

الله
الرَّحْمَنُ
الرَّحِيمُ

شناسنامه فصلنامه علمی تخصصی دانشنامه‌های حقوقی

صاحب امتیاز: پژوهشکده حقوق و قانون ایران^۱

مدیر مسئول: محمد درویش زاده	سدیلر: سید حسین صفایی
مدیر امور دانشنامه‌های: رقیه فراهانی	مدیر داخلي: محمد هادی جواهر کلام
ویراستار فارسی: محمد تمدن	ویراستار انگلیسی: احمد بیگی حبیب آبادی
اعضای گروه مشاوران علمی براساس حروف الفبا:	اعضای گروه دبیران (هیأت تحریریه) براساس حروف الفبا:
۱. محمد آشوری ۲. محمد علی اردبیلی ۳. محمد جواد جاوید ۴. محمد درویش زاده ۵. محمد جواد شریعت باقری ۶. عباس کریمی ۷. حمید گویندۀ ۸. محسن مجتبی ۹. سید مصطفی محقق داماد ۱۰. علی مهاجری ۱۱. حسین مهرپور	۱. گودرز افتخار جهرمی ۲. محمد مهدی الشریف ۳. سعید حبیبا ۴. محمد جعفر حبیب زاده ۵. محمد راسخ ۶. حبیب الله رحیمی ۷. عباس شیخ‌الاسلامی ۸. سید حسین صفایی ۹. علی اصغر عربیان



فصلنامه علمی تخصصی دانشنامه‌های حقوقی

امور گرافیکی و صفحه‌آرایی: نسیم قلی‌زاده
امور هماهنگی: مریم نعیمی، فاطمه ماستری
امور فنی و رایانه: محمد جواد مجد
ناشران: داد و دانش و مجمع علمی فرهنگی مجد

تلفن: ۰۲۱-۶۳۸۷۷۱۰۱ ، ۰۲۱-۶۳۸۷۷۷

نمبر: ۰۲۱-۶۳۸۷۷۱۰۲

نشانی فصلنامه: میدان انقلاب، خیابان وحدت‌نظری، بین خیابان ۱۲ فروردین و خیابان فخر رازی، پلاک ۸۱

نشانی ایمیل: info@Lawmagazine.ir

نشانی سایت: www.Lawmagazine.ir

چاپ: نقش طوبی

شمارگان: ۱۵۰ نسخه

قیمت: ۷۵۰ / ۰۰۰ ریال



وزارت علوم تحقیقات و فناوری
نجمن علمی آمین ادسمی نی ایران



این نشریه حاصل فعالیت مشترک پژوهشکده حقوق و قانون ایران و انجمن علمی آمین دادرسی مدنی است.

۱. با استناد روزنامه رسمی شماره ۲۲۰۸۸ مورخ ۹۹/۱۰/۲۲ عنوان مرکز پژوهشی دانشنامه‌های حقوقی علامه بهشرح فوق تغییر یافت.

راهنمای تدوین مقالات فصلنامه علمی تخصصی دانشنامه‌های حقوقی

- مقالات به زبان فارسی بوده و قبلًا در نشریه دیگری پذیرش یا چاپ نشده باشد.
- مقالات باید علمی، پژوهشی، مستند و دارای نوآوری و دستاورده علمی نویسنده یا نویسنده‌گان باشد.
- نویسنده یا نویسنده‌گان پس از ارسال مقاله به نشریه و تا تعیین تکلیف نهایی آن در نشریه، اجازه ارسال آن را برای نشریه دیگر ندارند.
- مقالاتی که بیش از یک نویسنده دارد، نویسنده مسئول مشخص و ترتیب همکاری نویسنده‌گان تعیین شود.
- مقالات برای یک شماره آماده شود و دنباله‌دار نباشند.
- حجم مقالات نباید از ۲۵ صفحه (۱۰۰۰۰ کلمه) تجاوز کند.
- کلیه مسئولیت‌های ناشی از صحت علمی مقالات بر عهده نویسنده یا نویسنده‌گان است.
- فصلنامه تخصصی دانشنامه‌های حقوقی برای ویرایش مقالات آزاد است.
- فصلنامه در تعیین نوع مقاله (پژوهشی، ترویجی، مروری، کاربردی، مورد پژوهشی و ...) بر اساس نظر داوران و هیأت تحریریه (گروه دبیران) آزاد است.

نحوه تنظیم مقاله:

- مقاله علمی - پژوهشی شامل عنوان، چکیده مقاله، واژگان کلیدی، مقدمه، تجزیه و تحلیل، نتیجه‌گیری و منابع است.
- اطلاعات کامل نویسنده یا نویسنده‌گان، مرتبه علمی، تعیین نویسنده مسئول و ترتیب اسامی نویسنده‌گان در مرحله ثبت اطلاعات در سامانه صورت می‌گیرد و فایل‌های ارسالی مقالات باید بدون نام و اطلاعات نویسنده‌گان در سامانه بارگذاری شود.
- چکیده مقاله، شرح مختصر و جامعی از محتوای مقاله شامل بیان مسئله، هدف، ماهیت و چگونگی پژوهش، نکته‌های مهم نتیجه و بحث است. تعداد کلمات چکیده حداقل ۳۰۰ کلمه باشد و واژگان کلیدی حداقل ۴ و حداقل ۷ واژه باشد.
- مقدمه مقاله بیانگر مسئله پژوهش است. محقق باید زمینه‌های قبلی پژوهش و ارتباط آن را با موضوع مقاله و وجوده تمایزش را به اجمال بیان و در پایان انگیزه تحقیق را بیان کند.

- در تیترها از شماره‌گذاری استفاده شود و تمایز بین تیتر اصلی و فرعی با فونت و شماره مشخص شود.
- در ترکیبات، فعل‌ها یا کلمات چندجزیی فاصله بین حروف با نیم‌فاصله باشد.
- در متن مقالات معادل انگلیسی اصطلاحات و یادداشت‌های توضیحی (توضیحاتی که به نظر نویسنده ضروری است) در پاورقی درج شود.
- رعایت دستور خط فارسی مصوب فرهنگستان زبان و ادب فارسی الزامی است.
- ارجاعات در متن مقاله به صورت درون متنی و داخل پرانتز به صور (نام خانوادگی مؤلف، سال انتشار: شماره صفحه یا شماره جلد/صفحه) نوشته شود.
- اگر ارجاع بعدی بلافاصله به همان مأخذ باشد از (همان یا همان: شماره جلد/صفحه) و اگر به مأخذ دیگری از همان نویسنده باشد (همو، سال انتشار: صفحه) استفاده شود.
- منابع لاتین، به صورت لاتین و از سمت چپ در بین پرانتز (صفحه/جلد: سال انتشار، نام خانوادگی) نوشته شود.
- اگر مقاله ترجمه است، متن اصلی، معرفی نویسنده و معرفی کتاب یا مجله مأخذ، همراه ترجمه ارسال گردد.
- منابع مورد استفاده در متن، در پایان مقاله و بر اساس ترتیب الفبایی نام خانوادگی نویسنده (نویسنده‌گان) به شرح زیر آورده شود:
 - کتاب: نام خانوادگی نویسنده، نام نویسنده، (سال انتشار)، عنوان کتاب، نام مترجم یا مصحح، محل انتشار، نام ناشر.
 - مقاله: نام خانوادگی، نام، (سال انتشار)، «عنوان مقاله»، نام مجله، دوره، شماره مجله، شماره صفحات شروع تا پایان مقاله.
 - منبع الکترونیک: نام خانوادگی نویسنده، نام نویسنده، «عنوان مقاله»، نام مجله یا سایت، آدرس سایت قابل دسترسی، تاریخ آخرین بازدید.
- ارسال و پیگیری مقالات صرفاً از طریق سامانه <http://www.lawmagazine.ir> امکان‌پذیر است. لذا لازم است از ارسال نسخه کتبی مقاله به دفتر فصلنامه یا ارسال مقاله از طریق ایمیل خودداری شود.
- ارتباط با سردیر از طریق پست الکترونیکی info@lawmagazine.ir امکان‌پذیر است.

فهرست مقالات^۱

سرمقاله: تأملاتی پیرامون فرض حکمت قانون گذار	۷	سید حسین صفائی، محمد جواد شریعت باقری
رژیم حقوقی حاکم بر جبران خسارت ناشی از تزریق واکسن کرونا	۱۵	حمیدرضا بهروزیزاد
جرائم اقتصادی سازمان یافته و تأثیر آن بر نظام اقتصادی کشور (مطالعه موردي: پرونده فساد بانکي سه هزار ميليارد تومناني)	۵۵	ناصر سراج
تكلیف مدیریت شهری در تحقق حقوق زیست محیطی شهروندان (با نگاهی به مصوبات شورای شهر تهران)	۸۴	شهرام سلامی، محمد مظہری
ashbah و نظایر ایرادات آیین دادرسی در فقه امامیه	۱۱۳	حسن محسنسی، هادی ملک تبار فیروزجائی
مبانی قانونی و فقهی مسئولیت مدنی شهرداری در پرداخت معوض عقب نشینی املاک	۱۴۴	مصطفی محمودی هرنزی
تحدید قاعده حاکمیت بی قید و شرط زوج بر طلاق در فقه و حقوق موضوعه ایران	۱۷۳	حسین مهرپور، محمدجواد درویشزاده
چکیده دانشنامه‌ای نشریه	۲۰۸	
خلاصه ابعاد و کاربردهای دانشنامه‌ای مقالات	۲۱۶	

۱. به ترتیب حروف الفبای نام خانوادگی نویسنده‌گان.

تأملاتی پیرامون فرض حکمت قانون‌گذار

سید هسین صفائی^۱

محمد جواد شریعت باقری^۲

سرمقاله

با وجود آن که آثار حقوقدانان آکدیه از تأکید بر حکمت قانون‌گذار است، اما چند و چون حکمت قانون‌گذار نیاز به کاوش بیشتری دارد. در این سرمقاله نمی‌توان آنچنان که بایسته و شایسته است مساله حکمت قانون‌گذار را مورد کاوش قرار داد. تنها می‌توان فرصتی فراهم آورد تا پژوهندگان و صاحب‌نظران گامهای بلندتر را بردارند.

اهمیت بحث برای ما زمانی بیشتر آشکار می‌شود که ملاحظه کنیم که نظام قانون‌گذاری و هنجار سازی ما سراسیمه و انبوه، در کار تولید قانون و مقررات است: طرح قانونی گروهی از نمایندگان مجلس به عنوان «صیانت از حقوق کاربران فضای مجازی» یکی از جدیدترین آنهاست که در شرایطی که دولتها بر سر افزایش پهنهای باند و فزونی سرعت اینترنت با یکدیگر به رقابت برخاسته‌اند جمعی در اندیشه کاهش و انسداد گردش آزاد اطلاعات برآمده‌اند تا بدینگونه از «حقوق کاربران» حمایت کنند. از سوی دیگر، نه تنها غالباً خبر و نشانه‌ای از حکمت و خردمندی قانون‌گذار نیست بلکه کلیت نظام سلسله مراتب هنجارها نیز با پدیده وضع مقررات موافق برخورد کرده است که توضیح آن به مجال گسترده‌تری نیازمند است.

لزوم خردمندی قانون‌گذار از اندیشه‌هایی است که «تصور آن موجب تصدیق است» و نیاز به اقامه برهان ندارد. با وجود این، به دلایلی که اشاره خواهیم کرد، در قرون اولیه اسلامی، متکلمان

۱. سردیبر

۲. عضو هیأت علمی دانشگاه آزاد تهران مرکز



مسلمان برای فهم و تفسیر کلام الهی مساله حکمت شارع را مطرح کردند. ابتدا جماعت معتزله^۱ این رای را مطرح کردند که تشریع شارع الهی بر پایه حکمت است و گفتند که چون از حکیم مطلق جز عدل و حکمت صادر نمی‌شود و چون او آفریننده عقل و رئیس عقلالست، آنچه مخالف عدل و حکمت است از او نیست. اما در مقابل، جماعتی دیگر - اشعاره^۲ - بر این طریق رفتند که چون شارع مقدس حکیم مطلق است و هر آنچه مقرر می‌کند ناشی از حکمت است، پس در تقابل خرد آدمی و حکم حکیم مطلق، آنچه باید به کناری و انها دشود عقل ناقص بشری است.

بدین ترتیب، دو رویکرد معارض یکدیگر به مصاف هم در آمدند و هر چند هر دو گروه از خاستگاه اهل سنت برآمده بودند اما دانشمندان و متکلمان شیعه، آراء اشاعره را نپذیرفتند و از همان آغاز به نظرات «اهل اعتزال» نزدیکتر بودند.

اما روشن است که مسئله «حکمت شارع الهی» ویژگی‌های خود را دارد و نباید با «حکمت قانون‌گذار عرفی» یکسان پنداشته شود. در عین حال، دلایل گوناگونی وجود دارند که قانون‌گذار عرفی نیز، که قطعاً حکیم مطلق نیست، باید «حکیم عرفی» فرض شود صرف نظر از اینکه واقعاً نیز به همین حکمت عرفی متصرف باشد یا نباشد.

اما پرداختن به حکمت قانون‌گذار مستلزم آن است که بررسی شود که مقصود از حکمت چیست؟ و وجود چه اوصافی در قانون‌گذار، وصف حکمت او را تمام می‌کند؟ آیا مقصود از حکمت،

۱. موسس فرقه معتزله واصل بن عطا (متوفی ۱۱۰ قمری) است. تاکید معتزله بر روی عقل آنچنان جدی بود که اعتقاد داشتند که در تعارض حدیث با عقل، عقل مقدم است. نک: مرتضی مطهری، آشنایی با علوم اسلامی، ۱۶۳.

۲. اشعری، یکی از مذاهب کلامی اهل سنت است که از آن با اسمی دیگری چون اهل تحقیق، مذهب اوسط و صفاتیه نیز یاد می‌شود. این مكتب را ابوالحسن اشعری (متوفی ۳۲۴ قمری) از نوادگان ابوموسی اشعری بنیان گذاری کرد. نک: از جمله: ولی، علی محمد؛ تاریخ علم کلام و مذاهب اسلامی، موسسه انتشارات بعثت، تهران، ۱۳۶۷، ج ۲، ص ۴۵۹.

منطقی بودن و فیلسوف بودن است؟ وقوف بر صناعات ادبی و کلامی است؟ آگاهی از علوم گوناگون است؟ «اتفاق صنع» است؟ افزون بر این ها، فرض حکمت قانون‌گذار چه آثاری در پی دارد؟ این‌ها شماری از سوالاتی است که پیرامون حکمت قانون‌گذار قابل طرح است.

۱- منظور از فرض حکمت چیست؟

منظور از حکمت قانون‌گذار این است که آنچه قانون‌گذار مقرر می‌کند خردمندانه و متکی بر موازین عقلی و منطقی است؛ یعنی قانون‌گذار سخن به گزار نمی‌گوید، به جوانب و اطراف می‌نگردد، از همه دقت‌های ادبی و کلامی استفاده می‌کند، به قواعد نیکو سخن گفتن واقف است و آنها را به کار می‌بندد. و اگر چنین نباشد چگونه می‌توان به مقاصد قانون‌گذار پی برد؟ اگر قرار باشد که قانون‌گذار قواعد حکمت را نداند و یا به کار نگیرد و قوانین را با سهو و خطأ انشاء کند، چگونه می‌توان از قوانین تبعیت کرد؟ از کدام قانون باید تبعیت کرد؟ تبعیت از هر قانون مستلزم آن است که تبعیت کننده دریابد که از چه چیز باید تبعیت کند و اگر گزاره‌های قانونی بتوانند همواره حمل بر سهو و خطأ و اشتباه شوند معنایی برای الزامات قانونی باقی نمی‌ماند.

بدین ترتیب چاره‌ای جز این وجود ندارد که «**حکمت قانون‌گذار**» همواره مفروض باشد؛ خواه در واقع و نفس الامر قانون‌گذار حکیم باشد یا نباشد. فرض حکمت، اثر قانون‌گذار را در دایره حکمت قرار می‌دهد؛ یعنی به قاضی و مجری قانون می‌آموزد که هر قانونی را باید از پنجه حکمت ملاحظه کنند و مطابق قواعد حکمت بفهمند و تفسیر کنند. بنابراین بحث حکمت در قوانین عرفی، بحث کلامی مربوط به واقع و نفس الامر نیست که در صدد باشد تکلیف مجلس و نمایندگان آن را روشن کند بلکه مربوط به مقوله تفسیر است و تکلیف قاضی را در مواجهه با قوانین روشن می‌کند.

۲- فرض یا اصل؟

باید به این نکته تصريح کنیم که حکیم بودن قانون‌گذار یک «اصل»^۱ - به معنای پایه و بنیاد - نیست؛ بلکه همان‌گونه که اشاره کردیم یک «فرض»^۲ است. در واقع، قانون‌گذار عادی بسته به میزان آگاهی که از علوم قانون نویسی و دانش‌های دیگر دارد ممکن است بهره‌های از حکمت برده یا نبرده باشد. در چنین وضعیتی، اگر قانون‌گذار، حکیم فرض نشود نابسامانی‌های قانون‌گذاری، نظام حقوقی را با تعارض‌ها و آشفتگی مواجه خواهد کرد. آری، آنچه از منظر کلامی و در حق شارع الهی شایسته و سزاوار است، «اصل حکمت» است. اما در مورد قانون‌گذار عادی چنین نیست. آیا طرحها و لواحی که به طور انبوه و فراوان به تصویب مجلس می‌رسند براساس حکمت تصویب می‌شوند؟ یعنی آیا همه مبنی بر قواعد و اصول حقوقی اند؟ در همه آنها جوانب و اطراف گوناگون دیده شده است؟ لفظ و معنای گزاف در آنها دیده نمی‌شود؟ در نگارش همه آنها اصول و قواعد و ضوابط ادبی و منطقی و... رعایت می‌شود؟ اگر پاسخ این پرسش‌ها منفی است، چگونه می‌توان «اصل حکمت» قانون‌گذار تأسیس کرد؟ بنابراین، حکمت قانون‌گذار بیش از آن که یک «اصل» و بنیاد باشد، یک «فرض» است که به قاضی امکان می‌دهد تا اثر قانون‌گذار را در درون منظومه حقوقی که می‌شناسد قرار دهد و بدین ترتیب حافظ تمامیت و یکپارچگی نظم حقوقی باشد. حق این است که از منظر خدمتمندان، دانش حقوق - و البته سایر دانش‌ها - برآمده از قواعد و اصولی هستند که قانون‌گذار نیز نمی‌تواند کلیت آنها را نادیده بینگارد. مثلاً قانون‌گذار نمی‌تواند یک قاعدة عمومی بگذراند که زیان رسانیدن به دیگران اصولاً مجاز باشد و یا وفای به عهد اصولاً لازم نباشد و یا لزوم قانونی بودن جرائم و مجازات‌ها برداشته شود و یا اصل عطف به ماسبق نشدن قانون بی‌معنا شود. اینها از جمله اصولی هستند که گزاره‌های قانونی و حقوقی با تکیه

1. Principle
2. Hypothesis

بر این اصول فهمیده و سنجیده می‌شوند و فقدان آن‌ها، رها کردن و هوا کردن منظومه حقوق است که بی‌آن نظم و نظامی باقی نمی‌ماند.

اما «فرض» حکمت، نه تنها حکیم بودن قانون‌گذار عرفی را تائید نمی‌کند بلکه به تردید و می‌گذارد و این تردید که با واقعیت نیز سازگار است به قاضی امکان می‌دهد تا اثر قانون‌گذار را از دروازه اصول و مبانی بگذراند و به موقع اجرا بگذارد و این امری است که قانون‌گذار اساسی نیز بدان اذعان دارد در آنجا که در اصل ۱۶۷ قاضی را موظف کرده است تا «کوشش کند حکم هر دعوی را در قوانین مدونه بیابد. و اگر نیابد باید با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر، حکم قضیه را صادر نماید و نمی‌تواند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین مدونه، از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزد».

اصل فوق اذعان دارد که قانون عادی نه تنها کامل نیست بلکه فرض ناقص بودن آن درست تر است و قاضی باید نقص و اجمال و ابهام قوانین را مرتفع نماید.

۳- معنای حکمت

معنای حکمت قانون‌گذار چیست؟ همین مقدار روشن است که هرگاه اثر قانون‌گذار بر پایه و اسلوب منطق و روش عقلاً قرار گرفته باشد و همان‌گونه که عاقلان در سخن گفتن سنجیده می‌گویند و نکته‌ها را فرو نمی‌گذارند اثر قانون‌گذار نیز چنین باشد، کار او حکمیانه است.

اما حق این است که تفسیر حکمت قانون‌گذار نیازمند بازگشودن نقاط تاریک بیشتری است. آیا حکمت قانون‌گذار فقط باید در «دقت منطقی و فلسفی» الفاظ او جستجو شود؟ یعنی فقط مباحث اطلاق و تقييد و عام و خاص و مانند اينها در دایره حکمت قرار می‌گيرند؟ یا الفاظ - که حامل معانی مورد نظر قانون‌گذارند - نقطه آغاز فهم اراده قانون‌گذار هستند؟ آیا معنای حکمت

قانون‌گذار، توسل به ظاهرترین و نزدیک ترین معانی الفاظ و توسل جستن به ترمینولوژی واژه هاست؟ یا حکمت قانون‌گذار، درک و دریافت منظومه‌های حقوقی و قراردادن داده‌های حقوقی در جاهایی است که منطق روشی از وجودشان در آن جاها حکایت می‌کند؟ آیا قاضی هر مقره‌ای را به همان معنایی که در اولین نگاه و اولین تفسیر به ذهن می‌رسد باید درک و اجرا کند؟ یا می‌تواند به تفسیرهای دورتر از ظاهر الفاظی که در اختیار اوست توسل بجوید تا بتواند مقره‌ای را که ناصواب می‌باید به معنای صواب نزدیک کند؟ مثلاً دلایل تاریخی، مطالعات تطبیقی، اصول کلی حقوق و... را به یاری بگیرد تا مقره پیش رو را در سامانه درستی که می‌شناسد یا تنظیم می‌کند قرار دهد؟

حق این است که حکمت را نباید فقط در دقت‌های لفظی جستجو کرد؛ بلکه حکمت باید در تأسیس و تدوین و حفظ منظومه‌ها و سامانه‌ها و اصول حقوقی دیده شود. حکمت قانون‌گذار، توجه یافتن به همه قواعدی است که داده‌های فراوان حقوقی را در منظومه‌های کوچک و بزرگ جا می‌دهند و هماهنگ و هم جهت می‌سازند. خواه این قواعد راجع به الفاظ باشند یا به سوابق تاریخی یا اصول کلی حقوقی و یا تقسیمات اساسی شاخه‌های حقوق و مانند اینها.

۴- آثار فرض حکمت

مفهوم انگاشتن حکمت قانون‌گذار آثار مهمی در پی دارد که اشاره به مهم ترین آنها ضروری به نظر می‌رسد:

۱-۴- فهم و تفسیر کلام قانون‌گذار براساس موازین حکمت

تردیدی وجود ندارد که اجرای هر قانون مستلزم درک و فهم آن است و از آنجا که ممکن است درک و فهم افراد از یک قانون یکسان نباشد لزوماً همه قضات همه قوانین را یک گونه درک و دریافت نمی‌کنند. بلکه به مقتضای سعه یا ضيق دامنه علوم و اطلاعات و یا به دلیل تفاوت‌های ذاتی توانایی‌های ذهنی، در فهم و درک قوانین اختلاف رخ می‌دهد. این اختلاف‌ها پدیده

ناشناخته‌ای نیست و قانون‌گذاران نیز به آن توجه داشته‌اند. به همین دلیل است که اصل ۷۳ قانون اساسی، ضمن آنکه شرح و تفسیر قوانین عادی را در صلاحیت مجلس شورای اسلامی می‌داند، تصریح کرده است که این امر مانع از تفسیری که قضات در جریان رسیدگی به پرونده‌ها از قوانین می‌کنند نیست.^۱

اما قضات براساس چه موازینی قوانین را تفسیر کنند؟ نزدیک ترین راه کشف اراده قانون‌گذار البته واکاوی الفاظ اوست. ولی الفاظ همیشه کافی نیستند؛ خواه به دلیل آن که ممکن است قانون‌گذار از قاعده‌ای که می‌پنداریم باید رعایت کند تبعیت نکند یا از قاعده‌ای غیر آنچه می‌پنداریم تبعیت کرده باشد.

مالحظه مجموعه مباحث جذاب و دقیق الفاظ که علمای اصول مطرح کرده‌اند نمایانگر نکته‌ای ظریف است و آن اینکه قواعد همه مباحث، ناظر به کلام حکیمی است که منطقی یا فیلسوف است و گویا در همه کلماتش تابع منطق ارسطوی است.

ولی آیا گفتارهای حکیمان از قواعد دیگری نیز پیروی نمی‌کند؟ آیا صناعات ادبی در کلام قانون‌گذار حکیم جایی ندارند؟ مثلاً در بحث تمسک به اطلاق، آیا اطلاق کلام شاعر و ادیب همچون اطلاق کلام فیلسوف منطقی است؟ آیا قانون‌گذار حکیم، حکم خود را همیشه با صراحة و شفافیت تمام بیان می‌کند؟ یا ابهام و اجمال در بیان نیز ممکن است حکمت آلد باشد؟ مثلاً ما می‌دانیم که در مجلس تدوین قانون اساسی، در مورد اینکه آیا رئیس جمهور باید از میان «مردان» انتخاب شود اختلاف نظر وجود داشته و نهایتاً در اصل ۱۱۵ قانون اساسی واژه «رجال» سیاسی برگزیده می‌شود تا آنان که مرد بودن را از شرایط لازم می‌دانند مقاعد شوند که این مقام ویژه

۱. «شرح و تفسیر قوانین عادی در صلاحیت مجلس شورای اسلامی است. مفاد این اصل مانع از تفسیری که دادرسان، در مقام تمیز حق، از قوانین می‌کنند نیست».

مردان است و آنان که معتقدند زنان نیز می‌توانند به مقام ریاست جمهوری برسند استدلال کنند که مقصود از «رجال سیاسی»، «شخصیت‌های سیاسی» بوده است.^۱

۴-۲- اعطای نقش به قاضی برای پاسداری از سامانه حقوق

فرض حکمت قانون‌گذار، نابسامانی‌های ناشی از شتاب و ضعف و اشتباه قانون‌گذار در سامانه حقوق را سازمان می‌بخشد. مشکلاتی از قبیل عدم انسجام و هماهنگی بین قوانین، تصویب قوانین بدون توجه به مبانی و اصول نظام حقوقی، رعایت نکردن اصول نگارشی و ادبی و اشکالات دیگری از این دست، نمی‌تواند جز با تفسیر حکمت آمیز مرتفع شود. قاضی همانگونه که قبلًاً نیز اشاره شد باید سکوت، اجمال و نقص قوانین را مرتفع نماید.^۲

امید آنکه صاحبان دانش و اندیشه گامهای موثر برای گسترش مبحث حکمت قانون‌گذار را بردارند و همه قاضیان، وکیلان، مشاوران و دست اندکاران تدوین، تفسیر و اجرای قوانین، برای تحقق عدالت، با نگاه حکیمانه به وضع و اجرای قوانین پردازنند.

۱. در اصول فقه هم «تفیه» را از جهاتی دانسته‌اند که بر اساس آن می‌توان منطق کلام را نادیده گرفت.

۲. اصل ۱۶۷ قانون اساسی: «قاضی موظف است کوشش کند حکم هر دعوا را در قوانین مدونه بیابد و اگر نیابد با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر، حکم قضیه را صادر نماید و نمی‌تواند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین مدونه از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزد».

رژیم حقوقی حاکم بر جبران خسارت ناشی از تزریق واکسن کرونا

(نوع مقاله: علمی – پژوهشی)

همیدرضا بهروزیزاد^۱

چکیده:

وقوع بیماری کرونا و انحصار درمان آن با واکسن باعث شده است که ابهامات حقوقی در خصوص مسئولیت مدنی ناشی از تزریق واکسن کرونا و سایر واکسن‌ها پدیدار شود. در این مقاله به روش کتابخانه‌ای رژیم حقوقی حاکم بر جبران خسارت ناشی از تزریق واکسن در حقوق کشورهای مختلف و چالش‌هایی که بر سر راه تحقق جبران خسارت آن به وجود می‌آید را بررسی و راهکارهای رفع آن چالشها را بیان نماید. شاید مانع عمدہ‌ای که بر سر راه حکم به مسئولیت مدنی وجود دارد عدم تحقق رابطه سببیت است.. برای رفع این ایراد به نظر می‌رسد یکی از راهکارهای عمدہ تشکیل صندوقهای جبران خسارتی است که متعهد باشد در هر صورت خسارات بدنی و مالی ناشی از تزریق واکسن را پرداخت نماید. در واقع بیمه مسئولیت مدنی توجیه تشکیل این نوع صندوقها می‌باشد. در مورد سایر خسارات نیز لزوم مفروض انگاشتن رابطه سببیت باعث خواهد شد که در واقع مشکل اصلی حکم به مسئولیت مدنی نیز رفع شود. اگر این راهکارها اتخاذ شود در این صورت افراد بیشتری را در سراسر جهان و ایران ترغیب به تزریق واکسن خواهد نمود. در واقع تحلیل اقتصادی لزوم جبران خسارت نیز ما را به راهکارهایی که اتخاذ نمودیم خواهد رساند.

کلیدواژه‌ها: واکسن، کرونا، مسئولیت مدنی، صندوق جبران خسارت، رابطه سببیت.

۱. دکترای تخصصی، استادیار گروه حقوق خصوصی مؤسسه آموزش عالی شهریار
Email: behroozi_hamidreza@yahoo.com

بیماری فراغیر کرونا طوفانی در جهان ایجاد کرد و باعث تغییراتی در زندگی اینانی بشر گردید. برای مقابله با این بلیه الهی تدابیری اندیشه شده است که بازترین آنها تزریق واکسن می‌باشد. بدیهی است با توجه به اینکه واکسن یک فرآورده علمی- صنعتی می‌باشد ممکن است عوارضی را ایجاد نماید و باعث ایجاد صدمات مالی و روحی و جسمی شود. اما جبران خسارت در مورد تزریق واکسن و حکم به مسئولیت مدنی در مورد واکسن دشواری‌های خاص خود را دارد. با توجه به اینکه فراغیری بیماری کرونا باعث شده است تا مباحث حقوقی پیرامون آن بیشتر از دوران قبل از این بیماری باشد، بنابراین باید چالش‌های حکم به جبران خسارت را بیان نمود. پس سوال اصلی تحقیق این است که در چه شرایطی می‌توان حکم به مسئولیت مدنی تزریق واکسن داد؟ فرضیه تحقیق هم این است که با توجه به دشواری‌هایی که در خصوص احراز ارکان مسئولیت مدنی وجود دارد باید به سمت نظریات نو در حوزه مسئولیت مدنی با تأکید بر بیمه مسئولیت مدنی رفت. مقاله حاضر تلاشی است برای اینکه با بررسی تطبیقی، نظام حقوقی حاکم بر تزریق واکسن و چالش‌های جبران خسارت و راهکارهای آن بیان شود تا بتوانیم نظامی فراغیر و جهانی برای رفع این مشکل تاسیس و از تجربه‌های مثبت و مفید سایر کشورها برای حل مشکلات ناشی از تزریق واکسن استفاده نماییم و در مقابل شاید بتوانیم مباحث ارزشمند فقه امامیه و حقوق ایران را هم به سایر کشورها انتقال دهیم. برای نیل به این مقصود ابتدا مباحث مربوط به نظریه‌های جدید مطرح در باب مسئولیت مدنی را به طور خلاصه مطرح می‌نماییم این نظریه‌ها طلیعه‌ای برای ورود به بحث اصلی خواهد بود. با توجه به ارکان مسئولیت مدنی که در نظامهای حقوقی وجود دارد در ادامه چالش‌های حکم به مسئولیت مدنی را به صورت تطبیقی بیان خواهیم نمود و سپس به بیان راهکارهایی که در حقوق کشورها مخصوصاً کشورهای عضو اتحادیه اروپا برای حل این مشکل وجود دارد خواهیم پرداخت و این راهکارها را با فقه امامیه و حقوق ایران بررسی تطبیقی خواهیم نمود. و در پایان به نتیجه‌گیری و ارائه پیشنهادات با تأکید بر حوزه بیمه مسئولیت مدنی می‌پردازیم.

نظریه‌های جدید مطرح در خصوص مسئولیت مدنی:

در حقوق مسئولیت مدنی در اکثر کشورها مبنا نظریه تقصیر بود اما بعد از انقلاب صنعتی کم کم از رونق نظریه تقصیر کم و نظریه‌های جدید، مخصوصاً با توسعه فن آوری، مطرح گشت، لازم است ابتدا در خصوص دلایل مطرح شدن نظریات جدید و شمه‌ای از آنها پردازیم و سپس به بیان یکی از مهم‌ترین رویکردهای مطرح در خصوص مسئولیت مدنی که همان ماده ۴ دستورالعمل ۱۹۸۵ جامعه اروپایی است خوھیم پرداخت.

۱- دلایل مطرح شدن نظریات جدید در باب مسئولیت مدنی:

دشواری اثبات تقصیر تولید کننده در غالب دعاوی مصرف کننده و به طورکلی زیان دیده را با شکست موواجه می‌کرد. زیرا امکانات مالی و فنی عرضه کننده که در قالب شرکت یا بنگاه اقتصادی فعالیت می‌کند، موققیت در دعواه مسئولیت مدنی مبتنی بر تقصیر را برای مصرف کننده کم می‌کند (بادینی، ۱۳۷۶: ۷۱-۷۵). داراب پور، ۱۳۸۷: ۲۰۳ و ۲۰۴. صفائی و رحیمی، ۱۳۹۹: ۶۲ ش ۴۱). از طرف دیگر، اثبات تقصیر عرضه کننده مستلزم ارجاع موضوع به کارشناس و پرداخت هزینه‌های سنگین برای اظهار نظر در خصوص تقصیر یا عدم تقصیر است (بادینی، ۱۳۸۴: ۴۴۸، ش ۲۰۲).

حقوق دانان با توجه به مبانی مختلف در توجیه مسئولیت و با پذیرش وحدت اساسی مسئولیت قرارداد و مسئولیت خارج از قرارداد و تفاوت‌های اندک و غیرهم و قابل بحث و محل اختلاف آنها، از جمله تفاوت در مفهوم تقصیر و اثبات آن، تمایز در قابلیت پیش بینی ضرر، شرط عدم مسئولیت، مسئولیت تضامنی، مرور زمان و اهلیت، به دنبال مبنای برای پذیرش مسئولیت عرضه کنندگان کالای معیوب و خطرناک بودند که از مصرف کننده به طور کامل حمایت نماید و برخی در این خصوص به مسئولیت قراردادی استناد می‌کردند که خالی از اشکال نبود. (برای مطالعه در این خصوص رک به صفائی و رحیمی، ۱۳۹۹: ۷۸، ۹۸).

نظریات جدیدی هم مبنی بر مسئولیت بدون تقصیر یا فرض تقصیر برای حمایت از زیان دیده در غرب مطرح شده است که اینک به برخی از آنها اشاره می‌کنیم.

۲- نظریات جدید در حوزه مسئولیت مدنی:

در نظامهای پیشرفته مسئولیت مدنی، سعی شد از طریق قالبهای حقوقی «فرض تقصیر»، «مسئولیت مبتنی بر تضمین سلامت کالا و خدمت» و «مسئولیت مخصوص»، از مصرف کنندگان در برابر تولیدکنندگان کالاهای خدمت حمایت شود. (بادینی و شعبانی کندسری، ۱۳۹۱: ۳۱) در این میان دو نظریه فرض تقصیر و مسئولیت مخصوص بیشتر مورد توجه حقوقدانان بوده است. منظور از فرض تقصیر این است که برای فرض تقصیر ریشه قراردادی قائل شده اند. بدین ترتیب که متعهد از طریق قرارداد، متعهد به انجام تعهدی می‌شود. انجام ندادن این تعهد خود تقصیر است و تفاوت فرض تقصیر قراردادی با فرض تقصیر قانونی یا به تعبیر درست تر اماره تقصیر^۱ قانونی این است که در فرض تقصیر (amarah تقصیر) قانونی هرگاه خوانده دعوی عدم تقصیر خود را ثابت کند از مسئولیت مبری می‌شود. ولی در فرض تقصیر قراردادی اثبات خلاف فرض مزبور امکان پذیر نیست^۲ یعنی نمی‌توان با اثبات این امر که مراقبت‌های متعهد از مسئولیت مبری می‌گردد که ثابت نکرده از مسئولیت مبری گردید و صرفاً در صورتی متعهد از مسئولیت مبری می‌گردد که پیش‌بینی و جلوگیری از وقوع آن را نداشته است یعنی قوه قاهره آن را به وجود آورده و توانایی کند که احتراز از ورود زیان غیر ممکن بوده است یعنی قوه قاهره آن را به وجود آورده و توانایی آن هم باید غیر قابل پیش‌بینی و اجتناب ناپذیر باشد علت ورود زیان بوده است. (کاتوزیان، ۱۳۸۱: ۷۲؛ صفائی و رحیمی، ۱۳۹۷: ۸۴)

به نظر می‌رسد مبنای مسئولیت مخصوص در قالب نظریه خطر یا نظریه تضمین یا نظریه‌های دیگر به عنوان آخرین دستاوردهای بشری، تا حدود زیادی توانسته است مشکلات مذکور را مرتفع

۱. در حقوق ایران گاه فرض قانونی و اماره قانونی به یک معنی به کار می‌رود و گاه بین آنها تفاوت قائل شده می‌گویند: اثبات خلاف فرض قانونی مجاز نیست ولی خلاف اماره قانونی را می‌توان اثبات کرد (ماده ۱۳۲۳ ق.م.). لیکن در حقوق فرانسه امارات را به تغییر پذیر و تغییر ناپذیر تقسیم می‌کنند.
۲. البته این قاعده مربوط به تعهد به نتیجه است. اما در قراردادهایی که مفید تعهد به وسیله است مانند قراردادهای امنی اثبات تقصیر برای مسئولیت متعهد لازم است (صفایی و رحیمی، ۱۳۹۹: ۸۳).

کند، به نحوی که امروزه گرایش به این مبنا در حقوق غالب کشورها به وضوح دیده می‌شود (بزرگمهر، ۱۳۸۴: ۲۸). در این صورت مسئله تقصیر مطرح نمی‌شود و کافی است بین عیب و ضرر رابطه سببیت وجود داشته باشد.

۱-۳: ماده ۴ دستور العمل ۱۹۸۵ جامعه اروپا:

یکی از مهمترین موادی که در خصوص مسئولیت محض در سطح بین المللی وجود دارد ماده ۴ دستورالعمل ۱۹۸۵ جامعه اروپا^۱ است که عناصر تحقق مسئولیت محض را برمی‌شمرد. ماده ۴ دستورالعمل شامل واکسن نیز می‌شود. این دستورالعمل اتحادیه اروپا فقط شامل اموال منقول می‌باشد و اموال غیرمنقول از این دستورالعمل خروج موضوعی دارند علت آن هم این است که قوانین ملی مقررات متعدد و خاصی بر این نوع اموال وضع نموده‌اند و دلیل مهمتر آنکه با توجه به اینکه اموال غیرمنقول محل استقرار ثابتی دارند بنابراین منطق حقوقی اقتضا می‌نماید که قانون ملی حاکم بر آنها باشد. درحالی‌که اموال منقول به‌راحتی از محلی به‌محل دیگر منتقل می‌شوند و طبیعی است که با هدف دستورالعمل در صورتی که با غمض نظر از کشور محل تولید و محل معامله مقررات یکسانی بر این اموال حاکم شوند سازگاری بیشتری دارند. (Borger, 2017: 187)

یکی از مهمترین اهداف این دستورالعمل براساس ماده ۴ و سایر مواد آن حق جبران خسارت است. حق جبران خسارت برای تضمین حقوق مصرف کنندگان و محافظت از ایمنی، سلامت، منافع اقتصادی و قانونی آنها در برابر خطرات و تهدیدات وضع شده است. (Valant, 2015: 3)

برای نیل به این هدف لازم است اطلاعات لازم به مصرف کنندگان داده شود. براین اساس کمپین‌های آگاهی بخشی با تمرکز بر حقوق مصرف کننده یا در زمینه سیاستهای خاص مانند حقوق مسافر، حقوق آنلاین (درک به قانون آنلاین اتحادیه اروپا) اعتبار مصرف کننده و غیره ایجاد شدند و این کمپین‌ها یک رویه مسلم در سراسر اتحادیه اروپا است. علاوه بر حق اطلاعات، حق آموزش

1. Directive 85/374/EEC on product liability.



برای مصرف کنندگان نیز بسیار مهم است. برای این منظور، ابزارهای آنلайн (برای تبادل بهترین شیوه‌ها و مطالب مربوط به آموزش مصرف کننده یا دوره‌های آموزشی خاص برای موسسات غیر انتفاعی مستقل و برای آموزش مریبان) در سطح اتحادیه اروپا ایجاد شده است که در مورد حقوق مصرف کننده آموزش‌های عملی می‌دهند. وب سایت کلاس روم نیز با هدف آموزش معلمان طراحی شده است و دوره‌های آموزشی خاصی برای موسسات غیرانتفاعی (به عنوان مثال آموزش برای مریبان) برگزار شده است. در سطح اتحادیه اروپا حمایت از مصرف کنندگان در بخش خدمات مالی با هدف گستردگی تر حمایت منافع اقتصادی آنها مورد لحاظ قرار گرفته است. زیرا حوزه خدمات مالی بسیار پیچیده است و خطرات جدی برای مصرف کنندگان دارد، به ویژه اینکه اکثر آنها قادر به درک محصولات پیچیده مالی نیستند، یا وامهای نامناسب را براساس انتخابهای ناآگاهانه دریافت می‌نمایند. (برای مطالعه بیشتر رک به Consumer Protection Aspects of Financial Services, EPRS, 2014

ویژگی مهم دیگر این دستور العمل که در مورد ماده ۴ هم بسیار اجرا شده است این است که دائماً به طور رسمی گزارش هایی در مورد آن توسط نهادهای رسمی ارائه می‌شود. بین سالهای ۲۰۰۱ و ۲۰۰۶، شورا و کمیسیون دو گزارش برای ترسیم تاثیرات این دستورالعمل در اتحادیه اروپا تهیه نمودند. (Report from the Commission to the Council, the European Parliament and the European Economic and Social Committee(2006) p5)

گزارش دوم همچنین چگونگی تاثیر این دستور العمل بر مشاغل اروپایی و رقبای خارجی آنها را بررسی می‌کند. (Commission Report on the Application of Directive 85/374 on Liability for Defective Products,2001,9)

۲- مشکلات جبران خسارت ناشی از تزریق واکسن و راهکارهای

مقابله با آن:

مشکلات متنوعی در خصوص جبران خسارت وجود دارد که بنا بر اختصار به پاره‌ای از آنها

اشاره می‌شود:

۱- ملاحظات و منافع اجتماعی و راهکار مقابله با آن:

می‌توان با جرأت ادعا کرد که افکار عمومی جهانی بر این باورند که در نتیجه استفاده از واکسیناسیون بیشترین مقدار از سلامت حاصل خواهد شد و بنابراین ملاحظات خاص افرادی که در نتیجه ایمن سازی آسیب می‌بینند را تقریباً نادیده می‌گیرند. به عبارت دیگر بهداشت و منافع عمومی جامعه بر منافع افراد جامعه ترجیح دارد. انسجام اجتماعی جامعه هم اقتضا می‌نماید که افراد و خانواده‌ها وقتی که به طور جدی و ناگهانی با بیماری مرموز روبرو می‌شوند و این بیماری سلامت خود و خانواده آنها را تهدید می‌نماید با تمسمک به واکسن به مقابله با این بیماری پپردازند، حتی اگر افرادی از این واکسیناسیون متضرر شوند. همچنین سیاست عمومی دولتها بر این است که بی اعتمادی به واکسن کاهش یابد. در واقع دولتها به سمت واکسیناسیون اجباری در حال حرکت هستند زیرا می‌دانند هر قدر واکسیناسیونهای داوطلبانه کمتر شود بیماری همه گیر بومی و جهانی دوباره فraigیر خواهد شد. دو مثال عینی این تلاشهای دولتها عبارتست از: ۱- وضع قانون جنجالی توسط پارلمان ایتالیا که براساس آن واکسن‌های اجباری و رایگان از ۴ مورد به ده مورد افزایش یافت. (L. n. 119/2017)

۲- در ماه می سال ۱۹۹۴، ۲۰۱۲ کشورها برنامه عملی واکسیناسیون جهانی را تایید نمودند.

(www.who.int/immunization/global_vaccine_action_plan/GVAP_doc_2011_2020/en/)

از لحاظ فلسفی وقتی یک طرح جایگزین برای واکسن وجود نداشته باشد، بررسی ریسک/سودمندی به ارزیابی سود یک نوع محصول تبدیل می‌شود. بنابراین رویه قضایی یک

کشور تابع حقوق نوشته، در تقابل بین منافع عمومی با منافع فردی ترجیح را به منافع عمومی می‌دهد. (VISCUSI, 1991: 2)

به همین جهت بود که تا مدت‌ها در حقوق کشورهای مدرن جبران خسارتی در خصوص واکسیناسیون صورت نمی‌گرفت.

از لحاظ تاریخی پی بردن به احتمال آسیب واکسن به طور نسبی در انگلستان رخ داد. در اوایل سال ۱۹۳۰، مطبوعات آن زمان گزارش واکنش‌های نامطلوب به واکسیناسیون آبله را منتشر نمودند.

زمان زیادی سپری (Further Report on Post-vaccinal Nervous Disease (Cmd 3738, 1930)

گشت تا رای به جبران خسارت براساس شرایط قانونی داده شد.

سیر آن نیز به این نحو بود که دهه ۷۰ یک کارزار سازمان یافته برای اعطای غرامت و جبران خسارت واکسن انجام شد. در ابتدا از طریق ابتکارات فردی و سپس با یک کارزار پارلمانی^۱ و تحقیق توسط مقامات منصوب دولتی در مورد این مسئله، این کارزار به سرانجام رسید. (Parliamentary Commission for Administration, Sixth Report for Session 1976–77, Whooping Cough Vaccination, 26 October 1977) نقطه عطف تلاش برای جبران خسارت با تاسیس کمیسیون سلطنتی مسؤولیت مدنی و جبران خسارت شخصی در سال ۱۹۷۲ با ریاست لرد پیرسون بود که در خصوص بررسی میزان و روش غرامت در رابطه با مرگ یا جراحات شخصی صلاحیت داشت. در گزارش نهایی، کمیسیون سلطنتی پیرسون مسؤولیت مغض را برای محصولات معیوب توصیه نمود.

-
1. Jack Ashley MP attempted to raise the issue of compensation for vaccine-damaged children in Parliament in 1974: HC Deb, 31 January 1974, Vol 868, Col. 718–730.

Royal Commission on Civil Liability and Compensation for Personal Injury (Cmnd 7054, 1974). که البته این توصیه عمومی به مرحله اجرا نرسید. (WHITTAKER, 2005: 432)

اما توصیه ویژه این کمیسیون برای ایجاد یک صندوق قانونی اختصاصی برای آسیب واکسن، با ایجاد یک صندوق قانونی براساس قانون پرداخت خسارت واکسن^۱، دنبال شد. (HARLOW, 1979: 317)

قانون پرداخت خسارت واکسن ۱۹۷۹ و مقررات جانبی آن^۲، از اوایل سال ۱۹۷۹ میلادی به اجراء آمد و امکان تامین مبلغ بسیار زیاد خسارت را برای افرادی که در نتیجه واکسیناسیون علیه بیماری‌های مشخص شده معلول می‌شوند فراهم کرد.

این قانون در ابتدا براساس بند ۲ ماده ۱ دیفتری، کزار، سرفه، فلج اطفال، سرخک، سرخچه، سل و آبله را پوشش می‌داد و سپس براساس اصلاحیه آگوست ۲۰۱۰ شامل اوریون، هموفیلوس، آنفلوآنزای نوع ب، منزیت نوع سی و ویروس پاپیلومای انسانی، آنفلوآنزای همه گیر نیز شد. و سپس براساس اصلاحات سال ۲۰۱۵ بطبق ماده ۲ شامل روتا ویروس، آنفلوآنزا (البته به استثنای آنفلوآنزای ناشی از ویروس آنفلوآنزای همه‌گیر)، منزیت وی و منزیت بی نیز براساس اصلاحات سال ۲۰۱۶ اضافه شد. البته ویژگی مهم حقوق انگلیس این است که واکسیناسیون اجباری در حقوق انگلیس وجود ندارد.

براساس این قوانین، به جز برخی موارد خاص (مانند نیروهای مسلح مشغول خدمت در نقاط دیگر و خانواده و فرزندان آنها و افرادی که به عنوان بخشی از کادر خدمت پزشکی در کشور دیگری واکسن زده باشند) براساس بند ۱ ماده ۲ قانون پرداخت خسارت واکسن، واکسیناسیون باید در انگلیس اتفاق افتاده باشد. واکسیناسیون باید زمانی اتفاق افتاده باشد که مدعی زیر ۱۸ سال داشته باشد و یا هنگام شیوع بیماری در انگلیس یا جزایر وابسته به آن باشد. در مورد فلج

-
1. Vaccine Damage Payments Act 1979
 2. Vaccine Damage Payments Regulations 1979.

اطفال، سرخچه، منثیت نوع سی، ویروس پاپیلومای انسانی، آنفلوآنزای همه گیر و منثیت نوع اوی قبل از ۲۶ سالگی این واکسیناسیون باید اتفاق افتاده باشد. همچنین براساس بند ۳ ماده ۱ قانون فوق، جنین مادرانی که برای یکی از بیماری‌های فوق واکسینه شده باشند و زنده متولد نشود نیز مشمول این قانون می‌شد.

باتوجه به اینکه این قانون براساس مسئولیت بدون تقصیر طراحی شده است، بنابراین لازم نیست که سهل‌انگاری یا هر نوع تقصیر طرف دیگر یا مقامات قانونی اثبات شود و در هر صورت صندوق خسارات را جبران می‌نمود. (FAIRGRIEVE,2003 Ch. 8)

مبلغ اصلی جبران خسارت بر طبق قانون ۱۹۷۹ ده هزار پوند بود که در طول سالها افزایش یافته و براساس قانون Vaccine Damage Payments Act 1979 Statutory Sum Ord. 2007 در حال حاضر به صدوبیست هزار پوند رسیده است.

در حقوق ایتالیا نیز براساس قانون ۹۲/۲۱۰ یک صندوق جبران خسارت عمومی ایجاد شد و قضات دادگاهها براساس این قانون رای می‌دادند. برای مثال در پرونده‌ای دادگاه برای جبران عوارض ناشی از واکسن‌های اجباری و خسارات ناشی از انتقال خون آلوده، حکم به جبران خسارت داد. با توجه به اینکه این صندوق فقط موارد واکسیناسیون اجباری را پوشش می‌داد دادگاه قانون اساسی ایتالیا دامنه شمول این قانون را توسعه داد و به مواردی که واکسیناسیون بر طبق قانون اجباری نیست ولی دولت توصیه به انجام آن دارد نیز تعمیم داد (CARANTA,1998,1352).

جبران خسارتی که دادگاه به آن حکم می‌داد در واقع نوعی غرامت قانونی بود و کمتر از میزان جبران خسارت کامل بود. بر این اساس غرامتی که رای داده می‌شد تقریباً بین ۷۵۰ تا ۸۵۰ یورو در ماه بود. اگر بیماری خاصی علاوه بر بیماری ایجاد شده نیز عارض می‌شد دادگاه با توجه به اینکه امر معمولی بود خود غرامت بیشتری تعیین می‌کرد. در صورت فوت نیز به ورثه متوفی پانزده میلیون یورو تعلق می‌گرفت حتی اگر از نظر مالی به مورث وابسته نبودند.

فکر حمایت از منافع عمومی را در قانون آلمان می‌توان در قانون حفاظت در برابر ویروسها مصوب سال ۲۰۰۱ آلمان^۱ دید. در ماده ۲ این قانون «خسارات واکسیناسیون» اینطور تعریف شده است: «پیامد مربوط به سلامتی و اقتصادی واکسیناسیون بیشتر از واکنش طبیعی به واکسیناسیون باشد.» ایده اصلی این قانون این است که واکسیناسیون نه تنها به منظور محافظت از فرد بلکه در خدمت منافع عمومی برای جلوگیری از شیوع بیماری‌هاست. (RITZ, 2014, n. 1)

در حقوق ایران نیز با توجه به وقوع حوادث رانندگی متعدد براساس قانون بیمه اجباری سال ۱۳۴۷ صندوق تامین خسارات بدنی ایجاد شد و در قانون بیمه اجباری مسئولیت مدنی سال ۱۳۸۷ این نهاد کماکان ابقاء شد و در ماده ۲۱ قانون بیمه اجباری خسارات وارد شده به اشخاص ثالث در اثر حوادث ناشی از وسایل نقلیه ۱۳۹۵ نیز مقرر شد که: «به منظور حمایت از زیان دیدگان حوادث ناشی از وسایل نقلیه، خسارت‌های بدنی وارد به اشخاص ثالث... توسط صندوق مستقلی به نام «صندوق تامین خسارت‌های بدنی» جبران شود.» بنابراین می‌توان با وضع قانونی در مورد تزریق واکسن کرونا خسارت‌های بدنی و حتی فراتر از آن خسارت‌های مالی ناشی از این تزریق را نیز جبران کرد.

از لحاظ فقهی نیز قاعده «لا بیطل دم امرء مسلم» نیز دلالت بر این دارد که خون مسلم نباید هدر برود. براساس این قاعده که از اهم قواعد باب دیات است اگر مسلمان بی گناهی کشته شود و قاتل او پیدا نشود یا به هر دلیلی اعم از اینکه قتل عمدی نباشد یا به دلایل موانع اجرای قصاص جانی قصاص نشود خون او هدر نمی‌رود و باید دیه او پرداخت شود. برخی از نویسندگان با توجه به واژه «دم» در این قاعده و برخی از روایات اسم این قاعده را قاعده ارزش خون نامیده‌اند. (عبدی‌نی، ۱۳۸۳: ۷۹-۴۴) در هر صورت چون جبران خسارت بدنی به وسیله دولت در فقه امامیه و حقوق ایران مصدق دارد پیش بینی نهادی شبیه آنچه در قوانین جزایی و قانون بیمه

1. Infektionsschutzgesetz; IfSG

اجباری ۱۳۹۵ آمده ضروری به نظر می‌رسد. همچنین چون تزریق واکسیناسیون همگانی کرونا به تشخیص حاکمیت صورت می‌گیرد می‌توان دامنه خسارات را از بدنی به مالی نیز حتی توسعه داد.

در خصوص جزیيات این صندوق باید افزود که این صندوق باید جبران خسارت کلیه متضررین از واکسیناسیون اجباری کرونا و سایر بیماریها را پوشش دهد در مقام اثبات، اصل بر این است که واکسیناسیون سبب این خسارت جانی یا مالی شده است مگر اینکه صندوق پس از پرداخت خسارت بتواند اثبات نماید که عامل دیگری علت انحصاری ورودضرر به فرد بوده است. در مورد منابع مالی این صندوق نیز می‌توان قائل شد که ده درصد از جرایم مالی مربوط به بیماری کرونا به این صندوق اختصاص یابد و ضمناً شرکتهای عمده تولید کننده واکسن موظف به بیمه محصولات خود هستند و در صورتی که جرایم مالی کفاف این صندوق را ننماید این صندوقها مکلف هستند برای مازاد مخارج خود به شرکتهای بیمه و دولت جمهوری اسلامی ایران به طور تضامنی مراجعه نمایند.

راهکار دیگر استفاده از بیمه مستقیم یا بیمه حوادث است. توضیح مطلب آنکه امروزه در حوزه مسئولیت مدنی نوعی وحدت گرایی محقق شده است. در این میان کشورهای عضو اتحادیه اروپا به دلیل فرایند یکپارچگی اقتصادی و سیاسی ضرورت این یکسان سازی و وحدت را بیشتر از سایر کشورها احساس نموده اند. با این حال بررسی مختصر نظام مسئولیت مدنی در کشورهای اتحادیه اروپا بیانگر این مطلب است که اساس و بنیان این نظامهای حقوقی به طور بنیادین با هم متفاوت است. از این رو فرایند وحدت گرایی نیازمند ایجاد باورهای مشترک می‌باشد. (طباطبایی نژاد، ۱۳۹۷: ۸۲) در وحدت گرایی حوزه بیمه و قواعد انتظامی از مهمترین حوزه‌های وحدت گرایی هستند. اهمیت بیشتر را بیمه دارد چون در برخی زمینه‌ها بیمه جایگزین مسئولیت مدنی شده است (ایرانلو، ۱۳۸۷: ۳۸). در واقع بیمه مسئولیت و تامین اجتماعی سبب شده است که بیمه به عنوان سازوکاری برای توزیع ضرر مورد استفاده قرار گیرد. (بادینی، ۱۳۹۲: ۳۵۱)

البته در سالهای اخیر از جمله عوامل تاثیرگذار در زمینه قوانین مسئولیت مدنی و بیمه، نقشی است که اصول و قواعد اقتصادی ایفا می‌کند. اگر بپذیریم که بسیاری از فعالیتهای اجتماعی ما یا معلول خواسته‌های اقتصادی هستند و یا به آثار اقتصادی می‌انجامند (عامری، حاج محمدی، ۱۳۹۷: ۸۵) با توجه به تاثیر اقتصادی که بیماری کرونا بر روی جوامع انسانی داشته است قطعاً جهت گیری مسئولیت مدنی و بیمه باید به نحوی باشد که ریسک استفاده از واکسن را به حداقل ممکن برساند تا مردم عادی برای تزریق واکسن تشویق شوند. بنابراین پیش بینی صندوق خسارت‌های بدنی یا بیمه مسئولیت مدنی امری مهم است. به عبارت دیگر، «بیمه مسئولیت مدنی بدون تحول مسئولیت مدنی ابزار کارآبی برای جبران خسارت نخواهد بود. (ایزانلو، ۱۳۸۷: ۳۹) مسئولیت مدنی نیز زمانی متحول خواهد شد که نگاه اقتصادی به حوزه مسئولیت مدنی و بیمه‌ها داشته باشیم. این دیدگاه خطر توسعه را نیز برطرف می‌نماید. در حقوق ایران نیز زنده یاد دکتر کاتوزیان برای اولین بار با نگارش مقاله‌ای با عنوان «حمایت از زیان دیده و مسئولیت تولید کننده در حقوق فرانسه» به «خطر توسعه» اشاره نمودند و تعریفی به نحو اختصار از آن ارائه دادند. (کاتوزیان، ۱۳۸۴: ۱۹۶) ایشان در آثار بعدی خود تبیین بیشتری در این خصوص ارائه نمودند. توضیح اینکه، خطر توسعه به مثابه دفاع در برابر دعواهای پرداخت خسارات وارد از فناوری خاص است. (کاتوزیان، انصاری، ۱۳۸۷: ۳۰۹) مخصوصاً که امروزه حقوق مسئولیت مدنی، خود به عنوان مانع برای پیشرفت معرفی می‌شود و همواره میان آرزوی پیشرفت ارزشمند از یک سو و میل عمومی به حمایت موارد آسیب پذیر مانند حوادث پزشکی و عوامل زیست محیطی، از دیگر سو تنش و درگیری بوده است. (Tolsma, & de Graaf, 2015) بنابراین اگر بتوانیم بیمه مسئولیت مدنی را تقویت نماییم میان پیشرفت و منافع عمومی تهافتی نخواهد بود و حقوق مسئولیت مدنی دیگر مانع برای توسعه و پیشرفت نیست.

۲-۲: دلسردی سرمایه‌گذاران و راهکار رفع آن:

اگر بنا شود که در هر موردی که خسارتی متوجه افراد شود آنان بتوانند علیه تولیدکنندگان واکسن طرح دعوا نمایند در این صورت این دعواهی بیش از حد باعث خواهد شد که سرمایه

گذاران از تحقیق و توسعه هایی که توسط تولیدکنندگان دارو و دانشمندان این حرفه انجام می شود مایوس شوند. نمی توان انکار کرد که در مواردی طرح چنین دعاوی گسترده، باعث رشد علمی شده است. برای مثال در دهه ۱۹۸۰ میلادی شیوع ویروس ایدز و انتقال آن از طریق تزریق خونهای آلوده باعث شد دعاوی مسئولیت مدنی متعددی شکل بگیرد، همین امر باعث شد که مجتمع علمی روشنی به نام «روش گرم کردن»^۱ ابداع کنند و به حل این مشکل پردازنند. (ژوردن، ۱۳۹۴: ۱۲۰) در هر صورت حتی احتمال یاس سرمایه گذاران کافی است تا قانون گذاران علاقه ای نداشته باشند تا روشهای ساده ای برای طرح دعوی علیه آنها وجود داشته باشد. البته باید توجه داشت که قبل از شیوع بیماری کرونا بازار واکسن یک الیگوپولی^۱ جهانی بود و فقط توسط چهار تولید کننده عمده تولید می شد. این امر از محدودیتهای یک بازار رقابتی بود و به همین خاطر در ایتالیا سازمان ضد احصار این کشور مخالف این رویه بود. (Autorità Garante) در واقع، پیچیدگی بالای واکسن های نسل جدید، همراه با یک سیستم ثبت اختراعی که طولانی مدت بود (PITRUZZELLA MUSCOLO 2016, FRIEDE, 2011) باعث شده بود تولید کننده این فرصت را داشته باشد تا قیمت خود را بدون محدودیتهای یک بازار رقابتی تعیین نماید. (PITRUZZELLA, ARNAUDO 2017, 1)

برای رفع این دلسربدی در حقوق برخی از کشورها قواعدی نیز وضع شده است. برای مثال در نظام حقوقی کامن لا قاعده ای با عنوان «بخوان و توجه کن» وجود دارد، مبنی بر این که تولیدکنندگان داروها و وسایل پزشکی و دارویی وظیفه دارند هشدارهای لازم را در خصوص خطرها و زیانهای استفاده از دارو یا وسیله مورد نظر، بر روی آن درج کنند و در صورتی که چنین کنند، دیگر بابت زیانهایی که به استفاده کننده وارد می شود مسئول نیستند، مگر این که زیان دیده بتواند رابطه سببیت بین زیان وارد بر خود و استفاده از آن دارو یا وسیله را اثبات کند. قاعده

۱. Oligopoly به معنای فارسی احصار چندتایی که فقط شرکتهای محدودی عرضه کننده محصول باشند.

2. Read and Heed

مذکور به نفع تولیدکنندگان وسائل و داروهای پزشکی است و آنها را بری از مسئولیت می‌داند، مگر اینکه خلاف آن اثبات شود (حاجی عزیزی، غلامی، ۱۳۹۲: ۳۵).

۳- ایراد تحمیلی بودن و انحصار و راهکار رفع آن:

بر اساس بخش دوم دستور العمل مربوط به اعمال تجاری غیرمنصفانه در اتحادیه اروپا، بابی تحت عنوان «شروط تجاری تحمیلی» وضع شده است و ماده ۸ این دستور العمل در تبیین شروط تجاری تحمیلی مقرر می‌دارد: «یک عمل تجاری، تحمیلی و ضد رقابتی خواهد بود، اگر با توجه به صورت واقعی آن و با در نظر گرفتن تمام اوضاع و احوال موجود، موجب تهدید، اکراه یا اجبار بیمار شود و با اعمال فشار به طور محسوس حق آزادی انتخاب وی را تحت تاثیر قرار دهد. بنابراین در مورد واکسن کرونا لازم است حق آزادی شهروندان در انتخاب محصول مورد دلخواه خود از سبد متنوع واکسن‌های موجود در بازار توسط کشورها و قانون‌گذاران به رسیمت شناخته شود و اجراء شهروندان به استفاده از برندهای تجاری خاص برخلاف اصل رقابت مشروع خواهد بود.

در خصوص اعمال تجاری غیر منصفانه برخی از حقوق‌دانان معتقدند با توجه به اینکه نظامهای حقوقی رویکردهای مختلفی در خصوص مفهوم غیرمنصفانه بودن شرط دارند، این مفهوم به اندازه کافی روشن نمی‌باشد و رویکرد مصدقی در برخی از قوانین کشورهای اروپایی و ابهام این مسئله در حقوق ایران را شاهدی بر این معرفی نموده‌اند. (ساردوئی نسب و کاظم پور، ۱۳۹۰: ۳۷) به نظر می‌رسد ضابطه در این خصوص «اصل حسن نیت» می‌باشد (جهت مطالعه بیشتر رک به بیانکا و بونل، ۱۳۷۴: ۱۱۴). اصول قراردادهای تجاری بین المللی، ۱۳۷۹: ۱۷. لنگرودی، ۱۳۷۸: ۱۶۶۱/۳) بنابراین در تبیین مفهوم اعمال تجاری غیرمنصفانه و مصادیق آن باید به اصل حسن نیت رجوع کرد.

در مورد کرونا با توجه به اینکه کشورهای زیادی با آن درگیر هستند کشورهای متعدد با تولیدکننده‌های متعدد وارد عرضه واکسن شدند که این امر تا حدی ایراد انحصار را برطرف نموده است. در هر صورت ثبت اختراقات واکسن کرونا برای پژوهشگران صنعت دارو و درمان نه تنها

به لحاظ عدم امکان بهره برداری غیر مجاز از آن اختراعات بلکه به لحاظ تضمین کسب درآمد از محصول مورد نظر جهت جبران هزینه‌های تحقیق و توسعه و طبعاً فراهم سازی زمینه تداوم فعالیتها جهت تولید محصولات دارویی جدید از اهمیت بالایی برخوردار می‌باشد. (پروین، ۱۳۸۸: ۴۰) البته کماکان ایراد عدم تعادل تعهدات طرفین پابرجاست و عدم تعادل به ضرر مصرف کننده است، چون او طرف ضعیف تر محسوب می‌شود (شیروی، ۱۳۷۸: ۷۱) بنابراین باید با توجه به عدم تعادل، روابط بین طرفین را به نفع طرف ضعیف تفسیر کرد و در مواردی که این عدم تعادل به نحو اساسی یک طرفه باشد آن تعهدات یک طرفه را باید ابطال کرد مانند شرط عدم مسئولیت که در رابطه با واکسن کرونا ممکن است گذارده شود. ایراد نشود که این ابطال مخالف اصل آزادی قراردادی است چون در حقوق ایران احکام اقتباس شده از حقوق فرانسه همراه با افکار فلسفی و اقتصادی فردگرایان افراطی نبوده و همچنین نویسندگان قانون مدنی ما در تلفیق این موارد با فقه ظرافت به خرج داده اند. اصل آزادی قراردادی بسیار مفید به شمار آمد، اما فرانسویان نیز به زودی از افراط در مفهوم و قلمرو آن دست کشیدند، زیرا متوجه شدند که آزادی در دادوستد خود عقال آزادی است و به بهره کشی از آزادی می‌انجامد. (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۳۰۴ و ۳۰۵) بنابراین باید قائل به نامحدود بودن اصل آزادی قراردادی شد.

۴-۲: رابطه سببیت میان واکسن و ورود خسارت و راهکار رفع مشکل آن:

در مورد بسیاری از محصولات احرار رابطه سببیت دشواری خاصی ندارد اما در مورد واکسن این رابطه سببیت دشواری‌های خاصی دارد که در زیر به برخی از آنها اشاره می‌شود.

۱-۴-۲:- تعریف رابطه سببیت:

در مورد تعریف رابطه سببیت در بین نظامهای حقوقی اختلاف نظر جدی وجود دارد که در تحقق مسئولیت و میزان مسئولیت این اختلاف نظر باعث ایجاد مشکلاتی خواهد شد. از لحاظ رویه قضایی در پرونده مهم Sanofi Pasteur قاضی فرانسوی سوالی که مطرح کرد این بود که آیا ماده ۴ دستور العمل ۱۹۸۵ جامعه اروپا در مورد مسئولیت محصولات به این معنی است که

قضات ملی از ارزیابی رابطه سببیت از طریق فرض رابطه سببیت منع شده‌اند یا خیر؟ پاسخ دیوان دادگستری اروپا^۱ از نظر دو مفهوم سببیت و عیب بسیار جالب بود. رای این دیوان چنین بود: «از آنجا که دستورالعمل جامعه اروپا شامل تعریفی از مفهوم «رابطه سببیت» در مواد ۱ و ۴ این دستورالعمل نیست، این دیوان به تبعیت از اصل خودمختاری کشورها، تعریف این مفهوم را به خود اعضای عضو واگذار می‌نماید. در نتیجه این دیوان تایید می‌نماید که هرگاه یک قاضی ملی رابطه سببیت بین واکسن و بیماری را طبق قوانین و رویه قضایی خود تشخیص دهد، و ملاحظه نماید که واکسن ایمنی موجود را ارائه نمی‌دهد در این صورت انتظار این است که این قاضی با در نظر گرفتن همه شرایط، براساس ماده ۶ دستورالعمل عمل نماید، زیرا عدم ایمنی صدمه‌ای غیر عادی و به ویژه جدی به بیمار وارد می‌نماید، در حالی که از نظر ماهیت و محصول، انتظار معقول «سطح بالای ایمنی» می‌باشد. (ECJ 21 June 2017, C-621/15N. W and Othersv. Sanofi Pasteur)

.(MSD SNC and Others

ابهامات جدی در خصوص مفهوم سببیت وجود دارد. (1) (Hylton, 2013: 1) و البته بهترین جایگاه بررسی عمیق آن بدون دقت‌های فلسفی، در حقوق مسئولیت مدنی است. (Meier, 2011: 106) شاید بهترین تعریف در مورد رابطه سببیت در حوزه مسئولیت مدنی را نویسنده‌گان آلمانی و سوئیسی انجام داده‌اند و از نظر اینان: «سببی از نظر حقوقی سبب محسوب می‌شود که براساس جریان عادی امور و تجربیات زندگی، فعل یاد شده به خودی خود امکان ایجاد نتیجه از همان نوعی که حاصل شده است را داشته باشد.» (Viney, 2013: 161) این همان نظریه سببیت متعارف است که نظریه‌ای اجمالاً قابل قبول حداقل در حوزه مورد بحث ماست. منظور از رابطه سببیت عرفی این است که زیان باید به عاملی نسبت داده شود که معمولاً و بحسب جریان عادی امور موجب پیدایی آن است. پدیده‌های دیگری که اتفاقاً و در نتیجه اوضاع و احوال غیر عادی ممکن است موجب زیان باشند نباید سبب تلقی شوند. (صفایی، رحیمی، ۱۳۹۷: ۲۰۶) بنابراین دیگر ضرورتی به تعریف دقیق فلسفی نیست و عمدتاً باید در خصوص مباحث کاربردی رابطه سببیت بحث شود.

۴-۲: اثبات رابطه سببیت:

آنچه در کلیه نظامهای مسئولیت مدنی به عنوان یک رکن پذیرفته شده مسئله رابطه سببیت است. خواهان همیشه باید ثابت نماید که خوانده علت صدمات واردہ به وی بوده است. غالباً در مورد تولید کننده دارو و واکسن، برای صدمات ناشی از داروها و واکسن‌ها، مسئولیت مدنی محض در نظر گرفته می‌شود. اگر چنین مسئولیتی پذیرفته شود، ضرورتی ندارد که خواهان بی اختیاطی و بی مبالغه خوانده را ثابت کند ولی در عین حال با مشکل احراز رابطه سببیت بین دارو و ورود ضرر روبروست (داراب پور، ۱۳۸۷: ۸۵).

در قانون ملی برخی کشورها مانند ایتالیا با توجه به اینکه حل و فصل مسئله سببیت نیاز به تخصص در زمینه پزشکی دارد در این زمینه در قانون پیش گفته پیش‌بینی شده است که یک کارشناس توسط دادگاه منصوب می‌شود. اما رویه قضایی این کشور در مورد لازم الاتّابع بودن نظر کارشناسی با همدیگر اختلاف نظر دارند. در پروندهای نظر کارشناس در خصوص واکسن و بیماری اوتیسم تایید شد در حالی که در پروندهای دیگر دادگاه رابطه سببیت بین واکسن و بیماری اوتیسم را ثابت ندانست (ERRICO 2015: 1747).

در برخی از کشورها اثبات رابطه سببیت بسیار دشوار است. برای مثال در حقوق آلمان سختگیری خاصی در مورد اثبات رابطه سببیت وجود دارد. حقوق این کشور در این حوزه تابع قواعد مسئولیت مدنی محض است و این قواعد حاکم بر قانون مسئولیت کالا ۱۹۹۰ است و این قانون دستورالعمل اتحادیه اروپا را اعمال می‌نماید. در این قانون ماده ۱۵ صراحتاً در خصوص مسئولیت محض می‌باشد. (Bundestags-Drucksache, 17)

البته برخی نویسندهای آلمانی معتقدند که به خاطر اینکه قانون مسئولیت کالا ۱۹۹۰ مخالف ماده ۱۳ دستورالعمل جامعه اروپا می‌باشد قانون مسئولیت کالا ۱۹۹۰ آلمان غیر قابل اجراست.

1. the Product Liability Act (Produkthaftungsgesetz; ProdHaftG) of 1990

(WAGNER,2017) در هر صورت در مورد محصولات دارویی و بهداشتی تولید شده در آلمان ماده ۱۵ قانون محصولات دارویی^۱ اعمال می‌شود. اما تولیدات دارویی که از خارج وارد کشور می‌شود خارج از قلمرو این قانون است. (بند ۳ ماده ۷۳ قانون محصولات دارویی) و در این مورد قانون مسئولیت کالا آلمان ۱۹۹۰ اعمال می‌شود.

در رویه قضایی آلمان برای اثبات رابطه سببیت از نظر کارشناسی و علمی ملاک زمان صدور رای است حتی اگر واکسیناسیون سالها قبل انجام شده باشد. همچنین اگر منشا یک بیماری خاص مشخص نباشد، اصولاً از نظر دادگاههای این کشور رابطه سببیت ایجاد نمی‌شود. (LSG Berlin-Brandenburg ,2016: 73023)

در حقوق این کشور عمدتاً پرونده‌هایی براساس ماده ۶۰ قانون حفاظت از ویروسها مطرح شده‌اند و این دعوای خیلی بیشتر از دعوای براساس قانون مسئولیت کالاهای این کشور است. دعوای موفق هم عمدتاً دعوای مربوط به مطالبه خسارت مربوط به واکسیناسیون فلج اطفال، و به دنبال آن التهاب مغزی است.

(LSG Berlin-Brandenburg,2016,69718) در بسیاری از موارد هم این دعوای شکست خورده است زیرا دادگاهها رابطه سببیت بین واکسیناسیون و خسارت را احراز نکردند. این امر به ویژه—البته نه به طور انحصاری—در واکسن Infanrix Hexa هم اعمال شد.

مهمترین پرونده در این خصوص در سال ۲۰۱۵ میلادی بود، در این سال دادگاه منطقه هامبورگ با پروندهای در خصوص بیماری اوتیسم مواجه شد. در این پرونده، دادگاه با توجه به هفتصد و پنجاه هزار واکسیناسیون در آلمان و چندین میلیون واکسیناسیون در سراسر جهان با واکسن Infanrix Hexa، رای داد که موارد محدودی از آسیب‌های مغزی که ادعا می‌شود توسط این واکسن ایجاد شده است، نمی‌توانند با آن واکسن با احتمال کافی مرتبط باشند. صرف امکان

1. The Pharmaceuticals Act (Arzneimittelgesetz; AMG

نظری که ممکن است واکسیناسیون باعث آسیب مغزی شده باشد کافی نمی‌باشد که براساس ماده ۶۰ قانون حفاظت از ویروسها طرح دعوی شود. (LSG Hamburg,2015,70836).

در نتیجه این دعوا به سرانجام نرسید و دعوای تجدید نظر از این رای نیز براساس رای دادگاه تجدید نظر رد گردید. (BSG,2016,69521)

دادگاههای این کشور همچنین وجود رابطه سببیت بین واکسیناسیون Hexalix و Infanrix دیابت نوع ۱ را رد نمودند. (LSG Berlin-Brandenburg,2016,112974)

همچنین محاکم این کشور رابطه سببیت بین واکسیناسیون با Infanrix Hexalix و اختلال تشنج در مواردی که چنین اختلالاتی به طور گسترده در خانواده کودک اتفاق افتاده بود را رد کردند. (LSG Sachsen-Anhalt,2015, 68871) البته، کودکی که دچار اختلال تشنج شده بود و علایم مربوطه را هم در روز واکسیناسیون نشان داده بود موفق شد دعوای خود را در دادگاه اثبات نماید. (SG München,2015,70604. LSG Bayern 2015,67978)

علاوه بر واکسن Infanrix Hexa، رویه قضایی آلمان احتمال وجود رابطه سببیت بین واکسیناسیون آنفلوآنزا و ایجاد سندرم خستگی مزمن و همچنین وجود رابطه سببیت بین واکسیناسیون علیه اوریون، سرخک و سرخچه (MMR) و آسیب شدید مغز را رد کردند. (LSG Baden-Württemberg, 2015,69463)

در حقوق فرانسه اکثر دعاوی در خصوص رابطه سببیت بین واکسن و ورود ضرر در رابطه با واکسن هپاتیت نوع ب براساس دو مبنای قانونی یعنی براساس قوانین داخلی فرانسه و دستورالعمل جامعه اروپا در این کشور طرح شده است. (Conseil d'État BORGHETTI,2015: 16) کشور فرانسه در خصوص رابطه سببیت معتقد بود که اگر علل احتمالی دیگر بیماری وجود نداشته باشد فاصله کوتاه بین واکسیناسیون و وقوع بیماری پیش فرضی را ایجاد می‌نماید که براساس آن

واکسیناسیون عامل بیماری و ضرر می‌باشد.^۱ البته هیچ دلیل علمی برای پذیرش این قاعده بیان نشده است، بنابراین به نظر می‌رسد که راهکاری سلیقه‌ای باشد. البته باید توجه داشت که تصمیمات دادگاههای عالی فرانسه معمولاً بسیار مفید و مختصر می‌باشند و فقط به یک استدلال رسمی بسته می‌کنند. این محاکم معمولاً دلایل اساسی رای قضات را بیان نمی‌کنند. اما این دلایل را در برخی از اوقات می‌توان در گزارش‌های قضایی که آرا را تهیه می‌نمایند ملاحظه کرد. البته این گزارش‌ها فقط برخی از اوقات علنی می‌شود و قاعده‌ای دائمی و مستمر در انتشار محسوب نمی‌شود. در مورد فوق گزارش مربوط به سال ۲۰۰۷ که فاصله کوتاه بین واکسیناسیون و ضرر را تعیین نموده‌اند توجیهی برای آن ارائه نشده است. فقط در خصوص عدم اطمینان علمی در مورد رابطه بین واکسیناسیون علیه هپاتیت نوع ب و وقوع بیماری‌های مزمن توضیح می‌دهد.

(OLSON, 2007: 861)

دادگاههای مدنی فرانسه براساس قوانین مسئولیت مربوط به کالا رویکرد کمی متفاوت در رابطه با سببیت اتخاذ کرده‌اند، و در واقع تمایل دارند از معیار مذکور قبلی یعنی عدم اطمینان علمی عدول نمایند. دیوان تمیز فرانسه^۲ با قبول دیدگاه مسئولیت محض در مورد موضوع آغازگر حرکتی بسیار مهم در این رابطه بود. در سال ۲۰۰۳، قضات دادگاههای پایین‌تر این کشور با

۱- برای اعمال این قاعده رک به دعاوی زیر: CE, 25 July 2007, no 288052; 4 July 2008, no 299832; 11 July 2008, no 289763; 18 February 2009, no 305810; 10 April 2009, no nos 308876 and 304325, JCP G2009, p 223, obs M. -C. ,296630; 24 July 2009 p 79, obs J. -S. BORGHETTI; 9 February ,Rouault,RDC(Revue des Contrats) 2010 no 313369; 28 ,۲۰۱۱ 2011, no 319497; 25 February 2011, no 324051; 4 March July 2011, no 318466; 13 February 2012, no 331348; 17 February 2012, no AJDA2012, p 1244, note C. LANTERO; 8 November 2012, no 350886; 6 ,۳۳۱۲۷۷ no 345696; 13 December 2013, no 352460; 30 April 2014, no ,November 2013 May 2015, no 369142 ۲۷ ;۳۶۳۰ ۳۶۳۵۷۶۹۶; 5 November 2014, no 2. Cour de cassation

توجه به عدم قطعیت علمی در خصوص ارتباط احتمالی بین واکسیناسیون و بیماری خواهان توانست بین واکسیناسیون هپاتیت نوع ب و مولتیپل اسکلزوریس رابطه سببیت برقرار نماید.^۱

با این حال، پنج سال بعد، براساس فشار اکادمیک اساتید دانشگاه دادگاه عالی حقوقی این کشور رای خود را تغییر داد. زیرا اساتید مسئولیت مدنی این کشور و بسیاری از دادگاههای این کشور به طور سنتی عمدتاً طرفدار خواهانهای زیان دیده هستند. این اساتید رای دادگاه را به دلیل اینکه برای خواهانها مضر است مورد انتقاد قراردادند.

(RADÉ,2006: 306.) این دادگاه عالی دو رای دادگاههای تجدید نظر که دعواهای جبران خسارت را رد کرده بودند را مورد تایید قرار نداد. دادگاههای تجدید نظر براساس عدم قطعیت علمی رابطه سببیت بین واکسیناسیون با بیماری میلین زدا را رد کرده بودند. بر این اساس دادگاه عالی مدنی فرانسه رای دادگاههای پایین تر را نقض کرد زیرا این دادگاهها نقض قانون کرده بودند. آنها از این قاعده تبعیت کرده بودند که مقرر می‌داشت: «باید رویکرد فقدان ارتباط علمی و آماری بین واکسیناسیون و توسعه بیماری را تبعیت کرد.»^۲ در حالی که از نظر دیوان تمیزفرانسه آنها باید بررسی می‌کردند که وقایع پرونده آیا اجازه می‌دهد که پیش فرض اینکه واکسن سبب بیماری خواهان شده است یا نه تغییر یابد یا خیر.^۳ در شرایط بسیار مشابه درحقوق فرانسه آرای متفاوتی

1. Cass civ 1re, 23 September 2003, nos 01-13063 and 01-13064,D2003, p 2579, note L. NEYRET,D2004, p 898, note Y. M. SERINET &R. MISLAWSKI, 1344, obs. D. MAZEAUD, JCP G 2003, II,p 10179, note N. JONQUETet al, 2004, I, 101, no 23, obs. G. VINEY, Resp civ assur2003, chron ,۲۸note C. RADÉ, RTD civ. 2004, p 101, obs. P. JOURDAIN.

2. ‘Une approche probabiliste déduite exclusivement de l’absence de lien scientifique et statistiqueentre vaccination et développement de la maladie’.

3. Cass civ 1re, 22 May 2008,Bull civ (Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, Chambres civiles)I,nos 148 and 149,D2008, p 2894, obs. P. JOURDAIN,JCP G2008, II, p 10131, note L. GRYNBAUM,I,186, no 3, obs. P. STOFFEL-MUNCK, Resp civ assur2008, Étude 8, note C. RADÉ, RTD civ2008, p492, obs. P. JOURDAIN, RDC2008, p 1186, obs. J. -S. BORGHETTI.

صادر شده است و علت آن هم این است که مسئله سببیت بستگی به تصور قضاط پایین تر از علت شناسی بیماری میلین زدا دارد. بهترین مثال رایی بود که دادگاه تجدید نظر سببیت را براساس واقعیات پرونده در نظر گرفت. (CA Versailles, 10 February 2011, no 09/07555) این رای در خصوص موضوع عیب نقض شد. (Cass civ 1re, 26 September 2012, no 11-17738) و برای تصمیم گیری مجدد به دادگاه تجدید نظر پاریس فرستاده شد. رای دادگاه پاریس این بود که واقعیت‌های ارائه شده توسط خواهان برای ایجاد رابطه سببیت کافی نبود. (CA no 13/01546) (Paris, 2014,

با این حال، دیوان دادگستری اروپا در رای اخیر خود در مورد پرونده سانوفی صریحاً هم روش دادرسی دادگاههای بدوى فرانسه را برای اثبات علیت تایید کرد و هم عناصری را که دادگاههای بدوى برای ایجاد رابطه سببیت در نظر گرفته بودند را ابرام کرد.^۱

درواقع تحقیقات پزشکی وجود رابطه سببیت بین تزریق واکسن و وقوع بیماری قربانی را نه اثبات و نه رد می‌نماید، در پاسخ به این سوال که آیا می‌توان رابطه سببیت را براساس وقایع پرونده اثبات کرد یا خیر؟ دیوان دادگستری اروپا رای داد که چون برخلاف ماده ۴ دستورالعمل محصولات EEC/۳۷۴/۸۵ است اجرایی نمی‌باشد. زیرا این ماده فقط بار اثبات را تعیین می‌نماید، و در مورد طرق اثبات قابلیت اعمال را ندارد.

اما دادگاه، فراتر از پاسخ دادن به آن سوالی که به او ارجاع شده بود رفت و صراحتاً آن را تایید کرد، معیارهای فوق را که دادگاههای بدوى فرانسه که معمولاً برای ایجاد علیت یعنی نزدیکی زمانی بین تجویز واکسن و وقوع یک بیماری، عدم وجود سابقه شخصی و خانوادگی آن بیماری

1. ECJ, 21 June 2017, C-621/15N. W and Others v. Sanofi Pasteur MSD SNC and Others. For French views on this decision, see e. g. D. 2017, p 1807, note J. -S. BORGHETTI, JCP G2017, p 1533, note G. VINEY.

همراه با وجود تعداد قابل توجهی از موارد گزارش شده، را دال بر وقوع رابطه سببیت گرفتند. و بیماری که به دنبال تجویز این واکسن‌ها اتفاق می‌افتد را دال بر رابطه سببیت گرفتند.

درواقع قضات دادگاه‌های فرانسوی دو دسته شده بودند. قضات ورسای معتقد بودند حقایق و واقعیت‌های فوق الذکر رابطه سببیت را تشکیل می‌دهد. در مقابل قضات پاریسی معتقد بودند که این واقعیتها اجازه نمی‌دهد که نتیجه بگیریم که واکسن در پرونده اول باعث بیماری مدعی شده است. (CA Paris, 2014, no 13/01546)

در حقوق انگلیس قبلاً دانستیم که قانون خاصی در این خصوص وجود دارد که براساس آن خسارات توسط صندوقی پرداخت می‌شود. علاوه بر آن افراد می‌توانند علیه تولید کننده واکسن طرح دعوا نمایند. در این صورت است که بحث رابطه سببیت در حقوق انگلیس مطرح می‌شود. در این صورت اقامه دعوا با موانع قابل توجهی در قوانین انگلیس رو برو است. زیرا اثبات این مطلب که واکسن باعث سبب ورود خسارت شده است و محصول مورد نظر معیوب می‌باشد، بسیار سخت می‌باشد. عمدۀ این ادعاهای براساس قانون حمایت از حقوق مصرف کنندگان ۱۹۸۷ مطرح شده است.

در دعوای مهم Bonthronev. Millan, Scottish Court of Session^۱ ادعای کودک با آسیب جدی مغزی تایید نشد. قاضی رای داد که خواهان در اثبات احتمال اینکه واکسن سیاه سرفه می‌تواند باعث آسیب دائمی مغز در کودکان خردسال شود موفق نبوده است (Howells ,LEE,1990:

(5) در حقوق ایران و فقه امامیه شاید بتوان از قاعده «قابلیت پیش بینی ضرر» برای حل مشکل رابطه سببیت بین تزریق واکسن و ورود ضرر استفاده کرد. این قاعده در ماده ۵۲۱ قانون مجازات اسلامی براساس مثال معروف فقهی آن چنین آمده است: «هرگاه شخصی در ملک خود

یا مکان مجاز دیگری، آتشی روشن کند و بداند که به جایی سرایت نمی‌کند و غالباً نیز سرایت نکند لکن اتفاقاً به جایی دیگر سرایت نماید و موجب خسارت و صدمه گردد ضمان ثابت نیست و در غیر این صورت ضامن است. «از مفهوم مخالف و استفاده از وحدت ملاک این ماده مشخص می‌شود که چون وقوع ضرر ناشی از تزریق واکسن برای تولید کننده آن قابل پیش بینی بوده است رابطه سببیت بین ورود خسارت و تزریق واکسن ثابت است و بنابراین مسئولیت تولید کننده نیز ثابت است. موید این نظر تعریف اصطلاحی برخی از فقهاء از تسبیب است که تسبیب را هرگونه فعلی می‌دانند که باعث تلف شود.^۱ (حلی، ۱۴۰۸: ۷۶۳/۴) از دیدگاه حقوق دانان نیز بر حسب عرف، هنگامی ضرر به شخص نسبت داده می‌شود که آن را پیش بینی کرده یا لااقل قابل پیش بینی باشد. شخص فقط مسئول خسارتی است که عرفا ناشی از تقصیر یا فعل او و قابل پیش بینی باشد. (صفایی، رحیمی، ۱۳۹۷: ۱۰۷) تلف هم اعم از ورود ضرر مالی و بدنی است و بنابراین اگر عرفا قابل پیش بینی باشد که ضرر در اثر واکسن بوده رابطه سببیت محقق خواهد شد و باید ضرر تدارک و جبران شود. وقتی رابطه سببیت اثبات شد برای جبران خسارت می‌توان به قاعده لا ضرر و قواعد عمومی مسئولیت مدنی استناد کرد. لا ضرری که مبنای مسئولیت در فقه امامیه و در حقوق ایران است. دامنه لا ضرر در فقه و حقوق ایران چنان گسترده است که برخی از حقوق دانان بر جسته ایران معتقدند که هر حق قراردادی یکی از متعاقدين که موجب ضرر غیر متعارف به طرف قرارداد شود، توسط قاعده لا ضرر قابل تعديل است. (کریمی، ۱۳۹۰: ۲۲۱) اگر در مورد تعهدات قراردادی که مستظره به اصل لزوم است قاعده لا ضرر تعديل کننده قرارداد باشد در مسئولیت مدنی به طریق اولی می‌تواند باعث تعديل تعهدات طرفین باشد.

۲-۵: دشواری اثبات وجود نقص در طراحی یا نقص ساخت و راهکار رفع آن:

با توجه به اینکه غالب مدعیان ورود خسارت در نتیجه تزریق واکسن یا سایر محصولات دارویی و بهداشتی هیچ تخصصی در زمینه تولید و ساخت محصولات دارویی ندارند، اثبات وجود نقص در طراحی یا نقص ساخت در قوانین بسیاری از کشورها دشوار است. برای مثال پاراگراف ۱

۱. و هو كل فعل يحصل التلف بسببه.

ماده ۸۴ قانون محصولات دارویی آلمان شرایط سختی را در این زمینه وضع کرده است. (BGH, 12 May 2015, VI ZR 328/11,NJW ,2015,2502) وضعیت ادعایی مدعی (BGH, 12 May 2015, VI ZR 328/11,NJW ,2015,2502) و برقراری مجدد شرایط عادلانه بین طرفین (SPICKHOFF,2014: 1) وضع شده است. اما مهم‌ترین راهکار آن حق ویژه افشاگری است که در سال ۲۰۰۲ میلادی به قانون محصولات دارویی این کشور اضافه شد. براساس ماده ۸۴ این قانون، متضرریا متضررین می‌توانند اطلاعات مربوط به اثرات، عوارض جانبی و تعاملات پیرامونی محصولات پزشکی را که برای تولید کننده شناخته شده است و همچنین اثرات مشکوک، اثرات جانبی و مدارک پزشکی محصولاتی که مورد توجه تولید کننده قرار گرفته، و دانش بیشتری که می‌تواند در ارزیابی توجیه اثرات مضر دارای اهمیت باشد را افشا نمایند. البته باید حقایقی را افشا نمایندکه باعث می‌شود این تصور حاصل شود که این محصول پزشکی باعث خسارت مورد نظر شده است. بار اثبات نیز در دادگاه بر عهده خواهان است و او باید این مدارک را ارائه نماید (LG Berlin, 2006: 3584) در حالی که در رابطه سببیت بین محصولات دارویی و خسارات باید رابطه معقول و قابل قبول وجود داشته باشد (OLG OLG, 2015,2502 Cologne,2011,p1319).

پاراگراف ۲ ماده ۸۴ قانون محصولات دارویی حق افشا را در خصوص مقامات مسئول تایید یا نظارت بر داروهای پزشکی می‌داند. البته استثنایات مهمی براساس قوانین رازداری و منافع مهم راز داری تولید کننده و اشخاص ثالث حاکم بر این ماده قانونی می‌باشد. در واقع می‌توان گفت حق افشاری که در این قانون وجود دارد همان ماده ۱۳ دستور العمل مسئولیت محصول جامعه اروپایی ۱۹۸۵ است. به همین خاطر اغلب نوبسندگانی که در خصوص بند ۱ ماده ۸۴ بحث نمودند معتقدند که پاراگراف الف ماده ۸۴ قانون محصولات دارویی آلمان «قواعد ماهوی مسئولیت» را تغییر اساسی نداده است بلکه فقط قواعد شکلی اثبات را به نفع خواهان تغییر داده است. (BGH,2013: 459) این نظر با مراجعه به دادگاه فدرال آلمان^۱ تایید شد.

1. Bundesgerichtshof

سپس دیوان عدالت اروپاهم آن را برگزید. (ECJ, 20 November 2014, Case C-310/13Novo
 Nordisk Pharma GmbHv. S

راهکار دیگر در حقوق آلمان استفاده از قواعد عام حقوق مسئولیت مدنی این کشور است. قاعده اصلی حقوق مسئولیت مدنی را در ماده ۸۲۳ قانون مدنی آلمان^۱ می‌توان دید. در مقایسه با ماده ۸۴ قانون محصولات دارویی آلمان استناد به بند ۱ ماده ۸۲۳ قانون مدنی آلمان دارای مزیت هایی از قرار ذیل است: ۱- بند ۱ ماده ۸۲۳ قانون مدنی آلمان نه تنها نقص طراحی، نقص تولید و نقص هشدار دهنده را شامل می‌شود بلکه دامنه شمول آن در مورد تولید کننده‌ای که بر محصول خود بعد از وارد شدن محصول به چرخه تولید نظارت نمی‌کند هم هست. همچنین اگر نقص محصول در مرحله بعد از تولید و در زمان توزیع و فروش روشن گردد اقدامات احتیاطی را به ویژه از طریق فراخوان عمومی باید انجام دهد و در صورت عدم انجام بر طبق این ماده مسئولیت مدنی خواهد داشت. (1989,p 1542 OLG Frankfurt,1993 1 U 254/88,NJW-RR1995, p 406.)

(BGH) مسئولیت مدنی در حقوق این کشور همچنین در موردی که واکسنی نتواند اثر محافظتی مخصوص و مطلوب خود را ایفا نماید نیز ظاهر می‌شود. (BGH,1981: 1603)

در حقوق آمریکا در خصوص جبران خسارت ناشی از تزریق واکسن کرونا برنامه جبران خسارت ناشی از اقدامات (CICP)^۲ وجود دارد. این برنامه یک برنامه فدرال است که به افرادی که از برخی داروها یا واکسن‌ها از جمله واکسن کرونا آسیب شدید دیده‌اند خسارت پرداخت می‌نماید. این خسارت شامل پرداخت هزینه‌های مراقبت درمانی و سایر هزینه‌های خاص می‌باشد. بر اساس این برنامه فدرال، تقاضای جبران خسارت باید طرف یکسال از تاریخ دریافت واکسن به CICP ارائه شود. (<https://www.hrsa.gov/cicp>)

در حقوق انگلیس در مورد نقص، واکسن یک رویه عرفی که دستورالعمل ۱۹۸۵ جامعه اروپا اتخاذ کرده مبنی بر اینکه یک محصول «ایمنی مورد انتظار شخص را تامین نمی‌کند» را پذیرفته

-
1. Bürgerliches Gesetzbuch; BGB
 2. The Countermeasures Injury Compensation Program

است. همین مسئله دشواری‌هایی ایجاد نموده است^۱. حتی کمیسیون اروپا در گزارش سوم در مورد عملکرد این دستور العمل اذعان نموده است که: «ماهیت ذهنی انتظارات» که در این دستور العمل بوده است با توجه به اینکه شخصی است بنابراین از تعریف دقیق ناتوان است.

(4) COM(2006) p 10, 96) نکته دیگر این است که آیا در معیار ذهنی نقشی برای ملاحظات خطر/سودمندی وجود دارد یا خیر؟ در ایالات متحده آمریکا، معیار ریسک/سودمندی نقش مهمی را ایفاء می‌نماید که شامل توازن احتمال و جدی بودن آسیب در برابر هزینه‌های اقدامات احتیاطی است. به تعبیر یکی از حقوق‌دانان آمریکایی: «در ایالات متحده، اگر هزینه‌های از بین بردن یک خطر خاص کمتر از مزایای ایمنی ناشی از آن باشد، آن محصول تحت معیار سودآوری معیوب در نظر گرفته می‌شود. (OWEN, 2014, 301) ارتباط چنین ملاحظات فلسفی / اقتصادی در حقوق اروپا نیز موضوع برخی بحثها شده است. از یک طرف، فرصتهای استفاده از ملاحظات ریسک-سودمندی کاملاً محدود به نظر می‌رسد: بسیار دشوار است که درک نماییم چگونه سودمندی یک محصول هنگام ارزیابی نقص براساس مفهوم ماده ۶ دستور العمل محصول جامعه اروپا مورد توجه قرار گیرد. بنابراین معیار حقوق آمریکا در حقوق اتحادیه اروپا پذیرفته نشده است. در واقع، رویه قضایی اتحادیه اروپا به جای محاسبه خنثی و غیر کاربردی هزینه‌ها و منافع مندرج در نظریه ریسک/سودمندی ایالات متحده آمریکا، به مفهوم «تقسیم عادلانه ریسک» توجه دارند.^۲ در واقع معیار حقوق آمریکا که معیار ریسک/سودمندی آزمایش نهایی است به آزمایش و تحلیل بر اساس سبک سهل‌انگاری و تقصیر نزدیک می‌شود. در حالی که استاندارد نقص براساس دستورالعمل جامعه اروپا نیازی به اثبات تقصیر ندارد. البته برخی از حقوق‌دانان معتقدند که حذف عوامل خطر- سودمندی بهطور کامل، بهویژه در موارد دارویی دشوار است.

(MILDRED, 2007, 1267)

-
1. ECJ, 5 March 2015, joined Cases C-503/13 and C-504/13 Boston Scientific Medizintechnik GmbHv. AOK Sachsen-Anhalt - Die Gesundheitskasse.
 2. ECJ, 5 March 2015, joined Cases C-503/13 and C-504/13 Boston Scientific Medizintechnik GmbHv. AOK Sachsen-Anhalt - Die Gesundheitskasse, at para. 42.

در حقوق ایران براساس قانون حمایت از حقوق مصرف کننده ایران، در صورت فروش کالای معیوب ارش پیش بینی شده است. (ماده ۲). در واقع ماده ۲ قانون مذکور، کلیه عرضه کنندگان کالاها و لوازم پزشکی را، منفردا یا مشترکا مسئول صحبت و سلامت کالا و خدمات عرضه شده مطابق با ضوابط و شرایط مندرج در قوانین و یا مندرجات قرارداد مربوطه یا عرف در معاملات می داند. وانگهی در ماده ۱۸ این قانون نیز خسارات ناشی از کالای معیوب نیز پیش بینی شده است. بند ۴ ماده ۱ خسارت ناشی از فروش کالا را پیش بینی کرده است، بنابراین یکی از حقوق مهم مصرف کننده حق برخورداری از محصول سالم و اینمی است. حق برخورداری از محصول سالم و اینم بدان معنی است که هر کس در قبال وجهی که بابت قیمت کالاهای مصرفی و یا خدمات ارائه شده به وی پرداخت می کند، آن کالا یا خدمت اطمینان وی را جهت مصرف فراهم آورد. (جابری، ۱۳۸۶: ۵۸)

قانون گذار خسارات ناشی از کالای معیوب را تعریف نکرده است اما برخی از حقوق دانان معتقدند: «مقصود تمام خسارتی است که ممکن است در نتیجه کالای معیوب به جان و اموال مصرف کننده وارد شود، اعم از اینکه عیب و نقص باشد یا تلف، مادی باشد یا معنوی، مرگ باشد یا زیانهای جسمی.» (ابدالی، ۱۳۹۱: ۱۹۸) براساس ماده ۲۰ این قانون نیز، «مراجع ذی صلاح رسیدگی کننده می توانند علاوه بر مجازاتهای مقرر قانونی، عرضه کنندگان کالا و خدمات یا تولید کنندگان و فروشندهای را مجبور به جمع آوری کالاهای عرضه شده به منظور تعمیر و اصلاح و رفع عیب کالاهای فروخته شده یا خدمات عرضه شده نمایند.»

البته به نظر می رسد این حمایتهای قانونی، حمایت روشن، کافی و موثری نباشد و ایراد مهم این قانون این است که حکم صریحی مبنی بر مسئولیت محض عرضه کنندگان نسبت به خسارات ناشی از عیب کالا ندارد. (صفایی، رحیمی، ۱۳۹۷: ۳۳۱)

در حقوق ایران نیز اثبات وجود نقص یا طراحی بر عهده خواهان است بنابراین دشواریهای اثبات وجود نقص یا طراحی در حقوق ایران نیز وجود دارد.

با توجه به اینکه نظام مسئولیت مدنی ایران بر مبنای تقصیر بنا نهاده شده است. (ماده ۱ قانون مسئولیت مدنی) راهکار رجوع مستقیم به استانداردهای انتظامی خاص حرفه پزشکی لازمه تشخیص تقصیر و احراز آن می‌باشد. (Geistfeld, 2014: 940) مقصود از «قصیر عبارت است از انجام دادن عملی که شخص نباید مرتکب شود (تعدى) یا ترك عملی که شخص باید انجام دهد (تغیط)». (صفایی و رحیمی، ۱۳۹۴: ۱۵۱)

ممکن است به بند (و) از سرفصل نخست مصوبه شماره ۱۵۸۱۴/۴/۲۷/۱۵۸۱۴ الف ش مورخ ۱۳۸۵/۷/۵ وزارت کشور برای جبران خسارت استدلال شود. در این بند تصریح شده است که: «پرداخت خسارت به اشخاص حقیقی در اثر اغتشاشات و بحرانها» از تکالیف دولت می‌باشد. (از رگوش، ۱۳۸۹: ۲۷۵/۲) از نظر اینان در واقع با توجه به اینکه راهکار رفع بحران کرونا در کشور تزریق واکسن می‌باشد هرگونه پرداخت خسارت در خصوص تزریق واکسن بر عهده دولت می‌باشد و نیازی به اثبات ارکان مسئولیت مدنی توسط مدعی نمی‌باشد و این بار اثباتی بر عهده دولت است که باید عدم وقوع خسارت توسط واکسن تزریقی خود را اثبات نماید.

در واقع اینان در اینجا تابع نظریه خطر هستند. نظریه ایجاد خطر برای انعطاف‌پذیر کردن رابطه سببیت ایجاد شده است، یعنی در این موارد دادگاهها به دنبال اثبات رابطه سببیت در مفهوم خاص خود نیستند و علی رغم تردید در وجود آن حکم به مسئولیت خوانده می‌دهند و آن را بر مبنای احتمال یا قابلیت پیش بینی ضرر توجیه می‌کنند. در حالی که این نظر قابل ایراد است زیرا در نظریه خطر هم زیان دیده فقط از اثبات تقصیر معاف است ولی در هر صورت باید رابطه سببیت اثبات شود. مگر اینکه گفته شود هدف از تاسیس نظریه ایجاد خطر کاهش از خشونت و سختی قاعده سببیت است که اثبات آن به دوش زیان دیده (خواهان) است. در واقع در این موارد به نوعی رابطه سببیت مفروض انگاشته می‌شود، (کاظمی، ۱۳۸۰، ۱۹۵) که ایراد این سخن این است که مفروض بودن همیشه خلاف است و باید به قدر متیقن اکتفا شود. به نظر می‌رسد این استنادات و استدلالهای مذبور قابل نقد باشد زیرا مصوبه مذکور قابلیت تعمیم به موارد مشابه را ندارد چون اساسا در نظام حقوقی ایران نظر خطر جز در موارد استثنایی پذیرفته نشده است و مبانی آن در

حقوق ایران مورد توجه قانون‌گذار اصولاً نبوده است بنابراین به نظر می‌رسد بهترین راه حل در حقوق ایران در ارتباط با رابطه سببیت رجوع به کارشناس است که منطبق با موازین فقهی و حقوقی است.

راهکار دیگر استناد به «حق دسترسی به اطلاعات» است. با توجه به یکسان نبودن موقعیت طرفین، عدم تعادل اطلاعات، به عنوان یک پیش فرض پذیرفته شده است. به همین خاطر امروزه «حق دسترسی به اطلاعات» یکی از امهات حقوق شهروندی در حقوق کشورهای مدرن دنیاست و براساس آن طرف قوی قرارداد یا تولیدکنندگان عمدۀ باید اطلاعات خود را نسبت به موضوع قرارداد، در اختیار طرف ناآگاه قرار دهند. دلیل این امر هم این است که در «عصر اطلاعات» به سر می‌بریم و حق دسترسی به اطلاعات از زمرة حقوق اولیه مردمان آن کشور است. (قاسمی حامد، ۱۳۸۸، ۱۸۷) بنابراین باید در حقوق، کشورمان حق دسترسی به اطلاعات در این خصوص برای زیان دیده به رسمیت شناخته شود تا او در اثبات مشکلی نداشته باشد.

نتیجه گیری و پیشنهاد:

با عنایت به مباحث مطروحه می‌توان گفت که در اکثر کشورهایی که آنها را بررسی نمودیم چندان روی خوشی براساس قواعد مسئولیت مدنی به مسئله جبران خسارت ناشی از تزریق واکسن نشان نداده اند. عمدۀ ایراد آنان رابطه سببیت بوده است که به سختی پذیرفته‌اند رابطه سببیت میان ورود ضرر و تزریق واکسن وجود دارد. راهکارهایی که در حقوق کشورها برای جبران خسارت وضع شده است عمدتاً جنبه اقتصادی دارد و براساس جبران خسارت توسط صندوقهایی که برای این منظور طراحی شده است و بیمه مسئولیت مدنی است. دیگر راهکارها مثل حق افشاگری و شفافیت اطلاعات برای تسهیل روابط میان تولیدکنندگان و مصرف کنندگان است. به نظر می‌رسد باید قانونی خاص در خصوص مسئولیت مدنی تزریق واکسن با توجه به گستردگی شیوع کرونا در کشور ما وضع شود و صندوقی برای جبران خسارات بدنی ناشی از تزریق واکسن پیش‌بینی شود و در مورد سایر خسارت‌ها رابطه سببیت عرفی و در صورت لزوم با ارجاع به کارشناسی در نظر گرفته شود تا زیان دیده بتواند جبران خسارت نماید.

در پایان پیشنهاد می‌شود قانون تأسیس صندوق جبران خسارات بدنی و مالی ناشی از تزریق واکسن کرونا با مندرجات زیر توسط مراجع قانونی تصویب شود: ماده ۱: برای جبران خسارات مالی و بدنی ناشی از تزریق واکسن کرونا صندوقی تحت عنوان «صندوق جبران خسارات مالی و بدنی» تأسیس شود این صندوق مکلف است هرگونه آسیب ناشی از تزریق واکسن را به تشخیص دادگاه صالحه جبران مالی نماید. مگر اینکه اثبات نماید که علت منحصر ورود خسارت، ناشی از تزریق واکسن نبوده است.

تبصره ۱: برای جلوگیری از طرح دعاوی واهی توسط صندوق، در صورت طرح دعوا توسط صندوق و عدم اثبات دعوا، مکلف است ۲۰ درصد خسارت پرداخت شده به زیاندیده را به عنوان جریمه به خزانه واریز نماید.

تبصره ۲: میزان خسارت مقرر تابع قواعد عام مسئولیت مدنی براساس قوانین موضوعه ایران می باشد و جنسیت زیان دیده تاثیری در میزان خسارت ندارد و در هر صورت صندوق مکلف است جبران خسارت نماید.

ماده ۲: کلیه شرکتهای واکسن سازی مکلف هستند محصولات خود را بیمه نمایند و شرکتهای بیمه مکلف هستند در صورتی که منابع صندوق کافی برای پرداخت خسارت به زیاندیدگان نباشد به درخواست زیاندیدگان فوراً مبلغ خسارت را پردازند مگر اینکه ثابت نمایند که علت منحصر ورود خسارت، ناشی از تزریق واکسن نبوده است. مراجعت بیمه به شرکتهای واکسن سازی تابع قواعد عام مسئولیت مدنی و قوانین موضوعه می باشد. دولت جمهوری اسلامی نیز ضامن حسن انجام تعهدات صندوق و شرکتهای بیمه می باشد و به طور تضامنی در مقابل زیاندیده مسئول می باشند.

ماده ۳: دولت جمهوری اسلامی مکلف است ۲۰ درصد از کل جرایم ناشی از تخلف از مقررات حاکمیتی بیماری کرونا را به حساب صندوق در نزد خزانه واریز نموده و صندوق موظف است از این وجه برای پرداخت خسارت‌های مقرر و هزینه‌های صندوق استفاده نماید. در صورتی که دارایی صندوق تکافوی پرداخت جبران خسارات را ننماید شرکتهای بیمه به قائم مقامی از شرکتهای واکسن سازی موظفند خسارات را پرداخت نمایند. دولت جمهوری اسلامی نیز پرداخت کلیه خسارات واردہ را تضمین می نماید.

منابع و مآخذ^۱

۱. ابدالی، مهرزاد، (۱۳۹۸)، «بررسی تطبیقی مبنا و حدود مسئولیت ناشی از عیب تولید در حقوق ایران، فرانسه و دستور العمل جامعه اروپا»-مجله حقوقی دادگستری شماره ۷۸، ص ۱۹۸.
۲. اصول قراردادهای تجاری بین المللی، (۱۳۷۹)، ترجمه دکتر بهروز اخلاقی و فرهاد امام، چاپ اول، تهران، موسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهردانش.
۳. ایزانلو، محسن، (۱۳۸۷)، «نقد و تحلیل قانون اصلاح بیمه اجباری»، فصلنامه حقوق دانشکده حقوق دانشگاه تهران، شماره ۴، صص ۳۸-۳۹.
۴. بادینی، حسن، (۱۳۹۲): فلسفه مسئولیت مدنی، چاپ دوم، تهران، شرکت سهامی انتشار.
۵. بادینی، حسن، (۱۳۷۶)، اثر پیشرفت صنایع و علوم بر تحول مسئولیت مدنی، پایان نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، با راهنمایی دکتر امیر ناصر کاتوزیان-دانشکده حقوق دانشگاه تهران.
۶. عربادینی، حسن، (۱۳۸۴)، فلسفه مسئولیت مدنی، شرکت سهامی انتشار.
۷. بادینی حسن؛ شعبانی کندسری، هادی؛ رادپور سجاد، (۱۳۹۱)، «مسئولیت محض، مبانی و مصاديق»، مطالعات حقوق تطبیقی شماره ۱، ص ۳۱.
۸. بزرگمهر، داوود، (۱۳۸۴)، «مسئولیت مدنی تولیدکنندگان کالا»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۵۴، ص ۲۸.
۹. بیانکا و بونل، (۱۳۷۴)، تفسیری بر حقوق بیع بین المللی، ترجمه دکتر مهراب داراب پور، جلد اول، چاپ اول، تهران، کتابخانه گنج دانش.
۱۰. پروین، محمدرضا، (۱۳۸۸)، «ثبت اختراعات داروبی و بررسی چالش‌های حقوقی آن»، فصلنامه حقوق پزشکی، سال سوم شماره هشتم، ص ۴۰.
۱۱. جابری، عصمت الله، (۱۳۸۶)، حقوق مصرف کننده، چاپ اول، نشر دادیار.
-
۱. با توجه به محدودیت صفحات، در کتابنامه فقط منابع ذکر می‌شود و آرای قضایی را ذکر نمی‌کنیم.

۱۲. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، (۱۳۷۸)، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، جلد سوم، چاپ اول، تهران، کتابخانه گنج دانش.
۱۳. حاجی عزیزی، بیژن؛ غلامی، نگین، (۱۳۹۲)، «جایگاه فرض سببیت در مسئولیت مدنی»، پژوهش‌های حقوق تطبیقی، دوره ۱۷، شماره ۲، ص ۳۵.
۱۴. داراب پور، مهراب، (۱۳۸۷)، مسئولیتهای خارج از قرارداد، تهران، مجمع علمی فرهنگی مجد.
۱۵. داراب پور، مهراب، (۱۳۸۷)، «اصول کلی مسئولیت مدنی در سیستم حقوقی انگلستان»، فصلنامه دیدگاههای حقوقی، دانشکده علوم قضایی و خدمات اداری شماره ۴۴ و ۴۵.
۱۶. زرگوش، مشتاق، (۱۳۸۹)، مسئولیت مدنی دولت، جلد دوم، قواعد عمومی و مبانی و اصول، چاپ اول، تهران، میزان.
۱۷. ژوردن، پاتریک، (۱۳۹۴)، اصول مسئولیت مدنی، ترجمه مجید ادیب، تهران، میزان.
۱۸. ساردونی نسب، محمد؛ کاظمی پور، سید جعفر، (۱۳۹۰)، «مؤلفه‌های غیر منصفانه بودن قرارداد»، مجله حقوقی دادگستری، سال ۷۵، شماره ۷۵، ص ۳۷.
۱۹. شیروی، عبدالحسین، (۱۳۷۸)، «نقش قراردادهای استاندارد(نمونه)در تجارت بین المللی و مقایسه آن با قراردادهای الحاقی در حقوق داخلی»، مجله مجتمع آموزش عالی قم، شماره ۲، ص ۷۱.
۲۰. صفائی، سید حسین؛ رحیمی، حبیب الله، (۱۳۹۷)، مسئولیت مدنی و الزامات خارج از قرارداد، چاپ سیزدهم، تهران، انتشارات سمت.
۲۱. طباطبایی نژاد، سید محمد، (۱۳۹۷)، «وحدت گرایی در قواعد مسئولیت مدنی: مطالعه موردي نظام اتحادیه اروپا»، فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی، شماره ۲۲.
۲۲. عابدینی، احمد، (۱۳۸۳)، کاوشن نو در فقه اسلامی، قاعده ارزش خون انسان-شماره ۴۰.
۲۳. عامری، فیصل؛ حاج محمدی، مسلم، (۱۳۹۷)، «تحلیل حقوقی-اقتصادی ماده ۲۱ قانون بیمه اجباری خسارات وارد شده به شخص ثالث در اثر حوادث ناشی از وسایل نقلیه مصوب ۱۳۹۵»، مجله پژوهش‌های حقوقی، شماره ۳۵، ص ۸۵.

۲۴. قاسمی حامد، عباس، (۱۳۸۸)، «متخصص، متعهد ارائه اطلاعات به مصرف کننده در حقوق فرانسه»، مجله تحقیقات حقوقی شماره ۴۹، ص ۱۸۷.
۲۵. کاتوزیان، ناصر، انصاری، مهدی، (۱۳۸۷)، «مسئولیت ناشی از خساراتهای زیست محیطی»، فصلنامه حقوق دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۳۸، شماره ۲، ص ۳۰۹.
۲۶. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۴)، «حمایت از زیان دیده و مسئولیت تولید کننده در حقوق فرانسه»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۶۸، ص ۱۹۶.
۲۷. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۲)، الزامهای خارج از قرارداد، ضمان قهری، چاپ سوم، انتشارات دانشگاه تهران.
۲۸. کاظمی، محمود، (۱۳۸۰)، «نظریه از دست دادن فرصت در مسئولیت مدنی»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، سال سی ام، شماره ۵۳، ص ۱۹۵.
۲۹. کریمی، عباس، (۱۳۹۰)، مطالعه تطبیقی بین حقوق ایران و فرانسه در خصوص حق موضوع سوء استفاده در حقوق قراردادها، از مجموعه حقوق تطبیقی به قلم گروهی از نویسنندگان، تهران، انتشارات سمت.
۳۰. محقق حلی، جعفر بن الحسن، (۱۴۰۸ ق)، شرایع اسلام جلد چهارم، قم، انتشارات اسماعیلیان.

31.Borger, William, (2007), The Harmonization of European Products Liability Law, in: Product Liability in Practice, Sweet and Maxwell.

32.BORGHETTI, J. -S,(2015), in Uncertain Causation in Tort Law.

33.Commission Report on the Application of Directive 85/374 on Liability for Defective Products, at 9, COM (2000), 893 final (Jan. 31, 2001) [hereinafter Second Report].

34.Danni, da, (1998), vaccinazione e responsabilità dello Stato', Resp. civ. e prev. (Responsabilità Civile e Previdenza), fasc. 6.

35.D'ERRICO,D, Autismo , E(2015), vaccinazioni: la buona scienza nellegiuste mani. un primo passo verso la“certificazione” dell’expert witness?, Resp. civ. e prev. , fasc. 5.

36.FAIRGRIEVE,D,(2003), State Liability in Tort: A Comparative Law Study(Oxford: Oxford University Press.

- 37.FRIEDE,M, (2011), Pharmaceutical Sector)Alphen aan den Rijn: Kluwer 2016); M. FRIEDE, Patent Landscaping for Vaccines: Patent Information, Tools and Methodologies, WHO/WIPO/WTO Symposium, Geneva, February 2011
- 38.Garante ,Autorità , Autorità Garante) (http://www.agcm.it/component/joomdoc/allegati-news/IC50_testo.pdf/download.html
- 39.Geistfeld ,Mark A. (2014), "Tort Law in the Age of Statutes", IOWA LAW REVIEW, Vol. 99.
- 40.HARLOW,C(1979), Administrative Liability: A Comparative Study of French and English Law(Thesis, University of London 1979.
- 41.Keith , N ,Hyltonand, Haizhen, Lin, (2013), Negligence, Causation, and Incentives for Care (April 30, 2013). Boston Univ. School of Law Working Paper No. 11-15. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1793973> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1793973>.
- 42.LEE',R,(1990), Vaccine Damage: Adjudicating Scientific Dispute', in G. Howells (ed.), Product Liability,Insurance and the Pharmaceutical Industry (Manchester University Press, Fulbright Papers, Vol.
- 43.MILDRED,M(2007), 'Pharmaceutical Products: The Relationship between Regulatory Approval and the Existence of a Defect', EBLR (European Business Law Review).
- 44.OLSON,T(2007) conclusions on CE, 9 March 2007, AJDA.
- 45.D. G. OWEN,(2014) , Products Liability Law3rd edn, St. Paul: Thomson/West.
- 46.PITRUZZELLA,G, MUSCOLO,G, (eds),(2016) Competition and Patent Law in the Pharmaceutical Sector (Alphen aan den Rijn: Kluwer).
- 47.PITRUZZELLA,G. ARNAUDO,L(2017), 'Vaccini, mercati farmaceutici e concorrenza, in una prospettiva(anche) di diritti umani vaccines – Pharmaceutical Markets and Antitrust: A Human Rights Perspective', Rivista Italiana di Medicina Legale.
- 48.RADÉ,C,(2006), note on Cour d'appel (CA) Paris,2 June 2006,Resp civ assur.
- 49.RITZ ,H. G. ,(2014), 'Impfentschädigung', in O. Deinert & F. Welti (eds), Stichwortkommentar Behindertenrecht(Baden-Baden: Nomos, 2nd edn.
- 50.Tolsma, H. D. , & de Graaf, K. J. (2015), "Bending the rules: A Dutch approach to improving the flexible application of environmental standards",

Paper presented at European Group for Public Administration (EGPA 2014). Speyer, Germany, Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>.

51. Valant, Jana, (2015), Consumer protection in the EU, EPRS-European Parliamentary Research Service.

52. Viney, Geneviève,(2013), La Responsabilité: Conditions, Traité de Droit CivilSous La direction de J. Ghastin, T. 4.

53. VISCUSI, W. K. ,(1991), Reforming Products Liability(Cambridge, Mass.: Harvard University Press.

54. WAGNER,G,(2017), in Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch(München: C. H. Beck, 7th edn

55. S. WHITTAKER,S(2005), Liability for Products(Oxford: Oxford University Press.

Legal regime governing compensation for Corona vaccine

Hamidreza Behrouzi zad¹

Abstract

The occurrence of coronary heart disease and the monopoly of its treatment with vaccine has caused legal ambiguities regarding the civil liability resulting from the injection of coronary vaccine and other vaccines. Examine the different countries and the challenges that arise in the way of achieving compensation and state the solutions to address those challenges. Perhaps the main obstacle to a civil liability sentence is the lack of causation. To solve this problem, it seems that one of the main solutions is to establish compensation funds that are committed in any case to physical and financial damages caused by the injection. In fact, civil liability insurance justifies the formation of this type of fund. In the case of other damages, the need to assume the causal relationship will cause the main problem of the civil liability sentence to be resolved. If these solutions are adopted in This will encourage more people around the world and Iran to get vaccinated. In fact, economic analysis of the need for compensation will lead us to the solutions we have adopted.

KeyWords: Vaccine, corona, civil liability, public compensation fund, causal relationship.

1. Assistant Professor, Department of Private Law, shriar Institute of Higher Education . (Email: .behroozi_hamidreza@yahoo.com)



ابعاد و کاربردهای دانشنامه‌ای مقاله



جرائم اقتصادی سازمان یافته و تأثیر آن بر نظام اقتصادی کشور

(مطالعه موردي: پرونده فساد بانکي سه هزار ميليارد توماني)

(نوع مقاله: علمی - پژوهشی)

ناصر شراحی^۱

چکیده

جرائم اقتصادی از آن دسته جرایمی هستند که به دلیل منفعت آوری بالا، در زمرة جذاب‌ترین حوزه‌های جرم مطرح می‌شوند و به همین دلیل، سازمان یافته‌گی جرم در این مقوله از جرایم، خود را بیشتر به نمایش می‌گذارد. جرائم اقتصادی سازمان یافته، گاه از چنان دامنه وسیع و گستره‌ای چندوجهی برخوردارند که چهره فساد مالی را به خود می‌گیرند به‌نحوی که بدون مداخله کارکنان دولت، تحقق این قبیل جرایم را عملاً غیرممکن می‌نماید و نظام اقتصادی کشور در معرض تخریب قرار می‌دهد.

اهمیت این موضوع در نظام جمهوری اسلامی ایران تا جایی است که یکی از اصول قانون اساسی (اصل ۴۹) به ثروت‌های نامشروع و لزوم تعیین تکلیف در خصوص آن‌ها اختصاص داده شده است. با این وصف تاکنون قوانین و مقررات کیفری یکپارچه به‌منظور تضمین سلامت اقتصادی کشور تدوین نشده و آنچه به صورت پراکنده و مصدقی وضع شده است، قادر به ترسیم سیاست جنایی یکسانی نمی‌باشد.

مطالعات موردي به‌ویژه در حوزه‌هایی مانند حقوق کیفری، این فرصت را در اختیار علاقه‌مندان و کارگزاران دستگاه عدالت کیفری قرار می‌دهد تا با بررسی قضیه‌های واقعی، بازخوانی، تحلیل و

کنار یکدیگر قرار دادن نتایج، توان ایجاد الگو و به دنبال آن، امکان به وجود آوردن رویه‌ای قضایی با پایه‌هایی مستند و علمی در موارد مشابه را به دست آورند. مقاله حاضر با دستمایه قرار دادن یکی از مهم‌ترین پرونده‌های فساد اقتصادی در جمهوری اسلامی ایران که اصطلاحاً به پرونده فساد بانکی یا پرونده سه هزار میلیارد تومانی معروف شده، بر آن است تا جنبه‌های مختلف این جرایم اقتصادی را مورد تجزیه و تحلیل قرار دهد.

کلیدواژه‌ها: جرم اقتصادی، جرم سازمان یافته، تنوع مجرمانه، فساد بانکی.

جرائم از آن دسته پدیده‌هایی است که دارای پیشینه‌ای بسیار دورتر و قدیمی‌تر از تاریخ ظهورش به عنوان یک شاخه علمی و دانشگاهی است. انسان‌ها از قدیم با رفتارها و رویه‌هایی که با دیگر رفتارها و کنش‌های مرسوم و به قاعده در جامعه تفاوت داشت، آشنا بودند و همه کس در زندگی شخصی یا جمعی خود، آن را می‌شناخت یا تجربه‌اش را داشت.

با ظهور زمینه‌های عرصه‌ای، دانشی در قرن نوزدهم میلادی به نام جرم‌شناسی^۱ به همت افرادی برجسته مانند لمبروزو^۲، آنچه از پیش وجود داشت، می‌توانست در بستری علمی جاری شود. این پژوهش و جرم‌شناس ایتالیایی با انتشار کتاب مرد بزهکار، پایه‌گذار مکتب جدیدی در حقوق کیفری و جرم‌شناسی شد و مکتب تحقیقی یا اثباتی را در ایتالیا عرضه نمود و زمینه‌های ظهور انسان‌شناسی جنایی را فراهم آورد.^۳

علمی شدن نگاه به جرم، دو نتیجه مهم را به دنبال داشت. اول این که به ضرورت تبدیل شدن آن به عنوان شاخه‌ای علمی منجر شد و به مانند هر حوزه دیگری از علم، به قید الزامات علمی در آمد. دوم، در کنار دیگر شاخه‌های علمی، به‌ویژه جامعه‌شناسی، روان‌شناسی، سیاست، حقوق و زیست‌شناسی، دیدگاه‌های مربوط به پدیده جرم را در یک فضای مباحثه‌ای گسترش داده و چند دانشی مطرح کرد که هر دو نتیجه، به باروری هر چه بیشتر این شاخه نوپدید منجر شد که از جمله می‌توان به ظهور حوزه‌های جدیدی همچون جرم اقتصادی، جرم سیاسی، جرایم اجتماعی و ضد بشری و در دوره‌های جدیدتر، جرایم فضای مجازی اشاره کرد.

-
1. Criminology
 2. Cesare Lombroso
 3. www. wikipedia. org

از این میان، جرایم اقتصادی^۱ در زمرة جرایمی هستند که همگام با بهبود وضع اقتصادی جوامع، خروج اقتصادها از وضعیت سنتی، پیشرفت جوامع به واسطه ظهور فناوری‌های نو و افزایش گردش‌های مالی جهانی، سهم قابل توجهی از تلاش سیاستمداران برای تعامل با نهادهای قضایی باهدف مقابله با این جرایم را به خود اختصاص می‌دهد.

جرائم اقتصادی، ضمن دارا بودن مختصات دیگر جرایم، به دلیل داشتن تبعات گسترده، پرنفوذ و ماندگار و عواملی بسیار مهم از جمله ظرفیت بالا برای مشروعیت زدایی از نظام سیاسی و به فرسایش کشاندن اعتماد عمومی، در زمرة جرایم پرخطر اجتماعی قرار می‌گیرد.

هدف این مقاله بررسی اهمیت پدیده جرم اقتصادی و تأثیرات عمیق و گسترده آن بر ساختار اقتصاد ملی و به دنبال آن، تأثیرات گریزناپذیر سیاسی است و نگارنده به عنوان قاضی پرونده یکی از مهمترین و بزرگ‌ترین جرایم اقتصادی در تاریخ کشور، بر آن شده است تا جنبه‌ای مهم و اساسی از جرایم اقتصادی سازمان یافته یعنی پدیده تنوع مجرمانه را مورد مذاقه علمی قرار دهد و نتایج حاصل از این مطالعه موردي را در اختیار دیگران بگذارد.

مبانی نظری تحقیق

در مبانی نظری تحقیق، ابتدا مفاهیم جرم و جرم اقتصادی تعریف، سپس به گستره چندوجهی جرم اقتصادی (مصاديق و ویژگی‌ها) اشاره شده و درنهایت پس از بررسی تأثیر جرایم اقتصادی بر اقتصاد ملی و لزوم مطالعات موردي، به موضوع جرم سازمان یافته و تنوع مجرمانه پرداخته شده است.

۱- مفاهیم جرم

بر اساس ماده ۲ قانون مجازات اسلامی، مصوب سال ۱۳۹۲، «هر رفتاری اعم از فعل یا ترک فعل که در قانون برای آن مجازات تعیین شده باشد جرم^۱ محسوب می‌شود». منظور از «فعل» انجام کار می‌باشد و منظور از «ترک فعل»، ترک وظیفه و تکلیف قانونی است.

به موجب تعریف مذکور، جرم از سه رکن تشکیل می‌شود: مادی، قانونی، معنوی. در کنار عناصر تشکیل‌دهنده خاص هر یک از جرائم که برحسب نوع جرم تغییر می‌کند (عناصر اختصاصی)، جرائم به طور کلی دارای عناصر تشکیل‌دهنده مشترکی (عناصر عمومی) هستند که اختصاص به هر یک از آن‌ها ندارد. درواقع به لحاظ حقوقی، برای آنکه فعل انسانی جرم محسوب گردد باید:

نخست: قانون‌گذار این فعل را جرم شناخته و کیفری برای آن مقرر کرده باشد (عنصر قانونی)

دوم: عمل یا ترک عمل به منصه ظهور و بروز و فعلیت برسد (عنصر مادی)

سوم: با علم و اختیار ارتکاب یافته باشد (عنصر روانی)

مجرم که همان مرتكب جرم است با عناوین «فاعل»^۲، شریک و معاون شناخته می‌شود، در ارتباط با عنصر مادی جرم، مجرم کسی است که جرم را عملاً مرتكب یا شروع به اجرای آن نموده باشد (شروع به جرم) چنین مجرمی را «مباشر»^۳ می‌نامند. در کنار مرتكب مادی، قانون کسی را که در انجام اعمال مادی جرم نقشی نداشته، لیکن موجبات ارتکاب جرم را فراهم یا

1. crime

۲. فاعل یا کننده، به کسی اطلاق می‌شود که فعل از او سرزده است.
۳. میباشد آن است که جنایت مستقیماً توسط خود مرتكب واقع شود.

تسهیل نموده به عنوان «معاون»^۱، مجرم شناخته و برای او نیز مثل مرتكب مادی مجرم مجازات تعیین می کند. بالاخره گاهی حقوق جزای موضوعه شخصی را که نه مباشر مادی و نه حتی معاون در ارتکاب جرم بوده به خاطر جرم ارتکابی توسط دیگری به کیفر می رساند. در شرایط عادی، وقتی کسی مرتكب جرم می شود، اعم از این که به تنها یی عمل مجرمانه را انجام دهد یا با همکاری دیگران، هم خود دارای مسئولیت جزایی است و هم همکاری کنندگان با او تحت عنوان «شریک جرم»^۲ مسئول اند. این شرایط عادی را قانون معین می کند. غالباً فردی خود به تنها یی تصمیم می گیرد که جرمی انجام دهد، مانند آنکه در نظام اداری «اختلاس»^۳ کند یا به «تصرف غیرقانونی» مبادرت کند، لذا قصد خود را عملی می سازد و جرم را انجام و یا شروع می کند (شروع به جرم) و یا آن را تا به انتهای انجام می دهد (جرائم تمام) به چنین فردی عامل، فاعل و یا به تعبیر دیگر «مباشر جرم» می گویند.

۲- جرم اقتصادی

جرائم اقتصادی^۴ در اصطلاح عبارت است از جرمی که علیه اقتصاد کشور ارتکاب می یابد یا به این قصد انجام می شود یا در عمل موجب اختلال در نظام اقتصادی کشور می شود (ساکی: ۱۳۸۹، ۲۵) جرم اقتصادی جرمی نیست که ویژگی اقتصادی داشته باشد، بلکه جرمی است که آثار و تبعات سوء اقتصادی داشته باشد.

۱. معاونت در جرم بدون دخالت در عنصر مادی، با فاعل جرم در ارتکاب عمل مجرمانه همکاری می کند.
۲. شرکت در جرم، عبارت است از همکاری دو یا چند نفر در اجرای جرمی خاص.
۳. اختلاس، عبارت است از: «تصاحب همراه با سوء نیت اموال دولت یا اشخاص توسط مستخدم دولت که به حکم وظیفه در اختیار وی قرار داشته است به نفع خود یا دیگری».
4. Economic crimes

برخی نویسنده‌گان معتقدند جرایم اقتصادی به رفتارهای مجرمانه‌ای اطلاق می‌شود که موجبات زیان بهنظام تولید، توزیع و مصرف را فراهم می‌سازد (جمشیدی، ۱۳۸۸: ۷۱). عده‌ای نیز بر این باورند که مقررات کیفری نشان می‌دهد مراد قانون‌گذار از جرایم اقتصادی، جرایمی است که بالنگیزه مادی و با ماهیت فعالیت‌های اقتصادی یعنی فعالیت‌های مالی و پولی، دادوستد داخلی و خارجی، استفاده از منابع بدون مجوز، اخذ رشو، اخذ کمیسیون و اعطای تسهیلات غیرقانونی به نفع خود یا دیگری ارتکاب می‌باید. طبق این تعریف، جرایمی مانند اختلاس، ارتشاء، قاچاق و خریدوفروش کالای منوع، احتکار و عضویت در شرکت‌های هرمی نیز در دایره شمول جرایم اقتصادی قرار می‌گیرند. (فرجیها، مقدسی، ۱۳۹۲: ۱۱۷۶)

۳- جرم اقتصادی و گستره چندوجهی آن

جرائم اقتصادی دارای گستره چندوجهی است. این جرایم گاه برخی از جرایم عليه اموال هستند، گاه برخی از مصاديق جرایم عليه امنیت، گاه با تعبیری دیگر جرایم عليه آسایش، جرایم عليه دولت و یا جرایم عليه سلامت را شامل می‌شوند. روئیت پذیری اندک، پویایی، رقم سیاه بالا، گسترده‌گی دامنه خطر، برخورداری از اطلاعات خاص، متفاوت بودن پیشگیری از جرایم اقتصادی در سطح کلان و خرد از ویژگی‌های جرم اقتصادی می‌باشد.

در ادامه به مصاديق جرایم اقتصادی، ویژگی‌ها، ویژگی‌های مرتکبین جرایم اقتصادی، شباهت‌ها و تفاوت‌های جرایم اقتصادی و جرایم سازمان یافته اشاره می‌شود.

الف: مصاديق جرایم اقتصادی

حدود دو هزار عنوان مجرمانه در مجموعه قوانین کیفری وجود دارد که بسیاری از آن‌ها می‌توانند از مصاديق جرایم اقتصادی به شمار آیند، اما مهم‌ترین جرایم اقتصادی عبارت‌اند از:

۱. قاچاق کالا و ارز

۳. احتکار

۴. ربا و رباخواری

۵. رشا و ارتشاء

۶. عاچال در نظام پولی و یا ارزی کشور

۷. اخلال در امر توزیع مایحتاج عمومی

۸. اخلال در نظام تولیدی کشور

۹. قاچاق میراث فرهنگی و ثروت ملی

۱۰. تشکیل شرکت‌های مضاربه‌ای صوری

۱۱. اخلال در نظام صادراتی کشور

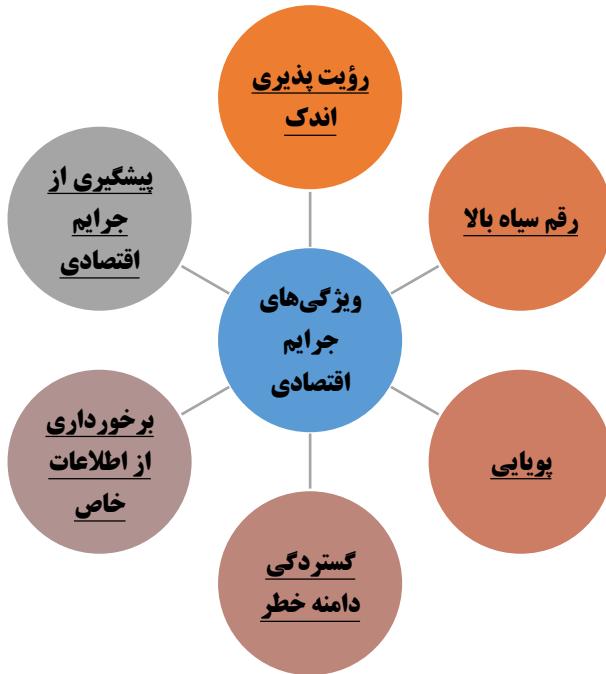
۱۲. تشکیل شرکت‌های هرمی

۱۳. جرایم مالیاتی

۱۴. جرایم مربوط به بازار اوراق بهادار (بورس) (ولیدی: ۱۳۸۶، ۳۰)

ب: ویژگی‌های جرایم اقتصادی

در جرایم اقتصادی برخی از ویژگی‌ها، هم جنبه ذهنی و عینی و برخی دیگر صرفاً جنبه عینی دارند. ویژگی‌های عینی مانند نتایج جرم که می‌تواند حسب مورد، ماهیت مختلف داشته باشد مانند به خطر انداختن سلامت و امنیت عمومی یا جمعی از مردم، معیارهای ذهنی یا شخصی مانند موقعیت و جایگاه مجرم، انجیزه مجرم و ویژگی‌های شخصی او.



رُؤیت پذیری اندک: سطح رُؤیت پذیری و گزارش دهی این دسته جرایم پایین بوده و قاعدهاً افکار عمومی حساسیت چندانی در برابر آنها ندارد. همین رُؤیت پذیری اندک نسبت به جرایم متعارف باعث شده است بسیاری از قربانیان از بزه دیدگی خودشان مطلع نشوند. (مهدوی پور، ۱۳۹۲، ۵۱۷)

رقم سیاه بالا: یکی دیگر از ویژگی‌های مهم جرایم اقتصادی این است که نتایج آن، برخلاف جرایم خشونت‌آمیز، بالافاصله ظاهر نمی‌شود و در برخی موارد فرد بزهکار دارای روابط کاری و تجاری با بزه دیده است لیکن وجود جرم را، خواه از طریق حذف آثار، خواه دستکاری در بیلان و ترازانمه، بامهارت و توسل به وسائل غیرمادی پنهان می‌کند. بدین ترتیب آمار واقعی جرایم اقتصادی قابل تحصیل نیست، لذا درصد جرایمی که به دلایل روش‌شناختی یا نقض ابزارهای سنجش، قابل اندازه‌گیری نیستند، بالاست. (ابراهیمی و صادق نژاد نایینی، ۱۳۹۲: ۱۵۸).

﴿پویایی﴾: جرایم اقتصادی بسیار پویا است و به سرعت خود را با شرایط جدید بازار منطبق می‌کند.

این پویایی و انطباق ناشی از ابزار و وسائل فنی مانند حمل و نقل، ارتباطات و...، به آنان اجازه می‌دهد تا به فعالیت‌های خود جنبه بین‌المللی بخشنده و بیش از پیش سازمان‌یافته شوند. مرتکبین از طریق فناوری نوین، اسناد و گواهی‌های مربوط جهت اخذ مدارک شناسایی غیرواقعی یا کارت‌های بازرگانی بامهارت تمام و همانند اصل جعل می‌کنند. این دسته افراد از جدیدترین فناوری‌ها در فعالیت‌های جنایی استفاده می‌کنند، حال آنکه بهره‌برداری از همین فناوری توسط دولت و نهادهای آن مانند دفاتر اسناد رسمی مدت‌ها زمان می‌برد (ابراهیمی و صادق نژاد نایینی، ۱۳۹۲: ۱۵۸).

﴿گسترده‌گی دامنه خطر﴾: جرایم اقتصادی، خواه به شکل مستقیم و خواه غیرمستقیم با

فاسد کردن نظام اقتصادی - سیاسی، منجر به نقض مصادیقی از حقوق بشر از جمله حق برابری در دریافت خدمات خواهد شد. در واقع مرتکبان جرایم اقتصادی با سوءاستفاده از اعتماد و حس نیت موجود در روابط تجاری، موجب لطمہ به اعتماد و اعتبار و نیز امنیت بخش‌هایی از فعالیت اقتصادی می‌شوند؛ بنابراین، خسارت‌ها نه تنها صرفاً مالی و قابل محاسبه، بلکه، برخی از آن‌ها با تأثیر در حوزه‌های اجتماعی و اقتصادی، به منابع انسانی به عنوان مثال از بین رفتن مشاغل، کیفیت زندگی، محیط‌زیست، بیمه‌های اجتماعی و... لطمہ خواهند زد.^۱ (ابراهیمی و صادق نژاد نایینی، ۱۳۹۲: ۱۶۱).

﴿برخورداری از اطلاعات خاص﴾: داشتن تخصص، دانش و مهارت خاص در یک جامعه

مدرن، امتیاز محسوب می‌شود، لیکن گاهی از همین دانش در راه ارتکاب اعمال مجرمانه اقتصادی

۱. عمدۀ دولت‌ها، از جمله ایران نیز، با درک این خطرات، در فاصله زمانی کوتاهی، در مقایسه با سایر کتوانسیون‌های بین‌المللی، این سند را در مجالس مقننه خود به تصویب رسانده و به اجرای تعهدات ناشی از الحق بدان ملزم شدند.

استفاده می‌شود مانند هکرهایی که داده‌های اساسی یک شرکت، بانک، یک واحد سیاسی یا حتی خصوصی را تخریب یا حساب بانکی آن‌ها را تخلیه می‌کنند. درواقع جرایم ارتکابی این دسته می‌تواند نتایج زیانباری برای مردم یک منطقه، کشور یا حتی یک قاره داشته باشد. جرایم اقتصادی در بستر زندگی اقتصادی روزمره مردم ارتکاب می‌یابد و همین بستر زندگی بنا به اقتضائات خود، اطلاعات و دانشی را در اختیار افراد قرار می‌دهد که گاه در ارتکاب جرایم مورداستفاده قرار می‌گیرند و بدین ترتیب است که می‌توان گفت جرم اقتصادی مستلزم داشتن اطلاعات و دانش اقتصادی، تجاری یا مالی است. (ابراهیمی، ۱۳۸۶، ۱۳۴).

پیشگیری از جرایم اقتصادی: شیوه‌های پیشگیری به طور منطقی براساس نوع تعریفی

که از جرم اقتصادی ارائه می‌شود متفاوت است. علت ارتکاب این دسته جرایم در سطح کلان به مجموعه‌ای از عوامل مرتبط در سطح تولید، توزیع و مصرف، نوع نظام اقتصادی و نیز فرهنگ جاری جامعه بازمی‌گردد. در سطح خرد عوامل وضعی فرصت ساز از اهمیت بیشتری برخوردار است. بنابراین راهبرد پیشگیری در سطح خرد و در کوتاه‌مدت، پیشگیری وضعی فنی - فناورانه است که معمولاً از طریق تکنیک‌های دشوار کننده و خطرساز برای بزهکار و جاذبه زدا نسبت به آماج جرم می‌توان نسبت به کاهش فرصت‌ها اقدام نمود. (ابراهیمی و صادق نژاد نایینی، ۱۳۹۲: ۱۶۳).

ویژگی‌های مرتكبین جرایم اقتصادی:

مرتكبین جرایم اقتصادی نیز ویژگی‌هایی دارند که آگاهی از آن می‌تواند در پیشگیری مؤثر واقع شود.

مرتكبین جرایم اقتصادی، سود هنگفتی از فعالیت مجرمانه خود به دست می‌دهند؟ به شکل کامل از جهانی شدن اقتصاد استفاده می‌کنند، گستره فعالیت خود را در تمام سطح جهان توسعه می‌دهند و در بسیاری از موارد نیز به شکل سازمان یافته عمل می‌کنند و در این چارچوب در سایه اطلاعاتی که دارند از تمام خلاهای نظام حقوقی و بازار بهره می‌برند.

گاهی اوقات شرکت، وسیله یا پوششی برای ارتکاب جرم اقتصادی یا پنهان کردن آثار جرم است. در این گونه موارد، برخی از شرکت‌ها از گمنامی سهامداران اصلی استفاده می‌کنند و برخی دیگر صرفاً از لحاظ حقوقی عنوان شرکت را دارند، لیکن واقعیت اقتصادی ندارند. بدین ترتیب با شرکت‌های واهی و غیرواقعی مواجه می‌شویم که درواقع برای ارتکاب جرم تشکیل شده‌اند.

وضعیت برخی از بزهکاران اقتصادی از جمله کسانی که دارای منصب دولتی بوده و دارای قدرت نیستند، متفاوت با بزهکاران عادی است. خطر این دسته به لحاظ پست‌های مهمی که در اقتصاد، مدیریت و سیاست دارند، بسیار بیشتر است.

برخی از بزهکاران اقتصادی دارای قدرت نیستند، اما به لحاظ اطلاعاتی که دارند، برای جامعه خط‌نماک‌اند. آنان از ابزار و وسایل برآمده از سایر علوم، نه فقط برای نقض قوانین، بلکه برای از بین بردن آثار اقدامات مجرمانه خود استفاده می‌کنند. اطلاعات و دانشی که متولیان تعقیب و نیز ناظران حسن عملکرد شرکت فاقد آن هستند. این عدم آگاهی متولیان، اتخاذ تدابیر پیشگیرانه از سوءاستفاده از دانش را دشوار می‌کند.

ج) شباهت‌ها و تفاوت‌های جرم اقتصادی و جرم سازمان یافته

جرائم اقتصادی، اصطلاحی عام برای طیف وسیعی از جرایم است، عنوانی که توانسته است به رغم تفاوت قابل توجه بسیاری از عنوان زیرمجموعه خود، همه را تحت شمول خود درآورد. این جرایم گاه برخی از جرایم علیه اموال هستند، گاه برخی از مصادیق جرایم علیه امنیت، گاه با تعبیری دیگر جرایم علیه آسایش، جرایم علیه دولت و یا جرایم علیه سلامت را شامل می‌شوند. (خدائیان چگنی، ۱۳۹۱: ۳۲) حمایت کیفری از نظام اقتصادی کشور به عنوان هدف اساسی توجیه‌کننده آن و همچنین گستره بسیار پیامدهای اجتماعی این مصادیق، آن‌ها را در زمرة جرایم غیرقابل گذشت قرار می‌دهد که عطف به مقررات، نظام سیاسی- قضایی تعیین‌کننده جنبه‌های مختلف شروع، تداوم و یا خاتمه فرآیند رسیدگی به این جرایم است. در نظام کیفری ایران انواع

جرائم اقتصادی از جمله پولشویی، اخلال در نظام اقتصادی کشور، قاچاق کالا و ارز، جرایم مالیاتی، اختلاس، تبانی در معاملات دولتی، مورد جرم انگاری قرارگرفته است (میرسعیدی و زمانی، ۱۳۹۲). بسیاری از مصادیق جرایم اقتصادی به نحوی هستند که ارتکاب انفرادی آن‌ها تصویرناپذیر است، به همین دلیل امروزه جرم اقتصادی با همبستگی لاینفک خود بین فعالیت‌های قانونی و غیرقانونی مشخص می‌شود. حضور چهره‌هایی که متعلق به صحنه جنایی معمولی نیستند، تشخیص مرز بین قانونی و غیرقانونی را پیچیده‌تر می‌کند. در چنین زمینه‌های جنایی تجاری که در آن اطلاعات نقش مهمی را ایفا می‌کند، تفکیک جرم اقتصادی و جرم سازمان یافته سنتی نیز بسیار دشوار است. آن‌ها به طور فزاینده ویژگی‌های مشترکی دارند، لذا تمایز میان آن‌ها کمتر قابل درک است و شبهات‌های میان آن‌ها فراوان است. اول اینکه، هر دو جرم سازمان یافته و اقتصادی در یک زمینه جرمزا ظهور پیدا می‌کنند، زیرا آن‌ها ارزش‌افزوده‌ای ایجاد نمی‌کنند و تمایل به نفوذ در آن بخش‌های اقتصادی‌ای دارند که تصور می‌کنند بسیار اجرایی هستند. به عبارت دیگر، می‌توان بسیاری از جرایم اقتصادی را به فعالیت‌های قانونی در بازارهای غیرقانونی وابسته یافت. دوم، آن‌ها با مشکلات مربوطه در مشاغل قانونی به شبکه‌ها متکی هستند. سوم، آن‌ها برای انجام فعالیت‌های غیرقانونی خود از تخصص تجاری استفاده می‌کنند: آن‌ها به حرفة‌ای‌ها و متخصصین احتیاج دارند. چهارم، آن‌ها تمایل دارند که از نظر عقلانی (مطمئناً به معنای تجاری) عمل کنند و سعی کنند مزایا و خطرات اقدامات غیرقانونی خود را علیه مزیت و سود بازار جهت دهند. درنهایت، آن‌ها گونه‌ای از ساختار سازمانی را اتخاذ می‌کنند، حتی اگر روش‌هایی که در آن خود را سازمان‌دهی می‌کنند غالباً بسیار متنوع هستند. (باوی، گلدوست جویباری و غلامی، ۱۳۹۸: ۷۹)

جرائم اقتصادی برخلاف جرم سازمان یافته، هیچ پیوند وفاداری را به ارزش‌های گروهی نشان نمی‌دهد و این امر باعث می‌شود که در جرایم سازمان یافته اقتصادی آن را به شکل دیگری نشان دهد. به همین دلیل می‌توان گفت که در جرم سازمان یافته اقتصادی ارزش‌های جنایی



ستی و اشکال سلسله مراتب در ساختار سازمان نقش مهمی را ایفا نمی کنند. شبکه های جرم اقتصادی می توانند مستقل از آن کار کنند. نزدیکی قومی یا فرهنگی موردنظر در جرایم مخصوص سازمان یافته چندان در جرایم سازمان یافته اقتصادی مشاهده نمی شود. ماهیت و هویت شرکت کنندگان در بنگاه اقتصادی کم اهمیت است. جرایم اقتصادی، بیش از آنکه بر خشونت و ارعاب متکی باشد در ضمن اجرای قانون رخ می دهد.

۴- تأثیر جرایم اقتصادی بر اقتصاد ملی

جرائم اقتصادی یکی از چالش های جوامع در جهان کنونی به ویژه در کشورهای در حال توسعه است که امنیت کشورها را مورد تهدید قرار می دهد. (مصطفی پور، ۱۳۹۵: ۵۳) این جرایم اگرچه بسیار متنوع هستند اما همگی در یک ویژگی بنیادین که به نوعی، از پیامدهای وقوع آن هاست، مشترک می باشند و آن، تأثیرات بی بدل این جرایم بر نظام های اقتصادی و کارکرد آن هاست. در جرایم اقتصادی، نتیجه مجرمانه یعنی اخلال در نظام اقتصادی کشور و انگیزه کسب منفعت در سطحی گسترده، دو شاخصی است که دشواری ها و چالش های پیشگیری از این قبیل جرایم را مطرح می کند. (شمس ناتری و توسلی زاده، ۱۳۹۰: ۱۹۹)

یکی از آسیب های مهم که امنیت اقتصادی کشورها را مورد تهدید قرار می دهد، پدیده فساد و جرم اقتصادی است. این موضوع به خصوص در کشورهایی که دارای اقتصاد رانی هستند، دارای ابعاد و مظاهر آشکارتری است؛ زیرا این کشورها از یکسو دارای منابع زیرزمینی خدادادی هستند که بدون هیچ زحمتی آنان را صاحب ثروت های فراوان نموده و از سوی دیگر این منابع به واسطه مالکیت عمومی، در اختیار دولت و کارکنان دولتی که هیچ رابطه مالکیتی بین آن ها و منابع موردنظر وجود ندارد، قرار گرفته است. مع الوصف این فضا شرایطی را فراهم آورده است که عواید ناشی از فروش منابع مزبور به دلایل مختلف، یا از سوی افراد سودجو، غافل و ناشایست دولتی یا به واسطه تبانی این قشر با سایر افراد و گروه های سیاسی، اجتماعی،... مورد تعرض قرار گیرد. این

منابع، علی‌رغم وجود دستگاه‌های نظارتی تعریف شده، از گزند متجاوزین مصون نبوده و گاهی اوقات دستگاه‌های مذکور نیز آلدۀ به مفاسد و جرایم مرتبط با این موضوع می‌شوند. بررسی‌ها نشان می‌دهد که پدیده فساد و جرم اقتصادی ابتدا امنیت اقتصادی جوامع را متأثر می‌سازد و سپس حوزه امنیت ملی را مورد تهدید قرار می‌دهد. بدین صورت که مفاسد و جرایم مذکور پس از آنکه به شکل تبعیض و بی‌عدالتی فرآگیر بروز یافته، منجر به از بین رفتن مشروعیت که یکی از شاخص‌های مهم و کلیدی امنیت ملی است، می‌شود. جرایم اقتصادی که از یکسو ناشی از تهدیدات عوامل و عناصر خارجی و از سوی درآمدی بر ابعاد مفاسد و جرایم اقتصادی دیگر ناشی از ناکارآمدی مدیریت اقتصاد داخلی است، اغلب منجر به بروز فقر، محرومیت و عقب‌ماندگی می‌گردد. (زمانی، ۱۳۸۸: ۳۵).

جرائم اقتصادی بر ساختارهای اقتصاد ملی، تأثیرات عمیقی را بر جای می‌گذارند و به دنبال آن، به سرعت، وارد سطوح دیگر شده و بنیان‌های سیاسی را در معرض خود قرار می‌دهند و مشروعیت سیاسی را دچار خدشه می‌کنند. از این‌رو است که امروزه پرداختن به این شاخه از جرایم در جوامع به عنوان جرایمی دارای گستره‌های چندوجهی، از اهمیت بی‌بدیلی برخوردار گردیده است. اولین دلیل اهمیت بررسی تأثیر جرایم اقتصادی بر اقتصاد ملی، چنان‌که پیش‌تر اشاره شد، از آن‌جهت است که فریبندگی این دسته از جرایم، سختی چندانی در ایجاد محرک‌های لازم برای بزهکاران ندارد و منافع مادی به عنوان بی‌واسطه‌ترین و جذاب‌ترین محرک‌های عمل مجرمانه، افراد را به سوی خود جذب می‌نماید. این جذابت، به‌ویژه در زمانی که موانع قانونی، اندک یا ناکارآمد باشند، سیاست‌های پیشگیرانه به خوبی عمل نکنند، فرصت‌های بزهکاری، با شمار زیاد وجود داشته و مجازات‌ها، دیرهنگام یا ناکافی باشند، بسیار پررنگ‌تر خودنمایی می‌کند. دومین دلیل اهمیت فراوان این جرایم، به بزهديگان آن بازمی‌گردد. جرایم اقتصادی، هرچه در سطح گسترده‌تری جریان پیدا کند، بخش بزرگ‌تری از جمعیت را در ردیف بزهديگان خود قرار می‌دهد

و بدین صورت، گاه در سطح کلان و ملی، این انتظاری دور از ذهن نیست که یک ملت، به بزه دیده یک جرم تبدیل شود.

نظام‌های اقتصادی بر قواعدی استوارند که عدول از آن‌ها یا ایجاد اخلال در آن‌ها، به برهم خوردن توازن اقتصادی و به دنبال آن، بروز آسیب‌های گاه بسیار پیچیده منجر خواهد شد. از آنجایی که کشورهای در حال پیشرفت، معمولاً از نظام‌های اقتصادی کم ثبات‌تری برخوردار هستند و احتمال رخ دادن جرایم اقتصادی در این کشورها، بیشتر است، لذا میزان آسیب‌پذیری اقتصاد این کشورها به دلیل افزایش احتمال ورود عوامل اخلال‌گر به درون نظام اقتصادی و اثربخشی عمیق‌تر بر ساختارهای کم ثبات آن، به مرتب بیشتر از تأثیرات این‌گونه فعالیتها در نظام‌های دارای پیشرفت اقتصادی است. به همین خاطر، چنان‌که پیش‌تر نیز اشاره شد، نگارنده به عنوان قاضی یکی از سنگین‌ترین و پیچیده‌ترین پرونده‌های جرایم اقتصادی در کشور، بر آن شد تا چندوجهی بودن و گسترده‌گی تأثیرات این جرایم را به امید تبدیل شدن به موردی قابل تأمل برای کارگزاران نظام قضایی کشور به رشتہ تحریر درآورد.

۵- جرم سازمان یافته و تنوع مجرمانه

در خصوص جرم سازمان یافته^۱، نوشته‌های بالتبه فراوانی وجود دارد. معظمی در کتاب جرم سازمان یافته و راهکارهای مقابله جهانی با آن (۱۳۸۴)، این نوع جرم را در سطوح ملی و فراملی موردنوجه قرار می‌دهد و از همبستگی جهانی برای مقابله با آن سخن می‌گوید.

علی نجفی ابرندآبادی و همکاران (۱۳۷۹)، آن را یکی از مهم‌ترین خطرات جامعه جهانی در هزاره سوم ارزیابی می‌کنند و آن را شامل فعالیت‌های مجرمانه شدید از سوی گروه‌های مجرمانه

1. Organized crime

ای می‌دانند که با داشتن تشکیلات منسجم و پیچیده و با ویژگی‌های خاص برای کسب منافع مالی یا قدرت، مرتكب جرم می‌شوند.

کرسی (۱۹۶۹) آن را نوعی فعالیت مجرمانه مستمر می‌خواند که با هماهنگی صورت می‌گیرد و آلبانز (۱۹۸۹) نیز از جرم سازمان یافته به عنوان یک اقدام مجرمانه مستمر سخن می‌گوید که برای کسب سود و منفعت از طریق انجام فعالیت‌های غیرقانونی هماهنگ انجام می‌پذیرد. او عقیده دارد که جرم سازمان یافته، وجود خود را با استفاده از تهدید یا زور و از طریق فساد مقامات اداری تضمین می‌نماید تا درجه‌ای از مصونیت و ایمنی را در برابر اعمال قانون به دست آورد.

اهمیت پدیده جرم سازمان یافته تا جایی است که کنوانسیون مبارزه با جرایم سازمان یافته فراملی سازمان ملل متحد^۱ باهدف مبارزه همه‌جانبه با این جرم و هماهنگ‌سازی قوانین داخلی مربوط به آن در نوامبر سال ۲۰۰۰ در مجمع عمومی سازمان ملل متحد در قالب قطعنامه ۵۵/۲۵ به تصویب اعضا رسید و از ۱۵ دسامبر همان سال در کنفرانسی در پالرمو ایتالیا مورد امضای اعضا قرار گرفت. به موجب بند الف ماده ۲ این کنوانسیون، گروه مجرمانه سازمان یافته^۲، یک گروه دارای ساختار تشکیلاتی ۳ نفره یا بیشتر است که برای یک دوره زمانی معین وجود داشته و باهدف ارتکاب یک یا چند جرم شدید یا جرایم مندرج در این کنوانسیون به منظور تحصیل مستقیم یا غیرمستقیم یک منفعت مالی یا منافع مادی دیگر به شیوه‌ای هماهنگ فعالیت می‌کند.

اما غرض اصلی نگارنده از پرداختن به مبحث جرم سازمان یافته، نقطه اصلی تأکید در این مقاله، یعنی پدیده تنوع مجرمانه^۳ است که به عنوان محور اصلی این نوشتار نیز محسوب می‌شود. در این حال، لازم است تا به این نکته اشاره شود که برخلاف بسیاری از اعمال مجرمانه در جرایم

-
1. United Nations Convention on the Suppression of Transnational Organized Crime
 2. Organized criminal group
 3. Criminal Diversity

که چند مورد محدود را شامل می شود مثلاً در جرم غصب، عنوان مجرمانه بر تصرف من غیر حق مال، استقرار می یابد، در جرایم سازمان یافته و کلان اقتصادی، با مجموعه فراوانی از اعمال مجرمانه رو به رو هستیم که اصطلاحاً آن را تنوع مجرمانه می نامیم.

نگارنده بر آن است که دلیل اصلی ظهرور جرایم اقتصادی سازمان یافته به عنوان نوعی ورودی آشوب ساز در نظام اقتصادی و ایجاد اخلال در آن، همین تنوع مجرمانه است که خود را در زمینه هایی مانند تنوع در جرایم، تنوع در افراد بزهکار، تنوع در عرصه ها و حوزه های مجرمانه و تنوع در طراحی های مجرمانه به نمایش می گذارد. تنوع مجرمانه در جرایم اقتصادی سازمان یافته به تجمیع ورودی های اخلالگر می انجامد که حاصل آن، وارد شدن ضربه های گاه جبران ناپذیر به نظام اقتصادی است.

تجزیه و تحلیل مصادیق تنوع مجرمانه در پرونده فساد کلان بانکی

نگارنده به عنوان قاضی پرونده فساد کلان بانکی (موسوم به سه هزار میلیارد تومانی)^۱ از همان ابتدای ورود به قضیه با مجموعه ای متنوع از پدیده های مجرمانه شامل افراد، جرایم، مناصب و طراحی ها رو به رو شد که به خوبی حکایت از وجود تنوع مجرمانه در این جرم سازمان یافته داشت. مقاله حاضر بر پایه مستنداتی شامل شش جلد برگرفته از جلساتی با مشخصات زیر استوار است:

در این پرونده می توان مصادیق تنوع مجرمانه را در؛ تنوع افراد، تنوع جرایم، تنوع مناصب و حوزه ها و تنوع طراحی ها دسته بندی نمود.

۱. تاریخ اولین جلسه: ۱۳۹۰/۱۱/۲۵، تاریخ آخرین جلسه: ۱۳۹۱/۴/۲۵، تعداد جلسات دادگاه: ۱۵ جلسه، مدت جلسات دادگاه: ۶ تا ۱۲ ساعت، تعداد وکلای پرونده: ۵۶ وکیل، میزان حق الوکاله وکیل اول: بیش از ۱۰ میلیارد تومان، حجم اوراق پرونده: ۲۵ برگ (بیش از تأیید دیوان عالی کشور)، تعداد امضاهای ریاست دادگاه: ۴. ۵۷۵ فقره امضا، حجم اوراق دادنامه: ۱. ۶۶۰ برگ.

۱. تنوع افراد

این پرونده، مجموعه گسترده‌ای از افراد متهم را به خود اختصاص می‌داد. این مجموعه ۳۹ نفری، علاوه بر کثرت عددی، دارای روابطی پیچیده با یکدیگر و با دیگر مجموعه‌ها بودند که کار رسیدگی به پرونده را به کاری بزرگ، پر مشکل و نیازمند بررسی‌های زیاد تبدیل می‌کرد.

بررسی عملکرد مجرمانه گروه امیر منصور آریا به رهبری متهم ردیف اول و مشارکت و معاونت سایر متهمان به شرح محتويات پرونده، مستندات و مدارک ارائه شده و قراین و امارات موجود و مقایسه آن‌ها با تعاریف و ویژگی‌های مربوط به فعالیت‌های مجرمانه سازمان یافته، سازگاری و انطباق آن‌ها را با یکدیگر نشان می‌دهد.

از سوی دیگر، در این قضیه، رفتار و اقدامات مجرمانه متهم ردیف اول، دلالت تمام بر نقش وی به عنوان رهبر گروه را داشت. تأسیس شرکت‌های مختلف و اقماری و الزام بخشنامه‌ای آن‌ها به در اختیار خزانه دفتر مرکزی قرار دادن تمام نقدینگی‌ها و ارسال گزارش‌های ادواری منظم درباره امور مالی، حکایت از این سازمان‌دهی دقیق داشت.

نکته قابل توجه دیگر در این میان، مسئله سلسه‌مراتبی بودن این مجموعه مجرمانه در سه رده رهبری، هسته مرکزی یا مدیریت و مجریان مستقیم عملیات مجرمانه بود. آنچه موجب تقویت بیشتر این سلسه‌مراتب می‌شد، اصل رازداری، تعهد به سازمان، تقسیم وظایف و نقش‌ها، نظم شدید و تبعیت بدون چون‌وچرا از رده‌های بالاتر بود. دو معیار اساسی برای عضویت در این گروه یعنی وفاداری به آن و داشتن مهارت‌های مجرمانه به خوبی بامطالعه عملکرد متهمان پرونده، خود را نشان می‌داد و تمامی متهمان در خلال تحقیقات مقدماتی و محکمات به وجود ویژگی‌های یادشده اذعان داشتند و به آن اشاره کرده بودند.

با این همه، تنوع افراد موجب برهم خوردن نظم در کارها نمی‌شد زیرا هیچ‌کس حق نداشت در کار دیگری دخالت کند یا در مورد علت انجام برخی کارها بخلاف مخالف بودنش سؤال نماید. این

افراد، معمولاً خود را کارمندانی عادی معرفی می‌کردند و به دلیل تعهد به سازمان و وفاداری به گروه و با رعایت نظم شدید و تبعیت بی‌چون و چرا از دستورات مافوق، بدون کوچکترین اعتراضی، با پوشش‌های ظاهری قانونی در چارچوب وظایف اداری خود، عمل می‌نمودند به‌گونه‌ای که گویا از غیرقانونی بودن فعالیت‌های گروه، هیچ اطلاعی ندارند.

۲. تنوع جرائم

پرونده فساد کلان بانکی، مجموعه‌ای متنوع از جرایم شامل پول‌شویی؛ اخذ، پرداخت و وساطت در رشوه؛ جعل و استفاده از اسناد مجهول؛ تحصیل مال نامشروع؛ کلاهبرداری؛ همکاری با شبکه فاسد در بانک و مواردی مانند آن را در خود جای می‌داد.

بر اساس محتوای پرونده، گردشکار تنظیمی، مستندات و مدارک و قرایین و امارات موجود در پرونده می‌توان دریافت که این گروه سازمان‌یافته مجرمانه با ایجاد یک شرکت توسعه سرمایه‌گذاری و شرکت‌های متعدد اقماری که شمار آن‌ها به بیش از ۹۰ شرکت در داخل و قریب ۸ شرکت در کشورهایی همچون امارات، برباد، کانادا، روسیه، ترکیه، هنگ‌کنگ و ژاپن می‌رسید، از طریق پرداخت رشوه‌های کلان در شبکه بانکی نفوذ کرده و با ارتکاب اعمالی همچون کلاهبرداری، اختلاس توأم با جعل، پول‌شویی، اعمال نفوذ ناروا در دیگر نظامهای مالی، تبانی و تدلیس در معاملات دولتی و ممانعت از اجرای عدالت، جعل و استفاده از سند مجهول به صورت گسترده، فساد مالی گسترده‌ای را در کشور به وجود آورده بودند.

در خلال انجام تحقیقات مقدماتی در دادسرا و رسیدگی در دادگاه، گزارش‌ها، مکاتبات و دلایل فراوانی به دست آمد که همگی دلالت بر وقوع تخلفات و جرایم متنوع به‌ویژه از طریق پرداخت رشوه، پول‌شویی از طریق خرید املاک متعدد، تأسیس بانک (آریا)، تسویه بدھی‌های سررسید شده اعتباری اسنادی و شرکت‌های وابسته به گروه آریا دارد که مشروح این موارد، در

پرونده موجود است و به لحاظ رعایت اختصار در این مجال، از پرداختن مفصل به آن، خودداری می‌شود.

۳. تنوع مناصب و حوزه‌ها

متهمان حاضر در پرونده فساد کلان بانکی و افراد دیگری که با آن‌ها در ارتباط بودند، مجموعه‌ای از طیف‌های گسترده با مشاغل و مناصب گوناگون در حوزه‌های مختلف و بعضًا در مناصب بالای مدیریتی قرار داشتند. تنوع در مناصب در این پرونده، سه صورت اساسی به خود می‌گیرد؛ نخست، مناصبی که در اختیار اعضای خود گروه و وابستگان آن‌ها بود و دوم مناصبی که در اختیار اعضا و وابستگان این گروه نبود اما با برقراری ارتباطات مجرمانه با آن‌ها، صاحبان این مناصب را وارد چرخه‌های فساد کرده بودند. گونه سوم از مناصب، به مواردی بازمی‌گشت که با تأسیس شرکت‌های اقماری، به وجود آمده بودند. این‌ها مناصبی بودند که اساساً بر پایه تأسیس مجرمانه شرکت‌های صوری با اغراض مجرمانه ایجاد شده بودند و سپس با ارتباطات پیچیده و پرحجم به یکدیگر متصل می‌شدند. مطالعه پرونده حکایت از آن دارد که سه گونه مناصب موجود در این فعالیت اقتصادی مجرمانه به قدری فراوان هستند که بروز اخلال اساسی در نظام پولی، نظام تولیدی و دستگاه‌های اقتصادی کشور را به امری حتمی تبدیل می‌کرد و آن را تا لایه‌های میانی و پایینی نفوذ می‌داد به گونه‌ای که بر اساس اعلام دادیار دادسرای کارکنان دولت و نماینده دادستان در جلسات محاکمه، چیزی بیش از ۲۰۰ فقره پرونده به عنوان شاخه‌های فرعی پرونده حاضر در دادسرای مفتح بود و در جریان رسیدگی قرار داشت که خود، حکایت از تنوع بالا در مناصب و پیچیدگی و گستردنگی کمی و کیفی اقدامات مجرمانه این شبکه داشت.

۴. تنوع طراحی‌ها

پرونده فساد کلان بانکی با انواع گسترده‌ای از طراحی‌های مجرمانه به عنوان مقدمه ارتکاب جرم، تسهیل کننده ارتکاب جرم و پوشش‌دهنده و پنهان کننده ارتکاب جرم همراه بود.

تنوع در طراحی‌های این گروه، یکی از شاخص‌های تأمین برانگیز در ارتکاب فعالیت‌های مجرمانه در پیشینه این گونه فعالیت‌ها در کشور است. اهمیت تنوع در طراحی‌ها در این پرونده از آن رو است که باید میان سه نوع تنوع دیگر که از آن یاد شد یعنی؛ تنوع افراد، تنوع جرایم و تنوع مناصب و حوزه‌ها، ارتباط برقرار می‌کرد.

بدون شک، اقدام به طراحی برای پیوند زدن افرادی مختلف با مناصبی گوناگون و با فعالیت‌های مجرمانه خاص خود، اقدام به انجام فعالیتی بسیار پیچیده است که یک نمونه از آن را می‌توان در تشکیلات شرکت‌های داخلی و خارجی گروه آریا ملاحظه نمود.

نکته قابل توجه در طراحی‌های یادشده این است که شکل این طراحی‌ها باید به گونه‌ای می‌بود که علاوه بر ایجاد پیوند میان سه عنصر افراد مختلف، جرایم مختلف و مناصب و حوزه‌های مختلف، چهره‌ای قانونی نیز می‌یافتد و هیچ شک و شباهتی را در خصوص عادی بودن روال این فعالیت‌ها برنمی‌انگیرد.

نکته مهم دیگر در بحث از تنوع طراحی‌ها، جاری شدن این طراحی‌ها بر بستری از زمان و اجتناب از شتاب در کارها بود. شرکت آریا از سال ۱۳۸۵ باهدف دریافت اعتبار از بانک‌های کشور و تأسیس شرکت‌ها و بنگاه‌های مختلف اقتصادی به وجود آمد و اقسام بسیار متنوعی از طراحی‌های مجرمانه در تمام طول این سال‌ها از ایجاد شرکت‌های صوری تا تشکیل شرکت به نام اشخاص غیرمطلع و ناآگاه و برقراری روابط پیچیده با برخی مدیران شرکت‌ها، بخشی از فعالیت‌های این گروه محسوب می‌شد.

مجموعه فعالیت‌های گروه آریا در دهه ۱۳۸۰ و فرایندهای متقلبانه تهیه اسناد اعتباری و طراحی برای ارتکاب جرایم گوناگون، تصویری گویا از اتصال حلقه‌های متعدد مربوط به افراد جرایم و مناصب در این پرونده فساد کلان اقتصادی است.

نتیجه‌گیری:

جرائم اقتصادی، جرمی است که علیه اقتصاد کشور ارتکاب می‌باید یا به این قصد انجام می‌شود یا در عمل موجب اختلال در نظام اقتصادی کشور می‌شود، این جرایم از آن دسته جرایمی هستند که به دلیل منفعت آوری بالا، در زمرة جذاب‌ترین حوزه‌های جرم مطرح می‌شوند. جرایم اقتصادی، ضمن دارا بودن مختصات دیگر جرایم، به دلیل داشتن تبعات گسترده، پرنفوذ و ماندگار و عواملی بسیار مهم از جمله ظرفیت بالا برای مشروعيت زدایی از نظام سیاسی و به فرسایش کشاندن اعتماد عمومی، در زمرة جرایم پر خطر اجتماعی قرار می‌گیرد.

در خصوص شباهت‌ها و تفاوت‌های جرایم سازمان‌یافته و اقتصادی جمع‌بندی مطالب نشان می‌دهد که: ۱- هر دو جرم در یک زمینه جرمزا ظهور پیدا می‌کنند، زیرا آن‌ها ارزش‌افزوده‌ای ایجاد نمی‌کنند و تمایل به نفوذ در آن بخش‌های اقتصادی‌ای دارند که تصور می‌کنند بسیار اجرایی هستند. ۲- آن‌ها با مشکلات مربوطه در مشاغل قانونی به شبکه‌ها متکی هستند. ۳- آن‌ها به حرفه‌ای‌ها و متخصصین احتیاج دارند. ۴- آن‌ها سعی می‌کنند مزایا و خطرات اقدامات غیرقانونی خود را علیه مزیت و سود بازار جهت دهند. ولی جرم اقتصادی برخلاف جرم سازمان‌یافته، هیچ پیوند وفاداری را به ارزش‌های گروهی نشان نمی‌دهد و در جرم سازمان‌یافته اقتصادی ارزش‌های جنایی سنتی و اشکال سلسله‌مراتب در ساختار سازمان نقش مهمی را ایفا نمی‌کنند. ماهیت و هویت شرکت‌کنندگان در بنگاه اقتصادی کم‌اهمیت است. جرایم اقتصادی، بیش از آنکه بر خشونت و ارعاب متکی باشد در ضمن اجرای قانون رخ می‌دهد.

رؤیت پذیری اندک، پویایی، رقم سیاه بالا، گسترده‌گی دامنه خطر، برخورداری از اطلاعات خاص، متفاوت بودن پیشگیری از جرایم اقتصادی در سطح کلان و خرد از ویژگی‌های جرم اقتصادی می‌باشند.

در این نوشتار نگارنده بر آن شده تا جنبه‌ای مهم و اساسی از جرایم اقتصادی سازمان یافته یعنی پدیده تنوع مجرمانه را مورد بررسی علمی قرار دهد، چراکه این پرونده فساد کلان بانکی می‌تواند به عنوان یک نمونه قابل بررسی و یک الگوی قابل تحلیل از جرایم سازمان یافته اقتصادی، مورد توجه قرار گیرد.

جمع‌بندی یافته‌ها نشان می‌دهد که دلیل اصلی ظهور جرایم اقتصادی سازمان یافته به عنوان نوعی ورودی آشوب ساز در نظام اقتصادی و ایجاد اخلال در آن، تنوع مجرمانه است. عنصر تنوع مجرمانه به عنوان عنصر محوری در این پرونده شامل تنوع در افراد، تنوع در جرایم، تنوع در مناصب و تنوع در طراحی‌های مجرمانه، حلقه‌هایی بودند که بی‌واسطه یا با واسطه به یکدیگر گره خورده و در اثر این ارتباطات مجرمانه، یک سیستم بسیار پیچیده به وجود آمده بود که نظام اقتصادی کشور را با یک اخلال بزرگ مواجه می‌ساخت.

نکته قابل توجه دیگر در تحلیل این پرونده، ایجاد زمینه برای تعمیق دانش دست‌اندرکاران نظام عدالت کیفری در سطوح مختلف و تلاش برای ساخت نوعی رویه قضایی بر پایه مستنداتی علمی - تجربی است. قرار گرفتن این گونه پرونده‌ها در اختیار محققان، پژوهشگران و دانشجویان و تشویق آن‌ها به انجام کارهای علمی و تحلیلی بر روی آن‌ها، علاوه برگشوده شدن ابواب بحث و تحلیل و روشن شدن زوایای جدید یا ابهام‌آور پیشین در قضایای مشابه، پایه‌ای برای رویه سازی در قضایای مشابه را بنا می‌گذارد. چراکه پیشگیری از جرایم اقتصادی مبتنی بر تحقیقات علت شناختی، داده‌های آماری، شناخت عملی و نظری از سازمان‌های متولی تعقیب، رسیدگی و به طور کلی واحدهای درگیر در این دسته جرایم می‌باشد.

افزایش میزان تعاملات میان دستگاه‌های نظارتی و مبارزه با فساد از جمله سازمان بازرسی کل کشور، وزارت اطلاعات و بازرسی‌های دستگاه‌های اجرایی و طراحی پروژه‌های مشترک عملیاتی

و م وقت تا پایان پرونده از پیشنهادهای پژوهش است که می‌تواند منجر به افزایش سرعت و دقت دستیابی به اهداف و پیشگیری از ورود آسیب‌های جدی به نظام اقتصادی شود.

همچنین بررسی‌های موشکافانه این نوع پرونده‌ها نشان می‌دهد تاکنون قوانین و مقررات کیفری یکپارچه به منظور تضمین سلامت اقتصادی کشور تدوین نشده و قادر به ترسیم سیاست جنایی یکسانی نمی‌باشد و تدوین چنین قوانینی ضروری است، چراکه قوانین موجود در این خصوص به صورت پراکنده و مصداقی وضع شده است.

منابع و مأخذ:

- ابراهیمی، شهرام؛ صادق نژاد نایینی، مجید، (۱۳۹۲)، «تحلیل جرم شناختی جرایم اقتصادی». *فصلنامه پژوهش حقوق کیفری*. ۲ (۵)، صص ۱۴۷-۱۷۴.
- ابراهیمی، شهرام، (۱۳۸۶)، طرح تأسیس دوره کارشناسی ارشد پیشگیری و مجازات جرایم اقتصادی و سازمان یافته. *تعالی حقوق خوزستان*، شماره ۹.
- باوی، علیرضا؛ گلدوست جویباری، رجب و غلامی، حسین، (۱۳۹۸)، «ساختار مقابله کیفری - پلیسی با جرایم سازمان یافته اقتصادی بر مبنای اهمیت دانش اطلاعات». *مجله کارآگاه*. سال دوازدهم، شماره ۴، صص ۷۸-۹۳.
- جمشیدی، علیرضا، (۱۳۸۸)، «پیشگیری از جرایم اقتصادی. از اقدام‌های قضایی تا اقدام‌های اجرایی». در: *مجموعه سخنرانی‌های ارائه شده در نخستین همایش ملی پیشگیری از وقوع جرم*، به کوشش محمد فرجیها و سید محمدحسین سرکشیکیان، چاپخانه معاونت آموزش ناجا. ص ۷۱.
- خدائیان چگنی، ذبیح الله، (۱۳۹۱)، «بررسی تطبیقی نهادهای نظام عدالت کیفری فرانسه و ایران در مقابل جرایم اقتصادی». *محله مطالعات حقوقی*، دوره چهارم، شماره ۲، صص ۳۱-۵۸.
- دادگستری جمهوری اسلامی ایران (۱۳۹۱)، پرونده فساد کلان بانکی، کلاسه ۹۰/۹۲-۱۸۷۴۲/ط د، شعبه اول دادگاه انقلاب اسلامی تهران، شش جلد.
- زمانی، علی‌اکبر، (۱۳۸۸)، «درآمدی بر ابعاد مفاسد و جرایم اقتصادی و پیامدهای آن بر امنیت ملی». *محله کارآگاه*، دوره دوم، سال دوم، شماره ۷، صص ۳۲-۵۵.
- ساکی، محمدرضا، (۱۳۸۹)، حقوق کیفری اقتصادی، چاپ اول، تهران، جنگل.
- شمس ناتری، محمدابراهیم؛ توسلی زاده، توران، (۱۳۹۰)، «پیشگیری وضعی از جرایم اقتصادی». *مطالعات حقوق خصوصی*، ۴ (۴)، صص ۱۹۹-۲۱۷.

- ۱۰- فرجیها، محمد؛ مقدسی، محمدباقر، (۱۳۹۲)، «پاسخ‌های کیفری عوام گرایانه به مفاسد اقتصادی»، دایره المعارف علوم جنایی (مجموعه مقاله‌های تازه‌های علوم جنایی)، کتاب دوم، تهران، میزان.
- ۱۱- مصطفی پور، منوچهر، (۱۳۹۵)، «بررسی جرایم اقتصادی در ایران و راهکارهای پیشگیری از آن‌ها»، مجله اقتصادی (دوماهنامه بررسی مسائل و سیاست‌های اقتصادی)، ۱۶ (۱) و ۲، صص ۵۳-۷۶.
- ۱۲- معظمی، شهلا، (۱۳۸۴)، جرم سازمان‌یافته و راهکارهای مقابله با آن، تهران، نشر دادگستر.
- ۱۳- میرسعیدی، سید منصور؛ زمانی، محمود، (۱۳۹۲)، «جرائم اقتصادي؛ تعريف يا ضابطه؟»، پژوهش حقوق و سیاست، دوره ۲، شماره ۴، صص ۱۶۷-۱۹۹.
- ۱۴- نجفی ابرندآبادی، حسین؛ حبیب‌زاده، محمدجعفر؛ شمسی، محمدابراهیم، (۱۳۷۹)، «جرائم سازمان‌یافته در جرم‌شناسی و حقوق جزا»، مدرس علوم انسانی، دوره ۴، شماره ۱۷.
- ۱۵- ولیدی، محمد صالح، (۱۳۸۶)، حقوق کیفری اقتصادی، چاپ اول، تهران، میزان.
- ۱۶- ولیدی، محمد صالح، (۱۳۸۸)، بایسته‌های حقوق جزای عمومی، تهران، جنگل.
- 17-Albense, J. (1989), Organized crime in America, Ohio.
- 18-Cressy, D. R. (1969), Crime as an American Way of life: History Today. (37).
- 19-www. wikipedia. org

Criminal Diversity in Organized Economic Crimes and Its Impact on the Economic System of the Countries

Nasser Seraj¹

Abstract

Even though the economic crimes torment the basis of governments, legal systems do not provide a clear and comprehensive definition of them. Many scholars have tried to provide their views on the subject, but that is all in the form of doctrines; hence there is no consensus on the definition of economic crimes. With this regard, some scholars point out the effects of economic It is comprehensible that the economic crimes are the most appealing and attractive ones, since they gain enormous revenues for the crime. Therefore, we can observe that organized crime is the dominant framework for committing economic crimes. In these times we can define economic crimes as trans-boundary offenses, which are categorized as organized crime.

we know that economic crimes represent dimensional vices committed with the cooperation of officials; With this regard, the economic system of any country is exposed to destruction. Article 49 of the Constitution of the Islamic Republic of Iran emphasizes on the fight against such crimes and deciding upon illegal events. Case studies, especially in areas such as criminal law, provide the opportunity for those interested and agents of the criminal justice system to study the real cases, re-read, analyze and put together the results, the ability to create a model and, consequently, Gain the possibility of establishing a judicial procedure with documented and scientific bases in similar cases. The present article, with the help of one of the most important cases of economic corruption in the Islamic Republic of Iran, which is known as the case of bank corruption or the case of three thousand billion tomans, intends to analyze various aspects of these economic crimes

KeyWords: *Economic crime, organized crime, criminal diversity, corruption, Bank corruption.*

1. Consultant Head of the Judiciary. (shirazi_mohammad65@yahoo.com)

ابعاد و کاربردهای دانشنامه‌ای مقاله



تکالیف مدیریت شهری در تحقق حقوق زیست محیطی شهر وندان

(با نگاهی به مصوبات شورای شهر تهران)

(نوع مقاله: علمی – پژوهشی)

شهرام سلامی*

محمد مظہری^۱

چکیده:

حق بر محیط زیست ارتباط زیادی با دیگر حقوق بشری دارد، به گونه‌ای که عدم تحقق آن، منجر به تهدید سایر حقوق انسان می‌شود و علاوه بر ورود خدمات جبران ناپذیر بر سلامت شهر وندان، دیگر حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی آنها را نیز در معرض خطر قرار می‌دهد. بسیاری از شهرها و به خصوص کلانشهرها از آلودگی‌های زیست محیطی بسیاری رنج می‌برند که این امر ناشی از عملکرد انسان‌ها در تولید انواع آلودگی‌های زیست محیطی است. غلبه بر آلودگی‌های محیط زیست در گروی آشنایی با حقوق زیست محیطی شهر وندان و تلاش در جهت تحقق آنها می‌باشد. تحقیق حاضر در صدد پاسخ به این پرسش اساسی می‌باشد که حقوق زیست محیطی شهر وندان در گستره شهر چیست؟ برای پاسخ به این پرسش ضمن بررسی انواع مولفه‌های زیست محیطی حقوق شهر وندان از جمله: حق دسترسی به اطلاعات، حق برآموزش، حق مشارکت، حق تشکیل و عضویت در سازمان‌های مردم نهاد، حق برخورداری از محیط زیست سالم و حق برخورداری از فضای سبز شهری؛ مصوبات شورای شهر تهران مورد پژوهش قرار گرفته‌اند. نتیجه اینکه علی‌رغم تمام تلاش‌های صورت گرفته و برخی موقیت‌های به دست

* کارشناسی ارشد، گروه حقوق، دانشکده حقوق و علوم اجتماعی، دانشگاه تبریز (نویسنده مسؤول)
Email: salami.shahram@gmail.com

۱. دکترای تخصصی، گروه حقوق دانشکده حقوق و علوم اجتماعی دانشگاه تبریز
Email: m.mazhari@tabrizu.ac.ir

آمده، همچنان چالش‌های زیادی در این حوزه وجود دارد و راه درازی تا تحقق کامل حقوق زیست محیطی شهروندان در پیش است و نهادهای حاکمیتی و مدیران شهری بایستی بیش از پیش جهت تحقق حقوق مذکور تلاش نمایند.

کلیدوازه‌ها: محیط زیست، محیط زیست شهری، حقوق زیست محیطی، حقوق شهری، مدیریت شهری.

محیط زیست به عنوان ارزشی بنیادین و اولیه که سایر حقوق در بستر آن مجال تولد، رشد، توسعه، ارتقاء و تضمین را می‌یابند، رفته‌رفته می‌رود تا جایگاه خود را در سلسله مراتب هنجارهای حقوقی باز یابد. حق بر محیط زیست به عنوان یکی از مهم‌ترین حقوق نسل سوم بشر ارتباط تنگاتنگی با سایر حقوق آدمی در نسل‌های اول و دوم حقوق بشر دارد. چه اینکه حق حیات به عنوان بنیادی‌ترین حق بشر ارتباطی ناگسستنی با محیط زیست سالم دارد و هر قدر سلامت محیط زیست به خطر بیفتد، حیات آدمی بیشتر در معرض آسیب قرار می‌گیرد. در همین راستا کشورها و سازمانهای بین‌المللی در دهه‌ای اخیر با تصویب قوانین متعدد زیست محیطی تلاشهای مضاعفی را در حفاظت از این حق بشری به کار گرفته‌اند و با ترویج آموزش‌ها و دغدغه‌های زیست محیطی سعی در جلب مشارکت شهروندان و بهره‌گیری از ظرفیت‌های سازمانهای مردم‌نهاد فعال در این حوزه نموده‌اند.

علی‌رغم تمام تلاشهای صورت گرفته در حفظ و بهبود سلامت محیط زیست، در سالیان اخیر تخریب‌های گسترده‌ای در آن روی داده و سلامت طبیعت و انسان‌ها را به مخاطره انداخته است. به خصوص صنعتی شدن و نیز مهاجرت روستاییان به شهرها، باعث تخریب بیش از پیش محیط زیست گردیده است (فهیمی، مشهدی، ۱۳۹۶: ۱۷). بسیاری از کلان‌شهرها به شدت از آلودگی هوا، آب و خاک رنج می‌برند، که این امر نه تنها سلامتی شهروندان را تهدید می‌کند، بلکه بر توسعه‌ی اقتصادی و اجتماعی نیز لطمehای جبران ناپذیری وارد می‌نماید (شیرانی بیدآبادی و همکاران، ۱۳۹۴: ۳۱). محیط زیست شهری، اکوسیستم یا محیطی است که دارای سه بعد «طبیعی» از جمله: جوامع گیاهی و حیوانی، آب و هوا، خاک؛ «انسان ساخت» از جمله: ساختمان‌ها، جاده‌ها، تاسیسات و فضاهای سبز شهری و «اجتماعی-اقتصادی» از جمله: آموزش و بهداشت می‌باشد که ارتباط تنگاتنگی با هم دارند و تاثیر بسیاری از یکدیگر می‌پذیرند (هاوری، ۱۳۸۰: ۱۷). عملکرد انسان‌ها و تبدیل مواد اولیه به کالا و خدمات، محیط زیست شهری را تحت تاثیر خود قرار می‌دهد؛ که از آن جمله: آلودگی (آب، هوا، صوتی، خاک)، پسماند، فاضلاب و... می‌باشد. با ورود

مواد اولیه به چرخه مصرف، مواد تولید شده در انتهای چرخه، به صورت مواد آلاینده‌ی زیست محیطی، به سیستم شهری بر می‌گردد، که در این حالت اگر محیط زیست نتواند فشارهای وارد بر خود را تحمل کند، آنها را کاهش دهد و یا در خود جذب و تجزیه نماید، در این صورت، تعادل زیست‌محیطی شهر بر هم خورده و در نهایت منجر به انواع آلودگی‌های زیست محیطی می‌گردد (رحمانی، مجیدی، ۱۳۸۸: ۱۷). این نوشتار در پی پاسخ به این پرسش‌ها می‌باشد که حقوق زیست محیطی شهری‌دان در گستره شهر چیست؟ مدیریت شهری چه تکالیفی در این حوزه بر عهده دارد؟ و مهم‌ترین چالش‌های پیش‌روی شهری‌دان و مدیران شهری چیست؟ برای پاسخ به سوالات فوق ضمن آشنایی با مفاهیم حقوق شهری و مدیریت شهری، با مطالعه حقوق مختلف شهری‌دان در حوزه محیط زیست شهری، مصوبات شورای شهر تهران مورد توجه قرار گرفته است. در کشورهای توسعه یافته حیطه وظایف و اختیارات مدیریت شهری یا همان شهرداری‌ها بسیار گسترده است و اکثر ادارات و نهادهای شهری به صورت سلسله مراتبی، جزئی از آن می‌باشند. در حالی که شهرداری‌ها در ایران جزئی از ده‌ها نهاد عمومی هستند که در حوزه شهری به انجام خدمات می‌پردازند و بسیاری از نهادهای شهری تابع تصمیمات مرکز بوده و شهرداری امکان دخالت در امور آنها را ندارد. به همین جهت مقاله حاضر صرفاً وظایف و اختیارات شهرداری و شورای شهر (به عنوان ارکان اصلی مدیریت شهری) را در حوزه محیط زیست شهری مورد مطالعه قرار خواهد دارد.

۱. واژه‌شناسی

۱-۱. مفهوم حقوق شهری

حقوق شهری رشتہ‌ای است که شهر و شهری‌دان را در ارتباط باهم و از منظر حقوقی مطالعه می‌کند و در پی آن است که شهری‌دان و مدیران شهری را به حقوق و تکالیف خود آشنا ساخته و با تقویت روحیه مطالبه‌گری شهری‌دان، جایگاه آنها را در نزد مدیران و برنامه‌ریزان شهری ارتقاء بخشد و به یکی از مهم‌ترین فاکتورهای موثر در تصمیمات آنها تبدیل نماید. به تعبیری دیگر حقوق شهری شاخه‌ای از حقوق عمومی است که به حقوق اساسی شهری‌دان در ابعاد محلی

می‌پردازد و روابط آنها را با مدیران و نهادهای حاکمیتی شهری از جمله شهرداری، شورای شهر و سایر ادارات مرتبط، تنظیم می‌نماید (مظہری، ۱۳۹۴: ۱۵). بنابراین «دامنه و گستره حقوق شهری شامل برنامه‌ریزی و مدیریت شهری است و طیف وسیعی از فعالیت‌های مربوط به شهرسازی، معماری، توسعه شهری، اقتصاد شهری، سیاست شهری و فرهنگ شهری را تحت پوشش قرار می‌دهد» (نوایخش، ۱۳۸۵: ۲۵).

۲-۱. مفهوم مدیریت شهری

مدیریت شهری رشته‌ای جوان و میان رشته‌ای است که در تعریف آن اتفاق نظر وجود ندارد و تعاریفی متعدد و گاهی متفاوت از آن ارایه می‌گردد، اما به باور کارشناسان، تعریفی که بتواند جامع و کامل باشد تعریفی است که ون کلینک و برامزا ارایه داده‌اند: «مدیریت شهری روند توسعه، اجرا، هماهنگ سازی و ارزیابی راهبردهای یکپارچه است که با کمک کنش‌گران شهری و با در نظر گرفتن اهداف بخش خصوصی و منافع شهروندان در چهارچوب سیاستی اجرا می‌شود که در سطح عالی دولت برای دستیابی به توسعه اقتصادی پایدار مشخص شده است» (کاظمیان و همکاران، ۱۳۹۲: جلد اول، ۲۹). اگر شهر را همچون سازمانی در نظر بگیریم، عنصری که در راس آن قرار دارد و آن را اداره و برای آن برنامه‌ریزی می‌کند، مدیریت شهر نامیده می‌شود. همچنین مدیریت شهری وظایفی همچون برنامه‌ریزی، نظارت، کنترل و هدایت را بر عهده دارد؛ که برای اعمال این وظایف بایستی برخاسته از اراده‌ی شهروندان باشد و نیز مسائل بسیار دیگری از جمله تامین بهداشت، نظافت محیط شهری، ایجاد و حفظ فضای سبز، تامین اینمی شهروندان و... در شهر وجود دارد که نیازمند سازمانی به نام شهرداری است تا پاسخ‌گوی نیازهای زندگی جمعی شهروندان باشد و مدیریت شهری را به بهترین نحو اعمال نماید (صرفی، عبدالهی، ۱۳۸۷: ۱۲۱).

۲. حقوق زیست محیطی شهروندان در گستره‌ی شهر

قانون اساسی مطلوب مبین اصول و اهداف بنیادین نظام سیاسی و در بر دارنده موضوعاتی است که تضمین کننده حقوق شهروندان است. امروزه موضوع «محیط زیست» و حمایت از آن

تبديل به يكى از دل مشغولي های اصلی شهروندان و دولت ها در سراسر دنيا گشته است. اهميت اين عنصر بگونه اي است که اکثر قوانين اساسی دنيا از جمله ايران، يك يا چند ماده را به اين مسئله اختصاص داده اند و آنرا در عالي ترين سطح و سلسه مراتب قواعد حقوقی خود يعني قانون اساسی گنجانيده اند (مظهری، ۱۳۹۴: ۱۲۸).

هر انساني حق دارد از محیط زیست سالم و متعادل و مساعد برای توسعه اقتصادي، اجتماعی و فرهنگی برخوردار باشد. به بیان دیگر برخورداری از محیط زیست سالم يك حق بشری بوده است و بايستی با حفاظت از آن مانع از بروز تغییرات مضر به سلامتی انسان گردید (قدیر، ۱۳۹۴: ۱۰۶). فعالان حقوق بشری، حق بر محیط زیست را يك حق مستقل حقوق بشری دانسته و برای آن کیفیت خاصی قائلند که معمولاً به عنوان "حق داشتن محیط زیست مناسب" شناخته می شود (مولایی، ۱۳۸۶: ۲۷۴). محیط زیست سالم جزء حقوق اساسی شهروندان است، آلدگی آن سلامتی شهروندان را به خطر می اندازد و حق حیات را که اساسی ترین حق بشری می باشد از بین می برد (پیری، فاسمی، ۱۳۸۸: ۲۰۶). اصل پنجه اهم قانون اساسی با تاكید بر اين حق اعلام می دارد: «در جمهوری اسلامی، حفاظت محیط زیست که نسل امروز و نسل های بعد باید در آن حیات اجتماعی رو به رشدی داشته باشند، وظیفه عمومی تلقی می گردد. از این رو فعالیت های اقتصادي و غیر آن که با آلدگی محیط زیست یا تخریب غیر قابل جبران آن ملازمه پیدا کند، ممنوع است». با تدقیق در این اصل اساسی این نتیجه مهم حاصل می گردد که بهره مندی از محیط زیست سالم از مهم ترین حقوق آدمی است و بسیاری از حقوق دیگر انسان از جمله: حقوق اقتصادي، اجتماعی، فرهنگی و حتی حقوق بنیادینی همچون حق حیات را تحت تاثیر قرار می هد، چه اینکه بسیاری از بیماری های جسمی و روحی امروز بشر ریشه در آلدگی های مختلف زیست محیطی دارد و درمان آنها نیز ممکن نیست مگر با داشتن محیط زیستی سالم و پاکیزه. همچنین بخش دوم اصل فوق هرگونه فعالیتی که منجر به تخریب غیر قابل جبران محیط زیست باشد را ممنوع اعلام می دارد که این امر را می توان این گونه تفسیر کرد که بهره مندی از بسیاری از حقوق بشری تا جایي مجاز است که با سلامت محیط زیست در تعارض نباشد. با تسری این حق اساسی

به حوزه حقوق شهری، می‌توان گفت: مهم‌ترین مولفه‌های حقوق زیست محیطی شهروندان در گستره شهر عبارتند از:

۱-۲. حق دسترسی به اطلاعات زیست محیطی

در رابطه با محیط زندگی انسان، بهرمندی از اطلاعات، از حقوق اصلی و مهم برای ادامه زندگی سالم می‌باشد. به عبارت دیگر، انسان با در اختیار داشتن اطلاعات زیست محیطی، می‌تواند برنامه‌ریزی‌های لازم را برای حفظ سلامتی خود انجام دهد (ویژه، ۱۳۸۵: ۷۹). حق انتشار و دسترسی آزاد به اطلاعات از خصوصیات بارز جوامع مردم سالار است، و یکی از مصادق آن، دسترسی به اطلاعات زیست محیطی می‌باشد و عبارت است از: آگاهی درباره هرآنچه که پیامدهای عملی و نظری عمومی برای جامعه در پی داشته باشد (کریمی، کامیار، ۱۳۹۶: ۹۷-۹۶). به موجب ماده ۵ قانون انتشار و دسترسی آزاد به اطلاعات مصوب ۱۳۸۷، موسسات عمومی که شهرداری نیز جزء آنها می‌باشند، مکلفند اطلاعات موضوع آن قانون را در حداقل زمان ممکن و بدون تبعیض در دسترس مردم قرار دهند و به موجب تبصره همان ماده، اطلاعاتی که متضمن حق و تکلیف برای مردم است، باید علاوه بر موارد قانونی موجود، از طریق انتشار و اعلان عمومی و رسانه‌های همگانی به آگاهی مردم برسند. در این خصوص «برنامه پنج ساله سوم توسعه شهر تهران» در مواد ۲، ۱۳ و ۴۲، بر شفافیت و دسترسی عمومی شهروندان به اطلاعات مدیریت شهری، اطلاعات زیست محیطی و قوانین و مصوبات مرتبط با فرآیندهای حوزه شهرسازی و معماری تاکید نموده است و طبق ماده ۸۱ شهرداری را موظف کرده است «سنده جامع اطلاع رسانی» را با هدف توسعه ارتباط با شهروندان و دسترسی آزاد به اطلاعات، آگاهی بخشی و ارتقاء سطح مشارکت شهروندان در اداره امور شهر، تدوین و به شورای شهر ارایه نماید.

۲-۲. حق مشارکت در برنامه‌ریزی‌های زیست محیطی

امروزه مدیریت شهری در کنار مشارکت شهروندان، معنا پیدا می‌کند و بدون حضور مردم اساساً امکان موققیت برای آن وجود ندارد؛ چه اینکه شوراهای شهر نیز با هدف ایجاد بستر مشارکت مردم در اداره امور شهرها ایجاد گردیده‌اند. به عبارت دیگر، اداره مفید و موثر شهرها در

گروی مشارکت اجتماعی شهروندان قرار دارد (کاظمیان و همکاران، ۱۳۹۲: جلد ۲، ۴۰۷). مشارکت شهروندان در اداره جوامع از حقوق غیر قابل انکار آنها و از ارکان اصلی توسعه می‌باشد. «مشارکت شهری را می‌توان به معنای شرکت و حضور جدی، فعال، آگاهانه، ارادی، سازمان یافته و موثر یکان‌های سازنده‌ی جامعه شهری، یعنی افراد، خانوارها، گروه‌ها و نهادها، سازمان‌ها و بخش‌های عمومی و خصوصی شهری در فعالیت‌های اقتصادی، اجتماعی، فرهنگی و زندگی شهری برای نیل به اهداف جمعی جامعه شهری دانست» (نجاتی حسینی، ۱۳۷۹: ۸). مشارکت، مبنای است که فرد را به شهروند تبدیل می‌کند. آگاهی از حقوق و تکالیف شهروندی موجب می‌شود که شهروندان به طور مستمر، پایدار و با حس مسئولیت‌پذیری بیشتری در امور شهری مشارکت نمایند (شارع‌بیور و همکاران، ۱۳۹۵: ۳). شهروندان حق دارند در تصمیمات زیست‌محیطی مدیران شهری مشارکت داشته باشند که این امر ناشی از اصل مشارکت عمومی در تصمیم‌گیری‌ها و اجرای آنهاست و موجب افزایش مقبولیت و مشروعیت تصمیم‌ها و کاهش تعارض میان مدیران و شهروندان می‌گردد (قدیر، ۱۳۹۴: ۱۰۸). همان‌گونه که در اصل یک‌صدم قانون اساسی آمده است: «... پیشبرد سریع برنامه‌های اجتماعی، اقتصادی، عمرانی، بهداشتی، فرهنگی، آموزشی و سایر امور رفاهی از طریق همکاری مردم با توجه به مقتضیات محلی...» امکان‌پذیر می‌باشد. مطابق بند ۵ ماده ۸۰ قانون شوراهای «برنامه‌ریزی در خصوص مشارک مردم در انجام خدمات اجتماعی، اقتصادی، عمرانی، فرهنگی، آموزشی و سایر امور رفاهی با موافقت دستگاه‌های ذی‌ربط» از وظایف شورای شهر می‌باشد. شورای شهر تهران در مصوبات مختلفی از جمله: در بند ۳ ماده ۱۶ «برنامه پنج ساله سوم توسعه شهر تهران»، شهرداری تهران را مکلف نموده است در راستای حرکت به سمت شهر پایدار و زیست‌پذیر، بسترها لازم در جهت مشارکت شهروندان در حل مسائل شهری را ایجاد نماید. بسترها لازم می‌توانند با تکیه بر ظرفیت‌های علمی و تخصصی سازمانهای مردم نهاد زیست محیطی و نخبگان حوزه‌های مختلف شهری و نیز کسب نظر عموم شهروندان در طراحی و اجرای پروژه‌های مختلف شهری ایجاد گردد. این امر اهمیت مشارکت شهروندی را بیش از پیش نمایان می‌سازد. چرا که شهروندان مهم‌ترین عناصر جوامع شهری

می باشد و هدف غایی از تشکیل شهرها، برآورده ساختن نیازهای انسانی در سایه زندگی جمعی و میل به پیشرفت و رفاه است.

۳-۲. حق تشکیل و عضویت در سازمان‌های مردم‌نهاد زیست‌محیطی

امروزه سازمان‌های مردم‌نهاد به عنوان راهکاری نوین در تعیین سرنوشت شهروندان و با مشارکت خودشان، اهمیت یافته‌اند، به‌گونه‌ای که می‌توانند در راستای اهداف متعالی جامعه، خواسته‌های شهروندان را در چهارچوب قوانین موضوعی کشوری، به گوش حاکمان و مدیران شهری برسانند. سازمان‌های مردم‌نهاد زیست‌محیطی می‌توانند با ترویج آموزش همگانی و اخلاق زیست‌محیطی، در جهت حفظ محیط زیست گام بدارند (جلایی و همکاران، ۱۳۹۴: ۸۷-۸۸). طبق تبصره ماده ۱ مصوبه «تشکیل ستاد توان افزایی و حمایت از فعالیت سازمان‌های مردم‌نهاد شهر تهران» شورای شهر تهران؛ «منظور از سازمان مردم‌نهاد عبارت از تشکیلات مردمی است که برابر قوانین و مقررات موضوعه تشکیل می‌شوند و شاخصه‌های آن‌ها غیردولتی، غیرسیاسی، غیرانتفاعی و مستقل بودن است که با اهداف و وظایف و سازمان‌دهی مشخص که در اساس نامه آن‌ها تعریف شده است در مراجع ذیربیط به ثبت رسیده‌اند». حفاظت از محیط زیست به موجب اصل ۵۰ قانون اساسی یک وظیفه عمومی می‌باشد. بنابراین شهروندان و سازمان‌های مردم‌نهاد می‌توانند مطابق اصل مذکور نسبت به تصمیم‌ها و پروژه‌های مرتبط با محیط زیست، که ضوابط زیست‌محیطی در آنها رعایت نمی‌شود حساسیت نشان داده و ابراز نگرانی کنند. در این خصوص مطابق ماده ۶۶ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲، سازمان‌های مردم‌نهادی که اساسنامه آنها در زمینه حمایت از محیط زیست، منابع طبیعی، میراث فرهنگی، بهداشت عمومی و حمایت از حقوق شهری اند است، می‌توانند نسبت به جرائم ارتکابی در زمینه‌های فوق اعلام جرم کنند و در تمام مراحل دادرسی شرکت نمایند.

مدیران شهری می‌توانند با بهره‌گیری از ظرفیت‌های علمی، فنی، تجربی و خرد جمعی سازمان‌های مردم‌نهاد و سهیم نمودن آنها در تصمیم‌گیری‌های زیست‌محیطی شهری، احساس مالکیت را در برنامه‌ها و طرح‌های پیش رو در شهروندان ایجاد نمایند، که این امر باعث می‌شود تا آنها از تمام توان فکری خود در جهت بهبود کیفیت زیست‌محیطی شهر استفاده نمایند. با توجه

به اینکه مدیران شهری ممکن است بر تمامی جوانب تصمیمات و کارها، اشراف و تسلط کامل نداشته باشند؛ از این رو شهروندان و سازمان‌های مردم‌نهادی که در تصمیم‌گیری و اجرای کارها مشارکت دارند، می‌توانند پیشنهادهای مناسبی در جهت منافع عموم جامعه ارایه نمایند و نهایتاً اینکه مشارکت دادن شهروندان و سازمان‌های مردم‌نهاد در فرایند تصمیم‌گیری و اجرا، باعث افزایش احساس مسئولیت آنها و بهبود کیفیت زیست‌محیطی شهر خواهد گردید (صدقات نوری، ۱۳۹۴: ۲۹۴).

۴-۲. حق برخورداری از آموزش‌های زیست‌محیطی

حق برآموزش به عنوان یک حق ذاتی در جهت دانستن بیشتر بوده و از مهم‌ترین حقوق بشری محسوب می‌گردد که نقش قابل توجهی در تحقق و پیشرفت سایر حقوق انسان از جمله: حقوق زیست‌محیطی، دارد (طجرلو، ۱۳۹۳: ۳۰۹-۳۰۸). امروزه مسائل زیست‌محیطی و حفظ و نگهداری از آن صرفاً محدود به مسائل فنی و تخصصی نمی‌باشند و ارتباط تنگاتنگی با مسائل اجتماعی و فرهنگی دارند. فقدان آموزش و عدم آگاهی و درک زیست‌محیطی شهروندان از اصلی‌ترین علل آلودگی محیط زیست می‌باشد (ادهمی، اکبرزاده، ۱۳۹۰: ۳۹). آموزش محیط زیست با افزایش باورهای مثبت در شهروندان، منجر به ایجاد فرهنگ «محیط زیست دوستی» و بهبود رابطه عموم مردم با آن می‌گردد و با ترویج شیوه‌های حفاظت از آن موجب افزایش تمایل و انگیزه‌های داوطلبانه در افراد شده و با ایجاد حس مسئولیت پذیری در آنها، زمینه‌های تخریب و آلودگی محیط زیست را به حداقل ممکن کاهش می‌دهد (رمضانی قوام آبادی، ۱۳۹۱: ۲۳۶). به موجب بند «د» ماده ۶ قانون حفاظت و بهسازی محیط زیست مصوب ۱۳۵۳؛ بند «الف» ماده ۶۴ قانون برنامه چهارم توسعه و بند «الف» ماده ۱۸۹ قانون برنامه پنجم توسعه، سازمان محیط زیست موظف است نسبت به تنظیم و اجرای برنامه‌های آموزشی به منظور تنویر و هدایت افکار عمومی در زمینه حفظ و بهسازی محیط زیست اقدام نماید.

آموزش زیست‌محیطی شهروندان علاوه بر اینکه جزء وظایف دولت است و بایستی به طور مداوم از طریق رسانه‌های عمومی، آموزش و پرورش و... نسبت به فرهنگ‌سازی زیست‌محیطی شهروندان بپردازد (پیری، قاسمی، ۱۳۸۸: ۲۰۸)، بلکه در ابعاد محلی، در حوزه فعالیت مدیریت شهری

نیز قرار دارد و شورای شهر می‌تواند مطابق بندهای ۵۰ و ۵۴ ماده ۸۰ قانون «تشکیلات، وظایف و انتخابات شوراهای اسلامی کشور و انتخاب شهرداران»، اقدامات لازم نسبت به آموزش شهروندان در حوزه‌ی محیط زیست را به انجام برساند. طبق ماده ۷۱ «برنامه پنج ساله سوم توسعه شهر تهران»، شهرداری تهران مکلف است تا لایحه «سنده جامع آموزش شهروندی» را به شورای شهر ارایه نماید. این لایحه حوزه‌های مختلفی را در بر خواهد گرفت که بخش‌های زیست‌محیطی آن عبارتند از: آموزش (محیط زیست، کاهش مصرف آب و انرژی، کاهش تولید پسماند و تفکیک و بازیافت آن، استفاده از حمل و نقل عمومی و اصلاح رفتار ترافیکی، افزایش سواد سلامت، بهبود سلامت روان، آشنایی با ضوابط و مقررات شهرسازی و معماری).

۲-۵. حق بهره‌مندی از محیط زیست سالم شهری

محیط زیست شهری را زمانی می‌توان سالم دانست که تمام مولفه‌های آن از جمله: آب، هوا، خاک و فضاهای انسان ساخت از جمله: معابر، ساختمان‌ها، فضای سبز و هر آنچه که جنبه‌های زیست‌محیطی داشته باشد، از سلامت لازم برخواردار باشد. بنابر این حق بر محیط زیست سالم به معنای حق بر تک تک مولفه‌های تشکیل دهنده آن است که مهم‌ترین آنها عبارتند از:

۲-۵-۱. حق برخورداری از هوای پاک

هوای پاک از مهم‌ترین مولفه‌های محیط زیست سالم می‌باشد که شهروندان حق برخورداری از آن را دارند. چرا که هوای پاکیزه نقش بسیار موثری در سلامت شهروندان ایفا می‌نماید. به طوری که به گفته کارشناسان، آلودگی هوای اثرات بلند مدت و مزممی بر روی سلامت شهروندان می‌گذارد که از آن جمله: انواع بیماری‌ها نظیر آسم، بیماری‌های قلبی-عروقی و بیماری‌های ژنتیکی را می‌توان نام برد که علاوه بر تهدید حق حیات و سلامت شهروندان، هزینه‌های بسیار زیاد مادی و معنوی غیر قابل جبرانی را به آنها تحمیل می‌نماید (قلیزاده و همکاران، ۱۳۸۸: ۶۴).

در قوانین موضوعه تعریفی از هوای پاک ارایه نگردیده است. آنچه که می‌توان از آن به مفهوم هوای پاک دست یافت، مفهوم مخالف بند ۱ ماده ۱ از قانون هوای پاک مصوب ۱۳۹۶ می‌باشد که در تعریف آلودگی هوای آورده است: «آلودگی هوای عبارت است از انتشار یک یا چند

آلاینده اعم از آلاینده های جامد، مایع، گاز، پرتوهای یون ساز و غیر یون ساز، بو و صدا در هوای آزاد، به صورت طبیعی یا انسان ساخت، به مقدار و مدتی که کیفیت هوا را به گونه ای تغییر دهد که برای سلامت انسان و موجودات زنده، فرآیندهای بوم شناختی (اکولوژیکی) یا آثار و ابنيه زیان اور بوده و یا سبب از بین رفتن یا کاهش سطح رفاه عمومی گردد». بنابر تعریف فوق می‌توان گفت: هوای پاک هوایی است که مواد آلاینده مذکور در آن به مقداری باشند که برای سلامت انسان و موجودات زنده زیان آور نباشند. طبق بند ۲ ماده فوق منابع آلوده کننده انسانی هوا عبارتند از: «الف) منابع متحرک: هرگونه منبعی از قبیل وسایل نقلیه موتوری و غیرمоторی که در اثر حرکت ایجاد آلودگی می‌کند. ب) منابع ثابت: هرگونه منبعی از قبیل صنایع، عملیات معدنی، کشاورزی، بخش‌های خدماتی، تجاری، اداری و خانگی که در محلی ثابت سبب انتشار آلاینده‌ها می‌شود».

در یک تقسیم بندی کلی، منابع انسان ساخت آلوده کننده‌ی هوای شهرها سه دسته می‌باشند که عبارتند از: وسایل نقلیه موتوری، انواع منابع سوختی و واحدهای صنعتی. با توجه به اینکه بیشترین حجم آلودگی هوا، ناشی از وسایل نقلیه موتوری می‌باشد و به خصوص در شهرهای بزرگ با توجه به کثرت آنها، ترافیک زیاد، سوخت نامناسب و نقص فنی وسایل نقلیه، آلودگی هوا بیشتر است، لذا معمولاً معاونتی به نام «معاونت حمل و نقل و ترافیک» در شهرداری‌ها وجود دارد که بر امور اتوبوسرانی، سازمان ترمیمال‌ها و سازمان ترافیک نظارت دارد و برای کاستن از حجم ترافیک و در نتیجه کاهش آلودگی هوا، مبادرت به ساخت بزرگراه‌ها، پل‌ها و کمرنگی‌ها می‌کند و از عبور و مرور خودروهای با عمر بالا ممانعت به عمل می‌آورد و با افزودن وسایل حمل و نقل عمومی سعی در کاهش ترافیک و تسهیل رفت و آمد شهروندان دارد که علاوه بر کاهش آلودگی هوا، صرفه‌جویی در زمان و کاهش آلودگی صوتی را نیز به همراه دارد. در خصوص منابع سوختی و واحدهای صنعتی نیز با توجه به اینکه منابع سوختی و واحدهای صنعتی پس از احتراق به ترکیبات شیمیایی و گازهای سمی تبدیل شده و باعث آلودگی هوا می‌گردند، از این رو شهرداری‌ها موظفند طبق بند ۲۰ ماده ۵۵ قانون شهرداری از ایجاد و ادامه کار واحدهایی که در محدوده

آورند (تقی‌زاده انصاری، ۱۳۷۴: ۹۷).

شورای شهر تهران مواد متعددی را در «برنامه پنج‌ساله سوم توسعه شهر تهران» به منظور کاهش آلودگی هوا پیش بینی نموده است که: کاهش و رفع آلودگی هوا و آلودگی‌های محیط زیستی را از الوبیت‌ها و مسائل کلیدی شهر دانسته است (شق ۲ بند الف ماده ۲)؛ به منظور رعایت الزامات محیط‌زیستی و کاهش آلایندگی هوا، حفظ و نگهداری آب و خاک، انجام مطالعات محیط‌زیستی کلیه پروژه‌های مهم شهری را به عنوان پیوست محیط‌زیستی، اجتماعی و ترافیکی الزامی کرده است (بند ۲ ماده ۱۳). بهسازی و نوسازی سامانه‌های حمل و نقل عمومی، تشویق شهروندان به استفاده از خودروها و موتورسیکلت‌های هیبریدی و برقی، احداث پیاده راه و مسیرهای ویژه دوچرخه سواری و افزایش سهم پیاده و دوچرخه از سفرهای درون شهری از دیگر تکالیف شهرداری در جهت کاهش و رفع آلودگی هوا می‌باشند (ماده ۵۵).

یکی دیگر از موضوعات مهمی که در سالهای اخیر نگرانی‌های جدی در خصوص سلامت هوا به وجود آورده و نهادهای ملی و محلی را با چالش‌هایی رویرو ساخته است، توسعه روز افزون سامانه‌های مخابراتی تلفن همراه می‌باشد. همان‌گونه که در بند ۱ ماده ۱ قانون هوای پاک آمده است، یکی از عوامل آلودگی هوا، پرتوهای یون‌ساز و غیر یون‌ساز می‌باشند. تشушعت دکل‌های تلفن همراه که در مناطق شهری و نقاط پر تراکم جمعیتی نصب می‌شوند هر چند در دسته‌ی پرتوهای غیر یون‌ساز تقسیم بندی می‌شوند و غیر سرطان‌زا هستند، اما نگرانی‌هایی در خصوص اثرات بلند مدت آنها بر سلامت شهروندان وجود دارد. به همین دلیل کارشناسان تاکید دارند که محل نصب این دکل‌ها باید در فاصله استاندارد از محل‌های مسکونی و مناطق حساس جمعیتی (از قبیل مراکز بهداشتی و درمانی، آموزشی، توانبخشی و...) قرار داشته باشد تا کمترین تاثیر منفی را بر سلامت افراد بگذارد. بنابراین یکی از مهم‌ترین مسائل پیش‌روی مدیریت شهری، مسئله مکان‌یابی دکل‌های مخابراتی با توجه به شاخص‌ها و عوامل تاثیر گذار بر سلامت شهروندان است. البته در انتخاب مکان نصب دکل‌ها موارد فنی و تخصصی نیز مد نظر قرار می‌گیرند، از جمله اینکه پوشش نقاط مختلف شهری و آنتن دهی مطلوب تلفن‌های همراه،

هزینه‌های اقتصادی و پایداری در برابر سوانح طبیعی هم از الزامات مکان‌یابی دکل‌های مذکور می‌باشدند (محمدی، شهرام، ۱۳۹۹: ۱۲۸-۱۳۱). طبق ماده ۲ «دستورالعمل هماهنگی سازمان تنظیم مقررات و ارتباطات رادیویی و شهرداری‌های کشور برای نصب دکل آتنن»، تاسیس و احداث هرگونه دکل آتنن در حوزه شهری منوط به مجوز سازمان محیط زیست و شهرداری یا نماینده تام الاختیار آن می‌باشد. شورای شهر تهران در مصوبه‌ای با عنوان «ضوابط نصب سایت، آتنن و دکل در شهر تهران» مصوب ۱۳۹۴، الویت‌های چهارگانه‌ای را در ماده ۲، مورد تاکید قرار داده است که عبارتند از:

- سلامت شهروندان، استحکام سازه‌ها

- سلامت شهروندان، تاثیر امواج الکترومغناطیسی

- حفظ و توسعه زیبایی محیط زندگی شهری

- حفظ و توسعه مبلمان شهری

ماده ۳ مصوبه مذکور الزاماتی را برای مکان نصب دکل‌ها، استحکام سازه آنها، زیبایی بصری و رعایت حریم دکل‌ها با توجه به نوع سایت مقرر کرده است که با توجه به الویت‌های ماده ۲، حاکی از توجه مدیریت شهری به عوارض احتمالی دکل‌ها و احتراز از آنها، ضمن رعایت اصل «تشویق و ترغیب توسعه ارتباطات مخابراتی» می‌باشد.

۲-۵-۲. حق برخورداری از آب سالم

آب از ابتدایی‌ترین و اساسی‌ترین نیازهای بشر می‌باشد و بدون آن امکان زندگی برای هیچ موجود زنده‌ای قابل تصور نیست. بنابر این حق حیات و سلامت انسان وابستگی شدیدی به وجود آب به خصوص آب سالم و بهداشتی دارد. حق بر آب در اسناد حقوق بشری به صورت مستقیم مورد تعریف قرار نگرفته است، اما در استناد خاص و عام متعددی مورد تاکید واقع شده است از جمله: شق (ح) بند ۲ ماده ۱۴ «کنوانسیون رفع کلیه اشکال تبعیض علیه زنان» بر حق زنان در بهره‌مندی از آب تاکید دارد؛ بند ۲ ماده ۲۴ «کنوانسیون حقوق کودک» که دولتها را مکلف به

فراهم ساختن آب آشامیدنی سالم برای کودکان می‌نماید، شق (الف) بند ۲ ماده ۲۸ «کنوانسیون حقوق افراد دارای معلولیت» که بر تکلیف دولت‌ها در تضمین دسترسی افراد دارای معلولیت به آب‌های بهداشتی تاکید دارد. همچنین حق بر آب به طور ضمنی از بند ۱ ماده ۱۱ «میثاق حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی» که «حق هر کس را به داشتن سطح زندگی کافی برای خود و خانواده‌اش شامل خوراک-پوشک و مسکن کافی... به رسمیت می‌شناسد» می‌توان برداشت نمود. تفسیر عام شماره ۱۵ مصوب ۲۰۰۲ کمیته حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی، در بند ۲، حق بر آب را چنین تعریف نموده است: «حق بر آب، هر فردی را مستحق می‌کند تا به آب کافی، سالم، قابل قبول، قابل دسترس و قابل تهیه برای مصارف شخصی و داخلی دسترسی داشته باشد. میزان کافی آب سالم برای جلوگیری از تلف شدن از تشنجی، کاهش خطر ابتلا به بیماری‌های مرتبط با آب و همچنین مصارف شخصی، آشپزی، بهداشت فردی و خانوادگی ضروری است».

مدیریت شهری تکالیف متعددی را در حوزه آبرسانی، جمع آوری آب‌های سطحی و زیرسطحی، جمع آوری و تصفیه فاضلاب شهری و خانگی و لایروبی رودخانه‌ها، به صورت مستقل و یا در همکاری با سایر سازمان‌ها و نهادهای ذی‌ربط بر عهده دارد. شورای شهر تهران مصوبات مختلفی در این خصوص دارد که از آن جمله عبارتند از: «برنامه پنج ساله خدمات آبرسانی به شهر تهران» مصوب ۱۳۹۰، که دسترسی و برخورداری از آب شرب و بهداشتی مناسب با نیازهای جمعیتی و طبیعی شهر تهران؛ دستیابی به تعادل و حفاظت کمی و کیفی منابع آب بهداشتی با نگرش جامع زیست محیطی؛ کاهش هدر رفت آب در تاسیسات تامین، انتقال و توزیع آب؛ بهره‌برداری مطلوب از تاسیسات آبرسانی با دستیابی به فناوری‌های پیشرفته و توقف استحصال آب از چاه‌ها جهت کاهش فرونشست زمین و خسارتهای ناشی از آن، از مهم‌ترین اهداف آن می‌باشد.

۳-۵-۲. حق برخورداری از محیط زیست آرام

حق برخورداری از یک محیط زندگی آرام و با کمترین آلودگی صوتی از حقوق بدیهی و مهم هر انسانی می‌باشد. این حق از آن روی واجد اهمیت است که با حقوق بناپارهای همچون حق بر سلامت ارتباط تنگاتنگی دارد و می‌تواند سلامتی و حتی حیات انسان را متاثر از خود سازد (مشهدی، ۱۳۸۶: ۶۰). آلودگی صوتی به عنوان یکی از مهم‌ترین معضلات زیست محیطی جوامع از عوامل اصلی تهدید کننده سلامتی انسانها می‌باشد. آلودگی صوتی با ایجاد اختلال در سیستم‌های حیاتی بدن، موجب بروز انواع بیماری‌ها، نظیر بیماری‌های قلبی عروقی، اعصاب و روان و اختلال خواب می‌گردد. شهروندان در طول شبانه روز در معرض انواع سر و صدا قرار می‌گیرند اما بیشترین میزان آلودگی صوتی شهرها، ناشی از وسایل حمل و نقل عمومی و خصوصی می‌باشد که ساکنین شهرهای بزرگ را بیشتر در معرض آسیب قرار می‌دهند (صارمی، رضابور، ۱۳۹۲: ۳۱۴-۳۱۲). مطابق بند «پ» ماده ۱ «آیین‌نامه اجرایی ماده (۲۹) قانون هوای پاک» مصوب ۱۳۹۷/۰۶/۲۱، آلودگی صوتی عبارت است از: «پخش و انتشار هرگونه صدا و ارتعاش بیش از حد مجاز». اسناد عام حقوق بشر، بحث آلودگی صوتی را به صورت مستقیم مورد توجه قرار نداده‌اند، اما از خلال برخی از مواد آنها می‌توان مفاهیم مرتبط با آلودگی صوتی را استنباط نمود. در ماده ۲۴ اعلامیه جهانی حقوق بشر «حق استراحت» و در ماده ۲۵ آن و بند ۱ ماده ۱۲ میثاق حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی، «حق بر سلامتی» مورد تاکید قرار گرفته است. آنچه که مسلم است اینکه یکی از معیارهای تحقق حقوق مذکور، فقدان هر نوع آلودگی، از جمله آلودگی صوتی می‌باشد.

طبق تحقیقات صورت گرفته ۴ عامل اصلی در شدت و ضعف آلودگی صوتی شهرها موثر می‌باشند که افزایش ۳ پارامتر جمعیت، ترافیک و تراکم مناطق مسکونی منجر به تشدید آلودگی صوتی و توسعه فضاهای سبز شهری منجر به کاهش آلودگی صوتی می‌گرددند (محرم‌نژاد، صفری‌بور، ۱۳۸۸: ۵۵). بنابر این مدیریت شهری می‌تواند با اتخاذ برخی رویکردها از قبیل توسعه ناوگان حمل و نقل عمومی، افزایش تعداد و عرض خیابان‌ها، توسعه فضای سبز شهری و کاشت درخت در

حاشیه خیابان‌ها و نصب دیواره‌های صوتی در کنار خیابان‌ها و بزرگراه‌های پر تردد از میزان آلودگی صوتی تا حد قابل توجهی بکاهد (رحیمی و همکاران؛ ۱۳۹۸: ۱۸۷).

شورای شهر تهران در مصوبات متعددی کاهش آلودگی صوتی را مورد توجه قرار داده است، اما «برنامه عملیاتی کاهش آلودگی صوتی در شهر تهران» مصوب ۱۳۹۴ شاید مهم‌ترین و اختصاصی‌ترین مصویه شورای شهر تهران در زمینه مبارزه با آلودگی صوتی باشد. مطابق برخی از مهم‌ترین مواد آن مصوبه: معاونت حمل و نقل و ترافیک شهرداری تهران، مکلف به شناسایی پهنه‌های با تراز صوتی غیر مجاز و کشف منابع مولد آلودگی صوتی و ارایه آنها به کمیته کنترل و پایش آلودگی صوتی شهر تهران گردیده است (ماده ۲)؛ همچنین تمهیداتی در خصوص عایق بندي صوتی ساختمان‌ها در ماده ۷ پیش‌بینی شده است و طبق ماده ۱۱، به منظور جبران عوارض زیست محیطی ناشی از آلاینده‌های صوتی، مشاغل و فعالیت‌های با آلودگی صوتی بیش از حد مجاز مشمول عوارض آلودگی صوتی می‌شود و حداکثر پس از یک سال از طریق کمیسیون بند ۲۰ ماده ۵۵ قانون شهرداری‌ها، از ادامه فعالیت آنها ممانعت به عمل خواهد آمد.

۴-۵-۲. حق برخورداری از فضای پاکیزه شهری

برخورداری از محیط زیست سالم صرفاً محدود به آب و هوای سالم شهری نیست و فضاهای شهری (معابر، فضاهای باز شهری، پارک‌ها و...) پاکیزه را نیز در بر می‌گیرد. فضاهای پاکیزه شهری از مهم‌ترین معیارهای سنجش محیط زیست سالم شهری می‌باشند، چرا که در صورت آلودگی فضاهای مذکور، شرایط برای سایر آلودگی‌های زیست محیطی نیز فراهم می‌گردد. وجود انواع زباله‌ها و آلودگی‌های بصری در معابر و فضاهای شهری علاوه بر اینکه عدم توازن زیست محیطی را به دنبال دارد، بلکه طبق تحقیقات به عمل آمده، رفتارهای نا亨جار اجتماعی را تشدید کرده و موجب بروز انواع جرایم و رفتارهای تهاجمی و به عبارتی «آلودگی رفتاری» از سوی افراد می‌گردد. از آلودگی‌های فضاهای شهری می‌توان به زباله‌های رها شده در سطح معابر و پارک‌ها اشاره کرد (صالح، ۱۳۸۶: ۸۸-۸۴). از مهم‌ترین تکالیف مدیریت شهری در این حوزه، مدیریت پسماند می‌باشد. به موجب بند «ب» ماده ۲ «قانون مدیریت پسماند»، پسماند عبارت است از: مواد جامد،

مایع، گاز (غیر از فاضلاب) که به طور مستقیم یا غیرمستقیم حاصل فعالیت انسان است و از نظر تولید کننده، زاید تلقی می‌شود. طبق ماده ۷ و بند «ج» ماده ۲ همان قانون، مدیریت اجرایی کلیه پسمندها غیر از پسمندی‌های صنعتی و ویژه، در شهرها بر عهده شهرداری‌ها می‌باشد که مسئول برنامه‌ریزی، سازماندهی، مراقبت و عملیات اجرایی مربوط به تولید، جمع‌آوری، ذخیره‌سازی، جداسازی، حمل و نقل، بازیافت، پردازش و دفع پسمندها و همچنین آموزش و اطلاع رسانی در این زمینه می‌باشد. از مصوبات شورای شهر تهران، می‌توان به «طرح جامع مدیریت پسمند شهر تهران» اشاره کرد که: کمینه سازی اثرات سوء بهداشتی و محیط زیستی سیستم مدیریت پسمند شهری، جلب مشارکت حداکثری شهروندان، ترویج آموزش همگانی و ارتقای سطح آگاهی‌های عمومی و کاهش آسیب‌ها و اثرات سوء اجتماعی - فرهنگی سیستم مدیریت پسمند شهری را هدف گذاری کرده (بند ب ماده ۲) و بر آموزش، اطلاع رسانی و جلب مشارکت‌های مردمی تاکید نموده است (ماده ۱۲).

۶- حق بهره‌مندی از فضای سبز شهری

منظور از فضای سبز شهری، آن بخش از فضای شهری می‌باشد که به صورت طبیعی یا مصنوعی تحت پوشش گیاهی می‌باشد و برای بهبود وضعیت زیستی شهروندان حفظ یا ایجاد می‌شود. فضاهای سبز شهری با ایجاد سیمای مطلوب شهری، جزئی از ضرورت‌های زندگی شهری محسوب می‌شوند که پیوند دهنده زندگی ماشینی شهری با طبیعت و محلی برای کسب آرامش روحی - روانی، ورزش و ایجاد ارتباطات اجتماعی و فرهنگی می‌باشند. (رجیمی ساردو، ۱۳۹۹: ۴۳۹-۴۲) که موجب تشویق شهروندان به حضور در اجتماع و افزایش تعاملات اجتماعی می‌گردد و می‌توانند عاملی در جهت بهبود شاخص‌های سلامت آنها باشند (آجیلیان و همکاران، ۱۳۹۲: ۲). از دیگر آثار فضای سبز شهری، کارکردهای زیستمحیطی آن از جمله تعدیل دما، افزایش رطوبت نسبی، جذب گردوغبار و آلودگی هوا و تولید اکسیژن می‌باشد (کاظمیان و همکاران، ۱۳۹۲: ۲۸۶-۲۸۴). یکی از اهداف و نیز الزامات توسعه پایدار شهرها، توسعه فضاهای سبز شهری است و ارتباط تنگاتنگی با ارکان توسعه پایدار شهرها، توسعه فضاهای سبز شهری است و ارتباط است، دارند. به عنوان مثال در بعد زیست محیطی، منجر به کاهش آلودگی هوا و ارتقای بهداشت

محیط می‌گردند. در بعد اقتصادی با کاستن از آلودگی هوا، می‌توانند به کاهش هزینه‌های بهداشت و درمان کمک کنند (آزادی قطار و همکاران، ۱۳۹۱: ۲۶۳) و در بعد اجتماعی، از آنجایی که محور اصلی توسعه پایدار، انسان و جوامع انسانی است، ارتقای هر یک از مولفه‌های اقتصادی و زیست محیطی منجر به پویایی بیشتر جوامع خواهد بود (حسین‌زاده و همکاران، ۱۳۹۶: ۶۷). طبق بند ۱ ماده ۵۵ قانون شهرداری و ماده ۱ قانون نوسازی و عمران شهری مصوب ۱۳۴۷، احداث بostanها و نگهداری پارک‌ها و باغ‌های عمومی موجود از تکالیف شهرداری‌ها می‌باشد. «برنامه پنج ساله سوم توسعه شهر تهران» در ماده ۱۶ شهرداری را ملزم به ارائه برنامه «طرح جامع فضای سبز» کرده است که از مهم‌ترین محورهای آن می‌توان به بهبود کیفیت و توسعه متوازن و جلب مشارکت شهروندان در توسعه و نگهداری فضاهای سبز شهری اشاره نمود.

۳. چالش‌های مدیریت شهری در تحقق حقوق زیست محیطی شهروندان

در ایران سازمان‌های مختلفی در حوزه محیط زیست به فعالیت می‌پردازند که برخی از آنها از جمله سازمان محیط زیست و شهرداری، اعمال حقوقی، فنی و اجرایی زیست محیطی را به طور مستقیم در شرح وظایف خود دارند. لذا شهرداری از اصلی‌ترین متولیان حفظ محیط زیست شهری می‌باشد. از مهم‌ترین چالش‌های مدیریت شهری در حوزه محیط زیست می‌توان به موارد ذیل اشاره نمود:

۳-۱. تعدد قوانین زیست محیطی

یکی از اصلی‌ترین معضلات نظام حقوقی ایران در حوزه محیط زیست فقدان قانون جامع محیط زیست می‌باشد. چرا که محیط زیست از موضوعاتی است که به خاطر دربر داشتن موضوعات فنی و تخصصی نیازمند قانونی واحد، مستقل و منسجم می‌باشد. وجود قوانین متعدد، پراکنده و در لابه‌لای دیگر قوانین از جمله: قانون مجازات اسلامی، قانون هوای پاک، قانون مدیریت پسماند، قانون حفاظت و بهسازی محیط زیست و...، باعث سردرگمی مجریان، شهروندان، قضات و سایر نهادهای ذی‌ربط گردیده و از ضمانت اجرای قوانین می‌کاهد. در

صورتی که یک قانون واحد، دارای اهداف مشخص و روح واحدی بوده و باعث عدم پراکندگی برنامه‌ها و عدم تعارض قوانین در این حوزه می‌گردد (کوشکی، ۱۳۸۸: ۹۰-۹۱). از مشکلات مدیریت شهری می‌توان به عدم توانایی شوراهای شهر در تصویب مقررات جامع و مناسب اشاره نمود، چرا که غالباً در موضوعات واحد، قوانین متعددی وجود دارند که عموماً اسناد بالادستی مصوبات شورای شهر محسوب می‌شوند و این امر موجب کندی تطبیق مصوبات شورا با آنها گردیده و چه بسا مصوبه‌ای پس از طرح و تصویب توسط شورا، به علت مغایرت با اسناد و قوانین بالادستی، ابطال گردد.

۲-۳. فقدان مدیریت واحد شهری

از مهم‌ترین مشکلات مدیریتی و زیست محیطی شهرها، توزیع وظایف در بین نهادها و سازمانهای مختلف و گاها تداخل وظایف و عملکرد آنها می‌باشد که باعث بروز مشکلات بسیاری در سیاستگذاری، هماهنگی و اجرای تکالیف قانونی نهادهای مختلف می‌گردد و حتی فراتر از این گاهی منجر به نادیده گرفتن قانون و عدم اجرای تکالیف مقرر توسط نهادهای ذی‌ربط با تصور مسئول بودن دیگر نهادها می‌شود (مولوی، فی، ۱۳۸۸: ۶۰). به طور مثال طبق ماده ۲ «آیین نامه اجرایی ماده (۷) قانون هوای پاک» مصوب (۱۳۹۷/۰۶/۲۱)، ممنوعیت تردد وسائل نقلیه موتوری به منظور کاهش آلودگی هوای پیشنهاد شهرداری یا سازمان حفاظت محیط زیست یا پلیس راهنمایی و رانندگی نیروی انتظامی و تایید شورای هماهنگی ترافیک شهرهای استان (در تهران، شورای حمل و نقل ترافیک تهران) قابلیت اجرا خواهد داشت. ناگفته پیداست که این پروسه چقدر می‌تواند طولانی و زمان بر باشد و در موقع بحرانی تصمیمات مقتضی با تاخیر فراوان اتخاذ گردد. مثال دیگر اینکه، طبق ماده ۳ آیین نامه مذکور، صدور کارت تردد بر عهده شهرداری و نصب علایم هشدار و تابلوهای عبور ممنوع در مبادی ورودی در محدوده ممنوعه وفق ماده ۴ آن آیین نامه، با هماهنگی پلیس راهنمایی و رانندگی نیروی انتظامی می‌باشد. این تعدد مراجع ذی‌ربط در حوزه مدیریت شهری، می‌تواند منجر به عدم هماهنگی‌های مناسب و سردرگمی مدیران و شهروندان گردد که در نهایت ممکن است موجب تشدید بحران‌های زیست محیطی و آسیب پذیری شهروندان از آلودگی‌های زیست محیطی شود. از دیگر مشکلات مدیریت شهری در این

خصوص، عدم کفاف بودجه شهرداری جهت انجام برخی تکالیف مقرر قانونی می‌باشد. در حالی که معمولاً هیچ ردیف بودجه‌ای برای انجام تکالیف مذکور به شهرداری‌ها اختصاص داده نمی‌شود. سوالی که پیش می‌آید اینکه: شهرداری‌ها با توجه به مشکلات مالی عدیدهای که در اداره شهرها مواجه می‌باشند و در تامین کامل منابع مالی خود، عاجز هستند، چگونه می‌توانند از عهده‌ی هزینه‌های وارده برآیند؟ به نظر می‌رسد راهکار خروج از وضعیت موجود را باید در بازتعريف وظایف و اختیارات مدیریت شهری و سپردن امور اجرایی، نظارتی و سیاستگذاری شهری به مدیران شهری و ایجاد مدیریت واحد شهری جستجو کرد.

۳-۳. فقدان ضمانت اجرای مناسب قوانین و مقررات زیست محیطی

قوانين وقتی کارایی دارند که از ضمانت اجرای قوی و بازدارنده برخوردار باشند. به نظر می‌رسد قوانین زیست محیطی ایران به دلایلی بازدارنگی لازم را ندارند و بیشتر به تعهدات اخلاقی می‌مانند تا قانون. یکی از آن دلایل را می‌توان در تعدد نهادهای مسئول و تداخل وظایف آنها مشاهده کرد که ممکن است منجر به عدم جدیت لازم در کشف و رسیدگی به جرایم زیست محیطی از طرف آنها گردد و هر یک، دیگری را مسئول رسیدگی به تخلفات احتمالی بداند. دلیل دیگر اینکه قوانین زیست محیطی ایران معمولاً از مجازات‌های بازدارنده و مناسب برخوردار نیست و همان اندک جرایمی که مورد تعقیب و رسیدگی قرار می‌گیرند اکثراً مرتکبان را با مجازات‌های سبک و ناچیز مواجه می‌سازند. بنا بر این به نظر می‌رسد قانون‌گذار با تشدید مجازات‌ها، در کنار فرهنگ سازی و آموزش می‌تواند قوانین را از ضمانت اجرای قوی‌تری برخوردار سازد.

۴-۳. گسترش بی‌رویه شهرها

شهرها و به خصوص کلان‌شهرها به دلایل مختلفی در معرض رشد و گسترش بی‌رویه قرار دارند. مهم‌ترین دلیل را شاید بتوان مهاجرت از روستاهای شهرهای کوچک به شهرهای بزرگ عنوان نمود. مهاجرانی که اکثراً با سرمایه اندکی به شهرهای بزرگ رهسپار می‌گردند و با توجه به اینکه از قدرت مالی لازم برای سکونت در مناطق شهری برخوردار نیستند، در مناطق حاشیه‌ای شهرها اسکان می‌یابند. از سویی دیگر افزایش جمعیت شهرنشین، شهرها را با افزایش تقاضای

مسکن مواجه می‌سازد که این امر با توجه به کمبود و گرانی مسکن و زمین در مناطق مرکزی و محدوده قانونی شهرها، منجر به سرریز شدن مازاد جمعیت به مناطق حاشیه‌ای شهرها می‌گردد و به این ترتیب روزبه روز بر وسعت شهرها افزوده می‌گردد (عبدی‌دانشپور، تارانتاش، ۱۳۹۵: ۴۲-۴۳). گسترش بی‌رویه شهرها مشکلات زیست محیطی فراوانی را برای شهرها به وجود می‌آورد که به طور مستقیم یا غیر مستقیم حقوق زیست محیطی و سلامت شهروندان را تهدید می‌کند. از جمله این مشکلات عبارتند از:

- بحران اباحت زباله‌ها که علاوه بر آلودگی بصری، به علت نفوذ شیرابه‌ها باعث آلودگی آب‌های سطحی و زیرسطحی گردیده و آلودگی هوا را به جهت بوی نامطبوع و گازهای سمی حاصل از سوزانده شدن، در پی دارند؛
- تخریب جنگل‌ها و اراضی کشاورزی جهت ساخت و ساز؛
- تخریب و آلودگی خاک، که معمولاً به دلیل تخلیه غیراصولی فاضلاب‌های خانگی و اباحت زباله‌های شهری ایجاد می‌شود (پرهیزکار، غلامی، ۱۳۸۹: ۷-۸)؛
- عدم دسترسی به خدمات، زیرساخت‌های شهری و آب بهداشتی به دلیل عدم توسعه متناسب با رشد جمعیت (حسینی و همکاران، ۱۳۹۴: ۴۶).

از مهم‌ترین تکالیف مدیریت شهری در جلوگیری از گسترش بی‌رویه شهرها، برنامه ریزی در جهت توسعه پایدار شهری می‌باشد. «طرح جامع شهر تهران» از مهم‌ترین مصوبات شورای شهر تهران، در شق «الف» بند ۲، با تأکید بر عدم گسترش شهر تهران، شهرداری را موظف کرده است جهت جلوگیری از هر گونه گسترش شهر، نسبت به ایجاد و ساماندهی کمرنگ سبز شهر به موازات خط محدوده شهر با مجموعه‌ای از انواع کاربری‌های سبز از جمله: پارک‌های جنگلی و شهری، باغات و... اقدام نماید.

نتیجه‌گیری

زندگی اجتماعی و زیست شهری بدون توجه به محیط زیست و حقوق زیست محیطی شهروندان چندان خوشایند نمی‌باشد. این حقوق زمانی قابل تحقق است که تمام مولفه‌های آن محقق شوند. به عبارتی یک پیوند ناگسستنی بین تمامی مولفه‌های حقوق زیست محیطی شهروندان وجود دارد که تحقق یکی بدون دیگری چندان مفید به نظر نمی‌رسد. به طور مثال دسترسی به اطلاعات زیست محیطی زمانی می‌تواند شهروندان را در رسیدن به اهداف خود یاری نماید که از آموزش‌های لازم برخوردار گردیده باشند و بتوانند اطلاعات بدست آمده را تجزیه و تحلیل و تصمیمات مقتضی را اتخاذ نمایند. مشارکت در برنامه‌ریزی‌های زیست محیطی بدون برخورداری از آموزش و دسترسی به اطلاعات زیست محیطی چندان قابل تصور نمی‌باشد. برخورداری از هوای پاک هر چند مطلوب است اما بدون دسترسی به آب سالم، سلامت شهروندان را تامین نمی‌کند. با بررسی تک تک مولفه‌های مورد مطالعه در مقاله، می‌توان گفت که هر یک از حقوق ذکر شده، همچون قطعه‌ای از جوړچین محیط زیست سالم شهری می‌باشند که با همکاری و مساعدت کلیه نهادهای حاکمیتی و محلی ذی‌ریط، سازمان‌های مردم نهاد و تک تک شهروندان می‌توانند در کنار هم قرار گرفته و ضمن کسب کمال مطلوب، موجب تحقق محیط زیست سالم شهری می‌شوندو شهروندان را در دستیابی به جامعه شهری مطلوب و زیست‌پذیر یاری نمایند. با این حال نمی‌توان چالش‌های پیش روی جامعه در دستیابی به حقوق زیست محیطی شهروندان را نادیده گرفت. چالش‌های مختلفی از جمله تعدد قوانین و مقررات و فقدان ضمانت اجرای مناسب آنها، فقدان مدیریت واحد شهری و گسترش بی‌رویه شهروها، پیش روی شهروندان و مدیران شهری قرار دارد که دستیابی به حقوق مذکور را دشوارتر می‌کنند. از این رو به نظر می‌رسد مدیریت شهری علی‌رغم تلاش‌های قابل تحسین صورت گرفته، تا حصول کلیه حقوق زیست محیطی شهروندان راه درازی در پیش دارد.

منابع و مآخذ:

- ۱- آجیلیان، شیوا و همکاران، (۱۳۹۲)، «بررسی اهمیت فضاهای سبز شهری در جهت رسیدن به اهداف توسعه پایدار»، همايش ملی معماری، شهرسازی و توسعه پایدار با محوریت از معماری بومی تا شهر پایدار.
- ۲- آزادی قطار، سعید و همکاران، (۱۳۹۱)، «تحلیل و ارزیابی توزیع و توسعه پایدار فضاهای سبز درون شهری؛ نمونه موردی: شهر میاندوآب»، دو فصلنامه مدیریت شهری، شماره ۲۹، ص ۲۶۳.
- ۳- ادهمی، عبدالرضا؛ اکبرزاده، الهام، (۱۳۹۰)، «بررسی عوامل فرهنگی موثر بر حفظ محیط زیست شهر تهران (مطالعه موردی مناطق ۵ و ۱۸ تهران)»، فصلنامه جامعه شناسی مطالعات جوانان، دوره ۱ شماره ۱، ص ۳۹.
- ۴- پرهیزکار، اکبر؛ غلامی، سکینه، (۱۳۸۹)، «بررسی روند گسترش توسعه فیزیکی شهر ایوان و اثرات زیست محیطی آن»، فصلنامه جغرافیا، دوره ۴، شماره ۱۵.
- ۵- پیری، مریم؛ قاسمی، ناصر، (۱۳۸۸)، «بررسی حقوقی- قضایی چگونگی و نقش اعمال حقوق شهرondی در محیط زیست»، مجله علوم و تکنولوژی محیط زیست، دوره ۱۱، شماره ۳، ص ۲۰۶-۲۰۸.
- ۶- جلالی، محمد و همکاران (۱۳۹۴)، «تحلیل چالش‌های فراروی سازمان‌های مردم نهاد زیست محیطی استان کردستان»، فصلنامه روستا و توسعه، سال ۱۸، شماره ۳.
- ۷- حسینزاده، نعمت و همکاران، (۱۳۹۶)، «ارزیابی کاربری فضای سبز شهری، در فرآیند توسعه پایدار (مطالعه موردی: اسلامشهر)»، فصلنامه جغرافیایی سرزمین، سال ۱۴، شماره ۵۴، ص ۶۷.
- ۸- حسینی، مهدی و همکاران، (۱۳۹۴)، «ارزیابی تاثیرات زیست محیطی گسترش بی‌رویه شهرها (مطالعه موردی: پروژه مسکن مهر شهر طقبه)»، فصلنامه برنامه‌ریزی منطقه‌ای، سال ۵، شماره ۱۸، ص ۴۶.

- ۹- تقی‌زاده انصاری، مصطفی، (۱۳۷۴) حقوق محیط زیست در ایران، چاپ اول، تهران، سمت.
- ۱۰- رحمانی، بیژن؛ بتول مجیدی، (۱۳۸۸)، «عوامل موثر بر مشارکت زنان در حفظ محیط زیست شهری با تأکید بر نگرش زیست اکوفمینیستی»، فصلنامه جغرافیایی آمایش، شماره ۷، ص ۱۷.
- ۱۱- رحیمی، فاطمه و همکاران، (۱۳۹۸)، «ارزیابی آلودگی صوتی منطقه ۱۶ تهران»، فصلنامه علوم محیطی، دوره ۱۷، شماره ۴، ص ۱۸۷.
- ۱۲- رحیمی ساردو، مجید، (۱۳۹۹)، «فضای سبز شهری و نقش آن در زندگی مردم»، پژوهش نامه اورمزد، شماره ۵۱، ص ۲۴۱-۲۳۹.
- ۱۳- رمضانی قوام آبادی، محمد حسین، (۱۳۹۱)، «بررسی راهبردی آموزش حفاظت از محیط زیست در ایران: ضرورت‌ها و تنگناها»، فصلنامه راهبرد، سال ۲۱، شماره ۶۵، ص ۲۳۶.
- ۱۴- شارع پور، محمد و همکاران، (۱۳۹۵)، «بررسی میزان آگاهی از حقوق و مسئولیت‌های شهروندی نسبت به امور شهری و عوامل اجتماعی مرتبط با آن»، فصلنامه مطالعات جامعه شناختی شهری، سال ۶، شماره ۱۸، ص ۳.
- ۱۵- شیرانی بیدآبادی؛ الهام و همکاران، (۱۳۹۴)، «اثرگذاری آموزش محیط زیست شهری بر ارزش‌گذاری در رفتار زیست محیطی دانش‌آموزان دختر مقطع راهنمایی ناحیه ۵ استان اصفهان»، فصلنامه آموزش محیط زیست و توسعه پایدار، سال ۴، شماره ۲، ص ۳۱.
- ۱۶- صارمی، مهناز؛ رضاپور، تارا، (۱۳۹۲)، «اثرات غیر شنیداری ناشی از آلودگی صوتی محیط زیست»، مجله دانشگاه علوم پزشکی کرمان، دوره ۲۰، شماره ۳، ص ۳۱۴-۳۱۲.
- ۱۷- صالحی، اسماعیل، (۱۳۸۶)، «نقش آسایش محیطی فضاهای شهری در پیشگیری از ناهنجاری‌های رفتاری»، فصلنامه محیط‌شناسی، سال ۳۳، شماره ۴۴.
- ۱۸- صداقت نوری، حسین، (۱۳۹۴)، «سیاست پژوهی پارادایم‌های مشارکتی شهری‌وندان در مدیریت محیط زیست شهری»، فصلنامه مدیریت شهری، شماره ۳۸، ص ۲۹۴.

- ۱۹- صرافی، مظفر؛ عبدالهی، مجید، (۱۳۸۷)، «تحلیل مفهوم شهروندی و ارزیابی جایگاه آن در قوانین، مقررات و مدیریت شهری کشور»، مجله پژوهش‌های جغرافیایی، شماره ۶۳، ص ۱۲۱.
- ۲۰- طجرلو، رضا، (۱۳۹۳)، حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی بشر، چاپ اول، تهران، دادگستر.
- ۲۱- عبدی دانشپور، زهره؛ تارانتاش، مسعود، (۱۳۹۵)، «تحلیل اثرات گسترش برنامه‌ریزی نشده کلان شهرها بر محیط طبیعی پیرامون: رویکردی ویژه به منطقه کلان شهری تهران»، ماهنامه باغ نظر، دوره ۱۳، شماره ۴۳، صص ۴۲-۴۳.
- ۲۲- فهیمی، عزیزاله؛ مشهدی، علی، (۱۳۹۶) اندیشه‌های حقوق محیط زیست، چاپ اول، قم، دانشگاه قم.
- ۲۳- قدیر، محسن، (۱۳۹۴)، «حق بر محیط زیست از منظر حقوق بشر بین‌المللی و اسلام»، فصلنامه پژوهشی تطبیقی حقوق اسلام و غرب، سال ۲، شماره ۲، صص ۱۰۶-۱۰۸.
- ۲۴- قلیزاده، محمدحسین و همکاران، (۱۳۸۸)، «ارتباط آلودگی هوا با مرگ و میر جمعیت شهر تهران»، فصلنامه حکیم، دوره ۱۲، شماره ۲، ص ۶۶.
- ۲۵- کاظمیان، غلامرضا و همکاران، (۱۳۹۲)، مدیریت شهری، چاپ اول، جلد اول، تهران، تیسا.
- ۲۶- کاظمیان، غلامرضا و همکاران، (۱۳۹۲)، مدیریت شهری، چاپ اول، جلد دوم، تهران؛ انتشارات تیسا.
- ۲۷- کریمی، عباس؛ کامیار، غلامرضا، (۱۳۹۶)، «محیط زیست شهری در پرتوی حقوق شهروندی»، فصلنامه حقوق پژوهی، سال ۱۱، شماره ۴۰، ص ۹۷-۹۶.
- ۲۸- کوشکی، غلامحسن، (۱۳۸۸) «چالش‌های نظام کیفری ایران در حوزه جرایم زیست محیطی»، مجله اطلاع رسانی حقوقی، سال ۶، شماره ۱۷ و ۱۸، صص ۹۰-۸۹.

- ۲۹- محram نژاد، ناصر؛ صفری بور، مهسا، (۱۳۸۸)، «تأثیر توسعه شهری بر روند آلودگی صوتی در منطقه یک تهران و ارایه راهکارهای مدیریتی برای بهبود شرایط»، *فصلنامه علوم و تکنولوژی محیط زیست*، دوره ۱۰، شماره ۴، ص ۵۵.
- ۳۰- محمدی، شهرام و همکاران، (۱۳۹۹)، «پایش سلامت شهرمندان با رویکرد مکان‌یابی بهینه دکل‌های مخابراتی تلفن همراه (موردناسی: منطقه ۱ شهرداری شهر زنجان)»، *فصلنامه جغرافیا و آمایش شهری-منطقه‌ای*، سال ۱۰، شماره ۳۵، ص ۱۲۸-۱۳۱.
- ۳۱- مشهدی، علی، (۱۳۸۶)، «بررسی و شناسایی جنبه‌های حقوقی آلودگی صوتی (از قواعد داخلی تا تلاشهای بین المللی)»، *فصلنامه علوم محیطی*، سال ۵، شماره ۱، ص ۶۱-۶۰.
- ۳۲- مظہری، محمد، (۱۳۹۴)، *حقوق شهری*، چاپ اول، تبریز، یانار.
- ۳۳- مولا‌یی، یوسف، (۱۳۸۶)، «نسل سوم حقوق بشر و حق به محیط زیست سالم»، *فصلنامه حقوق*، دوره ۳۷، شماره ۴، ص ۲۷۴.
- ۳۴- مولوی، جمشید؛ فنی، زهره، (۱۳۸۸)، «ارزیابی محیط زیست شهری در قالب قوانین و ضوابط، (با تاکید بر آلودگی هوا)»، *دوفصلنامه مدیریت شهری*، شماره ۲۴، ص ۶۰.
- ۳۵- نجاتی حسینی، سید محمود، (۱۳۷۹)، «پارادایم جدید مدیریت شهری»، *فصلنامه مدیریت شهری*، سال ۱، ص ۸.
- ۳۶- نوابخش، مهرداد، (۱۳۸۵)، «بررسی مفهوم شهر و شهرمندی از دیدگاه جامعه شناسی»، *فصلنامه تخصصی جامعه شناسی*، سال ۲، شماره ۱، ص ۲۵.
- ۳۷- ویژه، محمدرضا، (۱۳۸۵)، «حق دسترسی به اطلاعات محیط زیست» *بررسی حقوق بشر اروپایی*، *مجله محیط شناسی*، سال ۳۲، شماره ۴۰، ص ۷۹.
- ۳۸- هاروی، سرینیواس، (۱۳۸۰)، «محیط زیست شهری، سیاستگذاری و اقدام»، *ترجمه سیروس موسوی، شهرداری‌ها*، شماره ۳۲.

Duties of Urban Management in Realization of the Environmental Rights of Citizens

(With a Glance at the Regulations Passed by Tehran City Council)

Shahram Salami¹

Mohammad Mazhari²

Abstract

The right to live in a healthy environment is closely associated with other human rights, in such a way that the lack of its realization has threatened other human rights. Besides causing irreparable damage to the health of citizens, it exposes other economic, social and cultural rights to risk.

Many cities, especially metropolises, suffer from a great deal of environmental pollution, the cause of which is human activity.

Overcoming environmental pollution depends on familiarity with the environmental rights of citizens and making an effort to realize them. The present study seeks to answer the fundamental question of the nature of the environmental rights of the residents of city?

To answer this question, while examining the various environmental elements of citizens' rights, including: the right to access information, the right to education, the right to participate in community life, the right to establish and join non-governmental organizations, the right to enjoy a healthy environment and the right to enjoy urban green spaces, regulations passed by Tehran City Council have been studied.

The result is that despite all the efforts made and certain successes achieved, many challenges still exist in this regard and there is a long way to go to achieve full realization of environmental rights of the city residents. Therefore, government institutions and municipal authorities should make ever greater efforts to realize the aforementioned rights.

Keywords: Environment, Urban environment, Environmental rights, Urban rights, Urban management.

1. Public Law - Faculty of Law and Social Sciences- University of Tabriz - Tabriz-Iran, (salami.shahram@gmail.com)

2. Department of Law, Faculty of Law and Social Sciences, Tabriz University, (m.mazhari@tabrizu.ac.ir)

ابعاد و کاربردهای دانشنامه‌ای مقاله



ashbah va nazaiyer-e ayradat-e Ayin-e Dادرسی در فقه امامیه

(نوع مقاله: علمی - پژوهشی)

حسن محسنی*

هادی ملک تبار فیروزجائی^۱

چکیده:

اصطلاح «ایراد» نخستین بار در قانون اصول محاکمات حقوقی سال ۱۲۹۰ معادل واژه خارجی قرار گرفت بی آنکه به سابقه فقهی امر، یعنی «شروط سماع دعوا»، پیوندی داشته باشد. شباهت میان این دو می توانست برخورداری از سوابق فقهی را میسر کند اما چنین مسیری پیموده نشد. همچنین، در نظائر نیز، همه عناوین ایرادات آیین دادرسی از قوانین خارجی اقتباس شده تا جایی که اثری از شروط سماع دعوا در فقه، در این قوانین نیامده است. در قانون آیین دادرسی مدنی سال ۱۳۱۸ نیز وضع بدین منوال بوده. به عکس، در قانون آیین دادرسی مدنی کنونی «ایرادات و موائع رسیدگی» در مبحث سوم از فصل سوم قانون آمده است و مصاديقی به آن افزوده شده که سابقه غربی آن در باب ایرادات ضعیف است. این موارد را مقنن با الهام از منابع فقهی پذیرفته تا جایی که این بار، ایرادات و شروط سماع دعوا یکسان پنداشته شده است. به باور نگارندگان، قوانین پیشین از این حیث نقصی نداشته اند و رویکرد مقنن در یکی دانستن ایراد و شروط سماع دعوا اندکی درنگ پذیر است و درک تمایز این دو نشان می دهد که میان این دو نهاد مرزهای پژوهشی و علمی روشن و مفیدی هست. . به بیان دیگر، شباهت ایرادات با مصاديق مشابه شروط سماع دعوا تنها در ظاهر بوده و در مفهوم و مبانی این دو هیچ نسبتی با یکدیگر ندارند. تفاوت اصلی در این است که ایراد آیین دادرسی از سوی دادخواهان طرح می شود و شروط سماع دعوا راسا از سوی قاضی مورد استناد قرار می گیرد.

کلیدواژه‌ها: ایراد آیین دادرسی، شروط سماع دعوا، موائع رسیدگی.

* دکترای تخصصی، گروه حقوق خصوصی دانشگاه تهران، (نویسنده مسئول)

Email: hmohseny@ut.ac.ir

۱. دکترای تخصصی، گروه حقوق خصوصی دانشگاه تهران، (این مقاله به توصیه جناب آقای حسن محسنی (استاد راهنماییم در رساله دکتری) و به روش ایشان نگارش شده است).

Email: hmalektabar@ut.ac.ir

«ایراد آینین دادرسی» هم‌زمان با تصویب نخستین قانون آینین دادرسی مدنی به حقوق دادرسی ایران وارد شده است. در حقیقت، واژه «ایراد» به ابتکار نویسنده‌گان قانون اصول محاکمات حقوقی معادل‌سازی شد و در نوشته‌های فقهی، بدین سان وجود نداشت. البته عدم وجود واژه «ایراد» بدین معنا نیست که هیچ تاسیس مشابهی در متون فقهی در این‌باره وجود نداشته است. بیشتر فقهای امامیه، در باب قضا در مبحثی زیر عنوان «شروط سماع دعوا» به موضوعاتی پرداخته‌اند که از جهاتی شبیه و نظیر ایرادات آینین دادرسی است.

پس به چه دلیلی از عنوان آشنا و مانوس «شروط سماع دعوا» در قانون اصول محاکمات حقوقی استفاده نشد. ممکن است گفته شود صرف شباهت این عنوان فقهی با ایرادات آینین دادرسی سبب مقایسه و شبیه احکام و موضوعات این دو نیست. به بیان دیگر، وجود برخی شباهت‌ها بدین معنا نیست که این دو دارای مفهوم و مصاديق یکسان و تبعاً موضوع و حکم واحد هستند. به خلاف این باور، می‌شود ادعا نمود که نخستین قوانین آینین دادرسی مدنی ایران (قوانين ۱۲۹۰ و ۱۳۱۸) مصاديق فقهی شروط سماع دعوا را از سر غفلت در شمار ایرادات نیاورده و قانون‌گذار قانون آینین دادرسی مدنی ۱۳۷۹ این نقیصه را جبران نموده و دست به اضافه نمودن مصاديقی به اقسام ایراد آینین دادرسی زده است که به طور مستقیم مبنای فقهی دارد؛ این مصاديق، موانع رسیدگی هستند.

شروط استماع دعوا از نظر برخی نویسنده‌گان دور نمانده است و ایشان با دیدگاهی موافق نسبت به تغییرات و الحالات قانونی در سال ۱۳۷۹ درباره آن‌ها نوشتند (هرمزی: ۱۳۹۴: ۳۵-۹) اما در تحقیق حاضر، رویکرد نگارندگان بر مبنای مفهوم ایراد آینین دادرسی و تفاوت آشکار آن با شروط سماع فقهی استوار است و تاثیر آن در حکم و موضوع ایرادات آینین دادرسی، در آینین دادرسی مدنی کنونی ایران ارزیابی می‌شود. در حقیقت، نویسنده مقاله پیشین، مبنای کار را بر درستی اصلاحات و الحالات مقرر در ماده ۸۴ قانون نهاده و به تحلیل موضوعات پرداخته است. چنین تحلیلی بدون توجه به مفهوم ایراد آینین دادرسی و صرفاً با تکیه بر شباهت ظاهری ایراد آینین-

دادرسی با شروط سمع صورت پذیرفته است. بنابراین، پرسش اصلی این است که آیا شروط سمع دعوا همان ایراد است یا با آن نسبتی ندارد. آیا می‌توان همانند مقتن آن‌ها را در یک دسته و با حکم واحد قرار داد. به هر روی رویکرد تازه مقتن (پیوند قوانین موضوعه با فقه انور) در باب ایرادات، بایسته است با بررسی فقهی سنجیده شود چرا که این بحث گرچه در بسیاری از بخش‌های حقوق مدنی و حتی دادرسی باز شده و ثمراتی داشته است، در حقوق آیین‌های دادرسی جای خالی آن محسوس است^۱. به ویژه این که گرچه بسیاری از قواعد حقوق مدنی از فقه امامیه به قانون بدل شده اما وضعیت در آیین‌های دادرسی اندکی متفاوت بوده است و بررسی ریشه‌های این تفاوت بایسته می‌نماید. باور نگارندگان این نوشته بر این است که روش پیوند قوانین غربی و مقررات شرعی نیز در حقوق ایران روی داده است که نوآوری‌های ماده ۸۴ قانون آیین دادرسی مدنی در قیاس با قوانین پیشین، یکی از این نمونه‌هاست.

برای تبیین این سخن و آوردن شبیه و نظیر ایراد در فقه امامیه و تطبیق موضوع و حکم، در این مقاله، نخست به اصل وجوب سمع دعوا و شرایط لازم برای پذیرش دعوا در چارچوب تحلیل ادله شرعی آن پرداخته‌ایم (۱) و سپس، به این شروط و دسته‌بندی آن می‌پردازیم (۲). همه این سخن‌ها برای آن است که در فرجام کار، بتوان تمایز میان ایرادات آیین دادرسی و شروط سمع را هویدا نمود.

۱. اصل وجوب شرعی سمع دعوا بر بنیاد شروط متعدد فقهی

بیشتر فقهاء پیش از ورود به مبحث شروط سمع دعوا، به اصل وجوب سمع دعوا می‌پردازنند. بررسی اصل وجوب شرعی شنیدن دعوا در اینجا انجام می‌شود. وجوب سمع نیاز به تحقق شروطی دارد که بدون آن‌ها به دعوا رسیدگی نمی‌شود.

۱. برای مطالعه درباره تاثیر پذیری مقررات قانونی از منابع فقهی ر. ک: (کاتوزیان، ۱۳۷۶: ۴۱-۷۲). جعفری لنگرودی، (۱۳۳۰: ۹).

۱-۱. اصل وجوب سمع و ادله آن

مطابق قواعد فقهی استماع یا شنیدن دعوا یکی از واجبات است. دلایل شرعی وجوب استماع دعوا و فصل خصومت میان مردم بر پایه حق و عدل، چنان فراوان است که این امر را از امور بدیهی قواعد شرعی نشان می‌دهد. در حقیقت، از اطلاق برخی ادله مانند «فاحکم بین الناس بالحق» (ص، آیه ۲۶)، «وَ أَنْ حُكْمَ بِيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَ لَا تَتَّبِعُ أَهْوَاءَهُمْ» (المائدہ، آیه ۴۹)، «حَتَّىٰ يَحْكُمُوكُمْ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ» (النساء، آیه ۶۵) و یا «لَتَحْكُمْ بَيْنَ النَّاسِ بِمَا أَرَكَ اللَّهُ» (النساء، آیه ۱۰۵)، «وَجُوب» استماع دعوا و فصل خصومت آن استنباط می‌شود. در نظر فقهاء، خطاب این آیات به پیامبر اکرم (ص) و ائمه معصومین (ع) می‌باشد و قضا و دادرسی شأن و جایگاه ویژه امام یا نائب او (کسانی که از سوی ایشان (به صورت خاص یا عام) منصوب شده‌اند) است.^۱ در زمان غیبت نیز وظیفه قضا و حکم بر عهده فقیه جامع الشرایطی است که در صورت جمع همه شرایط شرعی «ولایه القضاء» بر او ثابت می‌گردد (عاملی، ۱۴۱۰: ۸۹). در هر حال، بر پایه نظرات فقهای معاصر نیز در ولایت قاضی اذن امام شرط است (شیرازی، ۱۴۲۲: ۳۹۹). پس هیچ‌کس حق قضاؤت ندارد مگر فقیه دارای شرایط شرعی که از سوی امام معصوم (ع) منصوب (منصوب می‌قبل

۱. «وَ هُوَ [يعني القضاء] وظيفة الإمام أو نائب، و في الغيبة ينفذ قضاء الفقيه الجامع لشرائط الإفتاء، فمن عدل عنه إلى قضاء الجور كان عاصياً» (عاملی، ۱۴۱۴: ۱۰۳). «يظهر من كلام الأصحاب في المنصوب الخاص والعام كونه نائباً عن الإمام عليه السلام في القضاء». (دزفولی، ۱۴۱۵: ۵۰). مبنای این نظرات در فقه امامیه، روایت مقبوله عمر بن حنظله و معتبره ابن ابی خدیجه است. بر پایه مقبوله عمر بن حنظله رجوع به اشخاصی که اهلیت قضا ندارند، رجوع به قصاصات جور و طاغوت است و مطابق این حیث نهی شده است. بنابراین، باید به کسانی که آشنا به حلال و حرام هستند مراجعه شود. (کاظمی، ۱۳۶۵: ۲۶۳). در روایت صحیحه ابی خدیجه نیز به روایت عمر بن حنظله نزدیک است. او از امام صادق عليه السلام نقل می‌کند که فرمود: «از بردن اختلافات خود نزد اهل جور پرهیزید و لکن ببینید کدام یک از شما چیزی از احکام ما می‌داند، پس او را بین خود قاضی قرار دهید که من او را در میان شما قاضی قرار دادم، پس در اختلافات به او مراجعه کنید». (اصفهانی، ۱۴۰۶: ۶).

الإمام) باشد.^۱ این امر تاثیر چشمگیری در رویکرد قواعد فقهی در دادرسی داشته و احکام تکلیفی ویژه‌ای را برای دادرس منظور کرده است ولی، آثار وضعی (ضمانت اجرا) این احکام نیامده است.^۲ با این وصف گفته شده که عدم رعایت این احکام به طور کلی سبب سقوط شرط عدالت در قاضی شده است و چنین شخصی اهلیت قضا ندارد و چنین حالتی منجر به بطلان کلیه قضاوت‌های قاضی فاقد اهلیت می‌شود. برای نمونه، مرحوم صاحب جواهر می‌نویسد: «چنانچه مشخص گردد که حاکم (دادرس) فاقد شرایط حکم کردن بوده است، تمام احکام وی (حتی اگر صواب و درست باشد) نقض می‌شود» (نجفی، ۱۴۰۴: ۱۰۶). بنابراین، امر قضاوت در اسلام یکی از واجبات کفایی است و واجدان شرایط باید به آن قیام نمایند. با این حال تقریباً تمام فقهها شروطی را برای تعین و تحقق این واجب شرعی برمی‌شمارند که در ادامه به هر یک از این شروط پرداخته می‌شود.

۱-۲. تعین شرعی قضا

وجوب شرعی قضا امری است که از اطلاق ادله واردہ در این باره استنباط می‌شود. با این حال، وجوب استماع یا سمع شامل همه دعاوی نبوده و برای صدق عنوان دعوا و قابلیت رسیدگی به آن شرایطی لازم است. به بیان دیگر، فقهای امامیه در برخی موارد دعوا را خارج از شمول اطلاق ادله و جوب سمع آن می‌دانند (انصراف ادله از برخی دعاوی) و از این جهت قاضی شرعی هیچ

۱. اهمیت قضا در اسلام از این حدیث امیرالمؤمنین (ع) که خطاب به شریح فرموند به روشی آشکار است: «و قوله عليه السلام لشريح: «جلس مجلسا لا يجلس فيه إلا نبي أو وصي أو شقي» (درقولی، ۱۴۱۵: ۴۵).

۲. در این باره ر. ک: (آشوری و موحدی، ۹۵-۱۱۵: ۱۳۹۵). نگارندگان در مقام مقایسه حقوق اروپایی و فقه انور امامیه می‌نویسند: «در حقوق اروپایی تأکید بر ساختار و سازمان دادرسی جلوه بیشتری یافته است. در مقابل، در فقه امامیه این تأکید بر شخص (مقام دادرس) بیشتر متجلی شده است... در فقه امامیه دققت نظر در انتخاب یک قاضی عادل بسیار بیشتر از ایجاد یک فرآیند دادرسی عادلانه اهمیت دارد. به طوری که شرایطی که در فقه امامیه برای قاضی برشمرده‌اند در محدود افرادی می‌توان یافت؛ چه آن که در این تفکر نظر بر این است که چنانچه یک قاضی عادل را انتخاب کنید با چنین قاضی، خود به خود یک دادرسی عادلانه شکل می‌گیرد».

تکلیفی برای شنیدن آن ندارد. با توجه به کلام فقهاء، به طور کلی شرط استماع دعوا می‌تواند ناظر به دعوی یا مدعی یا مدعی‌به یا مدعی علیه باشد (خمینی، ۱۳۷۹: ۴۱۰). مرحوم سید محمد کاظم یزدی، ده شرط سمع دعوا را با تفصیل بیشتری نسبت به سایر فقهاء بدین شرح بیان کرده است:
 ۱- بلوغ و عقل ۲- رشد ۳- آن‌چه مدعی ادعا می‌کند برای خودش یا موکل یا کسی باشد که بر او ولایت یا وصایت یا قیمومت یا حکومت دارد یا از جهت رهن یا امانت یا عاریه و یا التقطا و مانند آن متعلق حق او گردد. ۴- امری که مدعی آن را ادعا می‌نماید ممکن باشد پس دعوا بی‌که عقلا یا عادتا و یا شرعا محال است، پذیرفته نمی‌شود. ۵- چیزی که مورد ادعاست قابل تملک باشد بنابراین، ادعای مالکیت شراب یا خوک پذیرفته نیست. ۶- مدعی‌به باید از جهت جنس و نوع و وصف و مقدار معلوم باشد. ۷- دعوا صریح در استحقاق مدعی باشد ۸- برای مدعی، طرفی باشد که مخاصمه و منازعه میان آن‌ها باشد. ۹- جزم در دعوا بنابر نظر مشهور دعوای ظنی و وهی پذیرفته نیست. ۱۰- تعیین مدعی‌علیه (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۴: ۳۶-۴۳).

در میان این شروط، تفاوت فقهی دو مفهوم «مقتضی» و «مانع» دیده نشده است و همه موارد بالا به صورت یک‌جا به عنوان شرط ذکر شده‌اند. روشن است که شرط هشتم که وجود فردی که طرف منازعه و تخاصم باشد را نمی‌توان شرط استماع دعوا به معنای خاص شمرد.^۱ وجود خصوصیت و اختلاف مقتضی (یا سبب) دعواست و بدون آن دعوا بی‌قابل تصور نیست. به هر حال، فارغ از این که هر یک از جهات فوق مقتضی یا شرط باشند، نبود آن‌ها وجوب سمع را منتفی می‌کند و در نتیجه تکلیف شرعی به وجود نمی‌آید. اما آیا این شروط در مقام بیان ایرادات آینین دادرسی در فقه هستند یا خیر نیاز به بررسی و تحلیل بیشتر و بهتر دارد که در بند آتی از دیدگان خواهد گذشت.

۱. برخی فقهاء مانند امام خمینی (ره) نه شرط را برای سمع دعوا ذکر کرده‌اند. (خمینی، ۱۳۷۹: ۴۱۰-۴۱۳).

۲. در این باره ر. ک: (هرمزی: ۱۳۹۴: ۹-۳۵).

۲. شناخت شروط سماع

چنان‌که گفته شد، با توجه به کلام فقهای امامیه، به طور کلی شروط استماع دعوا می‌تواند ناظر به دعوی یا مدعی یا مدعاً یا مدعی‌علیه باشد.^۱ در این بند با پیروی از شیوهٔ فقهی بحث به هر یک از شرایط سماع بر پایهٔ تقسیم‌بندی پیش‌گفته با توجه به این‌که ناظر به هر کدام از پایه‌ها و اجزای دعوا است، در چهار بند جداگانهٔ پرداخته می‌شود.

۱-۱. شروط ناظر به مدعی

در این‌که درخواست هر کسی موجب وجوب سماع دعوا نمی‌شود، تردیدی نیست. مدعی باید دارای شرایط عمومی اعتبار قول از جملهٔ بلوغ، عقل و حسب مورد، رشد باشد. همچنین، باید میان مدعی و موضوعی که وی درباره آن درخواست رسیدگی می‌کند، رابطه‌ای وجود داشته باشد. البته، روشن است که درباره حدود شرطیت هر یک از شروط و برخی موضوعات فرعی اختلافاتی وجود دارد، اما به طور کلی مشهور فقهاء وجود چهار شرط فوق در مدعی را شرط تحقق وجوب سماع دانسته‌اند که به طور مختصر به هریک از آن‌ها برای تمییزشان از ایرادات آیین دادرسی اشاره می‌شود.

۱-۲-۱. بلوغ یا تکلیف شرعی

بلوغ یا تکلیف شرعی^۲، بنابر نظر مشهور فقهای امامیه، یکی از شروط اصلی سماع دعواست. سید کاظم طباطبائی بزدی برای این شرط چند دلیل را بیان کرده است: دلیل اول: «اجماع» ذکر شده است. دلیل دوم: اصل است. منظور اصل عدم وجوب و تعین شرعی قضاست. به این

۱. «یشرط فی سماع دعوا المدعی أمور بعضها مربوط بالمدعى، وبعضها بالدعوى، وبعضها بالمدعى عليه، وبعضها بالمدعاً». (خمینی، ۱۳۷۹: ۴۱۰).
۲. بعضی فقهاء مانند شیخ انصاری و علامه حلی، به جای استفاده از شرط بلوغ، از شرط تکلیف سخن گفته‌اند. در حقیقت، با توجه به دلایلی که برای این شرط بیان شده است، تکلیف دقیق‌تر به نظر می‌آید. (دزفولی، ۱۴۱۵: ۱۶۷؛ حلی، ۱۴۱۰: ۱۶۷).
۳. نوع اجماع مشخص نشده است لیکن با توجه به اوضاع و احوال، اجماع مدرکی است.

ترتیب، در صورت شک در وجوب پذیرش دعوای طفل (ولو نزدیک به بلوغ)، باید اصل عدم ترتب آثار و احکام دعوا را اعمال نمود. به طور کلی آثار دعوای صحیح در شرع، عبارتند از وجوب استماع آن، مطالبه بینه از مدعی، احلاف منکر و رد قسم به مدعی و مانند اینها (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۴: ۳۶). دلیل سوم، اخباری است که صبی را مسلوب العباره می‌دانند، مانند حدیث «... لا یجوز امره حتی یحتمل». دلیل سوم: تبادر است (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۴: ۳۶). بدین معنا که اطلاعات ادله‌ای مانند «فاحکم بین الناس بالحق»، منصرف به بالغ است. به عبارت دیگر منظور از ناس، افراد بالغ است. در حقیقت، متبار از کلمه دعوا و تخاصم، دعوا و تخاصم میان مکلفین است. مخاطب ادله‌ای مانند البینه علی المدعی، احلاف منکر و قبول اقرار، همگی مکلفین هستند. شارع به مکلفین حکم می‌کند که باید بینه بیاورند یا قسم بخورند. در حقیقت، آن‌چه در بادی امر به ذهن می‌آید، مکلفین و افراد بالغ است. به اضافه، دعوا در برخی موارد قطعاً نیازمند به تکلیف است، برای مثال، در قسم منکر تکلیف شرط است. با این حال، بیشتر فقهاء به بیان شرط بودن بلوغ یا تکلیف در کتاب‌های خود بسنده نموده و به تفصیل در این‌باره سخن نگفته‌اند. اما، برخی از فقهاء مانند سید محمد کاظم طباطبایی یا امام خمینی (ره) شرطیت بلوغ را به طور مطلق نمی‌پذیرند. به نظر ایشان در اجماع به عنوان «دلیل لبی» باید به قدر متیقн اکتفا شود، به این ترتیب، اجماع فقهاء اگر مسلم باشد، تنها ناظر به دعوا مالی است. پس، درباره سایر دعواهای صغیر، مقتضای عمومات ادله و جو布 حکم به عدل و قسط، پذیرش و استماع چنین دعواهایی است. بنابراین، دعوا مالی صغیر مانند این که اگر طفلی ادعا نماید که بر او جنایتی شده یا این که کسی لباس وی را گرفته یا حیوان او را غصب نموده، پذیرفته است زیرا دلیلی برای عدم سماع دعوا وجود ندارد و به اضافه، در غیر این صورت ممکن است خصم فرار کند یا دسترسی به او میسر نباشد. با این حال، در چنین دعواهایی سوگند وجود ندارد (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۴: ۳۶). به بیان دیگر، در این صورت برخی آثار دعوا مانند احلاف که مستلزم تکلیف مدعی است، قابل اجرا نیست. امام خمینی (ره) نیز دعواهای صغیر را در برخی فروض پذیرفته‌اند (خمینی، ۱۳۷۹: ۴۱۰). همچنین، درباره مسلوب العباره بودن طفل ممیز یا مرافق (طفل نزدیک به بلوغ)، دلیلی وجود ندارد زیرا عبادات و تملکات

بلاعوض چنین افرادی پذیرفته می‌شود، پس، نمی‌توان به دلیل مسلوب‌العباره بودن، دعوای آن‌ها را استمع ننمود.

در قانون آیین دادرسی مدنی، بلوغ به صورت مطلق یکی از شرایط تقدیم دادخواست و اقامه دعواست.^۱ در دادگستری دعوای شخص نابالغ در هیچ فرضی پذیرفته نمی‌شود. البته نمایندگان قانونی (ولی یا وصی) یا قضایی (قیم) می‌توانند از جانب او اقدام نمایند. در هر حال، مطابق بند ۳ ماده ۸۴ قانون آیین دادرسی مدنی، یکی از ایرادات آیین دادرسی «صغر» است. در این باره، با وجود شباهت این دو، تفاوت رویکرد فقهی و قانونی روشن می‌نماید. هر چند در نخستین نگاه و در عمل تفاوت چندانی میان استناد سرخود دادرس به ضمانت اجرای آیین دادرسی و درخواست (یعنی ایراد نمودن) یکی از اصحاب دعوا برای توجه به موضوع وجود ندارد، اما ایراد آیین دادرسی به معنای دقیق خود، درخواست (طاری) اصحاب دعوا به منظور رعایت قواعد آیین دادرسی است.^۲

۱. در هیچ یک از مواد قانون آیین دادرسی مدنی، شرایط عمومی طرح دعوا نیامده است لیکن با توجه به این‌که عمل طرح دعوا یک عمل حقوقی است، بر این اساس باید قائل به برخی از شرایط صحت معاملات (عقود و ایقاعات) در آن نیز شد. با این حال در نظام حقوقی ما به صورت استثنای اقدام محجور در دادگستری پذیرفته می‌شود. ماده ۹۶ قانون امور حسبي، طرح دعواي محجور (طفل ممیز و غیرشید) بر قيم خود را در خصوص کوتاهی در تربیت و نگاهداری خود شکایت نماید در این صورت هرگاه دادگاه‌شکایت را وارد دید دستوري که مناسب است می‌دهد و قيم باید بر طبق آن دستور عمل کند.

۲ دليل خلط ايراد آيین دادرسی و شروط سماع دعوا توجه بيش از اندازه به اثر اين دو و بي توجهی به ماهیت هر يك است. دادرسی‌دانان ايراني در تعريف ايراد آيین دادرسی بيش از آن که به ماهیت آن توجه نمایند به اثر آن توجه نمودند. برای مثال شمس ايراد را چنین تعريف می‌کند: «اياد عبارت است از وسیله‌ای که خوانده، معمولاً، در جهت ایجاد مانع موقتی یا دائمی، بر جريان رسیدگی به دعواي مطروحه و یا بر شکل‌گيری مبارزه در اصل و ماهیت حق مورد ادعا به منظور بازداشت موقت یا دائم خواهان از پیروزی به کار گيرد». (شمس، ۱۳۹۲: ۴۵۶). در حالی که تمرکز بر روی اثر در تعريف، ما را از ماهیت آن دور می‌کند. مفهوم ايراد به طور خلاصه چنان که گفته شد عبارت است از: «درخواستی طاری که به موجب آن ادعایی ناظر به جريان آيین دادرسی به دادرس ارائه می‌شود که در ساختار منطقی دادرسی، باید پيش از ماهیت بررسی شود» (ملک تبار، ۱۳۹۸: ۲۴۴).

با توجه به رویکرد فقه‌ها که در بالا بررسی شد، ترتیب آثار شرعی دعوا و سماع آن بدون نیاز به درخواست اصحاب دعوا منوط به تحقق شروطی است که در صورت نبود آن‌ها، سمع دعوا واجب نمی‌شود و در این حالت، قاضی شرعی الزامی به پاسخ گفتن به مدعی ندارد. به بیان دیگر، در این فرض فقهی، دعوت از اصحاب دعوا و تشکیل جلسه دادرسی به کلی منتفی است. در حقیقت، در قانون آیین دادرسی مدنی کنونی نیز شرط بلوغ هم یکی از شروط اقامه دعوا است و هم در صورت عدم توجه کسانی که موظف به ثبت دادخواست هستند، یکی از ایرادات آیین دادرسی است. به بیان دیگر، ثبت کنندگان دادخواست، (دفاتر خدمات الکترونیک قضایی)، در هنگام ثبت دادخواست به وضعیت بلوغ دادخواست‌دهنده توجه و از ثبت دادخواست کودکان خودداری می‌کنند (هر چند این دفاتر در میان طرفین و دادگاه تنها نقش میانجی دارند). دادرس نیز نباید چنین دادخواستی را قانونی بشمارد. در این فروض، نیاز به طرح ایراد نیست و تنها چنانچه چنین دادخواستی ثبت و جلسه رسیدگی تشکیل شود، نوبت به ایراد خوانده می‌رسد. به بیان دقیق‌تر، طرح ایراد آیین دادرسی از سوی دادخواهان، طرح یک دعوا ناظر به حقوق آیین دادرسی آنان است و با این دادخواهی آیینیک، آنان حمایت از این حقوق را درخواست می‌کنند. مقنن به این تفاوت ظریف، در تبصره ماده ۹ قانون شورای حل اختلاف مصوب ۱۳۹۴ توجه نموده است.^۱ در این ماده از اختلاف اصحاب دعوا (دعوای) درباره بهای خواسته سخن گفته شده است و در فرضی که دادرس رأساً به این امر توجه نماید به آن «تردید» دادرس اطلاق شده است. روشن است که اختلاف طرفین درباره بهای خواسته از طریق ایراد خوانده حاصل می‌شود و تردید ناشی از توجه راسی دادرس و بدون درخواست است. در فرض نخست، دادرس پس از رسیدگی و احراز حقانیت ادعای یکی از طرفین تصمیم می‌گیرد و سپس ضمانت اجرای مربوطه را اعمال می‌کند ولی در دومی، دادرس مستقیماً ضمانت اجرای قانونی را اعمال می‌کند.

۱. تبصره ماده ۹ قانون شورای حل اختلاف مقرر می‌دارد: «بهای خواسته بر اساس نرخ واقعی آن تعیین می‌گردد، چنان‌چه نسبت به بهای خواسته بین اصحاب دعوا اختلاف حاصل شود و اختلاف موثر در صلاحیت شورا باشد، یا قاضی شورا نسبت به آن تردید کند...». با توجه به توضیحات مذکور تنها شق نخست تبصره ایراد آیین دادرسی به شمار می‌آید.

دومین شرط سماع دعوا عقل است. بنابراین، دعواهای مجنون قابل استماع نیست.^۱ دلیل عدم استماع دعواهای مجنون نیز همان است که درباره عدم وجوب سماع دعواهای شخص نابالغ گفته شد، لیکن در اینجا روشی است که کلام مجنون بر خلاف طفل ممیز هیچ اعتباری ندارد. به بیان دیگر، مجنون مسلوب العباره است و به سخن او هیچ اعتباری نیست. البته، اگر مجنونی به محکمه آمده و از ظاهر او پیداست که ظلمی بر او شده یا شخصی او را زده است، حاکم از باب ولايت و رفع ظلم (رفع ظلامه) باید تحقیق کرده و حال او را از این جهت که ظلمی بر او شده است معلوم نماید. در هر حال، بر فرض که این کار بر حاکم واجب دانسته شود، به معنای پذیرش دعواهای مجنون نیست. به نظر می‌رسد که این فرض در هر حال منصرف از دعاوی حقوقی باشد.

شرط مذکور در بند ۳ ماده ۸۴ قانون آیین دادرسی مدنی آمده است. درباره این شرط نیز مانند شرط پیشین، باید میان استناد سرخود دادرس و ایراد اصحاب دعوا قائل به تفکیک شد. ایراد آیین دادرسی از درخواست‌های اصحاب دعوا است و رد سرخود دعوا را به وسیله قاضی نمی‌توان با آن یکسان دانست.

۲-۱-۳. رشد یا عدم حجر

سومین شرط سماع دعوا رشد یا عدم حجر ذکر شده است. این شرط به خلاف شروط دیگر، تنها ناظر به دعاوی مالی است. به خلاف آن‌چه در ظاهر به نظر می‌رسد، نزد فقهاء، رشد و عدم حجر یکی نیست و اندکی باهم تفاوت دارند. در حقیقت، منظور فقیهانی مانند سید محمد کاظم یزدی که اصطلاح رشد را به کار برده‌اند، این است که صرف عدم رشد مدعی برای عدم سماع دعوا کافی است و نیازی به حکم حاکم در این‌باره نیست (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۴: ۳۷). در طرف مقابل، کسانی که عدم حجر را شرط می‌دانند، سفه را در صورتی مانع سماع دعوا به شمار می‌آورند که از

۱. امام خمینی (ره) حتی دعواهای مجنون ادواری در حال رفع جنون را نیز قابل پذیرش نمی‌دانند: «ثانی- العقل: فلا تسمع من المجنون و لو كان أدواريا إذا رفع حال جنونه». (Хмینи، ۱۳۷۹: ۴۱۰).

سوی حاکم احراز و اعلام شود. به بیان دیگر، نفس سفاهت مانع سماع دعوا نیست بلکه حکم حاکم ایجاد مانع می‌کند^۱. بنابراین، بنابر فتوای برخی فقهاء، دعوی سفیه تا پیش از اعلام حجر سفیه از سوی حاکم مطلقاً مسموع است. ادله عدم سماع دعوا، در اینجا نیز اصل عدم وجود سماع بر قاضی، عدم وجود جواب بر طرفی که از او طرح دعوا شده است. دلیل دیگر انصراف ادله ذکر شده است که اینها منصرف است به این که رشید باشد اما هیچیک از این‌ها به نظر صاحب ملحقات عروه به عنوان مانع سماع دعوا شناخته نشده و به نظر ایشان اطلاع ادله شامل وجود سماع دعوای سفیه نیز می‌شود و تنها تفاوت در این است که دعوای سفیه نباید به تسليم مال (تصرف مالی) به وی متنه شود (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۴: ۳۷).

در بند ۳ ماده ۸۴ قانون آئین دادرسی مدنی، عدم رشد نیز به عنوان یکی از ایرادات آئین دادرسی مدنی آمده است. در حقیقت، این شروط که در فقه و قانون مدنی آمده است، شروط لازم در تحقق هر عمل حقوقی است. طرح دعوا نیز یک عمل حقوقی است که کلیه شرایط عمومی اعمال حقوقی از جمله وجود اهلیت و اراده صحیح در آن لازم است. در اینجا نیز ماهیت استناد سرخود قاضی شرعی آن را از مفهوم قانونی ایراد آئین دادرسی دور می‌کند.

۴-۲. نسبت مدعی با موضوع دعوا

مدعی باید برای خود مطالبه حق نماید یا نسبت به مال موضوع دعوا حقیقی از قبیل رهن، امانت، عاریه، التقاط و... داشته باشد و اگر این‌طور نیست باید از سوی صاحب حقوق مذکور به عنوان ولایت، وصایت و وکالت اقدام نماید (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۴: ۳۷). به بیان دیگر، «دعوای تبرعی» شامل اطلاعات ادله وجود استماع دعوا نمی‌شود (بطلان دعوای تبرعی). به هر صورت،

۱. در این باره سید محمد کاظم یزدی، با نقل قول از سوی برخی فقهاء مانند اردبیلی (قدس اردبیلی) رشد را شرط سماع دعوا دانسته است. (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۴: ۳۷). امام خمینی (ره) اما شرط را صدور حکم حجر سفیه از سوی حاکم می‌دانستند (Хمینی، ۱۳۷۹: ۴۱۰).

مدعی باید به نحوی رابطه و تعلق خود را با موضوع حق مورد دعوا ثابت نماید^۱ (خمینی، ۱۳۷۹: ۴۱۰). درباره دلیل این شرط هم ادله شرعی گوناگون مانند بی فایده بودن چنین دعوایی یا بنای عقلاً آورده شده است. به هر حال، این شرط در آیین دادرسی فعلی مشابه شرط سمت در اقامه دعوا و نفع در دادخواهی است. با وجود این، این شرط در فقه، یک استثنای دارد که آن را «دعوای حسبی»^۲ نامیده‌اند. دعوای حسبی (حسبیه) دعوایی است که شخص بدون سمت آن را مطرح می‌کند یا به آن وارد می‌شود. برای مثال، اگر شخصی ادعای مال یا طلبی را بر شخص غایب یا صغیر طرح نماید، در این حالت، شخص ثالثی (محتسب که حاکم یا یکی از عدول مومنین است) که می‌داند میت یا غایب دین خود را به مدعی پرداخته است، می‌تواند به عنوان حسبه به دعوا وارد شده و از شخص غایب یا صغیر دفاع کند (طباطبایی بزدی، ۱۴۱۴: ۳۷). بنابراین، کلیه مسلمانان (نه فقط عدول مومنین) حق دارند از جانب غایب یا محجور فاقد نماینده طرح دعوا نمایند.^۳ افزون بر این، اگر کسی در دادگاه بدون داشتن سمت و با ادعای وکالت دیگری طرح دعوا کند و حکم به سود موکل صادر شود، این دعوا در «حکم دعوای حسبی» است. بنابراین، اگر محکوم له وکالت را تایید کند، اشکالی در حکم نیست (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱: ۶۸۴). در حال حاضر، در کلیه دعاوی مدنی، داشتن یکی از انواع نمایندگی لازم است و فقدان آن موجب ایراد است.

۱. این مفهوم در فقه، سمت و فراتر از سمت است. «فلا بد فيه من نحو تعلق به كالولاية و الوكالة أو كان المورد متعلق حق له». (خمینی، ۱۳۷۹: ۴۱۰).

۲. لنگرودی دعوی حسبی را چنین تعریف می‌کند: «دعوای حسبی دعوایی است که شخص بدون داشتن سمت قانونی یا قراردادی و از جانب دیگری و به سود او در دادگاه طرح می‌کند. بنابراین، حاکم که از جانب غایب طرح دعوی می‌کند دعوای او دعوای حسبی نیست. از همین قبیل است دعوی عدول مومنین که قانوناً دارای سمت هستند، وضعی شبیه وضع حاکم دارند. (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱: ۶۸۴).

۳. لنگرودی، دعوای حسبی را به شرحی که گذشت تعریف نمود، در این باره می‌نویسد: «دعوی حسبی - اگر کسی غایب یا محجور باشد لکن نماینده قانونی نداشته باشد، مسلمانان حق دارند به عنوان دعوی حسبی برای صیانت منافع و حقوق و اموال او در دادگاهها طرح دعوی کنند. چنان که می‌بینید، از جمله امور حسبی به معنی اخص نیست اما در مفهوم حسبه به معنی اعم وارد شده است». (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱: ۲۳۲). با توجه به تعریف ایشان از دعوای حسبی می‌توان گفت در یک معنا دعوای حاکم یا عدول مومنین نیز دعوای حسبی (به معنای اعم) است.

۲-۲. شروط ناظر به دعوا

تعین و وجوب سمع، منوط به این است که دعوا نیز مانند مدعی شرایط لازم را داشته باشد. به عبارت دیگر، صرف عاقل، بالغ، رشید و مربوط به خواسته بودن مدعی نمی‌توان موجبی برای سمع دعوا باشد، دعوا باید عقلاً، شرعاً یا عادتاً ممتنع و ممنوع باشد، طرح دعوا نیز باید با اراده منجز و قطعی باشد. در ادامه به شرح این شرایط فقهی پرداخته می‌شود.

۲-۲-۱. امکان عادتاً، عقلاً و شرعاً دعوا

با توجه به این شرط دعوا باید به گونه‌ای باشد که پس از صدور حکم، الزام مدعی‌علیه به انجام کاری امکان‌پذیر باشد. پس، اگر امری از مدعی‌علیه درخواست شود که وی حق رجوع از آن را دارد (مانند هبه بدون قبض)، دعوای قابل سمع نیست. دلیل این امر نیز آن است که لازمه دعوا اجبار به انجام امری است و اگر این امر شدنی نباشد، دعوا بی‌فایده است. بنابراین، اگر دعوای وقف یا هبه بدون قبض مطرح شود، به دلیل جواز آن پیش از قبض، سمع آن غیرممکن است^۱. همچنین، اگر مدعی اثبات بیع باطلی را درخواست نماید نیز چنین است. همچنین است طرح ادعاهای مانند این که زمین متحرک است (خمینی، ۱۳۷۹: ۴۱۱).

همچنین، ادعای اموری که شرعاً مالکیت بر آن متصور نیست مانند شراب یا خوک قابل پذیرش و استماع هم نیست.

این شرط که به آن «شرط لزوم دعوا» نیز گفته می‌شود، در بند ۷ قانون آیین دادرسی مدنی آمده است و نویسنده‌ان این قانون در سال ۱۳۷۹ آن را بدون هیچ تغییری از فقه، به بطن قانون آوردن. اما به نظر می‌رسد که در هنگام تنظیم مقررات این بند توجهی به تفاوت میان دفاع ماهوی و ایراد آیین دادرسی نشده است. در حقیقت، ایراد آیین دادرسی ناظر به مقررات آیین

۱. این شرط را «شرط لازم بودن دعوا» نیز نامیده‌اند. در چنین دعواهایی انکار مدعی را می‌شود تعبیر به رجوع از عقد کرد.

۲. این سخن مثال مشابهی در حقوق فرانسه دارد آنجایی که سخن از ماهیت اختلاف حقوقی گفته می‌شود. (ر. ک: محسنی، ۱۳۹۹: ۴۵-۴۹)

دادرسی است و ادعای عدم مالکیت یا رجوع از معاملات و قراردادهای جایز یا فسخ آنها ارتباطی به قواعد آینه‌دادرسی ندارد و قرار دادن این شرط به عنوان یک ایراد آینه‌دادرسی درست نیست چرا که در اصل حق مورد اعای خواهان، اثر دارد نه در چگونگی طرح دعوا. به بیان دیگر، خواهانی که در دعوای خود به عدم تحقق قبض در قراردادهایی مانند هبه و وقف، در حقیقت، به ضرر خود اقرار می‌کند و دادگاه بر اساس همین اقرار باید حکم به بی‌حقی صادر کند.

۲-۲-۲. جزم مدعی در طرح دعوا

درباره این شرط چهار نظر متفاوت در فقه وجود دارد که سید محمد کاظم یزدی در ابتدای بحث پیرامون این شرط همه آن‌ها را آورده است (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۴: ۴۲). مشهور فقهاء جزم را مطلقاً شرط می‌دانند. در مقابل قول مشهور، گروهی مطلقاً جزم را شرط نمی‌دانند. این گروه دعوای احتمالی را هم قابل استماع می‌شمارند. قول سوم، قائل به سماع دعوای در موارد تهمت و ظن است. سرانجام، عدهای در امور مخفی و در مواردی مانند سرقت و قتل که اطلاع از موضوع دشوار است، دعوا را قابل استماع دانسته‌اند (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۴: ۴۲).

اینک پیش از بررسی اقوال و ادله هر یک از قائلین فناوی مذکور، باید معنای جزم مشخص شود. منظور از جزم این است که مدعی نمی‌تواند با گمان (مظننه) یا احتمال (توهم) ادعای خود را مطرح نماید (حلی، ۱۴۰۸: ۷۳). بر این بنیاد، این شرط ناظر به طرح دعواست. به طور معمول، منظور از جزم را می‌توان به دو صورت در نظر گرفت: ۱- جزم واقعی (یا قلبی یا ثبوتی) - ۲- جزم زبانی و ظاهری (یا ابرازی یا اثباتی). تفاوت این دو روشن است. در صورتی که جزم از نوع اول شرط باشد، مدعی نه تنها باید در لفظ، دعوای خود را با قاطعیت ابراز نماید، بلکه باید اعتقاد قلبی و باطنی نیز به ادعای خود داشته باشد. به بیان دیگر، در این معنا جزم حداکثری شرط اقامه دعواست. در معنای دوم، جزم زبانی و ظاهری کافی است. به بیان دیگر، همین که مدعی عبارات (صیغه) دعوا را به صورت جزم بیان نماید، شرط جزم محقق می‌شود. با توجه به عبارتی که محقق حلی در شرایع به کار برده است، می‌توان گفت منظور از جزم همین نوع جزم یعنی جزم ظاهری است (عاملی، ۱۴۱۳: ۴۳۶؛ گیلانی، ۱۴۰۱: ۱۵۷). دلیل آن نیز روشن و قانع‌کننده است. نخست

آن که نمی‌توان از قاضی انتظار داشت که باطن حال مدعی را بداند، به بیان دیگر، احراز جزم قلبی اگر غیرممکن نباشد، بسیار دشوار است. افزون بر این، اگر جزم قلبی شرط باشد، دعاوی مانند سرقت یا قتل که معمولاً آگاهی از آن برای مدعی دشوار است، قابل رسیدگی نخواهد بود و از این جهت، پیامد شرطیت جزم قلبی، عدم رسیدگی و ابطال حق مدعی است^۱.

با این حال، از بعضی ادله که برای شرطیت جزم ذکر می‌شود، چنین بر می‌آید که باید جزم قلبی را شرط سماع دعوا دانست. نخستین دلیل شرطیت جزم در طرح دعوا، عدم امکان رد قسم و عدم امکان قضاوت با نکول است (عاملی، ۱۴۱۳: ۴۳۸؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۱۴: ۴۲). بدین معنا که، بر اساس قاعده، مدعی بار اثبات دعوی را بر عهده دارد و برای این امر، باید بینه اقامه نماید و چنانچه نتواند از عهده این کار بر آید، نوبت به حلف و قسم می‌رسد. در این حالت، مطابق قاعده، نخست تکلیف قسم متوجه مدعی‌علیه (منکر) است. اما اگر او از قسم خودداری نماید، به درخواست او یا در صورت سکوت، حاکم قسم را به مدعی برمی‌گرداند (یمین مردوده). در این صورت، با توجه به غیرجازم بودن مدعی وی نمی‌تواند (حق ندارد)^۲ قسم بخورد (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۴: ۴۱). پس، برای پیش‌گیری از چنین وضعی، از همان ابتدا باید شرط مسموع بودن دعوا به صورتی باشد که بتوان به آن رسیدگی کرد. بنابراین، برای این که در این محذور قرار نگیریم باید جزم را از ابتدا به عنوان شرط سماع دعوا قرار داد. این دلیل اگر درست باشد نشان می‌دهد که

۱. البته علت تاکید فقهاء بر شرط جزم در طرح دعوا این است که ماهیت دعوا، اخبار به حق است و اگر کسی نسبت به چیزی که جازم نیست اخبار کند، کذب است. به همین علت، مرحوم سید یزدی در عروه با این که به کلی جزم را شرط طرح دعوا نمی‌دانند ولی اگر قائل به شرطیت جزم چنان که مشهور می‌گویند باشیم، در صورت جاہل بودن مدعی ادعای جزم را جایز نمی‌دانند. (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۴: ۴۴) علت و مبنای حکم، حرمت سخن کذب است. صاحب جواهر با صراحة بیشتری این نکته را بیان می‌کند: «أن إظهار الجزم بالصيغة مع عدمه في القلب كذب و تدليس». (نجفی، ۱۴۰۴: ۱۵۴).

۲. لا يستحلف الرجل الا على علمه.

۳. شهید ثانی نیز در مسالک چنین نظری داده بودند: «و وجه ما اختاره المصنف- رحمة الله- من اشتراط الجزم بالصيغة: أن الدعوى يلزمها أن يتعقبها يمين المدعى أو القضاء بالنکول، و هما غير ممكنتين مع عدم العلم بأصل الحق». (عاملی، ۱۴۱۳: ۴۳۸).

جزم قلبی شرط است، زیرا در صورتی که مدعی تنها لفظاً جازم باشد، قسم را نمی‌توان به وی رد نمود. به بیان دیگر، شرط ترتیب یکی از آثار دعوا که جزم مدعی است در اینجا مفقود است.

در پاسخ به این دلیل، می‌توان گفت که دعوا آثار متعدد دارد و به طرق گوناگون قابل اثبات است و نباید به دلیل انسداد یکی از راه‌های اثباتی، به کلی طرح دعوا را ممنوع کرد (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۴: ۴۲).

دلیل دومی که برای این مسئله آورده شده تبادر است. بر این اساس، دعوا عرفاً به معنای قول جازم است و عرف به مواردی که همراه با ظن و تردید است دعوا اطلاق نمی‌کند (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۴: ۲۴).^۱

دلیل اخیر نیز از انتقاد برخی فقهای بزرگ مصون نمانده است زیرا، در عمل دعاوی زیادی بدون جزم مطرح می‌شوند. به ویژه در مواردی که اطلاع از موضوع برای مدعی دشوار است یا عمل به صورت پنهانی انجام می‌گیرد مانند سرقت و قتل (گیلانی، ۱۴۰۱: ۱۶۰).

دلیل سوم قائلین لزوم جزم، نفی ضرر مدعی‌علیه است. به این معنا که سماع دعوای ظنی موجب ضرر مدعی‌علیه است زیرا وی را به حضور در جلسهٔ دادرسی، حلف و گاه محکومیت (تعزیر) مکلف می‌کند. این دلیل را سید محمد کاظم طباطبایی یزدی در کتاب خود آورده و خود نیز به آن پاسخ می‌دهد که عدم سماع چنین دعواهای موجب ضرر به مدعی است و این ضرر نیز در شرع نفی شده است (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۴: ۴۲).

به دلیل این انتقادات و مشکلی که در عمل نظریه مشهور به وجود می‌آورد عده‌ای مانند صاحب جواهر قائل به استماع چنین دعواهای شده‌اند. استدلال ایشان در رد تبادر این است که به عکس دلیل مشهور، برای قبول دعواهای غیر جزمی در موارد تهمت در عرف تردیدی وجود ندارد

۱. شهید ثانی در مسالک صریحاً به این که معهود و متعارف از لفظ دعوا، قول جازم است استناد کردنده: «وَ أَنَّ الْمَعْهُودَ مِنَ الدَّعْوَى هُوَ الْجَازِمُ، فَلَا يَطْابَقُهَا الظُّنُونُ وَ نَحْوُهُ». (عاملي، ۱۴۱۳: ۴۳۸).

(نجفی، ۱۴۰۴: ۱۵۴). بدین ترتیب، به نظر صاحب جوهر، معیار نهایی صدق دعوای قابل پذیرش، عرف است^۱.

به نظر می‌رسد کلام صاحب جوهر در معیار قرار دادن عرف دقیق و درست باشد. به بیان دیگر، آن‌چه از ادله شرعی وجوب قضا و حکومت به دست می‌آید، صرفاً لازم و واجب بودن حل و فصل اختلافات است. اما درباره نوع اختلاف موضوع دعوا دلیل شرعی وارد نشده است. بنابراین، مطابق قول صاحب جوهر، در این موارد باید عرف را مرجع قرار داد. به ویژه با توجه به این واقعیت که قضا در شمار احکام امضائی شارع است.

صاحب جواهر جهت تقویت قول خود به برخی روایاتی که در باب اجاره آمده است، استناد می‌کند. یکی از این روایات را بکر ابن حبیب از امام صادق (ع) نقل کرده است: «لباسی (جبهای) به رنگرز داده‌ام و وی مدعی سرقت است امام فرمودند اگر او را متهم می‌دانی قسمش بده و گرنه بر او چیزی نیست» (نجفی، ۱۴۰۴: ۱۵۴).

روشن است که در این دعوا صاحب لباس نمی‌تواند صحت ادعای رنگرز را احراز نماید لیکن با توجه به امین بودن رنگرز امام (ع) صاحب لباس را مدعی دانستند و بدین ترتیب، بار اثبات ادعا بر عهده وی قرار می‌گیرد.

با این حال، در میان فقهاء کسی که صراحةً جزم را شرط نمی‌داند مرحوم ملا احمد نراقی است. ایشان به صراحةً مطلقاً جزم در دعوا را صرف نظر از این که در امور مخفی باشد یا نباشد غیرضروری دانسته و به خلاف مشهور فتوای صادر کردند (نراقی، ۱۴۱۵: ۵۱). بنابر قول ایشان در چنین موارد نیز عرفاً لفظ دعوا صدق می‌کند چراکه در عرف از دعوای عرفی یا ظنی سخن گفته می‌شود. عدم صحت سلب که یکی از نشانه‌های حقیقت است دلیل دیگر است، بنابراین، اطلاقات دعوا و مدعی شامل چنین موردی می‌شود. البته، ایشان در اثبات نظر خود به اخبار رسیده در

۱. «التحقيق الرجوع إلى العرف في صدق الدعوى المقبولة و عدمها، ولا ريب في قبولها عرفاً في مقام التهمة» (نجفی، ۱۴۰۴: ۱۵۴).

استماع دعوای غیرجزمی در موارد تهمت استناد کرده و برای اثبات مدعای خود از آن نیز کمک می‌گیرند. بر این پایه، به نظر مرحوم نراقی، این توهمند که روایات وارد تنها مختص به موارد تهمت است، اشتباه است. استماع دعوای غیرجزمی در موارد تهمت را نمی‌توان به موارد سرقت یا قتل محدود کرد. به بیان دیگر، در هر دعوایی با ادعای غیر جزمی مدعی، طرف مقابل انکار می‌نماید و این انکار یا تکذیب او را در موقعیت اتهام قرار می‌دهد (نراقی، ۱۴۱۵: ۱۶۳).

در مقابل این نظر، مرحوم سید محمد کاظم یزدی، اخبار در خصوص استحلاف رنگرز و مانند وی را به مواردی که صاحب ید (ید امانی) باشد محدود می‌سازد و نهایتاً اعتبار این روایات را تنها شامل مواردی که اتهام وجود دارد می‌داند نه در همه موارد (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۴: ۴۳). بنابراین، توسعه اخبار به موارد غیر ضمان ذوالیل فاقد دلیل است و نمی‌توان آن‌ها را مجوز احلاف مدعی-علیه به صورت مطلق در نظر گرفت. در هر حال، به نظر ایشان نیز مانند مرحوم نراقی احتمال این که مبنای علت اخبار وارد درباره احلاف امین، موارد تهمت باشد، وجود دارد ولی به دلیل این که این علت استنباطی است (قیاس مستتبط‌العله) امکان تعمیم وجود ندارد. اما به نظر ایشان بر پایه احادیث وارد در باب احلاف امین می‌توان گفت وجود هر نوع تهمت را مطلقاً برای سمع دعوا کافی می‌داند زیرا در این موارد صدق تشاجر و تنازع و مخاصمه می‌شود (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۴: ۱۶۳).

قول چهارمی نیز در این باره وجود دارد که جزم را در کلیه دعاوی شرط می‌دانند مگر مواردی مانند قتل و سرقت که اطلاع از موضوع دشوار است. این قول کم و بیش شبیه به قول سوم است. محقق کرکی این نظر را در کتاب خود بیان کردن و دلیل آن را ضرورت و این که عدم سمع موجب ضرر می‌شود ذکر کرده است (عاملی، ۱۴۰۹: ۲۲۰).

از مجموع نظرات فقهاء چنین بر می‌آید که جزم در بعضی موارد شرط صحت دعوا قرار داده شده است. با این حال، به نظر می‌رسد اگر پذیرش این شرط به عنوان یکی از شروط اقامه دعوا در عمل مشکلاتی را برای دادخواهان به وجود می‌آورد و نتیجه آن سوق دادن مدعی به پنهان کردن واقع و ابراز ظاهری جزم به دعوا می‌شود و این در حالی است که در واقع چنین جزمی در میان نیست. بدین‌سان، تنها اشخاصی که به صداقت و راستگویی ملتزم هستند، از حق دعوا محروم

شوند. در عمل نیز باید تصدیق کرد که در بسیاری از موارد اشخاص (به ویژه افراد عادی جامعه) به دلیل ناآشنایی با مسائل حکمی درباره اصل حق جزم ندارند و گاه اشخاصی که اطلاعات حقوقی دارند نیز در موضوع نمی‌توانند به جزم برسند. برای مثال، در دعاوی که بر اساس استناد و مدارک مورث طرح می‌شود. در دعاوی کیفری این مشکل حادتر است. به هر صورت، نویسنده‌گان قانون آیین دادرسی مدنی بدون توجه به آثار پذیرش این شرط در دعاوی و همچنین سایر نظرات موجود در کتاب‌های فقهی، نظر مشهور فقهاء را وارد قانون آیین دادرسی مدنی کرده‌اند. روشن است که مقنن در امور کیفری به نظر مشهور ملتزم نشده است. در امور مدنی نیز، در عمل و رویه قضایی، بند ۹ ماده ۸۴ متروک مانده و کمتر مورد استناد دادرسان قرار می‌گیرد و به نظر می‌رسد نظر گروهی از فقهاء که جزم را شرط نمی‌دانند در حال اجرا باشد.

۲-۳. شرایط ناظر به مدعی به

مدعی به یا خواسته مدعی باید از جهت جنس، نوع و میزان معلوم باشد، همچنین، لازم است که مشخص شود که چه ارتباط حقوقی با مدعی به دارد. در این ادامه شرح موضوع بیان می‌شود.

۲-۳-۱. معلوم بودن جنس، نوع، وصف و میزان مدعی به

منظور از معلوم بودن مدعی به این است که اگر کسی به قاضی مراجعه نماید و اسبی یا لباسی را بر مدعی علیه ادعا کند، این دعوا مسموع نیست، زیرا برای مثال، لباس مصادیق زیادی دارد. اوصاف لباس باید مشخص باشد یا این که اوصاف اسب باید معین باشد تا دادگاه بتواند به موجب آن مدعی علیه را به لباس یا اسب معین الزام کند.

در این شرط میان فقهای متقدم و فقهای متاخر به شرح آتی اختلاف نظر وجود دارد. فقهای متقدم معلوم بودن را شرط سمع دعوا می‌شمارند. اما فقهای متاخر و معاصر این شرط را بسیار تعديل کرده‌اند.^۱

مرحوم محقق حلی در شرایع این قول را به شیخ طوسی نسبت می‌دهد (حلی، ۱۴۰۸: ۷۳). شیخ طوسی در کتاب مبسوط علت این شرط را ناتوانی حاکم برای صدور حکم بر امر مجھول اعلام کرده است. به نظر ایشان در دعوای مجھول روشن نیست که حاکم چگونه باید مدعی‌علیه را الزام نماید (گیلانی، ۱۴۰۱: ۱۴۹). از این جهت که حکم حاکم تابع دعوا است و دعوای مجھول حکم مجھول به دنبال خواهد داشت. پس سمع چنین دعوایی بیهوده خواهد بود (گیلانی، ۱۴۰۱: ۱۵۰).

در مقابل این دیدگاه، نظر گروهی قرار دارد که چنین دعواوی را قابل استماع می‌دانند. به نظر ایشان، چنین دعواوی نیز شامل اطلاق دلیل «البینة على المدعى و اليمين على من انكر» می‌شود (نجفی، ۱۴۰۴: ۱۵۱). بنابراین، این حدیث اطلاق دارد، بدین معنا که کسی که دعوای مجھول دارد نیز باید بتواند برای آن بینه اقامه نماید. این استدلال مورد انتقاد مرحوم آشتیانی قرار گرفته است. به نظر ایشان، استناد به خبر مذکور به عنوان دلیل استماع دعوای مجھول بسیار نادرست است و این روایت هیچ دلالتی بر این موضوع ندارد و حتی موارد بینه و یمین را نیز معین نمی‌سازد (آشتیانی، ۱۴۲۵: ۲۴۳). دلیل دیگر که شهید ثانی آن را در مسالک آورده این است که گاهی مدعی اجمالاً می‌داند که حقی دارد اما دقیقاً نمی‌داند که چیست. برای مثال اسبی یا پیراهنی از کسی طلب دارد اما به اوصاف آن‌ها علم ندارد (عاملی، ۱۴۱۳: ۴۳۶). بنابراین، اگر چنین دعواوی استماع نشود، ممکن است حق مدعی تضییع شود. به ویژه آن که در امور کیفری، عدم استماع چنین دعواوی موجب تضییع حقوق مدعی است. به همین علت فقهای متاخر شرط معلوم بودن را به دقت سابق لازم نمی‌دانند. برای مثال بنا بر دیدگاه امام خمینی (ره) همین که که دعوا مطلقاً مجھول نباشد و به

۱. میرزا حبیب الله رشتی عدم استماع دعوای مجھول را به نظر شیخ طوسی نسبت می‌دهد امری که فقهای متاخر مخالف این نظر هستند. «دعوى المجھول مما ذهب الشیخ الى عدم وجوب سماعها و أكثر المؤخرين إلى الوجوب». (گیلانی، ۱۴۰۱: ۱۴۹).

صورت اجمالی معلوم باشد باید استماع شود (خمینی، ۱۳۷۹: ۴۱۱-۴۱۲). در این صورت حاکم پس از استماع دعوا و در صورت صدور حکم مدعی علیه را ملزم به تفسیر می کند یا آن که به قدر متینق میان اقل و اکثر حکم می شود و چنانچه اختلاف در مدعی به مردد باشد، حاکم با توصل به قرعه موضوع دعوی را معین می سازد (خمینی، ۱۳۷۹: ۴۱۱-۴۱۲). یا آن که مطابق دیدگاه برخی فقهاء، در فرض تردید در خواسته نیز رد یکی از دو یا چند عین منتفی است و با تبدیل اعیان مردد به پول، به مقدار کمتر (اقل) حکم می شود (گیلانی، ۱۴۰۱: ۱۵۰). بنابراین، تنها دعوا مطلقًا مجھول قابل استماع نیست زیرا، در این صورت موضوع دعوا می تواند چیزی باشد که دعوا در آن غیرقابل استماع است مانند شراب یا خوک.

در قانون آیین دادرسی مدنی، معلوم بودن خواسته یکی از شرایط اصلی طرح دعواست. در حقیقت، هر چند مفنن در ماده ۸۴ و در مبحث ایرادات آیین دادرسی به این شرط اشاره‌های نکرده است لیکن مطابق بند ۳ ماده ۵۱ قانون آیین دادرسی مدنی، خواهان باید خواسته خود را در دادخواست تعیین نماید. ضمانت اجرای تخلف از این شرط و نقص دادخواست مطابق مواد ۵۳ و ۵۴ قانون اخطار رفع نقص است که در صورت عدم اقدام، دادگاه قرار رد دادخواست صادر می کند. مفنن به درستی معلوم بودن خواسته را در شمار ایرادات آیین دادرسی نیاورده است، زیرا این شرط در شمار اموری است که بدون درخواست و ایراد خوانده باید مورد توجه باشد و چنانچه به رغم این نقص، دادرس دستور تعیین وقت صادر کند و جلسه رسیدگی تشکیل شود، خوانده می تواند ایراد آیین دادرسی را مطرح نماید.

-
۱. میرزا حبیب الله رشتی معین یا معلوم کردن دعوا را سبب خروج آن از مصدق دعوا می داند. به عبارت دیگر، در صورتی که بشود دعوا را از حالت مجھول خارج نمود، دیگر عنوان دعوا مجهول بر آن صادق نخواهد بود. برای مثال، در دعوا مجهول به نسبت میزان دین، وقتی مدعی علیه ملزم به پرداخت مقدار کمتر می شود، در خصوص مقدار کمتر، علم وجود دارد و قاضی نیز به همان میزان کمتر حکم می دهد. این فرض از مساله سمع دعوا مجهول خارج است. (گیلانی، ۱۴۰۱: ۱۵۰).

۲-۳-۲. استحقاق فعلی مدعی نسبت به مدعی به

بر اساس این شرط، اگر مدعی بگوید که فلان مال را خریده یا مدعی علیه خانه‌ام را غصب نموده یا صد میلیون تومان قرض گرفته است، در این حالت دعوا قابل رسیدگی نیست مگر آن که مدعی به استحقاق فعلی خود تصریح نماید. بنابراین، اگر مدعی بگوید که این خرما از باغ من است، دعوا ایش مسموع نیست بلکه باید بگوید این خرمای من است (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۴: ۴۰). اما صراحة دعوا به معنای این نیست که مدعی موظف است سبب حق خود را بیان نماید. به بیان دیگر، مدعی تنها باید ادعای حق خود را نسبت به مدعی به بیان نماید و ذکر سبب لازم نیست برای مثال، در دعواهای مالکیت نیاز به این نیست که مدعی عقدی را به عنوان سبب مالکیت خود بیان نماید (خمینی، ۱۳۷۹: ۴۱۳).

در حال حاضر، با توجه به بند ۴ ماده ۵۱ قانون آیین دادرسی مدنی ما، دادخواست دهنده مکلف است «تعهدات و جهاتی که به موجب آن خواهان خود را مستحق مطالبه می‌داند به طوری که مقصود واضح و روشن باشد.» به عنوان یکی از مندرجات اجباری سند آغاز کننده دعوا بیان نماید (محسنی، ۱۳۹۹، ص. ۲۰۳). بنابراین، با صرف بیان خواسته نمی‌توان طرح دعوا کرد. در حقیقت، خواهان باید مبنای حقوقی دعوا خود را به روشنی مشخص نماید. این امر برای خوانده نیز امکان دفاع از دعوا را فراهم می‌کند.^۱

۴-۲. شرایط مدعی ناظر به مدعی علیه

در کتابهای فقهی دو شرط برای مدعی علیه ذکر شده است. نخست، وجود مدعی علیه و دوم، تعیین وی به وسیله مدعی.

۱. درباره مفهوم بند ۴ ماده ۵۱ قانون آیین دادرسی (معنای جهات و تعهدات) در میان حقوق‌دانان ما اختلاف نظر وجود دارد برخی آن را به معنای سبب دعوا می‌دانند (شمس، ۱۳۸۵: ۴۶) در جهت مقابل این نظر، می‌توان گفت که منظور از عبارت قانون، تعیین مبنا و توجیه حقوقی دعوا است (محسنی، ۱۳۹۹: ۲۰۳).

۲-۴-۱. لزوم وجود مدعی علیه یا مترافع

سید محمد کاظم یزدی در کتاب خود شرط هشتم را داشتن طرف دعوا که بین آن‌ها مخاصمه باشد (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۴: ۴۱) ذکر کرده است. این شرط قابل تحلیل به دو شرط است: وجود حداقل دو نفر و وجود مخاصمه و دعوا میان آنان. بنابراین، اگر منظور مدعی از طرح دعوا اثبات مطلبی باشد بدون آن که مخاصمه و دعوایی در میان باشد یا دعوا احتمالی و ناظر امری در آینده باشد سمع آن موردی ندارد. برای مثال، اگر شخصی دعوایی را برای اثبات صحت وقف مطرح نماید و مقصود او از دعوا پیشگیری از دعوایی است که احتمالاً بطن آینده در ابطال وقف مطرح می‌نمایند یا مثلاً دعوایی که میان دو نفر که ممتازی فعلی بین آن‌ها نیست ولی یکی از انکار حقش در آینده بیم داشته و تقاضای اثبات حق خود را داشته باشد (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۴: ۴۱). در این موارد استماع دعوا امکان‌پذیر نیست. بنابراین، وجود حق دادخواهی مستلزم وجود اختلاف میان حداقل دو شخص اعم از حقوقی و حقیقی است.

۲-۴-۲. معین بودن مدعی علیه

این شرط در کتاب ملحقات عروه به عنوان آخرین شرط (شرط دهم) آمده است. بدین‌سان که تعیین مدعی علیه (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۴: ۴۴) در صورت تعدد آن‌ها شرط سمع دعوا است. بنابراین، اگر شخصی بر یکی از دو نفر طرح دعوا نمایند و بگویید «یکی از این دو، قاتل کسان من هستند» یا «از یکی از این دو نفر طلب دارم» در این صورت دعوا قابل استماع نیست. چنین دعوایی اگرچه به بینه و یا اقرار هم ثابت شود چون بر آن فایده‌ای مترتب نیست، نباید رسیدگی شود چه اگر مدعی‌علیه‌ها بگویند یکی از ما دو نفر مدیون یا قاتل هستیم ولی نمی‌دانیم کدامیک از ما بوده است، در این صورت، با توجه به مقتضای اصل برائت ذمہ هر دو بری شده و هیچ فایده‌ای برای سمع چنین دعوایی وجود ندارد (سنگنجی، ۱۳۲۹: ۵۹).

اما به نظر سید محمد کاظم طباطبایی یزدی، با صدق ممتازه و مخاصمه عدم حل و فصل آن مخالف عموم ادلّه «وجوب» رفع تخاصم و دعاوی است. در چنین مواردی، وجود اختلاف و دعوا روشن است اما مدعی نمی‌تواند طرف دعوا را به صورت دقیق معین نماید. به اضافه، اجرای اصل برائت در چنین مواردی مشکل است زیرا در وجود دین تردیدی وجود ندارد. در این صورت

می‌توان به قرعه توسل جست یا این که دین را به صورت مساوی میان طرفین توزیع کرد (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۴: ۴۵). ایشان در کتاب ملحقات، با نقل نظر محقق حلی در باب سماع دعوای قتل در چنین مواردی و همچنین نظر علامه حلی درباره سماع دعوا در سرقت و غصب و حتی در قرض و بیع با وجود اندکی تردید، سرانجام سماع چنین دعواهی را نیز لازم می‌شمارند (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۴: ۴۵). در حقیقت، در امور مخفی و کیفری تردیدی در سماع چنین دعوا وجود ندارد اما در امور مدنی به دلیل تقصیر (یا نسیان مدعی) سماع دعوا مشکل است اما با این حال، با توجه به کلام علامه، پذیرش و سماع این دعواهی نیز واجب است (الاقرب الاسماع).

برآیندها

بر پایه نظریات فقهای عظام امامیه استماع دعوا واجب است اما برخی موارد طرح دعوا را خارج از شمول اطلاع ادله و جووب سماع دعوا (انصراف ادله از برخی دعواهی) می‌دانند. در این موارد بدون آن که نیازی به ایراد و درخواست مدعی‌علیه باشد قاضی راسا باید از استماع دعوا امتناع نماید. به بیان دیگر، در چنین مواردی هیچ نیازی به درخواست مدعی‌علیه نبوده و این امر تکلیف راسی قاضی است. چنین مفهومی، با وجود شباهت از جهت برخی آثار، در ذات خود ایراد آیین دادرسی نیست. در آیین دادرسی مدنی ایران، ایراد آیین دادرسی از ابتدا به جنبه غیرماهی دفاع مربوط می‌شد و نویسندها حقوقی ما هر آن‌چه که خوانده به واسطه آن، صرف‌نظر از ذی-حق بودن یا ذی حق نبودن خواهان، برای غیرقابل رسیدگی شدن دعوا به آن استناد می‌شد، ایراد آیین دادرسی می‌دانستند. همین نگاه در قانون کنونی آیین دادرسی مدنی ما نیز ادامه یافته است.

اما در حال حاضر و با توجه به نظریات نوین، ایراد آیین دادرسی را باید ویژه مواردی دانست که قواعد آیین دادرسی به معنای اخص رعایت نشده باشد، برای مثال قواعد طرح دعوا از سوی خواهان و ابلاغ به طرفین یا تشریفات تشکیل جلسه و اداره جلسه و... مورد اعتراض و شکایت یکی از طرفین باشد در این موارد، هر یک از دادخواهان که به «حق آیینیک» وی تجاوز شده است، دعوای (درخواست) ایراد آیین دادرسی مطرح می‌کند و از دادگاه می‌خواهد که ترتیبی اتخاذ نماید حق قانونی او رعایت شود. بنابراین، ایراد عدم صلاحیت، امر مطروحه (سبق طرح دعوا و دعواهی مرتبط)، ایراد بطلان به دلیل نقص ماهوی و شکلی) را در شمار ایرادات آیین دادرسی قرار می‌دهند. بنابراین، ایراد آیین دادرسی، ضمانت اجرای قواعد آیین دادرسی را که خواهان در مقام

طرح دعوا و خوانده برای دفاع از خود و دادگاه در مقام رسیدگی ملزم به رعایت آن می باشند، تامین می کند و ارتباطی به مقوله فقدان حق دادخواهی ندارد. هر چند نبود حق دادخواهی نیز ارتباطی با بی حقی ندارد. عدم رعایت قواعد آیین دادرسی علی الاصول ضمانت اجرایی به درجه شدت ضمانت اجرای فقدان حق ماهوی یا فقدان حق دادخواهی، ندارد و در بدترین حالت، به قرار رد دعوا منجر می شود. اما، زمانی که دادرس راساً به یکی از ضمانت اجراهای قانونی (یا در فقه یکی از شرایط سمعای استناد می کند، نمی توان گفت که وی در حال ایراد کردن است بلکه باید گفت وی به طور مستقیم یک ضمانت اجرای آیین دادرسی را اعمال می کند. از جهت هدف نیز اهداف ایراد آیین دادرسی یا شروط سمعای یکسان نیست، بر این اساس و با توجه به مفهوم ایراد آیین دادرسی، هدف از آن منطبق با قانون نمودن فرایند رسیدگی است، اما در قضای اسلامی شروط سمعای دعوا چنین هدفی را پیگیری نمی کنند. هر چند در مواردی می توان، مصادیقی از ایرادات آیین دادرسی را در دادرسی فقهی نشان داد ولی ضمانت اجرای آن عدم سمعای است نه رد دادخواست یا دعوا یا ابطال دادخواست یا سایر ضمانت اجراهای آیینیک دادرسی مدنی. با این حال، نویسنده‌گان قانون آیین دادرسی مدنی در سال ۱۳۷۹ عقیده‌ای دیگر داشتند. در حقیقت، به نظر می‌رسد که نویسنده‌گان قانون آیین دادرسی مدنی با قاطعیت به این نتیجه رسیده باشند که شروط سمعای دعوا در فقه را با ایرادات آیین دادرسی در هم آمیخت و مفهومی یکسان از آنان ساخت. البته، عنوانی که قانون گذار برای این مبحث انتخاب کرده است شاید اندکی تفاوت میان ایراد و موانع رسیدگی به ذهن متبار نماید. به هر حال، معلوم نیست که آیا در نظر قانون گذار تفاوتی میان موانع رسیدگی و ایرادات وجود دارد یا نه. در ماده ۸۴ قانون آیین دادرسی تنها عنوان ایراد به کار رفته است. بنابراین، می توان گفت در نظر قانون گذار شروط سمعای دعوا و ایرادات یکی است. این نظریه با نگاهی اجمالی به بندهای هفتم و هشتم ماده ۸۴ تقویت می شود. اما از نظر نگارندگان، شروط سمعای یا پذیرش دعوا با ایرادات آیین دادرسی که امری ناظر به مقررات آیین دادرسی است، تفاوت دارد. تصور یگانگی این دو سبب شده است که در قانون آیین دادرسی مدنی سال ۱۳۷۹ به خلاف قانون پیشین بر افراد و مصادیق ایرادات آیین دادرسی افزوده شود. اما ایرادات افزوده شده، بیشتر جنبه ذهنی و تئوری دارند و در عمل کمتر به عنوان ایراد مورد استناد و استفاده اصحاب دعوا و دادگاهها قرار می گیرند و گاهی به دفاع ماهوی نزدیک می شوند.

منابع و مأخذ

الف- کتاب‌های حقوقی و فقهی

۱. اصفهانی، مجلسی اول، محمد تقی، (۱۴۰۶ ق)، روضة المتقین فی شرح من لا يحضره الفقيه، ۱۳ جلد، جلد ششم، قم، مؤسسه فرهنگی اسلامی کوشانبور.
۲. آشتیانی، میرزا محمد حسن بن جعفر، (۱۴۲۵ ق)، کتاب القضاe (الأشتیانی ط - الحدیثة)، ۲ جلد، جلد اول، قم، انتشارات زهیر - کنگره علامه آشتیانی قدس سره.
۳. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، (۱۳۳۰)، تاریخ حقوق ایران از انقراض ساسانیان تا آغاز مشروطه، کانون معرفت.
۴. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، (۱۳۸۱)، دایرة المعارف علوم اسلامی، جلد اول، تهران، گنج دانش.
۵. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، (۱۳۸۱)، دایرة المعارف علوم اسلامی، جلد دوم، تهران، گنج دانش.
۶. عرّحی، علامه، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، (۱۴۱۰ ق)، إرشاد الأذهان إلى أحكام الإيمان، ۲ جلد، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۷. حلّی، محقق، نجم الدین، جعفر بن حسن، (۱۴۰۸ ق)، شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام، ۴ جلد، جلد چهارم، قم، مؤسسه اسماعیلیان.
۸. خمینی، سید روح الله موسوی، (۱۳۷۹ هـ ق)، تحریر الوسیلة، جلد دوم، قم، مؤسسه مطبوعات دار العلم.
۹. دزفولی، مرتضی بن محمد امین انصاری، (۱۴۱۵ ق)، القضاe و الشهادات (للشيخ الانصاری)، در یک جلد، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.
۱۰. سنگلچی، استاد محمد، (۱۳۲۹)، آیین دادرسی در اسلام، تهران، چاپخانه دانشگاه تهران.



١١. شمس، عبدالله، (۱۳۸۵)، آین دادرسی مدنی، جلد دوم، تهران، دراک.
١٢. شمس، عبدالله، (۱۳۹۲)، آین دادرسی مدنی دوه پیشرفته، جلد نخست، تهران، دراک.
١٣. مکارم شیرازی، ناصر، (۱۴۲۲ ق)، بحوث فقهیہ هامہ (المکارم)، در یک جلد، قم، مدرسة الإمام علی بن أبي طالب عليه السلام.
١٤. عاملی، شهید اول، محمد بن مکی، (۱۴۱۰ ق)، اللمعۃ الدمشقیۃ فی فقه الإمامیۃ، در یک جلد، بیروت، دار التراث - الدار الإسلامیة.
١٥. عاملی، شهید اول، محمد بن مکی، (۱۴۱۴ ق)، غایۃ المراد فی شرح نکت الإرشاد، ۴ جلد، قم، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه.
١٦. عاملی، شهید ثانی، زین الدین بن علی، (۱۴۱۳ ق)، مسالک الأفہام إلی تنقیح شرائع الإسلام، ۱۵ جلد، جلد سیزدهم، قم، مؤسسه المعارف الإسلامية.
١٧. عاملی، کرکی، محقق ثانی، علی بن حسین، (۱۴۰۹ ق)، رسائل المحقق الكرکی، ۳ جلد، جلد دوم، قم، کتابخانه آیة الله مرعشی نجفی و دفتر نشر اسلامی.
١٨. کاظمی، فاضل جواد، (۱۳۶۵)، مسالک الأفہام إلی آیات الأحكام، ۴ جلد، هـ ق، جلد اول، تهران، مکتب مرتضوی.
١٩. گیلانی، نجفی، میرزا حبیب الله رشتی، (۱۴۰۱ ق)، کتاب القضا، ۲ جلد، قم، دار القرآن الكريم.
٢٠. محسنی، حسن، (۱۳۹۹) اداره جریان دادرسی مدنی بر بنیاد همکاری و در چارچوب اصول دادرسی، چاپ پنجم، تهران، شرکت سهامی انتشار.
٢١. ملک تبار فیروزجائی، هادی، (۱۳۹۸)، قواعد عمومی ایراد آین دادرسی، تهران، سهامی انتشار.
٢٢. نجفی، محمد حسن، (۱۴۰۴ ق)، جواهر الكلام فی شرح شرائع الإسلام، ۴۳ جلد، جلد چهلم، بیروت، دار إحياء التراث العربي.

۲۳. نراقی، مولی احمد بن محمد مهدی، (۱۴۱۵ ق)، مستند الشیعه فی أحكام الشريعة، ۱۹ جلد، جلد هفدهم، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام.

۲۴. بیزدی، سید محمد کاظم طباطبایی، (۱۴۱۴ ق)، تکملة العروة الوثقی، ۲ جلد، جلد دوم، قم، کتابفروشی داوری.

ب - مقالات

۱. آشوری، محمد؛ موحدی، جعفر، (۱۳۹۵)، «طريقیت یا موضوعیت روش دادرسی مطالعه تطبیقی در فقه امامیه، حقوق اروپایی و حقوق موضوعه»، فصلنامه پژوهش حقوق کیفری، سال پنجم، شماره ۱۶، صص ۹۵-۱۱۵.

۲.. هرمزی، خیرالله، (۱۳۹۴)، «شرایط قابل استماع بودن دعوی در فقه (شرحی بر بند ۳ و ۵ الی ۱۱ ماده ۸۴ قانون آیین دادرسی مدنی)»، پژوهش حقوق خصوصی، صص ۹-۳۵.

۳. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۷۶)، «جایگاه حقوق اسلامی در نظم حقوقی»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۳۶، صص ۴۱-۷۲.

The similarity and Analogy of the Procedural Pleas in Islamic Jurisprudence

Hassan Mohseni¹
Hadi Malektabar Firoozjaie²

Abstract

The term "Procedural pleas" is the first time in the Law of the Principles of Civil Procedure, adopted in 1911, regardless of the similar Islamic jurisprudential institution of the "The conditions of admissibility". The similarity between the two concepts could have led the writers of the law to use the familiar term of Islamic jurisprudence, but this did not happen. Also, in the case of all categories of procedural pleas adapted from foreign laws and categories of The conditions of admissibility in Islamic jurisprudence has no effect. The same situation was also in the Civil Procedure Law of 1939. But in the current civil procedural law, the "pleas and obstacles of proceeding" in the third chapter of the third season of the law some new items have been added. It is clear that the added items from Islamic jurisprudence have adopted, the legislator has considered the pleas and the conditions of admissibility to be the same and, in order to complete the former laws, added Some items to the headlines of pleas and introduced a new name in the law of the year 2000. In our opinion, the previous laws have not been deficient in this regard, And the legislator approach in Considering procedural pleas and conditions of admissibility the same is incorrect and understanding the distinction of them is necessary. The first one must be demanded by the parties but the another one should be enforced by judge.

KeyWords: *Procedural pleas, The conditions of admissibility, The obstacles of admissibility.*

¹. Private Law Department, Faculty of Law & Political Sciences, University of Tehran, Iran, (hmohseny@ut.ac.ir)

². Ph.D. In Private Law, Tehran University, This paper was published under the suggestion of Mr. Hassan Mohseni (my advisor in PhD. dissertation) and his method in a paper dedicated to Professor Jafari Langarudi in the conference.. (hmalektabar@ut.ac.ir)

ابعاد و کاربردهای دانشنامه‌ای مقاله

منتخب منابع قابل استفاده در پرونده علمی

۱. اصفهانی، مجلسی اول، محمد تقی، (۱۴۰۶)، روضه المتقین فی شرح من لا بحفره الفقیه، ۱۳، جلد، جلد ۶، قم؛ مؤسسه فرهنگی اسلامی کوشانبور.
۲. اشتبانی، میرزا محمد حسن بن جعفر، (۱۴۲۵)، کتاب الففاء (الاشتبانی ط - الحدیثة)، ۲، جلد، ۱، قم؛ انتشارات زهیر - کنگره علامه اشتبانی قدس سرہ، قم.
۳. جعفری لنگرودی، دکتر محمد جعفر، تاریخ حقوق ایران از انقلاب ساسانیان تا غاز مشروطه، کانون معرفت، ۱۳۲۰.
۴. جعفری لنگرودی، دکتر محمد جعفر، (۱۳۸۱)، دایرة المعارف علوم اسلامی، جلد اول، تهران؛ انتشارات گنج داش.
۵. جعفری لنگرودی، دکتر محمد جعفر، (۱۳۸۱)، دایرة المعارف علوم اسلامی، جلد دوم، تهران؛ انتشارات گنج داش.
۶. خمینی، سید روح الله موسوی، (۱۳۷۹)، تحریر الویسیة، ۲، جلد، ۱۳۷۹ هـ، ق، جلد ۲، قم؛ مؤسسه مطبوعات دارالعلم.
۷. دزفولی، مرتضی بن محمد امین انصاری، (۱۴۱۵)، الففاء و الشهادات (للسیخ الانصاری)، در یک جلد، قم؛ کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.
۸. سکلچی، استاد محمد، (۱۳۲۹)، آینین دادرسی در اسلام، تهران؛ چاچانه دانشگاه تهران.
۹. شمس، عبدالله، (۱۳۹۲)، آینین دادرسی مدنی دوه پیشرفت، جلد نخست، تهران؛ انتشارات دراک.
۱۰. شیرازی، ناصر مکارم، (۱۴۲۲)، بحوث فقهیہ هامة (المکارم)، در یک جلد، قم؛ انتشارات مدرسه‌الامام علی بن ابی طالب علیہ السلام.
۱۱. عاملی، شهید اول، محمد بن مکی، (۱۴۱۰)، المعة المشتملة فی فقه الإمامية، در یک جلد، بیروت؛ دار التراث - الدار الإسلامية.
۱۲. عاملی، شهید اول، محمد بن مکی، (۱۴۱۴)، غایة المراد فی شرح نکت الإرشاد، ۴، جلد، قم؛ انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه.
۱۳. عاملی، شهید ثانی، زین الدین بن علی، (۱۴۱۳)، مسالک الأقویام إلی تتفییح شرائع الإسلام، ۱۵، جلد، جلد ۱۳، قم؛ مؤسسه المعارف الإسلامية.
۱۴. کاظمیان، دکتر ناصر، (۱۳۷۶)، چاچانه حقوق اسلامی در نظام حقوقی، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۲۶.
۱۵. گلابی، یحیی، میرزا حبیب الله رشتی، (۱۴۰۱)، کتاب الففاء، ۲، جلد، قم؛ دار القرآن الکریم.
۱۶. محسنی، حسن، (۱۳۹۹)، اداره جریان دادرسی مدنی بر بنیاد همکاری و در چارچوب اصول دادرسی، تهران، شرکت سهامی انتشار، چاپ بنیج.
۱۷. نجفی، محمد حسن، (۱۴۰۴)، جواهر الكلام فی شرح شرائع الإسلام، ۴۳، جلد، ج. ۴، بیروت؛ دار إحياء التراث العربي.
۱۸. نراقی، مولی احمد بن محمد مهدی، (۱۴۱۵)، مستند الشیعة فی أحكام الشیعۃ، ۱۹، جلد، ج. ۷، قم؛ مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
۱۹. آشوری، دکتر محمد، موحدی، جعفر، (۱۳۹۵)، طریقت یا موضوعیت روش دادرسی مطالعه تطبیقی در فقه امامیه، حقوق اریوایی و حقوق موضوعیه، فصلنامه پژوهش حقوق کیفری، سال پنجم، شماره شانزدهم.
۲۰. هرمزی، خیرالله، (۱۳۹۴)، شرایط قابل استعمال بودن دعوى در فقه (شرحی بر بند ۳ و ۵ ای ۱۱ ماده ۸۴ قانون آینین دادرسی مدنی)، پژوهش حقوق خصوصی.

کد مقاله

LAW-2106-1082 (R1)

دانشنامه‌های مرتبط

۱-آینین دادرسی مدنی-۲-ادله اثبات دعوا

مدخلهای مرتبط قابل استخراج

۱. ایراد آینین دادرسی
۲. شروط سماع دعوا
۳. موافع رسیدگی

مدخلهای فرعی قابل استفاده در تدوین مدخلها

۱. اصل و جووب سماع و ادله آن

۲. تعیین شرعاً قضا

۳. شناخت شروط سماع

قانون یا مواد قانونی مرتبط

۱. مواد ۵۱ و ۸۴ قانون آینین دادرسی مدنی
۲. قانون اصول محاکمات حقوقی سال ۱۲۹۰
۳. تبصره ماده ۹ قانون شورای حل اختلاف مصوب

مبانی قانونی و فقهی مسئولیت مدنی شهرداری در پرداخت معوض عقب

نشینی املاک

(نوع مقاله: علمی – کاربردی)

مصطفی محمودی هرنده^۱

چکیده:

شهرداری، سازمانی محلی و نوعی سیستم اداره شهر است که به منظور اداره امور محلی از قبیل عمران و آبادانی، بهداشت، ایجاد تاسیسات شهری و رفاه ساکنین شهر و غیره تاسیس می‌شود. یکی از وظایف شهرداری‌ها، اجرای طرح‌های عمومی و عمرانی و ایجاد خیابان و توسعه معابر می‌باشد که این اقدامات شهرداری در مواردی محدودیتهایی برای حقوق مالکانه اشخاص ایجاد نموده و باعث ورود خسارت و در نتیجه موجد مسئولیت مدنی برای شهرداری می‌گردد. در این پژوهش به بررسی مبانی قانونی و فقهی که می‌تواند مستند الزام شهرداری به پرداخت معوض عقب نشینی املاک ناشی از اجرای طرح عمومی گردد، پرداخته شده است که تحلیل و تبیین این موضوع می‌تواند در احیای حقوق مردم موثر باشد. هدف از این تحقیق، تشریح مبانی قانونی و فقهی مسئولیت شهرداری و تنزیل تشتن آرای قضایی در محاکم و ایجاد وحدت رویه و انعکاس خلأهای قانونی می‌باشد.

کلیدواژه‌ها: املاک، شهرداری، عقب نشینی، مسئولیت مدنی، معوض.

۱. دانشجوی دکتری، دانشگاه آزاد اسلامی واحد نراق Email: mahmoodi1387@yahoo.com

«شهرداری» سازمانی محلی است که بر طبق اصل عدم تمرکز اداره به منظور اداره امور محلی از قبیل عمران و آبادانی، رفاهی، امور اجتماعی و فرهنگی و بهداشتی، اداره و گسترش تاسیسات شهری و غیره در هر محلی که جمعیت آن حداقل بالغ بر پنج هزار نفر باشد تاسیس می‌شود و از دو واحد به نام شورای شهر و اداره شهرداری تشکیل شده که اولی قوه ناظر و تصمیم گیرنده در شهر و دومی مجری آن است. (طباطبائی موتمنی، ۱۳۷۸: ۱۱۷) ماده ۵۵ قانون شهرداری مصوب ۱۳۳۴/۴/۱۱ و مواد قانونی دیگر به صورت پراکنده، وظایف شهرداری را تشریح نموده است. یکی از وظایف شهرداری‌ها، اجرای طرح‌های عمومی به منظور ایجاد و توسعه خیابان و معابر است. در قوانین موضوعه، «طرح» به صورت کلی تعریف نشده است، لکن قانون‌گذار در بندهای ۲ و ۳ و ۴ ماده ۱ قانون تغییر نام وزارت آبادانی و مسکن به وزارت مسکن و شهرسازی و تعیین وظایف آن مصوب ۱۳۵۳/۴/۱۶ به تعریف انواع طرح‌هایی که ناظر به امور عمرانی و شهرسازی و آبادانی شهر می‌باشد، پرداخته است. طرح جامع، طرح تفصیلی، طرح عمرانی و شهرسازی و طرح هادی از این قبیل هستند.

با توجه به اینکه عقب نشینی املاک و اراضی ممکن است ناشی از طرح عمرانی و یا تفصیلی باشد، صرفاً به تعریف این دو اصطلاح پرداخته می‌شود.

طرح تفصیلی: عبارت از طرحی است که بر اساس معیارها و ضوابط کلی طرح جامع شهر نحوه‌ی استفاده از زمین‌های شهری در سطح محلات مختلف شهر و موقعیت و مساحت دقیق زمین برای هر یک از آنها و وضع دقیق و تفصیلی شبکه عبور و مرور و میزان تراکم جمعیت و تراکم ساختمانی در واحدهای شهری و اولویتهای مربوط به مناطق بهسازی و نوسازی و توسعه و حل مشکلات شهری و موقعیت کلیه عوامل مختلف شهری در آن تعیین می‌شود و نقشه‌ها و مشخصات مربوط به مالکیت بر اساس مدارک ثبتی تهیه و تنظیم می‌گردد.

طرح عمرانی: برابر بند ۱۰ ماده ۱ قانون برنامه و بودجه کشور مصوب ۱۳۵۱/۱۲/۱۰ منظور طرحی است که برای انجام برنامه‌های رفاه اجتماعی و عملیات زیر بنایی و یا احداث ساختمان و

تاسیسات جهت تسهیل و تحقق کلیه وظایف دولت یعنی نوسازی و عمران و توسعه شهر اجرا می‌گردد.

امروزه با توجه به گسترش شهرها و شهرنشینی‌ها و نیاز شهروندان به امکانات رفاهی بیشتر، توسعه تاسیسات شهری، امری لازم و ضروری می‌باشد. در این خصوص، اجرای طرح‌های عمومی شهرداری در بسیاری از موارد با حقوق مالکانه اشخاص در تزاحم قرار می‌گیرد؛ عقب نشینی املاک در مسیر طرح، مصدقی از این تزاحم می‌باشد. عقب نشینی املاک و اراضی اشخاص ممکن است ناشی از اجرای طرح‌های تعزیض و بازگشایی معابر یا هنگام نوسازی و رعایت برهای اصلاحی باشد.

در خصوص مسئولیت شهرداری به تامین حقوق مالکانه در زمان عقب نشینی املاک، اختلاف نظر وجود دارد، عده‌ای در صورتی که عقب نشینی املاک صرفاً ناشی از طرح عمرانی باشد، مالک را مستحق دریافت بها و موضع مقدار عقب نشینی شده می‌دانند و در صورتی که ناشی از طرح تفصیلی باشد، مالک را مستحق دریافت خسارت نمی‌دانند و برخی دیگر با استناد به تبصره ۶ ماده ۱۰۰ قانون شهرداری اصلاً اعتقادی به استحقاق مالک بر دریافت خسارت ناشی از عقب نشینی املاک ندارند. البته ممکن است عبر و گذری که ملک یا مستحدثات خواهان در آن واقع شده مشمول هیچ یک از طرح‌های عمومی نباشد، لکن مالک بخواهد با رها سازی بخشی از ملک خود در زمان ساخت و ساز و یا در زمان تخریب و بازسازی و بنا به میل خود، مبادرت به ایجاد کوچه اختصاصی نماید و وضعیت آمد و شد خود را تسهیل کند یا در میزان عقب نشینی شده فضای سبز اختصاصی ایجاد نماید؛ بدینهی است این مورد خارج از حوزه مسئولیت شهرداری و قوانین تملکی و عمل مالک مشمول قاعده اقدام می‌باشد.

در ذیل مبانی که می‌تواند در هر حال مستند الزام شهرداری به پرداخت موضع عقب نشینی املاک گردد در دو بخش مبانی قانونی، قضائی و فقهی تشریح می‌شود.

۱- مبانی قانونی و قضائی

مبانی قانونی که می‌تواند مستند الزام شهرداری به پرداخت معوض عقب نشینی املاک گردد، شامل قوانین عمومی و قوانین و مقررات خاص می‌باشد.

۱-۱- قوانین عمومی

قوانينی که عمومیت داشته و موادی از آن به نوعی می‌تواند متضمن مسئولیت شهرداری به پرداخت معوض عقب نشینی املاک باشد، شامل قانون اساسی، قانون مدنی، قانون مسئولیت مدنی است.

۱-۱-۱- قانون اساسی

اگرچه با توجه به کلی بودن قانون اساسی، اصلی که مشخصاً به مقوله تملک اراضی اشخاص پرداخته باشد در آن وجود ندارد، لکن در سه اصل ۴۶، ۴۴ و ۴۷ درباره مالکیت بحث شده و سه نوع مالکیت دولتی، عمومی و خصوصی پذیرفته شده است و هیچ یک از انواع مالکیت، دارای مزیت خاصی بر دیگری نیست و تمامی انواع مالکیت در محدوده شرایط معین شده در قانون اساسی و قوانین عادی، محترم بوده و موجودیت دارند.

مواد ۱۷ تا ۱۹ اعلامیه جهانی حقوق بشر، اصل مالکیت را محترم شمرده و عدم تعدی و تجاوز به آن را مورد تایید قرار داده است. همچنین بند «ش» منشور حقوق شهروندی که در تاریخ ۱۳۹۵/۹/۲۹ در همایش قانون اساسی و حقوق ملت به امضای رئیس جمهور رسید، به موضوع حق مالکیت اختصاص یافته و در ماده ۷۵ آن مقرر شده است: «حق مالکیت شخصی شهروندان محترم است. هیچ شخص یا مقامی نمی‌تواند مالکیت دیگری را سلب، یا اموال او را مصادره یا ضبط یا توقيف کند یا نسبت به حقوق مالی یا مالکیت او ممانعت، مزاحمت یا محدودیت ایجاد کند، مگر به موجب قانون».

تملک اراضی و املاک اشخاص را می‌توان از استثنایات اصل ۴۷ دانست که مالکیت مشروع شخص را محترم شمرده. همچنین اصل ۲۲ قانون اساسی متضمن در امان بودن مال افراد از تعرض نیز می‌تواند مبنای قانونی تملک نیز محسوب شود.

اصل ۴۰ قانون اساسی در مورد حاکمیت موازین اسلامی بر قوانین و مقررات اداری نیز مبنای قانونی تملک محسوب می‌شود. به موجب این اصل هیچکس نمی‌تواند اعمال حق خویش را وسیله اضرار به غیر یا تجاوز به منافع عمومی قرار دهد.

۱-۱-۲- قانون مدنی

یکی از حقوق مسلم افراد در جامعه، حق مالکیت است. مالکیت کامل ترین حق عینی است به نحوی که تمامی منافع اقتصادی مال را شامل می‌شود. مطابق ماده ۳۱ قانون مدنی هیچ مالی را از تصرف صاحب آن نمی‌توان بیرون کرد مگر به حکم قانون. تملک از بارزترین وجود نادیده گرفتن حق مالکیت شخصی به استناد مصالح عمومی است. قانون، به شهرداری‌ها و دولت در مقام اجرای برنامه‌های عمومی، عمرانی و نظامی، اذن خرید، تملک و سلب مالکیت قانونی اشخاص را با رعایت مقررات قانونی داده است. در این راستا چنانچه برای تأمین نیازمندی‌های شهری و احداث و اصلاح معابر و مانند آن، چاره‌ای جزء تصرف و تملک اراضی و ابنيه اشخاص وجود نداشته باشد، می‌تواند نسبت به تملک و تصرف آن اقدام کرد. حال که شهرداری‌ها در راستای اعمال تصدی یا حاکمیت خود، این حکومت مالکانه را سلب می‌کنند، در عین حال باید ترتیبی اتخاذ شود تا حقوق مالکانه اشخاص به نحو مطلوبی جبران شود.

۱-۱-۳- قانون مسئولیت مدنی مصوب ۱۳۳۹/۲/۷

شخصی که با دیگری رابطه قراردادی ندارد، ولی به دیگری خسارت وارد کرده است، در برابر او مسئولیت مدنی دارد، تفاوتی نمی‌کند که زیان رساننده دولت باشد یا اشخاص حقوقی یا حقیقی. در تامین توافقی که ناشی از توافق ارادی شهرداری و صاحبان حقوق مالکانه است و به اصطلاح ماهیت حقوقی آن، عمل حقوقی می‌باشد آنچه به صاحبان حقوق پرداخت می‌شود، عوض قراردادی می‌باشد؛ اما در جایی که الزام شهرداری به جبران و تامین حقوق مالکانه در نتیجه تسلط بر مال دیگری یا تجاوز از حقوقی که قانون برای افراد ایجاد کرده به صورت قهری و به حکم دیوان عدالت اداری یا محاکم عمومی باشد، مسئله جبران خسارت مطرح شده و مطابق ماده ۱ قانون مسئولیت مدنی، شهرداری به عنوان عامل ورود ضرر، مسئول جبران خسارت ناشی از عمل خود می‌باشد.

شرایط مسئولیت مدنی دولت و سازمانهای دولتی، در ماده ۱۱ قانون مسئولیت مدنی، پیش بینی شده است. به موجب این ماده کارمندان دولت و شهرداری و موسسات وابسته به آنها که به مناسبت انجام وظیفه عمداً یا در نتیجه بیاحتیاطی، خسارتی به اشخاص وارد نمایند، شخصاً مسئول جبران خسارات وارد می‌باشند، ولی هرگاه خسارات وارد می‌گیرد می‌تواند به عمل آنان نبوده و مربوط به نقص وسائل ادارات و موسسات مزبور باشد، در این صورت جبران خسارت، به عهده‌ی اداره یا موسسه مربوطه است. ولی در مورد اعمال حاکمیت دولت هر گاه اقداماتی که بر حسب ضرورت برای تامین منافع اجتماعی طبق قانون به عمل آید و موجب ضرر دیگری شود، دولت مجبور به پرداخت خسارت نخواهد بود.

مستفاد از بند الف ماده ۶۴ قانون برنامه سوم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران، اعمال مربوط به حاکمیت دولت، اعمالی هستند که دولت در انجام آنها حاکم و قدرت مطلق است و منافع حاصل از انجام آن شامل همه اشاره‌های جامعه می‌گردد و بهره‌مندی افراد از این نوع خدمات نه تنها موجب ایجاد محدودیت برای استفاده دیگران نمی‌شود، بلکه تحقق آن اقتدار دولت را نیز افزایش می‌دهد و اعمال تصدی اعمالی هستند که در آنها نشانی از قدرت سیاسی دولت دیده نمی‌شود و دولت مشابه اشخاص خصوصی انجام می‌دهد.

مبنای مسئولیت مدنی در ماده ۱۱ بر نظریه تقصیر استوار شده و حسب قسمت اخیر این ماده اصولاً دولت نه تنها نسبت به عمل غیر، مسئولیتی ندارد، بلکه مسئولیت مدنی دولت فقط شامل اعمال تصدی گری آن می‌شود و در اعمال حاکمیت، هر چند موجب ورود خسارت به عده‌ای باشد چون این گونه خسارت‌ها ناشی از اعمال حکومتی و در جهت منافع و مصالح عمومی و از آثار و نتایج قهری زندگی اجتماعی می‌باشد، لذا مسئولیتی بر عهده‌ی دولت نیست. (بزدانیان، ۱۳۹۵: ۵۶۳).

در پاسخ متذکر می‌گردد قانون مسئولیت مدنی، قانونی عام و مصوب سال ۱۳۳۹ است و به نظر می‌رسد مقرراتی که در خصوص موضوع بحث پس از این قانون تصویب شده از جمله لایحه قانونی نحوه خرید و تملک اراضی و املاک برای اجرای برنامه‌های عمومی، عمرانی و نظامی دولت مصوب ۱۳۵۸ و ماده واحده قانون نحوه تقویم ابنيه املاک و اراضی مورد نیاز شهرداری‌ها مصوب ۱۳۷۰ که به موجب آن دولت و شهرداری ملزم گردیده تا در مقابل تملک

اموال اشخاص که ناشی از اعمال حاکمیت است، بها و قیمت آن را به صاحبان حقوق پردازنده، به نوعی قسمت اخیر ماده ۱۱ که اعمال حاکمیت را از عوامل رافع مسئولیت مدنی بیان کرده نسخه ضمنی نموده است. این نظر با اصل ضرورت جبران خسارت به عنوان هدف مسئولیت مدنی سازگاری بیشتری دارد؛ ضمن اینکه در مقررات موضوعه، مفهوم اعمال حاکمیت و تصدی روشن نبوده است و مرز دقیقی بین این دو وجود ندارد و همواره این امکان وجود دارد که دولت هر عملی را در زمرة اعمال حاکمیت محسوب و با استناد به این ماده از پرداخت خسارت به زیاندیده امتناع نماید.

۱-۲- قوانین و مقررات خاص

در خصوص موضوع تملک اراضی و املاک، در برده‌های زمانی مختلف، قوانین و مقررات کثیری به تصویب رسیده که غالب این قوانین به مرور زمان منسخ یا ملغی گردیده است؛ قوانینی که ذیلاً اشاره می‌گردد به عنوان منبع در زمینه عقب نشینی املاک و تعیین تکلیف حقوق مالکانه حاکمیت داشته و قابلیت استناد دارد.

۱-۲-۱- قانون شهرداری مصوب ۱۳۳۴/۴/۱۱

در بند ۶ ماده ۱۰۰ قانون شهرداری‌ها تصریح شده که در مورد تجاوز به معابر شهر مالکان در هنگام نوسازی می‌بایست رعایت برهای اصلاحی را بنمایند؛ این تبصره به شهرداری اجازه می‌دهد در صورت مراجعة اشخاص برای دریافت پروانه احداث یا بازسازی بنا، اصلاحی مصوب در طرح را رعایت نمایند.

بر خلاف استنباط برخی اشخاص که عقیده دارند به دلیل تکلیف مالک به رعایت برهای اصلاحی بر اساس پروانه ساختمانی و طرح‌های مصوب، هیچ حقوقی به مالک تعلق نمی‌گیرد، این تبصره هیچ دلالتی بر این که مالکین مقدار عقب نشینی شده را مجاناً به شهرداری واگذار و تمییک کنند، ندارد و درست است که قانون‌گذار در بند ۶ ماده ۱۰۰ اشاره‌ای به پرداخت موضع ننموده، ولی در تبصره ۵ ماده ۹۶ قانون شهرداری، برای ملکی که در مسیر توسعه خیابان و گذر عمومی قرار گرفته اعم از این که دارای سابقه ثبتی باشد یا حتی به ثبت نرسیده باشد، پرداخت

غرامت در نظر گرفته است، فلذا عدم تصریح به پرداخت موضع در این ماده به منزله تمیک مجانی نیست و تمیک رایگان نیاز به تصریح قانون‌گذار دارد و با توجه به این که مقدار عقب نشینی به تملک شهرداری در می‌آید، شهرداری می‌تواند نسبت به میزان عقب نشینی بنام خود سند مالکیت دریافت کند و مطابق تبصره ۶ ماده ۹۶ قانون شهرداری و ماده ۴۵ آینه مالی شهرداری‌ها، کوچه‌های عمومی جزو اموال شهرداری و در مالکیت شهرداری قرار می‌گیرد.

بديهی است در صورتی که میزان بر اصلاحی، مساحتی باشد که عملاً امکان احداث بنا و صدور پروانه ساختمانی در باقیمانده پلاک میسر نباشد، مطابق تبصره ماده ۱۸ قانون نوسازی و عمران شهری مصوب ۱۳۴۷/۹/۷ در صورت پیشنهاد مالک، شهرداری مکلف است بهای کل مساحت اعم از اصلاحی و باقیمانده را به مالک پردازد. (پورسلیم بناب، ۱۳۹۴: ۷۵).

مطابق تبصره ۶ ذیل ماده ۹۶ قانون شهرداری‌ها، اراضی کوچه‌های عمومی و به طور کلی معابر که مورد استفاده و بهره برداری عمومی قرار می‌گیرد در مالکیت شهرداری است. در ماده ۱۰۱ قانون مرقوم قانون‌گذار معابر و شوارع عمومی که در اثر تفکیک اراضی احداث می‌شود را متعلق به شهرداری دانسته و شهرداری در قبال آن به هیچ عنوان وجهی به صاحب آن پرداخت - کند و مفهوم مخالف آن این است که اگر احداث معبر و شارع، نه در اثر تفکیک بلکه در اثر اجرای طرح باشد بایست غرامت آن به مالک پرداخت شود. توضیح این که عقب نشینی املاک که در نتیجه اجرای طرح تعویض به مالکان این گونه املاک تحمیل می‌شود به منزله اجرای حکم ماده ۱۰۱ قانون شهرداری محسوب نمی‌شود و در چنین مواردی، ماده ۴۵ اصلاحی آینه نامه قانون ثبت املاک نیز، دلالتی بر سلب مالکیت رایگان ندارد.

در ماده ۹۶ قانون شهرداری مقرر شده است: هرگاه برای تامین احتیاجات شرعی و رفع نیازمندی‌های عمومی باید تمام یا قسمتی از اراضی و املاک در محدوده شهر به تصرف شهرداری درآید، از قانون توسعه معابر ۱۳۲۰ استفاده نماید و ماده ۹۶ قانون شهرداری و قانون توسعه معابر نیز تا کنون نسخ یا لغو نشده و در ماده ۱ قانون اصلاح قانون توسعه معابر ۱۳۲۰/۴/۱ مقرر شده است هرگاه شهرداری‌ها توسعه یا اصلاح یا احداث بزرن - خیابان - میدان - گذر - کوی - انبار یا قنوات را برای تسهیل آمد و شد یا زیبایی شهر لازم بدانند طبق مقررات این قانون رفتار خواهد

شد و در ماده ۴ این قانون تصریح شده است که شهرداری می‌تواند هر مقدار ملکی را که لازم بداند به بهای عادله خریداری نماید.

ممکن است این طور استدلال شود که با عقب نشینی و رها کردن ملک توسط مالک، اسقاط مالکیت صورت گرفته و ملک رها شده مشمول قاعده اعراض می‌شود و با توجه به اینکه اعراض نیز مانند ابراء، سبب سقوط حق است، بدین وسیله حق مالک نسبت به مالی که از آن اعراض شده ساقط می‌شود و چون هر صاحب حق می‌تواند از حقوق خویش صرف نظر نماید، مالک نیز محقق است حق خویش نسبت به مال خود را ساقط نماید، در نتیجه آن مال در زمرة مشترکات عمومی قرار می‌گیرد و از مالکیت مالک خارج می‌شود.

این استدلال صحیح نمی‌باشد؛ اعراض در لغت به معنی روی گردانیدن است و این عمل حقوقی تنها با اراده صاحب آن واقع می‌شود. در اعراض نیز تمامی شرایطی از قبیل قصد و اهلیت که برای دیگر اعمال حقوقی لازم است، شرط می‌باشد.^۱ ماده ۲۲ قانون ثبت اسناد و املاک، ملک ثبت شده را متعلق به کسی می‌داند که در دفتر املاک بنام او ثبت شده است، پس اسقاط چنین مالکیتی به صرف اعراض از بین نمی‌رود و به صرف اعراض، مال از حیطه‌ی سلطنت مالک خارج نمی‌شود، مگر اینکه به بایر شدن ملک منجر گردد و دولت آن را بر مبنای نیازهای عمومی تصاحب کند، زیرا مالکیت از احکام وضعی است و همان‌گونه که برای ورود چیزی در ملکیت و ایجاد مالکیت سبب شرعی و قانونی ضروری است، خروج از ملکیت و سلب رابطه مالکیت نیز محتاج به ناقل شرعی و قانونی است و با توجه به اینکه کمتر اتفاق می‌افتد که عقب نشینی املاک با اختیار و رضایت مالک صورت گیرد، وقتی با نیرویی خارج از قدرت، مالی از تسلط شخص خارج شود، به لحاظ فقدان قصد اباوه دیگر شامل قاعده اعراض نیست.

۱-۲-۲- قانون نوسازی و عمران شهری مصوب ۱۳۴۷/۹/۷

این قانون با هدف اصلاح ساختار اساسی بافت‌های مختلف شهری، تامین نیازهای عمومی،

۱. تمام شرایط از قبیل، قصد و اهلیت که برای دیگران اعمال حقوقی کند....

ایجاد و توسعه‌ی پارکها و اصلاح و احداث معابر و نوسازی محلات و بهطور کلی در زمینه‌ی شهرسازی مدون گردیده است.

ماده ۱۸ این قانون، به کیفیت پرداخت غرامت به کسانی که ملک آنها در مسیر اجرای طرح قرار گرفته است و دریافت حق مرغوبیت از کسانی که در اثر اجرای این قبیل طرح‌ها ملک آنها مرغوب می‌شود، اشاره دارد. البته دریافت حق مرغوبیت در پی صدور فتوای حضرت آیت الله خمینی «ره» که حق مرغوبیت را خلاف شرع می‌دانست، به موجب قانون لغو حق مرغوبیت مصوب ۱۳۶۰ نسخ گردید و شهرداری‌ها با نسخ قانون یاد شده از محاسبه حق مرغوبیت و تهاتر آن با خسارات ناشی از تملک منع گردیدند.

ماده ۲۰ این قانون تکلیف نموده است شهرداری بهای عرصه و اعیان ابنيه و مستحدثات مشمول طرح‌های عمرانی و نوسازی و اصلاح معابر و همچنین حق کسب و پیشه و تجارت اشخاصی که محل کار آنها در اثر اجرای طرح از بین می‌رود نقداً پرداخت نماید.

در ماده ۲۷ این قانون، پرداخت حق کسب و پیشه یا تجارت اشخاص (اعم از مستأجر یا متصرف یا خود مالک) که محل کار آنان در اثر اجرای طرح‌های احداث و توسعه معابر و نوسازی و عمران شهری از بین می‌رود به عهده شهرداری محول شده است.

مطابق ماده ۳۱ مرقوم، شهرداری‌ها می‌توانند برای تأمین نیازمندی‌های شهری و عمومی و عمران و نوسازی با تصویب انجمان شهر و تأیید وزارت کشور اراضی و املاک واقع بین حد مصوب فعلی هر شهر تا حد نهایی مشخص در نقشه جامع آن شهر را ظرف پنج سال پس از تصویب نقشه جامع با پرداخت بها تملک و تصرف کنند.

۱-۲-۳- قانون تعیین وضعیت املاک واقع در طرح‌های دولتی و شهرداری‌ها مصوب

۱۳۶۷/۸/۲۹

از آنجایی که زمان اجرای دقیق طرح‌های مصوب دستگاه‌های اجرائی به لحاظ فقدان امکانات مالی و اجرایی مشخص نبود، غالباً مالکان اراضی و املاکی که ملک آنها در محدوده طرح واقع بود، در بلا تکلیفی بسر می‌بردند و اختیار اعمال حقوق مالکانه از قبیل خرید و فروش و احداث بنا را نداشتند، چرا که شهرداری معمولاً برای مالکین این گونه اراضی خدماتی از قبیل گواهی معامله یا پروانه ساخت صادر نمی‌نمود، به همین خاطر طرحی به عنوان قانون تعیین وضعیت املاک واقع در طرح‌های دولتی و شهرداری‌ها در مجلس تصویب شد که به موجب این ماده واحده کلیه وزارتخانه‌ها، مؤسسات، سازمان‌ها، نهادهای دولتی یا وابسته به دولت و شهرداری‌ها و مؤسسه‌ای که شمول قانون بر آن‌ها مستلزم ذکر نام باشد، مکلف شدند در طرح‌های عمومی یا عمرانی که ضرورت اجرای آن‌ها توسط وزیر یا بالاترین مقام دستگاه اجرایی با رعایت ضوابط مربوطه تصویب و اعلان شده باشد و در اراضی و املاک شرعی و قانونی اشخاص اعم از (حقیقی و حقوقی) قرار داشته و در داخل محدوده شهرها و شهرک‌ها و حریم استحفاظی آنها باشد، پس از اعلام رسمی وجود طرح، حداقل ظرف مدت هجده ماه نسبت به انجام معامله قطعی و انتقال اسناد رسمی و پرداخت بها یا عوض آن طبق قوانین مربوطه اقدام نمایند.

۱-۲-۴- قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت مصوب ۱۳۸۰/۱۱/۲۷

از آنجایی که در نظام اداری، کلیه اعمال مامورین عمومی باید به حکم قانون باشد، قانون گذار در جهت ضمانت اجرایی این اصل مهم، اخذ وجه یا کالا یا خدمات غیرقانونی ولو به نفع دولت حتی با تفاق طرفین را هم مجاز ندانسته است.

با توجه به اینکه غالباً تملک اراضی اشخاص در برخی از طرح‌های عمومی یا هنگام ارائه خدمات از جمله تفکیک و صدور پروانه یا تغییر کاربری، به بهانه تملیک ارادی و اختیاری و هبه به شهرداری صورت می‌پذیرد، مطابق ماده ۴ قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت، دریافت هرگونه وجه، کالا و یا خدمات تحت هر عنوان از اشخاص حقیقی و حقوقی توسط وزارتخانه‌ها،

مؤسسات و شرکتهای دولتی غیر از مواردی که در مقررات قانونی مربوط معین شده یا می‌شود. (محمدی، ۱۳۹۵: ۱۱۷). همچنین اخذ هدايا و کمک نقدی و جنسی در قبال کلیه معاملات اعم از داخلی و خارجی توسط وزارت‌خانه‌ها و مؤسسات دولتی و شرکتهای دولتی و مؤسسات و نهادهای عمومی غیر دولتی، مؤسسات و شرکتهایی که شمول قانون برآنها مستلزم ذکر نام یا تصريح نام است و یا تابع قوانین خاص هستند ممنوع می‌باشد.

۱-۲-۳-تبصره ۳ ذیل ماده ۶۲ قانون برنامه پنجساله پنجم توسعه جمهوری اسلامی

ایران مصوب ۱۳۸۹/۱۰/۱۵

مطابق تبصره ۳ ماده ۶۲ قانون مذکور « دستگاه‌های اجرائی در مقابل ارائه خدمات یا اعطاء انواع مجوز حتی با توافق، مجاز به اخذ مبالغی بیش از آنچه که در قوانین و مقررات قانونی تجویز شده است، نمی‌باشند. تخلف از اجرای این حکم و سایر احکام این ماده مشمول مجازات موضوع ماده ۶۰۰ قانون مجازات اسلامی است ». طبق تبصره ۲ این ماده، کلیه خدمات و فعالیت‌های دستگاه‌های اجرائی از جمله شهرداری کلان شهرها مشمول این ماده خواهد بود.

۱-۲-۶- قانون نحوه تقویم ابنيه، املاک و اراضی مورد نیاز شهرداری‌ها مصوب

۱۳۷۰/۸/۲۸

این قانون صرفاً در مورد شهرداری‌ها وضع شده و دیگر دستگاه‌های اجرائی، کما کان از لایحه قانون نحوه خرید و تملک اراضی و املاک برای اجرای برنامه‌های عمومی، عمرانی و نظامی دولت استفاده می‌نمایند. (میرزائی، ۱۳۸۷: ۱۲۶). بر حسب این ماده واحده، در کلیه قوانین و مقرراتی که شهرداری مجاز به تملک ابنيه، املاک و اراضی قانونی مردم می‌باشد در صورت عدم توافق بین شهرداری و مالک، قیمت روز ابنيه و املاک تقویم و پرداخت می‌شود.

قانون مذکور صرفاً ناظر بر تملک ابنيه و املاک مردم بوده و برای تملک اراضی و ابنيه دولتی توسط شهرداری ارائه طریق ننموده است. یکی از تفاوت‌های این قانون با لایحه قانون نحوه خرید و تملک اراضی، در تعیین قیمت اراضی و املاک می‌باشد. در لایحه قانونی، قیمت عادله و در قانون نحوه تقویم، قیمت روز ملاک عمل می‌باشد.

۱-۲-۷ - لایحه قانونی نحوه خرید و تملک اراضی و املاک برای اجرای برنامه‌های عمومی، عمرانی و نظامی دولت مصوب ۱۳۵۸/۱۱/۱۷

این لایحه قانونی که در سال ۱۳۵۸ توسط شورای انقلاب به تصویب رسیده، قانونی عام بوده و در حال حاضر یکی از مهمترین منابع برای تعیین تکلیف حقوق مالکانه در مورد اجرای طرح‌های عمومی است؛ کلیه دستگاه‌های دولتی که قصد خرید و تملک اراضی و ابینه برای اجرای طرح‌های عمومی و عمرانی و نظامی دولت را داشته باشند، مشمول این لایحه قانونی بوده و می‌بایست مقررات مندرج در آن را اعمال و رعایت نمایند.

به‌موجب ماده ۱ این قانون، هرگاه برای اجرای برنامه‌های عمومی، عمرانی و نظامی وزارت‌خانه‌ها یا مؤسسه‌ات و شرکتهای دولتی یا وابسته به دولت، همچنین شهرداری‌ها و بانک‌ها و دانشگاه‌های دولتی و سازمانهایی که شمول قانون نسبت به آنها مستلزم ذکر نام باشد و از این پس «دستگاه اجرائی» نامیده می‌شوند به اراضی، ابینه، مستحداثات، تأسیسات و سایر حقوق مربوط به اراضی مذکور متعلق به اشخاص حقیقی یا حقوقی نیاز داشته باشند و اعتبار آن قبلاً به‌وسیله دستگاه اجرائی یا از طرف سازمان برنامه و بودجه تأمین شده باشد دستگاه اجرائی می‌تواند ملک مورد نیاز را مستقیماً یا به‌وسیله هر سازمان خاصی که مقتضی بداند بر طبق مقررات مندرج در این قانون خریداری و تملک نماید. از شرایط مقرر در این قانون، تأمین اعتبار طرح قبل از خرید و تملک و همچنین تایید و تصویب ضرورت اجرای طرح، به‌وسیله بالاترین مقام اجرائی دستگاه اجرائی تملک کننده می‌باشد.

۱-۲-۸ - آراء وحدت رویه

رویه قضایی هرگز در حقوق‌اداری ایران به عنوان یک منبع مستقل، مبنای صدور احکام قضایی نیست و به عنوان منبع فرعی در کشور محسوب می‌شود، مگر آنکه هیأت عمومی دیوان عدالت اداری یا دیوان عالی کشور در مقام ایجاد وحدت رویه، اقدام به صدور احکام لازم الاتّباع بنماید.

مضمون غالب آرای وحدت رویه دیوان عدالت اداری و دیوان عالی کشور که در حوزه نظم حاکم بر حقوق مالکانه و طرح‌های عمومی دولتی و شهرداری از ناحیه این دو مرجع صادر شده

است، موید حمایت از حقوق مالکانه و رفع تجاوز از این حقوق در برابر اجرای طرح‌های عمومی می‌باشد که می‌توان از منطق این آراء، در زمینه ممنوعیت شهرداری از تصرف و تملک رایگان اراضی و املاک اشخاص در زمان عقب نشینی املاک، وحدت ملاک گرفت.

- رأی شماره ۵۱۷ - ۵۱۸ مورخ ۱۳۸۷/۸/۵ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری در خصوص ابطال قسمتی از طرح تفصیلی بابل.

- رأی شماره ۴۷۰ مورخ ۱۳۸۹/۱۰/۲۷ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری با موضوع سلب مالکیت مشروع اشخاص و یا الزام آنان به واگذاری قسمتی از زمین به طور رایگان و یا پرداخت قیمت معادل آن به منظور تفکیک.

- رأی شماره ۵۶ مورخ ۱۳۸۰/۲/۳۰ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری در خصوص ابطال قسمتی از بندھای طرح جامع کرج.

- رأی شماره ۵۹ مورخ ۱۳۷۵/۴/۹ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری در خصوص الزام متقارضیان تفکیک به دادن تعهد درخصوص واگذاری رایگان قسمتی از اراضی ملکی خود به منظور تامین فضای آموزشی و خدماتی.

- رأی شماره ۳۸۶ و ۳۸۷ مورخ ۱۳۷۸/۱۱/۲۴ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری در خصوص ابطال قسمتھائی از طرح تفصیلی ارومیه.

۶-رأی شماره ۵۶۳ مورخ ۱۳۹۰/۱۲/۸ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری در خصوص ابطال بند سوم مصوبه شماره ۸۶/۲۵۴۴۲/۳ مورخ ۱۳۸۶/۱۱/۱۱ شورای اسلامی گرگان مبنی بر تعليق وظيفه شهرداری در باب ارسال پيشنهاد تعغير كاريبری اراضی مردم به کميسيون ماده ۵.

۷-رأی شماره ۱۲۳۲ مورخ ۱۳۹۴/۱۱/۶ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری در خصوص ابطال تبصره ۲ ماده ۱-۱-۱-۴ ضوابط و مقررات شهرسازی کميسيون ماده ۵ مسكن و شهرسازی اردبیل.

۸-رأی وحدت رویه شماره ۷۴۷ مورخ ۱۳۹۴/۱۰/۲۹ هیأت عمومی دیوان عالی کشور، که

متعاقب حدوث اختلاف استنباط از تبصره یک ماده ۱۰ قانون تشکیلات و آینین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۹۲/۳/۲۵ و تشتبه آرای شعب دیوان عدالت اداری و شعب محاکم عمومی در دعاوی مشابه، هر چند در باب صلاحیت مرجع رسیدگی صادر شده، لکن مقدمه و منطق رای مذکور، بر استحقاق مالکین به دریافت بهای اراضی تصرفی و تملکی شهرداری اشاره دارد. مطابق این رای، در مواردی که مبنای مسئولیت شهرداری غیر از تقصیر باشد یا آنکه مبنی بر تقصیر باشد ولی تقصیر به حکم قانون مفروض انگاشته شده، مثل ماده ۱۲ قانون مسئولیت مدنی یا جایی که زیان دیده، مدعی وقوع خطای اداری نیست و صرفاً بهای اراضی و املاک تصرف شده توسط شهرداری را مطالبه می‌نماید، دیوان نقشی در رسیدگی به دعواه مسئولیت مدنی شهرداری ندارد و دعوى در صلاحیت دادگاه عمومی است.

۲- مبانی فقهی

با اینکه در فقه، کتاب و یا باب خاصی به مسئولیت مدنی اختصاص نیافته است؛ ولی وجود آیات فراوان، مبنی بر منوعیت اضرار به غیر و لزوم جبران خسارت در ابواب مختلف فقهی و همچنین قواعدی مانند: قاعده تسليط، قاعده تسبیب، قاعده لاضر و قاعده علی الید، به شیوه‌های مختلف، حکایت از گسترده‌گی احکام و وسعت قواعد فقهی مسئولیت مدنی دارد.

۲-۱- آیات

هر چند در قران کریم، آیه‌ای به صورت مستقیم ناظر بر مباحث مسئولیت مدنی نیست، لکن خداوند در آیات مختلف و به مناسبت‌های گوناگون، ضرر زدن به دیگران را در بیان کلی و یا در قالب مصاديق خاص، منع کرده است که می‌توان به عنوان مبنای جبران خسارت در مسئولیت مدنی به آن استناد نمود.

۲-۱-۱- آیه اعتدال

یکی از آیاتی که بسیاری از فقهاء در شیوه جبران خسارت به صورت مثل و قیمت از آن استفاده کرده اند، عبارت «فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَأَعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلٍ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ» در آیه ۱۹۴

سوره مبارکه بقره می‌باشد. (طوسی، ۱۳۸۷: ۶۰ و ابن زهره، ۱۴۱۷: ۲۸۱). بیان شیوه جبران خسارت، نشان دهنده این است که اصل مسئولیت مدنی، مفروض انگاشته شده است. به همین جهت برخی از فقیهان مثل علامه حلی برای اثبات مسئولیت مدنی در موارد خاص به این آیه استدلال کرده اند. (حکمت نیا، ۱۳۸۶: ۱۵).

دلالت این آیه نسبت به اصل پرداخت خسارت مالی، مسلم است، ولی اینکه در صدد بیان شیوه جبران زیان به ادائی مثل و قیمت باشد، بستگی به این دارد که «ما» موصولی و یا مصدری قلمداد شود. اگر «ما» مصدری باشد، تنها تساوی در مقدار اعتدا را بیان کرده است و نظری به مثل و یا قیمت اصطلاحی ندارد و اگر «ما» موصولی باشد، علاوه بر اصل شیوه پرداخت خسارت، به تعیین نوع مالی که باید به عنوان خسارت پرداخت شود هم دلالت می‌کند؛ هر چند ممکن است گفته شود، برای پرداخت خسارت حتی در اموال قیمی، باید ابتدا مثل پرداخت شود، مگر اینکه دادن مثل متعذر باشد. (انصاری، ۱۴۱۸: ۲۱۷ و اصفهانی، ۱۴۱۸: ۳۶۲).

۲-۱-۲- آیه معاقبہ

از دیگر آیاتی که در باب شیوه جبران خسارت می‌توان به آن اشاره نمود، آیه ۱۲۶ سوره نحل «وَإِنْ عَاقِبَتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوَقِّبْتُمْ بِهِ» می‌باشد. برخی از فقیهان برای اثبات مسئولیت مدنی به این آیه استناد کرده اند. صاحب جواهر بر این باور است که آیه بر جواز مقاصه دلالت می‌کند و مقتضای این جواز، خمام به شیء است. (نجفی، ۱۳۷۳: ۸۶). برخی دیگر مثل مکارم شیرازی آیه فوق را مربوط به امور جزائی دانسته‌اند نه مسئولیت مدنی.

استدلال به این آیه بدین صورت است که مطابق آن تباہ کردن اموال و حقوق و منافع، بی‌اذن صاحب آن نوعی عقاب است که آیه بر جواز مقابله به مثل دلالت دارد. این آیه دلالت بر این دارد که کسی که مورد ظلم و ستم واقع شده است می‌تواند ظالم را مورد موأذنه قرار دهد و یکی از مصادیق موأذنه، گرفتن خسارت از اوست.

نکته‌ای که باید مورد توجه قرار گیرد اینکه، معاقبہ به معنی تجویز فعل حرام یا اتلاف متقابل مال شخص متتجاوز و متعدی نسیت. در این زمینه برخی فقهاء می‌گویند: «واضح است معنای

اعتداء به مثل این نیست که در مقابل شکستن ظرف، ظرف متجاوز شکسته شود، بلکه منظور دریافت قیمت ظرف در مقابل شکستن است و این عرفاً معنای اعتداء به مثل در این موارد است». (مکارم شیرازی، ۱۴۱۱: ۱۹۴).

۲-۱-۳- آیه جزاء السیئه

آیه ۴۰ سوره شوری «وَ جَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِثْلُهَا» بر تناسب بدی و جزای آن دلالت دارد. بر فرض اینکه سیئه بر اتلاف مال نیز اطلاق گردد، می‌توان از این آیه در اثبات مسئولیت مدنی نیز سخن گفت. با این توضیح که اگر جزای اتلاف مالی، اتلاف مال باشد و از طرفی از بین بدن و نابود کردن آن به لحاظ شرعی و قانونی ممنوع باشد، می‌توان جزای اتلاف مال دیگری را پرداخت خسارت دانست که به نوعی اتلاف مال شخص محسوب می‌شود و در نهایت مسئولیت مدنی وارد کننده زیان را نتیجه گرفت. (حکمت نیا، ۱۳۸۶: ۱۹).

این آیه هم می‌تواند خطاب به زیان رساننده باشد با این خطاب که اگر زیانی رساندی باید معادل آن را خود تحمل کنی که یکی از راهها، جبران خسارت است و هم می‌تواند خطاب به زیان دیده باشد که اگر خسارتی بر تو وارد گردید می‌توانی معادل آن خسارت و ضرر را از زیان رساننده مطالبه نمایی. (هوشمند فیروز آبادی، ۱۳۹۳: ۱۰۰).

۲-۲- اصول و قواعد

نظام حقوق اسلامی مبتنی بر اصول و قواعد فقهی است که می‌تواند به هنگام ضرورت، مبنای حل مسائل اقتصادی و اجتماعی مردم و حکومت قرار گیرد؛ در اینجا در مقام بیان تمام این قواعد نمی‌باشیم، بلکه مهم ترین اصول و قواعدی که مبین احترام به سلطه دیگران بر اموالشان و لزوم رفع تجاوز شهرداری از اموال اشخاص و نفی و جبران ضرر به افراد است، اشاره می‌شود.

۲-۲-۱- قاعده تسلیط

برخی از قواعد فقهی هستند که از حاکمیت و سلطه اشخاص به اموال خود سخن می‌گویند یکی از مبانی مهم فقه اسلامی که زیر بنای بسیاری از مقررات اسلامی قرار گرفته، قاعده تسلیط

است که از آن با تعبیر «الناس مسلطون علی اموالهم» یاد می‌کنند که بیان کننده این معنی است که هر مالکی نسبت به مال خود تسلط کامل دارد و می‌تواند در آن، هر گونه تصرفی اعم از مادی و حقوقی بکند و هیچ کس نمی‌تواند او را بدون مجوز شرعی، از تصرفات منع کند.

در اصل ۲۲ و ۴۴ قانون اساسی، به عنوان برترین سند قانونی، با عنایت و توجه به قاعده تسلیط، از سلطه و مالکیت اشخاص نسبت به اموالشان حمایت شده است.

قانون‌گذار در وضع مقررات مربوط به اجرای طرح‌های عمومی توسط شهرداری به این قاعده توجه زیادی داشته است و دخل و تصرف در حقوق مالکانه اشخاص توسط شهرداری‌ها، در بسیاری از موارد منوط به پرداخت غرامت به مالک شده است. این وضعیت چیزی جز عنایت و احترام به حقوق اشخاص بر اموال خود و چیزی جز توجه به قاعده تسلیط نبوده است. (بهشتیان، ۱۳۹۴: ۱۱۵).

در ماده ۳ لایحه قانونی نحوه خرید و تملک اراضی و املاک برای اجرای برنامه‌های عمومی عمرانی و نظامی دولت، گفته شده است: «بهای عادله‌ی اراضی، اینیه، مستحدثات، تأسیسات و سایر حقوق و خسارات وارده، از طریق توافق بین دستگاه اجرایی و مالک یا مالکین و صاحبان حقوق تعیین می‌گردد»؛ یا در ماده واحده قانون نحوه‌ی تقویم اینیه، املاک و اراضی مورد نیاز شهرداری‌ها، ذکر شده که: «در کلیه قوانین و مقرراتی که شهرداری‌ها مجاز به تملک اینیه، املاک و اراضی قانونی مردم می‌باشند در صورت عدم توافق بین شهرداری و مالک، قیمت اینیه، املاک و اراضی، بایستی به قیمت روز، تقویم و پرداخت شود». آنچه مسلم است، این که مبنی در وضع مقررات مربوط به وضعیت حقوق مالکانه در زمان اجرای طرح‌های عمومی توسط شهرداری‌ها تا چه حد به قاعده تسلیط و سلطه و اقتدار صاحبان حقوق مالکانه نسبت به اموالشان توجه داشته است. این بدین معناست که باید به مفاد این قاعده به عنوان قاعده اولیه و موثر در وضع این قوانین و به عنوان مبنای قوی برای وضع این قوانین توجه لازم نمود و ارزش و احترام حقوق مالکانه را در تفسیرهای حقوقی محفوظ داشت.

۲-۲-۲- قاعده ضمان ید

در فقه اسلامی قواعدی هستند که حامی حقوق مالکانه بوده و تجاوز به این حقوق را از جانب هر شخصی ممنوع دانسته و اشخاص متتجاوز را ملزم به رفع تجاوز از این حقوق می‌دانند. از جمله این قواعد، قاعده ضمان ید می‌باشد که مستند این قاعده، روایت نبوی «علی الید ما اخذت حتی تودیه» می‌باشد. (طفی، ۱۳۹۲: ۱۲۲). به موجب این قاعده، کسی که به ناحق بر مال دیگری مستولی شده، باید به استیلای خود پایان دهد. قانون گذار، در وضع مقررات مربوط به رفع تعارض حقوق مالکانه و حقوق عمومی در مواردی چند به این قاعده و تئوری توجه داشته است. به هر صورت کسی که بر مال دیگری به ناحق، مستولی شده، باید مال ماخوذ را به صاحبش برگرداند و صرف رفع ید و دست برداشتن از آن کافی نیست، مگر آنکه ملازم یا مقارن با وضع ید صاحبش باشد. پس دادن مال به شخص دیگر، حتی به عیال و اولاد مالک، کافی نیست، مگر اینکه اشخاص از طرف مالک وکالت و نمایندگی داشته باشند. (محمدی، ۱۳۷۳: ۱۲۷).

بنابراین در وضع مقررات مربوط به حقوق مالکانه می‌توان انتظار داشت که قانون گذار به آسانی اجازه استیلا و تعرض اشخاص نسبت به حقوق مالکانه را ندهد، خواه این که شخص مستولی، شخص حقوق خصوصی باشد یا از اشخاص حقوق عمومی باشد.

از مهم ترین مصاديق قاعده ضمان ید، غصب یا به تعبیری موردی است که شخصی به نحو عدوان بر مال دیگری مستولی می‌شود. قانون گذار با الهام از قاعده ضمان ید از حقوق مالکانه اشخاص نسبت به اموال حمایت نموده است.

مقنن در مواد ۳۰۱ به بعد قانون مدنی، مقرراتی در جهت رفع تجاوز از مال شخص و حمایت از صاحب مال وضع نموده است و این موارد نشان دهنده اندیشه محترم بودن حقوق مالکانه بود و به عنوان یکی از مبانی حمایت از حقوق مالکانه در برابر خواسته‌ها و توقعات عمومی است که از آن به حقوق عمومی تعبیر می‌شود. بنابراین باید گفت که این قاعده نقش مهمی در حمایت از حقوق مالکانه در برابر اجرای طرح‌های عمومی شهرداری دارد و قانون گذار هر گونه استیلا و تجاوز بر حقوق مالکانه را از سوی دستگاه‌های عمومی ممنوع داشته است و تصرف در این حقوق

را مشروط به شرایطی، از جمله تامین رضایت صاحب حق می‌داند.

قانون گذار ما با الهام از این قاعده یعنی ضمان ید از حقوق مالکانه در برابر استیلای نامشروع و من غیر حق شهرداری بر این حقوق، جلوگیری کرده است. مثلاً در لایحه قانونی نحوه خرید و تملک اراضی و املاک برای اجرای برنامه‌های عمومی عمرانی و نظامی دولت، دستگاه‌های اجرایی از جمله شهرداری‌ها برای این که امکان تصرف در ملکی را داشته باشند، باید از طریق توافق با صاحبان حقوق مالکانه یا در صورت عدم توافق، از طرق پیش‌بینی شده در این قانون، نسبت به پرداخت و تامین حقوق مالکانه اقدام نمایند و الاحق تصرف و استیلای ید بر ملک مورد نظر را نخواهند داشت.

در قانون نحوه تعویم ابنيه، املاک و اراضی مورد نیاز شهرداری‌ها، در مواردی که به علت مجھول بودن مالک، یا عدم صدور سند مالکیت و اختلاف در مالکیت، امکان توافق با صاحبان حقوق مالکانه وجود ندارد، قانون گذار وجود چنین مشکلاتی را به عنوان مجوز تصرف شهرداری در این گونه املاک، تلقی نکرده است و حتی با فرض لزوم اجرای طرح و عام المنفعه بودن آن، این قبیل موارد را نیز با توجه به غیر قابل قبول بودن استیلای غیر موجه و من غیر حق شهرداری بر حقوق مالکانه دیگران، مستلزم تامین حقوق مالکانه دانسته است. (بهشتیان، ۱۳۹۴: ۱۱۹).

در قوانین موضوعه در برخی موارد و به طور نادر می‌توان استثنایی بر قاعده ضمان ید که دلالت بر تصرف در حقوق مالکانه قبل از تامین حقوق مالک دارد مشاهده نمود. به عنوان مثال در ماده ۹ لایحه قانونی نحوه خرید و تملک اراضی و املاک برای اجرای برنامه‌های عمومی، عمرانی و نظامی دولت آمده است. «در صورتی که فوریت اجرای طرح با ذکر لایحه ی موجه به تشخیص وزیر دستگاه اجرایی ضرورت داشته باشد به نحوی که عدم تسريع در انجام طرح، موجب ضرر و زیان جبران ناپذیری گردد، دستگاه اجرایی می‌تواند قبل از انجام معامله قطعی و با تنظیم صورت مجلس وضع موجود ملک با حضور مالک یا نماینده ی وی و در غیاب او و نماینده دادستان و کارشناس رسمی، نسبت به تصرف و اجرای طرح اقدام نماید. لیکن دستگاه اجرایی مکلف است، حداکثر تا سه ماه از تاریخ تصرف، نسبت به پرداخت با تودیع قیمت عادله، طبق مقررات این قانون اقدام نماید». در اینجا می‌توان این‌گونه استفاده کرد که استیلای شهرداری بر

حقوق مالکانه، قبل از تامین این حقوق پذیرفته شده است؛ البته چنین تصرف و استیلایی منوط به رعایت تشریفات بوده و این تصرفات بدون تامین حقوق مالکانه، جنبه موقتی داشته و شهرداری بایستی در مهلت معینی حقوق مالکانه صاحبان حق را تامین نماید.

۲-۲-۳- قاعده لاضرر

در فقه اسلامی، قواعدی وجود دارد که دلالت بر نفی ضرر و پیشگیری از ورود ضرر دارد. به تعبیر دیگر، لسان این قواعد این است که در صورت وجود بیم ورود ضرر، باید از ورود و حدوث آن جلوگیری نمود. قواعدی همچون قاعده لاضرر، قاعده لاحرج، قاعده اضطرار و ضرورت (الضرورات تبیح المحظورات) از جمله قواعد نافی ضرر هستند. (شکری، ۱۳۹۰: ۴۷). قاعده لاضرر از حدیث نبوی «لاضرر ولاضرار في الإسلام» در داستان سمره بن جندب گرفته شده است. معنای حدیث این است که ضرر در اسلام مشروعیت نداشته و خسارت غیر قابل جبرانی در اسلام وجود ندارد. (مهمان نوازان، ۱۳۹۰: ۴۱). در قرآن مجید نیز آیاتی وجود دارد که با تصریح به واژه «ضرر» و مشتقاش در موارد خاص، احکامی ارائه کرده‌اند که لاضرر را به صورت یک قاعده ثبیت می‌کند. آیات ۲۸۲ و ۲۳۱ و ۲۳۳ سوره مبارکه بقره و آیه ۱۲ سوره نساء نمونه‌هایی از این احکام است. (محقق داماد، ۱۳۹۴: ۱۲۲).

هر چند قاعده «لاضرر» به عنوان مدرک اصلی ضمان مورد استفاده قرار نمی‌گیرد، ولی بنابر برداشت بعضی از فقهاء از این قاعده من جمله مرحوم ملا احمد نراقی، می‌توان آن را پایه و اساس ضمان دانست و بدون تردید در مسئولیت مدنی دولت و شهرداری نیز از آن استفاده نمود. بر این مبنای هرکس که به هر نحو، اعم از قولی، فعلی، ترک فعل یا به جهت سببیت یا مباشرت به دیگری، هرگونه ضرری اعم از مادی یا معنوی وارد کند، مسئول جبران خسارت ناشی از عمل یا ترک عمل خویش است، خواه این عمل، ناشی از اقدام اشخاص حقیقی یا اشخاص حقوقی باشد و خواه این شخص یک نهاد تابع حقوق خصوصی باشد یا تابع نهاد حقوق عمومی.

۲-۲-۴- قاعده احترام مال مردم

مقصود از احترام مال مردم، مصونیت اموال آنان از تصرف و تعدی می‌باشد؛ بدین معنا که

اولاً، تعدی و تجاوز نسبت به آنها جایز نیست و ثانیاً، در فرض وقوع تعدی و تجاوز، متجاوز، مسئول و ضامن است (همان: ۲۱۳). پیام قاعده احترام نسبت به مال مسلمان، این است که میان مالک و مال، جدایی نیندازید و وی را با تصرف یا گرفتن مال، از تصرفات مالکانه باز ندارید. مدرک این قاعده یکی سخن پیامبر اکرم (ص) در سرزمین منی در مراسم حجّه الوداع با این مضمون می‌باشد: « همانند احترام خاص این روز، این ماه و این وادی، خون‌ها و مال‌های شما دارای ارزشمندی ویژه ای است تا اینکه در روز رستاخیز از اعمالتان مورد سؤال قرار گیرید ». روایت دیگری که مستند قاعده احترام می‌باشد، روایت حرمت مؤمن (حرمه مال المؤمن کحرمه دمه) به نقل از امام باقر (ع) از رسول الله (ص) است. (حکیمیان، ۱۳۹۱: ۴۱).

از مدارک قاعده می‌توان علاوه بر حکم تکلیفی حرام بودن تعرض به جان، مال و آبروی مسلمان، حکم وضعی بر مسئولیت پرداخت خسارت را نیز استفاده کرد. روشن است قاعده احترام در دامن قاعده لا ضرر جای می‌گیرد و فقط بر حقوق ایجابی مسلمان نسبت به مسلمانان دیگر علاوه بر مفاد قاعده لا ضرر دلالت دارد؛ بنابراین قواعد دیگر همچون اتلاف، تسبیب، غرور، تفویت و... از ملاکات تعیین مسئول و جبران کننده زیان شمرده می‌شود.

۲-۲-۵- قاعده داراشدن غیر عادلانه

در آیات متعددی از قرآن کریم، دara شدن غیرعادلانه مورد نهی شارع قرار گرفته است و از قاعده دارا شدن غیرعادلانه با عنوان «اکل مال به باطل» یاد شده است. بر اساس نظر مشهور فقهاء، آیات ۲۹ سوره نساء و ۱۸۸ سوره بقره با مضمون «لا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل» علاوه بر اینکه بر حکم تکلیفی حرمت تصرف دلالت دارد، در صورت بروز تصرف در مال دیگران بر حکم وضعی لزوم جبران خسارت نیز دلالت می‌کند. (هوشمند فیروزآبادی، ۱۳۹۳: ۱۱۶). بر اساس این قاعده، هیچ کس نمی‌تواند به زیان شخص دیگر و بدون اجازه قانون، چیزی را دارا شود. می‌توان این قاعده را به عنوان یک اصل کلی حقوقی در مسئولیت قراردادی و غیر قراردادی معرفی نمود و به موجب آن هرکس بدون سبب قانونی و به زیان دیگری دارا شود، مکلف است آنچه را دریافت داشته مسترد نماید. مبنای دعوى استفاده بلا جهت، استفاده‌ای است که شخص از مال دیگری برده بدون اینکه الزاماً عمل زیانباری مانند سایر موارد مسئولیت زا انجام داده باشد، خواه

به دارایی او بیافزاید یا نیفزاید. (داراب پور، ۱۳۹۰: ۳۲۴).

وجود روش‌های متعددی برای جبران خسارت و همچنین تعدد منابع مسئولیت موجب بی‌نیاز شدن از قاعده دara شدن غیر عادلانه نمی‌باشد، زیرا مواردی وجود دارد که تحت شمول هیچ یک از منابع مسئولیت قرار نمی‌گیرد و صرفاً بر مبنای قاعده دara شدن غیر عادلانه قابل توجیه می‌باشد. در نتیجه اگر شخصی بر دارایی دیگری دست یابد بدون اینکه این دستیابی وی بر دارایی دیگری بدون سبب قانونی باشد، هر چند که در این کار حسن نیت داشته باشد، در این صورت آن فرد به حساب دیگری بدون سبب قانونی دara شده است و ملزم به استرداد قیمت از آنچه که او دara شده و از آنچه که از دارایی دیگری کاسته شده است می‌باشد.

از آنجایی که مطابق تبصره ۶ ذیل ماده ۹۶ قانون شهرداری‌ها و ماده ۴۵ آیین نامه مالی شهرداری‌ها، اراضی کوچه‌های عمومی و به طور کلی معابر که مورد استفاده و بهره برداری عمومی قرار می‌گیرد جزو اموال شهرداری بوده و در مالکیت شهرداری است و در زمان عقب نشینی املاک، مقدار مساحت عقب نشینی شده جزو کوچه و معبر شده و به تملک شهرداری در می‌آید و بنا بر رویه معمول در صورت تامین توافقی، شهرداری در قبال پرداخت بها، مالک را ملزم به انتقال رسمی میزان عقب نشینی شده به شهرداری می‌نماید و در صورت عدم توافق و الزام شهرداری به پرداخت حقوق مالکانه توسط مراجع قضائی و اداری و پس از پرداخت حقوق مالکانه، شهرداری می‌تواند الزام مالک به انتقال رسمی میزان عقب نشینی شده را درخواست و سند مالکیت بنام خود دریافت نماید؛ در صورتی که قائل به عدم مسئولیت شهرداری در عدم استحقاقی مالک در دریافت بها و موضع میزان عقب نشینی شده باشیم، بدون سبب قانونی و به زیان مالک بر دارائی شهرداری افزده ایم که از مصادیق دara شدن غیر عادلانه می‌باشد.

۶-۲-۲- قاعده نفی عسر و حرج

قاعده لاحرج یا نفی عسر و حرج یکی از قواعد معروف اسلامی است که در تمام ابواب فقه حتی در عقود و معاملات نیز کاربرد فراوان دارد. واژه عسر متضاد یسر است و عسر عبارت از صعوبت، مشقت و شدت است و حرج نیز در لغت به معنای ضيق، تنگی، تنگنا، گناه و حرام است.

فحوای قاعده این است که خداوند از روی لطف و تفضل، هر حکمی که حرج و استیصال و مشقت بار باشد را نفی و از صحفه تشریع مرفوع و از امت اسلام برداشته است. برای قاعده عسر و حرج به ادله چهارگانه، یعنی کتاب و سنت و عقل و اجماع استناد شده است؛ آیه ۷۸ سوره مبارکه حج و آیه ۶ سوره مائدہ و آیه ۱۸۵ سوره بقره و آیه ۱۵۲ سوره انعام و آیه ۴۲ سوره اعراف دلالت بر این حکم دارد. (موسوی بجنوردی، ۱۳۹۲: ۲۷۲).

در جریان اجرای طرح‌های عمومی در املاک و اراضی اشخاص که ایجاد محدودیت یا سلب مالکیت مالک را بدبناهی دارد در صورتی که معتقد به عدم مسئولیت شهرداری و عدم استحقاق مالک برای دریافت بها و موضع حقوق مالکانه باشیم، این امر مستلزم حرج و ضرر مالک است که به مقتضای این قاعده، عسر و حرج مالک با جبران و پرداخت توان مرتفع می‌گردد.

از آنجا که سلب مالکیت به صورت رایگان برای اجرای طرح‌های عمومی، امری کاملاً استثنایی و نادر می‌باشد و این استثناء فقط در موارد منصوص قانونی حاکم می‌باشد، بنابراین در موارد سلب حقوق مالکانه، چون اصل بر دادن موضع است در موارد شبیه باید به اصل رجوع نمود.

نتیجه‌گیری:

شهرداری سازمانی اداری و محلی و نوعی سیستم اداره شهر است که دارای شخصیت حقوقی برخاسته از قانون می‌باشد. از عمدۀ وظایف شهرداری‌ها در راستای بند یک ماده ۵۵ قانون شهرداری‌ها، ایجاد خیابان، کوچه، توسعه و اصلاح معابر می‌باشد که متعاقب تصویب طرح‌های عمومی مبادرت به اجرای آن می‌نماید. در خصوص مسئولیت شهرداری به تامین حقوق مالکانه در زمان عقب نشینی املاک اختلاف نظر وجود دارد. تعریض کوچه و معبر و الزام مالکین به عقب نشینی املاک، چه ناشی از اجرای طرح تفصیلی باشد یا طرح عمرانی، در جهت التزام شهرداری به پرداخت خسارت به صاحبان حقوق مالکانه، می‌توان از منظر فقهی به آیاتی در قرآن کریم و قواعد لاضرر، تسلیط، ضمان ید، احترام مال مردم، دara شدن غیر عادلانه و نفی حرج و از نظر قانونی به اصول ۴۴، ۴۶ و ۴۷ قانون اساسی در باب مالکیت و ماده ۹۶ و بند ۶ ماده ۱۰۰ قانون شهرداری و همچنین مواد ۶ و ۷ لایحه قانون نحوه خرید و تملک اراضی و املاک برای اجرای برنامه‌های عمومی، عمرانی و نظامی دولت مصوب ۱۳۵۸/۱۱/۱۷ و تبصره ۶ ماده واحده قانون نحوه تقویم ابنيه، املاک و اراضی مورد نیاز شهرداری‌ها و مضمون آرای وحدت رویه صادره از دیوان عدالت اداری استناد نمود.

منابع و مآخذ:

ابن زهره، سید حمزه بن علی، (۱۴۱۷ق)، *غنية النزوع الى علمي الاصول و الفروع*، تحقيق: بهادری، چاپ اول، قم، موسسه امام الصادق ع. اصفهانی، محمد حسین، (۱۴۱۸ق)، *حاشیة كتاب المکاسب*، تحقيق: آل سباع، چاپ اول، قم، المطبعه العلميه.

انصاری، مرتضی، (۱۴۱۸ق)، *المکاسب*، جلد سوم، چاپ اول، قم، موسسه الہادی. بهشتیان، سید محسن، (۱۳۹۴)، *تملک اراضی توسط شهرداری ها*، چاپ سوم، تهران، مجد. پورسلیم بناب، جلیل، (۱۳۹۴)، *اراضی و املاک واقع در طرحها و نحوه دفاع از حقوق مالکانه*، چاپ چهارم، تهران، فردوسی.

داراب پور، مهراب، (۱۳۹۰)، *مسئولیت های خارج از قرارداد*، چاپ دوم، تهران، مجد. شکری، نادر، (۱۳۹۰)، *نظام حقوقی نحوه تملک املاک در شهرداری ها*، چاپ اول، تهران، راهدان.

طوسی، محمد بن الحسن، (۱۳۸۷ق)، *المبسوط فی فقه الامامیه*، جلد سوم، چاپ سوم، تهران، المکتبه المرتضویه.

لطفی، اسدالله، (۱۳۹۲)، *موجبات و مسقطات ضمان قهری*، چاپ دوم، تهران، مجد. محقق داماد، مصطفی، (۱۳۹۴)، *قواعد فقه بخش مدنی*، چاپ چهل و پنجم، تهران، مرکز نشر علوم انسانی.

محمدی، ابوالحسن، (۱۳۷۳)، *قواعد فقه*، چاپ اول، تهران، یلدا. محمدی، امید، (۱۳۹۵)، *تحدید حقوق مالکانه در طرح های عمومی و عمرانی*، چاپ اول، تهران، جنگل.

مکارم شیرازی، ناصر، (۱۴۱۱ق)، *القواعد الفقهیه*، جلد دوم، قم، مدرسه الامام علی ابن ابی طالب، چاپ سوم.

میرزاچی، علیرضا، (۱۳۸۷)، *تملک اراضی توسط دولت و شهرداری ها*، تهران: صابریون، چاپ اول.



مهمان نوازان، روح الله، (۱۳۹۰)، خسارت قابل جبران در حقوق ایران، چاپ دوم، تهران، مجد.
 موسوی بجنوردی، سید محمد، (۱۳۹۲)، قواعد فقهیه، چاپ چهارم، تهران، مجد.
 طباطبائی موتمنی، منوچهر، (۱۳۷۸)، حقوق اداری، چاپ پنجم، تهران، سمت.
 نجفی، محمد حسن، (۱۳۷۳)، جواهر الكلام، جلد سی و هفتم، چاپ چهارم، تهران، دارالكتب
 الاسلامیه.
 بزدانیان، علیرضا، (۱۳۹۵)، قواعد عمومی مسئولیت مدنی با مطالعه تطبیقی در حقوق فرانسه،
 چاپ اول، تهران، میزان.
 حکیمیان، علی محمد، (۱۳۹۱)، «قاعده احترام مبنای مسئولیت مدنی مسلمانان
 نسبت به یکدیگر»، فصلنامه حقوق اسلامی، شماره ۳۳، ص ۴۱.
 حکمت نیا، محمود، (۱۳۸۶)، «مسئولیت مدنی در قرآن» فصلنامه حقوق اسلامی، شماره ۱۵
 صص ۱۹-۱۵.
 هوشمند فیروز آبادی، حسین، (۱۳۹۳)، «عناوین خاص موجب مسئولیت مدنی در قرآن»،
 مجله مطالعات حقوقی شیراز، شماره ۴، ص ۱۱۶-۱۰۰.

Legal and jurisprudential bases of municipal civil liability in paying compensation for property withdrawal

Mostafa Mahmoodi harandi¹

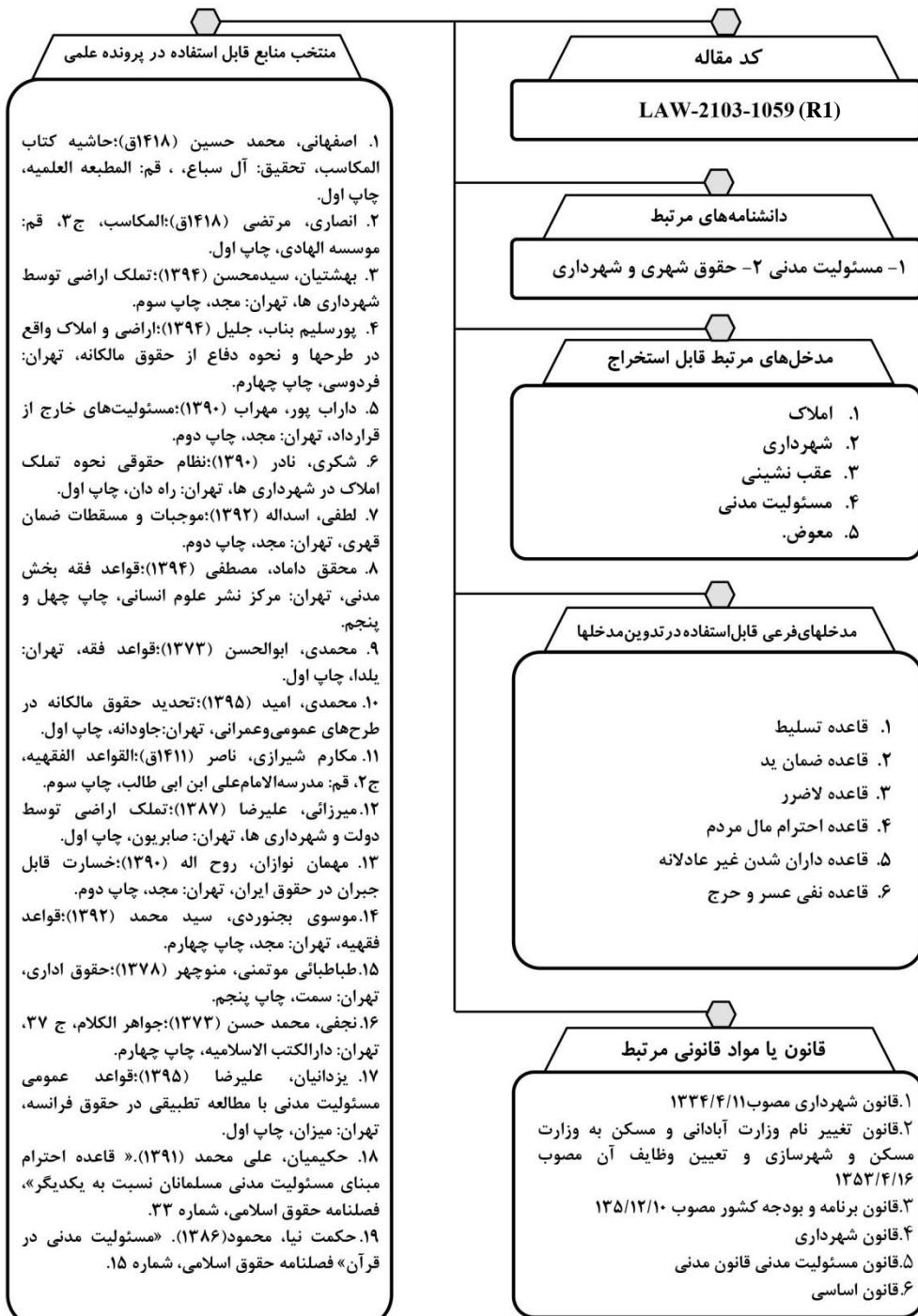
Abstract

A municipality is a local organization and a kind of city administration system that is established to manage local affairs such as development, health, creating urban facilities and the welfare of city residents, etc. One of the duties of municipalities is to implement public and development projects and to create streets and roads, which in some cases create restrictions on the property rights of individuals and cause damage and thus create civil liability for the municipality. This study examines the legal and jurisprudential principles that can document the obligation of the municipality to pay compensation for the withdrawal of property resulting from the implementation of the public plan, which analysis and explanation can be effective in restoring the rights of the people . The research method in this research is in the field of descriptive-analytical research and the method of collecting information is mainly library in the form of books and articles. The purpose of this research is to explain the legal and jurisprudential principles of municipal responsibility and to reduce the fragmentation of judicial opinions in the courts and to create unity of procedure and reflection of legal gaps.

KeyWord: *Property, municipality, retreat, civil liability, compensation*

¹. Property, municipality, retreat, civil liability, compensation. Student, Islamic Azad University, Naragh Branch, (mahmoodi1387@yahoo.com)

ابعاد و کاربردهای دانشنامه‌ای مقاله



تحدید قاعده حاکمیت بی قید و شرط زوج بر طلاق در فقه و حقوق

موضوعه ایران

(نوع مقاله: علمی- پژوهشی)

حسین مهرپور^۱

محمدجواد درویشزاده*

چکیده

یکی از تغییرات مهم قانون مدنی پس از انقلاب اسلامی، اصلاح ماده ۱۱۳۳ است. بنیان اولیه این ماده حدیث نبوی است که می‌گوید: «الطلاق بید من اخذ بالساق». این ماده از سال تصویب (۱۳۱۴) تا اصلاحاتش در سال ۱۳۸۱، به کلی دگرگون شده و حاکمیت مطلق مرد بر طلاق را با شرایط متعدد، محدود کرده است. این تغییرات به دلایلی نظیر نیازها و واقعیت‌های اجتماعی، عنصر مصلحت، استفاده از اجتهاد پویا و... در چند نوبت قانون‌گذاری انجام شده است. در فرایند تحدید این قاعده موانعی مثل جرم‌انگاری اعمال حق طلاق بدون رعایت تشریفات قانونی، لزوم مراجعته به دادگاه، صدور گواهی عدم امکان سازش، ارجاع به داوری، تعیین تکلیف حقوق مالی زوجه و... را برای ایجاد محدودیت در اجرای این حق وضع شده است. پرسش اصلی این پژوهش ناظر به تاریخ حقوقی نهاد مقرر در ماده ۱۱۳۳ قانون مدنی است و تلاش می‌کند که اولاً رابطه حکم مقرر در این ماده را با حدیث نبوی «الطلاق بید من اخذ بالساق» توضیح دهد و ثانیاً چگونگی محدودسازی حکم مقرر در این حکم فقهی و عوامل موثر بر آن را شناسایی و ارزیابی کند. یافته مهم این تحقیق، تبیین تحلیل و توضیحی است که در رابطه با نحوه ورود ماده ۱۱۳۳ قانون مدنی در سال ۱۳۱۴ و تحولات و شناسایی عوامل موثر بر آن ارائه شده است. و به این ترتیب برگی از تاریخ حقوق در رابطه با این ماده تحلیل و توضیح داده شده است.

کلیدواژه‌ها: ماده ۱۱۳۳، قانون مدنی، الطلاق بید من اخذ بالساق، حق طلاق، طلاق، تاریخ‌نگاری حقوقی.

۱. استاد دانشکده حقوق دانشگاه شهرد بهشتی

*. دانش آموخته سطح سه حوزه علمیه قم، دانشجوی کارشناسی ارشد فقه و مبانی حقوق دانشگاه

Email: mj.darvishzadeh.k@gmail.com

علامه طباطبائی (نویسنده مسئول)

ماده ۱۱۳۳ قانون مدنی که در بیستم فروردین سال توسط دوره نهم مجلس شورای ملی به تصویب رسیده بود، ۱۱ (نائینی، ۱۳۸۶: ۳۲) مقرر می‌داشت «مرد می‌تواند هر وقت که بخواهد زن خود را طلاق دهد». این حکم برگرفته از حدیث نبوی است که می‌گوید: «الطلاق بید من اخذ بالساق». این ماده قانونی در تاریخ ۱۳۸۱/۰۸/۱۹ مورد اصلاح قانون گذار قرار گرفت و به این صورت مقرر کرد که: «مرد می‌تواند با رعایت شرایط مقرر در این قانون با مراجعت به دادگاه تقاضای طلاق همسرش را بنماید» بررسی سیر تحول حکم قانون گذار در ماده مزبور مستلزم پاسخ به این سوالات است که چه مبانی و ادلای از حکم اولیه این ماده پشتیبانی کرده و چه عواملی موجب تعديل حکم اولیه و تبدیل آن به وضعیت فعلی شده است و در نهایت اینکه در حال حاضر برای تعديل حکم اولیه چه موانعی در قوانین تعبیه شده و مستندات آن چیست؟

برای انجام تحقیق و پاسخ به سؤال‌های مزبور از روش تحقیق توصیفی استفاده شده و شیوه جمع‌آوری اطلاعات به روش کتابخانه‌ای بوده است زیرا مطالعات حقوقی تماماً مستلزم توصیف و تحلیل اطلاعات و اسناد و مدارک پیرامون موضوع است و از نظر روش‌شناسی تحقیق، در رده‌بندی روش تحقیق توصیفی قرار می‌گیرد. تفصیل بررسی این سؤال‌ها در ادامه آورده می‌شود.

۲- مفهوم شناسی

اصطلاحات پر کاربرد این مقاله به شرح زیر توصیف می‌شود.

۱-۲- شریعت

به اموری که شارع در مورد مؤمنان مقرر کرده است شریعت گویند. خطاب شریعت به اقتضای افراد عام است و همه کس در شرایط برابر و معمول مخاطب شریعت هستند مگر آنکه وصفی خاص در برخی از مکلفان پدید آید. مانند بیماری که این افراد به اقتضای آن وصف خاص مخاطب خطاب شریعت نخواهند بود (انصاری و طاهری، ۱۳۸۶: ۱۳۱).

واژه طلاق در قرآن آمده است (سوره بقره، آیه ۲۲۹). طلاق در لغت به معنای رها کردن، واگذاشتن، گستن و حل قید (گشودن گره) است (انصاری و طاهری، ۱۳۸۶: ۶۳۵).

در قانون مدنی ایران، مفهوم طلاق مسلم فرض شده و تعریفی از آن ارائه نشده است. در شرع، طلاق عبارت است از ازاله قید نکاح به صیغه «طلاق» و امثال آن (شهید ثانی، ۱۴۲۳: ۹، هاشمی شاهروodi، ۱۳۸۷: ۱۹۱، شهابی خراسانی، ۱۳۸۷: ۱۸۹) باید توجه شود که طلاق تنها راه انحلال نکاح نیست. بلکه یکی از مصادیق انحلال نکاح است. زیرا انحلال نکاح ممکن است از طریق فسخ نکاح، انفساخ نکاح، کشف بطلان آن و یا از طریق دادگاه (ماده ۱۰۲۹ قانون مدنی) و غیر آن انجام شود. اما طلاقی که در این مقاله موضوع پژوهش است، معنای اصطلاحی طلاق در فقه و حقوق ایران است که به معنای انحلال رابطه زناشویی در عقد نکاح دائم از طریق تصمیم یا رضایت زوج است که در ماده ۱۱۳۳ قانون مدنی آمده است (ملکزاده، ۱۳۹۵: ۱۳۱۱).

۲-۳- حق طلاق

موضوع پژوهش این مقاله مربوط به حق طلاقی است که در ماده ۱۱۳۳ قانون مدنی مصوب ۱۳۱۴ برای مرد و بدون هیچ قید و شرطی پیش‌بینی شده است که در تحولات قانون‌گذاری بعدی برای اعمال این حق، شرایط، ضوابط و محدودیت‌هایی پیش‌بینی شده است که در این مقاله مورد پژوهش قرار می‌گیرد.

۲-۴- گواهی عدم امکان سازش

حکم اعلامی دادگاه است بر وجود حالت عدم سازش و ناسازگاری و آشتی ناپذیری بین زوجین و این مقدمه وقوع طلاق است در حدود قانون (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸: ۳۰۸۰).

۱. الطَّلاقُ مِرْتَانٌ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيْحٌ بِإِحْسَانٍ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا أَتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا إِلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خَفْتُمُ اللَّهَ إِلَيْكُمْ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا أَفْتَدْتُمْ بِهِ تِلْكَ حُدُودَ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ

۳- پیشینه و سوابق تحقیق:

در رابطه با موضوع تحقیق، پژوهش مستقل و مخصوصی شناسایی نشد اما از آن جا که موضوع تحقیق ناظر به حکم قانون گذار بوده که از سال ۱۳۸۱ تا ۱۳۸۱ حاکمیت داشته و در سال ۱۳۸۱ تغییر کرده است، تمام شارحان مواد قانونی مزبور به موضوع تحقیق پرداخته اند که از جمله می توان به آثار تدوین شده در حوزه حقوق خانواده اشاره کرد مانند: حقوق خانواده (کاتوزیان)، حقوق خانواده (عبدالرسول دیانی) و مختصر حقوق خانواده (اسدالله امامی و سید حسین صفایی) همچنین در غالب کتب فقهی برای چند فرع فقهی خاص به این حکم اشاره و استناد شده است اما در هیچ کدام از کتاب های فقهی به صورت مستقل به این موضوع نپرداخته اند و نوبسندگان معاصر قواعد فقه نظیر آیت الله دکتر محقق داماد در چند جلد کتاب قواعد فقه اساساً متعرض این حکم فقهی نشده اند. بر این اساس تفاوت این پژوهش با سوابق پژوهشی مرتبط قبلی از جهات زیر است:

ج) الف) بررسی توامان ابعاد فقهی و حقوقی این حکم به صورت مقارن که در هیچ کدام از آثار قبلی سابقه ندارد. پرداختن به سیر تحول تاریخی این حکم فقهی از زاویه ارزیابی و تحلیل سرگذشت قانون گذاری آن بررسی عمقی و تفصیلی این موضوع در حالی که در سابقه پژوهش های قبلی به صورت مختصر به آن پرداخته شده بود.

۴- ضرورت تحقیق:

انجام پژوهش در تحولات مفاد ماده ۱۱۳۳ از جهات زیر ضروری بوده است.

۱-۱- تدوین تاریخ تحولات حقوقی

وضعيت هر یک از نهادهای حقوقی محصول تعامل نیروهای اجتماعی و تجربه تاریخی و نیازهای جامعه است. به عنوان مثال در یک مطالعه بین رشته ای مشخص شده است که برخی از نظرات غیر مشهور و نادری که در فقه شیعه شناخته شده است در اثر نیازهای اجتماعی و ضرورت های تاریخی در عمل پذیرفته شده و از رواج لازم برخوردار شده است. جالب آن است که نتایج این پژوهش از طریق بررسی های جامعه شناختی و مردم شناختی و با استفاده از روش های

آماری با مراجعه به نمونه قباله‌های ازدواج و طلاق در دوره زمانی پیش از مشروطیت به اثبات رسیده است (حیبی، ۱۳۸۷: ۷۰). حق طلاق مرد نیز به عنوان نهادی حقوقی سرگذشت خاص خودش را دارد و در طول عمر خود از وضعیت‌های آزاد و بی قید به شرایط ضابطه‌مند و تعریف شده و محدود شده تغییر کرده است. شناسایی این تغییرات و توصیف و تحلیل آنها موجب شکل‌گیری دانش تاریخ حقوقی شود.

۲-۴- شناسایی تاثیر عوامل اجتماعی-فرهنگی و سیاسی بر تحول در نهادهای حقوقی

اگرچه در دانشکده‌های حقوق و نظریات حقوقی بر توصیف و تحلیل تغییر نهادهای حقوقی تاکید نمی‌شود اما واقعیت آن است که عوامل اجتماعی، فرهنگی و اقتصادی متعددی بر شکل گیری، تغییر، تعديل و حتی حذف نهادهای حقوقی موثرند. ضعف مطالعات «تاریخ نگاری حقوقی» موجب شده است که بحث از تاثیر عوامل اجتماعی، فرهنگی و سیاسی بر تحول و تغییر در نهادهای حقوقی در ایران شناخته نشود و خلاً آنها احساس شود.^۱ بر این اساس توصیف و تحلیل تغییرات و تعديلاتی که در خصوص حق طلاق مرد پدید آمده است به راحتی نقش عوامل اجتماعی، فرهنگی و سیاسی ناشی از فضای بعد از انقلاب اسلامی را در این تحول نشان می‌دهد.

۳-۴- شناخت نحوه تعديل و تغییر در نهادهای کهن فرهنگی و بومی:

شناخت نحوه تغییر و تحول و تعديل در نهاد حقوقی حق طلاق مرد از آن جهت اهمیت دارد که این حق از یک سو ریشه در فقه کهن و سنتی ما دارد که با حدیث نبوی «الطلاق بید من اخذ بالساق» شناخته شده است و از سوی دیگر قدمتی دیرینه دارد و در آغازین تجربه‌های قانون‌گذاری ایران در سال ۱۳۱۴ پدید آمد و به تصویب مراجع قانون‌گذاری رسیده است و قبل از

۱. برای مطالعه بیشتر نگاه شود به فلسفه تاریخ، تدوین و ترجمه حسنعلی نوذری، تهران، طرح نو، چاپ ۳، سال ۱۳۹۳

انقلاب شکوهمند اسلامی هم تلاش‌هایی برای تغییر و تعدیل آن انجام شده است. اما این تلاش‌ها به دلیل ناسازگاری با فرهنگ اسلامی و بومی به نتیجه نرسیده است لیکن با وقوع انقلاب اسلامی و همگرا شدن نهادهای سنتی و قانون‌گذاری این همگرایی و پذیرش پدید آمده و همان تغییرات پذیرفته شده است.

۴- شناخت جایگاه حدیث «الطلاق بید من اخذ بالسوق» در فقه اسلامی

در بسیاری از تحقیقاتی که در رابطه با ماده ۱۱۳۳ قانون مدنی انجام شده است از مفاد حدیث نبوی «الطلاق بید من اخذ بالسوق» تعبیر به «قاعده» شده است. این در حالی است که در انطباق قاعدة فقهی بر این حدیث تردیدهای جدی وجود دارد زیرا قاعدة فقهی عبارت از «حکم کلی فرعی (یعنی در فروع دین) است که مجتهد بعد از استنباط آن با تمسک به ادله اربعه، طبق مضمون آن فتوا داده است.» (بجوردی، ۱۳۷۷: ۶) اما آنچه که مسلم است این است که مفاد ماده ۱۱۳۳ برگرفته از حدیث نبوی مشهور بوده و حداکثر در سطح حکم جزئی شارع قابل قبول است و اطلاق قاعدة فقهی به این حکم محل تردید است. گرچه برخی از این حدیث نبوی، به «قاعده فقهی» تعبیر کرده‌اند (استادی، ۱۳۸۸: ۱۱۰؛ ملک‌زاده، ۱۳۹۶: ۲۹۱). اما حداکثر به نظر می‌رسد که مفاد این حدیث در حد یکی از احکام منتبه به شارع بوده که در این تحقیق جزئیات آن مورد بحث و بررسی قرار خواهد گرفت و تردید جدی در اطلاق عنوان قاعدة بر این حدیث و حکم فقهی وجود دارد. که در بخش نتیجه‌گیری این تحقیق مورد بحث و بررسی قرار خواهد گرفت.

۵- پیشینه قانون‌گذاری

حکم اولیه مقرر در ماده ۱۱۳۳ قانون مدنی تا پیش از تصویب قانون حمایت خانواده در سال ۱۳۴۶ شمسی هم به تبع حکم فقهی مجبور، مطلق و بدون قید و شرط بود. قبل از تصویب این قانون، طلاق امر قضایی تلقی نمی‌شد و در اختیار دادگاه نبود. بنابراین هرگاه مرد، متقارضی طلاق بود، به دفترخانه مراجعه می‌کرد و زن خود را طلاق می‌داد و حتی امکان طلاق غیابی نیز وجود داشت و نیازی به حضور زن نیز نبوده است.

در سال ۱۳۴۶ قانون حمایت خانواده به تصویب رسید. بر اساس این قانون اختیار مطلق مرد برای طلاق پایان یافت. مطابق این قانون، زوجین مکلف شدند تا برای طلاق به دادگاه حمایت خانواده مراجعه کنند و دعوی طلاق خود را تقدیم دادگاه کنند. پس از تصویب این قانون طلاق از اختیار مرد خارج شد و به عنوان یک «امر قضایی» در اختیار دادگاه قرار گرفت.

در سال ۱۳۵۳ قانون حمایت خانواده مورد اصلاح قرار گرفت. مطابق ماده ۸ این قانون مقرر شد که در موارد زیر زن یا مرد می‌تواند حسب مورد از دادگاه تقاضای صدور گواهی عدم امکان سازش نماید و دادگاه در صورت احراز آن موارد، گواهی عدم سازش را صادر خواهد کرد. این موارد در چهارده بند شمارش شده و عبارتند از:

۱- توافق زوجین برای طلاق. ۲- استنکاف شوهر از دادن نفقة زن و عدم امکان الزام او به تأدية نفقه. همچنین در موردی که شوهر سایر حقوق واجبه زن را وفا نکند و اجراء او به ایفاء هم ممکن نباشد. ۳- عدم تمکین زن از شوهر. ۴- سوءعرفتار و یا سوءمعاشرت هر یک از زوجین به حدی که ادامه زندگی را برای طرف دیگر غیرقابل تحمل نماید. ۵- ابتلاء هر یک از زوجین به امراض صعبالعالج به نحوی که دوام زناشویی برای طرف دیگر در مخاطره باشد. ۶- جنون هر یک از زوجین در مواردی که فسخ نکاح ممکن نباشد. ۷- عدم رعایت دستور دادگاه در مورد منع اشتغال به کار یا حرفة ای که منافی با مصالح خانوادگی یا حیثیات شوهر یا زن باشد. ۸- محکومیت زن یا شوهر به حکم قطعی به مجازات پنج سال حبس و بیشتر یا به جزای نقدی که بر اثر عجز از پرداخت منجر به پنج سال بازداشت شود یا به حبس و جزای نقدی که مجموعاً منتهی به پنج سال یا بیشتر حبس شود و حکم مجازات در حال اجرا باشد.

۹- ابتلاء به هر گونه اعتیاد مضری که به تشخیص دادگاه به اساس زندگی خانوادگی خلل وارد آورد و ادامه زندگی زناشویی را غیرممکن سازد. ۱۰- هرگاه زوج همسر دیگری اختیار کند یا به تشخیص دادگاه نسبت به همسران خود اجرای عدالت ننماید. ۱۱- هر یک از زوجین زندگی خانوادگی را ترک کند. تشخیص ترک زندگی خانوادگی با دادگاه است. ۱۲- محکومیت قطعی هر یک از زوجین در اثر ارتکاب جرمی که مغایر با حیثیت خانوادگی و شئون طرف دیگر باشد.

تشخیص این که جرمی مغایر با حیثیت و شئون خانوادگی است با توجه به وضع و موقعیت طرفین و عرف و موازین دیگر با دادگاه است. ۱۳- در صورت عقیم بودن یکی از زوجین به تقاضای طرف دیگر، همچنین در صورتی که زوجین از جهت عوارض و خصوصیات جسمی نتوانند از یکدیگر صاحب اولاد شوند. ۱۴- در مورد غایب مفقودالاثر با رعایت مقررات ماده ۱۱۲۹ قانون مدنی. تبصره- طلاقی که به موجب این قانون و بر اساس گواهی عدم امکان سازش واقع می‌شود فقط در صورت توافق کتبی طرفین در زمان عده قابل رجوع است.

نکته قابل توجه این است که اصلاحات قانون حمایت خانواده، اگرچه حکم مقرر در ماده ۱۱۳۳ را مفهوماً متفاوتی می‌کرد، اما در قانون حمایت خانواده سخنی صریح از نسخ این ماده آورده نشد. بر همین اساس بعد از انقلاب اسلامی، بر پایه نظرات مراجع مذهبی و مفهوم احکام مقرر در لایحه قانونی تشکیل دادگاه مدنی خاص

بخش‌های زیادی از احکام قانون حمایت خانواده ملغی‌الاثر^۱ شد و بار دیگر مردان اختیار پیدا کردند که با استفاده از ماده ۱۱۳۳ قانون مدنی همسران خود را در دفترخانه‌ها طلاق بدهند و وضعیت طلاق از امر قضایی خارج شد. تا اینکه هرج و مرجی در این وضعیت پدید آمد و در نهایت به ناچار لایحه قانونی تشکیل دادگاه مدنی خاص در مهر ماه ۱۳۵۸ به تصویب رسید. مطابق این لایحه مهم ترین مواد قانون حمایت خانواده نسخ شد.

۱. اگرچه در این سال‌ها قانون صریحی بر لغو قانون حمایت خانواده تصویب نشده است اما بر اساس مفهوم برخی قوانین نظیر تبصره ۲ لایحه قانونی تشکیل دادگاه مدنی خاص در رویه قضایی، ارجاع به این قانون متروک شد و برخی نظرات شورای نگهبانی مثل نظر تفسیری شماره ۱۴۸۸ مورخ ۶۳/۵/۹ بر بی اعتباری برخی مفاد این قانون (مثل ماده ۱۷) صادر شد اما در قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱ پس از بحث بسیار روی ماده ۲۳ لایحه حمایت خانواده که موضوع ازدواج مجدد مرد را مطرح کرده بود، با حذف این ماده از لایحه، عنوان قانون سال ۱۳۵۳ را از فهرست قوانین منسوخ حذف کرد تا قصاصات همانند سابق بتوانند در این موضوع، به ماده ۱۶ قانون سال ۱۳۵۳ استناد کنند.

در تبصره ۲ این لایحه قانونی تصریح شده بود به این که «موارد طلاق همان است که در قانون مدنی و احکام شرع مقرر گردیده ولی در مواردی که شوهر به استناد ماده ۱۱۳۳ قانون مدنی تقاضای طلاق می‌کند دادگاه بدواً حسب آیه کریمه (إِنْ خِتْمُ شِقَاقَ بَيْنَهُمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَ حَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقُ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَيْمًا خَبِيرًا) موضوع را به داوری ارجاع می‌کند و در صورتی که بین زوجین سازش حاصل نشود اجازه طلاق به زوج خواهد داد. در موادی که بین زوجین راجع به طلاق توافق شده باشد، مراجعته به دادگاه لازم نیست.....» بنابراین بر اساس این قانون بعد از انقلاب برای طلاق به تقاضای زوج ضرورتی برای رسیدگی ماهیتی نبود و رسیدگی شکلی کافی بود، در نتیجه حکم ماده ۱۱۳۳ قانون مدنی مجدد احیا شده است.

طی دستورالعمل‌های مصوب شورای عالی قضائی وقت، به شماره ۱۳۶۱/۷/۱۹-۱/۳۴۸۲۳ و مقرر شد که ۱۲ شرط در قباله‌های ازدواج به چاپ برسد. این ۱۲ شرط عمدتاً همان موارد مقرر در ماده ۸ قانون حمایت خانواده بود و از این طریق بخشی از حقوقی که زنان به علت الغای قانون حمایت خانواده از دست داده بودند، از طریق تعبیه شروط ضمن عقد، با مضمون وکالت در طلاق (دیانی، ۱۳۷۹، ۲۴، ۱۶) جبران شد. در سال ۱۳۷۱ قانون اصلاح مقررات طلاق از تصویب گذشت و بر پایه آن تشریفات قضایی مربوط به طلاق تغییراتی کرد. اما می‌توان گفت همچنان از حق مطلق طلاق که خاص مردان بود، چیزی کاسته نشد. در این ماده واحده چنین آمده: «از تاریخ تصویب این قانون زوجهایی که قصد طلاق و جدایی از یکدیگر را دارند بایستی جهت رسیدگی به اختلاف خود به دادگاه مدنی خاص مراجعه و اقامه دعوی نمایند. چنانچه اختلاف فی‌مابین از طریق دادگاه و حکمین، از دو طرف که برگزیده دادگاه هستند (آن طور که قرآن‌کریم فرموده است) حل و فصل نگردید دادگاه با صدور گواهی عدم امکان سازش، آنان را به دفاتر رسمی طلاق خواهد فرستاد. دفاتر رسمی طلاق حق ثبت طلاق‌هایی را که گواهی عدم امکان سازش برای آنها صادر نشده است، ندارند. در غیر این صورت از سر دفتر خاطی، سلب صلاحیت به عمل خواهد آمد.». این قانون مشتمل بر ماده واحده و هفت تبصره بود که در ۲۱ اسفند ۱۳۷۰ در مجلس به تصویب

رسید. تبصره ۶ آن مورد اختلاف مجلس و شورای نگهبان قرار گرفته و به مجمع تشخیص مصلحت ارجاع شد.

در سال ۱۳۸۱ متن ماده ۱۱۳۳ قانون مدنی مورد اصلاح قانونگذار قرار گرفت و از حاکمیت مطلق و حق طلاق مرد به صورت کلی عدول شد و وضعیت فعلی ماده قانونی به تصویب رسید که طی آن اعمال حق طلاق توسط مرد مشروط به شرایط مقرر در قانون شده که شرایط آن متعدد است. مطابق این ماده «مرد می‌تواند با رعایت شرایط مقرر در این قانون با مراجعته به دادگاه تقاضای طلاق همسرش را بنماید.» در سال ۱۳۹۱ نیز قانون حمایت از خانواده به تصویب رسید و بسیاری از تأسیسات قانونی قبل از انقلاب را احیا کرد به موجب ماده ۲۴ این قانون طلاق امری قضایی شناخته شد و باز هم حاکمیت مرد بر طلاق کاملاً مردود شد. در این ماده آمده است «ثبت طلاق و سایر موارد انحلال نکاح و نیز اعلام بطلان نکاح یا طلاق در دفاتر رسمی ازدواج و طلاق حسب مورد پس از صدور گواهی عدم امکان سازش یا حکم مربوط از سوی دادگاه مجاز است.»

با این وصف ملاحظه می‌شود که در اصلاحیه سال ۱۳۸۱ و نیز قانون حمایت خانواده سال ۱۳۹۱ هرچند تغییر ماهوی در قواعد راجع به طلاق ایجاد نشده است، اما به لحاظ شکلی، ثبت طلاق در دفترخانه موكول به مراجعته به دادگاه و گرفتن گواهی عدم امکان سازش شده است و در نتیجه در عمل استفاده از اعمال حق طلاق برای زوج با این محدودیت‌ها مواجه شده است.

اکنون با آگاهی مختصری که از سیر تحولات این قانون پدید آمد، به بررسی مبانی حکم اولیه ماده ۱۱۳۳ (ق. م) می‌پردازیم.

۶- مبانی قاعده حاکمیت مطلق زوج (ماده ۱۱۳۳ قانون مدنی قبل از

تعديل)

حکم ماده ۱۱۳۳ (ق.م) مبنی بر اینکه طلاق حق مطلق و همواره مرد است، متکی بر نظر مشهور فقهای امامیه بوده است چراکه آنان نیز به استناد روایات وارد در این باب، به این ترتیب فتوا داده‌اند. (مهرپور، ۱۳۷۹: ۱۲۲) این حکم بر پایه حدیث نبوی با عنوان (الطلاق بید من أخذ بالساق) استوار بود و توسط شیعه و سنی مورد پذیرش قرار گرفته است. در مبانی این قاعده، موارد زیر گفته شده است.

^{۱۶}- آیات متعدد قرآن، هنگام صحبت از طلاق، مورد را خطاب قرار داده است. نظری

۱ سوره طلاق که می فرماید (یا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ). همچنین آیه ۲۲۶ سوره بقره که می فرماید (لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً) و همچنین آیه ۴۹ سوره احزاب که می فرماید (یا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكْحَتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ). ملاحظه می شود که این آیات حاکی از آن است که طلاق دادن را به مردها نسبت داده است. بنابراین زوج می تواند با رعایت شرایط صحت طلاق، بدون جلب نظر و موافقت زن، و یا مراجعته به دادگاه و اخذ حکم و بدون الزام به داشتن دلیل موجه و یا علل و جهات خاص، همسر خود را طلاق دهد. (مهرپور، ۱۳۷۴: ۲۳۳) در واقع مفاد آیات مذبور دلالت التزامی دارند بر اختیار زوج در امر طلاق.

۶-۲- در سنت پیامبر نیز روایاتی وجود دارد که شیعه و سنّی آنها را نقل کرده‌اند. از جمله روایاتی که شیعه نقل کرده نظیر روایتی از پیامبر اکرم (ص) که می‌فرمایند: «از جمله کسانی که دعايشان مستجاب نمی‌شود مردی است که زنش را نفرین می‌کند در حالی که اختیار طلاق در دست او است.»^۱ (شيخ صدوق، ۱۳۶۲: ۲۹۹ - حرعاملی، ۱۴۱۲: ۱۳) و علاوه بر آن حدیث نبوی که در

١. قالَ رَسُولُ اللَّهِ صَ خَمْسَةً لَا يُسْتَجَابُ لَهُمْ رَجُلٌ جَعَلَ اللَّهُ بِيَدِهِ طَلاقَ امْرَأَتِهِ فَهِيَ تُؤْذِيهِ....

منابع اهل سنت آمده است و بسیار به آن استناد شده است، روایتی است که می‌فرماید «ما بالا حکم یزوج عبده امته. ثم یرید أن یفرق بینهما؟ إنما الطلاق لمن أخذ بالسوق» (ابن ماجه، بی‌تا: ۶۷۲). ترجمه این حدیث آن است که پیامبر اسلام در مقام شماتت این افراد که مالکان کنیز و برده هستند، می‌فرمایند که (چه شده است شما را که فردی کنیزش را برای عبدهش تزویج می‌کند و می‌خواهد بین آن دو جدایی بیندازد. در حالی که طلاق حق کسی است که از زن، استلذاذ می‌نماید.) (شیخ الاسلامی، ۱۳۷۰: ۱۷۹). البته از فقیهان امامیه نیز بزرگانی مثل ابن ادریس حلی و علامه حلی در کتب فقهی خود به این حدیث، استشهاد کرده‌اند (ابن ادریس، ۱۴۱۰: ۶۰۰ و علامه حلی، ۱۹۸۲: ۵۳۴). مطابق این نصوص، قاعده (الطلاق يد من أخذ بالسوق) بین فریقین شکل گرفته و بر پایه آنها حکم اولیه ماده ۱۱۳۳ قانون مدنی به تصویب رسیده است.

استاد شهید مرتضی مطهری در پاسخ به این که چرا طلاق در اختیار مرد هست فلسفه و حکمت آن را به شرح زیر ارائه می‌کند (مطهری، بی‌تا: ۳۱۵-۳۱۶).

بنابراین «اگر شعله محبت از ناحیه مرد خارج شود آن ازدواج از نظر طبیعی مرد است» ایشان در توضیح بیشتر می‌فرمایند: «همان‌طور که طبیعت کلید فسخ طبیعی ازدواج را به دست مرد داده، اسلام نیز متابعت از قانون طبیعت نموده است. زیرا از نظر روانشناسی محبت مرد می‌تواند محبت زن را نیز به وجود آورد. یعنی این مرد است که با بی‌علاقگی او را نسبت به خود طرد می‌کند. برخلاف زن اگر بی‌علاقگی از او شروع شود تأثیری در علاقه مرد ندارد بلکه مرد را تیزتر می‌کند. سردی و خاموشی مرد و زن پایان حیات خانوادگی است. اما سردی و خاموشی زن نسبت به مرد آن را به صورت مریضی نیمه جان در می‌آورد که امید به بهبود و شفا دارد و در صورتی که بی‌علاقگی از ناحیه زن شروع شود مرد عاقل و وفادار می‌تواند با ابراز محبت و مهربانی، علاقه را به زن بازگردداند.»

علت دیگری که برخی از حقوق‌دانان در این خصوص مطرح کرده‌اند عبارت از این است که زنان در احساسات خود قوی‌ترند و ممکن است از روی احساس مبادرت به یک تصمیم آنی و نسنجیده بگیرند و موجب از هم گسیختن زندگی زناشویی کنند (دبانی، ۱۳۸۷: ۲۲۷). بنابر حکم اولیه

اسلام که از سنت نبوی (الطلاق بید من أخذ بالساق) برگرفته شده است (نوری، ۱۳۶۸: ۳۰۶-۳۰۷- علامه حلی، ۱۹۸۲: ۵۳۶-۵۳۴- ابن ابی جمهور، بی تا: ۲۳۴-بروجردی، ۱۴۱۵: ۱۰۰-سیوطی، بی تا: ۱۴۳) و مستفاد از روایت نبوی انحصار طلاق در دست شوهر در مقابل احترام به طلاق از سوی صاحب برد و کنیز است و الزاماً در برابر خود زوجه نیست. به بیان دیگر، با توجه به اینکه شان نزول این حدیث نبوی در مقام اعمال اختیار طلاق به وسیله صاحب و مالک کنیز بوده و برای رد اختیار او بیان شده است. بنابراین نمی‌توان مفاد آن را مانعی برای مقررات‌گذاری از سوی حکومت صالح در جهت رعایت مصالح خانواده‌ها و جلوگیری از طلاق‌های بدون علت و جهت و محدود کردن حاکمیت مطلق مرد با مقرر کردن دادگاه دانست (مهرپور، ۱۳۷۹: ۱۹۵). بر این اساس به مقتضای قاعده لاحرج، انحصار امر طلاق در دست مرد منتفی می‌گردد و در موارد عسر و حرج دادگاه شرع سرانجام زوج را اجبار به طلاق می‌کند و چنانچه زوج نپذیرد، برای جلوگیری از مشقت و حرج، دادگاه راساً خود ایقاع طلاق می‌کند. از این رو با استدلال به قاعده لاحرج شرط بودن انحصار امر طلاق در دست زوج ساقط می‌شود و روایت ابی بصیر^۱ نیز بر این معنا دلالت دارد (دیانی، ۱۳۸۷: ۲۳۸). در این میان برخی از فقیهان معاصر نیز در تطبیق این قاعده بر ماده ۱۱۳۳، این اختیار را بنابر حکم ثانوی برای حاکم شرع ثابت می‌دانند که طلاق مرد را به مواردی موكول کند که مرد دلیل موجهی داشته باشد. به عنوان مثال آیت الله مکارم شیرازی در پاسخ به استفتائی درباره اطلاق ماده ۱۱۳۳ قبل از اصلاح و مطابقت حکم این ماده با حدیث نبوی «الطلاق بید من أخذ بالساق» چنین فرمودند: «مطابق حکم اولیه، اختیار طلاق در دست زوج است، بنابراین وی می‌تواند در هر زمانی، زوجه را طلاق دهد. اما با توجه به عناوین ثانویه‌ای که از شرایط خاص زمان حاضر الهام گرفته شده است، حاکم شرعی می‌تواند اذن به طلاق را در مواردی که توجیه منطقی دارد، به تاخیر

۱. ابی بصیر قال: سمعت ابا جعفر علیه السلام یقول: "من كانت عنده امرأة فلم يكسها ما يوارى عورتها و يطعمنها ما يقيم صلبها كان حقا على الإمام أن يفرق بينهما" (أبو بصير گوید: از امام باقر علیه السلام شنیدم که می‌فرمود: هر آن کس که زوجه‌ای دارد و به حال او رسیدگی نمی‌کند با لباس مناسبی او را نمی‌پوشاند و خوراک درستی به او نمی‌دهد بر حاکم است که طلاق او را از مرد بگیرد، و از یک دیگر جدایشان سازد)، (شیخ صدوق، ۱۴۱۳: ۴۴۱-فیض کاشانی، ۹. ۱۴) (۷۸۹)

بیندازد.»^۱ (مکارم شیرازی، ۱۳۸۵: ۲۱۴). اما برخی دیگر اختیار طلاق را برای مرد (بنابر روایت مذکور) از شروطی می‌دانند که به احکام وضعی که اختیار و تسلط بر آن‌ها از طرف شارع به دست شرط‌کننده واگذار نشده است، تعلق یافته. به این معنا که این امور، به هیچ وجه تحت اختیار مکلف نیست و شرط مخالف با آن، مخالف با کتاب و سنت تلقی خواهد شد (جنوردی، ۱۴۰۱: ۴۵۸). در این میان برخی از فقهیان معاصر نیز معتقد‌اند که: «طلاق چه از طرف مرد و چه از طرف زن در صورتی جایز و گذرا است که ادامه زندگی، ادامه عسر یا حرجی باشد که به هیچ وسیله‌ای (حتی با حضور حکمین) برطرف شدنی نباشد. که در این صورت طلاق از هر یک از دو همسر حلال و گذرا است، و تنها یک جانبه بودن عسر یا حرج گذرا نیست زیرا این مقتضای لزوم طرفین عقد است که یا باید با رضایت طرفین باشد و یا عذری یک طرفی مانند عسر و حرجی اصلاح‌نشدنی در کار باشد» (صادقی تهرانی، ۱۳۸۴: ۳۲۲).

۷- عوامل مؤثر بر تحول در ماده ۱۱۳۳

به طور کلی عوامل اجتماعی متعددی بر تحولات قانون‌گذاری مؤثر است (کاتوزیان، ۱۳۸۸: ۴۱۹ – کاتوزیان، ۱۳۷۶: ۱). و عوامل متعددی برای محدودسازی حق طلاق توسط مرد وجود دارد. این عوامل به منزله نیروهای اجتماعی فعال در سطح جامعه است که در نهایت قانون‌گذار را ناچار به پذیرش واقعیت و تغییر در حکم ماده ۱۱۳۳ کرد و قاعده (الطلاق بید من أخذ بالساق) را کاملاً محدود و بلکه مذوف کرده است. به نحوی که در حال حاضر این قاعده عملاً محدود و متعادل شده و از شمار قواعد فقهی قابل اجرا حذف شده است. به نظر می‌رسد. اهم این عوامل به شرح زیر است.

۱. طبقاً للعنوان الأولى فإنَّ اختيار الطلاق بيد الزوج، فيمكنه أن يطلقبها في أى وقت، ولكن نظراً للعناوين الثانوية المستوحاه من الظروف الخاصه في العصر الحاضر، فإنَّ الحكم الشرعي يمكنه تأخير الاذن بطلاق الزوج في بعض الموارد التي تكون بتوجيه معقول.

۱-۷- ضعف ادله فقهی بر اساس اجتهاد پویا

قاعده مزبور از نظر فقهی دارای بنیان استدلالی و فقهی قوی نمی باشد؛ زیرا:

۱-۱- نص صریحی در قرآن کریم بر حاکمیت بی قید و شرط زوج در اختیار طلاق وجود ندارد.

۲-۱- اینکه در آیات قرآن از ضمیر جمع مذکور استفاده و طلاق دادن به مردان نسبت داده شده است، دلیل کافی بر انحصار حق طلاق مردان نیست. زیرا اولاً در جامعه مخاطب عصر نزول آیات، مردان حق طلاق داشته اند و حکم قرآنی ناظر به آن مخاطب بوده است.^۱ ثانیاً استفاده از ضمیر جمع مذکور هنگامی که مخاطب آن هر دو جنس مذکور و مونث باشد، نمونه های مشابه فراوانی دارد. مثلاً در آیاتی که نماز، روزه، حج و... را واجب کرده، تماماً از ضمیر ویژه جمع مذکور استفاده شده است و این موضوع موجب اختصاص تکلیف به مردان نیست. ذکر این نکته لازم است که تمامی آیات مربوط به طلاق از این جنس نبوده و آیه اول سوره طلاق^۲ صراحتاً مردان را مخاطب قرار داده زیرا درباره طلاق زن در عده صحبت می کند. اما این آیه نیز دلالت بر حق انحصاری مرد بر طلاق ندارد، چراکه فهمیدن حصر و انحصار حق طلاق از این آیات فاقد هرگونه دلیل اثباتی است و فرض معمول و رایج از طلاق را می گوید که مردان تصمیم به طلاق می گیرند. بنابراین نمی توان برای استنباط حق انحصاری مردان در طلاق از این آیه استفاده کرد. ثالثاً نوعاً پیشنهاد طلاق را زوج مطرح می کند و به اصطلاح اصولی «وارد، مورد غالب است».

۱. از این استدلال نباید نتیجه گرفت که آیات قرآن کریم، تاریخ مند بوده و مربوط به عصر و زمان خودش باشد و در اعصار بعدی تعمیم پذیری و اعتبار نداشته باشد. بلکه آنچه مورد نظر پژوهشگر در این استدلال است، آن است که برای شناخت دقیق موضوع این آیات لازم است بدؤاً ویژگی های دقیق مخاطب عصر نزول آیات شناسایی شود تا برای تعمیم حکم مقرر در آیات به اعصار بعدی، دقت لازم در شناسایی موضوع به عمل آمده باشد. به عبارت دیگر، آیات قرآن اعتبار قضایای حقیقیه را دارد اما زمانی که به صورت قضیه شخصیه مطرح می شود برای تعمیم پذیری آن ها و قاعده سازی از آن ها باید دقت های راجع به تعمیم پذیری و قاعده سازی آن ها اعمال شود.

۲. **بِأَيْمَانِ النِّسَاءِ إِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَاحْصُوا الْعِدَّةَ**

البته ممکن است گفته شود که زنان بیشتر متفاضل طلاق هستند و برای کنترل پدیده طلاق حق طلاق به مرد داده شده است و افزایش طلاق توسط مردان از آن جهت است که مردان حق طلاق را دارند. اما این گونه ادعاهای اینجا باید مستند به نتیجه پژوهش و تحقیقاتی روشنمند اجتماعی باشد یعنی نمی‌توان بدون مستند ادعا کرد که زنان بیشتر متفاضل طلاق هستند و افزایش طلاق توسط مردان از آن جهت بوده که آنان دارای حق طلاق هستند. رابعًا آیات دیگری نیز در قرآن وجود دارد که اطلاق آیه را از بین می‌برد؛ مثل آیاتی که در بیان نفی عسر و حرج و حفظ کرامت انسانی آمده است^۱ البته ممکن است در این خصوص گفته شود که رفع حکم به استناد حرج مستند به آیات متعدد و احکام اولیه‌ای همچون آیه ۱۸۵ سوره بقره^۲ و آیه ۷۸ سوره حج^۳ است. بر این اساس ممکن است ادعا شود تقييد آیه به دليل حرج قبل تأمل است. در حالی که مقيد شدن برخی از آیات به آیات دیگر از بدیهیات علم اصول است و هیچ تردیدی در آن وجود ندارد. با فرض اینکه دو آیه متقابل یکدیگر داشته باشیم و یک آیه دلالت بر اختیار حق طلاق برای مرد داشته باشد و آیه دیگر دلالت بر عدم تجویز وضعیت حرجی، طبیعی است که در این حالت آیه مطلق، حمل بر مقید می‌شود و به اصطلاح گفته می‌شود شمول دلیل مطلق به وسیله دلیل مقید تضیيق شده است (مرکز اطلاعات و مدارک اسلامی، ۱۳۹۰: ۴۳۷). بنابراین اگر انحصار و حاکمیت بی قید و شرط اراده زوج در اجرای طلاق کافی باشد، تعارضی جدی با این نوع آیات رخ می‌دهد. چراکه ورود دو حکم متفاوت در اینجا صادق است. زیرا، معمولاً زن در حین طلاق و خصوصاً پس از آن آسیب‌پذیری و سختی‌های زیادی را متحمل می‌شود و از این جهت اجازه طلاق دارد که برخلاف مستند قرآنی مذبور خواهد بود. البته باید توجه داشت که حرج برای قائل شدن طلاق برای زن می‌تواند استفاده شود نه برای حق متعارف مرد بر طلاق. خامساً چگونه می‌توان تصور کرد که

-
۱. برای مطالعه بیشتر به کتاب نظریه عمومی نفی دشواری در حقوق اسلامی (آیت الله دکتر سید مصطفی محقق داماد) مراجعه نمایید.
 ۲. يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَ لَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ
 ۳. وَ مَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حُرْجٍ

شارعی که طلاق برایش «بغض الاشياء» است (ابی داود، ۱۴۱۰: ۴۸۴ - کلینی، ۱۴۰۷: ۳۲۸)، اسباب ارتکاب آن را به این راحتی مهیا کرده و اجازه بی قید و شرط اجرای طلاق را به زوج داده باشد؟ و خود پیامبر (ص) نیز به عنوان صاحب شریعت از این حق استفاده کرده باشد؟ سادساً حتی اگر این، یک حق برای زوج محسوب شود، نباید او اعمال حق خویش را وسیله اضرار دیگری قرار دهد چراکه قاعده «لاضرر و لا ضرار...» در شریعت اسلام بر احکام جزئی حاکم بوده و اجازه بی قید شرط طلاق توسط زوج را محدود می‌کند.. بنابر این اطلاق این آیه انصراف به حق انحصاری و حاکمیت بی قید و شرط زوج در طلاق ندارد. اما این حدیث نبوی از ۵ جهت قابل نقد است، اولاً از طرق شیعه نقل نشده و سلسله اسناد آن از طرق عامه است و در همان کتب عامه نیز به دو طریق نقل شده است که در هر دو طریق آن، ضعف سند وجود دارد (صانعی، ۱۳۸۶: ۴۷). ثانیاً ناظر به وضعیت عملی و سنت رایج روزگار زمان صدور بوده است^۱ و ثالثاً مفاد روایتی که ذکر شده به درستی نشان می‌دهد که مفاد روایت مزبور ناظر به نظام بردهداری بوده که در زمان فعلی منسخ است زیرا متن روایت حاوی دو قسمت است که قسمت اول آن صریحاً در خصوص مداخله صاحبان کنیزان و بردهگان در روابط زناشویی آنها است و در قسمت دوم که کاملاً ناظر به قسمت اول است مفاد این حدیث آمده است و نمی‌توان تفسیر قسمت دوم را با قطع نظر از قسمت اول و به صورت مطلق قرار داد و مفاد آن را به خارج از روابط نظام بردهداری تعمیم داد. و رابعاً منظور از این روایات هم سلب اجازه و اختیار خودسرانه صاحبان بردهها بوده که نتوانند بدون اجازه بردهگانی که با هم ازدواج کرده‌اند ازدواج آنها را برهم زده و با سوء استفاده از حق مالکیت خودشان در روابط زوجیت بردهگان مداخله کنند که از این حیث این روایات مفادی کاملاً اخلاقی و انسانی را مطرح می‌کنند اما در گذر زمان دستخوش برداشت‌های تاریخی و جنسیتی شده و تبدیل به امری کاملاً متفاوت شده‌اند به گونه‌ای که از حیث نتیجه منتهی به استبداد جنسیتی شده و

۱. از این استدلال نباید تصور شود که پژوهشگران معتقد هستند که روایات محدود به زمان خودشان بوده‌اند بلکه تاکید پژوهشگران بر فهم دقیق روایت است به گونه‌ای که موضوع و محمول روایت با دقت شناخته و ویژگی‌های موضوع و مورد روایت برای تعمیم‌پذیری آن لحاظ شود و قاعده‌سازی و تعمیم دادن موضوع روایت بدون لحاظ ویژگی‌های مورد، انجام نشود.

مالکیت مطلق زوج را بر حق طلاق پدید آورده است. یقیناً بررسی تاریخی این روایات می‌تواند شواهد متعددی در این خصوص ارائه کند.^۱ خامساً روایات دیگری نیز وجود دارد که در مقابل این روایت است مانند روایاتی که درباره «ذوقیت»^۲ وارد شده و در آن‌ها، گفته شده که آن اشخاص مورد غضب خداوند هستند و طبیعی است که ذوقیت با طلاق‌های بدون دلیل و آزاد و بی حساب ملازمه دارد. اما فلسفه‌ای که استاد مطهری و دیگران برای دفاع از این حکم مطرح کرده‌اند نیز به دلایل مختلف پذیرفته نیست. زیرا اولاً مستند و روش‌شناسی احراز این فلسفه را ارائه نکرده‌اند. ثانیاً شواهد و مستندات معکوس هم می‌توان نسبت به فرمایش ایشان ارائه کرد و ثابت کرد که در مواردی زنان توانسته‌اند مردان افسرده را به زندگی دلگرم و امیدوار کنند و ثالثاً از نظر متولوژی فقه شیعی هیچ اعتباری برای این گونه استحسانات نمی‌توان پیدا کرد بلکه بی‌اعتباری آن‌ها در اصول فقه شیعه مسلم است (محقق داماد، ۱۳۷۲: ۱۷۴ – فاضل لنکرانی، ۱۳۸۵: ۷۰). البته ممکن است گفته شود که شهید مطهری در مقام تبیین روانشناختی برای مدعای بوده و در صدد استناد به استحسان نبوده‌اند. اما این سوال مطرح می‌شود که مگر استحسانات چیزی غیر از تبیین و تحلیل‌های علمی، عرفی، اجتماعی و برداشت‌هایی است که بر حسب زمان و مکان متغیر بوده و حسن و قبح موضوعی را نشان می‌دهد؟ تفاوت در لفظ استحسان و تعبیر «تبیین روانشناختی» موجب نمی‌شود که ماهیت کار تغییر کند. آنچه مرحوم شهید در این بخش آورده‌اند استحسانی بی‌اعتبار است.

۷-۲- نیازها و واقعیت‌ها

واقعیت آن است که در شرایط اجتماعی فعلی، پذیرش مطلق قاعده (الطلاق بید من أخذ بالساق) موجب هرج و مرج شده و تضییع حقوق زنان را به دنبال داشته به گونه‌ای که قانون‌گذار جمهوری اسلامی حتی در سال‌های آغازین انقلاب اسلامی که نگرش‌هایی بسیار انساطی به احکام و قواعد اولیه فقهی به صورت فراگیر در سطح کشور وجود داشته، متوجه این هرج و مرج

-
۱. برای آگاهی از نمونه‌های مشابه به کتاب «الجذور التاريخية للشريعة الإسلامية» مراجعه کنید.
 ۲. شهید مطهری ذوق را چنین تعریف می‌کند: کسی که هدفش این است که زنان گوناگون را مورد کامجوئی و "چشش" قرار دهد. (مطهری، بی‌تا، ۷۷)

شده است و با وجود آنکه احکام بسیاری از قانون حمایت خانواده را خلاف شرع می‌دانسته، برای جلوگیری از طلاق سریع و ساده اقداماتی کرده و این اقدامات در فرایند قانون‌گذاری نیز انکاس پیدا کرده است. طبیعی است که این تغییرِ موضع قانون‌گذار تماماً بر پایه نیازها و خواسته‌های عمومی و واقعیت‌هایی بوده که در عمل با آن مواجه بوده‌اند.

۳-۷- حرکت‌های برابر طلبی زنان

به طور کلی نهادهای حقوقی جامعه تحت تاثیر نیروهای اجتماعی و خواسته‌های منطقی آنان تحول پیدا کرده و تعديل می‌شوند. مکانیزم‌های پیش‌بینی شده در قانون اساسی همچون مرجعیت شورای نگهبان برای تطبیق با نیازهای عمومی و اجتماعی همراه با رعایت ضوابط شریعت در این گونه موارد کاربردهای مثبت فراوانی دارد. از جمله مطالبات برابری طلبی زنان، آنگاه که با منطق قابل قبول و نیازهای منطبق با فرهنگ و جامعه ایرانی اسلامی حرکت کرده، همواره توانسته است دستاوردهای مناسبی را به دست آورد و تغییراتی را در سطوح قوانین پدید آورد که تغییرات این قانون از جمله آن‌هاست. تلاشی که برخی از این افراد انجام داده‌اند و انتقاداتی که بر قوانین بعد از انقلاب داشته‌اند همگی به نحوی در تغییرات بعدی قانون‌گذار پاسخ گرفته و به نظر می‌رسد که تا حدودی نظر آنها تأمین شده باشد (کار، ۱۳۷۸: ۷۴).

۴-۷- قاعده عسر و حرج به عنوان یک ظرفیت درونی فقه

بنیان قاعده عسر و حرج، فرآگیرتر از حدیث نبوی (الطلاق بید من أخذ بالساق) بوده و در ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی نیز پذیرفته شده و در سابقه فقهی نیز بنیانی محکم دارد. در واقع حدیث نبوی (الطلاق بید من أخذ بالساق) حکمی فرآگیر نبوده و همواره در فقه نیز به عنوان امر مطلق پذیرفته نشده است. وجود سابقه قاعده لاحرج و همچنین پذیرش نوعی از طلاق به عنوان «طلاق حاکم» یا «طلاق قضایی» در سابقه فقهی موجب شده است که حدیث نبوی مزبور، امری مطلق و همواره نباشد و زمینه تغییرات بعدی آن و توسعه استثنایات و تعديل آن فراهم و در نگرش‌های فقهی نیز زمینه آن فراهم باشد. البته در سال ۱۳۶۱ بین فقهای شورای نگهبان درباره ثمره این قاعده اختلاف نظرهایی وجود داشت. برخی معتقد بودند که زن به موجب عسر و حرج می‌تواند به

حاکم شرع مراجعت و تقاضای طلاق نماید و حاکم نیز پس از بررسی و ثبت موضوع، زوج را اجبار به طلاق می کند و چنانچه مرد از طلاق امتناع کرد، حاکم شخصاً اقدام به طلاق می نماید. بنابر نظر این گروه، علت حرج در اینجا تنها لزوم عقد نیست، بلکه انحصار طلاق به دست مرد، منشأ حرج است. در نتیجه با ادله حرج، این انحصار برداشته می شود. اما بعضی از فقهای این شورا نظر منفی داشتند و می گفتند: آنچه مستلزم حرج است، لزوم عقد در نکاح است و چنانچه ادله حرج در اینجا حاکم باشد، نهایتاً می تواند لزوم عقد را بردارد و برای زن حق فسخ ایجاد کند و با توجه به اینکه موارد فسخ، اجمالاً محدود است و این جزء آن موارد نیست، پس حق فسخ قهرآ متفقی می شود. امام خمینی در پاسخ به این استفتای شورای نگهبان، طریق احتیاط را در این بیان کردند که در ابتدا زوج را با نصیحت و الا با الزام وادار به طلاق نمایند و در صورت میسر نشدن، زوجه به اذن حاکم شرع طلاق داده شود (مهرپور، ۱۳۸۷: ۳۱۴).

۵-۷- نقش عنصر مصلحت

بنیان مصلحت و توجه به نیازها و واقعیت‌های روز، به عنوان عامل بسیار تأثیرگذار در سیر تحول حکم مقرر در ماده ۱۱۳۳ قانون مدنی، قابل روایت است. زیرا قانون‌گذار تعییر وضعیت فعلی ماده ۱۱۳۳ را به صورت دفعی و به شکل عقب نشینی در مقابل نیازها و تقاضاهای اجتماعی پذیرفت بلکه در طول مقررات‌گذاری بعد از انقلاب اسلامی در چند نوبت تلاش کرد تا آن را اندکی محدود کند. اما چند نوبت عقب نشینی قانون‌گذار موجب نشد که کنش‌گران حرکتها و نیروهای اجتماعی سازنده حقوق به این مقدار عقب نشینی قانع باشند و در نهایت با بنیان مصلحت؛ تعديل مناسب نسبت به حکم مقرر در ماده ۱۱۳۳ قانون مدنی ایجاد شد و اصلاحات سال ۱۳۸۱ قانون مدنی پذیرفته شد به گونه‌ای که در حال حاضر نگاه به دو حکم مقرر در ماده ۱۱۳۳ و تبصره آن نشان می دهد که تقریباً هیچ تفاوتی میان حق زن و مرد در طلاق وجود ندارد!! زیرا در ماده ۱۱۳۳، حق طلاق را برای مرد با دو شرط پذیرفته که عبارتند از: ۱- رعایت شرایط مقرر در قانون. ۲- مراجعت به دادگاه. در تبصره این ماده نیز همین موارد برای زن پیش‌بینی شده است. زیرا در تبصره این ماده هم آمده است که «زن نیز می تواند با وجود شرایط

مقرر در مواد ۱۱۱۹، ۱۱۲۹، ۱۱۳۰ این قانون از دادگاه تقاضای طلاق نماید». به عبارت دیگر مقایسه ظاهر این ماده و تبصره آن، حاکی از آن است که تقریباً تقاضای طلاق چه از سوی مرد باشد و چه از سوی زن، به صورت مساوی با دو قید پذیرفته است. ۱- رعایت شرایط مقرر در قانون ۲- مراجعه به دادگاه. البته در این خصوص نباید در خوشبینی افراط شود چراکه واقعیت این است که اصلاح ماده ۱۱۳۳ به صورت موجود، عمدتاً تلخی ظاهری ماده را گرفته است و اندکی مانع در مقابل اعمال اختیار مطلق مرد گذارده است و گرنه در ماهیت امر، مرد با مراجعه به دادگاه بدون اینکه مجبور باشد چیزی را اثبات کند، می‌تواند گواهی عدم امکان سازش را بگیرد و طلاق را محقق کند ولی زن باید با عسر و حرج و یا امتناع از دادن نفقة و یا تحقق هر یک از شروط ضمن العقد را اثبات کند تا دادگاه شوهر را ملزم به طلاق کند. البته بدیهی است که شرایط مقرر در قانون برای هر یک از زوج و زوجه به صورت متفاوت دیده شده و این گونه نیست که شرایط یکسانی برای هر یک از زوج و زوجه پیش‌بینی شده باشد بلکه شرایط مقرر در قانون، نسبت به هر کدام از زوجین متناسب با وضعیت وی پیش‌بینی شده است. بنابراین هم وصف قضایی بودن طلاق پذیرفته شده است و هم محدود بودن آن به موارد مصرح در قانون. در نتیجه سلب اختیار کامل مردان برای استفاده از حق طلاق محقق شده است و این موارد جز با تکیه بر عنصر مصلحت از نظر مبانی حقوقی اسلام قابل توجیه به نظر نمی‌رسد و بنابراین قدرت عنصر مصلحت در حل این مسائل، دارای مصاديقی بسیار مشهود و مسلم است.

۶-۷- جریان احکام ثانوی برای مشروع بودن قوانین و رعایت اصل ۴ قانون اساسی

استفاده از مکانیزم احکام ثانویه (دیانی، ۱۳۸۷: ۲۳۹) برای محدودسازی حدیث نبوی (الطلاق بید من أخذ بالسوق) نیز امری کاملاً مشهود است. زیرا از یک سو مطابق اصل ۴ قانون اساسی «کلیه قوانین و مقررات مدنی، جزائی، مالی، اقتصادی، اداری، فرهنگی، نظامی، سیاسی و غیر اینها باید براساس موازین اسلامی باشد. این اصل بر اطلاق یا عموم همه اصول قانون اساسی و قوانین و مقررات دیگر حاکم است و تشخیص این امر بر عهده فقهای شورای نگهبان است.» و از سوی دیگر قانون‌گذار با آزمون و خطای انجام شده در چند مرحله در نهایت به این حقیقت می‌رسد که

تعديل حق طلاق مرد، نيازى اجتماعى است و سطح زيادى از زندگى مردم و خانوادهها را درگير کرده است و ضرورت دارد تا به آنها توجهى جدى بشود و در نهايىت با عدول از قاعده فقهى مزبور وضعىتى پديد مى آيد که مکانيزم احکام ثانويه مى تواند برای آن پاسخ راهگشا داشته باشد.

۸- نحوه تحديد اعمال حق طلاق توسط مرد (موانع تعبيه شده قانونى):

بر اساس تحولات قانونى که در ارتباط با ماده ۱۱۳۳ قانون مدنی انجام شده است و مفاد آن را تعديل کرده است مقدمتا به اين سؤال مى پردازيم که منظور از تحديد حق طلاق چيست؟ و چه رابطه‌اي با صحت و بطلان طلاق دارد و در چه مواردي اين حق تعديل شده است؟

۱-۸- رابطه تحديد حق طلاق با صحت و بطلان طلاق

تحولاتى که منتهى به محدودسازى حق طلاق برای مرد شده است به گونه‌اي نبوده است که ايرادي به صحت شرعى طلاق وارد کند. به عبارت ديگر وضعیت حقوقی طلاق توسط زوج حتى با عدم رعایت شرایط قانونى دچار اختلال ماهوى نمى شود. يعني اگر مردی بدون رعایت شرایط و موانع پيش‌بینى شده برای تحديد حق طلاق مبادرت به طلاق دادن زوجه خود کند ضمانت اجرای اين فعل بطلان طلاق نىست بلکه حسب مورد مجازات كيفري مقرر در ماده ۴۹ قانون حمايت خانواده و نيز مجازات انتظامى برای سرفترى است که چنین طلاقى را به ثبت برساند. بنابراین وقتی از تحديد حق طلاق صحبت مى کنيم به معنای پيش‌بینى شرایط و موانع است که از نظر شکلی برای اعمال و اجرای اين حق فراهم شده است و تخلف از آن موارد موجب مسئوليت كيفري و انتظامى است و به اين ترتيب آزادى اوليه مرد را در اجرای صيغه طلاق محدود کرده است که در ادامه به ذكر اين شرایط و موانع مى پردازيم.

۲- لزوم مراجعة به دادگاه

اولين مانع اجرای طلاق و تحديد حاكميت زوج بر طلاق آن است (مهرپور، ۱۳۷۹: ۱۵۷) که مطابق حكم مقرر در اصلاح ماده ۱۱۳۳ و ماده ۲۹ قانون حمايت خانواده طلاق امری قضائي است و مرد برای اعمال آن باید به دادگاه مراجعت کند. بنابراین در هیچ حالتی بدون مراجعت به دادگاه اجازه وقوع طلاق و اعمال حق طلاق توسط مرد وجود ندارد. حتى توافق طرفين نيز

نمی‌تواند آن را تغییر دهد و مراجعه به دادگاه در هر حالت برای اعمال حق طلاق ضروری است. بنابراین ماهیت قضایی طلاق از جمله اولین موانع و پیش شرط‌هایی است که قبل از اجرای طلاق بر طرفین و از جمله به مرد تحمیل می‌شود و آنها باید برای اعمال حق طلاق به دادگاه مراجعه کنند.

۸-۳- لزوم ارجاع به داوری:

مراجعه مرد به دادگاه به تنها‌یی برای تجویز امر طلاق کفايت نمی‌کند. بلکه ضرورت دارد تا موضوع به داوری ارجاع شود. مستند ارجاع به داوری ابتدائاً در تبصره دو ماده ۳ لایحه قانونی تشکیل دادگاه مدنی خاص مصوب ۱۳۵۸^۱ آمده بود. سپس در ماده واحده قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق مصوب مجمع تشخیص مصلحت نظام در سال ۱۳۷۱ اضافه و موارد طلاق توافقی را نیز شامل شد ولی در نهایت در ماده ۲۷ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱، ارجاع به داوری را در طلاق توافقی استثنای کرده و گفته است (در کلیه موارد درخواست طلاق، به جز طلاق توافقی، دادگاه باید به منظور ایجاد صلح و سازش موضوع را به داوری ارجاع کند. دادگاه در این موارد باید با توجه به نظر داوران رأی صادر و چنانچه آن را نپذیرد، نظریه داوران را با ذکر دلیل رد کند) و البته ارجاع به داوری در مقررات قبل از انقلاب پیش‌بینی شده بود. مستند شرعی این اقدام، آیه ۳۵ سوره نساء است که در آن آمده است، و (إِنْ خَفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنَهُمَا فَابْعَثُوا حَكْمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكْمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوقِقُ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا^۲)

۱. موارد طلاق همان است که در قانون مدنی و احکام شرع مقرر گردیده است ولی در مواردی که شوهر به استناد ماده ۱۱۳۳ قانون مدنی تقاضای طلاق می‌کند دادگاه بدو حسب آیه کریمه (إِنْ خَفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنَهُمَا فَابْعَثُوا حَكْمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكْمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوقِقُ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا) موضوع را به داوری ارجاع می‌کند و در صورتی که بین زوجین سازش حاصل نشود اجازه طلاق به زوج خواهد داد. در مواردی که بین زوجین راجع به طلاق توافق شده باشد، مراجعه به دادگاه لازم نیست. حکم این تبصره در دادگاه‌های عمومی دادگستری نیز لازم‌الرعايه است.

۲. ترجیه آیت الله مکارم شیرازی: و اگر از جدایی و شکاف میان آن دو (همسر) بیم داشته باشید، یک داور از خانواده شوهر، و یک داور از خانواده زن انتخاب کنید (تا به کار آنان رسیدگی کنند). اگر این دو

۴-۸- صدور گواهی عدم امکان سازش

یکی دیگر از پیش شرط‌های طلاق این است که مراجعه مرد به دادگاه باید منتهی به صدور گواهی عدم امکان سازش شود (مهرپور، ۱۳۷۹: ۱۵۷). به این معنا که تا گواهی عدم امکان سازش صادر نشود، مرد نمی‌تواند برای اجرای صیغه طلاق و اعمال حق طلاق به دفاتر ثبت رسمی طلاق مراجعه کند. دادگاهها در عمل برای صدور گواهی عدم امکان سازش سختگیری‌های متعددی دارند. به گونه‌ای که مطابق ماده ۳۴ گواهی عدم امکان سازش حتی در صورت صدور نیز دارای مهلت اعتبار سه ماهه بوده و در صورتی که در این مدت برای ثبت طلاق به دفترخانه مراجعه نشود این گواهی اعتبار خود را از دست خواهد داد. صدور گواهی عدم امکان سازش نیز در سابقه قانون گذاری قبل از انقلاب وجود داشته است. (ماده ۸ قانون حمایت خانواده سال ۱۳۴۶) و در مقررات بعد از انقلاب نیز به کرات در قانون گذاری آمده است و آخرین بار در ماده ۲۴ قانون حمایت خانواده سال ۱۳۹۱ مورد تصریح و تأکید قرار گرفته است. البته برخی این الزام به اخذ گواهی عدم سازش حتی در طلاق‌های توافقی را، یک گام لنگان از جانب قانون گذار دانستند که نه تنها باعث کاهش آمار طلاق نمی‌شود؛ بلکه موجب کاهش آمار ازدواج خواهد شد (دیانی، ۱۳۷۹: ۱۱۳/۶).

۸-۵- پرداخت مهریه زوجه

اگرچه از نظر شرعی اولین و مسلم‌ترین حقی که زوج باید به زوجه پرداخت کند، مهریه او است و مطابق ماده ۱۰۸۲ قانون مدنی، به مجرد عقد، زوجه مالک مهریه می‌شود اما هنگام طلاق مطابق ماده ۲۹ قانون حمایت خانواده ۹۱ پیش‌بینی شده است که اساساً دادگاه قبل از صدور گواهی عدم امکان سازش، وضعیت مهریه به عنوان یکی از حقوق مالی زوجه را تعیین تکلیف کرده و ثبت صیغه طلاق را منوط به پرداخت حقوق مالی وی در رابطه با مهریه نموده است.

داور، تصمیم به اصلاح داشته باشند، خداوند به توافق آنها کمک می‌کند؛ زیرا خداوند، دانا و آگاه است و از نیات همه، با خبر است

۸-۶- نفقه ایام گذشته

یکی دیگر از حقوق مالی زوجه که مطابق ماده ۲۹ قانون حمایت خانواده ۹۱ قبل از ثبت صیغه طلاق در دفتر استناد رسمی باید توسط دادگاه تعیین تکلیف شود، مربوط است به نفقه ایام گذشته زوجه. مطابق ماده ۱۲۰۶ قانون مدنی، طلب زوجه از بابت مهریه، طلب ممتاز بوده و حتی در صورت افلاس یا ورشکستگی شوهر، زن مقدم بر غرما و حتی مقدم بر سایر افراد واجب النفقة است. که این موضوع در ماده ۱۲۰۳ قانون مدنی نیز آمده است.

۸-۷- جهیزیه و اموال مختص به زوجه

حق دیگری که مسلمًا جزء حقوق مالی زوجه است و طبق ماده ۲۹ قانون حمایت خانواده ۱۳۹۱ باید قبل از ثبت طلاق تعیین تکلیف شود، مربوط به جهیزیه زوجه است. جهیزیه طبق رسم جامعه ایران از منزل پدر زوجه به منزل شوهر آورده می‌شود و بنابراین در صورت انحلال رابطه زوجیت باید به او مسترد شود. تعیین تکلیف مسئله جهیزیه، مسائل متعددی را پدید می‌آورد. زیرا اثبات مواردی که سیاهه جهیزیه را تشکیل می‌دهد، معمولاً می‌تواند مورد اختلاف باشد. زیرا امضای زوجه در ذیل این سیاهه در مواردی درج نشده و در مواردی اصل آن سیاهه وجود ندارد و در مواردی نیز برخی از اقلام جهیزیه ممکن است با تقصیر یا بدون تقصیر زوج تلف شده باشد و این موضوع مورد اختلاف آنها گردد. علاوه بر این زیورآلاتی که زوجه همراه خود دارد و تصرفاتی که نسبت به اثاث البیت دارد، می‌تواند از مصادیق مورد اختلاف در رابطه با تعیین تکلیف جهیزیه باشد و بنابراین تا تشکیل توافق و تعیین تکلیف این اختلاف‌ها، صدور رأی دادگاه ممکن نیست و تا آن زمان هم اجرا و ثبت واقعه طلاق ممکن نیست.

۸-۸- پرداخت آنچه به واسطه شرط در ضمن عقد نکاح بر زوج الزامی است

پس از سال‌های اولیه انقلاب در همه اسناد ازدواج، پیش‌بینی شده است که چنانچه زوج بدون عذر موجه تصمیم به طلاق زوجه بگیرد، لازم است تا نصف دارایی که در دوران ازدواج به دست آورده است به صورت بلاعوض به همسر خود تمییک کند. این شرط برای تعديل حق انحلال یک جانبی عقد نکاح توسط مرد کارکرد بسیار بالایی دارد. البته اعمال این شرط منوط به

آن است که ازدواج مربوط به چند دهه اخیر پس از انقلاب باشد و به امضای طرفین رسیده باشد. با این وجود در عمل اختلافات متعددی بر سر شناسایی اموالی که زوج در طول دوره ازدواج به دست آورده است؛ وجود دارد و در تحلیل ماهیت حقوقی این شرط نیز اختلافات متعددی پدید آمده و حتی پژوهش‌های متعددی در رابطه با «شرط تنصیف دارایی» انجام شده است. به گونه‌ای که از نظر برخی صاحب‌نظران این تمهید محصل تقلید عجولانه و ناشیانه از حقوق کشورهای غربی و به خصوص کشورهای امریکای شمالی است. غافل از اینکه در آن کشورها زن، حقوق دیگری در قالب مهریه و نقهه مستحق نیست و زوجین به طور یکسان در قبال هزینه‌های زندگی خانوادگی مسئولیت دارند (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۱۹۵) و این موضوع اختلافات متعددی را پدید آورده است.

۸-۹- پرداخت اجرت‌المثل ایام زوجیت در صورتی که قصد تبع در کار نباشد

مطابق اصلاحاتی که در سال ۱۳۷۰ در ماده واحد مقررات مربوط به طلاق پیش‌بینی شد، آمده که «چنانچه زوجه کارهایی را که شرعاً به عهده وی نبوده، به دستور زوج و با قصد عدم تبع انجام داده باشد، دادگاه اجرت‌المثل کارهای انجام گرفته را با جلب نظر کارشناس یا به کمک عوامل دیگر محاسبه و زوج را به پرداخت آن ملزم می‌نماید.» این موضوع در سال ۱۳۸۵ با افزودن تبصره‌ای به ماده ۳۳۶ قانون مدنی، وضعیتی مستقر پیدا کرد و مفهومی را به نام «نحله» پدید آورد. مطابق این تاسیس چنانچه زوجه کارهایی را که شرعاً به عهده وی نبوده و عرفاً برای آن کار اجرت‌المثل باشد، به دستور زوج و با عدم قصد تبع انجام داده باشد و برای دادگاه نیز ثابت شود، دادگاه اجرت‌المثل کارهای انجام گرفته را محاسبه و به پرداخت آن حکم می‌نماید. البته بحث بسیار جدی در این خصوص وجود دارد که اساساً اثبات «قصد تبع» چگونه انجام می‌شود؟ و چه کسی بار تحمل اثبات آن را بر عهده دارد؟ (دینی، ۱۳۸۷: ۲۸۳) این موضوع در قالب نحله و «بخشش اجباری» پیش‌بینی شده است که تحلیل‌های متعددی در این خصوص وجود دارد.

۸-۱۰- جرم انگاری اجرای صیغه طلاق بدون مراجعته به دادگاه

یکی از موانعی که قانون گذار برای تعدیل حق طلاق مرد مقرر کرده بود، این بود که هیچ طلاقی قابل ثبت در دفاتر رسمی طلاق نمی باشد، مگر اینکه زوج گواهی عدم امکان سازش را از دادگاه کسب کرده باشد و تمامی حقوق مالی و حق حضانت فرزند را توافق کرده باشد. برای مقابله با این وضع بعضی از زوجها با استفاده از قواعد شرعی، بدون ثبت در دفاتر ثبت رسمی مبادرت به طلاق کرده و زن را به امید خدا رها کرده و به دنبال ثبت طلاق نیز نمی رفتند. این موضوع باعث شد که قانون گذار برای معنادار کردن و ایجاد الزام زوج برای ثبت طلاق نسبت به عمل «طلاق بدون ثبت» ناچار به جرم انگاری شده و سیاست سرکوبگرانه کیفری را در پیش گرفت. مطابق ماده ۶۴۵ قانون مجازات اسلامی بخش تعزیرات که در سال ۱۳۷۵ به تصویب رسید، «به منظور حفظ کیان خانواده ثبت واقعه ازدواج دائم، طلاق و رجوع طبق مقررات الزامی است، چنانچه مردی بدون ثبت در دفاتر رسمی مبادرت به ازدواج دائم، طلاق و رجوع نماید به مجازات حبس تعزیری تا یکسال محکوم می گردد.» بر این اساس هرگونه ثبت واقعه طلاق بدون مراجعته به دادگاه جرم انگاری تلقی شد و حقی که زمانی مردان به عنوان قاعده‌ای فقهی و مسلم در فقه اسلامی برای خود قائل بودند، مستلزم رعایت ترتیبات و تشریفاتی است از جمله ضرورت توجه به نظم و الزامات اجتماعی حقوق برابر آشناز کرد. بعدها هم در قانون سال ۱۳۹۱ همین مضمون در ماده ۴۹ قانون حمایت خانواده چنین آمد: «چنانچه مردی بدون ثبت در دفاتر رسمی به ازدواج دائم، طلاق یا فسخ نکاح اقدام یا پس از رجوع تا یک ماه از ثبت آن خودداری یا در مواردی که ثبت نکاح موقت الزامی است از ثبت آن امتناع کند، ضمن الزام به ثبت واقعه به پرداخت جزای نقدی درجه پنج و یا حبس تعزیری درجه هفت محکوم می شود. این مجازات در مورد مردی که از ثبت انفصال نکاح و اعلام بطلان نکاح یا طلاق استنکاف کند نیز مقرر است» البته اهمیت این جرم انگاری آنچه روشن می شود که توجه کنیم در قوانین قبل از انقلاب اسلامی (قانون حمایت خانواده) عدم ثبت واقعه طلاق جرم انگاری شده بود. پس از انقلاب اسلامی شورای محترم نگهبان این جرم انگاری را خلاف شرع اعلام کرد و زمینه اجرای حدیث نبوی

«الطلاق بيد من اخذ بالساق» را عملاً فراهم کرد اما در نهايٰت قانون گذار و شورای نگهبان با ظهور آثار و تبعات عدم ثبت طلاق به ضرورت اين تاسيس پی برند و با نيازها و واقعيات اجتماعی جامعه ايران آشناٰتر شدند و جرم انگاری مزبور را نه تنها خلاف شرع ندانستند بلکه آن را احیا نیز کردند. و به این ترتیب خصمانت اجرای کیفری برای عدم رعایت محدودیت‌های پیش‌بینی شده برای حدیث نبوی «الطلاق بيد من اخذ بالساق» را فراهم کردند.

۱۱-۸- تعیین تکلیف حضانت فرزند مشترک

یکی دیگر از موانعی که برای قبل از اجرای طلاق پیش‌بینی شد، مربوط است به تعیین تکلیف حضانت و ترتیبات ملاقات فرزند مشترک قبل از طلاق. این موارد در نهايٰت در قانون حمایت خانواده سال ۱۳۹۱ در ماده ۲۹ آمد و مقرر شد که: «دادگاه ضمن رأی خود با توجه به شروط ضمن عقد و مندرجات سند ازدواج، تکلیف جهیزیه، مهریه و نفقة زوجه، اطفال و حمل را معین و همچنین اجرت‌المثل ایام زوجیت طرفین مطابق تبصره ماده (۳۳۶) قانون مدنی تعیین و در مورد چگونگی حضانت و نگهداری اطفال و نحوه پرداخت هزینه‌های حضانت و نگهداری تصمیم مقتضی اتخاذ می‌کند. همچنین دادگاه باید با توجه به وابستگی عاطفی و مصلحت طفل، ترتیب، زمان و مکان ملاقات‌وى با پدر و مادر و سایر بستگان را تعیین کند. ثبت طلاق موکول به تادیه حقوق مالی زوجه است. طلاق در صورت رضایت زوجه یا صدور حکم قطعی دایر بر اعسار زوج یا تقسیط محکوم به نیز ثبت می‌شود. در هرحال، هرگاه زن بدون دریافت حقوق مذکور به ثبت طلاق رضایت دهد می‌تواند پس از ثبت طلاق برای دریافت این حقوق از طریق اجرای احکام دادگستری مطابق مقررات مربوط اقدام کند»

نتیجه‌گیری:

۱- ماده ۱۱۳۳ قانون مدنی از سال تصویب (۱۳۱۴) تا اصلاحات آن در سال ۱۳۸۱، در ظاهر به کلی دگرگون شده و ماهیتی کاملاً متفاوت را پیدا کرده است. مطابق این اصلاحات، قاعده حاکمیت مطلق و بی قید و شرط زوج بر طلاق شدیداً تحدید شد. البته اگرچه ظاهر ماده به کلی دگرگون شده ولی این اصلاح، در حقیقت، عمدتاً تلخی ظاهری ماده را گرفته است و اندکی مانع در مقابل اعمال اختیار مطلق مرد گذارد. ۲- تحلیل تحولات ماده مذبور بخشی از تاریخ حقوق کشور در خصوص نهاد مقرر در این ماده را تشکیل می‌دهد. ۳- اگرچه مهمترین عامل تغییرات این ماده، تحت تأثیر نیازها، ضرورت‌های اجتماعی و تمایلات برابر طلبی زنان صورت گرفته، اما به نظر می‌رسد که صرف نظر از عوامل مذبور، نگاهی منصفانه به آیات و روایات مربوط به حدیث نبوی «الطلاق بید من أخذ بالسوق» حاکی از آن است که اساساً این حدیث هیچ بنیان فقهی مستحکمی ندارد و برآمده از عرف و عادات زمان نزول بوده و از طرق اهل سنت نقل شده است و فقیهان شیعه نیز آن را مورد استناد در فتاوی خود قرار دادند. بنابراین تغییرات آن در پی نیازهای اجتماعی با مبانی فقهی روش‌مند نیز سازگار است و حق آن بود که متصدیان اجتهاد پویا قبل از مواجهه با این نیازها و در فضایی کاملاً علمی این حکم را تعديل می‌کردند. ۴- محدودیت‌هایی که در حال حاضر برای اعمال حق طلاق توسط مردان پیش‌بینی شده است، در حوزه‌های مختلف مالی، اجتماعی، خانوادگی فراگیر بوده و تکالیفی را برای قبل از طلاق و بعد از طلاق پیش‌بینی می‌کند و می‌تواند موجب تعادل و توازن حقوق طرفین شده و به عدالت نزدیک‌تر باشد. ۵- پیشنهاد می‌شود تجربه این تغییرات قانون‌گذاری برای تعديل سایر قواعد فقهی که احتمالاً با واقعیت‌ها و نیازهای اجتماعی ایران ناسازگار است مورد پژوهش‌های فقهی، جامعه‌شناسی، حقوقی، تاریخی و مطالعات اجتماعی قرار گیرد تا امکان شکوفایی و ایجاد تمدن ایرانی – اسلامی با شتاب بیشتری فراهم شود. بعون الله تعالى

منابع و مأخذ:

۱. ابن ابی جمهور، عوالی‌الثالی، جلد اول، نسخه آنلاین کتابخانه مدرسه فقاهت
۲. ابن ادريس حلبی، (۱۴۱۰ ق)، السرائر الحاوی لتحرير الفتاوى (و المستطرفات)، چاپ دوم، جلد دوم، قم، جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۳. ابی داود، سلیمان بن الاشعث، (۱۳۴۰ ق)، سنن ابی داود، به تحقیق سعید محمد اللحام، جلد اول، چاپ اول، بیروت، دارالفکر للطباعه و النشر و التوزیع.
۴. ابن ماجه، محمد بن یزید القزوینی، سنن ابن ماجه، به تحقیق: محمد فؤاد عبد الباقی، قاهره، انتشارات دار إحياء الكتب العربية، نسخه آنلاین کتابخانه مدرسه فقاهت
۵. استادی، رضا، (۱۳۸۸)، «عيوب موجب فسخ نکاح»، فصلنامه فقه اهل بیت، بهار و تابستان، شماره ۵۹-۵۸، ص ۹۴-۹۲.
۶. امامی، اسدالله؛ صفائی، سید حسین، (۱۳۹۸)، مختصر حقوق خانواده، چاپ پنجاه و دوم، تهران، انتشارات میزان.
۷. انصاری، مسعود؛ طاهری، محمدعلی، (۱۳۸۶)، دانشنامه حقوق خصوصی، چاپ دوم، تهران، انتشارات محرب فکر.
۸. بجنوردی، سید محمد، (۱۴۰۱ ق)، قواعدالفقهیه، چاپ سوم، تهران، انتشارت مؤسسه عروج.
۹. بجنوردی، میرزا حسن، (۱۳۷۷)، القواعدالفقهیه، جلد اول، چاپ اول، قم، الهادی.
۱۰. بروجردی، سید حسین، (۱۴۱۵ ق)، جامع أحادیث الشیعه، جلد بیست و دوم، تهران، انتشارات مولف.
۱۱. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، (۱۳۸۸)، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، جلد چهارم، چاپ چهارم، تهران، گنج دانش.
۱۲. حبیبی، حسن، (۱۳۸۷)، جامعه شناسی حقوقی (نمونه ای از یک بررسی و توصیف جامعه شناختی و مردم شناختی و آماری اسناد ازدواج و طلاق، تهران، اطلاعات.
۱۳. حرعاملی، محمدبن حسن، (۱۴۱۲)، وسائل الشیعه، جلد بیست و دوم، نسخه سوم، قم، موسسه آل الیت (علیهم السلام) لاحیاء التراث.

۱۴. دیانی، عبدالرسول، (۱۳۸۷)، حقوق خاتواده، چاپ اول، تهران، نشر میزان.
۱۵. دیانی، عبدالرسول، (۱۳۷۹)، «وکالت در طلاق، شیوه ای برای تعديل حق انحلال یک جانبه عقد نکاح»، ماهنامه دادرسی، شماره ۲۴، صص ۱۶-۱۹.
۱۶. دیانی، عبدالرسول، (۱۳۷۹)، «نقدی بر تحدیدهای قانونی اراده مرد در امر طلاق»، مجله مجتمع آموزش عالی قم، شماره ششم، صص ۹۷-۱۱۹.
۱۷. سیوطی، جلال الدین، الجامع الصغیر، جلد دوم، بیروت، انتشارات دار الفکر للطباعة والنشر والتوزیع، نسخه آنلاین کتابخانه مدرسه فقاهت.
۱۸. شهابی خراسانی، محمود، (۱۳۸۷)، ادوار فقهی، جلد دوم، چاپ ششم، تهران، سازمان چاپ و انتشارات وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
۱۹. شهید ثانی، (۱۴۲۳ ق)، مسالک الافهام الى شرایع الاسلام، جلد نهم، قم، موسسه المعارف الاسلامیه.
۲۰. شیخ‌الاسلامی، سید اسعد، (۱۳۷۰)، احوال شخصیه، تهران، مرکز نشر دانشگاهی تهران.
۲۱. شیخ صدقوق، محمد بن علی، (۱۴۱۳ ق)، من لا يحضره الفقيه، جلد سوم، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۲۲. شیخ صدقوق، محمد بن علی، (۱۳۶۲)، الخصال، جلد اول، چاپ اول، قم، جامعه مدرسین.
۲۳. صادقی تهرانی، محمد، (۱۳۸۴)، رساله توضیح المسائل نوین، چاپ سوم، تهران، امید فردا.
۲۴. صانعی، یوسف، (۱۳۸۶)، فقه و زندگی، چاپ اول، قم، انتشارات میثم تمار.
۲۵. عبدالکریم، خلیل، (۱۹۹۷ م)، الجذور التاریخیة للشريعة الإسلامية، بیروت، موسسه الانتشار العربي.
۲۶. علامه حلی، حسن بن یوسف، (۱۹۸۲ م)، نهج الحق، چاپ اول، بیروت، دارالكتاب اللبناني.
۲۷. فاضل لنکرانی، محمد، (۱۳۸۵)، ایضاح الكفایه، جلد ششم، چاپ پنجم، قم، انتشارات نوح.
۲۸. فیض کاشانی، ملا محسن، (۱۴۰۶ ق)، الوافى، جلد بیست و دوم، چاپ اول، قم، دفتر انتشارات اسلامی جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۲۹. قانون مدنی
۳۰. قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران



۳۱. قانون حمایت خانواده
۳۲. قانون مجازات اسلامی
۳۳. قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق
۳۴. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۵)، دوره مقدماتی حقوق مدنی (حقوق خانواده)، چاپ هفتم، تهران، شرکت سهامی انتشار.
۳۵. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۸)، فلسفه حقوق، جلد اول: تعریف و ماهیت حقوق، چاپ پنجم، تهران، شرکت سهامی انتشار.
۳۶. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۷۶)، «معماهی تجدید نظر در احکام و تعارض نیروهای اجتماعی نشریه دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران»، دوره ۳۸، تهران، دانشگاه تهران.
۳۷. کار، مهرانگیز، (۱۳۷۸)، ساختار حقوقی نظام خانواده در ایران، چاپ اول، تهران، انتشارات روشنگران و مطالعات زنان.
۳۸. کلینی، محمد بن یعقوب، (۱۴۰۷ ق)، الکافی، جلد پنجم، چاپ چهارم، قم، دارالکتب الاسلامیه.
۳۹. محقق داماد، سید مصطفی، (۱۳۷۲)، مباحثی از اصول فقه، جلد دوم، چاپ هفتم، تهران، انتشارات اندیشه های نو در علوم اسلامی.
۴۰. محقق داماد، سید مصطفی، (۱۳۹۸)، نظریه عمومی نفی دشواری در حقوق اسلامی، چاپ اول، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی.
۴۱. مرکز اطلاعات و مدارک اسلامی، (۱۳۹۰)، فرهنگ نامه علوم اسلامی اصول فقه، چاپ سوم، قم، پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی.
۴۲. مرکز تحقیقات شورای نگهبان، مجموعه نظریات شورای نگهبان، نسخه آنلاین سایت شورای نگهبان.
۴۳. مطهری، مرتضی، نظام حقوق زن در خانواده، تهران، انتشارات صدرا، (نسخه آنلاین کتابخانه مدرسه فقاهت).
۴۴. نائینی، احمد رضا، (۱۳۸۶)، مشرح مذکرات قانون مدنی، چاپ اول، تهران، مرکز پژوهش های مجلس شورای اسلامی.

۴۵. مکارم شیرازی، ناصر، (۱۳۸۵)، *الفتاوی الجدیده*، جلد سوم، چاپ اول، قم، انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب عليه السلام.

۴۶. ملک زاده، فهیمه، (۱۳۹۵)، *دانشنامه حقوقی (حقوق مدنی)*، جلد سوم، چاپ اول، تهران، مجلد.

۴۷. ملک زاده، فهیمه، (۱۳۹۶)، *قواعد فقه خانواده*، چاپ اول، تهران، مجلد.

۴۸. مکارم شیرازی، ناصر، (۱۳۷۳)، *ترجمه قرآن کریم*، چاپ دوم، قم، دار القرآن الکریم.

۴۹. مهرپور، حسین، (۱۳۷۴)، *دیدگاه های جدید در مسایل حقوقی*، چاپ دوم، تهران، اطلاعات.

۵۰. مهرپور، حسین، (۱۳۷۹)، *مباحثی از حقوق زن از منظر حقوق داخلی، مبانی فقهی و موازین بین المللی*، چاپ اول، تهران، اطلاعات.

۵۱. مهرپور، حسین، (۱۳۸۷)، *مجموعه مظريات شورای نگهبان*، چاپ اول، جلد اول، تهران، دادگستری.

۵۲. نوذری، حسنعلی، (۱۳۹۳)، *فلسفه تاریخ*، چاپ سوم، تهران، طرح نو.

۵۳. نوری، میرزا حسین، (۱۳۶۸)، *مستدرک الوسائل*، جلد پانزدهم، چاپ دوم، قم، موسسه آل البيت (ع) الاحیاء التراث.

۵۴. هاشمی شاهروodi، سید محمود، (۱۳۸۷)، *فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم السلام*، جلد پنجم، چاپ اول، قم، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی.

Restriction of the Rule regarding Unconditional Power of the Husband over Divorce in Jurisprudence and Iranian Statutory Law

Mehrpor, Hossein¹

Mohammad Javadeh Darvishzadeh²

Abstract

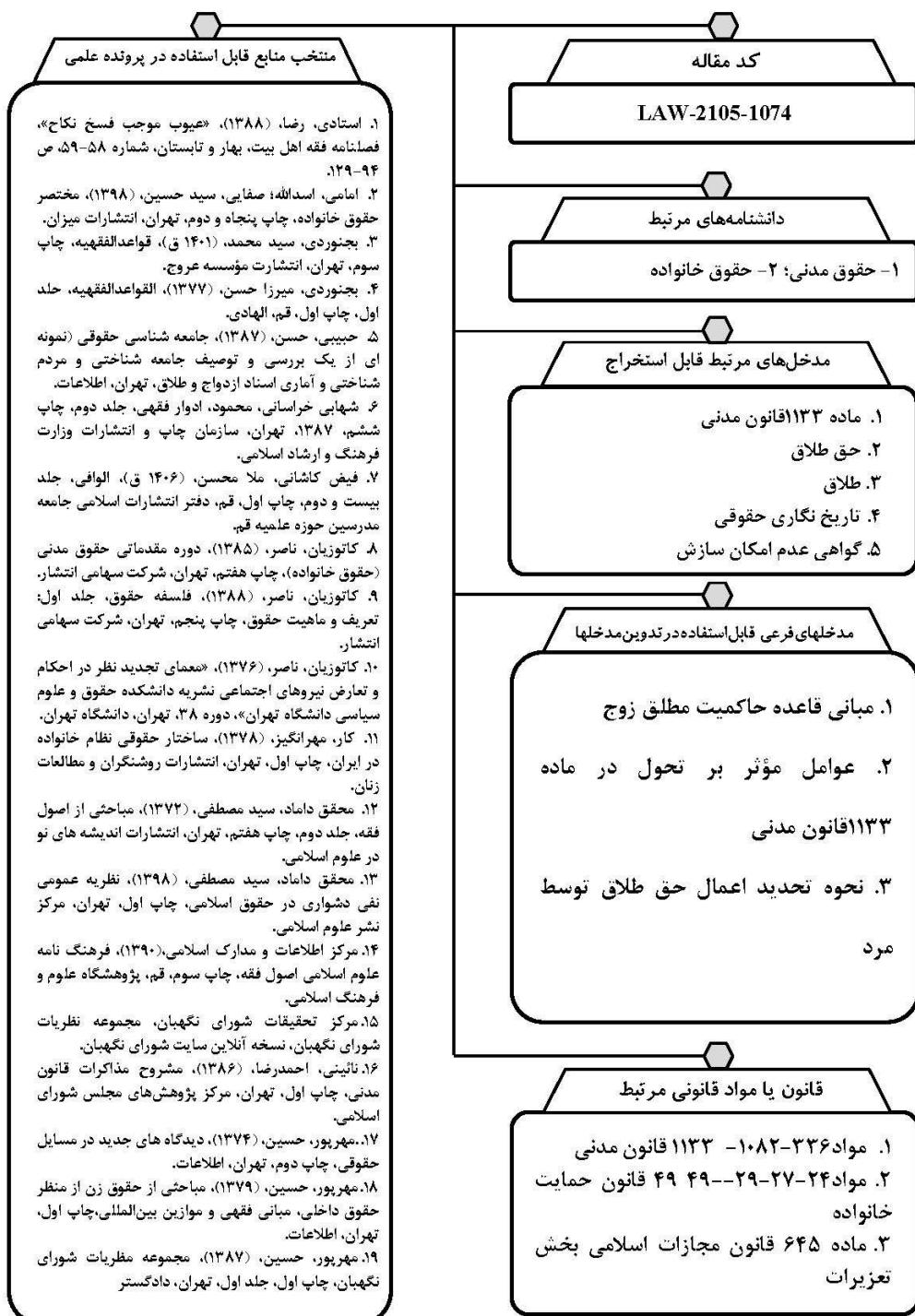
One of the important changes in the civil law after the Islamic Revolution is the amendment of Article 1133. The basis of this article is a Prophetic Hadith which says: "Divorce is at the disposal of the person who concludes the contract." "i.e. the husband." The aforementioned article has been completely changed since the year of its approval (1935) to its amendments in 2002 and has limited the absolute power of men over divorce by in position of various conditions. These changes have been made several times in the legislature for such reasons as social needs and realities, the element of expediency, the use of dynamic ijtihad, i.e. the endeavor of a Moslem scholar to deduce a law or rule of conduct which is not self-evident in the scriptural sources, and so on.

In the process of restricting this rule, obstacles such as criminalization of the exercise of the right to divorce without observation of legal formalities, the necessity of referring the case to the court, issuance of certificate of impossibility of reconciliation, referral to court appointed mediation in divorce proceeding, determination of the financial rights of the wife, etc. have been set to limit the exercise of this right. The main issue in this research concerns the legal history of the institution set out in Article 1133 of the Civil Code and tries to first explain the relationship between the ruling stipulated in this article and the aforementioned Prophetic Hadith and secondly to identify and evaluate how to limit the ruling stipulated in this jurisprudential ruling and the factors affecting it. The important finding of this research is the delineation of the analysis and explanation that has been presented regarding the manner in which Article 1133 initially entered the Civil Code in 1935, the developments it has undergone and identification of the factors affecting them. Thus, a page from the history of law in relation to this Article is analyzed and explained.

Key words: Article 1133 of civil code, "Divorce is at the disposal of the person who concludes the contract, i. e. husband", the right of divorce, divorce, legal historiography

-
1. Professor of Faculty of Law, Shahid Beheshti University.(Email: h-mehrpor@sbu.ac.ir)
 2. Graduated from level 3 of Marvi seminary And Master student of jurisprudence and basics of law at Allameh Tabatabai University. (Email: mj.darvishzadeh.k@gmail.com)

ابعاد و کاربردهای دانشنامه‌ای مقاله



چکیده دانشنامه‌ای نشریه

مقالات این شماره نشریه در ارتباط با ۱۰ عنوان دانشنامه حقوقی کاربرد دارند که عبارتند از:

آمار و اطلاعات راجع به مدخل‌های هر دانشنامه به شرح زیر است:

-تعداد ۱۰ مورد مدخل مرتبط با دانشنامه حقوق مدنی شناسایی شد که عبارتند از:

۱. ماده ۱۱۳۳ قانون مدنی

۲. حق طلاق

۳. طلاق

۴. تاریخ نگاری حقوقی

۵. گواهی عدم امکان سازش

۶. واکسن

۷. کرونا

۸. مسئولیت مدنی

۹. صندوق جبران خسارت

۱۰. رابطه سببیت

-تعداد ۹ عنوان مدخل فرعی در زمینه دانشنامه حقوق مدنی شناسایی شد که

عبارةتند از:

۱. مبانی قاعده حاکمیت مطلق زوج

۲. عوامل مؤثر بر تحول در ماده ۱۱۳۳ قانون مدنی

۳. نحوه تحديد اعمال حق طلاق توسط مرد

۴. نظریه‌های جدید مطرح در خصوص مسئولیت مدنی

۵. بررسی نظریه فرض تقصیر و مسئولیت محض:

۶. مشکلات جبران خسارت ناشی از تزریق واکسن و راهکارهای مقابله با آن

۷. تعریف رابطه سببیت

۸. اثبات رابطه سببیت

۹. دشواری اثبات وجود نقص در طراحی یا نقص ساخت و راهکار رفع آن

-تعداد ۵ مورد مدخل مرتبط با دانشنامه حقوق خانواده شناسایی شد که عبارتند از:

۱. ماده ۱۱۳۳ قانون مدنی

۲. حق طلاق

۳. طلاق

۴. تاریخ نگاری حقوقی

۵. گواهی عدم امکان سازش

- تعداد ۳ عنوان مدخل فرعی در زمینه دانشنامه حقوق خانواده شناسایی شد که

عبارةند از:

۱. مبانی قاعده حاکمیت مطلق زوج

۲. عوامل مؤثر بر تحول در ماده ۱۱۳۳ قانون مدنی

۳. نحوه تحدید اعمال حق طلاق توسط مرد

-تعداد ۳ مورد مدخل مرتبط با دانشنامه آیین دادرسی مدنی شناسایی شد که

عبارةند از:

۱. ایراد آیین دادرسی

۲. شروط سماع دعوا

۳. موانع رسیدگی

-تعداد ۳ عنوان مدخل فرعی در زمینه دانشنامه آیین دادرسی مدنی شناسایی شد

که عبارتند از:

۱. اصل وجوب سماع و ادله آن

۲. تعین شرعی قضا

۳. شناخت شروط سماع

-تعداد ۳ مورد مدخل مرتبط با دانشنامه ادله اثبات دعوا شناسایی شد که عبارتند

از:

۱. ایراد آیین دادرسی

۲. شروط سماع دعوا

۳. موانع رسیدگی

-تعداد ۳ عنوان مدخل فرعی در زمینه دانشنامه ادله اثبات دعوا شناسایی شد که

عبارتند از:

۱. اصل وجوب سمع و ادله آن
۲. تعین شرعی قضا
۳. شناخت شروط سمع

-تعداد ۵ مورد مدخل مرتبط با دانشنامه حقوق محیط زیست شناسایی شد که

عبارتند از:

۱. محیط زیست
۲. محیط زیست شهری
۳. حقوق زیست محیطی
۴. حقوق شهری
۵. مدیریت شهری

-تعداد ۱۳ عنوان مدخل فرعی در زمینه دانشنامه حقوق محیط زیست شناسایی شد

که عبارتند از:

۱. مفهوم حقوق شهری
۲. مفهوم مدیریت شهری
۳. حقوق زیست محیطی شهروندان در گستره‌ی شهر
۴. حق دسترسی به اطلاعات زیستمحیطی
۵. حق مشارکت در برنامه‌ریزی‌های زیستمحیطی
۶. حق تشکیل و عضویت در سازمان‌های مردم‌نهاد زیست محیطی
۷. حق برخورداری از آموزش‌های زیست محیطی
۸. حق بهره‌مندی از محیط زیست سالم شهری
۹. حق برخورداری از هوای پاک
۱۰. حق برخورداری از آب سالم
۱۱. حق برخورداری از محیط زیست آرام
۱۲. حق برخورداری از فضای پاکیزه شهری
۱۳. حق بهره‌مندی از فضای سبز شهری

-تعداد ۱۰ عنوان مدخل مرتبط در زمینه دانشنامه مسئولیت مدنی شناسایی شد که

عبارتند از:

۱. واکسن

۲. کرونا

۳. مسئولیت مدنی

۴. صندوق جبران خسارت

۵. رابطه سببیت

۶ املاک

۷. شهرداری

۸. عقب نشینی

۹. مسئولیت مدنی

۱۰. موضوع.

-تعداد ۱۲ مورد مدخل فرعی با دانشنامه مسئولیت مدنی شناسایی شد که عبارتند

از:

۱. نظریه های جدیدمطرح در خصوص مسئولیت مدنی

۲. بررسی نظریه فرض تقصیر و مسئولیت محض:

۳. مشکلات جبران خسارت ناشی از تزریق واکسن و راهکارهای مقابله با آن

۴. تعریف رابطه سببیت

۵. اثبات رابطه سببیت

۶. دشواری اثبات وجود نقص در طراحی یا نقص ساخت و راهکار رفع آن

۷. قاعده تسلیط

۸. قاعده ضمان ید

۹. قاعده لاضر

۱۰. قاعده احترام مال مردم

۱۱. قاعده داران شدن غیر عادلانه

۱۲. قاعده نفی عسر و حرج

-تعداد ۵ عنوان مدخل مرتبط در زمینه دانشنامه حقوق پزشکی شناسایی شد که عبارتند از:

۱. واکسن
۲. کرونا
۳. مسئولیت مدنی
۴. صندوق جبران خسارت
۵. رابطه سببیت

-تعداد ۶ مورد مدخل فرعی با دانشنامه حقوق پزشکی شناسایی شد که عبارتند از:

۱. نظریه های جدید مطرح در خصوص مسئولیت مدنی
۲. بررسی نظریه فرض تقصیر و مسئولیت محض:
۳. مشکلات جبران خسارت ناشی از تزریق واکسن و راهکارهای مقابله با آن
۴. تعریف رابطه سببیت
۵. اثبات رابطه سببیت

۶. دشواری اثبات وجود نقص در طراحی یا نقص ساخت و راهکار رفع آن

-تعداد ۹ عنوان مدخل مرتبط در زمینه دانشنامه حقوق شهری و شهرداری شد که عبارتند از:

۱. محیط زیست
۲. محیط زیست شهری
۳. حقوق زیست محیطی
۴. حقوق شهری
۵. مدیریت شهری املاک
۶. شهرداری
۷. عقب نشینی
۸. مسئولیت مدنی
۹. معوض.

-تعداد ۱۹ مورد مدخل فرعی با دانشنامه حقوق شهری و شهرداری شد که عبارتند

:از

۱. مفهوم حقوق شهری
۲. مفهوم مدیریت شهری
۳. حقوق زیست محیطی شهروندان در گسترهی شهر
۴. حق دسترسی به اطلاعات زیستمحیطی
۵. حق مشارکت در برنامه‌ریزی‌های زیستمحیطی
۶. حق تشکیل و عضویت در سازمان‌های مردم‌نهاد زیست محیطی
۷. حق برخورداری از آموزش‌های زیستمحیطی
۸. حق بهره‌مندی از محیط زیست سالم شهری
۹. حق برخورداری از هوای پاک
۱۰. حق برخورداری از آب سالم
۱۱. حق برخورداری از محیط زیست آرام
۱۲. حق برخورداری از فضای پاکیزه شهری
۱۳. حق بهره‌مندی از فضای سبز شهری
۱۴. قاعده تسلیط
۱۵. قاعده ضمان ید
۱۶. قاعده لاضرر
۱۷. قاعده احترام مال مردم
۱۸. قاعده داران شدن غیر عادلانه
۱۹. قاعده نفی عسر و حرج

-تعداد ۸ مورد مدخل مرتبط با دانشنامه حقوق جزای اختصاصی شناسایی شد که

عبارتند از:

۱. حقوق جزای اختصاصی واکسن
۲. کرونا
۳. مسئولیت مدنی

۴. صندوق جبران خسارت

۵. رابطه سببیت جرم اقتصادی

۶. جرم سازمان یافته

۷. تنوع مجرمانه

۸. فساد بانکی.

-تعداد ۱۴ عنوان مدخل فرعی در زمینه دانشنامه حقوق جزای احصا ای شناسایی

شد که عبارتند از:

۱. نظریه های جدید مطرح در خصوص مسئولیت مدنی

۲. بررسی نظریه فرض تقصیر و مسئولیت محض:

۳. مشکلات جبران خسارت ناشی از تزریق واکسن و راهکارهای مقابله با آن

۴. تعریف رابطه سببیت

۵. اثبات رابطه سببیت

۶. دشواری اثبات وجود نقص در طراحی یا نقص ساخت و راهکار رفع آن

۷. مفاهیم جرم

۸. جرم اقتصادی

۹. ویژگی های مرتكبین جرایم اقتصادی

۱۰. شیاهت ها جرم اقتصادی

۱۱. مصاديق جرایم اقتصادی

۱۲. ویژگی های جرایم و تفاوت های جرم اقتصادی و جرم سازمان یافته

۱۳. تأثیر جرایم اقتصادی بر اقتصاد ملی

۱۴. جرم سازمان یافته و تنوع مجرمانه

-تعداد ۴ مورد مدخل مرتبط با دانشنامه جرائم اقتصادی شناسایی شد که عبارتند

از:

۱. جرم اقتصادی

۲. جرم سازمان یافته

۳. تنوع مجرمانه

۴. فساد بانکی.

-تعداد ۸ عنوان مدخل فرعی در زمینه دانشنامه جرائم اقتصادی شناسایی شد که

عبارتند از:

۱. مفاهیم جرم
۲. جرم اقتصادی
۳. ویژگی‌های مرتكبین جرایم اقتصادی
۴. شبهات‌ها جرم اقتصادی
۵. مصادیق جرایم اقتصادی
۶. ویژگی‌های جرایم و تفاوت‌های جرم اقتصادی و جرم سازمان‌یافته
۷. تأثیر جرایم اقتصادی بر اقتصاد ملی
۸. جرم سازمان‌یافته و تنوع مجرمانه

بر این اساس در مجموع تعداد ۶۲ مورد پرونده علمی در ارتباط با این مدخل‌ها تشکیل یا تکمیل شده است. ضمن اینکه منابع متعددی در ارتباط با هر یک از این مدخل‌ها نیز شناسایی شده است که موجب غنای هرچه بیشتر پرونده علمی این مدخل‌ها شده است. مشخصات این منابع نیز به صورت متناظر با هر مقاله و هر مدخل شناسایی شده که پس از چکیده انگلیسی هر مقاله آورده شده است.

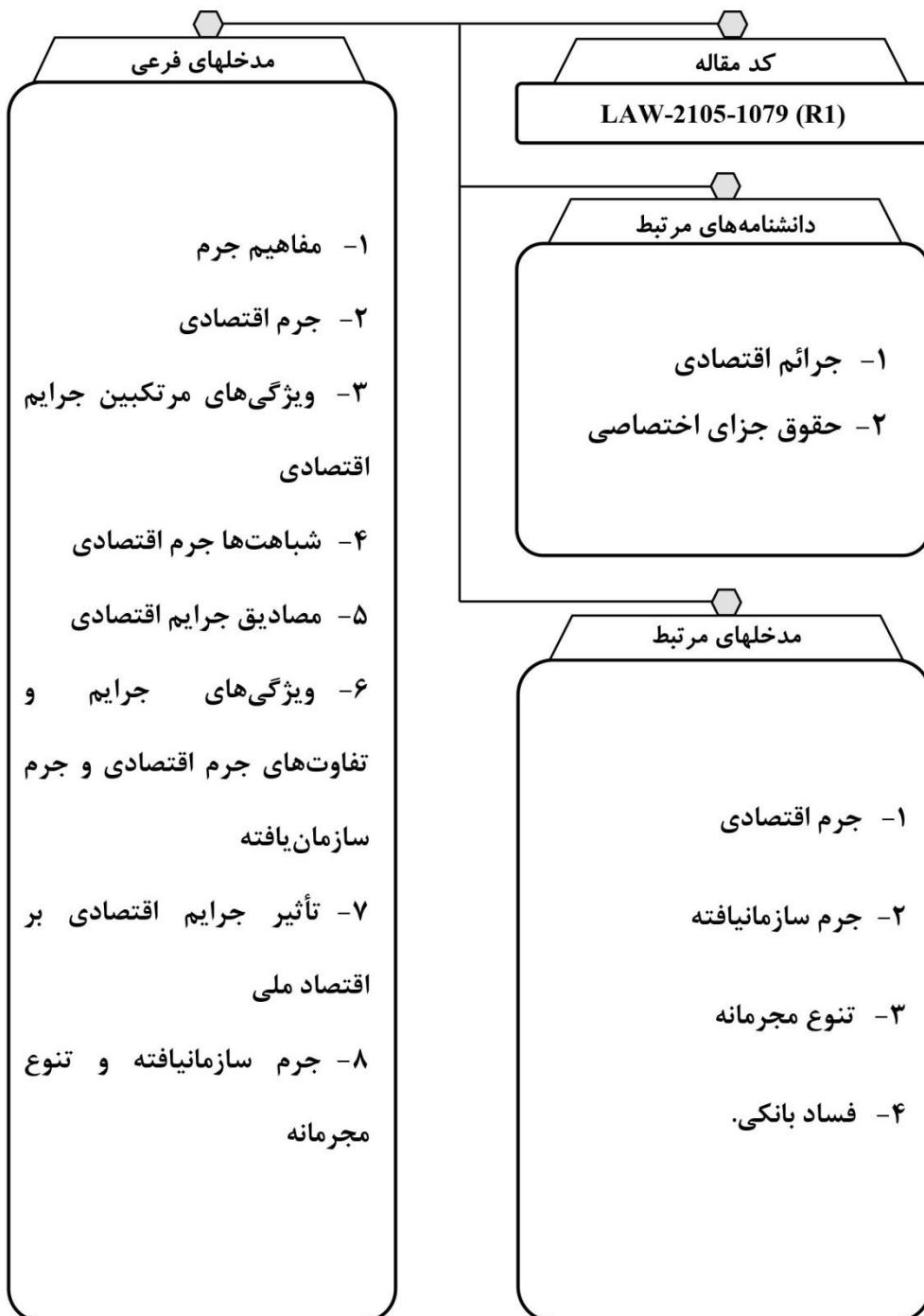
واحد امور دانشنامه‌ای نشریه

خلاصه ابعاد و کاربردهای دانشنامه‌ای مقالات

خلاصه ابعاد و کاربردهای دانشنامه‌ای مقالات



خلاصه ابعاد و کاربردهای دانشنامه‌ای مقالات



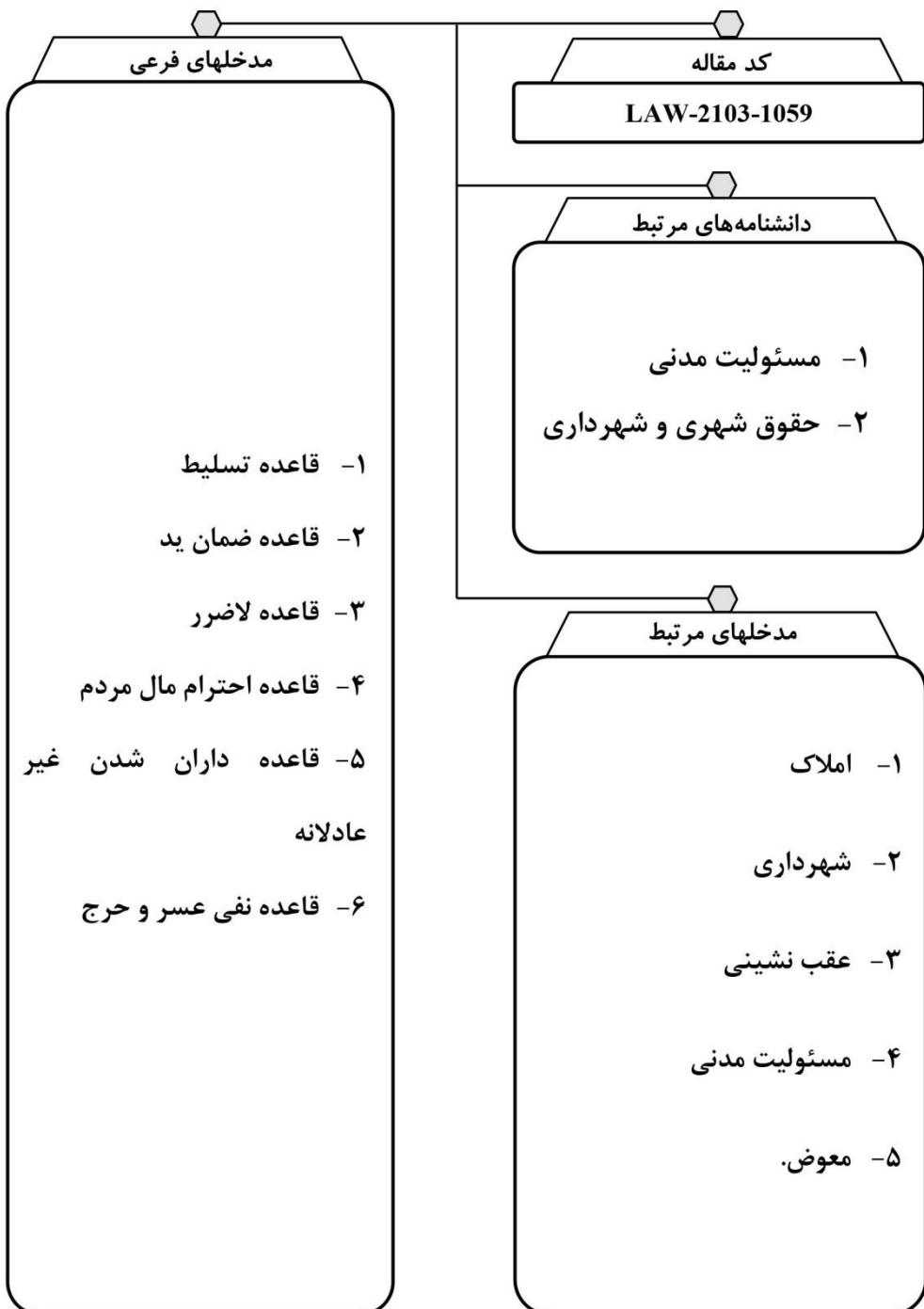
خلاصه ابعاد و کاربردهای دانشنامه‌ای مقالات



خلاصه ابعاد و کاربردهای دانشنامه‌ای مقالات



خلاصه ابعاد و کاربردهای دانشنامه‌ای مقالات



خلاصه ابعاد و کاربردهای دانشنامه‌ای مقالات

