

«المبادر من الاطلاق هو القتل»^۱ متبادر از اطلاق، قتل است. امام خمینی(ره) می‌فرماید: «الظاهر أنَّ الممْكُنَةِ عن القتل بِأَيِّ سببٍ كانَ، بِإِرْاقِ الدِّمَاءِ أوْ غَيْرِهَا، وَ مَا دونَ القتل جرحاً كانَ أوْ غَيْرَهُ خارج»^۲ لفظ «دم» کنایه از قتل است با هر سببی که باشد ، با ریختن خون یا غیر آن، و مادون قتل، خواه جرح باشد یا غیر آن، خارج از مدلول روایت می‌باشد. محقق خوبی می‌فرماید: «و إنْ كانَ هُوَ الدِّمَ الَّذِي كَانَ عَلَيْهِ لِبَقَاءُ الْحَيَاةِ»^۳ منظور از لفظ دم، دمی است که علت بقاء حیات است. آیت‌الله مکارم شیرازی می‌فرماید: «هُلْ الْمَرَادُ مِنَ الدِّمَ هُوَ زَهَقُ الرُّوحِ أَوْ يَشْمَلُ الْجَرْحَ أَيْضًا، ظَاهِرُ الْإِطْلَاقِ هُوَ الْأَعْمَّ، وَلَكِنْ لَا يَنْبَغِي الشُّكُّ فِي كُونِ مُثْلِهِ هَذَا التَّعْبِيرِ كَمَا يَقُولُ عَنِ الْقَتْلِ غَالِبًا، كَمَا فَهِمَهُ صَاحِبُ الْحُواهِرِ وَ شِيخُنَا الْأَعْظَمُ وَغَيْرُهَا (قَسْطَنْتُرُهُ أَسْرَارُهُ) وَ لَوْ فَرَضَ الشُّكُّ كَمَا اللازمُ الْأَخْذُ بِالْقُدرِ الْمُتَيقِّنِ، وَهُوَ زَهَقُ الرُّوحِ»^۴ آیا منظور از دم زهاق روح است یا شامل جرح نیز می‌شود؟ ظاهر اطلاق، اعم از زهاق روح و جرح است ولی بی تردید این تعبیر غالباً کنایه از قتل است همان‌طور که صاحب جواهر، شیخ انصاری و دیگران آن را درک کرده‌اند و درصورتی که شک حاصل شود اخذ بهقدر متین لازم است و آن زهاق روح می‌باشد. بنابراین، لفظ «دم» انصراف^۵ [ظهوری] به قتل دارد و منشأ انصراف، ظهور خود لفظ در آن مصدق در اثر کثرت استعمال در این معناست و چنین انصرافی مانع از تممسک به اطلاق^۶ لفظ و به منزله قرینه لفظی متصله است و

۱. محمدحسن نجفی، *جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام* (بیروت - لبنان: دارالحياء التراث العربي)، ج ۲۲، ص ۱۶۹.

۲. سیدروح‌الله موسوی خمینی، *المکاسب المحرمہ* (قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۱۵ هـ. ق)، ج ۲، ص ۲۳۵.

۳. سیدابوالقاسم موسوی خوبی، *مصباح الفقاهه (المکاسب)* (قم، بی‌تا)، ج ۱، ص ۴۵۶.

۴. ناصر مکارم‌شیرازی، *أنوار الفقاهه - كتاب التجارة* (قم: مدرسه امام علی بن‌ابی طالب، ۱۴۲۶ هـ)، ص ۴۰۳.

۵. انصراف عبارت است از اینکه ذهن ما از شنیدن یک لفظ مطلق که قابل صدق بر افراد زیادی است بدون قرینه به سوی یک فرد معین از افراد این لفظ رهمنوی گردد. علماء برای انصراف اقسامی را ذکر کرده‌اند:

الف: انصراف ظهوری: عبارت است از آن انصرافی که منشأ و ظهور آن خود لفظ باشد.

ب: انصراف بدوي یا ابتدائي: عبارت است از آنکه منشأ و مبدأ انصراف ظهور خود کلام نیست، بلکه یک عامل خارجی است. محمدرضا مظفر، *أصول الفقه* (قم: انتشارات اسماعیلیان، ۱۴۲۵ هـ-ق)، ج ۱، ص ۱۶۵.

۶. واژه «مطلق» مشتق از «اطلاق»، در لغت به معنای ارسال یعنی رها بودن از هر قیدی و در اصطلاح گفته شده است: «المطلق ما دل على شائع في جنسه»، لفظی که شامل تمام افراد یک ماهیت می‌شود. فرق

به کلام اجازه ظهور در اطلاق نمی‌دهد تا بتوان به اطلاق آن تمسک نمود. مطلب دیگر اینکه دادگاه به دو قاعده «لایپطل...» و «لایهدر...» استناد کرده است. دو قاعده یادشده، متن روایت است که مرجع آن دو، یک عبارت منقولی است با تعبیر متفاوت. روایت «لایپطل دم امرئ مسلم» و نیز در برخی موارد عبارات دیگر از جمله «لایپطل دم امرئ مسلم»^۱، «لایپدر دم امرئ مسلم»^۲، «لایچل دم امرئ مسلم»^۳ بیان و استفاده شده‌اند ولیکن استعمال روایت مزبور (لایپطل...) از بسامد بالایی برخوردار است. البته برخی از این نص به «قاعده» تعبیر نموده‌اند.^۴

۲. برخی حقوقدانان بر این باورند اگرچه طبق روایت شریف: لایپطل دم امرئ مسلم، اما از ظاهر آن نباید چنین مستفاد گردد که هرجا برای پرداخت دیه نمی‌توان مسئولی یافت بیت‌المال مسئول پرداخت آن است؛ پرداخت دیه از بیت‌المال نیز همچون مسئولیت عاقله، یک استثناست. بنابراین، مواردی که پرداخت دیه از بیت‌المال جایز است نیاز به اجازه صریح قانونی دارد. سپس در ادامه گفته شده است درمورد مسئولیت بیت‌المال برای پرداخت دیه جراحت‌ها این احتمال وجود دارد که بیت‌المال مسئولیتی نداشته باشد، زیرا در تأدیه دیه به همان مورد

← بین اطلاق و مطلق در این است که اطلاق، اولاً و بالذات صفت معناست و ثانیاً و بالعرض می‌تواند صفت لفظ نیز باشد، اما مطلق، اولاً و بالذات صفت لفظی است که معنای آن، اطلاق دارد، هرچند ثانیاً و بالعرض صفت معنا نیز می‌تواند باشد.

۱. محمد صدقوق (شیخ)، *من لا يحضره الفقيه* (قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳)، ج. ۴، ص. ۱۰۱؛ محمدين حسن طوسی (شیخ)، *تهذیب الأحكام* (تهران: دارالكتاب الاسلامیة، ۱۴۰۷ هـ)، ج. ۱۰، ص. ۱۶۷، ۲۳۲؛ محسن فیض کاشانی، *الواقی* (اصفهان: کتابخانه امام امیر المؤمنین، ۱۴۰۶)، ج. ۱۶، ص. ۷۶۹، ۸۳۶؛ ۸۵۸؛ محمدباقر مجلسی، *ملاذ الخيار في فهم تهذیب الأخبار* (قم: کتابخانه آیت‌الله مرعشی، ۱۴۰۶)، ج. ۱۶، ص. ۳۴۲.

۲. عبدالرحمن جزیری و سیدمحمد غروی، *الفقه على المذاهب الاربعه و مذهب اهل البيت عليهم السلام* (بیروت - لبنان: دارالعقلین، ۱۴۱۹)، ج. ۵، ص. ۴۱۴؛ سیدکاظم حسینی حائری، *فقه العقود* (قم: مجمع اندیشه اسلامی، ۱۴۲۳)، ج. ۲، ص. ۱۶۸.

۳. محمدين عقوب کلینی، پیشین، ج. ۵، ص. ۲۷۳؛ محسن فیض کاشانی، پیشین، ص. ۵۶۳؛ محمدين حسن حر عاملی، پیشین، ج. ۱۲۰، ج. ۲۹، ص. ۱۰.

۴. محمدحسین کاشف‌الغطا، *تحریرالمجاله* (قم: مجمع جهانی تقریب مذاهب اسلامی، ۱۴۲۶)، ج. ۴، ص. ۵۰؛ علی بن محمد کاشف‌الغطا، *باب مدینة العلم* (قم: مؤسسه کاشف‌الغطا، بی‌تا)، ص. ۹۵.

منصوص یعنی قتل باید اکتفا کرد و روایت «لایطل دم امری مسلم» نیز ظهرور در قتل دارد.^۱ بنا به گفته برخی دیگر، فقهاء عموماً قاعده یا روایت مزبور را به استناد اینکه منظور از «دم»، جان می‌باشد و نه جراحات، شامل مادون نفس نمی‌دانند و عده‌ای از حقوقدانان نیز معتقدند پذیرش مسئولیت برای بیت‌المال در پرداخت دیه منوط به تصریح آن در قانون است.^۲ گروهی دیگر بیان داشته‌اند: دلیلی وجود ندارد که دیه از بیت‌المال پرداخت گردد و تأدیه آن از بیت‌المال، خلاف اصل است و باید بهقدر متیقн اکتفا نمود و این مورد (تأدیه دیه از بیت‌المال)، از آن موارد نیست.^۳ بعضی هم گفته‌اند: موارد پرداخت دیه از بیت‌المال مشخص شده است [مواد ۱۳، ۳۳۴، ۴۳۵، ۴۷۳، ۴۷۴، ۴۷۵، ۴۷۶، ۴۸۴، ۴۸۷] و این مورد مزبور مشمول هیچ‌یک از آن موارد نمی‌شود.^۴ مطابق نظریه اداره حقوقی قوه قضاییه، «مواردی که طبق قانون، دیه بر بیت‌المال است در مواد ۲۶۰، ۲۵۵، ۳۱۲، ۳۱۳ و ۳۲۲ قانون مجازات اسلامی [مصوب ۱۳۷۰] و در تبصره‌های ماده ۴۱ قانون مجازات جرایم نیروهای مسلح مصوب ۱۳۸۲ تصریح شده است و جز در موارد منصوص، پرداخت دیه از بیت‌المال فاقد وجاهت قانونی است».^۵ ریاست قوه قضاییه در بند ۱ بخش‌نامه ۱۰۰/۵۰۳۱/۱۰۰ - ۹۰۰۰/۵۰۳۱/۱۰۰ - ۱۳۸۸/۰۲/۰۸ مقرر داشته: «پرداخت دیه از بیت‌المال فقط در مواردی خواهد بود که موضوع حکم، مشمول مقررات مواد ۲۳۶، ۲۵۵، ۳۱۲، ۳۱۳ و ۳۳۲ و تبصره ماده ۲۴۴ قانون مجازات اسلامی [مواد ۳۳۴، ۴۳۵، ۴۷۳، ۴۷۴، ۴۷۵ و ۴۸۷] قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲] و ماده ۱۳ قانون به کارگیری سلاح توسط مأمورین نیروهای مسلح در موارد ضروری است». بنا بر رأی دادگاه، قاضی به دلیل سکوت قانونگذار و به استناد اصل ۱۶۷ قانون اساسی به فتاوی و ادلہ فقهی مراجعه کرده است

۱. عباس زراعت، *شرح مختصر قانون مجازات اسلامی* (تهران: ققنوس، ۱۳۹۳)، ص ۵۴۳.

۲. حسین میرمحمدصادقی، *جرائم علیه اشخاص* (تهران: میزان، ۱۳۹۳)، ص ۲۶۹.

۳. هوشنگ شامبیاتی، *حقوق کیفری اختصاصی: جرائم علیه اشخاص* (تهران: نشر ژوبین، ۱۳۸۶)، ص ۳۶۷.

۴. ایرج گلدوزیان، *محشای قانون مجازات اسلامی* (تهران: مجده، ۱۳۹۳)، ص ۳۶۴.

۵. نظریات ۷/۲۹۰۱ مورخ ۱۳۸۴/۰۵/۰۱ و ۷/۵۴۴۰ مورخ ۱۳۸۴/۰۸/۰۷ و ۷/۹۴۳۸ مورخ ۱۳۸۳/۱۲/۱۵.

در حالی که این اصل در مقابل اصول ۳۶ و ۱۶۸ و ماده ۱۲ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ که بیانگر اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌هast، قرار دارد.

۳. استدلال دادگاه آن است که در ماده ۴۷۰ قانون مجازات اسلامی که مرتكب شناسایی شده و با شرایطی دیه بر عهده بیتالمال آمد، در ماده ۴۸۷ که شناسایی صورت نمی‌گیرد به طریق اولی، بیتالمال عهده‌دار دیه است. این استدلال نیز قابل پذیرش نیست چراکه اولاً، موضوع ماده ۴۷۰ درخصوص قتل، خطای محض است حال آنکه مانحن فیه درمورد ضرب و جرح عمدى است و قیاس بین دو ماده یادشده قیاس معفارق است نه قیاس منصوص العله (قیاس اولویت)،^۱ زیرا قیاس اولویت آن است که قانونگذار حکمی را برای موضوعی، اثبات و سپس علت آن را بیان کند و از قضا اگر همان علت در موضوع دیگری هم باشد اینجاست که قاضی در مقام مقایسه موضوع اول با موضوع معلل برمی‌آید و حکمی را برای او ثابت بود برای این موضوع هم ثابت می‌کند. ممکن است درخصوص تسری حکم مذکور در ماده ۴۸۷ قانون مجازات اسلامی به جراحات به قیاس اولویت استناد شود که هرچند ماده فوق (۴۸۷) درباره قتل است، اما به طریق اولی درمورد جراحات قابل استناد بوده، باید دیه از بیتالمال پرداخت گردد. در این خصوص باید گفت اساساً اینجا مجری قیاس اولویت نیست، زیرا قیاس اولویت عبارت از حکمی است که برای مرتبه دانی و پایینی ثابت شده و ما بخواهیم همان حکم را برای مراتب متوسط و عالی ثابت کنیم. برای مثال، خداوند می‌فرماید: «و لائق لها أَف»؛ اف گفتن بر پدر و مادر که پایین‌ترین مرحله آزار و اذیت است حرام می‌باشد. فلذا با شفود و هبوط این مرتبه، یقیناً اولویت قطعی مراتب بالاتر مثل ضرب و جرح و غیره حرام خواهد بود. در اینجا قانونگذار قتل (بالاترین مرتبه) را بیان نموده است، لذا نمی‌توان گفت این حکم شامل مراتب پایین‌تر (جراحات و صدمات) می‌شود و چنانچه مقتن در ماده یادشده حکم صدمات و جراحات را بیان می‌کرد و معرض حکم قتل نمی‌شد، می‌توانستیم با قیاس اولویت، حکم را به آن نیز تسری

۱. اسامی دیگر قیاس اولویت: مفهوم موافق کلام، فحوى الخطاب، لحن الخطاب، قیاس جلی. محمدرضا مظفر، پیشین، ج ۳، ص ۱۶۲.

دهیم. از طرف دیگر با توجه به مبانی فقهی فوق الذکر باید اذعان کرد که این استدلال غیرقابل پذیرش است و با عنایت به اینکه محاکومیت بیتالمال خلاف اصل می‌باشد و در این موارد (خلاف اصل) باید بهقدر متین که همان قتل است عمل نمود و از سویی دیگر، قانونگذار در ماده فوق الاشاره در مقام بیان بوده، و تنها فرض قتل را بیان کرده است لذا بنا به اراده خود، می‌توانست حکم صدمات و جراحات را نیز بیان نماید.

۴. در ماده ۴۲ قانون حدود و قصاص و مقررات آن مصوب ۱۳۶۱/۰۷/۲۰ مقرر گشت: «اگر شخصی در اثر ازدحام کشته شود یا جنازه‌ای در شارع عام پیدا شود و قرائن ظنی بر نسبت قتل او به شخص یا جماعتی نباشد باید حاکم شرع دیه او را از بیتالمال بدهد و اگر شواهد ظنی نزد حاکم اقامه شد که آن قتل به شخص یا اشخاص معین منسوب است مورد از باب لوث خواهد بود». در ماده ۲۵۵ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰/۰۵/۰۸ آمده بود: «هرگاه شخصی در اثر ازدحام کشته شود و یا جسد مقتولی در شارع عام پیدا شود و قرائن ظنی برای قاضی بر نسبت قتل او به شخص یا جماعتی نباشد حاکم شرع باید دیه او را از بیتالمال بدهد و اگر شواهد ظنی نزد حاکم اقامه شود که آن قتل به شخص یا اشخاص منسوب است مورد از موارد لوث خواهد بود». ماده ۴۸۷ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ در حقیقت جایگرین مواد فوق شده است با این تفاوت که قسمت ذیل ماده ۴۲ قانون مزبور و ماده ۲۵۵ قانون یادشده، در قانون جدید بیان نشده است و دیگر اینکه دو ماده سابق در این خصوص در کتاب قصاص قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ ذکر شده بودند، اما در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، ماده ۴۸۷ در کتاب دیات از آن یاد شده است. با دقیق در تمام مواد، این مطلب استظهار می‌گردد که موضوع آنها قتل و کشته شدن مجنبی علیه و عدم شناسایی قاتل و پرداخت دیه از بیتالمال است و درخصوص صدمات بدنی بیانی ندارد.

۵. مستند ماده ۴۸۷ قانون مجازات اسلامی روایات فراوانی از سوی معصومین است که به متن برخی از آنها اشاره می‌شود:

الف. صحیحه عبداللهبن سنان و عبداللهبن کیر جمیعاً، عن أبي عبدالله (علیه السلام) قال: قصیٰ أمیر المؤمنین (علیه السلام) في رجل وجد مقتولاً لا يدرى من قتله، قال: إن كان عرف له أولياء يطلبون دينه أعطاو دينه من بيت مال المسلمين، ولا يطبل دم امرئ مسلم؛ لأنّ ميراثه للإمام، فكذلك تكون دينه على الإمام، و يصلون عليه و يدفنونه. قال: و قصیٰ في رجل زمه الناس يوم الجمعة في زحام الناس فمات، أَنَّ دِيْنَه مِنْ بَيْتِ الْمُسْلِمِينَ؛ إِمَامٌ عَلَىٰ (ع) راجع به مرد مقتولی که قاتلش ناملوم بود این گونه حکم کرد: اگر شخص مقتول قابل شناسایی است و از خود اولیایی دارد که از او خون خواهی کنند، دیه مقتول باید از بیتالمال به اولیاء وی پرداخت شود، زیرا خون مسلمان بی اشر و ضایع نمی گردد. همان گونه که با نداشتمن ورثه، ماترک وی به امام مرسد پرداخت دیه نیز بر امام واجب است، و بر مقتول نماز گزارند و دفنش کنند.^۱

ب. صحیحه محمدبن مسلم، عن أبي جعفر (علیه السلام) قال: ازدم الناس يوم الجمعة في إمرة علي (عليه السلام) بالکوفه قتلوا رجلاً، فودی دینه إلى أهله من بيت مال المسلمين؛ در زمان حکومت حضرت علی(ع) در کوفه، یک روز جمعه مردم ازدحام کردند و در این ازدحام مردی کشته شد. حضرت دیه آن مقتول را از بیتالمال مسلمین به خانواده وی پرداخت نمود.^۲

پ. روایه مسمعین عبدالملک، عن أبي عبدالله (علیه السلام): أَنَّ أمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ (علیه السلام) قال: مَنْ مات في زحام الناس يوم الجمعة أو يوم عرفة أو على جسر لا يعلمون مَنْ قتله، فدينه من بيتالمال؛ کسی که در ازدحام مردم در روز جمعه یا عرفه یا بر روی پلی بمیرد و مردم نفهمند که چه کسی او را کشته است، دیه از بیتالمال داده می شود.^۳

ت. ذیل خبر أبي بصیر المشتبه علی قوله (علیه السلام): و إن كان بأرض فلادة أدیت دینه من بيتالمال، فإنّ أمیر المؤمنین (علیه السلام) کان يقول: لا يطبل دم امرئ مسلم؛ اگر کشتهای در بیابانی

۱. محمدبن حسن حرامی، وسائل الشیعه؛ کتاب القصاص، أبواب دعوى القتل ب ۶ ح ۱ (قم: مؤسسه آل البيت، ۱۴۰۹)، ج ۲۹، ص ۱۴۵.

۲. محمدبن حسن حرامی، وسائل الشیعه؛ کتاب القصاص، أبواب دعوى القتل ب ۶ ح ۲ (قم: مؤسسه آل البيت، ۱۴۰۹)، ج ۲۹، ص ۱۴۶.

۳. محمدبن حسن حرامی، وسائل الشیعه؛ کتاب القصاص، أبواب دعوى القتل ب ۶ ح ۵ (قم: مؤسسه آل البيت، ۱۴۰۹ هـ)، ج ۲۹، ص ۱۴۶.

پیدا شود دیه‌اش از بیت‌المال پرداخت می‌گردد؛ چراکه امیر‌المؤمنین پیوسته می‌فرمود: خون مرد مسلمان باطل نمی‌شود.^۱

ث. ذیل روایة مسعود بن زیاد المشتمل علی قوله (علیه السلام): فَمَا إِذَا قُتِلَ فِي عَسْكَرٍ أَوْ سُوقَ مَدِينَةٍ فَذِيَّهُ تَنْفُعُ إِلَى أُولَيَّاهُ مِنْ بَيْتِ الْمَالِ؛ هرگاه کسی بین لشکر یا بازار شهری کشته شود دیه از بیت‌المال به اولیائی وی پرداخت می‌شود.^۲

با دقت در متن تمامی روایات استظهار می‌گردد که مورد صدور آنان درخصوص قتل و کشته شدن شخص است، لذا نمی‌توان آن را به غیر آن تسری داد و شامل جراحات دانست.

۶. در صورتی که مرد ضارب فرار کند یا ناشناخته باشد، تکلیف دیه جراحات و صدمات مجنی^۳ علیه چگونه است؟ آیا از بیت‌المال پرداخت می‌شود؟ در این خصوص بین فقهاء دو دیدگاه وجود دارد:

الف. دیدگاه اول مبنی بر وجوب تأديه دیه قتل از بیت‌المال

۱. آیت‌الله العظمی لطف‌الله صافی گلپایگانی:

در مورد سؤال، دیه جراحات و صدمات بر بیت‌المال نیست. والله العالم.

۲. آیت‌الله العظمی محمد فاضل لنکرانی:

خیر. در فرض سؤال، دلیلی بر وجوب پرداخت دیه از بیت‌المال به نظر نرسیده است.

۳. آیت‌الله العظمی ناصر مکارم‌شهرزادی:

در غیر قتل دلیلی بر گرفتن دیه از بیت‌المال یا خویشان جانی فراری نداریم.

۴. آیت‌الله العظمی سید عبدالکریم موسوی اردبیلی:

در مورد جراحات و صدمات که منجر به مرگ نشده دلیل بر پرداخت از بیت‌المال نداریم.

۱. محمدبن حسن حرمی، *وسائل الشیعه*: کتاب القصاص، أبواب دعوى القتل ب ۱۰ ح ۵ (قم: مؤسسه آل‌البیت، ۱۴۰۹)، ج ۲۹، ص ۱۵۷.

۲. محمدبن حسن حرمی، *وسائل الشیعه*: کتاب القصاص، أبواب دعوى القتل ب ۹ ح ۶ (قم: مؤسسه آل‌البیت، ۱۴۰۹)، ج ۲۹، ص ۱۵۳.

۵. آیت‌الله العظمی حسین نوری‌همدانی:
خیر، مگراینکه حاکم شرع مصلحت بداند.

ب. دیدگاه دوم مبنی بر امکان تأدیه دیه جراحات و صدمات از بیت‌المال

براساس این دیدگاه، درمورد ضرب و جرح نیز امکان پرداخت دیه از بیت‌المال وجود دارد. اگرچه قائلین به این قول، نادر هستند لکن می‌توان به فتوای حضرت آیت‌الله العظمی بهجت اشاره نمود که می‌فرماید: «در صورت عدم امکان استیفاء از ضارب، حاکم می‌تواند از بیت‌المال پرداخت نماید».^۱

۱. مرکز تحقیقات فقهی - قضایی قوه قضاییه، گنجینه آراء فقهی - قضایی (قم؛ معاونت آموزش و تحقیقات قوه قضاییه، مرکز تحقیقات فقهی، ۱۳۸۱)، سؤال ۵۷۵۳.

نتیجه‌گیری

ماده ۴۸۷ قانون مجازات اسلامی در مقام بیان بوده است و اگر مادون قتل (صدمات و جراحات) مدنظرش بود، می‌بایست بیان می‌کرد چراکه این امر باعث تأخیر بیان از وقت خطاب است و اینکه تکفل دیه از بیت‌المال یک امر استثنائی و خلاف اصل می‌باشد و روایات نیز درخصوص قتل است و لفظ «دم» در عبارت «لایطل دم امری مسلم» که مستند ماده یادشده است، انصراف به قتل دارد و منشاء انصراف، ظهور لفظ در اثر کثرت استعمال می‌باشد و لذا نمی‌توان دیه را از بیت‌المال پرداخت کرد. از طرف دیگر، در موارد سکوت قانونگذار اگرچه می‌توان طبق اصل ۱۶۷ قانون اساسی به منابع فقهی و فتاوی مراجعه نمود، اما چنانکه که گذشت، دیدگاه بیشتر فقهاء این است که دلیلی بر پرداخت دیه از بیت‌المال وجود ندارد و اینکه طبق ماده ۴۶۲ قانون مجازات اسلامی دیه جنایت عمدى و شبه‌عمدى بر عهده خود مرتکب است و دیگر اینکه پرداخت دیه از بیت‌المال این تالی فاسد را دارد که باعث تجربی ضاربین و فرار از چنگال عدالت می‌شود زیرا اگر شخص ضارب مدتی از انتظار پنهان گردد و پس از آنکه دیه از بیت‌المال پرداخت شود حتی درصورتی که بعدها مصدوم، ضارب را شناسایی کند چه بسا با توجه به دریافت دیه و برای رهایی از رفت و آمد به مراجع قضایی، انگیزه‌ای جهت اقدام کردن در این خصوص را نداشته باشد و حتی اگر ضرب و جرح دارای جنبه عمومی باشد ممکن است موضوع مشمول مرور زمان شود.

فهرست منابع:

۱. انصاری، مرتضی (شیخ)، *كتاب المکاسب*، ج ۱ (ط - القديمه، قم: دارالذخائر، ۱۴۱۱ هـ).
۲. جزیری عبدالرحمن و سیدمحمد غروی، *الفقه علی المذاهب الاربعه و مذهب اهل البیت علیهم السلام*، ج ۵ (بیروت: دارالثقلین، ۱۴۱۹ هـ).
۳. حرمعلی، محمدبن حسن، *وسائل الشیعه إلی تحصیل مسائل الشیعه*، ج ۲۹ (قم: مؤسسه آل البیت، ۱۴۰۹ هـ).
۴. حسینی حائری، سیدکاظم، *فقه العقود*، ج ۲ (قم: مجتمع اندیشه اسلامی، ۱۴۲۳ هـ).
۵. الحلى، ابی جعفرمحمدبن منصوربن احمدبن ادريس، *السرور الخاوي لتحریر الفتاوى*، ج ۳ (قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۰ هـ).
۶. زراعت، عباس، *شرح مختصر قانون مجازات اسلامی* (تهران: ققنوس، ۱۳۹۳).
۷. شامبیاتی، هوشنگ، *حقوق کیفری اختصاصی: جرائم علیه اشخاص* (تهران: نشر ژوبین، ۱۳۸۶).
۸. صدقوق، محمدبن علی بن بابویه، *من لا يحضره القیه*، ج ۴ (قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ هـ).
۹. طوسی، محمدبن حسن، *تهذیب الاحکام*، ج ۱۰ (تهران: دارالکتب الاسلامیه، ۱۴۰۷ هـ).
۱۰. فیض کاشانی، محسن، *الواقی*، ج ۱۶ (اصفهان: کتابخانه امام امیرالمؤمنین، ۱۴۰۶ هـ).
۱۱. کاشف الغطاء، علی بن محمد، *باب مدینة العلم* (قم: مؤسسه کاشف الغطاء، بی تا).
۱۲. کاشف الغطاء، محمدحسین، *تحریر الجله*، ج ۴ (قم: مجتمع جهانی تقریب مذاهب اسلامی، ۱۴۲۶ هـ).

۱۳. کلینی، محمدبن یعقوب، **الكاف**، ج ۷ (تهران: دارالکتب الاسلامیه، ۱۴۰۷ هـ).
۱۴. گلدوزیان، ایرج، **محشای قانون مجازات اسلامی** (تهران: مجده، ۱۳۹۳).
۱۵. مجلسی، محمدباقر، **مرآة العقول في شرح أخبار آل الرسول**، ج ۲۴ (تهران: دارالکتب الاسلامیه، ۱۴۰۴ هـ).
۱۶. —————، **ملاذ الخیار فی فہم تہذیب الأخبار**، ج ۱۶ (قم: کتابخانه آیت‌الله مرعشی، ۱۴۰۶ هـ).
۱۷. مرکز تحقیقات فقهی - حقوقی قوه قضاییه، **گنجینه آراء فقهی - قضایی** (قم: معاونت آموزش و تحقیقات قوه قضاییه، مرکز تحقیقات فقهی، ۱۳۸۱).
۱۸. مظفر، محمدرضا، **اصول الفقه**، ج ۱ (قم: انتشارات اسماعیلیان، ۱۴۲۵ هـ).
۱۹. مکارم‌شهریاری، ناصر، **أوار الفقاهه - كتاب التجارة** (قم: مدرسه امام علی بن ابی طالب، ۱۴۲۶ هـ).
۲۰. موسوی خمینی، سیدروح‌الله، **المکاسب الحرمہ**، ج ۲ (قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۱۵ هـ).
۲۱. موسوی خوبی، سیدابوالقاسم، **مصباح الفقاهه (المکاسب)**، ج ۱ (قم، بی‌تا).
۲۲. میرمحمدصادقی، حسین، **جرائم عليه اشخاص** (تهران: میزان، ۱۳۹۳).
۲۳. نجفی، محمدحسن، **جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام**، ج ۲۲ (بیروت - لبنان: دارالإحياء للتراث العربي، بی‌تا).

نقد رأی صادره درخصوص تبدیل مجازات حبس به جزای نقدی در مقام تخفیف مجازات

* امید شهبازی

** پویا شیرانی بیدآبادی

مشخصات رأی بدوي

شماره دادنامه: ۹۴۰۹۹۷۲۱۶۶۲۰۰۳۸۱

مرجع رسیدگی: شعبه ۱۰۷۹ دادگاه عمومی جزایی - مجتمع قضایی شهید مدرس

تاریخ صدور رأی: ۹۴/۵/۲۴

مشخصات رأی تجدیدنظر

شماره دادنامه: ۹۴۰۹۹۷۰۲۲۰۰۰۹۹۶

مرجع رسیدگی: شعبه ۲۰ دادگاه تجدیدنظر استان تهران

تاریخ صدور رأی: ۹۴/۹/۱۷

اتهام: ترک انفاق

۱. خلاصه جریان پرونده

در پی شکایت مطرح شده نزد دادسرای عمومی و انقلاب ناحیه ۴ تهران (رسالت)، دایر بر ترک انفاق از فرزند، شعبه ۸ دادیاری دادسرای مذکور، بزه انتسابی را محرز دانسته و مبادرت به صدور قرار مجرمیت می کند. با صدور کیفرخواست، پرونده، جهت رسیدگی، به شعبه ۱۰۷۹ دادگاه کیفری دو مجتمع قضایی شهید مدرس تهران یا همان جزایی سابق ارجاع می شود.

* پژوهشگر پژوهشکده استخراج رأی و مطالعات رویه قضایی پژوهشگاه قوه قضاییه
omid.sh1993@gmail.com

** دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق کیفری دانشگاه علامه طباطبایی



شعبه مزبور با توجه به ادله موجود در پرونده و مدنظر قرار دادن ارکان و شرایط لازم قانونی بزه انتسایی، سرانجام، بزه کاری متهم را محرز می‌داند و مستند به ماده ۵۳ قانون حمایت خانواده و بندهای (الف) و (ت) ماده ۳۷ قانون مجازات اسلامی (مصوب ۱۳۹۲)، به جهت نداشتن سابقه محکومیت کیفری و تشویق به صلح و آشتی در روابط خانوادگی و اختلافات و اختلالات ناشی از آن، متهم را به جای حبس، به پرداخت پنج میلیون ریال مجازات نقدی محکوم می‌کند.

در پی تجدیدنظرخواهی محکوم‌علیه نسبت به رأی صادره، پرونده به شعبه ۲۰ دادگاه تجدیدنظر استان تهران، ارجاع و این شعبه نیز با این استدلال که بزه منتبه حسب اوراق و مندرجات پرونده و دلایل منعکس در رأی محرز بوده و ایراد و اعتراض موجه‌ی ابراز و اقامه نشده و از حیث رعایت تشریفات قانونی و توجه به مستندات نیز فاقد اشکال است، اعتراض را رد و دادنامه تجدیدنظرخواسته را عیناً تأیید می‌نماید.

بنابراین از نظر قضات رسیدگی‌کننده در صورت وجود یک یا چند جهت از جهات تخفیف، دادگاه می‌تواند مجازات حبس تعزیری را به جزای نقدی تبدیل نماید.

۲. تحلیل رأی صادره

۱.۲. مبنای صدور رأی

یکی از اصول کلی حقوق کیفری، اصل شخصی کردن مجازات است که نمونه بارز آن، رعایت تناسب از طریق تسلی بنهاد تخفیف مجازات است.

گاه تخفیف کیفر، جنبه تقلیل دارد و بدون تغییر ماهیت مجازات صرفاً از میزان آن کاسته می‌شود و گاه جنبه تبدیل؛ به‌طوری‌که نوع و ماهیت مجازات مقرر، به مجازاتی دیگر بدل می‌گردد. بنده (الف) ماده ۳۷ قانون مجازات اسلامی (مصوب ۱۳۹۲) مربوط به تخفیف از نوع تقلیل بوده درحالی که بندهای (ب) و (پ) ماده مذکور مربوط به تخفیف از نوع تبدیل هستند.

«تبدیل» در لغت به معنای «اعوض کردن، بدل کردن، دگرگون کردن، گرفتن چیزی به جای چیز دیگر، تحويل و تعویض»، و «تقلیل» به معنای «اندک

کردن، کم کردن و کاستن» آمده است.^۱ بنابراین منظور از تقلیل آن است که مجازات بدون تغییر نوع و ماهیت آن، از حیث درجه کاهش یابد و مقصود از تبدیل اینکه مجازات به نوع دیگری تبدیل شود. درواقع «در تقلیل مجازات، برخلاف تبدیل آن، علی‌الأصول ماهیت مجازات تغییر نمی‌کند».^۲

۲.۲. دلایل عدم امکان تبدیل حبس به جزای نقدی در مقام تخفیف

با توجه به قرائت و مستندات موجود می‌توان مدعی شد که تبدیل حبس به جزای نقدی در مقام تخفیف مجازات، منطبق با موازین قانونی نیست. دلایل تقویت این ادعا به شرح ذیل است:

۱.۲.۲. تفاوت تقلیل و تبدیل

با مداقه در معنای لغوی و اصطلاحی دو واژه «تقلیل» و «تبدیل» این نتیجه به دست می‌آید که صراحت بند (الف) ماده ۳۷ قانون مجازات (مصوب ۱۳۹۲) دلالت بر این امر دارد که قانونگذار در استعمال دو واژه مزبور عامد بوده است و به هیچ‌وجه نمی‌توان گفت متن این دو واژه را یکی انگاشته است به‌گونه‌ای که بتوان این دو را به جای هم به کار برد.

بنابراین، تقلیل و تبدیل، هم به لحاظ لغوی و هم از نظر اصطلاحی با یکدیگر متفاوت بوده و اقتضای حکمت قانونگذار ایجاب می‌کند که در به‌کارگیری و استفاده از کلمات و عبارات، عبث و غیره‌دفمند عمل نکند و از سوی دیگر، صراحت بند (الف) ماده فوق‌الذکر دال بر تقلیل است نه تبدیل؛ چنانکه تصریح بندهای (ب) و (پ) ماده مذکور دلالت بر تبدیل دارد.

۲.۴.۲. اتخاذ سازوکاری نظاممند برای تبدیل حبس

به‌نظر می‌رسد قانونگذار با پیش‌بینی فصل نهم با عنوان «مجازات‌های جایگزین حبس» موضوع تبدیل مجازات حبس را از تقلیل آن تفکیک کرده است؛

۱. علی‌اکبر دهخدا، *لغتنامه دهخدا* (تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۴۵)، ج. ۳، ص. ۳۰۳؛ حسن عیید، *فرهنگ فارسی عمید* (تهران: انتشارات امیرکبیر، ۱۳۶۳)، ج. ۱، ص. ۶۳۸.

۲. محمدعلی اردبیلی، *حقوق جزای عمومی* (تهران: انتشارات میزان، ۱۳۹۳)، ج. ۳، ص. ۱۵۳.

بهویژه در ماده ۸۶ قانون مجازات اسلامی (مصوب ۱۳۹۲) که صراحتاً برای تبدیل مجازات حبس به جزای نقدی سازوکاری نظاممند درنظر گرفته است. از سوی دیگر، قانون وصول برخی از درآمدهای دولت و مصرف آن در موارد معین (مصوب ۱۳۷۳) نیز تبدیل مجازات حبس به جزای نقدی را پیش‌بینی نموده است و طبق نظریات متعدد اداره حقوقی قوه قضائیه، با تصویب قانون مجازات اسلامی (مصوب ۱۳۹۲)، قانون وصول بی‌آنکه نسخ گردد کماکان به اعتبار خود باقی مانده است.^۱

۳.۲.۲. عدم تعیین حد و مرز برای تبدیل – عدم امکان تعیین درجه

برخی مجازات‌ها

چنانچه بپذیریم دادگاه اجازه تبدیل حبس براساس بند (الف) ماده ۳۷ قانون مجازات اسلامی (مصوب ۱۳۹۲) را دارد، با توجه به اینکه بند فوق صرفاً برای تقلیل حبس، حد و مرز مشخص کرده است بدین معنا که تقلیل حبس را تنها به میزان یک تا سه درجه اجازه داده است، برای «تبدیل مجازات» حد و مرزی مشخص ننموده است و این امر به معنای اعطای اختیارات بی حد و حصر به قاضی است که از یکسو با فصل نهم قانون مجازات اسلامی (مصوب ۱۳۹۲) (مجازات‌های جایگزین حبس) در تعارض است چراکه قانونگذار در این فصل نه تنها اختیار دادگاه را در تعیین نوع مجازات جایگزین محدود و نظاممند کرده بلکه از نظر میزان تبدیل هم اختیارات دادگاه را محدود ساخته است و از سوی دیگر، ممکن است دادن اختیار بی حد و حصر به قاضی منجر به تالی فاسد فراوانی گردد.

حتی اگر بپذیریم دادگاه برای تبدیل حبس نیز باید حد و مرز بند (الف) را رعایت کند یعنی حبس را صرفاً به میزان یک تا سه درجه تبدیل نماید در برخی موارد امکان تعیین درجه مجازات با معیارهای ارائه شده در ماده ۱۹ قانون مجازات اسلامی دشوار است. به طور مثال، اگر دادگاه با استناد به جوانی مرتكب به این نتیجه برسد که مجازات متناسب برای وی به جای ده سال حبس، یک سال اقامت

۱. نظریه شماره ۷/۱۱۶۶ - ۹۲/۶/۱۸

نظریه شماره ۷/۱۳۸۰ - ۹۲/۷/۱۵

اجباری در محل معین است، از آنجا که مشخص نیست یک سال اقامت اجباری مجازات تعزیری، درجه چند است لذا نمیتوان مدعی شد در این مورد، تبدیل مجازات حبس به میزان یک تا سه درجه رعایت شده است.

٤.٢.٢. نظریات مشورتی اداره حقوقی قوه قضاییه

اداره کل حقوقی قوه قضاییه در نظریات متعدد، صریحاً یا ضمناً این موضوع را بیان میدارد که بند (الف) ماده ۳۷ قانون مجازات اسلامی (مصوب ۱۳۹۲)، صرفاً اجازه تقلیل حبس را به دادگاه داده است. فلذا دادگاه نمیتواند مجازات حبس را به مجازات دیگری تبدیل نماید.^۱ برای مثال، اداره حقوقی قوه قضاییه در نظریه شماره ۱۳۹۳/۳/۷۲۸ - ۷/۹۳/۳۱ اشعار میدارد: «قانونگذار در ماده ۳۷ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ به دادگاه این اختیار را داده که در صورت وجود یک یا چند جهت از جهات تخفیف، مجازات تعزیری را به شرح بندهای ذیل همین ماده، تقلیل یا تبدیل نماید. درمورد بند (الف) که صرفاً تقلیل حبس است دادگاه نمیتواند حبس را به مجازات دیگری تبدیل کند بلکه یک تا سه درجه حبس را تقلیل میدهد ولی در بند (ت) ماده ۳۷ قانون مذکور، قانونگذار اجازه داده است که سایر مجازات‌های تعزیری را به میزان یک تا دو درجه از همان نوع یا انواع دیگر تقلیل دهد».^۲

لازم به ذکر است اگرچه نظریه مشورتی جنبه الزام‌آور ندارد اما به عنوان قرینه و به منظور تقویت دلایل، قابل استناد است.

۱. نظریه شماره ۷/۳۲۳۲ - ۹۴/۱۱/۲۰

نظریه شماره ۹۳/۳/۳۱ - ۷/۹۳/۷۲۸

نظریه شماره ۹۲/۸/۲۵ - ۷/۹۲/۱۶۳۶

نظریه شماره ۹۳/۸/۲۵ - ۷/۹۳/۱۹۹۶

نظریه شماره ۹۲/۶/۲۰ - ۷/۱۲۰۱

نظریه شماره ۹۲/۵/۳۰ - ۷/۹۹۳

نظریه شماره ۹۲/۵/۲۸ - ۷/۹۷۲

نظریه شماره ۹۲/۱۱/۶ - ۷/۹۲/۲۱۱۷

۲. روزنامه رسمی شماره ۲۰۲۸۱ مورخ ۹۳/۷/۲۹

۵.۲.۲. رویه قضایی

آراء متعددی از مراجع تجدیدنظر و دیوان عالی کشور مبنی بر تقلیل مجازات حبس موضوع بند (الف) ماده ۳۷ صادر شده، که بر این امر که تبدیل مجازات حبس به جزای نقدی در مقام تخفیف، فاقد وجاهت قانونی است تصویح دارد.^۱ بنابراین، به نظر می‌رسد رویه قضایی نیز به پذیرش تبدیل حبس به جزای نقدی در مقام تخفیف، مستند به مواد ۳۷ و ۳۸ قانون مجازات اسلامی (مصوب ۱۳۹۲) تمایلی ندارد.

۳.۲. نقد دادگاه مخالف

موافقت برخی حقوقدانان درخصوص تبدیل مجازات حبس به جزای نقدی مستند به ماده ۳۷ قانون مزبور، مبتنی بر چند دلیل ذیل است:

نخست اینکه با توجه به صدر ماده، قانونگذار بیان داشته دادگاه می‌تواند مجازات تعزیری را به نحوی که به حال متهم مناسب‌تر باشد به شرح ذیل تقلیل یا تبدیل نماید با این استنباط که قاضی دادگاه مخیر است مجازات حبس را به میزان حبس کمتری تقلیل داده یا به مجازات دیگری تبدیل نماید، ولیکن بنا به اراده، در تقلیل، باید یک تا سه درجه تقلیل دهد.

در مقابل این استدلال می‌توان گفت درست است که قانونگذار در صدر ماده، حکمی عام صادر نموده و در مجازات‌های تعزیری، هم اجازه تبدیل داده و هم اجازه تقلیل، منتها با مذاقه در صدر همین ماده مشخص می‌گردد که قانونگذار به صراحت یک قید وارد کرده و بیان می‌دارد: امکان تقلیل یا تبدیل «به شرح ذیل» «امکان پذیر است و این عبارت (به شرح ذیل) مشخص‌کننده محدوده و قلمرو تخفیف، از نظر نوع و میزان آن (تخفیف) است.

از سویی دیگر با دقت نظر در بندهای مختلف ماده ۳۷ قانون مذکور می‌توان بیان نمود که هدف قانونگذار جدا کردن مجازات‌های حبس، انفصال دائم و مصادره

۱. شعبه ۲۷ دادگاه تجدیدنظر استان تهران، دادنامه شماره ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۷۰۰۲۶۸ مورخ ۹۳/۳/۵، مجموعه آراء قضایی دادگاه‌های تجدیدنظر استان تهران (کیفری) (تهران: قوه قضاییه، مرکز مطبوعات و انتشارات، بهار ۱۳۹۳)، شماره ۱۳۵.

اموال از سایر مجازات‌ها بوده است چراکه وی در بند (ت) ماده ۳۷ مقرر می‌دارد: «تقلیل سایر مجازات‌ها ... از همان نوع یا انواع دیگر»، و تقلیل مجازات به نوع دیگر، همان تبدیل مجازات است. به عبارت ساده‌تر، قانون‌گذار، تقلیل و تبدیل در همه مجازات‌های تعزیری را مجاز دانسته به جز مجازات حبس که صرفاً قابل تقلیل است و مجازات انفصل دائم و مصادره اموال که صرفاً قابل تبدیل هستند.

دلیل دیگر، سیاست حبس‌زدایی و تکلیف قوه قضاییه به حبس‌زدایی است. در مقابل این استدلال می‌توان اذعان کرد اگرچه قانون برنامه ششم توسعه، قوه قضاییه را مکلف به حبس‌زدایی نموده اما عدم امکان تبدیل حبس به جزای نقدی با استناد به مواد ۳۷ و ۳۸ قانون یادشده منفاتی با این مقرره ندارد زیرا:

۱- همان‌گونه که حکم به مجازات باید مستند به قانون باشد تخفیف مجازات نیز از این امر مستثنی نیست و قانون برنامه ششم توسعه هم به صراحت بیان می‌دارد حکم به مجازات جایگزین حبس باید «در حدود قوانین» و با استفاده از نهادهای جدید مانند تعلیق تعقیب یا مجازات، تعویق صدور حکم، آزادی مشروط و مجازات‌های جایگزین حبس صورت گیرد،^۱ لذا با

۱. ماده ۱۱۳ قانون برنامه پنج‌ساله ششم توسعه جمهوری اسلامی ایران بهمنظور افزایش دقت و سرعت در ارائه خدمات قضایی، تحقق عدالت قضایی و احیاء حقوق عامه، ارتقاء کیفیت و کاهش اطاله دادرسی و ایجاد فرصت برابر برای دسترسی آحاد مردم به خدمات قضایی و کاهش ورودی پرونده‌ها و پیشگیری از وقوع جرم و دعاوی و اصلاح مجرمان و کاهش جمعیت کیفری:

ت- بهمنظور پیشگیری از وقوع جرم با هدف کاهش در درصدی (۱۰٪) سالانه آمار مجرمان:
۱- قوه قضاییه، مکلف است با استفاده از ظرفیت‌های تمامی دستگاه‌های اجرایی و بهره‌گیری از مشارکت اجتماعی مردم و سازمان‌های مردم‌نهاد و مراکز علمی و پژوهشی کشور نسبت به تهیه و تدوین برنامه جامع پیشگیری از وقوع جرم و ارتقاء سلامت اجتماعی با رعایت قوانین مربوط تا پایان سال اول اجرای قانون برنامه اقدام نماید.

۲- قوه قضاییه، مکلف است حداکثر تا پایان سال دوم اجرای قانون برنامه بهمنظور پیشگیری و کاهش جرم، دعاوی و اختلافات، نسبت به شناسایی عوامل مؤثر در بروز دعاوی و جرائم به تفکیک در حوزه‌های قضایی هر استان، اقدام و پس از بررسی جامع پژوهشی، اقدامات لازم را انجام و لواح مورد نیاز را تهیه و با رعایت اصل هفتاد و چهارم (۷۴) قانون اساسی به مجلس شورای اسلامی تقدیم نماید.

۳- سازمان زندان‌ها و اقدامات تأمینی و تربیتی کشور مکلف است ضمن آگاهی داشن به مقامات قضایی درخصوص وضعیت آمار زندانیان و فضای آزاد زندان، ظرفیت پذیرش زندانیان را به صورت برشط و با رعایت جهات امنیتی در اختیار مقامات قضایی صلاحیت‌دار قرار دهد. قضات با لحاظ ظرفیت اعلام شده و

توجه به، در حدود قانون نبودن تبدیل مجازات حبس به جزای نقدی مستند به مواد ۳۷ و ۳۸ قانون مذکور، نمی‌توان گفت اصرار نگارنده بر عدم امکان تبدیل حبس به جزای نقدی، با سیاست حبس‌زدایی منافات دارد.

۲- با مذاقه در مواد مختلف قانون برنامه ششم توسعه، چنین به‌نظر می‌رسد که تکلیف قانونی قوه قضاییه درخصوص سیاست حبس‌زدایی مربوط به مواردی است که قانونگذار دادگاه را در استفاده یا عدم استفاده از مجازات حبس (یا به‌طور کلی مجازات کردن) مخیر کرده است. و از آن جمله‌اند مواد ۴۰، ۴۶، ۵۸، ۶۲، ۶۷، قسمت دوم ماده ۶۸ قانون مجازات اسلامی (مصطفوی ۱۳۹۲)، مواد ۵۴۸، ۵۵۶، ۵۸۱، ۵۵۶، ۵۸۲، ۵۸۳، ۵۸۴، ۶۰۸، ۶۰۹ (مصطفوی ۱۳۷۵) ... بنابراین، مقصود از قانون مجازات اسلامی (مصطفوی ۱۳۷۵) ... به‌کارگیری سیاست حبس‌زدایی آن است که در جرائم خرد و در مواردی که امکان عدم صدور حکم به مجازات حبس به قصاص داده شده است، قصاص نباید به مجازات زندان اصرار ورزند و با عنایت به نبود چنین امکانی در مواد ۳۷ و ۳۸ قانون مزبور، می‌توان گفت اصرار نگارنده بر ناممکن بودن تبدیل حبس به جزای نقدی منافاتی با سیاست حبس‌زدایی ندارد.

۳- اینکه قانون برنامه ششم توسعه، قوه قضاییه را مکلف به حبس‌زدایی نموده و قانونگذار سیاست حبس‌زدایی را در پیش گرفته است، موجب نمی‌شود مواد قانونی را که اساساً بینیاز از تفسیر هستند نه تنها تفسیر نماییم بلکه به‌غلط و برخلاف صراحة مواد تفسیر کنیم. بنابراین، به بهانه عمل به این تکلیف نمی‌توان مواد ۳۷ و ۳۸ قانون مجازات اسلامی (مصطفوی ۱۳۹۲) را به‌اشتباه تفسیر نمود.

◀

تناسب قرار تأمین، از صدور قرارهای تأمین منتهی به بازداشت و یا احکام حبس جز در موارد ضروری به‌موجب قوانین مربوط، خودداری و با رعایت قوانین مربوط از تأسیس‌های جدید کیفری مانند تعقیق تعقیب یا مجازات، تعویق صدور حکم، آزادی‌های مشروط و مجازات‌های جایگزین حبس استفاده خواهد نمود. دادرسای انتظامی قصاص بر حسن اجرای این بند نظرارت می‌کند.

تبصره- دستورالعمل اجرایی این بند توسط سازمان زندان‌ها و اقدامات تأمینی و تربیتی کشور و با همکاری وزارت دادگستری، تهیه و به تصویب رئیس قوه قضاییه می‌رسد.

فهرست منابع:

۱. اردبیلی، محمدعلی، **حقوق جزای عمومی**، ج ۳ (تهران: انتشارات میزان، ۱۳۹۳).
۲. دهخدا، علیاکبر، **لغت‌نامه دهخدا**، ج ۳ (تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۴۵).
۳. عمید، حسن، **فرهنگ فارسی عمید**، ج ۱ (تهران: انتشارات امیرکبیر، ۱۳۶۳).
۴. مجموعه آراء قضایی دادگاه‌های تجدیدنظر استان تهران (کیفری) (تهران: قوه قضائیه، مرکز مطبوعات و انتشارات، ۱۳۹۳).

ضرورتأخذ مجوز از صاحب حق جهت ترجمه اثر

مهردی کارچانی*

۱. وقایع پرونده

خواهان (س.س.) که منتقل‌الیه حقوق مادی از جمله حق ترجمه، مربوط به کتاب انگلیسی برای دانشجویان رشته هنرهای تجسمی نوشته م.ح. و م.الف. به زبان انگلیسی بوده، به طرفیت خواندگان که اقدام به ترجمه این کتاب و انتشار آن بدون مجوز صاحب حق نموده بودند دعوای مطالبه خسارت و ضرر و زیان را طرح می‌کند؛ بدین شرح که با نشر ترجمه این کتاب، فروش کتاب اصلی کاهش یافته و باعث ورود ضرر به خواهان شده است. دادگاه بدوى اجمالاً با این استدلال که حق ترجمه اثر، متعلق به خواهان بوده و خواندگان دلیلی بر أخذ اجازه از نامبرده ارائه نکرده‌اند با ارجاع موضوع به کارشناس، با استناد به مواد ۲ و ۸ قانون مسئولیت مدنی، ماده ۱ قانون ترجمه و تکثیر کتب و نشریات و آثار صوتی (مصطفوب ۱۳۵۲) و مواد ۲، ۴ و ۶ قانون حمایت از حقوق مؤلفان و مصنفان و هنرمندان (مصطفوب ۱۳۴۸) حکم به محکومیت تضامنی خواندگان، به پرداخت مبلغ ۱۲۲ میلیون ریال بابت خسارات مادی وارد صادر می‌نماید. پس از اعتراض یکی از خواندگان، دادگاه تجدیدنظر با این استدلال که در هیچ‌یک از متون قانونی، ترجمه اثر، منع یا منوط به اجازه مؤلف نگردیده است و ادعای ورود خسارت ناشی از کاهش فروش کتاب اصلی متکی به دلیل نیست، با استناد به اصل ۱۶۷ قانون اساسی و ماده ۳ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی با رجوع به استفتاء به عمل آمده از امام خمینی(ره)، رأی تجدیدنظرخواسته را نقض می‌نماید.

karchanimahdi@gmail.com

* پژوهشگر پژوهشکده حقوق خصوصی پژوهشگاه قوه قضائيه



مشخصات رأی تجدیدنظر

شماره دادنامه: ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۱۲۰۰۰۲۷

تاریخ صدور رأی: ۱۳۹۳/۰۱/۲۳

مراجع رسیدگی کننده: شعبه ۱۲ دادگاه تجدیدنظر استان تهران

خواسته: مطالبه خسارت و ضرر و زیان

متن رأی

تجددنظرخواهی آقای م.س. مدیر انتشارات ج. به طرفیت س.س. وابسته به وزارت علوم، تحقیقات و فناوری نسبت به دادنامه شماره ۹۲/۶/۲۶ صادره از شعبه ۵۴ دادگاه عمومی حقوقی می‌باشد. براساس دادنامه موصوف راجع به دعوی تجدیدنظرخوانده به طرفیت: ۱- تجدیدنظرخواه -۲- ع.ر. بخواسته مطالبه خسارت و ضرر و زیان با این توضیح که کتاب «انگلیسی برای دانشجویان رشته هنرهای تجسمی» که به زبان انگلیسی و فاقد ترجمه، جهت استفاده دانشجویان این رشته از سوی س.س. چاپ گردیده لیکن خواندنگران در قالب انتشاراتی به نام انتشارات ج. اقدام به ترجمه این کتاب و انتشار آن با نام «راهنمای کامل انگلیسی برای رشته‌های هنرهای تجسمی» نموده‌اند و بهجهت انتشار آن، فروش کتاب اصلی کم شده است. اجمالاً با این استدلال که حق ترجمه اثر مورد دعوا متعلق به س.س. بوده و هیچ شخصی بدون اجازه نامبرده حق ترجمه و انتشار آن را نداشته است و با اثکاء به نظریه کارشناسی که در نظریه مبنای محاسبه خسارت را میزان سود حاصل از فروش ترجمه لاحظ شده و به استناد مواد ۲ و ۸ قانون مسئولیت مدنی و ماده ۱ قانون ترجمه و تکثیر کتب و نشریات و آثار صوتی مصوب ۱۳۵۲ و مواد ۲ و ۴ و ۶ قانون حمایت از حقوق مؤلفان، مصنفات و هنرمندان مصوب ۱۳۴۸ حکم به محکومیت تضامنی خواندنگران، به پرداخت مبلغ یکصد و بیست و دو میلیون ریال بابت خسارت مادی در حق تجدیدنظرخوانده صادر شده است. دادگاه نظر به مجموع محتویات پرونده و مستندات و مدافعت طرفین و اینکه اولاً، صرف‌نظر از اینکه کتاب اصلی برگرفته از کتب دیگران بوده در هیچ‌یک از مستندات حکمی مصرح در حکم تجدیدنظرخواسته ترجمه اثر تألیفی، منع یا منوط به اجازه مؤلف نگردیده است؛ ثانیاً، تجدیدنظرخوانده خسارت ناشی از ترجمه اثر بدون جلب رضایت خود را مطالبه نکرده بلکه خسارت ناشی از کاهش فروش کتاب منتشره خود را به جهت انتشار ترجمه آن مطالبه نموده است که ادعای کاهش فروش وجود رابطه سببیت بین آن و انتشار ترجمه کتاب مذکور منکی به دلیل نیست؛ ثالثاً، با عنایت به عدم وجود حکم صریحی در قوانین موضوعه راجع به ضرورت اخذ مجوز مترجم از مؤلف به دلالت اصل ۱۶۷ قانون اساسی و

ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی، دادگاه، مکلف به یافتن حکم قضیه در منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر است. فلذ بـ دلالـ استـفـاء بـ هـعـمـلـ آـمـدـه اـزـ حـضـرـتـ اـمـامـ خـمـيـنـيـ(رهـ) رـاجـعـ بـهـ اـخـذـ اـذـنـ مـؤـلـفـ بـرـايـ تـرـجـمـهـ، اـيـشـانـ فـتـوىـ دـادـهـانـدـ کـهـ بـرـايـ تـرـجـمـهـ، اـذـنـ مـؤـلـفـ شـرـطـ نـيـسـتـ (صـحـيـفـهـ نـورـجـ، ۱۷ـ، صـ۸۷ـ). بنابراین، دادگاه، بـطـلـانـ دـعـوـیـ تـجـدـيـدـنـظـرـخـواـهـيـ رـاـ نـسـبـتـ بـهـ مـحـكـومـيـتـ تـجـدـيـدـنـظـرـخـواـهـ، نـقـضـ وـ حـكـمـ بـهـ بـطـلـانـ دـعـوـیـ تـجـدـيـدـنـظـرـخـواـهـيـ نـسـبـتـ بـهـ تـجـدـيـدـنـظـرـخـواـهـ صـادـرـ وـ اـعـلـامـ مـیـ دـارـدـ. اـيـنـ رـأـيـ قـطـعـيـ استـ.

۲. نقد و بررسی

الف. مقدمه

برابر ماده ۲۲ قانون حمایت از حقوق مؤلفان و مصنفان و هنرمندان در صورتی که اثر برای اولین بار در ایران - و نه در هیچ کشوری - چاپ یا نشر یا اجرا شده باشد از حمایت این قانون برخوردار است. در پرونده حاضر، کتاب مورد نظر اگرچه به زبان انگلیسی نگارش یافته ولی نخستین بار در ایران منتشر گشته است و مورد حمایت قانون می‌باشد. اگرچه در ماده ۳ قانون مزبور به «حق ترجمه» به عنوان یکی از حقوق مادی تصریح نشده اما مطابق با بند ۵ ماده ۵ قانون، پدیدآورنده می‌تواند حق ترجمه، نشر و تکثیر و عرضه اثر را به غیر واگذار نماید. بنابراین، مصادیق حقوق مندرج در ماده ۳ قانون مذکور، حصری نیستند. و نیز به موجب ماده ۱۹ همین قانون هرگونه تغییر یا تحریف در آثار علمی و فرهنگی و هنری مورد حمایت این قانون و نشر آنها بدون اجازه پدیدآورنده ممنوع است. در صورتی که «ترجمه» را مصداقی از تغییر در اثر (تغییر در زبان) بدانیم می‌توانیم لزوم اخذ مجوز برای انجام ترجمه را از این ماده استنباط نماییم. با عنایت به مواد مذکور می‌توان گفت حق ترجمه از جمله حقوق مادی پدیدآورنده است و انجام ترجمه منوط به اخذ اجازه از دارنده این حق می‌باشد.

ب. تحلیل رأی دادگاه تجدیدنظر

نخست. براساس اصل ۱۶۷ قانون اساسی و ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی، رجوع به منابع فقهی یا فتاوی معتبر در صورتی لازم است که قوانین

موضوعه راجع به موضوع، کامل یا صریح نبوده یا متعارض باشند و یا قانونی در قضیه مطروحه وجود نداشته باشد. بنابراین با وجود نصّ در زمینه حق ترجمه و لزومأخذ اجازه از صاحبحق، مراجعته به منابع فقهی و فتاوی معتبر برای یافتن حکم قضیه، فاقد وجاهت قانونی است و مراجعت دادگاه تجدیدنظر به نظر فقهاء لازم نیست. برخلاف نظر این مرجع - همان طور که در مقدمه بیان شد - ماده ۵ قانون حمایت از حقوق مؤلفان و مصنفان و هنرمندان در حمایت از حق ترجمه صراحت دارد.

دوم. درمورد عبارت «...اولاً: صرفنظر از اینکه کتاب اصلی برگرفته از کتب دیگران بوده...» دررأی دادگاه تجدیدنظر باید گفت درصورتی که اعتقاد این مرجع بر عدم اصالت کتاب اصلی به دلیل کپی برداری از کتب دیگران باشد، اولاً با ذکر این معنا دیگر نیاز به سایر استدلالات نبوده و کتاب اصلی به دلیل فقدان اصالت از شمول آثار مورد حمایت قانون خارج گشته است و ترجمه آن نیز نیازی به کسب اجازه از هیچ شخصی ندارد؛ ثانیاً، اگر چنین معنایی از عبارت مدنظر باشد با توجه به تخصصی بودن موضوع لزوم ارجاع امر به کارشناس درمورد تشخیص اصالت کتاب احساس می شود که دررأی چنین ارجاعی مشاهده نمی شود، اما اگر منظور صرفاً اشاره به برگرفته شدن اثر از آثار پیشین دیگران باشد، فایده ای بر ذکر چنین عبارتی دررأی مترتب نبوده و در تصمیم گیری نهایی بی تأثیر است.

سوم. درخصوص عبارت «در هیچ بک از مستندات حکمی مصرح در حکم تجدیدنظرخواسته ترجمه اثر تألیفی، منع یا منوط به اجازه مؤلف نگردیده است» باید حق را به دادگاه تجدیدنظر داد زیرا علی رغم اینکه استناد به ماده ۱ قانون ترجمه و تکثیر کتب و نشریات و آثار صوتی درمورد حمایت از حق مادی ترجمه صحیح نیست [این ماده ناظر به حقوق مترجم درباره ترجمه به عنوان یک اثر مورد حمایت است نه درمورد حق ترجمه اثر]، هیچ یک از مواد ۲، ۴ و ۶ قانون حمایت از حقوق مؤلفان و مصنفان و هنرمندان مندرج دررأی بدوى اشاره ای به حق ترجمه و لزومأخذ مجوز از دارنده حقوق ندارند و دادگاه بدوى بایستی به ماده ۵ این قانون استناد می نمود. با این همه، عدم ذکر مستندات قانونی دررأی بدوى، تنها مجوزی برای اصلاح مستندات رأی است و رأی نباید به این علت نقض شود.

چهارم. دادگاه تجدیدنظر معتقد است خواهان، «خسارت ناشی از ترجمه اثر بدون مجوز» را مطالبه نکرده بلکه نسبت به «خسارت ناشی از کم شدن فروش کتاب اصلی در اثر انتشار ترجمه کتاب» ادعا دارد چنین ادعایی متکی به دلیل نمیباشد. در این باره باید گفت توجه صرف به کلمات مندرج در دادخواست و تفسیر لفظی مطلق در این زمینه راهگشا نیست؛ به نظر میرسد آنچه مدنظر خواهان دعوی میباشد اینکه وی در اثر ورود کتاب ترجمه شده به بازار بدون أخذ مجوز ترجمه برای آن، متضرر شده است و ضرر و زیان ناشی از این اقدام صرفنظر از عنوان آن مدنظر وی بوده که نظر کارشناس رسمی دادگستری مؤید ورود ضرر به خواهان میباشد.

ج. نتیجه‌گیری

با عنایت به موارد پیش‌گفته، به نظر میرسد رأی دادگاه بدوى صرفنظر از مستندات حکمی درمورد لزوم أخذ مجوز از دارنده حق ترجمه، قادر ایراد اساسی است و اقدام مرجع تجدیدنظر در نقض رأی تجدیدنظر خواسته، غیرقابل تأیید میباشد.

تحول مفهوم عیب در مسئولیت ناشی از عیب تولید

*سعید سیاهبیدی کرمانشاهی

مقدمه مترجم

مفهوم «عیب» یکی از مباحث مهم حوزه حقوق قراردادها و مسئولیت مدنی است. در حقوق سنتی، عیب را هر نوع فزونی یا کاستی از اصل خلقت می‌دانستند، لیکن پر واضح است این تعریف، مناسب اموری است که دارای اصل خلقت باشند و برای کالاهای صنعتی که عمده‌ترین موضوعات خرید و فروش در عصر حاضرند، مناسب نیست. از دیگرسو مدت‌ها در بحث ضمانت‌اجرامی عیب، سخن از اختیار فسخ قرارداد بود اما امروزه با تحول روزافزون صنایع و افزایش تولیدات که برخی از آن‌ها دارای خطر بالقوه نسبت به جان، سلامتی یا سایر اموال مصرف‌کنندگان هستند، مفهوم عیب و ضمانت‌اجرامی آن خصوصاً در حوزه مسئولیت مدنی چار تحول شده است. در حقوق نوین و با پذیرش نظریه محض تولیدکنندگان در حقوق مصرف، مصرف‌کننده برای دریافت خسارت، کافی است ثابت کند که کالا معیوب بوده و زیان واردہ به وی ناشی از عیب آن بوده است. عیب نیز حسب مورد ممکن است در طراحی محصول، تولید یا در ارائه اطلاعات باشد، لذا تعاریف سنتی از عیب که عمدتاً منبعث از مباحث مربوط به حقوق قراردادهای است، کارا و تأثیرگذار به نظر نمی‌رسد. تحولات این حوزه، زمینه ظهور دو نظریه جدید از عیب در کالاهای صنعتی را فراهم نمود که مطابق یک نظریه، عیب کالا یعنی تخطی از عرف صنعتی، و طبق نظریه دیگر، به معنای تخطی از انتظارات متعارف یک مصرف‌کننده معمولی است. تقابل این دو نظریه در رأی حاضر به خوبی نشان داده شده و مبین آن است که در رویه قضایی آمریکا نسبت به پذیرش «انتظار

* دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران و مدرس دانشگاه siahbidisaeed@gmail.com



صرف کننده» به عنوان معیار سلامت و عیب کالا اختلاف وجود دارد؛ در حالی که برخی از قضاط این معیار را در تشخیص عیب پذیرفته‌اند. برخی برعکس پذیرش معیارهای صنعتی به جای تکیه بر انتظارات مصرف کننده اصرار دارند. رأی حاضر که نشان‌دهنده تحول مفهوم عیب در مسئولیت ناشی از عیب تولید است، به جهت آشنایی با این تحولات و افزودن بر غنای مباحث مربوط به حقوق مصرف و مسئولیت مدنی، ترجمه و به خوانندگان تقدیم می‌گردد.

دعوای لندهارت عليه کمپانی فورد موتور^۱

102 Wn.2d 208 (1984)
683 P.2d 1097

رأی ابرامی صادره از دادگاه تجدیدنظر حوزه قضایی نهم ایالات متحده در پرونده «ملوین. ای لندهارت» و «سایرین»،^۲ به عنوان تجدیدنظر خوانندگان عليه کمپانی «فورد موتور»،^۳ به عنوان تجدیدنظر خواه.
شماره ۴-۴۹۵۹۰.

دادگاه عالی واشنگتن، در کرسی قضاؤت^۴

پنجم جولای ۱۹۸۴

^۵ قاضی «براختنباخ»^۶

پیرو قسمت ۲۶۰ از کد اصلاح شده واشنگتن،^۷ دادگاه تجدیدنظر حوزه قضایی نهم درخصوص این پرونده یک سؤال مطرح کرده است و آن اینکه: مطابق قانون مسئولیت ناشی از تولید ایالت واشنگتن که بر دعاوی ناشی از صدمات پیش‌آمده در هشتم ژانویه ۱۹۷۹ حاکم است، آیا دو ویژگی طراحی و

1. Lenhardt v. Ford Motor Company.

2. Melvin E. Lenhardt, et Al.

3. Ford Motor Company.

۴. عبارت «در کرسی قضاؤت» برگردان واژه «en banc» فرانسوی است و به این معناست که دادگاه عموماً دادگاه تجدیدنظر دعوا را استماع نموده و با حضور تمام قضاطی که در آن زمان در جلسه دادرسی نشسته‌اند، تصمیم خود را می‌گیرد. عبارت «en banc» اشاره به مکانی دارد که قضاط معمولاً هنگام استماع دعوا در آن می‌نشینند.

5. Brachtenbach, J.

6. RCW

عملکرد در تولیدات مشابه ساخته شده توسط سایر سازندگان در مقایسه با محصول معیوب مورد ادعا، معیارهای مناسبی برای تبیین انتظارات متعارف مصرف‌کننده عادی هستند؟

دادگاه حوزه قضایی نهم، در رأی ابرامی خود بیان داشته که ما به سؤال مذبور به کیفیتی که مطرح شده است، التزامی نداریم و می‌توانیم سؤال را به کیفیتی که مناسب می‌بینیم، طرح نماییم.

بعد از بررسی سابقه دعوی، ما معتقدیم سؤال مذکور باید به صورت ذیل پاسخ داده شود:

چنانچه در مستویت محض، سبب دعوا، پیش از زمان اجرایی شدن اصلاح قانون مستویت مدنی واشنگتن به وجود آمده باشد - این اصلاحات در کد اصلاح شده واشنگتن بخش ۷۷۰۱۰ و مابعد تدوین شده است - ، منطبق بودن محصول با عرف‌های صنعتی و استانداردها، همیشه به عنوان یک عامل مرتبط در ارزیابی انتظار متعارف مصرف‌کننده عادی قابل پذیرش است. هرچند پاسخ ما منفی است.

حقایقی که برای ما مسجّل شده، این است که خواهان دادگاه فدرال یعنی ملوین لندهارت،^۱ بعد از اتمام رانندگی و پارک کردن خودروی «ون فورد»^۲ خود، حين خارج شدن از خودرو به علت لغزیدن آن به عقب درحالی که تلاش می‌کرده ماشین در حال حرکت را متوقف نماید، مصدوم شده است. وی به دلیل نقص در سیستم انتقال نیرو، علیه کمپانی فورد موتور، دعوای مستویت محض اقامه نمود. در دادگاه، کارشناس معرفی شده از سوی لندهارت، به طور خاص، درمورد طراحی معیوب قطعات آن و نیز به طور کلی درباره سیستم انتقال نیرو ابراز عقیده کرد. او معتقد بود تغییرات جزئی در دو قطعه از قطعات آن، ویژگی‌های خطرناک سیستم انتقال نیرو را از بین می‌برد. بخش اصلی شهادت وی مبتنی بر تفاهم‌نامه داخلی کمپانی فورد موتور بود، اما به سیستم‌های انتقال نیروی دیگر تولیدکنندگان و نیز مقایسه سیستم انتقال نیروی فورد موتور با آن‌ها اشاره‌ای ننمود.

1. Melvin Lenhardt

2. یک اتومبیل ون از کارخانه فورد (Ford van).

در رد نظر فوق، خوانده دادگاه فدرال (کمپانی فورد موتور)، دلیلی درخصوص عرف صنعتی در طراحی سیستم‌های انتقال نیرو ارائه نمود. دلیل ارائه شده مشتمل بر شهادت کارکنان سابق و فعلی شرکت فورد بود مبنی بر اینکه دیگر تولیدکنندگان نیز از قطعات طراحی شده مشابه استفاده می‌کنند و سیستم‌های انتقال نیروی آن‌ها مشابه شرکت فورد طراحی شده است و نیز اینکه ماشین‌های دیگر تولیدکنندگان نیز در حالت پارک به سمت عقب لغزش دارند. دادگاه فدرال حکم به رد این دلیل صادر کرد زیرا به انتظار متعارف مصرف‌کننده عادی ارتباطی ندارد. هیأت‌منصفه با اشاره به این قاعده روشن (عدم ارتباط عرف صنعتی با انتظار متعارف مصرف‌کننده عادی) که (تاختی از انتظار متعارف مصرف‌کننده عادی) یک تقصیر محسوب می‌شود، درخصوص دعوای تجدیدنظرخواسته لندهارت علیه فوردأخذ تصمیم نمود.

در ابتدا باید بین دو نوع دلیل که ممکن است در دعواهی مسئولیت ناشی از تولید ارائه شود، تمایز قائل شویم:

- ۱) دلیل مربوط به کیفیت هنر
- ۲) دلیل مربوط به عرف صنعتی

این مفاهیم همیشه متراffد نیستند و فی‌نفسه انواع گوناگونی از معیارها را دربرمی‌گیرند. [بنگرید] به دعواهی «کانتو» علیه کمپانی «جان دییر» در سال ۱۹۷۹^۱. نخستین مفهوم ناظر به امکان فنی جایگزین کردن طرح محصول با طرح‌های امن‌تر در زمان ساخت محصول است؛ درحالی که مفهوم اخیر اشاره دارد به رویه و عرف مربوط به طرح یا تکنیک ساخت خاص که توسط عمدۀ تولیدکنندگان در آن صنعت مورد استفاده قرار می‌گیرد. [بنگرید] به دعواهی شرکت «سی اف. بوتلند» از «هouston» علیه «بیلی»^۲ و دعواهی «شون» علیه شرکت «یو اس ام»^۳ در برخی وضعیت‌های عملی این مفاهیم ممکن است ادغام شوند؛ با این حال، در دعواهی حاضر تمایز این دو مفهوم مشهود است. بر این اساس، تنها

1. *Cantu v. John Deere Co.*, 24 Wn. App. 701, 603 P.2d 839 (1979).

2. Cf. *Boatland of Houston, Inc. v. Bailey*, 609 S.W.2d 743 (Tex. 1980).

3. *Chown v. USM Corp.*, 297 N.W.2d 218 (Iowa 1980).

مسئله از نظر ما، قابل پذیرش بودن عرف صنعتی است آن هنگام که توسط خوانده به عنوان دلیلی دال بر انتظار متعارف مصرف‌کننده عادی ارائه شود.

در دعوای «آلمر»^۱ علیه کمپانی فورد موتور، این دادگاه دکترین مسئولیت محض، موضوع بخش ۴۰۲ الف. از اعلامیه دوم مسئولیت مدنی (تصویب ۱۹۶۵) را به عنوان مبنایی بر مسئولیت تولیدکننده پذیرفته است. در دعوای «سیاتل فرست نائل بانک»^۲ علیه «تابرت»^۳،^۱ ما بخش مزبور (۴۰۲ الف.) را در دعوایی إعمال و مقرر نمودیم که درخصوص طرح معیوب اقامه شده بود:

بنابراین ما حکم می‌نماییم که اگر یک محصول بهنحو متعارف ایمن نباشد مسئولیت براساس بخش ۴۰۲ الف. إعمال می‌گردد. این بدین معناست که محصول باید به قدری غیرایمن باشد که خارج از تصور متعارف یک مصرف‌کننده عادی باشد. این ارزیابی از محصول، با لحاظ انتظارات متعارف مصرف‌کننده عادی، به ارزیاب واقعه اجازه می‌دهد که ماهیت واقعی محصول را مدنظر قرار دهد. خریدار یک «فولکس واجن»^۴ نمی‌تواند انتظارات متعارفی که خریدار یک خودروی گران‌تر و با درجه ایمنی بالاتر مانند «کادیلاک»^۵ از خودروی خود دارد، داشته باشد. این نکته را باید در نظر داشت که ما با یک مفهوم نسبی مواجهیم نه با یک مفهوم مطلق. در تعیین انتظارات متعارف مصرف‌کننده عادی، عوامل متعددی باید در نظر گرفته شود. ممکن است در یک پرونده، هزینه نسبی محصول، شدت آسیب بالقوه از عیب مورد ادعا و هزینه و امکان از بین بردن یا کم کردن خطر، از عوامل مرتبط (در تعیین انتظارات متعارف مصرف‌کننده) باشند. در موارد دیگری، ماهیت محصول یا ماهیت عیب ادعایی ممکن است عوامل دیگری را به موضوع مرتبط نماید. کمپانی فورد موتور استدلال می‌کند عرف صنعتی که از طرح‌های منتخب دیگر تولیدکنندگان به دست می‌آید، یک عامل مرتبط در تعیین انتظار متعارف مصرف‌کننده عادی است که ما مخالف این استدلال هستیم.

1. Seattle-First Nat'l Bank v. Tabert, 86 Wn.2d 145, 154, 542 P.2d 774 (1975).

2. Volkswagen

3. Cadillac

به منظور تنقیح موضوع برپایه نظریه «مسئولیت محض»، لازم نیست خواهان، معیوب بودن محصول را به عنوان یک موضوع مجزا ثابت نماید. [بنگرید] به دعوای «برنال» علیه کمپانی آمریکایی «موتور هوندا».^۱ طرح موضوع [براساس نظریه مسئولیت محض] در صورتی مجاز است که بنا بر تشخیص هیأت منصفه، محصول به میزانی خارج از تصور مصرف‌کننده عادی خطرناک باشد. [بنگرید] به دعوای «املاک رایدر» علیه شرکت «کلی - اسپرینگفیلد تایر».^۲ مصرف‌کننده عرفاً انتظار دارد محصولی که خریداری می‌کند به نحو متعارفی ایمن باشد؛ اگر طراحی آن به گونه‌ای باشد که این انتظار را برآورده نسازد، چنین طرحی ضرورتاً معیوب است. [بنگرید] به دعوای «ویسمن» علیه کمپانی «گودیر تایر» و «رابر».^۳

همان‌طور که در موارد متعددی روشن شده است، حوزه قضایی ما^۴ رویکردی خریدارگرا دارد لذا از نظر ما قاعده مسئولیت محض بر «محصول» مرکز می‌شود نه بر اعمال فروشنده یا تولیدکننده. [بنگرید] به دعوای املاک رایدر علیه شرکت کلی - اسپرینگفیلد تایر؛^۵ همچنین [بنگرید] به دعوای «لیتل» علیه شرکت «پی جی ایندیس».^۶ ارائه شواهدی درخصوص عرفها و رویه‌های صنعتی و یا تولیدکنندگان، مرکز هیأت منصفه را از انتظارات مصرف‌کننده به چیزی که تولیدکنندگان انجام داده‌اند، منتقل می‌کند. با مرکز هیأت منصفه بر عرف صنعتی، به نحو ضمنی این مرکز بر انتخاب طرح خوانده و متعارف بودن آن معطوف می‌شود. درواقع، این شواهد، مفاهیم تقصیر و رویکرد خریدارگرا را در هم می‌آمیزد که ما آن را در دعوای املاک رایدر علیه شرکت کلی - اسپرینگفیلد تایر^۷ رد کردیم. این امر برای دعاوی مسئولیت محض مبتنی بر بخش ۴۰۲ الف. مناسب نیست.

1. Bernal v. American Honda Motor Co., 87 Wn.2d 406, 411, 553 P.2d 107 (1976).
2. Estate of Ryder v. Kelly-Springfield Tire Co., 91 Wn.2d 111, 113, 587 P.2d 160, 16 A.L.R.4th 129 (1978).
3. Wiseman v. Goodyear Tire & Rubber Co., 29 Wn. App. 883, 631 P.2d 976 (1981).
4. منظور ایالت واشنگتن است.
5. Estate of Ryder v. Kelly-Springfield Tire Co., 91 Wn.2d 111, 113, 587 P.2d 160, 16 A.L.R.4th 129 (1978).
6. Little v. PPG Indus., Inc., 92 Wn.2d 118, 594 P.2d 911 (1979).
7. Estate of Ryder v. Kelly-Springfield Tire Co., 91 Wn.2d 111, 113, 587 P.2d 160, 16 A.L.R.4th 129 (1978).

در مسئولیت محض، قاعده این است که فروشنده در مقابل استفاده‌کننده یا مصرف‌کننده، مسئول قلمداد شود، حتی اگر تمام مراقبت‌های ممکن را در تهیه و فروش محصول به کار گرفته باشد.

[بنگرید] به دعوای آمر علیه کمپانی فورد موتور، به علاوه شماره ۵۳۱، نقل از اعلامیه دوم مسئولیت مدنی، بخش ۴۰۲ الف، تفسیر شماره ۲.

در مسئولیت محض، خواهان، شرط (خطرناک بودن) یک محصول را که به‌نحو خاصی طراحی یا تولید شده است اثبات می‌کند. در مسئولیت مبتنی بر تقصیر، بحث «اثبات» ناظر است بر متعارف بودن رفتار تولید‌کننده در طراحی و فروش محصول به همان صورت که عمل کرده است. [بنگرید] به دعوای «فیلیپس» علیه کمپانی «ماشین کیم وود». در مسئولیت محض، خواهان، طراحی محصول را همان‌گونه که در محصول نهایی به منصه ظهور رسیده است در نظرمی‌گیرد و نشان می‌دهد که این طراحی هم خطرناک است و هم قرار گرفتن استفاده‌کننده در معرض چنین خطری، غیرمعقول می‌باشد زیرا خواهان در مصرف کردن محصول یا استفاده معمول و بی‌تقصیر از آن، به چنین خطری نمی‌اندیشیده است. [بنگرید] به دعوای «آلر» علیه شرکت تولیدی «راجرز ماخ» (ایالت آیوا ۱۹۷۸).^۳

اگرچه در ایالت «آیوا» خواهان برای دریافت غرامت باید نشان دهد طراحی به‌نحو غیرمتعارفی خطرناک است، اما اصل مطرح شده در دعوای آлер، با اصول مسئولیت محض در این حوزه قضایی مطابقت دارد. خواهان، طراحی محصول را همان‌گونه که در محصول نهایی جلوه‌گر شده مورد توجه قرار می‌دهد و این نشانگر آن است که چنین طراحی‌ای به‌نحو متعارفی نایمén است؛ چراکه خواهان در استفاده معمول و بی‌تقصیر از این محصول یا مصرف آن به چنین خطری نیندیشیده است. مسئولیت تولید‌کننده، بدون توجه به رفتار وی، تنها با لحاظ ویژگی‌های محصولی که تولید کرده است ارزیابی می‌شود و لذا مسئولیت محض بر تقصیر استوار نمی‌گردد. [بنگرید] به دعوای «سی» علیه شرکت «کرایزلر».

1. Phillips v. Kimwood Machine Company, [269 Or. 485, 493-95, 525 P.2d 1033, 1037 (1974)].

2. Aller v. Rodgers Mach. Mfg. Co., 268 N.W.2d 830, 835 (Iowa 1978).

3. Seay v. Chrysler Corp., 93 Wn.2d 319, 328, 609 P.2d 1382, 9 A.L.R.4th 625 (1980).

غیرمتعارف بودن رفتار خوانده در دعاوی مسئولیت محض یک عامل بی ارتباط است. استانداردها و عرف صنعتی که پایه و اساس رفتار خوانده را تشکیل می‌دهد نیز به مسئولیت محض ارتباطی ندارد. این مسئولیت، مبتنی بر یک مفهوم بدون تقصیر است و ارائه شواهدی مبنی بر اینکه دیگر تولیدکنندگان رفتاری مشابه خوانده داشته‌اند نمایانگر مفاهیم مبنی بر تقصیر می‌باشد که با انتظار متعارف مصرف‌کننده عادی، نامرتب و امری است علی‌حده.

نظریه مذبور نباید به این معنا تلقی شود که شواهد مربوط به استاندارد یا عرف صنعتی در یک دعوای مسئولیت محض هرگز قابل پذیرش نیست. اگر خواهان، شواهدی ارائه دهد که موضوع را مبتنی بر عرف صنعتی یا امکان طراحی جایگزین نماید، ملاحظه این شواهد باید مجاز باشد. [بنگرید] به دعاوی «سی‌اف. کانر» علیه شرکت «اسکاگیت»،^۱ دعوای «لامن» علیه شرکت «داگلاس مک دونل»^۲ و نیز دعوای «کانتو» علیه شرکت «جان دریبر»،^۳ اما وقتی که خواهان در دادرسی، دعوا را بر این مبنای طرح می‌کند که یک طراحی خاص باعث رخدادن یک رویداد خاص شده است و ادعا دارد که به لحاظ انتظار متعارف یک مصرف‌کننده عادی درخصوص یک محصول، این طراحی ایمن محسوب نمی‌شود، خوانده نمی‌تواند دلیل اقامه کند که این طراحی با طراحی سایر تولیدکنندگان از منظر عرف صنعتی مطابقت دارد، و به این دلیل که دیگر طراحی‌ها نیز باعث رخدادن رویداد مشابه چنین رخدادی می‌شود، این محصول نیز عرفاً ایمن به شمار می‌آید. اگر محصول به گونه‌ای طراحی شده باشد که عرفاً ایمن نباشد، مسئولیت در پی دارد که خوانده در مقام مسئول باید آن را بپذیرد صرفنظر از اینکه رفتار وی چه میزان متعارف است. [بنگرید] به دعوای «تیگل» علیه کمپانی «فیشر» و «پورتر».^۴ کمپانی فورد موتور به قانون جدید مربوط به مسئولیت ناشی از تولید اشاره نمود که شواهد مربوط به عرف صنعتی را به عاملی که می‌تواند توسط کارشناسان

1. Cf. Connor v. Skagit Corp., 99 Wn.2d 709, 664 P.2d 1208 (1983).

2. Lamon v. McDonnell Douglas Corp., 91 Wn.2d 345, 588 P.2d 1346 (1979).

3. Cantu v. John Deere Co.

4. Teagle v. Fischer & Porter Co., 89 Wn.2d 149, 159, 570 P.2d 438 (1977).

لحاظ شود، تبدیل نموده است. بنگرید به قسمت (۱) ۷.۷۲۰.۵۰ از کد اصلاح شده واشنگتن. علی‌رغم آنکه خوانده می‌پذیرد این مقررات در پرونده حاضر الزام‌آور نیست [بنگرید به قانون ۱۹۸۱]^۱، لیکن آن‌ها استدلال کردند که این قانون، یک حکم مربوط به نظام عمومی را بیان می‌کند که باید راهنمای تنظیم سیاست قضایی قرار گیرد. [بنگرید] به دعوای «ساوت» علیه کمپانی «ای‌بی. شانس».^۲ ما کماکان به حکمی که در دعوای ساوت مقرر شد، پایبند هستیم اگرچه به عدم تناسب این دعوا معتقدیم.

قانون جدید مسئولیت ناشی از تولیدات، اصلاحاتی در حقوق مسئولیت ناشی از تولید در ایالت واشنگتن به وجود آورده است (قسمت (۱) ۷.۷۲۰.۵۰ از کد اصلاح شده واشنگتن). یکی از تغییرات مهمی که توسط مقتن اتخاذ شده، تغییر استاندارد مسئولیت مربوط به طراحی و هشدار/آموزش عیوب بود. مقتن احساس کرد که عوامل تعادل اعلان شده در دعوای «تابرت»^۳ و «تیگل»^۴ به طور ضمنی یک استاندارد تقصیر برای سبب‌های دعوای مسئولیت محض ایجاد کرده است، لذا براساس قانون جدید، استانداردهای تقصیر را به عنوان استاندارد مسئولیت برای طراحی و هشدار/آموزش عیوب پذیرفت. (بنگرید به بندهای «الف» و «ب» از قسمت (۱) ۷.۷۲۰.۵۰ از کد اصلاح شده واشنگتن).^۵ و مطابق این تغییر، قواعدی در زمینه اثبات مقرر نمود که به هیأت‌منصفه اجازه می‌دهد در ارزیابی انجام مراقبت توسط تولیدکننده، بیشترین میزان شواهد را بپذیرد.

با این حال، این تغییر قانون، [آن قسمت از] حقوق مسئولیت ناشی از تولید را که در این دعوا قابل إعمال است شامل نمی‌شود. انجام مراقبت توسط تولیدکننده و عکس آن یعنی تقصیر وی، موضوعاتی نیست که توسط هیأت‌منصفه لحاظ گردد.

1. Laws of 1981, 1st Ex. Sess., ch. 27, § 15, p. 119; Senate Journal, 47th Legislature (1981), at 637.
2. South v. A.B. Chance Co., 96 Wn.2d 439, 441, 635 P.2d 728 (1981).
3. Tabert
4. Teagle
5. RCW 7.72.030(1)(a), (b); see also Senate Journal, 47th Legislature (1981), at 624-25.

همان طور که پیش تر توضیح داده شد، هیأت منصفه بر رفتار تولید کننده تمرکز نمی کند، بلکه تمرکز وی بر محصول است و اینکه آیا از منظر انتظارات یک مصرف کننده معمولی، به نحو متعارفی این می باشد یا خیر.

ما حکم نمودیم که شواهد مربوط به عرف صنعتی در دعاوی، مبتنی بر مسئولیت ناشی از تولید که منشأ دعوا مربوط به قبل از زمان اجرایی شدن «قسمت ۷.۷۲۰.۱۰ و مابعد از کد اصلاح شده واشنگتن» است، همیشه قابل پذیرش نیست.

قضات موافق: ویلیامز، سی، روزلینی، آتر، دور، پیرسون و کانینگهام،^۱ قاضی موقت.

و اما «دیمیک»^۲ مخالفت خود را چنین ابراز و بیان می دارد که مشخص نیست آیا اکثریت قضات به روح سؤال پاسخ داده اند یا خیر. خصوصاً این پرسش که: آیا ویژگی های محصولات مشابه دیگر سازندگان، عوامل مناسبی هستند تا هیأت منصفه در تشخیص این می نسبی محصول سبب حادثه، آنها را لحاظ کند؟ به عبارت دیگر، آیا عرف صنعتی با انتظارات مصرف کننده ارتباط دارد یا خیر؟ آنچه درخصوص مبنای نظریه اکثریت قضات به نظر می رسد این است که شواهد مربوط به مطابقت کالا با عرف صنعتی، به عنوان یک عامل مرتبط با ارزیابی انتظارات متعارف مصرف کننده عادی از این می نسبی محصول «همیشه قابل پذیرش نیست». مفهوم این امر آن است که اگرچه چنین شواهدی دال بر انتظارات مصرف کننده است، اما قابل پذیرش بودن آن منوط به صلاحیت دادگاه می باشد. اگر منظور اغلب قضات بر این بنا استوار باشد من نیز با آنان همداستانم، اگرچه موافق نیستم ارتباط شواهد مربوط به عرف صنعتی، به تصمیمات تاکتیکی^۳ خواهان برای بالا بردن امکان جایگزینی طراحی [محصول موضع دعوا] با یک طراحی احتمالاً این ترا وابسته شود، بلکه به جای آن، عرف صنعتی یک عامل مرتبط به حساب

1. Williams, C.J., Rosellini, Utter, Dore, and Pearson, JJ., and Cunningham, J. Pro Tem.

2. Dimmick, J.

3. معادل فارسی «تاکتیک» عبارت است از «راهبرد».

می آید زیرا به هیأت منصفه در تعیین نسبت میان ضررها و منافع طراحی محصول کمک می کند. اینکه مصرف کننده چه درجه ای از ایمنی را در ارتباط با محصول خاص در نظر دارد، ذاتاً یک تصمیم متعارف محسوب می گردد. برای ارزیابی متعارف بودن، کارشناسان، خصوصیات ایمنی محصول را در مقابل سودمندی آن ارزیابی می کنند لذا من با یافتن شواهد عرف صنعتی مرتبط با انتظارات مصرف کننده، به سؤال فوق الذکر پاسخ می دهم.

اکثریت قضاط این گونه نتیجه گرفته اند که نظام عمومی ابراز شده در بخش ۷.۷۲ از کد اصلاح شده واشنگتن، قانون اصلاح شده ۱۹۸۱ درخصوص مسئولیت مدنی و مسئولیت ناشی از تولید، رهنمودی ارائه نمی دهد که با این نتیجه گیری هم رأی و هماندیش نیستم. قسمت (۱) ۷.۷۲.۰۵۰ از کد اصلاح شده واشنگتن اجازه می دهد کارشناسان، شواهد مربوط به عرف صنعتی مربوط به محصول تولید شده توسط فروشنده را لحاظ کنند.

تصویب قانون درمورد شواهد عرف صنعتی در پرونده های مسئولیت ناشی از تولید، در برخی قسمت ها بر این فرض استوار است که معیار انتظارات مصرف کننده سابقاً توسط این دادگاه در دعواه سیاتل فرست ناتل بانک علیه تابرت^۱ منقح شده است. در این دعوا حکم داده شد که معیار تعادل کاملاً با تجزیه و تحلیل مبنای هزینه / فایده به منظور تعیین تقصیر مرتبط است. (بنگرید به گزارش شماره ۱۷، درخصوص تحول مسئولیت ناشی از تولید و مسئولیت مدنی، کمیته منتخب سناي ایالت واشنگتن (۱۹۸۱))^۲ - من بعد، از «این گزارش» با عنوان «گزارش نهایی» یاد می شود -. در تعریف «به نحو غیر متعارفی غیر ایمن» در پرونده های طراحی محصول، مفزن معنای معیار تعادل را که پیشتر به طور ضمنی در حقوق مسئولیت محض مورد پیروی قرار می گرفت، به طور صريح بیان نمود. (شماره های ۱۷-۱۸ گزارش نهایی). کمیته منتخب سناي ایالت واشنگتن درخصوص تحول مسئولیت ناشی از تولید و مسئولیت مدنی، صراحتاً ابراز عقیده کرد که در تعادل عوامل

1. Seattle-First Nat'l Bank v. Tabert, 86 Wn.2d 145, 542 P.2d 774 (1975).

2. Washington State Senate Select Comm. on Tort & Prod. Liability Reform, Final Report 17 (1981).

مختلف، کارشناسان باید بیشترین میزان از شواهد موجود را در نظر بگیرند. (شماره‌های ۳۹-۴۰ گزارش نهایی). این سیاست قضایی درک مناسبی ایجاد می‌کند خواه مسئولیت ناشی از تولید بر مبنای حقوق پرونده محور^۱ لحاظ شود یا بر پایه قانون جدید. من دلیلی بر اصرار بر بنیادهای مذکور در پرونده‌های سابق نمی‌بینم و اکنون معیار تعادل در پرونده تابرت را رد می‌کنم تا به نتیجه‌ای مخالف با قانون مسئولیت‌ناشی از تولید برسم.

قانون جدید مسئولیت ناشی از تولید، معیار انتظارات مصرف‌کننده را به عنوان یک عامل در تشخیص مسئولیت برای عیب طراحی ابقاء کرد زیرا معتقد بود با معیار تعادل فعل که برای تشخیص اینمی متuarف مورد استفاده قرار می‌گیرد، هماهنگ است. (شماره‌های ۳۵-۳۶ گزارش نهایی). تصمیمات ما از این حکم مقتن حمایت می‌کند. بر اساس دعوای تابرت، تشخیص انتظارات متuarف مصرف‌کننده معمولی، نیازمند تعادل عوامل مختلف نظیر هزینه محصول، شدت آسیب و هزینه و امکان حذف یا کم کردن خطر برای مصرف‌کننده است. بنگرید به دعوای «لامن»^۲ علیه شرکت «مک دونل داگلاس»^۳ و «واگر»^۴ علیه شرکت «فلایت کرافت»^۵ زیرا کارکرد این تعادل، ارزیابی متuarف بودن درجه اینمی محصولی است که به ملکیت استفاده‌کننده عادی درآمده است. این معیار با تحلیل‌های مربوط به تقصیر نیز قابل انطباق می‌باشد. [بنگرید به «بیرندبام»، برداشت نقاب از معیار عیب طراحی: از تقصیر [تا تضمین] تا مسئولیت محض تا تقصیر؛^۶ توجه شود به مسئولیت محض در مسئولیت مدنی: آیا نسبت به عیب طراحی قابل اعمال است؟]^۷ همان‌طور که در دعوای مبتنى بر تقصیر، ذهن هیأت‌منصفه معطوف به تحقیق از متuarف بودن است، فرض می‌شود مصرف‌کننده عادی، اینمی مطلق را انتظار نداشته اما اینمی متuarف مبتنى بر منافعی است که محصول ارائه می‌دهد و آسیب بالقوه‌ای تحمیل

1. Case Law

2. Lamon v. McDonnell Douglas Corp., 91 Wn.2d 345, 588 P.2d 1346 (1979).

3. Wagner v. Flightcraft, Inc., 31 Wn. App. 558, 643 P.2d 906 (1982).

4. Birnbaum, Unmasking the Test for Design Defect: From Negligence [to Warranty] to Strict Liability to Negligence, 33 Vand. L. Rev. 593 (1980).

5. Strict Liability in Tort: Is It Applicable to Design Defect?, 20 Washburn L.J. 600 (1981).

می‌کند. پیش از آنکه تولیدکننده برای آسیبی که سبب شده، مسئول تلقی شود، کار هیأتمنصفه این است که تصمیم بگیرد برای لذت بردن از محصول، پذیرفتن چه درجه‌ای از خطر اجتماعی مناسب است.

در یک پرونده مسئولیت محض، این تعادل میان خطر و سودمندی، مسئولیت محض را به مسئولیت مبتنی بر تقصیر تبدیل نمی‌کند. بنگرید به دعوای «لیتل» علیه شرکت صنعتی «پی پی جی».^۱ براساس نظام حقوقی پرونده محور ما، خواهان در یک دعوای مسئولیت محض مجبور به اثبات ارتکاب هیچ رفتار تقصیرآمیزی از طرف تولیدکننده نیست. تنها تحقیق مقتضی، ارزیابی ارتباط اینمی نسیی محصول با چیزی است که مصرف‌کننده ممکن است بدنحو متعارف انتظار داشته باشد.

ایجاد تعادل توسط هیأتمنصفه میان خطرات و منافع طبیعی مربوط به طراحی مشتمل است بر ارزیابی اینکه آیا بهبود ویژگی‌های اینمی محصول ممکن است و آیا این افزایش اینمی، امری است که مصرف‌کننده معمولی انتظار دستیابی به آن را دارد؟ (البته با لحاظ «هزینه» فراهم آمدن این اینمی اضافی). یک جنبه مهم هزینه برای مصرف‌کننده، ممکن است تأثیر آن اینمی بیشتر بر سودمندی محصول باشد. بنگرید به دعوای شرکت «بوتلاند هوستون» علیه «بیلی».^۲ عرف صنعتی بر این امور دلالت دارد: هزینه و امکان فنی بهبود اینمی، از دست دادن سودمندی برای آنکه اینمی بیشتری حاصل شود و موفقیت نسبی در کاهش آسیب بالقوه. [بنگرید] به دعوای «رید» علیه شرکت «تیغین موتور هومز»^۳ و نیز دعوای «بوتلاند هوستون» علیه «بیلی»،^۴ زیرا استاندارد معیوب بودن محصول، مبتنی بر متعارف بودن طراحی است. عرف صنعتی بر عوامل امکان‌پذیر بودن یک امر که هیأتمنصفه آن‌ها را لحاظ می‌کند، تأثیر می‌گذارد.

با این حال، شواهد مربوط به مطابقت با عرف صنعتی نباید یک دفاع قاطع محسوب شود. استانداردهای صنعتی تنها توافق صنعتی بر تعادل مناسب میان

1. See Little v. PPG Indus., Inc., 92 Wn.2d 118, 122, 594 P.2d 911 (1979).

2. Boatland of Houston, Inc. v. Bailey, 609 S.W.2d 743 (Tex. 1980).

3. Reed v. Tiffin Motor Homes, Inc., 697 F.2d 1192 (4th Cir.1982).

4. Boatland of Houston, Inc. v. Bailey.

جنبه‌های مفید و آسیب بالقوه در طراحی است. هیأت‌منصفه کماکان آزاد است تعادل را رد کند و تمام محصولات صنعتی را غیرایمن تشخیص دهد. برای ملاحظه نظر موافق [بنگرید] به دعوای «بک» علیه شرکت «ویکس»^۱ و دعوای «تیلت» علیه «سپریز» «روبک»^۲.

معیار انتظارات مصرف‌کننده، به‌گونه‌ای که با خطر غیرمتعارف ملازمه داشته باشد، از سوی برخی نویسندها حقوقی مورد انتقاد قرار گرفته است زیرا این معیار، استانداردهای تولید را ضعیف نگه می‌دارد.^۳ مفاد این نظریه آن است که طراحی «خطرناک» فرآگیر، توسط مصرف‌کننده «پیش‌بینی» شده است، به همین دلیل نمی‌توان آن را به‌نحوی غیرمتعارف، خطرناک دانست. بنا به دیدگاه انتقادی، بی‌عدالتی معیار انتظار مصرف‌کننده این است که تنها این امر را جویا می‌شود که: آیا مصرف‌کننده معمولی این خسارت را لاحظ کرده است یا خیر؟ از آنجاکه منفعت محصول با این «عیب» از هزینه‌های فراهم کردن یک محصول ایمن‌تر کمتر است، بهتر است تحقیق شود که: آیا ریسک خسارت، بزرگ‌تر از چیزی است که مصرف‌کننده معمولی مایل است آن را تحمل کند؟ مطابق این استاندارد، فرآگیر بودن طراحی معیوب، تعیین‌کننده نتیجه نخواهد بود. هیأت‌منصفه سنگینی خسارت و جنبه‌های سودمند را در نظرمی‌گیرد و هر طراحی‌ای را که ریسک غیرمتعارف به بار می‌آورد - ولو معمول باشد - رد می‌کند.

حتی اگر پیشنهاد اکثریت قضاط مبنی بر اینکه تنها خواهان با مبتنی کردن دعوا بر نظریه امکان‌پذیر بودن می‌تواند به عرف صنعتی مرتبط تمسک نماید پذیرفته شود، این دعوا با این معیار در تعارض است. خواهان (لندهارت) اذعان می‌کند که تغییرات ارزان‌قیمت طراحی، نقص سیستم انتقال نیرو را اصلاح می‌نماید. اساساً خواهان مدعی است که طراحی یک سیستم انتقال نیروی ایمن‌تر امکان‌پذیر است. هیأت‌منصفه می‌تواند این ادعا را ارزیابی، و اظهارات طرفین دعوا را

1. Back v. Wickes Corp., 375 Mass. 633, 378 N.E.2d 964 (1978).

2. Thibault v. Sears, Roebuck & Co., 118 N.H. 802, 395 A.2d 843 (1978).

3. See, e.g., J. Beasley, Products Liability and the Unreasonably Dangerous Requirement 399 (1981).

استماع نماید و تأثیر ادعای امکان‌پذیر بودن را بر مسئله نهایی (اینکه آیا محصول به‌نحو غیرمتعارفی نایمن طراحی شده است؟) بسنجد.
من حکم می‌دهم که عرف صنعتی دال^۱ بر این‌نی^۲ متعارف است و لذا با انتظارات مصرف‌کننده عادی مرتبط می‌باشد.
«دولیور»^۱ موافق با «دیمیک» است.^۲

1. Dolliver, J.
2. Dimmick, J.

تهاافت رویه قضایی محاکم کیفری استان تهران درخصوص اعتبار رأی وحدت رویه شماره ۶۳۳

سیدمهدي کاظمي*

به موجب رأی وحدت رویه شماره ۶۳۳ هیأت عمومی دیوان عالی کشور مورخ ۱۴/۰۲/۱۳۷۸، امتناع زوج از پرداخت نفقة زوجه‌ای که در حق حبس به سرمی‌برد، دارای وصف کیفری نیست. به عبارت دیگر، برای تحقق بزه ترک انفاق، احراز تمکین زوجه شرط است و مشروع یا نامشروع بودن عدم تمکین تأثیری در تحقق جرم ندارد. با تصویب قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱، تبصره ماده ۵۳ این قانون، خودداری از پرداخت نفقة زوجه‌ای را که قانوناً مجاز به عدم تمکین است موجب تحقق بزه ترک انفاق دانسته. بنابراین، ظاهراً تبصره اخیر التصویب با رأی وحدت رویه شماره ۶۳۳ مغایر است که رویه قضایی محاکم کیفری استان تهران درخصوص نسخ یا عدم نسخ رأی وحدت رویه مذبور، آراء متهافتی صادر نموده‌اند. در ذیل به برخی از این آراء اشاره می‌شود:

الف. آرایی که با اعتقاد به نسخ رأی وحدت رویه، حکم به محکومیت زوج صادر کرده‌اند:

۱. دادنامه شماره ۱۷۳۷ مورخ ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۴۲۰/۱۹ صادره از

شعبه ۴۲ دادگاه تجدیدنظر استان تهران، به استناد تبصره ماده ۵۳ قانون

حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱ و با تصریح به نسخ رأی وحدت رویه شماره

۶۳۳، تجدیدنظرخواهی زوج را مردود دانسته است.^۱

*کارشناس ارشد حقوق خانواده از پژوهشکده دانشگاه شهید بهشتی و کارآموز قضایی

seyedbox@gmail.com

۱. درخصوص تجدیدنظرخواهی آقای م.ت. با وکالت آقایان ع.ش. و م.ف. به طرفیت تجدیدنظرخوانده خانم

م.الف. نسبت به دادنامه ۱۱۹۵ مورخ ۹۲/۱۰/۳۰ صادره از شعبه ۱۱۳۱ دادگاه عمومی جزایی تهران که



۲. شعبه ۳۶ دیوان عالی کشور در دادنامه شماره ۹۳۰۹۹۷۰۹۲۵۱۰۲۲۴۷ مورخ ۱۳۹۳/۰۷/۲۹، اعاده دادرسی زوج نسبت به محکومیت به بزه ترک

اتفاق را به استناد تبصره ماده ۵۳ قانون حمایت خانواده نپذیرفته است.^۱

ب. آرایی که با اعتقاد به اعتبار رأی وحدت رویه مزبور، عدم تمکین زوجه به استناد حق حبس را موجب تحقق جرم ترک اتفاق نمی‌دانند:

۱. دادنامه شماره ۱۴۵۴ مورخ ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۵۰۰۱۴۵۴ صادره از

شعبه ۱۱۷۷ دادگاه عمومی جزایی تهران، به استناد رأی وحدت رویه شماره ۶۳۳ هیأت عمومی دیوان عالی کشور و با تصریح به اینکه رأی مزبور مغایرتی با تبصره ماده ۵۳ قانون حمایت خانواده ندارد، حکم

به برائت زوج از اتهام ترک اتفاق صادر نموده است.^۲

به موجب آن تجدیدنظرخواه به خاطر ترک نفقة زوجه به تحمل شش ماه حبس تعزیری محکوم شده است، با توجه به اینکه مطابق تبصره ماده ۵۳ قانون حمایت خانواده مصوب ۹۱/۱۲/۹ چنانچه زوجه به موجب قانون مجاز به عدم تمکین باشد که در مانحن‌فیه از اختیار مندرج در ماده ۱۰۸۵ قانون مدنی استفاده نموده است امتناع از پرداخت نفقة موجب تعقیب کیفری زوج خواهد بود که با تصویب قانون مزبور رأی وحدت رویه شماره ۱۳۷۸/۲/۱۴-۶۳۳ هیأت عمومی دیوان عالی کشور نسخ گردیده است، لذا تجدیدنظرخواهی انتطباقی با جهات تجدیدنظر مندرج در ماده ۲۴۰ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری نداشتند این بند الف ماده ۲۵۷ قانون مارالذکر اعتراض را مردود دانسته چون متهمن فاقد ساقه کیفری است دادگاه شش ماه حبس او را به پنج میلیون ریال جزای نقدی در حق صندوق دولت تبدیل می‌نماید و مستنداً به تبصره ۲۲ قانون اصلاح تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب دادنامه معترض عنه را با اعمال تخفیف به شرح مذکور تأیید می‌نماید. رأی صادره قطعی است».

۱. «با توجه به نسخ ماده ۶۴۲ قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۵ و رأی وحدت رویه شماره ۷۸/۰۲/۱۴-۶۳۳ هیأت عمومی دیوان عالی کشور با تصویب تبصره ماده ۵۳ قانون حمایت خانواده ۱۳۹۱ در مواردی که زوجه از حق حبس موضوع ماده ۱۰۸۵ قانون مدنی نبیز استفاده می‌نماید علی‌رغم عدم تمکین زوجه جرم ترک اتفاق در صورت وجود شرایط قانونی اتفاق می‌افتد بنابراین درخواست اعاده دادرسی آقای ح با استناد به عدم تمکین زوجه و عرف جامعه قابل انتطباق با موارد اعاده دادرسی و شقوق ماده ۲۷۲ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری نمی‌باشد و رد می‌شود».

۲. «دادسرای ناحیه ۵ تهران علیه آقای ق.ر. به اتهام ترک اتفاق کیفرخواست صادر نموده است (ص. ۳۰). هرچند دادستان براساس ماده ۵۳ قانون حمایت خانواده تقاضای کیفر نموده است وکیل زوجه در جلسه محکمه اظهار نموده که موکلش از حق حبس خود استفاده می‌کند. استفاده از این حق به موجب رأی

۲. دادنامه شماره ۱۶۹۸ مورخ ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۳۴۰ شعبه ۱۲/۱۲/۱۳۹۳ دادگاه عمومی جزایی تهران، مطلق تمکین زوجه را صرفنظر از اینکه در

حق حبس باشد یا خیر، برای تحقق بزه ترک اتفاق شرط دانسته است و به استناد اینکه زوجه در حق حبس بوده است، حکم به برائت زوج صادر نموده است. این رأی در دادگاه تجدیدنظر استان تهران تأیید شده است.^۱

۳. شعبه ۵۶ دادگاه تجدیدنظر استان تهران در دادنامه شماره

۹۳۰۹۹۷۰۲۷۰۱۰۰۵۲۷ مورخ ۱۳۹۳/۰۵/۲۲، با توصل به رأی وحدت رویه شماره ۶۳۳ هیأت عمومی دیوان عالی کشور، رأی دادگاه بدوى را که به استناد تبصره ماده ۵۳ قانون حمایت خانواده صادر شده است نقض، و حکم بر بی‌گناهی تجدیدنظر خواه (زوج) صادر نموده است.^۲

وحدت رویه شماره ۶۳۳ هیأت عمومی دیوان عالی کشور، مسقط وصف کیفری ترک اتفاق است و تبصره ماده ۵۳ قانون حمایت از خانواده معارض آن نیست. بنابراین، دادگاه به استناد بند الف ماده ۱۷۷ قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور کیفری حکم بر برائت متهم از اتهام ترک اتفاق صادر می‌نماید. رأی صادره ظرف ۲۰ روز از تاریخ ابلاغ، قابل تجدیدنظر در دادگاه تجدیدنظر استان تهران است».



۱. «درخصوص شکایت خانم م. علیه آقای م.ف. آزاد با معروفی وکیل، دایر بر ترک نفعه زوجه، موضوع کیفرخواست صادره به شماره ۹۳۰۲۵۶۵ مورخ ۹۳۰۲۳۰ از دادسرای عمومی و انقلاب ناحیه ۱۴ تهران؛ نظر به شکایت شاکیه در جلسه رسیدگی مبنی بر عدم تمکین از متهم به علت حق حبس و عدم تمايل به تمکین تا تحقق شرایط خواسته شده از ایشان صرفنظر از اینکه اعمال حق حبس مانع استحقاقی مشاّر[یها] از نفعه نمی‌باشد، لیکن از حیث کیفری تمکین زوجه از زوج از شرایط تحقق بزه مذکور بوده که با وصف گفته شده به لحاظ عدم تمکین، عمل انتسابی به وی جرم نبوده، لهذا دادگاه مستنداً به بند الف ماده ۱۷۷ قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور کیفری رأی به برائت نامبرده صادر و اعلام می‌نماید. رأی صادره، حضوری ظرف بیست روز پس از ابلاغ، قابل تجدیدنظر خواهی در محاکم تجدیدنظر استان تهران است».

۲. «در این پرونده آقای م.پ. و خانم س.ی. به وکالت از آقای ر.پ. از دادنامه شماره ۱۰۴ مورخ ۹۳۰۰۱۵ شعبه ۱۰۴ دادگاه عمومی جزایی بهارستان که در مقام واخواهی از دادنامه غیایی شماره ۹۳۰۰۰۱ مورخ ۹۳۰۰۱۰۶ همان شعبه صادر شده و منتهی به دادنامه اصلاحی شماره ۰۰۲۰۰ مورخ ۹۳۰۰۳۰۷ گردیده تجدیدنظرخواهی کرده‌اند. بهموجب دادنامه موضوع به لحاظ اتهام ترک اتفاق موضوع شکایت خانم ل.ع. و عنایت به اینکه زوجه (تجددنظرخوانده) باکره بوده و مهریه وی عنده مطالبه و تمکین وی مشروط به پرداخت مهریه می‌باشد حکم به محکومیت تجدیدنظرخواه به تحمل نود و یک روز

← حبس صادر شده است. دادگاه با توجه به بررسی اوراق و مستندات پرونده دادنامه تجدیدنظرخواسته مخدوش و مقتصی نقض است زیرا گرچه مطابق ماده ۱۰۸۵ قانون مدنی مادام که مهریه زوجه تسلیم نشده در صورت حال بودن مهر، زن می‌تواند از ایفای وظایفی که در مقابل شوهر دارد امتناع کند و این امتناع مسقط حق نفقة نخواهد بود لکن مقررات این ماده صرفاً به رابطه حقوقی زوجه و عدم سقوط حق مطالبه نفقة زن مربوط است و از نقطه‌نظر جزایی با لحاظ مدلول ماده ۵۳ قانون حمایت خانواده که به موجب آن حکم به مجازات شوهر به علت امتناع از تأديه نفقة زن به تمکین زن منوط شده است و با وصف امتناع زوجه از تمکین ولو به اعتذار استفاده از اختیار حاصله از مقررات ماده ۱۰۸۵ قانون مدنی حکم به مجازات شوهر نخواهد شد و رأی وحدت‌رویه ۶۳۳ مورخ ۷۸/۰۲/۱۴ هیأت عمومی دیوان عالی کشور نیز مؤید همین امر است درخواست تجدیدنظر با بند ب ماده ۲۴۰ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری انطباق دارد، لذا به استناد شق ۱ بند ب ماده ۲۵۷ قانون مرقوم ضمن نقض دادنامه تجدیدنظرخواسته با رعایت بند الف ماده ۱۷۷ قانون یادشده، حکم به برائت تجدیدنظرخواز از اتهام یادشده صادر و اعلام می‌شود. این رأی، قطعی است».

گزارش نشست نقد رأی: زمان خروج فرزند از حضانت والدین (بلغه یا رشد)

*پژوهشگاه قوه قضائيه

مقدمه

شصتمین جلسه نقد رأی دادگاه‌های تجدیدنظر استان تهران در تاریخ ۱۳ تیرماه ۱۳۹۶ در سالن «ولایت» آن دادگاه با حضور خانم عارفه مدنی و آفایان قیصری، زاهدیان، بهلولی، کیاستی، آژیده، حیدری (مستشاران دادگاه تجدیدنظر)، اهوارکی (معاون قضایی رئیس کل دادگستری و جانشین سرپرست دادگاه‌های تجدیدنظر استان تهران)، توکلی (رئیس شعبه ۲۸ دادگاه تجدیدنظر)، شریعتی (رئیس شعبه ۳۱ دادگاه تجدیدنظر) و شفیعی خورشیدی (رئیس شعبه ۳۹ دادگاه تجدیدنظر) برگزار گردید.

در آغاز نشست آقای اهوارکی به طرح بحث در این خصوص پرداختند: «اهمیت موضوع جلسه حاضر به اهمیت موضوع خانواده و جایگاه والای آن بازمی‌گردد و بحث «حضانت» از جمله موضوعات مهم و درخور توجهی است که در دادگاه خانواده رسیدگی می‌شود. اختلاف‌نظر میان شعبه ۲۴ و ۴۵ بر سر آن است که شعبه ۲۴ دادگاه تجدیدنظر در رأی خود، طفل به بلوغ رسیده را خارج از حضانت والدین می‌داند و اینکه نزد پدر یا مادر یا شخص ثالث زندگی کند بسته به تصمیم‌گیری وی (طفل) است به طوری که حتی دادگاه حق اظهارنظر درمورد حضانت و نیز ورود به آن را ندارد. در پرونده مورد رسیدگی در شعبه ۴۵ دادگاه تجدیدنظر، دادگاه بدوى درخصوص دعوای مادر طفل غیرشید - دختر یازده ساله - اظهارنظر می‌کند و ایراد وکیل خوانده را نسبت به سمت خواهان با این توضیح که

*نهیه شده توسط آقای مهدی کارچانی، پژوهشگر پژوهشگاه حقوق خصوصی پژوهشگاه قوه قضائيه



طفل با سن بیش از نه سال، بالغ است و مادر سمتی برای نگهداری و حضانت او ندارد، رد می‌کند با این استدلال که علاوه بر بلوغ، سن رشد طفل هم باید درنظر گرفته شود تا از حضانت والدین خارج گردد. شعبه ۴۵ دادگاه تجدیدنظر رأی صادره از مرجع بدوى را عیناً تأیید می‌نماید».

آراء دادگاه‌ها

رأی شماره یک

مشخصات رأی

شماره دادنامه نهايى: ۰۲۷۴ ۰۲۲۴۰۰۹۹۷۰۹۲۰

تاریخ صدور رأی: ۱۳۹۲/۲/۳۱

رأی دادگاه بدوى

درخصوص دادخواست خانم ف.الف. به طرفیت آقای م.م. با وکالت خانم ر.م.، به خواسته حضانت فرزند مشترک به نام م.؛ دادگاه از توجه به اینکه فرزند مشترک بیش از ۹ سال قمری سن دارد و در سنی است که حق انتخاب با خودش بوده و با توجه به اینکه فرزند مشترک با حضور در دادگاه اعلام نموده تمایل دارد نزد مادرش بماند لذا دادگاه خواسته خواهان را موجه دانسته و به استناد ماده ۴۱ قانون حمایت خانواده مصوب ۹۱/۱۲/۱، حکم به حضانت فرزند مشترک به نام م. به مادرش، صادر و اعلان می‌گردد. رأی صادره، حضوری و ظرف بیست روز پس از ابلاغ، قابل تجدیدنظرخواهی در محاکم تجدیدنظر استان تهران است.

رئيس شعبه ۲۸۴ دادگاه عمومی حقوقی تهران (خانواده)

رأی دادگاه تجدیدنظر

درخصوص تجدیدنظرخواهی آقای م.م. با وکالت ر.م. بطرفیت ف.الف. نسبت به دادنامه شماره ۰۲۷۴ مورخ ۱۳۹۲/۲/۳۱ شعبه محترم ۲۸۴ کلاسه ۱۲۰ مبنی بر صدور حکم، و اگذاری حضانت فرزند مشترک به همسر وارد است زیرا با توجه به محتويات پرونده و ملاحظه لواح طرفين رأی صادره دادگاه بدوى مقررات مربوطه صادر نگردیده است زیرا فرزند مشترک ده ساله بوده و با توجه به اینکه دختر می‌باشد از سن حضانت پدر و مادر خارج است و به استناد ماده ۱۲۱۰ قانون مدنی خود در این‌گونه موارد می‌تواند تصمیم بگیرد که نزد مادر زندگی کند یا نزد پدر. با وصف

مذکور دادگاه نمی‌تواند نسبت به موضوع حضانت اتخاذ تصمیم کند لذا این دادگاه با عنایت به مراتب مذکور به استناد ماده ۳۵۸ قانون آیین دادرسی رأی صادره دادگاه بدروی را نقض کرده و به استناد ماده ۱۲۱۰ ناظر به ماده ۱۲۵۷ قانون مدنی، حکم به رد دعوی خواهان، واگذاری حضانت فرزند مشترک صادر می‌گردد. رأی صادره، قطعی است.

رئيس شعبه ۲۴ دادگاه تجدیدنظر استان تهران - مستشار دادگاه

رأی شماره دو

مشخصات رأی

شماره دادنامه نهايى: ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۴۵۰۰۴۶۰

تاریخ صدور رأی: ۱۳۹۲/۰۳/۲۷

رأی دادگاه بدروی

دادخواست خواهان خانم ف.ه. - با وکالت آقای م.ز. به طرفیت آقای ق.ا.س.، به خواسته افزایش نفقة فرزند مشترک به نام «پدیده»، طبق نظریه کارشناسی و مطالبه اجرت نگهداری فرزند مشترک از تاریخ ۸۷/۴/۳۰ تا زمان صدور حکم از قرار ماهیانه ۱/۵۰۰/۰۰۰ ریال به شرح مندرجات دادخواست تقدیمی است. دادگاه با توجه به مندرجات دادخواست تقدیمی و اظهارات وکیل خواهان در دادگاه و عدم حضور خوانده علی‌رغم ابلاغ قانونی و سایر محتویان پرونده و با توجه به میزان تورم موجود، دادگاه خواسته خواهان را ثابت تشخیص داده و مستنداً به ماده ۱۱۹۹ از قانون مدنی و طبق نظریه کارشناسی خوانده را از تاریخ تقدیم دادخواست ۹۰/۱۲/۲۳ لغایت صدور حکم ملزم به پرداخت ماهیانه ۰/۵۰۰/۰۰۰ ۲/۵ ریال در حق خواهان می‌نماید و از بابت اجرت نگهداری فرزند مشترک نیز از تاریخ ۸۷/۴/۳۰ لغایت صدور حکم مستنداً به ماده ۳۳۶ از قانون مدنی به پرداخت ۱/۵۰۰/۰۰۰ ریال توسط خوانده در حق خواهان محکوم می‌نماید. رأی صادره ظرف ۲۰ روز قابل واخواهی در این شعبه و ظرف ۲۰ روز قابل اعتراض در مرجع تجدیدنظر است.

رئيس شعبه ۲۶۳ دادگاه خانواده تهران

رأی دادگاه بدروی (واخواهی)

درخصوص دادخواست آقای ق.ا.س. با وکالت آقای ه.م. و ر.ک. بطرفیت خانم ف.ه.، با وکالت آقای م.ز.، بخواسته واخواهی نسبت به دادنامه ۹۱۰۹۹۷۰۲۱۶۳۰۰۵۹۳ موضوع پرونده کلاسه ۰۱۶۰۷، خلاصه اظهارات واخواه این است: با توجه به اینکه سن

فرزند مشترک دختر از ۹ سال قمری گذشته و از حضانت خارج شده است مادرش (واخوانده) سمتی برای تقدیم دادخواست نفقة فرزند ندارد و از طرفی اجرت نگهداری فرزند در صورتی تعلق می‌گیرد که واخواه از واخوانده خواسته باشد که فرزند مشترک را نگهداری کند در حالی که چنین تقاضایی نبوده، بلکه خود واخواه خواستار نگهداری فرزندش بوده و هست. وکیل واخوانده اظهار داشته با توجه به خروج فرزند از سن حضانت، نگهداری مادر نسبت به فرزند مشترک تکلیف او نبوده و بلحاظ اینکه فرزند تمایل دارد با مادرش زندگی کند مادر می‌تواند اجرت نگهداری را مطالبه نماید، دادگاه با توجه به جامع محتویات پرونده و اظهارات طرفیت و با عنایت به اینکه طبق ماده ۱۱۶۸ نگهداری اطفال، هم حق و هم تکلیف ابوبن است و درخصوص خروج از حضانت، قانون مدنی ماده صریحی ندارد. گرچه با توجه به تبصره ۱۲۱۰ که سن بلوغ در پسر پانزده سال تمام قمری و در دختر ۹ سال تمام قمری است استنبساط می‌شود که طفل کسی است که به سن بلوغ نرسیده باشد و حضانت نیز درخصوص اطفال است نتیجه گرفته می‌شود که خروج از حضانت با بلوغ محقق می‌شود لکن با توجه به مسئله ۱۸، القول فی احکام الولد هو ما يلحق بها، کتاب النکاح تحریر/الوسیله حضرت امام خمینی (ره) که می‌فرماید: «تنتهی الحضانة ببلوغ الولد رشیداً، فإذا بلغ رشیداً ليس لاحظ حق الحضانة عليه الا بوبن، بل هو مالك لنفسه ذكرأً كان أو انشى» خروج از حضانت علاوه بر بلوغ، متوقف بر رشد فرزند هم می‌باشد لذا ایراد عدم سمت بر خواهان اصلی وارد نیست و مادر می‌تواند نفقة فرزندش را که در حضانت اوست مطالبه نماید و افزایش آن را بخواهد اما تقاضای اجرت نگهداری فرزند مشترک با توجه به توضیحات فوق بلحاظ اینکه حضانت، تکلیف اوست و بعلاوه، پدر دستوری برای نگهداری فرزند به مادر نداده است موردي ندارد. بنابراین، رأى صادره در دادنامه واخواسته در قسمت مربوط به افزایش نفقة فرزند عیناً تأیید و در قسمت مربوط به اجرت نگهداری فرزند نقض می‌گردد. این رأى، حضوری و ظرف ۲۰ روز پس از ابلاغ، قبل تجدیدنظرخواهی در دادگاه تجدیدنظر استان تهران می‌باشد.

رئیس شعبه ۲۶۳ دادگاه خانواده تهران

رأى دادگاه تجدیدنظر

درخصوص تجدیدنظرخواهی خانم ف.ه. بطرفيت آقالی ق.ا.س. از دادنامه شماره ۳۰۱۰۲ مورخه ۱۳۹۱/۱۲/۱۹ شعبه محترم ۲۶۳ دادگاه خانواده ۲ تهران که به موجب آن، حکم به افزایش نفقة فرزند به نام «پدیده»، متولد ۱۳۷۸/۳/۲۶ شمسی ضمن تأیید این قسمت از دادنامه واخواسته به شماره ۳۰۰۵۹۳ مورخ ۱۳۹۱/۴/۲۵ و از تاریخ تقدیم دادخواست که ۱۳۹۰/۱۲/۲۳ بوده است صادر گردیده و همچنین قسمت دوم دادنامه واخواسته دایر بر تعیین اجرت نگهداری طفل مورد نظر از قرار ماهیانه یکصد و پنجاه هزار

تومان پس از رسیدگی واخواهی، نقض و به شرح استدلال به عمل آمده از سوی دادگاه بدovی در این مورد صادر گردیده که مورد تجدیدنظرخواهی خواهان واقع شده است وارد نمی باشد زیرا این رأی براساس مقررات و موازین قانونی صادر شده و ابرادی از حیث ماهوی یا شکلی به آن وارد نیست و استدلال محکمه محترم بدovی و نیز مستندات آن صحیح می باشد و تجدیدنظرخواه دلیل یا دلایلی که موجبات نقض و یا اعتباری دادنامه را فراهم نماید ارائه ننموده لذا بنا به مراتب دادگاه مستندآ به قسمت اخیر ماده ۳۵۸ قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹/۱/۲۱ ضمن رد اعتراضی معتبر، دادنامه معترض‌نه را عیناً تأیید می نماید. رأی دادگاه به موجب ماده ۳۶۵ قانون فوق الذکر قطعی است.

رئيس شعبه ۴۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران - مستشار دادگاه

نظرات حضار در جلسه نقد رأی

آقای حیدری

برای دفاع از رأی بدovی (شعبه ۲۶۳ دادگاه خاتوناده) - که در مقام صدور آن بوده‌ام - بیان نکاتی چند را بر خود لازم می‌دانم:

نکته نخست: اینکه «خروج از حضانت منوط به بلوغ باشد» صراحتاً در هیچ ماده قانون مدنی ذکر نشده، لذا قانون مدنی از این دید ساكت است اما برخی از حقوق‌دانان این امر را مستنبط از قانون مدنی می‌دانند با این استدلال که لفظ «طفل» در ماده ۱۱۶۸ که نگهداری اطفال، تکلیف و حق ابوین است، ناظر به حفظ و مراقبت از طفل می‌باشد که به معنای «غيربالغ» تعبیر شده و نیز تبصره ماده ۱۲۱۷ قانون مدنی که بلوغ دختران و پسران به ترتیب ۹ و ۱۵ سال کامل قمری است استنتاج آنان را مبنی‌بایب ملازمه عقلی به مقوله خروج از حضانت در عین بلوغ، سوق می‌دهد. شاید بتوان گفت در موقع سکوت قانون مدنی باید به منابع معتبر فقهی رجوع نمود. بنابراین، با وجود قانون نمی‌توان به منابع فقهی مراجعه کرد.

نکته دوم: اینکه واژه «طفل» لزوماً به معنای «غيربالغ» نیست چراکه در مقابل مفهوم و کلمه «بالغ»، کلمه «صغریّ» نمود و برجسته می‌شود؛ چنانکه طبق ماده ۱۱۸۰ قانون مدنی، «طفل صغیر تحت ولایت قهری پدر و جد پدری خود می‌باشد و همچنین است طفل غیررشید یا مجنون در صورتی که عدم رشد یا جنون

او متصل به صغر باشد». درست است که در ماده مزبور از تعابیر «طفل صغیر» و «طفل غیرشید» استفاده شده ولیکن مستفاد و مستنبط از این تعابیر، طفل می‌تواند بالغ اما غیرشید باشد. بنابراین لزوماً طفل به معنای «صغری» و یا به تعابیری به معنای «غیربالغ» نیست.

نکته سوم: این است که ظاهراً شاید تمامی فقهاء عظام برای خروج از حضانت علاوه بر بلوغ، رشد را نیز لازم بدانند؛ چنانکه در تحریر^{۱۰}/الوسیله حضرت امام (ره) بدین امر تصریح شده است.

نکته چهارم: در تحلیل ماده ۱۱۶۸ قانون مدنی که نگهداری اطفال، هم حق ابیین است و هم تکلیف، نکته‌ای است که غالباً مورد غفلت قرار می‌گیرد. باید توجه داشت که اطراف این حق و تکلیف، وضعیتی است سه ضلعی یا دلتاگونه؛ به این معنا که هریک از ابیین نسبت به یکدیگر، حق حضانت طفل خود را دارند و هرگاه در این مورد (حضانت طفل) اختلاف داشته باشند طبق ماده مزبور درصورت جدایی والدین از یکدیگر، مادر در حضانت فرزند تا سن هفت سالگی اولویت دارد سپس این حضانت از آن پدر است، اما در ماده یادشده تکلیف والدین درخصوص حضانت طفل، نسبت به یکدیگر نیست بلکه نسبت به طفل می‌باشد. اینجاست که «حضورت» به عنوان حق طفل نمود می‌باشد و منجر به تعییر «وضعیت سه ضلعی» می‌گردد. به نظر می‌رسد موضوع حضانت در ارتباط با والدین نسبت به یکدیگر «حق» است و نسبت به طفل «تکلیفی» است که بهموجب حکم بر عهده والدین مستقر می‌شود نه بهواسطه حقی که طفل دارد، زیرا پیرامون این مسئله که آیا حضانت، تکلیف است یا حکم، میان فقهاء اختلاف نظر هست لذا از این حیث آثار و بازتاب متفاوتی در پی خواهد داشت.

نکته پنجم: بنا به استنتاج از نکات فوق‌الذکر، عبارت «خروج از حضانت» ناظر به قسمت تکلیفی حضانت است و اینکه فقهاء علاوه بر بلوغ رشد را در خروج از حضانت لازم دانستند به این معناست که صرف بلوغ طفل، تکلیف والدین به حضانت او را ساقط نمی‌کند و این تکلیف تا زمان رشید شدن وی ادامه می‌یابد.

نکته ششم و پایانی: اینکه اگر خروج از حضانت را بهواسطه بلوغ بدانیم و رشد را بی‌اعتبار، منجر به توالی فالده می‌گردد. برای مثال، پدر و مادر می‌توانند

دختربچه‌ای را که به نُسال قمری رسیده (هشت سال و هشت ماه شمسی) رها کنند مبنی بر اینکه تکلیف به حضانت او تا زمان بلوغ است و بعد از آن، تکلیفی متوجه آنان نیست. تالی فاسد دیگر آن است که این فرزند دختر، پرچم استقلال به دست گرفته، با ترک خانه، از حاکمیت خانواده و والدین خود خارج می‌شود و چون با خروج از حضانت، کسی حتی والدین بر او حقی ندارند که این امر توالی فاسده را هم مستلزم است.

خانم عارفه مدنی

موضوع پایان حضانت طفل و تعیین زمان اتمام آن و استقلال فرزند مبحثی است که مورد توجه غالب حقوقدانان قرار گرفته است. بهنظر می‌رسد مطابق ماده ۱۱۶۸ قانون مدنی - که نگاهداری اطفال را هم حق و هم تکلیف والدین اعلام کرده - پایان حضانت از این لحاظ که قانونگذار تعریفی از طفل ننموده است می‌توان طفل را مترادف با «صغری» دانست. با اینکه در هیچ‌یک از متون قانونی ایران تعریفی از «طفل» نشده است لکن با دقت نظر در مقررات حق و قیومیت می‌توان طفل را شخصی دانست که دوران صغر را می‌گذراند. بدین جهت با آغاز بلوغ جسمانی یا رسیدن به سن معینی در قانون می‌توان خاتمه حضانت را نتیجه گرفت و نظر به اینکه سن بلوغ در قانون مدنی ۹ سال تمام قمری برای دختران و ۱۵ سال تمام قمری برای پسران تعریف شده است بعد از این سنین، طفولیت منقضی می‌گردد. قابل ذکر است که نظر مشهور فقهاء و همچنین رویه اکثر دادگاه‌های خانواده نیز بر همین منوال است؛ چنانکه رأی وحدت رویه شماره ۵۱۸ مورخ ۱۱/۱۸/۶۷ در ذیل بر این نظریه صحه می‌گذارد:

«سمت ولایت قهری پدر نسبت به فرزند در ماده ۱۱۸۰ قانون مدنی تصریح شده که تا رسیدن به سن بلوغ ادامه می‌یابد. سند سجلی هم در اثبات بلوغ طریقیت دارد لذا چنانچه سند سجلی، حکایت از بلوغ داشته باشد اما ولی قهری مدعی نرسیدن به سن بلوغ باشد و اصلاح تاریخ را بخواهد قبول دادخواست ولی قهری در رسیدگی به دعوا منعی ندارد.»

بنابراین، پایان حضانت همانا آغاز سن بلوغ و نه رشد می‌باشد.

آفای قیصری

قانونگذار در مواد ۱۲۰۹ و ۱۲۱۰ قانون مدنی سن هجده سال را به عنوان اماره رشد قرار داده بود ولی با حذف و ترجیم ماده ۱۲۰۹ و اصلاح ماده ۱۲۱۰ اماره رشد را از مجموع قوانین حذف کرد. به موجب ماده ۱۲۱۰ طفل با رسیدن به سن بلوغ «رشید» محسوب می‌شود و در این ماده قانونگذار بلوغ را دلیل رشد قرار داده است؛ یعنی اگر پسر به سن ۱۵ سال قمری و دختر به سن ۹ سال قمری رسید، مفنن آنان را رشید به شمار می‌آورد. و در تبصره ۲ این ماده (۱۲۱۰)، در خصوص امور مالی احراز رشد را لازم می‌داند. در این تبصره، رأی وحدت رویه‌ای هست که احراز رشد را فقط در امور مالی ضروری می‌داند و در رأی وحدت رویه پیش‌گفته (شماره ۵۱۸) شخص به محض بلوغ می‌تواند امور غیرمالی خود را اداره کند. طبق این مستندات قانونی، طفل با رسیدن به سن بلوغ، از حضانت پدر و مادر - که همانا از امور غیرمالی است - خارج می‌شود و فرد با رسیدن به بلوغ - مطابق ماده ۱۲۱۰ - اختیار امر حضانت را خواهد داشت و نیاز به رجوع به دادگاه برای حل اختلاف بین والدین در چنین موردی مرتفع می‌شود. و اما استثنائی که در این موضوع حاکم است آنکه: قانونگذار طبق قانون «حق حضانت فرزندان صغیر یا محجور به مادران» (مصطفوی ۶۴/۵/۶) حضانت صغار و محجورینی را که پدرانشان شهید یا فوت شده‌اند بر عهده مادران می‌داند. مقصود از «محجور» در تبصره ۱ همین قانون، «مجنون» یا «سفیهی» است که حجرش متصل به صغر باشد. تبصره مزبور بر صغاری که به سن رشد رسیدند و از باب اداره امور مالی هنوز محجور محسوب می‌شوند استثنائی وارد نموده: از آنجا که حضانت صغار جزء امور غیرمالی است با چنین مقرراتی همواره محجور به شمار آمده، حضانت آنان تحت اختیار والدین حق و مکلف باقی می‌ماند. این موضوع مختص فوت حتمی پدر آنان نیست. بی‌تردید در مرد جنون و نیز محجوری غیررشید و سفیه اگر پدر در قید حیات باشد و سفاهت این فرد متصل به زمان صفرش باشد با اینکه به سن بلوغ رسیده حضانت والدین بر آنها باقی است. درنتیجه، رأی شعبه ۲۴ که بلوغ را دلیل رشد در امور غیرمالی دانسته و دلالت آن آراء وحدت رویه و ماده ۱۲۱۰ قانون

مدنی صحیح بدنظر می‌رسد. و برای اسقاط حق یا تکلیف حضانت، نیازی به ملاک قرار دادن رشد نیست.

آقای اهوارکی

برخی همکاران ضمن دفاع از رأی شعبه ۲۴ بر این باورند که طفل بعد از سن بلوغ، از حضانت خارج می‌شود. ایرادی که بر این رأی می‌توان وارد نمود آن است که اگر طفل بخواهد مستقل از والدین خود زندگی کند طبعاً و بی‌تردید نفقه به عهده پدر است و اگر پدر از پرداخت آن سر باز زند و طفل طرح دعوی نماید فرایند رسیدگی بدان چگونه است؟ و در این موقع از این حیث که دعواهای مالی است دادگاه قادر به رسیدگی نیست. مدامامی که طفل در نزد پدر باشد مشکلی پدیدار نخواهد شد اما بهفرض اینکه در نزد مادر باشد - با اعتقاد به حق حضانت مادر - وی (مادر) می‌تواند دعواهای مطالبه نفقه را مطرح کند - چنانکه در رأی مورد تأیید شعبه ۴۵ رخ داده است - ولی در فرضی سقوط حق حضانت وی فرزند می‌تواند مستقلانه زندگی کند ضمن آنکه برای نفقه در مقام مطالبه برآید. حال، رسیدگی دادگاه در این امر به چه نحو خواهد بود؟

آقای توکلی

در کنوانسیون حقوق کودک مطالب بسیار مهمی درمورد طفل مطرح شده است که از آن جمله‌اند:

۱) **تعریف طفل:** کسی که کمتر از هجده سال سن دارد. و این تعریف در آیین دادرسی کیفری و سایر قوانین نظام حقوقی ایران مدنظر قرار گرفت و قانونگذار ضمن حمایت ویژه برای افراد زیر هجده سال، آنان را طفل می‌داند.

۲) **رعایت اصل مهم غبطة و منافع و مصالح عالیه طفل:** اگر مبنا صرفاً قانون مدنی باشد طفل کسی است که به سن بلوغ شرعی نرسیده ولی چنانچه بخواهیم قوانین بالادستی و جدید و متناسب با کنوانسیون حقوق کودک را رعایت کنیم باید به افق دید خود و ای بسا فراتر از آن وسعت

بخشید و فرد را تا رسیدن به هجده سال، طفل و همچنین نیازمند به حمایت بدانیم. مطابق ماده ۴۵ قانون حمایت از خانواده، رعایت غبظه و مصلحت کودکان و نوجوانان، در کلیه تصمیمات دادگاهها و مقامات اجرایی الزامی است. حال با امعان نظر به مطالب پیش گفته مادر می‌تواند نسبت به طفل ده ساله اقامه دعوا کند؛ چنانکه در ماده ۶ قانون حمایت از خانواده نیز مقتن ضمن اشاره به این موضوع، این اختیار را به مادر یا هر شخصی که حضانت طفل یا نگهداری شخص محجور را به عهده دارد، داده است و این افراد در جایی که حضانت به عهده آنها واگذار شده حق اقامه دعوا برای مطالبه نفقه طفل یا محجور را نیز دارند. در ماده ۱۱۶۹ قانون مدنی تا هفت سالگی اولویت حضانت با مادر، سپس با پدر است. منتهی در تبصره الحقی ماده مجبور (سال ۱۳۸۲)، بیان شده بعد از هفت سالگی در صورت حدوث اختلاف، حضانت طفل با رعایت مصلحت کودک به تشخیص دادگاه خواهد بود. به هر حال باید مصلحت طفل، تأمین نیازهای عاطفی و جسمی کودک لحاظ گردد؛ دخترچه نه ساله که از حضانت مادر خارج شده شاید به زندگی با پدر تمایل نداشته باشد. اگر تحت حضانت پدر بودن فرزند، بالاجبار باشد یحتمل منجر به نقض رعایت مصلحت طفل می‌گردد. بنابراین بهتر است دادگاه با توجه به صلاح دید خود و رعایت منافع و مصالح کودک تصمیم بگیرد و اینکه طفل را در اختیار مادر قرار دهد بسیار منطقی است. رأی شعبه ۲۴ دادگاه تجدیدنظر از این جهت قابل نقد است که «حمایت» از کودک را نادیده انگاشته. کودکی که قائل هستیم در نه سالگی از حضانت مادر خارج می‌شود بی‌آنکه پدر نیز نظارتی بر وی داشته باشد چگونه می‌تواند مسائل مالی خود را - طبق گفته قانون‌گذار تا هجده سال - اداره کند؟ این نکته در مورد مسائل اجتماعی کودک نیز صادق است. و این در مقام خود خلاً بزرگی در این زمینه است ولی با توجه به کنوانسیون حقوق کودک و قوانین بالادستی نظام حقوقی ایران و اصل رعایت مصلحت و منافع عالیه

طفل، بهتر آن است که سن حضانت را رسیدن به سن رشد بدانیم. همان‌گونه که پیش‌تر اشاره شد درخصوص اینکه سقف حضانت را سن بلوغ یا رشد قرار دهیم قانون، ساكت است ولی با توجه به فتوای حضرت امام که در موارد سکوت باید به فتاوی علماء و کتب معتبر فقهی مراجعه کرد به اعتقاد من بهتر است پایان سن حضانت سن رشد یا همان هجده‌سال تمام باشد.

آقای زاهدیان

از مجموع مواد ۱۲۰۸ و ۱۲۱۰ و تبصره دوم ماده اخیر، باید برای «رشد» و «رشید» دو معنا یا دو مرحله در نظر گرفت:

(الف) اثبات رشد صغیر: رشدی که اگر بخواهیم اموال صغیر را در اختیار او بگذاریم باید رشد صغیر در دادگاه ثابت شده باشد.

(ب) تمییز رشد صغیر: در اینجا منظور از رشد مدنظر در حضانت، رشد به معنای پیش‌گفته نیست بلکه رشدی است که صغیر به تمییز و تشخیص امور رسیده باشد؛ بدآن معنا که اگر صغیر نه ساله به حد تشخیص و تمییز امور رسیده باشد نیازی به اثبات آن (تمییز و تشخیص صغیر) نیست. پس اگر به موازات رشد وی، قوه تمییز و تشخیص نمود یابد حضانت را به خود او واگذار می‌کنیم، زیرا اختیار و انتخاب زندگی با هریک از والدین، با تصرف در اموالش که مستلزم اثبات رشد وی در دادگاه است، ملازمه ندارد؛ یعنی درمورد تصمیم‌گیری طفل راجع به حضانتش لازم نیست به آن میزان از رشد برسد که اموال را در اختیار او قرار دهیم تا در اموالش دخل و تصرف داشته باشد. درواقع می‌توان گفت رابطه رشد به معنای دوم - که بیان شد - با بلوغ از میان نسب اربعه، دارای نسبت عموم و خصوص من‌وجه است؛ یعنی هر بلوغی الزاماً با رشد همراه نیست. بعضی از بالغها رشید هستند و برخی هم غیررشید. پس هر رشیدی ملازمه‌ای با بلوغ ندارد. مراد از آنکه «بعضی رشیدها بالغ‌اند و

برخی بالغ‌ها رشید» این است که درمورد واگذاری حضانت به صغیر نیازی به رشد در حدی که برای گذاشتن اموال در اختیار او احتیاج است و در دادگاه باید به اثبات رسد نیست.

درخصوص مشکل مطرح شده باید اذعان کنم که ماده ۶ قانون حمایت خانواده، مشکل را مرتفع می‌سازد؛ همین که حضانت طفل با مادر باشد برای دریافت نفقة، مادر می‌تواند اقامه دعوا کند. حتماً لازم نیست که کودک به سنی برسد که قانوناً بتواند اقامه دعوا نماید. و اما مشکل دیگر اینکه حق انتخاب و تصمیم‌گیری به کودک داده شود تا در نزد کدامیک از والدین زندگی کند. بدین ترتیب که: آیا طفل در انتخاب شخص ثالث و یا زندگی مستقل مختار است؟ البته پرسش مزبور - درصورت مثبت بودن پاسخ آن - طبعاً توانی فاسدی را برای وی در بی خواهد داشت. نمی‌توان گفت کودک در نه سالگی به آن حد از تمیز و تشخیص رسیده است که بتواند جدا از پدر و مادر زندگی کند و در امور خود مستقل‌اً تصمیم بگیرد. از ملاک تبصره ماده ۱۱۶۹ می‌توان در حل این مشکل بهره گرفت زیرا بنا به اجازه قانون، بعد از هفت‌سالگی در صورت حدوث اختلاف میان والدین، حضانت طفل با رعایت مصلحت وی به تشخیص دادگاه می‌باشد. و دادگاه مکلف است حضانت کودک را بر یکی ابیون و اگذار نماید، لذا برای پرهیز از تبعات منفی زندگی مستقل کودک، و بنا به مصلحت، حضانت را به مادر یا پدر تکلیف کند تا آن مشکل احتمالی نیز برطرف و یا مرتفع گردد. بنابراین، رأی شعبه ۲۴ صحیح است.

آقای اهوارکی

البته استنباط من از توضیحات آقای زاهدیان بیشتر در تقویت رأی شعبه ۴۵ بود. از این جهت که در رأی شعبه ۲۴ مرقوم شده: «فرزنده مشترک ده‌ساله بوده و با توجه به اینکه دختر می‌باشد از سن حضانت پدر و مادر خارج است». در رأیی که نقض شد اتفاقاً دادگاه - با همین نکاتی که آقای زاهدیان به درستی اشاره کردند - با توجه به تمایل کودک برای زندگی در نزد مادرش، به تشخیص خود که همانا واگذاری حضانت طفل به مادر می‌باشد تأکید ورزیده است. شعبه ۲۴ رأی را

به استناد ماده ۱۲۱۰ نقض کرده با این استدلال که طفل از سن حضانت خارج است و دادگاه نمی‌تواند راجع به حضانت تصمیم‌گیری کند. به‌فرض که کودک - دخترچه ده‌ساله - با خروج از سن حضانت پدر و مادر، شخصاً تشخیص می‌دهد که چگونه زندگی کند کما اینکه نفقه وی به عهده پدر است. نقدی که بر این سخن وارد است آنکه در صورت عدم پرداخت نفقه از جانب پدر، چه کسی برای الزام به پرداخت آن، دادخواست می‌دهد؟ مطابق ماده ۶ قانون حمایت خانواده، کسی که - مادر یا شخص دیگری که دادگاه تعیین کرده - حضانت طفل را بر عهده گرفته است می‌تواند نفقه را مطالبه نماید. فرض دیگری که می‌توان مطرح نمود اینکه به استناد رأی شعبه ۲۴، کودک از سن حضانت والدین خود خارج است و قصد دارد زندگی مستقل داشته باشد، چگونه می‌تواند نفقه خود را مطالبه کند؟ اگر خود شخصاً اقدام به تقدیم دادخواست نماید طبیعتاً با مانعی روبرو خواهد شد و از آنجا که دعوای مالی است لذا مطابق قانون رشد معاملین برای طرح چنین دعوای رسیدن به سن هجده‌سال لازم است. این ایراد چگونه نقد و بررسی خواهد شد؟

آقای شریعتی

با توجه به متن رأی دو شعبه بدوى بهنظر مى‌رسد میان شعب بدوى و تجدیدنظر ۲۴ و ۴۵ نباید تعارض و تضادی باشد به این دلیل که در رأی شعبه بدوى ۲۸۴ تنها به موضوع «حضانت» اشاره شده است و در رأی بعدی که شعبه ۴۵ صادر کرده، مسئله افزایش نفقه و اجرت نگهداری مطرح است. در اینجا بین این دو رأی بدوى و آراء دادگاه تجدیدنظر هیچ اختلافی نیست. در اصل و محور بحث اینکه در شعبه ۲۸۴ مادر طفل دادخواست را به این جهت که طفل به نهال رسیده و اختلاف بر سر حضانت می‌باشد تقدیم نموده است. در اینجا امر حضانت منتفی است زیرا اختلاف حادث شده و این دخترچه شخصاً قادر به ارائه دادخواست نیست لذا مادر دادخواست را تقدیم کرده است. با عنایت به نظر حضرت امام (ره) - که معمولاً اکثر نظرات وی با نظر مشهور مطابقت دارد - درمورد غایت حضانت، نمی‌توان گفت غایت حضانت، بلوغ است. فلذا به این نتیجه مى‌رسیم که نهایت بلوغ همان رشد باشد که همانا نظر مشهور فقهاست.

زمانی که طفل تشخیص دهد که می‌خواهد نزد پدر یا مادرش زندگی کند هیچ حرف و سخنی نیست. در رأی صادره درمورد حضانت، بعد از حدوث اختلاف، مادر مصلاح طفل را در این می‌داند که او را در نزد خود نگهدارد. بدیهی است حضانت با بلوغ منتفی نبوده و غایت آن، مقید به رشد است و چون دختری‌چه به رشد نرسیده دادگاه با توجه به حدوث اختلاف، رأی صادر نموده که بنا به مصلاحت، طفل نزد مادرش زندگی کند. همان‌طور که در سخنان پیشین گفته آمد اگر حضانت را با بلوغ منتفی بدانیم منجر به تالی فاسد فراوانی خواهد شد. پس باید گفت به محض رسیدن به سن بلوغ، فرد، رشید نیست و از حضانت خارج نمی‌گردد و برای تحقق رشد یا بایستی به هجده سال تمام برسد و یا رشد خود را در دادگاه ثابت نماید. مسئله دیگر در مطالبه نفقة آن است که اگر این کودک نزد مادر باشد مشکل رفع و برطرف می‌گردد زیرا مادر می‌تواند دادخواست نفقة را بدهد اما اگر مستقلأً و یا نزد فرد دیگری زندگی کند برای طرح دعوای مطالبه نفقة باید رشید باشد که در اینجا اگر رشد سنی ملاک باشد چندسالی حق نفقة فرد به دلیل عدم امکان مطالبه ضایع و تباہ می‌شود و بهتر می‌نماید دادستان برای چنین فردی قیم تعیین نماید.

آقای بهلولی

موضوع مورد بحث به روشنی نشان می‌دهد که این باور و اندیشه ما که قانون نظام حقوقی ایران در این باره ساخت است، صحیح نیست زیرا قانون درخصوص وجه تسمیه «طفل» و اینکه چه زمانی طفل محسوب می‌شود و چه موقع از طفولیت و اطلاق آن خارج می‌گردد صراحة دارد. طبق ماده ۱۲۱۰ هیچ‌کس را نمی‌توان بعد از رسیدن به سن بلوغ به عنوان جنون یا عدم رشد، محجور نمود؛ یعنی اگر پسر ۱۵ ساله یا دختر ۹ ساله در دادگاه دعوای طرح کند که لازمه‌اش دادن مال نباشد طبق صراحة این ماده باید رسیدگی شود لذا نمی‌توان دعوای وی را رد کرد. اینکه «طفل به سن بلوغ می‌رسد مکلف است»، یک اصل بهشمار می‌آید. پس اگر این طفل بعد از رسیدن به نهم سال مرتكب قتل شد، عملکرد وی قتل عمد محسوب شده و محکوم به اعدام می‌شود در حالی که تا قبل از رسیدن به نهم سال این قتل،

شبه عمد به حساب می‌آید. برای مثال، اگر یک فرد سی ساله روزه‌خواری کند تفاوتی با روزه‌خواری دختر نه ساله ندارد و بر هر دو، یک حکم بار می‌شود. اگر دختر نه ساله مالی داشته باشد و زراعت کند خمس به گردن شخص دختر خواهد بود و نه پدرش. تنها استثنای که می‌توان قائل شد این است که مال طفل را تا زمان رشد نمی‌توان به تصرف وی درآورد چراکه طبق گفته قانونگذار برای رسیدن به حق تصرف مالش به خود، باید رشد وی ثابت و احراز گردد. و یا پسربچه پانزده ساله بنا به اراده خود می‌تواند همسر خود را طلاق دهد. اگر دختری نه ساله با إذن پدر ازدواج کند و بعد از طلاق - مُهر برداشت - می‌تواند بی‌إذن پدر ازدواج کند. بنابراین، طفل با رسیدن به سن بلوغ می‌تواند راجع به امور خود تصمیم‌گیری نماید و اینکه نزد والدین خود یا مستقلًا زندگی کند بر عهده خود وی است. قانون مدنی بیان می‌کند نفقه اولاد در صورت فقر پدر، بر عهده جد پدری است و بدین ترتیب قاعده «الاقرب فالاقرب» اجرا می‌شود. اینکه طفل بخواهد مستقل زندگی کند و علیه پدر یا جد پدری یا مادر یا هر کسی که موظف و مکلف به پرداخت نفقه است، طرح دعوی نماید بلاشکال می‌باشد و دادخواست این فرد درصورتی که مستلزم حق تصرف مال به وی نباشد، باید پذیرفته شود. و دادخواست دختر نه ساله مبنی بر تغییر سن، باید مورد قبول واقع گردد چراکه بعد از این سن، چنین دادخواستی از پدر وی پذیرفته نمی‌شود.

آقای شفیعی خورشیدی

وقتی مجموع قوانین قبل و بعد از انقلاب در باب خروج از ولایت تا حضانت بعد از سن بلوغ تا سن رشد را بررسی می‌کنیم سه فرض محل نزاع است:

فرض اول و دوم: جایی است که بنا به دلخواه طفل یا نزد پدر زندگی می‌کند و یا نزد مادر. و تصور نمی‌کنم دوستان و همکاران حاضر نسبت به این دو فرض اختلاف نظر چندانی داشته باشند.

فرض سوم: که مربوط به تالی فاسد است و آن زمانی است که طفل بخواهد مستقلًا و یا نزد شخص ثالثی زندگی کند. با توجه به نظام اجتماعی و اقتصادی و وضع فرهنگی جامعه کشورمان، و با عنایت به فتوای امام (ره) استنباطم از مجموع

قوانين این است که نمی‌توان طفل را از سن بلوغ تا سن رشد رها کرد زیرا چنین طفلى نه تنها قادر به تشخيص امور مربوط به خود و تعیین سره از ناسره نیست بلکه باید تحت ولایت نیز باشد. حال، این تحت سرپرستی و ولایت پدر یا مادر، محل اختیار است و نمی‌توان الزام نمود که طفل نزد کدام باشد و البته قانونگذار در بعضی موارد تشخيص را بر عهده دادگاه گذاشته است. عموم نظریات صاحبنظرانی چون دکتر صفائی و مرحوم کاتوزیان ناظر بر توجه به مصلحت طفل بعد از سن بلوغ و نیز واجب الرعایه بودن غبطة طفل است و تشخيص این مصلحت و غبطة به عهده دادگاه می‌باشد، لذا بنا به تشخيص دادگاه است که طفل نزد پدر باشد یا نزد مادر. و نمی‌توان وی را به حال خود رها کرد زیرا منجر به توالی فاسد فراوانی می‌گردد. در جامعه ما که افراد ۴۰ و یا ۶۰ ساله مورد کلاهبرداری قرار می‌گیرند چگونه می‌توان انتظار داشت یک طفل ۹ یا ۱۵ ساله می‌تواند درست را از غلط تشخيص و تمییز دهد. از مجموع قوانین مربوط به بزه‌کاری اطفال، قانون مدنی، قانون رشد معاملین و قانون آیین دادرسی کیفری که آخرین اراده قانونگذار است چنین استنباط می‌شود که بعد از بلوغ تا سن رشد تصمیم راجع به حضانت به عهده دادگاه است چون با توجه به وضعیت اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جامعه کنونی ما قادر به تشخيص منافع و مضار خود نیست لذا نمی‌توان طفل را رها نمود.

آفای قیصری

بر سخنان و نظرات همکاران حاضر در نشست، نقدی وارد است که این نقد ناظر به ماده ۱۲۱۰ و ملاک رشد و نیز ملاک بلوغ - ۹ و ۱۵ سال قمری دختر و پسر - می‌باشد. این ملاک‌های قانونی را باید با توجه به اوضاع و احوال مناطق مختلف کشور تغییر داد نه براساس نظر فردی مقامات نظام حقوقی چون قانونگذار؛ چراکه این مقامات صلاحیت تشخيص نابالغی طفل و عدم تشخيص وی درصالح خود، را ندارند. بنابراین، قانونگذار ملاک بلوغ را تعیین کرده، لذا آثاری که بر بلوغ بار می‌شود نیز در قانون آمده است. برای مثال، فرد بعد از بلوغ در امور غیرمالی خود صاحب اختیار است و اهلیت استیفاء در این امور را دارد. حال اگر معتقد باشیم در نظر گرفتن ملاک قانونگذار برای بلوغ منجر به تالی فاسد می‌شود باید

بدانیم که این تالی فاسد نشأت‌گرفته از قانون است و اینجاست که قانون باید اصلاح شود.

درخصوص اینکه چه کسی می‌تواند اقامه دعوا کند باید گفت در امور کیفری، تعیین «قیم اتفاقی» لازم می‌نماید. و تعیین چنین قیمی منوط به شرایطی است بدین نحو که هرگاه متهم، ولی باشد یا ولی قهری نداشته باشد و قیم هم تعیین نشده باشد و تا تعیین قیم نیز امکان فوت وقت هست برای وی قیم اتفاقی تعیین می‌شود تا اقامه دعوای کیفری کند. بنابراین، در امور مدنی هم می‌توان همین شیوه را ملاک قرار داد. برای طفلى که اهلیت استیفاده اقامه دعوا در امور مالی را ندارد و از طرفی طرح دعوا هم ولی می‌باشد در این موقع می‌توان از وحدت ملاک مقررات استفاده کرد و برای وی قیم اتفاقی تعیین کرد. و در نقد و بررسی سخن شما باید گفت منشأ تالی فاسد به نقص و ایراد مقررات ما بازمی‌گردد.

آقای کیاستی

وقتی مقرراتی به عنوان قانون تصویب می‌شود از نظم و انسجام منطقی برخوردار است؛ چنانکه قانون مدنی در زمان تصویب از این نظم و نظام بهره‌مند بود، ولیکن مشکل آغازین، مربوط به اصلاح ماده ۱۲۱۰ و مباحثی در مردم بلوغ و رشد، در سال ۱۳۷۰ بود. وقتی در صدد تفسیر اراده قانونگذار برآییم باید این موضوع را مدنظر داشت که قانونگذار در مقام تصویب‌کننده قانون مدنی، بی‌توجه به اصلاحات سال ۱۳۷۰، مقررات مربوط به حضانت را انشاء کرده است لذا باید در تفسیر منطقی اراده قانونگذار این موضوع را لحاظ نمود. بنابراین، ایراد و ابهام در قانون وجود دارد. حال با توجه به اینکه این حجر حمایتی و در جهت حمایت، نگهداری و مواظبت از طفل و جلوگیری از انحطاط اخلاقی ایجاد گشته است، در مقام تفسیر، چنین ابهامی چگونه باید تفسیر گردد؟

قانونگذار در قانون حمایت خانواده، الفاظ و عبارات را با دقت تغییر داده و در مواد ۴۰ تا ۴۴ از کلمه «صغری» استفاده کرده اما در ماده ۴۵، درباره رعایت غبطه و مصلحت کودکان و نوجوانان اذعان داشته بی‌آنکه از واژه مزبور (صغری) استفاده نموده باشد. و این امر قطعاً دال بر تغییر معنایی عبارت «کودکان و نوجوانان»

نسبت به لفظ «صغری» است. اگر شخصی، نوجوان بالغ است پس می‌تواند همه امور غیرمالی خود را انجام دهد. در این صورت چرا قانونگذار در ماده ۴۵ غبطة آن را مورد لحاظ قرار داده است؟ و اگر شخصاً می‌تواند امور خویش را انجام دهد نقش دادگاه در این امر چیست؟ چنین انعطافی در رویکرد قانونگذار به‌چشم می‌خورد. با توجه به اصلاحات صورت‌گرفته در قانون، قانون درمورد موضوع «حضانت فرزند و زمان خروج وی از آن» در هاله‌ای از ابهام نهفته است و اصل ۱۶۷ قانون اساسی به ما تکلیف کرده که در مقام ابهام و اجهال باید به متن و فتاوی معتبر فقهی مراجعه نماییم که در این مورد تحریر/الوسیله امام(ره) برگرفته از نظر مشهور فقهاء «رشد» را شرط می‌داند یعنی اگر فرد به رشد نرسیده باشد کماکان در حضانت والدین خویش قرار گیرد. پس به این نحو باید قانون را تفسیر کرد.

آقای حیدری

نکته حائز اهمیت اینکه کسانی که خروج از حضانت را به‌واسطه بلوغ می‌دانند باید از قانون استفاده کنند به‌گونه‌ای که در کنار آن (قانون)، هم نظریه مشورتی هست و هم رأی وحدت‌رویه دیوان عالی کشور. در نظریه مشورتی (سال ۱۳۹۳) درباره این موضوع آمده است: «درخصوص حضانت فرزند بالغ کمتر از ۱۸ سال مستنداً به ماده ۱۲۱۰ قانون مدنی و رأی وحدت‌رویه دیوان عالی کشور به شماره ۳۰ مورخ ۶۴/۱۰/۳ با رسیدن طفل به سن بلوغ شرعی که در پسر ۱۵ سال تمام قمری و دختر ۹ سال تمام قمری است موضوع حضانت (امر غیرمالی) منتفی است و فرد بالغ پس از بلوغ شرعی می‌تواند با هریک از والدین یا اجداد خود که بخواهد زندگی نماید».

در رأی وحدت‌رویه نیز آمده است: «ماده ۱۲۱۰ قانون مدنی اصلاحی ۱۱/۱۰/۸ که علی القاعده رسیدن صغیر به سن بلوغ را دلیل رشد قرار داده و خلاف آن را محتاج به اثبات دانسته، ناظر به دخالت آنان در هر نوع امور مربوط به خود می‌باشد مگر در امور مالی که به حکم تبصره ۲ ماده مرقوم مستلزم اثبات رشد است». این رأی درمورد حضانت صراحی ندارد ولیکن درمورد امور غیرمالی اشاره‌ای دارد اما موضوع آن به صورت خاص درباره حضانت و خروج از آن نیست. مقصود آنکه قانونی که صراحت در این موضوع داشته باشد وضع نشده و اگر چنین

قوانینی هم وضع شده باشد دست کم قواعد آمره نیست که امکان تخطی از آن وجود نداشته باشد.

نکته دیگر اینکه رشدی که در کلام فقهاء درمورد حضانت مطرح شده مفهومی غیر از مفهوم رشد مصطلح دارد. «رشد مصطلح» یعنی طفلی که بالغ شده، از عقل معاش بهره‌مند است و در اداره امور مالی خود توانمند، اما رشدی که در بحث حضانت مطرح می‌باشد مسئله و مقوله دیگری است. و اما تعریف حضانت: آن به معنای مراقبت جسمانی از کودک و تربیت روحی و روانی اوست. حال، با چنین تعریفی، می‌توان رشد را هم در همین محدوده تعریف کرد؛ یعنی کودکی که به حدی رسیده باشد که بتواند در مراقبت‌های جسمانی و روحی و روانی در حد متعارف بتواند خود را اداره کند که این رشد کاملاً متفاوت است با رشدی که در امور توانایی اداره امور مالی تفاوت دارد. مقوله «رشد» در سخنان دوستان حاضر در نشست به معنای اخیر توجیه می‌شود بهویژه با توجه به اینکه دادگاهها باید مصلحت کودکان و اطفال و نوجوانان را در نظر بگیرند و نیز با عنایت به کنوانسیون حقوق کودک و مسائل دیگری که مطرح شد به‌نظر مرسد جزماً و قطعاً باید رشد را مأخذ از این معنا بدانیم و اگر درمورد حضانت بخواهیم رشد را در توانایی اداره امور مالی تعبیر و تفسیر نماییم خروج موضوعی در پی خواهد داشت.

آقای اهوارکی

چنانکه گذشت آغاز حضانت و محدوده آن، اینکه تا چه زمانی برای مادر است و چه هنگامی به تشخیص دادگاه، در قانون بیان شده ولیکن درخصوص زمان خروج از آن (حضانت) صراحتاً تصویر نگشته است. در تبصره ذیل ماده ۱۱۶۹ بیان شده که تا هفت سالگی حضانت با مادر است و بعد از این سن در صورت حدوث اختلاف، تشخیص حضانت با دادگاه می‌باشد. در فقه مشهور فقهاء تقریباً اجماع وجود دارد و جملگی در این مورد (خروج از حضانت هم‌زمان با بلوغ و رشد) همداستان هستند. شهید اول در لمعه بلوغ و رشد را توأمان مدنظر قرار داده است: «و اذا بلغ الولد رشیداً اسقط الحضانة». محقق حلی اشاره دارد: «اذا بلغ الولد رشیداً سقطت حضانة». نجفی در جواهر این تعبیر را بیان می‌کند. امام (ره) در تحریر الوسیله آورده است: «فاما بلغ الرشیده ليس احد الحق الحضانة عليه حتى

الابین». در طی این نشست به مسائلی چون مصالح و مفاسد اجتماعی این موضوع پرداخته شد؛ اگر قرار باشد حضانت فرد را به محض رسیدن به سن بلوغ، به خود او واگذار کنیم و تعیین تکلیف توسط دادگاه را - که در تبصره ذیل ماده ۱۱۶۹ مورد اشاره قرار گرفته - نادیده بگیریم ممکن است مشکلات اجتماعی عدیدهای را به همراه داشته باشد.

آقای آژبده

آنچه جالب توجه است اینکه کشورمان در سال ۱۳۷۲ به کنوانسیون حقوق کودک پیوسته است و از این جهت برای ما یک تعهد بین‌المللی ایجاد شده که همچون قوانین داخلی ملزم به رعایت هستیم. عمل نکردن به مفاد این کنوانسیون برای کشور ما مسئولیت به دنبال خواهد داشت و کمیته‌های سازمان ملل می‌توانند از این منظر بر ما خرده بگیرند. کنوانسیون حقوق کودک، طفل را فرد زیر هجده سال تعریف می‌کند و کشورها را ملزم می‌نماید تمام تصمین‌های حمایتی خانواده را تا این سن ضمانت نموده و قوانین خود را در این راستا اصلاح نمایند.

در پایان جلسه پس از رأی‌گیری، اکثریت قریب به اتفاق قضات رأی دادند که برای خروج از حضانت علاوه بر بلوغ بایستی رشد را نیز ملاک قرار داد.